مجلة العلوم والبحوث الإسلامية
SUST Journal of Islamic science and Research
Available at:http://scientific-journal.sustech.edu/

دليل الاستصحاب وتطبيقاته علي أحكام المفقود(دراسة أصولية تطبيقية)

عباس إبراهيم أحمد محمود

المستخلص:

يعالج البحث مشكلة استخدام الاستحسان كقاعدة أصولية اختلف فيها العلماء ومَن مِن العلماء استخدمها في معضلة انتشرت حديثا وهي متعلقات المفقود ومعرفة الفرق بينه وبين الغائب، ويهدف البحث الي بيان أنه يجب علي القاضي البحث عن المفقود ويعين له وكيل وتحصر أمواله ومن نتائج ذلك أنه إن عاد المفقود يطبق القاضي الاحكام الشرعية في ذلك حيث أنه يستحق مابقى من ماله فى أيدى ورثته، وتعود زوجته إلى عصمته، مالم تتزوج ويقع الدخول بها.

ABSTRACT:

The research deals with the problem of using desirability as a fundamental rule in which scholars and one of the scholars differed on it in a newly spread dilemma which is related to the missing and knowing the difference between him and the absent. The judge applies the legal rulings in this, as he deserves what is left of his money in the hands of his heirs, and his wife returns to his wife, unless she gets married and the entry takes place.

الكلمات المفتاحية:

الاستصحاب المقلوب – مدة الغيبة – قاعدة الاستحسان

أستاذ أصول الفقه المشارك بكلية الشريعة والقانون بجامعة الجوف-المملكة العربية السعودية – المعار من جامعة ام درمان الإسلامية – كلية الشريعة والقانون

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمدوعلى آله وصحابته أجمعين، أما بعد:

فإن من أشهر الأدلة المختلف فيها عند علماء أصول الفقه: دليل الاستصحاب،وقد حظي هذا الدليل قديماً وحديثاً بعناية فائقة من قبل علماء هذا الفن، إذ يندر أن تجد كتاباً لهم يخلو من باب أو فصل في أحكام هذا الأصل، بل صنف فيه بعض المعاصرين كتباً مستقلة، وأفرده بعض الباحثين بدراسات مستفيضة، تضمنت بيان حقيقته، وأنواعه، وحجيته، وكافة الأحكام المتعلقة به.

ولكن ندر أن نجد له مصنفا مستقلا وربطا للفروع الفقهية إلا في كتب الفروع ..

ولذا فقد عقدت العزم مستعينا بالله تعالى ومسترشدا بما خطه السابقون في علماء الأصول على أن أحقق هذا الدليل مبينا أثره في المفقود ، لان مسببات الفقد وجدت بكثره في زماننا هذا وتحتاج الوقائع الي تأصيل وسبر لبيان الحكم الشرعي ،والله تعالى أسأل العون والتوفيق والسداد ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

أهداف البحث:

يهدف البحث الي:

1/ بيان ان قاعدة الاستصحاب وان اختلف فيها العلماء الا إن أغلب العلماء عمل بها.

2/ كيف يتصرف القاضي قبل الحكم بوفاة المفقود؟

3/ الوصول الي الاحكام الشرعية المتعلقة بالمفقود حال فقدة وحال عودته .

مشكلة البحث:

وجدت مسببات الفقد في زماننا هذا فكثرة الحروب والكوارث الطبيعية من زلازل وحرق وغرق واختفاء طائرات وغيرها من أسباب الفقد، فاحتاج الناس الي التفقه في حالات المفقود والمعالجات الشرعية لهذه الحالات .

أسباب اختياري للموضوع :

من أسباب اختياري لهذا الموضوع :

1/ أن الاستصحاب عموماً- وهذا التطبيق علي وجه الخصوص- من المباحث المشكلة التي تحتاج إلى التفصيل، والتحرير، ومعرفة مواطن الوفاق، ومواطن الخلاف، ومن تأمل ما كتبه علماء الأصول من المتقدمين والمتأخرين حول هذاالدليل أدرك أن مرد الاختلاف الحاصل بينهم في طريقة تناوله: الإجمال، وعدم تنقيح محل النزاع.

2/ مسببات الفقد وجدت في زماننا هذا فكثرة الحروب والكوارث الطبيعية من زلازل وحرق وغرق واختفاء طائرات فاحتاج الناس الي التفقه في حالات المفقود والمعالجات الشرعية لهذه الحالات .

3/ أن الناظر في كتب الفروع، يجد أن الفقهاء- وبخاصة فقهاء الحنفية والشافعية- قد اعتمدوا عليه في مسائل كثيرة، وبنوا عليه جملة من الفروع الفقهية، وهذا يؤكد الحاجة إلى دراسته من الجانب النظري.

الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أجد-فيما اطلعت عليه- دراسة سابقة تناولت أحكام الاستصحاب تطبيقا علي المفقود على وجه الاستقلال، وإن كانت بعض البحوث والدراسات المعاصرة في موضوع الاستصحاب قد تناولت بعض أحكامه باعتباره ضرباً من ضروبه، ومن أهم هذه الدراسات ما يأتي:

1- الاستصحاب ونماذج من تطبيقاته الفقهية (رسالة دكتوراه من إعداد محمود رجب محمد ظافر النعيمي).
2- الاستصحاب ومدى حجيته في الشريعة الإسلامية (رسالة دكتوراه من إعداد/محمد جمعة).
3- الاستصحاب وآثاره في الفروع الفقهية (رسالة ماجستير من إعداد/ خضر علي إدريس).
4- قاعدة اليقين لا يزول بالشك، تأليف/ الدكتور يعقوب الباحسين.

وأهم الجوانب التي جرى تناولها في هذه الدراسات: حقيقة الاستصحاب وأنواعه، وحكم الاحتجاج به، وأهم الأمثلة والتطبيقات عليه، لكن بقيت جوانب مهمة تتعلق

بهذا الدليل لم تنل ما تستحقه من البحث والدراسة، ولعل من أهمها: تحرير القول في أسمائه، والألفاظ التي يعبر بها عنه عند أصحاب المذاهب الفقهية المختلفة، وبيان حجج الأقوال في حكم هذه الأنواع ، والتطبيقات علي المفقود، من الجوانب المالية وجوانب الأحوال الشخصية .

وهذه الموضوعات هي التي ستكون مدار هذا البحث المختصر بعون الله تعالى.

منهج البحث :

اتبعت في بحثي المنهج الاستقرائي التحليلي حيث أقوم باستقراء جميع الاقوال في المسألة واحلل هذه الاقوال لأصل الي القول الراجح وكان عملي في هذا البحث بناء علي هذا المنهج يتمثل في الاتي :-

1- الاعتماد على المصادر الأصيلة في جمع المادة العلمية.

