أثر الأمراض المعدية في الخيار بين الزوجين وأحقية الحضانة

إعداد
أروى بنت خالد بن عبدالرحمن الحمودي
بمسار الفقه وأصوله – قسم الدراسات الإسلامية
كلية التربية – جامعة الملك سعود

الاستلام : ٢٠١٩/٣/٢ القبول : ٢٠١٩/٣/٢٥

المستخلص :
الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ،،، أما بعد: فإن من إرادة الله تعالى بالعبد خيراً تيسير طريق العلم والتفقه في الدين، كما قال ﷺ: (من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين)[١]، وإن الناظر في الشريعة الإسلامية الغراء يلحظ المكانة العالية التي يحتلها النكاح، وذلك لما ينتج عنه من ثمرات جمة يعود نفعها على الفرد، والمجتمع، والأمة، لذا أوضح الشارع الحكيم أهدافه، ومقاصده السامية، ووضع القواعد الثابتة لقيام حياة زوجية مثمرة، ولكن قد يعترض الحياة الزوجية ما يحول دون استمرارها؛ لأن الإنسان محل للعوارض التي تطرأ على بني البشر، ومن تلك العوارض الأمراض المعدية والتي يتضرر منها الطرف الآخر في الحياة الزوجية، وذلك لما يصاحب هذه الأمراض المعدية من آثار سيئة قد تؤدي إلى الوفاة؛ لذلك كله كان اختياري لهذا البحث الموسوم بـ (أثر الأمراض المعدية في الخيار بين الزوجين وأحقية الحضانة).

المبحث الأول: التعريف بمفردات العنوان

المطلب الأول: تعريف الأثر:

الأثر جمع آثار، وتجمع كذلك على مأثور، والأثر بقية الشيء، ومنه أثر البعير، وغيره على الأرض إذا مشى أي موضع قدمه، من أثر مشيه على الأرض.

والأثر: ما بقي من رسم الشيء، ومنه أثر الدار، أي بقيتها، والأثر أيضاً: ضربة السيف، والتأثير إبقاء الأثر في الشيء، يقال: أثرت فيه تأثيراً: جعلت فيه أثراً، وعلامة، فتأثر، ويجمع على آثار أيضاً بمعنى أعلام[٢].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب العلم، باب من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين، برقم (٧١)، ومسلم في كتاب الزكاة، باب النهي عن المسألة، برقم (٢٣٨٩).

(٢) ينظر: لسان العرب (٥/٤)، المصباح المنير (٤/١).

المطلب الثاني: تعريف المرض المعدي:

المرض في اللغة: بفتح الراء وسكونها اسم جنس يقال مَرِض فلان مرضاً ومرْضاً فهو مارِض ومرض ومريض، والجمع مرضى ومراضى ومراض ومرضاء[٣]. وأصل المرض الضعف والنقصان، وهو إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها[٤]. ويستعمل المرض في اللغة على معانٍ عدة من أهمها: السقم والشك والريبة والنفاق والظلمة[٥].

العدوى في اللغة: من عدا عدواً إذا جاوز الحد[٦] قال ابن فارس: "العين والدال والحرف المعتل أصل واحد صحيح يرجع إليه الفروع كلها وهو يدل على تجاوز الشيء وتقدم لما ينبغي أن يقتصر عليه"[٧].

المرض المعدي في الاصطلاح: عرفت منظمة الصحة العالمية المرض المعدي بأنه [المرض الذي ينتج من الإصابة بعدوى بعامل مسبب يمكن انتقاله من إنسان لإنسان، أو من إنسان لحيوان، أو من البيئة للإنسان والحيوان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة] [٨].

المطلب الثالث: تعريف الخيار:

الخيار في اللغة: اسم مصدر من الاختيار وهو الاصطفاء والانتقاء والفعل منها اختار ومثل الخيار في ذلك الخيرة بكسر الخاء وفتح الياء أو تسكينها، يقال: اختاره اختياراً وخياراً وخيرة انتقاه واصطفاه، وخيّره بين الشيئين فوّض إليه اختيار أحدهما[٩].

الخيار في الاصطلاح: عرّف الفقهاء الخيار ــ بوجه عام ــ بأنه (طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه) [١٠].

