

# الإصابة بمرض فقد المناعة المكتسب وأحكام المعاملات

د. جاسم علي سّالم

تمهيد:

أثار مرض فقد المناعة المكتسب (وهو ما يسمى الإيدز) فزعاً عاماً شاملاً لدى كافة الشعوب، ربما لم يثره أي مرض آخر في العصر الحديث. وهذا يرجع إلى اجتماع عدة خصائص فيه، قلما تتوافر في غيره من الأمراض. فهو من ناحية أولى: مرض معد، ينتقل بسهولة من المريض إلى من يخالطونه.

وهو من ناحية ثانية: مرض مميت، لاسبيل إلى الشفاء منه حتى الآن. وكل هذا يجعل خطره خطراً عاماً، يطال جميع الناس على اختلاف أعمارهم، واختلاف ثقافتهم، ويمتد إلى كافة الدول أياً كانت درجة تقدمها، ومهما بلغت عنايتها بالصحة العامة لشعوبها.

أما عن كونه مرضاً معدياً: فقد كشفت الدراسات الطبية عن أن هذا المرض ينتقل بطرق عديدة تلخص فيما يلي:

١ - الاتصال الجنسي<sup>(١)</sup>: ونقل فقد المناعة عن طريق الاتصال الجنسي هو الأكثر حدوثاً. وقد تمت ملاحظته في الولايات المتحدة الأمريكية أولاً بين الشواذ، ثم تمت ملاحظته بعد ذلك في الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة (الزنا). وهو في هذا الصدد يمكن أن ينتقل من الرجل إلى المرأة، كما يمكن أن ينتقل من المرأة إلى الرجل السليم.

٢ - نقل الدم: ويعد نقل الدم الطريق الثاني للتلوث. ومن المعلوم أن استعمال الحقن الملوثة مصدر هام لنقل الإيدز بين متعاطي المخدرات. ومن المعلوم أيضاً أن العاملين المتصلين بالمرضى كالجراحين والمرضى والدائيات معرضون للمرض عندما يحدث تلويث كامن، مثل: شكة بإبرة ملوثة، واندفاع مفاجيء للدم، أو السوائل الحيوية الملوثة على الغشاء المخاطي، أو جرح مفتوح.

ونقل الدم من شخص لآخر عمل علاجي، هدفه تقديم المركبات الدموية أو الدمايية المحتاج إليها المريض. وهذه المركبات يمكن أن تكون ملوثة بالمرض.

٣ - النقل للمرض من الأم إلى الطفل: نقل المرض من الأم إلى الطفل يمكن أن يحدث خلال الحمل عن طريق المشيمة وقت الولادة، أو تلحق الإصابة بالجنين عند الرضاعة، وفي هذه الحالة فإن المرض الذي ينتقل من الأم إلى الطفل يتطور بسرعة، ويتوفى به الأطفال المصابون خلال فترات زمنية بسيطة، قد تكون ثلاثة أعوام أو أقل.

وأما عن كونه مرضاً مميتاً، فقد كشفت الدراسات الطبية عن أن هذا المرض يمر بعدة مراحل، البعض جعلها أربع مراحل<sup>(٢)</sup>، والبعض قسمها إلى ست مراحل<sup>(٣)</sup>. والتصنيف المعمول به عالمياً ومستعمل حقيقة من خبراء العلوم الطبية هو تصنيف La Classification Oms/cdc 1982 revisee<sup>(٤)</sup>.

(١) Yvonne - Lambert- Faivre, L'indemnisation des Victimes Post Transfusionnelles du Sida: hier, aujourd'hui et demain, revue Trimestrielle de droit civil, 92 (1) Janvier-mars 1993, p.1-32.

كذلك للدكتور محمد علي البار، وللدكتور محمد أيمن صافي، الإيدز وباء العصر ص ٩١ ومابعدها، كذلك كتاب: عالم بدون إيدز لليون شايو وسيمون مارتن، ترجمة مؤسسة الأبحاث اللغوية، قبرص ص ٥٥ ومابعدها.

(٢) المرجع السابق. Yvonne Lambert p.5.

(٣) د. عبد الهادي مصباح المهدي - الإيدز بين الرعب والاهتمام والحقيقة ١٩٨٩، ص ١٥٤ - ١٦٠.

(٤) Classification oms/ CDC 1982 revisee 1987 J. Mlivozet in D.c Lambert Yvonne Lambert- Faivre, Op. Cit, p.5-7.

وهذا التصنيف منظم، بحيث يتابع تطور المرض بالنسبة للمصاب به، ويقسم المرض إلى أربع مراحل مرتبة بأرقام، وعندما يتقدم المرض في هذا التصنيف إلى مرحلة متقدمة تكون غير قابلة للرجوع إلى المرحلة التي سبقتها. **المرحلة الأولى:** هي مرحلة حدوث التلوث. وفي هذه المرحلة يقتصر الأمر على بعض العلامات الإكلينيكية المؤقتة.

### المرحلة الثانية تنقسم إلى قسمين:

١- **المرحلة النافذة:** وهي تأتي بعد مرحلة حدوث التلوث بحيث تتكاثر في الجسم الفيروسات، ويكون للشخص المصاب قدرة على إعداء غيره. إلا أن الأجسام المضادة التي تظهر في الدم لم تتكون بعد. ويطلق على الشخص في هذه المرحلة الشخص السليبي المصل.

ومعنى ذلك أنه لا يبدو في التحليل أن المريض حامل لفيروس VIH، برغم حمله له فعلاً<sup>(١)</sup>.

٢- **هي مرحلة إيجابية المصل،** ولكن دون ظهور أعراض المرض على المريض.

ويمكن أن تدوم هذه المرحلة عدة شهور أو عدة سنوات. وحالياً يبدو أن ١٢ سنة هي الحد الأقصى قبل ظهور المرض، ولكن البحث العلمي يعمل على وضع علاجات تمتد من فترة هذه المرحلة إلى أطول مدة ممكنة.

وفي هذه المرحلة لا يعاني المريض من أي عجز في وظائف أعضاء جسمه، ويمكنه الاستمرار في أنشطته المهنية. لكنه يتحمل مع ذلك ضرراً بليغاً، لأنه منذ معرفة مصله الإيجابي تتردى حياته، ليس فقط نتيجة تحمله لعلاجات طبية مستمرة ومقيدة له، لكن لعلمه أنه محكوم عليه بالموت

---

(١) المرجع السابق ص: ٦. وكذلك د. محمد علي البار مستشار الطب الإسلامي بمستشفى الملك فهد التخصصي بجدة - الإيدز ومشاكله الاجتماعية والفقهية، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة المنعقدة بأبوظبي من ١ - ٦ إبريل ١٩٩٥ ص ٢٤.

الحتمي في نهاية المطاف، يؤدي إلى اضطرابات نفسية عميقة، بالإضافة إلى ذلك فإن المريض يصبح ملوثاً جنسياً، أي أنه لا يستطيع أن يؤدي الحقوق الزوجية والعائلية، ويمكن أن تدمر كل رغبة تناسل لديه. وكذلك الحالة النفسية التي قد تصيبه نتيجة للرفض الاجتماعي أو المهني، وكذلك قد يمتد إلى الوسط المدرسي بالنسبة لأطفاله<sup>(١)</sup>.

**المرحلة الثالثة:** هي مرحلة ظهور علامات دائمة مرتبطة بالمرض، حيث تصاب الغدد بالالتهابات<sup>(٢)</sup>، كما يصاب المريض بعقدات عصبية ذات قطر يزيد عن سنتيمتر واحد في منطقتين خارج الحالب، وباقية أكثر من ثلاثة أشهر.

**المرحلة الرابعة:** ظهور الأعراض المباشرة للمرض. ويقسم المرضى في هذه المرحلة إلى خمس فئات يشار إليها بالحروف الرئيسية من أ - هـ. وهذه الفئات لا تمثل ترتيب تقدم المرض، وإنما تباين أعراضه عليهم، ونهايتها المميتة تكون في بحر سنتين.

**مرحلة ٤ - أ:** أعراض تكوينية تتمثل سواء في حمى ثابتة في فترة زمنية قد تكون أكثر من شهر واحد، أو فقدان الجسم أكثر من ١٠٪ من وزنه، أو إسهال يدوم أكثر من شهر واحد.

**مرحلة ٤ - ب:** أعراض عصبية، جنون والتهابات الأعصاب، والتهاب النخاع الشوكي<sup>(٣)</sup>.

---

(١) د. محمد علي البار المرجع السابق ص ٢٥.

(٢) انظر محمد زيد، الإيدز الوباء القاتل، مراجعة وتقديم الدكتور سعيد الدجاني، دار الأندلس ص ٢٨. د. محمد علي البار المرجع السابق ص ٢٥ و ٢٦.

(٣) وقد جاء في بعض الدراسات التي تم فيها فحص الجهاز العصبي المركزي والمخ بعد موت مريض الإيدز: أنه وجد عنده ضمور شديد في خلايا المخ والجهاز العصبي المركزي بصفة عامة، والتهابات حادة وشديدة في الألياف العصبية وقنوات المخ، مما يعطي الانطباع بأنه ربما كانت هذه الأعراض النفسية لمريض الإيدز نتيجة بعض هذه الإصابات العصبية التي تؤثر على مراكز المخ المختلفة والخلايا العصبية، انظر في ذلك أيضاً د. عبد الهادي مصباح المهدي، الإيدز بين الرعب والاهتمام والحقيقة، المرجع السابق ص ١٦٦ - ١٦٧، مرض الإيدز ترجمة طارق مصطفى عبارة مراجعة د. عدنان خباز ص ٤١ نشر وتوزيع دار الثقافة، قطر الدوحة.

مرحلة ٤ - ج: التهابات ثانوية، مثل المرض الجلدي، وأمراض اللسان المزمنة، حيث تكسوه بقع بيضاء، ومرض الفم، والأمراض الجلدية كالحزاز.

مرحلة ٤ - د: أعراض السرطان المشتركة.

مرحلة ٤ - هـ: أعراض إضافية لا يمكن تصنيفها في المجموعات الأخرى، يكشف عنها تقدم البحث العلمي أولاً بأول.

وإذا كان لمرض فقدان المناعة المكتسب هذه الخصائص السابق إيرادها مجتمعة من كونه مرضاً مميتاً ومعدياً، فإنه يثير في وقت واحد كافة الآثار التي تتركها الأمراض المختلفة على سائر أحكام المعاملات، بمعناها الواسع الشامل للمعاملات الأسرية والمعاملات المالية. وهذا مادعانا إلى اتخاذ هذا الموضوع محلاً لبحثنا.

ومن المعلوم أن بعض جوانب المعاملات بهذا المعنى الواسع المعروف في الفقه الإسلامي يتصل مباشرة بالأحوال الشخصية، وبعضها الآخر يتصل بالأحوال العينية أو المالية.

وقد وجدنا من المناسب أن نسير في تقسيمنا للبحث على هذا الأساس، وأن نقسم البحث بالتالي إلى مبحثين، يخصص أولهما لأثر مرض فقد المناعة المكتسب في أحكام المعاملات الأسرية، ويخصص الآخر لأثر المرض في أحكام المعاملات المالية.

## المبحث الأول مرض فقدان المناعة المكتسب وأحكام المعاملات الأسرية

يقصد بالمعاملات الأسرية في هذا المقام: ما يتعلق بالوضع الأسري للشخص، من زواج وطلاق وفرقة، ومن حقوق وواجبات في مواجهة الأولاد. وتسهيلاً للعرض فإننا نوزع الكلام على ثلاثة عناوين رئيسة، يتناول أولها حرية الزواج، ويتناول الثاني مصير الزواج، ويتناول الثالث العلاقة بالأولاد.

### المطلب الأول حرية الزواج

يمكن لمرض فقدان المناعة المكتسب أن يؤثر في أعمال مبدأ حرية الزواج من وجهين:

الأول: هو إخضاع طالب الزواج للفحص الطبي قبل إبرامه.  
الثاني: هو سلطة الولي في منع الزواج بسبب إصابة الطرف الآخر بالمرض.

### الفرع الأول مدى جواز إلزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج

الإلزام من ولي الأمر:

إن الله سبحانه وتعالى قد ميّز الإنسان عن غيره من المخلوقات بميزات كثيرة، أهمها: العقل المفكر الذي هو مناط الأحكام، إذ غير العاقل في

الأصل لا يؤخذ على تصرفاته، لذلك فيجب إعمال العقل في تحقيق مصلحة الإنسان. والمصلحة توجب إلزام الشارعين في الزواج إجراء الفحص الطبي، للتأكد من الخلو من الأمراض الخطيرة والخبيثة. والفحص هنا لن يتوقف على مرض الإيدز، بل سيشمل أمراضاً كثيرة لا بد من التأكد منها، خاصة أنها أصبحت ظاهرة مثل الأنيميا المنغلية، والتي إذا وجدت في الزوجين جاء الأبناء ضعافاً مرضى، مهددين بالموت، أو العيش غير أصحاء، ونرى أن كثيراً من الأمراض التي قيل عنها: إنها قد انقرضت قد صحت مرة أخرى، فمادام العلم يستطيع أن يكشف لنا ذلك على وجه الدقة في كثير من الأحيان فلا مواربة في مطلب الكشف الطبي قبل عقد الزواج<sup>(١)</sup>.

والكشف الطبي للتأكد من خلو الزوجين من الموانع المرضية يقع تحت قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»<sup>(٢)</sup>، فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضرراً، وقد سبق ذلك بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي<sup>(٣)</sup>.

وكذلك على أساس قاعدة دفع الضرر المتوقع مآلاً، وهو الضرر الذي لم يقع بعد، ولكن ظروف الحال تنبئ بوقوعه، فإذا كان الضرر سيقع لامحالة فإن دفعه يكون حقاً<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر كتاب الدكتور عبد الرحمن الصابوني في أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة - مكتبة الفلاح ص ٢٧٢ - ٢٧٣.

(٢) وقد أوضح بأن قانون الأحوال الشخصية السوري وضع شروطاً تسبق العقد (وسميت الشروط القانونية لعقد الزواج) ومنها: شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج. وللقاضي الثبوت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره. ويقول الأستاذ الصابوني: إن تقريراً من طبيب لا يؤخر زواجاً، ولكنه يعطي صورة واضحة لكل من راغب في الزواج عن شريك حياته المقبل، والشريعة الإسلامية تتقبل كل ما هو نافع ومفيد للفرد والأسرة في هذا المضمار ولو لم ينص عليه الفقهاء.

(٣) وهو بلفظ حديث أخرجه أحمد في مسنده، وابن ماجه عن ابن عباس، وأخرجه ابن ماجه أيضاً عن عباد، وأخرجه ابن أبي شيبة والحاكم والدارقطني، وحسنه عدد من العلماء. وقال العلائي: للحديث شواهد ينتهي مجموعها إلى درجة الصحة أو الحسن المحتج به، نقلاً عن شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ٤١٧.

(٤) المرجع السابق ص ١١٣.

(٤) د. محمد شتا أبو سعد، لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ص ٦، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٦، مطابع الناشر العربي، القاهرة.

وكذلك قاعدة «الضرر يزال» أي تجب إزالته، باعتبار أن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب<sup>(١)</sup>.

وإذا ظن البعض أن هذا الأمر فيه تكلف ومشقة على الراغبين في الزواج فإن التأكد من السلامة أمر أكثر أهمية، حتى لا يقع مايندم عليه، وكل ذلك يقع تحت قاعدة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»، ويقال: «إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما»<sup>(٢)</sup>.

وهذا الأمر إذا كان لم ينص عليه الشرع أو لم يذكره الفقهاء السابقون إلا أنه بتحقيقه المصلحة العامة للمجتمع يقع تحت مضمون القاعدة التي تقول: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» (مادة ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية<sup>(٣)</sup>). ولذلك يجوز لولي الأمر فرضه على راغبي الزواج قبل إتمام الزواج<sup>(٤)</sup>.

### الإلزام بالشرط:

وإذا لم يكن ولي الأمر قد تطلب لإجراء الزواج سبق القيام بالفحص الطبي، فهل يجوز لأحد طرفي الزواج أو وليه اشتراطه على الآخر؟ هذا ما عرضت له مجلة البحوث الفقهية المعاصرة تحت عنوان «حكم شرط القاضي بتحليل دم الزوج للتأكد من سلامته من مرض نقص المناعة»، بقولها:

«ومفاد هذه المسألة أن شاباً تقدم إلى أب يطلب يد ابنته للزواج، فسأله هذا أن يحضر شهادة عن تحليل دمه موثقة من مستشفى أو مختبر معترف

---

(١) نقلاً عن أحمد الزرقا المرجع السابق ص ١٢٥.

(٢) المرجع السابق ١٤٧.

(٣) وقد قننها المشرع الإماراتي في المادة ٥٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٤) ولقد قرر مجلس الوزراء بدولة الإمارات بناء على توصية وزير الشؤون الاجتماعية في جلسته رقم ٩ بتاريخ ١٩٩٥/٥/٢٩ اشتراط الفحص الطبي المسبق لطلاب منحة الزواج التي تمنحها الدولة لحدودي الدخل من أبناء الدولة، واشتراط حصوله على شهادة صحية تفيد خلوه من الأمراض المعدية، خاصة أمراض العصر، قرار مجلس الوزراء رقم ٨/٢٠٤ لسنة ١٩٩٥.



بهما، تثبت أنه سليم من مرض نقص المناعة، فاعترض الشاب على ذلك بحجة عدم لزوم هذا الشرط من الناحية الشرعية - فما هو الحكم في ذلك؟».

الجواب على ذلك: جواز هذا الشرط. فمن حيث العموم يحق للعاقد عند عقده اشتراط ما يراه في مصلحته أو مصلحة من ينوب عنه، على ألا يكون في هذا الشرط ما ينافي الأحكام الشرعية، استدلالاً بقول رسول الله ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»<sup>(١)</sup>.

ومن حيث الخصوص: يحق لأب المرأة أو وليها اشتراط ما يراه لمنفعتها عند عقد زواجها، ما لم يكن في ذلك أيضاً مخالفة للأحكام الشرعية، استدلالاً بقول رسول الله ﷺ فيما رواه عقبة بن عامر أنه قال: «أحق الشروط أن تفوا بها: ما استحللتم به الفروج»<sup>(٢)</sup>.

ثم ذكر أن الشروط لمنفعة الزوجة على ثلاثة أوجه، وذكر في الوجه الثالث: أن يشترط الأب عليه (أي على المتقدم للزواج) ما فيه دفع ضرر محتمل عنها، مثل معرفة قدرته على إنجاب الولد، أو سلامته من الأمراض، مثل الجذام، أو نقص المناعة، محل السؤال، أو أي مرض آخر ينتقل إليها منه، فيعرض حياتها للخطر، ذلك أن الأصل دفع الضرر متى كان من الممكن دفعه.

فالأب ومن في حكمه أمين على موليته، فإذا خشي عليها من احتمال انتقال العدوى إليها من الزوج وجب عليه الاحتراز من ذلك ابتداء بالتثبت من سلامة الزوج.

ولما كانت بعض الأمراض - كما هو الحال في مرض نقص المناعة - من الأمراض المعدية، ولا تظهر آثاره إلا بعد مدة من الزمن، ولما كان وجوده من عدمه يتطلب فحص الدم وتحليله، حق للأب - ومن في حكمه - أن يشترط على من يريد الزواج من ابنته سلامته منه، بل الواجب على طالب الزواج أن يكشف ما قد يكون

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٤، ص ٢٥٨.

