

- عبارة عن خلية جانبية تولد مع الساعات الأولى من إخصاب الخلية وفي خلال أربعة أيام تتميز إلى خلايا متعددة النشاطات وبذلك تم تسميتها خلية كاملة القدرات وهي تتأقلم في أي مكان^(١٧٠٠).
- هي خلايا المنشأ التي يخلق الجنين، ولها القدرة في تشكيل مختلف أنواع خلايا جسم الإنسان^(١٧٠١).
- هي خلايا غير متخصصة وغير مكتملة الانقسام لا تشابه أي خلية متخصصة ولكنها قادرة على تكوين خلية بالغة بعد أن تنقسم عدة انقسامات في ظروف مناسبة وأهمية هذه الخلايا تأتي من كونها تستطيع تكوين أي نوع من الخلايا المتخصصة بعد أن تنمو وتتطور إلى الخلايا المطلوبة^(١٧٠٢).
- هذا وتسمى الخلايا الجذعية بعدة مسميات منها "خلايا المنشأ" أو "الخلايا الأم"^(١٧٠٣)، أو "الخلايا الأولية".
- وتثير عمليات الاستئصال وزرع الأعضاء البشرية عموماً الكثير من المشاكل، ولعل القانونية منها هي الأهم لجسامة الآثار وأتساع نطاقها، سواء بالنسبة للمتبرع أم للمريض أم للطبيب أم لجميعهم^(١٧٠٤)، وهذا الأمر يزداد تعقيداً أكثر في مجال العلاج بالخلايا الجذعية، لأن من شأن الأخير المساس بحق الإنسان في الحياة في حالة استخلاص هذه الخلايا من بعض المصادر، والمساس بحقه في السلامة الجسدية عند حالتي الاستخلاص والزرع لهذه الخلايا، مما قد يؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية الطبيب، فضلاً عن أثرها في مدى مشروعية هذا النوع من العلاج وتوافقه مع النظام العام والأداب العامة، لذا لا بد من وضع شروط قانونية وفنية للقيام باستخلاص أو زرع هذه الخلايا، وقد تصافرت جهود الفقه والتشريع والقضاء في تبني مجموعة من هذه الشروط، تلخصت في الحصول على الموافقة المستنيرة من المتبرع أو المريض بعد القيام بتبصير كل منهما بمخاطر ما يريد الإقدام عليه، حتى لا تكون هذه العملية مجازفة بالنسبة للمتبرع، وتكون معقولة وضرورية بالنسبة للمريض، مع وجوب انعدام المقابل أياً كان شكله إزاء التبرع بالخلايا، والأخير شرط مشترك عند استخلاص الخلايا هذه بين الأحياء والأموات، إما في حالة استخلاص هذه الخلايا من الجنث الأدمية وخصوصاً الأجنة المجهضة فيجب التحقق من الوفاة وأخذ الموافقة على الاستئصال، وأن يكون هناك غرض علاجي للاستخلاص، وسنبحث الشروط القانونية فقط، باعتبارها مناط البحث الرئيسية، ولأن الشروط الفنية خارج بحثنا وتخضع للقانون العام.

(١٦٩٩) د. رفعت كامل (أستاذ جراحات الكبد)، جريدة الأهرام، ١٣/١٢/٢٠٠٨، ص ١٨.

(١٧٠٠) د. عبد الرحمن شاهين.

(١٧٠١) أ/ ناجم بركة، اقتطاع وزراعة الأعضاء في ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، ط ٢٠٠٧، ص ٤٩.

(١٧٠٢) مقال بعنوان مركز قومي للخلايا الجذعية في مصر أوائل العام المقبل، بتاريخ ٢١/١١/٢٠١٠، انظر

www.shorouknew.com.

(١٧٠٣) د. عبد اللطيف ياسين، الاستئصال بين الدين والعلم، مطابع اتحاد الكتاب العربي، دمشق، الطبعة الأولى

٢٠٠٠م، ص ١؛ وهو نفس الاسم الذي أخذ به المشرع المصري في المادة الخامسة من القانون المصري

رقم ٥ لسنة ٢٠١٠م بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية.

(١٧٠٤) د. سعد محمد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة،

ص ٦ وما بعدها.

خطه البحث:

للالمام بموضوع البحث قمنا بتقسيمه الى مبحثين كالآتي:
المبحث الاول: الشروط القانونية لاستخلاص الخلايا الجذعية من الاحياء وزرعها.
المبحث الثاني: شروط استخلاص الخلايا الجذعية من الاجنه البشرية.

المبحث الأول**الشروط القانونية لاستخلاص الخلايا الجذعية من الأحياء وزرعها.**

يتم استخلاص الخلايا الجذعية وكالمعتاد من الإنسان الحي الذي يمثل المصدر الأول لكل الأعضاء، وتشكل هذه الشروط أهمية أكبر هنا لأنها تمس حقه في الحياة وحقه في السلامة الجسدية، بعكس حالة استئصال من الأموات، وتتمثل هذه الشروط بوجود قيام الطبيب بتبصير المتبرع والمريض، والحصول على رضاهما، فضلا عن انتفاء وجود المقابل للتبرع بالخلايا، لذا سنبحثها في ثلاثة مطالب كالآتي :

المطلب الأول**الحصول على رضاه المتبرع والمريض^(١٧٠٥)**

لقد أرسى الفقه والتشريع والقضاء مبدأ ثابت في العلاج، وهو عدم جواز إجبار المريض على العلاج إلا في حالات نادرة محددة^(١٧٠٦)، لذا يعد رضاه المتبرع والمريض من أهم شروط إجراء عملية استخلاص وزرع الخلايا الجذعية، من حيث انه يمس أهم الحقوق لهما، والمتمثلة بالحقوق للصيقة بالشخصية، بل لا مناص من القول إن لا شخصية موجودة إذا انعدم أولهما وهو الحق في الحياة، وتبدو أهمية الرضا بشكل أكبر بالنسبة للمتبرع، كونه ليس مريضا وأدخل إلى عداد المرضى عند قبوله عملية استخلاص الخلايا الجذعية منه، وهذا يحتاج إلى رضاه مستنير، كون أقدامه على هذا التبرع مصيريا له في بعض الأحيان، لذا يرى البعض^(١٧٠٧)، أنه يجب على الطبيب أن يتحقق من توافر هذه الموافقة قبل الإقدام على عملية الاستخلاص هذه، ويشترط في هذا الرضاء أن يكون سابقا أو معاصرا للاستخلاص لا لاحقا له، لان الأخير لا يعد من قبيل الرضاء، وإنما من قبيل التسامح، وهو لا يعفي الطبيب من المسؤولية إذ ما حدث ضرر للمريض، والذي يتحقق هنا بمجرد عدم وجود الرضاء، لذلك تقتضي أهمية الرضاء أن يصدر بعد أن يوضح الطبيب للمتبرع مخاطر العملية ونتائجها. إن الرضاء في عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية ومنها الخلايا الجذعية، يتضمن مرحلتين، تتمثل الأولى في الموافقة المبدئية للقبول بفكرة التبرع، ويمكن تسميتها بالوعد

(١٧٠٥) الرضاء لغة، هو مصدر الفعل رضي وهو ضد سخط، وهو بمعنى الإذن والاختيار، وأرضيته مرضاة ورضاء مثل وافقته موافقة. أنظر، محمد أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مادة رضاء، الطبعة الثالثة، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨١ ص ٢٤٦ الرضاء اصطلاحا، هو عمل عقلي مصحوب بالتروي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بالقيام بالفعل الذي يقع، فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرفات أمر ضروري لتكوين الرضاء وصحته، بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والحيلة. انظر، د. محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٦.

(١٧٠٦) د. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ١٤٢.

(١٧٠٧) د. محمود نجيب حسني، الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة في ٢٣ نوفمبر ١٩٩٣، ص ١٨٧.

بالقبول بالعملية، وتمثل الثانية بالرضاء النهائي على إجراء هذه العملية، وهذا يصدر بعد التبصير المستنير، إذ تترتب كل الآثار القانونية المتعلقة بالعملية عليه، وقد نصت أغلب التشريعات القانونية التي تنظم عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية على وجوب أن يكون واضحاً وصريحاً وصادراً عن إرادة حرة خالية من العيوب من الشخص نفسه أو ممن ينوب عنه قانوناً، ويعود أساس اشتراط هذه الرضائية لمبدأ استقلالية المتبرع والمريض وحقهما في تقرير مصير كيانهما المادي، وهو ما تبنته الكثير من الاتفاقيات والقوانين^(١٧٠٨). وبالنظر لتعدد الفئات التي تستخلص منها الخلايا الجذعية والتي تختلف فيما بينها كالبالغين والأجنة والحبلى السري، لذا لا بد من بحث رضاء كل فئة على حدة استكمالاً للفائدة، وبالتالي:

أ- رضاء البالغين:

لا تختلف قواعد هذا الرضاء في حالة استخلاص الخلايا الجذعية أو زرعها كثيراً عن تلك الواجب توفرها في أغلب عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية المعروفة، باعتبارهم البالغين، بحيث يستطيع هؤلاء التعبير بأنفسهم عن رغبتهم في إجراء هذه العملية بشكل حر، وكذلك تمكنهم من ترجمة موافقتهم الشفهية إلى كتابية صريحة، وتفهمهم للمخاطر والعواقب الناتجة عنها بكل يسر وسهولة، فضلاً عن إدراكهم للفوائد المعنوية الصحية وشعورهم بالرضا عن عملهم هذا، ونظراً لأن أغلب عمليات استخلاص الخلايا الجذعية تتم من الأجنة البشرية وحالات قليلة تتم من البالغين، لذا لا يشكل رضاء أصحاب المصدر الأخير أهمية كبيرة عند استخلاص الخلايا الجذعية منها، فضلاً على إن ذلك لا يثير مشاكل قانونية كبيرة كالتى تثيرها عمليات الاستخلاص من الأجنة، لذا سينحصر بحثنا فيها من حيث القواعد العامة وخصوصاً تلك المتعلقة بالرضاء الذي هو من الشروط المهمة التي تتطلبها أغلب التصرفات القانونية. ولقد اهتم الفقهاء المسلمون بالرضاء وقالوا بوجوب الحصول عليه في كل تصرف قانوني للشخص وخاصة تلك التي تتعلق بكيانه المادي، لأنهم يرون إن إمكانية الوصول إلى التكامل بين حق الله وحق العبد يتم عن طريق ممارسة طقوس العبادة، والتي تستوجب سلامة جسده النسبية للقيام بها، لذا فإنهم يرون إن إباحة استئصال عضو من جسم المتبرع أو علاج المريض به مقيدة بعدة شروط، لعل أهمها استحصال رضاؤهما، ويتحتم أن يصدر هذا الرضاء من كل منهم وهو على بينة من أمره^(١٧٠٩)، خصوصاً وأنه الطرف الأضعف في عملية الاستئصال والزرع، والذي لا بد وأن يذعن لهذه العملية بحكم وجود الحاجة العلاجية، لكن الملاحظ إن من المبادئ المستقرة في الأعراف والقوانين الطبية هو ضرورة الحصول على رضاء المريض^(١٧١٠)، في جميع الأعمال الطبية، والتي من أهم تطبيقاتها اليوم زراعة الأعضاء، وأن الطبيب الذي يخل بهذا الشرط يعرض نفسه للمساءلة، وهذا هو الأصل العام إلا أن هناك بعض الحالات المعينة يمكن الاستغناء فيها عن رضاء المريض، كما لو كانت حياته معرضة للخطر الحقيقي أو أنه في حالة نفسية وعضوية لا تسمح له بمناقشة ضرورة هذه العملية أو تركها، أو فقدانه للوعي بحيث لا يدرك فحوى الكلام بخصوص حالته، خصوصاً إذا كان الأمر مترامناً مع وجود العضو المراد زراعته له، وأنه لا سبيل لإنقاذ حياته بغير عملية الزرع هذه له.

(١٧٠٨) انظر المادة (١٧) من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حقوق وكرامة الإنسان والطب الحيوي **Oviedo**،

(٤.IV)، بشأن نقل الأعضاء والأنسجة البشرية (ستراسبورغ ٢٠٠٢). نقلاً عن د. خالد مصطفى فهمي،

النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، ط١، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ٢٥٨.

(١٧٠٩) انظر د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،

بيروت، ٢٠١١، ص ١٣٧.

(١٧١٠) أنظر، د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،

القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٧٤؛ د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الفكر

العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ١٨٧.

وقد أكدت كل التشريعات القانونية التي نظمت استئصال وزرع الأعضاء البشرية على ضرورة الحصول على رضا المتبرع والمريض، لكنها اهتمت أكثر برضاء المتبرع، باعتباره غير مريض وأدخل حالة المرض بالتبرع، أما المريض فإن خياراته مقيدة، وليس أمامه إلا الرضا بعملية الزرع أحيانا لذلك أهتم الفقه والتشريع برضاء المتبرع أكثر من اهتمامهم برضاء المريض، كما إن بحث رضا المتبرع تغني عن الناحية القانونية عن البحث في رضا المريض لتشابههما، لذا سنحذو حذوهم في البحث، فقد اشترط المشرع الفرنسي، الحصول على موافقة صاحب الشأن بشكل مسبق، باستثناء الحالة التي يتطلب فيها وضعه الصحي حصول التداخل العلاجي دون إن يتمكن من إعطاء موافقته بنفسه^(١٧١)، وأن يكون رضا المتبرع البالغ ثابتا بشكل كتابي وموقعا عليه من قبله ومعززا بشهادة شخص يعينه المتبرع بنفسه إذا كان العضو المراد نقله متجددا^(١٧٢)، ونظرا لأن الخلايا الجذعية هي أعضاء متجددة أعضاء يستطيع الجسم إنتاجها بنفسه فإن الرضاء باستئصالها يجب أن يكون بشكل كتابي من قبل المتبرع وأن يضع توقيعه على هذا التبرع ليدل ذلك على توثيقه لخالص إرادته، معززة بتوقيع الشاهد الذي أختاره لذلك، وفي السياق ذاته نص المشرع المصري والكويتي^(١٧٣)، على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين وهم كامل الأهلية، أي أن يكون المتبرعون كامل الأهلية ويصدر رضائهم على شكل إقرار كتابي، أما فيما يتعلق بالرضاء في العلاج بالخلايا الجذعية، فإن هذا الاستئصال منوط بتوفر رضا المتبرع إن كان كامل الأهلية، وعند ذلك تسهل عملية الاستئصال كثيرا، لأن رضائه غالبا ما يكون حر وخالي مع العيوب، لأنه مدرك لما يقوم به، وكذلك عملية الحصول على إقراره الكتابي الذي يتطلبه القانون غالبا ما يكون سهل ويسير، لأنه يتم بشكل شخصي من قبله، وقد نصت أغلب القوانين المعنية بزرها إلى جعلها الاستثناء الوحيد من شرط كمال الأهلية، واستكمالاً للفائدة سنتناول رضا غير البالغين عند استئصال الخلايا الجذعية منهم .

ب- رضا غير البالغين:

إن أغلب قوانين استئصال وزرع الأعضاء البشرية منعت التصرف بالأعضاء البشرية، إلا برضاء المتبرع والمريض، وإن هذا الرضاء لا يمكن أن يصدر من غير البالغين، لذلك يثير العلاج بالخلايا الجذعية جدل قانوني واسع بهذا الخصوص، لأن استئصال الخلايا فيه يتم في أغلبه من الأجنة والأطفال وهو مصدر مهم، لكن الحصول على رضا هؤلاء من غير الممكن تصويره، بل هو فرض المحال! لكن في الوقت ذاته ينازع هذه الأهمية في الاستئصال من هذا المصدر، أهمية أخرى هي إن كمال الأهلية شرط لا بد منه لإعطاء الإذن في التصرف بالأعضاء البشرية، لذلك لا بد من مخرج فقهي وقانوني^(١٧٤)، للترجيح بين

(١٧١) انظر المادة (٣١٦-٣) من القانون ٦٥٣-٩٤ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ الفرنسي المتعلق باحترام

جسم الإنسان. نقلًا عن د. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص ٢٤٣.

(١٧٢) المادة (٢) من المرسوم الفرنسي رقم ٥٠١-٧٨ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨ الخاص بتنفيذ قانون عام ١٩٧٦. نقلًا د. سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(١٧٣) المادة (٣) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٣ الخاص ببنك العيون المصري والمادة (٥) من قانون تنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري؛ انظر المادة (٢) من قانون نقل الأعضاء الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧.

(١٧٤) يرى فقهاء الشريعة الإسلامية إن المبدأ العام في ذلك إن الولي الشرعي لا يملك الحق في التصرف بأعضاء طفلة القاصر، وذلك لكون إن القاصر نفسه لا يملك بسبب قصره التصرف بأعضائه، لذلك فإن الولي الشرعي لا يمكنه امتلاك امتيازات على جسم القاصر أكثر مما يملكه القاصر نفسه، في الوقت نفسه فإن على الولي الشرعي أن يعارض أي اعتداء على جسم القاصر وأن يسهر على احترام مصالحه، ولكن

أهمية المصدر وأهمية وجود كمال الأهلية للإعطاء الإذن بالاستخلاص، علاوة على مازق آخر، ألا وهو إن الصغير إذا احتاج إلى زرع عضو له، فإنه ذلك يستلزم أيضا الحصول على رضائه، وهنا تتعاضد الحاجة، لأن القول بوجود الحصول على هذا المستلزم لا يمكن تحقيقه، باعتبار إن فاقد الشيء لا يعطيه، وهذه النتيجة تصل بنا إلى نتيجة مفادها عدم إمكانية علاجه أو الاستخلاص منه في حالة الضرورة، لعدم إمكانية الحصول على رضائه وهذا مناف للمنطق والإنسانية ولا يستند إلى دليل شرعي أو قانوني، لذا أجاز الفقه استخلاص هذه الخلايا من عديم الأهلية وناقصها إلى أفراد الأسرة الواحدة، ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء، على أن تصدر موافقة كتابية من أبوي الطفل كلاهما أو أحدهما في حالة وفاة الثاني، أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها، أما فيما يتعلق بالقاصر في حالة اقتراب عمره من سن الرشد في فرنسا، فقد أنقسم الفقه، في قيمة الرضاء الصادر منه إلى اتجاهين^(١٧١٥)، الراجح منهما الاعتداء بموافقة.

يرد على هذا الكلام، أنه لا بد من استثناء على ذلك إذا ما تعلق المنفعة لمصلحة الأخوة أو الأخوات، وهذا ما فعلته التشريعات. انظر: د. محمد سعيد رمضان البوطي، مشاكل قانونية معاصرة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١٥. لكن هناك من يرى أن وجود الرابطة القوية بين الأشقاء والشقيقات هي التي تبرر الخروج على قاعدة إبطال التبرع بأموال الصغير لأن فيه إنقاذ حياة أحد أشقائه. انظر: د. أمجد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٣٨. وهناك رأي في الفقه الإسلامي يرى أنه إذا كان شرط كمال الأهلية واجبا لإعطاء الإذن من قبل الخاضع للعلاج، فإن هذا الإذن ينتقل إلى الولي في حالات نقص الأهلية بحسب الترتيب المعتبر في الإرث بحسب قوة القرابة. ينظر في ذلك د. علي محمد علي: إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٤٨. ويرى البعض أن القانون الذي قرر منح الجنين أهلية الوجوب الناقصة، وأسببه على أثرها بعض الحقوق المالية التي لا تحتاج إلى قبول كالإرث والوصية، فإنه يكون من باب أولى تمتعه بالحقوق التي تقتضيها الحياة الإنسانية، ودون الحاجة إلى رضائه أيضاً. انظر د. حسام عبد الواحد الحميداي، الجنين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٥٠١٠، ص ٦٢.

^(١٧١٥) يرى الأول أن القاصر إذا كان مميزاً واقترب سنه من سن الرشد يمكن للجنة الخبراء المكلفة بالاستئصال أن تسمع منه، فإذا كان قادراً على التعبير عن نفسه ومدركاً للنتائج المترتبة على عملية الاستئصال، كان لها أن تعتد برضائه وحده، ولا يكون رضاء الممثل القانوني إلا على سبيل الاحتياط، وقد لا يكفي هذا في بعض القوانين بحيث عن رضاء هذا القاصر لا يمكن أن يعتد به ويكتسب قيمة قانونية كاملة حتى إذا ما أقره ووافق عليه، ما لم توافق عليه سلطة قضائية أو إدارية مختصة بحماية القاصر، ويمكن القول أن هذه الإجراءات بيروقراطية قد تسبب هدراً في المال والوقت، وقد يصل الأمر إلى موت المريض ولم تستكمل بعد، فبما أنه اقترب من سن الرشد فنقصان أيام يجب أن لا يعطل هذه الضرورة العلاجية التي أبحاث لها الضرورات من قبل كل التشريعات وأولها السماوية، خصوصاً وأنه قادر على التعبير عن نفسه، ومدرك للنتائج، ويمكن احتياطاً على كل ذلك، أن تؤخذ موافقة ممثله القانوني. ويرى الثاني: إمكانية الاعتداد برضاء القاصر وحده، لأنهم يرون أنه يستطيع توجيه رضائه بنفسه لاستئصاله

أما التشريعات فقد انقسمت بشأن مدى إمكانية الاستخلاص من القاصر إلى اتجاهين، الأول، يقرر عدم جواز إخضاع القاصر لأي عملية استخلاص، والثاني، يرى إمكانية إخضاعه لهذه العملية بشروط معينة^(١٧١٦)، إذ جاءت نصوص القانون الفرنسي صريحة ومعانيها قاطعة الدلالة في حالة استئصال الأعضاء البشرية، من أن ذلك لا يتم إلا من جسم الشخص البالغ العاقل وبرضائه الصحيح^(١٧١٧). ويمكن القول إن اشتراط المشرع الفرنسي كمال الأهلية لأجل السماح باستئصال أعضائهم يعتبر رفضاً ضمناً من قبله للاستئصال من غير البالغين وفي هذا غيب، إذ يُمكنه ذلك من الأخذ ويمنعه من الإعطاء، فضلاً على إن الضرورة العلاجية قد تستوجب الاستئصال أحياناً منه كعدم وجود متبرع آخر، أو لوجود التطابق النسبي بين المريض والمتبرع الصغير وانعدامه مع غيره، لذا أدرك المشرع الفرنسي أهمية الأخذ من الأشخاص غير البالغين وسمح لهم بالتبرع استثناءً، لكنه جعل من رفضهم للاستئصال قيمة قانونية تعادل القيمة القانونية للرفض فيما لو صدرت من البالغين، بعبارة أخرى فقد جعل موافقتهم استثناء ورفضهم أصيل وحسناً فعل، فقد نص في قانون ٢٢ كانون الأول عام ١٩٧٦، على (إذا كان يمكن الحصول على رضاء القاصر فيجب دائماً احترام رفضه اقتطاع أعضائه)، إذ مكنت القاصر من الرفض إذا كان يستطيع أن يعبر عن رأيه، لأنه قد يرفض، ويرتب ذلك أثراً قانوني وهو عدم جواز الاستئصال منه حتى وإن وافق ولاية الشرعي ورخصت لجنة الخبراء، ولكن نرى إن الأهم من ذلك إنه إذا كان بإمكانه إبداء الرفض ولم يرفض فهي موافقة ضمنية منه، ومع وجود هذه الموافقة فقد أشتراط المشرع الفرنسي عدد من الضمانات^(١٧١٨)، للتمكن من استئصال عضو من جسم القاصر والتي حصرها في وجوب أن يكون العضو متجدداً، وإن التنازل عن هذا العضو يكون لعلاج الأشقاء فقط، بالإضافة إلى كونها معززة بموافقة ممثله القانوني المكتوبة والموقعة من شاهد يعينه لذلك، على أن يتم فحص كل النتائج المحتملة للاستئصال من لجنة ثلاثية، على الأقل اثنين منهما من الأطباء لا تقل ممارسة أحدهما عن عشرين سنة في التخصص، قبل الشروع بعملية الاستئصال، ولكن الملاحظ على المشرع الفرنسي في القانون رقم (٦٥٤-٩٤)، الصادر في ٢٩ تموز ١٩٩٤، المتعلق بالتبرع بأعضاء الجسم واستعمالها، قد ساوى بين الإجراءات في الاستئصال، سواء أكان العضو متجدداً أم لا، ولكنه اشتراط حصول الموافقة أمام رئيس محكمة البداية أو القاضي المعين من قبله، أو من النائب العام في الحالات المستعجلة، وهذه الموافقة سواء أكان المتبرع بالغاً أم قاصراً تمت عن طريق ممثله القانوني، والاستثناء الذي منحه للاستئصال من القاصر مشروط أن يكون لمصلحة شقيقه أو شقيقته حصراً، ولا يتم اخذ موافقة الممثل القانوني للقاصر إلا بعد إعلام القاصر إذا كان ذلك ممكناً بالعملية من حيث المخاطر والعواقب من قبل لجنة الخبراء، وفي حالة رفضه لا يجوز إجراء عملية الاستئصال، ونص القانون في هذه المرة بأن تكون اللجنة متكونة من ثلاثة أعضاء يتم تعيينهم لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير الصحة، اثنان من الأطباء يشترط في أحدهما أن يكون متخصص في طب الأطفال،

عضو من أعضائه. ونرى أن هذا الرأي غير منضبط ويحتاج إلى شروط محددة لأن عواقب الاستئصال منه تكاد لا تدرك، واستطاعته توجيه إرادته بالاستئصال لا تعني بالضرورة أن تكون لمصلحته، فقد تكون بالوجه الخاطئ لأن إدراكه لعواقب الأمور قليل، لذلك نرجح الأخذ بالرأي الأول وهو الأرب لتحقيق المصلحة الاجتماعية للمتبرع والمريض. انظر: د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

^(١٧١٦) محمد سامي الشوا، مسئولية الأطباء، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٣، ص ٣٢٧.

^(١٧١٧) المادة (١) الفقرة الأولى من قانون رقم (١١٨١-٧٦) لعام ١٩٧٦ الخاص باستئصال الأعضاء من جسم الإنسان الحي، وكذلك المادة (٢) من المرسوم (٥٠١-٧٨) لعام ١٩٧٨، لتنفيذ القانون رقم (١١٨١-٧٦) لعام ١٩٧٦. نقلاً عن د. سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها.

^(١٧١٨) انظر: د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٢٨٥.

فيما لم يشترط في العضو الثالث أن يكون من ممارسي المهن الطبية^(١٧١٩). ولم يختلف كثيرا ذلك عما جاء به المشرع المصري، فقد أكد على ضرورة الحصول على إقرار كتابي من الولي إذا كان المتبرع قاصرا أو ناقص الأهلية^(١٧٢٠)، وأن يكون التبرع صادرا عن إرادة حرة خالية من العيوب، ولا يقبل التبرع من طفل، وانه لا اعتداد بموافقة أبوية أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل، التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنهم أو من يمثلهم قانونا^(١٧٢١). لكن القانون تراجع ومنح من منعهم في الفقرة السابقة استثناء، والذي يمكن تسميته بـ (الاستثناء الخاص بالعلاج بالخلايا الجذعية) وأجاز الاستخلاص منهم عند تبرعهم بالخلايا الجذعية لا غيرها، ومهما كان العضو الآخر المراد التبرع به ولأبي حالة، وهذا امتياز خاص للتبرع بالخلايا الجذعية عن باقي الأعضاء، ولكن القانون قيد هذا الاستثناء بالتبرع لمصلحة الأبيوين أو الأبناء أو فيما بين الإخوة ما لم يوجد متبرع من غير هؤلاء، بشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل، أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها^(١٧٢٢).

أما المشرع الكويتي فإنه اشترط الحصول على رضاء المتبرع والمريض في عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية من خلال القوانين التي شرعها في هذا الخصوص. أما فيما يتعلق بالقضاء فبالرغم من أن الأحكام القضائية قليلة، إلا إن الخط العام لها ملتزم مع ما أقرته التشريعات، ففي فرنسا قضت المحكمة العليا لولاية (Massachusetts) بعدم مسؤولية الطبيب، عندما أكتفت بالرضاء الصادر من متبرع قاصر لم يبلغ إلا أربعة عشرة سنة، مبررة إجراء عملية استئصال كليته، بأن عدم إجراء هذه العملية سيؤدي حتما إلى وفاة المريض، وهذا من شأنه أن يحدث صدمة نفسية وعصبية شديدة للمتبرع، القاصر، فقبوله بالاستئصال أنقذه من هذه الحالة النفسية الخطرة التي كان سيتعرض لها^(١٧٢٣)، فقد اكتفت برضاء القاصر وأجازت الاستئصال، وهذا يتفق مع احد الآراء الفقهية التي طرحت بشأن كفاية الرضاء الصادر من القاصر للتبرع بأحد أعضائه وهو ما عَصَدناه. ولكن رُبَّ سائل يسأل هل يستوجب أن يكون الرضاء في العلاج بالخلايا الجذعية على شكل معين؟ للإجابة نقول: يرى أغلب الفقهاء أن الرضاء يجب أن يكون مكتوبا في عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية أي يجب أن يكون مدعما بدعامة مادية وهي الكتابة، وهذا القيد لا بد وإن يتوفر وإلا لا يمكن القول بإمكانية الاستئصال والزرع إلا في حالة الاضطرار، وان حصل وانتفى، حُدِثت

(١٧١٩) انظر: د. سميرة عايد ديات، المرجع السابق/ ص ١٠١ وما بعدها. د. محمد سامي الشوا، الحماية

الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٣٣٤.

(١٧٢٠) انظر المادة (٣) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٣ الخاص ببنك العيون المصري.

(١٧٢١) المادة (٥) من قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري.

(١٧٢٢) وفي هذا الجانب فقد توافق المشرع المصري مع المشرع الفرنسي فيما يخص الخلايا الجذعية التي

أسمها المشرع المصري بالخلايا الأم، لكن الأخير قد وسع من دائرة المستفيدين من استقطاعها بحيث

شملت الدرجة الأولى والثانية في حين قصرها المشرع الفرنسي بدرجة واحدة وهي الشفاء والشقيقات،

ونرى أن التوجه المصري أكثر حكمة، فهل يجوز التبرع للشقيقة التي قد يكون لها عائلة أخرى

ومتبرعين ومنع التبرع للأبيوين وهم من يحتضن المتبرع، ولكن المشرع الفرنسي كان أكثر تشديداً في

إجراءات الاستئصال، فقد طلب موافقة جهات قضائية، ويتجلى الفرق الآخر في أن المشرع المصري

أعطى للخلايا الجذعية استثناء خاص وأجاز التبرع بها من الطفل وعديمي الأهلية وناقصيها ولم يجز لهم

بالتبرع بعضو آخر، أما المشرع الفرنسي أجاز لهم التبرع بأي عضو ولكن بشروط معينة.

(١٧٢٣) انظر المادة (٣) من قانون مصارف العيون العراقي، رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٥.

مشروعية العلاج وسؤال الطبيب عندها، ولا يمكن أن يعتد بالرضاء الضمني، لأنه لا يصلح أن يكون أساساً لمشروعية ارتكاب الفعل^(١٧٢٤)، فمعصية الجسد تفترض أن يكون الرضا محدوداً بعمل معين، لذا يجب تحديد العمل المراد إجراؤه وبيان علته، وبناءً على ذلك تُطلب القانون إفراغ هذا الرضا بشكل كتابي، كما إنه يوفر أفضلية لمزيد من الحماية للمتبع نظراً لما تنطوي عليه عملية الاستخلاص من خطورة بالنسبة له، كما تتيح له أن يصدر رضائه بعد تفكير وروية بما يكفل حمايته من التعرض لأي إكراه أو غش، خصوصاً وإن استخلاص الخلايا الجذعية يتم في أغلبه من الأجنة أو الأطفال والذي لا يمكن الحصول على رضائهم الشخصي بل رضاه من ينوب عنهم.

ولذا سيتوجب هنا أن يتضاعف فيه التدقيق والتأمل في المصلحة المجتابة من التبرع بالخلايا ومدى الأثر المترتب عليه، أما إذا كانت الأجنة ميتة فالإذن الشرعي والقانوني يصدر ممن لهم حق الولاية على النفس لأنه ينضوي تحت التصرف بالجنّة، لأن من غير المتصور فرض قيام الجنين بالوصية بجنته، وهذا ما سنبحثه في مورد آخر من هذا البحث، وقد أكدت التشريعات على رضاه المتبرع وأوجبت صياغته بشكل كتابي إذ أشتراط المشرع الفرنسي^(١٧٢٥)، أن يكون إثبات رضاه المتبرع البالغ في حال كون العضو متجدد بشكل كتابي موقعا عليه منه ومن شاهد يعينه لذلك، أما إذا كان المتبرع قاصراً فيؤخذ رضاه ممثله القانوني بشكل كتابي أمام اللجنة المكلفة بالاستخلاص، أو أمام الجهة القضائية، أما المشرع المصري والكويتي^(١٧٢٦)، فقد استوجب الشكلية في الرضا، فأشتراط الحصول على إقرار كتابي من المتبرعين إذا كانوا كاملي الأهلية.

المطلب الثاني

تبصير المتبرع والمريض بالعلاج^(١٧٢٧)

تبصير المريض يعني إفهامه بعد إحاطته بالحقيقة كاملة عن طبيعة العلاج المقترح له، من حيث أهميته له وأخطاره عليه وكذلك نتائجه القريبة والبعيدة، ليتمكن بعد ذلك من اختيار طريق العلاج المناسب له بمشاركة الطبيب، إذ عليه إن يتخذ في بعض الأحيان تدابير تخص عائلته وثروته، أو قد يرفض العلاج هذا من أصله، وبذلك فإن المريض يتحمل جزء من المسؤولية مع الطبيب في اتخاذ أي قرار بشأن ذلك، لذا فإن من واجبات الطبيب الرئيسية في العلاج بالخلايا الجذعية أن يوضح للمريض بأن الطريق الوحيد لإنقاذ حياته هو استخدام وسائل علاجية جديدة، تتمثل في زراعة هذه الخلايا له، وذلك لعجز الوسائل العلاجية التقليدية وعدم فعاليتها في مثل حالته الصحية، ويجب عليه أن يوضح له كلما أمكن ذلك عن طبيعة عملية الزرع ومخاطرها ونتائجها المحتملة، ونتيجة لحاجة هذا المريض لزرع الخلايا الجذعية، فإنه لا بد من متبرع بها، لذا فإن الطبيب ملزم أن يكمل تبصيره للمريض، بتبصير المتبرع بمخاطر العملية المستقبلية، ويبصرهما بشكل

(١٧٢٤) د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع

الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٧٩.

(١٧٢٥) د. سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص ١٢٨. القانون ٦٥٤-٩٤ الفرنسي الصادر في سنة ١٩٩٤.

انظر: د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص ٣٢١.

(١٧٢٦) المادة (٣) من قانون بنك العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٦٣ المصري. المادة (٥) من قانون تنظيم عمليات

نقل وزرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري، المادة (٢) من قانون نقل الأعضاء الكويتي

رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧.

(١٧٢٧) التبصير هو إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وآمنة عن الموقف الصحي له، بما يسمح له باتخاذ

القرار بالقبول أو الرفض وليكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج. انظر: د. سعيد عبد السلام،

الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٣٦.