فإن النكاح شرح لمقاصد وغايات سامية منها: السكن والمودة والرحمة والعفة وإنجاب النسل، فإذا حدثت أسباب تحول دون تحقق هذه المقاصد والغايات السامية التي شرع النكاح من أجلها، بأن وجد أجد الزوجين بالآخر عيباً منفراً لا تحصل معه مقاصد النكاح، أو وجد به عيباً مانعاً من الوطء أو الإنجاب فإنه يشرع للسليم من الزوجين

---

(٣) ينظر: لسان العرب (٨٠/١٣)، معجم مقاييس اللغة (٩٨٠)، القاموس المحيط (٨٤٣).
(٤) ينظر: لسان العرب (٨٠/١٣)، معجم مقاييس اللغة (٩٨٠)، القاموس المحيط (٨٤٣)، جمهرة اللغة (٣٦٧/٢)، تهذيب اللغة (٣٤/١٢، ٣٥).
(٥) انظر: لسان العرب (٨١/١٣).
(٦) ينظر: الصحاح (٢٤٢٠/٦)، لسان العرب (٣١/١٥)، تهذيب اللغة (١٠٨/٣).
(٧) ينظر: معجم مقاييس اللغة (٧٤٦).
(٨) ينظر: موقع منظمة الصحة العالمية على الشبكة العنكبوتية (الإنترنت).
(٩) ينظر: الصحاح (٦٥١/٢)، لسان العرب (٢٦٤/٤)، تاج العروس (١٩٤/٣).
(١٠) ينظر: المبدع (٦٣/٤)، شرح الزركشي (٣٨٣/٣).

الخيار بين البقاء على النكاح وبين فسخه وذلك لدفع الضرر الحاصل له من جرّاء العيب.

المطلب الرابع: بعض الأمراض المعدية في العصر الحاضر:

إن تصور الأمراض المعدية مما يساعد على إعطاء الحكم الشرعي المناسب المعلق بها، ولذا سأعرض بعض الأمراض المعدية في هذا العصر.

١- الجذام: وهو علة تتآكل فيها الأعضاء وتتساقط فيحمر العضو ثم يسود ثم ينتن ثم يتقطع، وهو مرض قديم ولكنه ما زال موجوداً والعامل المهم في انتشاره هو الاختلاط بالمصاب، كما أنه وجد ميكروبات الجذام في لبن الأم بكميات كبيرة فينتقل إلى الرضع[١١].

٢- مرض نقص المناعة المكتسبة الإيدز (AIDS): وهذا المرض يدمر الجهاز المناعي للإنسان، فلا يستطيع الجهاز المناعي مواجهة الأمراض والجراثيم، أياً كان ضعفها، وينتقل هذا المرض عن طريق الجماع ونقل الدم، ومن الأم للجنين، وهذا المرض لم يوجد له علاج إلى الآن[١٢].

٣- التهاب الكبد الوبائي: تقوم الكبد بما لا يقل عن خمسة آلاف وظيفة مهمة للجسم وعند إصابة خلية الكبد بالفيروس لا تستطيع القيام بعملها، وهناك عدة فيروسات مسببة لهذا المرض تختلف قوة وضعفاً، وهو أشد عدوى من مرض الإيدز[١٣].

المبحث الثاني: العيوب في النكاح

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: فسخ النكاح بالعيب:

إذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً منفراً فهل يجوز للسليم من الزوجين فسخ النكاح أو لا؟ اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: يجوز فسخ النكاح بالعيب، هو مذهب الحنفية[١٤]، والمالكية[١٥]، والشافعية[١٦]، والحنابلة[١٧].

---

(١١) ينظر: العدوى بين الطب الحديث وحديث المصطفى (ص٦٥)، الأمراض المعدية للكاديكي (ص٢١٣).

(١٢) ألف في الإيدز مؤلفات كثيرة، ينظر: الإيدز وباء العصر، د. محمد البار، والأسرة ومرضى الإيدز، جاسم سالم.

(١٣) ينظر: أمراض وزراعة الكبد (ص٢٩)، الفيروسات المرضية (ص٣٧٠)، الأمراض المعدية للكاديكي (ص٦٥، ٧١).

(١٤) ينظر: المبسوط (٩٧/٥)، الاختيار (١١٥/٣).

(١٥) ينظر: مواهب الجليل (٤٨٤/٣)، شرح الخرشي (٢٣٥/٣).

(١٦) ينظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٣٨)، روضة الطالبين (١٧٦/٧).

القول الثاني: لا يجوز فسخ النكاح بالعيب، وإليه ذهب الظاهرية[١٨]، واختاره الشوكاني[١٩].

عرض الأدلة:

أدلة القول الأول: استدل القائلون بجواز فسخ النكاح بالعيب بالأدلة الآتية:

١- قوله تعالى: (فإمساكٌ بمعروفٍ أو تسريحٌ بإحسانٍ) [البقرة: ٢٢٩].

ووجه الدلالة: أن الله سبحانه أوجب على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وليس من الإمساك بالمعروف إبقاءها على قيد النكاح مع كونها محرومة الحظ من زوجها لعنته أو نفرتها منه لعيب من العيوب فوجب أن يثبت لها الخيار؛ لأنه لو لم يثبت لها الخيار بقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة[٢٠].

٢- حديث جميل بن زيد: (أن النبي ﷺ تزوج بامرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضاً فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليك ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئاً) [٢١].

ووجه الدلالة: أن الرسول ﷺ عندما وجد في هذه المرأة بياضاً ــ أي برصاً ــ ردّها، وهذا يدل على أن للزوج حق الخيار إذا وجد في زوجته عيباً.