2- بحث المسالة الخلافية على ضوء العناصر الآتية:

أ- بيان المراد بالمسالة.

ب- تحرير محل النزاع فيها.

ج- ذكر الأقوال له، والأدلة، والمناقشة.

د- الترجيح، مع بيان أسبابه.

هـ- بيان منشأ الخلاف فيها.

و- نوع الخلاف في المسالة وثمرته.

5- عزو الآيات القرآنية إلى المصحف ببيان اسم السورة ورقم الآية.

5- تخريج الأحاديث والآثار من كتب السنة، مع بيان درجة الحديث إذا لم يكن في الصحيحين أو في أحدهما.

6- توثيق النقول من المصدر الأصلي – إن كان موجوداً- مع وضع النص المنقول بين علامتي تنصيص.

تعريف الاستصحاب.

أولا ـ تعريف الاستصحاب لغة :

والاستصحاب لغة : استفعال من الصحبة ، وهو طلب الصحبة ، واستصحب الرجلَ : دعاه إلى الصحبة ، وكل ما لازم شيئا فقد استصحبه ..

قال ابن فارس وغيره : و" استصحبت الكتاب وغيره " حملته صحبتي ومن هنا قيل :" استصحبت الحال " إذا تمسكت بما كان ثابتا : كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة ..

ومما سبق يتضح أن الاستصحاب لغة : طلب الصحبة، وهي الملازمة وعدم المفارقة [1]

ثانيا ـ تعريف الاستصحاب اصطلاحا :

الاستصحاب هو أحد الأدلة المختلف فيها، ويعبر عنه أكثر علماء الأصول وخصوصاً المتقدمين منهم بـ(استصحاب الحال)[2] وبناء عليه عرّف الأصوليون الاستصحاب بتعريفات عدة ، أذكر منها ما يلي:

([1]) ابن منظور، محمد بن مكرم بن على(1414ه) لسان العرب ، ط3، ج2، دار صادر، بيروت ، ص8 . مرتضى، الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبدالرزّاق الحسيني(د.ت) تاج العروس من جواهر القاموس ، المحقق: مجموعة من المحققين ،ج3، دار الهداية ، ص186. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي(د.ت) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية، بيروت، ص33.

([2]) إمام الحرمين الجويني، عبد الملك بن عبدالله بن يوسف(1418 ه) البرهان في أصول الفقه ،ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ، ص164 . الجويني، (د.ت) التلخيص في أصول الفقه ،ج3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ص127. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (د.ت) الإحكام في أصول ،ج5، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص5. أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار(1418ه) قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص35. أبو زيد عبدالله بن عمر بن عيسى، تقويم الأدلة في أصول الفقه (1421ه) المحقق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص400. القاضي أبويعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف(1410ه) العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د. أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الثانية، د.ن ، ص1262، السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل(د.ت) أصول السرخسي، ج2، دار المعرفة ، بيروت، ص223. فخر الدين الرازي، أبوعبد الله محمد بن عمر بن الحسن(1418ه) المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، ج6، مؤسسة الرسالة ، ص148. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد(1423ه) روضة الناظر وجنة

التعريف الأول للبخاري :وهو : (الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ؛ بناء على أنه كان ثابتا في الزمان الأول)[3]

التعريف الثاني لشمس الدين الأصفهاني : وهو : (الحكم بثبوت الشيء في الزمان الثاني ؛ بناء على ثبوته في الزمان الأول) [4]

التعريف الثالث لابن القيم : وهو : (استدامة إثبات ما كان ثابتا ، أو نفي ما كان منفيا)[5]

التعريف الرابع للتاج السبكي : وهو : (ثبوت أمر في الثاني لثبوته في الأول ؛ لفقدان ما يصلح للتغيير)[6]

التعريف الخامس للإسنوي : وهو : (الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني ؛ بناء على ثبوته في الزمان الأول)[7]

والتعريف المختار:

في نظري هو تعريف الغزالي في كتابه المستصفى حيث قال: "الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير، أو مع ظن انتفاء المغير عندبذل الجهد في البحث والطلب[8]

وبمعناه التعريف الذي اختاره الطوفي حيث قال: "وحقيقته التمسك بدليل عقلي أو شرعي لم يظهر عنه ناقل [9]

وذلك لأن هذا التعريف يشمل كافة صوره، وقد أشار إلى ذلك الطوفي حين قال: "وإنما قلنا ذلك لأن الاستصحاب تارة يكون بحكم دليل العقل، كاستصحاب حال البراءة الأصلية..... وتارة يكون الاستصحاب بحكم الدليل الشرعي كاستصحاب حكم العموم والإجماع[10].

ثانياً: أنواع الاستصحاب.

اختلف الأصوليون في حصر أنواع الاستصحاب بين مُقِلّ ومكثر ، فمنهم من حصرها في اثنين ، ومنهم من حصرها في ثلاثة، ومنهم من حصرها في أربعة ، ومنهم من حصرها في خمسة ، ومنهم من حصرها في ستة ، وأضاف بعض الأصوليين المحدثين [11] استصحاب حكم الإباحة الأصلية لأنواع الاستصحاب ، فصارت اقسامه سبعا

فيما يلي استعراض لها مع امثلتها .

1- استصحاب ما دل العقل والشرع على ثبوته ودوامه:

المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع وروضة الناظر، ص155. أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن(1406ه) التمهيد في أصول الفقه، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي،ج4، جامعة أم القرى، ص 251، الطوفي، سليمان بن عبد القوي(1407ه) شرح مختصر الروضة، ج3، مؤسسة الرسالة ، ص147. الآمدي، ابو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي(د.ت) الإحكام في أصول الأحكام، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ص127.

([3]) البزدوي، عبدالعزيز بن أحمد بن محمد (د.ت) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج3، دار الكتاب الإسلامي ، ص662 .

([4]) الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن(1406ه) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ، ج3، دار المدني، السعودية، ص262.

([5]) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر(د.ت) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية ، ص265.

([6]) البناني،عبد الرحمن بن جاد الله بناني(د.ت) حاشية العلامة البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ص350

([7]) الإسنوي، عبدالرحيم بن الحسن(1420ه) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ج3، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ص178.

([8]) الغزالي، أبوحامد محمد بن محمد(1413ه) المستصفى ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية، بيروت ص223.