بسيط وواضح يسهل عليهما فهمها دون إهمال أي جزء، لكنه لا يتوجب عليه أن يشرح الأمور الفنية الدقيقة لمريضه. ولرب سائل يسأل هل يتوجب على الطبيب تبصير المتبرع أو المريض بالعملية إذا كان على مستوى عالٍ من الثقافة الصحية والعلم في الأمور الطبية؟^(١٧٢٨). وقد يتبادر إلى الذهن سؤال آخر حول نطاق التبصير في العلاج من حيث الأشخاص؟ للإجابة نقول إن الأصل في التبصير هو للمريض لكن التطور العلمي في المجال الطبي وسّع من نطاق العلاج وسمح بدخول أشخاص ليس بالمرضى وتحملوا أثر العمل الطبي، لذا صار لزاماً شمولهم بالتبصير، ومن هؤلاء الأشخاص، مَنْ يتبرعون بأعضائهم البشرية لمصلحة مرضى آخرين، ويمكن القول إن سبب اشتراط تبصيره كالمريض، لأنه سيصبح مريض عند الاستخلاص، ومثلما اكتسب المرض يكتسب التبصير، لأن عملية استخلاص الخلايا الجذعية منه لا تخلوا من المخاطر، وضرورة حصول المتبرع على تبصير كامل ليس فقط بالمخاطر المحتملة، بل أيضاً بالنتائج المؤكدة والمحتملة المترتبة على حرمانه من أحد أعضائه، لاتخاذ سلسلة من التدابير والاحتياطات اللازمة لتفادي الوقوع في مشاكل صحية في المستقبل^(١٧٢٩) ويستند التبصير إلى اعتبارين مهمين هما: الأول، قدسية وإنسانية مهنة الطب وإنها مصدر ثقة بحكم العلم والخبرة، والثاني هو حق القسّم بوجوب حماية المريض وصيانة حقوقه وضمان سلامته كونه الطرف الضعيف، في ضوء تشعب وسائل التقنية الحديثة ووسائل العلاج المعرضة للإخطار التي قد تكون جسيمة^(١٧٣٠) وقد اعتبر الفقه، في فرنسا إن الالتزام بالتبصير من أساسيات النظام الصحي، وإن من حق المريض معرفة كافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية، وإن على الطبيب أن يطلع مريضه على التضحيات والمخاطر التي سيتحملها المتبرع، لذلك يبرر جانب من الفقه الكشف عن شخصية المتبرع للمريض حتى يقدم له العون في المستقبل، إن احتاج إليه مما يكون له الأثر الأكبر على حالته النفسية^(١٧٣١). ووصف جانب من الفقه^(١٧٣٢)، في مصر التبصير بأنه ضد الإخفاء، وقد

(١٧٢٨) يرى البعض أنه إذا كان المريض طبيبياً مخصّصاً ويعالج من مرض يدخل ضمن تخصصه فإن الطبيب المعالج لا يلزم بتبصيره لأنه يستطيع أن يعرف أو يتوقع المخاطر من تلقاء نفسه ويمكن القول أن هذا الحال ينطبق على المتبرع أيضاً لنفس السبب، إلا أن ذلك يتعارض مع القانون الذي جاءت نصوصه بصورة مطلقة بوجوب التبصير للكل، وعلى القائم بالاستخلاص أو الزرع أن يبصر المتبرع والمريض، ولا تشكل معرفة المريض بما يريد الطبيب تبصيره له أية قيمة قانونية لأن معلومات الطبيب المريض نظرية كامنة في نفسه بالنسبة لمرضه، بينما الطبيب المعالج قريب منها، فضلاً عن اختلاف حالة الإنسان بين ظرفي الصحة والمرض، لذا يمكن القول أن القانون لا يعتد بها لأنه اشترط التبصير بصورة مطلقة للجميع ولم يستثنى أحد، كما أن المحاكم تتقيد بالنص لا بما تحتويه الصدور، أصف إلى ذلك أن الرضا في عمليات الاستخلاص والزرع شكلية وتحتاج إلى موافقة كتابية ولا يتم ذلك إلا بعد توقيع المريض. انظر د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السابعة عشر، العدد الأول، يناير ١٩٧٥، ص ١٠٧.

(١٧٢٩) د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٦٩.
(١٧٣٠) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار المراء للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٠٦.
(١٧٣١) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسته مقارنه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس السنة ال ١٧، عام ١٩٧٥، ص ١١٤.

يكون ضد الكذب الذي يعتبر من قبل التدليس الذي يصيب العقد الطبي فيعرضه للإبطال، باعتبار إن الإنسان سيد جسده، لذا يجب منحه حق اختيار العلاج، وهذا بالطبع يجعل الطبيب مرتاحاً عند أدائه لعمله، أما إذا لم يُبصّر المريض بالصورة الصحيحة عن المخاطر التي قد يتعرض لها، فإنه يكون مسؤولاً عن ذلك^(١٧٣٣)، وأعتبر البعض^(١٧٣٤)، إن الالتزام بالتبصير هو الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالمريض والمتبرع، الهدف منه الوصول إلى رضا مستنير يوفر الحماية لأطراف العملية، ويمثل ضماناً قانونية مهمة، ويمكن القول إن التبصير هو سلسلة من العمليات العقلية العلمية والعملية تبدأ بالإفصاح عن حالة المريض ومن ثم مناقشته بحالته وصولاً للفهم المستنير لحالته، ليتسنى له حرية اختيار الأنسب فيما يتعلق بوضعه الصحي .

وقد اشترطت أغلب التشريعات قيام الطبيب بتبصير المريض والمتبرع على حد سواء، فقد نص المشرع الفرنسي على إن الطبيب ملزم بتبصير مريضه بالمخاطر المتوقعة بطريقة مناسبة وواضحة، وألزمته بأن يقوم بتبسيط المعلومات للمريض بحسب مستواه الثقافي وقدرته على الفهم، أما فيما يتعلق بالمتبرع فقد أوجب بإخباره بالنتائج المحتملة المترتبة على قراره، وقد أضاف المشرع الفرنسي فقرة لم تشر إليها القوانين المقارنة، وهي تبصير المتبرع بالمزايا التي يمكن أن يحققها زرع العضو للمريض، وأصبح التبصير من المبادئ الثابتة في قوانينه اللاحقة، فنص في آخر قانون يتعلق بزراعة الأعضاء على (ضرورة إعلام المتبرع مسبقاً بالأخطار التي يتعرض لها والنتائج المتوقعة لاقتطاع أعضائه)^(١٧٣٥)، وتطرق أيضاً إلى تبصير يتعلق في جانب منه إلى العلاج بالخلايا الجذعية^(١٧٣٦). أما المشرع المصري فقد أكد على إنه لا يجوز البدء في عملية الاستخلاص بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمريض، إذا كان مدرك من قبل اللجنة الثلاثية بطبيعة عمليتي الاستخلاص أو الزرع ومخاطرها المحتملة على المدى القريب والبعيد، أو من ينوب عنهم إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها في حالة استخلاص الخلايا الجذعية

(١٧٣٢) د. سمير عايد ديات، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(١٧٣٣) د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٧٤.

(١٧٣٤) د. أنس محمد عبد الغفار سلامة، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا، ٢٠٠٩، ص ١٤٨.

(١٧٣٥) انظر المادة (١١٤٧) والمادة (٣٥-١) من القانون رقم ١١٣٨ الصادر في ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ الخاص بآداب مهنة الطب الفرنسي، القانون رقم ١١٨١-٧٦ الفرنسي الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦، والمادة (١) الفقرة الثانية من المرسوم الفرنسي رقم ٣٧٥ الصادر في ٢٩ أبريل عام ١٩٩٦، والمادة (٣/٧٦١) من قانون ٦٥٤-٩٤ الفرنسي الصادر في ٢٩ تموز ١٩٩٤، نقلاً عن: د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٣٤١، د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص ٣٢١-٣٢٢.

(١٧٣٦) ألزم المشرع الفرنسي التي تبيح قوانينه الإجهاض غير العلاجي الطبيب بتبصير المرأة الحامل بكل المخاطر والمحاذير الطبية التي قد تتعرض لها- هي شخصياً أو أمومتها، وكذلك ألزم المشرع في المادة (٦٣/ل) من قانون الصحة العامة الفرنسي الطبيب بتسليم المرأة الحامل ملفاً إرشادياً، الملف فيه توعية للمرأة الحامل التي تعاني من العوز بزيارة مراكز خاصة بالتوعية للتغلب على ما تعانيه من مشاكل، وإرشادها إلى مراكز تقدم المساعدة لها بدل قيامها بإجهاض جنينها، والذي من أخطر صورته اليوم هو الإجهاض التجاري. انظر: د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٥٠.

منهما^(١٧٣٧)، وتحرر اللجنة محضرا بذلك يوقع عليه كل من المتبرع أو المريض أو نائبه^(١٧٣٨)، ويمكن القول إن المشرع المصري كان موفقا في إيراد هذا النص الشامل لمعنى التبصير وأطرافه وكيفية صدوره في حالة كون المتبرع أو المريض مدركا أو كانا ناقصي الأهلية ونياية الممثل عنهم وبالنسبة للمشرع الكويتي فقد نص على ضرورة إحاطة المتبرع بكافة النتائج الصحية المترتبة على استئصال العضو المتبرع به، ويتم الإحاطة كتابة، ويجوز للمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال أن يرجع إلى فريق طبي مختص، وذلك بعد إجراء فحص شامل^(١٧٣٩) وفيما يتعلق باستخلاص الخلايا الجذعية وزرعها فالتبصير للمريض الذي ستزرع له الخلايا تنطبق عليه القواعد العامة للتبصير الخاصة بالأعضاء البشرية كافة والتي سبق الإشارة إليها. أما تبصير المتبرع بالخلايا فلا يختلف الأمر كثيرا عما سبق ذكره مع المريض مع التذكير إن أغلب مصادر الخلايا هي من الأجنة التي غالبا ما تكون مجهضة أو البويضات الزائدة عن التلقيح الصناعي الخارجي، حيث لا قيمة للتبصير إزائها، لعدم ترتب أية مخاطر عند التبرع بها، مع عدم إغفال أن التبرع بالحبل السري أو المشيمة لا يشكل أي خطورة لا على الجنين ولا على الأم، لأنهما من مخلفات الولادة، جدير بالذكر إن التبصير للمريض عند علاجه بالخلايا الجذعية لا يشكل أهمية كبيرة، لأن هذا العلاج لا يتم اللجوء إليه إلا في الحالات التي يستعصي علاجها بوسائل أخرى بل وحتى زرع الأعضاء له بالطريقة التقليدية عند وصول المريض إلى نهايته المحتومة، وبذلك تكون خياراته قليلة جدا، فالعلاج بالخلايا أشبه بالعلاج الكيميائي عند الإصابة بالسرطان من حيث نفاذ الوسائل، وقد يتجنب الطبيب في بعض الأحيان إخبار مريضه عندما يكون مرضه مميت خوفا من تدهور حالته النفسية والصحية، ويلجأ إلى إخبار الأقربين إليه وبالتالي تبصيرهم، ويمكن عد ذلك خروجاً مشروعاً على ما نص عليه قانون آداب المهنة الطبي العراقي في المادة الخامسة / ز من إن للمريض الحق في معرفة حقيقة مرضه. وجاءت الأحكام القضائية متطابقة مع ما ذهب إليه الفقه والتشريع، فقد اعتبر القضاء الفرنسي إن عدم التزام الطبيب بتبصير المريض هو أحد صور الخطأ الطبي الذي يوجب مساءلته عليه قانوناً، فبين إن الطبيب يعتبر مخطأ عندما لا ينبه المريض عن أخطار التخدير التي يحتمل وقوعها^(١٧٤٠)، ولا خطأ على الطبيب حين يباشر عملاً جراحياً بهدف العلاج، ولكنه يعتبر مخطأ إذا لم ينبه المريض قبل إجراء العملية بما تحمله من مخاطر حتى يكون رضاه بها عن علم بحقيقة الأمر، وألزمت محكمة النقض الفرنسية الطبيب بالتبصير الواضح والصريح عن كل مخاطر العلاج حتى الاستثنائية منها، حيث جاء في أحد قراراتها (في غير حالات الاستعجال والحالات التي يستحيل فيها إعلام المريض أو رفضه لذلك، يلتزم الطبيب بتوفير معلومات صادقة وواضحة ومناسبة للمريض حول كل مخاطر العلاج، وإنه غير معفي من هذا الالتزام لمجرد إن هذه الأخطار لا تتحقق إلا بصفة استثنائية)^(١٧٤١). وكقاعدة عامة أكدت أحكام القضاء على ضرورة التزام الطبيب بتبصير المريض، ولكنها أجازت إخفاء الطبيب للعواقب الوخيمة للمرض، إن أدى البوح بها إلى نتائج عكسية على

(١٧٣٧) انظر المادة (٦) من قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري.

(١٧٣٨) انظر المادة (٥) الفقرة ٣ من قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠

المصري

(١٧٣٩) نص المادة (٤) من قانون نقل الأعضاء الكويتي رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧.

(١٧٤٠) قرار محكمة أक्स في ٢٣ فبراير ٢١٩٤٩ جازيت دي باليه سنة ١٩٤٩، ص ١٤٩. نقلاً عن د، سميرة

عايد ديات، المرجع السابق، ص ١٥٤.

(١٧٤١) نقلاً عن: د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

الوضع الصحي والنفسي للمريض، على أن يكون الهدف تحقيق مصلحة علاجية له، دون اللجوء إلى وسائل خداعية^(١٧٤٢)

المطلب الثالث

عدم وجود المقابل للتبرع بالخلايا الجذعية.

الجسم هو أساس الوجود الإنساني ضمن هذا الكون، وقد كان ظهور الشخص جسدياً أولاً^(١٧٤٣)، وقد رفض الفقهاء القول بأن للإنسان حق ملكية على جسمه، بل أكدوا إن حقه في سلامة جسده من الحقوق للصيقة بالشخصية ولا يمكن أن يكون حقا مالياً، ونتج عن هذا إن الإنسان لا يمكن أن يكون محترفاً بمقايضة جسمه، سواء أكان متلقي أم متلقي منه، ولا يمكن أن تكون أعضاء جسم الإنسان محلاً للبيع بالتجزئة، لكن هذا لا يمنع أن يتنازل الإنسان لأخيه الإنسان عن عضو من أعضائه بدافع الحب والشفقة وليس المال^(١٧٤٤). وقد اتفق عامة فقهاء المسلمين على إن جسم الإنسان هو أساس الوجود الأدمي بجميع أجزائه وهو محترم ومكرم، وليس من الكرامة والاحترام ابتداله بالبيع أو بالشراء، وإنه وأعضائه ليس مالا حتى يصلح للتعامل به^(١٧٤٥). وقد بين المجمع الفقهي الإسلامي^(١٧٤٦)، أنه لا يجوز إخضاع أعضاء جسم الإنسان للبيع بأي حال

(١٧٤٢) نقلاً عن: د. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٦٥.

(١٧٤٣) د. أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص ٩.

(١٧٤٤) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٢٩-١٣٠.

(١٧٤٥) الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار إحياء التراث، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦، المرجع السابق، ص ٣٥٢. لقد أبدع فقهاء المسلمين في بيان أحكام التصرف بالأعضاء البشرية، فجازوا بيع بعض دون البعض الآخر، بعد أن قسموا الأعضاء إلى ما يستخلف وما لا يستخلف، وقسموا النوع الأول إلى ما ينتفع به وما لا ينتفع به، وأجمعوا على تحريم الأول ومثاله شهر الأدمي، مرجعين سبب ذلك إلى قول النبي (ص): "عن الله الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة". انظر: جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام المتوفي سنة ١٠٧٠ هجرية، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٦، ص ٣٥٨. محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير، سبيل الإسلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الجزء الثالث، الطبعة السادسة، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٥، ص ١٤٤. ويمكن القول أن البويضات الزائدة من التلقيح الصناعي الخارجي والتي تشكل مصدراً من مصادر الخلايا الجذعية، هي من منتجات الجسم المتجددة النافعة، لذلك ووفق الحكم السابق لا يجوز بيعها، وينطبق الأمر تمام الانطباق على خلايا نخاع العظم التي تمثل أحد أنواع الخلايا الجذعية، والتي تؤخذ من البالغين والأطفال، فهي أيضاً أعضاء متجددة نافعة بحسب الوصف الإسلامي لها، لذلك لا يجوز شرعاً أخذ أي مقابل إزائها في حالة استخلاصها من الشخص، أما ما لا ينتفع به فقد انقسم الفقهاء إلى مجوز بيعه ومنهم بعض الأحناف الذين قالوا إن أطراف الإنسان تسلك مسلك الأموال كما مر قوله، ومنهم من رفض بيعه.

(١٧٤٦) انظر قرار المجمع الفقهي الإسلامي رقم (١/د-٤/٨٤) الصادر عن الدورة الرابعة المنعقدة في السعودية للفترة من ٦-١١ شباط عام ١٩٨٨، أوردته د. سميرة عابد ديات، المرجع السابق، ص ٣٨٤.

من الأحوال. أما فقهاء القانون المدني فيكاد الإجماع سمة رأيهم على ضرورة انعدام المقابل أيا كان نوعه إزاء التبرع بالأعضاء، حيث ينقل البعض^(١٧٤٧)، عن الفقيه الفرنسي سافاتييه من إن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة، فالقيم الإنسانية تسمو على المال، وإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب، وليس المال، وإن التصرف في كل ما يتصل بجسم الإنسان يجب أن يكون تبرعي، لكن ذلك لا ينفي تقديم نفقات شخصية للمتبرع تناظر التي تكبدها كنفقات الانتقال والسفر أو أجره اليومي، وقال أيضاً قبل التصويت على قانون (Caillavet) إن كلمة متبرع غنية بمعناها.

واتفق الفقه العربي والفرنسي من ضرورة انتفاء المقابل في عمليات التبرع بالأعضاء البشرية، وأن يكون الدافع للتنازل هو الحب والتضامن الإنساني والتراحم والتضحية والإيثار وليس الربح والمقابل المادي^(١٧٤٨)، ولا ينبغي أن يكون المتنازل عن عضو من أعضاء جسمه محترفاً أي لا ينبغي أن يحصل على قوته من تجارة أعضاء جسمه، ذلك لأن الجسم البشري خارج نطاق التعامل، ولا يمكن أن تكون أعضاء هذا الجسم محلاً للبيع، لأن القيم الإنسانية تسمو على المال^(١٧٤٩). وانسجمت التشريعات مع الفقه في التوجه المجاني لاستئصال الأعضاء، وقررت مبدءاً عاماً وهو وجوب انتفاء المقابل المادي للتصرف في الأعضاء البشرية، فلقد نصت التشريعات في فرنسا، إن الأشياء هي فقط التي تدخل ضمن التعامل القانوني والتي يمكن أن تكون محلاً للاتفاقيات القانونية^(١٧٥٠)، وإن جسم الإنسان ومكوناته ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلاً للحق المالي، ويجب أن يكون التنازل عن الأعضاء بدون مقابل، ولا يمكن أن يعطي الاستئصال بأي حال من الأحوال الحق بالحصول على تعويض مادي، جدير بالذكر إن القانون الفرنسي رفض استعمال كلمة بيع بالنسبة للدم، ونص بأن يكون استئصال الأعضاء بدون مقابل، وضرورة أن يكون التبرع مجانياً ولا يستهدف الحصول على أي مقابل، ومنع كذلك البوح للمتبرع بشخصية المتلقي وبالعكس، تحسباً لحصول بعض حالات الابتزاز المالي أو المساومة^(١٧٥١). أما موقف المشرع المصري فقد كان متذبذباً بين المجانية والمقابل، فبالرغم من إنه قد وضع قواعد عامة في تشريعاته بعدم جواز بيع الأعضاء البشرية، باعتبارها لا تصلح محلاً للحقوق المالية^(١٧٥٢)، إلا أنه أصدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ نظم بموجبه عمليات جمع وتخزين الدم ومركباته، أعطى بموجبه لوزير الصحة سلطة وضع قواعد تحديد صرف مكافآت لمعطي الدم ومشتقاته، وبيان أثمانها، وهذا يعني إن المقابل موجود من الناحية القانونية، لكن

(١٧٤٧) انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٢٩-١٣٠.

(١٧٤٨) د. محمود علي السرطاوي، زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة عمان، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، تشرين الأول، ١٩٨٤، ص ٢٤١.

(١٧٤٩) د. أحمد محمد الرفاعي، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٦٤.

(١٧٥٠) انظر المادة (١١٢٨)، والمادة (١٤١٦) من القانون المدني الفرنسي، نقلاً عن د. أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

(١٧٥١) د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(١٧٥٢) تنص المادة (٨٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ " كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح محلاً للحقوق المالية، وأن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها، أما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

المشروع عاد وأقر المجانية في القانون الخاص ببنك العيون حيث نص (تصرف العيون بالمجان)^(١٧٥٣)، وأغلق المشروع المصري الباب على وجود المقابل عندما نسخ كل التشريعات السابقة بما فيها عمليات نقل الدم^(١٧٥٤)، وأقر مبدأ المجانية في نقل الأعضاء^(١٧٥٥)، سواء كانت من الأحياء أم من الأموات.

(١٧٥٣) انظر المادة (١٨) من القرار الوزاري رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٦٣ الخاص بتنفيذ قانون بنوك العيون المصري رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٣.

(١٧٥٤) أصدر وزير الصحة تعليمات تحمل الرقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ حدد بموجبها أسعار قتاني الدم، وقد أعاد الكرة مؤتمر حقوق القاهرة لسنة ١٩٩٣ عندما أوصى أن يكون هناك تعويض من قبل الدولة، لأن السماح بالتعويض من المتلقي يلقي بظلال الشك حول هذا التبرع ويجعله أقرب إلى البيع، ويرى البعض أن الاقتراح الأخير لا يحل إشكالية هدر الكرامة الإنسانية، ولا فرق في ذلك سواء أكان التعويض من الدولة أم من غيرها، فهو يعتبر ثمن للعضو لأننا سنجد يوماً طوابير من الناسي ترغب في هذا النوع من التبرع. انظر: د. أحمد عبد الكريم، حكم نقل الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثامن عشر، ١٩٩٥، ص ٢١٦. ويمكن القول أن هذا الاقتراح سيفتح الباب لزج جسم الإنسان ضمن السلعية بمفهوم حديث وهو استبدال المقابل بالمكافأة.

(١٧٥٥) تنص المادة (٤) من قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري على: "... لا يجوز نقل أي عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حي لزرعه في جسم إنسان آخر إلا إذا كان على سبيل التبرع..)، والتبرع هو التصرف بدون مقابل وأظن إن اللفظية غنية بالمعنى ولا تحتاج شرح أو زيادة، ونص أيضاً في المادة (٦)، من القانون ذاته على "يحضر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو الشراء بمقابل أياً كانت طبيعته"، وكذلك منع أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته اكتساب المتبرع أو ورثته أي منفعة من المتلقي أو ذويه بسبب النقل أو بمناسبته، وألزم الطبيب بالامتناع عن الزرع عند علمه بوجود المقابل، ويلاحظ على المشروع هنا إنه أسهب في الصياغة، فقد كان بالإمكان دمج المادتين في مادة واحدة وهي "إن التبرع هو الوسيلة الوحيدة للنقل من الأحياء والأموات"، لأن التبرع ببساطة يعني عدم وجود المقابل؛ ولوح البعض من واضعي مشروع قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري إلى ضرورة منح وثيقة تأمين من قبل الدولة للمتبرعين لمواجهة مخاطر التبرع المستقبلية انسجماً مع ما أقرته منظمة الصحة العالمية، وما هو معمول بت في بلدان كثيرة كأمریکا، ويمكن القول إنه ضماناً قانونية للمتبرع لا بأس بها يلجأ إليها المتبرع فقط عند حصول ضرر له ليس من باب تعويضه عن أضرار عملية الاستئصال، بل من باب تعويضه عن فقدانه فرصة الاستفادة من منفعة العضو في المستقبل، كذلك ممكن أن يقلل التأمين من عزوف أو تردد الأطباء في إجراء عمليات استئصال وزرع الأعضاء البشرية، لأن هناك ضمان من عدم تضررهم مالياً عند قيام مسئوليتهم. انظر: مضبطة مجلس الشعب المصري للجلسة السابعة والأربعين في ٢٠١٠/٢/١٥، ص ٣٨.

أما المشرع الكويتي نص بشكل صريح^(١٧٥٦)، على أن يمنع بيع وشراء الأعضاء بأي وسيلة ويمنع الطبيب الاختصاصي من إجراء العملية عند العلم بذلك، فقد منع البيع والشراء للأعضاء، وكان الأجدر به النص على منع وجود أي مقابل للتنازل عن العضو سواء للشخص أو لمتعلقه كالأولاد والزوجة والأصدقاء الذين يكون لهم تأثير على عملية التنازل وإن كانوا من الغير أو الممثل القانوني أو الولي في حالة نقص أو انعدام الأهلية، أو لورثة المتوفى، وليس حالة البيع والشراء فقط، لأنه قد يحصل أي من هؤلاء على منحة أو ميزة أو عطية أو غير ذلك بسبب النقل أو بمناسبته.

المبحث الثاني

شروط استخلاص الخلايا الجذعية من الأجنة البشرية

يتفق الفقه القانوني على عدم جواز استئصال بعض الأعضاء الأساسية من جسم الإنسان الحي حتى في حالة الضرورة ورضا المتبرع، لأن في ذلك حد فاصل بين الوجود والعدم له، لذلك ألجأت الحاجة إلى التفكير عن مصدر آخر الاستئصال منه لا يفصل بين الحياة والموت له، فكان المصدر الأول هو جثة الإنسان، فضلا على أنه لا يثير الكثير من المشاكل القانونية كالتى تثيرها المصادر الأخرى من حيث المساس بحق الحياة، فضلا عن كمية ونوعية الأعضاء المستأصلة منه. ونظرا لكون الأجنة المجهضة هو المصدر الأول في الحصول على الخلايا الجذعية، لذا لا بد من الوقوف على أهم الشروط الواجب توفرها ليكون الاستئصال منها مشروعا من الوجهة القانونية والتي تنحصر في ثلاثة مطالب وهي بالترتيب، وجوب التحقق من الوفاة، وكون هدف الاستئصال علاجيا، فضلا على موافقة والدي الجنين.

المطلب الأول

التحقق من الوفاة

لا يشكل هذا الشرط أهمية كبيرة عند استخلاص الخلايا الجذعية من جثة الجنين، لأنه مجهض ؟ فإذا ما حصل إسقاط الجنين قبل ولوج الروح فيه، فالكلام عن التحقق من الوفاة عبث، أما إذا كان الجنين المجهض قد ولجته الروح فإن الإجهاض نفسه سيقته^(١٧٥٧)، وتتفق أغلب تعريفات الفقهاء على إن الإجهاض يعني موت الجنين إذا كان قد ولجته الروح، فقد عرف البعض الإجهاض^(١٧٥٨)، بأنه إخراج الجنين من الرحم عمدا قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمدا.

المطلب الثاني

أن يكون الهدف علاجي

إن حرمة جثة الميت في الإسلام لا تقل في عصمتها عن حرمة جسد الحي، وسند ذلك قوله "صلى الله عليه وعلى آله" إن (كسر عظم الميت ككسره حيا)^(١٧٥٩) فقد أجاز فقهاء المسلمين، عمليات استئصال الأعضاء البشرية من جثة الإنسان قياسا على حالات معينة أجازوها^(١٧٦٠) عندما يكون غرض هذا الاستئصال هو

(١٧٥٦) انظر المادة (٧) من قانون نقل الأعضاء الكويتي رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٧.

(١٧٥٧) الإجهاض يعني زوال الشيء من مكانه بسرعة. انظر: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث، بيروت، ٢٠١٠، الجزء السابع، ص ١٣١.

(١٧٥٨) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢٢٦.

(١٧٥٩) أبو داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني المتوفى ٢٧٥ هجرية، سنن أبي داود، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٢١٢.

(١٧٦٠) أجاز فقهاء المسلمين عمليات نقل الأعضاء قياسا على جواز شق بطن الأم الميتة لاستخراج جنينها أو لاستخراج مال يعود للغير، ولكن كان أكثرهم ميلا في القياس إلى حالة جواز أكل لحم الميت في حالة

لأجل زرعها في جسم إنسان آخر حي، حرصاً على رعاية المصالح الراجحة لتوفر حالة الضرورة وتحقق المصلحة الاجتماعية، وكون الإنسان الحي أعظم من الإنسان الميت^(١٧٦١)، وإن نقل العضو من المتوفي وزرعه للمريض المحتاج إليه يعد من جملة الدواء المشروع والمأمور به شرعاً^(١٧٦٢) وقد أكد الفقهاء المسلمون^(١٧٦٣)، على ضرورة تحقق الهدف العلاجي من خلال ما وضعوه من شروط عند الاستئصال من

الضرورة، معللين ذلك بأن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، ولن علة التحريم هنا لديهم ليست تعبدية، بل لكرامة وشرف الآدمي، وفي حالة الضرورة لا يمنع الأكل فقط، بل أوجبه بعض الفقهاء ومنهم ابن حزم، مصداقاً لقوله تعالى: "يخرج الحي من الميت ويخرج الميت من الحي" ويقوم ذلك عند تحصيل حالة الهلاك، والذي اصطاحوا على تسميتها بحالة الاضطرار، التي تقابل حالة الضرورة في الفقه المدني، وإن كان الاضطرار أخص، وقد استندوا في ذلك إلى الأساس الذي حدده حديث رسول الله (ص): "لا ضرر ولا ضرار". انظر: أبو محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص ٣٩٩، ٤٢٧. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي المتوفي سنة ٤٧٦ هجرية، المهذب، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٨، ص ٢٥٧. وقد أقر المؤتمر الإسلامي الدولي الذي انعقد في ماليزيا سنة ١٩٦٩ بإباحة استئصال وزرع الأعضاء من الإنسان الميت إلى الحي إذا تحققت المصلحة العلاجية من ذلك وبشرط وفاة المتنازل وأن يكون النقل إما بوصية منه أو من وليه. انظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٥. وكذلك نص مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الرابع في ٦ فبراير لسنة ١٩٨٨، على أنه: "يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك"، أنظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٤/١/٢٦)، في ٦ فبراير ١٩٨٨ بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حياً كان أم ميتاً. أوردته، د. سميرة عايد ديات، مصدر سابق، ص ٢٨٤ و ما بعدها.

(١٧٦١) أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨ هجرية، السنن الكبرى، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢، ص ٦٩.

(١٧٦٢) د. محمد علي البار، الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زراعة الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٩٩٤، ص ٧٦.

(١٧٦٣) وضع الفقهاء المسلمون شروطاً لاستئصال الأعضاء البشرية من جثث الموتى:

أ- أن يكون القصد منها هو لرعاية مصلحة المريض المتلقي وأن يكون ذلك ضرورياً.

ب- يجب أن تكون المصلحة المترتبة على الزرع لدي المتلقي جدية راجحة، وتكون كذلك إذا ثبت أن الزرع يعد وسيلة ضرورية لعلاج و منتجاً للغاية المرجوة على سبيل الظن الغالب.

ت- يجب ألا يترتب على الاستئصال تشويه كبير بالجثة، وبناءً عليه لا يجوز التمثيل بالجثة وانتهاك حرمة الميت لغير المصلحة المراد تحقيقها من عمليات الاستئصال والزرع. أوردتها، د. سميرة عايد ديات، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

جثة الميت لأجل تحصيل مشروعية هذا الاستئصال. وسار في نفس الاتجاه فقهاء القانون من حيث إباحته من الجثث البشرية ولكن أيضا بشروط منها تحقق الهدف العلاجي، ويمثل هذه المبادئ سار فقهاء القانون، فلقد ساد مبدأ حرمة المساس بالجثث الأدمية لأي سبب في فرنسا، لأنهم يرون إن الشخص يعتبر سيد جسده بعد الوفاة، وإن تصرفه في جثته أو جزء منها لا يعتبر مشروعاً إلا إذا كان الغرض منه هو توجيه الجثة إلى غرض مشروع^(١٧٦٤). وأقتفى فقهاء القانون العرب فيمن سبقهم في القول بمشروعية التصرف من أجل تحقيق مصلحة إنسانية^(١٧٦٥)، حيث يرى البعض^(١٧٦٦)، إن الاستئصال من الجثث البشرية يكون مشروعاً إذا كان الوسيلة الأخيرة للعلاج. وواكب التشريع التوجه الفقهي باشتراطه تحقق المصلحة العلاجية عند الاستئصال من الجثث البشرية، ففي فرنسا^(١٧٦٧)، ظل هذا استئصال محظوراً حتى عام ١٩٤٩، لكن الواقع العملي يشير إلى إن الطب قد سبق التشريع قبل هذا التاريخ، وإن لم يكن هناك نص صريح في القانون يجيز التصرف في الجثة، إلا إن ذلك لم يمنع هذا التصرف، استناداً إلى إجازة المشرع للشخص بالوصية بقرنية عينه إلى مؤسسة عامة أو جهة خيرية لاستئصالها وزرعها في جسد إنسان بحاجة ماسه إليها، وهذا يفسر إن هذه الوصية هي لغرض العلاج فقط، وهذا ما برر للأشخاص أن يتصرفوا بجثثهم، وتنبه المشرع الفرنسي إلى ذلك فقرر السماح للشخص بالتصرف في جثته لإغراض علمية أو طبية. أما المشرع المصري فقد

وكذلك ما جاء في القرار الأول لمجمع الفقه لرابطة العالم الإسلامي، بشأن موضوع زراعة الأعضاء في ٢٨ يناير ١٩٨٥ من أنه يجوز أخذ العضو من إنسان ميت لإنقاذ حياة إنسان آخر مضطر إليه بشرط أن يكون المأخوذ منه مكلفاً وقد أذن في ذلك حال حياته. نقلاً عن، د. سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

^(١٧٦٤) أنظر، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ١٦١. وعلى هذا فلا يجوز استعمال جثث البشرية من أجل تحقيق أغراض أخرى، مثلما حدث في ألمانيا النازية عندما استعملت جثث الموتى من أجل إنتاج بعض أنواع الأسمدة والكيماويات. أنظر، د. محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

^(١٧٦٥) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٣٠.

^(١٧٦٦) د. محمد سامي السيد شوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٢٠٧.

^(١٧٦٧) نص المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة (٢)، من القانون المسمى *caillavet* الصادر في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ علي جواز نقل الأعضاء من جثث المتوفي لأغراض علاجية و علمية، وكرر التأكيد علي الغرض العلاجي في قانون رقم ٦٥٣-٩٤ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ والذي أدخل بمقتضاه المواد المتعلقة باحترام جسم الإنسان في القانون المدني، إذ نظم مسألة نقل الأعضاء من الموتى في المواد (٧/٦٧١ - ١١/٦٧١)، حيث تنص المادة (٧/٦٧١)، علي (لا يجوز أخذ أعضاء من شخص متوفي، إلا لأغراض علاجية أو علمية وبعد التأكد من الوفاة). أوردها، د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ١٦١. د. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها علي العقود، مرجع سابق، ص ٣٥٧. د. سميرة عايد ديات، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

تدرج في أهداف الاستئصال من الجثث البشرية، ففي بادئ الأمر أجازها لتحقيق أغراض علمية^(١٧٦٨)، ثم بعد ذلك أجاز هذا الاستئصال للأغراض العلاجية لما في ذلك من مصلحة مؤكدة^(١٧٦٩).

المطلب الثالث

الموافقة على الاستئصال

يجمع الفقهاء بمختلف مشاربهم إن جثة الإنسان ميتا معصومة كما لو كان حيا، وإن احترام جثته هو امتداد لحقه في السلامة الجسدية وهو حي، ليس من باب تأدية الوظائف الحيوية، بل من باب تكريم الإنسان حيا أو ميتا، والتي تستند للأساس الديني والأخلاقي^(١٧٧٠)، لذا منع الاستئصال من الجثث كما منع من الجسد، لكن

^(١٧٦٨) نص المشرع المصري في المادة (٢٦) من القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد و الوفيات بأنه (يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب من إحدى الجهات الصحية أو الجامعية، للاحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفي) وهذه إجازة من القانون للاستفادة من الجثة لأغراض علمية، لذا فإن الاستفادة منها لأغراض علاجية سيكون من باب أولى، لأن المصلحة المشروعة في الأغراض العلمية احتمالية، في حين أن المصلحة العلاجية ستكون مؤكدة.

^(١٧٦٩) جاء في مذكرة القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢، المتعلقة بينك العيون (لما كانت الضرورة تقتضي أن توفر عدد من القرنيات لإجراء عمليات ترقيع القرنية بعيداً عن الاستثمار، بعد أن صدرت فترة شرعية بإباحة الحصول على العيون من الموتى لما في ذلك من مصلحة إنسانية مؤكدة قطعية، و يعتقد البعض أن هذا النص ليس إلا تطبيقاً لقاعدة عامة مؤداها جواز المساس بالجثة من أجل المصلحة الإنسانية المؤكدة، فإذا توفرت الشروط في حالات أخرى فإن الإباحة تمتد إليها، وإذا كانت المادة (١٢)، من القانون نفسه قد عدلت عن الأهداف العلاجية إلى تجريبية، فمبررها في ذلك أن هذه العيون أصبحت غير مطلوبة للأغراض الطبية كأن تكون غير صالحة للزرع، أو أنها ستكون كذلك لمقاربة موعد انتهاء استعمالها، أي دخولها في مدة انتهاء الصلاحية. أنظر، د . حسان الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص ١٦٥ وما بعدها. ونصت المادة (٨)، من قانون تنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ المصري على (يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصي بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبتة في أية ورقة رسمية أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون).

^(١٧٧٠) الأساس الأول لعدم جواز المساس بجثث الموتى يستند إلى أصول عقائدية تتعلق بمعتقدات الشعوب من أن هناك حياة أخرى تنتظر الشخص، ومن ذلك ما جاء في تفسير قوله تعالى في سورة الفاتحة (الحمد لله رب العالمين)، إن الإنسان يمر بسبعة عوالم مختلفة، وهي عالم الذر والأصلاب والأرحام والدنيا والبرزخ والذر مرة ثانية والآخرة، ولعل تاريخياً أدركها قدماء المصريين، فبنوا للفراعنة الأهرامات ودفنوا معهم أمعتهم، وفعلوا هذا من باب الأساس الديني، في حين أن هناك طوائف تحترم جثث الموتى وقبورهم على أساس ديني لكرامة الإنسان ومكانته في المجتمع وعلى أساس عقائدي فلسفي في أنهم أحياء عند ربهم يرزقون.