(٢) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ج ٥، ص ٣٨٠.

لديه من الأمراض أو العيوب. فقد روي أن عمر رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السقاية فتزوج من امرأة - وهو عقيم - فقال له عمر: «هل أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا. قال: فأعلمها، ثم خيرها»<sup>(١)</sup>.

وقال محمد صاحب الإمام أبي حنيفة: ينبغي خلو الزوج من كل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام، وجعل الشرط لها في ذلك أوجب من شرط الزوج له، ذلك أن هذا يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، لأنه بيده، والمرأة لا يمكنها ذلك، لأنها لا تملك الطلاق<sup>(٢)</sup>.

ويرى الإمام ابن تيمية: أن الأصل في الشروط الصحة والزوج. إلا ما دل الدليل على خلافه. وذكر ما قيل: بأن الأصل في الشروط عدم الصحة، إلا ما دل الدليل على خلافه، ورأى أن القول الأول هو الصحيح، إذا لم يكن المشروط مخالفا لكتاب الله<sup>(٣)</sup>.

وخلاصة المسألة: أن شرط الأب - ومن في حكمه - على طالب الزواج من ابنته إثبات سلامته من مرض نقص المناعة شرط صحيح، وإذا ثبت بعد الزواج أن الزوج مصاب بهذا المرض أو أي مرض آخر معدٍ حق للزوجة فسخ عقد النكاح. أما إذا كان المرض عضالاً غير معدٍ فلها الخيار، وللزوج كذلك عندما تكون هي المريضة.

فإن قيل: فما الحكم إذا طلب راغب الزواج إثبات سلامة الزوجة من هذا المرض، خاصة إذا كانت مطلقة؟ فالجواب: يجوز له ذلك. إذا فالحكم في كلتا الحالتين واحد، طالما أن المقصود هو التحرز من مرض عضال ينتقل بالعدوى، ويؤدي للضرر بأحد الزوجين<sup>(٤)</sup>.

(١) مصنف عبدالرزاق ج ٦ ص ١٦٢.

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٢٦-٣٢٧ وكذلك نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج ٦ ص ٢٥٦-٣٠٨-٣١٢.

(٣) مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع عبدالرحمن بن قاسم ج ٢٩ ص ٣٤٦-٣٤٧، كذلك زاد المعاد في هدى خير العباد لابن القيم ج ٤ ص ٤-٥.

(٤) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، تصدرها المملكة العربية السعودية العدد ١١ السنة ٣ أكتوبر - نوفمبر - ديسمبر ١٩٩١ مسائل في الفقه ص ١٧٧-١٧٩.

## الفرع الثاني

### هل للولي أن يمنع عقد زواج موليته من مصاب بالإيدز؟

القياس هنا يكون على المصاب بالجذام والبرص، فقد ورد في المذهب الحنبلي: أنه يجوز للولي أن يمنع موليته من الزواج لاعتبارات الضرر، وأنه عار عليها وعلى أهلها، وضرر بالولد من هذا النكاح. فقد ذكر ابن قدامة في جواز منع الولي لموليته من الزواج من الأبرص والمجذوم وجهين في الفقه الحنبلي.

أحدهما: لا يملك منعها، لأن الحق لها، والضرر عليها، فأشبهها المحبوب والعين.

والثاني: له منعها، لأن عليه ضررا، فإنه يتغير به، ويخشى تعديه إلى الولد، فأشبهه التزويج لمن لا يكافئها.

وهذا مذهب الشافعي، والأولى أن له منعها في جميع الصور، لأن عليها فيه ضررا دائما، وعارا عليها وعلى أهلها. فملك منعها منه كالتزويج بغير كفء، أما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز، وصح النكاح، لأن الحق لهما، ولا يخرج عنهما، ويكره لهما ذلك، لما ذكره الإمام أبو عبدالله من أنها - وإن رضيت الآن - تكره فيما بعد، ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج، لأن العار يلحق بهم، وينالهم الضرر. فأشبه ما لو زوجها بغير كفء<sup>(١)</sup>.

ونحن نؤيد هذا الاتجاه بالقول: بأن لولي المرأة المصاب زوجها: التفريق، خاصة ما يثيره هذا المرض من المخاطر والمخاوف. والأهل يعيرون بهذا المرض الخطير، والذي يعادل الآن الخوف من الإصابة منه الإصابة ذاتها على النفس.

ويمكن أن يكيف العقد هنا على اعتبار عدم اللزوم للكفاءة بين الزوجين، لإصابة أحدهما بمرض الإيدز الخطير، خاصة إذا تحللنا من النظرة الضيقة

(١) المغني ويلي الشرح الكبير: ج ٧ ص ٥٩٠ وكذلك شرح منتهى الإدارات: ج ٣ ص ٥٤.

لمعنى الكفاءة، بحيث تتحدد صورها وفق الأعراف والعادات. ونستشهد في ذلك بقول الأستاذ الدكتور عبدالرحمن الصابوني في إعطائه عناصر الكفاءة منظورا واسعا متغيرا، وليست عناصر الكفاءة كما حددها الفقهاء من نسب ومال وحرقة، بل هي ما كان يؤدي وجوده بين الزوجين إلى عدم الانسجام، من فوارق في أمور اجتماعية، تحول غالبا دون التوافق والانسجام والاستقرار، ولهذا فأمر هذه العناصر متروك للعرف، غير محدد، والفقهاء حين ذكروا هذه العناصر ذكروها لأنها كانت في عصرهم معيارا للتكافؤ، ولهذا فإننا لا نرى لزوما مطلقا لحصر عناصر الكفاءة بالأمور التي ذكرها الفقهاء وفق تلك المقاييس التي وضعوها، الملائمة لعصرهم، والتي لم تعد تتلاءم - بعد قرون وقرون - مع غير تلك العصور<sup>(١)</sup>.

## هل يجوز للحاكم منع الزواج؟

يعتبر الزواج وتكوين الأسرة في دستور دولة الإمارات وقوانينها من الحريات الأساسية التي يتمتع بها كل مواطن، ويتعلق بالنظام العام، وبالتالي يكفل القانون والشرعية الإسلامية حق الأفراد في الزواج، وفقاً للأحكام القطعية والأساسية للشرعية الإسلامية، ولكن تحت اعتبار مراعاة المصلحة العامة، هل يجوز لولي الأمر منع زواج بين أفراد الرعية؟

إن من حقوق الإنسان المدنية العامة: سلامة جسده من المساس من قبل الغير، ولكن إذا أرادت الحكومة تطعيم أفراد الشعب والمقيمين ضد مرض معين خطير قد يجر البلد إلى كارثة إذا لم يكافح، فإن المصلحة العامة تعطي الحق في إجبار الأفراد على التطعيم. وإذا ما انتقلنا من ذلك إلى حالة مرض فقدان المناعة المكتسبة، فإننا نجد أن من حق الحاكم أن يمنع زواج مصاب به من آخر، أو حتى لو كان الزوج والزوجة مصابين بهذا المرض خوفاً من

---

(١) د. عبدالرحمن الصابوني: أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة ص ٢٦٥، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة ١٩٨٧م.

انتشاره أو الإتيان بطفل يحمل هذا المرض من والديه، خاصة أن الدين الإسلامي أعطى للحاكم حق العزل والحجر للمصاب بمرض خطير معد. والسند في هذا ما روي عن عبدالله بن عباس قال: خرج عمر إلى الشام حتى إذا كان بسرغ - قرية بوادي تبوك - لقيه أمراء الأجناد، أبو عبيدة وأصحابه، فأخبروه أن الوباء قد وقع بأرض الشام، فقال عمر: ادع لي المهاجرين الأولين، فدعوتهم فاستشارهم، فأخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام فاختلفوا، فقال بعضهم: قد خرجت لأمر، ولا نرى أن ترجع عنه، وقال بعضهم: معك بقية الناس، وأصحاب رسول الله، ولا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء. فقال عمر: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي الأنصار، فدعوتهم، فاستشارهم، فسلكوا سبيل المهاجرين، واختلفوا كاختلافهم. فقال: ارتفعوا عني، ثم قال: ادع لي من كان ههنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح. فدعوتهم، فلم يختلف عليه اثنان، فقالوا: نرى أن ترجع بالناس، ولا تقدمهم على هذا الوباء، فنادى عمر في الناس: إني مصبح على ظهري، فأصبحوا عليه، فقال أبو عبيدة: أفراراً من قدر الله؟ فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرأيت لو كان لك إبل فهبطت واديا له عدوتان - حافتان - إحداهما مخصبة والأخرى جربة، أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله؟ وإن رعيت الجربة رعيتها بقدر الله؟

فجاء عبدالرحمن بن عوف - وكان غائباً في بعض حاجته - فقال: إن عندي من هذا علماً. سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإن وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فراراً منه» قال: فحمد الله عمر ثم انصرف<sup>(١)</sup>.

وقال عمر: بَيِّتُ بركة - موضع بالحجاز - أحب إليَّ من خمسين بيتاً بالشام<sup>(٢)</sup> - يعني لوجود الطاعون فيه -. وقال عمر لمعيقب الدوسي - وكان

(١) أخرجه البخاري في الطب، باب ما يذكر في الطاعون، ومسلم برقم ٢٢١٩ في السلام، باب الطاعون، والموطأ ٨٩٤/٢، وانظر سنن البيهقي ٢١٧/٧، ومصنف عبدالرزاق ١٤٧/١١، ومسنن الإمام أحمد ١٩/١.

(٢) عبدالرزاق ١٥٠/١١.

مجذوما - ادن فلو كان غيرك ما قعد مني إلا كقيد رمح<sup>(١)</sup>. وكان عمر ينهى المصابين بأمراض معدية من حضور المجتمعات العامة، فقد مر بامرأة مجذومة وهي تطوف بالبيت فقال لها: يا أمة الله لا تؤذي الناس، لو جلست في بيتك. ففعلت، فمر بها رجل بعد ذاك فقال: إن الذي نهاك قد مات، فاخرجي، فقالت: ما كنت لأطيعه حيا وأعصيه ميتاً<sup>(٢)</sup>.

فدل ذلك على أن الحاكم يستطيع أن يمنع انتشار العدوى، ويراعي مصلحة الناس، فكلكم راع، وكلم مسؤول عن رعيته.

وكذلك فقد جاء في القاعدة الفقهية: أن «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» المادة ٥٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة ٥٨ من مجلة الأحكام العدلية، والمقصود بها: أن تصرف الراعي في أمور الرعية يجب أن يكون مبنياً على المصلحة، وما دام كذلك فهو صحيح، بل قد يصل إلى الواجب، كما هو الأمر في موضوعنا، حماية للغير، وصيانة من انتشار المرض، وكذلك الصغير الذي قد يؤتى به وهو حامل للمرض، فالمسؤول عنه ليس والديه، بل الحاكم، باعتباره من الرعية.

## المطلب الثاني

### مصير الزواج

يتأثر مصير الزواج بمرض فقدان المناعة المكتسبة من وجوه.

**الأول:** هو أن كتمان المرض عن الطرف الآخر في الزواج يجعل العقد غير لازم بالنسبة للمتضرر.

**الثاني:** أن مرض الزوج يجعل للزوجة الحق في طلب الفرقة للغيب.

**الثالث:** علاقة الوالدين بالأولاد.

---

(١) مصنف عبدالرزاق ٢٠٤/١١، و٤٠٥/١٠.

(٢) الموطأ ٤٢٤/١، وعبدالرزاق ٧١/٥، وكشف الغمة ٢٢٣/١.

## الفرع الأول

### كتمان المرض وعدم لزوم الزواج للمتضرر

وهذه نقطة تترتب على سابقتها المتعلقة بالفحص الطبي. فلو أن أحد طالبي الزواج أصيب بمرض الإيدز وعلم به بعد الفحص فهل من حقه كتم هذا المرض عن الطرف الآخر، في ضوء ما هو معلوم من أن المرض قد ينتقل إلى هذا الأخير عن طريق المعاشرة الجنسية مثلاً؟ الجواب: هو أن الإفضاء بالحقيقة إلى الطرف الآخر واجب، وأن الكتمان يخول الطرف الآخر الحق في التحلل من الزواج. وأن وفاة هذا الأخير يسبب انتقال المرض إليه يعد مانعاً من الإرث بالنسبة للأول.

أما عن وجوب الإفضاء بالمرض وعدم لزوم الزواج في حالة الكتمان، فالأدلة النقلية والعقلية عليه كثيرة، من أهمها: ما روي أن النبي - ﷺ - تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحتها بياضاً (أي البرص) فانحاز عن الفراش، ثم قال: «خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ مما آتاها شيئاً»<sup>(١)</sup> وفي رواية (الحقي بأهلك) وزاد البيهقي: (فلما أدخلت رأى بكشحتها وضحا فردها إلى أهلها، وقال: دلّستم عليّ)<sup>(٢)</sup>.

والتدليس: هو الغش، بحيث يخفى العيب المعلوم عند التعاقد من قبل الطرف الآخر، لكونه مؤثراً في محل العقد، وقد قال رسول الله ﷺ: من غشنا فليس منا<sup>(٣)</sup>.

ومنها حديث: لا ضرر ولا ضرار<sup>(٤)</sup>. والمقصود بلا ضرر: أنه لا يجوز

(١) الشوكاني نيل الأوطار ج ٦ ص ١٧٦-١٧٧.

(٢) البيهقي السنن الكبرى ج ٧ ص ٢١٤.

(٣) وقد أخرج مسلم هذا الحديث بقصته في الصحيح، حيث ورد أن النبي ﷺ مرَّ على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: «ما هذا يا صاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أما جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غشني فليس مني» ج ٢ ص ١٠٩ بشرح النووي - نيل الأوطار ج ٢ ص ٢٣٩.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ ج ٢، ص ٧٤٥ من حديث يحيى المازني مرسلًا، ولكن له شواهد موصولة يتقوى بها، وقد أصبح قاعدة عامة.

الإضرار ابتداءً. بمعنى أنه لا يجوز للإنسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه وماله، لأن الضرر ظلم، والظلم ممنوع في كل دين<sup>(١)</sup>. وأما قوله: ولا ضرار، فإنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله، وهو الضرار، كما لو أضر شخص آخر في نفسه وماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر، بل يراجع الحاكم، ويطلب إزالة الضرر<sup>(٢)</sup>.

ونقل مرض الإيدز ضرر وأي ضرر! فيمتنع على الإنسان نقله إلى الآخرين، وعليه إعلامهم به في الحالة التي لا يجوز السكوت عنها، كتجنبيه المخالطة معه.

ويثور التساؤل هنا عما إذا كانت الوفاة المترتبة على نقل المرض من أحد الزوجين إلى الآخر تعد مانعاً من الميراث، فإذا كان المتسبب في إصابة الآخر بالإيدز هو الزوج مثلاً بحيث أصاب زوجته ومات بهذا المرض قبله، فهل يرثها؟ وإذا كانت الدية قد ترتبت عليه، فهل يرث من الدية؟

يجب علينا هنا أن نوضح بأن الزوج الذي أصاب زوجته بمرض الإيدز - وهو يعلم بإصابته به فمات - يعتبر قاتلاً لها، عمداً لا خطأً. على اعتبار ترجيح موت الشخص نتيجة لإصابته بهذا المرض<sup>(٣)</sup>.

وقضية أخرى قد تثار هنا، لو أن الزوج نقل مرض الإيدز إلى زوجته وهو لا يدري أنه مصاب، وأثبت عدم علمه بالأدلة القاطعة، فهل يترتب على ذلك عدم ميراثه لزوجته لو توفيت قبله بمرض الإيدز؟

نرى أن هذه المسألة قد تقاس على مسألة من تسبب خطأً في قتل مورثه، فهل يرثه أم لا؟ اختلف الفقه في ذلك. فذهب الحنفية والشافعية إلى أن القتل

---

(١) علي حيدر، درر الحكام بشرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول، قاعدة: ١٩ ص ٣٢.

(٢) المرجع السابق ص ٣٣.

(٣) ولا يمكن أن يدعي أنه قد احتاط لنفسه عند المعاشرة باستعمال المطاط الواقي، حيث ثبت أنه في كثير من الأحيان لا يحقق النتيجة وهي عدم الإصابة، انظر كتاب (عالم بدون إيدز) ليون شابتو وسيمون مارتن، ترجمة مؤسسة الأبحاث اللغوية - قبرص ص ٤٠-٤١.



الخطأ سبب من أسباب الحرمان من الميراث، لقول النبي ﷺ: «القاتل لا يرث»<sup>(١)</sup>.

وذهب المالكية إلى أن من قتل مورثه خطأ فإنه يرث من المال، ولا يرث من الدية<sup>(٢)</sup>.

وذهب الحنابلة إلى أن القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة لا يرث فيه، فإن كان غير مضمون كمن قصد موليه مماله فعله: من سقي دواء، أو جراحة، فمات فيرثه، لأنه ترتب عن فعل مأذون فيه، وهذا ما ذهب إليه الموفق. قال البهوتي: ولعله أصوب لموافقته للقواعد<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### الآصابة بالمرض وطلب الفرقة للعيب

نفترض هنا أن الزوج أو الزوجة أصيب أحدهما بهذا المرض الخطير، هل يحق للسليم أن يطلب حل رابطة الزواج أو لا؟

بالرجوع إلى أقوال الفقهاء نراهم في بحثهم حول العيوب أو الأمراض التي يتم على أثرها الفرقة بين الزوجين قد ميزوا بين أنواع مختلفة من العيوب التي تصيب الزوجين، ومن ثم اختلفت المذاهب فيما إذا كان الحق في فك عقدة الزواج يعد حقاً للزوج والزوجة أم غير ذلك؟ وهل فك عقدة الزواج هو فسخ له أم طلاق؟ وبما أننا نبحث في مرض له نتائج خطيرة على المصاب ومعدٍ ويصيب الإنسان في صحته البدنية، فإن القياس يكون على ما ذكره العلماء في مرض البرص والجذام والأمراض التناسلية، أكثر من غيرها من الأمراض.

(١) أخرجه البيهقي ٢٢٠/٦ من حديث أبي هريرة، وأعله بضعف أحد رواه، ثم قال: شواهده تقويه، ولأن القتل قطع المولاة وهي سبب الإرث، تكملة فتح القدير ج ٩ ص ١٤٨، مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٥، نقلاً عن الموسوعة الفقهية الإسلامية الكويتية ج ٣٢ ص ٣٢٩.

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٤٨٦ نقلاً عن الموسوعة الفقهية ج ٣٢ ص ٣٢٩.

(٣) كشاف القناع ج ٤ ص ٤٩٢ و٤٩٣ نقلاً عن الموسوعة ج: ٣٢، ص ٣٢٩ - ٣٣٠.

أ - فأما الظاهرية: فمذهبهم لا يجوز رد النكاح بأي عيب وجده أحد الزوجين بالآخر، مهما كان العيب والمرض. وحجتهم في ذلك أنه لم يثبت دليل صحيح في هذا الأمر، سواء من كتاب الله أو عن رسول الله ﷺ، أو صحابته، فالأصل إذن بقاء النكاح، ولا يزول إلا بدليل على إزالته<sup>(١)</sup>.