([9]) الطوفي، شرح مختصر الروضة(1407ه) سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري، المحقق : عبدالله بن عبد المحسن التركي، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص147.

([10]) المرجع السابق، ص148

([11]) محمد السعيد على عبد ربه (1980م) بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة، ص7. الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج2، ص889 . الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي(1427 ه) محمد مصطفى ، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، دمشق، سوريا ص268.

ومثاله: تحقق الملك عند جريان القول المقتضي له، وشغل الذمة عند حصول إتلاف أو التزام، ودوام حل المنكوحة بعد تقرير النكاح.

وهذا النوع لاخلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض[12].

2- استصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعية:

ومثاله: براءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعي على شغلها، كعدم وجوب صلاة سادسة، ونحوذلك.

وهو حجة بالإجماع عند القائلين بأنه لاحكم قبل الشرع[13].

3- استصحاب الحكم العقلي عند المعتزلة:

ومثاله: استصحاب إباحة ما دل العقل على حسنه كالربا ونحوه حتى يرد الدليل السمعي بتحريمه، واستصحاب تحريم ما دل العقل على قبحه حتى يرد الدليل السمعي بإباحته.

وهو مبني على قولهم بان للعقل حكماً في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعي.

وهذا النوع لا يجوز العمل به بإجماع أهل السنة، لأنه لا حكم للعقل في الشرعيات[14].

4- استصحاب الدليل مع احتمال المعارض:

ومثاله: استصحاب الدليل العام إلى أن يرد المخصص، واستصحاب الدليل المطلق إلى أن يرد ما يقيده، واستصحاب حكم النص إلى أن يرد ما ينسخه[15].

وهذا الطريق معمول به باتفاق أهل العلم[16].

غير أن علماء الأصول قد اختلفوا في تسمية هذا النوع استصحاباً.

فذهب الجمهور إلى أنه يعد من قبيل الاستصحاب[17].

وذهب جمع من علماء الأصول منهم إمام الحرمين والكيا الهراس وابن السمعاني إلى أن هذا النوع من الاستدلال لا يسمى استصحاباً، وذلك لأن الحكم فيه ثابت بدلالة اللفظ، وليس بالاستصحاب[18].

والخلاف بين الفريقين لفظي كما قرر ذلك إمام الحرمين[19].

5- استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل الخلاف:

ومعناه: أن يتفق على حكم في حالة، ثم تتغير صفة المجمع عليه، ويختلف المجمعون فيه، فيستصحب بعضهم ذلك الحكم بعينه مع الحالة المتغيرة[20].

([12]) الغزالي، المستصفى، مرجع سابق، ص222. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر(1994م) البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، دار الكتبي، ص330، القاضي البيضاوي(1995م) الإبهاج في شرح المنهاج ، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت. ص181. السبكي، بدر الدين محمد(1418ه) تشنيف المسامع بجمع الجوامع ، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، القاهرة ص144، الشوكاني، محمد بن علي (1999م) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم ، دار الكتاب العربي، ص238.

([13]) الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي(2003م) اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، ص122، أبو الوليد الباجي(1409ه) أحكام الفصول، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص694- 695. القاضي أبويعلى، العدة، مرجع سابق، ص1262. الجويني، التلخيص، ص128- 129، الخطيب البغدادي، أبوبكر أحمد بن علي بن ثابت (1421ه) الفقيه والمتفقه، المحقق: أبوعبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي ، ط2، دار ابن الجوزي، السعودية ، ص526 .أبو المظفر، وقواطع الأدلة، ص36، الغزالي، المستصفى، ص217- 221، القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(1393 ه) شرح تنقيح الفصول ، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ص447. الطوفي، شرح مختصر الروضة ، ص152، القاضي البيضاوي، الإبهاج ص181، مراجع سابقة.

([14]) الزركشي، البحر المحيط، ص330، الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 238، مراجع سابقة.

([15]) الجويني، التلخيص ، ص130- 131، الغزالي، المستصفى، ص221، الزركشي ، البحر المحيط، ص330، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ص155.

([16]) الغزالي، المستصفى، ص221- 222، الزركشي، البحر المحيط ، ص330، الشوكاني ، إرشاد الفحول 238.

([17]) الزركشي، البحر المحيط ، ص330. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 238. مراجع سابقة.

([18]) الجويني، البرهان ، ص164، أبو المظفر، قواطع الأدلة ، ص35، الزركشي، البحر المحيط، ص331.

([19]) الجويني، البرهان، مرجع سابق ، ص164.

ومثاله: الحكم بصحة صلاة المتيمم إذا رأى الماء في الصلاة استدلالا بأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك، فيستصحب حكم الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة للصلاة[21].

وهذا النوع محل خلاف عريض بين علماء الأصول[22]، والمختار أنه ليس بحجة، لأن محل الوفاق غير محل الخلاف فلا يتناوله بوجه، وإنما يسوغ استصحاب الإجماع حيث لايوجد صفة تغيره، ولأن الدليل إن كان هو الإجماع فهو محال في محل الخلاف، وإن كان غيره فلا مستند إلا الإجماع الذي يزعم أنه يستصحب[23].

6- استصحاب الأصل المتيقن من الوجوب أو الحل أو الحظر وعدم تركه بالشك،وعدم الخروج عنه إلا بدليل[24]:

وقد مثل له إمام الحرمين بمن استيقن الطهارة وشك في الحدث، فالحكم استصحاب الطهارة [25]، ومثل له غيره بما إذا اشترى إنسان صاعاً من ماء بئر فيه قلتان، ثم قال المشتري: أرده بالعيب فإن فأرة وقعت فيها، فالقول قول الدافع "البائع" لأن الأصل طهارة الماء[26].قال إمام الحرمين:- "ونحن نقول فيه: قول الفقيه يستصحب يقين الطهارة فيه تجوز "[27].

7- استصحاب الحاضر في الماضي، ويسمى: "الاستصحاب المقلوب":

وهو : ثبوت الأمر في الأول لثبوته في الثاني .

مثاله : إذا رأيت زيدا جالسا في مكان وشككت هل كان يجلس فيه أمس ؟

فيقضى بأنه كان جالسا فيه أمس استصحابا مقلوبا[28]

ومما يجدر التنبيه عليه هنا أن النوع الأول والثاني والرابع والسادس يجمعها نوع واحد وهو: "استصحاب ما دل عليه العقل أو الشرع حتى يرد الدليل المغير"، ولعل هذا يفسر اختلاف الأصوليين في حصر أنواع الاستصحاب.ويقع التطبيق في بحثنا علي المفقود في النوع الأول والسادس .