عند تحقق حالة الضرورة أبيع للإثنان على حد سواء، بشرط وجود الموافقة الصريحة لأصحاب الشأن، لكن الملاحظ عليها إنها تختلف في حالة الاستئصال من الجثث، لأنها قد تكون مفترضة، فالاستئصال من جثة الإنسان لا بد وأن يتم وفقاً لأحد مصادر الحق، والتي تنقسم إلى مصدرين، الأول هو الاستئصال عن طريق القانون وهو بما يعرف بالاستئصال الجبري أو بما يعرف بتأميم الجثة أو توطيئها^(١٧٧١)، وتعبير آخر الجثة للوطن، لشحت الأعضاء من جهة، والحاجة إلى الأعضاء الأساسية من جهة أخرى، وكما نصت على ذلك أغلب التشريعات التي أباحت الاستئصال من جثث قتلى الحوادث مجهولي الهوية، أو المحكوم عليهم بالإعدام، والثاني، والذي يكون بطريقتين، الأولى، فقد يكون بناء على الإرادة المنفردة، كإيصال الأشخاص بقرنيات عيونهم، لذا ووفقاً للمنطق القانوني فإن الأعضاء التي يتم استئصالها وفقاً للقانون لا تحتاج إلى موافقة أصحابها لأن موافقتهم مفترضة، وقد حل القانون محلهم في إصدارها، أي إن المتوفى يعبر عن موافقته بطريق الإيصال الصريح والموثق رسمياً، أما الطريقة الثانية هي أن تؤخذ موافقة ذويه بعد موته باعتبارها تصرفاً كاشفاً عن رغبة المتوفى، لكن يشترط لأعمالها عدم وجود وصية من المتوفى تفيد بعدم التصرف بجثته بعد موته^(١٧٧٢). ونظراً لأن أغلب حالات استئصال الخلايا الجذعية تتم من الأجنة، فإن الحديث عن موافقة الجنين بالتبرع أو الوصية بالأعضاء هي فرض المحال، وينطبق ذلك على الأجنة الزائدة عن الحاجة في مشاريع التلقيح الصناعي الخارجي، لذا لا بد لنا من البحث عن طريق قانوني لإستحصال الموافقة من أجل الاستفادة من هذه الأجنة. وحذت التشريعات حذو التوجه الفقهي، فقد نص المشرع الفرنسي^(١٧٧٣)، على عدم جواز استئصال الأعضاء البشرية إلا بعد الحصول على إذن من له حق الإذن في

(١٧٧١) نور الدين الشرقاوي الغرواني، قانون زرع الأعضاء البشرية، دراسة قانونية مقارنة، بلا ذكر طبعة، مطبعة أولمبيا، المغرب، ص ٩٦.

(١٧٧٢) لقد انقسم الفقه القانوني إلى عدة اتجاهات إزاء قيمة موافقة أهل المتوفى: الاتجاه الأول يرى أنه لكي يتسنى إجراء عملية الاستئصال فإن لا بد أن تكون هناك موافقة صريحة من أسرته، وفي حال تعارض إرادة شخصين من درجة واحدة ترجح حالة الرفض، نظراً لكون هذه الموافقة شرطاً أساسياً، ويقول الفقهاء إن الأساس بحق الأسرة في جثة قريبهم يعود إلى أنها من عناصر التركة، بينما يرى الاتجاه الثاني أن لا أهمية لموافقتهم مطلقاً باعتبار وجود الوصية، بينما يرى الاتجاه الثالث بوجوبها مع وجود الوصية لدواعي إنسانية وأخلاقية. أنظر، د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، عام ١٩٩٩، ص ٢٥١.

(١٧٧٣) نص المشرع الفرنسي في المادة (١)، من القانون ١١٨١ لسنة ١٩٧٦ المتعلق بزرع الأعضاء البشرية علي (إذا كان المتوفى قاصراً فلا يجوز في هذه الحالة استئصال أي عضو من جثته إلا بعد الحصول على إذن من ممثله القانوني ويجب أن يكون هذا الإذن مكتوباً ومسجلاً في سجل خاص يوضع في مكتب الاستقبال بالمستشفيات)، لكن القانون الفرنسي وفقاً للمرسوم رقم ٥٠١-٧٨ الصادر في ٣١ مارس ١٩٧٨، فرق بين القاصر الذي بلغ ستة عشرة سنة وبين من لم يبلغها من حيث التصرف بجثته، حيث منح الأول حق الإيصال بنصف الأموال التي يسمح للبالغ أن يتصرف بها وفق المادة (٩٠٤)، من القانون المدني الفرنسي والتي نظمت التصرفات القانونية وفقاً للأهلية، لذلك أجاز له التصرف بجثته قياساً على ذلك لأغراض علمية أو علاجية فقط، أما الذي لم يبلغ هذا السن فلا يجوز له الوصية، وقد اشترط هذا المرسوم شرطاً واحداً سلبياً وهو عدم وجود اعتراض من المتوفى على الاستئصال حال حياته، كما

ذلك قانونا، أو موافقة كل المتمتعين بحق الولاية عليه أو موافقة الممثل القانوني عنه. أما موقف المشرع المصري من الاستئصال من جثث الأجنة البشرية لأغراض علاجية فقد كان يتميز بعدم الثبات التشريعي، فقد أجازته في القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٩ الخاص بالمواليد والوفيات المصري، بشرط موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى، ومنعه بطريقة غير مباشرة في القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بإنشاء بنوك للعيون في أقاليم الجمهورية من خلال اشتراطه كمال الأهلية للإيصاء باستئصال الأعضاء^(١٧٧٤)، ثم تراجع ووافق عليه حتى من غير البالغين لكنه لم يشر إلى الاستئصال من الأجنة، ولكن الحال يشير إلى موافقته عليه والاكتماء بموافقة الوالدين، أسوة بموافقة ولي القاصر أو ممثله القانوني في حال، استئصال من القاصر عند وجود المصلحة العلاجية^(١٧٧٥) أما في القانون رقم ٥ لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم عمليات زرع الأعضاء البشرية المصري فقد حظر الاستئصال من جثث عديمي الأهلية أو ناقصيها لاشتراطه الوصية بذلك من كاملي الأهلية ولا أهمية لموافقة من ينوب بهم أو من يمثلهم في ذلك، إلا إنه أورد استثناء في غاية الأهمية وهو ما يتعلق بالخلايا الأم الخلايا الجذعية حيث ذكرت الفقرة الثالثة من المادة الثانية جواز نقل الخلايا الجذعية من الطفل أو عديم الأهلية أو ناقصيها للأبوين أو الأبناء أو الأخوة لأنها من الخلايا المتجددة، ويمكن الاستفادة من هذا الاستثناء للقول بجواز الاستفادة من جثث الأجنة لاستخلاص الخلايا الجذعية، فالمصلحة العلاجية التي جعلتها مستثناة عند الاستخلاص من الأحياء هي نفسها موجودة عند الاستخلاص من جثث الأجنة.

أن المرسوم لم يفرق بين الأعراض العلمية و العلاجية. وبين القانون الفرنسي رقم ٦٥٤-٩٤ والصادر في ٢٩ تموز ١٩٩٤ أن الاستئصال من جثة المتوفى لا يتم إلا بموافقة كل شخص من المتمتعين بحق الولاية عليه أو موافقة ممثله القانوني، بشكل صريح وخطي وللأغراض العلاجية، ولم يجز هذا الاستئصال لأغراض علمية إلا إذا كان للبحث عن أسباب الوفاة، انظر: سميرة عايد ديات، المرجع السابق، ص ٢٧٩ وما بعدها. د. خالد مصطفى فهمي: المرجع السابق، ص ٤٥٦ وما بعدها

^(١٧٧٤) نص المشرع المصري في المادة (٢٦) من القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ والخاص بالمواليد والوفيات المصري على: "يجوز.. الاحتفاظ بالجثة واستئصال منها لأغراض علاجية، وذلك بعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى...". أما فيما يتعلق بالاستئصال من جثث عديمي الأهلية وناقصيها في القانون المصري فكان في البداية يشترط كمال الأهلية للموصي بعينه، ولم يشر إلى الاستئصال من الجثث، حيث كان يفرق بين الاستئصال من المواليد التي تتوفى في المؤسسات الصحية والذي أجاز الأخذ منها في القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦، وبين الاستئصال من جثث الأشخاص الذين يتوفون خارج المؤسسات الصحية والذي يشترط لاستئصال أعضاؤهم وجود وصية يشترط صدورها من كامل الأهلية وفق ما ذكرته المادة (٣)، من القانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩، التي اشترطت بالتحديد ضرورة الحصول على إقرار كتابي من الموصي وهو كامل الأهلية، وبمفهوم المخالفة فإن الوصية لا تصح من القاصر ولو برضاء وليه وبالتالي لا يصح الاستئصال

^(١٧٧٥) انظر المادة (٣) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بنقل وزرع القرنية المصرية.

الخاتمة

أولاً- النتائج:

- ١- لا يمكن الشروع باستخلاص الخلايا الجذعية، إلا بعد الحصول على موافقة المتبرع أو من ينوب عنه قانوناً، في حالة الاستخلاص من الأحياء، ووجوداً الوصية من المتوفى بالتبرع بأعضائه، أو قيام ذوية بالتصرف بها بعد وفاته، وفي كل الحالات يجب أن تكون الموافقة بشكل صريح وثابتة بالكتابة.
- ٢- يجب على الطبيب تبصير المتبرع تبصيراً مستثيراً قبل عملية استخلاص الخلايا بكل المخاطر المستقبلية التي من الممكن أن تحصل له.
- ٣- وجوب انتقاء المقابل أياً كان نوعه إزاء التصرف بالخلايا الجذعية.
- ٤- يجب التحقق من الوفاة بالطرق التي حددها القانون، في حالة استخلاص الخلايا الجذعية من الجثث البشرية.
- ٥- يشترط للقيام باستخلاص الخلايا الجذعية وجود هدف علاجي مشروع.

ثانياً- التوصيات:

- ١- وضع ضوابط قانونية خاصة بإجراء عملية استخلاص الخلايا الجذعية والضغط على الجهات ذات العلاقة لإصدار قانون بذلك.
- ٢- يجب أن تتم الموافقة على استئصال الخلايا الجذعية أمام لجنة ثلاثية متخصصة بالخلايا، ويفضل إشراك القضاء في حالة استخلاص الخلايا من القاصرين منعاً للتلاعب.
- ٣- تحديث معايير التحقق من الوفاة، ولاسيما تحديث الأجهزة، ومتابعة كثرة حالات الإجهاض الإرادي، ووضع العقوبات الصارمة تجاه ذلك.
- ٤- وضع ضوابط قانونية محددة ودقيقة للتحقق من عدم وجود المقابل عند استخلاص الخلايا الجذعية، وعدم النص بالمنع فقط للمقابل المادي فقط، فيجب منعه سواء مادياً أو معنوياً وتفعيل دور الرقابة الصحية على تجارة الأعضاء البشرية خاصة ما يتعلق بالخلايا الجذعية.

المراجع

- ١- /أ/ ناجم بركة، اقتطاع وزراعة الأعضاء في ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، ط٢٠٠٧.
- ٢- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هجرية، المهذب، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٨.
- ٣- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى سنة ٤٥٨ هجرية، السنن الكبرى، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٢.
- ٤- أبو داود سليمان بن داود بن الأشعث السجستاني المتوفى ٢٧٥ هجرية، سنن أبي داود، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٨٣.
- ٥- أبو محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- ٦- الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار إحياء التراث، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.
- ٧- جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام المتوفى سنة ١٠٧٠ هجرية، الفتاوى الهندية، الجزء الخامس، الطبعة الرابعة، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٦.
- ٨- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث، بيروت، ٢٠١٠، الجزء السابع.
- ٩- د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠١١.

١٠. د. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥.
١١. د. أحمد عبد الدايم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، عام ١٩٩٩.
١٢. د. أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩.
١٣. د. أحمد عبد الكريم، حكم نقل الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الثامن عشر، ١٩٩٥.
١٤. د. أحمد محمد الرفاعي، ضوابط مشروعية نقل الأعضاء البشرية، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
١٥. د. أنس محمد عبد الغفار سلامة، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، أطروحة دكتوراه، جامعة طنطا، ٢٠٠٩.
١٦. د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل التي تثيرها عمليات زرع الاعضاء البشريه ، دراسه مقارنه ، مجله العلوم القانونيه والاقتصاديه ، حقوق عين شمس السنه ال١٧ ، عام ١٩٧٥.
١٧. د. حسام الدين كامل الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدر عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة السابعة عشر، العدد الأول، يناير ١٩٧٥.
١٨. د. حسام عبد الواحد الحميداوي، الجنين وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٥٠١٠.
١٩. د. حسن كيره، المدخل إلي القانون، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
٢٠. د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لزرع الأعضاء البشرية ومكافحة جرائم الإتجار بالأعضاء البشرية، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٢.
٢١. د. رفعت كامل (أستاذ جراحات الكبد)، جريدة الأهرام، ٢٠٠٨/١٢/١٣.
٢٢. د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
٢٣. د. سعد محمد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٤. د. سعيد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٥. د. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين القانون والشرع، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.
٢٦. د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢٧. د. عبد الرحمن شاهين.
٢٨. د. عبد اللطيف ياسين، الاستنساخ بين الدين والعلم، مطابع اتحاد الكتاب العربي، دمشق، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.
٢٩. د. عبد الهادي مصباح، العلاج الجيني، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
٣٠. د. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٣١. د. علي محمد علي: إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٣٢. د. مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
٣٣. د. محمد سامي السيد شوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٦.
٣٤. د. محمد سامي الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦.
٣٥. د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.
٣٦. د. محمد علي البار، الموقف الفقهي و الأخلاقي من قضية زراعة الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، ١٩٩٤.
٣٧. د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التشريعات الحديثة في عمليات نقل الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار المرآة للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٨.
٣٨. د. محمود علي السرطاوي، زرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون، تصدر عن جامعة عمان، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، تشرين الأول، ١٩٨٤.
٣٩. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٨٤.
٤٠. د. محمود نجيب حسني، الندوة العلمية حول الأساليب الطبية الحديثة التي عقدت في القاهرة في ٢٣ نوفمبر ١٩٩٣.
٤١. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
٤٢. محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المعروف بالأمير، سبل الإسلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الجزء الثالث، الطبعة السادسة، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٩٥.
٤٣. محمد سامي الشوا، مسئولية الأطباء، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٣.
٤٤. مقال بعنوان مركز قومي للخلايا الجذعية في مصر أوائل العام المقبل، بتاريخ ٢١/١١/٢٠١٠، انظر www.shorouknew.com.
٤٥. نور الدين الشرقاوي الغزواني، قانون زرع الأعضاء البشرية، دراسة قانونية مقارنة، بلا ذكر طبعة، مطبعة أولمبيا، المغرب.

قِسْمَةُ الْمَهَائِيَاةِ

إِعْدَاد

عصام السير عطية صالح

الباب الثاني

قسمة المهايأة

قسمة المهايأة: هي التي ترد على الانتفاع بالمال الشائع مع بقاء الملكية كما هي على الشيوع، وذلك لأنه قد يتعذر اجتماع الشركاء على الانتفاع به في وقت واحد وقد يتفق الشركاء على قسمة المهايأة، وأجاز الفقه الإسلامي إجبار القاضي للشركاء الممتنعين على المهايأة وذلك حينما تقوم الظروف التي تقتضيها. وعلى ذلك ينقسم هذا الباب إلى خمسة فصول:-
الفصل الأول: تحديد مفهوم قسمة المهايأة.
وينقسم إلى مبحثين:-
 المبحث الأول: تعريف قسمة المهايأة في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: مشروعية قسمة المهايأة.

الفصل الثاني: محل وطبيعة وصفة قسمة المهايأة.

وينقسم إلى ثلاثة مباحث:-
 المبحث الأول: محل قسمة المهايأة.

المبحث الثاني: طبيعة قسمة المهايأة.

المبحث الثالث: صفة قسمة المهايأة.

الفصل الثالث: أنواع شركات المهايأة.

وينقسم إلى مبحثين:-
 المبحث الأول: أنواع شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر.

وينقسم المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: شركات المهايأة الرضائية.

المطلب الثاني: شركات المهايأة القضائية.

المبحث الثاني: أنواع شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان.

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: شركات المهايأة الزمانية.

المطلب الثاني: شركات المهايأة المكانية.

الفصل الرابع: أحكام شركات المهايأة وأثارها.

وينقسم إلى ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: حقوق الشركاء في شركات المهايأة.

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: حق الشركاء بالانتفاع بالمال المشترك والمتهاياً عليه واستعماله.

المطلب الثاني: حق الشركاء في استغلال المال المشترك المتهاياً عليه.

المبحث الثاني: التزامات الشركاء في شركات المهايأة.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: الالتزام بالنفقة.

المطلب الثاني: الالتزام بالحفظ.

المطلب الثالث: الالتزام بالضمان.

المبحث الثالث: تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

المطلب الثاني: موقف القانون المدني المصري من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة

نهائية.

الفصل الخامس: مقارنة بين شركات المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

وينقسم إلى سبعة مباحث:-

المبحث الأول: تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة.

المبحث الثاني: محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: محل قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في محل قسمة المهايأة.

المبحث الثالث: طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: طبيعة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في طبيعة قسمة المهايأة.

المبحث الرابع: صفة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: صفة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: صفة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في صفة قسمة المهايأة.

المبحث الخامس: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون المدني

المصري.

المبحث السادس: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركات المهاية من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهاية من حيث الزمن والمكان في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين شركات المهاية من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.

المبحث السابع: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهاية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهاية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهاية في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهاية.

الفصل الأول

تحديد مفهوم قسمة المهاية

العلاقة وثيقة بين كل من التعريف اللغوي والشرعي في تحديد مفهوم قسمة المهاية، حيث إن كل شريك ينتفع بالمال الشائع على الهيئة التي ينتفع بها باقي الشركاء.

وينقسم إلى مبحثين:-

المبحث الأول: تعريف قسمة المهاية في اللغة والاصطلاح.

المبحث الثاني: مشروعية قسمة المهاية.

المبحث الأول

تعريف قسمة المهاية في اللغة والاصطلاح

لا يختلف تعريف قسمة المهاية في التعريف اللغوي عن التعريف الشرعي.

أولاً: تعريف المهاية في اللغة

المهاية في اللغة العربية هي الهيئة الحالية الظاهرة، يقال هاء يهوء ويهبيئ هيئة حسنة إذا صار إليها، وتهيات للشيء أخذت له أهيبته وقرغت له وهيأته للأمر أعدته، فتهياً وتهأياً القوم بما يؤمن الهيئة جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد النوبة، وهيأته مهاية وقد تبدل للتخفيف، فيقال هأيته مهاية.

فيكون معنى المهاية: المناوبة^(١٧٧٦).
وقال في لسان العرب: هيأ الهيئة: حال الشيء وكيفيته^(١٧٧٧).
وفي المهياة ثالث لغات:
إحداها: المهياة بالياء لأن كل واحد من الشريكين هيأ لصاحبه ما ينتفع به ودفعه له.
ثانيهما: المهياة بالياء لأن كل واحد وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ملك الشيء مدة معلومة.
ثالثهما: المهائة بالنون لأن كل واحد هنا صاحبه بما دفعه إليه^(١٧٧٨).

ثانياً: تعريف المهياة في اصطلاح الفقهاء

أ- تعريف الحنفية للمهياة

يوجد عدة تعريفات للمهياة هي:-

- (١) هي قسمة المنافع يعني الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الآخر^(١٧٧٩).
- (٢) هي مبادلة المنفعة بجنسها وكل واحد من الشريكين في نوبته، ينتفع بملك شريكه عوضاً عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته^(١٧٨٠).
- (٣) هي عبارة عن قسمة المنافع، وهي جائزة استحساناً والقياس يأبى جوازها، لأنها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من جبر القاضي كما يجري في القسمة، إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد، والتهايؤ جمع على التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهياة يقسم القاضي أنه أبلغ في التكميل، ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهياة لأنه أبلغ^(١٧٨١).

^(١٧٧٦) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تأليف: العالم العلامة، أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المتوفي ٧٧٠ هـ، ص ٣٢٠ ج/٢، المملكة العربية السعودية، الرئاسة العامة لتعليم البنات، الإدارة العامة للمناهج والكتب، صححه على النسخة المطبوعة بالمطبعة الأميرية، د/ مصطفى السقا، الاستاذ المساعد بكلية الآداب بجامعة فواد الأول.

^(١٧٧٧) لسان العرب، للعلامة محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، ج/٦ ص ٤٧٢٩، مادة هيأ، دار المعارف، القاهرة.

^(١٧٧٨) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج، ص ١٨١

^(١٧٧٩) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥

^(١٧٨٠) كتاب المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧٠ ج/١١

^(١٧٨١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، لشيوخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ص

ب- تعريف المالكية للمهياة المهياة

المهياة هي: قسمة المنافع إما بالأزمان وإما بالأعيان^(١٧٨٢).
وقال ابن عرفة قسمة المهياة هي اختصاص كل شريك بمشترك فيه عن شريكه زمناً معيناً من متحد أو متعددة^(١٧٨٣).

ج- تعريف الشافعية للمهياة

المهياة هي أن يبيع كل واحد نصيبه لصاحبه مدة^(١٧٨٤).

د- تعريف الظاهرية للمهياة

عرف ابن حزم المهياة قسمة المنافع بين الشركاء إن كان لا تمكن القسمة^(١٧٨٥).

هـ- تعريف الفقه الأباضي للمهياة

فقسمة المهياة بالياء هي قسمة المنافع وتسمى أيضاً قسمة المهائة بالنون وسميت قسمة المهياة بالهاء لأن كل واحد هياً للآخر ما طلبه من هياً الشيء إذا جهزه وسميت قسمة المهائة لأن كل واحد هنا لصاحبه ما أراد وهي كالإجارة، وتحتاج للأزمان، ويجوز فيها ما يجوز في الإجارة، ويمنع فيها ما يمنع من الإجارة، ويلزم فيها ما يلزم في الإجارة وذلك كعبد بين رجلين يتراضيان على أنه يستخدمه هذا شهر، وهذا شهر وكذا يتراضيان على أن يسكن هذه لمدة معلومة، والآخر كذلك غير أن أجل الدار يوسع فيه، لأنها بخلاف العبد فإن العبد لا يزداد فيه على الشهر، وقيل: يجوز الزيادة بلا كثرة والنقص والذي رواه ابن القاسم عن مالك أنها تجوز في العبد على الشهر والدابة كالعبد وأما الدار والأرض فيجوز فيها القسمة على السنين المعلومة والأجل البعيد وأما التهايو في الاغتلال فلا يجوز في يسير الزمان ولا في كثيرة كما إذا قال له، غلة هذا العبد يوماً لي ويوماً لك أو هذه الأيام العشرة لي ولك بعدها مثلها وكذلك يجوز التهايو في العبيد، كما جاء في الأزمان كعبيدين ودارين يستخدم هذا عبداً وهذا عبداً ويسكن كل منهما داراً^(١٧٨٦).

تعريف الباحث لقسمة المهياة: بأنها هي استغلال كل واحد من الشركاء بتنبئ مشترك سواء كان هذا الشيء متحد كالدار أو السيارة أو متعدد كالدارين والسيارتين في زمن معلوم أو استغلال كل واحد منهم الشيء المشترك سواء متحداً أو متعدداً بالتناوب بين الشركاء.

^(١٧٨٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للفقهاء أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، حقق أصوله وخرج أحاديثه

طه عبد الرؤوف ص ٤٣٥ ج/٢

^(١٧٨٣) جواهر الإكليل، للشيخ / صالح عبد السميع الازهري ص ١٦٤ ج/٢، الخرشي على مختصر سيدي خليل

ص ١٨٤ ج/٥

^(١٧٨٤) الضرر البهية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

^(١٧٨٥) المحلي لفخر الأندلس أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ص ١٣٠ ج/٨

^(١٧٨٦) شرح كتاب النيل وشقاء العليل، تأليف العلامة محمد بن يوسف إطفيش، ص ١٤٦-١٤٧، الجزء

العاشر ثان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة.

المبحث الثاني

مشروعية قسمة المهايأة

قسمة المنافع بطريق المهايأة جائزة شرعاً وقد ثبت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً: القرآن الكريم

قال الله عز وجل (قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ) (١٧٨٧) وجه الدلالة عن قتادة إذا كان يوم شربها شربت ماءهم كله ولهم يوم لا تشرب فيه الماء (١٧٨٨) وقال الإمام برهان الدين البقاعي في تفسير هذه الآية أن الناقة تشرب ماء البئر كله في يوم ورتها وتكف عنه في اليوم الثاني (١٧٨٩).
وذلك عين المهايأة حيث أخبر المولى عز وجل أن الإنتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شريعتنا ما لم يرد النسخ (١٧٩٠).
قال الله عز وجل (وَتَبَيَّنَهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُحْتَضَرٌ) (١٧٩١) ووجه الدلالة قال ابن عباس كان يوم شربهم، لا تشرب الناقة شيئاً من الماء وتسقيهم لبناً وكانوا في نعيم وإذا كان يوم الناقة شربت الماء كله فلم تبق لهم شيئاً، وإنما قال بينهم لأن العرب إذا أخبروا عن بني آدم مع البهائم غلبوا بني آدم (١٧٩٢) ودلت الآية الكريمة على جواز المهايأة على الماء، لأن قوم صالح عليه السلام، جعلوا شرب الماء يوماً للناقة ويوماً لهم يحضره من كانت النوبة له.

ثانياً: السنة النبوية

ما أخرجه مسلم عن سهل بن سعد الساعدي، قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رأته المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً، جلست فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله إن لم يكن لك حاجة فزوجنيها فقال فهل عندك من شيء فقال لا والله ما وجدت شيئاً فقال: رسول الله فقال أنظر ولو خاتماً من حديد فذهب ثم رجع وقال والله يا رسول الله ولا خاتماً من حديد ولكن هذا إزاري قال سهل ماله رداء فلها نصفه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تصنع بازارك أن لبسته لم يكن عليها من شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء. (١٧٩٣).

(١٧٨٧) الآية ١٥٥: سورة الشعراء.

(١٧٨٨) تفسير القرآن الكريم الكشاف، للإمام أبو القاسم الزمخشري، ص ١٢٣ ج/٣

(١٧٨٩) نظم الدرر في تناسب الآيات والسور، للإمام المفسر برهان الدين أبي الحسن إبراهيم بن عمر البقاعي،

ص ٧٧ ج/١٤

(١٧٩٠) تبيين الحقائق للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥

(١٧٩١) الآية ٢٨: سورة القمر

(١٧٩٢) تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، ص ٦٣١٠

ج/٧، دار الشعب ٩٢ شارع القصر العيني، القاهرة.

(١٧٩٣) صحيح مسلم، للإمام أبو الحسين بن الحجاج بن مسلم، ص ٥٩٦ ج/١ كتاب النكاح.

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم، أشار إلى قسمة المهايأة لاستيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع^(١٧٩٤).

ثالثاً: الإجماع

مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على جواز المهايأت من غير نكير من أحد، فكانت شرعيتها متوارثة^(١٧٩٥).

رابعاً: المعقول

فلان الأعيان خلقت للانتفاع، فمتى كان الملك مشتركاً كان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج إلى التهايب تكميلاً للانتفاع، ولأن المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالأعيان^(١٧٩٦).

الفصل الثاني

محل وطبيعة وصفه قسمة المهايأة

المهايأة هي اتفاق الشركاء على قسمة منافع الأموال المشتركة، ومن ثم فيكون محل قسمة المهايأة هو المنافع دون العين، واختلف الفقهاء في طبيعة قسمة المهايأة إلى رأيين: الرأي الأول يرى أن قسمة المهايأة هي افراز حق والرأي الثاني يرى أنها معاوضة، وكذلك اختلفوا في صفة قسمة المهايأة الرأي الأول يرى أنها من العقود اللازمة والرأي الثاني يرى أن قسمة المهايأة من العقود غير اللازمة.

وعلى ذلك ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:-

المبحث الأول: محل قسمة المهايأة.

المبحث الثاني: طبيعة قسمة المهايأة.

المبحث الثالث: صفة قسمة المهايأة.

^(١٧٩٤) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥

^(١٧٩٥) قسمة الاملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج حسين ص ٨٣

^(١٧٩٦) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥

المبحث الأول

محل قسمة المهايأة

المنافع هي محل قسمة المهايأة وهي الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، لأنها قسمة المنفعة دون العين حتى أنهما لو تهاينا في نخل أو شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها لا يجوز، وكذلك إذا تهاينا في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعاً، وينتفع بالباقي لا يجوز لأن هذا عقد قسمة المنافع والثمر واللبن عين مال فلا تدخل تحت عقد المهايئات ولو تهاينا في الأراضي المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهما نصف ويزرع جاز، لأن ذلك قسمة المنافع وهو معنى المهايئات^(١٧٩٧).

وإذ تمتنع أي قسمة الشيء كالعبد والداية والقناه والحمام العنصرين هابياً أي نارب الحاكم بينهم مباومة أو مشاهرة أو مسانهة، أو نحوها إذا توافقوا على ذلك كما يهاين بينهم بتوافقهم فيما لا يمتنع قسمته إذ القسمة كما ترد على الأعيان ترد على المنافع، فلم أنه لا يجبراً لمتنع من المهايأة عليها^(١٧٩٨)، واختلف الفقهاء فيما يجوز من المهايأة ولا يجوز.

أولاً: ما تصح فيه المهايأة

- (١) التهاير الدور: وهو إما أن يكون في الدار الواحدة أو في الدارين فأكثر.
- (أ) الدار الواحدة: إذا كانت الدار واحدة، واتفق الشريكان على أن يأخذ كل واحد منهما ناحية يسكنها وكذا لو تهاينا على أن يأخذ أحدهما السفلي والآخر العلو^(١٧٩٩).
- ولو كانت بينهما داراً صغيرة يسكن أحدهما شهراً أو الآخر شهراً، فقد أجاز الحنفية ذلك بجوازها مكاناً وزماناً^(١٨٠٠).
- ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة، وإن لم يشترط ذلك بحدوث المنافع على ملكه وهذا ما قاله الحنفية^(١٨٠١).
- ولو كانت بينهما دار واحدة فهناك إذا تهايا على الاستغلال، فكانت غلة نصيب أحدهما في نوبته أكثر، فذلك الفصل بينهما، فكل واحد منهما بمنزلة الوكيل من صاحبه في اجازة نصيبه في نوبته إذا تهاينا على الاستغلال، فإنما يكون ذلك بالزمان وأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها، وذلك لا يكون قضية القسمة فلا بد أن يجعل كل واحد منهما بمنزلة وكيل عن صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما عوض عما يقبض صاحبه، من عوض نصيبه فعند التفاضل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا، وهذا ما قاله الحنفية في اجازة التهاير على استغلال الدار الواحدة^(١٨٠٢).
- أما المالكية أجاز إذا كانت الدار واحدة لأحد الشريكين سكنى الدار سنين والشريك الآخر كذلك، وهكذا وقوله كالإجارة أي في اللزوم وشرط تعيين المدة ولا يشترط تساوي المدتين إنما الشرط حصرهما.

(١٧٩٧) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١ ج/٧

(١٧٩٨) الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

(١٧٩٩) بدائع الصنائع، للإمام الكاساني، ص ٣١ ج/٧

(١٨٠٠) تحفة الفقهاء، للإمام علاء الدين السمرقندي، ص ٢٨٤، ج/٣

(١٨٠١) حاشية رد المختار على الدر المختار، للإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين، ص ٢٦٩ ج/٦

(١٨٠٢) المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧٢ ج/١٩

بينما منع المالكية التهايو في الاستغلال، إن كانت بأكثر من يوم بل ولو يوماً كحد غلته يوماً وأنا أخذها يوماً وهكذا للضرر^(١٨٠٣).

وقال ابن رشد يجوز اتفاق الشريكين في سكنى الدار، ولا تجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في الزمن اليسير^(١٨٠٤).

(ب) **التهايو في الدارين:** أما لو كان بينهما دارين وتراضيا على السكنى واللفة جائز، وكان الكرخي رحمة الله يقول المراد إذا تراضيا عليه، فأما عند طلب شريكه لأن القسمة هي المهايأة تلاقى المنفعة دون العين ومنفعة السكنى تتضارب، ولا تتقارب إلا يسير بخلاف قسمة العين فالمعادلة في المالية، هناك معتبرة، والدور تختلف في المالية باختلاف المكان والجيران ولهذا كان لكل منهما أن يؤجر ما في يده، ويأكل غلته لأن المنفعة سالمة له بهذه القسمة، باعتبار قديم ملكه وأن في الدارين إذا غلت ما في يد أحدهما، أكثر مما غلت في يد الآخر، فليس لواحد منهما أن يرجع على صاحبه بخلاف الدار الواحدة^(١٨٠٥).

٢- **التهايو في الدواب:** أما التهايو في الاستعمال أو التهايو على الاستغلال.

(أ) **التهايو في الاستعمال**

في الدابتين لا يجوز التهايو على الركوب عند أبي حنيفة، وعند أبو يوسف ومحمد يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان، ووجه قول أبي حنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الركابين فانهم بين حاذق وأحرق. التهايو في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف^(١٨٠٦).

(ب) **التهايو في الدواب على الاستغلال**

التهايو على الركوب أو الغلة في الدابتين، لا يجوز قول أبي حنيفة، وذهب أبو يوسف ومحمد يجوز التهايو في الغلة كالركوب في الدابتين^(١٨٠٧). أما المالكية فقد منعوا المهايأة على الاستغلال مطلقاً، لأن قسمة المهايأة جائزة في منافع لا في غلة^(١٨٠٨).

٣- **التهايو في زراعة الأرض**

أجاز الحنفية لو تهاينا الشريكين في أرض، على أن يزرع كل واحد منهما طائفة منها معلومة، ويؤجرها بمنزله السكنى في الدار^(١٨٠٩). كما أجاز المالكية التهايو في زراعة الأرض بين الشريكين يزرعها أحدهما عاماً، والآخر كذلك بشرط أن تكون الأرض مأمونة، بخلاف غير المأمونة فلا يجوز قسمتها مهايأة^(١٨١٠).

٤- **التهايو في مختلف المنفعة**

(١٨٠٣) جواهر الإكليل، للشيخ / صالح بعد السميع الأزهرى، ص ١٦٤-١٦٥ ج/٢

(١٨٠٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد ابن رشد، حققه طه عبد الرؤوف سعد، ص

٤٣٦ ج/٢

(١٨٠٥) المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧١-١٧٢ ج/١٩

(١٨٠٦) تبيين الحقائق للإمام فخر الدين بن علي الزيلعي، ص ٢٧٦-٢٧٧ ج/٥

(١٨٠٧) المبسوط، للسرخسي، ص ١٧٤ ج / ١٩

(١٨٠٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ/ محمد عرفه الدسوقي، ص ٤٩٩ ج/٣

(١٨٠٩) المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧٥ ج/١٩

(١٨١٠) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ/ محمد عرفه الدسوقي ص ٤٩٩ ج / ٣

يجوز التهايب في كل مختلف المنفعة، لسكن الدار وزرع الأرض، وكذا الحمام والدار يأخذ أحدهما مثلاً الدار يسكنها ويأخذ الأرض يزرعها، لأن كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهاياة عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف أولى^(١٨١١).

ثانياً: ما لا تصح فيه المهاياة

لا خلاف بين الفقهاء، في أن المهاياة لا تجوز في النخل أو الشجر أو الثمر أو الغنم أو البقر المشتركة، على أن يأخذ كل واحد منهم جزءاً ينتفع بثمره أو لبنه.

أ- في المذهب الحنفي

لا تصح المهاياة في نخل أو شجر بين شريكين على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها، ولا يجوز المهاياة في الغنم المشتركة على أن يأخذ كل واحد منهم قطيعاً، وينتفع بألبانها، لأن هذا عقد قسمة المنافع والتمر واللبن عين مال^(١٨١٢).

ب- في المذهب المالكي

لا تصح المهاياة في الحيوان اللبون، إلا أنه يجوز أن يجلب هذا يوماً وهذا يوماً إذا كان هناك فضل بين أن يقسم ذلك على طريق الفضل، فيفضل أحدهما الآخر بأمر بين على وجه المعروف^(١٨١٣).

ج- في المذهب الشافعي

لا تصح المهاياة في الحيوان اللبون، ليجلب هذا يوماً وهذا يوماً، كما لا تصح في الشجرة المثمرة، ليكون الثمر لهذا عاماً، ولهذا عاماً لما في المهاياة حينئذ من التفاوت الظاهر.

لكن الطريقة هي أن يبيح كل واحد منهما نصيبه لصاحبه في المدة التي تكون بيده، ويكون من باب المنحة والإباحة لا القسمة^(١٨١٤).

