



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي



جامعة ابن خلدون. تيارت

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة : الحقوق

التخصص : قانون خاص

بمناخ : _____ وان :

الشهادة الطبية في قانون الأحوال الشخصية

تحت إشراف الأستاذ :

الدكتور : مقني بن عمار

من إعداد الطالبتين :

- شيخ نوال

- شداد يمينة

لجنة المناقشة :

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ	الدكتور : عليان بوزيان
مشرفا مقرر	أستاذ محاضر. أ	الدكتور : مقني بن عمار
عضو مناقش	أستاذ مساعد. أ	الدكتورة : آيت إفتان سارة

السنة الجامعية : 2016 – 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكركم

الحمد لله حمدا طيبا مباركا العظيم بجلاله...الحى القيوم، و ما ينبغي
لجلال وجهه العظيم ... و سلطانه، له الصفات و الفضل و الثناء، هو الولي
الوهاب و منزل الكتاب ... أنزله قرآنا عظيما و ذرأ على نبي الهدى و الرحمة ،
غرس في قلوبنا حب الايمان ، فلا نبي بعده معلم هذه الأمة و مرشدها خاتم الأنبياء
و سيدنا و حبيبنا محمد صلى الله عليه و سلم و على آله و صحبه أجمعين
و إنه لمن دواعي السرور و الإخلاص و الامتنان أن نتقدم بالشكر الجزيل و مبدأ
الاحترام الكبير إلى الدكتور الفاضل مقني بن عمار الذي أشرف على هاته
المذكرة و الذي كان سندنا لنا في إنجاز هذا البحث فهو لم يبخل علينا بتوجيهاته القيمة
و كفاءته العلمية في إدارة هذا العمل، و لا يسعنا إلا أن نتمنى له التوفيق في حياته
والمزيد من التآلق في النجاحات العلمية، كما لا يفوتنا أن ،نتقدم بامتناننا لكل من قامو
بإيصال المعلومة لنا طيلة مرحلة الدراسة من دكاترة و أساتذة.

فشكرا جزيلا للذين

أوقدوا شموع حياتنا لينير درب يشع نور العلم و المعرفة
إلى هؤلاء كلهم نتقدم بالشكر الخالص و الامتنان لهم.
و أخيرا نشكر كل من ساهم و ساعدنا في إنجاز هذه الرسالة النبيلة
سواء بمعلومة او توجيه أو ابداء رأي ، و من خصنا
بالدعاء و جعلها الله في ميزان الحسنات.

ندعو الله أن يوفقنا لما يرضاه و يحبه
و ألف شكر.....و سلام

إهداء

إلى من بوجودها تتسع الأفق، وتذلل الصعاب وتختصر المسافات، إلى من حظيت ولأزال أحظى بقربها بالقوة بعد الضعف وبالإرادة بعد الهزيمة وبالهدوء بعد الغضب.
إلى السيدة الفاضلة والمرأة العظيمة التي تعبت لراحتي، وسهرت لنجاحي ووهبتني حياتها لتنتعش حياتي، إلى أعلى مخلوق في دنياي.

إلى ...أمي الحبيبة

إلى الكلمة الطيبة، رمز الوفاء والمحبة، أختي الغالية نعيمة.

إلى القلب الأبيض والروح النقية.. تؤم روعي.. أختي أمينة.

إلى مصدر فخري، مضيئة دربي، لها مني كل التقدير.. أختي فاطمة.

إلى قطعتي روعي، فلذتي كبدي، وقامتي عضدي... أخوايا سيد أحمد ومحمد الأمين.

إلى صهراي المحترمان الفاضلان.. أحمد... و... مصطفى.

إلى صديقتي اللتان أعتناني في هذا البحث لهم مني الإمتنان: كريمة، نوال.. صديقة الأيام

الجميلة سليمة.. صاحبة القلب الرقيق صديقتي فاطمة، صديقتي وشريكة البحث والمشقة

أمينة.

وأخيرا لي شكر خاص جدا مليء بأسمى عبارات العرفان والمحبة... إلى شخص وهبني القوة

والجلد، وتحمل معي صعاب الدروب، وكان سندي ومصدر دعمي واستمراري.. إلى خالي

خالد.. حفظه الله ورعاه.

إلى كل من عرفته من قريب أو من بعيد وتعذر علي ذكره.

إِهْدَاء

باسم الهادي إلى العالم عالم كل شيء سبحانه وتعالى

بسم الأمل أساس العمل

بسم الصبر أساس الفرح

بسم الاجتهاد أساس النجاح

بسم النجاح الذي لا يكون إلا بالتوفيق من الله

-أهدي ثمرة عملي إلى من أمتن له بكل شيء جميل عشته في حياتي، ولو كان العمر يهدى
لأهديته عمري قبل أن أهديه عملي، إلى والدي الحبيب أطال الله عمره .

-إلى من تسري روحها في دمي، وصورتها في خيالي، وأشواقها في أعماقي، إلى من علمتني
أن الحياة أساسها العقل الراجح، والضمير النقي، والخلق الراقي، إلى من أنارت مشوار
حياتي، والدتي الغالية التي لن تفارق ذاكرتي إلى يوم الممات .

-إلى من قاسموني الرحم، ولا أستطيع الاستغناء عنهم، إخوتي وأخواتي الأعزاء .

- إلى صديقتي التي شاطرتني هاجس البحث ومشاقه "نوال"

-إلى كل من عرفته من قريب أو من بعيد وتعذر علي ذكره

- إلى كل من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

إلى كل هؤلاء اهدي عملي هذا.

يمينة

مقدمة

الشريعة الإسلامية شريعة صالحة لكل زمان ومكان ، نظمت مختلف جوانب حياة البشر وجعلت لها ضوابط دقيقة تكفل حل المشاكل التي تظهر بين الأفراد خلال معاملاتهم مع بعضهم البعض لاسيما في المجال الأسري، فشرعت الزواج والطلاق وضبطت أحكام الحضانة و النسب، وفصلت في أمور الميراث لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً " ¹ وكذلك قوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً " ² فكانت الشريعة الإسلامية هي أكمل قانون على وجه الأرض، ومع ذلك فإن تطور المجتمعات و ارتفاع أساليب حياتها فرض وجوب إيجاد قوانين وضعية تضيفي المرونة لتتماشى وواقع الحال، ومن أهم هذه القوانين وأكثرها تطورا وخطورة وحساسية قانون الأحوال الشخصية باعتباره القانون الأشد صلة بالحياة اليومية للمواطنين والأكثر اقترابا وتأثيرا في الوحدة الأساسية للمجتمع.

فقد مس التطور العلمي جميع جوانب الحياة الاجتماعية فقد كان لزاما على هذا القانون أن يتماشى مع التطور لاسيما في مجال الاعتماد على الاكتشافات الحديثة، وذلك عن طريق منح القاضي صلاحية الاستعانة بطبيب مختص من أجل توضيح الحقائق التي تتسم بالطابع العلمي المحض وهذا عن طريق الشهادة الطبية التي يمنحها هذا الأخير ، والتي تعد من قبيل القرائن القوية التي تلعب دورا مهما في مجال الإثبات.

فالشهادة الطبية باعتبارها وثيقة تصدر من أهل الاختصاص، وهم في هذا المقام الأطباء الذي يجب أن تتوفر فيهم الشروط اللازمة قانونا، فقد أخضع المشرع التقرير الطبي لضوابط مهمة تميزها عن غيرها من الوثائق المعترف بها قانونا، ومن هنا يتبين لنا القيمة النظامية والقانونية لهذه الوثيقة.

1 الأية 21.

2 النساء الأية 1.

لقد أثبتت الشهادة الطبية نجاعتها على مر السنوات الأخيرة في توضيح الوقائع التي قد يصعب معرفتها من أصحاب الأمر، وقد سار المشرع الجزائري في مسار العصرية عندما اعتمد على الشهادة الطبية في قانون الأسرة في عدة جوانب مهمة وتعد المادة 07 مكرر من الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984³ المتضمن قانون الأحوال الشخصية أول خطوة لإعمال الشهادة الطبية فيما بين الخاطبين بصفة إلزامية، فأدرجها كآلية وقائية للنزاعات التي تنتج بعد الزواج جراء اكتشاف أحد الزوجين عيوب أو أمراض وراثية في الزوج الآخر.

على غرار تشريعات بعض الدول العربية الأخرى لقد استرسل المشرع في الاعتماد على الخبرة الطبية المتجسدة في الشهادة الطبية في عديد المسائل التي ترفع الحرج عن المحاكم في معرفة وقائع لا يمكن التحقق منها عمليا إلا بالفحص الطبي المتخصص، ومن بين هذه الحالات الكشف عن الأمراض العقلية والنفسية في قضايا الحجر والتي تعد من بين القضايا التي يكثر طرحها لأهميتها في مجال حماية مصالح فاقدي الأهلية.

لقد عرف الطب تطورا مذهلا في العقد المنتهي للقرن الماضي ولازال في تسارع مستمر، لاسيما في علم البيولوجيا الجديدة و ما يعرف بالهندسة الوراثية وعلم الجينات ودراسات الاستنساخ البشري، إذ إن الأبحاث العلمية في هذا المجال لم تكن محض إجماع بين العلماء أنفسهم وبين رجال الدين من المسلمين وغيرهم، حيث تأرجحت آراء بعضهم بين تشجيع السير في هذا الاتجاه، وبين ضرورة إيقاف هذا الزحف العلمي، بينما ذهب رأي آخر بالأخذ بنتائج هذه الأبحاث بحذر تام ومراقبة صارمة من طرف الدولة دون المس بالقيم الأخلاقية والدينية، وهذا ما أقدم عليه الفكر الإسلامي و انتهجه المشرع الجزائري خاصة بعد اكتشاف البصمة الوراثية التي يعرف من خلالها الجينات الوراثية لكل شخص والتي لا يمكن أن تتكرر بالنسبة لأشخاص آخرين إلا في حالات نادرة في مثل التوأم الناشئ من حيوان منوي واحد

¹ 11 84 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 1984
09/05 04 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 22 يونيو 2005
02 -05 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتم القانون 11/84 جريدة رسمية رقم 15
27 فبراير 2005.

وبويضة واحد، ومع هذا عمدت الدراسات في المجال الطبي على البحث على الشفرة الوراثية لكل إنسان من خلال جيناته الوراثية.

فقد غير اكتشاف البصمة الوراثية المسار الطبي للعلوم الحية بصفة عامة والطب البشري بصفة خاصة مما أدى بدول العالم إلى المسارعة في تبني هذا التحول الطبي الكبير في جل الميادين لديها كالطب في علاج بعض الأمراض والتحريات في الكشف عن الجرائم وميدان القضاء في مجال جمع الأدلة والحقائق، كما أضحى من أهم الوسائل في مجال إثبات النسب والتحقق من هويات الأشخاص، كما ساهمت التطورات البيولوجية في تطوير الإخصاب الصناعي بشكل فائق لدرجة أنه أصبح للأجنة بنوك تستغل من طرف أصحابها في أي زمان ومكان. وهذا ما أغرى عدة دول عربية إسلامية إلى الاستعانة بهذه الوسائل العلمية والطبية المتطورة بعد إسقاط الشريعة الإسلامية على ما هو جائز منها وبعيدا عن المفاسد التي نهي عنها الشرع وحرم الخوض فيها، و الاكتفاء بما هو مهم وصالح لثبوت الأنساب وتحقيق مقصد الشرع.

إن هذه التقنيات المتطورة تحمل من الدقة العالية والنتائج الحاسمة ما جعلها تفوق باقي الوسائل العلمية الأخرى التي استغلها الطب الحديث في الوصول إلى حل النزاعات والجرائم مثل تقنية الكريات الحمراء ونظام البروتينات المفزرات اللعابية وغيرها، ومن خلال تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 الذي أدرج المادة 40 الفقرة 02 التي نصت على إدراج الوسائل العلمية المتطورة من خلال النص على استخدامها في إثبات النسب، كما سمحت باستخدام الآليات الحديثة من أجل معالجة حالات العقم عند الزوجين عن طريق استعمال التلقيح الاصطناعي، و وضع لذلك ضوابط دقيقة تتماشى مع تلك التي أقرها الفقه الإسلامي استنادا على المقاصد الشرعية والأخلاقية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

إن تطبيقات العلم المعاصر فاقت توقعات القوانين الوضعية لذلك تفتنت العديد منها إلى ضرورة إعمال جوانب منها كطب الحديث لحل النزاعات بين الأفراد لاسيما في مجال العلاقات بين الأزواج كالتنازل التي تتضمن اكتشاف عيب في أحد الزوجين بعد الدخول بحول دون قيام العلاقة الزوجية وهي مسألة غالبا لا تعرف إلا بالخبرة الطبية لمعرفة المرض ونسبة علاجية، و إن كان الأمر خلص إلى حالة من به عقم يتطلب معرفة نسبة الشفاء منه، فإذا كان هذا هو الحال في حالات المرض فإن الأمر لا يخلو من ضرورة الكشف الطبي فيما بين الأصحاء وهذا في حالات العنف الأسري ضد الزوجات الذي ينتهي غالبا بطلب التخليق، ولما كان الطب النفسي والاجتماعي جزء لا يتجزأ من الطب العضوي باعتبارهما يدرسان حالة بشرية متكاملة فإنه كان لزاما على القاضي أن يستعين به في الكشف عن بعض

الحالات التي تتطلب هذا النوع من التخصص مثل التحقق من إصلاحية الطفل المحضون بدراسة جوانب حياته الاجتماعية والنفسية.

بذلك فإن مسألة الإثبات في الأحوال الشخصية بالاستعانة بشهادة الطبية لطبيب مختص أصبحت مسألة قانونية أكثر منها مسألة طبية، إذ أنه لم يقتصر مداها في مسائل الزواج فقط بل تعداها حتى إلى مسائل الميراث ، هذا العلم الذي له مكانة عظيمة في التشريع الإسلامي فقد تولاه الله بنفسه فلم يوكل به لملك مقرب ولا لني مرسل لذلك جاءت أحكامه مفصلة في كتاب الله تفصيلا بينا إلا ما تعلق منها بحالات تتسم بالخصوصية كحالة ميراث الحمل وحالات الميراث في الموت الجماعي في حوادث الغرق والحرق وغيرها، إذ تعتبر من المسائل المختلف فيها والتي ارتبطت فقها وقانونا ارتباطا وثيقا بالفحص الطبي الدقيق سواء في تحديد مدة الحمل أو وقت الموت الفعلي لمعرفة أسبقية الوفاة من أجل استحقاق الميراث، وبذلك فقد منح القانون للشهادة الطبية في الميراث دورا علنيا أكثر أهمية مما ذكره الفقه الإسلامي الذي سلط الضوء على أهل الخبرة في بعض القضايا التي توجب التأكد و التثبت مثل التحقق من مرض الموت باعتباره يشكل فارقا كبيرا في استقرار بعض المعاملات المالية والاجتماعية ، وهذا ما تبناه قضاء جل الدول العربية والقضاء الجزائري بصفة خاصة مما وسع وبشكل واضح دائرة إعمال المشرع لشهادة الطبية باعتبارها سند علمي طبي دقيق وقرينة داعمة للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية.

لما كان موضوع دراستنا يتعلق أساسا بأهمية الشهادة الطبية ونطاقها في مجال قانون شؤون الأسرة ومدى تأثير المستجدات العلمية الحديثة من التطور الطبي والبيولوجي عليه، إذ وجب معرفة مدى مساهمة المشرع للاكتشافات الحديثة واستعانتها بوسائلها من خلال تفعيله لها قانونا وقضاء، فكانت دراستنا سبيلا لتبيان العديد من الأمور و التي أفرزت الإشكالية الرئيسية التي تشكل الخيط الرابط بين مختلف عناصر الموضوع في:

إلى أي مدى واكب المشرع التطورات العلمية من خلال تفعيل دور الشهادة الطبية في قانون الأحوال الشخصية؟

بعبارة أخرى هل اعتمد المشرع الشهادة الطبية في مجال قانون الأسرة بما يتناسب ومقتضيات التطور العلمي الحديث؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات فرعية في موضوع دراستنا مفادها:

إلى أي مدى تمكنت الشهادة الطبية من إثبات نجاعتها في الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية؟ ما دور الفحوصات الطبية قبل الزواج؟ ما هي حجج الشهادة الطبية في الإثبات؟ هل استطاعت الطرق العلمية عن طريق الشهادة الطبية حل مشاكل نفي وإثبات النسب؟ وإلى أي مدى؟ هل تمكن المشرع من وضع ضوابط طبية لتقرير الفرقة بين الزوجين بالاستعانة بالشهادة الطبية؟ هل اعتمد المشرع شهادة الخبراء النفسانيين والاجتماعيين في منازعات الأسرة؟ هل اعتمد المشرع الجزائري الشهادة الطبية في مسائل العنف ضد الزوجات كسبب لطلب التطليق وفق نص المادة 53 من قانون الأسرة أم ترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع؟

وتجدر الإشارة إلى أنه نظرا لأهمية مواضيع الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وتطور أنماط القضايا الخاصة بها فقد حظيت بالعديد من الدراسات التي تناولت فرعيات كثيرة منها، وأهمها مكانة الشهادة الطبية وتطبيقها في قانون الأسرة ومع ذلك لا يزال يحتاج هذا الموضوع إلى دراسة وتحليل باعتباره أضحى يمس جانبا كبيرا من حياة الأفراد الشخصية والاجتماعية، ولذلك فإن معظم الدراسات كانت تصب في فحوى الوسائل العلمية وتداخلها في مواضيع الأحوال الشخصية، كالبصمة الوراثية أو التلقيح الاصطناعي أو تسليط الضوء على الموقف الفقهي والقانوني حول إثبات في المنازعات الأسرية ومسألة تقسيم التركات في قضايا الميراث دون أن تخصص هذه الدراسات للبحث في مضمون الشهادة الطبية وأبعادها في هذه المسائل باعتبارها آلية مهمة قانونا وقضاء، ومع ذلك فقد حظي هذا الموضوع ببعض الاهتمام لدى بعض الباحثين مثل الشهادة الطبية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة للباحث عادل العشابي أما في الدراسات الجزائرية فنجد دراسة قيمة للباحث يوسف بن الشيخ، أطرحه دكتوراه وهي دراسة شرعية قانونية بكلية العلوم الإسلامية بجامعة وهران بعنوان أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، والتي تعد من البحوث التي تناولت الوسائل العلمية من الفقه والقانون في بعض مسائل الأحوال الشخصية .

لقد إتبعنا في دراستنا هذه مناهج مختلفة إنطلاقا من أن الموضوع متشعب وكان لزاما علينا أن نعالجه من عدة جوانب فهو موضوع علمي قانوني، لذلك فقد استندنا أساسا على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل نصوص المواد التي أشارت إلى الشهادة الطبية وحاولنا تحليل المفاهيم التي أشار إليها المشرع الجزائري بخصوص الوسائل العلمية مستعينين باجتهادات المحكمة العليا، كما استعملنا هذا

المنهج في عرض مضامين المواضيع التي تطرقنا إليها من خلال تحليل مفاهيمها كتيبان الضرر والمرض والحمل وغيرها، حاولنا طرح تفاصيل هذه المواضيع بترتيب وتسلسل بحيث نتوصل إلى النتائج انطلاقاً من المفاهيم العامة وصولاً إلى موقف المشرع والقضاء بخصوصها، كما انتهجنا بالإضافة إلى ذلك المنهج المقارن في عدة مواضع فكان بين الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية وبين التشريع الجزائري وتشريعات دول عربية وغربية دون نسيان المقاربة من حين لآخر بين ما ورد فقها عن الشهادة الطبية والوسائل العلمية وبين ما أثبتته العلوم الطبية الحديثة، وقد استعنا بعون الله بمختلف المذاهب الفقهية، و استدلينا بالمناسبة دائماً بالفقه الحديث من خلال ما جاءت به المؤتمرات الإسلامية والمجمعات الفقهية الموسعة في كبرى المسائل.

لقد تناولنا دراستنا من خلال خطة تتضمن فصلين كل منهما يتضمن ثلاث مباحث، فتناولنا في الفصل الأول الأثر القانوني لشهادة الطبية في إثبات حالة الأشخاص في قانون الأحوال الشخصية تضمن ثلاث مباحث تطرقنا في المبحث الأول إنشاء الشهادة الطبية والمسؤولية الناتجة عنها، أما في المبحث الثاني فتطرقنا إلى الطبيعة القانونية لشهادة الطبية قبل الزواج، والمبحث الثالث كان بعنوان الطبيعة القانونية للشهادة الطبية في قضايا الحجر القانوني. أما في الفصل الثاني فقد أدرجناه تحت عنوان نطاق الشهادة الطبية في إثبات آثار الزواج، تضمن ثلاث مباحث، تناولنا في المبحث الأول تطبيقات الشهادة الطبية في مسائل النسب، أما المبحث الثاني تطرقنا من خلاله إلى مكانة الشهادة الطبية في مسائل الفرقة بين الزوجين، ليتضمن المبحث الثالث القيمة الثبوتية للشهادة الطبية في مسائل الميراث و مرض الموت.

الأثر القانوني لشهادة الطبيب
في إثبات حالة الأشخاص

عصرنا الحالي تغزوه تطورات علمية كثيرة وفي شتى الميادين ، ولعل أبرز المجالات الطبي إذ تطور الطب مؤخرا تطورا رهيبا ، فازداد العبء كثيرا على أهل الاختصاص وهم في هذا المقام الأطباء ، لما لهم من دور كبير ، إما في علاج المرضى أو تقرير الخبرة في مختلف المنازعات القضائية ، ولعل أهم المجالات التي يكثر فيها الاستعانة بهم هو مجال الأحوال الشخصية خصوصا مع تفشي بعض الأمراض الخطيرة مؤخرا التي أصبحت تهدد كيان الأسرة ، والأطباء وبمناسبة أداء مهامهم يصدرن وثائق أهمها الشهادة الطبية و التي تعتبر سند مكتوب ، والتي سيتم التطرق لأحكامها في مجال الأحوال الشخصية ، فخلال هذا الفصل سنبين الطبيعة القانونية للشهادة الطبية في إثبات حالة الأشخاص و الذي قسمناه إلى ثلاث مباحث ، المبحث الأول سيتم التطرق فيه لإنشاء الشهادة الطبية من خلال إعطاء مفهوم للعمل الطبي في الفقه والقضاء والتشريع كي نتمكن من الوصول لمفهومها من خلال تعريفها وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها وتحديد مضمونها ، وتحديد المسؤوليات الناتجة عن إنشائها من مسؤولية مدنية ، أخلاقية وجنائية و أهم جريمتين متعلقتين بالشهادة الطبية وهما جريمتا تزويرها وجريمة إفشاء السر المهني والعقوبات المقررة لها ، أما المبحث الثاني سيتم التطرق فيه إلى الشهادة الطبية قبل الزواج من خلال إعطاء التكييف الفقهي والقانوني لها ، وتبيان أثارها من فوائد وسلبات وتحديد بعض العيوب التي يمكن تجنبها بالفحص الطبي وموقف الفقه من التفريق للعيوب ، ثم موقف المشرع الجزائري منها من خلال تحديد الطبيعة الإلزامية لها وتنظيمها وتحديد موقف المشرع من التفريق للعيوب ، ثم في المبحث الثالث سيتم التطرق إلى الطبيعة القانونية للشهادة الطبية في مسائل الحجر القضائي من خلال التطرق إلى عوارض الأهلية من عوارض سماوية و أخرى مكتسبة ، ثم التنظيم القانوني للحجر القضائي من خلال إعطاء مفهومه ، الحكمة من مشروعيته ، تمييزه عن الحجر القانوني ، أسبابه و الإجراءات العملية لتوقيعه ، ثم التطرق إلى حجيتها في إثبات الحجر من خلال تبيان مضمونها وحجيتها في الإثبات من خلال إعطاء بعض الاجتهادات القضائية .

المبحث الأول : إنشاء الشهادة الطبية و المسؤوليات الناشئة فيها

إن الطب كالشرع هدفه جلب المصالح ، السلامة و العافية و درء مفسد المعاطب و الأسقام و لقد قيل قديما : صنفان من الناس لا غنى للناس عنها الأطباء لأبدانهم و العلماء لأديانهم .
فالطب من المهن النبيلة ، و في نفس الوقت المهنة الخطيرة التي يتوجب على من يمارسها احترام قيم الإنسان في جميع الظروف و الأحوال .

فالطبيب و بمناسبة ممارسة عمله الطبي ينشئ محررات رسمية يطلق عليها الشهادات الطبية ، و سنحاول إعطاء مفهوم لها من خلال أولا تحديد ما هو العمل الطبي و تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها ومشروعية الاستعانة بها شرعا و قانونا، ثم نعرض على مختلف المسؤوليات الناشئة بمناسبة إنشائها من مسؤولية مدنية (عقدية و تقصيرية) وأخلاقية وأخرى جنائية مع تقرير العقوبات المطبقة على هاته الجرائم المتعلقة بها.

المطلب الأول : مفهوم الشهادة الطبية ومدى مشروعيتها الإستعانة بها

تشمل وظيفة الطبيب فضلا عن علاج المرضى، تحرير الشهادات الطبية والتي أحيانا يختلط مفهومها مع مختلف الوثائق الأخرى التي يصدرها الطبيب ، فسيتم التطرق إلى مفهوم الشهادة الطبية من خلال تحديد ماهية العمل الطبي ، وتمييزها عن المصطلحات المشابهة لها ، وتحديد مضمونها ، ثم نعرض على مختلف المسؤوليات الطبية من مدنية وجزائية وأخلاقية .

الفرع الأول: المقصود بالشهادة الطبية .

أولا : تعريف الشهادة الطبية : قبل التطرق إلى تعريف الشهادة الطبية لابد من تحديد ماهية العمل الطبي من خلال مفهومه في الفقه و التشريع و القضاء.

1- تحديد العمل الطبي في الفقه : لم يهتم الفقه خاصة العربي منه بهذا المجال لتحديد مفهوم العمل الطبي إلا في العهود الحديثة التي شهدت تطورا فكريا و علميا¹ .

¹ طاهر كشيدة، المسؤولية الجزائرية للطبيب ، مذكرة ماجستير في القانون الطبي ، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان ، الجزائر، السنة الجامعية ، 2010 / 2011 ، ص 09.

2- تحديد مفهوم العمل الطبي في التشريع : لم تقم العديد من التشريعات بوضع تعريف للعمل الطبي ، مكتفية بوضع و تحديد الأعمال التي تدخل في نطاقها ، فالعمل الطبي كان يمثل مرحلتى الفحص و التشخيص وفق التعديل لقانون الصحة لسنة 1953 في فرنسا ، أما بالنسبة للتشريع المصري فقد سار في نهج قانون الصحة الفرنسي في تحديد الأعمال التي تدخل في نطاق العمل الطبي ، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد حددت مدونة أخلاقيات مهنة الطب الأعمال التي تدخل في إطار العمل الطبي و ذلك في قانون 16 بقولها "يخول للطبيب و جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج ، و لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته و امكانياته إلا في الحالات الاستثنائية"¹، و من خلال نص المادة 16 يتبين أن مفهوم العمل الطبي يمتد من خلال فترة التشخيص و الوقاية و مرحلة العلاج ووصف الأدوية أي يمثل جميع مراحل العلاج ، و على الطبيب أن لا يتجاوز اختصاصه و مجاله المحدد² ، و يظهر موقف الشرع الجزائري من خلال قانون حماية الصحة و ترقيتها³ ، و الذي نص في مادته الثانية على ما يلي : يشمل العلاج الصحي الكامل على ما يأتي :

- الوقاية من الأمراض في جميع المستويات .
- تشخيص المرض و علاجه.
- إعادة تكييف المرض.
- التربية الصحية.

من خلال نص المادة السابقة الذكر نستشف أن العمل الطبي يمثل كذلك التشخيص و العلاج و الوقاية و علم الأوبئة ، و التربية الصحية و الخبرة الطبية و التحليلات الطبية و البحوث في المخابر العلمية و خلاصة القول أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي و المصري مستفيداً من تطورها القضائي ناصاً بأن الممارسة الطبية للعمل الطبي تمثل التشخيص و العلاج و الوقاية.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 06 يونيو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب في التشريع الجزائري ، جريدة رسمية ، العدد 52 مؤرخة في 05 محرم عام 1413 الموافق لـ 1992/08/07

² نجمة مالكي ،المسؤولية الجنائية للطب في التشريع الجزائري ، مذكرة الماستر في الحقوق ، - جامعة محمد خيضر، بسكرة ، الموسم الجامعي، 2013/2014.

³ القانون رقم 08/13 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق لـ 20 يوليو 2008 المكلف بحماية الصحة و ترقية التشريع الجزائري ، جريدة رسمية، عدد 44 مؤرخة 17 رجب 1429 ، الموافق 03 أوت 2008.

3- التحديد القضائي للعمل الطبي :

من خلال أحكام القضاء المصري و الفرنسي يتضح انه لم يحدد تعريفا للعمل الطبي ، و إنما اقتصر على بيان ما يعد من قبيل الأعمال الطبية دون غيرها و ذلك من خلال تعرضه لبحث القضايا المعروضة عليه في مجال الأعمال الطبية ليقرر ما إذا كانت داخله في نطاق الإباحة أم لا ، فمن هنا يتبين أن مفهوم العمل الطبي كان مقتصرًا على التشخيص و العلاج ، ولكن مع تطور مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري انعكست آثاره على أحكام القضاء فاتسع مفهوم العمل الطبي في أحكام القضاء المصري إلى جانب التشخيص و العلاج إجراء العمليات الجراحية، ووصف الأدوية و إعطاء الاستشارات الطبية و العقاقير¹ ، و بعد تحديد مفهوم العمل الطبي يمكن تعريف الشهادة الطبية على أنها سند مكتوب يخصص لمعاينة أو تفسير وقائع ذات طابع طبي².

كما عرفها الاستاذ " أوبي " و الأستاذة " بنو " بأنها سند مكتوب يشهد مقتضاه طبيب بأنه أجرى معاينة ذات طابع طبي أو أنجز عملا طبيًا³.

كما تعرف على أنها عبارة عن وثيقة معاينة أو الفحص الابتدائي ينجزها أي طبيب حضر أو عرضت عليه الحالة ، ويصفها الطب كحالة وفاة مثلا ، كما أن هذه الشهادة تسلم فقط للمعني نفسه و يجب أن تكون مؤرخة بيوم الكشف ، مع ضرورة ذكر اسم ولقب وعنوان الطبيب⁴.

ثانيا : تمييز الشهادة الطبية عن المؤسسات المشابهة لها

تختلف الشهادة الطبية بمعناها السابق عن وثائق طبية أخرى صادرة أيضا عن الطبيب

1. تمييزها عن تقرير الخبرة : تتفق الشهادة الطبية مع تقرير الخبرة في كونها يتحدان في المضمون التقني لكل منهما ، و لكن يختلفان في جوانب عدة فالشهادة الطبية يتم انشائها بناء على طلب من المعني بها استنادا للعقد الذي يربطه بالطبيب الممارس للمهنة في اطار مؤسسة الطب الحر بخلاف تقرير الخبرة الذي تم انجازه

⁴ صفوان محمد شديفات ، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2011 ص 73 .

¹ عادل العشابي ، الشهادة الطبية في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني ، سنة جامعية ، 2001-2002 ، ص 07،08 .

³ عادل العشابي ، المرجع نفسه، ص 08

⁴ يحيى بن لعلي ، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرني ، باتنة ، بدون سنة طبع ، ص 10.

بناءً على أمر يصدره القاضي أو بناءً على توكيل من الأطراف هذا من جهة ، و من جهة أخرى عند انجاز تقرير الخبرة الطبيب يكون ملزماً بإتباع إجراءات على عكس الشهادة الطبية.

2. تمييزها عن الرأي الطبي : يختلفان سواء من حيث المضمون أو من حيث الشكل ، إذ تكون الشهادة الطبية موضوعية وكتائية بالضرورة على خلاف الرأي الطبي الذي هو شخصي ، كما أنه قد يكون شفويًا أيضًا.

3. تمييزها عن الرسالة الطبية : يخالفان من حيث الهدف أو من حيث الشخص الموجهة إليه ، ذلك ان الشهادة الطبية تسلم مبدئياً للشخص المعني بها من أجل استخدامها في الإثبات على عكس الرسالة الطبية توجه إلى الطبيب المختص لأجل توضيح المعينات التي أجراها مرسلها إلى فائدة المريض أو إلى أسرة هذا الأخير لأجل تقديم النصائح اللازمة للعناية به¹.

ثالثاً : مضمون الشهادة الطبية

تتضمن الشهادة الطبية المعينات و الاشهادات و نتائج الفحص و العجز الكلي أو الجزئي.

1. المعينات : يقوم الطبيب بمعينة ما يرى و ليس ما يبلغه به طالب الشهادة الطبية أي يقوم بوصف الاصابات المعينة بدقة و شكلها و عددها كون المعينات ووصف الاصابات قد يفيد لاحقاً في حالة إعادة الفحص من طرف الطبيب التركي ، لأنها قد تفيد القاضي في استنباط النتائج الملائمة على تلك المعينات الطبية.

2. الاشهادات : الاشهاد الذي يجره الطبيب يتضمن الفحوصات ، و المعينات قراءة نتائج التحليل ، العلاجات التي قدمت لطالب الشهادة و بالأحرى كل الأعمال الطبية التي بها بنفسه أو اطلع عليها مع ضرورة ذكر كل تدخل جراحي أو علاجي استلزمته الاصابات².

3. نتائج الفحص : الشهادة الطبية مهما كان سبب تحريرها سبب طبي، إجراء خطير كونها تستعمل في الحصول على حقوق أو مزايا أو مسائل غير من طرف حائزها ، الأمر الذي يستوجب على الطبيب إعطائها كل العناية اللازمة و على الخصوص في تحديد مدة العجز الكلي عن العمل و العاهات المستدامة إن وجدت.

¹ عادل العشابي، مرجع سابق، ص 10.

¹ طاهر كشيدة ، مرجع سابق ، ص 151، 152.

4. المرض : عرفه القضاء المقارن بأنه كل اعتلال بالصحة و لا يكفي مجرد توافر الألم في تحقيق معناه ، و المريض يلازم الفراش في المعتاد فيعجز بالتالي عن مباشرة أشغاله الشخصية على أن تحقق إحدى الحالتين يكفي بذاته دون تحقق الأخرى.

ينبغي أن يكون المرض الذي يحول دون مباشرة الأشغال الشخصية بالغاً من الجسامة درجة تجعله معدلاً للعجز فيها.

5. العجز الكلي أو الجزئي عن العمل :

يعرف القضاء الفرنسي العجز الكلي عن العمل بأنه الصعوبة و العسر في القيام بمجهود بدني متعلق بأعباء الحياة اليومية غير المهنية ، كما يعرفه الفقه بأنه العجز عن الأعمال المعتادة للشخص سواء كانت بدنية أو عقلية و العبرة في تحديد المدة ما يقضيه المصاب مريضاً او عاجزاً عن الأشغال الشخصية من يوم إصابته إلى يوم شفائه.

من خلال ما تقدم نستخلص أن العجز الكلي عن العمل ليس مفهوم طبي بل هو مفهوم قانوني ، كما أنه يختلف عن التوقف عن العمل ، كونه عجزاً شخصياً و ليس عجزاً مهنياً .

وهناك معايير لتحديد العجز الكلي عن العمل إذ وضعت¹ مصالح الاستعمالات للطب الشرعي قصد تحديد مدة العجز الكلي عن العمل اعتماداً على معطيات طبية تتمثل في الاصابات الجسدية ، بالإضافة إلى ذلك هناك معيار جسامة و عدد الاصابات الملاحظة و التي أخذت بصفة فردية فإنها لا تمنح الاستفادة بأي عجز أو بعجز صغير و لكن إذا أخذت بمجموعها فإنها تكون مصدراً لحالة ألم كبير أو بالنظر إلى مكان تمرکزها إضافة إلى ذلك معيار المكوث المستشفى.

الفرع الثاني : مشروعية الشهادة الطبية

أولاً : مشروعية الاستعانة بالشهادة الطبية في الفقه الإسلامي

دل القرآن الكريم و السنة النبوية المطهرة و إجماع فقهاء الأمة وغالبية الصحابة من السلف الصالح ، على مشروعية الاستعانة بأهل الخبرة في الاثبات القضائي الاسلامي ، فقد أشار القرآن الكريم إلى الخبرة الطبية

¹ طاهر كشيدة ، مرجع سابق، ص153 .

بوصفها طريقاً من طرائق الإثبات ، بما يدل على ان الشرع يقرها ، و إنما عرفت منذ القدم في الشرائع السماوية ، كما نص عليها القرآن الكريم و ذلك في قصة يوسف (عليه السلام) في قوله تعالى :

" وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " ¹ .

و قوله تعالى :

" الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا " ² .

أما الاشارات الواردة على مشروعية الخبرة الطبية في السنة النبوية الشريفة فعديدة نذكر منها ، ما جاء في الحديث الذي ورد عن أم المؤمنين السيدة عائشة (رضي الله عنها) قالت : أن رسول الله (صلى الله عليه و سلم) دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه ، فقال " ألم تري أن مجززا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة و أسامة بن زيد فقال : أن هذه الاقدام بعضها من بعض " رواه الامام البخاري ³ .

فهذا الحديث يدل على أن رسول الله (صلى الله عليه و سلم) استعان بالخبير في المعاينة الفنية ففضى بأن الحاق القافة يفيد النسب ، إذا كان نسب أسامة بن زيد ثابت بالفراش و لكن الناس كانوا يقدهون و يطعنون في نسب زيد لكونه أسود و زيد أبيض ، وهم كانوا يعتمدون على قول القائف ، فلما عينهم القائف وجد أن تلك الأقدام بعضها من بعض ، فسر النبي (صلى الله عليه و سلم) بذلك القول الذي أزال التهمة و ألحق الفرع بأصله بناء على هذه المعاينة ⁴ .

لقد أجاز الفقهاء المسلمون في عدة حالات الرجوع و الاستعانة بالخبرة الطبية لتقدير حالات الجنون و العته في دعوى الحجر عليها و في حالات أخرى وذلك لتقدير عيوب الزواج كما اذا تزوج شخص بامرأة بكر على مهر معين و تبين انها ثيب فطلب من القاضي التفريق و الحكم على المرأة أو على وليها للتغير به و أقرت المرأة ذلك ، فتعرض على القابلة أو الطبيب المختص لبيان حقيقة الأمر و الفصل فيه بناء على نتيجة الفحص كما يتم أيضا الاستعانة بأهل الخبرة الطبية في حالات أخرى كمعرفة الجرح أو تحديد سبب الوفاة ⁵ .

¹ سورة الانبياء : الآية 07.

² سورة الفرقان : الآية 59.

³ أوان عبد الله الفيضى ، الخبرة الطبية في الدعوة المدنية ، دار الفكر الجامعي ، كلية الحقوق ، الاسكندرية ، مصر ، 2015 ، ص 65.

⁴ أوان عبد الله الفيضى ، المرجع السابق ، ص 66 .

⁵ أوان عبد الله الفيضى ، مرجع نفسه ص 67 .

وعليه فالجهة المختصة بالتشخيص للأمراض و مدى خطورتها كدليل إثبات لوقائع صحية هم اهل العلم و المعرفة من الاطباء دون سواهم¹ .

ثانيا : مشروعية الاستعانة بالشهادة الطبية في القوانين الوضعية

انفرد القانون العراقي عن باقي القوانين الاخرى بالنص على وجوب الاستعانة بالخبرة أثناء معاينة الاشخاص إذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة² ، و يعمل القوانين الوضعية كلها تعتمد الخبرة كوسيلة من وسائل الاثبات فالمشرع الاردني اعتمدها في المواد 84-85-86 من القانون 24 لعام 1988 و المشرع الكويتي اعتمدها في الباب السابع من القانون 39 لعام 1980 في المادة 71 منه ، و المشرع المصري اعتمدها في المادة 1/131 من القانون 25 لعام 1968 ، و المشرع اللبناني اورد أحكام المعاينة في الفصل السابع من الباب الثالث و أحكام الخبرة في الفصل الثامن من المرسوم التشريعي رقم 9 لعام 1983 ضمن قانون أصول المحاكمات المدنية .

من خلال ما سبق نستخلص أن جل الدول العربية أقرت أن الخبرة الطبية تعد كوسيلة من وسائل الاثبات و نصت عليها.

المطلب الثاني : المسؤولية المدنية المترتبة عن إنشاء الشهادة الطبية

المسؤولية المدنية هي إخلال الشخص بموجب يقع عليه ومفروض عليه تنفيذه ، إما قانونا أو إتزاما ، فتكون مسؤولية عقدية (الفرع الأول) إذا قام الطبيب بخطأ طبي سبب ضرر للمريض تربطه به علاقة عقدية ، وتظهر هذه الرابطة في العيادات الخاصة ، أما إذا كان الإخلال ليس اتفاقا أو عقدا بل كان أساسه إتزام مصدره القانون أو تعليمات في المستشفى الحكومي الذي يعمل فيه ، فالمسؤولية الطبية من الناحية القانونية ، هي مسؤولية تقصيرية (الفرع الثاني) ، أما إذا قام بسلوك من شأنه أن يؤثر على مهنته أو أحل بإلتزام تفرضه عليه قوانين المهنة وتشريعاتها فتكون هنا المسؤولية تأديبية (الفرع الرابع).

¹ عادل العشابي ، مرجع سابق ، ص 91.

² أوان عبد الله الفيضى ، مرجع سابق ، ص 72.

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية

قبل التطرق إلى الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية في مجال مهنته لابد من تعريف المسؤولية الطبية و المسؤولية المدنية.

فالمسؤولية بوجه عام هي حالة الشخص الذي ارتكب امرا يوجب المؤاخذة و قد تكون هذه المسؤولية أدبية أو قانونية ، فإذا خالف مرتكب الفعل قاعدة من القواعد الأخلاقية كانت المسؤولية أدبية و هي لا تتعدى سوى الانكار والاستهجان ، أما المسؤولية القانونية فهي الحالة التي يرتكب فيها الشخص فعلا يسبب ضررا للغير و يستوجب محاسبة القانون له ، و هي تقسم إلى نوعين مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية¹ .

وتعرف المسؤولية الطبية بأنها تلك المسؤولية التي تقوم عندما يتخلف أصحاب هذه المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم و التي ينتظرها منهم المرضى ، بهدف شفاء المريض أو تحسن حالته لذلك يجب أن يكون الطبيب مسؤولا أمام مهنته و أن يؤديها بإتقان لأن هناك قانون يحكمها و ينظمها ، و ان الاخلال بذلك (الخطأ) يرتب مسؤولية هذه الأخيرة قد تكون تقصيرية أو مدنية أو جنائية² .

فالمسؤولية الطبية تنقسم إلى مسؤولية مدنية ، و تقصيرية و أخرى جزائية ، و تأديبية (أخلاقية)، فالمسؤولية المدنية تقوم على فكرة الخطأ و فكرة الضرورة و فكرة التعدي و التداخل بين المسؤولية الجزائية و المدنية تستند إلى فكرة الخطأ في حين أن فكرة الضرر يوجب المسؤولية المدنية وحدها ، و بالتالي فإن المسؤولية المدنية يحكمها قواعد القانون المدني.

وبالنسبة إلى طبيعة المسؤولية المدنية فقد اختلف الفقه و القضاء³ في هذه الطبيعة بين اتجاهين الاتجاه الأول يصفي على هذه المسؤولية الطابع التقصيري ، في حين أن الاتجاه الثاني يذهب إلى أن هذه المسؤولية هي ذات طبيعة عقدية.

¹ جهاد جيل الشوابكة ، المسؤولية المدنية للطب عن الأخطاء الطبية في مجال مهنته ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط، عمان ،الأردن، 2011 ص 33.

² نجمة مالكي ، مرجع سابق، ص 13.

³ منصور عمر المعاينة ، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، 2004، ص 38.

الفرع الثاني : المسؤولية العقدية

تعتبر المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص اتجاه زبائنهم مسؤولية عقدية يؤطرها العقد الطبي الذي يربطها، فالمسؤولية التعاقدية تنشأ عند عدم الوفاء بالتزام مصدره العقد و اعتبار عدم الوفاء خطأً تعاقدياً و تسري عليه المسؤولية العقدية ، وعليه فإننا عندما نتحدث عن المسؤولية العقدية للطبيب عن انشاء الشهادة الطبية إنما نعني بذلك مسؤولية الطبيب الذي يمارس المهنة بصفة حرة سواء كان طبيباً في القطاع الخاص أم طبيباً في القطاع العام اتجاه زبونه المرتبط معم بعقد طبي نتيجة اخلاله بإحدى الالتزامات المترتبة عن هذا العقد عند انشاء و تسليم هذه الشهادة.

كما تجدر الاشارة أن التزام الطبيب باحترام السر المهني يعتبر التزاماً ناشئاً عن العقد الطبي ، لذلك فإن الطبيب الذي يخل بهذا الالتزام يعتبر مسؤولاً عن إفشاء السر مسؤولية عقدية.

و إذا كان القضاء المغربي قد ذهب في أحد أحكامه قديماً إلا أنه " لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب عن اخلاله بالالتزام بالمحافظة على السر المهني مادام المريض قد طلب ذلك إلا إذا ثبت في حقه تواطؤٌ تدليسي أو خطأً جسيم "، مادام أن الشهادة الطبية قد سلمت للمدعية التي تطالب بالتعويض بناءً على طلبها و بالتالي فإن تسليم شهادة طبية للشخص المعني بها بناءً على طلبه لا يعتبر إفشاءً للسر المهني¹ ، و من أهم الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي الالتزام بتشخيص الحالة الصحية للزبون كمرحلة سابقة لعلاجه لذلك فإن من شأن انشاء شهادة طبية تتضمن تشخيصاً خاطئاً أن تثير المسؤولية العقدية لمحررها حتى تترتب عنها ضرر و للشخص المعني بها.

و عليه إذا كانت مسؤولية الطبيب الذي أنشأ شهادة طبية بسوء نية ضداً على نتائج التشخيص الذي توصل اليه تعتبر قائمة بمجرد اثبات ذلك ، فإن مسؤولية طبيب حسن النية عن إنشاء شهادة طبية تتضمن تشخيصاً خاطئاً تخضع لنفس القواعد المقررة للمسؤولية عن الخطأ في التشخيص إذا استثنينا الأخطاء المادية عند التحرير.