ثالثاً: تعريف المفقود

أولا : تعريف المفقود لغة:

المفقود والفقيد بمعنى واحد ، وهو اسم مفعول من فقد الشيء إذا ضاع منه[29]

وقيل هو الضائع أو المعدوم ، من فقد الشيء يفقده فقدا أو فقدانا أو فقودا، أي ضاع منه وتقول فقد المال ونحوه، أي عدمه، ويقال فقده اذا اضللته أو طلبته وكلاهما متحقق فانه قد أضله أهله وهم في طلبه[30]

([20]) أبو الحسين البصري، محمد بن علي الطيب، المعتمد في أصول الفقه(1403هـ) المحقق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت ، ص325. القاضي أبويعلى، العدة ، ص1265، أبو المظفر، وقواطع الأدلة ، ص35، الزركشي، البحر المحيط ، ص331، مراجع سابقة.

([21]) اللمع، الشيرازي، 123ص، أبويعلى، العدة ، ص1265، الجويني، التلخيص، ص132، أبو المظفر، قواطع الأدلة ، ص35، الغزالي، المستصفى، ص224، مراجع سابقة.

([22]) الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، ص527. الباجي، أحكام الفصول، مرجع سابق، ص 696، أبويعلى، العدة ، ص1265. الجويني، التلخيص، ص132. أبو المظفر، قواطع الأدلة ، 35، الطوفي، شرح مختصر الروضة ، ص155، مراجع سابقة.

([23]) الجويني، التلخيص، مرجع سابق، ص132، الباجي، أحكام الفصول، ص696 ، أبويعلى، العدة ، ص1265- 1266، والبحر المحيط، ص332، الغزالي، المستصفى، ص223.

([24]) الجويني، البرهان، ص165، البحر المحيط، ص 334، ابن القيم، أعلام الموقعين ، ص339.

([25]) الجويني، البرهان، مرجع سابق، ص165.

([26]) الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق، ص334.

([27]) الجويني، البرهان، مرجع سابق، ص165.

([28]) القاضي البيضاوي، الإبهاج، ص182. العطار، حسن بن محمد بن محمود(د.ت) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية ، ص391.

([29]) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبدالقادر / محمد النجار) دار الدعوة، القاهرة، ص696.

([30]) ابن منظور، لسان العرب، ص337. إبراهيم مصطفى واخرون، المعجم الوسيط ، ص696. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 392

ثانيا : تعريف المفقود اصطلاحا :

عرف المفقود في اصطلاح الفقهاء بأنه من فقد فلا يعلم مكانه أو غاب عن أهله وإنقطع خبره ، فلا يعرفون حياته من موته. وهو بهذا المعنى يشمل كل من خرج من بيته ولم يعد وانقطعت أخباره ، أي في غيبة ظاهرها السلامة، أو ظاهرها عدم السلامة كما يشمل من فقد بين الصفوف في المعركة ، أو انكسرت به سفينة وغرق بعض أصحابه ، ولا يعرف أهله هل غرق معهم أم لا[31]

ويخرج من التعريف كل من الأسير إذا كان معلوم مكان الأسر ومعلوم الحياة، فإن خبره لم ينقطع، كما يخرج به المحبوس الذي لم يعرف مكان حبسه وان عرفت الجهة التي حبسته وعرف أنه محبوس عندهم، كما يخرج به الغائب في مكان مجهول مع تيقن حياته . فهؤلاء لهم أحكام خاصة عند أهل الفقه ولا يدخلون في أحكام المفقود . ولكن مدار البحث هنا في من انقطع خبره وغلب على الظن هلاكه .

وقد بين ابن عابدين المقصود بالمفقود في هذا البحث فقال (فالمراد إنما هو على الجهل بمكانه، لذلك عرفوه بأنه غائب لم يدر أحي هو فيتوقع، أم ميت أودع اللحد البلقع)[32]

المبحث الثاني : مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب وأدلتها:

أولاً: مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب

اختلف العلماء في حجية الاستصحاب على عدة أقوال ، حيث حصرها البعض في ستة مذاهب ، ومنهم من حصرها في خمسة ، ومنهم من حصرها في ثلاثة ، ومنهم من حصرها في مذهبين.

وسأكتفي بذكر نموذج لكل واحد منها ، ثم أختم بما أراه أوْلى بالقبول والاختيار : –

فممن حصرها في ستة مذاهب الزركشي ، وهي :

المذهب الأول : أنه حجة ..

وهو ما عليه الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية والظاهرية..

المذهب الثاني : أنه ليس حجة ..

وهو منقول عن جمهور الحنفية والمتكلمين : كأبي الحسين البصري .

المذهب الثالث : أنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله عز وجل ..

وهو اختيار القاضي في التقريب .

المذهب الرابع : أنه حجة للدفع لا للرفع ..

وهو ما عليه أكثر الحنفية ..

المذهب الخامس : أنه يجوز الترجيح به لا غير ..

وهو منقول عن الإمام الشافعي ..

المذهب السادس : أنه يصح الاستدلال به إذا لم يكن غرض المستصحب سوى نفي ما نفاه ، وإن كان غرضه إثبات خلاف قول خصمه من وجه يمكن استصحاب الحال في نفي ما أثبته فليس له الاستدلال به .. وهو محكي عن بعض الشافعية[33].

وممن حصرها في خمسة التاج السبكي[34] ، وهي المذاهب الخمسة الأُوَل عند الزركشي ، فلا داعي لتكرار ذكرها .

([31]) ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد (1388هـ) المغني، ج8، مكتبة القاهرة، مصر، ص130 . النووي، محيي الدين يحيى بن شرف(1412هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط3، ج8، بيروت، دمشق، ص400. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف(د.ت) المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت. ص146. الكاساني، أبوبكر بن مسعود (1406هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج6، دار الكتب العلمية ، بيروت، ص196. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(د.ت) شرح فتح القدير، ج5، دار الفكر، بيروت، ص368.

([32]) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(1412هـ) رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج3، دار الفكر، بيروت، ص328.

([33]) الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله (1414هـ) البحر المحيط في أصول الفقه ،ج6، دار الكتبي، مصر، ص17.

([34]) البيضاوي، الإبهاج، مرجع سابق، ص183.

وممن حصرها في ثلاثة البخاري[35] ، وهي : الأول والثاني والرابع عند الزركشي .

وممن حصرها في مذهبين الفخر الرازي [36]، وهما : الأول والثاني عند الزركشي .