إلا أن ابن حزم قال في هذا الأمر: إنه إذا شرط أحد الزوجين على الآخر السلامة من العيوب، فالشرط يلزم الطرف الآخر، ويكون لصاحبه إبطال العقد. فقد جاء في المحلى «فإن اشترط السلامة في عقد النكاح، فوجد عيباً - أي عيب كان - فهو نكاح مفسوخ مردود، لا خيار له في إجازته، ولا صداق فيه، ولا ميراث، ولا نفقة، دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما»<sup>(٢)</sup>.

ب - وأما مذهب الحنفية، فقد قصر أبو حنيفة وأبو يوسف التفريق على الأمراض التناسلية: كالجب، والعنة، والخصاء، دون الأمراض المنفرة والمضرة<sup>(٣)</sup>، أما محمد بن الحسن فقد أثبت خيار الفسخ للمرأة دون الرجل في حالة كون الزوج مصاباً بعيب لا يمكنها المقام معه: كمرض الجنون، والجذام، والبرص، ونقيس عليها الإيدز، لأن العلة هنا أوضح<sup>(٤)</sup>.

(١) ابن حزم، المحلى، ج ١، ص ٦٣ - ٦٧.

(٢) المرجع السابق ص ٦٣ - ٦٧.

(٣) فتح القدير، للكمال بن الهمام، ج ٣، ص ٢٦٧، بدائع الصنائع للكاساني، ج ٢، ص ٣٢٧، مختصر الطحاوي، ص ١٨٢، ابن عابدين، حاشية رد المحتار ج ٣، ص ٥٠١، العناية للبارقي ج ٣، ص ٢٩٧. والجب يقصد به قطع الذكر والأنثيين. ويضيف الجمهور قطع الذكر وحده، ويضيف المالكية قطع الأنثيين دون الذكر.

والخصاء - عند الجمهور - هو: قطع الأنثيين، أو رضاءهما، أو سلهما دون الذكر، وعند المالكية دون الأنثيين. والعنة - عند الجمهور - هي: العجز عن الوطء، مع سلامة العضو، وعند المالكية صغر الذكر، بحيث لا يتأتى به الجماع/ انظر الموسوعة الفقهية الكويتية تحت لفظ طلاق، ج ٢٩، ص ٦٧.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ج ٢ ص ٣٢٧، الزيلعي، تبين الحقائق ج ٣، ص ٣٥.

إلا أن إثبات الفرقة هنا مقتصر على الزوجة دون الرجل، باعتبار أن الرجل يملك حق الطلاق<sup>(١)</sup>.

ج - وأما عن الجمهور: فيذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الحق للزوجين في طلب التفريق لهذه الأمراض. وقد قسم المالكية الأمراض والعيوب إلى ثلاثة أقسام من حيث التفريق:

عيوب توجد في الرجال تخول المرأة طلب التفريق، وهي: الجب، والخصاء، والعنة، والاعتراض<sup>(٢)</sup>.

وعيوب توجد في النساء، وتخول الرجل طلب التفريق، وهي: الرتق، والقرن، والعفل، والإفضاء، والبخر<sup>(٣)</sup>.

وعيوب مشتركة، تخول للرجل والمرأة طلب التفريق، وهي: الجنون، والجذام، والبرص، والعذيفة، والحنانة، المشكلة<sup>(٤)</sup>.

وقد ذكر المالكية صراحة بأنه لا يجوز نكاح المريض والمريضة مرضاً مخوفاً، ولو احتاج الرجل إلى امرأة تقوم بأمره على المشهور في المذهب<sup>(٥)</sup>.

وعند الشافعية يفرق بالعيوب التالية:

عيوب الرجال: وهي العنة، والجب.

وعيوب النساء: هي الرتق، والقرن.

أما العيوب المشتركة: فهي الجنون، والجذام، والبرص<sup>(٦)</sup>.

---

(١) السرخسي، المبسوط ج ٥ ص ٩٧، بدائع الصنائع، ج ٢ ص ٣٢٧ وانظر د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ص ٣١٨ وما بعدها، الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٢) الاعتراض عند المالكية: عدم انتشار الذكر، وعند الجمهور: العنة، انظر الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٣) الرتق: هو انسداد محل النكاح، بحيث لا يمكن معه الوطء.

القرن: هو شيء ناتيء في الفرج، يسده ويمنع الوطء.

العفل: رغبة في الفرج، تحدث عند الجماع، أو هو ورم في اللحية التي بين مسلكي المرأة.

الإفضاء: اختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول، انظر الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص ٦٧.

(٤) شرح الخرشي ج ٢ ص ٧٣٠ وحاشية الدسوقي ج ٢ ص ٢٧٧.

(٥) كفاية الطالب الرباني ج ٢ ص ٦٠ طبعة الحلبي، وحاشية الخرشي ج ٣ ص ٢٧٤ ط بيروت.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ج ٧ ص ١٧٧، الأم للشافعي ج ٥ ص ٧٦.

وعند الحنابلة يفرق بالعيوب التالية :

عيوب الرجال : وهي العنة ، والجب .

وعيوب خاصة بالنساء : هي الفتق ، والقرن ، والعفل .

وعيوب مشتركة : هي الجنون ، والبرص ، والجذام<sup>(١)</sup> .

وقد استدل الجمهور على حق كل من الزوجين طلب التفريق للأمراض السابقة بالأدلة التالية :

١ - إن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار ، فلما دخلت عليه أبصر بكشحها بياضاً فردّها إلى أهلها ، وقال : دلستم علي<sup>(٢)</sup> .

٢ - ما رواه البخاري : أن النبي ﷺ قال : « فر من المجذوم فرارك من الأسد » والفسخ طريقة الفرار<sup>(٣)</sup> .

٣ - وقد روي عن عمر أنه قال : « إنه إذا تزوج الرجل المرأة وبها جنون أو جذام أو مرض أو قرن فإن كان دخل بها فلها الصداق بمسه إياها ، وهو له على الولي<sup>(٤)</sup> .

٤ - ما رواه الشعبي عن علي بن أبي طالب : أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسه ، إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق<sup>(٥)</sup> .

---

(١) المغني ويلي الشرح الكبير ، ج ٧ ، ص ٥٨٠ ، ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ج ٣٢ ، كتاب النكاح ، ص ١٧١ - ١٧٢ ، البهوتي كشف القناع ج ٥ ، ص ١١١ .

(٢) البيهقي : السنن الكبرى ج ٧ ، ص ٢١٤ ، سبل السلام : ج ٣ ص ١٨٠ .

(٣) نقلًا عن أ. د. عبد الرحمن الصابوني : أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة ص ١٠٢ ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨٧ ، دار القلم ، دبي .

(٤) سنن البيهقي : ج ٧ ص ٢١٥ و ١٣٥ . مجموع فتاوي ابن تيمية : ج ٣٢ ص ١٧٢ ، والمغني ويلي الشرح الكبير : ج ٧ ص ٥٧٩ وقد جاء فيه « إن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعبه يجده في صاحبه في الجملة وله ، وعن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي وإسحاق . . . » .

(٥) زاد المعاد : ج ٤ . ص ٣١ .

## وهل يشترط أن يكون العيب المراد الرد به قديماً؟

يتفق الفقه على أن العيب السابق على العقد وكذلك المقارن له أي الحادث أثناء العقد يجوز به الرد. أما إذا كان العيب طارئاً بعد العقد فقد ذهب المالكية إلى أنه إذا كان العيب الطارئ على العقد في الزوجة لم يكن للزوج خيار الرد مطلقاً، وهو مصيبة حلت به، وله حق الطلاق.

وأما العيب الطارئ على الزوج بعد العقد فلهم تفصيل في ذلك، حيث قالوا: للزوجة فقط الرد بالجدام البين ضد الخفي، وإن قل، والبرص المضر، أي الفاحش، الحادثين بعد العقد، سواء بعد العقد وقبل الدخول أم بعد الدخول<sup>(١)</sup>.

ويرى الشافعية أن العيب القديم يخير به الزوج مطلقاً، أما العيب الحادث بعد العقد: فإذا كان العيب الحادث في الزوج فخبرته قبل الدخول جزءاً، وبعد الدخول على الأصح. وإن كان العيب حادثاً بالزوجة بعد العقد، ففي القديم عند الشافعي لا يخير الزوج، لتمكنه من الطلاق، بخلافها. وفي القول الجديد أنه يخير كالزوجة، لتضرره بالعيب القديم، ولا معنى لإمكان تخلصه منها بالطلاق دونها، لأنه سيغرم نصف الصداق لها قبل الدخول، دون الفسخ بالعيب<sup>(٢)</sup>.

وعند الحنابلة ذكر ابن قدامة عن الخرقى - من الحنابلة - يثبت الخيار في العيب القديم والعيب المحادث بعد العقد.

وذهب أبو بكر، وابن حامد من الحنابلة: إلى أن العقد يفسخ بالعيب القديم والمقارن للعقد، لا الطارئ عليه، لأن العقد أصبح لازماً، فلا يفسخ<sup>(٣)</sup>.

وظاهر كلام الخرقى أن خيار العيب ثابت على التراخي، لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به، من القول، والاستمتاع للزوج، والتمكن من الزوجة. وذكر القاضي أنه على الفور<sup>(٤)</sup>.

(١) الخرشي: ج ٣ ص ٢٣٧، الدسوقي ج ٥ ص ٢٧٨ - ٢٨٠.

(٢) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٣ - ٢٠٤، منهاج الطالبين للنووي ص ١٠٠.

(٣) المغني ويلي الشرح الكبير: ج ٧ ص ٥٨٣ - ٥٨٤.

(٤) الشرح الكبير المرجع السابق.

## هل أسباب الفرقة للعيوب محصورة فيما ذكره الفقهاء من عيوب؟ أم تتعدى لغيرها لذات العلة؟

ظاهر نصوص الفقهاء يوحي بحصر أسباب الفرقة للعيوب في هذه الأمراض.

فقد جاء في بداية المجتهد: «وفي حكم الرد، فاتفق مالك والشافعي على أن الرد يكون من أربعة عيوب: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء»<sup>(١)</sup>. وجاء في مغني المحتاج قوله: واقتصر المصنف على ما ذكر من العيوب يقتضي أنه لا خيار فيما عداها. قال في الروضة: وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور»<sup>(٢)</sup>. وكذلك ما أورده ابن قدامة «ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص...»<sup>(٣)</sup>.

مع ذلك فإننا نجد نصوصا للفقهاء تدل على عدم قصر التفريق على العيوب التي ذكروها، وأن ما ذكر إنما كان على سبيل المثال لا الحصر لديهم. وقد يكون باعتبار شهرة هذه الأمراض ومسمياتها عندهم، دون الأخرى، أو عدم معرفة أسماء الأخرى، وإن كان الجامع بينها هو الضرر والنفور والخوف من العدوى. من ذلك ما ذكره الكاساني من قول محمد بن الحسن: «خلوه من كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر - كالجنون والجذام والبرص - شرط للزوم النكاح، حتى يفسخ النكاح، وهي قد جاءت بصيغة التمثيل»<sup>(٤)</sup>.

وكذلك محاولة ابن رشد تحليل رأي المالكية في الرد بالعيوب، حيث أرجعها إلى سببين فقال: «واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة، فقليل: لأن ذلك شرع غير معلل، وقيل: لأن ذلك مما يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى، وقيل:

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج ٢ ص ٦٢.

(٢) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٢.

(٣) المغني ويلي الشرح الكبير: ج ٧ ص ٥٨٠.

(٤) انظر بدائع الصنائع: ج ٢ ص ٣٢٧.

لأنها يخاف سريانها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج<sup>(١)</sup>.

ومن ذلك ما قاله ابن تيمية في الاختيارات العلمية: «وترد المرأة بكل عيب ينفر من كمال الاستمتاع»<sup>(٢)</sup>. وكذلك ما ذكره ابن قيم الجوزية: وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات. وقوله: والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار<sup>(٣)</sup>.

وما ذكر في الموطأ بسندنا، حيث قال: عن سعيد بن المسيب أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون، أو ضرر فإنها تُخَيَّر، فإن شاءت قرَّت، وإن شاءت فارقت<sup>(٤)</sup>.

ونرى أن هذا الاتجاه مقبول، وأقرب إلى التطبيق من الاتجاه الأول في حصر الأمراض التي يجوز بها الفرقة، ذلك لأن حصر الفرقة في تلك الأمراض قد يكون من الممتنع، حيث أن بعض تلك الأمراض قد وجد لها

(١) بداية المجتهد: ج ٢ ص ٦٢، وكذلك الخرشي: ج ٣ ص ٢٣٧ - ٢٣٨.

(٢) نقلاً عن الموسوعة الفقهية الكويتية: ج ٢٩ تحت لفظ طلاق ص ٦٩.

(٣) زاد المعاد: ج ٤ ص ٣٠ - ٣١، كذلك ابن قدامة: المغني ويليهِ الشرح الكبير ج ٧ ص ٥٨١.

(٤) موطأ مالك برواية يحيى بن يحيى الليثي رقم ١١٨٨. والقول «وضرر» كل ضرر دون التقيد بمرض فاحش دون غيره من الأمراض الفاحشة المستعصية.

وقد ذكر الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني في كتابه الطلاق، المرجع السابق، ص ١٠٣، رداً على من حصر العيوب فيما ذكره الفقهاء السابقون كالتالي. . على أن جمهور الفقهاء الذين أعطوا لكل من الزوجين الحق بطلب التفريق للعيوب والأمراض، لم يطلقوا قولهم في كل عيب بل حصروا العيوب وحدودها، مع اختلاف فيما بينهم في ذلك، ولذا قالوا: لا يجوز بغير هذه العيوب طلب التفريق، وكأنهم علموا الأمراض المستعصية في عصرهم أو المتفردة، فحدودها. ولكن نجد الآن عدم جدوي هذا التحديد، لتغير الزمان، ووجود علاج لتلك الأمراض التي وجدت في عصرهم، كما وجدت أمراض حديثة لم تكن معروفة لديهم، فمن الجمود في الفقه أن نجيز التفريق لمرض وجد دواؤه، ولانجيز التفريق لمرض لا شفاء منه، لا لشيء، بل لأن ذلك المرض ذكره الفقهاء حين عرفوه بعصرهم، وهذا لم يعرفوه، لأنه اكتشف حديثاً.

العلاج في هذا الزمان، فلا بد أن يتغير حكمها تطبيقاً لقاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»، وكذلك هناك من الأمراض ما هو أشد منها خطراً وفتكاً بالناس، ولم يوجد لها علاج حتى يومنا هذا، فلا بد من إعطاء الحق للسليم في طلب الفرقة من غير السليم وهو المصاب بها.

لذلك نرى القياس اعتبار مرض الإيدز من الأمراض التي يحق بها التفريق من باب أولي، لكون العلة ليست مساوية فحسب، بل أظهر فيه من غيره.

### نوع الفرقة الثابتة بالعيب وطريق وقوعها:

يرى الحنفية والمالكية: أن الفرقة للعيب طلاق بائن، أما الشافعية والحنابلة فهم على أنها فسخ وليست طلاقاً.

ويرى الحنفية: أن الفرقة للعيب لا تقع بغير الرفع إلى القاضي، ثم القاضي يكلف الزوج بالطلاق، فإن طلق فيها، وإلا طلقها عليه، وروي عنهم أن الفرقة تقع باختيار الزوجة نفسها بانتهاء المدة المضروبة في العنة، بدون قضاء، وهو ظاهر الرواية<sup>(١)</sup>.

ويذهب المالكية إلى ماذهب إليه الحنفية، إلا أنهم اشترطوا إذن القاضي لها بالتطبيق إذا كان بقولها، وأن يحكم به القاضي بعد ذلك رفعاً للخلاف، والحكم هنا إنما هو للإشهاد والتوثيق، لا لوقوع الطلاق، لأنه وقع بقولها<sup>(٢)</sup>. وللشافعية قولان.

أحدهما: أنها تستقل بالفسخ - بعد ثبوت حقها فيه لدى القاضي - بيمينها أو إقراره.

وثانيهما: لا بد من فسخ القاضي رفعاً للخلاف<sup>(٣)</sup>.

(١) البحر الرائق: ج ٤ ص ١٢٥، الدر المختار: ج ٣ ص ٤٩٥ ومابعدا.

(٢) الشرح الكبير: ج ٢ ص ٢٨٢ - ٢٨٣، كذلك الخرشي على مختصر خليل ج ٣ ص ٢٤١.

(٣) مغني المحتاج: ج ٣ ص ٢٠٧.



أما لدى الحنابلة: فإن الفسخ لا يتم إلا بحكم القاضي<sup>(١)</sup>:

وقد نص مشروع قانون الأحوال الشخصية بدولة الإمارات في المادة ١٣٤ على التالي: «لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص، سواء أكان ذلك العيب قائماً قبل العقد ولم يعلم به الطالب، أم حدث بعد العقد ولم يرض به. فإن تم الزواج وهو عالم بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة بعد العلم فلا يجوز له أن يطلب التفريق».

والمستخلص من النص المذكور الآتي:

- ١ - أعطى النص لكل من الزوجين الحق في التفريق، موافقاً بذلك مذهب الجمهور: المالكية والحنابلة والشافعية.
  - ٢ - ساق النص الأمراض التي ذكرها على سبيل التمثيل لا الحصر. وإن ذكر بعض الأمراض للمقاييس عليها، بكونها معدية خطيرة، يخشى انتقالها للغير.
  - ٣ - وجواز التفريق للأمراض المخيفة، سواء أكان هذا المرض قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب الفرقة أم حدث بعد العقد ولم يرض به.
- أما إذا كان عالماً بالعيب قبل العقد ورغم ذلك تم العقد، فإن حقه يسقط في طلب الفرقة.
- ولكن ما الحكم إذا تطور المرض بعد العقد ورغم العلم السابق به؟ فهل يعطي ذلك للطرف الآخر الحق في الفسخ؟ يجيبنا على ذلك الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الصابوني «على أنه لا بد من الإشارة أن سكوته على مرض معين إذا بقي المرض في حدوده التي اطلع عليها، أما إذا تطور المرض إلى حالة أشد أو أخطر فإن حق السليم متجدد بالمطالبة بالتفريق»<sup>(٢)</sup>.

(١) ورد ابن قدامة «ومحتاج الفسخ إلى حاكم، لأنه مجتهد فيه، فهو كفسخ العنة والفسخ للإعسار بالنفقة» ج ٧ ص ٥٨٥، وكذلك مجموع فتاوى ابن تيمية ج ٣٢ ص ١٧٢ - ١٧٣.

(٢) أحكام الطلاق: المرجع السابق ص ١٠٥.

## الفرع الثالث العلاقة بالأولاد

نعرض في هذا المقام أموراً ثلاثة .

**أولها:** مدى جواز الإجهاض في حالة إصابة الجنين بالمرض .

**والثاني:** مدى أثر وجود فيروس المرض في لبن الأم على حقها في إرضاع طفلها .

**والثالث:** مدى تأثير مرض الأم على حقها في الحضانة .

### أولاً: مدى جواز إجهاض جنين الأم المصابة بالمرض :

يوضح علماء الطب المتخصصون بأن مرض الإيدز المصابة به الأم من الممكن أن ينتقل إلى الجنين في حالات مختلفة، منها:

١ - قد تحدث الإصابة للجنين عن طريق الحيوان المنوي الذي يلقيح البويضة بسبب إصابة اللقيحة أو النطفة الأمشاج . وهذا يؤدي إلى إصابة الأجنة في مرحلة مبكرة<sup>(١)</sup> .