٣- ما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال: (أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص فمسّها فلها صداقها كاملاً وذلك لزوجها غرم على وليها) [٢٢].

وعن علي ﷺ أنه قال: (أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها إن شاء أمسك وإن شاء طلب وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها) [٢٣].

---

(١٧) ينظر: المغني (٦٥٠/٦)، الفروع (٢٢٨/٥).

(١٨) ينظر: المحلى (٢٧٩/٩).

(١٩) ينظر: نيل الأوطار (٨٧/٩).

(٢٠) ينظر: المبسوط (٩٧/٥)، بدائع الصنائع (٦٣٢/٢).

(٢١) أخرجه الإمام أحمد في المسند (٤٩٣/٣)، والحاكم في المستدرك (٣٦/٤)، والبيهقي في السنن (٢١٣/٧)، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: "رواه أحمد عن جميل وجميل ضعيف" (٣٠٠/٤)، وذكره ابن حجر في التلخيص وقال: "في إسناده جميل بن زيد وقد اضطرب فيه وهو ضعيف" (١٣٩/٣).

(٢٢) أخرجه الإمام مالك في الموطأ (٥٢٦/٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٤/٧)، قال ابن حجر في بلوغ المرام (ص٣٠٢) (رجاله ثقات).

(٢٣) أخرجه البيهقي في السنن (٢١٥/٧)، وصححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (ص٢٥٩).

ووجه الدلالة مما سبق: أن هذين الأثرين دلا على أن البرص والجنون والجذام والقرن عيوب يثبت بها الخيار في فسخ النكاح، ويقاس عليها غيرها من عيوب أخرى.

٤- أن من مقاصد الشريعة إزالة الضرر ورفع الحرج، وفي بقاء أحد الزوجين مع الآخر مع وجود عيب منفر أو معدي فيه ضرر عظيم، وفسخ النكاح فيه إزالة ورفع لهذا الضرر.

٥- قياس ثبوت الخيار في عقد النكاح بسبب العيب على ثبوت الخيار في البيع بالعيوب بجامع فوات المقصود في كل، بل إن عقد النكاح أشد أثراً وأعظم حظراً من عقد البيع[٢٤].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون بعدم فسخ النكاح بالعيب بما يأتي:

١- ما روته عائشة رضي الله عنها أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبتّ طلاقي، وإني نكحت بعده عبدالرحمن بن الزبير وإنما معه مثل الهدبة قال رسول الله ﷺ: (لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته) [٢٥].

ووجه الدلالة: أن هذه المرأة التي جاءت إلى النبي ﷺ تشكو زوجها عبدالرحمن بن الزبير بأنه لم يطأها وأن ما معه مثل الهدبة لا ينتشر إليها وتريد مفارقته فلم يُشكِها ولا أجل لها شيئاً ولا فرق بينهما[٢٦].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه في غير موضع النزاع لأن الحديث ورد لبيان حكم المطلقة ثلاثاً وأنها لا تحل لزوجها الأول إلا بعد زوج آخر يطأها وتذوق من عسيلته ويذوق من عسيلتها[٢٧].

٢- الأصل بقاء النكاح، فلا يزول إلا بدليل ولا دليل من قرآن ولا سنة صحيحة على فسخ نكاح من وجد بها أو بزوجها عيب بعد صحته وثبوته[٢٨].

يناقش: بأن الدليل قائم على ثبوت فسخ النكاح بالعيب ــ وهو ما سبق ذكره من الأدلة التي استند إليها أصحاب القول الأول.

---

(٢٤) ينظر: المبسوط (٩٥/٥)، الحاوي الكبير (٣٤٠/٩).

(٢٥) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الطلاق، باب إذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجت بعد العدة زوجاً غيره فلم يمسها، برقم (٥٣١٧)، ومسلم في صحيحه في كتاب النكاح، باب لا تحل مطلقة ثلاثاً لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره، برقم (١٤٣٣).

(٢٦) ينظر: المحلى (٢٠٩/٩).

(٢٧) ينظر: فتح الباري (٣٧٨/٩)، المغني (٦٦٨/٦).

(٢٨) ينظر: المحلى (٢٠٨/٩)، نيل الأوطار (١٨٧/٦).

الترجيح:

يظهر ــ والله أعلم ــ رجحان القول الأول وهو قول الجمهور القائلين بجواز فسخ النكاح وذلك للأسباب الآتية:

- السبب الأول: أن القول بفسخ النكاح بالعيب ثابت عن النبي ﷺ كما سبق بيانه وثابت عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما.
  وقد أمرنا النبي ﷺ بإتباع سنتهم حيث قال: (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين تمسكوا بها وعضّوا عليها بالنواجذ) [٢٩].
- السبب الثاني: أن هذا القول يتمشى مع قواعد الشريعة الإسلامية التي توجب رفع الضرر عن المكلفين كما مقتضى قوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا)، وقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار) [٣٠]، وفسخ النكاح بالعيوب يعد من إزالة الضرر.
- السبب الثالث: أن الأخذ بهذا القول يتفق مع حكمة الشارع في تشريع الزواج التي من أهم قوامها حصول السكن والمودة والمحبة وهذه المعاني العظيمة لا تتأتّى مع وجود عيب مُعدٍّ منفر في أحد الزوجين.