¹ عادل العشابي مرجع سابق ، ص 120.

أولاً: تقدير خطأ الطبيب في تشخيص الحالة الصحية للمتعاقد معه عند إنشاء الشهادة الطبية

إن أول ما ينبغي التأكيد عليه هو ضرورة التمييز بين الغلط في التشخيص الناتج عن الشك أو الغموض المحيط ببعض الحالات نظراً لعدم وجود قاعدة واضحة و مؤكدة واجبة الإلتباع ، و بين الخطأ في التشخيص الناجم عن دعوته أو إهمال وقع من الطبيب ، إذ يسأل موقفه بهذا الخصوص من خلال اقتحامه للمنطقة المحرمة عليه من طرف الاطباء والتي كان يعتبر من الحكمة عدم حشر نفسه فيها، وهي منطقة العلم ، و ذلك ليعتبر الغلط مرتباً للمسؤولية شأنه شأن الخطأ.

و لا يعتبر الغلط في التشخيص خطأ¹ ، حتى و لو كان في استطاعة الطبيب حذر بعمل في ظروف مشابهة أن يتجنبه ، مادام قد أدى فيه واجبه على قدر اجتهاده ، إلا إذا كان يدل على جهل واضح بالمعطيات الطبية المتفق عليها من قبل الجميع ، أما الخطأ في التشخيص الموجب للمسؤولية فيمكن أن ينتج عن دعوته الطبيب أو إهماله أو عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة و في هذا الاطار اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الأطباء مسؤولون عن الإعانة التي حدثت لمولود نتيجة إهمالهم القيام بالتشخيص المملي المتعلق باكتشاف داء الحميراء لدى والدته و يتعين عند تقرير الخطأ في التشخيص التعامل بشدة مع الأطباء الاختصاصيين بحكم أن الاختصاص و التخصص يدل على زيادة العلم و بالتالي زيادة الثقة بالطبيب المتخصص ، و نستخلص مما سبق أنه يتعين على الطبيب الذي لا تقوم مسؤوليته عن خطئه في التشخيص أن يتصرف كما يتصرف العالم بأصول مهنته² .

ثانياً : اثبات خطأ الطبيب في التشخيص عند انشاء الشهادة الطبية

تقوم المسؤولية الطبية حسب الاتجاه السائد فقها و قضاءً على أساس الخطأ لأن التزام الطبيب هو إعطاء المريض العلاج النافع و أن يحيطه بالعناية اللازمة و يجب أن يكون ذلك منسجماً مع المعطيات العلمية المكتسبة ، وكل ذلك يتطلب من الطبيب ان يقوم بعدد معين من الأعمال الطبية ، و اثبات الخطأ يكون عن طريق اثبات انحراف الطبيب في عمله سلوك الرجل العادي و هو في مثل هذه الحال طبيب يوضح في الظروف نفسها التي وجد فيها الطبيب الذي سبب بعمله ضرراً مريض و يكون ذلك عن طريق الخبرة الطبية.

¹ فائق الجوهري ، المسؤولية الطبية قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، دار الجوهري لطباعة و النشر، مصر، 1952 ، ص36.

² عادل العشايي، مرجع سابق، ص 123.

و الاجتهاد القضائي في فرنسا مستقر على أن الخطأ الطبي التقني يكون نتيجة عدم مراعاة القانون ، كما هو الحال بالنسبة الطبيب الذي يقرر بموجب شهادة طبية حجر شخص في مشفى للأمراض النفسية دون أن يقوم بمعاينة المريض¹ .

و تجدر الاشارة إلى التزام الطبيب هو التزام يبذل عناية بحيث لا يلزم بضمان نتيجة معينة وإنما يبذل فقط جهود صادقة متفقة ، و بالتالي يمكن القول بأنه يكون على المتضرر من تشخيص طبي خاطئ حتى يستفيد من التعويض ، ان يثبت كون الطبيب قد أخطأ في التشخيص نتيجة لدعوته أو إهماله أو مخالفته للأصول الثابتة و المستقرة في علم الطب زيادة على ذلك اثبات للضرر الذي أصابه من جراء ذلك و العلاقة السببية بينهما² ، و قد ذهبت محكمة تولوز بفرنسا إلى القول بأن الطبيب القائم بالتحليل ملزم بتحقيق نتيجة مادام العمل الطبي الذي يقوم به منغلق بتحليل دم و هذا الأخير يخضع لقواعد مضبوطة و ثابتة³ .

الفرع الثالث : المسؤولية التقصيرية

تكون المسؤولية تقصيرية للطبيب في الحالة التي لا يكون فيها بينه و بين المضرور رابطة عقدية ، و عليه تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية عند انشاء شهادة طبية بمناسبة ممارسته الحرة للمهنة دون ارتباط عقدي بالمضرور ، كما تكون المسؤولية تقصيرية أيضا عن انشاء شهادة بمناسبة ممارسة مهنته في اطار الوظيفة العمومية.

فبالنسبة للحالة الأولى فلقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن الطبيب الذي ينشئ بتسرع أو تهور أو إهمال شهادة طبية تسمح بإيداع شخص في مؤسسة للأمراض العقلية ، دون اتخاذ الاحتياطات الكافية يكون مسؤولاً في مواجهة المعني بالشهادة مسؤولية تقصيرية لذلك يتعين على الطبيب ألا يشهد إلا بما هو متأكد منه⁴ هذا من جهة، و جهة أخرى قد يقدم أو ينشئ طبيب شهادة طبية تلحق أضرار بالغير توجب مسؤوليته التقصيرية كالحالة التي ينشئ فيها شهادة مخالفة للحقيقة تلحق ضرراً بالغير ، هذه الشهادة تتضمن تقديراً للحالة الصحية لشخص معين على اعتبار أن هذا الغير قد يؤدي خدمات او تعويضات أو امتيازات معينة

¹ فواز صالح ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي القانون الخاص ، مقالة منشورة مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 22 العدد الأول 2006 - ص 141.

² عادل العشابي، مرجع سابق، ص 124.

³ عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية ، مصر 1986 ، ص 22

⁴ عادل العشابي ، مرجع سابق، ص 126.

تأسيسا على هذه الشهادة نتيجة لجهله بالوضعية الحقيقية حيث يعتبر المدفوع يغر حقه هو الضرر الذي لحقه من جراء هذا الانشاء .

أما بالنسبة للحالة الثانية فقد يقوم الطبيب بإنشاء شهادات طبية مختلفة قد يترتب عنها ضرر نتيجة خطأ شخصي أو مصلحي ارتكبه الطبيب الموظف مثلما قد يترتب هذا الضرر عن مخالفتها للحقيقة حتى دون ارتكاب منشئها لأي خطأ ، حيث تقوم المسؤولية التقصيرية عن هذا الانشاء الضار .

و عليه فإن ارتكاب الطبيب الموظف خطأ شخصي عند انشاء الشهادة الطبية يجعله مسؤولا بصفة أصلية باتجاه المتضرر ، طبقا للقانون المغربي فإنه يعتبر خطأ الموظف العمومي ، طبيا كان أو غيره شخصا إذا كان لا علاقة له اطلاقا بالعمل الوظيفي أو كان الفعل الضار يندرج ضمن واجبات الموظف بالغير ذلك أن المشرع قد اشترط في هذا الخطأ أن يرقى إلى درجة " الخطأ الجسيم " أو " التدليس " و أضاف إليهما القضاء المغربي معيارا ثالثا هو أن يكون الخطأ منفصلا عن الوظيفة و قد أقر القضاء الفرنسي و معه الفقه أن العلاقة بين المرضى و بين مرافق الصحة العمومية ليست علاقة تعاقدية و إنما هي علاقة نظامية ، و من ثم فالأساس التقصيري استنادا إلى المسؤولية الشخصية للطبيب الموظف هو الأساس التقصيري طبقا للقانون المغربي¹ .

الفرع الرابع : المسؤولية التأديبية :

تقع هذه المسؤولية على كل طبيب يعمل لدى مصلحة حكومية أو هيئة إدارية تابعة لوزارة الصحة ، حيث يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العمل النظر في تأديب الأطباء طبقا لهذه القوانين على الأخطاء التي يرتكبونها في عملهم ، بوصفها خارجة عن نطاق القانون متى كان لذلك تأثير على عمل المؤسسة ، ويتم توقيع الجزاءات التأديبية المناسبة لمراكزهم القانونية الوظيفية² .

كما يتمثل حق النقابة النظر فيما أحدثه الأطباء من أخطاء غير مغتفرة ، خارجة عن أصول المهنة ، وتوقيع الجزاءات طبقا للقانون الأساسي لنقابتهم³ .

¹ عادل العشابي ، المرجع السابق ، ص 129 .

² حيث تصنف إلى درجات حسب الخطورة ، إذ تبدأ بالإندار الشفوي وتنتهي بالفصل دون دفع تعويضات ، المادة 124 من المرسوم التنظيمي الجزائري رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1988 الموافق لـ 01 رجب 1405 .

³ مختار قوادري ، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي ، أطروحة دكتوراه ، جامعة وهران ، 2010/2009 ، ص 19 .

المطلب الثالث : المسؤولية الجنائية المترتبة عن انشاء الشهادة الطبية

المسؤولية الجزائية هي القيام أو الامتناع عن فعل يشكل مخالفة للقواعد أو الأحكام التي يقرها القانون ، أي ارتكاب أفعال معاقب عليها قانونا ، وأهم الجرائم التي لها علاقة بالشهادة الطبية ، جريمة تزوير الشهادات الطبية (الفرع الأول) ، وجريمة إفشاء السر المهني (الفرع الثاني) فسيتم التطرق لكل جريمة على حدى مع تبيان أركانها والعقوبات المقررة لها .

الفرع الأول : جريمة تزوير شهادات طبية

قبل التطرق إلى جريمة تزوير الشهادات الطبية لابد أن نعرج على تحديد المسؤولية الجنائية و إعطاء مفهوم لها ، فالمسؤولية الجنائية تشكل العنصر الأساسي للنظام الجنائي العقابي لكونها ترمي إلى تحميل الشخص الجزاء نتيجة اقراره فعل محرم أو الامتناع عن فعل شكل مخالفة للقواعد أو الأحكام التي قررتها التشريعات¹ ، فالمسؤولية الجنائية تأخذ بمبدأ الشرعية و المتمثل في تحديد الأفعال المحرمة و العقوبات المتعلقة بها . على ضوء ذلك فإن الطبيب لا يكون مسؤولا عن جريمة معينة إلا إذا كان قد تسبب ماديا في حدوثها أي وجود علاقة سببية بين النشاط و النتيجة و يكون متمتعا بالأهلية المطلوبة لتحمل التبعة و المتمثلة في عنصري الادراك و التمييز أي يكون ارتكابه لهذه الجريمة قد تم إما عمدا و إما عن خطأ² .

قبل دراسة جريمة تزوير الشهادات الطبية وتحديد الأركان التي يقوم عليها يجب إعطاء تعريف للتزوير، حيث تطرق لتعريفه الاستاذ "جرسون" حيث قال أن التعريف الدقيق للتزوير المعاقب عليه يجب أن يحيط بعناصره الأساسية الخمسة و هي : أن يقع تغيير للحقيقة ، و أن يحصل التغيير للحقيقة و بطريقة من الطرق التي نص عليها القانون و أن يكون من شأن ذلك أن يسبب ضررا و أخيرا أن يكون لدى الفاعل قصد الغش³

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم العام ، الجزء الأول (الجريمة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2002، ص 58.

² طاهر كشيدة مرجع سابق، ص 52.

³ عبد الحميد الشواربي ، التزوير والتزيف ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، دون سنة طبع ، ص 12 .

فالشهادات الطبية لا تخرج كوئها محررات فقد تكون رسمية إذا صدرت من طبيب موظف أو قابلة مختص بتحريها أداء لوظيفة ، و قد تكون عادية إذا صدرت من طبيب أو قابلة غير موظف ¹ .

فالأصل أن هذه الشهادات تخضع للأحكام العامة للتزوير شأنها شأن المحررات الرسمية أو العادية ، غير أن المشرع قد استثنى هذه الشهادات التي تتصل بمهنة الطبيب أو القابلة ، و أخضع التزوير الواقع فيها لعقوبات جزائية وإدارية ، ويستوي ان يكون الجاني موظفاً أو غير موظف لأن النص جاء عام و لا مجال للترقية ، حيث نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في نص المادة 226 من قانون العقوبات² و التي نصت على أنه " كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة كرر كذبا بوجود أو إخفاء مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة ، و ذلك إثناء تأدية أعمال وظيفته و بغرض محاباة أحد الأشخاص ، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات ما لم يكن الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 134.

يلاحظ من هذا النص أن المشرع لم يفرق بين الشهادات الطبية المقدمة إلى المحاكم و بين المقدمة إلى الجهات الإدارية حيث جعل هذا النص عاما كليهما لهم أركان واحدة إلا ان الفرق بينهما هو الغرض من تزوير الشهادات الطبية هو تقديمها إلى المحاكم ³ .

أولا : أركان هذه الجريمة

تقوم هذه الجريمة على ركنين :

1. الركن المادي : قبل التطرق إلى الركن المادي ، تتطلب هذه الجريمة ركنا مفترضا و المتمثل في صفة الجاني حيث اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 226 من قانون العقوبات أن تتوافر صفة معينة في الجاني و ذلك بأن يكون طبيبا أو جراحا أو طبيب أسنان أو قابلة.

أما الركن المادي فيتمثل في إثبات أو نفي واقعة مرض أو عاهة أو حمل أو عن سبب الوفاة عذبا أو يعطي بيانات كاذبة عن ⁴ هذه الأفعال حيث ذكر المشرع في نص المادة 266 من قانون العقوبات بعض الوقائع

¹ نجمة مالكي، مرجع سابق، ص 21 .

أمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم ، جريدة رسمية ، العدد 49 بتاريخ 11/06/1966 ،² المعدل والمتمم بموجب القانون 06-23، المؤرخ في 20/12/2006، الجريدة الرسمية العدد 84، المؤرخة في 24/12/2006.

³ نجمة مالكي، مرجع سابق، ص 22.

⁴ نجمة مالكي، مرجع نفسه ، ص 23 .

التي يقع عليها فعل التزوير على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر ، و نصت المادة 58 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها " يمنع تسليم أي تقرير مفروض أو أية شهادة مجاملة " ¹ .

2. الركن المعنوي : التزوير جريمته لا تقوم إلا عمدا أي يتوافر القصد الجنائي ، إذ يجب أن تنصرف ارادة الطبيب إلى الفعل المكون للجريمة و هو تغير الحقيقة مع علمه بذلك ، و لا يستلزم لقيام هذه الجريمة معرفة الطبيب لأغراض استعمالها من الشخص المسلمة اليه ، المهم ادراكه بأنه سلم بيان مزور وفق ارادته الحرة بغرض المحاجاة ، فالقصد الجنائي متوفر منذ لحظة تحرير البيان و تسليمه إلى مستعملة سواء ألحقت هذه الشهادة ضررا أولا بفرد آخر أو بالصالح العام ، أي أن الطبيب يكون عالما بكذب الأمر الذي تضمنته الشهادة في شأن حمل أو عاهة أو مرض أو وفاة فلا يهم الغرض الذي أعطي من أجله. ²

ثانيا : العقوبات المقررة لهذه الجريمة³

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 226 من قانون العقوبات و تتمثل في :

- الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.
- الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج ، و يجوز كذلك الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ففي القانون من سنة على الاقل إلى خمسة سنوات على الأكثر ، حيث أحالت المادة 14 إلى المادة 09 مكرر 01 على هذه الحقوق و المتمثلة في :

- 1- العزل أو الاقصاء من جميع الوظائف و المناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة .
- 2- الحرمان من حق الانتخاب و الترشح ، و من حمل أي وسام .
- 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا أو محلفا أو خبير أو شاهد على كل عقد أو شاهد أمام القضاء على سبيل الاستدلال.
- 4- الحرمان من الحق في حمل الاسلحة ، و في التدريس و في ادارة المدرسة ، أو الخدمة في مؤسسة التعليم.
- 5- عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.

¹ طاهر كشيدة ، مرجع سابق، ص 155.

² شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 150 .

³ أمير فرج ، أحكام المسؤولية الجنائية الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، مصر، 2006 ، ص 164 .

و تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما اذا كان التزوير الصادر من الطبيب كان جراً رشوة أو استغلال نفوذ فإنه يخرج من مفهوم هذه المادة بل يعاقب مرتكبها وفقاً لجرمة الرشوة وفقاً للقانون رقم 01/06¹.

الفرع الثاني : جريمة إفشاء السر المهني (الطبي)

يعرف السر الطبي على أنه كل ما يصل إلى على الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض و علاجه سواء حصل عليها الطبيب من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بسبب ممارسته مهنته و عرفه الفقه الفرنسي² بأنه كل ما يعهد به إلى ذي مهنة و يضر إفشائه بالسمعة و الكرامة .

أولاً : أركان جريمة السر الطبي

1- الركن المادي :

و يتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر : فعل الإفشاء و وسائله و أن يكون موضوع الإفشاء و وقوعه من الطبيب المعالج³.

أ- فعل الإفشاء :

هو إطلاع الغير على السر و الشخص الذي يتعلق به ، و عليه فالإفشاء هو نوع من الاخبار و جوهره نقل المعلومات المتعلقة بشخص ما كان متكتماً عليها و أودعها لدى الطبيب أو اكتشفها هذا الأخير عن طريق الفحص⁴.

و مجرد الكشف عن واقعة السر لا يعد إفشاء ، انما يتعين تحديد الشخص الذي يتصل به فإن هذا الشخص شرط أساسي لتصور المخني عليه و معرفته ، و ليقام علة التجريم المتجسدة في حماية مصلحة معلومات و هو التزام نصت به المادة 206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها⁵ بقولها : " يجب على الاطباء و جراحي الانسان و الصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية " ، و كذلك نصت

¹ القانون رقم 01/06 ، المؤرخ في : 2006/02/20 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل والمتمم للأمر رقم 156/06 المتعلق بقانون العقوبات ، جريدة رسمية ، عدد 14 : بتاريخ : 2006/03/08 .

² أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دار النهضة العربية، الطبعة 1989 ، ص 04 .

³ طاهر كشيده، مرجع سابق، ص 160 .

⁴ طاهر كشيده، المرجع نفسه ، ص 161 .

⁵ قانون 05/85 مؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة ، و ترقيتها المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 08 بتاريخ : 1985/02/17.

المادة 36 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي توجب على الممارسين الطبيين الاحتفاظ بالسر المهني ، إلا إذا عفاهم القانون من ذلك.

2- أن يكون موضوع الافشاء سرا :

نصت المادة 37 من مدونة أخلاقيات الطب شاملة لكل ما يصل إلى الطبيب بحكم عمله ، بقولها : "يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو الجراح الاسنان و يسمعه و يفهم ، أو كل ما يؤمن عليه خلال أدائه لمهنته " ، غير أنه لا يعتبر سرا كل ما هو معلوم و ظاهر إلى حد لا جدوى من إخفائه ، ومثال ذلك لا يفشي طب العيون سرا إذا قال أن شخص له عين زجاجية إذ هذا الأمر ظاهر للعيان.

3- وقوع الافشاء من الطبيب :

لم يحصر القانون ألقاب الملزمين بكتمان السر ، بل أوردتهم على سبيل المثال الأطباء و الصيادلة و القابلات ، وهذا ما نصت عليه المادة 301/1 لقانون العقوبات بقولها : " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر بغرامة مالية من 500 إلى 5000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات ، و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم و أفشوها¹ في غير الحالات".

2. الركن المعنوي (القصد الجنائي)

تعتبر جريمة افشاء السر الطبي من الجرائم العمدية التي يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي ، فلا تقوم بالإهمال أو عدم الاحتياط حيث لا يرتكب جريمة افشاء السر الطبي الذي يهمل اخفاء ورقة متضمنة أسرار مريضة على انظار المرضى الآخرين نتيجة تركها فوق المكتب ، و القصد الجنائي المتطلب لقيام هذه الجريمة هو القصد العام ، فينبغي أن يعلم الأمين على السر بكافة عناصر الجريمة ، كما جب أن تتجه ارادته الى السلوك المحقق للجزعة ، وهو فعل الافشاء و تحقيق النتيجة حتى و لو لم يكن لدى الأمين على السر نية الاضرار بصاحب السر².

¹ طاهر كشيدة، مرجع سابق، ص 163 .

² طاهر كشيدة، المرجع نفسه ، ص 164.

ثانيا : عقوبة جريمة افشاء السر الطبي

نصت عليها المادة 331 من قانون العقوبات بقولها : " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج و لذلك فالطبيب الذي توافرت لديه الأركان السابقة الذكر استحق صاحبها العقوبات المبينة أعلاه.

كما نصت المادة 235 من قانون 05/85 لحماية الصحة و ترقيتها بنصها " تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات على من لا يراعي الزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206 و 226 من هذا القانون ، فنجد أن هذه المادة جاءت شاملة للممارسين الطبيين و شبه الطبيين الذين يعملون كمساعدين و تسمح لهم ظروف عملهم بالإطلاع على اسرار المرضى كما أنه أحالت العقوبة إلى نص المادة 331 من قانون العقوبات سابقة الذكر¹.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للشهادة الطبية ما قبل الزواج

إن الأسرة هي اللبنة الأولى في المجتمع ، لذا وجب عند القيام بتأسيسها توافر شروط لتكوينها و لعل أهم رابط في الأسرة هو رابط الزواج ، هذا الأخير مقدس في الشريعة الإسلامية ، و مع انتشار بعض الأمراض المعدية و الجنسية أصبح لزاما على المشرع التدخل لحماية هذا الرابط بين الرجل و المرأة ، و تحقيق الهدف الأسمى من الزواج و هو الحفاظ على النسل عن طريق الانجاب و ذلك بضرورة إخضاع المقبلين على الزواج لفحص طبي و تقديم شهادة طبية تؤكد خلوهما من أي عارض أو مرض يحول دون تحقيق الهدف الرئيسي من الزواج و يهدد الرابطة الزوجية ، و هذا ما نتطرق له من خلال تبيان الطبيعة القانونية للشهادة الطبية قبل الزواج انطلاقا من تكييفها الفقهي و القانوني و مرورا بتوضيح الآثار المترتبة عنها من فوائد و سلبيات وصولا إلى الآثار المترتبة عن تخلفها في عقد الزواج و ذلك من خلال تنظيمها في القانون الجزائري و مختلف القوانين العربية.

¹ نجمة مالكي ، المسؤولية الجنائية للطبيب في التشريع الجزائري ، مرجع سبق ذكره ، ص 35.

المطلب الأول: التكييف الفقهي و القانوني للشهادة الطبية قبل الزواج

سيتم التطرق إلى التكييف الشرعي (فرع أول) للشهادة الطبية قبل الزواج، ثم نعرض على التكييف القانوني لها مع ذكر موقف مختلف القوانين الوضعية العربية منه (فرع ثاني) مع الإشارة إلى أنه تم تخصيص مطلب سيتم التطرق فيه إلى تنظيم الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون الجزائري .

الفرع الأول : التكييف الشرعي للشهادة الطبية قبل الزواج

ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن حق التفريق للعيب (أي الأمراض التناسلية أو المعدية) هو حق مشترك للزوجين و لكل منهما إذا وجد في صاحبه عيبا أو مرضا ، فله حق طلب التفريق من القاضي¹ ، حيث قال الحنفية أن الزوجة إذا وجدت زوجها مصابا بأحد الأمراض التناسلية فلها حق طلب التفريق ، كما قال المالكية بأن إخفاء أو كتم أحد الزوجين عيبا فيه عن الآخر مع علمه به ، بما يوهم بعده ، هو من أسباب الخيار في النكاح بحيث يجوز للمتضرر به طلب فسخ النكاح لوجود التدليس (هو الخديعة و الغش) . و قد اعتبر المالكية و الشافعية السلامة من العيوب ، من الصفات المعتبرة في الكفاءة ، أما الحنفية و الحنابلة فلم يعتبروها كذلك ، و لكنها تثبت الخيار للزوجة فقط عند الحنفية و للزوجين معا عند الحنابلة، و بخصوص الشهادة الطبية قبل الزواج ، فإنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية و لا مع مقاصد الزواج ، لأن زواج الأصحاء يدوم و يستمر أكثر من زواج المرضى² .

أما العلماء المعاصرون فنجد لهم فتاوى حول موضوع البحث تتجه في الأغلب إلى ضرورة فحص طبي قبل الزواج و الالتزام بذلك إذا دعت الحاجة نذكر منهم :

- الدكتور محمد الزحيلي³ في بحثه " الارشاد الجنسي " حيث يشير إلى وجوب تطبيق الفحوصات الطبية قبل الزواج و إعطاء ، و تحميل الاطباء مسؤولية أي تقصير أو اهمال أو مجاملة أو رشوة لإعطاء " شهادة لائق صحيا " .

- الدكتور حمداني ماء العينين شبيهنا من المغرب ، في بحثه " حكم الكشف الاجباري عن الأمراض الوراثية¹ .

¹ العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد ، الجزء الأول ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2012 ، ص 178 .

² العربي بلحاج ، المرجع نفسه، ص 179 .

³ أستاذ في كلية الشريعة جامعة دمشق و المعار الى كلية الشريعة ، جامعة الكويت ، له أبحاث فقهية في الاقتصاد الاسلامي و القضايا الطبية و المعاصرة.

- الدكتور محمد القضاة - مدرس في كلية الشريعة ، الجامعة الاردنية يشير أن الفحص الطبي قبل الزواج ضماناً أكيدة لصحة الأفراد و أن الوسائل تأخذ حكم الغايات، و إذا كانت الغاية هي سلامة الانسان العقلية و الجسمية فإن الوسيلة المحققة لذلك مشروعة أيضا ، بل و قد ترتفع إلى مسألة الوجوب إذا وجدت أسباب أدت إلى التخوف من وجود نسل مريض بسبب الأمراض الوراثية الناجمة عن ذلك².
إن الفحص الطبي قبل الزواج لا يتعارض مع الثقة بالله عز و جل ، لأنه ضرب من الأخذ بالأسباب ، كما أن حفظ النسل هو من الكليات الخمس.

يقول الله تعالى : " هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً "³ و كما كان الرسول (صلى الله عليه و سلم) يحث على الزواج من عائلة تعرف بالإنجاب ، فقال: " تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم " ، ومن ثم فلا مانع من اتخاذ الفحص الطبي سببا حتى يكون النسل غير معيب⁴ .

و القاعدة الشرعية تقضي "لا ضرر و لا ضرار" ، فإن هناك من الأمراض الوراثية و الأمراض المعدية الخطيرة التي يخشى على الزوجين منها ، فالضرر يدفع بقدر الامكان ، فإن أمكن دفعه بالكلفة فيها ، و إلا فبقدر ما يمكن و هذه القاعدة متفرعة عن قاعدة الضرر يزال المبنية على قول النبي صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار " ، ثم إن درء المفسد أولى من جلب المنافع ، و بالتالي فإن الادلة الشرعية العامة تقوم على النهي عن الضرر.

و عليه فإن الفحص الطبي لكل من الرجل و المرأة قبل ابرام عقد الزواج مباح شرعا لأنه اجراء وقائي لتشخيص المرض و من ثم فإن مشروعيته مبنية على شرعية التداوي بشكل عام للتأكد من سلامة الزوجين⁵ .
استنادا الى ما ذكر أعلاه فإنه لا مانع من ايجاب الفحص الطبي أو تقديم شهادة طبية على كل المقدمين للزواج ، إلا أن هذا الاجبار لا يؤثر على صحة العقد ، بمعنى أن العقد إذا تم بجميع شروطه دون اجراء الفحص ، فالعقد صحيح و ليس باطلا⁶ .

¹ صفوان محمد عصيبات ، مرجع سابق، ص 99.

² صفوان محمد عصيبات ، مرجع سابق ، ص 100 .

³ سورة آل عمران ، الآية : 38.

⁴ العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 180.

⁵ العربي بلحاج ، مرجع نفسه، ص 181 .

⁶ صفوان محمد عصيبات ، مرجع سابق، ص 109.

الفرع الثاني : التكييف القانوني للشهادة الطبية قبل الزواج و موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية

منه

بالرغم من أهمية الفحص الطبي قبل عقد الزواج ، إلا أن موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية منه كانت متباينة بين ملزم و مجبر للمقبلين على الزواج بإجرائه (الجزائر ، مصر ، الأردن ، تونس ، المغرب ، الكويت ، لبنان ، البحرين) ، وبين من تركت لهم حرية الاختيار في اجرائه ، مع تقديم النصح لهم حول مدى أهميته (السعودية ، الامارات العربية ، البحرين) ، و سنتناول موقف بعض الدول العربية¹.

أولا : تونس

يعد فرض الشهادة الصحية في تونس و التي مبعثها تأثر المشرع التونسي بالمشرع الفرنسي من التجارب الجيدة ، نظرا لاحتوائها على الكثير من المسائل التي غفلت عنها التشريعات العربية الحديثة مثل النص على ضرورة الفحص على الوضع النفسي و العصبي ، فالشهادة الطبية قبل الزواج أصبحت وجوبية منذ تاريخ 28 جويلية 1985م.

كما حاول المشرع التونسي التوفيق بين ضرورة احترام سر المهنة و عدم الافشاء بحقيقة المرضى من ناحية ، و بين سلامة الزوجين و الأبناء من ناحية أخرى ، حيث أجاز له رفض تسليم الشهادة إلى أن يزول خطر العدوى من المريض إذا ثبت له أن هذا الزواج غير مرغوب فيه ، و هو ما يسمح للطبيب بأن ينصح بعدم التسرع في الزواج ، و أن يلجأ إلى العلاج أولا².

ثانيا : سوريا

لقد اشترط القانون تقدم تقرير يؤكد خلوهما من الأمراض السارية و الموانع الصحية للزواج ، و على الرغم من أن الفحص اجباري فيها منذ أكثر من نصف قرن ، إلا أن عدم الوعي بأهمية الفحص، بالإضافة إلى عدم وجود هيئة حكومية تشرف على القيام به، فأبقى الالزام به أمرا شكليا و بات بالإمكان الحصول على شهادة الفحص و لو لم يفحص المعني أصلا³.

¹ فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين ، دراسة مقارنة ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2011ص 166.

² فاتن البوعيشي الكيلاني ، المرجع نفسه، ص 167.

³ فاتن البوعيشي الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 168.

ثالثا : العراق

اشترط قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (10) منه بقولها: " يشترط في المتقدم للزواج يبرز تقريراً طبياً يؤكد سلامته من الأمراض "، ولكن القانون لم يحدد هذه الأمراض ، فاجتمعت لجنة من وزارة العدل و الصحة و حددت هذه الأمراض (الموانع الصحية) بما يلي :

1. الأمراض التناسلية السارية

2. الجذام

3. التدرن الرئوي في حالته الفعالة

4. الأمراض و العاهات العقلية¹

رابعاً: السعودية

صدر قرار عن مجلس الوزراء رقم (5) بتاريخ : 1423/14هـ بدراسة مستفيضة من قبل لجان بشأن تطبيق الضوابط الصحية قبل الزواج ، و الذي ينص على توفير الإشادات المالية للقيام بتنظيم حملات توعية توضح فوائد الفحص الطبي قبل الزواج ، و خطورة الأمراض المعدية و الوراثة و تجهيز المختبرات و توفير الأجهزة و التدريب عليها في جميع المناطق لتسهيل عملية إجراء الفحوص المخبرية ، لمن يرغب في ذلك من السعوديين مع توشي السرية التامة في توثيق هذه المعلومة و حفظها و تداولها .

لقد تم تخصيص غلاف مالي ليستفاد منه في تجهيز المختبرات و المعدات و الكفاءات، كما تلتزم وزارة الصحة برفع تقرير مجلس الوزراء يتضمن نتائج الفحص إلى المجلس بعد مضي 03 أعوام من تطبيقه² .

خامساً : الأردن

نص على أنه يتوجب على طرفي عقد الزواج قبل توثيق العقد ، و اجراء الفحص الطبي قبل الزواج لدى أي مركز من المراكز الطبية المعتمدة.

سادساً: فلسطين

صدر تعميم عن ديوان قاضي القضاة ، يلزم الخطيبين بإجراء فحص طبي يخص مرض التلاسيميا ، ومرض الايدز³ ، و تحدر الإشارة إلى أن أغلب القوانين العربية تلتقي في أنه كون هذه الفحوصات يجب أن تخلو من

¹ صفوان محمد عصيبات ، مرجع سابق، ص 193.

² صفوان محمد عصيبات، المرجع نفسه ، ص 194.

³ فاتن البوعيشي الكيلاني ، المرجع السابق، ص 169.

الأمراض المعدية و بخاصة الايدز، باستثناء الاردن التي لا تلتزم إلا بالفحص من مرض التلاسيميا¹ متجاهلة أخطر فيروس يهدد البشرية و هو فيروس الايدز و ما له من نتائج سلبية وخيمة على حياة الأسرة و المجتمع ككل.

المطلب الثاني : آثار الشهادة الطبية قبل الزواج و حكم اخبار أحد الخاطبين أو إخفاؤه

سيتم التطرق إلى آثار الشهادة الطبية قبل الزواج من سلبيات وفوائد (فرع أول) و مسألة الإخبار أو الإخفاء لنتائج الفحص الطبي عن أحد الخاطبين وموقف الفقه منها (فرع ثاني).

الفرع الأول : ايجابيات و سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج

أولاً : الايجابيات

- 1- تعتبر الفحوصات الطبية قبل الزواج من الوسائل الوقائية الفعالة في المجتمع للحد من الأمراض الوراثية الشائعة فيه ، و بالتالي من باب ضمان استمرار الحياة الزوجية².
- 2- تمكين المقبلين على الزواج من التعرف على الصحة الخاصة لكليهما لتفادي الأمراض المعدية و الخطيرة من خلال إخضاع كل من المرأة و الرجل للفحص السريري (لمعرفة الأمراض الزهرية) وتحليل فصيلة الدم (-abc Rhésus) طبقاً للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06³ و إعلام المعني بالأمر لمخاطر العدوى بانتقالها إلى الزوج أو الذرية.
- 3- التأكد من سلامة الخاطبين من الأمراض الجنسية (التناسلية) و تحديد قابليتها للإنجاب من عدمه ، و بالتالي ضمان انجاب أطفال أصحاء عقلياً أو جسدياً.
- 4- التقليل من الكوارث التي تحدث هزات مالية و انسانية للأفراد و الأسر و المجتمعات خاصة عند ارتفاع نسب المعاقين و المرضى في المجتمع.
- 5- التحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة الزوجية و استقرارها بعد الزواج

¹ فاتن البوعيشي الكيلاني ، المرجع نفسه ، ص 170 .

² العربي بلحاج ، سابق ، ص 175 .

³ مرسوم تنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 مايو 2006 ، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر القانون 84.11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية ، العدد 31 .

مثل السرطانات و داء السكري و الضغط الدموي، و الالتهاب الكبدي و غيرها.

6- اخضاع النساء اللواتي لا زلن في سن الانجاب للفحوص الخاصة بمرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء الحمل¹.

7- العلاج المبكر لهذه الأمراض ما دام ذلك ممكنا.

8- الحد من انتقال الأمراض المعدية ، فهناك أمراض تنتق عن طريق الاتصال الجنسي ،وهناك أمراض تنتقل بمجرد المحاورة والاحتكاك² .

ثانيا : السلبيات

1- بعد الشباب عن الزواج خوفا من الكشف عن خرائطهم الوراثية .

2- كشف سر الانسان و التعدي على خصوصيته³.

3- وقوع الزوجين أو أحدهما في حالة من القلق أو الاضطراب و الاكتئاب و ربما اليأس.

4- وقوع القرينين في الحرج في حالة وجود مانع صحي يطغى عليهم و يحول دون إقدامهما على اتمام الفحوصات .

5- انعدام المصادقية في أداء الفحص الطبي قبل الزواج ، بحيث يصبح مجرد عن شهادة تعطى للمقبلين على الزواج من دون أن يكون هناك فحص إما لمعرفة أو قرابة أو محسوبة ، و إما لرشوة من المال ، و قد حصل ذلك في بعض الدول العربية التي وضعت الفحص الطبي كإجراء الزامي.

6- بالفحص الطبي قد يحرم بعض الناس من فرص العمل و التوظيف.

¹ العربي بلحاج ،مرجع سابق، ص 176.

² أسامة عمر سليمان الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، النقاش للنشر والتوزيع ، الأردن ، طبعة 2000 ص 84-85.

³ عبد الرحمن بن حسن النفيسة ، الفحص الطبي قبل الزواج و مدى مشروعيته نقلا عن الموقع : www.droit-dz.com

الفرع الثاني : حكم إخبار أحد الخاطبين أو إخفاء الشهادة الطبية قبل الزواج

من خلال هذا الفرع نستبين مدى اعتبار نتائج الفحوص الطبية قبل الزواج من قبل السر الطبي الذي لا يجوز للعاملين في مجال الحفل الطبي الإفصاح عنه ، إلا في حالات معينة تقتضيها الضرورة التي يصاب بها أحد الزوجين ، و التي قد تنتقل بينهما بالمعايشة المعتادة أو المعاشرة الجنسية ، ومدى جواز إفصاح الطب ، أو من يعمل في مجال التطبيب و العلاج بالإفصاح عنها للطرف الصحيح في العلاقة الزوجية¹ .

1- حقيقة الفحوص الطبية

أ- أنواع الفحوص الطبية:

هناك أنواع كثيرة للفحص الطبي و كشف الأمراض ، و من أهمها مجال الفحص الطبي للراغبين في الزواج من الجنسين :

1. الفحص الكشفي عن مرض فقر الدم المخلي.
2. الفحص الكشفي عن الهيموغلوبين مثل التلاسيميا و أمراض الدم الأخرى .
3. اختبار أنزيم (Gcbd) لكشف أمراض الدم الانزيمية عند وجود تاريخ عائلي للمرض أو مؤشرات طبية دالة عليه.
4. الفحص الكشفي خلال سلاسل صيغته الهيموغلوبين (التلاسيميا) عن طرق التحليل لعناصر الكبد و تقدير نسبة صيغة الهيموغلوبين F12 .
5. اختبار نشاط عامل التخثر الثامن و التاسع للكشف عن الهيموفيليا (أب) عند وجود تاريخ عائلي للمرض أو مؤشرات طبية دالة عليه.
6. اختبار (RPR) للكشف عن مرض الزهري و فحص (TPHA) لتأكيد النتائج الايجابية.
7. الفحص الكشفي عن فيروس نقص المناعة المكتسبة (AIDS).
8. اختبارات فحص التهابات الكبد الفيروسيّة بنوعها (B.C) .
9. الفحص الجيني² .

¹ عبد الفتاح محمود ادريس ، رابطة العالم الاسلامي ، اخبار الطب الزوج الصحيح نتائج فحوص زوجة المريض المؤثرة عليه، مجمع الفقهي الاسلامي ، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقدة بمكة ، سنة 2012، ص 03.

² علي محي الدين القرداغي ، الفحص الطبي قبل الزواج من تطور الفقه الاسلامي ، بدون دار نشر ، بدون طبعة، ص 32-33.

ب- ما ينبئ من أنواع الفحوص عن مرض معد :

تسفر الفحوص و التحاليل التي تجرى على المرضى ، عن أنواع من الأمراض منها ما ينتقل عن طريق العدوى ، و منها ما لا ينتقل بالعدوى به.

هناك أمراض معدية و أمراض غير معدية ، فالأمراض المعدية مثل السل ، و الجذري ، و مرض نقص المناعة المكتسبة (الايذز) و الأمراض غير المعدية مثل : امراض السكر و القلب و زيادة نسبة الكولسترول بالدم ، و الفشل الكلوي و غيرها.

و تجدر الاشارة أن من الأمراض ما ينتقل عن طريق الجنات بحيث ينتقل إلى انسان من أسلافه أمراض وراثية و ينتقل اليه بصفة سائدة أو متنحية ، و قد ذكر العلماء أن عدد الأمراض الوراثية تصل إلى سبعة آلاف مرض ، و أكثرها يمثل خطورة على من انتقل اليه و بعضها غير قابل للشفاء ، و من الأمراض الوراثية : أمراض القلب ، و بعض أمراض الدم كالأنيميا المنجلية ، و الأمراض المتعلقة بالنمو ، و السرطان ، و السكر و أمراض الجهاز المناعي و نحوها¹.

و من الأمراض الوراثية - مرض هنتون - و هو مرض عقلي يزداد بشدة مع مرور الأيام إلى ان يتطور إلى نوبات صداع ، و ينتقل إلى الورثة ، و قد قام العلماء بتحديد نوع المورثة الحاملة للمرض و أنها تقع على الكروموسوم الرابع في الطف النهائي من الذراع القصير لهذا الكروموسوم.

و إن المصاب بأمراض السكري لا يصح له ان يتزوج بامرأة مريضة بالسكر لأن طفلها يكون أكثر تعرضا للإصابة بهذا المرض الخطير.

2- بعض العيوب الشائعة التي يمكن تجنبها بالفحص الطبي قبل الزواج

يمكن للأشخاص المقبلين على الزواج تجنب الكثير من العيوب التي قد تكون لصيغتهم بواسطة هذا الفحص الذي يكشف من خلاله الطبيب الفاحص أو الشخص المفحوص عن بعض العيوب و ليس كل العيوب التي تحول دون تحقيق غاية الزواج ، و قد يتضرر الزوج السليم منها ، و من المعروف شرعا أو قانونا، فقها و قضاء

¹ عبد الفتاح محمود ادريس ، مرجع سابق، ص4.

حيث أن هناك عيوباً موجبة للخيار بمعنى أنه إذا كان في أحد الزوجين أحد هذه العيوب كان للأخر أو حق له الخيار في البقاء معه أو الفراق¹.

أولاً : العيوب الخاصة بالرجل

هناك الكثير من العيوب المرتبطة أساساً بالذكور دون الإناث وهي تناسلية سيقود بها الرجال ، أهمها تأثيرها في العلاقة الزوجية وهي : الجب ، والعنة ، والخصاء.

ثانياً : العيوب الخاصة بالمرأة

كما يختص الرجل ببعض العيوب الجينية فإن المرأة كذلك يمكن أن تتصف بوجود عيوب على مستوى جهازها التناسلي نذكر منها : الرتق ، القرن ، العفل و الفتق. وسيتم تفصيل هذه الأمراض في الفصل الثاني.

ثالثاً : العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة :

1- الجنون :

هو مرض تعددت تعريفاته عند الفقهاء وما جاء به الحنفية بأنه علة تمنع الأعضاء النفسية عن أفعالها منعا غير تام متقطعا و ألحقوا به المعتوه ، و على عكس المالكية (الصداع ، الوسواس) و قيوده و لو بمرّة في الشهر (الشافعية)² الخبل و الصرع ، و (الحنابلة) الصرع و دوام الإغماء، و الجنون في معنى الطب له معنيان نفسي و اجتماعي، فالأول هو اضطراب في الانفعال و القدرات العقلية و تفكك الشخصية، و الثاني من لا يسيطر على تصرفاته و هو ما لا اتفقوا عليه الفقهاء و كذلك ينقسم إلى الجنون الوظيفي و العضوي.

2- الجذام:

في معنى الطب نوعان: **المعدي** يكون على شكل درنات على سطح الجلد و يصحبه نزيف من الأنف و تكثر الدرنات على الوجه و الأذن.

و **غير المعدي** يظهر على شكل بقع على سطح الجلد ، و يصيب الأعصاب التي تفقد التمييز بين الساخن و البارد و لا يستطيع أن يحس بالألم أو اللمس³.

¹ علاق عبد القادر، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج ، (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان ، الجزائر، السنة الجامعية : 2012 - 2013 ، ص 78.

² محمد الحسن مصطفى البغا، مرجع سابق، ص 539.

³ عبد الفتاح أبو كيلة ، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة ب ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، 2008 ، ص 311 ، 312 ، 313.

3- البرص:

هو بياض شديد البهاق ، وهو مرض جلدي يتميز بتلون الجلد نتيجة غياب الخلايا المسؤولة عن تكوين الصفات بطبقات إلا أنه يختلف عن البرص فهذا الأخير يكون براقا أملس غائصا في الجلد و اللحم أما البهق فهو يحدث تغيرا في لون الجلد و لا يذهب بدمه¹ .

3- حكم التفريق بالعيب بين الزوجين:

إذا علم بأحد الزوجين بعيب الآخر قبل العقد أو بعده أو في وقته ، ورضى به بصراحة أو ضنا فلا يحق أن يطلب التفريق ، وهذا ما اتفق عليه غالبية الفقهاء ، لأنه قد رضي به و الرضا يسقط الحقوق ، إلا أن ما وقع فيه الاختلاف فهو في حالة عدم العلم بالعيب أو عدم الرضا به و انقسموا على قولين²:

القول الأول : و هو لجمهور الفقهاء ، حيث أجازوا التفريق بين الزوجين ، و إن اختلفوا في عدد العيوب التي تثبت بها حق الخيار و هل هذا الحق ممنوح للمرأة أو للزوجين على حد السواء،

القول الثاني : و هو للأهل الظاهر و لم يجزوا التفريق بأي عيب كان سواء كان في الزوج أو في الزوجة ، و لا مانع من تطليق الزوج لزوجته ان شاء الله لوجود العلة بيده بما أنه في حالة وجود جذام أو برص أو عنة أو أي عيب مماثل لا يفسخ عقد الزواج لذلك لأنه اذا أصبح الزواج يفسخ لمثل هاته العيوب فلا تتحقق الغايات المنشودة من الزواج³، وسيتم توضيح رأي هاذين القولين عند التطرق للعيوب الموجبة للفرقة بين الزوجين.

4- إخبار الطبيب أحد الزوجين نتائج الفحوصات :

الأصل وجوب حفظ أسرار المرضى ، و أنه لا يجوز إنشاؤها إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة أو دعت إلى ذلك حاجة ، فإنه يزول المنع حينئذ ، فيكون إفشاء السر إما مستحبا أو واجبا ، و ذلك بناء على قدر المصلحة المترتبة على إفشاء السر أو المفسدة الناتجة عن كتمانها و هذا ما أشار إليه الكثير من أهل العلم المعاصرين ، و هو ما تضمنه قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي الدولي الصادر عن مجلسه المنعقد في دورة مؤتمره

¹ عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني ، مذكرة ماجستير ، الدولة الاسلامية ، غزة ، فلسطين، 1429-2004 ، ص 198.