هذه هي أقوال الفقهاء في عدم صحة المهاياة في الحيوان اللبون، وفي الشجر المثمر.

وإذا كانت المهاياة لا تصح على هذا الوجه لما تنطوي عليه، من التفاوت الظاهر، كما يقول جمهور الفقهاء، أو لأنها استحالت بهذه القسمة إلى قسمة أعيان، فلا تدخل تحت عقد المهايات كما يقول الحنفية، إلا أنهم جميعاً ومن جهة أخرى تيسيراً على الناس ورفعاً للحرج عنهم وعملاً بما ألفوه وتعارفوا عليه، قد فتحوا لهم باب الجواز بحيلة شرعية لا تصطدم بنص شرعي ولا ضرر فيها على أحد الشركاء.

وتتمثل هذه الحيلة الشرعية كما يقول الحنابلة في أن يبيح كل من الشريكين في الشجر المثمر أو الحيوان اللبون نصيبه لصاحبه في المدة التي تكون بيده، ويكون ذلك من باب الإباحة لا من باب قسمة المنافع^(١٨١٥).

^(١٨١١) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج حسين، ص ١٩٧

^(١٨١٢) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني، ص ٣٢ ج/٧

^(١٨١٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ/ محمد عرفه الدسوقي، ص ٤٩٩ ج/٣

^(١٨١٤) الضرر البهية في شرح البهجة الوردية للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

^(١٨١٥) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج حسين، ص ١٩٩-٢٠٠

المبحث الثاني

طبيعة قسمة المهايأة

اختلف الفقهاء حول تكييف قسمة المهايأة، هل هي إفراف حق أو معاوضة؟ فالحنفية قد فرقوا في ذلك بين قسمة المهايأة الزمانية والمكانية، فالمهايأة الزمانية عندهم إفراف من وجه مبادلة من وجه آخر، أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن قسمة المهايأة هي معاوضة.

أ- في المذهب الحنفي

فرق الحنفية بين المهايأة المكانية والزمانية، ففي المهايأة المكانية إفراف لجميع الانصباء لا مبادلة لأنه لو كان مبادلة لما صح لأنها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة للربا. وفي المهايأة في الزمن إفراف من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان من مبادلة من وجه، لأن معنى الإفراف يتحقق عندهم في المهايأة في المكان دون الزمان، فالمهايأة الزمانية عندهم كقسمة الأعيان.^(١٨١٦)

ب- في المذهب المالكي

المهايأة كالإجارة أي في اللزوم عند تعين الزمن ويفهم من التشبيه أن المهايأة إنما تكون بتراضي، وهو كذلك لأن الإجارة كالبيع فلا يجبر عليها من أباه.^(١٨١٧)

ج- في المذهب الشافعي

تنطبق على قسمة المهايأة بعض أحكام الإجارة في المهايأة بين الشريكين فمن رجع منهما من قبل أن تتم نوبتهما، ولو بعد تمام احدهما ففرما، أي عزم المستوفي للشريك الآخر نصف أجر ما قد كان استوفاه.^(١٨١٨)

د- في المذهب الحنابلي

المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره كالدين، وكما في العبيد عند أبي حنيفة، ويخالف قسمة الأصل، فإنه إفراف النصبين وتمييز أحد الحقين.^(١٨١٩)

المبحث الثالث

صفة قسمة المهايأة

اختلف الفقهاء في لزوم قسمة المهايأة من عدمه على قولين.

^(١٨١٦) تبيين الحقائق، للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٦ ج/٥

^(١٨١٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ / محمد عرفة الدسوقي، ص ٤٩٨-٤٩٩ ج/٣

^(١٨١٨) البهجة الوردية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥ طبع بالمطبعة الميمنية، مصر.

^(١٨١٩) المغنى ويلييه الشرح الكبير على متن المقنع تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن

أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ص ٥١٢-٥١٣ ج/١١

القول الأول: إن عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة، وأن لكل من الشركاء أن يرجع عنها متى شاء، سواء كان ذلك بطلب قسمة العين أو ينقضي المهايأة في ذاتها قبل استيفاء نوبته أو بعد استيفائها.

القول الثاني: إن عقد المهايأة يكون لازماً، فلا يجوز لأي من الشركاء فسخه إلا بعد استيفاء مدة العقد أو أن يستوي كل نوبته.

أ- في المذهب الحنفي

إن عقد المهايأة غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات وقسم الحاكم بينهما، وفسخ المهايئات، لأنها كالحلف عن قسمة العين وقسمة العين كالأصل فيما شرعت له القسمة لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك، وهذا المعنى في قسمة العين أكمل، ولهذا لو طلب أحدهما القسمة قبل المهايئات أجبره الحاكم على القسمة فكان عقداً جائزاً، فاحتمل الفسخ كسائر العقود الجائزة، ولا تبطل بموت أحد الشريكين، لأنها لو بطلت لإعادة القاضي للحال ثانياً، فلا يفيد وبهذا قال الحنفية في قسمة التراضي (١٨٢٠).

أما قسمة الإيجاب، فإن عقد المهايأة يكون لازماً، وهو القسمة بالقضاء ما لم يصطلحاً على النقض (١٨٢١). فلا يجوز لأي من الشركاء فسخه إلا بعد استيفاء مدة العقد، أو أن يستوي كل نوبته.

ب- في المذهب المالكي

إذا كان المقسوم متعدداً أو متحداً، وتعين الزمن وصحت ولزمت في المقسوم والمتعدد.

إذا كان المقسوم متحداً ولم يعين الزمن فسدت.

إذا كان المقسوم متعدداً، ولم يعين الزمن خلاف بين المالكية.

فابن الحاجب يقول بصحتها وإن كان غير لازمة وابن عرفة يقول بفسادها مفندة إذا لم يعين الزمن كانت فاسدة مطلقاً لا فرق بين المتحد والمتعدد (١٨٢٢).

ج- في المذهب الشافعي

عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة لا يجبر الممتنع من المهايأة عليها لأنها تعجل حق أحدهم، وتؤخر حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان، ولأن انفراد أحدهم بالمنفعة مع الاشتراك في العين لا يكون إلا بمعاوضة، والمعاوضة لا إيجاب فيها، فإن رجح أحد الشريكين من قبل أن يتم نوبتهما، ولو بعد تمام أحدهما لزم المستوفي نصف أجر ما قد كان استوفاه (١٨٢٣).

د- في المذهب الحنبلي

لا إيجاب في قسمة المنافع وإن اقتسماها بزمن أو مكان صح جائزاً، فلو رجح أحدهما بعد استيفاء نوبته عزم ما انفرد به، ولذلك فيكون عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة، سواء كانت مهايأة مكانية أو زمانية (١٨٢٤).

(١٨٢٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣٢ ج/٧

(١٨٢١) حاشية رد المحتار على الدور المختار، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، ص ٢٦٩ ج/٦

(١٨٢٢) حاشية الدسوقي للشيخ / محمد عرفة الدسوقي ص ٤٩٨ ج/٣

(١٨٢٣) الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ / عبد الرحمن الشربيني ص ٣٠٥ ج/٥

(١٨٢٤) منتهى الإرادات، للعلامة تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بابن النجار، ص

هذه هي أقوال الفقهاء في لزوم القسمة من عدمه ومنها تبين قول الشافعية والحنابلة أن عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة، أما قول الحنفية تكون المهايأة غير لازمة إذا كانت بالتراضي، وتكون لازمة بالتقاضي أما قول المالكية تكون المهايأة لازمة إذا تعين المدة في المقسوم متحداً أو متعدداً، ويكون غير لازم في حالة عدم تعين المدة على خلاف الفقهاء.

ويرى الباحث: أن عقد المهايأة يكون عقد لازم في حالة اتحاد المقسوم أو التعدد، وتعين الزمن، ولا يجوز لأحد الشركاء طلب فسخه إلا بعد انتهاء مدته، وذلك حتى يكون فيه استقرار للشركاء واستيفائهم منافع العين المشتركة، ولكن يجوز أن يتم فسخ عقد المهايأة عن طريق القضاء، إذا رأى القاضي مصلحة ضرورية لفسخ عقد المهايأة.

الفصل الثالث

أنواع شركات المهايأة

تنقسم شركات المهايأة في الفقه الإسلامي إلى قسمين:-

القسم الأول: شركات المهايأة الرضائية وشركات المهايأة الجبرية (القضائية).

القسم الثاني: شركات المهايأة الزمانية وشركات المهايأة المكانية وينقسم إلى مبحثين.

المبحث الأول: أنواع شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: شركات المهايأة الرضائية.

المطلب الثاني: شركة المهايأة القضائية.

المبحث الثاني: أنواع شركات المهايأة من حيث الزمان والمكان

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: شركات المهايأة الزمانية.

المطلب الثاني: شركات المهايأة المكانية.

المبحث الأول

أنواع شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر

تقسم شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر إلى شركات المهايأة الرضائية التي تتم بالاتفاق بين الشركاء على الانتفاع بالمال المشترك أما شركات المهايأة القضائية التي تتم بواسطة القضاء بناء على طلب أحد الشركاء للانتفاع بالمال المشترك.

وذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: شركات المهايأة الرضائية.

المطلب الثاني: شركات المهايأة القضائية.

المطلب الأول

شركات المهايأة الرضائية

وهي أن يتفق شخصان أو أكثر على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما عن طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً. وخلاف بين الفقهاء في جواز شركة المهايأة، إذا تراضى الشركاء عليها سواء كان المقسوم جنساً واحداً أو المنفعة متساوية أو متفاوتة، أو كان أجناساً مختلفة، لكن لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحكم بينهما وفسح المهايئات، لأنها كالحلف على قسمة العين وقسمة العين كالأصل فيها شرعت له القسمة، لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك وهذا المعنى في قسمة العين أكمل^(١٨٢٥).

(١٨٢٥) بدائع الصنائع للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني ص ٣١ ج/٧، حاشية الدسوقي للشيخ محمد عرفة الدسوقي ص ٤٩٩ ج/٣، الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ / عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥.

المطلب الثاني

شركات المهاية القضائية

شركات المهاية القضائية هي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشركاء، فيهائي القاضي بينهما جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما وإما المهاية المكانية بالاختصاص بمنفعة بعض المال المشترك بنسبة الحصص، ولكن اختلف الفقهاء في جواز القسمة القضائية.

أولاً: في المذهب الحنفي: أن القاضي يجبر عليه عند طلب بعض الشركاء أو أحدهما قسمة المهاية ولم يطلبها الآخر، أو امتنع عنها لأن القسمة في المهاية تلاقي المنفعة دون العين والمنافع تتضارب ولا تتفاوت إلا يسير، كما أن الأعيان خلقت للانتفاع بها فيجرب جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الأعيان^(١٨٢٦).
ثانياً: في المذهب المالكي: القاضي لا يجبر عليه وإن قسمة المهاية لا تكون إلا بالتراضي لأن المهاية كالأجارة والإجارة كالبيع فلا يجبر عليها من أبها^(١٨٢٧).

ثالثاً: في المذهب الشافعي: لا يجبر الممتنع من المهاية عليها، وهو الأصح لأنها تعجل حق أحدهم وتؤخر الآخر بخلاف قسمة الأعيان، ولأن انفراد أحدهم بالمنفعة مع الاشتراك في العين، لا يكون إلا بمعاوضة والمعاوضة لا اجبار فيها، وهذا في المنافع المملوكة بحق الملك في العين، أما المملوكة بإجارة، أو وصية فيجبر على قسمتها، وأن لم تكن العين قابلة للقسمة إذ لا حق للشريك في العين^(١٨٢٨).

رابعاً: في المذهب الحنبلي: لا يجبر الممتنع من المهاية عليها لأن المهاية معاوضة كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل، فلا يجوز تأخيره بغير رضاه كالدين وكما في العبيد عند أبي حنيفة، ويخالف قسمة الأصل، فإنه افراز النصيب وتمييز أحد الحقيين^(١٨٢٩).

والراجح ما ذهب إليه الحنفية، وهو أن قسمة الأعيان التي يملك الشركاء الانتفاع بها يجري فيها جبر القاضي كما في قسمة الأعيان ما دام المحل يحتملها إذا تحققت المساواة لما في ذلك من الانتفاع بثمرات الملك، ولأن التفاوت في المنافع قلما يتفاحش، بل يقارب لأن كل واحد من الشركاء سيحصل على ما حصل عليه الآخر والامتناع عن المهاية مع عدم طلب قسمة الأصل يعتبر تعنتاً القصد منه إلحاق الضرر بالشريك الآخر والضرر منهي عنه بقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار).

والقسمة أيا كان نوعها ليست بيعاً حقيقياً ولهذا يفتقر فيها ما لا يفتقر في البيع. ولأن القاضي نصب لقطع التنازع ولتحصيل المنافع وهو لا يفصل إلا إذا رأى أن في المهاية مصلحة للشركاء.

^(١٨٢٦) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥ الطبعة الثانية، أعيد طبعه بالوافست،

دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧١ ج/١٩،

حاشية رد المختار لخاتمة المحققين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، ص ٢٦٩ ج/٦،

^(١٨٢٧) حاشية الدسوقي، للشيخ / محمد عرفة الدسوقي ص ٤٩٨ ج/٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للفقيه أبي الوليد محمد ابن رشد حقه طه عبد الرؤوف ص ٤٣٥ ج/٢،

^(١٨٢٨) البهجة الوردية، للشيخ عبد الرحم الشربيني ص ٣٠٥ ج/٥، حاشية الجمل على شرح المنهج لشيخ

الإسلام زكريا الأنصاري، ص ٥٧٥ ج/٢،

^(١٨٢٩) المغنى ويليهِ الشرح الكبير على متن المقتع، تأليف الإمام شمس الدين ابن قدامة اشرف على،

تصحيحه السيد محمد رشيد رضا، ص ٥١٢-٥١٣ ج/١١، كتاب الفروع للإمام شمس الدين المقدسي

محمد بن مفلح راجعة عبد الستار أحمد فراج، ص ٥٠٨ ج/٦،

هذا ولا بأس في أن يأخذ القاضي عند النظر وبعين الاعتبار ما ذهب إليه الشافعية في القول الأصح، وهو أنه إذا رأى أن الجبر على المهاية قد يثير مشاكل أو قد تعترضه عقبات، أو قد يترتب عليه إضرار بالعين المقسومة، أو بأحد الشركاء له أن يؤجر العين المتنازع عليها لأحد الشركاء أو لغيرهم تبعاً لما يراه من المصلحة والله أعلم^(١٨٣٠).

المبحث الثاني

أنواع شركات المهاية من حيث الزمن والمكان

تقسم شركات المهاية من حيث الزمن والمكان إلى شركات مهاية زمانية وهي اتفاق الشركاء بالتراضي أو جبراً عن طريق القاضي بالانتفاع بالمال المشترك مدة معلومة من الزمن تتناسب مع حصة كل شريك، وشركات المهاية المكانية هي أن يختص كل واحد من الشركاء في المال الشائع بالانتفاع، ببعض المال المشترك بنسبة حصته فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: شركات المهاية الزمانية.

المطلب الثاني: شركات المهاية المكانية.

(١٨٣٠) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/أحمد فراج حسين، ص ١٨٥-١٨٦

شركات المهاية الزمانية

تعريفها: هو أن ينفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه^(١٨٣١).
 بأن كانت داراً صغيرة يسكن أحدها شهراً، والآخر شهراً جاز وهذا في معنى العارية^(١٨٣٢) وهي جائزة شرعاً لقوله تبارك وتعالى (قَالَ هَذِهِ نَاقَةٌ لَهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ)^(١٨٣٣) أخبر سبحانه وتعالى عن نبيه سيدنا صالح عليه الصلاة والسلام المهائيات في الشرب، ولم ينكره سبحانه وتعالى والحكيم إذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهائيات بالزمن بظاهر النص^(١٨٣٤).
 تجري المهاية الزمانية في قسمة منافع كل الأعيان والبيت الصغير تهايتاً فيه الشريكين في الزمن لتعذر التهايو في المكان^(١٨٣٥)، ويشترط تعيين المدة في المهاية الزمانية عند المالكية^(١٨٣٦).
 والمهاية الزمانية يشترط فيها تعيين الزمن باليوم أو الشهر أو السنة، فلا بد من تعيين الزمن قطعاً إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت ولا تجوز قسمة الأرض غير المألوفة بالمهاية الزمانية^(١٨٣٧).
 واختلف فقهاء المذهب في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام وركوب الدابة وزراعة الأرض.
 القسمة فيما ينقل ويحول وفيما لا يتصل ويحول، وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول، فأما فيما ينقل ولا يحول، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع اختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل، ويحول في الاغتلال فقبل اليوم الواحد ونحوه، وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد.
 لمدة في الاستخدام فقبل يجوز في مثل الأيام الخمسة وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلاً^(١٨٣٨).

(١٨٣١) بداية المجتهد، للفقهاء أبي الوليد محمد ابن رشد، حققه طه عبد الرؤوف سعد، ص ٤٣٥ ج/٢

(١٨٣٢) تحفة الفقهاء، للإمام علاء الدين السمرقندي، ص ٢٨٤ ج/٣

(١٨٣٣) سورة الشعراء، الآية: ١٥٥

(١٨٣٤) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ص ٣١ ج/٧

(١٨٣٥) تبيين الحقائق، لشركة كنز الرقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٦ ج/٥

(١٨٣٦) تحفة الفقهاء، للإمام علاء الدين السمرقندي، ص ٤٩٨ ج/٣

(١٨٣٧) حاشية الدسوقي، للشيخ / محمد عرفة الدسوقي، ص ٤٩٨ ج/٣

(١٨٣٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد ابن رشاد، حققه طه عبد الرؤوف سعد، ص ٤٣٥ -

المطلب الثاني

شركات المهايأة المكانية

تعريفها هو أن يتهايأ دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة فيها يسكنها، وأنه جائز لأن المهايئات قسمة، فتعتبر بقسمة العين وقسمة العين على هذا الوجه جائزة، فكذا قسمة المنافع وكذا لو تهايأ، على أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلوي جاء ذلك^(١٨٣٩).

المدة في المهايأة المكانية

ذهب جمهور الفقهاء أنه لا يشترط في المهايأة الزمانية أو المكانية أن يكون الزمن معلوماً اتحد المقسوم كدار أو تعدد كدارين، حتى يعرف به قدر الانتفاع، فإذا لم يكن الزمن معيناً فسدت المهايأت اتفاقاً إذا كان المقسوم متحداً أو متعدداً على ما ذهب إليه ابن عرفة وغيره.

وعلى ما ذهب إليه ابن الحاجب، وغيره أنه لا يشترط تعيين الزمن في المتعدد بل تكون صحيحة، ولو لم يعين الزمن وغايته أنها تكون من العقود الجائزة، لكل واحد من الشريكين أن ينقضها متى أحب وأراد.

ويظهر من كلام بعض فقهاء المالكية كما يقول صاحب الشرح الصغير ترجيح ما ذهب إليه ابن عرفة. وبناء على هذا الترجيح يكون تعيين الزمن في المذهب المالكي شرطاً في لمهايأة زمانية أو مكانية تعدد المقسوم أو اتحد حتى إذا لم يشترط كانت فاسدة.

والراجح ما ذهب إليه ابن عرفة المالكي، وهو أن تعيين الزمن شرط في المهايأة المكانية، كما هو شرط في المهايأة الزمانية.

لما في ذلك من العدالة والرعاية لمصالح الشركاء وعدم الإضرار بواحد منهم فضلاً عن استقرار أحوالهم طول زمن المهايأة^(١٨٤٠).

أما القول بأن الزمن ليس شرطاً في المهايأة المكانية، فهو وإن كان وجيهاً من الناحية النظرية، لأن المنافع فيها معلومة بالعلم بمكانها إلا أنه من الناحية التطبيقية العملية يؤدي إلى عدم الاستقرار، وعدم التوفر على المنفعة بكمالها وغلبة القوى على الضعيف وبخاصة في زمن سيطرت فيها المادية على الناس.

فماذا يفعل أحد الشريكين إذا كان المقسوم مهايأة مكانية دارين، وسكن كل منهما داراً، ثم جاء الشريك الثاني بسبب أو لآخر، فنقض المهايأة بعد فترة وجيزة لم يكدها يلتقط فيها صاحبه أنفاسه، وقد يكون له سكن آخر معتمداً على الاستمرار في هذه الدار.

أن القول بأن تحديد الزمن شرط في المهايأة المكانية كما هو شرط من المهايأة الزمانية مأمون العاقبة، لأن كل من الشريكين على بينة وبصيرة من أمره طول مدة المهايأة، حتى لا يؤخذ على حين غرة من شريك سولت له نفسه الأضرار به، والله أعلم^(١٨٤١).

اختلاف الشركاء في نوع التهايو

ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل يحتملها بأمرهما القاضي بالاتفاق، لأن التهايو في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع، وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفي الزمن أكمل، لأن كل واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق.

^(١٨٣٩) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ص ٣١ ج/٧

^(١٨٤٠) الخرشى على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي ص ١٨٤ ٦/٥، تحفة الفقهاء

للإمام علاء الدين السمرقندي ص ٢٨٤ ج/٣ طبعة ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٤ م، دار الكتب العلمية،

بيروت، لبنان.

^(١٨٤١) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج حسين، ص ١٩١-١٩٢ طبعة ١٩٩١، دار

المطبوعات الجامعة، الإسكندرية.

فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطبيقاً لقلوبهما ونفيًا للتهمة عن نفسه^(١٨٤٢).

الفصل الرابع

أحكام شركات المهايأة وآثارها

في شركات المهايأة تقع على كل شريك في الانتفاع بالمال المشترك حقوق والتزامات ومن هذه الحقوق.

- (١) الانتفاع بالمال الشائع واستعماله.
- (٢) استغلال المال المتهاياً عليه أما الالتزامات التي تقع عليه فهي:
 - (أ) الالتزام بالحفظ.
 - (ب) الالتزام بالنفقة.
 - (ج) الالتزام بالضمان.

ومن آثار شركة المهايأة عدم تحول شركات المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية وهذا بخلاف القانون المدني المصري.

وينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول: حقوق الشركاء في شركات المهايأة.

وينقسم المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: حق الشركاء بالانتفاع بالمال المشترك والمتهاياً عليه واستعماله.

المطلب الثاني: حق الشركاء في استغلال المال المشترك المتهاياً عليه.

المبحث الثاني: التزامات الشركاء في شركات المهايأة

وينقسم إلى ثلاثة مطالب :-

المطلب الأول: الالتزام بالنفقة.

المطلب الثاني: الالتزام بالحفظ.

المطلب الثالث: الالتزام بالضمان.

المبحث الثالث: تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية

وينقسم إلى مطلبين:-

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

المطلب الثاني: موقف القانون المدني المصري من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

المبحث الأول

حقوق الشركاء في شركات المهايأة

في شركات المهايأة تقع على كل شريك في المال المتهاياً عليه حقوق من هذه الحقوق.

- (١) الانتفاع بالمال الشائع المتهاياً عليه.

^(١٨٤٢) تبيين الحقائق، شرح كنز الرقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٦ ج/٥، الطبعة

الثانية، أعيد طبعه بالأوفست، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

(٢) استغلال المال الشائع المتهاياً عليه.
وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: حق الشركاء في الانتفاع بالمال المشترك المتهاياً عليه واستعماله.

المطلب الثاني: حق الشركاء في استغلال المال المشترك المتهاياً عليه.

المطلب الأول

حق الشركاء في الانتفاع بالمال المشترك المتهاياً عليه واستعماله

يملك كل واحد من المتعاقدين في شركة المهياة استعمال الشيء كما يريد سواء في المهياة المكانية فيجوز لكل منهما السكنى إن كان المتهاياً فيه داراً والركوب إن كان المتهاياً فيه دابة وفي المهياة الزمانية، فيجوز لكل منهما أن يتهايناً في بيت صغير على أن يسكنه هذا يوماً وهذا يوماً^(١٨٤٣).

المطلب الثاني

حق الشركاء في استغلال المال المشترك المتهاياً عليه

ذهب الحنفية إلى التفرقة بين المهياة المكانية والمهياة الزمانية في التصرف واستغلال ما أصابه بالمهياة. ففي المهياة المكانية فلكل واحد منهما أن يستغل ما أصابه سواء شرط الاستغلال في العقد أولاً وسواء تهايناً في دار واحدة أو دارين، لأن المنافع بعد المهيات تحدث على ملك كل واحد منهما فيما أخذه، فيملك التصرف فيه بالتمليك من غيره وبه تبين، أن المهيات في هذا النوع ليست بإعارة لأن العارية لا تؤاجر. ذكر ابن البناء في الخصال أن الشركاء إذا اختلفوا في منافع دار بينهما أن الحكم يجبرهم على قسمة المهياة أو يؤجرها عليهم^(١٨٤٤).

أما إذا شرط في المهياة حق الاستغلال، ففيه خلاف بين فقهاء الحنفية ذكر القدوري عليه الرحمة، أنه لا يملك، لأن هذا النوع من المهياة في معنى الإعارة والعارية لا تؤجر وذكر الأصل أن التهاؤ في الدار الواحدة على السكنى والغلة حائزة منهم من قال المذكور في الأصل، ليس بمهيات حقيقة لوجبهن أحدهما أنه أضاف التهاؤ إلى الغلة دون الاستغلال والغلة لا تحتمل التهاؤ حقيقة إذ هي عين والتهاؤ قسمة المنافع دون الأعيان، والثاني أنه ذكر فيه أن غلة الدار إذا وصلت في يد أحدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهيات، وكما أن المهياة بالمكان في الدارين إذا تهايناً أن يأخذ كل واحد منهما وأخذه يستغلها

^(١٨٤٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١-٣٢ ج/ ٧ الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

^(١٨٤٤) الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لشيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرادوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ص ٣٤٠-٣٤١ ج/ ١١ الطبعة الأولى ١٣٧٦هـ - ١٩٥٦م مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.

فاستغلها ففضل من الغلة في يد أحدهما أن الفاضل يكون له خاصة ويكون المذكور في الأصل محمولاً على ما إذا اصطلاحاً على أن يأخذ هذا غلة شهر، وذلك غلة شهر وسمى ذلك مهابةً مجازاً، وإن لم يكن ذلك مهابةً حقيقةً في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركاً بينهما، وعلى هذا ترتفع اختلاف الروايين، ويحتمل أن يكون المذكور في الأصل دليلاً على شرط جواز الاستغلال، إذا الغلة يجوز أن تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة، وقد قام دليل إرادة الاستغلال ههنا وهو قرينة التهاؤ إذ هي عبارة عن قسمة المنافع دون الغلة التي هي عين ماله وكذا التهاؤ يكون على شيء هو مقدور التهاؤ وهو فعل الاستغلال دون عليّة الغلة، ولهذا قرن بها السكنى الذي هو فعل الساكن، ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه صاحبه محمولاً على ما إذا تهاؤنا بشرط الاستغلال ابتداءً ثم اصطلاحاً، على أن يأخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدارين، فعلى هذا ثبت اختلاف روايتي الحاكم، وأحمد بن الحسين القنوري عليهم الرحمة والله سبحانه وتعالى أعلم^(١٨٤٥).

أما عند الشافعية يجوز الاستعمال والاستغلال، لكل واحد من الشريكين فيما اختص به بالمهابة، فإذا عقد المهابة على مدة اختفى كل واحد منهما بمنفعة تلك المدة، وإن كان تحتاج إلى النفقة كالعبد والبهيمة كانت نفقته على من يستوفى في منفعته، وإن كسب العبد كسباً معتاداً في مدة أحدهما كان لمن هو في مدته وفي الاكساب النادرة كاللطفة والركاز والهبة والوصية قولان أحدهما أنها تدخل فيها، لأنها كسب فأشبه المعتاد، والثاني أنها لا تدخل فيها، لأن المهابة بيع لأنه يبيع حقه من الكسب في أحد اليومين بحقه في اليوم الآخر، والبيع لا يدخل فيه إلا ما يقدر على تسليمه في العادة، فلم يدخل فيه، فعلى هذا يكون بينهما^(١٨٤٦).
أما المالكية فيجوز أن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان، وهذا داراً تلك المدة بعينها فقل: يجوز في سكنى الدار وزراعة الأرضين، ولا يجوز ذلك في الاستغلال إلا في الزمن اليسير^(١٨٤٧).
وقال الشيخ صالح عبد السميع الأزهرى في شرح مختصر خليل لا تجوز المهابة في الاستغلال، ولو يوماً للضرر^(١٨٤٨).

المبحث الثاني

التزامات الشركاء في شركات المهابة

في شركات المهابة تقع على كل شريك في الانتفاع بالمال المتهاياً عليه التزامات من هذه الالتزامات:-

(١) الالتزام بالحفظ.

(٢) الالتزام بالنفقة.

(٣) الالتزام بالضمان.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: الالتزام بالنفقة.

المطلب الثاني: الالتزام بالحفظ.

المطلب الثالث: الالتزام بالضمان.

^(١٨٤٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني، ص ٣٢-٣٣ ج/٧

^(١٨٤٦) المجموع شرح المهذب، ص ٤١٣ ج/١٨، للأستاذ المحقق/ محمد حسين الفقي.

^(١٨٤٧) كتاب المنتقى، شرح موطأ تأليف القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث

الباجي، ص ٥٣ ج/٦، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٢هـ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر، بداية

المجتهد ونهاية المقصد للفقهاء أبي الوليد محمد ابن رشد، حقق أصوله طه عبد الرؤوف سعد، ص

٤٣٦ ج/٢

^(١٨٤٨) جواهر الإكليل، للشيخ/ صالح عبد السميع، ص ١٦٥ ج/٢

المطلب الأول

الالتزام بالنفقة

يلتزم كل من الشركاء في شركة المهايأة بمؤن حصته التي وقعت له، فتكون عليه يلتزم بدفعها كنفقة الحيوان مدة كل واحد عليه، وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين ما فالنفقة لحاجة بقدر حقيهما والإلزام بالنفقة يجوز استحساناً عند الحنفية^(١٨٤٩).

المطلب الثاني

الالتزام بالحفظ

يلتزم كل من الشركاء في شركة المهايأة بحفظ ما وقع له من حصته تحت يده حتى يرده سالمًا، كما استلمه، وليس لواحد منهم أن يحدث في منزله حصته بالمهايأة بناء أو ينقضه أو يفتح بابًا، ولو بني فيها أو حفر بئرًا فيها ضمن بقدر ما كان ملك صاحبه، حتى إنه إذا كان ملك صاحبه الثلث ضمن الثلث^(١٨٥٠).

المطلب الثالث

الالتزام بالضمان

اختلف الفقهاء في التزام الشركاء في شركة المهايأة بالضمان، هل يضمن الشريك المتهاياً في حالة التعدي أم لا مثال ذلك لو عطب أحد الخادمين أو انهدم المنزل من سكنى أحدهما أو احترق من نار، أو قدها أي بلا تعد، فلا ضمان لأن الشريك في شركة المهايأة بمنزلة المستعير أو المستأجر عند الحنفية^(١٨٥١). وهو ما ذهب إليه المالكية بأن المهايأة كالإجارة، فيكون الشريك المتهاياً غير ضامن كالمستأجر^(١٨٥٢). وهو ما ذهب إليه الشافعية الشريك المتهاياً يد أمانة كالمستأجر^(١٨٥٣).

- ^(١٨٤٩) الإصناف، لشيخ الإسلام علاء الدين ابن الحسن المرادوي، صححه وحققه محمد حامد الفقي، ص ٣٤١ ج/١، كتاب الفروع لشيخ الإسلام شمس الدين المقدسي بن مفلح، راجعه عبد الستار أحمد فراج، ص ٥٠٩ ج/٦، منتهى الإرادات للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق عبد الغني عبد الخالق، ص ٦٢١ ج/٢، بدائع الصنائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١ ج/٧
- ^(١٨٥٠) الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وعلماء الهند، ص ٢٢٩-٢٣٠ ج/٥
- ^(١٨٥١) حاشية رد المحتار على الدر المختار لخاتمه المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ص ٢٩٦ ج/٦، المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي ص ١٧٧ ج/١٩
- ^(١٨٥٢) جواهر الإكليل للشيخ/ صالح عبد السميع، ص ١٦٥ ج/٢، حاشية الدسوقي للشيخ/ محمد عرفه الدسوقي، ص ٤٩٨ ج/٦

وهو غير مقتضى كلام الحنابلة حيث ذهبوا أنه يضمن قياساً على العارية لأنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير فلم يلزم (١٨٥٤).

المبحث الثالث

تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية

هذا التحول قاصر على شركة المهايأة المكانية، وهو أن يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، وهذا التحول من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية في شركة المهايأة غير جائز من الفقه الإسلامي، إلا إذا طلب أحد الشركاء واجبرهم القاضي على قسمة العين، وهذا بخلاف القانون المدني المصري حيث تتحول شركة المهايأة إلى قسمة نهائية بمرور خمسة عشر سنة على قسمة المهايأة المكانية. وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:-

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

المطلب الثاني: موقف القانون المدني المصري من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية.

(١٨٥٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباسي أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المتوفى المصري الأنصاري، ص ٢٨٦ ج/٨، الطبعة الاخيرة، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

(١٨٥٤) المغنى، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامه المقدسي، ص ٥١٣ ج/١١، وأشرف على تصحيحه السيد محمد رشيد رضا.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية
اتفق جمهور الفقهاء على عدم تحول شركة المهايأة المكانية إلى شركة نهائية إلا إذا طلب أحدهم قسمة العين وإجبار القاضي الشركاء على القسمة، لأن القسمة شرعت لتكميل منافع الملك، وهذا المعنى في قسمة العين أكمل، ولهذا لو طلب أحد الشركاء القسمة قبل المهايئات أجبر القاضي بقية الشركاء^(١٨٥٥).

المطلب الثاني

موقف القانون المدني المصري من تحول شركة المهايأة من قسمة انتفاع إلى قسمة نهائية

تنص المادة ٨٤٦ من القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على:-

(١) في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد، إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر، أنه لا يرغب في التجديد.

(٢) وإذا دامت هذه القسمة خمس عشرة سنة انقلب قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، وإذا حاز الشريك على الشبوع جزءاً مفرزاً من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة.

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ من القانون المدني تنقلب قسمة المهايأة المكانية التي تدوم خمس عشرة سنة إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك، كما اعتبر المشرع في الشق الأخير من تلك الفقرة حيازة الشريك على الشبوع بجزء مفرز في المال الشائع مدة خمس عشرة سنة قرينة قانونية على أن حيازته لهذا الجزء تستند إلى قسمة مهايأة، مما مؤداه أنه إذا لم يثبت عكس هذه القرينة، فإن حيازة الشريك على الشبوع بجزء من المال الشائع تؤدي إلى ملكيته لهذا الجزء إعمالاً لهذه القرينة، وللحكم الوارد في صدر الفقرة الثانية من المادة ٨٤٦ المشار إليها.

مما سبق يتضح أن الفقه الإسلامي منع المشاكل القضائية والمنازعات بين الشركاء في قسمة المهايأة عندما منعوا أن تتحول قسمة المهايأة إلى قسمة نهائية إلا باتفاق الشركاء والدليل على ذلك (الطعن ٥٢٨٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١) حيث اختلفت الورثة (منازعة قضائية) في ما ترك مورثهم من أموال حيث استند أحد الورثة على أن الحصة المفرزة التي تحت يده لمدة تزيد على خمسة عشر عاماً تؤدي إلى ملكيته، هذا الجزء طبقاً لنص المادة ٨٤٦، وهذا فيه إضرار بالشريك الآخر^(١٨٥٦).

^(١٨٥٥) بدائع الصنائع في ترتيب الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر الكاساني، ص ٣٢ ج/٧، الضرر البهية

في شرح البهجة الوردية للشيخ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

^(١٨٥٦) المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، للمستشار/ معوض عبد التواب ص ١٠٩-١١٦-

الفصل الخامس

مقارنة بين شركات المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

اتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف شركة المهايأة بأنها قسمة منافع، وأنها ترد على القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها دون المثليات مع جواز المهايأة على الاستعمال والاعتلال، وأن عقد المهايأة من عقود المعاوضات.

واختلف الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري بأن قسمة المهايأة في القانون المدني ملزمة للجانبين، وليس لأي من الشركاء فسخها قبل انتهاء مدتها، أما الفقه الإسلامي، فإن قسمة المهايأة غير ملزمة إلا عند بعض الفقهاء، كما أن الفقه الإسلامي يجوز فيه المهايأة بالتقاضي، أما القانون المدني قسمة المهايأة اتفافية.

وعلى ذلك نقسم هذا الفصل إلى سبعة مباحث:-

المبحث الأول: تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة.

المبحث الثاني: محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: محل قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في محل قسمة المهايأة.