المطلب الثاني: اعتبار الأمراض المعدية من عيوب النكاح:

اختلف العلماء ــ رحمهم الله ــ في عدد العيوب التي يثبت بها الخيار لأحد الزوجين على الآخر، ولكن هل هذه العيوب على سبيل الحصر، أم أنها جاءت على سبيل التمثيل فيقاس عليها غيرها من العيوب التي تساويها أو تفوقها كالأمراض المعدية مثل الإيدز والزهري؟

اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور العلماء إلى حصر هذه العيوب على اختلاف فيما بينهم في عددها.

فحصرها أبو حنيفة في اثنين[٣١]، وذهب المالكية إلى أنها ثلاثة عشر عيباً[٣٢]، وذهب الشافعية إلى أنها سبعة عيوب[٣٣]، وذهب الحنابلة إلى أنها ثمانية عيوب[٣٤].

---

(٢٩) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٦/٤)، وأبو داود في سننه في كتاب السنة، باب لزوم السنة، برقم (٤٦٠٧)، والترمذي في سننه في أبواب العلم عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الأخذ بالسنة واجتناب البدع، برقم (٢٦٧٦) وقال هذا حديث حسن صحيح. وابن ماجه في سننه في كتاب السنة، باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين، برقم (٤٢)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح سنن أبي داود (٨٧١/٣).

(٣٠) أخرجه ابن ماجه في سننه في أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤٠)، والإمام أحمد في مسنده (٣١٣/١)، والدار قطني في سننه (٥١/٤)، والحاكم في المستدرك (٥٧/٢)، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

واستدلوا: بما ورد عن بعض الصحابة رضي الله عنهم من التفريق بهذه العيوب فحصروها فيها.

ولكن يجاب عن ذلك: بأن ما ذكر عنهم ليس من باب الحصر، بل هو مما وقع في عصرهم[٣٥].

لكن من الملاحظ عند الرجوع إلى كتب المالكية والشافعية والحنابلة والتمعن في أقوالهم وتعليلاتهم نجد أن فيها ما يفيد عدم الحصر، وأن الخيار بالعيب منوط بعلة فمتى وجدت وجد الخيار، وإن كانوا ينصون على عدد معين.

القول الثاني: أن عدد العيوب ليس محصور، بل إن كان عيب يحصل به ضرر فاحش، أو يكون منفراً يمنع مقصود النكاح، فإنه يثبت به الخيار من ذلك الأمراض المعدية كالإيدز والكبد الوبائي والزهري، ونحوها، وهذا قول بعض السلف[٣٦]، وبعض فقهاء الحنابلة[٣٧]. واختاره ابن تيمية[٣٨]، وتلميذه ابن القيم[٣٩]، وعبدالرحمن السعدي[٤٠].

واستدل أصحاب هذا القول بـ:

---

(٣١) وهما: الجب والعنة، ونحوهما؛ لأن شرعية النكاح لأجل الوطء وغير الجب والعنة لا يخل به؛ لأن الوطء يتحقق مع غير هذه العيوب، انظر: بدائع الصناع (٦٣٢/٢).

(٣٢) وهي: الجنون، الجذام، البرص، العذيطة، الجب، العنة، الخصاء، الاعتراض، الرتق، القرن، العفل، الإفضاء، البخر؛ لأن هذه العيوب تعافها النفوس وينقص الاستمتاع والوطء، وغيرها ليس كذلك وشأنه الظهور فغير المشترط مقصر. انظر: المعونة (٥١٣/١)، قوانين الأحكام الشرعية (ص٢٢٤)، منح الجليل (٨٣/٢).

(٣٣) وهي: الجنون، الجذام، البرص، العنة، الجب، الرتق، القرن، وذلك لأن هذه العيوب تفوت مقصود النكاح وذلك أن معظم مقصود النكاح في الوطء، وأما الجنون والجذام والبرص فلشدة النفرة منه ولخوف العدوى، انظر: روضة الطالبين (١١٧/٧)، الحاوي الكبير (٣٣٨/٩).

(٣٤) وهي: الجنون، الجذام، البرص، العنة، الجب، الرتق، القرن، العفل، وذلك لأنها تمنع الاستمتاع المقصود من النكاح، انظر: المغني (٦٥١/٦).

(٣٥) انظر: زاد المعاد (١٦٦/٥).

(٣٦) كشرح وأبي ثور والزهري. انظر: الإنصاف (١٩٥/٨)، زاد المعاد (١٨٤/٥).