الترجيح بين هذه الاقوال :

بعد الوقوف على حصر مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب يمكن التوصل إلى ما يلي :

1. أن الزركشي كان أكثر الأصوليين حصرا للمذاهب في حجية الاستصحاب حينما جعلها في ستة ، ولذا جعلته أصلا لي في التعقيب والترجيح .

2. أن الجميع متفقون على المذهبين الأول والثاني .

3. أن المذهب الثالث . القائل بأن الاستصحاب حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله تعالى . فيه نظر ؛ لأنه لا يكون حجة على الخصم عند المناظرة فإن المجتهدين إذا تناظروا لم فإن المجتهدين إذا تناظروا لم ينفع المجتهد قوله (لم أجد دليلا على هذا) لأن التمسك بالاستصحاب لا يكون إلا عند عدم الدليل[37] .

4. أن المذهب الخامس . القائل بجواز الترجيح به لا غير والمنقول عن الإمام الشافعي . فيه نظر أيضا ؛ لأن الثابت عن الإمام الشافعي أنه يستدل بالاستصحاب في مسائل ، منها قوله ﷺ : والنساء محرمات الفروج ، فلا يحللن إلا بأحد أمرين: نكاح ، أو ملك يمين[38].

5. أن المذهب السادس أمارة ضعفه واضحة ، حيث إنه محكي ولا يعرف له قائل .

6. أن الذين حصروا الخلاف في مذهبين . كما هو الحال عند كثير من فحول الأصول : كالغزالي والآمدي والفخر الرازي . فاتهم انقسام الحنفية في حجية الاستصحاب إلى مذهبين :-

الأول : وهم القائلون بعدم حجيته مطلقا لا في النفي ولا في الإثبات ..

وإليه ذهب أكثر الحنفية وبعض المتكلمين ..

الثاني : أنه حجة للدفع أي للنفي لا للإثبات ..

وعليه بعض الحنفية : كالدبوسي والسرخسي والبزدوي[39] .

بعد هذا العرض ان الأوْلى بالقبول والاختيار هو حصر مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب في ثلاثة ، وهي :_**المذهب الأول :** أنه حجة .

المذهب الثاني : أنه ليس حجة مطلقا .

المذهب الثالث : أنه حجة للدفع لا للرفع .

والدفع معناه : استمرار عدم ذلك الأمر الطارئ ، فيبقى ما كان على ما كان

والرفع مراد به : إثبات أمر لم يكن ، فلا يصلح لإثبات حكم مبتدأ ولا للإلزام على الخصم بوجه .

ثانياً: ادلة المذاهب في حجية الاستصحاب

أولا ـ أدلة المذهب الأول :

استدل أصحاب المذهب الأول . وهم جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية وبعض الحنفية . القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقا بأدلة ، أذكر منها ما يلي :

الدليل الأول : من الكتاب

قوله تعالى:﴿ قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.

وجه الدلالة :

أن الله تعالى حرّم في هذه الآية بعض المطعومات ونهى عن أكلها ، فما سكت عنه كان مباحا ؛ لعدم وجود دليل يدل على تغيير الحكم من الإباحة إلى

([35]) البزدوي، كشف الأسرار، ص662. شعبان محمد إسماعيل(د.ت) تهذيب شرح الأسنوي على منهاج الوصول للبيضاوي،ج3، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ص183.

([36]) الرازي، المحصول، مرجع سابق، ص549.

([37]) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 238.

([38]) الزركشي، البحر المحيط ، مرجع سابق، ص19.

([39]) البزدوي، كشف الأسرار ، مرجع سابق، ص662.

التحريم ، فدل ذلك على إباحة كل مطعوم ليس محرما استصحابا لأصله ، وهو المدعى[40].

الدليل الثاني : من السنة

قوله ﷺ(إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلاَتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى : ثَلاَثاً أَوْ أَرْبَعاً ؟ فَلْيَطْرَحِ الشَّكَّ ، وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ ثُمَّ يَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ)[41]

الدليل الثالث : من المعقول

أنه لو لم يكن الاستصحاب – ظن البقاء– حجة لما تم الدين ولما ثبتت الرسالة لأن كليهما لا يتم ولا يثبت إلا بعد ظهور المعجزة على يد مدعي النبوة ولامعنى للمعجزة إلا أنها فعل خارق للعادة فلو ادعى شخص النبوة وقال: دليل نبوتي أن الشمس لا تطلع اليوم من المشرق فإذا امتنع طلوعها من المشرق هذا اليوم عقب دعوى المدعي للنبوة دل ذلك على صدقه وحكمنا بكونه معجزا وما ذاك إلا لانخراق العادة المطردة على يديه فلو لم يكن الاستصحاب حجة لما كان انخراق العوائد على أيدي الأنبياء حجة لجواز تغير أحكام العوائد وأحوالها عما اطردت عليه[42] .

ومن المعقول أيضا :

إن ظن البقاء والدوام والاستمرار أغلب من ظن التغير ,وذلك لأن الباقي الموجود بالفعل مستغن في بقاءه عن المؤثر لأنه موجود وبقاء الموجود في الحقيقة ثابت إلى زمان وجود المزيل ,أما تغييره فهو أمر جديد وطارئ يفتقر إلى مؤثر لأنه خلاف الأصل[43] .

وكذلك من المعقول :

أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا من وجود شيء أو عدمه وكانت له أحكام خاصة به فإنهم يستمرون في القضاء بهذه الأحكام في الحالتين مستقبلا ، فنراهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد طويلة وإنفاذ الودائع إليه ، كما نراهم يشهدون في الحالة الراهنة بالدَّين على من أقر به قبل تلك الحالة ..

ولولا أن الاستصحاب عندهم حجة لما جاز لهم ذلك ، فجواز استمرار الحكم السابق دليل على حجية الاستصحاب ، وهو المدعى[44].

ثانيا ـ أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني . وهم جمهور الحنفية وبعض المتكلمين . القائلون بأن الاستصحاب ليس حجة مطلقا بأدلة، منها:

الدليل الأول:

أن التمسك بالاستصحاب معارض بدليل آخر ينقض ذلك التمسك ويعارضه وهو أن من سوى بين الوقتيين والزمانين في الحكم كما هو قضية الاستصحاب فإما أن يقال إنما سوى بينهما لاشتراكهما في الحكم فيما يقتضي ذلك الحكم أوليس الأمر

كذلك فإن كان الأول فهو قياس وإن كان الثاني كان ذلك تسوية بين الوقتيين في الحكم من دون دليل وهذا باطل بالإجماع[45].