المبحث الثالث: طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: طبيعة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في طبيعة قسمة المهايأة.

المبحث الرابع: صفة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: صفة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: صفة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في صفة قسمة المهايأة.

المبحث الخامس: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.

المبحث السادس: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.

المبحث السابع: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

وينقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة.

المبحث الأول

تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لا يختلف تعريف الفقه الإسلامي عن القانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة بأنها انتفاع بالمال الشائع.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: تعريف قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة.

المطلب الأول

تعريف قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي

عرف جمهور الفقهاء المهايأة بمحلها التي ترد عليه ولا تجوز إلا فيه وهي المنافع.

عرف الحنفية: المهايأة هي قسمة المنافع^(١٨٥٧)

عرف المالكية: المهايأة هي قسمة المنافع إما بالأزمان وإما بالأعيان^(١٨٥٨).

عرف الشافعية: المهايأة هي أن يبيح كل واحد نصيبه لصاحبه مدة^(١٨٥٩).

عرف الحنابلة: المهايأة بأنها قسمة المنافع^(١٨٦٠).

عرف الظاهرية: المهايأة قسمة المنافع بين الشركاء إن كان لا يمكن القسمة^(١٨٦١).

وأيضاً عرف الإباضية: قسمة المهايأة هي قسمة المنافع^(١٨٦٢).

^(١٨٥٧) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥

^(١٨٥٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد ابن رشد، ص ٤٣٥ ج/٢

^(١٨٥٩) الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

^(١٨٦٠) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي،

صححه وحققه محمد حامد الفقي، ص ٣٣٩ ج/١١

^(١٨٦١) المحلى، للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ص ١٣ ج/ ٨

وبناء على تعريفات جمهور الفقهاء لقسمة المنافع نرى أنها عرفت المهايأة بمحلها التي ترد عليه ولا تجوز إلا فيه وهي المنافع، ولكن المالكية في تعريف قسمة المهايأة قسموها إلى قسمين مهايأة زمانية ومهايأة مكانية.

المطلب الثاني

تعريف قسمة المهايأة في القانون المدني المصري

لم يتعرض القانون المدني لتعريف قسمة المهايأة، ولكن قسمها إلى قسمين مهايأة زمانية ومهايأة مكانية، حيث إنه وفقاً لنص المادتين ٨٤٦ (١)، ٨٤٧ من القانون المدني في قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء (المهايأة الزمانية)، أو يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته (المهايأة الكمانية)، وهذا يتفق مع تعريف المالكية، أما فقهاء القانون المدني قد عرفوا قسمة المهايأة بأنها انتفاع بالمال الشائع فهي قسمة انتفاع، ولا تنهي الشبوع، وتنقسم إلى قسمين مهايأة مكانية ومهايأة زمانية^(١٨٦٣).

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة

بناء على ما سبق من تعريف الفقه الإسلامي قسمة المهايأة بأنها، قسمة انتفاع مع تقسيمها إلى مهايأة مكانية ومهايأة زمانية، وأيضاً تعريف القانون المدني المصري قسمة المهايأة بتقسيمها إلى مهايأة مكانية ومهايأة زمنية، ولكن فقهاء القانون المدني عرفوا قسمة المهايأة بأنها قسمة انتفاع. ويتضح مما سبق من تعريف الفقه الإسلامي لقسمة المهايأة، وأيضاً تعريف القانون المدني المصري وفقهاء القانون المدني لقسمة المهايأة اتفاق الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تعريف قسمة المهايأة.

^(١٨٦٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل، تأليف العلامة محمد بن يوسف إطفيس، ص ١٤٦-١٤٧، الجزء

العاشر ثان طبعة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة.

^(١٨٦٣) الوسيط في القانون المدني، للمستشار، أنور طلبة، ص ١٢٨ ج/٣ طبعة ١٩٩٦

المبحث الثاني

محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

قسمة المهايأة هي اتفاق الشركاء على قسمة منافع الأموال المشتركة ومن ثم فيكون محل قسمة المهايأة هو المنافع دون العين.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: محل قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في محل قسمة المهايأة.

المطلب الأول

محل قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي

كل قسمة المهايأة هي المنافع دون الأعيان، لأنها قسمة المنفعة دون العين والمقصود بالمنافع هي منافع الأعيان، التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها فلا يجوز التهايؤ في النخل أو الشجر أو الغنم بالانتفاع بثمر النخل والشجر ولين الأغنام لأن الثمر واللبن عين مال وقسمة المهايأة قسمة منافع دون المال ويجوز التهايؤ في الأراضي المشتركة على أن يأخذ محل واحد منهما نصف الأرض ويزرعها^(١٨٦٤).

وأجاز الحنفية والمالكية استعمال المال التهايؤ عليه في الأراضي المشتركة والدور بأن يكن لهذا الدار فترة زمنية والآخر، كذلك، أما التهايؤ على استغلال الأراضي والدور المشتركة عند الحنفية، يجوز لكل من الشريكين أن يؤجر ما في يده^(١٨٦٥).

أما المالكية لا تجوز المهايأة على الاستغلال في الدور لعدم انضباط الغلة المتجددة^(١٨٦٦).

المطلب الثاني

محل قسمة المهايأة في القانون المدني المصري

قسمة المهايأة في القانون المدني هي التي ترد على الانتفاع بالمال الشائع مع بقاء الملكية للشركاء كما هي علي الشيوخ^(١٨٦٧)، لأنه كثيراً ما يتفق الشركاء في الشيوخ تخلصاً من مشاكل إدارة المال الشائع، وما يحيط بهذه الإدارة من صعوبات على قسمة المهايأة لمدة معينة، فيقسمون المال بينهم قسمة منفعة لا قسمة ملك ويختص كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع، وبذلك ينتهي لكل منهم أن يحوز مالا

^(١٨٦٤) بدائع الضائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١ ج/٥.

^(١٨٦٥) المبسوط، للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧١-١٧٢ ج/ ١٩.

^(١٨٦٦) حاشية الدسوقي، للشيخ / محمد عرفة الدسوقي، ص ٤٩٩ ج/٢.

^(١٨٦٧) الوسيط في القانون المدني، للمستشار/ أنور طلبية، ص ١٢٨ ج/٣.

مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به، فله أن يسكن الدار أو أن يؤجرها وأن يزرع الأرض على ذمته، أو أن يؤجرها بالنقد، أو بطريق المزارعة ويوجه عام له أن يستغل ما اختفى به مفرزاً من المال الشائع وأن يشفع به بنفسه أو بواسطة غيره ولا يحاسبه أحد من الشركاء على إدارته لنصيبه، ولا على الغلة والثمار التي حصل عليها في مقابل أنه هو أيضاً لا يحاسب أحداً من الشركاء على ما اختص به هذا الشريك^(١٨٦٨).

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في محل قسمة المهايأة

يتضح بعد ما سبق عرضه في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في محل قسمة المهايأة أن :-

- (١) اتفقا الفقه الإسلامي مع القانون المدني في أن محل قسمة المهايأة هي المنافع المشتركة دون الأعيان كالدار والأرض، أما المهايأة على الثمار في النخل أو الشجر أو الغنم لا يجوز التهاؤ عليها، لأنها قسمة عين مال وقسمة المهايأة قسمة منافع دون المال وإذا لم يذكر الفقه القانوني هذه الأشياء في جواز المهايأة عليها من عدمه إلا أن قسمة هذه الأشياء مهايأة مخالف للقواعد العامة في القانون المدني، لأن قسمتها يترتب عليها غرر بأحد الشريكين.
- (٢) اتفقا الفقه الإسلامي مع القانون المدني في جواز المهايأة على الاستعمال.
- (٣) اختلف الفقه الإسلامي مع القانون المدني في جواز المهايأة على الاغتال حيث لا يصح المهايأة على الاغتال إلا في المذهب الحنفي.

المبحث الثالث

طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

اختلف الفقهاء حول تكييف قسمة المهايأة ففريق من الفقهاء يرى أنها إفراز وفريق آخر يرى أنها معاوضة، أما القانون المدني اعتبر أن المهايأة معاوضة وينطبق عليها بعض أحكام عقد الايجار.

وعلى ذلك نقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: طبيعة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في طبيعة قسمة المهايأة.

^(١٨٦٨) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور/ عبد الرازق السنهوري، ص ٨١٦-٨١٧ ج/٨ الطبعة

المطلب الأول

طبيعة قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في طبيعة قسمة المهايأة... فعند الحنفية فرقوا بين المهايأة المكانية والمهايأة الزمانية، ففي المهايأة المكانية افراز لجميع الأنصباء أما المهايأة الزمانية فهي إفراز من وجه ومبادلة من وجه^(١٨٦٩) أما المالكية المهايأة كالإجارة أي في اللزوم عند تعيين الزمن^(١٨٧٠) وعند الشافعية ينطبق على قسمة المهايأة بعض أحكام الإيجار في المهايأة بين الشريكين^(١٨٧١). أما الحنابلة المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع^(١٨٧٢).

المطلب الثاني

طبيعة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري

طبيعة قسم المهايأة في القانون المدني بانها إيجار ففي المهايأة المكانية (يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء) م ٤٨٦ فقرة ١ مدني، فهي إذن منفعة في مقابل منفعة ينتفع الشريك بجزء مفرز، فيحصل على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا الجزء في مقابل حصول الشركاء على نصيبه هو في منفعة الأجزاء المفترزة الأخرى وفي المهايأة الزمانية يتناوب الشركاء الإنتفاع بالمال الشائع، كله فيحصل الشريك في نوبته، على نصيب باقي الشركاء في منفعة هذا المال فالمهايأة إذن بنوعها هي مفايضة إنتفاع بانتفاع ومفايضة الإنتفاع بالإنتفاع تكون إيجاراً إذ ليس من الضروري أن تكون الأجرة في الإيجار كما يكون الثمن في البيع نقداً أو من أجل هذا قربت المهايأة من الإيجار فنصت المادة ٨٤٨ مدني على أن تخضع قسمة المهايأة من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحكام عقد الإيجار ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة القسمة)، ولما كان كل شريك من الشركاء في الشيوخ يعتبر مؤجراً لمنفعة حصته ومستأجر لمنفعة حصص الباقي من الشركاء فيجب أن تكون أهلية الشريك في المهايأة بنوعها أهلية كل من المؤجر والمستأجر هي هنا أهلية الإدارة دون أهلية التصرف حتى في الاستئجار إذ هو يعتبر في المهايأة من أعمال الإدارة، وكذلك جواز الاحتجاج بالمهايأة على الغير كمشتري للمال الشائع تطبق فيه قواعد الإيجار، فلا بد من أن تكون المهايأة ثابتة التاريخ قبل انعقاد البيع حتى تسري في حق المشتري، وتطبق أيضاً قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق المتهايين والتزاماتهم، فكل شريك متهايي تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالصيانة وضمنان للتعرض وضمنان للعيوب الخفية وعليه التزاماته من دفع الأجرة وهي هنا منفعة حصته واستعمال العين بحسب ما أعدت له والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهايأة، ولكل شريك أن يؤجر من الباطن، وتطبق أيضاً قواعد

^(١٨٦٩) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٦ ج/٥

^(١٨٧٠) حاشية الدسوقي على شرح الكبير، للشيخ/ محمد عرفة الدسوقي، ص ٤٩٨-٤٩٩ ج/٣

^(١٨٧١) البهجة الوردية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

^(١٨٧٢) المغنى، ويليه الشرح الكبير على متن المقنع، للشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج ابن قدامة المقدسي

أشرف على تصحيحه محمد رشيد رضا ص ٥١٢-٥١٣ ج/١١

إثبات الإيجار، وقد أصبحت في التقنين المدني الجديد هي القواعد العامة، فتثبت المهاية بالبينة والقرائن، فيما لا تجاوز عشرة جنيهات، وإلا وجبت الكتابة أو ما يعادل الكتابة^(١٨٧٣).

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في طبيعة قسمة المهاية

بناء على ما سبق عرضه من الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري حول طبيعة قسمة المهاية يتضح أن:-

- (١) يتفق القانون المدني المصري مع ما انتهى إليه جمهور الفقه الإسلامي من أن المهاية عقد من عقود المعاوضات.
- (٢) ويتفق القانون المدني المصري مع ما عليه بعض الفقهاء من اعتبار قسمة المهاية كالإيجار ينطبق عليها بعض أحكامه والتي تتناسب مع طبيعة المهاية.

المبحث الرابع

صفة قسمة المهاية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

اختلف الفقهاء في الفقه الإسلامي في لزوم قسمة المهاية من عدمه على قولين:-

- القول الأول: إن عقد المهاية من العقود غير اللازمة.
 - أما القول الثاني: إن عقد المهاية من العقود اللازمة.
- أما القانون المدني المصري: فإن عقد المهاية عقد ملزم للمتهائين.

المطلب الأول

صفة قسمة المهاية في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء على حول لزوم قسمة المهاية أما غير لازم. ففي المذهب الحنفي: إن عقد المهاية غير لازم حتى لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات وقسم الحاكم بينهما وفسخ المهايئات. ويكون قسمة المهاية لازمة في حالة قسمة القاضي^(١٨٧٤). أما المذهب المالكي تكون قسمة المهاية لازمة إذا كان المقسوم متعددًا أو متحدًا وتعين الزمن، أما إذا كان المقسوم متعددًا ولم يعين الزمن تكون قسمة المهاية غير لازمة^(١٨٧٥).

(١٨٧٣) الوسيط، للدكتور/ عبد الرازق السنهوري، ص ٨٢١-٨٢٢ ج/٨.

(١٨٧٤) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣٢ ج/٧، حاشية رد المحتار على

الدار المختار، لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، ص ٢٦٩ ج/٦

وعند المذهب الشافعي: فإن عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة لا يجبر الممتنع من المهايأة عليها^(١٨٧٦).

أما المذهب الحنبلي: فإن عقد المهايأة من العقود الجائزة غير اللازمة سواء كانت مهايأة مكانية أو مهايأة زمانية^(١٨٧٧).

المطلب الثاني

صفة قسمة المهايأة في القانون المدني المصري

صفة المهايأة في القانون المدني المصري تخضع لأحكام عقد الإيجار فيما يناسب طبيعتها كما هو منصوص عليه في المادة ٨٤٨ مدني، وبناء على ذلك فإن عقد المهايأة عقد ملزم للمتهايين يعتبر كل شريك في قسمة المهايأة مؤجراً للشريك ومستأجراً منه فهي قسمة انتفاع تخضع لأحكام عقد الإيجار^(١٨٧٨).
وحيث أن عقد المهايأة عقد ملزم للمتهايين لا يجوز لأحدهم العدول عنه إلا بعد انتهاء نوبته طبقاً لأحكام عقد الإيجار من سليم وتعهد بالصيانة والضمان ودفع الأجرة أي منفعة حصته، واستعمال العين وفقاً لما أعدت له والمحافظة عليها ثم رد الحصة المفترزة بعد انتهاء النوبة المتفق عليها، وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية (يلتزم الشريك المتهايي كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيما بعد انتهاء نوبته في الانتفاع وإلا كان غاصباً، ويلزم بتقويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر نقض ١٩٦٩/٢/١١ س ٢٠ ص ٢٨٩٨)^(١٨٧٩).

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في صفة قسمة المهايأة

مما سبق عرضه من موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري يتضح أن:-

- (١) في القانون المدني المصري أن قسمة المهايأة ملزمة للجانبين وليس من الشركاء فسخها قبل انتهاء مدتها.
- (٢) يتفق القانون المدني المصري مع ما عليه بعض الفقهاء في أن قسمة المهايأة ملزمة عند الحنفية في حالة قسمة المهايأة بمعرفة القاضي والمالكية إذا كانت المدة معينة سواء كان المال الشائع متعددًا أو متحدًا.

(١٨٧٥) حاشية الدسوقي، للشيخ/ محمد عرفة الدسوقي، ص ٤٩٨ ج/٣

(١٨٧٦) الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني، ص ٣٠٥ ج/٥

(١٨٧٧) منتهى الإرادات، للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي المصري الشهير بابن النجار،

تحقيق عبد الغني عبد الخالق ص ٦٢١ ج/٢

(١٨٧٨) المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، د/ معوض عبد التواب، ص ١٢٤ ج/٩ طبعة ٢٠٠٦

(١٨٧٩) الوسيط في القانون المدني، المستشار/ أنور طلبية، ص ١٣٣ ج/٣

المبحث الخامس

شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تنقسم شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي إلى شركات المهايأة الرضائية، وهي التي تتم باتفاق الشركاء على الانتفاع بالمال المشترك، أما شركات المهايأة الجبرية، وهي التي تتم بواسطة القاضي جبراً بناء على طلب أحد الشركاء، أما القانون المدني لا يوجد إلا شركات المهايأة الرضائية، أما الشركات القضائية لا توجد إلا في حالة إجراءات القسمة النهائية.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري.

المطلب الأول

شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي

تنقسم شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر إلى قسمين:-

أولاً: شركات المهايأة الرضائية لا خلاف بين الفقهاء، في وجود شركة المهايأة الرضائية إذا تراضى الشركاء عليها سواء كان المقسوم جنسياً واحداً، أو المنفعة متساوية أو متفاوتة أو كان أجناساً مختلفة، لكن لو طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايئات قسم الحكم بينهما وفسخ المهايئات لأنها كالأخالف على قسمة العين وقسمة العين كأصل فيها شرعت له القسمة لأن القسمة، شرعت لتكميل منافع الملك، وهذا المعنى في قسمة العين أكمل^(١٨٨٠).

ثانياً: شركات المهايأة القضائية أجاز فقهاء المذهب الحنفي: شركات المهايأة حيث أن القاضي يجبر عليه عند طلب بعض الشركات أو أحدهما مقسمة المهايأة ولم يطلبها الآخر أو امتنع عنها، لأن القسمة في المهايأة تلاقي المنفعة دون العين والمنافع تتقارب ولا تتفاوت إلا يسير كما أن لأعيان خلقت للانتفاع بها فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الأعيان^(١٨٨١).

^(١٨٨٠) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين بكر الكاساني، ص ٣١/ج ٧، حاشية الدسوقي للشيخ/ محمد عرفه

الدسوقي ص ٤٩٩ ج/٣، الضرر البهية في شرح البهجة الوردية، للشيخ/ عبد الرحمن الشربيني ص

٣٠٥ ج/٥

^(١٨٨١) تبيين الحقائق، للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، ص ٢٧٥ ج/٥، المبسوط للإمام شمس الدين

السرخسي ص ١٧١ ج/١٩، حاشية رد المختار على الدر المختار لخاتمة المحققين محمد أمين

الشهير بابن عابدين ص ٢٦٩ ج/٦

المطلب الثاني

شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في القانون المدني المصري

طبقاً لنص المادتين ٨٤٦، ٨٤٩ من القانون المدني، الأصل في قسمة المهايأة يشترط لها اجماع الشركاء عليها أي لا يتم إلا باتفاق الشركاء، فإن عارض أحدهم أياً كان نصيبه تعذر وقوعها سواء كانت مهايأت مكانية أو زمانية، ولكن استثناء من الأصل أجاز المشرع الوضعي أن تكون قسمة المهايأة عن طريق الإجبار قسمة قضائية حيث نصت المادة ٨٤٩ (للشركاء أن يتفقوا أثناء إجراءات القسمة النهائية على أن يقسم المال الشائع مهايأة بينهم، وتظل هذه القسمة نافذة حتى يتم القسمة النهائية، فإذا تعذر اتفاق الشركاء على المهايأة جاز للقاضي الجزئي، إذا طلب منه ذلك أحد الشركاء أن يأمر بها بعد الاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر ذلك)، حيث يجوز أن يتفق الشركاء أثناء إجراءات القسمة النهائية، على إجراء قسمة مهايأت بينهم مكانية أو زمانية فتظل المهايأة نافذة إلى أن يتم إجراءات القسمة النهائية، ما لم يحدد لها أجل أقصر فإن تعذر اجماع الشركاء على المهايأة، فلاي منهم أن يطلب ذلك من المحكمة الجزئية التي تنظر دعوى القسمة، ولها الاستعانة بخبير في ذلك، وإذا ما قضت بها استمرت حتى يصدر حكم بالقسمة النهائية^(١٨٨٢).

المطلب الثالث

مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

بناء على ما سبق عرضه في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تقسيم شركات المهايأة من حيث الرضا والجبر إلى شركات مهايأة رضائية وشركات مهايأة قضائية يتضح أن :-

- (١) اتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري على إجازة شركات المهايأة الرضائية.
- (٢) اختلف الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري، حيث أجاز الفقه الإسلامي شركات المهايأة القضائية التي تتم بواسطة القاضي، أما القانون المدني لم يجيزها إلا في حالة قسمة المهايأة التي تسبق القسمة النهائية.

ويتفق الباحث مع الفقه الإسلامي في إجازة الشركات المهايأة القضائية بما يعود النفع على الاقتصاد الوطني، وهو ما يتفق مع المصلحة المرسله كمصدر للتشريع في الشريعة الإسلامية حيث قام الصحابة رضوان الله عليهم جمع المصحف (القرآن الكريم) لوجود مصلحة وخير للمسلمين بجمع القرآن الكريم، ولو لم تكن المصلحة دليلاً على الأحكام لخلت أكثر الوقائع منها، لأن أحكام النصوص محدودة والحوادث متجددة وليس لكل حادثة أصل يقاس عليها لكن في حالة حادثة مقصد للشارع يطلب المحافظة عليها من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، على ألا يعارض هذه المصلحة حكم ثبت بالنص أو بالإجماع^(١٨٨٣).

(١٨٨٢) الوسيط في القانون المدني للمستشار/ أنور طلحة، ص ١٣٣/ج٣

(١٨٨٣) محاضرات في أصول الفقه د/ أحمد فهمي أبو سنة، ص ٢١٠-٢١١، الطبعة الأولى، القاهرة،

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ١٣٩٦٤

لسنة ٢٠٠٠م.

المبحث السادس

شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

تنقسم شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون المدني إلى قسمين شركات المهايأة الزمانية، وشركات المهايأة المكانية.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: شركة المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول

شركة المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي

تنقسم شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي إلى شركات مهايأة زمانية وشركات مهايأة مكانية.

أولاً: شركات المهايأة الزمانية: هو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة متساوية لمدة انتفاع صاحبه^(١٨٨٤).

ويشترط تعيين المدة في المهايأة الزمانية عند الملكية^(١٨٨٥).

ثانياً: شركات المهايأة المكانية: هو أن يتهاينا دار واحدة على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة فيها يسكنها، أو أن يأخذ أحدهما السفلى والآخر العلوي^(١٨٨٦).

ويشترط تعيين الزمن في المهايأة المكانية، وهو ما ذهب إليه ابن عرفة المالكي لما في ذلك من العدالة والرعاية لمصالح الشركاء، وعدم الإضرار بواحد منهم فضلاً عن استقرار أحوالهم طول زمن المهايأة^(١٨٨٧).

^(١٨٨٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام أبي الوليد محمد ابن رشد، ص ٤٣٥ ج/٢

^(١٨٨٥) تحفة الفقهاء، للإمام علاء الدين السمرقندي، ص ٤٩٨ ج/٣

^(١٨٨٦) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١ ج/٧

^(١٨٨٧) قسمة الأملاك المشتركة في الفقه الإسلامي، د/ أحمد فراج حسين، ص ١٩٢، طبعة ١٩٩١، دار

المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

المطلب الثاني

شركات المهاية من حيث الزمن والمكان في القانون المدني المصري
في القانون المدني تنقسم المهاية إلى قسمين:-

(١) **المهاية المكانية:** وتنص عليها المادة ١/٨٤٦ مدني والتي تقضي بأنه في قسمة المهاية يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع متنازلاً لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء، ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين، فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها، ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشركاء إلى شركائه، قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد.

المهاية المكانية يختص بها كل منهم بجزء مفرز من المال يعادل حصته في المال الشائع وبذلك يتهيأ لكل منهم أن يجوز مالا مفرزاً يستقل بإدارته واستغلاله والانتفاع به فله أن يسكن الدار، أو أن يوجرها أو أن يزرع الأرض على ذمته أو أن يوجرها بالنقد أو بطريق المزارعة أو بوجه عام له أن يستغل ما اختص به مفرزاً من المال الشائع، وأن ينتفع به بنفسه، أو بواسطة غيره، ولا يحاسبه أحد من الشركاء على ما اختص به، هذا الشركاء ولا يجوز الاتفاق على هذه المهايات لمدة تزيد على خمس سنوات فإن زادت المدة المتفق عليها على ذلك انقضت إلى خمس ذلك أن المهاية المكانية، وإن كانت تفرز المال من حيث المنفعة تبقية شائعاً من حيث الملكية فيبقى الشبوع قائماً ما دامت المهاية المكانية، ولا يجبر شريك على البقاء في الشبوع، فهي الملكية بموجب الاتفاق لمدة أطول من خمس سنوات، ومن ثم لم يجز الاتفاق على المهاية المكانية لمدة تزيد المهاية المكانية مدة أطول من ذلك فإذا انقضت المدة المتفق عليها جاز تجديدها مدة ثانية فثالثة، وهكذا بشرط ألا تزيد كل مدة على خمس سنوات، أما إذا لم يحصل اتفاق على المدة أو انقضت المدة المتفق عليها، ولم يحصل الاتفاق على تجديدها مدة أخرى مع استبقاء المهاية، فإن المدة تكون سنة واحدة في الحاليتين، تتجدد سنة ثانية فثالثة وهكذا إلا إذا أعلن أحد الشركاء الآخرين أنه لا يرغب في المهاية ويجب أن يكون هذا الإعلان قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر على الأقل، ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي م ٣٥ يحتم أن تكون مدة إيجار الأراضي الزراعية لا تقل عن ثلاث سنوات ولكن المهاية لا تخضع لهذا الحكم فيجوز أن تكون مدتها أقل من ثلاث سنوات وقد تتجدد لسنة واحدة وذلك لانعدام حكم النص إذا طبق على عقد المهاية وإذا استمرت المهاية المكانية لمدة خمس عشر سنة أو أكثر فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية م ٢/٨٤٦ مدني.

(٢) **المهاية الزمانية:** تنص عليها المادة ٨٤٧ مدني والتي تقضي بأنه (تكون قسمة المهاية أيضاً بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته) فلو كانت هناك أرض زراعية أو دار أو سيارة شائعة بين شريكين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث فإنه يجوز أن يتفقا على أن يختص الأول بالأرض الزراعية أو بالدار كالمهاية المكانية لمدة سنتين، ثم يختص بها الآخر لمدة سنة، وهكذا أو أن يختص الأول بالسيارة لمدة شهرين، والآخر لمدة شهر واحد، ولم ينظم القانون مدة المهاية الزمانية كما نظم مدة المهاية المكانية فتسري القواعد العامة، ومن ثم يجوز أن يتفق الشركاء على عدد من دورات التناوب في الانتفاع بالمال الشائع، كما يشار بشرط ألا يؤدي هذا الاتفاق إلى إجبارهم على البقاء في الشبوع مدة تزيد على خمس سنين، وتنتهي المهاية الزمانية بانتهاء مدتها، ويعين الاتفاق هذه المدة وكيف تنقضي.

ولا تنقلب المهاية الزمانية إلى قسمة نهائية مهما طال مدتها، ولم يورد القانون هذا الحكم إلا استثنائياً بالنسبة إليها، لأنه لا يمكن تطبيقه هنا كما يمكن تطبيقه على المهاية المكانية، فالمهاية المكانية تقسم المال الشائع أجزاء مفرزة، فهي كالقسمة النهائية إلا في أنها قسمة منفعة لا قسمة ملك، أما المهاية الزمانية فتبقى

المال الشائع على حالته دون إفراس وإنما تقسم زمن الانتفاع به فهي لا تهيئ للقسمة النهائية، ومن ثم لا يمكن أن تنقلب إليها^(١٨٨٨).

المطلب الثالث

مقارنة بين شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري

مما سبق عرضه من الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في تقسيم شركات المهايأة من حيث الزمن والمكان إلى شركات مهايأة زمانية، وشركات مهايأة مكانية يتضح أن :-

(١) في شركات المهايأة الزمانية في الفقه الإسلامي يشترط تعيين المدة، أما القانون المدني المصري، فيتم تحديد المدة الزمنية حسب حصته في المال الشائع فإذا كان أحدهما له الثلثان، والآخر له الثلث، فكان من له الثلثان له عامان، ومن له الثلث له عام واحد، وهذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري.

(٢) في شركات المهايأة المكانية في الفقه الإسلامي، يشترط تعيين المدة أما القانون المدني المصري إذا لم يتم الاتفاق على مدة كانت مدة المهايأة سنة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر، أنه لا يرغب في التجديد أما إذا حدث اتفاق بين الشركاء على الاتفاق على مدة يشترط أن ألا يزيد مدة المهايأة على خمس سنين، وهذا يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني المصري.

(٣) في الفقه الإسلامي لا تتحول شركات المهايأة المكانية إلى قسمة نهائية، أما القانون المدني المصري إذا استمرت المهايأة المكانية لمدة خمس عشرة سنة أو أكثر، فإنها تنقلب إلى قسمة نهائية م

٢/٨٤٦ مدني، وهذا يوجد اختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري. ويتفق الباحث مع الفقه الإسلامي في عدم تحول شركات المهايأة المكانية إلى شركات نهائية، إذا استمرت خمس عشرة سنة أو أكثر، وذلك للقضاء على المنازعات التي تقع بين الأفراد بسبب هذا التحول.

^(١٨٨٨) الوسيط في شرح القانون المدني، للدكتور/ عبد الرازق السنهوري، ص ٨١٦ - ٨١٠ - ٨٢٠ ج/٨

المبحث السابع

حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

في شركات المهايأة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري تقع على شريك في الانتفاع بالمال المتهايأ عليه حقوق والتزامات.

وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:-

المطلب الأول: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني المصري.

المطلب الثالث: مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة.

المطلب الأول

حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في الفقه الإسلامي

للشريك في المال المتهايأ عليه حقوق والتزامات منها:-

(١) استعمال المال المتهايأ عليه واستغلاله بملك كل واحد من المتعاقدين في شركة المهايأة استعمال المال المتهايأ عليه واستغلاله^(١٨٨٩).

(٢) الالتزام بالحفظ يلتزم كل من الشريكين بحفظ ما وقع له من حصته تحت يده، حتى يرده سالمًا كما استلمه^(١٨٩٠).

(٣) الالتزام بالنفقة والضمان يلتزم كل من الشريكين بمؤن حصته التي وقعت له فتكون عليه يلتزم بدفعها، كما أنه يلتزم بالضمان في حالة التقصير والإهمال في المحافظة على المال المتهايأ عليه^(١٨٩١).

المطلب الثاني

حقوق والتزامات الشركاء في قسمة المهايأة في القانون المدني المصري

لكل شريك في شركة المهايأة حقوق والتزامات منها:-

(١) استعمال المال المتهايأ عليه للشريك المتهايأ الحق في استعمال المال المتهايأ بحسب ما أعد له.

^(١٨٨٩) بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، ص ٣١-٣٢ ج/٧، المجموع شرح

المهذب ص ٤١٣ ج/ ١٨ للأستاذ المحقق محمد حسين الفقي.

^(١٨٩٠) الفتاوي الهندية، للشيخ/ نظام وعلماء الهند، ص ٢٢٩ ج/٥

^(١٨٩١) منتهى الإرادات، للإمام تقي الدين محمد بن أحمد الفتوح الحنبلي الشهير بابن النجار، تحقيق

عبد الغني عبد الخالق، ص ٦٢١ ج/٢ ، المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي، ص ١٧٧ ج/١٩

- (٢) المحافظة على المال المتهاياً والنفقة عليه يلتزم كل شريك من الشركاء في المال المتهاياً عليه بحفظه والنفقة عليه.
- (٣) الالتزام بتسليم المال المتهاياً عليه والرد عند الانتهاء يلتزم كل شريك في المال المتهاياً عليه تسليم المال في بداية التعاقد والرد عند انتهاء التعاقد.
- (٤) ضمان التعرض للمال المتهاياً وضمن العيوب الخفية حيث يضمن كل شريك في المال المتهاياً عليه ضمان التعرض من أي شخص وضمن العيوب الخفية.
- وهذه الحقوق والالتزامات حيث تطبق قواعد الإيجار فيما يتعلق بحقوق والتزامات الشريك المتهاياً فكل شريك متهاياً تكون له حقوق المستأجر من تسليم وتعهد بالعيانة، وضمن التعرض وضمن العيوب الخفية وعليه التزاماته من دفع الأجرة وهي هنا منفعة حصته واستعمال العين بحسب ما أعدت له، والمحافظة عليها وردها عند انتهاء المهياة ولكل شريك أن يؤجر من الباطن، وتطبق في هذه الحالة قواعد الإيجار من الباطن وتطبق أيضاً قواعد إثبات الإيجار.
- وهذا الذي أقرته أحكام محكمة النقض في هذا الصدد إذ تقول (يلتزم الشريك المتهاياً كما يلتزم المستأجر طبقاً لنصوص القانون المدني في الإيجار بأن يرد العين المشتركة لشركائه فيما بعد انتهاء نوبته في الانتفاع بها، وإلا كان غاصباً، ويلزم بتفويض هؤلاء الشركاء عما يصيبهم من ضرر نقض ١٩٦٩/٢/١١ س ٢٠ ص ٢٩٨) (١٨٩٢).

المطلب الثالث

مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري في حقوق

والتزامات الشركاء في قسمة المهياة

- بعد ما سبق عرضه من حقوق والتزامات الشركاء في شركة المهياة في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري يتضح أن:-
- (١) يتفق القانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي في أحقية الشريك المتهاياً في استعمال المال المتهاياً عليه بحسب ما أعدت له واستغلاله.
- (٢) يتفق القانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي في أن يلتزم كل شريك من الشركاء في المال المتهاياً عليه بحفظه والنفقة عليه وضمن التالف أو الهلاك في حالة الإهمال والتقصير في استعماله.
- (٣) يختلف القانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي حيث يلزم القانون المدني المصري الشريك المتهاياً في تسليم المال المتهاياً عليه عند الاتفاق، والرد عند انتهاء المهياة، وأن هذا الالتزام إن لم يظهر في الفقه الإسلامي، فهذا يعتبر من آثار قسمة المهياة.
- (٤) يختلف القانون المدني المصري مع الفقه الإسلامي حيث قرر القانون المدني المصري ضمان التعرض للمال المتهاياً عليه، وضمن العيوب الخفية، وهذا وإن لم يتعرض الفقه لضمن العيوب الخفية وضمن التعرض للمال المتهاياً عليه إلا أنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في الفقه الإسلامي، مثل خيار العيب وأحكام الاستحقاق.

(١٨٩٢) الوسيط في شرح القانون المدني، د/ السنهوري، ص ٨٢١-٨٢٢ ج/٨، الوسيط في القانون المدني، المستشار/ أنور طلبية، ص ١٣٣ ج/٣، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، د/ معوض عبد التواب، ص ١٢٤-١٢٥، ج/٩

المشكلات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج في النظام السعودي والقانون المصري " دراسة مقارنة "

اعداد

على السيد حسين أبو وياح

مقدمة:

جاءت الشريعة الإسلامية تحت على الزواج والترغيب فيه، وذلك في كتاب الله وسنه نبيه، حيث جاء في كتابه عز وجل آيات عديدة، منها قوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون " (١)

ومن مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على النسل وحمايته؛ من أجل تكوين مجتمع قوى البنية، خالٍ من المشاكل والأمراض، وأدى تطور المجتمع الإسلامي إلى ظهور مواضيع جديدة تتطلب دراسات وحلول من جوانب عدة، خاصة الجانب القانوني والديني والطبي، وتسارعت في المملكة العربية السعودية منذ العقد الأخير من القرن العشرين وتيرة إصدار العديد من الأنظمة، بعضها مستحدث، والبعض الآخر يحل محل أنظمة سابقة، بهدف مواكبة التطور الذي تشهده المملكة.

ونظرا لأن الفحص الطبي قبل الزواج قضية هامة داخل المجتمع السعودي وخارجه، وتكتسب أهميتها من كونها تتعلق بأمور شرعية، وصحية، واقتصادية. وبالنظر لعدد القضايا المتراكمة أمام العدالة التي تنتظر الفصل بانحلال العلاقة الزوجية بسبب العيوب والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من النكاح، من المودة والإستقرار، وابتغاء الذرية، وبالنظر كذلك للإحصاءات المرعبة التي تدق ناقوس الخطر، والتي تكشف ارتفاع نسبة الأمراض داخل المجتمع السعودي والمصري.