(٣٧) انظر: الإنصاف (١٩٥/٨).

(٣٨) انظر: مجموع الفتاوى (١٦١/٣٢).

(٣٩) انظر: زاد المعاد (١٦٥/٥).

(٤٠) ينظر: المختارات الجلية (ص١٠٤ ــ ١٩٧).

١- ما ثبت عن بعض الصحابة رضي الله عنهم[٤١] أنهم فرقوا ببعض العيوب دون ما ذكرها الأئمة الأربعة في حصرهم، مما يدل على أن كل عيب يماثلها أو يقوم مقامها مما يفوّت مقصود النكاح يثبت به حق الفسخ[٤٢].
٢- قال ابن القيم: "وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها، أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو إحداهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفّرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش .. وقياسه أن كل عيب ينفر منه الزوج الآخر ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار .. ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره، وموارده، وعدله، وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة"[٤٣].
٣- أن الأصل السلامة من العيوب، فإذا وجد عيب خلاف المعهود ثبت للآخر خيار العيب، وإذا كان العيب في البيع يثبت في كل شيء ينقص به قيمة المبيع فكيف لا يثبت في النكاح مع عظم خطره[٤٤].
٤- قياس النكاح على عقد البيع، فلما كان عقد البيع يثبت به الخيار بأي عيب جرى العرف بالسلامة منه فكذلك النكاح من باب أولى، وكيف يمكن لأحد الزوجين الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن منه بالجرب المستحكم وهو أشد إعداءً[٤٥].

الموازنة والترجيح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في العيوب التي يثبت بها الخيار وذكر تعليلاتهم يتبين ــ والله أعلم ــ بأن العيوب التي يثبت بها الخيار غير محصورة كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، فيقاس عليها غيرها من العيوب كالأمراض المعدية مثل الإيدز والزهري ونحو ذلك، وذلك لما يأتي:

١- أن القول بثبوت الخيار بعيوب محصورة ونفي ذلك عما كان مثلها في الأثر أو أشد منها لا وجه له؛ لأن الغرض من النكاح تحقيق مقاصده العظمى على الوجه الشرعي فكل عيب لا يتم معه تحصيل ذلك يثبت بسببه الخيار.

---

(٤١) كعمر رضي الله عنه، وعلي وقد سبق ذكر نصوصهم في ذلك (ص ٥).
(٤٢) انظر: زاد المعاد (١٦٧/٥).
(٤٣) انظر: زاد المعاد (١٦٦/٥).
(٤٤) ينظر: المختارات الجلية (ص١٩٨).
(٤٥) انظر: زاد المعاد (١٦٦/٥).

وفي ذلك يقول ابن القيم: "وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد إعداء من ذلك البرص اليسير وكذلك غيره من أنواع الداء العضال"[٤٦].

٢- أن القول بأن العيوب المثبتة للخيار غير محصورة يتمشى مع قواعد الشريعة الإسلامية التي توجب رفع ا لضرر عن المكلفين كما هو مقتضى قوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا) [البقرة: ٢٣١] وقوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)[٤٧].

٣- أن الأصل السلامة من العيوب فإذا وجد عيب خلاف المعهود ثبت للآخر خيار العيب[٤٨]، وينبني عليه الكثير من الأمراض والعيوب المعدية التي لم يذكرها الفقهاء كالزهري والإيدز وغيرها من العيوب المنفردة والمانعة من الاستماع.

٤- أن جمهور الفقهاء الذين قالوا بحصر العيوب في عدد معين قد دلت تعليلاتهم ــ التي سبق ذكرها ــ على أن حق الفسخ منوط بعلة وذلك يقتضي أن العلة حيثما وجدت وجد الخيار والذي يبدو من خلال أقوال جمهور الفقهاء لتلك العيوب أنها هي التي كانت معروفة ومنتشرة في عصرهم فأخذوا في بيان حقيقتها، وما يترتب عليها من أحكام، ولو كانت غير تلك العيوب مما هو معروف الآن كالإيدز ونحوه ــ موجودة في عصرهم لنبهوا عليها وبيّنوا حكمها[٤٩].

٥- أن الشريعة الإسلامية حرمت على البائع كتمان عيب سلعته وجعلت للمشتري حق الخيار بسبب ذلك، فمن باب أولى أن تجعل لكلا الزوجين ذلك الحق إذا وجد في صاحبه عيباً يخل بمقصود النكاح أو يوجد نفرة بين الزوجين[٥٠]، لما في ذلك من الأمور التي تتنافى مع الحكمة من مشروعية النكاح الواردة في قوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة). [الروم:٢١].

٦- أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة اتفقوا على بعض العيوب التي ثبت بها الخيار ومنها الجذام الذي يعتبر علّة تتآكل فيها الأعضاء وتتساقط وهو مرض معدي ينتقل بالعدوى من شخص لآخر فيقاس عليه بقية الأمراض المعدية.