الدليل الثاني:

أن حاصل الاستدلال بعدم الدليل آيل إلى الجهل بالدليل إذ لا سبيل لأحد من البشر على حصر الدلائل أجمع بل يجوز أن يعلم انسان دليلا يجهله غيره لتفاوت الناس في العلم فكان المتعلق بعدم الدليل متعلقا بالجهل والجهل لا يكون حجة على أحد بل يكون عذرا له في الامتناع عن الحكم[46].

الدليل الثالث :

([40]) القرطبي، ابو عبد الله محمد بن أحمد(1384ه) الجامع لأحكام القرآن، ج7، دار الكتب المصرية، القاهرة ، ص79. محمد السعيد على عبد ربه(1980م) بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة، ص16.

([41]) مسلم، مسلم بن الحجاج(د.ت) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، حديث888، دار إحياء التراث العربي، بيروت. والإمام أحمد في المسند باقي مسند المكثرين برقم 11356.

([42]) الطوفي، شرح مختصر الروضة، مرجع سابق، ص150.

([43]) المرجع السابق، ص148.

([44]) الآمدي، الإحكام، ص112 .

([45]) الرازي، المحصول، مرجع سابق، ص115،116.

([46]) الزَّنْجاني، محمود بن أحمد(1398ه) تخريج الفروع على الأصول، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، ص173.

أن لو كان الأصل في كل شيء استمراره ودوامه لكانت بينة النفي أوْلى بالاعتبار من بينة الإثبات ، واللازم منتفٍ ..

أما الملازمة : فلأن بينة النفي مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ، فيكون الظن الحاصل بها أقوى ..

وأما انتفاء اللازم : فلأن البينة لا تعتبر من النافي ، وهو المدعى عليه ، وتقبل من المثبت ، وهو المدعي اتفاقا .

مناقشة هذا الدليل :

وقد ردّ هذا الدليل : بمنع الملازمة ، وإنما تصح لو حصل الظن بهما ، ويتأيد أحدهما بالاستصحاب ، وليس كذلك ، فإن الظن لا يحصل إلا ببينة المثبت ؛ لأنه يبعد غلطه بأن يظن المعدوم موجودا ، بخلاف النافي فلا يبعد غلطه في ظن الموجود معدوما بناء على عدم علمه به مع بنائه على استصحاب البراءة الأصلية[47].

ثالثا ـ أدلة المذهب الثالث :

استدل القائلون أن الاستصحاب حجة لِلدفع ولا يصلح حجةً لإلزام الخصم . أي أنه يكون حجةً لِلمتمسك به في حق نفسه ، وليس حجةً في مواجهة الغير . وهم الحنفية بدليلين:

الدليل الأول :

أن الدليل المثبِت لحكم مِن الأحكام لا يوجِب بقاءه واستمراره في المستقبل ، واستصحاب الحال قائم على عدم العلم بالدليل المغيّر للحكم المراد استمراره مع احتمال وجود هذا الدليل، ولأجْل هذا الاحتمال لا نستطيع إلزام الخصم ببقاء هذا الحكم ، ولكن المجتهد لَمّا طلب الدليل المغير ولم يجده فقد أتى بما هو واجب عليه ، فجاز له العمل بالاستصحاب .

مناقشة هذا الدليل :

وقد نوقش هذا الدليل : بأن المجتهد إذا بحث عن الدليل المغير فلم يجده فقد حصل له من ذلك ترجيح احتمال بقاء الحكم على احتمال تغييره ، ولذا فإنه يلزم الخصم بترجيح هذا الاحتمال من حيث إن استمرار الحكم لا يحتاج إلى سبب وشرط جديدين ؛ لأن الحكم لا يحتاج إلى ذلك إلا عند إيجاده ، أمّا تغيير الحكم فيحتاج إلى سبب وشرط جديدين ، وما لا يحتاج أقوى مما هو محتاج ، ولذا فإن جانب البقاء يترجح على جانب التغيير ، وإذا كان ذلك كذلك فوجب إلزام الخصم ، وإن ادعى الخصم وجود دليل فعليه إثباته .

الدليل الثاني :

لأن الدفع عبارة عن استبقاء وتقرير ما كان على ما كان عليه. والاستحقاق نزع وابتداء. ورفع الأول أسهل، فاكتفي فيه بالاستصحاب حجة، بخلاف الثاني[48]. ولأن الثبوت في الزمان الأول يفتقر إلى الدليل، فكذلك في الزمان الثاني؛ لأنه يجوز أن يكون وأن لا يكون[49].

الترجيح

بعد الوقوف على مذاهب الأصوليين وأدلتهم في حجية الاستصحاب يمكن التوصل إلى ما يلي :

1. أن المذهب الأول القائل بحجية الاستصحاب مطلقا قد استدل بأدلة من النقل والعقل ، وغالبها سالم من الاعتراض والمناقشة .
2. أن المذهب الثاني النافي لحجية الاستصحاب مطلقا استند إلى أدلة عقلية لم تسلم جميعها من المناقشة .
3. أن المذهب الثالث المفرق بين الدفع والرفع وجعل الاستصحاب يصلح حجة للدفع دون الرفع ، ودلّل على ذلك بدليل عقلي واحد ، ومع ذلك فإنه لم يسلم من المناقشة .

([47]) شرح العضد، ص285. الأصفهاني، بيان المختصر، مرجع سابق، ص265 ، 266 . الآمدي، الإحكام، مرجع سابق، ص، 114 ، 115. البزدوي، كشف الأسرار، ص665. الرنجاني، تخريج الفروع على الأصول، مرجع سابق، ص172.

([48]) الزرقا، أحمد بن الشيخ(1409هـ) شرح القواعد الفقهية ، ط2، دار القلم، دمشق ، سوريا، ص293.

([49]) الخضير، عبدالكريم بن عبد الله(د.ت) شرح الورقات في أصول الفقه، دروس مفرغة من موقع الشيخ الخضير، ص12.

4. بعد مناقشة أدلة المذهبين الثاني والثالث وسلامة أدلة المذهب الأول يكون الأولى بالقبول والاختيار هو المذهب الأول . والله اعلم.

المبحث الثالث: أحوال المفقود والفرق بين المفقود والغائب ومدة الغيبة

أولاً : احوال المفقود

لكي يعتبر الشخص مفقوداً فانه يجب ان تتوافر فيه ثلاثة شروط هي:

1.ان يكون الشخص غائباً ، وغيابه هذا لم يعرف له مقام ، سواء غادر بلده الى بلد غير معلوم ، ام لم يغادره، أو خرج الى الحرب ولم يعد ، أو غاب بعد كارثة من الكوارث الطبيعية ، كالزلازل او الحرائق أو غيرها .