أدخلت وزاره الصحة السعودية في عام ١٤٢٥ هـ برنامج فحص المقبلين على الزواج، بإلزام جميع السعوديين المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج؛ وذلك لتجنب الأفراد والأسر الأمراض المعدية والوراثية، حيث تعتبر أحد متطلبات عقد الزواج.

وفي هذا البحث نقوم بدراسة المشكلات والعوائق الاجتماعية والقانونية المتعلقة بتطبيق الفحص الطبي قبل الزواج في المملكة مقارنة بالقانون المصري (٢)، فقد جعل القانون المصري في تعديله الجديد الفحص الطبي للراغبين في الزواج شرطا لتوثيق عقد الزواج، وذلك في المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ م.

تساؤلات البحث:

على الرغم من أهمية الفحص الطبي قبل الزواج، للوقاية من الأمراض المعدية والوراثية، إلا أنه توجد بعض المشكلات والصعوبات التي تواجه تطبيق هذا الفحص في النظام السعودي والمصري.

فما هي المشكلات المتعلقة بهذا الفحص؟

وماهي الحلول المقترحة لهذه المشكلات؟

هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عنها في هذه الدراسة بإذن الله وتوفيقه.

الدراسات السابقة:

تناولت الكتابات السابقة موضوع الفحص الطبي من منظور شرعي، ومن هذه الأبحاث:

د-جمال مجدي الاكثشة، موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ م والخاص بإلزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج.

د-صفوان محمد عضيبيان تحت عنوان الفحص الطبي قبل الزواج دراسة تشريعية قانونية، عمان الأردن لعام ٢٠١١ م الطبعة الثانية.

د-أسامة عمر سليمان الأشقر، تحت عنوان مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، الأردن الطبعة الأولى ٢٠٠٠ م.

د - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الثانية ٢٠١٢ م، مجلة جامعه الملك سعود ١٤٢٥ هـ.

د.مصلح عبد الحي النجار، الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي، د-على محيي الدين القره داغي، د-على يوسف المحمدى، فقه القضايا الطبية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، ط٢، ٢٠٠٦ م.

وتناولت هذه الدراسات الجانب الفقهي العلمي التشريعي.

خطة البحث:

* تتكون هذه الدراسة من خمسة مباحث رئيسية تسبقها مقدمة، وتعيها خاتمة.

- المبحث الأول: مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج.

- المبحث الثاني: التشريعات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج.

- المبحث الثالث: المشكلات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج.

- المطلب الأول: زواج الأقارب.
- المطلب الثاني: ثقافة المجتمع والاعتقاد الديني الخاطئ عند بعض الأشخاص.
- المطلب الثالث: احجام الشباب وعزوفهم عن الزواج عند ظهور صفه وراثية في أحد الخاطبين.
- المطلب الرابع: وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج.

- المبحث الرابع: موقف النظام السعودي والقانون المصري من الأمراض التي تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج.

- المطلب الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الأمراض التي تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج.
- المطلب الثاني: موقف القانون المصري من الأمراض التي تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج.

- المبحث الخامس: تداعيات الفحص الطبي قبل الزواج على الحياة الخاصة.

- خاتمة.

- المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج

الفحص الطبي قبل الزواج مصطلح حديث الاستعمال واهتم به العلماء والباحثون في مجال الشريعة والقانون والطب، واختلفت نظرة الباحثين في تحديد المراد بهذا المصطلح.

الفرع الأول: التعريف بالفحص الطبي قبل الزواج:

- أ- الفحص لغه: هو شدة الطلب خلال كل شيء، وكشفه، يقال: فحص الطبيب أى كشفه، وحسه ليعرف مابة من علة، وفحص الكتاب: أى دقق النظر فيه (٣).
- ب- الطبي لغة: نسبة إلى الطب، وعلاج الجسم والنفس (٤).
- فالمراد بالفحص الطبي: هو القيام بالكشف على الجسم بكل الوسائل المتاحة (من الأشعة، والكشف المختبري، والفحص الجيني ونحوها) لمعرفة ما به من مرض (٥).
- وعلى هذا فالفحص الطبي قبل الزواج يراد به معرفة مافى الزوجين من أمراض قد تضر بهما عند اجتماعهما، أو تؤدي إلى إنجاب أطفال بهم أمراض مستعصية أو خطيرة، ونحو ذلك. والأمراض التي يقصد معرفة وجودها هي الأمراض المعدية الخطيرة، والأمراض الوراثية، أو الأمراض التي تؤثر على قدرة أحد الزوجين على ممارسة واجبه تجاه الطرف الآخر، أما غيرها من الأمراض العادية فليست مقصودة من الفحص قبل الزواج (٦).
- وعرفة أحد الباحثين: هو إجراء يتعرف من خلاله المتقدم على حاله الصحية العامة للزوجين وإمكانية إنجاب أطفال أصحاء عند الولادة وأثناء النمو لاحقاً، وهذا يتماشى مع الهدف الرئيسي من الزواج، وهو التوافق مع الفطرة والحصول على الاستقرار النفسي والجسدى وإنجاب أطفال أسوياء أصحاء عند الولادة وأثناء النمو.
- ولا يقتصر الفحص الطبي قبل الزواج على الكشف عن الأمراض الوراثية فقط، بل يعنى بالحالة الصحية العامة، والكشف عن الأمراض المعدية والوبائية، وأمراض الكبد والجهاز البولي، والمناعة لدى الأم، بالإضافة إلى تحليل لإثبات القدرة على الإنجاب، ويندرج تحت هذا الفحص تقديم نصائح صحية ونفسية واجتماعية وثقافية زوجية، وتوعية بشكل عام لتزويد المتقدمين بمبادئ صحية وأسرية مبنية على أسس علمية سليمة (٧).
- كما عرفة المجلس الأوروبي للإفتاء بأنه: الكشف بالوسائل المتاحة (من أشعة وتحليل وكشف جيني ونحوه) لمعرفة ما بأحد الخاطبين من أمراض معدية أو موثره في مقاصد الزواج (٨).
- و عرفت وزاره الصحة السعودية الفحص الطبي قبل الزواج بأنه: هو إجراء الفحص للمقبلين على الزواج لمعرفة وجود الإصابة لصفة بعض أمراض الدم الوراثية (فقر الدم المنجلي والثلاسيميا) وبعض الأمراض المعدية (الالتهاب الكبدي الفيروسي ب وج / نقص المناعة المكتسب "الإيدز") وذلك بغرض إعطاء المشورة الطبية حول احتمالية انتقال تلك الأمراض للطرف الآخر في الزواج أو الأبناء في المستقبل وإعطاء الخيارات والبدائل أمام الخطيبين من أجل مساعدتهما على التخطيط لأسرة سليمة صحياً (٩).
- وفي عام ١٤٢٩ تم تغيير مصطلح الفحص الطبي قبل الزواج (ببرنامج الزواج الصحى) وذكرت الوزاره في التعريف: هو حالة من التوافق والانسجام بين الزوجين من النواحي الصحية والنفسية والجنسية والاجتماعية والشرعية بهدف تكوين أسرة سليمة وإنجاب أبناء أصحاء وسعداء.
- ومن خلال هذه التعريفات نستطيع أن نخلص إلى تعريف جامع، وهو أن: الفحص الطبي قبل الزواج " عباره عن فحص المقبلين على الزواج في مراكز محدده لهذه الغاية للكشف عن احتمالية حملها للأمراض وراثية أو معدية أو مضره، يترتب عليها - أي الأمراض - عدم استقرار الحياة الزوجية وتقديم المشوره المناسبه لحالتيها".
- هذا التعريف يتضمن:

أولاً: أن محل الفحص قبل الزواج للخاطبين العازمين على الزواج.
ثانياً: وقت الفحص الطبي قبل الزواج يكون قبل عقد القران لا بعده.
ثالثاً: نوعية الفحوصات التي تجرى إما سريرية بالفحص الحسي للمريض، أو بواسطة أجهزة معينة حديثة وإما مخبرية.
رابعاً: الوصول إلى حياة زوجية سعيدة وأبناء أصحاء وبالتالي مجتمع سليم معافى (١٠).

الفرع الثاني: أنواع الفحص الطبي قبل الزواج.

يشمل الفحص الطبي قبل الزواج نوعين أساسيين، هما:

النوع الأول: الفحص الطبي الوراثي قبل الزواج.

النوع الثاني: الفحص الطبي غير الوراثي قبل الزواج.

النوع الأول: المقصود بالفحص الطبي الوراثي قبل الزواج (الفحص الجيني) قراءه محتوى المادة الوراثية في الجين، والوقوف على ماتحملة هذه المادة من تشوهات أو أمراض وراثية. (١١)

وعرفة البعض بأنه: الوسيلة التي يتم باستطها تعرف كل من الطرفين على وجود أمراض وراثية معينة لديه، تمهيدا لإتمام الزواج، وإن وجدت فكيف يمكن علاجها؟ حتى لا يولد طفل مشوه، أو مصاب بمرض وراثي خطير (١٢).

الفحص الطبي يكون من بعض الأمراض الوراثية التي تنتشر في المجتمع، لأنه قد ثبت طبيا أن هناك أمراضا وراثية تنتشر في المجتمع في بعض الأماكن دون غيرها، ويصعب أن يشمل الفحص الجيني جميع الأمراض التي تحملها الجينات نظرا لكثرتها، إذ تزيد على ثمانية آلاف مرض وراثي، ويتم بواسطة الفحص الجيني معرفة حاملي الجينات المعتلة، وذلك للتقليل من الزواج ومن ثم المحافظة على سلامة النسل من الأمراض الوراثية (١٣).

النوع الثاني: الفحص الطبي غير الوراثي قبل الزواج، وهو أن يقوم الرجل والمرأة المقبلان على الزواج بإجراء فحوصات معينة للتأكد من خلوهما من بعض الأمراض الوبائية التي قد تنتقل عن طرق الزواج من أحدهما إلى الآخر أو إلى الذرية، أو التأكد من وجود توافق من عدمه في بعض الأمور الصحية، ومن أمثلة هذا الفحص:

١. فحص الرجل والمرأة للأمراض التناسلية كالإيدز، والزهرى. والتهاب الكبدى الوبائى.
٢. فحص المرأة للمناعة ضد الحصبة الألمانية، لأن عدم وجود مثل هذه المناعة قد يعرض الجنين للنشوهات الخلقية إذا أصيبت الأم بالحصبة الألمانية أثناء الحمل. (١٤)
٣. فحص فصيلة الدم للرجل والمرأة للتأكد من عدم وجود تطابق بين الفصيلتين مما يعرض الجنين للخطر.

وفي المملكة العربية السعودية أدخلت وزاره الصحة في عام ١٤٢٥ هـ برنامج فحص المقبلين على الزواج بإلزام جميع السعوديين المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج وذلك لتجنب الأفراد والأسر الأمراض المعدية والوراثية حيث اعتبر أحد متطلبات عقد النكاح، وبدون الإلزام بنتائج الفحص، واقتصرت هذه الفحوصات على:

١. فقر الدم المنجلي Sickle Cell Anemia
٢. الثلاسيميا Thalassaemia

أولاً - مرض فقر الدم المنجلي: وقد عرف هذا المرض لأول مرة في العالم سنة ١٩١٠م واكتشف في المملكة عام ١٩٦٣م في المنطقة الشرقية وجيزان وخيبروفي المدينة المنورة. وهو من أكثر أمراض الدم الوراثية شيوعاً في العالم، حيث تشير الإحصائيات إلى ولادة ٢٥٠ ألف طفل مصاب على مستوى العالم سنوياً، إلا أنه لا ينتقل بالعدوى فمن ولد سليماً، لا يمكن أن يصاب به. وينتشر هذا المرض في كثير من مناطق المملكة، وأكدت الدراسات أن المنطقة الشرقية هي أكثر المناطق التي ينتشر بها فقر الدم المنجلي، حيث تبلغ نسبة حاملي المرض ما بين ٢٠-٢٥% من السكان، تليها منطقة الجنوب غرب المملكة، ثم المنطقة الشمالية (١٥).

ثانياً: مرض التلاسيميا: ويعرف بفقر دم البحر الأبيض المتوسط، ويعتبر من أهم الأمراض الوراثية الشائعة، وتأتي في الدرجة الثانية بعد فقر الدم المنجلي، حيث تظهر الإحصائيات أن التلاسيميا (الألفا) تصيب ٥٠% من سكان الشرقية، وجنوب غرب المملكة، بينما تبلغ درجة انتشار التلاسيميا (البيتا) نسبة ١٣% من سكان الشرقية، و ١٥% من سكان المنطقة الجنوبية الغربية.

وفي عام ١٤٢٩ هـ تم إضافة المزيد من الفحوصات بالمملكة لتشمل الكشف عن الإصابة بفيروس:

١. الالتهاب الكبدي ج. Hepatitis c
٢. الالتهاب الكبدي ب. Hepatitis B
٣. نقص المناعة المكتسب (الإيدز) AIDS

واستطاع برنامج الزواج الصحي في المملكة العربية السعودية من إيقاف عقد النكاح لحوالي ٦٠% ممن خضعوا للكشف الطبي، وانخفض معدل انتشار الإنيما المنجلية ٤.٢% للحاملين للمرض، و ٠.٣% للمصابين به، أما التلاسيميا فكان معدل حاملين المرض ١.٥%، ومعدل المصابين ٠.٣%، في حين وصلت نسبة انتشار التهاب الكبد ب ١% والتهاب الكبد ج ٠.٣%، أما مرض نقص المناعة المكتسب فكانت نسبة انتشاره حوالي ٠.٢% (١٦).

الفرع الثالث: الإيجابيات المتوقعة من إجراء الفحص الطبي قبل الزواج وسلبياته:

يترتب على عملية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج العديد من الآثار الإيجابية التي تعود بالنفع على الفرد والمجتمع، ومن أهم هذه الإيجابيات مايلي:

أولاً: يساعد الفحص الطبي قبل الزواج في باب الأمراض الوراثية على الوقاية من الأمراض الوراثية المنتشرة في المجتمع، وذلك بمعرفة حاملي الجينات المعتلة، فإذا كان المقدم على الزواج حاملاً لجين معتل، وكانت المرأة حامله لنفس الجين المعتل، فإن هذا يؤدي إلى احتمال إصابة بعض ذريتهما بمرض وراثي، مع كونهما سليمين من هذا المرض، ولا يشكون من أى أعراض له، وحينئذ ينصح الراغبان في الزواج بالعدول عنه تجنباً لإصابة الذرية بالأمراض الوراثية، فإذا أصرا على الزواج نصحا بأهمية فحص الخلايا الجنسية قبل الحمل، وكذلك الجنين في أثناء الحمل، للتأكد من سلامته من المرض، وهذا يؤدي إلى تقليل عدد المصابين بالأمراض الوراثية (١٧).

ثانياً: يهدف الفحص الطبي قبل الزواج إلى التحقق من وجود أمراض مزمنة مؤثرة على مواصلة الحياة بعد الزواج، مثل السرطانات وغيرها مما له دور في إرباك الحياة الزوجية المؤلمة (١٨).

ثالثاً: تشكل الفحوصات الطبية قبل الزواج حماية للمجتمع من انتشار الأمراض والحد منها، والتقليل من أى كوارث تحدث هزات مالية وإنسانية للأفراد والأسر والمجتمعات، خاصة لدى ارتفاع نسبة المعاقين في المجتمع، وتأثيره المالي والإنساني من كون متطلباتهم أكثر من حاجات الأفراد الآخرين (١٩).

رابعا: تحاول هذه الفحوصات أن تضمن إنجاب أطفالا أصحاء أسوياء عقليا وجسديا من زواج الخاطبين المعنيين وعدم انتقال الأمراض الوراثية التي يحملها أو يظهرها أحد الخاطبين أو كلاهما (٢٠)

خامسا: يهدف الفحص الطبي إلى التحقق من قدره كلاً من الزوجين المؤهلين لممارسة علاقة جنسية سليمة مع الطرف الآخر بما يشيع رغبات كل منهما بصورة طبيعية، والتأكد من عدم وجود عيوب عضوية أو فسيولوجية مرضية تقف أمام الهدف المشروع لكل من الزوجين (٢١)

سادسا: تحديد قابلية الزوجين المؤهلين لإنجاب من عدمه، بصورة عامه وإلى حد ما، لأن أسباب العقم ليست معروفة كلها، ويحقق رغبة الخطيبين لمعرفة الأسباب المحتملة للعقم، وبهذا يقدمان على الزواج وهما مطمئنان بأنه ما لهما أولاد بإذن الله، لأن وجود العقم في أحد الزوجين قد يكون من أهم أسباب الاختلاف والنزاع بين الزوجين، مما يؤدي إلى الطلاق (٢٢)

سابعاً: ضمان عدم ضرر صحة كل من الخاطبين نتيجة معاشره الآخر جنسيا وحياتيا والتأكد من سلامتهما من الأمراض الجنسية والمعدية وغيرها من الوبائيات، ويشمل كذلك عدم تضرر صحة المرأة أثناء الحمل وبعد الولادة نتيجة اقترانها بالزواج المأمول (٢٣)

ثامنا: تقديم النصح للمقبلين على الزواج إذا ماتبين وجود ما يستدعي ذلك بعد استقصاء التاريخ المرضي والفحص السريري لهم، ولا بأس بإجراء مسح وراثي للأشخاص والعائلات باختيارهم وبدون ضغط عليهم، لعمل خريطة للتاريخ المرضي لكل عائلة، فالطبيب يعطى النصح والمشورة الوراثية عن طرق التحليل الجيني والتاريخ الوراثي للأمراض في الأسرة، وذلك قبل الزواج لاختيار الشريك الأصح ليس فقط من ناحية التوافق النفسي، بل من ناحية تأثير ذلك على النسل، وهذه المعرفة الواسعة للأمراض الوراثية أتاحت الفرصة لظهور هذا النوع الجديد من فروع الطب ألا وهو (الاستشارة الوراثية) (٢٤)

تاسعاً: الكشف عن الأمراض النفسية المؤثرة في العلاقة بين الطرفين، وكذلك الأمراض التي تمنع الحمل ولكن تؤثر فيه وفي الولادة والذرية، مثل عامل الريسوس RH، ومرض القطط والكلاب .

عاشراً: تحقيق الاطمئنان والسكينة من خلال معرفة الطرفين بخلوهما من الأمراض المعدية والأمراض الوراثية (٢٥)

حادى عشر: أن الفحص الطبي قبل الزواج يؤكد مقصود النكاح في الإسلام ألا وهو التأبيد، فإذا تبين ان أحد الزوجين مصاب بمرض فإن هذا سوف يتسبب في إنهاء الحياة الزوجية لعدم قبول الطرف الآخر به على هذه الحالة من المرض (٢٦)

وبعد ذكر الآثار الإيجابية المترتبة على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، سوف أعرض أهم

السلبيات المتوقع حدوثها من الفحص الطبي قبل الزواج في:

١. اعتقاد الناس أن إجراء الفحص سيقهيم من الأمراض الوراثية، وهذا غير صحيح، لأن الفحص في الغالب لا يبحث سوى عن مرضين أو ثلاثة منتشرة في المجتمع .
٢. هذا الفحص يجعل حياة بعض الناس قلقة مكتئبة ويأسية إذا ماتم إعلام الشخص بأنه سيصاب هو أو ذريته بمرض.
٣. قد يحدث تسريب لنتائج الفحص ويتضرر أصحابها لاسيما المرأة فقد يعزف عنها الخطاب إذا علموا أن زواجهما لم يتم بغض النظر عن نوع المرض وتنشأ المشاكل من ذلك.

٤. اعتقاد الناس أن زواج الأقارب هو السبب المباشر لهذه الأمراض المنتشرة في المجتمع، وهو غير صحيح.
٥. التكلفة المادية التي يتعذر على البعض الالتزام به (٢٧)
٦. نتائج التحليل قد تكون احتمالية في العديد من الأمراض وهي ليست دليلاً صادقا على اكتشاف الأمراض المستقبلية.
٧. غالباً لا يخلو إنسان من أمراض، خاصة إذا علمنا أن الأمراض الوراثية التي صنفت تبلغ أكثر من (٣٠٠٠ مرض وراثي)
٨. خطوره إفشاء السر من خلال الفحص الطبي لأجل التفكير في الزواج، فمن الذي يضمن الحفاظ على هذه الأسرار، ولاسيما فإن الحديث يثار كثيراً عندما لا يتم الزواج، وتثور الشبهات الأخلاقية، مما يدعو إلى بيان أن السبب هو المرض وليس الجانب الأخلاقي إضافة إلى مشاكل كثيرة.

المبحث الثاني

التشريعات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج في المملكة العربية السعودية

لقد أخذ المنظم السعودي بأسلوب التدرج في إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك للطبيعة الاجتماعية المحافظة في المجتمع السعودي، حيث كان الفحص اختياريًا وغير ملزم للطرفين، بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (٥) الصادر بتاريخ ١٤٢٣/١/٤ هـ بدراسة مستفيضه من قبل لجان فنية متخصصة بشأن تطبيق الضوابط الصحية قبل الزواج، والذي ينص على:

أولاً: على وزارة الصحة القيام بالآتي:

١. تنظيم حملة توعية صحية عبر القنوات الإعلامية، توضح فوائد الفحص الطبي قبل الزواج، وخطورة الأمراض المعدية والوراثية وذلك على مدى ثلاث سنوات.
 ٢. تجهيز المختبرات وتأهيلها، وتوفير الأجهزة والتدريب عليها في جميع المناطق، لتسهيل عمليات إجراء الفحوص المخبرية عن الأمراض التي ترى وزارة الصحة ضرورة الفحص عنها، بما في ذلك الأمراض المعدية والأمراض الوراثية.
 ٣. إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لمن يرغب في ذلك من السعوديين، وتوخي السرية التامة في توثيق هذه المعلومات، وحفظها وتداولها.
 ٤. التنسيق مع وزارة العدل، من أجل قيام مآذوني الأنكحة بإيضاح فوائد الفحص الطبي قبل الزواج.
- ثانياً: يعتمد مبلغ قدره خمسة ملايين ريال، يضاف إلى ميزانية وزارة الصحة للصحة للصرف منه على ما أشير إليه في الفقرتين (١،٢)، أعلاه حسب الإجراءات التي يتفق عليها وزارة الصحة، وزارة المالية، والاقتصاد الوطني.
- ثالثاً: يضاف سنوياً إلى ميزانية وزارة الصحة مبلغ وقدره خمسمائة ألف ريال يخصص للكواشف المخبرية اللازمة لإجراء الفحوصات المشار إليها.

رابعاً: ترفع وزارة الصحة بعد مضي ثلاث سنوات تقريراً لمجلس الوزراء بنتائج تنفيذ هذا القرار.

يلاحظ ماورد في قرار مجلس الوزراء الموقر مايلي:

- أ- طلب من وسائل الإعلام أن تنظم حملة توعية صحية عبر القنوات الفضائية للتعريف بفوائد الفحص قبل الزواج وخطورة تركه، وهذا عمل طيب حيث إن القناعة بفائدة هذا الفحص تعد أساس نجاحه.

- ب- قرر المجلس تجهيز المختبرات وتأهيلها، وتدريب العاملين عليها، وهذه خطوة سبقة لإنجاح ماتنوى الدولة أن تفعلة في المستقبل، من الإلزام بفحص الأمراض المعدية والوراثية السارية.
- ت- قرر المجلس إجراء الفحص قبل الزواج لمن يرغب ذلك وشدد على السريه التامة في توثيق المعلومات وحفظها، وهذا أمر عظيم حيث يشجع الناس على الإقدام على الفحص قبل الزواج وهم واتقون من أن المعلومات سرية.
- ث- المجلس الموقر لم يلزم بالفحص قبل الزواج كما هو ظاهر من الفقرات سالفة الذكر.

وبدأت حملات التوعية حول مرضى التلاسيميا، وفقر الدم المنجلي في السعودية منذ ٢٠ عاماً، ومعظم الشعب السعودي يطالب بجعل قانون الفحص الطبى قبل الزواج إلزامياً، خاصة وأن نسبة انتشار حاملى هذين المرضين تبلغ ٣٠% وهي نسبة عالية، وفي استبيانات قام بها مشروع مكافحة أمراض الدم الوراثية بالإحساء عام ١٤٢١هـ

كانت نتيجة المطالبين بالإلزامية الفحص ٩٧% وفي عام ١٤٢٢هـ كانت النتيجة ٩٥% وحسب بعض الإحصائيات فإن تأخير قرار الإلزام بالفحص الطبى قبل الزواج في السعودية ثلاث سنوات يعني ولادة (١٢٧٤٤) طفلاً مصاباً بالتلاسيميا، و(١٦٣٥٤٨) حاملًا للمرض، وتكاليف علاج المصابين (٢٢٢) مليون ريال سعودي (٢٨)

وأصدر مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة في شهر ذى القعدة ١٤٢٢هـ قراره الفاضى بتطبيق الفحص الطبى

قبل الزواج على السعوديين، وإلزام طرفى العقد بإحضار شهادة الفحص الطبى قبل إجراء عقدالنكاح، ويكون تطبيق ذلك ابتداء من اليوم الأول لشهر محرم للعام ١٣٢٥ هـمع عدم إلزام أى من طرفى العقد بنتائج الفحص الطبى متى شاء ذلك (٢٩)

واقترنت هذه الفحوصات على فحص فقر الدم المنجلي، وفحص التلاسيميا.

وفي عام ١٤٢٩هـ تم إضافة المزيد من الفحوصات، لتشمل الكشف عن الإصابة بفيروس نقص المناعة، وفيروس التهاب الكبدى الوبائى (ب) و(ج)، وتم تسمية الفحص "برنامج الزواج الصحى".

التعليق على القرار:

١. حدد هذا القرار أن أنواع الأمراض المطلوب فحصها، وهي الأمراض الوراثية والمعدية.
 ٢. أن هذا القرار فرض الفحص الطبى قبل الزواج على الراغبين في الزواج ولم يتدخل في الحرية الشخصيه للطرفين، إذا رغبا في إتمام إجراءات الزواج في حال ظهور أى احتمالات أو مخاطر صحية يقتصر دور الهيئه الوطنية للصحة في بيانات الحالة الصحية للطرفين وللطرفين مطلق الحرية في اتخاذ القرار المناسب.
 ٣. يجب على كل من طرفى العقد أن يقدم للموثق شهادة من الجهات الطبية المختصة، ولا يجوز للموثق الامتناع عن توثيق العقد بسبب نتائج الفحص الطبى متى رغب الطرفان في إتمامه، وعلى الموثق إخطار كل منهما بمضمون الشهاده الطبية المقدمة من الطرف الآخر قبل توثيق العقد.
 ٤. القرار لم يعتبر إجراء الفحص الطبى شرطاً من شروط إبرام عقد الزواج، لأن في ذلك (اعتداء صارخاً على الحق في الزواج والحرية الشخصية فلم يضيف شرطاً جديداً لم يتضمن عليه الشارع الحكيم كركن أو شرط لصحة الزواج)
- وبعد قراءة القرار الخاص بالفحص الطبى قبل الزواج الصادر عن وزارة الصحة في المملكة العربية السعودية نقترح الاتي:

أولاً: نظراً لانتشار أمراض وراثية أخرى في المملكة

أقترح عمل مسح وراثي للمدن الكبرى في المملكة، لتحديد نسب انتشار هذه الأمراض، وبالتالي معرفة مدى ضرورة إجراء الفحص الطبي منها للمقبلين على الزواج.

ثانياً: عمل سجل النسب لكل فرد منهم، يذكر فيه الأمراض والتشوهات التي وجدت في الآباء والأجداد، وعندما يريد أحد الرجال الزواج من امرأة معينة ينظر الطبيب في سجليها الأسري أو النسبي، فإذا وجد فيه أمراضاً أو تشوهات لم يوافق على زواجهما (٣٠)

ثالثاً: نظراً لانتشار ظاهرة الطلاق الشائعة بين المجتمع السعودي التي تنشأ بسبب تعاطي المخدرات، أقترح إجراء الفحوصات اللازمة للكشف عنها، وإعطاء المشورة المناسبة لذلك، حيث كان لدى وزارة الصحة دراسة خاصة بإدراج فحص تعاطي (المخدرات) بأنواعها للمقبلين على الزواج، ولم يتم إضافة هذا الفحص.

ونرى أن هذا الفحص لو طبق سيعمل على حل كثير من المشكلات الأسرية، التي تنشأ عادة بسبب المخدرات، والتي لا تظهر غالباً إلا بعد إتمام الزواج (٣١) موقف النظام السعودي من تزويج مرضى الإيدز بالأصحاء:

بدأ برنامج فحص ما قبل الزواج بوزارة الصحة السعودية تنفيذ فتوى هيئة كبار العلماء، بمنع زواج أي شخص مصاب بمرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) من امرأة سليمة أو بالعكس، وبدأت لجان المشورة المنتشرة في أنحاء المملكة توجه مرضى الإيدز للزواج بمصابين بذات المرض (٣٢)

وذكر الدكتور محمد الصعدي مدير برنامج الزواج بالوزارة أنه (تم الكشف عن ٦٨ حالة إصابة بمرض الإيدز، واصفا إياها بالنسبة العادية، والتي تتماشى مع معدلات النسبة الوطنية، ومع وضع المملكة بين الدول قليلة الإصابة بمرض الإيدز وحسب توزيع منظمة الصحة العالمية) (٣٣)

التشريعات القانونية الصادرة بشأن الفحص الطبي قبل الزواج في جمهورية مصر العربية

اهتمت التشريعات القانونية في جمهورية مصر العربية بالفحص الطبي قبل الزواج اهتماماً كبيراً، فصدرت ثلاثة تشريعات متوالية كان أولها: تعديلات قانون الطفل المصري، ثم قرار وزير العدل المصري بشأن تعديل لائحة المأذونين.

كل هذه التشريعات مقصدها: ضروره الالتزام بالفحص الطبي قبل الزواج للمقبلين على الزواج، ومن ثم الحصول على شهادة طبية معتمدة من قبل جهات صحية تقضى بخلو الطرفين من جميع الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية، لتوثيق الزواج بعد ذلك.

أولاً: تعديلات قانون الطفل المصري:

صدر القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ م بتعديل بعض أحكام قانون الطفل الصادر بقانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ م، وقانون العقوبات الصادر بالقانون ٥٨ لسنة ١٩٣٧ م، والقانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية، ونص المادة الخامسة منه على: " تضاف إلى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ في شأن الأحوال المدنية مادة جديدة برقم (٣١ مكرراً)، نصها الآتي:

" مادة ٣١ مكرر " : لايجوز توثيق عقد زواج لمن لم يبلغ من الجنسين ثمانى عشر سنة ميلادية كاملة. ويشترط للتوثيق أن يتم الفحص الطبي للراغبين فى الزواج للتحقق من خلوها من الأمراض التي تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو صحة نسلهما، وإعلامها بنتيجة هذا الفحص، ويصدر بتحديد تلك الأمراض،

وإجراء الفحص وأنواعه الجهات المرخص لها به قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العدل. ويعاقب تأديبيا كل من وثق زواجا بالمخالفة لأحكام هذه المادة (تم نشره في الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر في ١٥/يونيو / ٢٠٠٨ م)".

ثانيا: قرار وزير الصحة المصري بشأن الفحص الطبي قبل الزواج:

صدر قرار وزير الصحة رقم (٣٣٨) لسنة ٢٠٠٨ م وقد نص على:

" مادة (١): يتم إجراء الفحص الطبي للراغبين في الزواج على كافة أجزاء الجسم شاملا تقيم الحالة العقلية لكل منهما، وذلك للتأكد من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على حياتهما أو صحتهما أو صحة نسلهما.

مادة (٢): يتم الفحص المشار إليه في المادة السابقة بأى من الجهات الآتية:

المستشفيات العامة والمركزية

مستشفيات التأمين الصحي

الوحدات الصحية التي تطبق نظام طب الأسرة

مادة (٣): تحرر الجهة الفاحصة شهادة بنتيجة الفحص، ولا تسلم تلك الشهادة إلا لصاحب الشأن أو وكيله، ويتم تحصيل مبلغ خمسين جنيهاً نظير تكاليف استخراج هذه الشهادة تورد لصالح صندوق الخدمة بالمنشأة التي تقوم بالفحص (٣٤)

مادة (٤): ويحق للطبيب الذي يجري الفحص أن يقرر عمل فحوصات إضافية إذا تطلبت الحالة ذلك للوصول إلى تشخيص محدد، على أن يتحمل طالب الفحص كافة التكاليف الخاصة بالبحوث الإضافية، وأن تتم هذه الفحوصات طبقاً للسياسات، والنظم في إطار القواعد المعمول بها في هذا الشأن.

مادة (٥): ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره (٤/ أغسطس / ٢٠٠٨ م)

ثالثاً: قرار وزير العدل المصري بشأن تعديل لائحة المأذونين:

" المادة (١): يستبدل بنص المادة (٤) من المادة (٣٣/أ) من لائحة المأذونين النصان الآتيان "

مادة (٣٣) البند (٤): الاطلاع على الشهادات الطبية التي تثبت توقيع الفحص الطبي على الزوجين وفقاً لقرار وزير الصحة رقم (٣٣٨) لسنة ٢٠٠٨ م، وإثبات أرقامها بالوثيقة.

المادة (٣٣) أ - فقرة أخيرة: ولا يجوز مباشرة عقد الزواج أو المصادقة على زواج مالم يكن سن الزوجين ثمانى عشره سنة وقت العقد.

المادة (٢): ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره (١٣/ أغسطس / ٢٠٠٨ م).

ويلاحظ بالنسبة لما أخذ به القانون المصري في تعديله الجديد من جعل الفحص الطبي للراغبين في الزواج شرطاً لتوثيق عقد الزواج وقد نصت المادة الخامسة منه على الآتي: " تضاف إلى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ م في شأن الأحوال المدنية مادة جديدة برقم (٣١ مكرر) نصها كالاتى: ويشترط للتوثيق أن يتم الفحص الطبي للراغبين في الزواج للتحقق من خلوهما من الأمراض التي تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو صحة نسلهما وإعلامهما بنتيجة الفحص ، ويصدر بتحديد تلك الأمراض وإجراءات الفحص

وأنواعه والجهات المرخص لها به قرار من وزير الصحة بالاتفاق مع وزير العدل ، ويعاقب تأديبياً كل من وثق زواجاً بالمخالفة لأحكام هذه المادة (٣٥)٠

ونرى أن نص هذه المادة قد شابها القصور وتحتاج إلى تعديل، لما يلي:

١. أنها جعلت تكاليف تلك الفحوصات على عاتق الراغبين في الزواج، علماً بأن تكاليف هذه الفحوصات باهظة، وهذا يعنى تحميل الشباب أعباء مالية زيادة على الأعباء المالية العادية للزواج، مما قد يؤدي إلى عزوف الكثيرين منهم عن الزواج لهذا السبب. لذا كان ينبغي النص في هذه المادة على تحمل الدولة لأعباء هذه الفحوصات أو على الأقل دعمها دعماً كبيراً .

٢. أنها لم تنص على إنشاء هيئات رقابية يناط بها مراقبة المؤسسات التي ستقوم بإجراء الفحص على نحو يكفل سلامة هذه الفحوصات ويحافظ على سرية نتائجها، كما يحول دون التلاعب أو التزوير في النتائج أو الشهادات الطبية.

٣. أن الواقع العملي يؤكد أن تطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق صوري ، إذ إن من يرغب في الزواج الآن يكتفي بالفحص الصوري لا الحقيقي ، وذلك عن طريق الذهاب إلى مكتب الصحة التابع للمدينة أو القرية التي يقيم بها ويقوم بتقديم صورته ضوئية ، وصورة من البطاقة الشخصية (رقم قومي) ودفع مبلغ بسيط من المال للموظف المختص ، وبعد ذلك يحصل في الحال على شهادته الطبية معتمدة تؤكد خلوه من جميع الأمراض الوراثية أو المعدية دون إجراء أى شكل من أشكال الفحص الطبي عليه ، وقد لا يحتاج الأمر إلى أن يذهب الشخص الذي يرغب في الزواج بنفسه إلى مكتب الصحة للحصول على هذه الشهادة الطبية السورية ، بل يكتفي بإرسال أحد أقاربه أو أصحابه للحصول على هذه الشهادة .

٤. أن هذه المادة قد نصت على أن عقوبة مخالفة أحكامها تأديبية، ولم تقرر عقوبات صارمة ومحددة على عمليات التزوير أو التلاعب في نتائج الفحوصات، مما أدى إلى سهولة الحصول على الشهادة الطبية، التي تثبت سلامة الشخص من العيوب الوراثية والصحية، كما ساعد على انتشار الرشوة في هذا المجال (٣٦)٠

لذلك فلا بد من تعديل نص هذه المادة حتى يمكن تجنب هذه العيوب مع الالتزام بالضوابط التي سبق أن ذكرناها .