فمما سبق يتبني لنا أن هذا القول هو الموافق لما تميزت به الشريعة الإسلامية من السعة والصلاحية لكل زمان، والقول بحصرها على عدد معين فيه جمود تأباه الشريعة، والأمراض المعدية الموجودة الآن تفوق في خطورتها الجذام والبرص.

---

(٤٦) ينظر: زاد المعاد (١٨٥/٥).
(٤٧) سبق تخريجه (ص٦).
(٤٨) ينظر: المختارات الجلية لابن سعدي (ص١٩٨).
(٤٩) ينظر: التفريق بالعيب بين الزوجين (ص٢٤٢).
(٥٠) ينظر: زاد المعاد (١٨٥/٥).

إلا أنه ينبغي تقييد ذلك بما لا يمكن علاجه، أو أن علاجه يطول بحيث يلحق ضرر بالسليم منهما؛ لأنه بتتبع كلام الفقهاء والعيوب التي ذكروها يجمعها أنه لا يمكن علاجها، وأما إن أمكن العلاج والمدة ليست بطويلة فليس للطرف الآخر الفسخ.

المطلب الثالث: فسخ النكاح بسبب المرض المعدي الطارئ:

إن من مقاصد النكاح في الشريعة الإسلامية وجود الألفة والمحبة بين الزوجين والتعاون فيما بينهما على طاعة الله عزّ وجلّ، والمحافظة على هذه الرابطة الوثيقة.

ومبحثنا هنا فيما إذا طرأ على أحد الزوجين مرض معدي كالإيدز بعد العقد، فهل يحق للزوج الآخر الفسخ؟

اختلف العلماء في العيب الطارئ على قولين:

القول الأول: أنه لا خيار، وهذا ما ذهب إليه المالكية في قول[٥١]، ورواية عند الحنابلة[٥٢]. قال مالك: لما نزلت بالمدينة والعيب المقتضي للخيار ما وجد قبل العقد لا بعده[٥٣].

استدلوا: لأنه عيب وجد بعد اللزوم للعقد فأشبه الحادث بالمبيع[٥٤].

أجيب: بأن هذا ينتقض بالعيب الحادث في الإجازة[٥٥].

القول الثاني: يثبت الخيار.

وهو قول عند المالكية[٥٦]، وقول الشافعي في الجديد[٥٧]، ورواية عند الحنابلة[٥٨]. ولا يرجع ا لزوج بالمهر على أحد؛ لأنه لم يحصل غرر[٥٩].

واستدلوا:

أ- أن المرض المعدي عيب لو قارن أثبت الخيار، فإذا أحدث العيب أثبته كالإعسار[٦٠].

---

(٥١) انظر: جامع الأمهات (ص٢٧٢).

(٥٢) وهذا القول اختاره أبو بكر غلام الخلال وابن حامد. انظر: الإنصاف والشرح الكبير (٥٠٤/٢٠)، الكافي (٢٩٧/٤).

(٥٣) انظر: جامع الأمهات (ص٢٧٢).

(٥٤) انظر: الشرح الكبير (٥١١/٢٠)، المغني (٦٠/١٠).

(٥٥) انظر: المغني (٦٠/١٠)، الشرح الكبير (٥١١/٢٠).

(٥٦) انظر: المعونة (٥١٥/١).

(٥٧) انظر: المجموع (٣٧٤/١٧).

(٥٨) وهو ظاهر قول الخرقي؛ لأنه قال: فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها. انظر: الكافي (٢٩٧/٤)، الإنصاف (٥٠٤/٢٠)، الشرح الكبير (٥١١/٢٠).

(٥٩) انظر: الوسيط (١٣٦/٥)، المعونة (٥١٥/١).

(٦٠) انظر: الكافي (٢٩٧/٤)، المغني (٦٠/١٠)، الشرح الكبير (٥١٢/٢٠).

ب- ولأنه عقد على منفعة، فحدوث عيب بها يثبت الخيار كالإجارة[٦١].

الترجيح:

الذي يظهر ــ والله أعلم ــ هو رجحان القول الثاني، القائل بثبوت حق الفسخ بالعيب الطارئ وهو المرض المعدي.

وذلك أن من تدبر مقاصد الشارع في مصادره وموارده، وعدله، ورحمته، وما اشتمل عليه من المصالح علم أن القول بثبوت حق الفسخ بالعيب الطارئ هو الموافق لقواعد الشريعة، وذلك أن من مقاصد الشريعة رفع الحرج وإزالة الضرر ولا يخفى أن بقاء أحد الزوجين مع الآخر مع أنه مريض بمرض معدي تتعطل معه مصالح النكاح العامة، والقول بفسخ النكاح فيه إزالة ورفع لهذا الضرر الواقع، لاحتمال انتقال العدوى إلى الطرف الآخر في النكاح.