٢ - قد يصاب الجنين بالعدوى من الأم المصابة بالمرض، وتعد الإصابة بالعدوى أثناء وجود الجنين بالرحم أهم وسائل انتقال العدوى من الأم إلى المولود، حيث تكون هناك مدة طويلة أثناء فترة الحمل، يمكن للفيروس خلالها أن ينتقل إلى الدورة الدموية للجنين من خلال مشيمة الأم التي تحمل الفيروس في دمها<sup>(٢)</sup> .

٣ - قد يصاب الطفل أثناء عملية الولادة ونزوله من الرحم والمهبل المصاب .

(١) د. محمد علي البار، وأ.د. محمد بن صافي: الإيدز وباء العصر ص ٧٢ .

(٢) د. عبد الهادي مصباح المهدي: الإيدز بين الرعب والاهتمام والحقيقة ص ٢١٤، د. محمد علي البار الأمراض الجنسية: أسبابها وعلاجها ص ١٤٣ .

٤ - قد تحدث الإصابة بعد الولادة نتيجة الالتصاق والصلة الحميمة بينه وبين الأم أو الأب المصاب.

٥ - وقد تحدث أثناء التلقيح الصناعي في حالة ما يعرف بأطفال الأنابيب<sup>(١)</sup>.

### جواز اتباع العزل ومايمثله:

ولاشك أن هذا الاستعراض لشكل انتقال المرض إلى الطفل من الأب المصاب أو الأم المصابة يكفي لإباحة الاحتياط عند الاتصال الجنسي عن طريق العزل. وقد نجد فيما كان يفعله بعض الصحابة من العزل - دون أن يمنعهم رسول الله - ﷺ - دليلاً، فقد جاء في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: «كنا نعزل على عهد رسول الله والقرآن ينزل» وجاء في صحيح مسلم أنه قال: «فبلغ ذلك رسول الله فلم ينهنا».

ومما جاء في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري أنه قال: خرجنا مع رسول الله في غزوه بني المصطلق وأحببنا العزل، وسألنا عن ذلك رسول الله فقال: «ما عليكم أن لاتفعلوا فإن الله عز وجل كتب ما هو خالق إلى يوم القيامة»<sup>(٢)</sup>.

ويقول الإمام أبو حامد الغزالي: «ليس أنزل كالإجهاض والوآد، لأن ذلك جنائية على موجود حاصل، وقال: إن من البواعث على العزل استبقاء جمال المرأة وسمتها، لدوام الاستمتاع بها، واستبقاء حياتها، خوفاً من خطر الطلق، والخوف من كثرة الحرج بسبب كثرة الولد، وقال: ليس شيء من هذه الأشياء منهي عنه، وإنما المنهي عنه منع الحمل خوفاً من إنجاب أنثى مسائرة لبعض الطبائع الفاسدة»<sup>(٣)</sup>.

---

(١) د. محمد علي البار، ود. محمد أيمن صافي، المرجع السابق، ص ٧٢ - ٧٣، كذلك د. محمد علي البار الأمراض الجنسية ص ١٤٢ - ١٤٣. د. عبدالفتاح عطا الله: مرض الإيدز طاعون العصر ص ٦٤ - ٦٥.  
(٢) نقلاً عن الأستاذ محمد سلام مذكور: الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي سنة ١٩٦٩ ص ٣١٦.  
(٣) أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين ج ٢ ص ٥١ - ٥٣.

ويذهب الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز إباحة العزل في الأصل<sup>(١)</sup>.

والآن هناك أنواع كثيرة من طرق العزل التي تمنع تلقيح البويضات في الرحم كما نعلمها.

ولكن ما هو الحل في حالة ما إذا كان الجنين قد بدأ تكونه في الرحم هل يجوز إجهاضه أم لا؟

### اختلاف الآراء حول الإجهاض:

اختلاف الفقهاء حول جواز الإجهاض من عدمه مرجعه إلى اختلافهم في الاستناد إلى الأدلة الشرعية وطرق الاستدلال بها على حكم الإجهاض.

فقد ثبت في الحديث الصحيح الذي رواه ابن مسعود مرفوعاً «إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً، فيؤمر بأربع كلمات، ويقال له: «اكتب عمله، وأجله، وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح»<sup>(٢)</sup>، فهذا الحديث يفهم منه أن نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرين يوماً من بداية الحمل. وورد في مختصر صحيح مسلم قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً، فصورها، وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها»<sup>(٣)</sup>.

ومن الممكن أن نوجز رأي الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح - وهي الفترة التي حددها من ولادته حتى اليوم المائة والعشرين من عمره - وبعد نفخ الروح:

---

(١) فتح القدير: ص ٤٩٤. البدائع: ج ٢ ص ٤٣٣، حاشية ابن عابدين: ج ٢ ص ٤١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج ٢، ص ٤٦٦، البحر الزخار: ج ٣، ص ٨٠، منتهى الإرادات: ج ٢، ص ٢٢٧.  
(٢) اللؤلؤ والمرجان، وهو الحديث الرابع في الأربعين النووية، انظر شرح الأربعين النووية للإمام النووي، تحقيق أبو حنيفة إبراهيم بن محمد، ص ٢٧ - ٢٩، دار الصحابة للتراث بطنطا، الطبعة الثانية، ١٩٩٠، وانظر كذلك موسوعة الفقه الإسلامي الكويتية، الجزء الثاني، الطبعة الثامنة ١٩٨٣، تحت لفظ إجهاض من ص ٥٦ وما بعدها.

(٣) مختصر صحيح مسلم، حديث رقم ١٨٩٤.

## ١ - قبل نفخ الروح :

**الحنفية:** فقد نص فقهاء الحنفية على أنه يباح للمرأة إسقاط الولد قبل أربعة أشهر، ولو بلا إذن الزوج - فيما يبدو - أخذاً بالحديث الأول الذي يدل على أن نفخ الروح يكون من اليوم المائة والعشرين. وقد نقل ابن عابدين في حاشيته عن النهر ما يفيد ذلك، وهو أنه يباح الإسقاط بعد الحمل، ما لم يتخلق من الولد شيء، ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، فإذا كان قد تخلق منه شيء وجبت الغرة على المتسبب في الإجهاض.

ويبدو - كذلك - أن إباحة الإجهاض في هذه الحالة لا تكون إلا لعذر، فقد نقل ابن عابدين عن صاحب الخانية أنه: «لا يجوز، ويأثم فاعل الإجهاض، سواء أكان الأب أم الأم، أم غيرهما، واستدل صاحب الخانية على أن المُحَرِّم لو كسر بيض الصيد ضمنه، لأنه أصل الصيد

وعلى هذا فإن الطرح الذي لم يتبين بعض خلقه هو مبتدأ الخلقة، إذ لو ترك لكان نفساً كاملة. نعم إذا كان هناك عذراً يؤيد الإسقاط كانهضاع لبن الأم بعد ظهور الحمل، وكشعورها بالضعف عن تحمل أعباء الحمل، وكون الوضع يتم بالنسبة لها من غير طريقه الطبيعي. أي بالعملية القيصرية.

وما نقل ابن وهبان من أن وجود العذر يبيح الإجهاض قبل أربعة الأشهر، كأن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، وليس لأبي الصبي ما يستأجر به الظئر، ويخاف هلاكه، وما نقل عن الذخيرة من أن المرأة لو أرادت إلقاء ما في بطنها قبل نفخ الروح - فإن الفقهاء يختلفون في إباحة ذلك.

وينقل عن الفقيه علي بن موسى القول بكراهة ذلك، لأن الماء بعدما دفع في الرحم مآله الحياة، فيكون له حكم الحياة، ومثله في الظهيرية، وعلق ابن وهبان على ذلك بأن إباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر، أو أنها لاتأثم إثم القتل<sup>(١)</sup>.

---

(١) حاشية ابن عابدين رد المحتار: ج ٦ ص ٥٩١، وشرح فتح القدير لابن الهمام: ج ٢ ص ٥٣٩، البغدادي: مجمع الضمانات ص ٥٠، كذلك مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد ١٥ السنة ٤ أكتوبر ونوفمبر وديسمبر ١٩٩٢ تحت مسائل فقهية ص ٢٦١. وانظر كذلك د. محمد نعيم ياسين: أحكام الإجهاض، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة الكويت السنة ٦ عدد ١٣ إبريل ١٩٨٩، ص ٢٥١ - ٢٥٣، الموسوعة الفقهية الكويتية: ج ٢ لفظ إجهاض.

أما المالكية: فيفهم من كلامهم أنهم يمنعون الإجهاض ولو قبل الأربعين يوماً، فقد جاء في شرح الدردير «لايجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً، وقال الدسوقي في حاشيته: إنه المعتمد»<sup>(١)</sup>.

فالنص على أنه لايجوز ولو قبل الأربعين يوماً كأنهم لايجيزون إسقاط ما أستقر بالرحم، حتى ولو كان نقطة في طورها الأول.

فكل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد فهو جنين، وفيه غرة، بل رتب بعض المالكية المسؤولية في الدم الخارج مما لايقبل الذوبان إذا صب عليه ماء حار<sup>(٢)</sup>.

وأما الشافعية: ذكر صاحب نهاية المحتاج أن المذهب في مسألة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح على قولين: الراجح منهما جوازه<sup>(٣)</sup>.

وقال الشيخ قليوبي «نعم يجوز إلقاؤه ولو بدواء قبل نفخ الروح فيه، خلافاً للغزالي»<sup>(٤)</sup> وجاء في إحياء علوم الدين: أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم، وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جناية<sup>(٥)</sup>.

وقال الشيرازي: وإن ضربت بطن امرأة فألقت مضغة فيها صورة لآدمي فشهد أربعة نسوة أن فيها صورة الآدمي وجبت فيه الغرة<sup>(٦)</sup>.

---

(١) الشرح الكبير: ج ٢ ص ٢٦٦.

(٢) انظر شرح الزرقاني: ج ٤ ص ٢٢٣ ومابعداها، بداية المجتهد: ج ٢ ص ٣٤٨، الشرح الكبير: ج ٢ ص ٢٦٦، حاشية الدسوقي: ج ٤ ص ٢٦٨، شرح الخرخشي: ج ٨ ص ٣٨، انظر كذلك د. عوض أحمد إدريس: الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن ص ٢٤٧ ومابعداها.

(٣) نهاية المحتاج: ج ٨، ص ٤١٦.

(٤) حاشية قليوبي على شرح المحلى على المنهاج: ج ٣، ص ١٥٩ - ١٦٠.

(٥) إحياء علوم الدين: ج ٢ ص ٤٩ - ٥٠.

(٦) المهذب للشيرازي: ج ٢، ص ١٩٧.

وأما الفقه الحنبلي: الراجع عندهم الجواز في إسقاط الحمل في مرحلة النطفة، فأجازوا للمرأة شرب الدواء المباح لإلقاء نطفة، لا علقه<sup>(١)</sup>، وذكر ابن قدامة: أنه إذا أسقطت المرأة ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه.

ولو شهد ثقات من القوابل أن في الطرح مبدأ خلق آدمي لو بقي تصور، فأصح الوجهين أنه لاشيء فيه، لأن الأصل براءة الذمة، فلا تشغل بالشك<sup>(٢)</sup>، وذكر ابن رجب: «صرح أصحابنا بأنه إذا صار الولد علقه لم يجز للمرأة إسقاطه، لأنه ولد وانعقد، بخلاف النطفة، فإنها لم تنعقد بعد ولداً»<sup>(٣)</sup>.

وقد ذكر ابن رجب في قواعده: أنه يجب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتاً من الضرب، وهو ثابت بالسنة الصحيحة، وقد أنكر النبي ﷺ على من اعترض على ذلك، فإن الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه، ولا يجوز أن يكون قد فارقت الحياة، لأنه لو مات لم يستقر في البطن، وحيثئذ فالجاني إما أن يكون قتله، أو منع انعقاد حياته، فضمنه بالغرة، لتفويت إبقاء حياته<sup>(٤)</sup>.

## ٢ - بعد نفخ الروح:

أجمع الفقه على تحريم إسقاط الجنين بمرور مائة وعشرين يوماً، حيث يتم نفخ الروح فيه، كما جاء في حديث رسول الله ﷺ، إذ بنفخ الروح يصير نفساً آدمية، وبالتالي يحرم قتله، لتوافر وصف الآدمي فيه، لقوله سبحانه وتعالى «ولاتقتلو النفس التي حرم الله إلا بالحق»<sup>(٥)</sup>.

(١) الإنصاف للمرادوي: ج ١، ص ٣٨٦، وكشاف القناع، ج ٦، ص ٥٤.

(٢) المغني ويليهِ الشرح الكبير ج ٨، ص ٥٣٩.

(٣) انظر جامع العلوم والحكم: ص ٤٦ - انظر كذلك د. محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

(٤) قواعد ابن رجب الحنبلي: القاعدة رقم ٨٤، ص ١٨٤.

(٥) سورة الإسراء - آية ٣٣. انظر في هذا الموضوع: الشرح الكبير، المرجع السابق، ج ٢، ص ٢٦٦ / حاشية

الدسوقي، ج ٤، ص ٢٦٨ / شرح الخرشي، ج ٨، ص ٣٨ / بداية المجتهد: ج ٢، ص ٣٤٨ / نهاية

المحتاج، ج ٨، ص ٤١٦، المهذب للشيرازي، ج ٢، ص ١٩٧ / أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين ج ٢،

ص ٤٩ - ٥٠ / المغني ويليهِ الشرح الكبير ج ٨، ص ٥٣٩ / جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص ٤٦ /

شرح فتح القدير لابن الهمام: ج ٢، ص ٥٣٩ / حاشية ابن عابدين رد المحتار: ج ٦، ص ٥٩١.

بل إن الفقه قد منع إسقاط الجنين في هذه المرحلة، حتى لو توافر الشك في خطورة بقاءه على حياة الأم، إذ يقول ابن عابدين في ذلك: «لو كان الجنين حياً، ويخشى على حياة الأم من بقاءه، فإنه لا يجوز تقطيعه، لأن موت الأم به موهوم، فلا يجوز قتل آدمي لأمر موهوم»<sup>(١)</sup>.

### ترجيح:

لكن إذا كان هذا الأمر مقبولاً في ذلك الزمان لعدم توافر الدقة في تشخيص الحالة والقدرة على إجراء العمليات الجراحية التي يغلب عليها النجاح في هذا الزمان بإذن الله، فإن استخراج الجنين إذا ما كان هناك ضرر من بقاءه في بطن الأم، أو كان هذا الجنين لو قدر له العيش سيكون مشوهاً لافائدة في بقاءه حياً، وحصل ذلك العلم بشكل يقيني، عن طريق الخبراء في علم الطب، كان القول الجواز في إسقاط الجنين. ولهذا ذهبت اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية الكويتية. حيث ذكر في الموسوعة أن «اللجنة ترى أنه إذا كان الفقهاء منعوا هتك حرمة جسد الأم وهي ميتة، وضحوا بالجنين الحي، فإن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الجنين في بطنها خطر عليها أولى بالاعتبار، لأنها الأصل، وحياتها ثابتة بيقين، علماً بأن بقاء الجنين سترتب عليه موت الأم وموت الجنين أيضاً. وفي الطب الحديث أنه إذا تعذر إجراء عملية قيصرية لإخراج الجنين وإنقاذ الأم، فإنه يمكن إجهاضها بواسطة تقطيع الجنين، أو ثقب رأسه وإنزاله ميتاً»<sup>(٢)</sup>.

وكذلك فقد قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثانية عشرة، المنعقدة بمكة المكرمة من يوم السبت ١٧ فبراير ١٩٩٠ عند نظره في موضوع إسقاط الجنين (أي إجهاضه) المشوه خلقياً، وقرر بالأغلبية ما يلي: إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوماً لايجوز إسقاطه،

(١) حاشية ابن عابدين: ج ١، ص ٦٠٢.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية: ج ٢، ص ٥٧.



ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه، سواء أكان مشوهاً أم لا، وذلك دفعاً لأعظم الضررين.

أما قبل مرور مائة وعشرين يوماً على الحمل إذا ثبت وتؤكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناء على الفحوص الفنية بالأجهزة والوسائل المختبرية، أن الجنين مشوه تشويهاً خطيراً غير قابل للعلاج، وأنه إذا بقي وولد في موعده ستكون حياته سيئة، وآلاماً عليه وعلى أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين، والمجلس إذ يقرر هذا فإنه يوصي الأطباء والوالدين بتقوى الله، والتثبت في هذا الأمر<sup>(١)</sup>.

أما ما أوصى به مجمع الفقه الإسلامي بجدة المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، فقد جاء في تقرير لأعمال الندوة الفقهية الطبية السابعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء فيه الرأي الطبي الآتي: «لم يتمكن العلماء حتى الآن من معرفة إصابة الجنين وهو داخل الرحم، سواء في الأشهر الأربعة الأولى أو في مابعدھا. وقد ذكرنا أن نسبة انتقال العدوى إلى الجنين في أثناء الحمل نسبة ضئيلة، لا تتجاوز عشرة بالمائة، ويعتقد أن هذه النسبة لا تحدث إلا في الأشهر الأخيرة من الحمل. لكن إذا توصل العلم إلى تشخيص إصابة الجنين مبكراً فقد يكون هناك مسوغ لإجهاض الجنين في الفترة التي يسمح فيها الشرع بالإجهاض، وذلك في ضوء مانعلمه الآن من أنه لا يوجد علاج لهذا المرض حتى الآن، على أن هذا الحكم لا بد من أن يتغير إذا ظهر علاج للإيدز، على أنه قد ينصح بالإجهاض لمصلحة الأم. فقد ذكرنا أن الحمل هو من جملة العوامل التي تقصر مرحلة كمون المرض وتسرع ظهوره. فالمرأة تسوء حالتها

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثامن، السنة الثانية، يناير وفبراير ومارس ١٩٩١.

(٢) تقرير مقدم في الدورة التاسعة المنعقدة في أبوظبي في إبريل ١٩٩٥ من إعداد الدكتور أحمد رجائي الجندي الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، عن الندوة الطبية السابعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت ص ٣٣ ومابعدھا.

وتتدهور صحتها أثناء الحمل، ولعل في هذا مسوغاً أكبر لإجراء الإجهاض حرصاً على الأصل.

وأما خلاصة ماجاء في الرأي الفقهي فسؤالان:

الأول: حول ما إذا كان يجوز إسقاط الجنين المصاب بالإيدز أم لا؟

فكان الجواب كالآتي: «بعد الاستئارة برأي أهل الاختصاص الذين يقولون: إن احتمالات انتقال العدوى من الأم المصابة إلى الجنين واردة، وإن أغلبها حدث وقت الولادة، وحيث أنه حتى الآن لم يتمكن العلماء من معرفة إصابة الجنين وهو في الرحم قبل تمام مائة وعشرين يوماً على بدء حمله، أو بعدها، فما الحكم في ضوء عدم وجود علاج لمريض الإيدز حتى الآن؟

والجواب: أن إسقاطه قبل ١٢٠ يوماً من بدء حمله حرام على الرأي الأحوط، لأن النطفة حية ترزق، وهي أصل الإنسان، فالعدوان عليها عدوان عليه، وفي رأي آخر يكره كراهة تحريرية.