المبحث الثالث

المشكلات المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج

المطلب الأول: زواج الأقارب

المطلب الثاني: ثقافة المجتمع واحتمال الدينى الخاطى عند بعض الأشخاص

المطلب الثالث: إجماع الشباب وعزوفهم عن الزواج عند ظهور صفة وراثية في أحد الخاطبين

المطلب الرابع: وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

المطلب الأول

زواج الأقارب

علاقة الأمراض الوراثية بزواج الأقارب:

القاعدة الشرعية حسب أهل الاختصاص – لاتمانع من زواج الأقارب – وإنما تحت على توخي الحذر والحيطه، خاصة بعد أن أظهرت الدراسات الطبية نتائج بعض زواج الأقارب، وماحملته من انتشار بعض الأمراض الوراثية(٣٧)

زواج الأقارب أمر شائع في السعودية، وأشارت دراسة منشورة للدكتور/محسن الحازمي وآخرين أن زواج الأقارب يشكل من ٥٠% إلى ٦٠% من نسبة الزوجات في السعودية، وقد تصل في بعض

المناطق والقرى إلى ٨٠%، وأن نسبة الأقارب من الدرجة الأولى في هذا الزواج من ٣٠ إلى ٤٠%

فما الانعكاسات الصحية لزواج الأقارب؟

يقصد بزواج الأقارب زواج أبناء العمومه والخؤولة، فهو الزواج من بنات العم، أو بنات العمه، أو بنات الخال، أو بنات الخالة(٣٨)

وقد أثبتت الدراسات الوراثية الحديثة أن تكرار الزواج بين الأقارب يزيد من فرص انتقال الأمراض الوراثية وتفشيها في العائلة، والسبب في ذلك أن الإنسان يحمل ما بين أربع إلى ثمانى جينات معتلّة، لايعانى من أى ضرر منها، لأنها متنحية، ولكن المرض يظهر عند التقاء هذه الجينات المعتلّة مع أخرى مماثلة لها.

وفى زواج الأقارب يكون احتمال كبير في كون كل من الزوجين حاملاً للجين المعتل نفسه، لأن الجينات تكون متشابهه بين أبناء العم والخال، إذ إن كل فرد مشترك مع أعمامه، وعماته، وأخواله، وخالاته، في ربع المورثات، ويشارك مع أولاد العم والعمه، والخال، والخاله في ثمن المورثات، ومن ثم تزداد نسبة اجتماع المورثات المرضية بين الزوجين، والعكس صحيح، فإذا بعد الأزواج بعضهم عن بعض في القرابة قل عدد المورثات المتشابهه بينهم.

فإذا تزوج إحدى قريباته، وكان كل منهما يحمل الصفه المرضية المتنحية نفسها، فإنهما تتجمعان مما يؤدي إلى احتمال إنجاب أطفال مصابين بأمراض وراثية، ويقوى الاحتمال عند وجود حالة مرضية وراثية في العائلة(٣٩)

وقد أثبتت الأبحاث التي أجريت على زواج الأقارب وزواج الأبعد في بلدان مختلفة أن الأطفال المصابين بأمراض وراثية تربط آباءهم صلة قرابة أكثر من الأطفال المصابين بأمراض لا تربط آباءهم صلة قرابة (٤٠).

ولكننا نعلم أيضا أنه في أي زواج حتى إن لم يكن هناك قرابة، فإن الاحتمال في إنجاب طفل غير طبيعي هو ٢-٣% أي أن احتمال إنجاب أطفال غير طبيعيين أو مرضى احتمال موجود حتى في حالة زواج غير الأقارب (٤١).

وبالتالي فإن زواج الأقارب لا يعني دائما أن هناك خطرا على الأولاد من الأمراض الوراثية، إذ إن بعض الناس يعتقدون أن زواج الأقارب لا بد من أن يؤدي إلى إنجاب أطفال مشوهين أو مرضى بأمراض وراثية، وأن جميع الأمراض الوراثية سببها زواج الأقارب، وهذا خطأ شائع، فقد يكون لزواج الأقارب فائدة في بعض الحالات، إذا وجد صفات وراثية جيدة في العائلة كالذكاء والجمال وغيره من الصفات المرغوبة ولكن قد يكون له آثار سلبية إذا كانت هناك أمراض وراثية تناقلتها العائلة.

ففي المجتمعات التي تطبق زواج الأقارب يرون فوائده أكثر منها سلبياته، أما في المجتمعات التي تمنعه فلا يرون له إيجابيات، بل إنه مليء بالسلبيات، وحتى يستجيب الناس للنصيحة يجب أن نبتعد عن انتقاد أسلوبهم في الحياة وخصوصا عندما يرون أن غالبية أولادهم الناتجين من زواج الأقارب هم أصحاء، ولا يعانون من أى أمراض وراثية، وأن العائلات التي تتزوج من أقاربها قد تنتج أبناء يعانون أمراضا وراثية، إذ قد يكون سبب إنجاب أطفال مرضى مشاكل حدثت أثناء الحمل أو أثناء الولادة أو الإصابة بالالتهابات أو غيرها.

وهناك قاعده متعلقة بزواج الأقارب، قام بوضعها بعض الباحثين المختصين بناء على دراسة أجراها وهي (حسنة أحسن، وسقيمة أسقم) (٤٢).

ومعنى هذه القاعده: أن الزوجين إذا كانت صفاتهما الوراثية جيدة، كان النسل قويا وإذا كانت صفاتهما الوراثية معتلة كان النسل ضعيفا.

فالشق الأول من القاعده (حسنة أحسن) مقيدا بالأ يستمر الزواج بين الأقارب جيلا بعد جيل، لأن علم الوراثة أثبت أن ذلك قد يؤدي إلى ضعف الذرية وإصابتها بالأمراض.

أما الشق الثاني من القاعده (سقيمه أسقم) فهو صحيح، لأن وجود حالة مرضية في العائلة يزيد من احتمال إصابة الذرية بالمرض (٤٣).

المطلب الثاني

ثقافة المجتمع واحتمال الدينى الخاطئ عند بعض الأشخاص

تلعب ثقافة المجتمع والعادات والتقاليد دورا كبيرا في تطبيق نظام الفحص الطبي قبل الزواج، فاحتمال الدينى الخاطئ عند بعض الأشخاص حيث يقولون كيف عاش آباؤنا وأجدادنا، وهل خلقت البشرية لأن تكون سليمة ومعافاه من غير مرض ومن غير علة، فالفحص الطبي قبل الزواج فيه إحجاف بحق المصابين بالأمراض الوراثية أو الحاملين لها.

وقد أدى هذا احتمال الخاطئ إلى عدم الاهتمام بنتيجة الفحص الطبي حتى لو ظهرت احتمالات عالية لنسل مشوه خلقيا.

ويمكن الرد على ذلك ببيان أن القضاء والقدر أمران ربانين، وكل شئ في الكون يجرى بمشيئة الله عز وجل. ولكن من الإيمان بالقضاء والقدر أمرنا الله سبحانه وتعالى بالأخذ بالأسباب " فإذا أراد أحد الناس زواج من امرأة فلا بد أن يأخذ بالأسباب الكفيلة بمنع المرض، وذلك على الأقل بأن يكون خالياً من الأمراض التي تؤدي إلى إحداث سلبيات في العلاقة الزوجية فيما بعد، وأن تكون المرأة المخطوبة خالية من العيوب من مثل هذه الأمراض أيضاً. (٤٤)

ويرد على ذلك أيضاً بقصة سيدنا عمر رضي الله عنه عندما ذهب إلى الشام، وجاءه الأجناد وكان الطاعون قد انتشر، فاستشار عمر الصحابة ثم قرر ألا يدخل الشام، فاعترض عليه أبو عبيدة رضي الله عنه قائلاً: أفراراً من قدر الله؟

فقال عمر: لو غيرك قالها ياأبا عبيده وكان عمر يكره خلافه، وقال نعم، نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرأيت لو كانت لك إبل فهبطت وادياً له عدوتان، إحداهما خصبة والأخرى جدبة، أليس إن رعى الخصبة رعيتهما بقدر الله، وإن رعى الجدبة رعيتهما بقدر الله، فجاء عبد الرحمن بن عوف، وكان متغيباً في بعض حاجته فقال: إن عندي من هذا علماً: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، إذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه ".

قال: فحمد الله عمر بن الخطاب ثم انصرف. (٤٥)

المطلب الثالث

إحجام الشباب وعزوفهم عن الزواج عند ظهور صفة وراثية في أحد الخاطبين

حيث كشف برنامج الفحص الطبي قبل الزواج بوزارة الصحة السعودية أن ٦٠% من المقبلين على الزواج الحاملين لأمراض وراثية يتراجعون عن الزواج .

وأشار البرنامج إلى أن هذه النسبة في بداية عمله قبل عشر سنوات كانت لا تتجاوز ٨%، وارتفعت تدريجياً سنة بعد أخرى حتى وصلت ٦٠% (٤٦) فإذا أخير الطبيب الخاطب أو المخطوبة بنتائج الفحص وأن أحدهما مصاب بمرض وراثي، فإن هذا يؤدي إلى عدم إتمام الزواج في الغالب، كما أن الطرف الآخر السليم قد ينشر نتيجة الفحص بين الناس، مما يتسبب في امتناع الناس من تزويجه إن كان رجلاً، أو التزوج منها إن كانت امرأة. (٤٧)

ويمكن الرد على ذلك بما يلي:

١. لو سلمنا بأن الفحص الطبي يؤدي إلى العدول عن الزواج في بعض الحالات القليلة، فهذا أسلم بكثير من إنجاب المرأة لعدد من الأولاد المصابين بأمراض وراثية.
٢. كما أن دعوى انتشار نتيجة الفحص بين الناس وما قد يترتب على ذلك من مفسد، فهذا أمر لا يرجع للفحص ذاته، وإنما يعود للإجراءات المتخذة عند تطبيقه، مما يتحتم معه وضع الضوابط الكافية للإبقاء على خصوصية الفحص الطبي وسيرته، وذلك بإجرائه وفق الأصول المرعية، والتي تبقى على السرية الكاملة. (٤٨)

وقد يؤدي يؤدي الفحص الطبي قبل الزواج إلى الإحباط الإجتماعي، فمثلاً لو أثبتت الفحوصات أن هناك احتمالاً لإصابة المرأة بالعقم أو بسرطان الثدي واطلع الآخرون على ذلك فإن هذا يسبب ضرراً نفسياً واجتماعياً وفي هذا قضاء على مستقبلها خاصة أن الأمور الطبية قد تخطى وقد تصيب بالنسبة للرجال.

أيضا فإن هذا الفحص يجعل حياة بعض الناس قلقة ومكتئبة ويأثرون إذ ماتم إعلام الشخص بأنه سيصاب هو أو ذريته بمرض عضال لا شفاء له من الناحية الطبية ويمكن حل هذه المشكلة عن طريق التثقيف الصحي إذ إن كون الشخص يحمل جينا لمرض وراثي متبح لا يعنى بالضرورة حرمانه من زواج جميع الأشخاص إنما فقط من شخص حامل لجين المرض نفسه وتعميق الإيمان بالله عزوجل وبفضائه وقدره وتوعية الناس بالعلم والإيمان (٤٩)

المطلب الرابع

وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج

من المشكلات العائقة أمام نجاح تطبيق الفحص الطبي قبل الزواج في المملكة العربية السعودية وفي مصر عدم تحديد وقت إجراء الفحص

حيث لم يحدد القرار المتعلق بإلزام الفحص الطبي قبل الزواج في المملكة وفي مصر وقت إجراء هذا الفحص، وترك حرية في تحديد هذا الوقت للمقبلين على الزواج، وجعل هذا الإجراء أحد متطلبات تدوين العقد، حيث نص القرار على (إلزام طرفي عقد الزواج بإحضار شهادة الفحص الطبي قبل إجراء العقد وأن يكون هذا الإجراء أحد متطلبات تدوين العقد مع ترك حرية تمام الزواج لصاحبي العقد بصرف النظر عن نتيجة الفحص الطبي، سلبيا أو إيجابيا) (٥٠)

وكلمة قبل الزواج عبارة واسعة فضفاضة، تحولت في الوسط السعودي والمصري (قبيل الزواج) أي أن إجراء الفحص يتم قبل يوم أو يومين فقط من حفل الزواج، وبعد أن يتم الترتيب النهائي لإقامة الزفاف، وترتب على ذلك مشاكل كبيرة، حيث يصبح قرار العدول عن إتمام الزواج والتراجع عنه صعبا في حاله عدم تطابق الفحص بين الطرفين.

وترتب على عدم تحديد وقت الفحص الطبي قبل الزواج، أن يقوم المأذون الشرعي في بعض الأحوال بكتابة العقد قبل إحضار شهادة الفحص الطبي للزوجين فإذا كان نتيجة الفحص الطبي غير متوافقه يكون العقد قد تم، ولا يمكن لأحد الطرفين رفض الزواج إلا بالطلاق وما يترتب عليه من آثار.

لذا يرى أكثر الباحثين: أنه يجب أن يكون وقت إجراء الفحص قبل العقد مباشرة أي زمن الخطبة، حتى لا يكون المرض الطارئ للخاطبين بعد العقد أو لأحدهما مبررا كافيا للطلاق، وكذلك حتى يحافظ على حرمة هذا الفحص، وحرمة شرف المخطوبة وأسررتها من أي انتقاص أو إيذاء أو إخراج في شخصيتهما أو أنوثتها وعفافها، وحتى يتمكن صاحب العلاقة خاطبا أو مخطوبة من اختيار البديل فيما لو كانت النتيجة غير مشجعة. (٥١)

واقترح أحد الباحثين أن يكون وقت الفحص الطبي للمتقدمين على الزواج من الخاطبين: بعد العزم على النكاح وقبل إعلان وإشهار الخطبة

والحكمه في ذلك: أنه بعد الخطبة قد يقضى الحال إلى ترك أي منهما الآخر لأي سبب كان، كما لو ظهر أن أحدهما معيب، أو يحمل مرضا وراثيا ينتقل إلى الذرية، أو معديا ينتقل عبر الجماع، أو كان أحدهما مريضا بمرض في القلب أو في العمود الفقري، إلى غير ذلك من الأمراض التي تؤثر حياتهما الزوجية فيما بعد.

فلو كان وقت إجراء الفحص الطبي في زمن الخطبة، وتبين هذا الأمر لشق عليهما، وأدى إلى نفور الناس في الزواج منهم، خاصة في المجتمعات الريفية، أو التي ترتبط بروابط معينة فيما بينها، وبإجرائه قبل إعلان إشهار الخطبة وبعد العزم على النكاح، ستر لمرض أحدهما وعييه، وبالتالي يستطيع المريض أن

يتدارك الأمر قبل أن يعرف الناس ويشتهر بهذا المرض، فيحفظ سره ويستطيع بعد معالجة نفسه الزواج من جديد. (٥٢)

ولذا فإن مقترح ورأى الفقهاء في زمان الخطبة ووقتها، هو الذي يفضل للفحص الطبي كالتالي:

الشافعية قالوا: (الوقت المفضل للنظر قبل الخطبة وبعد العزم على النكاح واستدلوا بالحديث: " يامعشر الشباب من استطاع منكم) (٥٣)

أما الحنابلة فقالوا إن وقت النظر يفضل بعد العزم على الخطبة (٥٤)

أما المالكية فوقت النظر عندهم في أثناء وقبل العقد وقد نص التعديل الجديد في قانون الأسرة الجزائري على (اشتراط وثيقة طبية لايزيد تاريخهما عن ٣ أشهر، تثبت خلو طالبى الزواج من أى مرض أو أى عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج). (٥٥)

المبحث الرابع

موقف النظام السعودى والقانون المصرى من الأمراض التى تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج ويفرق بها بين الزوجين

تنتقل المملكة العربية السعودية فى كافة تشريعاتها وقوانينها إلى الشريعة الإسلامية الغراء فهى الحاكم والمهيمن على كافة أنظمة الدولة وشئون حياتها، وبعد قرار هيئة المراقبة القضائية رقم

(٣) الصادر فى ١٤٣٧/١/٧ هـ ، المقترن بالتصديق العالى بتاريخ ١٣٤٧/٣/٢٤ هـ الذى ينص على أنه

١. أن يكون مجرى القضاء فى جميع المحاكم منطبقا على المفتى به فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل نظرا لسهولة مراجعة كتبه، والتزام المؤلفين مذهب بذكر الأدلة إثر مسائله.
٢. إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة فى تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة لمصلحة العموم يجرى النظر والبحث فيها من باقى المذاهب بما تقضى المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر
٣. يكون اعتماد المحاكم فى سيرها على مذهب الإمام أحمد، وعلى الكتب الآتية:

شرح المنتهى، شرح الإقناع فما اتفق عليه أو انفرد أحدهما فهو المتبع، وما اختلف فيه فالعمل على ما فى المنتهى، وإذا لم يوجد بالمحكمة الشرحان المذكوران يكون الحكم بما فى شرحى الزاد أو الدليل إلى أن يحصل بها الشرحان، وإذا لم يجد القاضى نص القضية فى الشروح المذكورة طلب نصها فى كتب المذهب المذكور التى هى أبسط منها وقضى بالراجع (٥٦)

ويعد هذا القرار أهم القرارات المنظمة لعمل القضاء السعودى من الناحية الموضوعية، حيث أوضح هذا القرار المصادر التى يعود إليها القاضى بحكم النزاع المطروح أمامه، ونظرا لأهمية هذا القرار الذى أصبح بمثابة قانون لاقتترانه بالتصديق العالى أى موافقة النظام السامى عليه، فسوف نقوم أولا: بدراسة مواقف الشريعة الإسلامية من الأمراض التى تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج فى المطلب الأول والعيوب التى يثبت بها الخيار فى فسخ عقد النكاح فى المطلب الثانى

المطلب الأول

مواقف الشريعة الإسلامية من الأمراض التي تظهر بالفحص الطبي قبل الزواج

تنقسم العيوب والأمراض من حيث الدخول وعدمه في الشريعة الإسلامية إلى قسمين:

القسم الأول: عيوب جنسية تمنع من الدخول كالجب والعنة والخصاء في الرجل، والرتق والقرن في المرأة
القسم الثاني: عيوب لا تمنع من الدخول، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجدام
والجنون والبرص والسل والزهرى.

وقد اختلفت أقوال الفقهاء في تحديد نوعية العيوب المجوزة للتفريق بين الزوجين كالتالي:

عند الحنفية: اتفقت كلمتهم على أن العيوب ثلاثة هي: الجب والعنة والخصاء وهذا باتفاق فيما بينهم، وزاد
الإمام محمد بن الحسن على هذه العيوب الجنون والجدام والبرص مخالفاً بذلك الإمامين أبا حنيفة وأبا
يوسف (٥٧)

وحجته في ذلك: أن المرأه إذا تعذر عليها الوصول إلى حقها الشرعي فكان بمنزلة مالو وجدته محبوبا أو
عينا.

وقد ناقش الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف كلام محمد بن الحسن:

بأن هذا القياس مع الفارق، لأن الجب والعنة والخصاء قد ثبت للمرأه بخلاف الجنون والبرص
والجدام فليس فيها معنى الإخلال بمقصود النكاح (٥٨)

عند المالكية: العيوب عندهم ثلاثة عشر عيبا وهي على النحو التالي:

- (١) أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة هي: الجنون _ الجذام _ البرص _ العنيفة .
 - (٢) أربعة تختص بالرجل وهي: الخصاء _ الجب _ العنة _ الاعتراض.
 - (٣) خمسة تختص بالمرأة هي: الرتق _ القرن _ البخر -العقل _ الافضاء (٥٩)
- عند الشافعية: العيوب عندهم سبعة عيوب هي:

- (١) ثلاثة مشتركة بين الرجل والمرأة هي: الجنون _ الجذام _ البرص -
 - (٢) اثنان يختصان بالرجل الجب _ العنة .
 - (٣) اثنان يختصان بالمرأة هما الرتق _ القرن (٦٠)
- عند الحنابلة العيوب عندهم ثمانية عيوب هي:

- (١) ثلاثة مشتركة بين الرجل والمرأة هي الجنون _ الجذام _ البرص .
 - (٢) اثنان يختصان بالرجل هما الجب - العنة .
 - (٣) ثلاثة تختص بالمرأة هي: الفتق _ القرن _ العفن (٦١)
- ومن الملاحظ أن أئمة المذاهب الأربعة اتفقوا على التفريق بعينين وهما: الجب والعنة، واختلفوا في عيوب
أخرى (٦٢)

ثانيا العيوب التي يثبت بها الخيار في فسخ عقد النكاح

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو لجمهور الفقهاء (٦٣) حيث قالوا: العيوب التي به الخيار وذلك لأنه لا يتنافى مع تحقيق مقاصد النكاح (٦٤)

وذهب الحنفية وقول للشافعي ووجه للحنابلة إلى: أن ذلك عيب يثبت به الخيار لأنه نقص يؤدي إلى النفرة (٦٥)

المطلب الثاني

موقف القانون المصرى من الأمراض التي تظهر بالفحص الطبى قبل الزواج ويفرق بها بين الزوجين أولاً: مواد التفريق بالعيوب في قانون الأحوال الشخصية المصرى قسماً:

القسم الأول: قسم خاص بالعيوب التناسلية في الرجل فقط، وهو ما كان يعمل به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م.

القسم الثاني: قسم جاء به القانون المذكور متضمناً توسعة في نطاق العيوب التي التي يجوز بها التفريق، إضافة إلى ما هو موجود في القسم الأول من العيوب (٦٦)

القسم الأول: التطلاق للجب والخصاء والعنة. هذه العيوب المعمول بها قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ م، وهي العيوب التناسلية، ويعمل بها وفق رأى الراجح فى المذهب الحنفى، طبقاً للمادة ٣٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ م.

وهذا ما ذهب إليه الشيخان (أبوحنيفة وأبيوسف) إلى أنه يجوز للمرأة طلب التطلاق إذا كان بزوجه أحد العيوب الثلاثة التي تمنع الرجل قربان أهله وهي: الجب والخصاء والعنة.

لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد، أما غير هذه العيوب التناسلية الثلاثة فلا تبرر التطلاق، لأنها وإن كانت تنفر منها النفس فهي غير مانعة من حصول مقاصد النكاح ولو فى الجملة

والأساس الذي بنى عليه الشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية:

أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب، ولكن لما كان العيب التناسلي فى الرجل يدخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء فيطلق مختاراً أو غير مختار

ويتفق فقهاء المذاهب الأخرى والإمام محمد من الحنفية، مع الإمام أبى حنيفة فى التفريق بهذه العيوب الثلاثة وزادوا عليها.

وهذا القسم من العيوب لازال يعمل به إلى جانب القانون المذكور ١٩٢٠/٢٥ م حسبما جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون ... وأيدته محكمة النقض فى أحكامها (٦٧)

وفى هذا قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٨ م بأنه: " إذا كانت المذكرة الإيضاحية - للقانون ١٩٢٠/٢٥ م - قد أوضحت أن التفريق للعيوب فى الرجل قسماً:

قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق بالعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهو عيب العنة والجب والخصاء وبق الحكم فى هذه العيوب على وفق هذا القسم .

وقسم جاء به القانون وزاده على ماكان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لاتعيش معه الزوجة إلا بضرر وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق.

وهذا ما أفنت به دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٨١/٧/٢٦ م فى الطلب رقم ٤٦ لسنة ١٩٨١ م بأنه: " اتفق علماء الشريعة على أن سلامة الزوج من بعض العيوب شرط أساسى للزوم الزواج بالنسبة للمرأة بمعنى أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق فى رفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها المعيب .. (٦٨)

وتحقق الجب يكون بإثباته بطرق الإثبات فى مثله، وقد جرى العمل بالمحاكم على نذب الطبيب الشرعي لتوقيع الكشف الطبي على الزوج للوقوف على هذا العيب، فإن ثبت فرق بينهما فى الحال (٦٩)

وقد قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٨ س ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٠ م بأنه يجوز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان استحكام المرض ومدى الضرر (٧٠)

أما العنة والخصاء فلا يحكم القاضى بالتفريق فيهما بمجرد طلبها وثبوت عدم قبولها بل لابد من تأجيلها سنة ويثبت أنه لم يقربها سواء كانت الزوجة ثيباً أو بكرأ.

وقضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٨ س ٤٣ ق جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ بأن: إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة عند الحنفية شرطه ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح وقضت فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٦ ق بتاريخ ١٩٧٧/١٢/١٤ م بأن: " ... الثابت من الحكم المطعون فيه أنه يتبين من تقرير الطبيب الشرعي أن المطعون عليها مازالت بكرأ تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة ، وأن الطعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة ، إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية ، وعندئذ تكون العنة مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع .فإن الحكم إذا قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إمهال يكون قد خالف القانون " (٧١)

ويتبين مما قضت به محكمة النقض أن التأجيل واجب إذا كانت العنة عارضة قابلة للزوال على ما هو العمل بالمذهب الحنفي والحقيقة أنه وفق هذا المذهب وغيره فإن التأجيل سنة للعنة واجب سواء أكانت العنة عضوية أم نفسية، أصلية أم طارئة، فالسنة هى الوقوف على حقيقة العنة من جهة، وإمكان الشفاء منها من جهة أخرى (٧٢)

القسم الثانى: التطبيق بسبب العيب المستحكم

يتضمن القانون ١٩٢٠/٢٥ م ثلاث مواد فى التفريق بالعيوب هي:

مادة (٩) : " للزوجة أن تطب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيوب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق "

مادة (١٠) : " الفرقة بالعيوب طلاق بائن "

مادة (١١): "يستعان بأهل خبره فى العيوب التى يطلب فسخ عقد الزواج من أجلها" (٧٣)

ومن خلال ماسبق من نصوص مواد القانون ١٩٢٠/٢٥م فى التفريق بالعيوب مايلى:

أولاً: القانون قصر حق طلب التفريق للعيوب على الزوجة فقط دون الزوج، مستندا فى ذلك إلى مذهب الحنفية، والذي ذهب إلى: أنه ليس للرجل سوى الطلاق، لأنهم يقولون إن كل فرقة من جهه الرجل تعد طلاقاً ومن جهه المرأة تعد فسخاً (٧٤)

وهذا دون بقية المذاهب الفقهية الأخرى من المالكية والشافعية والحنابلة والتى أثبتت للرجل الذى يجد بزوجه عيباً للخيار طلب التفريق (٧٥)

وكان من الأفضل لو أن القانون سار على ماذهب إليه جمهور الفقهاء من إعطاء حق التفريق للزوج، خاصة الحالات التى يصحبها تدليس من الزوجة بعيبها، لأن حملها فوق غين التدليس غرم الالتزامات المالية الناشئة عن الطلاق، ومساواة للأفراد فى المراكز القانونية الواحدة أمام القانون والقضاء.

ثانياً: القانون جاء بعيوب عرفها بأوصافها دون حصر لها بعيوب بعينها، ودون ذكرها بمسمياتها وهذا الوصف يعتمد على ثلاث شرائط هى:

الشرط الأول: أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن لكن بعد زمن طويل، فإن كان يمكن البرء فإنه لايجوز لها طلب التفريق.

الشرط الثانى: ألا يكون المقام معها إلا بضرر، والضرر عام يشمل الضرر المادى والأدبى، ويختلف من شخص لآخر، ولكن يشترط أن يكون الضرر من الشدة بما لايستطاع معه دوام العشرة بدون ضرر.

الشرط الثالث: ألا يثبت رضاها به مع العلم بذلك العيب، فإن كان العيب قائماً وقت العقد وعلمت به عند إنشائه، فليس لها أن تطلب التفريق، وكذلك إن لم تعلم به وقت العقد ثم رضيت به بعد العلم صراحة أو دلالة فليس لها أن تطلب التفريق (٧٦)

ثانياً: موقف النظام السعودى والقانون المصرى من الأمراض والعيوب الحديثة:

مع تطور الهندسة الوراثية وانتشار الإيدز لم تقصر الفرقة بين الزوجين على هذه الأمراض التى ذكرها الفقهاء قديماً فى كتبهم، لأنه عندما تحدث الفقهاء عن الأمراض وتأثيرها فى العلاقة بين الزوجين لم يكن قد تم اكتشاف العديد من هذه الأمراض.

وفى العصر الحديث اكتشف الطب أمراضاً كثيرة عن طريق - الفحص الطبى قبل الزواج وغيره - والتى من الممكن أن تكون سبباً فى الفرقة بين الزوجين إذا عدم معها تحقيق فوائد ومقاصد النكاح، فالقاعدته: أن كل مرض - قديم أو حديث - ينعدم معه تحقيق هذه المقاصد ثبت فيه الخيار للمتضرر من الزوجين، تجنبا للضرر الواقع عليه، ورفعاً للعنت والمشقة التى قد تصيبه من جزاء هذا الضرر.

والضرر لا يقتصر فقط على الزوجين بل قد يقع أيضاً على ذريتهما، والذرية كما سبق مقصودة الحفظ والرعاية من الشارع الحكيم فهى من الكليات الخمس التى أوصى الشارع بحفظها، فمن الواجب إزالة الضرر الواقع عليها، وبالتالي إذا ثبت بالفحص الطبى قبل الزواج أن هنالك من الأمراض تكون سبباً فى التفريق بين الزوجين حفاظاً عليها (٧٧)

والفيصل في ذلك هم أهل الطب من الثقة المتخصصين في الكشف عن هذه الأمراض في كل عصر من العصور فإن أثبتوا بما لا يدع مجالاً للشك أن هذا المرض من الخطورة بمكان على الشخص أو على ذريته القادمة، جرى مجرى الحكم عند أهل الشريعة والفقهاء من التفريق به بين الزوجين

ويوضح مما سبق:

أهمية الفحص الطبي قبل الزواج من هذه الأمراض للمقبلين على الزواج، وجواز فسخ النكاح قبل وبعد العقد من بعضها إذا تبين وجود المرض في أحدهما، لأن هذه الأمراض من شأنها أن تدمر الصحة، وتبدد المال، وتنفي مقصود النكاح في الإسلام من الدوام والرضا والسكينة النفسية بين الزوجين كما أن اكتشافها المبكر الفحص الطبي قبل الزواج يقي المجتمع من ذرية ضعيفة صحياً وبدنياً ويوفر عليه أموالاً طائلة كان ينفقها في علاج المرضى.

فإذا كان الفحص الطبي قبل الزواج شاملاً للأمراض الجنسية المعدية المنتشرة والأمراض الوراثية المحددة من قبل لجان طبية، والأمراض المنفرة والإعاقات الجسدية الخفية فإن الأثر القانوني المترتب على ذلك في النظام السعودي والقانون المصري يتضح في النقاط التالية:

أولاً: إذا كانت النتيجة سلبية وتم تأكيد هذه النتيجة بالفحوص التأكيدية ينصح كلا الزوجين بعدم إتمام عقد الزواج بينهما في حالة الأمراض الوراثية المتحيزة، ويكون كلاهما على علم بعيوب الآخر في حال بقاء الأمراض.

ثانياً: لا يتم منعهما من إتمام الزواج.

ثالثاً: إذا أصر على الزواج رغم التقرير الطبي الذي فيه وصف لحالتهما فيترتب على ذلك منع فسخ العقد لاحقاً بسبب العيوب، لأن كليهما على علم بعيوب الآخر وزواجهما رغم ذلك يدل على الرضا بالعيوب فليس لهما بعد ذلك حق الفسخ للعيوب.

المبحث الخامس

تداعيات الفحص الطبي قبل الزواج على الحياة الخاصة

إن مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج اقتضته حماية مصلحة الزوجين بصفه خاصة وحماية مصلحة الأسرة بصفه عامة، لما له من فوائد عديدة لمنع انتشار الأمراض الوراثية والأمراض المعدية والتخلف العقلي والتخفيف من حدة التشوهات الخلقية والإعاقه وغيرها

ورغم الإيجابيات العديدة للفحص الطبي قبل الزواج، إلا أن له بعض السلبيات لايجوز إغفالها، نذكر من بينها الكشف عن معلومات طبية في أحد الزوجين والذي قد يؤدي به إلى الإصابة بأمراض نفسية نتيجة الكشف عن سره الطبي والتعدى على خصوصيته، كما قد تحرم هذه الفحوصات الطبية البعض من فرصة الارتباط بزواج.

فقد يترتب على الفحص الطبي قبل الزواج عدم التحكم في سرية نتائج الفحوصات، فتتسرب هذه المعلومات السرية وتسبب أضراراً جسيمة للزوج المريض، لأن إفشاء أسرار الشخصيه قد يؤثر عليه نفسياً ومعنوياً وقد يؤثر على زواج باقي أفراد العائلة.

فحماية الحياة الخاصة للمخطوبين، يعنى عدم إفشاء معلومات تتعلق بالحالة الصحية لأحد المخطوبين أو لكليهما، عند قيامهما بالفحص الطبي قبل الزواج، كما يعنى ذلك عدم الاطلاع على ملفه الطبي من غير الأشخاص الموهلين بذلك.

ويعد إفشاء الأسرار الطبية من أبرز صور التعدى على حرمة الحياة الخاصة للأفراد، وتستمد أساسها من كرامة المريض وعزة نفسه.

فالسؤال المطروح هو: ماهي تداعيات الفحص الطبي على الحياة الخاصة؟ ومدى التزام الطبيب على السر الطبي بعدم إفشاء أسرار الزوج المريض؟

وللإجابة عن هذا السؤال سوف نتناول فى الفرع الأول: مفهوم الحق فى حرمة الحياة الخاصة، والحق فى حرمة الحياة الخاصة للمخطوبين فى حالة الفحص الطبي قبل الزواج

وفى الفرع الثانى: مفهوم السر الطبي والأساس القانونى لحماية الحياة الخاصة للزوجين.

الفرع الأول - مفهوم الحق فى الخصوصية وحدود حمايته فى الفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الأول: مفهوم الحق فى حرمة الحياة الخاصة

تعددت تعريفات الحياة الخاصة أو الخصوصية (٧٨)، فقبل بأنها " حق الإنسان فى أن يترك وشأنه، أو حقه فى أن يترك فى عزلة (٧٩) ".

، أو أنها " حق الشخص فى أن يحتفظ بأسرار من المتعذر على العامة معرفتها إلا بإرادته، والتي تتعلق بصفه أساسية بحقوقه الشخصية " أو أنه كل مايدخل فى الحياة العامة للشخص أو أنه كل مايتعلق بالحياة العائلية وأوقات الفراغ والحالة الصحية (٨٠) وبناء على هذا أن لكل شخص أن يقرر ما يحتفظ به من المعلومات بعيدا عن علم الآخرين، ومالا يحتفظ به ويقرر نشره منها.

ويتسع هذا المفهوم ليشتمل كل مايتعلق بحياة الإنسان العائلية والمهنية وحالاته الاجتماعية والصحية والاقتصادية وأماكن قضاء أوقات الفراغ كما أنها فكرة نسبية تتغير بتغير الزمن والمكان. فالفقه متردد بين التعريفات الإيجابية والسلبية وكذلك التعريفات الواسعة والضيقة، فمن الصعوبة، إن لم يكن من المستحيل، إيجاد فكرة قانونية عامة لمفهوم الحق فى حرمة الحياة الخاصة.

ويرى غالبية الفقه صعوبة حصر المجالات المختلفة لهذا الحق أو مفرداته لصعوبة التحديد بشكل دقيق بين الحياة الخاصة والحياة العامة، ومع ذلك حاول جانب من الفقه تقديم تعريف له.

فعره البعض بأنه: " تلك الأشياء والأمور المتعلقة بالإنسان ويحيطها هذا الأخير بستار من الكتمان (٨١) "

وعرف البعض الآخر الحق فى الحياة الخاصة بأنه " حق الفرد فى حماية بعض مظاهر حياته الخاصة داخل مجتمعه ومنها بالذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصون معطيات الحياة التى يحرص على عدم تدخل الناس فيها (٨٢) "

ومن أشهر التعريفات الواردة من معهد القانون الأمريكى، الذى يعرف الخصوصية بأنه: " حق شخص فى ألاتصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور... (٨٣) "

ويرى جانب آخر من الفقه: " أن الإنسان بحكم طبيعته له أسراره الشخصية، ومشاعره الذاتية، وخصائصه المتميزة، ولا يمكن للإنسان أن يتمتع بهذه الملامح إلا في مناخ يحفظها ويهيئ لها سبيل البقاء والحق في حرمة الحياة الخاصة له وجهان متلازمان هما حرية حرمة الحياة الخاصة وسريتها (٨٤)

يتضح مما سبق أن هنالك ارتباطاً وثيقاً بين حرمة الحياة الخاصة والسرية، حيث إن حماية الحياة الخاصة لا يمكن أن تتحقق إلا عن طريق السرية، وهي الوسيلة التي تضمن حماية حرمة الحياة الخاصة ضد تدخل الغير.

الحق في حرمة الحياة الخاصة للمخطوبين في حالة الفحص الطبي قبل الزواج.

يعتبر الحق في الحياة الخاصة للمخطوبين من أهم مظاهر حرمة الحياة الخاصة، فقد استقر الفقه والقضاء، على أن الأمور العاطفية من خطبة والحياة الزوجية والطلاق وكل الأمور العائلية الأخرى، لا يجوز الكشف عنها للناس.