² عبد الفتاح أبو كيلة، مرجع سابق، ص 309.

³ يوسف صلاح الدين يوسف ، الأمراض المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية في منظور الطب الشرعي والطبي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 118 .

الثامن حيث جاء فيه : " تستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر يفوق ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه أو يكون في إفشائه مصلحة ترجع على مضرة كتمانها " .

و ذلك يمثل ما اذا كان في إفشاء السر درء للمفسدة عن المجتمع أو عن الفرد ، و مثله أيضا ما إذا كان في إفشاء السر جلب للمصلحة للمجتمع أو الفرد ، وتيسر الادراك الحالات التي يؤذن فيها للطبيب بإنشاء سر المريض لجلب مصلحة أو درء مفسدة و أهم الضوابط هي :

1- كل مرض يثبت حق الفرقة لأحد الزوجين ، فإنه وجب الاخبار بنتائج فحوصه ، و لقد أخذ مجمع الفقه الاسلامي الدولي في قراره بشأن مرض نقص المناعة المكتسبة (الايذز) الذي نص على أنه " في حالة اصابة أحد الزوجين بهذا المرض ، فإنه عليه أن يخبر الآخر ، و ان يتعاون معه اجراءات الوقاية كافة " ، و مثله مرض التهاب الكبد الوبائي و كذلك الامراض التي تتطلب الحجر الصحي .

و قد نصت القوانين على افشاء الامراض المعدية و السارية من وجوب الكتمان لما يتعلق بسر المهنة الطبي ، فنصت المادة الحادية عشرون من نظام مزاوله المهن الصحية السعودي على أنه يجب على الممارس الصحي أن يحافظ على الأسرار التي علم بها عن طريق مهنته ، و لا يجوز له إفشاؤها إلا في الأحوال الآتية " و من تلك الأحوال التي نص عليها النظام : " الابلاغ عن مرض معدي " .

2- كل مرض يفوت كمال الحياة الزوجية السوية ، فإنه باح الاخبار بنتائج فحوصه ، سواء كان مرضا نفسيا كانفصام الشخصية و الاكتئاب المزمن و نحو ذلك ، أم كان مرضا عضويا كالإصابات التي نذهب القدرة على الجماع أو تضعفها ضعفا شديدا .

3- كل مرض له تأثير على النسل و هو ما يعرف بالأمراض الوراثية كمرض فقر الدم المنجلي ، فإنه يباح الاخبار بنتائج فحوصه و قد يجب بناء على خطورة المرض و نسبة الاصابة منه و امكانية معالجته ¹ .

4- كل مرض لا تأثير له في الحياة الزوجية ، و كشفه لا يجلب مصلحة للطرف الآخر ، و لا يدرء عنه المفسدة ، فإنه لا يجوز للطبيب الاخبار بنتائج فحوصه لما تقدم من الأصل التي يجب أن يراعى ، و هو وجوب حفظ أسرار المريض ، و عدم جواز افشائها إلا إذا اقتضت ذلك مصلحة أو دعت إلى ذلك حاجة ، و لأن الاخبار بها يفسد أحد الزوجين على الآخر فيكون منهيها عنه لما جاء من الوعد في تجنب المرأة على زوجها و

¹ خالد بن عبد الله المصلح ، إخبار الطب أحد الزوجين نتائج الفحوص الطبية للأخر (رؤية شرعية) ، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقد بمكة ، سبتمبر 2012 ، ص 12 - 13 - 14 .

إفسادها عليه ، ففي الصنف من حديث أبو هريرة " رضي الله عنه " أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال : " ليس هنا من جنب امرأة على زوجها " .

5- كل مرض يثبت حقا لأحد الزوجين على الآخر و يسقطه فإنه يجب الاخبار بنتائج فحوصه.

و من تطبيقات ذلك : حالة ما اذا كان اثبات الدعاوى المرفوعة من أحد الطرفين ضد الآخر ، يتطلب كشف نتائج الفحوصات الطبية ، فإنه يجب حينئذ بيانه إذا كان مما لا يثبت الحق إلا به فهو حينئذ يثبت أداء الشهادة التي يضيع الحق بكتماها ، و التي قال الله فيها :

" لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ " ¹

و موضع النهي موجب يخاف الشاهد ضياع حق " حسب تفسير القرطبي، و في معناه كتمان الطبيب نتائج الفحوصات التي يفضي كتماها إلى ضياع حق أحد الزوجين ، سواء في القضاء أو غيره ².

المطلب الثالث : تنظيم الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون الجزائري

إن الفحص الطبي قبل الزواج لا يتعارض مع الثقة بالله عز و جل لأنه ضرب من الأخذ بالأسباب ، كما أن حفظ النسل هو من الكليات الخمس لقوله تعالى : " رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ " ³ كما أن الرسول(صلى الله عليه و سلم) حث على الزواج من عائلة تعرف بالإنجاب فقال : " تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة " ⁴.

لذا فإن الفحص الطبي قبل الزواج لكل من المرأة و الرجل مباح شرعا ، لأنه اجراء وقائي لتشخيص الأمراض المختلفة و كشف الأمراض المعدية و الوراثية ، القابلة للانتقال من طرف إلى آخر عبر الاتصال الجنسي أو المخالطة ، و مع انتشار الكثير من هاته الأمراض مؤخرا مما دفع بالمشرع الجزائري إلى تعديل قانون الأسرة حتى يتماشى و المستجدات الحديثة فيما يتعلق بالفحوصات الطبية و ما موقف المشرع الجزائري؟ فكيف نظم المشرع الجزائري الشهادة الطبية قبل الزواج؟.

¹ سورة البقرة ، الآية : 283.

² خالد بن عبد الله المصلح ، مرجع سبق ذكره ، ص15.

³ سورة آل عمران ، الآية : 38.

⁴ رواه أبو داود في سننه.

الفرع الأول : الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري

أولا : الوضع قبل 27 فبراير 2005

لم يهتم المشرع الجزائري كثيرا بمسألة الفحص الطبي السابق للزواج قبل 2005 ، حيث لم يخصصها بتشريع خاص ، سواء في قواعد قانون الأسرة الجزائري ، أو في القواعد القانونية الأخرى ، بالرغم من حرصه على صحة الأفراد والأسر والمجتمع من خلال بعض الأحكام والقواعد ذات الصلة بالصحة ، كما هو الشأن بالنسبة للدستور الجزائري إذ نص في المادة 54 من الفصل الرابع المغلق بالحقوق والواجبات على أن " الرعاية الصحية حق للمواطنين ، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية لمكافحةها " ¹.

فلم يتطرق له إلا في السبعينات (1976) من خلال قانون الصحة العمومية ، فقد أفرد له أنذاك حكما خاصا بموجب المادة 115 التي جاء فيها على أنه " يحدد بموجب مرسوم كفايات الطبي السابق للزواج ، و ذلك لأجل حماية صحة العائلة " ².

لكن التنظيم لم يصدر اطلاقا ، فضلت هذه القاعدة القانونية قاعدة للحماية في مهدها إلى أن الغيت سنة 1985 بمناسبة اصدار قانون جديد يتعلق بحماية الصحة و ترفيتها حيث ألغى المشرع هذه المسألة نهائيا و لم يورد أي نص أو حكم قانوني إلى فكرة الفحص الطبي قبل الزواج.

و بالرغم من ادراك المشرع الجزائري أنذاك لتسعة مواد من المادة 67 إلى المادة 75 في الفصل الخاص تتعلق بتدابير حماية الأمومة و الطفولة ، فإنه أهمل مسألة الفحص الطبي قبل الزواج ، فالمواد 67 ، 68 ، 69 على سبيل المثال ، أكدت على ضرورة استفادة الاسرة من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة و صحة أفرادها ، و أن حماية الأمومة و الطفولة تتمثل في اتخاذ جميع التدابير الطبية و الاجتماعية و الادارية التي تستهدف حماية صحة الأم قبل الحمل و خلاله و بعده ، و اكتشاف الأمراض التي قد يتعرض لها الجنين.

و عليه يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يسن قانونا خاصا بالفحص الطبي السابق للزواج في تلك الفترة ، رغم المحاولة المحتممة من خلال قانون الصحة العامة آنذاك ، التي تراوح مكانها و مجردة من أي تنظيم و تنفيذ ¹.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، جريدة رسمية ، العدد 76 المؤرخة ف ي : 1996/12/08 ، ص 14.

² المادة 115 من الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 1976/10/23 الذي تتضمن قانون الصحة العمومية ، جريدة رسمية ، العدد 101 المؤرخة في 1976/12/19 ، ص 1401.

أولا : الوضع ابتداءا من 27 فبراير 2005

نص المشرع الجزائري في المادة 07 مكرر المضافة بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27 بأنه " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية ، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا أو يتعارض مع الزواج " وهذا معناه أن المشرع قد إشتراط لإبرام عقد الزواج شهادة طبية ولم يكتفي بذلك فلقد أصدر مرسوم تنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11 الذي يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة ، و بالتالي فالمقبلين على الزواج عليهم تقديم شهادة طبية تؤكد خضوعهم لفحوصات طبية ، ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها قانونا³.

الفرع الثاني : طبيعة الفحص الطبي و مدى إلزاميته في القانون الجزائري

من خلال أحكام القانون الجزائري المنظم للشهادة الطبية قبل الزواج أن دورها وقائي لا غير لحماية القرين و الأبناء من الأمراض الوراثية أو المعدية ، التي تحول بينه و بين القيام بواجباته الزوجية ، فإنه رغم التنصيص على إلزاميته(م 07 مكرر من قانون الأسرة و المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 فإنها ليست شرطا من شروط الانعقاد (م 06 مكرر من قانون الأسرة).

هذا ما أشارت اليه المحكمة العليا في اجتهاداتها الحديثة ومنها قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1993/02/23⁴ ، من أن عقد الزواج يعتبر صحيحا حتى تم برضى الزوجين ، و حضور ولي الزوجة و شاهدين و صدق ، و ابرم أمام موثق مؤهل قانونا⁵ بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع النوعية ، و أنه يبطل الزواج بانعدام الرضى ، كما أن الشهرة ليست شرطا في الزواج ، و انما الاشهاد هو الشرط بحضور شاهدين.

¹ علاق عبد القادر، مرجع سابق، ص. 235.

الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، ج ر ، عدد 15، المؤرخة في : 2015/02/27 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09

² يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة .

³ المادة 05 من المرسوم 154/06.

⁴ المجلة القضائية، سنة 1996، قرار المحكمة العليا رقم 88856 المؤرخ في : 1993/02/23، غرفة الأحوال الشخصية، العدد، 02، ص96

⁵ بلحاج العربي ، مرجع سبق ذكره ، ص 154.

فالزواج المبرم دون هذه الشهادة و إن خالف اجراء أوليا لإبرام الزواج ، لا يعتبر باطلا و انما يبقى صحيحا ، غير أنه في هذه الحالة يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب و الامراض (م 48 قانون الأسرة) ، أو التطليق للعيوب أو الأمراض (م 153 فقرة 02 قانون الأسرة) كما أنه يجوز له طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص (المادة 09 والمادة 33 ، المادة 82 القانون المدني) كما أن إخفاء عيوب و تشوهات و أمراض الأجهزة التناسلية ، كالعجز الجنسي ، يخول للزوجة حق التطليق ، و يستجاب لطلبها دون تأجيل (المادة 04 والمادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة).

كذلك ينص القانون على أنه يقوم الطبيب بإبلاغ المعني بالأمر بملاحظاته عن نتائج الفحص الطبي ، و إعلامه بالأمراض الوراثية و المعدية و مخاطر العدوى منها ، و هكذا يكون المعني على علم بما أصابه (بما سيصيب قرينه أو ذريته) ، و بالتالي يقرر إما العدول عن مشروعه في الزواج ، أو أن يتزوج رغم إصابته بأمراض معدية و خطيرة ، و يتحمل عندئذ المسؤولية الكاملة¹.

من ثم فإنه لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين².

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من التفريق للعيوب

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أخذ بالتفريق للعيوب و جعله للمرأة 02/53 و قيده بمجموعة من الشروط و هل هذا يعني حرمان الزوج منه. أو للمادة 56 من نفس القانون علاقة لأنه قد يشتد الخصام بين الزوجين و يكون مصدره عيب وجده الرجل في المرأة ، و أنه أخذ بموقف المالكية لتحديد نوع التفريق.

جاءت حالة التطليق للعيوب في المادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري بأنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة العيوب التي حول دون تحقيق الهدف من الزواج " ، و ما يقصده هنا من عيوب هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة المانعة من ممارسة العلاقات الجنسية ، و التي لا يمكن المقام معها الا بضرر و هي تتعارض مع الأهداف التي شرع من أجلها الزوج و التي هي حسب المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

¹ بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة ، المرجع السابق، ص 182-183.

² المادة 07 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11 .

فكلما وجدت المرأة في زوجها عيب تناسلي أو مرضا مشتركا فلها الحق في طلب التطليق بدون تأجيل متى كانت غير عاملة به و ما يمكن ملاحظته من نص المادة 53فقرة 02 قانون الأسرة بأن سلامة الزوج من العيوب شرطا أساسيا للزواج و لا يهم نوع العيب ، و حتى يكون العيب سببا للتفريق لابد من توفير شروط تبرر ذلك و هي في القانون الجزائري¹ كما يلي :

1- أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة لأنه متى كانت العيوب في المرأة فللزوج أن يطلقها متى شاء لأن العصمة في يده و هذا ما بينته المادة 48 من قانون الأسرة " الطلاق حل لعقد الزواج يتم بإرادة الزوج ".
2- أن يكون العيب من العيوب المانعة من تحقيق مقاصد الزواج سواء كانت معدية أو كانت منفردة المهم أن تجعل الحياة بدون الزوجة بدونها مستحيلة ، و تجدر الإشارة أن المشرع لم يحدد العيب و لم يعط أمثلة و بالتالي ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في مدى تأثير هذا العيب .

3- أن يكون هذا العيب دائم يتوقع شفاؤه ، أما إذا كان من الأمراض التي يرجو شفاؤها يؤجل الحكم بالطلاق إلى مدة معلومة ، لا تتجاوز سنة فبعدها إذا لم يشفى طلقها و الغاية من ذلك المحافظة قدر المستطاع على الرابطة الزوجية و إعطاء فرصة للزوج للعلاج ، و هذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 19 نوفمبر 1984 بأنه من المقرر في الفقه الإسلامي على ما جرى به القضاء ، أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء المدة بجانب زوجها ، وبعد انتهاء هذه المدة ، فإن لم تتحسن حالته حكم للزوجة بالتطليق و عليه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية².

4- أن ترفع دعوى التطليق للقاضي و هذا الأخير هو الذي يتأكد مما تدعيه بخبرة الأطباء أو بأي وسيلة كالإقرار.

و المحكمة العليا قد ذهبت لمنح حق طلب التطليق لنص المادة 02/53 في عدة اجتهادات منها : " من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها و من ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية، و أشارت الزوجة في مقالاتها

¹ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، " مقدمة ، الخطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصفية " ، الطبعة الثالثة ، الجزء الأول (الزواج و الطلاق) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2004 ، ص 280 إلى 282.

² بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 282، 287.

المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية منها ، فإن كان من الواجب على قضاة¹ الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية سنة قبل التصريح بحكمهم غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها و على امتناعها من العودة إليه ، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون.

5- التطليق حق للمرأة المتضررة .

6- من المقرر شرعا أن لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من بعلاها ، و من خلال الأحكام القضائية نلاحظ أن القضاء الجزائري كرس ما جاء في المادة 53 ف 02 من قانون الأسرة و منح حق التطليق للعيب للزوجة فهو أخذ بما اتفق الفقهاء عليه. المشروع الجزائري ساير المذهب الحنفي في اعطاء حق طلب التطليق للزوجة دون الزوج و هو الرأي الراجح لرفع الضرر عنها.

أما بخصوص موقفه من تحديد نوع الفرقة للعيوب فهي فسخ أم طلاق ترك الأمر غامضا من خلال المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أن ما يوقعه القاضي من فرقة هو طلاق.

أما المادة 48 من نفس القانون : " الطلاق حل لعقد الزواج ، ويتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي في الزوجين ، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

بعدها المادة 50 من القانون " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج لعقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق قد يحتاج لعقد جديد".

فمن خلال ذلك أن نوع الفرقة في قانون الأسرة هو الطلاق بائن فهو أخذ بما أخذ به المذهب المالكي ، و أن المشروع لم يبين فيما إذا كان هذا الطلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى لذلك لا بد من تحديده لمعرفة مدى إمكانية الرجوع من عدمه.

لقد ذهب المحكمة العليا لذلك بعض اجتهاداتها القضائية ، فقالت في إحداها من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة أن الطلاق يقع من الزوج هو طلاق رجعي و ان حكم القاضي به لا يغير من رجعته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق ، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع البناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه ، و كذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء

¹ يزيد عيسات ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر، 2002-2003 ، ص 94-95.

على طلب الزوجة ، لرفع الضرر عنها و حسم بينها و بين زوجها ، إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

كما قضيت أيضاً بأن " من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج لعقد جديد و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون¹.

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية للشهادة الطبية في الحجر القضائي

قد تلحق بأهلية الإنسان عوارض تنقصها أو تعدمها وللتأكد من هذه العوارض يلجأ إلى أهل الخبرة، وهم في هذا المقام الأطباء أو بالأحرى المتخصصين للكشف عنها لحماية هؤلاء الأشخاص والمحافظة على أموالهم من الاستغلال من طرف من لهم مصلحة أي المنع مؤقتاً وهذا ما يعرف بالحجر القضائي الذي يكون بحكم من طرف القاضي بعد إتباع جميع الإجراءات من طرف من له مصلحة، إذن فما هي هذه العوارض؟ وما هو الحجر القضائي وما حجية الشهادة الطبية في إثباته؟ .

المطلب الأول : عوارض الأهلية :

إن أهلية الأشخاص هي عبارة عن صفات تكاملية فهي مراحل التكامل الإنساني جسمياً عقلياً وبناءً على هذا التكامل ، يكون الشخص قد تهيأ لثبوت الحقوق له ثم لثبوت الحقوق عليه ، ثم لصحة بعض التصرفات و المعاملات ، ثم في النهاية يتهيأ للمسؤولية عن الإخلال بكل ما يوجب التشريع ، وعن الالتزامات التي يلتزمها بإرادته ويتعهد بها ، فما المقصود بهذه الأهلية؟ وما أقسامها وعوارضها؟

الفرع الأول : تعريف الأهلية :

أولاً : الأهلية لغة : من الفعل أهل يقال : أهل الرجل أخص الناس به² و تطلق الأهلية في اللغة على معان عدة ، وكلها ترجع إلى معنى صلاحية الأمر للشيء يقال فلان به أهلية أي صلاحية للأمر ، و أهل الرجل و أستأهله : رآه صالحاً و مستحقاً لأمر ما ، و هو أهل كذا ، أي مستوجب له ، و أهله لذلك تأهيلاً ، وأهله

¹ يزيد عيسات ، المرجع نفسه ، ص 101- 102

² حسام سهيل النوري ، أثر الجنون في التصرفات العقلية و الفعلية في الشريعة الإسلامية ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية الدراسات العليا ، فلسطين ، 2013 ، ص 08.

رآه له أهلا ، و استأمله : استجوبه ، قال تعالى " وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَى وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا " ¹ ، أي أنهم أولى بكلمة التوحيد مؤهلين لها دون الكفار.

وقال تعالى : " مَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَى وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ " ²

أي أنه أهل للتقوى لا للمعصية وهو مختص بالمغفرة لمن اتقاه.

ثانيا : الأهلية اصطلاحا : عرفها الزرقا بأنها صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا لخطاب تشريعي. ³

ثالثا : الأهلية عند علماء الفقه الإسلامي

أهلية الوجوب عند علماء الأصول الفقه الإسلامي هي صلاحية المرء لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، فالشخص ذاته منظور إليه من الناحية القانونية ، سواء كان طبيعيا أو شخصا اعتباريا وقد قسم الفقه الإسلامي الوجوب ، إلى نوعين بين أهلية وجوب كاملة وأهلية وجوب ناقصة ، فهي ناقصة للجنين قبل أن يولد ، وكاملة بعد الولادة ، وتكون ناقصة بمعنى أنه تجب له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كالإرث مثلا و الوصية ، والنسب أما الحقوق التي تحتاج لقبول كالهبة فلا تثبت له لأنه لا يستطيع القبول ، ولأن الشريعة الإسلامية لا تجعل للجنين وليا أو وصيا يقبل عنه باسمه ، إذا ليس للجنين وهو في بطن أمه وجود ، ولا يجب عليه أي شيء من الحقوق فإذا ما انفصل الجنين عن أمه بالولادة حيا تثبت له أهلية الوجوب كاملة وحينئذ ، يكون أهلا لثبوت الواجبات عليه و الحقوق له كما أهلا لثبوتها له قبل الولادة .

أما أهلية الأداء فقد عرفها جمهور الفقهاء على أنها صلاحية الشخص لممارسة التصرفات القانونية و ترتبط هذه الأهلية بالعقل و الرشد أي أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق ، فهي القدرة على اكتساب الحق أو تحمل الواجب ، وهي القدرة على مباشرة التصرفات القانونية لحساب القدر نفسه ⁴.

¹ سورة الفتح : الآية 26.

² سورة المدثر : الآية 56.

³ حسام سهيل النوري ، المرجع سابق ، ص 08.

⁴ دموش فائزة ، تصرفات المريض مرض الموت ، مذكرة الماستر ، جامعة محمد خيثر بسكرة ، الموسم الجامعي 2014/2015 ، ص 24

الفرع الثاني : أقسام الأهلية

تنقسم الأهلية إلى نوعين وهما :

أولا : أهلية الوجوب : وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحق له أو عليه.

و عرفها الزرقا بأنها : (صلاحية الشخص للإلزام والالتزام) أي لثبوت الحقوق له أو عليه ، و المراد بالإلزام ثبوت الحقوق له ، كاستحقاق قيمة المتلفات من أمواله ، و انتقال الملكية له فيما يشتره .

و المراد بالالتزام ثبوت الحقوق عليه ، كالتزامه بأداء ثمن البيع وبدل القرض من ماله وغيرها .

و أوضح الزرقا أن مناطها الصفة الإنسانية ، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد ، فكل إنسان في أي طور كان أو صفة ، حتى الجنين والمجنون يعتبر متمتعاً بها وهي إما أن تكون :

أ – أهلية وجوب ناقصة : وهي التي يكون صاحبها أهلاً لثبوت بعض الحقوق له وليس بأهل لترتب الالتزامات عليه فهو ذو أهلية وجوب ناقصة كالحمل في بطن أمه¹.

ب – أهلية وجوب كاملة ، وهي التي يكون صاحبها أهلاً لترتب الالتزامات المالية عليه ، و تنشأ هذه الأهلية في الإنسان منذ ولادته .

ثانيا : أهلية الأداء : وهي صلاحية الشخص لصدور الفعل عنه على وجه يعتمد به شرعا و عرفها الزرقا بأنها " صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل " .

وتبدأ هذه الأهلية في الإنسان حتى أصبح مميزا ، لأن الأعمال و التصرفات تعتمد على قصد فاعلها و إرادته ، لذلك لا بد من وجود عنصر التمييز و التعقل ، وهي إما أن تكون :

أ – أهلية أداء قاصرة : وهي التي يكون الشخص مميزا واعيا لما يفعله كالعبادات الدينية أو بعض العقود ، بحيث لو فعلها الصغير المميز تصح منه.

ب – أهلية أداء كاملة : وهي التي يكون فيها الفاعل بالغا راشدا لما يقوم به ، وذلك كالتبرعات المالية من هبة ووقف ونحوهما ، لأنها خسارة مالية محصنة بحق فاعلها ، فوجب لصحتها كون فاعلها متمتعاً بكمال أهلية الأداء صيانة لماله².

¹ حسام سهيل النوري ، مرجع نفسه ، ص 9.

² حسام سهيل النوري ، مرجع سابق ، ص 10 .

الفرع الثالث : عوارض الأهلية :

أولا : تعريف عوارض الأهلية

العرض لغة : العرض ما يعرض للإنسان من مرض ونحوه ، واعترض الشيء صار عارضا كالحشبة المعترضة في النهر يقال اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه ، والعارض السحاب الذي يعترض في الأفق .

عوارض الأهلية اصطلاحا : خصال أو آفات لها تأثير في الأحكام بالتغيير أ الإعدام ، سميت بها لمنعها الأحكام المتعلقة بأهلية الوجوب أو الأداء عن الثبوت ، إما لأنها مزيلة لأهلية الوجوب كالموت أو لأهلية الأداء كالنوم والإغماء ، أو مغيرة لبعض الأحكام مع بقاء أصل الأهلية للوجوب والأداء كالسفر .

وعرفها البخاري في كشف الأسرار : بأنها الأمور التي لها تأثير في تغيير الأحكام التي تتعلق بأهلية الوجوب أو أهلية الأداء عن الثبوت.

ثانيا : أقسام عوارض الأهلية تنقسم عوارض الأهلية إلى نوعين :

- أ- **عوارض سماوية :** وهي العوارض التي تثبت من قبل صاحب الشرع ، ولا يكون للعبد اختيارا فيها ولأجل ذلك نسبت إلى السماء ، فإن مالا اختيار للعبد فيها ، وهي إحدى عشر (الصغر والجنون والعتة والنوم والنسيان والإغماء والرق والمرض والحيض والنفاس والموت) .
- ب- **عوارض مكتسبة :** وهو ما كان لاختيار العبد فيه مدخل سواء كسبها العبد أو ترك إزالتها وهي سبعة (سنة منه وهي الجهل والسفه والسكر والهزل والخطأ والسفر ، وواحد من غيره وهو الإكراه) ¹ .
- وستتطرق لأبرز هذه العوارض وهي الجنون والسفه والعتة وذلك عند الحديث عن أسباب الحجر القضائي لاحقا .

¹ حسام سهيل النوري ، مرجع سابق، ص 11-12

المطلب الثاني : النظام القانوني للحجر القضائي

وضعت المادة 81 من قانون الأسرة القاعدة التالية :

" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها .. أو جنون أو عته ، أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي ، أو وصي ، أو مقدم ، طبقاً لأحكام هذا القانون " وجاءت كذلك المادة 43 من القانون المدني¹ بالحكم التالي : " كل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو معتوهاً يكون ناقص الأهلية وفق لما يقرره القانون " ، ولقد بينت المادة 101 من قانون الأسرة ما هي وضعية هؤلاء ، كما يلي : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون ، أو معتوه أو سفيه ، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " ، فما المقصود بالحجر القضائي و ما هي أسبابه ؟.

الفرع الأول : مفهوم الحجر القضائي

أولاً : تعريف الحجر القضائي :

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر القضائي لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة الجزائري بل اقتصر على ذكر أحكامه في المواد من 101 إلى 108 من الفصل الخامس من الكتاب الثاني منه .
و الحجر في اللغة : المنع والتضييق . و يعرف الحجر قانوناً بأنه " منع الشخص من التصرف في ماله وإدارته لآفة في عقله أو لضعف في ملكاته النفسية الضابطة² . " أما في " الشريعة " منع الإنسان عن التصرف في ماله " ، كما أن له عدة تعاريف :

إذ يعرفه الحنفية بأنه المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية، وبتعبير أدق هو عبارة عن " منع مخصوص متعلق بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه أي لزمه لأن عقد المحجور ينعقد موقوفاً " ، وعرفه المالكية بأنه " صفة حكمية - أي يحكم بها الشرع -توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو بتركه بما زاد عن ثلث ماله " ، كما عرفه الشافعية والحنابلة : بأنه " المنع من التصرفات المالية سواء أكان المنع

¹ أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975//09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 وبالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج ر ، عدد 31 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

² محمد كمال حمدي ، الولاية على المال (الأحكام الموضوعية ، الاختصاص والإجراءات) ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1987 ، ص 167.

من الشرع كمنع الصغير والمجنون والسفيه، أم من حكم الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله حتى يؤدي الثمن الحال الذي عليه " ، وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أن الحجر على المجنون والمعتوه يكون بقيام هذين الحالتين ، ويزول بزوالهما دون حاجة إلى حكم القاضي وذهب أبو يوسف إلى أن توقيع الحجر على السفيه وذو الغفلة ورفععه عنهما لا يكون إلا بحكم من القاضي، ولكن المشرع الجزائري حسم هذه النقطة إذ نصت المادة 103 من قانون الأسرة على أنه " يجب أن يكون الحجر بحكم "... لذلك فلا يكون الحجر إلا قضائيا في قانون الأسرة الجزائري.

ومادام الحجر المهدف منه هو المحافظة على مال المحجور عليه، فإذا لم يكن للشخص المطلوب عليه مال فلا مجال لتوقيع الحجر لانتفاء العلة الداعية وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة على عكس المشرع المصري¹ الذي اعتبره شرط من شروط توقيع الحجر.

وقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية مشروعية الحجر من القرآن الكريم من قوله تعالى " فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ " ².

ثانيا :حكمة مشروعية الحجر:

لو تدبرنا في الحكمة التي من أجلها شرع الله الحجر على الانواع التي نذكرها فيما بعد لوجدنا في الحجر على كل واحد منهم حكمة ترجع :

إما للمحافظة على مال المحجور عليه ونفسه من الضياع .

و إما المحافظة على أموال غيره من الناس و أرواحهم.

فالصبي و المجنون و المعتوه و السفيه و ذو الغفلة محجور عليهم لثلا تضييع أموالهم بغير قصد منهم و بلا رضا ، فلكي تحول الشريعة بين هؤلاء و من يحاول الاحتيال عليهم و أخذ أموالهم بالباطل حجرت عليهم رحمة من رهم .³

¹ المادة 987 من قانون المرافعات المصري.

² سورة البقرة: الآية 280.

³ إجراءات الحجر وفق القانون الجزائري - المحاكم والمجالس القضائية عبر الموقع يوم :2017/04/30:

<http://www.tribunaldz.com/forum/>

ثالثا : تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني :

المعلوم أن الحجر القضائي يتم توقيعه لعارض من عوارض الأهلية القانونية وهي الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة والذي يهدف إلى حماية عديمي الأهلية و ناقصيها ويجب لتوقيعه على هؤلاء صدور حكم قضائي، وأن رفعه يكون كذلك بحكم وهذا الحجر هو في الواقع من صميم مسائل الولاية على المال، في المقابل نجد أن الشخص قد يمنع من التصرف في ماله ليس بسبب قيام عارض من عوارض الأهلية لديه وإنما لاعتبار خاص ارتآه المشرع وهو ما يسمى بالحجر القانوني ويمكن تعريف هذا الأخير بأنه " منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية " وفي هذا الصدد تنص المادة 09 من قانون العقوبات¹ على أن "العقوبات التكميلية هي -1 : الحجر القانوني " ... وتنص المادة 09 مكرر من نفس القانون² على أنه " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي " .

يتبين من المواد القانونية المذكورة أن الحجر القانوني يختلف عن الحجر القضائي باعتبار الحجر القانوني هو عبارة عن عقوبة تكميلية ناتجة عن عقوبة أصلية محكوم بها على شخص ارتكب جنائية معاقب عليها قانونا وبالتالي يجرم هذا الشخص من التصرف ومن إدارة أمواله أثناء تأدية العقوبة الأصلية السالبة للحرية وهو ما يشبه الحجر القضائي إذ يمنع الشخص من التصرف في أمواله بكل حرية ويحتاج إلى غيره لإدارة هذه الأموال وفي هذا الصدد يتبين من الفقرة الثانية من نص المادة 09 مكرر من قانون العقوبات التي تنص على أنه " تتم إدارة أموال المحكوم عليه طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي "، أن قانون العقوبات يحيل إلى قانون الأسرة بالنسبة للإجراءات المتخذة في تعيين نائب شرعي وهو المقدم ويرجع في ذلك إلى أحكام الحجر القضائي المنصوص عليها في المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة.

وفقا لهذه المواد فإنه إذا كان للمحكوم عليه بعقوبة جنائية سالبة للحرية أموال، فإنه يمكن طبقا لنص المادة 102 من قانون الأسرة أن يطلب أحد الأقارب، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة تعيين مقدم عن المحكوم عليه لإدارة أمواله والتصرف فيها ليس لنقص في أهليته أو انعدامها وإنما سبب ذلك هو عدم قدرة المحكوم عليه

¹ أحسن بوسقيعه ، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة الرابعة ، دار هومة ، الجزائر، ص 42 و 43

² قانون رقم 23/06 مؤرخ في 2006/12/20 يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، جريدة رسمية ، عدد 84 المؤرخة في: 2006/12/24

في التصرف في أمواله بسبب العقوبة، وحتى لو كان المحكوم عليه مستفيدا من نظام البيئة المفتوحة فإنه لا يجوز له قانونا إبرام تصرفات قانونية كالبيع أو الهبة، أو التنازل عن أملاكه وبالتالي تكون باطلة كل التصرفات التي يبرمها هذا الأخير ونفس الشيء بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة جنائية مثله مثل المحجور عليه فإنه يكون ممنوعا من إبرام التصرفات المالية فقط وله أن يمارس حقوقه الشخصية الأخرى كالزواج، والطلاق، والإقرار بالنسب وما إلى ذلك، فيحتفظ المحكوم عليه بحقه كاملا في استعمالها بغير قيد، على أن المقدم المعين من طرف المحكمة يقوم فقط بإدارة أموال المحكوم عليه وليس له التصرف فيها، وتنتهي هذه الإدارة بانتهاء مدة العقوبة، ولكن يمكن للمحكوم عليه استعمال حقه في التصرف في أمواله بإذن من المحكمة، وعند نهاية مدة عقوبة المحكوم عليه ترد إليه أمواله ويقدم له حسابا عن ذلك وفي هذا الصدد تنص

المادة 78 من القانون رقم: 05-04 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على ما يلي:

"يحتفظ المحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية، وبترخيص من القاضي المختص. لا يصح أي إجراء أو تصرف من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا...."¹

في الأخير من خلال تمييز الحجر القضائي عن الحجر القانوني فإنه رغم وجود تشابه بينهما ورغم كون قانون العقوبات يحيل بالنسبة للإجراءات المتخذة في إدارة أموال المحكوم عليه إلى أحكام الحجر القضائي، فإنه يمكن القول أنهما مختلفين من حيث الهدف الذي يرمي إليه المشرع الجزائري، فإن كان الحجر القانوني عبارة عن عقوبة تكميلية للمحكوم عليه بعقوبة جنائية تهدف إلى حرمانه من التصرف في أمواله بسبب ما اقترفه من جرم في حق المجتمع، فإن الحجر القضائي هو إجراء مقرر لمصلحة المحجور عليه يهدف إلى حماية أمواله من الضياع، وكذلك حماية للغير الذي له مصلحة.

رابعا: أسباب الحجر

أولا: الصغر

ثانيا: الجنون و العته

ثالثا: السفه و الغفلة

¹ محمد كمال حمدي، الولاية على المال، ورجع سابق، ص 241.

الصغر :

الصغر سبب من أسباب الحجر : فلا تنفذ تصرفات الصغير القولية لان الصغر عجز , ولا يتكامل في الصغير العقل في دين أن أساس التصرفات القولية العقل و الرضا .

المجنون و المعتوه :

الجنون هو زوال العقل , و إذا كان الجنون مطلقا يعتبر فاقد الأهلية كلية و لا يمكنه القيام بالتصرفات القانونية حتى و لو كانت نافعة نفعا محضا كقبول الهبة أما إذا كان الجنون متقطعا أي تمر عليه أوقات يكون فيها حاضر العقل فان تصرفاته تكون في حالة الجنون باطلة بطلانا مطلقا و تكون في حالة إفاقة صحيحة لأنها تكون يعتبر حينئذ كامل الأهلية.

أما العته فهو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور إدراكا صحيحا يتميز عن الجنون في الهدوء الذي يصحبه و لكنه غير كامل الوعي فيكون قليل الفهم , سيء التدبير , مختلط الكلام , فتكون تصرفاته صحيحة إذا كانت نافعة له نفعا محضا و باطلة بطلانا محضا في حالة كانت ضارة له ضررا محضا , أما إذا كانت متراوحة بين الضرر والنفع فإنها تتوقف على إجازة الولي لها السفيه و ذو الغفلة .

السفيه:

هو الذي لا يحس التدبير في شؤونه و أمواله فيسرف إسرافا فاحشا و يبذر دونما تفكير ويقول فيهم المولى جل جلاله { و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما , وارزقهم فيها واكسوهم , و قولوا لهم قولا معروفا } فدللت هذه الآية على أن السفيه لا يسلم له ماله بل يكسى و يرزق فقط ¹.

وذو الغفلة :

هو الذي لا يعرف مصلحته من ضرره فيسهل خداعه تكون تصرفاتهم صحيحة إذا كانت نافعة لهم نفعا محضا و باطلة بطلانا محضا إذا كانت ضارة بينما تتوقف على إجازة القيم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ².

¹ إجراءات الحجر وفق القانون الجزائري - المحاكم والمجالس القضائية، مرجع سابق.

² - إجراءات الحجر وفق القانون الجزائري - المحاكم والمجالس القضائية، مرجع نفسه.

أ- الولاية على مال المحجور عليهم ولمن تثبت :

تثبت الولاية على أموال الصغير والمجنون و المعتوه : للأب ثم لوصيه ثم للجد ثم للقاضي , ثم لوصية القيم أو المقدم ، وتثبت الولاية على السفية وذوي الغفلة : أولا للقاضي ولو كان لأحدهما أب أو جد ثم من بعد القاضي للقيم الذي يعينه القاضي.

ب- شروط من تكون له الولاية على المحجور عليهم :

يشترط الفقهاء توافر ثلاث شروط على كل من يتولى أموال المحجور عليهم:

1-العقل

2-البلوغ

3-الحرية

وإذا لم يكن الولي هو القاضي اشترط شرط آخر وهو اتحاد الولي للمولى عليه في الدين(المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري) التي اشترط فيها المشرع أن يكون الصبي مسلما ثم أضافت نفس المادة شروط هي القدرة, الأمانة, وحسن التصرف.

هل للولي حرية ومطلق التصرف في أموال أولاده الصغار ومن حكمهم؟

بالرغم من أن كثيرا من فقهاء الشريعة الإسلامية أعطوا للولي-الأب-خاصة إذا كان معروفا بالعدالة وحسن التدبير ,الولاية المطلقة في أموال أولاده الصغار ومن في حكمهم ,إلا أن المشرع الجزائري قيد هذه الولاية ,وخاصة في بعض التصرفات التي ذكرها على سبيل الحصر والتي تخضع لإذن القاضي وقد حددته المادة 88 قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر:

-بيع العقار , وقسمته و رهنه , وإجراء المصالحة.

-بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

-استثمار أموال القاصر بالاقتراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة.

-إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على 03 سنوات أو تمتد أكثر من سنة بعد بلوغه لسن الرشد.

ثم أضافت المادة 89 من قانون الأسرة : أنه على القاضي مانح الإذن أن يراعي حالة الضرورة و المصلحة الخاصة بالقاصر ,وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني.¹

¹ إجراءات الحجر وفق القانون الجزائري - المحاكم والمجالس القضائية ،مرجع نفسه.

الفرع الثاني: إجراءات توقيع الحجر :

المبدأ:

لا يوقع الحجر على الشخص تلقائياً، أو بقوة القانون ، فلا بد في ذلك من اللجوء إلى القضاء ، وهذا ما أقرته المادة 103 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : " يجب أن يكون الحجر بحكم " ، و " ويكون الحجر ، بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة ، أو من النيابة العامة " (المادة 102 من قانون الأسرة)¹

الإجراءات العملية لتوقيع الحجر أمام المحكمة :

- 1- يقوم احد أفراد عائلة المحجور عليه أو من له مصلحة بتسجيل دعوى الحجر أمام قسم شؤون الأسرة أمام المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها مقر إقامة المراد الحجر عليه .
- 2- يقوم كاتب المحكمة بتسجيل الدعوى ويضع لها رقم وتحدد لها جلسة.
- 3- بالجلسة المحددة يقوم رئيس قسم شؤون الأسرة وبصفة تلقائية بتعيين محامي للشخص المراد الحجر عليه يتولى مهمة الدفاع عن مصالحه.
- 4- الطلب العادي للمحامي في هذه الحالة حتى ولو كانت عوارض الحجر واضحة يطلب الاستعانة بأهل الخبرة، والقاضي في هذه الحالة يعين خبير طبي تسند له مهمة فحص المراد الحجر عليه وتحديد نوعية أسباب علته وما إذا كان قادراً على القيام بشؤونه بنفسه أو يحتاج إلى من يساعده في ذلك.
- 5- الخبير وبعد الانتهاء من المهمة المسندة إليه يقوم بإيداع تقرير الخبرة لدى كتابة ضبط المحكمة التي عينته في القضية.
- 6- بعد إيداع الخبرة من طرف الخبير يقوم من قام بتسجيل دعوى الحجر بسحب الخبرة بعد إيداع مصاريف الخبرة لدى كتابة ضبط المحكمة ويقوم بالإجراءات التالية .
- 7- إعادة السير في الدعوى أي إرجاع الدعوى للمحكمة ويطلب اعتماد الخبرة محل الترجيع وتعيينه كولي على المحجور عليه ليتولى القيام بشؤون المراد الحجر عليه.
- 8- المحامي في إعادة السير وبعد اطلاعه على الخبرة إذا رأى أن أسباب الحجر واضحة يوافق عليه، وإذا رأى العكس لا يوافق عليها، وفي غالب الأحيان يتم الموافقة عليها لتوافر أسباب الحجر و حاجة المراد الحجر عليه إلى من يتولى القيام بشؤونه.

¹ الغوثي بن ملحة ،مرجع سابق،ص216

- 9- في حالة الموافقة يصدر القاضي حكمة بالحجر مع تعيين مقدم للمحجور عليه.
- 10- بصدور الحكم يصبح المقدم قائما على جميع أعمال و تصرفات المحجور عليه.
- 11- و هذا الحكم قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام (المادة 106 من قانون الأسرة)¹.

المطلب الثالث: حجية الشهادات الطبية في إثبات الحجر القضائي:

الحجر القضائي يكون بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات الحجر و أهل الخبرة في هذا المقام هم الأطباء.

ومن البديهي أن الخبرة الطبية في قضايا الحجر ليست دائما ضرورية فالغفلة و إن كانت من أسباب الحجر فإن النظر فيها ليس من اختصاص الطب و فقط يلجأ إلى الخبرة الطبية في حالات الجنون فما مدى حجية هذه الشهادة الطبية لإثبات الحجر القضائي ؟

الفرع الأول: مضمون الشهادة الطبية التي تثبت الحجر القضائي

الطبيب وأثناء معاينته للأشخاص للتأكد من جنونهم لا بد أن يتأكد من معايير الصحة العقلية السليمة ، وحتى يعد الشخص "عاقلا " و يجب أن يتكيف بمرونة مع المجتمع الذي يعيش فيه دون أن يكون خاضعا بالضرورة لضوابط معينة وبمعنى آخر لا يحق لأحد أن ينعت شخص آخر من بني جنسه بالمرض العقلي بدعوى عدم تناسب طموحاته مع قدراته الذاتية ، والطبيب في كشفه على الفحوص يتبع خطة علمية تسمح له بدراسة العوامل المؤثرة في شخصيته وما يتعلق منها بدراسة النقص في درجة الفهم، والنقص في مستوى التحصيل وفي معدل الذكاء وأيضا دراسة الضعف في السيطرة على الانفعالات النفسية التي تميز الشخصية والمزاج والسلوك مثل النقص العقلي² ، حتى يتأكد الطبيب من حالة المريض النفسية يقوم بمايلي :

أولا: التحليل النفساني :

هناك عدة وسائل تهدف كلها إلى محاولة سبر أغوار نفسية المفحوص ومخاطبة اللاشعور لديه والذي هو بمثابة المؤشر الموجه الحقيقي لكثير من تصرفاته وخاصة ما يجيد منها عن الطريق السوي أهمها:

¹ ريم شيكر، الحجر في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية 2013/2014 ، ص 58

² يحيى بن لعل ، الخبرة في الطب الشرعي ، مرجع سابق، ص 46.

- الهيئة المورفولوجية : أي الشكل الخارجي للبدن ومقاساته مثل طول القامة ، السمنة، تاريخ ظهور علامات البلوغ.... (يعتقد البعض أن فيزيولوجية الشخص تحدد إلى درجة كبيرة سلوكه وربما أيضا مستوى ذكائه).
- ملاحظة تفاعل وتجاوب المفحوص مع المحيط الخارجي من حيث تأثره بالمنبهات الخارجية وطريقة انفعاله وذلك بمراقبة تعابير وجهه وكلامه.
- تقييم أحاسيس المفحوص ونظراته تجاه عمله وأهله والمجتمع الذي يعيش فيه وذلك بإجراء جلسات تحليلية معه وعلى إنفراد ودراسة خطابه .

ثانيا: اختبار درجة الذكاء :

هناك عدة طرق ابتكرت لأجل اختبار درجة الذكاء تكمل بعضها البعض ومن أهمها :

- **طريقة بنيت سيمون ستانفورد:** تقوم هذه الطريقة على امتحان ذكاء الشخص بواسطة تقييم إجابته على اختبارات مكافئة لمستويات مناسبة لأعمار معينة ، فإن اجتاز المفحوص الاختبار لمستوى معين بنجاح اعتبر ذلك سنه الأساسي، بعدها تضاف له أشهر عن كل اختبار ينجح فيه لمستوى أعلى ، و يمثل حاصل ذلك سنه العقلي و الذي يقسم على سنه الحقيقي ثم يضرب في 100 وتعتبر النتيجة في النهاية على درجة ذكائه.
- مثال:** الطفل الذي عمره الحقيقي (الزمي) 10 سنوات وينجح مبدئيا في اختبارات مستوى 09 سنوات يتحصل على شهور إضافية لو أجاب عن أسئلة من مستوى أعلى ، ثم تضاف هذه الشهور الى 09 سنوات الأولية، وهكذا فإذا كان مجموع ما تحصل عليه هو 10 سنوات فإن درجة ذكائه تحسب كالتالي¹:
- $100 = 100 \times 10 / 10$ ، وتبعاً لهذه النسبة يمكن تصنيف المفحوص، فهو حاد الذكاء لو تحصل على نسبة تفوق 120 درجة وهو فوق المتوسط ما بين 100 و 120 درجة ، وذكائه متوسط (90-79) ، ولكنه غبي (80-90) و متأرجح بين النقص العقلي و الغباء (65-79) والنقص العقلي مؤكد عند تدني النسبة لأقل من 65 درجة .