ولا يجوز إسقاط الجنين بعد تمام المائة والعشرين يوماً على بدء حمله، ولو تأكدت إصابته بمرض الإيدز<sup>(١)</sup>.

وأما السؤال الثاني: فهل يجوز إسقاط الجنين من أجل المصابة بالإيدز؟

والجواب: إذا كان وجوده سيعرض الأم للهلاك فإننا نضحي به، لأن حياته مظنونة. وحياة أمه متيقنة، والتضحية بالمظنون من أجل المتيقن أمر واجب.

وأما إذا لم تتعرض الأم للخطر، ولكن الحمل سيقصر فترة كمون المرض فلا يجوز التعرض له لسببين:

الأول: أنه يمكن التغلب على ذلك بحسن الرعاية الصحية للأم.

الثاني: أن ظهور المرض مبكراً لا دخل له في قصر الأجل، لأنه محدد

---

(١) المرجع السابق ص ٣٧ و ٣٨.

عند الله، لعموم قوله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَ أَجْلُهُمْ فَلَا يَسْتَأْخِرُونَ سَاعَةً وَلَا يَسْتَقْدِمُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في قرارات وتوصيات الدورة التاسعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي التي عقدت في دولة الإمارات الآتي: «حيث قرر في موضوع إجهاض الأم المصابة بعدوى الإيدز: أنه نظراً لأن انتقال العدوى من الحامل المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب إلى جنينها لا تحدث غالباً إلا بعد تقدم الحمل - نفخ الروح في الجنين، أو أثناء الولادة - فلا يجوز إجهاض الجنين شرعاً»<sup>(٢)</sup>.

فالأمر إذن في المرأة المصابة بالإيدز لا بد أن يخضع لأهل الاختصاص من علماء الطب، بحيث يرون إذا ما كان الطفل قد أصيب بالإيدز وهو في بطن أمه، أو أن احتمالات خطر الإصابة أكبر من عدمها، فإنهم يقررون إذا ما كان يجب إجهاضه أم لا.

### موقف القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة من إجهاض الأم في هذه المسألة:

نص قانون المعاملات المدنية في المادة ٧١ منه على الآتي:

«١ - تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، وتنتهي بموته.

٢ - ويعين القانون حقوق الحمل المستكن».

ورغم أن القانون أوضح أن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ لحظة ولادته حياً حتى تنتهي حياته بالممات، إلا أنه باعتبار استقراره في بطن أمه منذ يوم كونه مضغة في الرحم فإن احتمال ولادته حياً أغلب، ولهذا كان لا بد من إثبات الشخصية القانونية له، ولكن مع وجود الاحتمالية غير المؤكدة

(١) سورة يونس من الآية ٤٩، المرجع السابق ص ٣٨.

(٢) القرارات والتوصيات الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع، المتعقد بأبو ظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة ١ - ٦ ذي القعدة ١٤١٥ هـ ١ - ٦ إبريل ١٩٩٥ ص ١٥ من التقرير.

تماماً، لذلك فإن الشخصية القانونية تثبت له، وإن بقيت هذه الشخصية معلقة على شرط فاسخ، هو تمام ولادته حياً<sup>(١)</sup>.

ولهذا السبب فقد أثبت القانون بعض الحقوق للجنين، منها:

حقه في عدم الاعتداء عليه ورعايته حتى يولد سليماً، وبما أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي أحال على القانون في بيان حقوق الحمل، ولم يصدر حتى الآن القانون أو القوانين المنظمة لذلك، فإنه يجب الرجوع إلى المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تقضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، على أن يُراعى تخيير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك، والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمذهب الإمام الشافعي، والإمام أبي حنيفة، وكما رأينا فإن المذهب المالكي قد تشدد في جواز إسقاط الجنين ورتب الغرة والإثم على ذلك، وكذلك المذهب الحنبلي على نحو ما رأيناه في قواعد ابن رجب الحنبلي<sup>(٢)</sup>. إلا أن ذلك كله متوقف على رأي العلم الطبي كما أوردنا سابقاً، بحيث يتحقق من مدى خطورة وجود الجنين على حياته مستقبلاً، ومدى جدوى بقائه حياً، فإذا غلبت جوانب صلاحيته لأن يحيى حياة طبيعية دون شقاء فيجب المحافظة على إبقائه حياً، وإذا كان الأمر خلاف ذلك كان الأمر للأطباء في شأنه.

## ثانياً: تلوث لبن الأم وحقها في إرضاع طفلها

تؤكد تقارير الأطباء وجود فيروس الإيدز في لبن الأم المصابة بمرض الإيدز، فقد ذكر الدكتور عبدالهادي مصباح المهدي في هذا الموضوع الآتي: (الوقت الذي يصاب فيه الجنين - إذا أصيب أثناء وجوده في رحم الأم بالعدوى - غير محدد أو معروف، والإصابة بالعدوى يمكن أن تحدث أثناء

(١) د. محمد المرسي زهرة: بحث في الطيبة القانونية للجنين، مجلة المحامي الكويتية، أعداد إبريل ومايو ويونيه ١٩٩٠، ص ٢٤٠.

(٢) انظر د. محمد نعيم ياسين أحكام الإجهاض بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة ٦ عدد ١٣ إبريل ١٩٨٩ ص ٢٧٥ وما بعدها.

الحمل، أو أثناء الولادة، أو بعد الولادة، عن طريق لبن الأم، أو الوسائل الأخرى الملوثة التي يمكن أن تصل إلى الطفل من خلال الأم<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في كتاب «الإيدز وباء العصر» عند عرض كيفية انتقال الفيروس للأجنة: الإشارة إلى انتقال الفيروس عبر الثدي أثناء الرضاعة، وقد ذكر صاحب الكتاب أنه قد تأكد وجود الفيروس في لبن الأم، وأن ذلك يؤكد احتمال الإصابة عن طريق الرضاعة من الأم<sup>(٢)</sup>.

### ووفقاً لهذه المعطيات فهل يسمح للأم المصابة بمرض فقد المناعة بإرضاع طفلها؟

للإجابة على هذا السؤال نرى أنه إذا كان الطفل مصاباً فلا مانع من إرضاعه، فالمصيبة قد حلت. أما إذا كان لم يصب بعد فإن احتمال إصابته عن طريق لبن الأم متوافر ومقرر من أهل العلم، فيجب أن تمنع الأم من إرضاع طفلها. ونجد في كتب الفقه الإسلامي معيناً لهذا الرأي.

فقد ذكر البهوتي الآتي: «وإذا كان بالأم برص أو جذام سقط حقها في الحضانه، كما أفتى به المجدد بن تيمية، وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده. وقال: لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها»<sup>(٣)</sup>. وكذلك تطبيقاً لقاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان» وكذلك «لا ضرر ولا ضرار»، وكذلك «دفع الضرر المتوقع مآلاً»<sup>(٤)</sup> فيكون الضرر متوقعاً إذا لم يقع بعد، ولكن كافة الظروف المحيطة تشير إلى أنه سيقع حتماً. فإذا كان الضرر سيقع - لا محالة - فإن دفعه واجب، وفقاً لقاعدة الضرر يزال.

---

(١) كتابة (الإيدز بين الرعب والاهتمام والحقيقة) ص ٢١٤، وهو يحمل دكتوراه في الميكروبيولوجي وتحليل المناعة من الولايات المتحدة.

(٢) د. محمد علي البار والدكتور محمد أيمن صافي ص ٧٣. وقد أشارا إلى التأكيد على انتقاله من لبن الأم بالإشارة إلى كتاب Aids the story of Adisease كذلك، د. محمد علي البار «الإيدز ومشاكله الاجتماعية والفقهية» المقدمة للدورة التاسعة لمجمع الفقه الإسلامي المرجع السابق ص ٦٩.

(٣) كشف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج ٥، ص ٤٩٩.

(٤) انظر الدكتور محمد شتا أبو سعد: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ص ٦ - ٧.

### ثالثاً: إصابة الأم وحققها في الحضانة

تعرض علماء الطب لأمر حضانة الأم المصابة بالإيدز لطفلها السليم. فقد جاء في كتاب «وجاء الخطر»: تحدث الإصابة بعد الولادة، نتيجة الالتصاق والصلة الحميمة بينه (أي الطفل) وبين الأم أو الأب المصاب قبل ظهور الأعراض غالباً<sup>(١)</sup>.

ولقد جاء في كشاف القناع «إذا كان بالأم برص أو جذام سقط حقها من الحضانة، كما أفتى به المجد بن تيمية وصرح بذلك العلائي الشافعي في قواعده. وقال: لأنه يخشى على الولد من لبنها ومخالطتها، انتهى. قال في الإنصاف: وقال غير واحد: وهو واضح في كل عيب متعدد ضرره إلى غيره، وإلا فخلاف لنا «ويأتي في التقرير أن الجذمي ممنوعون من مخالطة الأصحاء» فمنهم من حضانتهم أولى<sup>(٢)</sup>.

ومع هذه النصوص فإننا نعرف أن الإيدز له طرق ينتقل بها إلى الطفل أو الجنين كنقل الدم، والحمل، والرضاع. أما مسألة الحضانة فأمر فيه نظر، حتى أن كتباً كثيرة في علم الطب قد تطرقت للأوجه المختلفة في انتقال المرض، ولم تتعرض لانتقاله عن طريق الحضانة، إذا ما تم اتخاذ الرعاية ووسائل الوقاية، فلذا لا يجوز إسقاط حضانة الأم فقط، لأنها مصابة بالإيدز إذا لم تكن الحضانة تؤدي للإصابة بالإيدز<sup>(٣)</sup>.

---

(١) د. محمد علي البار، ود. محمد أيمن صافي، المرجع السابق ص ٦٩، الإيدز وباء العصر، وكذلك الدكتور محمد علي البار، الأمراض الجنسية ص ١٤٣ - ١٤٤.

(٢) البهوتني: ج ٥ ص ٤٩٩، انظر كذلك في عدم جواز حضانة الأم المجنونة المعنوية: مواهب الجليل: ج ٤ ص ٢١٥. نهاية المحتاج: ج ٦ ص ٢٧٣، الأم: ج ٥ ص ٧٤ والدسوقي علي الشرح الكبير: ج ٢ ص ٤٧٠ وفي ذلك يقول الأستاذ الدكتور عبدالرحمن الصابوني: «فالقدره على رعاية الطفل وصيائه: أن تكون الحاضنة قادرة على القيام بشؤون الطفل، فإن كانت مريضة مرضاً معدياً فهي غير أهل للحضانة، لأنها تؤذي الطفل، ويتنقل المرض إليه، ولهذا نصت بعض القوانين صراحة على وجوب خلو الحاضنة من الأمراض المعدية، كما في قوانين السودان والمغرب، وجاء في المنشور السوداني رقم ٣٨ لعام ١٩٢٧ «أن مرض الحاضنة مرضاً معدياً يسقط حضانتها للمحضون، وكذلك سكانها مع مريض مرضاً معدياً...» د. عبدالرحمن الصابوني: أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي، وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٢٦٢.

(٣) انظر على سبيل المثال د. عبدالهادي مصباح المهدي (الإيدز بين الرعب والاهتمام والحقيقة)، وكتاب مرض الإيدز عدوان من البشر أم عقاب من القدر؟ ترجمة طارق مصطفى عمارة. كذلك كتاب نقص المناعة المكتسبة: للدكتور حرب عطا الهرفي العلوي - دار الاعتصام، القاهرة، سنة ١٩٨٩. انظر كذلك أعمال الندوة الفقهية الطبية السابعة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت، والملخص عنها المقدم للدورة التاسعة، المقدم من الدكتور أحمد رجائي الجندي ص ٣٩ - ٤١.

وقد جاء في القرارات والتوصيات الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة، الآتي: «لما كانت المعلومات الطبية الحاضرة تدل على أنه ليس هناك خطر مؤكد من حضانة الأم المصابة بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب (الإيدز) لوليدها السليم، وإرضاعها له، شأنها في ذلك شأن المخالطة والمعايشة العادية، فإنه لا مانع شرعاً من أن تقوم الأم بحضانتها ورضاعته، ما لم يمنع من ذلك تقرير طبي»<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك فإذا كان مرض الإيدز يؤثر على الحواس بحيث تصبح الأم في حالة جنون أو عته فإن الحضانة هنا تسقط عنها، بناء على آراء الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني

### مرض فقدان المناعة المكتسبة وأحكام المعاملات المالية

لا شك أن مصطلح المعاملات المالية يتسع للمعاملات المالية التي تنشأ عما يبرمه الإنسان من تصرفات قانونية، والمعاملات التي تنشأ عن أفعاله المادية على حد سواء، ولا شك أيضاً أن مرض فقد المناعة المكتسبة له علاقة وثيقة بأحكام التصرفات القانونية، وأنه - في الوقت نفسه - قد يكون سبباً في ترتيب المسؤولية الجنائية أو المدنية للإنسان إذا ما أتى فعلاً أو امتناعاً ترتب عليه إصابة الغير به.

لكن المسؤولية الناشئة عن إصابة الغير بهذا المرض تحتاج إلى معالجة خاصة مستقلة، لا يتسع لها هذا البحث. ولذلك فالمقصود بالمعاملات المالية في هذا المقام: هو المعاملات الناشئة عن التصرفات القانونية التي يجريها المريض أثناء مرضه وحدها، دون ما قد يترتب على أفعاله أو أفعال غيره من إصابة الآخرين بالمرض.

---

(١) القرارات والتوصيات الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره التاسع، المتعقد بأبو ظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة: ١ - ٦ إبريل ٩٥، ص ١٥.

(٢) انظر كشاف القناع: ج ٣، ص ٣٢٧، الأم: ج ٥، ص ٧٤، مواهب الجليل: ج ٤ ص ٢١٥، نهاية المحتاج: ج ٦، ص ٢٧٣.

ويمكن تقسيم موضوع هذا المبحث بعد تحديده وفقاً لما سبق إلى مطلبين:

**المطلب الأول:** يتناول أثر المرض على صحة التصرف.

**والمطلب الثاني:** يتناول أثره على نفاذ التصرف في حق الغير.

## المطلب الأول

### مرض فقدان المناعة المكتسبة وصحة تصرفات المريض

محل البحث في هذا المطلب: هو ما إذا كانت الإصابة بمرض فقدان المناعة المكتسبة يمكن أن تؤثر على صحة التصرفات القانونية التي يجريها المريض على نحو أو آخر. وباستعراض أسباب بطلان التصرفات القانونية ومدى إمكان ارتباطها بآثار هذا المرض يثير أماننا تساؤلان:

**الأول:** هو ما إذا كان بمقدور المريض الذي تصرف في أمواله أثناء مرضه - اعتقاداً منه بأنه لا محالة هالك - أن يتمسك بأحكام الغلط إذا ما كتبت له النجاة منه نتيجة للتوصل إلى وقف تطور المرض أو اكتشاف علاج ناجع منه.

**والثاني:** هو التساؤل عما إذا كان الخلل الذهني الذي يعترى المريض في المرحلة الأخيرة من المرض يمكن أن يشكل مرضاً عقلياً يجعله في حكم المحجور عليه، ويؤدي - من ثم - إلى بطلان التصرفات الصادرة منه في هذه المرحلة؟ وهذا ما نتناوله في فرعين على التوالي:

## الفرع الأول

### تصرفات المريض وأحكام الغلط

ما إن يكتشف المريض إصابته بالمرض، حتى يساوره الإحساس بدنو الأجل، والاعتقاد بموته القريب. وهذا ما يدفعه إلى ترتيب أوضاعه وأوضاع أسرته المالية على أساس من هذا الاعتقاد. وكثيراً ما يتمثل هذا الترتيب في



التصرف في أمواله لحال الحياة، معاوضة أو تبرعا، أو لحال الوفاة على سبيل الوصية. لكن الأعمار بيد الله، وقد لا يصدق اعتقاده، فيقف تطور المرض، وتمتد به الحياة، أو يكتشف له دواء ناجع يؤدي إلى الشفاء الكامل منه.

فإذا ما تحقق ذلك فإن المريض سوف يكتشف بالضرورة أنه قد وقع في وهم أو غلط دفع به إلى التصرف في أمواله على هذا النحو أو ذاك. وبعبارة أخرى سوف يكتشف أنه كان ضحية غلط في الباعث الدافع إلى التصرف. فهل يمكن له التمسك بهذا الغلط لإبطال التصرف؟

يختلف موقف التشريعات في هذا الصدد<sup>(١)</sup>. فمن التشريعات: ما يعين الحالات التي يعتد فيها بالغلط على سبيل الحصر. وفي هذه التشريعات لا يمكن الاعتداد بالغلط في الباعث إلا إذا كان واردا ضمن هذه الحالات. وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى عدم الاعتداد بالغلط في الباعث، نظراً لأن القانون الفرنسي يحصر الاعتداد بالغلط في حالتي: الغلط من الشيء، والغلط في الشيء.

ومن التشريعات: ما تقيد بأي غلط يكون جوهرياً. وفي هذه التشريعات يمكن الاعتداد بالغلط في الباعث، ما دام الباعث الذي دفع فيه الغلط هو الدافع إلى التعاقد. وهذا هو الحال مثلاً في القانون المدني المصري.

وفي قانون المعاملات المدنية الإماراتي حددت المادة ١٩٤ منه حالات الغلط التي تؤدي إلى البطلان على سبيل الحصر. لكن إحدى هذه الحالات هي حالة الغلط «في شروط الانعقاد». وهذه الحالة من السعة بحيث يمكن لها أن تحتوي حالة الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد، تأسيساً على أن المشرع الإماراتي قد اشترط لانعقاد العقد وجود الباعث المشروع لدى طرفي التصرف. وهذا ما عبرت عنه المادة ٢٠٨/١ من قانون المعاملات بقولها: «لا يصح العقد إذا لم يكن فيه منفعة مشروعة للمتعاقدين»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر في ذلك د. مصطفى الجمال، أحكام المعاملات المدنية في إطار الفقهين الإسلامي والغربي، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٩٥/١٩٩٦، ص ٢١٧ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق، ص ٢١٨.

لكن إذا كان قانون المعاملات المدنية الإماراتي يعتد بالغلط في الباعث، ويجعل منه سبباً لبطلان العقد - على هذا الوجه الذي عرضنا له - فإن المادة ١٩٣ من هذا القانون تنص على أنه «لا يعتبر الغلط إلا فيما تضمنته صيغة العقد، أو دلت عليه الملابسات، وظروف الحال، أو طبيعة الأشياء، أو العرف». وهذا ما ينطبق بطبيعة الحال على كافة أحوال الغلط وصوره، بما فيها الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد. فهل يمكن أن يتوافر هذا الشرط في الصورة التي نحن بصدد دراستها، وهي صورة المصاب بفقد المنفعة المكتسبة، الذي يتصرف اعتقاداً منه أنه لا محالة هالك في القريب العاجل، ثم يتبين بعد ذلك عدم صحة هذا الاعتقاد؟

من المتصور أولاً: أن يشير طرفاً التصرف إلى الباعث على التصرف في صيغة العقد على نحو أو آخر، فيكون هذا كافياً للاعتداد بالغلط فيه، وإبطال العقد في حالة انكشاف هذا الغلط. لكن هذه الإشارة الصريحة غير ضرورية للاعتداد بالغلط، وإنما يغني عنها الملابسات وظروف الحال التي تدل على الوقوع في الغلط. وهذا ما يتحقق كلما كانت حالة المريض معلومة للمتعاقد معه. وهذا هو الوضع الغالب عملاً، حيث يكون التصرف عادة لبعض المحيطين بالمريض من أقارب أو أصدقاء أو جيران أو نحو ذلك.