المبحث الثالث: أثر الأمراض المعدي في أحقية الحضانة

جاء الإسلام بمراعاة حقوق البشر جميعاً، رجالاً ونساءً، صغاراً وكباراً، فشرع لهم ما يكفل لهم السعادة في الدنيا والآخرة، ولما كان الصغار محتاجون إلى من يقوم برعايتهم ورعاية مصالحهم، شرع الشارع لهم الحضانة عند فراق الزوجين يقول تعالى: (وكفلها زكريا)[٦٢].

ولا خلاف بين الفقهاء ــ رحمهم الله ــ في أن الأم أحق من الأب بالطفل عند المفارقة إذا توفرت فيها الشروط[٦٣].

ولكن إذا كان من له الحق في الحضانة مصاباً بمرض معدي فهل يسقط حقه في الحضانة أم لا؟

إن مقتضى الحضانة: رعاية المحضون وتربيته، وحفظه عما يؤذيه ويضره[٦٤]، ولما كانت هذه الرعاية تتطلب عناية خاصة، اشترط في الحاضن شروط لا يستحق الحضانة إلا بها ومنها:

ألا يكون بالحاضن مرض معدٍ يتعدى ضرره إلى المحضون[٦٥] كالجذام، والإيدز، والكبد الوبائي، ونحو ذلك.

وضابط هذا الشرط ما تحقق فيه أحد وصفين:

---

(٦١) انظر: المغني (٦٠/١٠)، الشرح الكبير (٥١١/٢٠).

(٦٢) سورة آل عمران، الآية (٣٧).

(٦٣) ينظر: المبسوط (٢٠٧/٥)، شرح فتح القدير (٣٦٧/٤)، المعونة (٩٤٠/٢)، الإنصاف (٤٥٦/٢٤).

(٦٤) ينظر: الوسيط للغزالي (٢٣٨/٦).

(٦٥) ينظر: التاج والإكليل (٥٩٧/٥)، كشاف القناع (٤٩٩/٥).

الأول: كونه مانعاً للحاضن من القيام بحق المحضون، مشغلاً له عن تدبر أمره ورعايته[٦٦].

الثاني: إذا خشي على المحضون الضرر من انتقال المرض المعدي إليه[٦٧].

ومما يستدل به على ذلك:

١- قوله تعالى: (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)[٦٨].

وجه الدلالة: أن في إبقاء المحضون لدى الحاضن الذي قد شغل عن رعاية المحضون ومصالحه أو خشي انتقال المرض المعدي إليه بسبب مرض معدي بالحاضن فيه إعانة على الإثم والعدوان.

٢- قوله ﷺ: (فر من المجذوم كما تفر من الأسد) [٦٩].

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ أمر بالفرار من المريض المجذوم كما يفر أحدنا من الأسد، وإذا كان الحاضن مصاباً بالجذام، فالنبي ﷺ أمر بإبعاد المحضون عنه والفرار منه، فدل ذلك على أن الجذام مسقط للحضانة ويقاس عليه غيره مما يشابهه في العلة: وهي العدوى والنفرة.

٣- أن من مقاصد الشريعة العامة المحافظة على النفس ورفع الحرج وإزالة الضرر، وفي إسقاط حضانة المريض بمرض معدي حفظ لنفس المحضون وإزالة للضرر عنه لاحتمال انتقال المرض إليه.

٤- أن الحضانة إنما جعلت لمصلحة المحضون، ولاحظ له في حضانة المريض مرضاً معدياً، لاحتمال انتقال العدوى إليه، ولذا فتسقط حضانته.

فيتضح لنا مما سبق أن الحاضن إذا كان به مرض معدي يؤدي إلى انشغاله عن رعاية المحضون ومصالحه وتدبير أمره أو خشي أن ينتقل المرض المعدي إلى المحضون فإن حضانته تسقط، ولكن إذا كان المرض المعدي لا يضر بالمحضون كالزكام ونحون وضابطه: ما يرجى زواله ولا يخشى الضرر بانتقاله إليه، ولا يشغله عن رعايته، فإنه لا تسقط الحضانة بذلك.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد ،،،

---

(٦٦) ينظر: المنتقى للباجي (١٦٨/٦)، الكافي لابن عبد البر (ص٢٩٦).

(٦٧) ينظر: التاج والإكليل (٥٩٧/٥).

(٦٨) سورة المائدة، الآية (٢).

(٦٩) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الطب، باب الجذام، برقم (٥٧٠٧).