2.أن ينقطع خبره ، أي أن لا يبلغ ذويه شيء مما هو صادر عنه ، فيجهلون محل اقامته ، وكل معلومة عنه .

3.ان لا تعلم حياته او مماته ، أي أنه لا يمكن التحقق من مصيره فيما إذا كان حياً او ميتاً .

فهذه إذن هي الشروط الواجب توافرها في الشخص لينطبق عليه وصف المفقود ، فاذا ما انعدمت هذه الشروط ، او انعدم أحدها فان الشخص لا يعد مفقوداً. وان كان قد يوصف بوصفٍ اخرٍ ، غالباً ما يكون هو الغائب . فالغائب وفقاً للتعريف السائد في الفقه الحديث ، هو من ترك وطنه راضياً أو مرغماً ، واستحال عليه ادارة شؤونه بنفسه او الإشراف على من يديرها نيابةً عنه ، مما ترتب عليه تعطيل مصالحه ومصالح غيره ، ويستوي في ذلك أن تكون حياته محققة ام غير محققة[50]. فهو وفقاً لهذا التعريف ، يشمل المفقود الذي لا تعلم حياته او وفاته ، ويشمل أيضاً الشخص الذي تكون حياته محققة ، ولكن تعذر عليه مباشرة شؤونه او الاشراف على من يباشرها وذلك لبعده عن وطنه .

المطلب الثاني :الفرق بين المفقود والغائب

الغيبة تكون أعم من الفقد ، وان كل مفقودٍ يعتبر غائباً ، ولكن العكس ليس بصحيح ، فلا يعد كل غائبٍ مفقوداً . واذا كانت التفرقة بين الغائب والمفقود قد أهملت في الفقه الحنفي[51]. إلا أن اغلبية المذاهب الاخرى قد فرقت بينهما تفرقة واضحة لا لبس فيها ، فقد صنف فقهاء المالكية الغائبين في خمس طوائف ، وميزوا بين المفقود الذي لا يعلم مكانه والغائب الذي يعرف مكانه ، وقرروا بالنسبة الى الأخير انه يحق لزوجته رفع أمرها الى الحاكم الذي يكون عليه ان ينذره بالمجيء أو بنقلها اليه أو بالطلاق ، فان لم يتمثل لهذا الاعذار طلقها عليه الحاكم . أما زوجة المفقود فقد وضعوا لها احكاماً اخرى تختلف باختلاف الظروف التي يتم فيها الفقد[52].وكذلك يفرق فقهاء المذهب الحنبلي بين المفقود الذي لا تعلم حياته او وفاته، وبين من كانت غيبته غير منقطعة بحيث يمكن الوقوف على خبره ، فلا يبيحون لزوجة الاخير أن تتزوج الا استناداً الى أحد السببين وهما :-

أولاً: اذا تعذر الانفاق عليها من ماله ، حيث يكون لها عندئذٍ فسخ عقدة النكاح باذن الحاكم ، وذلك لتعذر الانفاق عليها بالاستدانة او غيرها .

ثانياً: اذا تضررت من بعده عنها بأن كانت تخشى على نفسها الفتنة ، حيث يكون لها ان تطلب الفسخ بعد مضي أربعة اشهر من غيابه اذا كان قد قصد بذلك الاضرار بها وطلبت الفئة وأبى . أما اذا لم يقصد الاضرار بها ولكن غيابه كان بغير عذرٍ وزادت مدته على ستة أشهر ، فيكون لها الحق في طلب الفسخ إذا دعته للقدوم ولم يحضر[53].

ثالثاً : مدة الغيبة المعتبرة عند الفقهاء

اختلف العلماء في مدة الغيبة التي يحكم بعدها بموت المفقود الي مذاهب يمكن اختصارها في الاتي :

([50]) علي سيد حسن، الاحكام الخاصة بالمفقود(1984م) دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، ص17.

([51]) متن القدوري في الفقه على مذهب الامام ابي حنيفة العلامة ابي الحسين احمد بن محمد القدوري البغدادي، ص65

([52]) المرجع السابق، ص155.

([53]) المغني ، ابن قدامة، ج7، ص488.

1/ فقد افتي الأحناف بتفويض الامر الي رأي الحاكم ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب علي ظنه أنه المصلحة لأطلاق قول علي – رضي الله عنه (أمرأة المفقود امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتي يأتيها يقين موته)

2/ فصل الحنابلة فقالوا ان كانت غيبته غيبة يظن معها بقائه حيا كأن خرج للسياحة أو تجارة او أداء حج في حال الامن فيحكم القاضي بموته حين يغلب علي ظنه أنه مات .

أما ان غاب المفقود غيبه يغلب عليه فيها الهلاك كالغيبة في اثناء حرب أو غارة أو في ميدان قتال أو لقضاء مصلحة قريبة فلم يعد فيحكم القاضي بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

3/ الراجح عند المالكية أنه يحكم بموت المفقود بعد أربعة أعوام من رفع أمراته أمرها للقضاء ، فأذا انقضي الاجل اعتدت عدة الوفاة . ثم تزوجت ان شاءت .

4/ قال الشافعية : من فقد أو أسر وانقطع خبره لا يحكم بموته حتي تقوم بينة بموته او تمضي مدة يعلم او يغلب علي الظن أنه لا يعيش فوقها كما هو حال اقرانه .

واذا كانت مدة الحكم تقدر باربعة اعوام فهل تقدر مدة لوفاة المفقود ؟

المبحث الرابع: تطبيقات الاستصحاب علي المفقود.

اولاً : تطبيقات الاستصحاب علي الحقوق المالية للمفقود

قبل الحديث عن هذه الحقوق يجب أن نقرر أنه لابد من عدم الخلط بين الحكم بفقد الشخص والحكم باعتباره ميتاً، ذلك أن المفقود يعتبر حيا قبل صدور الحكم الذي يعتبره ميتا ، فيعامل معاملة الغائب وبمقتضي ذلك ليس للحكم بالفقدان اثر علي الشخصية القانونية للمفقود التي تظل قائمة خلال الفترة ما بين الحكم بالفقدان والحكم بالموت سواء بالنسبة لماله وبالنسبة لزوجته .