ونلاحظ في النهاية أنه إذا ما كان التصرف على سبيل الوصية، فإن المريض الذي يشفى يستطيع الرجوع في الوصية، باعتبار أن الوصية لا تتم ولا يترتب أثرها إلا بعد وفاته، وبشرط أن يموت مصرّاً عليها.

كذلك يلاحظ أنه إذا كان التصرف على سبيل الهبة، فإن المريض يستطيع الرجوع عن الهبة إذا ما توافر سبب من أسباب الرجوع فيها، والمنصوص عليها في المادة ٦٤٧ من قانون المعاملات المدنية. ومن هذه الأسباب «أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته، أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير».

## الفرع الثاني

### تصرفات المريض وأحكام الأهلية

أوضحنا فيما قبل - عند تعرضنا لمراحل المرض - أن المريض بمرض فقد المناعة يصاب في مراحلهِ الأخيرة بالتشتت العقلي، والإحباط والكآبة، ثم الاختلال العقلي والجنون، إلى جانب إصابات والتهابات يصاب بها الدماغ والنخاع الشوكي والسحائي، مما يؤدي إلى أنواع مختلفة من الشلل، مع الصداع الشديد والحمى. كما يصاب المريض في بعض الأحيان بالعمى<sup>(١)</sup>.

إذن، فما مدى تأثير هذا المرض في مرحلة الاختلال العقلي الذي يصاب به المريض على تصرفاته المالية؟ وفي هذا السبيل يجب البحث عن معنى الجنون والعته والأحكام المترتبة عليها وفقا للفقهاء والقانون.

فالجنون كما عرّفه العلماء الأصوليون والفقهاء بعبارات قد تختلف في ألفاظها ولكنها تتفق في معناها. ومنها: أنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً<sup>(٢)</sup>.

والجنون: اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبیحة، المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها. وأن تتعطل أفعالها<sup>(٣)</sup>.

وقالوا: إنه آفة تحل بالدماغ، تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل، من غير ضعف في أعضائه. ويسقط به كل العبادات المحتملة للسقوط، كالصلاة والصوم، ولا يسقط عنه ضمان المتلفات، والدية، ونفقة

---

(١) د. محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، الطبعة الرابعة، دار المنارة، ص ٢٠٢.  
(٢) التعريفات للجرجاني، مادة جنون، نقلا عن الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج ١٦، ص ٩٩.  
(٣) الفتاوى الأنقروية، ج ١، ص ١٥٩، طبعة بولاق، حاشية ابن عابدين، ج ١، ص ٤٢٦.

الأقارب. والجنون يشبه أول أحوال الصبا في عدم العقل<sup>(١)</sup>. وقالوا:  
المجنون هو المصاب بصرع أو وسواس<sup>(٢)</sup>.

أما العته: فهو آفة توجب خللا في العقل، تجعل صاحبها مترددا في  
أقواله وأفعاله بين العقلاء والمجانين<sup>(٣)</sup>.

ولم يضع الفقه المالكي تعريفا لمعنى العته، وقد يكون ذلك لاعتبارهم  
الجنون والعته حالة واحدة تصيب العقل بخلل فيه<sup>(٤)</sup>.

---

(١) ابن ملك شرح المنار، ص ٩٤٥، وكشف الأسرار على البيهقي، ج ٤، ص ١٣٩٤، والتوضيح على التنقيح،  
ج ٣، ص ١٦٦، نقلا عن الدكتور محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٦٠،  
دار النهضة العربية، ص ٤٤٨.

كذلك انظر الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم، الأهلية وعوارضها، والولاية في الشرع الإسلامي: ج ١، مجلة  
القانون والاقتصاد، السنة الأولى، العدد الثالث، ص ٣٧١ وما بعدها.  
ويقول الأستاذ محمد زكريا البرديسي: «الجنون لا يمكن الوقوف على حقيقته إلا بعد الوقوف على حقيقة الفعل  
ومحله وأفعاله».

فالعقل معنى يمكن الاستدلال به من الشاهد على الغائب، والإطلاع على عواقب الأمور، والتمييز بين الخير  
والشر. ومحله الدماغ، والمعنى الموجب لانعدام آثاره وتعطيل أفعاله، الباعث للإنسان على أفعال مضادة لتلك  
الأفعال من غير ضعف في عامة أطرافه وفتر في سائر أعضائه يسمى جنونا.  
والأسباب المهيجة له: إما نقصان جبل عليه دماغه وطبع عليه في أصل الخلقة، فلم يصلح لقبول ما أعد لقبوله  
من العقل. وهذا النوع مما لا يرجى زواله ولا منفعة في الاشتغال بعلاجه. وهذا يعتبر جنونا أصليا، وهناك  
جنون عارض وهو نوعان: نوع يزول الاعتدال الحاصل للدماغ خلقة بواسطة رطوبة مفرطة أو ييوسة متناهية  
وهذا النوع مما يعالج بما خلق الله تعالى لذلك من الأدوية.

ونوع يحصل من استيلاء الشيطان على الإنسان، فيخيل إليه الخيالات الفاسدة ويفرعه في جميع أوقاته، فيطير  
قلبه، ولا يجتمع ذهنه، مع سلامة في محل العقل خلقة، وبقائه على الاعتدال، ويسمى هذا المجنون ممسوسا،  
لتخبط الشيطان إياه، وموسوسا، لإلقاء الشيطان. «. كتابه: أصول الفقه سنة ١٩٨٣، دار الثقافة للنشر  
والتوزيع، ص ١٤٠.

(٢) انظر الخرشبي على مختصر خليل، ج ٣، ص ٢٩٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد عرفة  
الدسوقي، ج ٣، ص ٢٩٢.

(٣) لسان العرب، والمصباح المنير، كذلك التلويح والتوضيح، ج ٢، ص ٧٣٩، ابن قيم الجوزية في أعلام  
الموقمين، ج ٤، ص ٤٢. د. أحمد إبراهيم إبراهيم، الأهلية وعوارضها والولاية، المرجع السابق، ص ٣٧٢.  
د. محمد سلام مذكور، مدخل الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٤٤٩. الأستاذ محمد مصطفى شلي،  
المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، سنة ١٩٨٥، ص ٥٠٣، د. محمد يوسف  
موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٢، القاهرة، ص ٣٢٨.

(٤) انظر القوانين الفقهية لابن جزي، حيث يقول: «المحجورون سبعة، وهم: الصغير والمجنون والسفيه والعبد  
والمريض والمرأة والمفلس. «. الباب الرابع في الحجر، ص ٢١١. كذلك المدونة الكبرى للإمام مالك رواية =

إلا أن قانون المعاملات المدنية قد أخذ برأي الذين يجعلون من العته أمراً بخلاف الجنون، وإن كان يجمع بينهما في الحكم كما سنرى في (المادة ١/١٦٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي).

## حكم المجنون والمعتوه:

يذهب الفقه إلى اعتبار المجنون في حكم الصغير غير المميز، من حيث أن تكون له أهلية وجوب كأهلية الصبي غير المميز، وأحكامها واحدة في كل أمر، فكل المطلوبات المالية التي تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون، مع انتفاء العقوبات البدنية عنها. وجميع تصرفاتهما القولية باطلة بطلاناً مطلقاً، فلا تصح لهما عبارة، ولا يبنى عليها أي حكم من الأحكام.

وقد ورد أنه في حالة المجنون قد يكون الجنون مطبقاً أو متقطعاً، ففي حالة الإطباق تكون جميع تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً كما أسلفنا، أما الجنون المتقطع فإن تصرفاته حال وجود الجنون لاقيمة لها، وتصرفاته حال الإفاقة صحيحة، كتصرفات العاقل سواء بسواء<sup>(١)</sup>.

وقد أورد الفقه هذه المسألة ومثل لها بالصرع والوسواس، أي كما هو عندنا الآن مرض انفصام الشخصية الذي ينتج عن الإصابة به، والمصاب في بعض الأحيان يتكلم كلام العقلاء وفي بعض الأحيان قد يخرج عن المسار

= سحنون التنوخي عن ابن القاسم، ج ٤، ص ١١٤، دار الفكر. الخرشي، المجلد الخامس، ص ٢٩٠-٢٩١/ حاشية الدسوقي، ج ٣، ص ٢٩٢، حيث يقول: «الحجر صفة حكمية، توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو تبرعه بزائد على ثلث ماله، فدخل بالثاني حجر المريض والزوجة، ودخل بالأول حجر الصبي والمجنون والسفيه والفلس والرقيق... وانظر كذلك من الفقه الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع: لمنصور البهوتي، ج ٣، باب الحجر، ص ٤١٦ وما بعدها/ وفي الفقه الشافعي: منهاج الطالبين للنووي، حيث يقول في باب الحجر، ص ٥٩: «ومقصود الباب: حجر المجنون والصبي والمبذر، فبالجنون تنسلب الولايات، واعتبار الأقوال، ويرتفع بالإقامة... دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت، وانظر كذلك على حاشية منهاج الطالبين، منهاج الطلاب: لتركيا الأنصاري، ص ٥٠.

(١) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق ص ٣٢٧، د. أحمد إبراهيم إبراهيم، الأهلية وعوارضها والولاية، المرجع السابق، ص ٣٧٣. د. صبحي عمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ص ٣٧٢، دار العلم للملايين، سنة ١٩٨٣.

السليم في أقواله وأفعاله، فيقول الخرشي: «المجنون محجور عليه للإفاقة (ش) يعني أن المجنون بصرع أو وسواس محجور عليه إلى إفاقته، فإذا عاد عقله زال حجره، ولا يحتاج إلى فك»<sup>(١)</sup>.

أما المعتوه فمن يأخذ بالتفرقة بينه وبين المجنون اعتبر أكثرهم حكمه حكم الصبي المميز<sup>(٢)</sup>.

ومن الفقهاء من قال بالتمييز في تصرفاته، فيقول الأستاذ الدكتور محمد يوسف: «وليس من الحق أن نطلق القول هكذا في المعتوه، فنجعله كالصبي المميز في أحكامه في كل حال، بل الحق - فيما نرى - أن نجعل الحكم في تصرفاته من ناحية الصحة والبطلان تبعاً لحالته العقلية ومقدار إدراكه، فإن كان في هذا كالصبي المميز أخذ حكمه، وإن كان دونه كان حكمه حكم الصبي غير المميز»<sup>(٣)</sup>.

## الحكم وفقاً لقانون المعاملات المدنية الإماراتي:

نرى أن المشرع الإماراتي قد ساوى بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبرهما في حكم الصغير غير المميز، أي عديم الأهلية، فقد نص في المادة ١٦٨ من قانون المعاملات المدنية على أن «١ - الصغير والمجنون

(١) الخرشي، ج ٥، ص ٢٩٠.

(٢) التلويح والتوضيح، ج ٢، ص ٧٣٩ / مرآة الأصول، ص ٦٠٦ / وابن عابدين، ج ٥، ص ٩٣ / كذلك المبسوط حيث قال: «المعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي في جميع ذلك، لأنه مولى عليه كالصبي، ولكنه يعقل التصرف، وفي اعتبار عقله توفير المنفعة عليه، ويصح الإذن له في التجارة من الولي أو القاضي»، ج ٥، ص ٢٦ - ٤٠ / كذلك الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٥٤، وبدائع الصنائع للكاساني، ج ٧، ص ١٧١.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٢٨ / وكذلك الأستاذ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ٥٠٣ / محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص ٢٩٦ / وكذلك الأستاذ محمد سلام مذكور وهو يقول «لكن صاحب نتائج الأفكار / تكملة فتح القدير، ج ٧، ص ٣١٠ - ٣١١ / والميرغنياني في الهداية، ج ٣، ص ٢٦٦، اعتبر المعتوه في حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل على ذهاب عقله وتغيظه، واعتبره نوعاً من الجنون الساكن. وإلا إذا كانت تصرفاته تدل على غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز» المدخل للفقه الإسلامي، ص ٤٥.

والمعتوه محجورون لذواتهم...» وفي المادة ١٦٩ نص على أن يلحق المجنون والمعتوه الكبيران المحجور عليهما بالقاصر عديم الأهلية.

إذن فوفقاً للنصوص السابقة تنطبق الأحكام الخاصة بالصغير عديم التمييز على المجنون والمعتوه، ويعتبران محجورين لذواتهما، دون الحاجة لحكم قضائي.

وإذا كان هذا الكلام يتماشى مع حديثنا عن المجنون إلا أن اعتبار المعتوه محجوراً لذاته قد لا يستقيم مع التفريق الذي أسبغناه عليه وهو أن حديثه يشبه حديث العقلاء من جهة وحديث المجانين من جهة، وقد يكون في ذلك إضرار بالمتعاقدين معه، وكان من الأفضل إلحاق تصرفاته بتصرفات الصبي المميز.

ومن ناحية أخرى فالمصاب بالصرع يكون عاقلاً مستكماً لرشده وقت إفاقته، مما يجب معه ألا يقتضي عليه حكم المجنون إلا بالنسبة للتصرفات التي تجري في أوقات صرعه. وكذلك الحكم بالنسبة للمصاب بالوسواس والذي هو أقرب للعتة منه للجنون.

وعموماً فإن المشرع الإماراتي لم يفصل بحكم بالنسبة للمجنون بجنون متقطع. ولاتدل العبارات التي أوردناها في النصوص السابقة أن الحكم قطعي بالنسبة للمجنون جنوناً متقطعاً، كما هو الأمر بالنسبة للمجنون جنوناً دائماً. فإذا كان النص بالنسبة للجنون الدائم دالاً دلالة واضحة لاختفاء فيها، فإن في دلالة على المجنون الذي يجن أحياناً ويفيق أحياناً دلالة خفاء، تحتاج إلى إيضاح عن طريق التأمل والتفكير. والفيصل هنا هو الفقه المالكي الذي يعتبر المصاب بالجنون المتقطع سليماً في وقت إفاقته<sup>(١)</sup>.

ومن الممكن تطبيق كل ذلك على المصاب بالإيدز، حيث أنه لو أصيب بالصرع فقط لعدده من الأشخاص الذين من الممكن اعتبار أقوالهم في حالة

---

(١) الخرشي، ج ٢، ص ٢٩٠.

صحيانهم، مع أخذ رأي الطب في ذلك. أما إذا تطور المرض إلى خلل عقلي كامل فهنا يطبق عليهم أحكام الصغير عديم الأهلية، فتكون جميع تصرفاتهم القولية أو أفعالهم باطلة بطلاناً مطلقاً. ويعتبرون محجورين لذواتهم. إلا أن ما يصدر عنهم من أفعال تضر بغيرهم فإنهم يكونون مسؤولين عنها، على اعتبار أن الأعدار الشرعية لاتنافي عصمة المحل أي النفس والمال<sup>(١)</sup>.

أما إذا تصرف المصاب بالإيدز قبل أن يصاب بالخلل العقلي، فإن تصرفه يأخذ حكم تصرفات الشخص الذي يتصرف وهو عاقل ثم يطرأ عليه الجنون أثناء سريان التصرف، فإذا أوصى المصاب بمرض فقد المناعة ثم تدهورت حالته تصح وصيته قياساً على ما قاله جمهور الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### مدى نفاذ تصرفات مريضى الإيدز في حق الغير

الأصل أن المرض لا أثر له على نفاذ تصرفات المريض في حق الغير، ما لم يكن مرضه مرض موت. ففي الحالة الأخيرة تتعلق حقوق الورثة والدائنين بأمواله استباقاً لحدث الوفاة، مما يؤثر في نفاذها في مواجهتهم. ولهذا فإن مدى نفاذ تصرفات مريضى الإيدز في حق الغير يتوقف على مدى إمكان اعتباره مرض موت. وبناء عليه يكون علينا أن نبدأ بالتعرف على ما إذا كان مرض الإيدز يعتبر مرض موت. فإذا ما تبين لنا إمكان اعتباره كذلك - على الأقل في بعض مراحل - كان علينا أن نتعرف على أثره - في هذه الحالة - على تصرفات المريض به.

(١) د. أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٧٣ وما بعدها.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٣٩٤ / حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٤١٥ - ٤٢٥ / أسهل المدارك، ج ٣، ص ٢٨٣.



## الفرع الأول

### شروط مرض الموت والإيدز

#### ماهية مرض الموت عند الفقهاء؟

تباينت عبارات الفقهاء في تعريف مرض الموت تبايناً كبيراً. فقد عرفه الأحناف بأنه المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً، ويتصل به الموت فعلاً، ولو وقع لغير سببه، لأمر خارجي عنه<sup>(١)</sup>.

وقد جاء في التبيين: «بأنه لافرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر، كالمريض إذا قتل، وفيه خلاف عيسى بن إبان، هو يقول: إن مرض الموت ما يكون سبباً للموت، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت. قلنا: الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات، وقد يكون للموت سببان، فلم يتبين أن مرضه لم يكن مرض الموت»<sup>(٢)</sup>.

وقد جاء في الفتاوى الهندية: «المريض مرض الموت حين لا يخرج لحوائج نفسه، وهو الأصح. كذا في خزانة المفتين: حد مرض الموت تكلموا فيه، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب فيه الموت كان مرض الموت، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن، كذا في المضمهرات»<sup>(٣)</sup>.

وقد ذكر ابن عابدين بحاشيته أن «في الهندية: مريض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت، وهو الأصح أ هـ. وفي الإسماعيلية: من به مرض يشتكي منه، وفي كثير من الأوقات يخرج إلى السوق ويقضي مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت»<sup>(٤)</sup>.

(١) فتح القدير، ج ٣، ص ١٥٥ / البحر الرائق، ج ٤، ص ٥٠، للشيخ علي الخفيف: المعاملات الشرعية / الفتاوى الهندية، ج ٣، ص ١٧٦ / د. محمد سلام مذكور، المدخل للفقهاء الإسلاميين، ص ٤٥٥ / بدائع الصنائع، ج ٧، ص ٢٢٤، الدر المختار، ج ٤، ص ٤٨١.

(٢) تبين الحقائق للزيلعي، ج ٢، ص ٢٤٨. وانظر كذلك شرح الهداية والعناية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٥٥.

(٣) الفتاوى الهندية: ج ٤ ص ١٧٦.

(٤) ابن عابدين: ج ٤ ص ٧٠٧ - ٧٠٨.

وعرفه المالكية بأنه: «المرض الذي يحكم أهل الطب بكثرة الموت به، كسل، وحمى قوية<sup>(١)</sup>. والمراد بالكثرة أن لا يتعجب من صدور الموت عنه، ولو لم ينشأ عنه الموت غالباً، وعلى هذا فلو كان المصاب هو وجع الضرس أو الرمد ونحو ذلك فإنه لا يعد مريضاً بمرض الموت، لأنه إن مات من ذلك تتعجب منه<sup>(٢)</sup>. ويضيف البعض قوله: «والحاصل أن المدار على كثرة الموت من ذلك المرض، بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه، ولا يلزم من كثرة الموت منه غلبة الموت به. فيقال في الشيء: إنه كثير إذا كان وجوده مساوياً لعدمه، والغلبة أخص من ذلك»<sup>(٣)</sup>.