كما استقر الفقه والقضاء على أن صحة الإنسان، وما قد يصيبه من أمراض يعتبر من أدق الأمور الخاصة، وبالتالي لا يجوز الإفشاء بها، كما لا يصح تصوير المريض أو نشر هذه الصور (٨٥)

وبما أن بحثنا يقتصر على تداعيات الفحص الطبي على الحياة الخاصة ، فإننا نجد من سلبيات الفحص الطبي قبل الزواج ، حالة اكتشاف مرض معين في أي المخطوبين ، وإفشاء سر مرضه من قبل الطبيب أو مساعديه ، أو حتى من قبل العاملين في مخابر التحاليل الطبية ، كما يمكن للزوج الآخر وأسرته نشر سر مرضه ، فهذا خطر يهدد الحياة الخاصة للزوج المريض ، ويسبب له الكآبة واليأس والإحباط الاجتماعي والأمراض النفسية الأخرى ، خاصة إذا أدى ذلك إلى حرمانه من فرصة الارتباط بزواج، وعزوف الناس عن التقدم للزواج بها (بالنسبة للمخطوبة) .

إن الطابع السري للحياة الخاصة، يعنى حجب مالا يحب الزوجان أن يطلع عليه الغير أو يصل إلى علمهم، حتى يستطيعا أن يخلدا إلى الراحة النفسية والذهنية إذا كان سرهما محفوظاً، وإفشاء الأسرار الطبية على وجه الخصوص يعد من أبرز صور التعدي على حرمة الحياة الخاصة للزوج المريض.

ويقصد بالحياة الخاصة للزوج المريض، الأسرار المتعلقة بمرضه وبحالته الصحية بشكل عام وكل المعلومات التي يحصل عليها الطبيب، عند فحصه وتشخيصه له فهذه المعلومات قد يحرص الزوج المريض على ألا يطلع عليها الغير، ويلقى على الطبيب الالتزام بعدم إفشائها والحفاظ على خصوصية هذا المريض. ويشمل حماية الحياة الخاصة للمريض حقه في احترام كرامته واعتباره وشرفه أثناء العلاج (٨٦)

كما يشمل حماية الحياة الخاصة للمريض، حماية البطاقات السرية ووثائق المرض الموجوده بحوزة الطبيب من الاطلاع من قبل الغير، وأن يلتزم الطبيب بأن يجعل هذه البطاقات والوثائق بعيدة عن فضول الغير. ويشمل التزام الطبيب بسر المهنة كافة الوقائع والمعلومات التي تكون قد وصلت إلى علمه أثناء مباشرة مهنته، يتساوى في هذا أن يدلى المريض لطبيبه بالسر أو أن يتوصل إلى السر عن طريق أحد أقرباء المريض أو قد يتوصل الطبيب إلى السر بنفسه (٨٧)٠

المطلب: الثاني

مفهوم السر الطبي والأساس القانوني لحماية الحياة الخاصة للزوجين

الحفاظ على السر الطبي من الضمانات القانونية لإنجاح الفحص الطبي قبل الزواج، والسؤال الذي يطرح نفسه

ماذا يقصد بالسر؟ وماهو السر الطبي؟

أولاً: معنى السر لغة:

مايكنتم كالسريرة، والجمع أسرار وسرائر. (٨٨)

ثانياً: السر اصطلاحاً:

السر هو مايكنتمه الإنسان في نفسه، أو هو مايكنتمه ويخفيه المرء في نفسه من الأمور التي عزم عليها.

كما قال الله عز وجل في كتابة العزيز: " وإن تجهر بالقول فإنه يعلم السر وأخفى " (٨٩)

كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " استعينوا بقضاء حوائجكم بالكتمان فإن كل ذى نعمة محسود "

عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: " كل مايفضى به الإنسان إلى آخر مستكتماً إياه قبل أو بعد، ويشمل ماخفت به قرائن دالة على طلب الكتمان إذا كان العرف يقضى بكتمانه كما يشمل عيوب الإنسان

وخصوصياته التي يكره أن يطلع عليها الناس " (٩٠)

ثالثاً: السر الطبي:

عرفه جانب من الفقه بأنه: " كل مايصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض أو علاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته مهنته " (٩١)

وعرفه جانب من الفقه بأنه: " هو كل ماتعرف عليه الطبيب أثناء، وبسبب ممارسته لمهنته الطبية، وبمناسبتها أيضاً، وكذلك كل ما عهد به إليه المريض من معلومات أو خبر، وباح به له باعتباره

طبيباً وليس رجلاً عادياً، ويقع على هذا الأخير الالتزام بكتمان هذا السر إلا في الحالات التي يرخص له بالإفشاء إما اتفاقاً أو قانوناً " (٩٢)

لم يعرف المنظم السعودي والمشرع المصري السر الطبي بل اكتفي بذكر طائفة من الأطباء والجراحين والصيدلة والقوالب وغيرهم المؤتمنين على أسرار مرضاهم، وترك ذلك للاجتهاد الفقهي والقضائي .

وتعد مهنة الطب من أهم المهن التي يلتزم ممارسوها بكتمان أسرار عملائهم، باعتبارها تتعلق بأدق تفاصيل الحياة الشخصية للمريض وتنعكس على أسرته وتتصل بسمعته " (٩٣)

والسرية من الضمانات القانونية لنجاح الفحص الطبي قبل الزواج

فمن أجل تشجيع الأشخاص المقبلين على الزواج، بالقيام بالفحص الطبي قبل الزواج نص القانون المصري والنظام السعودي على:

١ - أن الشهادة الطبية التي يقدمها الطبيب بمناسبة الفحص الطبي قبل الزواج ، ليست شهادة طبية عادية ، بل شهادة طبية وفق نموذج معين تعده الحكومة مسبقاً ويسري على كافة الأشخاص المعنيين .

٢ - يجب على الطبيب ، وعلى أصحاب المهن الطبية المساعدة ، مثل الممرضين والعاملين في مخابر التحاليل الطبية والأشعة وغيرهم، يجب الاحتفاظ بالأسرار الطبية .

٣ - الأسرار التي يطلع عليها الطبيب أثناء الفحص الطبي للمقبلين على الزواج كالأعراض المعدية أو الوراثية، قد تكون مما لايتعلق بالمرضى ولكن يكتشفها الطبيب أثناء حديثه مع المريض، كالأسرار العائلية، هذه الأسرار جميعها على الطبيب وكل من يساعده من أصحاب المهن الطبية المساعدة، أن يحافظوا عليها (٩٤)

تطبيقاً للالتزام بالسرية المهنية، يجب عدم إفشاء المعلومات التي تصل إلى علمهم بمناسبة وظيفتهم أو بسببها تتعلق بالحياة الخاصة للمخطوبين المقبلين على الزواج.

يجب التأكيد في النموذج المتضمن الشهادة الطبية قبل الزواج، ضروره المحافظة على المعلومات التي تصل إلى علم الطرف الآخر وعدم إفشائها للغير دون مبرر قانوني:

وأعدت لجنة الفحص الطبي قبل الزواج، نموذجاً للمقبلين على الزواج، الخاضعين لإجراءات الفحص الطبي، حيث يوقع الزوجان على هذا النموذج المتضمن ضرورة المحافظة على المعلومات التي تصل إلى علمه عن الطرف الآخر، وعدم إفشائها للغير دون سبب قانوني.

وأقر مجلس الوزراء السعودي بجدة، يوم الاثنين ٤ محرم ١٤٢٣ (قرار رقم ٥) بشأن تطبيق الضوابط الصحية للزواج ، تنظيمًا لفحوص ما قبل الزواج ، وشدد مجلس الوزراء على أهمية توشي السرية التامة لتوثيق المعلومات ، حفظها وتداولها . (٩٥)

وأوصى المجتمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته ١٧ المنعقدة بمكة المكرمة، في الفترة من ١٣ إلى ٢٠٠٣/١٢/١٧ م الحكومات الإسلامية، بأهمية الفحوص الطبية قبل الزواج والتشجيع على إجرائها وجعلها سرية لا تنقش إلا لأصحابها المباشرين.

الأساس القانوني لحماية الحياة الخاصة للزوجين:

يعتبر الحق في حماية الحياة الخاصة أحد حقوق الإنسان الأساسية ، وبالتالي نجد مصادر حماية في النصوص والوثائق التي تعالج مسائل حقوق الإنسان بشكل عام دولية كانت أو وطنية وبالنسبة لموضوع حماية الحياة الخاصة للمخطوبين ، وبالأخص تطبيق مبدأ السرية عند الفحص الطبي قبل الزواج ، نجد أساسه في النصوص المتعلقة باحترام مبدأ السرية المهنية والطبية ، حيث يلتزم الطبيب ومساعدوه بعدم إفشاء السر الطبي في غير الحالات التي يوجب عليه القانون صراحة إفشاءها ، كما يلتزم كذلك الغير بعدم البوح بأسرار الزوج المريض وتنص العديد من المواثيق الدولية لحقوق الإنسان على حق حماية حرمة الحياة الخاصة منها :

- المادة ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ الصادر عن الأمم المتحدة، تنص على مايلي: " لايتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو حملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات". (٩٦)

ح- الفقرة الأولى من المادة ١٧ من المعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ تنص على مايلي: "لا يجوز تعريض أى شخص ، على نحو تعسفي أو غير قانوني ، لتدخل فى خصوصياته أو شؤون أسرته أو بيته أو مراسلاته ، ولا لأى حملات غير قانونية تمس شرفه أو سمعته". (٩٧)

- المادة ٨ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي وقعت فى روما فى ٤ نوفمبر ١٩٥٠ تنص على مايلي: "لكل إنسان حق احترام حياته الخاصة والعائلية ومسكنة ومراسلاته....". (٩٨)

- المادة ٤ من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تم عقدها عام ١٩٦٩ والتي دخلت حيز التنفيذ عام ١٩٧٨ تنص على مايلي: "لكل إنسان الحق أن تكون حياته محترمة، هذا الحق يحمي القانون وبشكل عام منذ لحظة الحمل، ولا يجوز أن يحرم أحد من حياته بصورة تعسفية". (٩٩)

والمدونة الدولية لأخلاقيات الطب، المصادق عليها من قبل الجمعية الطبية العالمية عام ١٩٤٩م المعدلة، جاءت تحت عنوان: واجبات الأطباء تجاه المرضى " ورد على أنه يلتزم الأطباء بالمحافظة على السر الطبي.

ونص الدستور الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية، فى دورته الثانية والخمسين المورخ فى سبتمبر ٢٠٠٥ من أهم ما جاء فيه أن الإنسان مكرم، ويقتضى تكريمه احترام شخصيته واحترام خصوصياته وأسراره (١٠٠)

أما بالنسبة للوضع فى مصر ، فلقد اعترف المشرع الدستورى فى المادة (٤٥) بأن حياة المواطنين حرمة يحميها القانون " وقد وجه ذلك انتباه المشرع العادى ، الذى تدخل بدوره فجرم فى قانون العقوبات الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين فى المادة ٣٠٩ مكرر و ٣٠٩ مكرر (أ) من القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ م ولكنة لم ينص صراحة على اعتبار الحياة الخاصة حقا شخصيا ، أما فى القانون المدنى فقد نص المشروع فى المادة (٥٠) على أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع ، فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر " وعلى ذلك فالقانون المصرى يعرف من خلال القانون المدنى النظرية العامة لحقوق الشخص ويقر طائفة من الحقوق تسمى الحقوق الملازمة لصفة الإنسان ، وكل حق يدخل فى هذه الطائفة يعتبر حقا بمعنى الكلمة بما فى ذلك حرمة الحياة الخاصة ، ويؤيد ذلك تجريم المشرع للشخص بسلطة وقف الاعتداء وما تستلزمه من مكنة الاعتراض مسبقا لمنع أو وقف الاعتداء (١٠١)

ونخلص مما سبق إلى أن الحق فى الحياة الخاصة هو حق من الحقوق الملازمة للشخصية يكون للشخص بمقتضاه أن يدفع ويمنع وقوع أى مساس أو اعتداء على حياته الخاصة، فإن وقع هذا المساس بالفعل فيكون من حقه الحصول على تعويض، كل ذلك يتم دون حاجة لإثبات الخطأ أو الضرر أو العلاقة بينهما وتكون وسيلته إلى ذلك هى الدعوى القضائية.

الخاتمة وأهم النتائج:

أن الفحص الطبي قبل الزواج قضية شائكة، لها أبعاد متباينة، فقد تكون سببا في نجاح العلاقة الزوجية وتقويتها، ويمكن أن يؤدي دوراً مؤثراً في اتخاذ القرار الصعب بالانفصال والرحيل.

وبناء على هذا، فإن الفحوصات والإجراءات الطبية اللازمة لكل من الخاطبين قبل الزواج ستصطدم بكثير من العراقيل والمعوقات من عادات وتقاليد اجتماعية.

ويمكن أن نخلص من هذا البحث بالنتائج التالية:

١. أن الثقافة السائدة في المجتمع السعودي لها اليد العليا في جانب لا يمكن إهماله في حياتهم، وهو قبول النتائج المتعلقة بالفحص الطبي قبل الزواج أو رفضها، وعليه يجب أن يجتهد بالأخذ بالأسباب، لأن الله ما قدر مرضاً ولا وباء إلا قدر له الشفاء والبرء من هذا المرض.
٢. يجب أن يجتمع كل من علماء الدين والمشايخ وذوي الاختصاص لتحديد وقت إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ونقترح أن يكون بعد العزم على النكاح وقبل إعلان وإشهار الخطبة، والحكمة في ذلك أنه بعد الخطبة قد يفرضي الحال إلى الترك، كما لو ظهر أن أحدهما معيب، أو يحمل مرضاً وراثياً ينتقل إلى الذرية، أو معدياً ينتقل عبر الجماع، وفي ذلك مشقة عليهما، وفضح لأمرهما وهذا لا يصح.
٣. أثبتت الدراسات الوراثية الحديثة أن تكرار الزواج بين الأقارب يزيد من فرص انتقال الأمراض الوراثية وتفشيها في العائلة لأن احتمال كون كل من الزوجين حاملاً للجين المعتل نفسه يكون أكبر من زواج الأقارب، لأن الجينات تكون متشابهة بين أبناء العم والخال، وهذا يؤكد على أهمية نشر الثقافة الطبية، لمعرفة الآثار السلبية الخطيرة للأمراض الوراثية.
٤. أن ما أخذ به القانون المصري في تعديله الجديد من جعل الفحص الطبي للراغبين في الزواج شرطاً لتوثيق عقد الزواج، وذلك في المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٦) لسنة ٢٠٠٨ ، به قصور ويحتاج إلى تعديل ، لأنه لم ينص على تحمل الدولة لتكاليف تلك الفحوص ، ولم ينص على إنشاء هيئات لرقابة الفحص ويحافظ على سرية نتائجها ويحول دون التزويد ولقد أحسن المنظم السعودي بأن جعل تكاليف هذه الفحوصات تتحملها الدولة ، ووضع عقوبات صارمة ومحددة على عمليات التزوير والتلاعب في نتائج الفحوصات .
٥. يجب على وزارة الصحة السعودية والمصرية أن تحدد الأمراض المعدية والوراثية الخطيرة والمشهورة والمنتشرة في المجتمع، والتي تؤثر على صحة الفرد والمجتمع، لتكون نواة للفحص الطبي قبل الزواج للمقبلين عليه، حتى تتم وتعم الفائدة والمصلحة المرجوة من إجراء الفحص، ونقترح إضافة فحص تعاطي المخدرات بأنواعها للمقبلين على الزواج، لما لها من آثار سلبية على الحياة الزوجية .
٦. يجب التركيز على إبراز أهمية الفحص الطبي قبل الزواج من الناحية الطبية والشرعية والاجتماعية والاقتصادية وذلك من خلال برامج التثقيف المختلفة التي يجب أن تشمل المدارس والكلية والجامعات والنوادي والجمعيات والاتحادات، ومن خلال وسائل الإعلام المختلفة.
٧. يجب على الجامعات والكلية بصفة عامة أن تقرر دراسات مبرمجة ومكثفة حول الثقافة الطبية لأن الطالب الجامعي كليل بأن يتخرج إلى المجتمع بدراسة مرتكزة على قواعد وأسس صحيحة والفحوصات الطبية قبل الزواج تتناسب مع الطالب الجامعي والمرحلة الجامعية.

المصادر والمراجع :

- ١- سورة الروم، الآية ٢١
- ٢- نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ م الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الطفل على الآتي: " يشترط للتوثيق أن يتم الفحص الطبي للراغبين في الزواج للتحقق من خلوهم من الأمراض التي تؤثر على حياة أو صحة كل منهما أو على الزواج للتحقق من خلوها من الأمراض التي تؤثر على حياة"، راجع د / ناصر أحمد النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد، القاهرة، ٢٠٠٨ م، ص ٣٥، وما بعدها.
- ٣ - ابن منظور: لسان العرب، ٦٣/٧ مادة(فحص) القاموس المحيط، الفيروز، باب الصاد، فصل الفاء، ص ٦٥٢، المعجم الوسيط، مجموعة مؤلفين، (٦٧٥/٢)، مادة (فحص).
- ٤ - ابن منظور: لسان العرب، (٥٥٣/١) مادة(طبب) القاموس المحيط ، الفيروز ابادي ،باب الباء، فصل الطاء، ص ١٠٨،
- ٥-: بحث منشور في دورية علمية الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي، ضمن بحوث الدورة العادية الثالثة عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، لندن في الفترة من ٢٠ - ٢٣ جمادى الأولى ١٤٢٥ هـ، ٧-١٠ يونيو ٢٠٠٤ م، ص ٤
- ٦- المرجع السابق، ص ٥
- ٧- د. أبو كيلة، عبدالفتاح أحمد (٢٠١٢م) الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، مكتبة الوفاء القانونية ، ، ص ١٣٠
- ٨ - د . عثمان ، محمد رأفت (٢٠٠٩م) قضايا فقهية ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ، ص ٤٤٣
- ٩- راجع موقع وزارة الصحة السعودية <http://www.moh.gov.sa>
- ١٠ - د . عضيبات، صفوان محمد (٢٠٠٠ م) ، الفحص الطبي قبل الزواج ، دراسة تشريعية قانونية ، عمان ، الأردن ، ط ١ ، ، ص ٥٦ - ٥٧
- ١١-الجينات تعنى الأصل أو النوع أو النسل، واستعملت للدلالة على حاملات الصفات الوراثية، وعرفها علماء الوراثة بأنها: الوحدات الافتراضية الأساسية للوراثة التي تنتقل من الأصول إلى الفروع للمزيد راجع: د. الشويرخ، سعد بن عبدالعزيز (٢٠٠٧ م). أحكام الهندسة الوراثية. دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع. الرياض، ص ٣٩، ص ٤٠ - ١٢ - المرجع السابق ص ٨٥
- ١٣- د. الأكشة، جمال مهدي (٢٠١٢ م). موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد والخاص بإلزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ص ٦٧ - ٦٨
- ١٤- د. كنعان محمد أحمد (٢٠٠٠ م)، الموسوعة الطبية، دار النقاش، الطبعة الأولى، ص ٧٠١ وأنواع الفحص الطبي في مصر طبقاً لقرار وزير الصحة والسكان رقم ٣٣٨ لسنة ٢٠٠٨ - صورة دم لتشخيص أمراض فقر الدم مع تحديد نوع الهيموجلوبين التعرف على كمية الأجسام المضادة للحصبة الألمانية مع إعطاء التطعيم الكشف عن التهاب الكبد بالفيروس (ب) والنصح بإعطاء اللقاح الكشف عن مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز) في بعض الحالات وإقرار الكشف عن بعض الأمراض الجنسية مثل الزهري والسيلان في حالات مختارة فحص خلايا عنق الرحم لمن سبق لهن الزواج أو المتزوجات فحص الثدي مع عمل أشعة لحالات مختارة فحص اختياري لمرض السل فحص انتقائي لطفيل التوكسوبلازما فحص لحالات مختارة للكشف عن فيروسات معينة

فحوص للكروموسومات عند الضرورة
فحص للسائل المنوي للزوج وعمل مزرعة
فحص بعض الهرمونات إذا وجد ما يستدعي

١٥- راجع الموقع <http://www.saffar.org/?act=artc&id=953>

١٦ - راجع موقع جريدة الرياض اليومية العدد ١٦٠٨٧ بتاريخ : ١٠ / يوليو / ٢٠١٢
www.Alriyadh.com

١٧ - د . الاكثشة ، جمال: مرجع سابق ، ص ٨٧ وما بعدها

١٨ - د. الأشقر، أسامة عمر، (٢٠٠٠م) مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق : دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، -، ص ٨٤-٨٥

١٩ - علي ، محمد علي (٢٠٠٧م): إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي ، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية ، ط ١ ، ص ٢١٣-٢١٤

٢٠- المرجع السابق ، ص ٢١٣-٢١٤

٢١- د. النشوي، ناصر (٢٠١٠م): بحث، حكم التداوي في الإسلام، كلية الشريعة والقانون، طنطا، ص ٨٩

٢٢ - السابق ص ٨٩-٩٠ ، عبدالفتاح أبو كيلة ، مرجع سابق ، ص ١٩٩

٢٣ - المرجع - د. الأشقر، أسامة عمر، المرجع السابق، ص ٨٥

٢٤ - د. الاكثشة، جمال مهدي: المرجع السابق، ص ٩١

٢٥ - د. أبو كيلة ، عبدالفتاح ، المرجع السابق ، ص ١٩٨

٢٦- د. الاكثشة، جمال مهدي: المرجع السابق، ص ٩١

٢٧- يو حالة، الطيب: (٢٠١٠م) الفحوصات الطبية قبل الزواج، دار الفكر والقانون، ص ٦٩

٢٨- راجع موقع وزارة الصحة السعودي:

www.moh.gov.sa/html/pre-tests.html

٢٩- راجع الموقع السابق www.moh.gov.sa/html/pre-tests.html

٣٠ - د . ابو كيلة، عبد الفتاح. الفحص الطبى قبل الزواج، مرجع سابق، ص ٢٠٥. ص ٢٠٦

٣١- راجع موقع وزارة الصحة السعودي [Http://www.moh.gov.sa](http://www.moh.gov.sa)

٣٢- صدرت فتوى عن كبار هيئة العلماء في المملكة تحرم الزواج بمريض الإيدز (إنه لا يجوز زواج مرضى الإيدز، لأنه من قواعد الشريعة أن لا ضرر ولا ضرار، ولا يجوز لإنسان أن يتسبب في مرض الآخرين. وإذا ثبت أن الشخص مريض سواء بمرض الإيدز، فلا يمكن من الزواج ويمنع منعاً باتاً منه حتى لا يتعدى الضرر، وتدل النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، أنه لا يجوز أن يعرض الإنسان نفسه للهلاك، حيث يقول سبحانه وتعالى: (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وقامت وزارة الصحة بتطبيق هذه الفتوى للمزيد راجع

<http://www.alriyadh.com/342091>

٣٣ - راجع الموقع www.Arabic.arabianbusiness.com

٣٤- قررت وزاره الصحة المصرية رفع تكلفة استخراج شهادة توثيق الزواج مبلغ ٨٠ جنيها ، لصالح صندوق تحسين الخدمة في الجهة التي تقوم بالفحص ، على أن يزيد هذا المبلغ بنسبة ١٠ % سنويا ، ووجهت الوزاره مخاطبات إلى مديري مديرية الشؤون الصحية بالمحافظات ، تفيد بعدم التصرف في المبالغ المحصلة لحين الموافاة بكيفية توزيعها ، مع الالتزام باستخراج الشهادة من أماكن محددة ثم تدريب العاملين بها على خطوات استخراج الشهادة (جريدة المصرى اليوم - عدد الجمعة الموافق ١٩ من نوفمبر ٢٠١٠م - العدد رقم ٢٣٥٠) ، وقد قضت محكمة القضاء الإدارى مؤخرا بإلغاء رسوم الفحص الطبى قبل الزواج ، بناء على دعوى رفعها أحد المواطنين ، وذلك لأنها رسوم غالية الثمن وتمثل عبئا على ميزانية المواطنين (اليو السابع - بتاريخ ٢٠١١/٩/٤م)
٣٥- د. النشوي، ناصر أحمد: مرجع سابق، ص ٣٥

- ٣٦- الاكثشة، جمال مهدي، مرجع سابق، ص ١٩٦
- ٣٧- د. الحازمي، محسن بن علي. (١٤٢٦ هـ) بحث أمراض الدم الوراثية ، بحث منشور في مجمع الفقه الاسلامي ، السنة الثامنة عشرة ، العدد العشرين سنة ، ص : ٢٩٦
- ٣٨- د. الشويرخ، سعد، المرجع السابق أحكام الهندسة الوراثية . ص : ٩٦
- ٣٩- د. غنيم، كارم السيد. (دب) الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء ، القاهرة ، دب ، ص : ٣٥٣
- ٤٠- د. الاكثشة ، جمال محمود (٢٠٠٨م). موقف الشريعة الاسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون رقم ١٢٦ سنة والخاص بإلزام الزوجين بالفحص الطبي، جامعة الأزهر، الطبعة الأولى ٢٠١٢، ص: ١٣٧
- ٤١- د. بوحالة ، الطبيب. المرجع السابق، ص: ١٠٢
- ٤٢- د. نجم ، سالم. (١٤١٩ هـ) زواج الأقارب إيجابياته وسلبياته مجلة مجمع الإسلامى . السنة التاسعة. العدد الحادى عشر.
- ٤٣- د. الشويرخ، سعد. أحكام الهندسة الوراثية، المرجع السابق، ص: ١٠٠
- ٤٤- د. عضيبات، صفوان محمد. المرجع السابق، ص : ٦١
- ٤٥- حديث متفق عليه ، رواه البخارى ، الجامع الصحيح ، ج ٥ ، ص ٢١٦٣ برقم ٥٣٩٧ ، ومسلم ، الجامع الصحيح ، ج ٤ ، ص ١٧٤٠ ، برقم ٢٢١٩ ، وابن حبان ، ج ٧ ، ٢١٨ ، برقم ٢٩٥٣
- ٤٦- موقع وزارة الصحة السعودية، <http://www.moh.gov.sa/>
- ٤٧- د. الاكثشة، جمال المهدي. الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد، مرجع سابق، ص ٩٤ .
- ٤٨- د. الشويرخ، سعد. أحكام الهندسة الوراثية، مرجع سابق، ص ٩٢
- ٤٩- د. الغضيبات، صفوان محمد. الفحص الطبي قبل الزواج. المراجع السابقة. ص ٦٢
- ٥٠- راجع موقع www.moh.gov.sa/
- ٥١- د. غازي، ياسين محمد (٢٠٠١م) بحث منشور، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، مجلد ١٧، ص ٢٨٦
- ٥٢- د. ابوكيلة، عبد الفتاح أحمد، المرجع السابق، ص ١٩٣-١٩٤
- ٥٣- النووي ، متن المنهاج ، ١٢٦/٣ ، والشيزارى ، المهذب ٣٥/٢
- ٥٤- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد المقدسي (١٤٠٥ هـ). المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى، ٤٦٠/٧
- ٥٥- د. عبد القادر، بن داود (دب). الوجيز في شرح قانون الأسره الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، ص ١٤، ١٣
- ٥٦- راجع مجموعه النظم ، قسم القضاء ، طبع معهد الإدارة العامة بالرياض ، ص ١١
- ٥٧- د. الزحيلي، وهبه (١٩٨٩م): الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق، ص ٥١٤
- ٥٨- المبسوط للسرخسى (٩٧/٥)، بدائع الصنائع للكاساني (٣٢٧/٢).
- ٥٩- المنتقى شرح الموطأ للباقي، حاشية الدسوقي (٢٧٧/٢ - ٢٧٨).
- ٦٠- كتاب الأم، للشافعى (٢٧٨/٨)، حاشيتنا قليوبى وعميرة (٢٦٢/٣)
- ٦١- المغنى لابن قدامة (٥٧٩ /٧)، كشاف القناع للبهوتى (١٠٩ /٥).
- ٦٢- د. الزحيلي، وهبه: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص ٧١٥
- ٦٣- المبسوط للسرخسى (٩٥/٥).
- ٦٤- حاشية الدسوقي (٢٧٨ /٢).
- ٦٥- بدائع الصنائع للكاسانى (٢٣٦/٢).
- ٦٦- د. ابو كيلة، عبد الفتاح: المرجع السابق، ص ٤٩٥، وما بعدها.

- ٦٧- د. البكري، محمد عزمي (١٩٦٩م) ط٥، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص
- ٦٨- د. البكري، محمد عزمي، المرجع السابق، ص٢٩٣، وما بعدها
- ٦٩- المرجع السابق ص٢٩٦
- ٧٠- د. طلبية، أنور مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة ١٩٣١ م وحتى سنة ١٩٩٦ م - د. أنور طلبية ٢/٢٤٦
- ٧١- المرجع السابق، ٧/٢٤٦ - ٢٤٧
- ٧٢- د. أبو كيلى، عبدالفتاح: المرجع السابق، ص ٤٩٩
- ٧٣- د. أبو كيلى، عبدالفتاح: المرجع السابق، ص ٥٠٠
- ٧٤- د. البكري، عزمي محمد مرجع سابق - ص ٣٠٧ وما بعدها
- ٧٥- الأصبحي، مالك بن أنس (د.ت)، المدونة الكبرى - (١٤٢/٢) - رواية سحنون عن عبدالرحمن بن القاسم - دار الكتب العلمية - بيروت
- ٧٦- د. البكري، محمد عزمي: موسوعة الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص ٣٠٨
- ٧٧- د. أبو كيلى، عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٤٣٠ وما بعدها.
- ٧٨- ويطلق عليه أيضا الحق في حرمة الحياة الخاصة Droit a l'inviolabilite de la vie privee أو الحق في السرية Droit Au Secret أو الحق في السكنينة La Droit a tranqulite أو الحق في الألفة Droit a l'intimite
- ٧٩- د. حلمي، السيد أحمد، (١٩٨٣ م) رسالة دكتور الحماية الجنائية لحق الإنسان في حياته الخاصة، كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص ٥
- ٨٠- د. الأهواني، حسام الدين كامل (١٩٧٨ م)، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ص ٨٣
- ٨١- د. العبيدي، أسامة بن غانم (٢٠٠٨ م)، بحث منشور، " حماية الحق في الحياة الخاصة في مواجهه جرائم الحاسب الآلى والانترنت"، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، عدد خاص، السنة ٢٣، المجلد ٢٣، العدد ٤٦ جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ٥٤
- ٨٢- د. فهمي، خالد مصطفى (٢٠٠٨ م)، المسؤولية المدنية للصحفي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، ص ٢٠٨
- ٨٣- د. الأهواني، حسام الدين كامل، المرجع السابق ص
- ٨٤- د. سرور، أحمد فتحى (١٩٧٦ م)، الحماية الجنائية للحق في الحياة الخاصة، دار النهضة لعربية، القاهرة، ص ٥٤
- ٨٥- المرجع السابق، ص ٥٦
- ٨٦- د. سامية، كمال (٢٠١٥ م) بحث تداعيات الفحص الطبي قبل الزواج على الحياة الخاصة ورقة عمل مقدمة إلى اليوم الدراسي حول الفحص الطبي قبل الزواج، جامعة عبدالرحمن بجاية الجزائر، ص ٨
- ٨٧- المرجع السابق ص ٩
- ٨٨- الرازي، مختار الصحاح ص ٢٨٥، المعجم الوجيز ص ٣٠٨ - مادة (س . ت . ر)
- ٨٩- سورة طه الآية ٧
- ٩٠- د. أحمد، على محمد (٢٠٠٨ م)، إفتاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ١٣
- ٩١- د. القبلاوى، محمود، (٢٠٠٤ م) المسؤولية الجنائية للطبيب " دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ٥٨
- ٩٢- د. سامية، كمال، المرجع السابق، ص ١٠
- ٩٣- السر الذى يجب المحافظة عليه ويحرم إفشاؤه يجب أن يتوافر فيه شرطان هما: الشرط الأول: يجب أن يكون سار: بحيث ينحصر نطاق العلم به فى شخص واحد او عدد قليل من الأشخاص لإقلال بقدر الإمكان من عدد من يعرفون السر الشرط الثانى: السر الذى يحرم إفشاؤه هو ذلك السر الذى يترتب عليه

ضرر بصاحبة ويستوى ان يكون حصول هذا الضرر مؤكدا او محتملا والسر المهني يقتضى ارتباط الواقعة السرية بالمهنة أو الوظيفة فإذا كان المهني قد اطلع على اسرار الغير بصفته الشخصية فإنه لا يعد مؤتمنا على الأسرار ، كما يجب عدم شيوع الواقعة السرية للكافة ، وأن يتعلق السر بواقعة ذات دلالة ، ولصاحبها مصلحة في الكتمان

٩٤- المجلس الأعلى للصحة، " السرية والضمانات القانونية، الموقع الإلكتروني:

<https://www.sch.gov.qa/health-services-ar/services-to-public-ar/premarital-test-ar/confidentiality-ar>

٩٥ - أقر مجلس الوزراء السعودي رقم ٣ بتاريخ ١١/٧/١٤٢٤هـ، المتعلق بالفحص الإلزامي قبل الزواج بدءاً من ١/١/١٤٢٥هـ، والذي نص على مايلي: " وافق مجلس الوزراء على ما عرضه وزير العدل بشأن الفحص الطبي الذي يجرى قبل الزواج تطبيقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٥ بتاريخ ١/٤/١٤٢٣هـ، وذلك بتطبيق الضوابط القانونية للزواج على جميع السعوديين وإلزام طرفي العقد بإحضار شهادة الفحص الطبي قبل إجراء عقد النكاح ويكون تطبيق ذلك ابتداء من شهر محرم عام ١٤٢٥هـ، مع عدم إلزام أى من طرفي العقد بنتائج الفحص الطبي متى شاء ذلك "

د. محسن على فارس الحازمي، " الأمراض الوراثية "، أستاذ الكيمياء الحيوية الطبية والوراثة البشرية، مدير المركز التعاوني لمنظمة الصحة العالمية للأمراض الوراثية، الموقع الإلكتروني

<http://www.manqol.com/topic/search/advanced.aspx>

راجع كذلك: منتدى الساحل الشرقي، " قرار من مجلس الوزارة ... الفحص الطبي قبل الزواج " الموقع الإلكتروني:

<http://saihat.net/vb/showthread.php?t=٤٢٣٨>

٩٦ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة باللغة العربية :

الموقع الإلكتروني: <http://www.un.org/ar/documents/udhr/>

٩٧ - المعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، جامعه منيسوتا ، مكتبة حقوق الانسان باللغة العربية ، الموقع الإلكتروني :

<https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/humanrts.html>

٩٨ - الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ، جامعه منيسوتا ، مكتبة حقوق الانسان باللغة العربية ، الموقع الإلكتروني :

<https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/euhrcom.html>

٩٩- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، جامعه منيسوتا، مكتبة حقوق الانسان باللغة العربية، الموقع الإلكتروني

<https://www1.umn.edu/humanrts/arabic/euhrcom.html>:

١٠٠- وقد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع والنظم في هذا المضمار فوضعت نظاماً فاعلاً في مجال حماية حياة الخاصة للإنسان وحرصت على أن تصون كرامته وحرمة ليس في مواجهه المجتمع والأخرين فحسب بل أيضاً حتى مواجهة أهله وذويه وأولاده وخدمه ، فهي أولا تحظر بنص قرآني صريح التجسس والاعتياب " ياأيها الذين امنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا " (اية ١٢ من سورة الحجرات) وهي ثانيا تجعل للمسكن حرمة وتمنع دخوله بدون إذن "ياأيها الذين امنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأذنوا وتسلموا على أهلها " (اية ٢٧ من سورة النور) وهي بذلك ترسي هذب الاستئذان وأدب الدخول إلى المساكن ، وهي ثالث تمنع تتبع العورات ، ف فيما روى عن الرسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تؤذوا المسلمين ولا تعيروهم ولا تتبعوا عوراتهم ، فإن من يتبع عوره أخية يتبع الله عورته " وعنه أيضا " من ستر مسلما ستره الله يوم القايمه " بل وتأمّر كل مسلم بغض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وحرصا منها في حماية الإن سان حتى في بيته من المخالطين له شرعت الاستئذان الخاص على أهل الشخص وذويه وأولاده دون البلوغ ، وخدمه الذين يعيشون معه وذلك في قوله تعالى " ياأيها الذين امنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاثة مرات ، من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الطهيرة ، ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم " (اية ٥٨ من سورة النور)

١٠١ - د . الأهواني ، حسام الدين: المرجع السابق ص١٩٧٨ ، ص٨٣ ، د. الجندى

، حسن(١٩٩٣م)ضمانات الحياة الخاصة في الاسلام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٥٣