- **طريقة وشلر-بلام:** وهي تشمل 10 اختبارات لفظية وحسابية ،وتسمح خاصة بالكشف عن انحلال و تدهور القوى العقلية بسبب تقدم السن .
- **اختبارات قوة الذاكرة :** وهي متعددة نذكر منها خاصة طريقة بابوك وهي طريقة مشتقة من طريقة بنيت سمون السالفة الذكر ،اختبار فكوتسكي بالمكعبات .

¹ - يحي بن لعلی ، الخبرة في الطب الشرعي ، مرجع نفسه، ص48.

ثالثا: اختبارات الشخصية :

- طريقة برننتر : وهي تقوم على مبدأ الرد على أسئلة معينة بنعم أو لا ، وهي تسمح بتصنيف الشخصية من حيث الاستعداد للاضطرابات النفسية ، الثقة بالنفس، الميل إلى الانقباض أو الانبساط شخصية مسيطرة أم خضوعه، الرضا بالنفس .

* طريقة مينسوتا: تسمح هذه الطريقة بالكشف عن بعض الاختلالات في الشخصية مثل الانقباض الانفصام الاضطهاد ، الهستيريا الخ¹.

الفرع الثاني: موقف القضاء من الشهادة الطبية في إثبات الحجر القضائي.

حيث جاء في القرار الحديث للمحكمة العليا رقم: 365226 المؤرخ في 2006/07/12

"حيث متى استند قضاة الموضوع في قضاءهم على طبية مختصة في الطب العام والتشريح ولم يعتمدوا على طبيب مختص في الأمراض العقلية لتوقيع الحجر على المطعون ضده من عدمه يكونون في الحالة هذه قد عرضوا قرارهم للنقض خاصة إذا عرض قبل نشر دعوى الحجر على طبيب أخصائي في الأمراض العقلية حينما حركت ضده شكوى جزائية بإهانة هيئة نظامية وخلص آنذاك الطبيب المختص في خبرته الطبية المحررة بتاريخ 1999/03/21 إلا أن المطعون ضده لا يمكن أن يكون موضوع عقوبة جزائية وانه في حاجة إلى تكفل علاجي استشفائي وبعد استقرار الحالة يتم تنظيم خروجه من باب التجربة ولا بد من مراقبة منتظمة ودورية. حيث يتضح جليا وأمام عدم عرض المطعون ضده على طبيب أخصائي بان الوجه المثار جدي يتعين قبوله وبالتالي يستوجب نقض القرار"².

كذلك جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 273529 المؤرخ في: 2002/02/13 .

"يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود"³.


¹ - يحيى بن لعل، مرجع سابق، ص 48 .

¹ قرار المحكمة العليا رقم 365226 عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/07/12، نقلا عن موقع: منظمة المحامين لناحية سيدي بلعباس 2017/05/02 <http://avocats-sba.dz.aretis-106-hotmail>

³ قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المؤرخ في 2002/02/13، ملف رقم: 273529، مجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2003، ص 289 .

خلاصة الفصل :

الشهادة الطبية لها استعمالات واسعة وفي مجالات متعددة و يظهر دورها الهام في مجال الأحوال الشخصية في إثبات حالة الأشخاص قبل الزواج وفي قضايا الحجر ، فبالنسبة للشهادة الطبية قبل الزواج نجد أن دورها إجرائي إداري لا غير وما يفسر ذلك أن المشرع الجزائري أعطى للزوجين الحرية في إبرام عقد الزواج حتى في حالة مرض أحدهما بشرط يتم إبلاغ الطرف الصحيح بنتائج الفحوصات الطبية الخاصة بالطرف الآخر هذا من جهة ، من جهة أخرى نجد أن المشرع لم يعطي الأهمية البالغة لهذه الفحوصات من خلال تخصيص مركز خاص ، وكذلك القانون يعاقب الطبيب عند الامتناع عن إعطائها في حالة إصابة أحد الطرفين بمرض ، فلا أما بالنسبة للشهادة الطبية التي تثبت الحجر يصدرها الطبيب بعد إخضاع المريض لعدة فحوصات نفسية وشخصية ولها الحجية المطلقة كون أن عوارض الأهلية خصوصا الجنون فالرجوع إلى أهل الاختصاص هو الأصل في دعاوى الحجر لكونهم المخولين قانونا لتبيان هذه العوارض.



الأثر القانوني لشهادة الطيبة
في إثبات آثار الزواج

يتطور المجتمع بتطور متطلبات العصر وما نتج عنه من ثورة في المجال العلمي، وهذا ما أثر على القوانين التي تحكم الأسرة وجعلها سريعة المرونة تماشياً مع واقع الحال بالإضافة إلى ما يطرأ على المحاكم في هذا المجال من منازعات تتسم بالحدثة والجدة خاصة في مسألة طرق الإثبات التي تجاوزت تلك التي أقرها الفقه الإسلامي لاسيما بعد التطور الكبير في ميادين العلوم البيولوجية و الطبية، فأصبح من الضروري إعمال هذه الوسائل لتوصل للحقائق من أجل تقريب الرؤى عن طريق الشهادة الطبية التي يمنحها الطبيب المختص للقضاء، بغرض الاستعانة بها في مواضيع بالغة الدقة وأهمها النسب إثباتاً ونفياً وما يثيره من إشكاليات ضرورة تفعيل الآليات العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية، وكذلك في المسائل المتعلقة بالطلاق الناشئ عن الخلافات الزوجية وما يتخللها من إدعاءات تحتاج في الغالب إلى قرينة قوية مثبتة علمياً ومستندة إلى خبرة ذوي الاختصاص كإثبات عيوب الزواج، ولعل وجود الشهادة الطبية كدليل في ميادين القضاء ذات الطابع الاجتماعي، وما تتميز به من دقة وسرعة دفع بالمشرع إلى جعلها وسيلة إثبات ذات أهمية بالغة توضع في يد القاضي لمساعدته للحسم في بعض الخلافات والمنازعات التي تحتاج إلى معرفة فنية محضمة والتي كانت منذ سنوات تحتاج إلى وقت وجهد كبيرين دون التوصل لنتائج مرضية لإطرافها، ومن بين هذه المنازعات قضايا الميراث لاسيما تلك المختلف فيها كميراث الحمل وغيرها من المسائل التي لا تزال تشكل مصدراً للبحث والاجتهاد فقها وقضاء، وللإلمام بهذه المسائل ارتأينا أن نقسم الفصل الثاني إلى ثلاث مباحث سنتناول في المبحث الأول تطبيقات الشهادة الطبية في مسائل النسب، أما في المبحث الثاني سنتناول فيه مكانة الشهادة الطبية في مسائل الفرقة بين الزوجين لتتطرق في المبحث الأخير إلى القيمة الثبوتية لشهادة الطبية في مسائل الميراث ومرض الموت.

المبحث الأول تطبيقات الشهادة الطيبة في مسائل النسب

إن المحافظة على الأنساب من المنظور الإسلامي من أقدس المقدسات ومن أوجب الواجبات وإحدى مقاصد الضروريات الخمس التي بنيت عليها الشريعة، ومن أجل ذلك حرم كل ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب ووضع مقاييس دقيقة لذلك حتى لا ينفى ولد عن أبيه إلا بحجة شرعية، ولا يلحق ولد بأب إلا بوجه شرعي وقد تكفل الفقه الإسلامي بتفصيل ذلك وتبيانه.¹

إن المبدأ الشرعي لإثبات النسب هي قاعدة "الولد للفراش" إذ أنه لا يمكن إلحاق الولد بالأب نسبا إلى بوجود الفراش الناتج عن عقد الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد دون نسيان إقرار الأب أو شهادة عدلين أو بينة سماع ونحوها كالقيافة والقرعة لأنها طرق مقبولة شرعا، وإذا كانت هذه المسألة واضحة المعالم فيما سبق إلى أن الأمر لم يعد كذلك في الوقت الحاضر فالتطور العلمي والبيولوجي وكذا الأبحاث العلمية المتطورة فسحت المجال نحو استحداث وسائل جديدة للكشف عن الأبوة والأمومة وهذه المستحداث تتمثل في الطرق العلمية، وأهمها البصمة الوراثية بالإضافة إلى طرق الأخرى كتحليل الدم وغيرها، والتي أصبحت آليات مهمة للكشف عن خبايا الحقائق المختلفة أهمها تلك المتعلقة بالأنساب ثبوتا ونفيا.² هذا دون نسيان ما توصل إليه العلم الحديث من استحداث طرق متطورة للإنجاب لمواجهة عوائق العقم والأمراض الوراثية، فأضحت بذلك الطرق الطبية من المسائل القانونية التي لا غنى للقاضي عنها بالرغم مما يملكه من سلطة تقديرية في هذا المجال.

المطلب الأول : إثبات النسب نفيه عن طريق الطرق العلمية والبيولوجية:

لقد تنوعت الطرق العلمية في مجال الطب و البيولوجيا فبعد أن كان العالم بأكمله يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي وإثبات النسب، وذلك حتى أواخر الستينات، وهي الطريقة التي تعرف بخلايا الدم الحمراء (ABO) تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يسمى بالبصمة الوراثية

¹ محمد التأويل، الخبرة الطبية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه من المنظور الإسلامي، مجمع الفقه القانوني والشرعي، جريدة المحجة، العدد 261

بتاريخ 16 سبتمبر 2006 .

² سعاد يوبي، تنازع القوانين في مجال النسب، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، الجزائر، سنة

2010/2009.

(ADN)، إضافة إلى أنظمة بيولوجية أخرى لا تزال قيد الاكتشاف، وقد تبني المشرع الجزائري الطرق العلمية على إطلاقها دون تحديد أي نوع منها، وثمن دورها في مجال القضاء لما تملكه من خصائص علمية في غاية الأهمية، دون تجاوز لسلطة القاضي في اعتماد نتائجها.

الفرع الأول إثبات ونفي النسب عن طريق البصمة الوراثية:

أولاً: مفهوم البصمة الوراثية

1./ تعريف البصمة الوراثية :

أ. تعريف البصمة في اللغة :

البصمة من البصم والبُصم الكثيف، ويطلق على قوت ما بين البنصر والقوت ما بين كل إصبعين طولاً. والبُصم: الختم بطرف الأصبع، ويسمى أثر الختم بالأصبع بصمة¹.

ب. تعريف الوراثية في اللغة: الوراثية نسبة إلى الورثة، وتطلق على انتقال الشيء من الحي إلى الميت، والإرث: انتقال قنية إليك عن غيرك من غير عقد ولا ما يجري مجرى العقد ويطلق الإرث أيضاً على البقية، وعلى هذا فالوراثية تحمل معنى الانتقال ومعنى البقاء فكأن الشيء الموروث انتقل عن صاحبه وبقي فيمن انتقل إليه². وإذا ربطنا المعنى اللغوي للبصمة الوراثية بالعلاقة بين الولد وأبويه فإنه يمكن القول أن البصمة الوراثية أثر منتقل من الأبوين إلى ولدهما، وهذا الأثر يمكن أن يتوصل من خلاله إلى معرفة الشخص.

ج. التعريف الاصطلاحي: يعتبر مصطلح البصمة الوراثية من المصطلحات الجديدة، وعليه فلا نجد له تعريف قدس من الفقهاء، مما جعل المحقق الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة يعتمد تعريف البصمة الوراثية

¹ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار المعارف، القاهرة، سنة 2000 ص 418

² بندر بن فهد سويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب (بحث محكم)، مجلة العدل، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الرياض. العدد 38، سنة 2008 ص 88.

بأنها" البنية الجينية (نسبة إلى الجينات، أي المورثات) التي تدل على هوية كل إنسان بعينه.¹ والتي تتحكم في صفات الشخص والتي يختص بها دون سواها.²

د. تعريف البصمة الوراثية ADN قانونا:

هي المادة الموروثة الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية، وهي مثل تحليل الدم أو بصمات الأصابع أو المادة المنوية أو الشعر أو الأنسجة، تبين مدى التشابه والتماثل بين شيئين أو الاختلاف بينهما، فهي بالاعتماد على مكونات الجينوم البشري، الشفرة التي تحدد مدى الصلة بين المتماثلات، وتجزم بوجود الفرق أو التباين بين المختلفات عن طريق معرفة التركيب الوراثي للإنسان وعددها.³ وتمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية.⁴

أن البصمة الوراثية تختلف من شخص لآخر فهي لا تتشابه في أصابع الشخص الواحد والتي تحدد هوية الشخص عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المعروف بـ "أي دي أن" (ADN)، وهي بالنسبة لشخص المادة أو الشفرة الوراثية التي يجمعها عن أبيه أو أمه في خليته الجينية.⁵

هـ. البصمة الوراثية ADN طبيًا:

أحدث التقدم العلمي في عام 1953 على يد العالمين (جيمس واطسن و فرانس كريك) اكتشاف الحمض النووي DNA⁶. وقد سمي الحمض النووي نظرا لوجوده وتركزه بشكل أساسي في أنوية جميع الأجسام الحية بدء من البكتيريا والفطريات والنباتات والحيوانات إلى الإنسان. ويتواجد الحمض النووي في كل خلية من جسم الإنسان في موضعين:

¹ قرارات مجمع الفقهي الإسلامي (القرار السابع) مؤتمر الفقهي الإسلامي، بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، الدورة السادسة عشر مكة المكرمة 2010/26/21 م، ص 343.

² وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات، مؤتمر ندوة الوراثة والهندسة الوراثية و الجينوم البشري والعلاج الجيني مجمع الفقه الإسلامي الدورة السادسة عشر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2002 ص 512.

³ وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص 513.

⁴ حسني عبد الدائم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، جامعة الأزهر الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 2007، ص 683 وما يليها.

⁵ بلحاج العربي، المرجع السابق ص 394.

⁶ الحمض النووي ADN هو اختصار للاسم العالمي Deoxyribo Nucleic Acid. نقلا عن بندر بن فهد سويلم، المرجع السابق، ص 92.

الموضع الأول: في نواة الخلية والتي تحتوي بشكل أساسي على حمض نووي مشتق من كل من الأب والأم وبذلك فإن خلايا كريات الدم الحمراء للإنسان لا تحتوي عليه لأنه لا يوجد بها نواة¹.

الموضع الثاني: في جسيمات الطاقة الموجودة خارج النواة.

في ظل علم الوراثة أحد علوم الحياة صارت البصمة الوراثية قريبة في نفي والإثبات وأمكن بها الكشف عن صحة أو نفي النسب والجينات، وهي الأحماض الأمينية الموجودة لدى كل إنسان وعددها في البشر عشرون، وكل جين أو جينوم أي نواة خلية الإنسان يتكون من 46 كروموسوما²، هي في كل طفل مجموعة من 23 كروموسوما أخذها من أبيه.

عدد المورثات في كل خلية بشرية من 30 إلى 35 ألف وتظهر نتيجة عمل البصمة الوراثية أو بصمة الحمض النووي في صورة خطوط عرضية متشابهة في السمك أو المسافة، وهذه الخطوط تختلف من شخص لآخر وتميز صفة كل إنسان عن الآخر³. وأصبح اكتشاف الحمض النووي مقدمة للكشف عما يسمى بالبصمة الوراثية التي جاء اكتشافها على يد العالم الإنجليزي الدكتور (إليك جيفر) عالم الوراثة بجامعة لستر بلندن في عام 1984، وفي عام 2000 توصل العلماء في تطور مذهل إلى اكتشاف فك الشفرة الوراثية وأعلن العلماء عن تفاصيل الخريطة الجينية للإنسان أو ما يعرف بـ "مشروع الجينوم البشري"⁴.

مادة البصمة الوراثية أي الحمض النووي (DNA) تمتد طويلاً أمام عوامل الزمن إذ يمكن الوصول إليها بعد مرور مئات من السنين على موت الشخص المعني، من هنا تأتي الفائدة العظيمة لهذا الاكتشاف العلمي في تحديد النسب عند الخلاف بشأنه فهو تحليل بيولوجي لإثبات النسب بصفة يقينية غير قابلة للخطأ من هذه الناحية⁵.

¹ إبراهيم بن الناصر الحمود، بموقع، حوث ودراسات "دراسات علمية" القضاء بالقرائن المعاصرة

<http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-6271.htm> بتاريخ 2016/04/2

² إكتشفت الكروموسومات في عام 1863 على يد العالم الألماني (ويلهلم والدير) إلى أنه لم يكن لعلم الوراثة البشرية دور يذكر إلى حديثاً بعد إكتشاف العدد الحقيقي الكامل للكروموسومات في الإنسان (46 كروموسوم) وذلك في عام 1965. والكروموسومات عبارة عن تركيب كيميائي يوجد في نوايا الخلية ويتكون من سلسلة من الحمض النووي ADN ملتفتين حول بعضها بشكل حلزوني وهو يحمل الجينات وبذلك هو مركز

الشفرة الوراثية.، نقلاً عن د بندر بن فهد سويلم، المرجع السابق ص 92

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 513.

⁴ بندر ب فهد سويلم، المرجع السابق ص 93

⁵ محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مقالة منشورة بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، سنة 1996 ص 308، و 309.

2/ مجالات الاستفادة من البصمة الوراثية:

إن الاهتمام بالبصمة الوراثية مرده إلى اعتبارها دليلاً قوياً وثابتاً لا يتغير إذ أنها تفوق تحاليل الدم من حيث النتائج الدقيقة والتقنيات المستعملة وقد أجمع المختصون على استخدامها في العديد من المجالات، وأهم هذه المجالات التحقيق الجنائي والطب الشرعي الذي يهدف للكشف عن المجرمين في جرائم القتل والسرقة والاعتصاب وغيرها¹، وفي مجال النسب ونفيه مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات وأطفال الأنايب والطفل اللقيط وحالات الزنا وغيرها، هذا دون نسيان المجالات الطبية مثل تشخيص الأمراض الوراثية عند الأجنة².

3/ خصائص البصمة الوراثية: تلخص في :

- إن البصمة الوراثية في جميع خلايا الجسم للشخص الواحد متطابقة، فالبصمة الوراثية من خلايا كريات الدم البيضاء مثلاً متطابقة مع بصمة وراثية من أي خلية في أي جزء آخر من الجسم مثل الشعر والجلد والعظام ومتطابقة أيضاً مع بصمة من أي سائل من سوائل الجسم مثل اللعاب والسائل المنوي والمخاط³.

- إن عمل البصمة الوراثية وإن تسلسل القواعد النيتروجينية يختلف من شخص لآخر، ولا يتشابه فيه شخصان على وجه الأرض إلا في حالة التوأم المتماثلة والتي أصلها بويضة واحدة وحيوان منوي واحد ورغم كثرة عدد القواعد النيتروجينية في الحمض النووي فإن احتمال تسلسلها في شخصين غير وارد لذلك تعتبر البصمة الوراثية هي قرينة نفي وإثبات قوية لا تقبل الشك⁴.

- أظهرت الدراسات العلمية الحديثة أن الحمض النووي (DNA) له القدرة على تحمل الظروف الطبيعية السيئة المحيطة، خاصة ارتفاع درجات الحرارة حيث يمكن بقاء الحمض النووي في التلوثات النووية والدموية

¹ ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، أطروحة دكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، الجزائر، سنة 2014-2015 ص 36-37

² إبراهيم ابن ناصر الحمود، المرجع السابق .

³ فؤاد بوبصبع، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب، رسالة ماجستير في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2011/2012 ص 10-11.

⁴ فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات الجنائي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة. من 07/06 ماي 2002، ص 1379.

الجافة وكذلك يمكن عمله في بقايا عظام الإنسان، هذا بجانب أية تلوثات بيولوجية مرفوعة من مكان الحادث مثل الشعر والدم و التلوثات المنوية¹.

- تكون البصمة الوراثية كما سبق الذكر على شكل خطوط عرضية تختلف في السمك والمسافة نتيجة اختلاف الشاخص وتمايزهم، ولذا فهي سهلة القراءة والتخزين في الكمبيوتر لمدة طويلة جدا حين حاجة المقارنة.

- تتمتع البصمة الوراثية وجزء الحمض النووي بمقدرته على الاستنساخ، وبذلك يعمل على نقل صفات النوع من جيل إلى جيل².

- يتكون الحمض النووي (DNA) الخاص بكل إنسان من أبيه وأمه بنسبة 50% من كل منهما، وهذا على اعتبار أن العوامل الوراثية مأخوذة منها بالتساوي (عن طريق الحيوان المنوي والبويضة)، بعبارة أخرى تتطابق نصف الصفات الوراثية لشخص مع الصفات الوراثية لأمه والنصف الآخر لصفات الوراثية لأبيه ومجموع صفاته لا تتطابق مع والديه ولا مع غيرهما فيكون له صفات مستقلة³.

- الآثار المتقدمة تمكن من ربط المتهم بالجريمة حيث أن قرينة الحمض النووي هي قرينة نفي وإثبات قوية لأن فرصة التشابه في بصمة الحمض النووي بين الأفراد غير وارد وهنا هو سر قوة البصمة الوراثية⁴.

4/ دور البصمة الوراثية في إثبات النسب نفيه:

. أكد علماء الطب الحديث قدرتهم على إثبات الأبوة أو البنوة لشخص ما أو نفيها عنه ذلك من خلال إجراء الفحص على جيناته الوراثية، حيث دلت الأبحاث التجريبية على أن نسبة نجاح إثبات الأبوة أو نفيها عن طريق البصمة الوراثية يصل في حالة النفي إلى 100%، أما بالنسبة لحالة الإثبات فيصل إلى قريب من القطع بنسبة 99.99% تقريبا⁵.

¹ ماينو جيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص35

² ماجد راغب الحلو، الهندسة الوراثية وحقوق الإنسان بين القانون و القرآن، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 05-07 ماي 2002. ص 1326.

³ فؤاد عبد المنعم أحمد، المرجع السابق، ص 1376

⁴ بندر بن فهد سويلم، المرجع السابق، ص 94.

⁵ الجليلي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة الطبية والبيوطبية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص16.

أما عن طريقة ذلك فتأخذ عينة من أحد أجزاء الجسم سواء دم، أو شعر أو مني أو عظم، أو لعاب، ويتم تحليلها وفحص ما تحتوي عليه من كروموسومات التي تحمل الصفات الوراثية الجينية، فبعد معرفة هذه الجينات الخاصة بالولد والوالدين المراد الانتساب إليهما يمكن بعد ذلك إجراء المطابقة بين الحمض النووي للولد والحمض النووي للأب والأم، وهذه المسألة فنية يقوم بإجرائها أخصائي الطب الشرعي عادة بناء على حكم قضائي من طرف المحكمة المختصة¹.

. إن تحليل البصمة الوراثية تعتمد على الشبه بين الولد ووالديه، وذلك عن طريق نمط الحمض النووي والتي تتميز بنتائجها اليقينية والدقيقة فهي نوع من القيافة، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقر القيافة كطريقة بدائية لبيان الشبه عند وقوع التنازع في الولد نفياً وإثباتاً، لحديث السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت إن الرسول عليه الصلاة والسلام دخل على مسرور تبرق أسارير فقال: ألم ترى مجزز المدلجي؟ نظر أنفاً إلى زيد بن الحارثة وأسامة بن زيد، فقال هذه الأقدام بعضها من بعض، مما يدل على جواز القيافة² لإثبات النسب³.

. وعليه فإن دور البصمة الوراثية يتجلى خصوصاً في حالات اختلاط المواليد والاشتباه في أطفال الأنايب والشك في النسب، وحالات نسب الولد الناتج عن الوطء بشبهة وحالات التي يدعي فيها رجلان نسب الولد، وحالة التي تدعي فيها المرأة أن المولود يخص رجلاً معيناً وحالات التي يدعي فيها رجل أنه فقد ابنه لفترة طويلة، وحالات اختلاط الأطفال في الحروب والكوارث وضحايا مجهولوا النسب وكذلك لمنع اللعان كما لو عزم الزوج على اللعان (المادة 41 من قانون الأسرة) فإن البصمة الوراثية (المادة 2/40 من قانون الأسرة) يمكنها دفع هذا الشك و الاكتفاء بنتيجتها لحل النزاع كدليل علمي قاطع⁴.

. إن النتائج المهمة من حيث الثقة والضمان التي تنتج عن طريق البصمة الوراثية في المجال الجنائي، تجعل منها ذات مكانة هامة للوصول إلى الحقيقة، ومن الجدير بالأهمية أنه عندما يتم استخدام هذه التقنية لأغراض تحليل المواد البيولوجية التي تحتوي على (DNA)، فإنه لا يحتاج الأمر إلى تحليل كل جزئيات (DNA) وإنما يتم

¹ د. عبد الرشيد محمد أمين بن قاسم، البصمة الوراثية، بحوث ودراسات "دراسات علمية"

<http://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-86-3866.htm> بتاريخ 2017/03/22

² القيافة: لغة: جمع قائف، يقال قفت أثره إذ أتبعته والقائف هو الذي يتبع الأثر ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وبأبيه، ينظر ابن منظور، المرجع

السابق ص 12 و 220.

³ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 397.

⁴ د. بلحاج العربي، المرجع نفسه ص 398.

فحص مناطق معينة من الشريط (DNA) التي تميزه وتختلف عادة من شخص إلى آخر وهذه الطريقة تسمى بـ (Short Tandem Repeat-Str) ولكن استخدم في الوقت الحاضر في البلدان المتقدمة تقنية حديثة أخرى هي تقنية (polymérase Chain Réaction-PCR)، التي يمكن الاستفادة بمساعدتها من أصغر وحدة خلية لأغراض تحليل (DNA)، ويعود الفضل في زيادة أهمية (DNA) في الإثبات ولاسيما القضايا الجنائية إلى دقة نتائج فحوصاتها نتيجة التطور السريع والهائل في مثل هذه التقنية، فهي وسيلة فعالة لتعرف على هويات الضحايا في حوادث الحريق والغرق التي مرت عليها مدة طويلة، أو في حالات إخفاء الجثث بحيث تتعرض للانحلال والتلف حيث يمكن فحص (DNA) من عضلات الميت أو جلده أو أسنانه ومقارنتها بعينات (DNA) لأحد الأبوين مثلا لأن الطفل من الملعون يرث نصف جينات أبويه¹.

ثانيا/ ضوابط العمل بالبصمة الوراثية:

اتفق العلماء القائلون بالعمل بالبصمة الوراثية على ضرورة وضع ضوابط وشروط تكفل دقة نتائج البصمة الوراثية من جوانبها الإيجابية، وهذا لتفادي استغلالها في غير ما شرعت من أجله لذا وجب معرفة جوانب عدم تعارضها مع الأدلة الشرعية والمقاصد الدينية، وعليه قسمت هذه الضوابط إلى قسمين ضوابط شرعية وأخرى فنية.

1/ ضوابط شرعية:

- لا يجوز القيام بتحليل البصمة الوراثية لنسب ثابت ومستقر لتأكد من صحتها وهذا لما فيه من هز لثقة بين الزوجين وزعزعة روابط الأسرة بينهما، كما يجب أن تكون التحاليل تؤكد نتائج عقلية ومنطقية تتوافق مع الواقع العقلي والحسي²، كأن يتفق الفارق في السن بين الأب و الابن مع مقتضيات العقل والمنطق³.

¹ كوثر أحمد خالد الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، مكتب التسيير لنشر والإعلان، الطبعة 2007 ص 305

² هذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 2/44 من قانون الأسرة التي تنص "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة و الأبوة والأمومة مجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة".

³ وهبة الزحيلي، المرجع السابق ص 517.

- أن تأتي أوامر التحاليل الطبية بناء على أوامر القضاء، أو من يملك سلطة ولي الأمر مما يقفل الباب أمام تلاعب أصحاب النفوس الضعيفة، مما يجعل أي نتيجة للبصمة الوراثية خارجة عن نطاق القضاء باطلة وهذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في توصياته من خلال حثه على إشراف القضاء على إجراء فحص البصمة الوراثية، وأن تكون المختبرات التي تقوم بهذه العملية متخصصة كما أكد على ضرورة تكوين لجنة خاصة متكونة من متخصصين وإداريين وخبراء للإشراف على تأكيد نتائج البصمة الوراثية ودقتها ومطابقتها للواقع، وأن تكون العينات المستعملة للفحص بالقدر الذي يراه المختصون ضروريا فقط.¹

- إن الطرق العلمية كالبصمة الوراثية والفحوصات الجينية التي تثبت علاقة الأبوة لا تثبت النسب تلقائيا بثبوت الفحوصات الطبية، بل يجب ربطها بالعلاقة الشرعية المبنية على العقد الشرعي² المذكور في المادة 1/40 و42 و43 من قانون الأسرة،³ ذلك أن الشخص الثابت نسبه شرعا لا يجوز إجراء البصمة الوراثية لنفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان وهو الطريق الشرعي والقانوني المقدم على البصمة الوراثية بالنسبة لنفي النسب الثابت وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة.⁴

- وجوب تمتع العاملين على البصمة الوراثية على شروط العقل والبلوغ والعدالة والأمانة و انتفاء التهمة فإن اختل شرط أو أكثر لم تقبل النتيجة والتي يجب أن تكون يقينية فإذا كانت تتضمن شك كانت باطلة⁵.

- صدور حكم بالبصمة الوراثية من اختصاص القاضي الشرعي، فالبصمة الوراثية تعد شهادة طبية وهي من قبيل دليل إثبات فني فقط، وعليه فإن القاضي غير ملزم برأي الخبير غير أنه ينبغي عليه تسيب رفضه لنتائج

¹ مجمع الفقهي الإسلامي (رابطة العالم الإسلامي)، القرار رقم 07، الدورة 16 بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، منتدى بحوث ودراسات، نقلا عن منتدى بحوث ودراسات، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها <http://www.islamtoday.net/bohooth/artshohtm> تاريخ 2017/04/02.

² محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب، مؤتمر الهندسة الوراثية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2002، ص 578

³ قانون 84. 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 1984 المعدل والمتم بالقانون رقم 09.05 المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

⁴ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 399.

⁵ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 517-518.

الخبرة (المادة 2/44 من قانون الأسرة)¹. وتعين خبير آخر مع تحديد مهامه بدقة مع مراعاة عدم التحلي على صلاحياته لفائدة هذا الأخير فإذا تعارضت آراء الخبراء فإن الأمر يرجع إلى قضاة الموضوع.

2/ الضوابط الفنية:

أهمها أن تكون المختبرات الخاصة بالبصمة الوراثية تابعة لدولة وتحت رقابتها ومزودة بتقنيات حديثة تضمن دقة النتائج.

. أن توثق كافة خطوات تحليل لبصمة الوراثية بدء من نقل العينات والمحافظة على سلامتها للوصول إلى نتائج يقينية مع حفظ هذه الوثائق لرجوع إليها عند الحاجة، وأن تحاط النتائج بالسرية التامة بما يحيط بهذا الموضوع من خصوصية تامة.

ثالث/ موقف المشرع الجزائري حول البصمة الوراثية و ضمانات اللجوء إليها:

1/ موقف المشرع الجزائري من البصمة الوراثية والتحليل الجينية :

لقد اعتمد المشرع الجزائري على أهمية البصمة الوراثية ودورها في نفي وإثبات النسب وهذا انطلاقاً من نص المادة 40فقرة 2 من قانون الأسرة المضافة سنة 2005، والتي تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" وعليه فقد فتح المشرع المجال لطرق العلمية كأداة لإثبات ونفي النسب إلا أنه لم يوضح ما هي الطرق العلمية التي قد تستعمل، مما ترك المجال مفتوح وثبت وجود طريقتين من التحليل أحدها يقيني ودقيق وقطعي ويتمثل في كل من البصمة الوراثية (DNA) ونظام (HLA) الذي يتصل بالمناعة طرقاً علمية لإثبات النسب بصفة قطعية، أما الثاني فهو ضني يعطي مجرد احتمالات وهي كالأتي نظام ABO لفحص الدم ويعتبر شائع الاستعمال² في مجال إثبات النسب، وكذا نظام مجموعة البروتينات كما سيأتي بيانه هذا بالإضافة إلى أكثر من 30 نظام عالمي آخر يستعمل في هذا المجال³ لم يؤخذ على نص المادة

¹ أجازت العديد من التشريعات العربية كالقانون الأمريكي والسويسري والإنجليزي و الدانمركي اللجوء إلى التحليل بالبصمة الوراثية بشكل خاص والدليل العلمي بشكل عام دون قيد أو شرط، وفي حين نص القانون المدني الفرنسي أنه لا يجوز اللجوء إلى اختبارات البصمة الوراثية في نطاق دعوى قضائية كإجراء من إجراءات البحث والتحري أو لأغراض طبية، أو لأغراض البحث العلمي. نقلاً عن فواز صالح، بصمة الوراثية

موقع الموسوعة العربية - <https://www.arab-ency.com/details.law.php?full=&nid=163310>

² يويي سعاد ، المرجع السابق ، ص 40

³ يوسفات علي هاشم أثر تحليل الدم في ضبط النسب، مقالة منشورة في مجلة دفاتر سياسية و القانون جامعة العقيد أحمد دراية أدرار، العدد

40 فقرة 2 هذا المآخذ فقط، بل كذلك ذكر المادة على جواز استعمال الطرق العلمية لإثبات النسب مما يدفعنا إلى القول بعدم جواز نفي النسب عن طريقها بمفهوم المخالفة، وبتالي يبقى الأمر مقتصرًا على اللعان فقط.¹ والذي يكون عندما ينعدم الشهود وليس ثمة شاهد إلا الزوج فقط لقوله تعالى "... وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ... "،² حيثُ يكون اللعان³.

قد اختلف في الاكتفاء باللعان كطريقة شرعية وحيدة في حالة إنكار النسب، وهذا ما ذهب إليه عديد الفقهاء والمفسرين ومنهم من أكد أن الآيات صريحة في لزوم اللعان وبوجوبه في حالة إنكار الحمل ونفيه لقوله تعالى "... فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ.. "، مبتدأ خبره محذوف أي لازمة أو واجبة، وذهبوا في ذلك إلى تقدير الآية " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ " لازمة وواجبة ومن القواعد الأصولية أو صورة السبب قطعية الدخول كلها كانت منصوص عليها بخصوصها وبذلك تكون الآية نصًا قاطعًا في وجوب اللعان، و يتعين الاحتكام إليه في حال إنكار الزوج ولده⁴، وعليه فمن الناحية العملية نجد أن نفي النسب يكون باللعان.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه " من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها الشريعة الإسلامية و الاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل المراد نفيه"⁵، و بذلك فإنه لدعوى اللعان شروط أهمها " أن لا تتجاوز ثمانية أيام من العلم بالحمل الذي يراد فيه النفي " ثانياً أنه للزوج وحده حق طلب الملاعنة فلا يثار هذا الطلب من طرف الزوجة و لا تثيره المحكمة من تلقاء نفسها⁶، و إن كان المشرع الجزائري قد استقر على اعتبار اللعان الطريق الوحيد لنفي النسب فإنه لم يستقر على مدة معينة لنفي نسب الولد حيث جاء في قرار المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعا أن دعوى اللعان لا

¹ تشوار جيلالي نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النص التشريعي و التنقيحات المستحدثة مقالة منشورة في مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2005 العدد 3 ص 09

² سورة النور الآية 04

³ اللعان في اللغة هو مأخوذ من اللعن و هو الإبعاد و الطرد من الخير، أما شرعا فهو شهادات مؤكدة بالإيمان من جانبيين مقرونة باللعن و الغضب قائمة مقام حد القذف، نقلا عن أ يوسفات علي هاشم، المرجع السابق ص 40.

⁴ حمد تأويل، المرجع السابق، ص 04.

⁵ قرار المحكمة العليا في الملف رقم 172379 المؤرخ 1997/10/28، نقلا عن القضاء الجزائري موقع:

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=5465>

⁶ عز الدين كيجل اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مقالة منشورة بمجلة الفكر، كلية الحقوق و العلوم

السياسية جامعة محمد خبضر بسكرة العدد 03 ص 128

تقبل إذا تأخرت و لو ليوم واحد بعد علم الزوج بالحمل أو الوضع أو رؤية الزنا¹ و في قرار آخر قضت المحكمة العليا على أنه يكون باطلا القرار الذي يقضي قبل البت في الدعوى الخاصة بنفي النسب بتوجيه اليمين من كل واحد من الطرفين إذا رفع الزوج دعواه بعد مضي 12 يوم من علمه بوضع زوجته حملها². أما إذا كان مع الزوج بينة يثبت ما يدعيه كالبصمة الوراثية تشهد لقوله أو بنفيه فلا يوجد موجب اللعان ذلك أن البصمة الوراثية بنتائجها القطعية بنسب الصفات الوراثية، مما يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي³ و هو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار حديث مؤرخ في 2006/03/05 (ملف رقم 355180) من "أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص،م) للمطعون ضده باعتباره أبا له كما أثبتت الخبرة العلمية (ADN) من أن الطفل المذكور هو ابن المطعون ضده و من صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن و لا أن تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 من قانون الأسرة و بين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"⁴.

بذلك فقد رسخت المحكمة العليا باجتهادها التاريخي و اعترافها بالخبرة العلمية الطبية للقوة الشوتية لوسيلة (ADN) بما تمنحه من نتائج مؤكدة لا تدع مجالاً للشك حول نسب الطفل المتنازع حوله، و مع ذلك لا يجوز التمسك بنص المادة 2/40 الخاصة باستعمال الطرق العلمية إذا قام الشخص الذي ينفي نسب الابن عنه برفع دعوى الملاعنة حتى و إن تم رفضها خارج الميعاد و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها سنة 2010 حيث نصت على أنه " ما دام مطعون ضده قد لجأ إلى دعوى اللعان فلا يجوز له التذرع بإتباع أحكام المادة 40 من قانون الأسرة في صياغتها الجديدة التي تنص على أنه (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار ..) و أنه يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، حيث أنه بذلك يتعين أن يمتد

¹ قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة المؤرخ في 15/06/1999 ملف رقم 674222، المجلة للمحكمة العليا 2001، العدد، سنة ص 82

² قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة تاريخ: 20/10/1998 ملف رقم 204821 المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد، سنة 2001 ص 82

³ شيخ محمد السلامي إثبات النسب بالبصمة الوراثية "ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية" الكويت 1998 ص 11 - 12

⁴ قرار المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة المؤرخ في 2006/03/05، ملف رقم 355180، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2006 ص 469

نقض القرار المطعون فيه إلى الحكم المستأنف الذي عين الخبيرين و غفل عن مسألة سبق الفصل التي أثارها الطاعنة على أن يكون النقض بدون إحالة" ¹.

2/ضمانات اللجوء إلى البصمة الوراثية :

تخضع تحاليل البصمة الوراثية إلى ضمانات قانونية و هذا للحد النهائي من المشاكل الناجمة عن اللجوء لهذه التحاليل و هذا النوع من الأدلة العلمية لإظهار الحقائق البيولوجية في منازعات النسب، من أهم هذه الضمانات هي :

- وجود علم و موافقة ممن يخضع لهذه الخبرة و هذا انطلاقا من مبدأ حرمة الجسد البشري و الحق في السلامة الجسدية (المادة 161 و ما يليها من القانون رقم 5/85 المتعلق بحماية الصحة) ² ، و هذه الشروط تختلف حسب ما إذا كانت الخبرة الطبية المنجزة ستجري على الحي أم على جثة ميت ³.

- إلتزام الطبيب بمراعاة كافة المعايير العلمية و الضوابط الشرعية و القانونية و الأخلاقية التي تخضعها السلطات المختصة لإجراء الفحوصات الطبية و التجارب على الإنسان.

-عدم التلاعب بالبصمات و الجينات البشرية في قضايا إثبات النسب كما لا يجوز المتاجرة بها أو استخدامها للمساس بشرف الشخص و كرامته و حقوقه الإنسانية ⁴.

- إنطلاقا من هذا فإن فحص البصمة الوراثية دون موافقة المعني تعد اعتداء على حرمة حياته بالإضافة إلى إفشاء نتائج التحاليل الجينية التي تعتبر خارج الخصومة القضائية و التي تعتبر في ظل القانون الجزائري جريمة منصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات ⁵ لكل من لم يراع السر المهني بمقتضى المادتين 206 و 226 من نفس القانون ⁶.

¹ قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة، المؤرخ في 2010 ملف رقم 605592 ،مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2010 ص 247

² قانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المعدل بالقانون رقم 09/98 المؤرخ في 19/08/1998 المتعلق بحماية الصحة و ترقية

³ بلحاج العربي، معصومية الجثة في الفقه الاسلامي في ضوء القانون الطبي الجزائري، دار الثقافة عمان الأردن، طبعه 2009 ص38.

⁴ المادة الأولى من الإعلام العالمي لحقوق الإنسان و الجين البشري الصادر من اليونسكو سنة 1998، نقلا عن توصيات الندوة الوراثية

للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت أكتوبر 1998 قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورة 15 (1998)

⁵ الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بموجب القانون 23/06، المؤرخ في

2006/12/20، الجريدة الرسمية العدد 84، ل 2006/12/24.

⁶ يعاقب القانون الجزائري على إفشاء معلومات ذات طابع سري من قبل الشخص المؤمن عليها بسبب مهنته أو وظيفته أو مهنة مؤقتة. نقلا

عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق ، ص 404

و على هذا الأساس فإن تفعيل دور البصمة الوراثية لا بد أن يكون من خلال ضرورة إجراء تحاليل ضمن شهادة طبية المنصوص عليها في المادة 7 مكرر بموجب الأمر رقم 02/05 سنة 2005 و المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 2006/05/11، بل لا تقتصر الفحوصات على البحث عن وجود أمراض معدية أو سارية أو أمراض جنسية لإثبات لياقة الخاطبين للزواج، بل تتوسع لإعطاء الاستشارة للكشف المبكر للأمراض الوراثية أو الجينية على أن يكون هذا من شروط الفحص الطبي قبل الزواج و يتم تدوين بيانات تحليل ADN مع بيانات الزوجين ضمن وثيقة الزواج.¹

الفرع الثاني: إثبات و نفي النسب عن طريق أنظمة تحاليل بيولوجية أخرى:

أولا / نظام HLA : إلى جانب البصمة الوراثية إحدى الطرق القطعية في إثبات أو نفي النسب فهي من الناحية العلمية تمتاز بخصائص تجعله نظام أكثر فعالية في مجال نفي النسب أو إثباته فنظام HLA يعتبر نظام (Polymorphe)، أي رغم أنه جد متغير و متعدد المظهر البيولوجي (من شخص غلى آخر) إلا أنه جد ثابت و متوازن في انتقاله من الآباء و الأبناء (Transmission génétique) مما يعطيه خاصية أخرى تتمثل في قدرته في تعريف التشخيص البيولوجي للأشخاص.²

مركب HLA يتشكل في الحقيقة من خمسة أنظمة متشابكة فيما بينها مما يسمح بتمييز بيولوجي جيني منفرد يجب معرفة أن كل إنسان يحصل على مركبين HLA مختلفين عن بعضهما واحد من الأب و الآخر من الأم تسمح بالتمييز بين الأفراد بصورة واضحة و أكبر من كل الأنظمة الأخرى مجتمعة إن الحجية القطعية لإثبات النسب بواسطة نظام HLA قد يقف عائقا أمام حالة الزواج العائلي (Le mariage consanguin) فهنا الطفل يحصل من والديه على مركبين HLA متشابهين يصعب الاستنتاجات و التحاليل المخبرية مما يستدعي اللجوء إلى الإثبات عن طريق البصمة الوراثية ADN .

¹ بالحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 404

² القانون الشامل: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري

ثانيا/الطرق العلمية الظنية :

تعتبر من الناحية العلمية بعض الطرق من وسائل إثبات النسب رغم أن قيمتها العلمية تختلف عن تلك القطعية التي تم الإشارة إليها سابقا و هي متعددة تتمثل في :

1/ نظام ABO (فحص الدم) :

يعتبر فحص الدم إحدى الطرق العلمية الشائع استعمالها في مجال نفي النسب ذلك أن فصيلة دم كل من الطفل و الأم و الأب تتحدث عن طريق تحاليل فحص الدم، باعتبار أن لكل طفل له خاصية جينية إما مع الأب و إما مع الأم¹ فإذا لم تكن موجودة عند أحدهما فهي بالضرورة موجودة عند الآخر، فإذا ثبت غياب هذه الخاصية عند الأب فإن أبوته لهذا الطفل غير ممكنة، و يتم على أساسها نفي النسب و سيتضح من الجدول التالي الفصائل، و ما يقابلها من مواد مولدة Antigène و أجسام مضادة anti.corp و تراكيب جينية².

الجدول التالي يبين بالتفصيل احتمالات على جميع أنواع المجموع الدموية مبينا فصيلة الأب و الأم و الاحتمالات الممكنة لفصيلة دم الأبناء و الاحتمالات غير الممكنة³.

A.B.AB	لا يمكن أن يكون	O	إذا كان دم الولد	OO	إذا كان دم الأبوين
		AB.B		O+A	
A.A.B.O		O.B		O+B	
O.AB		A.B		O+AB	
A.B		O.A.B.AB		A+A	
/		O		A+B	
A.AB		AB.AB		A+AB	
O		AB.AB		AB+B	
O		AB.AB		AB+AB	

¹ القانون الشامل: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق .

² بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، دار النفائس، الطبعة الأولى 2009 الأردن، ص 4140.

³ جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2002، عمان، الأردن، ص 186.