وجاء في الشرح الصغير: «فإن مات المريض الذي وقف تبرعه غير المأمون، فمن الثلث، مما وجد يوم التنفيذ، قلّ أو كثر، وألا يموت - بأن صح - مضى الجميع «أي جميع ما تبرع به»<sup>(٤)</sup> وفائدة الحكم في هذا بأنه إن اتصل به الموت المخوف، وإلا فلا، إنه إذا جزّ عنقه أو سقط من عالٍ مثلاً كان من رأس المال، بخلاف المخوف فإنه يكون من الثلث»<sup>(٥)</sup>.

وعند الشافعية: عرفه البعض بأنه كل مرض يستعد بسببه للموت، بالإقبال عادة على العمل الصالح، وقيل: كل مرض يتصل به الموت<sup>(٦)</sup>. وقيل: كل مرض لا تطول معه حياة صاحبه<sup>(٧)</sup>.

أما الحنابلة: فقد ذكروا في معنى مرض الموت: أنه المرض المميت، الذي يكون سبباً صالحاً للموت، فيضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال فيه عندهم: إنه «ما يكثر حصول الموت منه». وليس معنى ذلك أنه لا بد وأن يغلب على الظن الموت منه، أو يتساوى في الظن جانب البقاء

(١) الخرشي على مختصر خليل: ج ٥ ص ٣٠٤ دار الفكر العربي.

(٢) الخرشي ج ٥، ص ٣٠٤، وجاء في الشرح الصغير ج ٣ ص ٣٩٩.

(٣) الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣٠٦.

(٤) الشرح الصغير، ج ٣ ص ٤٠٣.

(٥) تحفة المحتاج، ج ٧، ص ٣٠.

(٦) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج، ج ٦، ص ٦٠.

(٧) نهاية المحتاج للرملي وحاشية الشبراملسي ج ٦ ص ٦٠، التحفة ج ٧ ص ٣١.

والموت بسببه<sup>(١)</sup>، وليتحقق مرض الموت عند الحنابلة لا بد من توافر شرطين<sup>(٢)</sup>:

**الأول:** أن يتصل به الموت، ولو شفي من مرضه الذي تصرف فيه، ثم مات بعد ذلك فتصرفه من قبيل تصرف السليم، وليس المريض مرض الموت.

**الثاني:** أن يكون المريض مخوفاً فلو كان غير مخوف كوجع العين، والضرس أو الصداع اليسير، فلا يعد هذا من قبيل مرض الموت.

والواضح أن اتجاه الفقه في مجمله يتطلب توافر شرطين للحالة المرضية حتى يتحقق لها وصف مرض الموت. وهما:

١ - أن يقع الموت بسببه كثيراً، وهو ما ذكره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، بأن يؤدي إلى الموت في العادة، فلا يكون حدوث الموت بسببه مما يشير العجب<sup>(٣)</sup>.

٢ - وأن يكون حدوث الموت متصلاً به، ولو لم يكن منه، بل من حادث آخر، وقد أضافت مجلة الأحكام العدلية إلى ذلك شرطاً آخر، هو أن يكون المرض خلال سنة من بدء المرض والمرض على حاله.

## مرض الموت في قانون المعاملات المدنية

ذكرت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية وهي تعد تقنيناً للفقه الحنفي على أن «مرض الموت هو الذي فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور. وعن رؤية مصالحه

(١) كشف القناع ج ٤ ص ٣٥٧-٣٥٨.

(٢) المغني ج ٦ ص ٨٤، انظر كذلك للأستاذ الدكتور أنور محمود دبور بحثاً بعنوان: ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة - مجلة الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات - العدد الثاني ١٩٨٨ ص ٧٨.

(٣) الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٩١.

داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه، ويتغير حاله. ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت».

والقانون المدني الأردني استقى تعريفه لمرض الموت في المادة ٥٤٣ منه من نص المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية السالف ذكرها، ونقلها عنه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ١/٥٩٧ حيث نص على أنه «١- مرض الموت: هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه سنة أو أكثر - وهو على حال واحدة دون ازدياد - تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح»<sup>(١)</sup>.

والذي يتضح لنا من النصوص السابقة: أن قانون المعاملات المدنية قد يطلب - ليعتبر المريض مريضاً بمرض الموت - شروطاً هي بمثابة ضوابط موضوعية، يستدل بها على حالة المريض النفسية، وهي أن المريض يتصرف مع اعتقاده أن أجله قد دنا<sup>(٢)</sup>.

١ - أن يعجز المريض عن متابعة أعماله بصفة معتادة مألوفة، كما هو الأمر في حالة الصحة، ومثالها: ممارسة المهنة، والذهاب إلى السوق، وليس بالضرورة أن يكون المريض قد أقعده الفراش<sup>(٣)</sup>، إلا أن قعوده في المنزل بسبب الشيخوخة لا يعد من أمراض الموت، ذلك لأن الوهن عن طريق الشيخوخة لا المرض، فتكون تصرفاته في حكم تصرفات الأصحاء<sup>(٤)</sup>.

(١) يتطابق هذا النص مع مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد في المادة ٥٠٥.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري الوسيط - البيع رقم ١٧٥ ص ٣٩٥.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري البيع رقم ١٧٦.

(٤) الخرشي المرجع السابق ج ٥ ص ٣٠٤.

٢ - أن يغلب الهلاك لهذا المرض، إذ لا يكفي أن يقعد المرض المريض عن القيام بأعماله المعتادة، بل يجب أن يكون هذا المرض من الأمراض التي يغلب فيها الموت، فلا يتعجب من حصول الموت به في الغالب. والقانون هنا لم يأخذ بما ذكره المالكية حيث غلبوا معنى الكثرة على الغلبة<sup>(١)</sup>، والكثرة - كما قالوا - أن يتساوى وجوده بعدمه، أما الغلبة: فهي أخص من هذا المعنى، أي أن تزداد حالة الموت به على نجاة المريض وشفائه. وهذا الأمر يقدره القاضي بحسب ظروف الأحوال، وله أن يسترشد فيه برأي الأطباء<sup>(٢)</sup>. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن مرض الموت من ضوابطه أن يغلب منه الهلاك، ويشعر المريض بدنو أجله، وينتهي بالوفاة<sup>(٣)</sup>. كما قضت المحكمة المصرية «بأن حالة مرض الموت مشروطة - شرعا - بأن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في اعتبار أن الموروث كان مريضا مرض الموت وقت صدور التصرف المطعون فيه بأنه قعد عن مزاولة أعماله خارج المنزل في شهور السنة السابقة لوفاته بسبب سقوطه من فوق ظهر دابته، دون بيان لنوع المرض الذي انتاب الموروث، وتحقيق غاية الموت فيه وقت صدور التصرف المطعون فيه، فإن ذلك الحكم يكون قاصرا قصورا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تكييفه للمرض بأنه مرض موت»<sup>(٤)</sup>.

ولكن التساؤل هنا، هل يغني هذا الشرط عن الشرط الأول؟ بحيث أنه إذا كان هذا المرض يغلب به الهلاك والموت - ولو لم يقعد صاحبه عن القيام بأعماله المعتادة - يعد مرض موت أم لا؟ ذكر سليم رستم باز رأيين:

أحدهما: أن الشرط الثاني يغني عن الأول، فيكفي أن يغلب في المرض الهلاك دون حاجة إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه بشكل معتاد.

(١) المرجع السابق ج ٥ ص ٣٠٤ وما بعدها.

(٢) د. عبدالناصر العطار، عقد البيع ص ٨٥.

(٣) نقض مدني مصري ١٦/١٢/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٧٤٢.

(٤) نقض ٣٠/٤/١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٦٢٦.

وهناك رأي آخر يستبقي الشرطين معا، ويجعل الأصل فيها هو أن يغلب في المرض الهلاك به. فيقول الأستاذ سليم رستم: بأنه «ينبغي أن يكون المراد العجز عن الإتيان إلى المسجد أو الدكان، لإقامة المصالح القريبة في حق الكل، إذ لو كان محترفا بحرفة شاقة كما لو كان مكاريا أو حمالا على ظهره أو دقاقا أو نجارا أو نحو ذلك مما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد أو السوق لا يكون مريضا، وإن كانت هذه مصالحه، وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلا مرضا وغير مرض، بحسب اختلاف المصالح فتأمل.

ثم هذا إنما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض، أما لو كان غير قادر قبل المرض للكبر، أو علة في رجله فلا يظهر، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه، وهو ما قاله أبو الليث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط، لكونه مريضا مرض الموت، بل العبرة لغلبة الهلاك، لو الغالب من هذا المرض الموت فهو مرض الموت، وإن كان يخرج من البيت، وينبغي اعتماده، لما علمت من أنه كان يفتي به الصدر الشهيد، وإن كلام محمد يدل عليه، ولاطراده فيمن كان عاجزا قبل المرض، ويؤيده من أن الحق بالمريض كمن بارز رجلا ونحوه. وإنما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج، ولأن بعض من يكون مطعونا أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه، مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعيف عن الخروج لصداع أو هزال مثلا.

لكن مقتضى قول بعضهم: إنه لو كان مريضا مرضا يغلب منه الهلاك لكنه لم يعجزه عن مصالحه كما يكون في ابتداء المرض لا يكون مريضا، وقد يوفق بين القولين بأنه إن علم أن به مرضا مهلكا غالبا، وهو يزداد إلى الموت، فهو المعتبر، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح. هذا ما ظهر لي أهـ ملخصا<sup>(١)</sup>.

---

(١) شرح مجلة الأحكام العدلية ص ٨٨٧.

٣ - اتصال المرض بالموت فعلا: فلا بد من أن ينتهي به المرض إلى الموت فعلا، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء<sup>(١)</sup>.

أما إذا مرض شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه ويغلب فيه الموت، ولكنه بريء منه وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض، فإن حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء<sup>(٢)</sup>.

ولكن ما هو الحكم لو أن المريض بمرض الموت قد اتصل به الموت وكان سبب الموت أمراً آخر غير المرض الذي أقعده؟ فهل تأخذ تصرفاته حكم المريض بمرض الموت؟

لم يوضح فقهاء المالكية هنا رأيهم أما الحنفية فأكثرهم يعتبرون أن المريض قد مات في مرض الموت، وعلى هذا الرأي الشافعية، فقد جاء في مغني المحتاج «أجيب بأنه قتل أو غرق مثلاً في هذا المرض أن حكمنا فإنه مخوف لم ينفذ كما مر، وإلا نفذ»<sup>(٣)</sup>.

وكذلك الحنابلة «فقد ذكر البهوتي» فإن لم يمت المريض من المرض المخوف، ولم يصح منه بل لسع بشيء من القواتل، أو أكله سبع، فذلك، أي ورثته، ما لم تتزوج أو ترتد، نظراً إلى قصد الفرار<sup>(٤)</sup>.

أما في قانون المعاملات المدنية فإنه لم يتعرض لهذه الحالة بالتوضيح، فهل نرجع إلى المذهب المالكي أم المذاهب الأخرى، وهي الحنفية والشافعية والحنابلة؟

إننا نرى أنه ما دام أن النص قد أخذ من الفقه الحنفي فإنه لا بد لتفسيره وتوضيحه من الرجوع إلى الفقه الحنفي<sup>(٥)</sup> وبالتالي فإن المريض مرض الموت

---

(١) الزيلعي: متن الكنز، ج ٢ ص ٢٤٨، شرح المنار، ص ٩٦٣، التوضيح، ج ٣ ص ١٩٤، الشرح الصغير، ج ٣ ص ٤٠٣، تحفة المحتاج، ج ٧ ص ٣٠، المغني ج ٦ ص ٨٤.

(٢) السهوري، المرجع السابق، رقم ١٧٨.

(٣) ج ٣ ص ٥٠، تبين الحقائق ج ٢ ص ٢٤٨، شرح الهداية والعناية مع فتح القدير ج ٣ ص ١٥٥.

(٤) كشف القناع، ج ٤، ص ٥٣٤.

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، ص ٥٣٦.

يعتبر قد مات وهو في مرض الموت، ولو كان موته لسبب آخر غير مرض الموت الذي أصيب به .

وقد أضاف قانون المعاملات المدنية إلى كل ذلك - نقلا عن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الأردني - شرطا آخر: هو أن يموت المريض وهو على حاله خلال سنة من تاريخ الإصابة . وفي تقديرنا أن هذا الشرط يواجه الحالة التي تكون فيها حالة المريض ثابتة لا تتغير . أما إذا كان المرض بحيث انتقلت حالة المريض من سيء إلى أسوأ، فلا يكون هناك محل لهذا الشرط .

### دخول مرض الإيدز تحت أمراض الموت :

هل الشروط المطلوبة في مرض الموت تنطبق على مرض الإيدز؟ كما أوردنا في تعريفنا وبيننا في المقدمة مدى خطورة مرض الإيدز واعتباره مرضا مخوفا، غالبا ما يتصل به الموت، كما في أي مرض خطير آخر، إن لم يزد عنها جميعا في الخطورة، حيث لم يوجد له إلى يومنا هذا دواء ناجح، الأمر الذي يتوافر معه الشرط الجوهري في مرض الموت، وهو غلبة الموت على المصاب به . بل إنه حتى ولو وجد له العلاج فإن ذلك لن يؤدي بذاته إلى إخراجه من دائرة مرض الموت لاعتبارات كثيرة، كتوافر الدواء الناجح في بلد دون الآخر، باعتبار قيمة هذا الدواء، ومدى السيطرة عليه من قبل الطبيب الممارس العادي .

لذلك فلو أصبح علاج مرض الإيدز كما هو علاج مرض الصداع والانفلونزا فهنا يخرج من إطار مرض الموت، ولا يخضع لأحكامه في التصرفات الصادرة من المصاب به، فالعبرة في النهاية بمدى توافر العلاج لجميع فئات الناس . ولهذا السبب فمرض الطاعون لا يخرج من عداد أمراض الموت، رغم انقراضه وعودته الآن ضمن الأمراض التي يموت فيها الناس بالغالب .



أما عن تحقق شرط عدم القدرة على القيام بالأعمال المعتادة بالنسبة للمريض، فإنه لا بد من القول: بأن مريض الإيدز لا يعد مريضاً بمرض الموت حتى يصل المرض إلى هذه المرحلة، خاصة إذا علمنا أن مريض الإيدز قد لا تظهر عليه الأعراض إلا بعد سنين قد تصل إلى عشر سنوات. ولذا فالضابط هنا هو تأثيره الشديد بالمرض، بحيث لا يستطيع القيام على مصالحه، وهذا يخضع منه لتقدير القاضي وخبرة الأطباء. والأمر في ذلك كله لا يختلف عن غيره من الأمراض التي أدخلها الفقهاء في دائرة مرض الموت. ونضيف المسألة التي أثارها نص المادة ٥٩٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وكذلك نص المادة ٥٤٣ من القانون المدني الأردني، فقد تطلبت المادتان أن يموت المريض وهو على حال مرضه المقعد له خلال سنة من هذه الحالة. فالمريض قد يمتد به المرض أكثر من سنة وحالته الصحية على وتيرة واحدة دون ازدياد.

وفي هذه الحالة تعتبر تصرفاته كتصرفات الأصحاء، إعمالاً للقيد الذي أتت به هذه النصوص. وأما عن مرض الإيدز فإننا نعلم أن هذا المرض لا يبقى على وتيرة واحدة، وإنما هو دائماً في ازدياد، حالة المصاب به دائماً في تطور إلى الأسوأ، ولذا فإن مرور سنة على إصابة المريض به وعوده عن القيام بأعماله المعتادة لا ينفي كونه مرض موت، باعتبار أن حالته دائماً في تطور من سيء إلى أسوأ.

## الفرع الثاني

### حكم تصرفات المريض مرض الموت

#### الحكمة من تقييد تصرفات المريض مرض الموت:

لا بد من العلم بأن المرض لا ينافي الأهلية بنوعها - أهلية الوجوب وأهلية الأداء - ولا ينتقص منها، لأنه لا يخل بالفعل، ولا ينقص من التمييز، ولذا كان الواجب ألا يتعلق بمال المريض حق غيره، ولا يتقرر الحجر عليه

بسبب المرض. ولكن لما كان المرض هو سبب الموت، ولما كان الموت علة شرعية لأن يخلف الميت في ماله غرماؤه وورثته على الوجه المبين شرعا، فلذلك تعلق حق الدائن والوارث بمال المريض في الحال، لأن المرض سبب الموت، والموت علة الخلافة.

وينتج من ذلك وجوب تقييد حق المريض في التصرف، بقدر ما يقع به صيانة حق الدائن والوارث. ولما كان الشخص لا يعتبر مريضا مرض الموت إلا إذا اتصل الموت بالمرض أو بالحالة التي يكون منها، فتصرفاته حال الحياة كلها صحيحة نافذة، لأنه بكامل أهليته ولا يمنع من هذا كون حق الوارث والدائن يكون له أثر رجعي، ويثبت له من قبل الوفاة.

أما بعد وفاة المريض فيتأكد أن التصرف كان في مرض الموت، ويظهر حق الغير من دائن ووارث، فيكون التصرف موقوفا على إقرار الدائنين بمقدار دينهم، وإقرار الورثة إذا مس التصرف ثلثي التركة بعد إخراج الديون والوصايا، وفيما عدا حق الدائن وحق الوارث لا تأثير للمرض في تصرفات المريض<sup>(١)</sup>.

### حكم تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي

إن حقوق المريض في ماله وهو مريض لا تتأثر بالمرض. فهو يظل مع المرض المالك وحده حال حياته لما يملك. وهو في هذا الحال قد يحتاج إلى النفقة والعلاج والدواء وسائر مطالب الحياة، وتقدم هذه الحاجات الضرورية على حق الغير، سواء الدائنين أو الورثة، لذلك تُقضى مصالحه قبل كل أمر آخر. وهو له أن ينفق كلما تجددت الحاجات والأحوال. وكذلك تنفذ عقودة وتصرفاته جميعا في البيع، وليس للورثة أو الغرماء حق الاعتراض أو تقييد تصرفاته فيها.

(١) نقلا عن كتاب عقد البيع المطول: للدكتور عبدالمنعم البدرأوي، ص ٤١٨، انظر كذلك د. أنور دبور، المرجع السابق. ص ٩٠.

أما إذا تبرع بشيء سواء تم هذا التبرع صريحا أو تم في صورة بيع صوري، أو شراء صوري، كأن يحابي المريض الطرف الآخر فيما رتبته العقد من التزام مالي في ذمة الطرف الآخر، فيكون هذا نافذا إذا كانت قيمة ما زاده - محاباة في البيع أو الشراء عن ثمن المثل - يفضل عن الديون، ويخرج من ثلث التركة بعد أداء هذه الديون، وإلا كان الزائد موقوفا على إجازة الورثة، وجميع العقود تأخذ هذا الحكم، سواء أكانت إيجارا أم غيره، وكذلك لا يمنع أن يتزوج، ولكن على أن لا يزيد المهر عن مهر المثل، وبه قال الحنفية<sup>(١)</sup>، وذهب المالكية إلى أنه لا يجوز للمريض أن يتزوج، سواء أكان محتاجا إلى النكاح أم لا على المشهور<sup>(٢)</sup>.