المراجـــع :

١- موسوعة الحديث للشريف، الكتب الستة، طبعة مصححة ومرقمة ومرتبة حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف بإشراف الشيخ صالح بن عبدالعزيز آل الشيخ، دار السلام، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٢١هـ ــ ٢٠٠٠م.
٢- الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٣٩٩هـ.
٣- لسان العرب لابن منظور، دار صادر، بيروت.
٤- معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق: أحمد الشربيني، دار الفكر.
٥- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي، المكتبة العلمية.
٦- القاموس المحيط للفيروز آبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
٧- تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، تحقيق: عبد الحليم النجار، الدار المصرية.
٨- جمهرة اللغة لأبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري، الطبعة الأولى مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ١٣٤٥هـ.
٩- تاج العروس من جواهر القاموس للزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، دار مكتبة الحياة، بيروت.
١٠- المبدع في شرح المقنع لابن مفلح أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٧هـ.
١١- شرح الزركشي لمختصر الخرقي لمحمد بن عبد الله الزركشي، تحقيق: د. عبد الله بن عبدالرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
١٢- الأمراض المعدية للدكتور عثمان الكاديكي، دار الكتب الوطنية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٨م.
١٣- العدوى بين الطب وحديث المصطفى ﷺ للدكتور محمد بن علي البار، الدار السعودية، الطبعة الخامسة، ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م.
١٤- الإيدز وباء العصر للدكتور محمد بن علي البار والدكتور محمد أيمن صافي، دار المنارة جدة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ ــ ١٩٨٧م.
١٥- الأسرة ومرض الإيدز للدكتور جاسم سالم بحث مقدم للدورة التاسعة للمجمع الفقهي.
١٦- أمراض وزراعة الكبد للدكتور إبراهيم حمد الطريف، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ ــ ١٩٩٩م.
١٧- الفيروسات المرضية الفيروسات والإنسان للدكتور ماهر البسيوني حسين، نشر جامعة الملك سعود، ١٤٢١هـ.

١٨- المبسوط لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.
١٩- الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلي، المكتبة الإسلامية تركيا، الطبعة الثانية، ١٣٧٠هـ.
٢٠- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن محمد الحطاب، مكتبة النجاح ليبيا.
٢١- شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبد الله محمد الخرشي، المطبعة الكبرى الأميرية مصر، الطبعة الثانية، ١٣١٧هـ.
٢٢- الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٢٣- روضة الطالبين وعمدة المفتين لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
٢٤- المغني في فقه الإمام أحمد لموفق الدين أبي عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبدالمحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الطبعة الخامسة، ١٤٢٦هـ ــ ٢٠٠٥م.
٢٥- الفروع لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٣٨٨هـ.
٢٦- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار لمحمد بن علي الشوكاني، خرج أحاديثه وعلق عليه عصام الصبابطي، دار الحديث القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
٢٧- المحلى بالآثار لمحمد بن أبي بكر بن عبد ا لقادر ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، ١٤١٢هـ ــ ١٩٩٠م.
٢٨- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تقديم الشيخ عبدالرزاق الحلبي، حققه محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ ــ ١٩٩٨م.
٢٩- المسند للإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، تحقيق: أحمد شاكر.
٣٠- تلخيص المستدرك للذهبي، وهو مطبوع بهامش المستدرك، مكتبة ومطابع النصر، الرياض.
٣١- السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، دار المعرفة، بيروت.
٣٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
٣٣- بلوغ المرام من أدلة الأحكام لأحمد بن علي بن محمد بن حجر، تصحيح وتعليق: محمد حامد الفقي، دار البخاري القصيم، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

٣٤- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأحمد علي بن حجر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحيي الدين الخطيب، دار الريان للتراث، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ.
٣٥- المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي أبي محمد عبد الوهاب المالكي، تحقيق: محمد حسن محمد حسن، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٣٦- روضة الطالبين وعمدة المفتين للإمام النووي، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ ــ ١٩٩١م.
٣٧- زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم الجوزية، حققه: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤٢٣هـ ــ ٢٠٠٢م.
٣٨- مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، وساعده ابنه محمد، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، عام ١٤١٦هـ.
٣٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي بهامش المقنع والشرح الكبير، تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، عالم الكتب، ١٤٢٦هـ ــ ٢٠٠٢م.
٤٠- المختارات الجلية من المسائل الفقهية لعبد الرحمن بن ناصر السعدي.
٤١- التفريق بالعيب بين الزوجين لوفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مكتبة كنوز المعرفة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ ــ ١٩٩٩م.
٤٢- جامع الأمهات لجمال الدين بن عمر بن الحاجب المالكي، حققه: أبو عبدالرحمن الأخضر الخضري، دار اليمامة، الطبعة الثانية، ١٤٢١هـ ــ ٢٠٠٠م.
٤٣- الكافي لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: عبد الله ابن عبد المحسن التركي، دار هجر، الطبعة ا لأولى، ١٤١٧هـ ــ ١٩٩٧م.
٤٤- المجموع شرح المهذب للشيرازي لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، حققه وأكمله: محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، ١٤١٥هـ.
٤٥- شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني.
٤٦- الوسيط في المذهب للغزالي، دار السلام، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
٤٧- التاج والإكليل شرح مختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري المواق، دار الكتب العلمية.
٤٨- المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن خلف الباجي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.
٤٩- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لأبي عمر يوسف بن عبدالله النمري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