و لتوضيح ذلك نضرب المثل التالي :

إذا كانت الفصيلة الدموية لأحد الأبوين AB و الفصيلة الدموية للآخر O فلا يمكن أن يكون الطفل من الفصيلة O و يكون إما من الفصيلة A أو من الفصيلة B و ذلك إذا لم يكن أحد الأبوين من الفصيلة O فلا يمكن للطفل أن يكون من المجموعة O أيضا و إذا كان أحد الأبوين أو كلاهما من فصيلة O فلا يمكن أن يكون هذا الطفل من فصيلة A باستثناء أن يكون كلا الأبوين من فصيلة دم A أو من فصيلة B من النوع المهجين، فإن احتمال ربع المواليد من النوع O و لذلك فإن إثبات الأبوة في هذه الحالة يكون احتماليا و لا يمكن القياس عليه¹ نستنتج من هذا المثل بأنه إذا كان هناك طفل من أم معروفة أو أب مشتبته فيه فإن اختبارات الدم لا يمكن أن تثبت أن الرجل هو الأب الحقيقي للطفل، و إنما تثبت فقط أن هناك احتمال بأبوة هذا الرجل²، أما إذا أثبت فحص الدم اختلاف فصيلة والديه، فإن نفي الأبوة في هذه الحالة يكون قطعاً أي أن فحص الدم واقع الأمر اختبار له قيمة سلبية في نفي البنوة أكثر مما له قيمة إيجابية في إثباتها³

2/ نظام MNS :

يعتبر هذا النظام ذو خاصية تتمثل في أنه يحتوي على عدة خصائص وراثية نادرة جدا يستخدم بنفس الطريقة كنظام (ABO) فعلى سبيل المثال : الأم M+N+ الابن M-N+ الأب المفترض M+N- ففي هذه الحالة يستحيل ثبوت النسب لأن الابن حصل على N+ من أمه و بالتالي M- من أبيه لكن الأب المفترض M+ و ليس M- إذا فالنسب منفي بطريقة علمية و تجدر الإشارة إلى وجود حالة خاصة تتمثل في حالة وجود (MG+) الأب المفترض MG+N- الأم M+N+ الابن MG+N+ ففي هذه الحالة لا يمكن نفي نسب الابن للأب المفترض لأن الابن حصل على (MG+) من أمه و قد يكون قد حصل على N+ من الرجل و لكن نظراً لأن خاصية نظام MG+ نادرة فإنه يمكن القول أن هناك احتمال كبير أن يكون الرجل هو الأب الفعلي للطفل⁴.

¹ أ يوسفات علي هاشم، المرجع السابق، ص 287.

² محمد مختار سلامي، التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة من 05-07 ماي 2002، ص 455-457

³ د إبراهيم الصادق الجندي، المرجع السابق ص 250

⁴ جلال الجاهري، المرجع السابق ص 186

3/ نظام مجموعة البروتينات :

هو نظام متعدد و متغير نظرا لتعدد و تغير هيئات مظهر البروتينات الموجودة في المصل و أنزيمات الكريات الحمراء و هو نظام حديث جدا يمكن من استعمال هذه العلامات، و يعطي نتائج أكثر دقة من فصائل الدم العادية¹ (ABO) لأنه مع البروتينات لدينا قدرة عالية للتمييز البيولوجي بين الأشخاص و يستعمل في التحليل و الدراسات نفس المبادئ كالأنظمة الدموية و يبقى مقتصرًا على بعض الخاصيات الكيميائية و البيولوجية.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تم ذكره في مجال الطرق العلمية ذات الحجية الضمنية كان على سبيل المثال لا حصرا و التي يقتاد إليها في المجال الطبي و تعطينا مجرد احتمالات في الإثبات حيث يوجد إلى جانبها أكثر من 30 نظام عالمي يستعمل في هذا المجال نتج عن تطورات بيولوجية² منها :

- نظام المفرزات اللعابية Le système de ségetion salivaire

- نظام Kell

- نظام cluffv

- نظام Kidd³

المطلب الثاني : إثبات مسائل النسب الناتج عن طريق التلقيح الاصطناعي

إن التلقيح الاصطناعي هو من بين الوسائل العلمية الحديثة التي ولجت في قوانين نظام الأسرة لما أضحي لها من فعالية واقعية في قضايا العقم و مشاكل الإنجاب، حينما يستعصي علاجها بالطرق الظنية التقليدية و ذلك أن التلقيح الاصطناعي من شأنه معالجة عديد المشاكل الزوجية التي تنشأ فور الزواج بسبب عيوب خلقية تعيق أو

¹ ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة 2017/04/28

<http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?=2698>

² إبراهيم صادق الجندي، تقنية البصمة الوراثية و إمكانية التحاليل عليها، منتدى (ستار تايمز)

<http://www.startimes.com/?=276984472017/04/26>

³ إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة في ظل القانون المدني والإداري الجديد مكتب الإستشارات القانونية وأعمال المحاماة المستشار القانوني

إبراهيم خليل <http://kenanaonline.com/uszrs/ibrahimkhalil/posts/346504>

تمنع عملية الوضع، كما يستخدم هذه الطريقة في بعض الدول بغرض تحسين النسل و الحيلولة دون انتقال الأمراض الوراثية من جيل إلى جيل.

الفرع الأول: أحكام التلقيح الاصطناعي في نفي وإثبات النسب

أولاً: مفهوم التلقيح الاصطناعي :

1/ تعريف التلقيح الاصطناعي :

أ/ التلقيح في اللغة : من لقحت الناقة لقاحا و كذا الشجرة و لقح الفحل الناقة، فهي لاقح و الواقع من الرياح التي تحمل الندى، ثم تمجه في السحاب فإذا اجتمع في السحاب صار مطرا قال تعالى : " وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ " ¹.

ب/ التلقيح في الاصطلاح : هو التقاء الحيوان المنوي ببويضة المرأة بطريقة اصطناعية أي بغير الاتصال الجنسي المباشر بغرض الحمل، و بناء على ذلك يطلق على إخصاب بويضة المرأة بغير طريق طبيعي و يعرف (على أنه إدخال مني الرجل في رحم امرأة بطريقة آلية) ²

ج/ التلقيح الاصطناعي فقها وعلميا:

نظرا لعدم وجود تعريف جامع اجتهد الفقه و قام بوضع تعريفات و أهمها أن التلقيح الاصطناعي عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة لذلك بالتحقيق من إدخال الحيوان المنوي للزوج إلى زوجته، أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي ³ و قد تتم هذه العملية بنفس الطريقة و لكن بواسطة سائل منوي من غير الزوج و هو يعرف بالمتطوع و قد يتم الإخصاب الصناعي عن طريق مزج السائل المنوي للزوج السائل المنوي للمتطوع، و ذلك بسبب ضعف السائل المنوي للزوج كما قد يكون الإخصاب في حالة عجم قدرة الزوجة على الحمل حيث يتم الاستعانة بامرأة تحمل بدل الزوجة و تعرف بالأم البديلة ⁴ كما عرفها الدكتور بلحاج العربي على أن التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم

¹ سورة الحجر، الآية 22

² يوسف بوشي ، الحق في سلامة الجسم و أثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون، دار الفكر الجامعي أمام كلية الحقوق الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2015 ص 239

³ يوسف بوشي ، المرجع نفسه ص 240

⁴ محمد بورادة عزبول، ، الإخصاب الصناعي من منظور اسلامي، مجمع الفقه القانوني و الشرعي، ص 02

داخل (الأنابيب) لكون الزوجة تعاني من عقم لإنسداد قناة "فالوب"¹، و عملية الإخصاب الصناعي كانت معروفة منذ القدم في مجال تحسين النسل الحيواني في المواشي و الإخصاب، لكن استعمالها على البشر هو مسألة حديثة ترجع لسنة 1979 عندما تمت ولادة لويزة براون، و هي أول طفلة أنبوب في العالم جاء في الوجود بفضل التلقيح الاصطناعي²، و قد أثارت الاستخدامات المختلفة لأطفال الأنابيب مشاكل دينية و أخلاقية اجتماعية لا حصر لها حاول الفقه الإجابة عليها خاصة أن هذه المسائل لم يتناولها القرآن و لا السنة النبوية و لم تكن معروفة من قبل إلا أن الفقه إعتبر أن قضية مزج السائل المنوي للزوج بالسائل المنوي للمتطوع يعتبر محرماً لأنه حمل بغير ماء الزوج و عليه فهي تعتبر عملية غير شرعية، و يترتب عليها ما يترتب على الزنا من اعتبار "الولد بالفراش" فقد يحدث خلل في العلاقات بين البشر فإذا كان هناك أكثر من 200 مليون حيوان منوي في المرأة الواحدة في حين أن التلقيح لا يحتاج إلا حيوان واحد، فإن معنى هذا أنه يمكن للشخص الواحد أن يتبرع بالسائل المنوي لبنك من البنوك فيستخرج التلقيح عشرات النساء دون علمه فقد يحدث بعد ذلك أن يتزوج أحد أبنائه بإحدى بناته أو حتى يتزوجه هو نفسه بإحداهن³

2/ شروط التلقيح الاصطناعي و أساليبه :

أ/ شروط التلقيح الاصطناعي :

نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة (المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27) على أنه "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بالشروط القانونية التالية : أن يكون الزواج شرعياً، و أن يكون التلقيح برضا الزوجين، و حال حياتهما و بمشي الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها، و أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة" و انطلاقاً من نص هذه المادة نجد أن المشرع قد حصر شروط و حددها كما يأتي :

1- أن يكون الزواج شرعياً :

و هذا مؤداه أن يكون التلقيح شرعياً، بأن يؤخذ المني من الزوج الشرعي و البويضة الصالحة للإخصاب للزوجة الشرعية، ثم ينقل إلى رحمها و هذا يستدعي تأكيد الأطباء من وجود عقد صحيح شرعي بين الطرفين و عليه

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 405

² محمد بورادة عزبول، المرجع السابق، ص 03

³ ناهدة البقصي الهندسة الوراثية والأخلاق، مقالة منشورة بمجلة سلسلة عالم المعرفة، مكتبة الإسكندرية، مصر، العدد 174، سنة

فلا يجوز تدخل شخص أجنبي، و إلا كانت الحرمة و هذا لقوله تعالى : "نسائكم حرث لكم" أي أزواجكم¹ و لذلك اشترطوا في التلقيح أن يكون ضمن رابطة زوجية صحيحة مكتملة الأركان و الشروط و عليه لا يكون التلقيح الاصطناعي مشروعاً ضمن زواج غير صحيح (باطل أو فاسد) وفقاً لنص المادة 32 قانون الأسرة لأن الزواج الصحيح ينشأ عدة التزامات أهمها الامتناع عن القيام بأي علاقة جنسية خارج نطاق الزواج².

2. أن يكون التلقيح برضا الزوجين أثناء حياتهما:

أي أن تتم العملية بناء على رغبة الزوجين و حال حياتهما و في أثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة و لا يجوز استخدام ماء الرجل و بويضة الزوجة بعد الموت³ و بفسخ الزواج أو الطلاق و أنه إذا تمت هذه العملية بعد وفاة الزوج فإن التلقيح بالبويضة المحمّدة يعتبر تلقيح حرام⁴.

3. أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما:

إن عملية التلقيح تخضع إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب "الولد للفراش و للعاهر الحجر" بمعنى الولد للزوج و للعاهر و هو الزاني عقوبة الرجم هذا أن عقد الزواج الشرعي ينتج العلاقة الجنسية بين الزوجين لذا وجب أن تلقح الزوجة بمني زوجها دون شك في استبداله و اختلاطه بمني غيره و يقول أحد الفقهاء إذا كان تلقيح الزوجة من رجل غير زوجها فهو محرم شرعاً و يكون في معنى الزنا و نتائجه، و كل طفل ناشئ بالطرق المحرمة قطعاً من التلقيح الاصطناعي لا ينسب إلا لمن حملت به و وضعته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً⁵، و عليه إذا توفرت هذه الشروط يجب أن تتم هذه العملية أمام جهة علمية موثوقة و تتم بحضور الزوج⁶، إذا لا يجوز الخلوة بالزوجة مما ينتج عنها طفل شرعي لا وجود في الشك لنسبه لوالديه، و هذا ما ذهب مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة في 22 يناير 1985 بمكة المكرمة بالسعودية⁷ و على هذه الحالة يستبعد حالة المرأة الملقحة بمني رجل غير زوجها و كذا بويضة من زوجة أخرى لقحت بماء الزوج كما لا يجوز

¹ الحاج العربي، المرجع السابق ذكره، ص 408

² يوسف بوشي، المرجع السابق، ص 247

³ طارق عبد المنعم محمد خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، طبعة 2010، ص 72

⁴ حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، لإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 21.

⁵ جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 104

⁶ لعربي بلحاج، المرجع السابق، ص 408

⁷ "إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوب ثم وضعت في رحم الزوجة بوجود عيب في جهازها التناسلي فهذا حلال و ينسب المولد

للأب و الأم"، نقلاً عن: جيلالي تشوار، المرجع السابق، ص 104-105

شرعا و قانونا استئجار و استعارة رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما فشرعية التلقيح إنما تكون بين الزوجين وفقا لمادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

4. ألا يتم التلقيح الاصطناعي إلا إذا دعت إليه داعية :

إن الإسلام دين يسر و رغم وجود محرمات إلا أنه يبيحها أحيانا فالضرورات تبيح المحظورات و قال الفقهاء أن التلقيح الاصطناعي بحد ذاته لا يتفق مع الأحكام الشرعية العامة لذا لا يلجأ لهذه التقنية إلا عند الضرورة و هي حالات استحالة حمل المرأة من زوجها عن طريق طبيعي فغياب هذه الحجة أو الضرورة و اللجوء إلى هذه العملية هي اعتداء و تجاوز على الحدود الشرعية¹ وبالإضافة إلى ضرورة أن تتم بمنتهى الحذر و الاحتياط اللازمين من اختلاط اللقاح و النطف و أن تجري العملية في مستشفيات عامة و المراكز الطبية المرخصة من طرف وزارة الصحة و عليه فإن الطفل الذي يولد من عملية التلقيح الاصطناعي أو "طفل الأنابيب" يعتبر طفلا شرعيا له حق نسبه لأمه و أبيه باعتبار أن العملية تتم بمشي الزوج و بويضة الزوجة من ناحية ثبوت النسب وما يتصل بذلك من نفقة و حرمة المصاهرة و الميراث و ما إلى ذلك من الأحكام الشرعية المترتبة من ثبوت النسب².

ب/ أساليب التلقيح الاصطناعي :

يمكن التمييز بين نوعين من التلقيح الاصطناعي، نوع يجري على نطاق العلاقة الزوجية، و نوع يجري خارج نطاق العلاقة الزوجية و كلاهما قد يتم داخل الرحم، فيسمى تلقيح اصطناعي داخلي، أو يتم خارج الرحم فيسمى تلقيح اصطناعي خارجي.

1/ التلقيح الاصطناعي الداخلي :

و فيه أسلوبين، الأسلوب الأول هو عملية إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها أو لأحد آخر في المكان المناسب ينتج عنه تلاقي النطاف بالبويضة التقاء طبيعيا³ يتم التلقيح بينهما كما في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي يعتبر هذا الأسلوب هو الحل و العلاج كما في حالات العقم و الذي تختلف أسبابه فقد

¹ لامية العوفي ، التلقيح الاصطناعي في القانون الأسرة، مذكرة لنيل إجازة القضاء، المدرسة العليا للقضاء، سنة 2005-2006. ، ص 21

² العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 410

³ طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق ، ص 60

تكون إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية و قد يصاب الزوج بمرض قد يؤدي إلى حجز عضوي في إيصال مائه عند الاتصال الجنسي مع زوجته إلى الموضع المناسب و غيرها من الأسباب¹.
 أمام الأسلوب الثاني فهو حالة أخذ حيوان منوي من مانح بمقابل مادي أو بغير مقابل و يحفظ في ثلاجات خاصة بواسطة النيتروجين السائل عند درجة 180 درجة تحت الصفر و ذلك بعد فحص المانح للتأكد من خلوه من الأمراض يتم التلقيح داخليا للزوجة بصفة طبيعية كما في الأسلوب الأول، و تجدر الإشارة أنه يدخل في سياق هذا الأسلوب التلقيح الاصطناعي الداخلي ببويضة امرأة غير الزوج و الزوجة و كذلك حالة التلقيح الاصطناعي الداخلي لامرأة غير متزوجة².

2/ التلقيح الاصطناعي الخارجي (طفل الأنبوب) :

يكون بصدد تلقيح خارج الجسم عند كل تلقيح لا يتم بالأسلوبين المذكورين سابقا و يحتوي هذا النوع على خمسة أساليب تعتمد كلها على أخذ البويضة من المرأة و وضعها في طبق خارجي يعرف بطبق تيتري، و ليس في أنبوب اختبار كما اصطلح على تسميته "أطفال الأنبوب" يوجد في هذا الطبق سائل فيزيولوجي مناسب لبقاء البويضة و نموها و يضاف إليه مني الرجل فإذا ما لحقت تركت لتتقسم انقساماتها المتتالية خلال يومين أو ثلاثة أيام و بعدها تعاد إلى الرحم لتنمو نموا طبيعيا و تولد بولادة طبيعية أو قيصرية³

ثانيا/ نفي وإثبات المولود من التلقيح الإصطناعي:

1/ إثبات نسب المولود من التلقيح الإصطناعي:

إن الطبيعي أن يسب الولد بعد ولادته لزوجين في إطار العلاقة الزوجية الناتجة عن المعاشرة الجنسية الطبيعية، أما في التلقيح الاصطناعي فالولد يأتي بغير هذه المعاشرة مما يثير إشكالية ثبوت نسبه، إلى أنه بالرجوع إلى المادة 45 مكرر من قانون الأسرة فإن الإشكال لا يثار طالما أن الأمر يتعلق وينحصر بالزوجين فقط أين يأخذ الولد الناتج عن التلقيح الداخلي الذي يتم بإدخال مني الزوج إلى رحم الزوجة حكم نسب المولود بالاتصال الطبيعي، بمعنى أنه ينتسب إلى أبيه وأمه، الأمر ذاته بالنسبة لحالة التلقيح الخارجي الذي يتم ببويضة الزوجة ومني زوجها وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة وبذلك فقد أقر مجمع الفقه الإسلامي أن المولود نتيجة

¹ طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص58.

² يوسف بوشي، المرجع السابق، ص 244-245

³ محمد جبير - شعبان صفدي، أحكام الإنجاب خارج الرحم، رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة غزة، فلسطين، 2007، ص9-10

مصدرى البذرتين يتمتع بكل حقوق الولد الطبيعي¹ من ثبوت النسب والميراث وغيره من الأحكام ويحرم عليه ما يحرم من النسب أما الأساليب الأربعة الأخرى فهي جميعا محرمة في الشريعة الإسلامية كون أن البذرتين ليستا من الزوجين أو لأن المتطوعة أجنبية عن الزوجين².

لذلك وإعمالا للقاعدة الأصلية فإن المولود قانونا هو صاحب الفراش الصحيح³، أما بالنسبة لتلقيح الاصطناعي بعد الوفاة فإن الفقهاء يرون أنه عند موافقة الزوج على التلقيح الاصطناعي قبل وفاته ومات على هذا القبول فإن إجراءات التلقيح تستمر بمبنى الزوج المتوفى دون الحاجة إلى رضا جديد من الورثة وينسب الولد للوالد المتوفى⁴ أما إذا أودع الزوج ماؤه في أحد البنوك المخصصة لذلك فإن هذا يعتبر دليلا قويا على إرادته في الإنجاب من زوجته بعد وفاته ويعد ذلك إقرار منه بنسب الولد دون الحاجة إلى رضا الورثة⁵.

2/ نفي نسب المولود من التلقيح الاصطناعي:

إن مسألة نفي النسب هي من أكثر المسائل تعقيدا في الممارسة القضائية إذ أنه في ظل قانون الأسرة الساري المفعول بعد تعديل 2005 والتناقض في قرارات المحكمة العليا حول نفي النسب فإنه استقر على جعل اللعان هو السبيل الوحيد لنفي النسب معتمدة بذلك على رأي معظم الفقهاء باعتبار أنه قد فصل فيها القرآن الكريم ونص على الملاعنة بين الزوجين وقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن ثبوت النسب بالزواج الصحيح القائم على شروطه لا يمكن نفيه إلى باللعان ، أما إذا وجدت أسباب تحول دون ثبوت النسب بالزواج وشروطه كإعدام اللقاء بين الزوجين أو استحالة إنجاب أحدهما فهنا يتم نفي النسب لعدم تحقق شروط إثباته وفي جميع الأحوال فإن صدور دلالات الاعتراف بالنسب من طرف الزوج كسكوته عقب الولادة أو حين العلم يثبت بها النسب وبذلك لا يقبل النفي بعد ثبوت النسب⁶، أما في التلقيح الاصطناعي فإن الأمر

¹ منتديات ستار تايمز: النسب في التلقيح الاصطناعي <http://www.startimes.com/?t=35876233> بتاريخ 2017/04/30

² نجد مثلا القانون الإنجليزي الصادر في 1989 وكذا قانون الخصوبة البشرية والأجنة الصادر عام 1990 تحديد الأم بأنها هي التي تحمل الطفل نتيجة زرع الجنين أو الحيوان المنوي فيها ومن ثمة فإن صاحبة الرحم هي الأم القانونية برغم عدم إلتناء الطفل لها وراثيا، أما الأم الوراثية لا تعتبر قانونا الأم الحقيقية وإن كانت تعتبر كذلك وفق الإتفاق الذي تم بين الأطراف. نقلا حسني محمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص 160.

³ حسني محمود عبد الدائم، مرجع نفسه، ص 23، 24.

⁴ يوسف بوشي، المرجع السابق، ص 264.

⁵ الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات التي عقدت بألمانيا سنة 1987 أكدت تحريم التلقيح بعد وفاة الزوج وفي حالة حدوث ذلك يكون المولود ابن غير شرعي للمتوفى، نقلا عن لامية عوفي، المرجع السابق ص 33.

⁶ د، طارق عبد المنعم محمد خلف، المرجع السابق، ص 66، 82.

أكثر تعقيدا فهي مسألة تقنية أكثر منها مادية إذ أن إثبات عدم المعاشرة الزوجية تكون أكثر سهولة في الحالات الطبيعية مثل إثبات وجود مرض عضوي طبيًا أو عدم التقائهما لوجود كل منهما في بلد مختلف وغيرها من الحجج المرتبطة بالاتصال الجنسي الطبيعي، غير أن التلقيح الاصطناعي يتم دون تلاقي بين الزوجين.¹

الفرع الثاني: مشروعية التلقيح الاصطناعي في الفقه والقوانين الوضعية:

أولاً: مشروعية التلقيح في الفقه الإسلامي:

إن الإشكالات العلمية ومنها التلقيح الاصطناعي تثير أحيانا إشكالات أخلاقية ودينية تصل إلى حد الجدل وهنا يبرز دور فقهاء الدين الإسلاميين وغيرهم من الديانات الأخرى ولاسيما في البلدان الإسلامية حيث يرتبط كل ما يتعلق بالأسرة بالشريعة الإسلامية ، ولبيان موقف هذه الأخيرة لابد من عرض الأحكام والمبادئ العامة التي تقوم عليها فيما يخص مسألة علاج المرأة على أساس أن العقم مرض والتلقيح هو أحد علاجاته ومن بين هذه الأحكام هو انكشاف المرأة على غير زوجها وشرعية الانكشاف لغير الزوج لوجود مرض يؤذيها لغرض مشروع وبمراعاة ذلك فإن الفقهاء قالوا أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد يعتبر غرضا مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي المتعارف عليها²، في حين ذهب مجمع الفقه الإسلامي الذي عقد تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بمكة المكرمة سنة 1985 بعد جمع معلومات دقيقة وموثوق منها قال الأسلوب الأول الشرعي من التلقيح الاصطناعي هو حقن نطفة الزوج في موضع مناسب من فرج الزوجة بعد التأكد من الحاجة لهذه العملية أما الأسلوب الثاني من التلقيح الخارجي فهو زرع النطفة في بويضة الزوجة خارجياً ثم حقنها في رحم الزوجة وهو أسلوب مقبول مبدئياً وجائز في ذاته من وجهة نظر شرعية وغير سليم من موجبات الشك فيما يستلزمه ويحيط به من ملابسات فلا يلجأ إليه إلى في حالات الضرورة بتوفر الأحكام والمبادئ العامة³ ، أما الأسلوب الثاني في التلقيح الاصطناعي

¹ منتديات بيت حواء، التلقيح الصناعي بين الدين والطب <http://forum.hawahome.com/t60701.html> بتاريخ 2017/04/30

² بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 211، ص 17.

³ . منتديات بيت حواء، التلقيح الصناعي بين الدين والطب <http://forum.hawahome.com/t60701.html>

فإنه تزرع نطفة الزوج في بويضة الزوجة ويتم تلقيحها خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية وهذا الأسلوب غير معترف به في البلدان الأجنبية التي لا تعمل بنظام تعدد الزوجات¹، أما التلقيح بماء غير الزوج فهو محرم بإجماع الفقهاء، كما التحريم نص أيضاً على استخدام البويضة الملقحة من سائل أخذ من الزوج قبل وفاته ثم زرعت بعد وفاته في رحم الزوجة.²

ثانياً: شرعية التلقيح الإصطناعي في القوانين الوضعية :

إن أغلب إن لم نقل كل الدول الغربية تعترف بالتلقيح الاصطناعي كوسيلة مساعدة على الإنجاب مع ضبطه وفقاً لشروط وأحكام تتلاءم ونظام كل منها قانونياً ودينياً، حيث أن ليبيا وأستراليا والسويد يجرمون تلقيح المرأة غير المتزوجة أما إيطاليا وسويسرا فقصرتا التلقيح على الزوجين ولم تصل حد التجريم³، لكن تبقى أكثر الإشكاليات والاختلافات هي مسألة الأم البديلة، فقد تم تأسيس الجمعية الوطنية للتلقيح الاصطناعي بالإنابة في فرنسا قصد العمل على الاعتراف بالأمهات بالإنابة في جويلية 1983 وفي سنة 1985 نشأت جمعية أمهات الاستقبال لكن أغلب السلطات الغربية دعت إلى الإعراض عن فكرة الأم البديلة كبريطانيا وألمانيا واعتبرتها بأنها محلة بالأخلاق، ومع هذا فإن القوانين الأجنبية التي أباحت عملية التلقيح الاصطناعي قد اختلفت في نظام الإنجاب فمثلاً أعطت المادة (2/152) من قانون الصحة الفرنسي الحق في طلب الإنجاب الصناعي بين الأزواج.⁴

هذا ولم تتناول معظم القوانين العربية تنظيماً قانونياً لعملية التلقيح الاصطناعي⁵ على اعتبار أن قواعد الشريعة الإسلامية التي هي أصل التشريع المدني ومصدر من مصادره والواجبة التطبيق عند عدم النص ومن ثم

¹ محمد برادة عزبول المرجع السابق، ص 09.

² عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، الأردن طبعة أولى 2007، ص 23-24.

³ عوفي لامية، المرجع السابق ص 22.

⁴ كما نص على ذلك في قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة في المملكة المتحدة الصادر عام 1990 وقانون حماية الأجنة الألماني لسنة 1990 وقانون الإخصاب الصناعي الترويجي رقم 68 لسنة 1987 والقانون الإسباني لتنظيم تقنيات المساعدة على الإنجاب رقم 22/35 لسنة 1998 نقلاً عن بدر محمد زغيب، المرجع السابق ص 36.

⁵ ومثال ذلك: القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949، القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، نقلاً عن محمد برادة عزبول، مجمع الفقه القانوني والشرعي ص 10.

فأن هناك فراغا تشريعا في معظم الدول العربية بشأن موضوع التلقيح الإصطناعي رغم التطور السريع في هذا المجال¹

أما المشرع الجزائري فقد إعترف بالتلقيح الإصطناعي كتقنية طبية للإنجاب مؤخرا في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 بتاريخ 2005/02/27 ونميز هنا بين مسلكين له:

❖ مسلك المشرع الجزائري قبل تعديل 02/05:

أعتبر المشرع الجزائري الزواج هو الوسيلة الطبيعية للإنجاب وأساس النظام الاجتماعي كما وضحت ذلك نص المادة 40² من قانون الأسرة كما تطرق نفس القانون إلى ثبوت النسب الشرعي بناء على وجود الرباط الزوجي وهذا بنص المادة 41³ من قانون الأسرة، وعليه فإنه طبقا لتشريع الجزائري فإن الزواج هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب في الجزائر وفقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة وهذا يعني عدم إمكانية التلقيح إصطناعي في غير علاقة زوجية⁴

❖ مسلك المشرع الجزائري بعد تعديل 02/05:

أن المشرع الجزائري في ذكره لعبارة "أمكن الاتصال" في نص المادة 41 من قانون الأسرة السالف الذكر قد فتح المجال لبعض رجال القانون على اعتبار أن المشرع قد اشترط حدوث الاتصال الجنسي في حين أن المشرع أتى بها كطريقة من طرق إستلحاق نسب الولد بأبيه وهي لا تنفي وجود وسائل أخرى للحمل، خاصة أن الفقه لم يشترط الإتصال الجنسي لإمكانية وجوب إلتحاق نسب الإبن بل يكفي أن يكون حمل الزوجة من مني الزوج بغض النظر عن الطريقة التي تم بها الحمل وعلى هذا الأساس أجاز المشرع الجزائري صراحة التلقيح الإصطناعي بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة المعدل ووضع لها ضوابط تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية⁵، ومع هذا فإن الفقرة الواردة بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة جاءت قاصرة وتطرح عدة

¹ يستثنى من هذه الدول: الجزائر ليبيا والتي نصت علي التلقيح الإصطناعي في قانون الصحة رقم 106 موضحا شروطه وإجراءات تنفيذه في المواد 48 إلى المادة 63. نقلا عن محمد براءة عزبول المرجع السابق ص 10.

² تنص المادة 1/40 من قانون القانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 على "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون"

³ المادة 41 من قانون الأسرة المعدل "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفيه بالطرق الشرعية"

⁴ يوسف بوشي، المرجع السابق ص 256

⁵ عوفي لامية، المرجع السابق، ص 26.

تساؤلات أهمها إمكانية اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي دون لإثبات حالة مرضية أو محاولة العلاج للأزواج الذين لديهم عقم، وكذا مدى إمكانية إجراءه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والإتفاق مع الطبيب أم لا بد من وجود إجراءات تتبع كالجوء للجنة طبية، الأمر الذي يضمن عدم التلاعب على الأزواج والنصب عليهم في حالة عدم وجود حيوانات منوية تماما¹، ولقد أكد المشرع في نفس المادة أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة، وهذا الموقف يتساير وأحكام الشريعة الإسلامية كون أن هذه الطريقة تتسبب في إختلاط الأنساب ونشر الفساد والشبهات، وعليه لا يجوز للزوجين تأجير رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما حتى لو كانت صاحبة الرحم زوجة ثانية لرجل صاحب الحيوان المنوي لما في ذلك من إثارة للمشكلات الإجتماعية، ذلك أن الولد الناتج عن تأجير الأرحام سيكون إما ابن زنا وإما ابن تبني وهي من الطرق المحرمة قطعا من التلقيح التي لا يثبت بها النسب الشرعي، ولقد أغفل المشرع عن تنظيم عمليات تجميد اللقاح وكيفية إتلاف الأجنة الزائدة² على العدد المطلوب كما أن بنوك الأجنة يجب أن تحاط بجملة من الإحتياطات القانونية اللازمة وذلك لضمان ألا تستعمل اللقاح الآدمية في صور غير مشروعة، وكذا حماية حرمة الجنين ومعصوميته³ وحفظ النسب وهذا ما تناولته عدة دراسات⁴ متعلقة بينوك المني والأجنة المحمّدة، مما إستدعى بعض التشريعات لإيجاد إجراءات لحل هذه المشاكل الناتجة عن إستعمال بنوك الأجنة.⁵

المطلب الثالث: القيمة القانونية للوسائل العلمية في إثبات ونفي النسب:

لقد اختلف في القيمة القانونية للوسائل العلمية في إثبات النسب ونفيه بين تشريعات الدول بختلاف قوانينها ومدى تفعيلها لهذه الأساليب في المجال القضائي، إنطلاقا من مبادئها الدينية و الإجتماعية ففي

¹ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 256.

² طارق عبد المنعم خلف، المرجع السابق، ص 84.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسره الجزائري، المرجع السابق، ص 414.

⁴ لقد وضحت دراسات أمريكية متعلقة بينوك المني المحمّدة يوم 18/03/1985 وجود أكثر من ربع مليون طفل أمريكي لم يعرف لهم نسب من أم ولا من أب بسبب حملهم عن طريق أم مؤجرة بمقابل مادي ولو بعد وفاة الأبوين. نقلا عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسره الجزائري، مرجع سابق، ص 115.

⁵ عمد القانون الفرنسي المؤرخ في 11/07/1975 والذي عدل أحكام التطبيق قضى بأن ابن الزنا الذي يسمى حاليا بالطفل الطبيعي يتمتع بالحق في الإسم والجنسية وكذا الحقوق الميراثية التي تكون عموما للطفل الشرعي. نقلا، نقلا عن جريدة الخبر، العدد 5219 بتاريخ

2008/01/16. موقع <http://www.elkhabar.com/archive/>;

الولايات المتحدة الأمريكية يرى بعض الباحثين أن قبول نتائج فحص ADN أمام المحاكم بوصفها مادة ثابتة يعد تطوراً تاريخياً في مجرى إجراءات المحاكم فهو تزواج بين العلم والقانون¹ وقد فصلت المحاكم الأمريكية في مجال القضايا بإستعمال حمض ADN كما إستفاد العديد من المتهمين بالبراءة بعد سنوات نظراً للجوء إلى هذه التقنية،² أما بريطانيا فتعد من أوائل البلدان التي أخذت بهذه التقنية للتعرف على هوية الأشخاص وتقوم الشرطة الإنجليزية في الوقت الحاضر وبشكل روتيني بفحص ADN في أماكن عدة من الجسم في حالات معقدة وحسب الخبراء فإن هذا الفحص يتضمن احتمال الخطأ بنسبة 01 من المليار بحيث يمكن التعويل عليه والثقة به بغرض الإثبات، كما أوصى المؤتمر الثالث المنعقد في عمان عام 1993 بتطبيق المواد البيولوجية وفقاً لنظام الطبعة الجينية بغرض الإستفادة منها في مجال الإثبات الجنائي.³

الفرع الأول: حجية الشهادة الطبية في إثبات ونفي النسب

إن التطور في المجال الطبي المستمر فتح المجال واسعاً لتدخل العلمي والبيولوجي في ميادين كانت لا تعترف إلى بالوقائع والنظريات ولعل القضاء هو أهم هذه الميادين التي تأثرت بهذه التطورات والاكتشافات بالرغم من أن مسألة حجية هذه الوسائل العلمية الحديثة طرح على الوسط القانوني وأضحى من أهم المواضيع التي إختلف فيها فقهاء القانون وقضاة المحاكم ما بين مجال تفعيل هذه الطرق الحديثة وبين إعمال لسلطة التقديرية للقاضي في البت في مسائل النسب إثباتاً ونفياً.

أولاً/ الحجية المطلقة للطرق العلمية في إثبات ونفي النسب:

يقول بعض الباحثين أن التحاليل التي تتم في الكشف عن البصمة الوراثية جعل من إمكانية الخطأ أمر صعباً جداً في حالة إثبات أو نفي الأبوة، فقد إستطاع الباحثون البريطانيون حساب الاحتمالات لإمكانية تشابه شخصين ليس أقرباء في البصمة الوراثية فوجدوا أن الاحتمالية قد تكون صفر، وكذلك الحال بين الإخوة فإن فرصة التشابه الوراثي (البصمة الوراثية) تصل إلى 1 في البليون والواقع أن أعمال البصمة الوراثية في إثبات أو نفي

¹كوثر أحمد خالد، المرجع السابق ص 330.

²قامت الو.م.أ. لحد الآن بتخزين أكثر من 200 ألف من عينات ADN وتحليل أكثر من 250 ألف من هذه العينات كما جهزت الشرطة الفيديالية برنامج حاسوب إلى نظام CODIS لكافة الولايات بهدف توفير فرصة كبيرة لحل عديد القضايا المعقدة في الو.م.أ.، نقلاً عن كوثر أحمد خالد، مرجع نفسه، ص 330.

³كوثر أحمد خالد، مرجع نفسه ص 330-338.

النسب هو أعمال قرينة الإثبات والقرائن حجة في الإثبات عند جمهور الفقهاء،¹ وعليه العلماء يعتبرون البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بإنفراد كل شخص بنمط وراثي معين لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه ADN لشخصين إلى مرة واحدة كل 86 بليون حالة أي أن نسبة التشابه تساوي من 1 إلى 86 بليون شخص، ومن ثمة يمكن القول أن نسبة التشابه منعدمة تماما، فمن الناحية العلمية تعد وسيلة إثبات لا تكاد تخطئ، حيث أن نتائجها الوراثية تتراوح بين 98% إلى 100% إذا أردنا قياسها بمقياس دقيق .

هذا يعني أنها تتميز بنتيجة عالية جدا من الدقة وأن الشهادة والإقرار والقرائن أدلة ظنية لكن الشرع إعتبرها تحوطا للأنساب التي تتشوق إلى ثبوتها²، وقد حددت عدة تشريعات ضوابط عدة للجوء إلى الطرق العلمية وإعتماد نتائجها ومن بين هذه التشريعات القانون الفرنسي الذي ذكرت المادتان 11 و12 منه أنه لا يجوز القيام بالبصمة الوراثية إلى بناء على أمر من القاضي وذلك خلال الدعاوى التي تتعلق بإثبات النسب والنفقة كما ذكرت وجوب الحصول على رضا صاحب الشأن للقيام بالبصمة الوراثية في مواجهته سواء كان ذلك في إطار إثبات النسب أو في حالة البصمة الوراثية لأغراض طبية أو علمية.³

مع الإشارة إلى وجوب أن يكون رضا صريح في دعاوى النسب كما أن قانون الإجراءات المدنية الألماني نص على أن القاضي يلتزم بالبحث في مسائل النسب بالاستعانة بأعمال الخبرة وبما تكشف عنه من حقيقة (المادة 372)، وإنتهج نفس النهج قانون الإجراءات المدنية الإيطالي،⁴ وعلى المستوى الأوروبي فإن إتفاقية ستراسبورج الأوروبية التي دخلت حيز التنفيذ في 11 أغسطس 1978 (المادة 05) قد نصت على السماح بالدليل العلمي دون تمييز بين البصمة الوراثية وغيرها في إثبات النسب، وعلى المستوى الدولي تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل على أن الطفل من حقه معرفة والديه وأن يقوم هذان الوالدان بتنشأته.

أما المشرع الجزائري فقد أتى بمضمون المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 02.05 سنة 2005 ليدخل الطرق العلمية ضمن أساليب إثبات النسب ورغم أن النص يعاب عليه أنه لم يحدد ماهية الطرق العلمية مما

¹ محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 566-567.

² د، بندر بن فهد السويلم، المرجع السابق ص 128.

³ محمد مختار السلامي، المرجع السابق، ص 485.

⁴ نصت المادة 118 من قانون الإجراءات المدنية الإيطالي يلزم الخصم بالخضوع لأعمال الخبرة الطبية في هذا المجال مادامت تلك الأعمال لا تشكل خطرا عليه... نقلا عن د. محمد مختار السلامي، مرجع سابق ص 488.

يفتح المجال واسعا لجميع الوسائل حتى التي لم تكتشف بعد، إلا أن المشرع أراد الإشارة إلى تحاليل فصيلة الدم وتحليل البصمة الوراثية ومرد ذلك إلى انعدام المانع الشرعي للإعتماد على البصمة الوراثية وهذا ما أكدته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بتاريخ 2010/10/08¹ والذي توصلت إلى الإقرار بالبصمة الوراثية في مجال تنازع أكثر من شخص في أبوة مجهول النسب.² وبذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقا في مستوى نجاعة الإعتماد على هذه الطرق العلمية سواء القطعية منها والتي تعطينا نتائج حتمية في مجال النفي وإحتمالات في مجال الإثبات والذي يمكن القاضي دائما من الإستعانة إليها لحل الكثير من المسائل العالقة في إحقاق الأبناء بأبائهم أولا.³

ثانيا: الحجية النسبية لطرق العلمية :

تكمن الخطورة في إعتماد البصمة الوراثية كدليل إدانة في أن هذا الإعتماد أشاع جوا من التسليم بأن الأدلة المستندة إلى معلومات علمية معصومة من الأخطاء، وبتالي أخذت الأحكام الناجمة عن ذلك صفة القطعية التي لا تأبه بتوسلات المتهمين الذين يصرون على الصراخ الإجتجاجي والشكوى من الظلم بالبصمة الوراثية طريقة حديثة لتحديد الشخصية إلى أنها عرضة لنتائج المضللة إذا لم تستخدم بدقة، ذلك أن شأنها شأن كل دليل علمي تظل عرضة للعبث بها⁴ وبالرغم من أن معظم علماء الطب والقانون اعتبروا أن الطرق العلمية القطعية كالبصمة الوراثية ونظام HLA ذات حجية مطلقة وقاطعة فإن هناك طريق آخر دعم فكرة الحجية النسبية لاسيما في الطرق الظنية كنظام ABO (تحليل فصائل الدم) أو نظام المفززات اللعابية إذ أنها تعتبر وسيلة إثبات نسبية نتائجها تبقى محتملة لا ترقى إلى دليل إثبات قاطع مادام التشابه فيها بين البشر يبقى واردا بدرجة كبيرة.

¹ قال الأمين المساعد للمنظمة في مقال نشرته صحيفة الواب لجريدة البيان الدكتور أحمد الجندي بتاريخ 2001.10.09 أن 26 باحثا شاركوا في إعداد بحث البصمة الوراثية وتوصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، نقلا عن: يوسفات علي هاشم، المرجع السابق ص283، 284.

² يوسفات علي هاشم، المرجع نفسه، ص283.

³ أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي وقانون الوضعي، مؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة من 05-07 ماي 2002، ص718.

⁴ محمد مختار السلامي، المرجع السابق، ص488.

من ثمة فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية¹، كما أن بعض الفقه يرى بأن الطرق العلمية القطعية كتقنية ADN تعتبر نسبية وأن اعتمدها عليها القاضي في دراسة ملف معين فهي قابلة لإثبات العكس، كما إعتبر علماء الطب بأن التحاليل الجينية لا تشكل بأية حال من الأحوال نتيجة مطلقة إذ أنه رغم حساسية هذه الوسائل لكن يجب من القضاء إحاطتها بضوابط وشروط صارمة للأخذ بها وهذا التقارب بين مدى إعتبارها طرقاً علمية قطعية الدلالة من جهة ومن جهة أخرى بقاء احتمال الشك في نتائجها مسألة السلطة التقديرية للقضاء في هذا الجانب.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه:

بدون شك يعود الإختصاص إلى السلطة القضائية في منح الإذن أو الأمر بإجراء فحص ADN أو غيره من الطرق العلمية وعليه فالمحكمة دون سواها لها سلطة إتخاذ قرار تعين خبير للقيام بتحقيق طبي فضلاً عن التحاليل البيولوجية المذكورة أنفاً.²

أولاً/ سلطة القاضي في اللجوء إلى الخبرة العلمية :

البت في البصمة الوراثية من المسائل الفنية التي تسري عليها بحسب الأصل مبدأ الإحالة إلى الخبير، بإعتبار أنها من الأمور التي يشق على محكمة الموضوع أن تجد طريقها فيها كما أن مخالفة المحكمة لرأي الخبير يتعين أن يتوفر من يسوغه من رأي مادام الأمر يتعلق بمسألة فنية، ومع ذلك فإن المحكمة لا تحرم من ممارسة السلطة التقديرية في خصوص فحص البصمة الوراثية باعتبار الأمر يتعلق بممارسة المحكمة لسلطتها في تقدير أدلة الدعوى، ويتفرع عن ذلك أن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى³ فيقوم طبقاً للقواعد العامة في الخبرة القضائية بإستصدار حكم تحضيري قبل الفصل في الموضوع بتعين خبير يوكل إليه مهمة اللجوء إلى الأساليب العلمية لإثبات أو نفي النسب إلى خبير مختص، مع تحديد مهامه بدقة وهنا تبدأ مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها مهما كان نوع هذه الوسيلة والذي يعتبره البعض خروج عن القاعدة إعمال

¹ موقع لقانون شامل: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق

² القاضي وليد عكروم "البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، سنة 2002، ص 545.

³ محمد مختار السلامي، المرجع السابق، ص 489-490.

سلطة القاضي في الإعتماد عليها، إلى أنه في الواقع العملي يلاحظ أن هذه الطرق لا يتسنى للقاضي فهمها وبالتالي يصعب عليه مناقشتها ولذلك يلجأ إلى قبولها و الإستناد عليها لإثبات النسب أو نفيه.

ثانيا/ سلطة القاضي في تقدير نفي النسب باللعان أو بالطرق العلمية:

لقد قررت الشريعة الإسلامية حصر نفي النسب بطريقة واحدة وهي اللعان ولا يجوز أن تساويه البصمة الوراثية في نفي النسب فضلا أن تتقدم عليه وهذا ما أكد عليه مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، حيث جاء ضمن قراراته الصادرة في الدورة السادسة عشر ما نصه "لا يجوز الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان" لكن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز الإكتفاء بمعرفة نتيجة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان، و وجهوا رأيهم هذا بأنه إذا كان الإسلام قد إشتراط إجراء اللعان لإنعدام الدليل مع الزوج فما وجه إجراءه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج أو منه¹ ، وعليه وبالنظر إلى أن المشرع الجزائري لم يتدخل في تحديد نطاق آثار المترتبة على نفي النسب عن طريق اللعان في التفريق بين الزوجين وغيرها وبين نفيه عن طريق الطرق العلمية تبقى مسألة تحديد طريق نفي النسب بالنسبة للمحكمة مسألة موضوعية محضة لتبقى دعوى الإثبات في المسائل الإجرائية خاضعة للقواعد العامة شأنها شأن باقي الدعاوى.²

ثالثا/ المشاكل والعوائق التي تتخلل الإثبات بواسطة الوسائل العلمية:

تظهر عدة مشاكل قانونية تتخلل الإثبات بالوسائل العلمية لاسيما بواسطة ADN وأهمها مدى جواز إكراه الشخص للخضوع للفحص مثلا، فالأصل أن لكل فرد الحق في الأمان على شخصه³ وجسمه إعمالا لقاعدة معصومية الجسد، والقاعدة القانونية تقتضي أيضا بعدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه فهذا يتماشى وحقوق الإنسان وشرعية الإثبات وهما فوق كل إعتبار وللمحكمة أن تستخلص من رفض أحد الخصوم الإذعان لهذا الإجراء قرينة على صحة الحالة أو الواقعة المطلوب إثباتها، أما من ناحية إثبات عكس مضمون النتائج الفحص فإنه يمكن رفض مضمونها وهذا حال الحصول عليها بطرق غير قانونية وشرعية خارج أية ملاحقة قضائية وبدون علم أو رفض الشخص المقصود أو بغفلة عنه أو بعد استدراجه بطرق ملتوية

¹ ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم إستخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مؤتمر الهندسة الوراثية والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 05-07 ماي 2002، ص618.