### إقرار المريض بالديون في الفقه الإسلامي:

قد يقر المريض بدين عليه لوارث أو أجنبي، فإن كان لوارث كان نفاذه بعد وفاته موقوفا على إجازة باقي الورثة، لما في إقراره لأحدهم من تهمة أنه أراد إثارة بيعض ماله على حساب الآخرين، وهو ما ذهب إليه أحمد بن حنبل<sup>(٣)</sup>.

والوارث هنا، هو ما كان سبب الإرث متحققا له وقت الإقرار، وكان وارثا فعلا عند وفاة المقر، فإن لم يتحقق هذان الأمران في المقر له، صح إقرار المريض له دون توقف على إجازة الورثة<sup>(٤)</sup>. وعلى ذلك، إن كان المقر له وارثا وقت الإقرار دون وقت الموت، كما لو كان أخا للمقر الذي لا ولد له، ثم بعد الإقرار ولد للمقر ابن فصار الأخ غير وارث صح الإقرار له<sup>(٥)</sup>.

(١) شرح الهداية، تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣-٤، وكذلك الشافعية: الأم، ج ٤ ص ١٠٣ وكلك الحنابلة: المغني ج ٦ ص ٣٢٦.

(٢) شرح الخرشي ج ٣ ص ١٧٢. الشرح الصغير بحاشية الصاوي: ج ٢ ص ٤٢٦ وما بعدها.

(٣) كشف القناع، ج ٤، ص ٢٩٣-٢٩٤.

(٤) الزيلعي: ج ٥، ص ٢٦ - المبسوط للسرخسي ج ١٨، ص ٢٤.

(٥) د. محمد يوسف موسى «الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي» ص ٣٤٦ طبعة ١٩٩٢.

وعند الشافعية: أن الإقرار في المرض، كالإقرار في الصحة، كلاهما صحيح نافذ بلا توقف، وإن كان لوارث أو أجنبي بالطريق الأولى<sup>(١)</sup>.

أما مالك فقد نظر إلى ملابسات الإقرار وظروفه، هل فيه تهمة أو لا تهمة فيه؟ فإن كان لا تهمة فيه فهو صحيح نافذ، وإلا كان تبرعا، فيأخذ حكمه، سواء أكان لوارث أم لأجنبي. فقد قال ابن جزى في قوانينه: لا يقبل إقرار المريض لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف، سواء أكان وارثا أم غير وارث، إلا أن يجيزه الورثة، ويقبل فيما سوى ذلك<sup>(٢)</sup>. أما الإقرار لأجنبي غير وارث، فهو صحيح نافذ، دون حاجة لإجازة الورثة<sup>(٣)</sup>.

### حكم تصرفات المريض وفقا لقانون المعاملات المدنية:

لقد أخذ قانون المعاملات المدنية بما أخذ به الفقه الإسلامي من اعتبار التبرعات التي تصدر في مرض الموت في حكم الوصية، وتسري عليها أحكامها، أي أن تبرع المريض حال مرضه يعتبر وصية، وبناء عليه فإن هذا التبرع لا ينفذ في حق الدائنين إلا بعد استيفائهم ديونهم، إذ أن وفاء الديون مقدم على إنفاذ الوصايا، ثم إنه لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث المتبقي من التركة بعد إخراج الديون. وقد نصت على ذلك المادة ١٢٦٠ في فقرتها الأولى إذ قررت أن «كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، أيا ما كانت التسمية التي تعطى له».

فإذا كان التصرف صريحا في معنى التبرع لم يثر صعوبة ما، وطبقت عليه أحكام الوصية. ومثال ذلك: الهبة، والإبراء من الدين.

(١) نهاية المحتاج: ج ٤، ص ٥١-٥٢.

(٢) القوانين الفقهية لابن جزى، ص ٢٠٧.

(٣) المرجع السابق ص ٣٤٦-٣٤٧.

أما إذا كان التصرف ظاهرة معاوضة، وادعى الورثة أن حقيقته تبرع، فالأصل أن على الورثة إثبات أن التصرف قد حصل تبرعا، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولكن القانون أعفى الورثة من هذا الإثبات فنص في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٦٠ على الآتي: «إذا أثبت الورثة أن التصرف قد صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف غير ذلك، أو وجدت أحكام خاصة تخالفه».

فكل التصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت تعتبر ابتداء أنها صدرت على سبيل التبرع، ومن ثم فهي تأخذ حكم الوصية، ولو كان ظاهرها معاوضة، كالبيع والإقرار بالدين، ولكن يجوز لمن صدر التصرف لصالحه أن يثبت أن التصرف - رغم صدوره في مرض الموت - كان بمقابل.

فإذا أثبت المتصرف إليه أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت لم يكن تبرعاً وإنما كان بمقابل، وجب أن يأخذ حكم المعاوضات الصادرة في مرض الموت<sup>(١)</sup>.

### فيما يتعلق به حق الدائنين والورثة في الفقه الإسلامي

تجيء حقوق الدائنين قبل حقوق الورثة بناء على قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون» وتتعلق حقوق الغرماء بأموال التركة دون أعبائها، فيجوز أن يهب أو يقف أو يوصي بشيء منها، أو يبيع أو يشتري بغبن، فهذه التصرفات تكون صحيحة نافذة، ولكن بعد موت المريض يكون لمن تضره أن يبطلها أو يجيزها، وحينئذ تعتبر صحيحة من وقت صدورها عن المريض في حالة إجازتها<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عبد المنعم البدر اوي: المرجع السابق رقم ٤٢٠ وكذلك عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٤ عقد البيع رقم ١٧٩، د. توفيق حسن فرج: عقد البيع والمقايضة ص ٦٣٥.

(٢) التلويح والتوضيح: ج ٣ ص ١٨٤ - الميراث: للدكتور زكريا البرديسي ص ٣٤ - ٣٥، الوسيط: للدكتور زكريا البري ص ٢١، ود. أنور دبور، المرجع السابق ص ٥٠.

وللمريض مرض الموت أن يوصي إلى قدر الثلث من تركته، ولكن إذا مات مدينا بدين مستغرق لها بطلت الوصية، إلا إذا أجازها الغرماء، فيعتبر ذلك منهم إبراء للمدين من جزء من الدين بقدر الموصى به. وإن كان غير مدين جازت الوصية إن كانت لأجنبي غير وارث. وكانت لا تزيد عن الثلث، وإلا بطلت في مقدار الزيادة، إلا إذا أجازها الورثة<sup>(١)</sup>.

وكذلك بالنظر لحقوق الورثة، تكون التركة لهم كلها إن لم يكن هناك دائنون أو موصى له، أو ثلثها إن كان هناك موصى له ودائنون، أو ما يبقى بعد أداء الدين، وتنفيذ الوصية في الثلث إن وجدوا<sup>(٢)</sup>.

### حكم البيع في مرض الموت في قانون المعاملات المدنية

ينطبق على البيع في مرض الموت حكم المادة ١٢٦٠ من قانون المعاملات، وذلك لعموم نصها، ومعنى ذلك أن البيع الذي أثبت الورثة صدوره في مرض الموت يعتبر ابتداء تبرعا، ومن ثم يأخذ حكم الوصية، فينفذ في ثلث التركة، داخلا فيها المبيع ذاته، ولا ينفذ فيما جاوز ذلك إلا إذا أقره الورثة.

فإذا استطاع المشتري أن ينفي قرينة التبرع الواردة في المادة ١٢٦٠/٣، وأن يثبت أن حقيقة العقد بيع انتقلنا إلى تطبيق المادة ٥٩٨ و٥٩٩ الواردة في فصل البيع بخصوص بيع المريض مرض الموت.

وتنص المادة ٥٩٨ «إذا باع المريض شيئا من ماله لأحد ورثته طبقت عليه أحكام المادة التالية، وتنص المادة ٥٩٩ على أنه:

١ - إذا باع المريض لأجنبي بضمن المثل أو بغبن يسير كان البيع نافذا، دون توقف على إجازة الورثة.

---

(١) مرآة الأصول لأبي الفضل محي الدين ملاخسرو، ص ٦٢٤ نقلاً عن د. محمد يوسف موسى، في كتابه الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٢) د. محمد يوسف موسى، المرجع السابق، ص ٣٤٧، ود. أنور دبور المرجع السابق، ص ٩١ والوسيط للدكتور زكريا البري ص ٢١-٢٢، وأحكام التركات والموارث لأبي زهرة ص ١٠ وما بعدها.

٢ - وإذا كان هذا البيع بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت كان البيع نافذاً في حق الورثة، متى كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا يتجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته.

٣ - أما إذا تجاوزت هذه الزيادة ثلث التركة فلا ينفذ البيع ما لم يقره الورثة، أو يكمل المشتري ثلث قيمة المبيع، وإلا كان للورثة فسخ البيع.

ونصت المادة ٦٠٠ على أنه «لا ينفذ بيع المريض لأجنبي بأقل من قيمة مثله ولو بغبن يسير في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وللمشتري دفع ثمن المثل، وإلا جاز للدائنين فسخ البيع». معنى ذلك أن المشتري لو أثبت أن العقد قصد به البيع حقيقة وثبت أن الثمن الذي دفعه يساوي قيمة المبيع وقت البيع أو يزيد عليه، نفذ البيع، ولم يكن هناك محل للطعن عليه، أما لو ثبت أن الثمن الذي بيع به المبيع يقل عن قيمته مقدرة وقت الموت، فينظر إن كانت زيادة القيمة على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة - داخلاً فيها المبيع ذاته - سرى البيع في حق الوارث، لأن المحاباة في الحدود الجائز الإيضاء بها.

أما إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن تتجاوز ثلث التركة فإن البيع في ما يتجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه، أو قبل المشتري أن يرد للتركة بما يكمل ثلثها.

فوفقاً لأحكام القانون هنا أن البيع مع المحاباة يأخذ حكم الوصية في القدر المحابى به، فإذا كان هذا القدر زائداً على ثلث التركة نفذ بإقرار الورثة، أورد المشتري ما بقي بتكملة الثلثين. أما إذا كان القدر المحابى به لا يزيد على ثلث التركة نفذ البيع دون اعتراض، لأن للإنسان أن يوصي بثلث تركته، فتتخذ الوصية دون حاجة لإقرار الورثة.

والقانون هنا ساوياً في حكم المحاباة في ثمن المبيع بين أن يكون المشتري وارثاً أو غير وارث، ففي كلا الحالتين إذا كان فرق الثمن لا يتجاوز

ثلث التركة كان البيع نافذاً. وهو بذلك خالف معظم الاجتهادات الإسلامية التي تمنع نفاذ تبرع المريض مرض الموت لأحد ورثته دون الآخرين<sup>(١)</sup>.

وقد أوضح القانون أنه عند النظر فيما يخرج من ثلث التركة لا يجوز النظر إلى قيمة المبيع وقت البيع، بل إلى الفرق بين قيمة المبيع والثلث وقت الموت. ثم إنه عند تقدير التركة في هذا الخصوص يجب أن تقدر باعتبار المبيع ذاته داخلاً فيها.

ولقد خص قانون المعاملات المدنية الإماراتي البيع من المريض لأجنبي بنص يفيد عدم نفاذه إذا كانت التركة مستغرقة بالديون، وباعه بأقل من قيمة المثل، ولو كانت المحاباة بغبن يسير. ويجب على المشتري أن يقوم بدفع ثمن المثل، وإلا كان للدائن فسخ البيع (م ٦٠٠ من قانون المعاملات المدنية). وكلمة أجنبي هنا تعني الوارث أو غير الوارث، إذ لا توجد غاية محققة في التفرقة بينهما في مواجهة الدائنين للتركة. وهذه كلها من الممكن تطبيقها على المريض بمرض الإيدز، كما قلنا، باعتبار أن المرض من الأمراض المؤدية إلى الموت وفقاً للمعطيات الطبية.

---

(١) انظر د. مصطفى الزرقا عقد البيع ١٩٦٥ رقم ٢٩٩ ونقداً لهذا الاتجاه الذي أخذ به أيضاً القانون المدني السوري.



## الخاتمة

عرضنا في مقدمة هذا البحث لبيان أوجه الخطورة التي يحملها مرض فقد المناعة المكتسبة، مما يجعل منه طاعون العصر، كما عرضنا لمراحل هذا المرض منذ بدء الإصابة به حتى نهايته المحتومة وهي الوفاة، موضحين مدى أثر هذه المراحل على الحالة الجسدية والنفسية والعقلية للمصاب.

وانطلاقاً من هذا البيان استخلصنا النتائج التالية وهي كالآتي:

- جواز أن يضع الحاكم قواعد منظمة للناس مراعاة لمصلحتهم إذا تتطلبها الزمان، وقد فعل ذلك الصحابة سابقاً. ولا يدعي أحد في ذلك بالمشقة لوجود الوسائل الحديثة القادرة على الكشف بيسر وسرية في المجال الذي بحثناه.
- ولا يمنع جواز اشتراط الولي على الزوج الفحص الطبي، لما روي بأن أحق الشروط الوفاء بها ما استحل به الفرج.
- ومن الممكن اعتبار الإصابة بالأمراض المخيفة إخلالاً بشرط الكفاءة في الزواج، إذا تحللنا من النظرة الضيقة لشروط الكفاءة كما ذكرنا في الفرع الثاني، من المطلب الأول، في المبحث الأول. وكذلك لا مانع من أن تقرر الدولة منع زواج المصاب بالإيدز، وفقاً لما ذكرناه من أسباب ودلائل أيديها.
- وللأدلة التي سقناها قلنا بوجود الإفضاء من قبَل الزوج المصاب للطرف الآخر السليم، وإلا ترتب عليه الإثم، وكذلك حقوق مالية وغير مالية، كالحق في الفسخ.
- ورأينا كذلك بالنسبة لمن نقل العدوى وهو لا يعلم بأنه مصاب ومات المنقول إليه قبل الناقل أن تخضع هذه الحالة لحالة ميراث القاتل خطأً، وما جرى مجرى الخطأ عند البعض.
- وعند بحثنا في الإصابة بالإيدز وطلب الفرقة للعيب قسنا على الأمراض المميتة وغير المميتة في السابق، ولكنها خطيرة ومعدية، ولم يوجد لها

العلاج الناجح في زمنها، ورأينا أن الإيدز تنطبق عليه أحكام الفرقة من باب أولى، لوضوح العلة وجلائها.

- أما في جواز الإجهاض من عدمه فإنه لا بد أن يخضع أمر إجهاض الأم لأهل الاختصاص من علماء الطب، بحيث يرون إذا ما كان الطفل قد أصيب بالإيدز وهو في بطن أمه، أو أن احتمالات خطر الإصابة أكبر من عدمها، ففي هذه الحالة يقررون إذا ما كان يجب إجهاض الأم أم لا.

- وكذلك الأمر بالنسبة للإرضاع، فإذا كان الطفل قد أصيب فلا مانع من إرضاعه، إذ المصيبة قد حلت، أما إذا كان لم يصب فالرأي أن تمنع الأم من رضاعته. وأما الحضانة فالرأي الطبي المستقر أنه لا خطر منها.

- وإذا كان المريض يفقد المناعة المكتسبة مصاباً في مرحلة من مراحل المرض بالجنون فإننا توصلنا إلى أن تصرفاته قبل حدوث مرحلة الخلل العقلي تكون صحيحة وملزمة، وبعد حدوث الخلل العقلي يكون حكم تصرفاته حكم تصرفات المجنون.

- وعند تعرضنا لمرض الموت وجدنا أن مرض الإيدز بخطورته هذه يعد مرضاً مخوفاً غالباً ما يتصل به الموت، كما في أي مرض خطير آخر. وتدخل تصرفات المريض مرض الإيدز ضمن تصرفات المريض مرض الموت، وفقاً لأحكام القانون النابعة من الفقه الإسلامي.

ونذكر في ختام هذا البحث أننا لن نجد أفضل من تقوية الوازع الديني لدى أفراد المجتمع، والتمسك بمبادئ الدين الحنيف، والبعد عن الرذائل، وما قرب إليها من عمل.

ونعود ونكرر أنه لا بد في عصرنا هذا - وقد زادت الأمراض والأوبئة وانتشرت بين الناس - من أن يتقرر الزواج بعد إجراء الكشف الطبي على الطرفين وذلك حماية لهما وصيانة من كل داء قد يصل لهما. وهذا مدعاة لخلق أسرة مسلمة قوية متماسكة. وهذا أفضل من اكتشاف المرض بعد

الزواج، مما يعكره أو ينقضه، ورأينا أن مجلس الوزراء بدولة الإمارات قيد منح مكافأة الزواج بشرط الكشف الطبي.

وهنا لا بد أن نذكر بأنه إذا كان الناس لم يألّفوا ذلك، فإن زماننا هذا وما يتطلبه من تغير بتغير الأزمان لا ينكر. فعلى العلماء والقائمين على الأمر تنبيه الناس سواء من فوق منابر المساجد أو الوسائل الإعلامية المختلفة.

وبعد ذلك لا بد من أن يكون لولاية الأمر شأن في دعوة الناس لذلك وحثهم عليه.

بل ولا بد أن يعتاد الناس على المراجع الوقائية عن طريق المراكز الطبية، وأن تقوم الدول الإسلامية بتهيئة هذه المراكز وتسهيلها.

ورغم ما ذكرنا من أقوال العلماء والشرح في أحكام الفقه الإسلامي، فإنه من الضروري أن يرتبط ذلك بعلماء الطب المتخصصين، ويا حبذا وجود الطبيب العالم بالفقه.

وكذلك يجب على العالم الإسلامي أن لا ينتظر الحلول تأتية من الغرب. فلا بد من أن يكون إيجابيا ويقوم بدوره بإجراء التجارب والاختبارات للوصول إلى حلول للأمراض والأوبئة المنتشرة، والتي من المحتمل وصولها إلينا.

وفي النهاية لا بد من أن نحث الشباب على الزواج، بناء على حديث رسول الله ﷺ «من استطاع منكم الباءة فليتزوج..» كما يجب علينا توفير الاستطاعة للشباب، وفي كافة المجتمعات، كما هو الآن - ولله الحمد - في دولة الإمارات، حيث تدخلت السلطة بقيادة رئيس الدولة حفظه الله في تخفيف أعباء الزواج، حتى تنحل عقدة التعنس، وكذلك حل مشكلة الشباب غير القادرين على الزواج للأسباب الاقتصادية.

وما توفيقى إلا بالله رب العالمين

\* \* \*

# مجلة الحقوق

مجلة فصلية أكاديمية محكمة تعنى بنشر الأبحاث  
والدراسات القانونية والشرعية  
تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

رئيس التحرير  
الدكتور مبارك عبدالعزيز النويبت

صدر العدد الأول في يناير ١٩٧٧

## الإشتراكات

الكويت : 3 دينار للأفراد - 15 دينار للمؤسسات  
الدول العربية : 4 دينار للأفراد - 15 دينار للمؤسسات  
الدول الأجنبية : 15 دولار للأفراد - 60 دولار للمؤسسات

## المراسلات

توجه جميع المراسلات إلى رئيس التحرير على العنوان التالي:

مجلة الحقوق - جامعة الكويت

ص.ب : ٥٤٧٦ الصفاة 13055 الكويت

تلفون : ٤٨٤٦٨٤٣ / ٤٢٢٢ - فاكس : ٤٨٣٥٧٨٩