² موقع لقانون الشامل: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق .

³ تنص المادة 34 من الدستور 1996 على أنه "تضمن الدولة عدم إنتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو مساس بالكرامة"

للخضوع للفحص وعدم مراعاة حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية¹، بالإضافة إلى هذه العقوبات فإن اعتماد المشرع في التعديل الجديد لقانون الأسرة على الطرق العلمية في المادة 40 و إستحداث مخبر علمي وحيد لتفعيل هذه العملية وهذا بموجب المرسوم 04-183² المنشئ للمعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام لدرك الوطني³ كان عائقا مهما، على إعتبار أن اللجوء إلى الطرق العلمية يتطلب توافر مخابر ذات جودة عالية وتقنية دقيقة، كما أن مسألة مصاريف الخبرة عائق مادي مهم لأن الطرق العلمية تتطلب هياكل مادية ضخمة للوصول إلى نتائج فعالة مما يتطلب في المقابل مصاريف باهضة والتي يتحملها أطراف الدعوى، وبالنظر إلى المستوى المعيشي و الإقتصادي للمواطن الجزائري فإن مجال لجوء المواطن إلى هذا النوع من الخبرة يبقى محتشما.

المبحث الثاني: مكانة الشهادة الطبية في مسائل إنحلال الزواج:

حظيت الأسرة باهتمام خاص في جل الشرائع السماوية والقوانين الوضعية باعتبارها الخلية الأساسية في المجتمع وعلى هذا الأساس حرصت التشريعات على إرساء قواعد خاصة لتنظيم العلاقات بين أفراد الأسرة التي تجمع بينهم صلة الزوجية والقربة وهذا حفاظا على قيامها وتماسكها وتقرير أحكام لحماية الأسرة من الأفعال التي تمس بكيانها وإستقرارها، والقوانين الجزائرية على رأسها دستور 2016 المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 نص في المادة 72 منه على أنه " تحض الأسرة بحماية الدولة والمجتمع" كما تضمن كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية وقانون المدني قواعد تنظم بناء الأسرة أما قانون العقوبات فقد تضمن القواعد التي تتكفل بحمايتها وتضمن إحترام كافة حقوق أفرادها ومعاقبة كل من يتعدى على هذه الحقوق أو يخل بما يلزمه من واجبات، وعلى إعتبار أن المنازعات الأسرية تتضمن مختلف أشكال

¹ وليد عكروم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات المرجع السابق، ص 545.

² المرسوم الرئاسي، رقم 183/04 المؤرخ في 27 جوان 2004 الذي يتضمن إحداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام لدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004

³ يعد مخبر ADN الذي أسس بمناسبة عيد الشرطة في 2004/07/22 إنجاز مهم لتشجيع العمل بالبصمة الوراثية، يشرف عليه باحثين ومختصين في علم البيولوجيا والوراثة والذي يهدف إلى الإعتماد على التحاليل المخبرية سواء في مجال الإثبات الجنائي أو النسب، نقلا عن موقع عبر الأنتارنات: القانون الشامل: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية الحديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق

الخلافات المتعلقة بالسلامة الجسدية لأفراد الأسرة والسلامة النفسية فإن عنصر الإثبات في هذه المنازعات هو المشكل الأكثر طرحا على مستوى القضاء ولأن الأمر يتعلق بالخبرة الفنية لطبيب المختص فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا باعتبار أن القاضي أو أحد الأطراف يلجأ لشهادة الطبية لتعزيز حكمه إذا تعلق الأمر بالقاضي أو إدعائه إذا كان الأمر متعلق بأحد أطراف الخصومة مما يدفع بالبحث عن الصفة القانونية لهذه الشهادة في مثل هذا النوع من المنازعات.

المطلب الأول: القيمة القانونية لشهادة الطبية في تحديد ضرر الزوجين بسبب العقم أو عيب أحدهما:
عندما تكلم فقهاء الإسلام عن الأمراض وتأثيرها في العلاقة بين الزوجين لم يكن قد تم إكتشاف العديد منها ومع التقدم العلمي الكبير وإكتشاف أمراض أخرى منها متفاوتة الخطورة وجدت الدول نفسها في مواجهة ضرورة ملحة تفرض نفسها إجتماعيا تتمثل في وضع ضوابط وقوانين تعمل إما لحل النزاعات الأسرية في مجال دعاوى الفرقة بين الزوجين للعيب بسبب الأمراض أو للحد والوقاية من الوقوع في هذه المنازعات مستقبلا مستعينة بالتطورات الطبية الحديثة.

الفرع الأول: الضوابط الشرعية والقانونية للعقم في ظل التطورات الطبية الحديثة:

أولا/ مفهوم العقم

1/ تعريف العقم: عند اللغويين العقيم هو الذي لا يولد له ويطلق على الذكر والأنثى ويقال ربح عقيم أي الرياح التي لا تلقح الشجر ولا تسوق سحابا والعقام هو الداء الذي لا براء منه¹، أما إصطلاحا فهو فشل الحمل بعد مرور سنة كاملة من المعاشرة الزوجية والعقم عند الرجال هو عدم القدرة على الإلقاح بالرغم من إمكانية الرجل ممارسة العملية الجنسية.

أما في الشريعة فقد ذكر العقم في القرآن الكريم في قوله تعالى " **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يَزْوِجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِثَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ**

¹ أحمد بن محمد الفيومي، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحا، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة، ص 136.

عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ (50)"¹، في هذه الآية الكريمة توضح لنا أن الله تعالى قد قسم النسل إلى أقسام أربعة أقسام نسل الذكر ونسل الأنثى ونسل الزوج والعقيم الذي لا ولد له.

2/ اسباب العقم وأنواعه:

لقد صنف الطب أسباب العقم وإستنتج أنواعه ولذلك يصنف العقم إلى ثلاثة أصناف وهي : الأول العقم الناجم عن إصابة الخصى، والثاني العقم الذي ليس له علاقة بالخصى والنتاج عن أمراض التناسلية والسبب الثالث هو العقم النسبي الناجم عن عدم حصول اللقاح بالرغم من خصوبة الزوجين.

وقد حصر الطب أنواع العقم الذي يندرج في النوع الأول الناجم عن إصابة الخصى وأهمها هو: إنعدام الخصى كلياً حيث تظهر على الرجل تغيرات جذرية عند الرجال المصابين وتنعدم شهوتهم الجنسية وتكون مصاحبة لتغيرات فزيولوجية ظاهرة² كما أن هناك نوع آخر يتمثل في إختلاط كروموسومات الجنس وهي تغير خلايا الرجل لتحمل صفات الأنوثة.³ كما تندرج في نفس الصياغ كمرض العجز الجزئي في الأنابيب المكونة للخصية ومرض هجرة الخصى، ومرض إحتجاز الخصى في البطن أو الجانب كما يمكن أن يكون العقم نتيجة إصابة الخصى عند سن البلوغ وهذا السبب ينتج عنه أنواع كثيرة أهمها إلتهاب الخصى ،أو العقم الناتج عن دوالي الصفن، أو العقم الناتج عن المواد السامة أو الأدوية وكذلك العقم الناتج عن تناول المشروبات الروحية أو الإفراط في التدخين⁴ بالإضافة إلى أنواع أخرى كثيرة ناتجة عن أمراض كأمرض الغدد الصماء وأخطاء الطبية والعقم الناتج عن أسباب نفسية وبسبب الإخصاء.

¹ سورة الشورى الآية 49-50.

² احمد ماهر السويسي ، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها مقالة منشورة بمجلة الشريعة الإسلامية ، كلية الشريعة ، الجامعة الإسلامية ، المجلد الرابع عشر، غزة ، العدد الأول، يناير 2006ص05.

³ لقد وجد العالم (كلينفلتر) الذي إكتشف مرض كروموسومات الجنس أن الخصى في هذه الحالة تكون متصلبة وصغيرة في حجم حبة اللوز ولا توجد اية دلائل على إحتمال إنتاجها للمني، نقلا عن أحمد ماهر السويسي، المرجع السابق، ص05.

⁴ يؤدي الكحول إلى تقليل النطف في البداية ثم تنعدم النطف بسبب تعطل الكبد عن نطق الجسم من السموم التي تتلف النطف المنوية كما يؤدي كثرة النيكوتين في الدم عند التدخين إلى تصلب الأنابيب المنوية مما يؤدي إلى عدم قذف النطف وعجز العملية الجنسية، نقلا عن: نجيب يونس، آثار التدخين على الخصوبة، موقع <http://www.layyous.com/ar/%D8%A7%D9%88%D8%b1> بتاريخ

أما السبب الثاني الذي ينتج عن أمراض المسالك التناسلية وهو ثلاثة أنواع: إنسداد حبلي المنى، وإلتهاب الحويصلات المنوية (البروتستا) والعقم الناتج عن أمراض الإحليل وهذه الأنواع يمكن علاجها والتخلص من العقم طبيًا .

ثالثا وأخيرا وهو العقم النسبي وهو الذي لا يكون الزوج فيه عقيما بالفعل لكن هناك عوامل معينة تمنع من إخصاب الحيوانات المنوية في رحم زوجته وهذا النوع ليس صعب العلاج وإن كان يحتاج إلى صبر ودقة وخبرة في علاجه.

ثانيا/ موقف الفقه والتشريع الوضعي في مسألة العقم:

1/ موقف الفقه الإسلامي:

إن المذاهب الفقهية في الفقه الإسلامي لم تلتفت كثيرا إلى العقم ولم تعطه إهتماما كالذي أعطته للعيوب المثبتة لفسخ النكاح، وعليه فبعض الفقه الذي تناول العقم اختلفوا فمنهم من لم يجعله عيبا ولذلك لا يثبت به خيار فسخ النكاح ومنهم من جعله عيبا يثبت به فسخ النكاح، فمن اعتبره ليس عيبا من عيوب الزواج إعتبر أنه يصوغ لأحد الزوجين فسخ النكاح بسبب عقم الآخر¹ والعلة في ذلك إستناد لقول بعضهم أن العقم لا يمنع من الإستمتاع ولذلك لا يحق لأحد الزوجين الفسخ به،² ويرجح الفقه رأي القول الثاني رغم قلة القائلين به وهذا لعدة أسباب أهمها :

أن الوطئ والإستمتاع ليس هو المقصد الوحيد من النكاح وإنما عقد النكاح يطلب الفسخ ونية الولد، وكذلك إنعدام الولد يقلل من الروابط الأسرية بين الزوجين³، كما أن شعور الزوجة بأنها عاجزة عن تأدية واجبها بصفقتها أم أو مربية يجعلها تشعر بالنقص والإحباط وهذا ما فيه من أذى وضرر والضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"⁴ كما أن الإنسان مجبول على طلب النسل وهذا ما جاء عن الرسول

¹ هذا قول كمال بن همام من الحنفية وقول المالكية إلى الخطاب وقول النووي من الشافعية والشيبياني من الحنابلة وابن حزم والشوكاني وبعض الإباضية بالإضافة إلى الظاهري، نقلا عن أحمد ماهر السويسي، المرجع السابق ص10.

² هذا قول مرجوح عند الخطاب من المالكية وقول الحسن من الحنابلة وهو قول راجح عند الإباضية والمستحب عند الإمام أحمد أن يجبر الزوج زوجته بالعقم قبل العقد، نقلا عن أحمد ماهر السويسي، المرجع السابق ص 24

³ عبد الحفيظ أوسوكلين، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون وتكنولوجيا الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007، ص85

صلى الله عليه وسلم الذي قال "تزوجو الودود الولود فإني مكاثر بكم"¹ وهذا نص صريح في النهي في تزوج المرأة التي لا تلد وكذلك قياسا عليه يكون النهي بالاقتران برجل لا نسل له.

حالة فسخ النكاح: قد أقر الفقه بأن الفسخ لا يجب أن يتم فوراً الحكم بالعقم مباشرة بل وقياساً على أحكام العنين المذكورة في كتب الفقه لا بد أن يؤجل العقيم مدة من الزمن يتعرض فيها للعلاج، وهذا إعتباراً أن العقم يحتاج إلى فترة زمنية طويلة وأن 05% من حالات العقم ميؤوس منها، كما إشتراط الفقهاء لفسخ الزواج بسبب العقم ما إشتراطه للفسخ بسبب العيوب المييحة له مثل عدم علم الزوجة بالعقم قبل الزواج وعدم رضاها به، ثم أن تطلب الزوجة التفريق دون غيرها والأمر سيان بالنسبة للزوج.²

2/ موقف القضاء والتشريع الجزائري:

إن قانون شؤون الأسرة الجزائري القديم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 على غرار قانون الأسرة الحالي المعدل بموجب الأمر 02/05 لم يتعرض لهذه المسألة والرأي الغالب أن السبب في ذلك بأن كتب الفقه المالكي وهي المرجع الأصلي لهذا القانون لم تتعرض لهذه المسألة مباشرة كما هو الحال في سائر المذاهب الفقهية الأخرى وبناء على ذلك فلا يحكم بالتفريق لهذا السبب.

لقد إنتهج المشرع في البداية مسجاً مختلفاً عما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي رفض أن تطلق الزوجة في حالة العقم مبرر ذلك بأنه إذا كان عدم الإنجاب راجع لزواج فلما تحرم الزوجة من حقها في الإنجاب مع العلم أم المحافظة على الأنساب يعد من بين أهداف الزواج لذا فهو يدرج ضمن مفهوم العام لنص المادة 2/53 من قانون الأسرة³ وهذا ماتبنته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 16/02/1999 بقولها "إن المعاشرة بين الزوجين في . قضية الحال . كانت طويلة بين الزوجين (منذ 1991) وأن الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة مما أدى بالزوجة إلى، تطلب التطلق لتضررها لعدم الإنجاب وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"⁴ إلى أن

¹ صحيح ابن حبان.

² أحمد ماهر السويسي، المرجع السابق ص 2928.

³ أ.عبد الحفيظ أوسوكين، المرجع السابق، ص 85.

⁴ قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 16/02/1999، ملف رقم 213571 بحملة القضائية بالمحكمة العليا، عدد خاص سنة 2000، ص 119، بالإضافة إلى القرار المؤرخ في 22/12/1992 ملف رقم 87301 بحملة القضائية للمحكمة العليا العدد 02 لسنة 1995 ص 92 والذي يقضي كذلك بأن عدم القدرة على الإنجاب من طرف الزوج بسبب شرعي كافي لتطبيق الزوجة منه..

القضاء عاد وتبنى موقف الفقه المالكي في إجتهد حديث للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2011/01/13 حيث أن مرض العقم وعدم القدرة على الإنجاب وإن كان فعلا يشكل سببا من أسباب التطلاق طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة ويحول لزوجة الحق في المطالبة به فهو لا يحمل الزوج المصاب به أية مسؤولية عن دفع التعويض لها ذلك أنه لا دخل لإرادته فيه ومن ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإلزام الطاعن بدفعه للمطعون ضدها مبلغ 80.000 دج تعويضا عن التطلاق إستنادا فقط إلى مجرد الضرر الناتج عن ذلك العقم بغض النظر عم مصدره سواء كان بإرادة الطاعن أم بغير إرادته، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، وعجزوا عن إعطاء تسبب لقرارهم الأمر الذي يجعل الوجهين المتارين من قبل الطاعن مؤسسين ويتعين إستنادا إليهما القضاء بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مسؤولية التطلاق والتعويض عنه ..¹ مما يعني الرجوع لرأي الفقهي بعدم جواز التفريق للعقم.

الفرع الثاني: الطوابط الشرعية والقانونية لعيوب الزوجين المثبتة لخيار فسخ الزواج في ظل التطورات

الطيبة الحديثة:

أولا/ مفهوم العيوب التي تحول بين الزواج:

1/ العيب لغة: مصدره عاب الشيء عيبا فهو عائب والمفعول معيب ومعيوب، والعيب والعيبة لهما معنى واحد وهو الوصمة² والعيب النقيصة وجمعه عيوب ونقص الشيء ذهب منه الشيء بعد تمامه وإنتقص الرجل أي ذمه ونسب إليه النقص³.

¹ قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية تاريخ 2011/01/13 ملف رقم 596191، مجلة المحكمة العليا ب العدد 02، 2011. ص 272.

² ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 4183 و 4184.

³ لوبين معلوف، المنجد في اللغة والأدب المطبعة الكاثوليكية، طبعة 19، سنة 2010، ص 566.

2/ عيوب الزوجين المثبتة للخيار:

أ/ أنواع العيوب: تنقسم العيوب بين الزوجين إلى أقسام ثلاثة:

. ما يختص بالرجل من داء الفرج وأهمها وهو الجب (قطع الذكر) والعنة (العجز عن الجماع بسبب صغر الذكر ونحوه) والخصاء (إستئصال أو قطع الخصيتين) والإعتراض (وهو حالة الرجل الذي لا يقدر على الوطئ لعارض كمرض أو كبر).¹

. ما يختص بالمرأة من داء الفرج وأهمها الرتق (وهو أن يكون الفرج مسدود أي ملتصقا من أصل² بالتحامه أو ضيقه بحيث لا يستطيع الذكر الدخول فيه)³، والقرن (عظم أو غدة تمنع ولوج الذكر)، العفل (وهو كالرغوة في الفرج تمنع لذة الجماع) وبخر الفرج أي نتائته، الإفضاء أو الفتق (وهو إنحراف ما بين القبل والدبر أو إنحراف ما بين مخرج البول والدبر لأنه يمنع لذة الوطئ وفائدته ونحوها)⁴.

. ما يشترك فيه الرجال والنساء وهو الجنون والجدام، والبرص ومن العيوب أيضا كون أحد الزوجين خنثى غير مشكل أما الخنثى المشكل فلا يصح نكاحه حتى يتضح ونحوها من أمراض كالعضيطة⁵

2/ العيوب التي تثبت فيها حق التفريق:

لقد اختلف الفقه في العيوب المثبتة لحق طلب التفريق فقال الحنفية بأنها تثبت لزوجة دون الزوج لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها حق التفريق لأنها لا تملك الطلاق، وذهب الأئمة الثلاثة إلى جواز طلب التفريق بالعيوب لكل من الزوجين لأن كل منهما يتضرر بهذه العيوب. أما العيوب التي تجيز التفريق فقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة والإمامية على التفريق بعيين وهما الجب والعنة ولكنهم اختلفوا فيما وراء ذلك حيث إتفق الحنفية أنه لا خيار لزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج لاسيما (الجب والعنة، والخصاء) لأنها عيوب غير

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، د جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان/2006، ب ط، ص 120.

² ماهر السويسي، المرجع السابق ص 13.

³ مضان علي السيد الشرنباصي، أحمد جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 121.

⁴ مبروك مصري، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار الهومة لطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 2010، ص 338.

⁵ العضيفة مرض لا يستمسك المريض به خلاؤه عند الجماع. نقلا عن د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق ص 121.

قابلة لزوال وتمتع تحقق المقصود الأصلي من الزواج، أما مالك والشافعي فأروا أن النكاح يفسخ من أي واحد من الزوجين إذا وجد في الآخر عيباً من العيوب التناسلية (الجنسية) أو العيوب المنفردة من جنون أو جذام أو برص¹، وعليه فإن العيوب التي سبق ذكرها والتي تثبت خيار فسخ النكاح في المذاهب المختلفة ومن هذه العيوب ما هو متفق عليه عند جميع المذاهب ومنها ما هو مختلف فيه كما سبق ذكره ومنها ما هو منفر ومعوف كالبرص والجذام والعضيطة ومنها ما هو مانع من الوطئ كالقرن والرتق عند المرأة والجب والخصاء والإعتراض عند الرجل ومنها ما هو مانع من لذة الوطئ كالعفل والإفضاء والبخر والنخس ومنها ما هو مخوف كالجنون.²

3/ شروط التفريق بالعيب:

1. عدم العلم بالعيب قبل النكاح ما لم يكن مما يرجى شفاؤه كالعنة فإن كان يرجى برؤه بالتداوي فلا يرد وإنما يؤجل حتى يشفى.
 2. ألا يكون بالزوجة عيب يمنع الجماع إذا كانت دعواها أنه لم يصل إليها.
 3. عدم الرضا بالعيب بعد العلم به إما صراحة كأن يقول رضيت أو دلالة أو ضمناً كالإستمتاع من الزوج والتمكين من المرأة.³
 4. أن تكون الفرقة بحكم من القضاء وأن يكون بطلبها.⁴
- لقد ذهب المالكية والحنفية بأن الفرقة بسبب العيب تكون بالطلاق البائن وذهب الشافعية إلى أنه فسخ للعقد وليس بطلاق لأن الطلاق ما أوقعه الزوج أو جعل لأحد إيقاعه وحتى تبقى إستقلالية الزوج بالطلاق قائمة، كما إتفق الفقهاء على أن العيب الذي يرجى برؤه كالعنة يؤجل لأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض ومرور سنة يسمح بأخذ فرصة التداوي.⁵

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، د، جابر سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 124.

² أحمد ماهر السويسي، المرجع السابق، ص 340.

³ عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، أثر الأمراض المعدية في الفرقة بين الزوجين، ص 93، www.alukah.net

⁴ مبروك المصري، الطلاق، المرجع السابق، ص 340.

⁵ مبروك المصري، المرجع نفسه، ص 341.

ثانيا/ موقف الفقه والتشريع الوضعي من التفريق للعيب:

1/ موقف الفقه الإسلامي:

لقد تباينت الآراء حول مسألة التفريق للعيب فقها فكانت هناك ثلاث آراء فقهية، الرأي الأول يعطي حق التفريق بالعيب للزوجين وقال بهذا الرأي الظاهرية ويتزعمهم الفقيه "ابن حزم" وقد نسب ابن رشد هذا الرأي إلى عمر بن عبد العزيز ودليلهم من الكتاب قوله تعالى " لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا " ¹ ووجه الدلالة في هذه الآية من مقاصد الزواج تحصيل كل زوج للأخر فإن إمتنع الزوج عن ذلك قصداً أي إمتنع عن الزوجة وهو قادر على ذلك فقد أضر بها ووجب منعه من ذلك، أما العاجز عن الوطئ فلا يكلف بما لا يطيق بناء على ما جاء في الآية السابقة، أما الرأي الثاني وهو القائل بجواز التفريق للعيب بطلب الزوجة فقد إتفق عليه المذاهب الأربعة وهذا إذا أصيب الزوج بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ودليلهم من القران قوله تعالى "إِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" ² أما من السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " لأن إمساك الزوجة دون إعطائها حقوقها فيه ظلم يوجب إجابتها في طلب التفريق من القاضي لرفع الضرر عنها ³، وأخيرا الرأي الثالث الذي يعطي حق طلب التفريق لكلا الزوجين.

2/ موقف التشريع الوضعي:

من التشريعات العربية التي أعطت حق طلب التفريق لعيب الزوجة فقط المشرع المصري أخذا برأي الحنفية وهذا ما نصت عليه المادة 09 فقرة 01، من القانون رقم 25 لسنة 1920 التي جاء فيها "الزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيب مستحكما لا يمكن البرء منه بعد زمن طويل.. " ⁴ ونفس الطرح تبناه المشرع السوري والعراقي والجزائري، في المادة 2/53 من قانون الأسرة. ⁵ يتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي يرى بجواز طلب الفرقة من الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا، دون أن يمنح هذا الحق لزوج الذي يملك سلطة الطلاق التي منحه إياها في المادة 48 من

¹سورة البقرة، الآية 286

² سورة البقرة، الآية 229.

³أيت شاوش دليمة، إتهام الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، دفعة 2014. ص 22.

⁴ أيت شاوش دليمة المرجع نفسه، ص 24.

⁵ تنص المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز لزوج أن تطلب التطلق للأسباب التالية... 2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"

نفس التقنين أخذوا بذلك برأي الإمام أبي حنيفة، أما من التشريعات التي أعطت الحق في طلب التفريق للعيوب الزوجين المشرع المغربي وهذا ما جاءت به نص المادة 107 من القانون رقم 70.03 والذي أعطى حق التفريق للعيوب لزوج أيضا بالرغم مما له من حق في الطلاق بالإرادة المنفردة أخذوا بذلك برأي الفقهاء (المالكية الشافعية والحنابلة) وهذا ما سلكه المشرع الإماراتي والكويتي وكذا والليبي في المادة 42 من القانون رقم 10 لسنة 1984 الخاص بأحكام الزواج والطلاق وأثارهما¹.

من هنا يتضح بأن المادة 53 من قانون الأسرة هي الوحيدة التي نصت على عيوب الموجبة لتطليق، بحيث لم يتعرض المشرع إلى أي تفصيل يخص هذه العيوب ولم يحددها بل ولم يحدد بعضها على سبيل المثال كما لم يبين طبيعتها هل هي من العيوب الجنسية فقط أم تلحق به عيوب جسدية ونفسية، كما لم يفرق المشرع الجزائري بين العيوب التي تكون في الزوج وقت العقد أو تطراً عليه بعده،² مما يفتح المجال واسعاً أمام السلطة التقديرية للقاضي في تكييف نوع وطبيعة العيب أو المرض الذي يعاني منه الزوج وهذا بمساعدة الشهادة الطبية التي يمنحها الخبير الطبي في هذا المجال .

3/ موقف الشرع والقانون في إثبات الضرر لعيوب أحد الزوجين عن طريق الشهادة الطبية:

إتفق الفقهاء أن الفرقة بالعيوب تحتاج إلى حكم القاضي وإدعاء صاحب المصلحة لأن التفريق بالعيوب أمر مجتهد فيه ومختلف بين الفقهاء فيحتاج إلى القضاء لرفع الخلاف، وقد إتفق جمهور الفقهاء بأن معرفة عيوب التي توجب التفريق بين الزوجين يجب الاستعانة بها لأهل الخبرة لأنها من الأمور الفنية التي توجب التأكد، لذلك فإن بعض الفقهاء قالوا أنه إذا كان العيب لا يرجى زواله بالعلاج فرق القاضي بين الزوجين في الحال وإن كان يرجى زواله بالعلاج أجل القاضي التفريق لمدة سنة إذا كان العيب من العيوب المشتركة بين النساء والرجال كالجنون والجذام والبرص.³

أما في التشريعات الوضعية فقد تضمن القانون الأردني على غرار تشريعات عدة وجوب إشتراط أن يقرر أهل الخبرة عدم إمكان معالجة العيب، فإن أمكن معالجته لا يجوز التفريق، كما تضمن نفس القانون في المادة

¹ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 27، 28.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 262.

³ رمضان علي سيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص 131.

119 طرق إثبات العيب عن طريق الخبرة فنصت المادة السالفة الذكر على أنه "يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة أو الرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما"¹.

أما المشرع الجزائري فقد جاء في المادة 2/53 من قانون الأسرة بأنه يمكن لزوجة أن تطلب التطليق بسبب "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج" وما يؤخذ على نص المادة 53 من مأخذ يتمثل في أن المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الزوجة عاملة بالعيوب قبل إبرام العقد وبين ما إذا لم تكن عاملة به، ومن ثمة يثور التساؤل التالي حول ما إذا كان يجب على القضاء أن يحكم بالتطليق في كلتا الحالتين؟ أم أنه يحكم بالتطليق حتى ولو كانت الزوجة عاملة بالعيوب قبل الزواج ورضيت بزواجها على هذا الحال؟² وبالرجوع إلى المادة نجد المشرع وجد الحل ولكن توحيدده بالنسبة لكل هذه المسائل يتعارض تماما مع المبادئ القانونية إذ أن وجود العيب قبل إبرام عقد الزواج يؤدي إلى الوقوع عيب الغلط بالنسبة للزوج المضروب، يكون هذا الغلط في صفة جوهرية مرتبطة بجسم الإنسان مما يجعل إرادة الزوج المضروب غير سليمة وعليه يكون له حق إبطال العقد على أساس التدليس أما إذا كانت عالما بذلك المرض ورضيت به كزوج فلا يجوز لها طلب التطليق على أساس الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة لأنه يشترط في العيب المسبب لدعوى التطليق أن يكون مجهولا، وعلى هذا الأساس لا يصوغ لزوجة إلا طلب التطليق على أساس الضرر ومع هذا يجوز لها أن تطلب التطليق وفق هذه المادة إذا طرأ العيب خلال الحياة الزوجية³ كالإصابة بأمراض المعاصرة كما الإيدز.

كما يعاب على المشرع وهو الأمر المهم للغاية أنه تجاهل أمر الخبرة القضائية الموجبة للكشف الطبي أو لإثبات طبيعة العيب فيما إذا كان من العيوب المؤقتة أو العيوب التي لا تزول، فقد أباح المشرع لزوجة طلب التطليق والقضاء به بمجرد إثبات العلل⁴ والأمراض التي أصابت الزوج دون تبيان السلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في منح الزوج مهلة مناسبة والمعقولة تمكنه من علاج مرضه بناء على رأي الخبير المختص⁵ ولذا فقد جعل المشرع العلل التي تصيب الزوج كلها في مرتبة واحدة فالخبرة الطبية قد تفرق في أسباب العيب وتوضح

¹ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق، جامعة الخليل، دار الثقافة، لبنان، ط 01 سنة 2007 ص 222

² عبد الحفيظ أوسوكلين، المرجع السابق، ص 82.

³ عبد الحفيظ أوسوكلين، المرجع السابق، ص 83.

⁴ الجليلي تشوار، المرجع السابق ص 53 وما يليها.

⁵ عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة مجيستير، كلية

الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2006، ص 69.

الحلول إذا كان في ذلك سبيل، فالعجز الجنسي لسبب نفسي مثلا ليس كالعجز الجنسي بسبب العيوب كالخصى أو الجب لذلك فالأجدر أن يمنح المشرع القاضي سلطة تقديرية في إعطاء الزوج مهلة لتأكد من إمكانية الشفاء من الأمراض من عدمها¹، وقد قرر القضاء من خلال المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/05/14 أنه " من المقرر شرعا أنه لا يسوغ الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقة الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الإستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنه لما قضاوا بالتطبيق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى إمتناعها من العودة إليه فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"²، وبذلك فقد إنتقد هذا الإجتهد القضائي عدم بحث القضاة عن إثبات المرض والعجز بصفة شرعية وقانونية وهذا بالطرق المتعارف عليها وهي الخبرة الطبية واكتفوا بإدعاءات الزوجة.

لقد قضى ذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ 1989/11/19 بأنه "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الإجتهد القضائي إستقر على أنه تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها (الزوج) وبعد إنتهاؤها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم لزوجة بالتطبيق، فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"³ وعليه فإن الثابت أن قضاة الإستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، وقد إستقر الإجتهد القضائي على أن السنة التي تمنح للزوج تبدأ من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي بها وأنه بعد إنتهاؤها يخضع المعني للخبرة اللازمة طبيا لتأكد من وضعه بعد العلاج وهذا يقتضي لأجل التعرف على المرض وإمكانية الشفاء منه. يتحتم على القاضي الاستعانة بالخبرة ويستحسن بدأ حساب المدة التي تمنح لزوج من يوم صدور الحكم التمهيدي⁴ ويؤجل القاضي كل مريض يرجى برؤه ويستعين بالطب في ذلك، والفرقة بالعيب فسخ إذا أوقعه القاضي ولا مهر فيه إذا كان العيب قبل

¹ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق ص55.

² قرار المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأسرة، المؤرخ في 1984/05/14، ملف رقم 33275، المحلة القضائية لعدد 02، 1990 ص75.

³ قرار المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأسرة مؤرخ في 1984/11/19، ملف رقم 34784 المحلة القضائية لعدد 03، 1989، ص73.

⁴ عبد الحفيظ أوسوكلين، المرجع السابق ص85.

العقد، ولها المهر بعد الدخول، فإن طلق الزوج فهو طلاق رجعي¹ وإذا كان التغيرير من جهتها فلها المهر ولزوج الرجوع به على من غره.²

ورغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع الجزائري إلى أنه إعتبر هذا غير كافيا ففرض في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة المعدل (2005) وجوب تقديم شهادة طبية لا تقل عن 03 أشهر تثبت خلو الخاطبين من الأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، إن الكشف الطبي عموما من شأنه الكشف عن الأمراض الواقعة والأمراض المتوقعة خاصة منها ما يتعلق بالأمراض الوراثية، وهذا من شأنه حماية الأسرة والتقليص من دعاوى التفريق للعيوب.³

المطلب الثاني: ثبوت الضرر الناتج عن سوء معاملة الزوجة

يعتبر العنف الموجه ضد المرأة أحد إشكالات العنف المجتمعي الذي يمارسه الرجل والذي يتسبب في ضرر إما جسديا أو نفسيا أو ماديا، أما على الصعيد الأسري فالضرر يتمثل في سوء المعاشرة الزوجية وفي إساءة الرجل إلى زوجته بالشكل الذي يجعل الحياة الزوجية مستعصية الإستمرار مما يدفع بالزوجة إلى المطالبة بالتطليق⁴ وغالبا ما تثير مسألة إثبات هذا الضرر إشكالية في مواجهة القضاء لاسيما إذا تعلق الأمر بالعنف الجسدي الذي يستدعي إثباته بالخبرة الطبية.

الفرع الأول: مفهوم الضرر

أولا/ تعريف الضرر وحكمه:

. تعريف الضرر: الضرر لغة: من الضّر والضّر والضرر وهو ضد النفع وهو الشدة والضييق وسوء الحال والضرء الشدة ونقيض السراء وأضره: يجلب عليه الضرر لهذا يقال ضار إمرأته أي أخذ عليها ضرة.⁵ أما إصطلاحا فهو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه.

¹ المصري مبروك، المرجع السابق، 341.

² عبد الله بن محمد أحمد الطيار، المرجع السابق، ص 103.

³ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 72.

⁴ التطبيق لضرر وكيفية إثبات <http://www.blog.saeed.com/2011/10/divorce-pour-faute/>

⁵ لوبين معلوف، المرجع السابق، ص 463.

. حكمه: لا يجوز الضرر شرعا وقانونا وأساس حرمة الضرر هو الحديث النبوي الشريف "لا ضرر ولا ضرار" وهو أساس القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" ومفاد ذلك فهذا المبدأ هو حكيم الأول وهو لا ضرر أي لا يجوز لأحد أن يضر بغيره لا في نفسه ولا عرضه ولا ماله لأن الضرر ظلم والظلم حرام، أما الثاني لا ضرر أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر بل على المتضرر اللجوء إلى القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على من ألحق به الضرر.¹

ثانيا/ الضرر اللاحق بالزوجة وحقها في دفعه:

يتحقق هذا الضرر بتجاوز الزوج حدود المعاشرة بالمعروف بسوء الخلق وسوء المعاملة بضرب زوجته أو إيذائها بالقول أو الفعل بالإيجاب أو السلب، كما أن آثار هذا الضرب لا تلحق بالزوجة فقط بل تتعداه إلى الأولاد بتأثيرها عليهم سلبا وقد يؤدي بهم إلى أمراض نفسية وإلى التشرد أو الإخفاف الأخلاقي وقد إتفق الفقهاء على تحريم الضرب وإتفقوا كذلك على أن للقاضي أن يأمر بإجراءات تعزيرية لتأديب الزوج المضر بزوجه التي تكون قد رفعت أمرها للقاضي، وإختلف الفقهاء في حدود الضرب الموجب لتفريق فالحناابلة والشافعية يرون بوجوب نهي وتهديد الزوج عن الإضرار بالزوجة أن هي طلبت التطلاق وينتهون إلى أن الإضرار لا يوجب التفريق أما المالكية والحناابلة وأحد أقوال الشافعية والذين يمنحون لزوجة حق الخيار بين أن تطلب دفع الظلم عنها مع البقاء مع زوجها فيلجأ القاضي إلى وعظه وتهديده وربما تعزيره وبين أن تطالب التفريق عنه إذا أثبتت ما إدعته من ضرر.²

ولعل من بين أهم أنواع الضرر الذي تدعم به الزوجة طلبها لتطلاق هو الضرر الناتج عن الضرب، ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أعطت الزوج حق تأديب زوجته على طاعته متى كان موفيا لحقوقها فقد ثار التساؤل حول متى يكون هذا التأديب مشروعاً وكذلك ماهية حدود تجاوز الحق في تأديب الزوج لزوجه.

¹أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 201.

²أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 204.

الفرع الثاني: أحكام إثبات ضرر الزوجة بسبب العنف الجسدي في الفقه الإسلامي و التشريع

الجزائري:

أولاً/ حق التأديب (الضرب) في الشريعة والفقه الإسلامي:

يرتبط حق الزوج في تأديب زوجته بنشوزها وذلك بقوله تعالى " وَأَلْتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ " ¹ والنشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه، ولا خلاف في حق الزوج تأديب زوجته عند نشوزها فيما يجب عليه طاعته لحقوقه كعدم إجابتها إلى فراشه وهي طاهرة من حيض أو نفاس وبانتهاء حالة النشوز ينتهي حق الزوج في التأديب وذلك بنص الآية " فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا... " لقد أقر الفقه أن ضرب الزوجة يورث وحشة فالأحسن علاج النشوز بأية وسيلة أخرى، إن ضرب الزوجة وسيلة غير مجدية وهو أسلوب مهين لذلك وردت نصوص كثيرة تحذر من إستخدامه فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال "أي رجل لطم إمرأته أمر الله عز وجل مالكا خازن النيران فيلطمه على حر وجهه سبعين لكمة في نار جهنم" ² وعنه صلى الله عليه وسلم "أني أتعجب ممن يضرب إمرأته وهو بالضرب أولى منها، لا تضربوا نساءكم بالخشب فإن فيه قصاص" ³ وعنه "أيضرب أحدكم المرأة ثم يظل معانقها" ⁴ تطبيقا لذلك إذا ضرب الزوج زوجته بغير حق ولو كان غير فاحش عزره الإمام، وضرب التأديب المباح هو الضرب غير المبرح وهو الذي لا يكسر عظما ولا يسبب جارحة كالكزة ⁵ ونحوها، ولا يدمي لها جسما، فإن المقصود منه الصلاح لا غير. فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يجلد أحدكم إمرأته جلد العبد ثم يجامعها آخر اليوم" ⁶ وهذا مما يستدل به بعض الفقه على إستحباب ترك ضرب النساء.

¹ جزء من سورة النساء الآية 34.

² حديث الحولاء بالسند المتقدم

³ بحار الأنوار، جزء 100، ص 249.

⁴، النشوز في قانون الأسرة الجزائري، منتدى المحاكم والمجالس القضائية <http://www.tribunaldz.com/forum/t2321>

2017/04/22.:tribunaldz.com /forum /t2321

⁵ أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر، دار الجامعة الجديدة لنشر، طانطا، مصر، ط2000، ص39.

⁶ صحيح البخاري .

أما عند الحنفية والمالكية في قولهم عن الضرب غير المبرح بأنه الضرب الذي لا يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده وبه قال عياض والدسوقي وبعض الحنابلة أن الضرب غير المبرح أي غير الشديد وعند الشافعية فالضرب غير المبرح هو ما عظم ألمه عرفاً¹ وإشترط الشافعية والحنابلة والزيدية في ضرب الرجل زوجته لنشوزها ألا يكون ضربه على الوجه وإن لم يؤدي تكربة له، وكذا المواضع المستحسنة لثلاثا يشوهها.²

لكن هذا الأسلوب البغيض أصبح وسيلة لتلاقي ما هو أبغض منه وكان بمثابة الكي آخر الدواء فإن الإسلام أجاز للزوج إستخدامه ضمن حدود طبيعية وقد قال الفقهاء أن الزوج يجوز له ضرب زوجته إن كان يؤمل معه رجوعها إلى الطاعة وترك النشوز ويقتصر منه على أقل مقدار يحتمل معه التأثير فلا يجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض منه وإلى تدرج إلى الأقوى فالأقوى.³

ثانياً/ أحكام إثبات ضرر الزوجة بسبب العنف الجسدي في التشريع الجزائري:

إن جرائم الضرب و الجرح العمدي وضع لها المشرع الجزائري في قانون العقوبات قيود مرتبطة بالشهادة الطبية الصادرة عن الطبيب وتحديد مدة العجز لتكييف الوقائع المنسوبة إلى الفاعل ومادام المشرع وضع كل ثقته في عمل الطبيب، على هذا الأخير أن يراعي حقوق الأطراف أثناء تحرير الشهادة الطبية، فالتقارير الطبية تعد من أهم القرائن التي تدين المعنف كما أنها تحدم قضية العنف في المحكمة في حال تقدمت المعنفة بدعوى الطلاق أو طلب الخلع أو عند مطالبتها بتنفيذ العقوبة بسجن الزوج المعتدي، مع أن الملاحظ تراجع الكثير من النسوة عن إثبات حالة العنف الأسري لأسباب عدة ترتبط بالجهل بإجراءات الإثبات الطبي وعدم الوعي بأهميته في أغلب الحالات.⁴

أن الطب الشرعي أثناء قيامه بالكشف الطبي عليه أن يبحث عن مصدر الإعتداء والعلاقة السببية لتبيان الحقيقة الحالية أثناء تعرض النساء والأطفال لمخترق الإعتداءات وأعمال العنف الناتجة عن المعاملة السيئة في الوسط العائلي⁵ وفقاً لما جرت عليه أعمال التكييف الجزائري في قضايا الضرب الخفيف وطبقاً لنص المادة 442

¹ أميرة محمد مغازي، الممارسات الصارة وأثرها على العلاقة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، ط 2008، ص 356.

² أميرة محمد مغازي، المرجع نفسه، ص 357.

³ النشوز في قانون الأسرة الجزائري، منتدى المحاكم والمجالس القضائية المرجع السابق .

⁴ نورة العطوى، "التقارير الطبية لا تكفي لإثبات العنف." جريدة تحقيقات وتقارير، الرياض، الأحد 6 جمادى الآخر، 1435، 6 أبريل

2014، العدد 16722.

⁵ منتديات ستار ألجيريا <http://www.staralgeria1744-topic-tixzzblx8RSL>

442 من قانون العقوبات هو "ما لا يسبب عجزا عن العمل لمدة 15 يوم" فهي كارثة من حيث فتح باب التشجيع على عنف المرأة¹ فلو ضرب الزوج زوجته وسبب لها عجزا بـ14 يوم فإن هذا في إطار القانون والنيابة العامة مخالفة وتكييفها الضرب الخفيف ويستطيع الزوج الحصول على البراءة بتوفر شرط الإعفاء من العقوبة لممارسة حق التأديب، وهذا خطأ إذ أن في الشريعة الإسلامية²، لا ينبغي أن يسبب له الضرب الخفيف عجزا ولو ليوم واحد وإلا فقد معنى التأديب ولم يعد ضربا خفيفا بل أصبح بمعنى تعذيب³.

لقد ثار جدل قضائي حول تقدير القاضي لمسألة الضرب في كونه يعتمد على الشهادة الطبية لإثبات الضرر في الضرب أم بثبوت صدور حكم جزائي بالإدانة على الزوج عن واقعة الضرب والجرح وأن يكون الحكم نهائيا؟ وفي هذا أجاب القضاء بعدة قرارات تصب كلها في إعتبار كل من الشهادة الطبية والحكم الجزائي القاضي بالإدانة عن جنحة الضرب قرائن قانونية توجب الإستجابة لطلب التفريق، وعمدت المحكمة العليا في جل أحكامها الإثبات بالشهادة الطبية دون الحاجة للحكم الجزائي⁴، فقد جاء عن حكم محكمة العليا اعتبار الضرر يشمل الضرب والجرح العمدي وسوء المعاملة والذي قضى بـ "أن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطلاق دون إشتراط صدور حكم جزائي..."⁵ كما جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 572240 بتاريخ 2010/07/13 جاء في فحواه "...لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة أسست حكمها على الشهادتين الطبيتين المذكورتين في ذلك الحكم فضلا عن أن الطاعن لم ينفي واقعة الضرب والجرح التي إدعتها المطعون ضدها كما يظهر في الحكم المطعون فيه وبتالي فإن المحكمة لو تكن ملزمة بإثبات الضرب والجرح بحكم جزائي ونهائي يدين الطاعن، وعليه قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث قبول الطعن بالنقض شكلا ورفضه موضوعا".

¹ براهيمة نصيرة، المرأة والعنف في المجتمع الجزائري، تحليل سوسيولوجي، أسبابه وتمثلاته الإجتماعية مفي الجزائر، محاضرة كلية الآداب والعلوم الإنسانية والإجتماعية باجي مختار عنابة(الجزائر).

² حسب الإحصائيات المقدمة في اليوم العالمي لمكافحة العنف ضد المرأة والمعروضة في اليوم التحسيس الذي نظم من طرف المجلس الشعبي الولائي للعاصمة وأكاديمية المجتمع المدني والمرصد الوطني للمرأة فإنه تم تسجيل 6985 حالة عنف ضد المرأة عبر الوطن في تسعة أشهر الأولى من سنة 2014 بحيث إستهدفت فيه المتزوجات الصدارة بتعداد 3847 وبينت الإحصائيات أن المتسبب في العنف معظمهم الأزواج بتعداد 3533، نقلا عن مقالة براهيمة نصيرة، المرأة والعنف في المجتمع الجزائري، مرجع سابق.

³ لنشوز في قانون الأسرة الجزائري، منتدى المحاكم والمجلس القضائية المرجع السابق .

⁴ عبد الله عابدي، مرجع السابق، ص، 117.

⁵ قرار رقم 258555 تاريخ 2001/01/23، المحلة القضائية لمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، سنة 2002، ص 417. نقلا 417. نقلا عن أيت شاوش دليلة المرجع السابق، ص 217.

من هنا يتبين لنا أن المحكمة العليا إعتمدت في قرارها على أن عدم نفي الطاعن لحادثة الضرب والجرح المثبتين بالشهادتين الطيبتين وكأتهما إقرار من الطاعن، ولذلك رفضت الاحتجاج بعدم صدور حكم جزائي نهائي ضده لإبطال ثبوت الضرر المعترف شرعاً، ومع هذا فإن وجود الحكم الجزائي كدليل إثبات في دعوى الطلاق لا يسقط حق الزوجة في طلب التطليق على إعتبار أن هذه الأحكام تعتبر من القرائن¹ التي تستند على حجية الشيء المقضي به² كأن يصدر حكم بإدانة الزوج بضرب زوجته وتعتمد الزوجة على هذه الأحكام في إثبات تضررها، فقد نصت المادة 338 من قانون المدني على أن "الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة على ما فصلت فيه من حقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقص هذه القرينة، ولكن لا يكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلى في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائياً" ونصت المادة 339 من قانون المدني "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجزائي إلى في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً" فحجية الشيء المقضي به قرينة قانونية مؤداها أن الحكم قد صدر صحيحاً من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع، فهو حجة على ما قضى به³.

مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد إنتهج نهجاً جريئاً من خلال التعديلات التي شملت الأفعال العنف ضد الزوجة والمرأة والتي عرفت تشديداً في العقوبة قد تصل إلى 20 سنة إذا أفضى الضرب إلى بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من إستعماله ويدان الفاعل بالمؤبد إذا أدى الضرب إلى الوفاة بدون قصد إحداثها⁴ ويستعان بالطب الشرعي في ذلك الذي يلعب دوراً هاماً تتوقف عليه حرية المعتدي وشرف، كما تطل الزوج إذا ارتكب أفعالاً موصوفة بالتعدي اللفضي أم النفسي التي تمس بكرامة المرأة ويمكن إثبات الفعل من قبل الضحية بكافة الوسائل⁵.

¹ جاء في قرار محكمة النقض المصرية "... لما كان كذلك وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن النطعون ضده قدم للمحكمة بجنحة رقم 780 لسنة 1985 لأنه أحدث عمداً بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي... وهو ما يكفي وحده لثبوت الضرر الذي يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه. نقلاً عن: عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص 118.

² عبد الله عابدي، المرجع السابق ص 117

³ الغوثي بن ملححة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرهما في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، ص 105.

⁴ عبد السلام سكية، منتدَى جواهر الشروق 2017/03/26 15:05، <http://mouaskamel.blogspot.com>

⁵ عقوبة هذه الأفعال بنص المادة 266 مكرر 01 من قانون العقوبات، من سنة إلى 03 سنوات.

المطلب الثالث: مجال الشهادة الطيبة في مسائل الحضانة:

لقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى وضع أحكام شرعية لحماية الأطفال المحضون نتيجة إنحلال الرابطة الزوجية كونهم هم الضحايا من جراءاتها، كما أن التشريعات المعاصرة أولت أهمية بالغة لهذا الموضوع نظر لحساسيته وخطورته، بالرغم من وضع الضوابط القانونية وحرص القضاة على تطبيقها تطرح الحضانة بعلاقتها بأطراف عدة مسائل واقعية تتعلق بالمحزون، كالحضانة في حالة الزواج المختلط، بالإضافة إلى مسؤولية الحاضن عن أفعال محضونه، وكذا أساس الحماية القانونية التي يتمتع بها المحزون وهذه الأخيرة تشكل إحدى أهم العقبات في إثبات مصلحة المحزون لاسيما إذا تعلق الأمر باللجوء إلى الخبرة الفنية لذوي الاختصاص من طرف القاضي كإحدى وسائل الإستهداء لمصلحة المحزون.

الفرع الأول: الحضانة في نظر القانون والقضاء

أولا / مفهوم الحضانة

1 / تعريف الحضانة:

. لغة: الحضانة من حَضَنَ الطير بيضه- من باب نصر ودخل- إذ ضمه إلى نفسه تحت جناحه، وحضنت المرأة ولدها(حاضنة)وحاضنة الصبي التي تقوم عليه في تربيته.

. إصطلاحا: هي حفظ من لا يستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه ونظافته أو تأديبه و تثقيفه.¹

2 / مجالات حماية المحزون:

لقد نصت المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 92-461 والمؤرخ في 19 ديسمبر 1992² والمتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تعهدت بموجبها الجزائر بأن تكفل لكل طفل حقا أصيلا في الحياة وأن تسيير وظائفه الحيوية سيرا طبيعيا كما أشارت المادة 19 من المرسوم السابق الذكر أن تتخذ الجزائر جميع التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية

¹ المعجم الوسيط، نقلا عن موقع المكتبة الشاملة <http://shamela.ws/browse.php.book-96478/page-108>

² المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على تصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، الجريدة الرسمية رقم 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

لحمايته من كافة أشكال العنف والضرب والإساءة البدنية والعقلية ولعل أهمها قانون العقوبات من خلال نصوص عديدة تجرم أفعال مضرّة بالطفل تحت أي مسؤولية كان من مثل ما ورد في نص المادة 269 من قانون العقوبات العقوبات¹ والتي تشدد العقوبة إذا كان أحد الأصول أو من له سلطة على الطفل أو من يتولون رعايته ترفع العقوبة إلى الحبس من 3 إلى 10 سنوات وبغرامة من 500 إلى 6000 دج إذا لم ينشأ عن أعمال العنف مرض أو عجز كلي لمدة لا تتجاوز 15 يوما وتكون العقوبة أشد إذا تجاوز العجز مدة 15 يوم². ويستعان في معرفة العجز دائما بطبيب الشرعي.

2/ السلطة التقديرية للقاضي في إسناد الحضانة:

لقد ترك المشرع مسألة تحديد مصلحة المحضون عند طلاق الزوجين مسؤولية قاضي شؤون الأسرة وجعلها من مسائل المتعلقة بالنظام العام، وإن ترك المشرع للقاضي حرية الاجتهاد في تقدير مصلحة الطفل عند إسناد الحضانة يمكن تفسيره أن المسألة تحكمها الميولات الشخصية للقاضي ونظرته الذاتية للموضوع، مع وجوب وضع إعتبار لأهمية أثارها في تحديد مستقبل الطفل وظروف نشأته وعليه فقد أوجب المشرع على القاضي أن يستوعب جميع العناصر المادية والأدبية التي تحيط بالدعوى لتقرير أحقية الأصلحية (من هو أصلح) حرصا على حماية المحضون،³ ولهذا الغرض أجاز المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي أن يأمر تلقائيا باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه⁴ وفي أي مرحلة تكون عليها الدعوى⁵ وحتى قبل مباشرتها ويكون ذلك عن طريق أمر على عريضة أو عن طريق الإستعجال ولهذا يستعين القاضي بأليات من خلالها بقدر مصلحة المحضون ويصدر حكمه وهذه الأليات

¹ المادة 269 من قانون العقوبات تنص "كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشر أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر أو إرتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيق يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج

² الحماية القانونية لطفل في التشريع الجنائي الجزائري، ج، (1) بتاريخ 2017/04/24
<http://www.droit.dz.com/forum/showthread.php?t=6338>

³ عائدة اليرماني غريبال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية تونس مثلا. رسالة ماجستير، تخصص حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، لبنان، سنة 2005. 2006-ص34

⁴ تنص المادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون"

⁵ تنص المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يجوز الأمر بإجراء التحقيق في أي مرحلة تكون عليها الدعوى"

عديدة منها المعاينة وسماع الشهود وسماع الطفل وأفراد العائلة والخبرة عن طريق الشهادة الطبية وهي موضوع دراستنا¹.

الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائريين في الإستعانة بالشهادة الطبية في مسائل الحضانة

لقد جعل المشرع الجزائري من الخبرة من أهم الوسائل التي تلعب دورا في مساعدة المحاكم وتزويدها لاسيما في المسائل ذات الطابع الفني والتي تتطلب معرفة وتخصص في مجال معين من المجالات، وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من إختصاص القاضي وحده، فقد نصت المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² على أنه "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" والخبرة هي تدبير تحفظي القصد منه الحصول على معلومات ضرورية من أصحاب الإختصاص وذلك لمساعدة القاضي في البت في أمور فنية تكون محل نزاع بعد أن يبدي الخبير رأيه بشأنها³ وعليه يمكن للقاضي أن يلجأ إلى الإستعانة بخبير مختص لدراسة حالة المحضون الصحية أو النفسية وجمع المعطيات المادية و الإجتماعية قبل البت في تحديد الأصلح لإسناد الحضانة إليه وهذا ما أكده قرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 2005/11/16 الذي قضى "إذا كان من المقرر قانونا أن الحضانة تستحق بإخلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة فإن على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية"⁴، وفي قرار آخر صادر في 1999/03/17 أي قبل تعديل قانون الأسرة جاء فيه ".... حيث أنه بالفعل فقضاة الموضوع عندما أسندوا حضانة الأولاد لأختهم للأب مع وجود الخالة يعتبر مخالفا لترتيب المنصوص عليه في المادة (64) من قانون الأسرة بالإضافة إلى أنهم لم يستعينوا بمرشدة إجتماعية لمعرفة الطرف الذي يمكن أن يكون أقدر على تربية

¹ عماري سناء، التطبيقات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون لأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، الجزائر، سنة 2014/2015 ص 198.

² القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

³ عماري سناء، المرجع السابق، ص 199.

⁴ قرار محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تاريخ 2005/11/16 رقم الملف (337176)، نشرة القضاة المحكمة العليا، العدد 65، سنة 2010، ص 319.

الأولاد ورعايتهم من غيره وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية لنفس المجلس¹.

من هنا يتضح بأن المحكمة قد تستطيع الإستعانة بخبراء إجتماعيين متخصصين لدراسة حالة الطفل وظروف معيشته والتأكد من الوقائع المادية التي يدعيها كل طرف وكذا دراسة الحالة الإجتماعية والنفسية حول الوالدين قبل البت في تحديد الأصلح منهما لإسناد الحضانة إليه بالرغم من أن تحديد الأصلح لا يتوقف على رأي أهل الخبرة فالحكم بالحضانة موكل لإجتهد محكمة الموضوع² ومن ثمة فإن القاضي يقدر على ضوء الأبحاث التي أجراها لتحقيق المصلحة والتي تؤخذ في مرحلة أولى وأساسية من البحث الإجتماعي الذي يؤدي تغييره إلى خرق القانون مما يوجب نقض الحكم، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 "بأن تأييد الحكم الذي أسند حضانة الولد للجددة دون مراعاة مصلحة المحضون ودون مناقشة الدفوع التي أثارها الطاعن حول مسألة الحالة النفسية للولد وتقرير الذي أعدته المساعدة الإجتماعية يعد قصور في التسبيب³ كما قضت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 2006/05/17 قضت أنه "يسند القاضي الحضانة بعد وفاة الأبوين مستعينا بمرشدة إجتماعية إلى من يستحقها حسب مصلحة المحضون"⁴، ويجري القاضي تحرياته عن طريق الأعوان الإجتماعيين (الذين ينتد بهم) لإجراء البحث الإجتماعي حول وضع عائلي محدد أو لتبين في تصرفات أحد الزوجين أو من مصلحة الأسرة أو مصلحة الطفل، لما يتمتعون به من خبرة ودراية بشؤون الأسرة وقدرتهم على الدخول إلى البيوت وزيارة المؤسسات التربوية التي يؤمها الطفل والاتصال بكل من له علاقة بالطفل لتقييم الوضع العام لطفل والأسرة وإنارة القاضي لإتخاذ القرار الأصلح في شأن الحضانة.⁵

تطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1997/02/18 "الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون وإعتماداً على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك فإن قضاة الموضوع إعمالاً لسلطتهم التقديرية

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، بتاريخ 1995/10/24 ملف رقم (123889) نشرة القضاة المحكمة العليا، العدد 52 سنة 1997، ص 111، نقلاً عن عماري سناء، مرجع سابق، ص 199.

² عائدة اليرماني غريال، المرجع السابق، ص 34.

³ قرار رقم (332324) بتاريخ 2005/07/13 نشرة القضاة المحكمة العليا، غ، الأحوال الشخصية العدد 59 ب، 2006، ص 236، نقلاً عن عماري سناء المرجع السابق ذكره ص 199، نقلاً عن جمال سايس، المرجع السابق، ص 1274.

⁴ قرار (364860) بتاريخ 2006/05/17 مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد 2، 2007، ص 437، نقلاً عن عماري سناء المرجع السابق. نفس الصفحة.

⁵ عائدة اليرماني غريال، المرجع السابق، ص 35.

فقد طبق القانون مما يستوجب معه رفض الطعن" مما يوضح تقرير القضاء وتأكيد على دور الشهادة الطبية الصادرة عن خبير إجتماعي ونفسي في توضيح الرؤية المحكمة حول تقرير مصلحة المحضون وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2005/05/18 "بأن يستعين القاضي في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون بتقرير مساعدة إجتماعية"¹، وعليه يصبح تقدير مصلحة المحضون بناء على الخبرة الإجتماعية هو خلاصة التفاوض بين أطراف متعددة وحوصلة ميدانية أعدها أهل الإختصاص وأعتمدها القاضي.²

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لشهادة الطبية في إثبات مسائل الميراث ومرض الموت

إن المنازعة في وقائع الأشياء هي من صفات البشر فقد شرعت جميع الشرائع الدينية والقانونية سبل حل المشاكل المتعلقة بإثبات وجود الإنسان ومدى أحقيته في العيش وحتى مدى شرعية تصرفاته أثناء حياته إلى آخر لحظة من وفاته وبذلك فإن الإثبات هو أكبر عقبة يمكن أن تصادف الأشخاص للإجابة على كل هذه التساؤلات التي قد تعترض حياتهم خاصة في ظل التطورات العلمية والطبية التي باتت تفرض نفسها بقوة لاسيما في المجال القضائي وأكثر المشاكل تعقيدا وتوسعا على الوسط الإجتماعي وأهمها المعاملات المادية التي تنشأ في آخر فترات حياة الإنسان وكذا حقوقه الناشئة عن الميراث التي فصلها الشارع الحكيم ولم يترك الإجتهد فيها للبشر. مع تبني الفقه حل لبعض المسائل المستجدة فرضها واقع الحال.

المطلب الأول: حجية الشهادة الطبية لتحقيق من ثبوت ميراث الحمل فقها وطبيا:

لما كان الميراث يعالج قضية مالية، والمال سبب من أسباب المنازعات والخصومات فقد تولاه الله بنفسه قطعاً لدابر كل فتنة ووضعاً للحق في نصابه، وقد تناول العلماء أحكام الموارث بالدراسة في ثنايا كتب الفقه ليس من أجل دراسته بل من أجل تبيانه للناس والالتزام به في واقع الحياة ولكن هناك أيضا بعض الجزئيات التي تحتاج إلى البحث والنظر ومن هذه المسائل ميراث الحمل والذي وضع له العلماء معايير لضبطه كانت بإستقراء

¹ قرار رقم (330566)، بتاريخ 2005/05/18 مجلة المحكمة العليا، غ، الأحوال الشخصية، العدد 1، سنة 2005، ص 301، نقلا عن عمري سناء، المرجع السابق، ص 200.

² عائدة الرماني غربال، المرجع السابق ذكره، ص 36.

واقعهم وعلى ضوء تصوراتهم ومفاهيم في عصورهم إلى أن تطور الواقع الإنساني في كافة المجالات كشف عن بعض الحقائق التي أزلت الأخطاء في بعض ضوابط العلماء لميراث الحمل.

الفرع الأول: ضوابط ميراث الحمل:

أولاً: مفاهيم حول ميراث الحمل:

1/ تعريف الحمل لغة: اسم لما في البطن أما بالكسر فهو الشيء المحمول أما شرعاً فهو الجنين الذي لا يزال في بطن أمه إذا ولد حياً ذكراً كان أو أنثى.

2/ شروط توريث الحمل وموقف الفقه منها:

. التحقق من وجود الحمل في بطن أمه لحظة وفاة مورثه، فإذا ثبت وجوده ثبت ميراثه وإلا فلا ميراث له والتحقق من هذا الشرط يثير إشكال في التحقق من الحساب الزمني لتأكد من وجود الحمل في رحم الأم حين وفاة المورث وقد أقر العلماء بأن التأكد يكون كالتالي:

الشرط الأول: إذا كان الحمل منسوب للميت كأن تكون الحامل زوجة الميت أو كانت في عدة الطلاق فتعطي الحد الأقصى لوضع الحمل أي تعطي أكثر مدة الحمل لأنها ليست تحت رجل يجامعها فإن وضعت الحامل خلال أكثر مدة الحمل أعتبر الحمل وارثاً في هذه الأحوال، ويثبت نسبه للميت إذا كان ينتسب له وإن وضعت الحمل بعد ذلك فلا ميراث له ولا ينسب للميت إذا كان ينتسب إليه، لأننا نعلم حينئذ عدم وجود الحمل في بطن أمه¹، أما إذا لم يكن الحمل ينتسب للميت وكانت الحامل تحت رجل يجامعها فتعطي هذه الحامل هنا الحد الأدنى للميلاد أي تعطي أقل مدة الحمل، وهي 06 أشهر وهنا يعتبر الحمل وارثاً حيث أننا نقطع وجود الحمل لحظة الوفاة ومع ذلك فقد أشار العلماء إلى حالات يمكن فيها ميراث الحمل حتى لو وضعت أمه بعد أقل مدة الحمل وهي: إقرار الورثة بالحمل . غياب الزوج . ظهور الحمل حين وفاة الزوج حملاً ظاهراً فإنه يرث حتى² لو وضعت بعد 06 أشهر.

¹ مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مقالة بمجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية) كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، فلسطين، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، يناير 2005. ، ص98.

² مازن إسماعيل هنية، المراجع السابق، ص69.

أما الشرط الثاني: فقد إتفق فيه العلماء على أن شرط ميراث الحمل هو إنفصاله حيا عن أمه وقد اتفقوا على إستهلال الحمل صارخا علامة على حياته لنص الحديث الذي رواه سعيد ابن مسيب عن جابر بن عبد الله ومسور عن الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا"¹ قال وإستهلاله أن يبكي أو يعطس²، وكذا قد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "إذا إستهل المولود ورت³" وقد اختلف الفقهاء في أقل مدة الحمل وأكثر مدة وذهب ابن عباس وعلي رضي الله عنهما وجمهور الفقهاء إلى أن أقل مدة الحمل ستة أشهر هلالية عملا بقوله عز وجل⁴ "وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"⁵.

ثانيا: أدنى وأقصى مدة الحمل في الفقه الإسلامي والعلوم الطبية:

1/ أقل مدة الحمل بين فقهاء الشريعة وعلماء الطب:

أ/ الموقف الشرعي من أقل مدة الحمل:

إتفق العلماء أن أقل الحمل ستة أشهر ويدل في ذلك الدليل المركب من قوله تعالى " وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا " مع قوله تعالى " وَأَلْوَلِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " ⁶ ووجه الدلالة:

. إذا كان مجموع الحمل والإرضاع ثلاثين شهرا وكانت مدة الرضاع منه سنتين كان الباقي في المدة هو 06 أشهر للحمل

. الإجماع حيث أجمع العلماء أن أقل مدة الحمل ستة أشهر.

. الأثر: أن عثمان بن عفان أتى امرأة ولدت ل 06 أشهر فأمر بها أن يرجمها فقال له علي بن أبي طالب ليس ذلك عليها إن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه " وَأَلْوَلِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " وقال تعالى "وحمله وفساله ثلاثون شهرا" فحولان وستة أشهر ثلاثين شهرا وقال.. وَأَلْوَلِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " فالحمل قد يكون في ستة أشهر فلا رجم عليها فبعث عثمان في أثرها فوجدها قد رجمت.

¹ أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي

² المرجع السابق، ص 70.

³

⁴ منتدى العلوم القانونية والإدارية. الميراث في الشريعة الإسلامية والقانون <http://www.droit-alafdal.net>/topic1096-t

⁵ سورة الأحقاف الآية 15.

⁶ 233

ب/ الموقف العلمي من أقل مدة الحمل:

قال ابن القيم أن الأدلة على أن أقل مدة الحمل هي 06 أشهر تظاهرت عليها الشريعة والطبيعة، فالشريعة من خلال الآيتين السابقتين وأما الطبيعة فقد نقل أقوال الأطباء¹ أصحاب الإختصاص الذين أثبتوا أن أقل حمل كان في 184 ليلة وقد أكد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء من أن أقل مدة الحمل 06 أشهر إلا أن المولود لها نادرا ما يعيش في الأحوال العادية ومع تقدم مجالات الطب أصبح بالإمكان إيجاد فرصة أكبر لمثل هؤلاء المواليد في الحياة بعد وضعه في حاضنة مناسبة، وقد ذكرت الصحف (جريدة البلاد) مولد طفل في مستشفى الولادة بجدة، عمره 06 أشهر ووزنه 600 غ، وقد عاش ذلك الطفل² وقد قرر الأطباء إذا ما ولد الطفل ما بين (24، 36 أسبوعا) يسمى الطفل خديجا ويكون في الغالب قابلا للحياة ولكنه يحتاج لعناية طبية خاصة.³

2/ أكثر مدة الحمل بين فقهاء الشريعة وعلماء الطب:

1/ الموقف الشرعي من أقصى مدة الحمل:

إختلف العلماء في أكثر مدة الحمل فمنهم من قال سنتان كالحنفية ومنهم من قال أربع سنوات كالشافعية والحنابلة وأحد قولي المالكية ومنهم من قال بـ 05 سنوات وهذه رواية مالك والزهري ومنهم من قال أكثر مدة الحمل 09 أشهر وقال به الظاهرية⁴ ويرجع الخلاف في المسألة إلى سببين أولهما عدم وجود دليل شرعي صريح

¹ يقول الطبيب عبد الله بسلامة "فقد غير الأطباء رأيهم الآن وأصبحت أقل مدة الحمل هي 06 أشهر بعدما كانت 07/والراجح أنه الآن لاتزال مذكورة في دائرة المعارف البريطانية أن أقل الحمل الذي يمكن أن يعيش هو 28 أسبوعا أو 169 يوما. نقلا عن د. عبد الله بسلامة، مدة الحمل وأكثرها، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، لدورة الحادية وعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة ديسمبر، 2012 ص 04.

² د. محمد علي البار، مدة الحمل أقله وأكثره في الطب والشرع والقانون، رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، لدورة الحادية وعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة ديسمبر 2012 ص 05.

³ بحوث ودراسات علمية، أقل مدة الحمل وأكثرها، دراسة فقهية طبية. بتاريخ 2017/04/28

<http://www.wislantoday.net/artshow-86.5632-htm>

⁴ بحوث ودراسات علمية، أقل مدة الحمل وأكثرها، دراسة فقهية طبية، مرجع سابق.

يحدد أكثر مدة الحمل مما أدى إلى هذا التباين والإختلاف في أقوال المذاهب¹ وثانيهما اعتماد هذه الأقوال على إستقراء الواقع أدى إلى هذا التشعب في الآراء فستند كل منهم مستندا إلى الواقعة التي إطلع عليها.²

2/الموقف العلمي في أكثر مدة الحمل:

إن الآراء الفقهية تجعل أمد لمدة الحمل القصوى تتراوح ما بين 266 يوم إلى 270 يوم إلى 290 يوم، والمتوسط 280 يوم ولو فرض للحمل التأخر عن الموعد الطبيعي فلا يتأخر عن مواعده أكثر من شهر وإلا هلك وعليه فإن تقدير الفقهاء لأكثر مدة الحمل بالسنين يعد تقديرا منكرا في زماننا الذي نحن فيه، وقد بينت بعض الإحصائيات أن نسبة الحمل المتأخر من 42 أسبوع من 14.4% أي بمعدل 10% ونسبة الحمل الذي يبلغ 43 أسبوع من 7.2% و تذكر الإحصائيات أن وفاة المواليد تزداد تضاعفا بإزدياد مدة الحمل عن الأسبوع الثاني والأربعين بسبب تليف المشيمة، والقول الراجح أنه من النادر أن ينجو من الموت جنين بقي في الرحم 45 أسبوع³ ولإستيعاب النادر والشاذ فإن هذه المدة تمتد أسبوعين آخرين لتصبح 330 يوم لم يعرف أن مشيمة قدرت أن تمد الجنين بعناصر الحياة لهذه المدة.⁴

كخلاصة فإن أقصى الحمل المدة المعهودة 09 أشهر والتي قد تزيد ببضعة أسابيع وهو الذي تبني عليه الأحكام الشرعية إذا إدعت المرأة وجود حمل تجاوز المدة المعهودة يلزم أن تثبت ذلك بالبينة الموجبة لتصديق كأن تشهد النساء بوجود مدة الحمل وظهور علاماته التي لا يلتبس معها الحمل الكاذب⁵ كحركة الجنين وتثبت ذلك عن طريق تحليل البول أو الدم أو الموجات الصوتية (السونار) أو غير ذلك مما يقطع بوجود الحمل من عدمه وهذا ما يمكن القضاة في هذا الزمان الإعتماد على الأجهزة الطبية الحديثة التي تحدد حالة الجنين بدقة بالإضافة إلى بصمته الوراثية و التي تحدد الأبوين بنسبة 99%⁶.

¹ د. إبراهيم بن ناصر بن إبراهيم البشر، أكثر مدة الحمل كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى ، رابطة العالم الإسلامي، مجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الحادية وعشرون، مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بمكة، ديسمبر 2012.

² د. مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق، ص 72.

³ د. إبراهيم بن الناصر بن إبراهيم البشر، المرجع السابق، ص 12.

⁴ موقع بحوث ودراسات علمية، أقل مدة الحمل وأكثرها، دراسة فقهية طبية، المرجع السابق .

⁵ الحمل الكاذب يحدث للمرأة التي تبحث عن الإنجاب قد ينتفخ بطنها وتتوقف عاداتها الشهرية وتعتقد أنها حامل رغم تأكيد جميع الفحوصات المخبرية والفحوصات الطبية بأنها غير حامل. نقلا عن موقع بحوث ودراسات علمية، مرجع سابق.

⁶ موقع بحوث ودراسات علمية، مرجع سابق.

الفرع الثاني: ميراث الحمل وموقف المشرع الجزائري في ثبوته

أولا/ ميراث الحمل:

على ضوء الحقائق العلمية المعاصرة التي تشهد إنضباط أكثر مدة الحمل بالأشهر التي تصل إلى عام، بالإضافة إلى ما ذهب إليه الفقهاء فلم تعد الحاجة ملحة إلى تقسيم التركة فيمكن ترك القسمة حتى انفصال الحمل ووضوح حاله وذلك حفاظاً للحقوق وإحتياطاً لحق الحمل، ويرجع بعض الفقه إذا كان لا بد من القسمة فتقسم على إعتبار الحمل ابناً واحداً أو بنتاً واحدة ثم معاملة الحمل بالأفضل فتوقف له أفضل النصيبين¹ وأما الورثة فمن كان نصيبه في الحالتين فيأخذ هذا النصيب وأما الورثة الذي يتغير نصيبهم بتغير حال الحمل فيعطى لهم النصيب الأقل ويأخذ كفيلاً على الورثة برد الزيادة، إذا ثبت أنهم أخذوا أكثر من حقوقهم وذلك إذا جاء الحمل مستحقاً لأكثر من الموقوف له بأن يأتي متعدداً، ثم إذا جاء الحمل مستحقاً لما أوقعناه له دفعناه له وإذا جاء مستحق للنصيب الأقل فتدفع له هذا النصيب ونعود بالباقي الموقوف على مستحقه، فبعد بيان حال الحمل تتضح حال الورثة فيعامل كل وارث بما يستحق.² وإن كانت شخصية الإنسان تبدأ أصلاً بتمام ولادته حياً فقد نصت المادة 25 المعدلة من القانون المدني الجزائري على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حياً وهذا يعني أن القانون يحجز نصيب أكثر من تركة مورثه المتوفي على أكثر من فرض أنه ذكر فإذا أتى ذكراً يحصل على نصيبه الموقوف له وإذا ظهر أنثى أخذ نصيبه ويوزع الباقي حسب حصة الورثة³ وقد فصلت في ذلك المادة 173 من قانون الأسرة.⁴

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري:

إنفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر أي 180 يوماً وهو موقف المشرع الجزائري أيضاً في المادة 48 من قانون الأسرة والذي أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1998/11/17 ملف رقم 210478 من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشر

¹ مازن إسماعيل هنية، المرجع السابق 77.

² د. مازن إسماعيل هنية، المرجع نفسه، ص 77

³ تعليق على المادة 25 من القانون المدني <http://www.droit.dz.com/forum/>

⁴ تنص المادة 173 من قانون الأسرة على أنه "توقف من تركة الحمل الأكثر من حظ ابن واحد وبنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإذا كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلا أن تضع الأم حملها.

أشهر ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم في 1994/05/02 والولد ولد في 1994/05/07¹، وحكم المادة 42 فيما يخص أقل مدة الحمل التي يتكون فيها الجنين ويولد بعدها حيا مستمد من قوله تعالى من الآية 15 من سورة الأحقاف " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا"² وكذلك في قوله تعالى " وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ"³، فقد قررت الآية الأولى للحمل والفصال ثلاثين شهرا وقدرت الثانية للفصال 2 عامين بإسقاط الثانية من الأولى يبقى للحمل 06 أشهر وهو تقدير العليم الخبير، وعلى هذا الأساس فإذا جاءت الزوجة بولد 06 أشهر فأكثر وفق لتشريع الجزائري من وقت الزواج لحق نسبه من الزوج لقيام النكاح بينهما⁴ أما إذا جاءت بالولد أقل من 06 أشهر لم يلحق نسبه بالزوج" وقد اعتمد المشرع الجزائري على هذه القاعدة في إثبات النسب وغيره أما أقصى مدة الحمل لم ترد بشأنها نص في القرآن ولا في السنة الصحيحة و اختلف فيها الفقهاء كما سبق ذكره.

أما الآراء التي وردت في القوانين الوضعية فنجد المشرع المصري نص في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية على "أقل مدة الحمل مئة وثمانين يوما وأكثرها سنة شمسية" وهو ما ورد في القانون السوري والقانون العراقي في المادة 51 والقانون الأردني في المادة 148 منه بينما المشرع الجزائري فقد حددها ب 10 أشهر كما جاء في المادة 42 من قانون الأسرة والطب يقرر ما يقوله المشرع الجزائري في أقصى مدة الحمل بأن الجنين لا يمكث في بطن أمه أكثر من 09 أشهر إلا نادرا أما عن تقدير حساب أقل وأقصى مدتي الحمل فتكون من تاريخ توافر شروط عقد الزواج وإمكانية الإتصال بين الزوجين معا⁵.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، المؤرخ في 17/11/1998 ملف رقم 210478 تاريخ، مجلة المحكمة العليا، بعدد خاص 2001، ص85.

² سورة الاحقاف الآية : 15

³ سورة لقمان , الآية :14

⁴ القانون الشامل: أقل وأقصى مدة الحمل في القانون الجزائري <http://droit.blogspot.com/2013/11/blog-post17htm?m=1>

المطلب الثاني: أهمية الشهادة الطبية في تحديد أسبقية الوفاة:

تعتبر مسألة الموت الجماعي مسألة شائعة في وقتنا الحاضر لاسيما بسبب التقدم التكنولوجي الذي أدى إلى حدوث عديد الحوادث التي تتسبب فيها الآلات الحديثة كحوادث السير والحرائق بالإضافة إلى الكوارث الطبيعية بالرغم من أنها ليست مسألة جديدة بل طالما كانت محل اختلاف فقهي في الشريعة الإسلامية لاسيما في موضوع الميراث إلا أن التطور الطبي جعل من تحديد أسبقية الوفاة أمرا سهلا يمكن بواسطته الوصول إلى حل لنوازل التي لا طالما كانت محل إختلاف.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والطب الحديث في إثبات أسبقية الوفاة في مسائل الميراث

تعتبر مسألة أسبقية الوفاة من المسائل المختلف فيها سواء فقها أو قانونا هذا على إعتبار أن الميراث هو علم حساس شرعي بإمتياز يرجع في كل قضياه للقرآن الكريم ومع هذا كان في لمسألة أسبقية لوفاة نصيب من الأراء.

أولا/ موقف الفقه الإسلامي:

لقد إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حل إشكالية ثبوت الميراث عند الوفاة الجماعية وهي مسألة قديمة إلى أن عدم ورود نص قطعي من الكتاب أو السنة النبوية أفضى إلى التباين في الرأي بين علماء الشريعة، حيث نميز بين رأيين في هذا المجال:

- يرى الرأي الأول أنهم يرث بعضهم بعضا إلا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه، وهو إحدى الروايتين عن علي رضي الله عنه واستدلواهم بعدة أوجه منها أنهم إستدلوا أن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة اليقين والأصل بقاؤها إلى ما بعد موت الآخر ولأن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات وكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه، وإن سبب إستحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه معلوم وسبب الحرمان مشكوك فيه.¹

¹ يوسف بن شيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم علوم إسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران. الجزائر، 2015/2016 ص258

. أما الرأي الثاني فيرى أنه لا توارث بين الغرقى و الحرقى إذا لم يعلم أيهم مات أولاً وإنما يجعل ميراث كل واحد منهم لورثته الأحياء وهو قول أبي بكر وعمر وزيد بن ثابت وإحدى الروايتين عن علي¹ وهذا القول ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية وهو تخريج من النصوص عن الإمام أحمد و إستدلوا بأوجه أهمها، أن الإرث يبنى على اليقين بسبب الإستحقاق وشرطه هو حياة الوارث بعد موت المورث وإذا لم يثبت ذلك فلا يرث بالشك ولا يجب، وبالنظر في أدلة الفريقين فإن تقرير عدم إستحقاق التوارث بين الغرقى والحرقى ونحوهما هو لجهل أسبقية الوفاة.²

ثانيا/موقف الطب الحديث:

بفضل الاكتشافات الطبية الحديثة استطاع الطب الشرعي أن يحدد أسبقية الوفاة ويعلم من توفي أولاً ومن ثمة يمكن إثبات الميراث وحصره بين أقارب المتوفي ويعتمد الطبيب الشرعي في الأساس على التغيرات الحادثة بعد الوفاة لتحديد ساعة الوفاة أو تحاليل كيميائية بشكل أدق باعتبار أن هناك عوامل كثيرة تؤثر في سرعة أو إبطاء تغيرات الوفاة، ذلك للوصول إلى الوصف الدقيق يجب عرض الجثة على أول طبيب حتى ولو لم يكن طبيب شرعي لأن الوصف الدقيق يساعد الطبيب الشرعي في معرفة وقت الوفاة³، وللعلامات التي تطرأ على جثة المتوفي أهمية كبيرة وأثر بالغ في معرفة وقت الوفاة بدقة كلما أسرع في الكشف عن الميت أما بالنسبة لتغيرات التي تساعد على تحديد زمن الوفاة هي مايلي:

. **علامات العينين:** عتامة القرنية (ساعتين بعد الوفاة ينخفض ضغط العين ليصبح صفر) وينقطع عمود الدم في شرايين الشبكية.

. **برودة الجسم:** أثناء الحياة يفقد الجسم حرارته ثم يستعيد الحرارة التي فقدها عن طريق أكسدة الغذاء وإطلاق الطاقة الحرارية، وبعد الوفاة يفقد الجسم الحرارة و لا يستعيدها وقد قدر العلماء فترة 3 إلى 5 ساعات يبدأ

¹ لقد روى خارجه بن زيد بن ثابت عن أبيه أنه قال: أمرني عمر رضي الله عنه بتوريث أهل طاعون عمواس وكانت القبيلة تموت بأسرها، فورث الأحياء من الأموات ولم أورث بعضهم من بعض وهذا روي عن علي كرم الله وجهه في قتلى الجمل وحطين، نقلا عن العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجديدة، الجزائر، ط 2007 ص 106،

² العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة مرجع سابق، ص 106

³ عربي بلحاج، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي، ط-2007، المرجع السابق، ص 86 ومايلها

إنخفاض الحرارة بشكل ضئيل قبل الموت ويتغير إنخفاض درجة الحرارة ومدتها بالظروف التي تتواجد بها الجثة، وسبب الوفاة وعوامل أخرى¹.

. ارتخاء العضلات وتفرطح أجزاء منضغطة في الجسم: ويقصد بها الإرتخاء الأولي الذي يأتي بعد الوفاة مباشرة، وهناك تفرطح يكون بسبب إنضغاط العضلات في أجزاء الجسم الملاصقة للأرض أو للجسم الموضوع عليها الجثة لثقلها.

. الزرقة الرممية : تنتج عن توقف الدورة الدموية وتساعد الجاذبية بجذب الدم لأسفل الجسم لتجتمع داخل الأوعية الدموية للأجزاء السفلى من الجسم حسب وضع الجسم بعد الموت وتبدأ الزرقة الخفيفة بين نصف ساعة وساعتين بعد الوفاة، وبزيادة الوقت تزداد الزرقة وتوسع تدريجياً وتندمج لتشكل بقعة واحدة واسعة²

. التيبس الرمي (تبيس الجثة): يبدأ عادة بعد حصول زرقة في الجثة حيث تتصلب العضلات وتبدأ عادة بعد ساعتين من الموت بشكل تيبس خفيف في جفني العين وتستمر تدريجياً إلى أن يتم تيبس جميع عضلات الجسم في نهاية 12 إلى 13 ساعة³ وعند إنتهاء التيبس ترتخي العظام بسبب تحليل المواد الزلالية و بإنتهاء التيبس تبدأ عملية التعفن⁴.

. تعفن الجثة (التعفن الرمي) : وهي المرحلة النهائية للتغيرات التي تطرأ على الجثة نتيجة الخمائر البكتيرية التي تحلل الأنسجة تدريجياً إلى غازات وسوائل وأملاح والتعفن الرمي لا يتبين للحواس إلى بعد مرور يومين أو ثلاثة على الوفاة في فصل الشتاء أو مرور يوم واحد في فصل الصيف⁵ فتبدأ التغيرات التي طرأت على الأعضاء الباطنية في الوضوح للنظر بما يشاهد من بقع كما أنه يتميز للشم بما تنبعث من روائح كريهة.⁶

. اليرقات الحشرية: بعد إكتمال التعفن وأثناء سيره ترى مظهر نشارة خشبية من بيض الذباب التي ألقاها على الجثة حول فتحات الجسم (الأنف، الفم، الشرج) بعد 36 سا إلى 48 سا من الوفاة وعبر مراحل تطور

¹ يوسف بن الشيخ، المرجع السابق ص 259

² بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 516 و 517.

³ يوسف بن الشيخ، مرجع السابق 261.

⁴ بوسي يوسف، المرجع السابق، ص 517.

⁵ هناك عوامل تؤثر على التعفن الرمي (الهواء، درجة الحرارة، كمية الرطوبة، كمية الدم، كمية البكتيريا في الأنسجة، بعض السموم، الأعضاء المفصولة من الجثة، السن) نقلا عن يوسف بن الشيخ، مرجع سابق ص 261، نقلا عن أسامة رمضان العمري ص 81، 90.

⁶ بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 517.

حياة الذباب يكبر و يصبح ذبابا يستفاد من هذا في حساب المدة الزمنية التي مرت على زمن الوفاة على أساس دورة الحياة لتلك الحشرة، بالإضافة إلى هذه العلامات محتويات المعدة.

لقد خص العلماء مجموعة من المظاهر أهمها التغيرات الكيميائية للجسم والتي ساعد تطور الطب الحديث على معرفتها كلما يكون زمن الوفاة فيها قريبا لا يتجاوز 15 سا، كما ساعدت التطورات الطبية في معرفة أسباب الوفاة وزمنها عند وجود الجثة في حالة تحنط باعتبار أنها تبقى محتفظة بكل أنسجتها في مكان شديد الحرارة والجفاف الأمر ذاته بالنسبة للجثة التي في حالة تشمع وهي الحالة التي تكون فيها الجثة مغمورة لمدة طويلة تحت الماء¹

الفرع الثاني: نطاق التطورات العلمية في إثبات أسبقية الوفاة في القانون المقارن

لقد أقر المشرع الجزائري رأي بعض الفقه في أسبقية الوفاة فنص بأنه إذا لم يثبت حياة الوارث وقت موت مورثه حقيقة أو تقديرا، فلا توارث بينهما شرعا(المادة 129 من قانون الأسرة) وعلى هذا فإذا ماتت جماعة وبينهم قرابة أو زوجية ولم يعلم ترتيب موتهم يقينا كالغرقى والهدمى والحرقى أو في حوادث السير وغيرها فهؤلاء وأمثالهم لا توارث بينهم لمانع الشك من الميراث وذلك لإنتفاء التيقن من حياة الوارث بعد موت المورث بحسب العلم والواقع وتركه كل واحد منهم لورثته الأحياء ولا يرث بعضهم بعضا إلا إذا علم ترتيب موتهم فيرت المتأخر من الميت المتقدم² وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 16/03/1999(الملف رقم 219318) من "أنه من المقرر قانونا أنه إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث أم لا، ولما تبين في قضية الحال أن الطاعن لم يثبت مزاعمه بدليل إذا كان والده وجده قد توفيا في وقت واحد حتى لا يرث أحدهما الآخر فقضاة الموضوع بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف القاضي برفض الدعوى طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"³ وقد تقرر أن الحكم في الحوادث الموت الجماعي لا يورث أحد من أحد مطلقا وأن يعتبر جميعا كأحدهم أجنب لا توارث بينهم وأن يجعل لكل منهم فريضة مستقلة في ماله الخاص به فقط تقتصر على ورثته لأنه من شروط الإرث تحقق حياة الوارث بعد

¹ يوسف بن الشيخ، مرجع سابق ص 264.

² بلحاج العربي أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 106

³ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، مؤرخ في 16/03/1999 ملف رقم 219318، مجلة المحكمة العليا عدد 2، سنة 2000 ص

183 نقلا عن بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 108.

موت المورث¹ وهذا ما ذهب إليه القانون المصري والمادة 03 والمادة 328 من القانون المغربي والقانون التونسي في الفصل 86 والقانون الأردني في المادة 282، ومما يلاحظ على هذه المواد أنها أخذت برأي الجمهور وهو عدم التوارث بين الغرقى و الهدمى و الحرقى ونحوهما لجهالة أسبقية الوفاة عند تعدد الموتى وعدم إمكانية معرفة السابق منهم في الوفاة إلا أنه بفضل التطور الطبي و الاكتشافات العلمية إستطاع الطب الشرعي أن يحدد ساعة الوفاة بشكل دقيق ولهذا على القاضي في مثل هذه القضايا مراقبته وفحص ما يقدمه له من تقارير وشهادات طبية ومعاينات ليتأكد من الشك والوصول حقا إلى معرفة السابق من اللاحق² وبتالي فإن الشهادة الطبية الممنوحة من الطبيب الشرعي تقرب النظر وتحسم في دقة زمن الوفاة للمحكمة وبتالي معرفة التوارث بين الأقارب.

المطلب الثالث: القيمة الشرعية والقانونية للشهادة الطبية في مسائل مرض الموت:

إن المنازعات والإشكاليات التي تطرح بخصوص تصرفات المريض مرض الموت تعتبر من أكثر الموضوعات القانونية المثيرة للخلاف كونها واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن، إلى أن التطور العلمي كشف عن سبيل أخرى لإثبات مرض الموت وهو الشهادة الطبية التي تدل على حالة المريض في أواخر أيام حياته، لذلك وجب معرفة إلى أي مدى يتم الإعتماد على هذه الآلية المهمة في إثبات مرض الموت.

الفرع الأول: مفهوم مرض الموت

يعتبر مرض الموت من المسائل المعقدة فهو ينطوي على تصرفات الأشخاص في آخر أيام حياتهم لذلك فتحديد مفهومه، وشروط تحققه هي من أوجب الواجبات فقها وقانونا

¹ عمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث على المذهب المالكي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع، ص 139.

² د. بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 107.

أولاً/ تعريف مرض الموت وشروطه في الفقه الإسلامي والقضاء:

هو حالة تعتري البدن فيزول بها إعتدال الطبيعة، والمريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه الهلاك لا محال بسبب ما هو فيه، وأن يتصل الموت به سواء كان بسبب هذا المرض أو بسبب آخر.¹

1/ تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي:

لقد تضاربت التعريفات بين الفقهاء لمرض الموت فقد عرفه السنهوري على أنه "يقعد مرض الموت المريض من قضاء مصالحه"²، كما قال السرخسي بأنه المرض الذي يجعل صاحبه يلازم الفراش.³ وعرفه المالكية بأنه المرض المخوف الذي حكم أهل الطب بكثرة الموت به وعرفه الشافعية بأنه المرض المخوف الذي لا تتناول بصاحبه معه الحياة، وقال الحنابلة بأنه المرض الذي يكثر حصول الموت منه ويكون مخوفاً، وهو تعريف قريب من تعريف علماء المالكية. وقد عرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه المرض الذي يعجز عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت وتعجز المرأة عن عملها داخل البيت ويغلب فيه الهلاك وتتصل به الموت دون أن تستمر سنة كاملة على حال من غير إزدياد، ومن الفقهاء المعاصرين أيضاً ذهب بأنه من كان في حالة نفسية يعتقد جازماً أن الموت واقع لا محالة، وتتصل بذلك الموت فعلاً، والواضح من هذا التعريف أن أصحابه قد جعل حالة المريض النفسية في إقتران موته ودنو أجله هي العلة في وجود مرض الموت من عدمه⁴ وعرفه البعض الآخر بأنه المرض الشديد الذي يغلب على ظن موت صاحبه عرفاً أو بتقدير الأطباء ويلزمه ذلك المرض حتى الموت.

2/ تعريف مرض الموت في القانون الوضعي والقضاء:

لم يتطرق القضاء الجزائري⁵ في كبرى المسائل المتعلقة بمرض الموت إلى تعريفه عكس نظيره المصري، والذي إستقى قضاؤه التعريف من خلال الرجوع إلى النصوص الخاصة بالبيع في مرض الموت الموجودة في القانون

¹ د. العربي بلحاج، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص 635.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 04، دار النشر للجامعات المصرية، 1960، ص 314.

³ رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارناً بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، عام 1989 ص 31.

⁴ محمد أبو زهرة، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار الفكر، القاهرة، 1987، ص 38.

⁵ سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ص 17.

المدني المصري بالمواد (447.916) وذلك لا يعد قصورا منه بل ترك أمر التعريف للفقهاء، أما المشرع الأردني فقد عرف مرض الموت في نص المادة 1/543 من القانون المدني الأردني¹

فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائي في مفهوم مرض الموت نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 04 جويلية 1984 والذي جاء فيه كما يلي "يتضح من الدعوى أن القضية تدور حول إبطال تصرف في حالة مرض صاحب مرض الموت وفي هذا الصدد فإن المعروف فقها و إجتهادا أن المرض يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا جدا أدى إلى الموت ويفقد به المتصرف وعيه وتميزه" كما نجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 نوفمبر 2001 ينص "بينما عقد الهبة المحررة لفائدة المدعي عليهم في الطعن تم يوم 12 سبتمبر 1996 قبل وفاة الواهبة بشهر واحد وثلاثة وعشرون يوما عن عمر يناهز 90 عاما وفي حالة المرض أهك قواها وأقعدتها وأثر على مداركها العقلية وأدى إلى وفاتها وتحققت بذلك علاقة السببية بين المرض والموت" غير أنه يؤخذ على التعريف المنصوص عنه في القرار الصادر بتاريخ 09 جويلية 1984 خروجه عن الإطار الذي رسمه علماء الشريعة الإسلامية لمرض الموت كونه لا يؤثر على أهلية المريض وهذا ما ذهبت إليه محكمة مصر الابتدائية في حكمها الذي جاء نصه كالآتي

" مرض الموت المعتبر عند علماء الشرع هو الذي نخاف منه الموت ولا يرجى برؤه سواء أطالت مدة المريض أم قصرت من غير النظر إلى إستيلائه على القوى العقلية وعدمه، لأن الأمراض العقلية تؤثر من طبعها في العقل كمرض السل وغيره"².

3/ شروط تحقق مرض الموت:

مما تقدم يتضح لنا أن الأساس في تحديد مرض الموت هو أن يجتمع مران أن يكون مرضا مخوفا يغلب فيه الهلاك وأن يتصل هذا المرض بالموت بحيث لا يبرأ منه ولا يشترط أن يكون المرض هو سبب الوفاة بل قد يكون سببا آخر طارئ فإنه يعتبر هذا من مرض الموت ويرجع في معرفة غلبة الهلاك إلى أهل الخبرة ونظرا لتقدم العلمي الهائل في مجال الطب فقد أصبح علم الطب يصنع المعجزات وبذلك فإن الأطباء بخبرتهم وطبيعة

¹ تنص المادة 1/543 من القانون المدني الأردني على "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحالة قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه وهو على حاله دون زيادة سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، نقلا عن سارة خضر أرشيدات، مرجع سابق، ص18.

² كامل مرسي، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، بدون سنة طبع، ص112.

عملهم وبمعرفتهم بسر مهنتهم يستطيعون تقدير قوة المرض وإمتداده كما يجب ملاحظة الحالة النفسية.¹ وأخيرا أن ينتهي بالموت خلال سنة من بدء المرض.²

وقد ذكرت الشريعة الإسلامية من هم ملحقون بمرض الموت وهو من يلحق به ويكون صحيحا لكن حالته يغلب فيها هلاكه ويلحق تصرفه حكم المريض مرض الموت والمعيار في ذلك هو الخوف من الهلاك وقد قسمها الفقه إلى: حالة الحرب والقتال - والمحكوم عليه (القصاص) :أو مايسمى (بالإعدام)³ كما ذكرت الشريعة الإسلامية حالات أخرى وهي حالة المشرف على الغرق والأسير المحبوس والمبارز المتقدم للقاء في مبارزة والحامل إذا ثقلت والتي تتوقع الولادة بين عشية وضحاها والمرأة في هذه الحالة تكون بين الخوف والرجاء والحياة ونص على هذه الحالة الإمام أبو حنيفة والإمام الشافعي⁴.

الفرع الثاني: إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطبية شرعا وقانونا:

أولا/الخبرة الطبية في إثبات مرض الموت عند فقهاء الشريعة :

لقد أدرج الفقهاء تعاريف لمرض الموت وقد إتفق مجملها على ضرورة اللجوء لأهل الخبرة في الكشف والتحقق من مرض الموت ففي تعريف للأمام مالك بن أنس جاء بأنه "المرض الذي كثرت الموت بسببه والهلاك به كثيرا ولا يشترط الغلبة في الموت بسببه والأمر يعود لأهل الإختصاص وهم الأطباء والعارفين به..."⁵ أما فقهاء الشافعية فقد ذكروا أوصاف مرض الموت و إشتراطوا أن يكون الموت منه غالبا ويبقى تحديده لأهل الخبرة و الإختصاص، أما الحنفية فذهبوا مثلما ذهب الشافعية والمالكية في ضرورة الرجوع لأهل الإختصاص المتمثلين في الأطباء،⁶ وقد ذكر الفقهاء أن مرض الموت يعرف بالدلائل لا بالموت نفسه والظاهر أن هذه الدلائل يعرفها الخبراء والرجوع إلى الإحصاءات الطبية وإلى الأطباء في طبيعة المرض يعطينا على الأقل ضنا راجحا في أنه مرض الموت أو لا، والضن الراجح هنا يكفي لأن غلبة الهلاك لا يمكن الجزم بها، وقد فصل

¹ محمد أبو زهر، المرجع السابق، ص 316.

² سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص 34.

³ رشاد السيد إبراهيم عامر/المرجع السابق، ص 39.

⁴ رشاد السيد إبراهيم عامر/مرجع نفسه، ص 40، 41،

⁵ أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001، ص 210،

⁶ أحمد القاسمي الحسني، مرجع نفسه ص 112 و 113.

الشافعي في ذلك فقال "إذا ضننا المرض مخوفا لم ينفذ تصرف زاد على الثلث، وإن ضننا غير مخوف فمات فإن حمل على الفجأة نفذ وإلى فمخوف، ولو شككنا في كونه مخوفا لا يثبت إلا بطيبين حرين عدلين فلا يثبت بنسوة، ولا برجل وإمرأتين، لأنها شهادة على غير المال، ولكن إذا كان المرض علة باطنية بإمرأة بحيث لا يطلع عليها الرجال غالبا تثبت بشهادة النساء"¹

ثانيا/الخبرة الطبية لإثبات مرض الموت في القانون الوضعي:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة إلى إثبات مرض الموت تاركا الأمر للقضاء ولكن باعتبار أن مرض الموت واقعة مادية فإنه وبناء على الأحكام العامة للإثبات لاسيما منها المادة 333 من القانون المدني الجزائري يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية، على اعتبار أن مرض الموت من المسائل الفنية التي لا تعتبر من الشؤون العامة المفروض علم الكافة بها وإنما هي من المعلومات الفنية التي لا تتوفر لغير أهل الخبرة من الأطباء فإنه لا يجوز بناء حكم عليها إذا كانت صادرة عن علم شخص القاضي وفي تطبيق محكمة النقض المصرية في قرارها "... لا تثريب للمحكمة إذ هي إتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوب في أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة أشهر قبل وفاته وأنه كان مريضا بنزلة شعبية مما أدى إلى إعتبره مرض موت" وهذا ما يؤكد بأن واقعة المرض مادية ويجوز إثباتها بالشهادة الطبية².

بالرجوع إلى القضاء الجزائري فقد قضت المحكمة العليا بضرورة إثبات قيام مرض الموت للطعن في تصرفات المريض مرض الموت ويجب إثبات وجود مرض والمحكمة تقدر بحسب ظروف كل دعوى ما إذا كان المرض مرض موت، وقد جاء في قرار المحكمة العليا "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجري إلى الموت وبه فقد المتصرف وعيه وتميزه فإن القضاة بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص، إذا كان الثابت أن الطاعنين لم يستطيعوا إثبات أن البائع لم يكن يملك تميزه ولا صحة إدراكه وقت تصرفه وأن المرض الأخير الذي إعتراه أدى إلى تصرف باطل فإن قضاة الموضوع إقتنعوا بما لهم من أدلة يكون المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرف مرتبة الطعن المؤسس على مخالفة أحكام

¹ رشاد السيد إبراهيم عامر، مرجع سابق، ص 35.

² سارة خضر أرشيدات، مرجع سابق ص 55.

هذا المبدأ (إستوجب رفض الطعن)¹، والمكلف بإثبات المرض هو الوارث الذي يدعي في مرض الموت ويطلب البطلان لأنه مدع ويجوز الإستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض، والإستناد إلى الشهادات المقدمة منهم ويتبع في الإثبات جميع الطرق القانونية ولقد قضت المحكمة العليا أن "مرضى القلب مصنف طبيًا في خانة الأمراض الخطيرة المؤدية للموت في كل ساعة بل في كل لحظة وأن الموت المفاجئ حتى وإن كانت الأعمار بيد الله، فصاحب هذا المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله وقرب موته وهذا يشكل اضطرابًا نفسيًا واضطرابًا جسديًا يتعدى مقاومة المصاب به ويخلق شرخًا في جميع أعماله وتصرفاته..."².

على ذلك فإنه إذا لم يوجد الشخص في حالة يغلب فيها الهلاك فإنه لا يلحق بالمريض مرض الموت حتى ولو مات فعلا ويرجع في تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء³، ولكن يبقى للقاضي في النهاية بعد سماع رأي الأطباء سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب عليه الهلاك عادة وهو يراعي في هذا التقدير كل دعوى على حدى، لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض ولكن يتعين على قاضي الموضوع أن يأخذ عند تقدير مدى تحقق هذا الشرط ما يترتب على التقدم السريع لعلم الطب في العصر الحديث في مجال التشخيص والعلاج من تطور هائل في هذا الشأن، فبعض الأمراض التي كانت في الماضي تسبب الموت عادة وكان الفقهاء يعتبرونها من الأمراض المخوفة مثل مرض السل أو القلب أو السلطان، أو الذبحة الصدرية أو الطاعون إلى غيرها من أمراض أصبحت في أيامنا هذه من الأمراض القابلة لشفاء التام بفضل التطور العلمي الكبير والمستمر في هذا الميدان⁴.

¹ قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، رقم 133719 المحلة القضائية للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد الثالث بتاريخ 1989، ص 15.

² نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت (الوصية، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الإقرار، الخلع، الطلاق) دار الهدى، الجزائر، ص (1817).

³ إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مقالة منشورة بمجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني، غزة فلسطين، ونو 2011/ص 525.

⁴ حسني محمد عبد الدايم، الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 114.

خلاصة الفصل:

إن الحديث عن الشهادة الطبية وتطبيقها في قانون الأسرة يقودنا بالضرورة إلى أمرين مهمين أولهما هو الوسائل العلمية المستحدثة والتي بلغت حد القطعية التي لا تقبل إثبات العكس وهذا ما ينطبق على البصمة الوراثية وأنظمة التحاليل البيولوجية المتطورة التي بلغها علم الجينات الوراثية والإحصاب الصناعي مما أثر إيجاباً على معرفة حقائق النسب وظروف الحمل ومدته والكشف عن الأمراض الوراثية المختلفة، أما الأمر الثاني فهو الخبرة الطبية بحد ذاتها و مضمار الطب الشرعي بعبارة من وسائل الإثبات التي يستعين بها القضاء والتي تهدف إلى تحقيق العدالة بما يتناوله من قضايا كثيرة في مجال الأحوال الشخصية، كحالات الإعتداء الجسدي على النساء والأطفال، وقضايا فسخ النكاح بسبب إدعاء عيوب الزواج أو إثبات حالات مرضية لها علاقة وطيدة بتصرفات الأشخاص وأهليتهم، ومما هو ملاحظ تجاوز الشهادة الطبية حدود التشخيص إلى الوصف الدقيق للجسم البشري حتى بعد مفارقتة للحياة من خلال ما يديه الطبيب الشرعي من تفاصيل دقيقة عند قيامه بعملية التشريح على الجثث لضبط زمن الوفاة وأسبابها، مما يجعلنا نستخلص مدى إتساع نطاق الشهادة الطبية التي باتت وسيلة عملية ذات طبيعة علمية تهدف إلى كشف الغموض عن الحقائق المتعلقة بآثار الزواج.

خاتمة

من أهم إيجابيات العلوم الحديثة هي انعكاس فعاليتها على واقع البشر، فأصبح استغلال نتائجها في شكل منظم قانونا، لذلك كانت الشهادة الطبية انعكاسا حقيقيا لتطبيقات الوسائل العلمية التي تعمل جنبا إلى جنب مع قواعد النظام العام وضوابط العدالة الاجتماعية، فهي الواجهة العلمية والقانونية التي تحمل في ظلها عنوان الحقيقة.

الآن وبعد سنوات من تفعيل الوسائل الطبية والبيولوجية الحديثة في مجال الإثبات ضمن قانون الأسرة كالبصمة الوراثية أصبحت نتائج هذا التفعيل تظهر جليا من خلال الوعي القانوني للأفراد وتوجههم للمطالبة بهذه الآليات رغم ما تحمله من تكلفة باهظة ووقت كبير، ومع هذا فإن إقدام المشرع الجزائري على تجسيد دور الشهادة الطبية انطلاقا من إجراءات ما قبل الزواج تجنبا لأي منازعات مستقبلية مرورا باستغلال الطب العقلي والنفسي في إثبات حالات الأشخاص وأهليتهم وصولا إلى إثبات آثار الزواج من خلال كشف عن العيوب المرضية والعيوب الجسدية لأحد الزوجين فطرية كانت أو متصلة بسبب أجنبي.

يفهم من هذا كله أنه بالرغم من الخصوصيات العقائدية لكل أمة من الأمم عبر العالم إلى أن المد العولمي في مجال التقنيات الحديثة كشف عن توحيد الرؤى حول كسب المزيد من المزايا التي جاءت بها الاكتشافات الطبية لعدد الأمراض الحديثة والتي صنفت كأمراض خطيرة تؤثر في إرادة المريض و تنعكس على حالته النفسية فتجعله غير متزن كأمراض السرطان وأمراض القلب وغيرها، وفي هذا الصدد دائما قد أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لعلم التشريح من خلال اعتماده على الطب الشرعي وما يحتويه من فروع تخدم مختلف القضايا ذات الطابع الحساس كجرائم القتل والاغتصاب في المجال الجنائي وقضايا الميراث في تحديد زمن الوفاة وغيرها.

لقد عبر قانون الأسرة الحالي (بعد التعديل) شوطا كبيرا من العقبات الناتجة عن الجمود الديني، الأخلاقي والاجتماعي التي كانت في سنوات سابقة ترفض مسايرة المد الحضاري والطبي الحديث، وبالرغم من ذلك فإن هذه القفزات تبقى بطيئة وبعيدة جدا عما وصلت إليه تشريعات الدول الغربية التي عمدت على تفعيل مثل هذه الوسائل في عديد المسائل ذات الطبيعة الحساسة وبشكل جريء جدا ومثال ذلك اعتماد أسلوب بنوك الأجنة من أجل الحفاظ على النسل البشري السليم وتدعيم الإخصاب الصناعي للقيمين مهما كانت طبيعة علاقتهم اجتماعيا أو حفظ أجتهم لحين الاستعمال، وإجارة الأرحام وغيرها من المسائل التي وصلت بواسطة اكتشاف خصائص الجينوم الوراثي إلى محاولات الاستنساخ البشري، وهذا ما سيظل بعيد عن تطلعات المشرع الذي يحدد ضوابط الشهادة الطبية دون الخروج عن حدود الشريعة الإسلامية لتبقى المقاربة التي يراهن

عليها التشريع الوضعي هي تحسين أداء القضاة من خلال تطوير طرق الإثبات تماشيا مع متطلبات العصر للوصول إلى الحقائق المرجوة.

وقد توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى النتائج التالية:

- لقد تبنى المشرع الجزائري الطرح الداعم للاعتماد على الوسائل العلمية الحديثة لكنه خصه بفقرة صغيرة في نص المادة 40 من قانون الأسرة دون إحاطته بتفاصيل أخرى، فقد ذكر الوسائل العلمية دون تبيان ماهيتها وظروف القيام بها وصلاحيات القضاة في بسط رقابته عليها وغيرها من المسائل التي يجب أن تحيط بجوانب هذا الموضوع.
- إن إدراج الشهادة الطبية قبل الزواج كشرط لانعقاده هي خطوة بناءة تحسب للمشرع الجزائري بالرغم من شكلية هذا الإجراء أكثر من موضوعيته.
- بالرغم من قيمة الوسائل العلمية في مجال الإثبات إلى أن المشرع يجب أن يجد حلولاً للعوائق التي تحد من فعاليتها لاسيما فيما يخص تعارض قرينتي حرية الإثبات مع مبدأ عدم إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه أو مبدأ حرية حماية الحرمة الجسدية للفرد في ظل مبادئ حقوق الإنسان.
- لقد تجاهل المشرع تعريف مرض الموت في قانون الأحوال الشخصية ولم يتعرض إلى كيفية التحقق منه والوسائل المتبعة في ذلك وقد يكون السبب أنه ترك ذلك للقضاء.

وقد وصلنا بعد إنهاء هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات وهي:

- وجوب تشجيع البحوث العلمية في مجال الطب الحديث و العلوم البيولوجية خاصة من طرف الدولة وهذا لدعم مسار استعمال هذه التقنيات على المدى الأوسع.
- وضع ضوابط تتسم بالنجاعة والحزم في تطبيق نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة التي تنص على وجوب الخضوع للفحص الطبي قبل الزواج وهذا عن طريق إيجاد آلية لإجبار القائمين على عقود الزواج بإبلاغ المقبلين على الزواج بما تحتويه الشهادة الطبية.
- ينبغي وضع تسهيلات مادية لاسيما بخصوص انتشار مخابر التحليل الجيني والبصمة الوراثية لتشجيع المتقاضين المتخوفين من اللجوء إلى الوسائل العلمية بسبب طول مدة الإجراء أو تكلفته الباهظة.
- تفعيل دور الطب النفسي والإرشاد الاجتماعي على مستوى المحاكم مما يضيفي على الخبرة النفسية و الاجتماعية دورا فعالا في تقريب الرؤى للقضاة في مجال منازعات الحضانة أو منازعات العنف الجسدي والمعنوي الرامية لطلب الطلاق أو التعويض.

قائمة المصادر والمراجع

I. قائمة المصادر

. القواميس :

- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة 1، سنة 2000.
- أحمد بن محمد الفيومي، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحا، دار الفكر العربي، مصر، بدون سنة.
- لوين معلوف، منجد في اللغة و الأدب و العلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت. الطبعة 19، سنة 2010.

II. قائمة المراجع

1. الكتب العامة:

- أبو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، كلية الشريعة والقانون طنطا، دار الجامعة الجديدة لنشر، جامعة الأزهر، مصر، طبعة 2000.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1960
- أحسن بوسقيعه - الوجيز في القانون الجزائري العام، دار الهومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، سنة 2009
- العربي بلحاج، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2001-2003.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، " مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصفية" الطبعة الثالثة، الجزء الأول (الزواج و الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 .
- العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، بدون دار نشر، طبعة 2007
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (الجزء الأول)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، (2010).
- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ظل قانون الأسرة الجديد، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر 2012 .
- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2000 .
- أميرة محمد مغازي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة لنشر، طبعة 2008.

- حسني عبد الدايم، الموت وأثره على عقد البيع، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- رمضان علي الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2006.
- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002.
- عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزيف، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون سنة طبع.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، جامعة الخليل، دار الثقافة لنشر والتوزيع، فلسطين، طبعة 2007.
- عمر أحمد الراوي، مرجع الطلاب في الموارث على المذهب المالكي، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون طبعة.
- غوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى 2001.
- غوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، بدون سنة طبع.
- كامل مرسي، الوصية وتصرفات مريض مرض الموت في القانون المصري والقوانين الأجنبية، المطبعة العالمية، القاهرة، بدون طبعة.
- محمد أبو زهرة، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، دار الفكر، القاهرة، 1987.
- محمد كمال حمدي، الولاية على المال (الأحكام الموضوعية، الإختصاص والإجراءات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- مصري مبروك، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار الهومة لطباعة، طبعة 2010.
- نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت (الوصية، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، الخلع، الطلاق) دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

2. الكتب المتخصصة:

- أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2001.
- أسامة قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، مصر، الطبعة 1989 .
- أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة 1989 .
- الجيلالي تشوار، الزواج والطلاق إتجاه الإكتشافات الحديثة الطبية والبيوطبية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة، 2001.
- العربي بلحاج ، معصومية الجثة في الفقه الإسلامي في ضوء القانون الطبي الجزائري، دار الثقافة، عمان، الأردن، طبعة 2009.
- أمير فرج ، أحكام المسؤولية الجنائية الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، مصر، 2006 .
- أوان عبد الله الفيضي ، الخبرة الطبية في الدعوة المدنية ، كلية الحقوق، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر، 2015.
- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، دار النفائس، بيروت لبنان. الطبعة الأولى 2009.
- جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الدار العلمية الدولية لنشر والتوزيع، عمان الأردن ، الطبعة الأولى 2002.
- حسام سهيل النوري ، أثر الجنون في التصرفات العقلية و الفعلية في الشريعة الإسلامية ، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2013 .
- حسني عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، جامعة الأزهر، الإسكندرية، مصر طبعة 2007.
- حسني محمود عبد الدايم ، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2000.
- شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر، 2003.
- صفوان محمد شديفات ، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية ، دار الثقافة ، عمان، الطبعة الأولى، 2011 .
- صفوان محمد عصيبات ، الفحص الطبي قبل الزواج ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2011 .
- طارق عبد المنعم خلف، أحكام التدخل الطبي في النطف البشرية، دار النفائس لتوزيع، بيروت لبنان، طبعة 2010.

- عبد الحفيظ أوسوكلين ، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيا الحديثة ، كلية الحقوق، جامعة وهران، طبعة 2007.
- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاجي نالنظرية و التطبيق، دارالنهضة العربية ، مصر، سنة 1986 ، .
- عبد الفتاح أبو كييلة ، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي طبعة 2008
- علي محي الدين القرداغي ، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الاسلامي ، دراسة علمية وفقهية ، مجلة المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ، عدد 07، يوليو 2005
- فاتن البوعيشي الكيلاني ، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدھا ومقاصدها ، دراسة مقارنة ، دار النفائس ، الأردن ، الطبعة الأولى 2011.
- منصور عمر المعاينة ، المسؤولية المدنية والجنايئة في الأخطاء الطبية ، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر ، الرياض، 2004 .
- يحيى بن لعلي ، الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرني ، باتنة ، بدون طبعة
- يوسف صلاح الدين يوسف ، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية في المنظور الشرعي والطبي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى ، سنة 2008.

3. الأطروحات والرسائل:

1. أطروحات الدكتوراة:

- عبد القادر علاق ، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج ، (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر، السنة الجامعية : 2012 – 2013
- فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة ،فؤاد الأول، دارالجوهري لطباعة و النشر، مصر، 1952 .

- ماينو الجيلالي، الإثبات بالبصمة الوراثية، رسالة دكتورة، قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2015، 2014.
- مختار قوادري ، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي ، أطروحة دكتوراه ، جامعة وهران ، 2010/2009 .
- يوسف الشيخ، أثر التطورات الطبية والبيولوجية على نظام الإثبات في الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المقارن، أطروحة دكتورة علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، الجزائر.
- 2. رسائل الماجستير :**
- آيت شاوش دليلا، إهماء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2014.
- بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية لطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الإصطناعي، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن، سنة 2011.
- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري، مقارنا بالشرعية الإسلامية والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، سنة 1989.
- سارة خضر أوّشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان الأردن.
- طاهر كشيدة ، المسؤولية الجزائية للطبيب ، رسالة ماجستير في القانون الطبي ، جامعة أوبوكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، السنة الجامعية ، 2010 / 2011 .
- عادل العشابي ، الشهادة الطبية في القانون المغربي ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني جامعة محمد الخامس أكادال ، الرباط ، سنة جامعية ، 2001-2002 .
- عائدة يرمانى غربال، مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية، (تونس مثلا) ، رسالة ماجستير، تخصص حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجامعة اللبنانية، سنة 2005-2006.
- عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2006.

- عدنان علي النجار ،التفريق القضائي بين الزوجين ، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني،رسالة ماجستير ، غزة ،فلسطين 2004 .
- عماري سناء،التصرفات القضائية للحضانة وإشكالاتها في قانون الأسرة الجزائري،رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الشهيد حمة لخضر،الوادي،الجزائر،سنة 2014-2015.
- فؤاد بوصبع،البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب،رسالة ماجستير في القانون الجنائي كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة منتوري ،قسنطينة،الجزائر،سنة 2011-2012.
- كوثر أحمد خالد،الإثبات العلمي بالوسائل العلمية،دراسة تحليلية مقارنة،رسالة ماجستير،كلية القانون والسياسة،جامعة صلاح الدين،محافظة أربيل، العراق،2007.
- محمد جبير،شعبان الصفدي،أحكام الإنجاب خارج الرحم،رسالة ماجستير،في الفقه المقارن،جامعة غزة،فلسطين.سنة 2007.
- يزيد عيسات ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر، 2002-2003 .
- يوبي سعاد،تنازع القوانين في مجال النسب،رسالة ماجستير،تخصص قانون خاص،كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،الجزائر،سنة 2009-2010.
- يوسف بوشي،الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا،دراسة مقارنة،رسالة ماجستير في القانون،دار الفكر الجامعي،أمام كلية الحقوق الإسكندرية،الطبعة الأولى.

3 مذكرات الماجستير:

- فايزة دموش ، تصرفات المريض مرض الموت ،مذكرة الماجستير ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، الموسم الجامعي 2014/2015 .
- لامية العوفي،التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة،مذكرة لنيل إجازة القضاء،المدرسة العليا للقضاء،سنة 2005-2006.
- نجمة مالكي ،المسؤولية الجنائية للطب في التشريع الجزائري ، مذكرة الماجستير في الحقوق ،جامعة محمد خيضر، بسكرة ، الجزائر،الموسم الجامعي، 2013 /2014.

4. المقالات:

- أحمد ماهر السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، مقالة بمجلة الشريعة الإسلامية، المجلد الرابع عشر العدد أول يناير 2006، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.
- إياد محمد جاد لحق، هبة المريض مرض الموت، مقالة بمجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الثاني يونيو 2011
- بندر بن فهد سويلم، البصمة الوراثية وأثرها في النسب، بحث محكم بمجلة العدل، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، العدد 37. سنة 1429هـ.
- عز الدين كيجل، اللعان بين الزوجين في الفقه الإسلامي و مدى تطبيقه في القضاء الجزائري، مقالة منشورة في مجلة المفكر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، العدد 3، سنة 2013، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- علي هاشم أثر تحليل الدم في ضبط النسب، مقالة بمجلة الدفاتر السياسة والقانون، جامعة، العقيد أحمد دراية، أدرار، العدد 06 جانفي 2012.
- فواز صالح ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي القانون الخاص ، مقالة منشورة بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد - 22 العدد الأول 2006
- مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مقالة بمجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة دراسات شرعية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول يناير 2005، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، فلسطين.
- محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مقالة بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد، 1996، سنة 1996.
- محمد الحسن مصطفى البغا ، الفسخ القضائي بعيوب الزوجين في الفقه الاسلامي و قانون الأحوال الشخصية السورية ، مقالة بمجلة جامعة العلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 24 ، العدد الأول ، 2008 ، ص 538.
- محمد تأويل، الخبرة القضائية وأثرها في ثبوت النسب ونفيه من المنظور الإسلامي، مجمع الفقه القانوني والشرعي، مقالة بجريدة المحجبة، العدد 261، بتاريخ 16 سبتمبر 2006.
- ناهد البقصي، الهندسة الوراثية والأخلاق، مقالة بمجلة المعارف، سلسلة المعارف، مكتبة الإسكندرية، العدد 174، سنة 1993.
- نصيرة براهيم، المرأة والعنف في المجتمع الجزائري، تحليل سوسيولوجي، أسبابه وتمثيالاته الإجتماعية في الجزائر، مقالة بمجلة كلية الأدب والعلوم الإنسانية والإجتماعية، باجي مختار، عنابة، الجزائر.

- نورة العطوى، التقارير الطبية لا تكفي لإثبات العنف، مقالة بجريدة تحقيقات وتقارير، الحد 06 أبريل 2014 الموافق ل 06 جمادى الآخر، الرياض، المملكة العربية السعودية.

5. أعمال المؤتمرات:

- إبراهيم بن ناصر ابن إبراهيم البشر، أكثر مدة الحمل، كلية الشريعة الإسلامية، جامعة أم القرى، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في ديسمبر 2012.
- إبراهيم صادق الجندي، الفحص الجيني و دوره في قضايا التنازع عن النسب و تحديد الجنس، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002
- أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم، مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي و القانون الوضعي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- توصيات الندوة الوراثية للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورة 15، الكويت أكتوبر 1998.
- خالد بن عبد الله المصلح ، إخبار الطب أحد الزوجين نتائج الفحوص الطبية للأخر (رؤية شرعية) ، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقد بمكة 2012.
- الشيخ محمد السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية، الكويت 1998 عبد الفتاح عبد الله بسلامة، مدة الحمل و أكثرها، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في ديسمبر 2012.
- فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في إثبات الجنائي، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- ماجد راغب الحلو، الهندسة الوراثية و حقوق الإنسان بين القانون و القرائن، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- محمود ادريس ، ، اخبار الطب الزوج الصحيح نتائج فحوص زوجة المريض المؤثرة عليه ،الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الاسلامي المنعقدة بمكة ، 2013/2012.
- محمد برادة غزبول، القانون المغربي، الإخصاب من المنظور الإسلامي، مجمع الفقه القانون و الشرعي.

- محمد رأفت عثمان، البصمة الوراثية و دوره في إثبات و نفي النسب، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- محمد علي البار، مدة الحمل أقله و أكثره في الطب و الشرع و القانون، الدورة الحادية و العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في ديسمبر 2012.
- محمد مختار السلامي، التحليل البيولوجي للعينات البشرية، و حجيته في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- وليد عكون، البصمة الوراثية و أثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، 2002.
- وهبة الزحيلي، البصمة الوراثية ودورها في الإثبات مؤتمر ندوة الوراثة الهندسة الوراثية و الجينوم البشري والعلاج الجيني، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة السادسة عشر، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2002.

6. المواقع الإلكترونية :

- بتاريخ 2016/04/02 <http://www.islamtoday.net>
- بتاريخ 2017/03/22 <http://www.islamtoday.net>
- بتاريخ 2017/04/02 <http://www.islamtoday.net>
- <https://www.arab-ency.com>
- <http://www.droit-dz.com>
- بتاريخ 16 أفريل 2017 <http://droit7.blogspot.com>
- <http://www.droit-dz.com>
- <http://www.startimes.com>
- <http://kenanaonline.com>
- <http://www.startimes.com>
- <http://forum.hawahome.com>

- 2008/01/16 بتاريخ <http://www.elkhabar.com> -
<http://www.layyous.com> -
<http://www.blog.saeed.com> -
2017/04/22 بتاريخ <http://www.tribunaldz.com> -
<http://www.staralgeria> -
2017/03/26 بتاريخ <http://mouaskamel.blogspot.com> -
<http://shamela.ws/browse> -
2017/04/24 بتاريخ <http://www.droit.dz.com> -
<http://www.droit-alafdal.net> -
2017/04/28 بتاريخ <http://www.wislamtoday.net> -
<http://www.droit.dz.com> -
<http://droit.blogspot.com> -
<http://droit.moontada.com> -
<http://www.droit.alafdal.net> -
www.alukah.net -
www.droit-dz.com -
2017/04/30 بتاريخ <http://WWW.TRIBUNALDZ.COM> -
2017/05/02 بتاريخ <http://avocats-sba.dz> -

8. القوانين والتنظيمات :

الدستور :

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في ديسمبر 1996، المعدل بـ القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002.
والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق ل06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

الأوامر والقوانين:

- أمر رقم 156/66 المؤرخ في: 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم ، جريدة رسمية ، العدد 49 بتاريخ: 11/06/1966 ، المعدل والمتمم بموجب القانون 06-23، المؤرخ في 20/12/2006، الجريدة الرسمية العدد 84، المؤرخة في 24/12/2006.

- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 وبالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج ر ، عدد 31 المؤرخ في 13 مايو 2007 .

- الأمر رقم 79/76 المؤرخ في 23/10/1976 الذي تتضمن قانون الصحة العمومية ، جريدة رسمية ، العدد 101 المؤرخة في 19/12/1976

- القانون 84.11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم القانون 11/84 جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

- قانون 05/85 مؤرخ في 16/02/1985 المعدل بالقانون رقم 09/98 المؤرخ في 19/08/1998 المتعلق بحماية الصحة ، و ترقيتها المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 08 بتاريخ: 17/02/1985 .

- القانون رقم 01/06 ، المؤرخ في: 20/02/2006 ، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ، المعدل والمتمم للأمر رقم 156/06 المتعلق بقانون العقوبات ، جريدة رسمية ، عدد 14 : بتاريخ: 08/03/2006 .

القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

- القانون رقم 13/08 المؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 20 يوليو 2008 المكلف بحماية الصحة وترقية التشريع الجزائري ، جريدة رسمية ، عدد 44 مؤرخة 17 رجب 1429 ، الموافق 03 أوت 2008.

المراسيم التنظيمية:

- المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 المتضمن المصادقة على تصريحات التفسيرية على إتفاقية حقوق الطفل، الجريدة الرسمية رقم 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.
- المرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق لـ 06 يونيو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب في التشريع الجزائري ، جريدة رسمية ، العدد 52 مؤرخة في 05 محرم عام 1413 الموافق لـ 07/08/1992.
- المرسوم الرئاسي رقم 96/438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ، جريدة رسمية ، العدد 76 المؤرخة في 08/12/1996 .
- المرسوم الرئاسي ، رقم 04/183 المؤرخ في 27 جوان 2004 الذي يتضمن إحداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام لدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004
- المرسوم تنفيذي رقم 06/154 المؤرخ في 11 مايو 2006 ، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكر من القانون رقم : 84/11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية ، العدد 31 .

الملاحق

ملحق الآيات والأحاديث

أولاً - الآيات

رقم الآية	السورة	الآية
280	سورة البقرة	{فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ}
286	سورة البقرة	{لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا}
229	سورة البقرة	{فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}
283	سورة البقرة	{لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ}
07	سورة الانبياء	{وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجُلًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ}
59	سورة الفرقان	{الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَىٰ عَلَى الْعَرْشِ الرَّحْمَنُ فَاسْأَلْ بِهِ خَبِيرًا}
38	سورة آل عمران	{رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ}
26	سورة الفتح	{وَأَلْزَمَهُمْ كَلِمَةَ التَّقْوَىٰ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا}
56	سورة المدثر	{وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ}
22	سورة الحجر	{وَأَرْسَلْنَا الرِّيَّاحَ لَوَاقِحَ}
50-49	سورة الشورى	{لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (49) أَوْ يَزُوجَهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ}
34	سورة النساء	{وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا}
05	سورة النساء	{وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا}

		وَكَسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا {
15	سورة الاحقاف	{وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا {
14	سورة لقمان	{وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالَهُ فِي عَامَيْنِ
21	سورة الروم	{ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً {
01	سورة النساء	{ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً {
06	سورة النور	{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ {
15	سورة الأحقاف	{ وَحَمَلَهُ وَفِصَالَهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا {
233	سورة البقرة	{ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ {

ثانيا- الأحاديث النبوية

المرجع	اخراج الحديث	الحديث
كتاب : فتح الباري شرح صحيح البخاري للكاتب أحمد بن علي بن حجر العسقلاني	رواه البخاري عن أمنا عائشة	أن رسول الله (صلى الله عليه و سلم) "دخل علي مسرورا تبرق أسارير وجهه ، فقال : ألم تري أن معجزا نظر آنفا إلى زيد بن حارثة و أسامة بن زيد فقال : أن هذه الاقدام بعضها من بعض"
شرح عمدة الأحكام - للشيخ : (عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين)	سنن أبي داود	أن النبي (صلى الله عليه و سلم) قال : "ليس هنا من خيب امرأة علي زوجها"
فتح الباري أحمد بن علي بن حجر العسقلاني	رواه الشافعي عن ابن عمر	"تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"

اللمعة في حكم ضرب الزوجة ،الدكتور نايف بن أحمد الحمد	صحيح البخاري	"لا يجلد أحدكم إمرأته جلد العبد ثم يجامعها آخر اليوم"
مستدرك الوسائل للمحدث النوري ، جزء 14	حديث الحولاء بالسند المتقدم	"أي رجل لطم إمرأته أمر الله عز وجل مالكا خازن النيران فيلطمه على حر وجهه سبعين لكمة في نار جهنم"
بحار الأنوار ، جزء 100 ، ص 249		"أني أتعجب ممن يضرب إمرأته وهو بالضرب أولى منها، لا تضربوا نساءكم بالخشب فإن فيه قصاص"
مجموع شرح المذهب	سنن أبي داود	"إذا إستهل المولود ورث"
مجموع شرح المذهب	الترمذي والنسائي وإبن ماجة والبيهقي	"لا يرث الصبي حتى يستهل"

ملحق قرارات المحكمة العليا

الرقم	الجهة	تاريخ القرار	رقم القرار	النشر
01	قرار المجلس الأعلى	1984/05/14	33275	المجلة القضائية 1990، العدد 02، ص 75
02	قرار المجلس الأعلى	1984/11/19	34784	المجلة القضائية 1989، العدد 03، ص 73
03	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	1984/07/09	33719	المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث بتاريخ 1989، ص 15.
04	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	1992/12/22	87301	المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1995 ص 92.
05	قرار المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة	1993/02/23	88856	مجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1996، ص 69
06	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	1995/10/24	123889	نشرة القضاة المحكمة العليا، العدد 52 سنة 1997، ص 111
07	قرار المحكمة العليا	1997/10/28	172379	المجلة القضائية، العدد 04 سنة 1991، ص 110.
08	قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة	1998/10/20	204821	المجلة القضائية المحكمة العليا، 2001 ص 82.
09	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	1998/11/17	210478	المحكمة العليا، المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 67.
10	قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة	1999/03/16	219318	مجلة المحكمة العليا، 2000 عدد 2، ص 183.
11	قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة	1999/06/15	674222	المجلة القضائية للمحكمة العليا 2001، ص 82.
12	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	1999/02/06	213571	مجلة القضائية بالمحكمة العليا، عدد خاص سنة 2000، ص 119.
13	قرار المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة	2001/01/23	258555	المجلة القضائية لمحكمة العليا، العدد 2، سنة 2002، ص 417.

14	قرار المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة	2002/02/13	273529	المجلة القضائية لمحكمة العليا، العدد 2 سنة 2003، ص 289
15	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	2005/05/18	330566	مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2005، ص 301.
16	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	2005/07/13	332324	نشرة القضاة المحكمة العليا، العدد 59ب، 2006، ص 236.
17	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	2005/11/16	337176	نشرة القضاة المحكمة العليا، العدد 65، سنة 2010، ص 319.
18	قرار المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة	2006/03/05	355180	مجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2006، ص 469،
19	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	2006/05/17	364860	مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007، ص 437.
20	قرار المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية	2006/07/12	365226	مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص 477
21	قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة	2010	605592	مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2010 ص 247.
22	قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية	2011/01/13	596191	مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2011 ص 272.

الفهرس

الفهرس

شكر وعران

إهداء

01.....	مقدمة.....
	الفصل الأول: الأثر القانوني لشهادة الطيبة في إثبات حالة الأشخاص ضمن قانون الأحوال الشخصية
08.....	المبحث الأول: إنشاء الشهادة الطيبة والمسؤوليات الناشئة فيها.....
08.....	المطلب الأول: مفهوم الشهادة الطيبة ومدى مشروعيتها الإستعانة بها.....
08.....	الفرع الأول: المقصود بالشهادة الطيبة.....
12.....	الفرع الثاني: مشروعيتها الشهادة الطيبة.....
14.....	المطلب الثاني: المسؤولية المدنية المترتبة عن إنشاء الشهادة الطيبة.....
15.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية.....
16.....	الفرع الثاني: المسؤولية العقدية.....
18.....	الفرع الثالث: المسؤولية التقصيرية.....
19.....	الفرع الرابع: المسؤولية التأديبية.....
20.....	المطلب الثالث: المسؤولية الجنائية المترتبة عن إنشاء الشهادة الطيبة.....

- 20..... الفرع الأول: جريمة تزوير شهادات طبية.....
- 23..... الفرع الثاني: جريمة إفشاء السر المهني (الطبي).....
- 25..... المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للشهادة الطبية ما قبل الزواج.....
- 26..... المطلب الأول: التكيف الفقهي والقانوني للشهادة الطبية قبل الزواج.....
- 26..... الفرع الأول: التكيف الشرعي للشهادة الطبية قبل الزواج.....
- الفرع الثاني: التكيف القانوني للشهادة الطبية قبل الزواج وموقف
- 28..... قوانين الأحوال الشخصية العربية منه.....
- 30..... المطلب الثاني: آثار الشهادة الطبية قبل الزواج وحكم إخبار أحد الخاطبين أو إخفاؤه.....
- 30..... الفرع الأول: إيجابيات وسلبيات الفحص الطبي قبل الزواج.....
- 32..... الفرع الثاني: حكم إخبار أحد الخاطبين أو إخفاء الشهادة الطبية قبل الزواج.....
- 37..... المطلب الثالث: تنظيم الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون الجزائري.....
- 38..... الفرع الأول: الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري.....
- 39..... الفرع الثاني: طبيعة الفحص الطبي ومدى إلزاميته في القانون الجزائري.....
- 40..... الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التفريق للعيوب.....
- 43..... المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للشهادة الطبية في الحجر القضائي.....
- 43..... المطلب الأول: عوارض الأهلية.....
- 43..... الفرع الأول: تعريف الأهلية.....

- 45..... الفرع الثاني: أقسام الأهلية.
- 46..... الفرع الثالث: عوارض الأهلية.
- 47..... المطلب الثاني: النظام القانوني للحجر القضائي.
- 47..... الفرع الأول: مفهوم الحجر القضائي.
- 53..... الفرع الثاني: إجراءات توقيع الحجر.
- 54..... المطلب الثالث: حجية الشهادات الطبية في إثبات الحجر القضائي.
- 54..... الفرع الأول: مضمون الشهادات الطبية التثبت الحجر القضائي.
- 56..... الفرع الثاني: موقف القضاء من الشهادة الطبية في إثبات الحجر القضائي.
- الفصل الثاني: الأثر القانوني لشهادة الطبية في إثبات آثار الزواج
- 59..... المبحث الأول: تطبيقات الشهادة الطبية في مسائل النسب.
- 59..... المطلب الأول: إثبات النسب ونفيه عن طريق الطرق العلمية والبيولوجية.
- 60..... الفرع الأول: إثبات ونفي النسب عن طريق البصمة الوراثية.
- 72..... الفرع الثاني: إثبات ونفي النسب عن طريق أنظمة تحاليل بيولوجية أخرى.
- 75..... المطلب الثاني: إثبات مسائل النسب الناتج عن طريق التلقيح الإصطناعي.
- 76..... الفرع الأول: أحكام التلقيح الإصطناعي في نفي وإثبات النسب.
- 82..... الفرع الثاني: مشروعية التلقيح الإصطناعي في الفقه والقوانين الوضعية.
- 85..... المطلب الثالث: القيمة القانونية للوسائل العلمية في إثبات ونفي النسب.

- 86..... الفرع الأول: حجية الشهادة الطبية في إثبات ونفي النسب.....
- 89..... الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الطرق العلمية لإثبات النسب ونفيه.....
- 91..... المبحث الثاني: مكانة الشهادة الطبية في مسائل الفرقة بين الزوجين.....
- المطلب الأول: القيمة القانونية لشهادة الطبية في تحديد ضرر الزوجين
- 92..... بسبب العقم أو عيب أحدهما.....
- 92..... الفرع الأول: الضوابط الشرعية والقانونية للعقم في ظل التطورات الطبية الحديثة.....
- الفرع الثاني: الضوابط الشرعية والقانونية لعيوب الزوجين المثبة لخيار فسخ الزواج
- 96..... في ظل التطورات الطبية الحديثة.....
- 103..... المطلب الثاني: ثبوت الضرر الناتج عن سوء معاملة الزوجة.....
- 103..... الفرع الأول: مفهوم الضرر.....
- الفرع الثاني: حكم إثبات ضرر الزوجة بسبب العنف الجسدي
- 105..... في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.....
- 109..... المطلب الثالث: مجال الشهادة الطبية في مسائل الحضانة.....
- 109..... الفرع الأول: الحضانة في نظر القانون والقضاء.....
- الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء الجزائريين
- 111..... في الإستعانة بالشهادة الطبية في مسائل الحضانة.....

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لشهادة الطيبة في إثبات مسائل الميراث ومرض الموت	113
المطلب الأول: حجية الشهادة الطيبة لتحقق من ثبوت ميراث الحمل فقها وطيبا	113.....
الفرع الأول: ظوابط ميراث الحمل	114.....
الفرع الثاني: ميراث الحمل وموقف المشرع الجزائري في ثبوته	118.....
المطلب الثاني: أهمية الشهادة الطيبة في تحديد أسبقية الوفاة	119.....
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي والطب الحديث في إثبات أسبقية الوفاة في مسائل الميراث	120.....
الفرع الثاني: نطاق التطورات العلمية في إثبات أسبقية الوفاة في القانون المقارن	123.....
المطلب الثالث: القيمة الشرعية والقانونية للشهادة الطيبة في مسائل مرض الموت	124.....
الفرع الأول: مفهوم مرض الموت	124.....
الفرع الثاني: إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطيبة شرعا وقانونا	127.....
الخاتمة	131.....
قائمة المصادر والمراجع	133.....
ملاحق	145.....
الفهرس	150.....