الفرع الأول : تطبيقات الاستصحاب علي ميراث المفقود:

اذا فقد شخص ، فأنه يعتبر حياً في حق ماله، فلا يورث عنه ماله بل تبقى أمواله ملكاً له ، كما هو الحال في حياته الحقيقية اليقينية قبل فقده.ويستمر ذلك الحال الى ان يعرف مصير المفقود بالبينة ، او يحكم القاضي بوفاته على الوجه الشرعي. فاذا ما رجع سالماً يكون قد احتيط له بالحكم المتقدم، أما اذا أثبتت وفاته ، او حكم القاضي بها على الوجه الشرعي ، فيعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخاً لوفاته [54] فتقسم تركته على ورثته الحاضرين من ذلك التاريخ فحسب ، وليس على من مات منهم قبله، وان كان موجوداً وقت الفقد ، وذلك لعدم تحقق شرط الميراث فيه[55]. والا فعندها يتم اسناد الحكم الى ذلك التاريخ ، واعتبار المفقود ميتاً من وقت ثبوت الوفاة لا من وقت الحكم بها، فيكون بذلك حكم القاضي مظهراً للوفاة ومقرراً وليس منشئاً لها[56] وقيل في حكم الحاكم بموته اجتهاداً وجهان أصحهما: الصحة، والثاني: أنه لا بد من البينة. والأصحُّ القطع بالصحة[57]

أما توريث المفقود نفسه من غيره أو ارثه من غيره فللفقهاء رأيان تبعاً لاختلافهم في حجية الاستصحاب:

فيرى جمهور الحنفية :

أن المفقود لا تثبت له حقوق إيجابية من غيره، كالإرث والوصية من الآخرين، لا يرث من غيره ولا تثبت له الوصية من غيره؛ لأن الاستصحاب عندهم حجة للدفع لا للإثبات، أي أنه يصلح لأن يدفع به من ادعى تغير الحال، لا بقاء الأمر على ما كان، فاستصحاب حياته يفيده فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة، ومن فراق زوجته، وهذا هو الحق السلبي، ولا يفيده في انتقال ملكية الغير له، وهذا هو الحق الإيجابي، وبإيجاز يصلح الاستصحاب لدفع ملكية غيره

([54]) مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة العاشرة ، 1979م ، ص59.

([55])عبد الله عمر(1958م) احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار المعارف، ص663.

([56]) حسنين محمد مخلوف(د.ت) المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر ، ص 217.

([57]) السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ص 54/30، الكاساني، بدائع الصنائع، ص197.

لأمواله، لا لإثبات ملكيته من غيره. وعلى هذا فإنه لا يرث ولا وصية له؛ لأن شرط استحقاق الإرث والوصية ثبوت حياة الوارث والموصى له عند موت المورث والموصي، وحياة المفقود غير محققة، بل هناك احتمال أن يكون ميتاً، فهو لا يرث ولا يورث[58]

ويرى جمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والشيعة الإمامية :

أن المفقود يرث من غيره، وإن لم يورث؛ لأن استصحاب الحال حجة مطلقاً للدفع والإثبات، ما دام لم يقم دليل ما نع من الاستمرار، فحياة المفقود هي الأصل الثابت، فيرث من غيره، ولا يورث عنه ماله، أي أن الاستصحاب يثبت كلا الحقين الإيجاب والسلبي، إلا أن الحنابلة أضافوا أنه يورث ولا يرث بعد مضي أربع سنين على فقده[59]

الفرع الثاني : تطبيقات الاستصحاب علي الوقف للمفقود :

اختلف الفقهاء في حكم استحقاق المفقود لما وقف له عند الحكم بموته على قولين:

القول الأول: أنه لايستحق منه شيئاً بل يرجع الموقوف له إلى ورثة الميت الحاضر – أي الميت الأول– كأنه لا وجود لوارث مفقود أصلاً؛ وذلك للشك في حياة المفقود عند موت مورثه وتحقق الحياة شرط من شروط الإرث. وهذا قول الجمهور، الحنفية والمالكية، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.[60]

القول الثاني: أنه حق للمفقود يرثه عنه ورثته كسائر أمواله عند الحكم بموته فيقضى منه دينه، وينفق منه على زوجته وذلك لأن الأصل حياة المفقود قبل الحكم بموته. وهذا هو المذهب عند الحنابلة.[61]

المطلب الثاني : تطبيقات الاستصحاب علي زوجة المفقود

أتناول في هذا المطلب أحوال وأحكام زوجة المفقود من حيث الزوجية وانفضاضها وتربصها فأقول :

اختلف العلماء في حكم زوجة المفقود متي تطلق منه ؟ أي ماهي مدة تربصها ؟ الي مذاهب :

فقال أبو حنيفة [62]، والشافعي [63] في الجديد، وأحمد[64] في إحدى روايتيه:

لا تحل للأزواج حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها غالبًا، وحدها أبو حنيفة[65] بمئة وعشرين سنة، وحدها الشافعي[66] وأحمد [67]بتسعين سنة.

([58]) أصول السرخسي، مرجع سابق، ص225، مرآة الأصول، ص367، البزدوي، كشف الأسرار، ص 1098.

([59]) مختصر ابن الحاجب، ص 217. التلمساني، محمد بن أحمد الحسني(د.ت) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ، د.ن، ص 189، السبكي، الإبهاج، مرجع سابق، ص111. شرح المحلي على جمع الجوامع، ص285. المدخل إلى مذهب أحمد، ص 133، شرح روضة الناظر، 1/389، ابن حزم، الإحكام، ص590، محمد تقي الحكيم، ص 454.

([60]) الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد(د.ت) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير دار المعارف، ص404. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد(1404ه) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر، بيروت ، ص30، ابن قدامة، المغني، ص188. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي(د.ت) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي ، ص337. العذب الفائض في شرح عمدة الفارض– إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي على منظومة عمدة الفارض في علم الوصايا والفرائض، د.ن، ص86.

([61]) ابن قدامة، المغني، ص188، المرداوي، الإنصاف، ص337.

([62]) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(د.ت) فتح القدير، دار الفكر ، ص443 – 444، وحاشية ابن عابدين، ص318 – 321.

([63]) ابن حجر، حمد بن محمد بن علي(د.ت) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ص 253 – 254. الرملي، نهاية المحتاج، ص 147 – 148.

([64]) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح(1414ه) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ص598. وكشاف القناع، ص 34.

([65]) الكاساني، بدائع الصنائع، ص197. ابن الهمام، فتح القدير، ص 444.

وقال مالك[68] والشافعي [69] في القديم وأحمد [70] في الرواية الأخرى: تتربص أربع سنين، وهي أعلى مدة الحمل، وأربعة أشهر وعشرًا مدة عدة الوفاة، ثم تحل للأزواج.

و كذلك اختلفوا في صفة المفقود الذي يجوز فسخ نكاحه بعد التربص ما هي؟

فقال مالك والشافعي في القول القديم: جميع الفقد يوجب الفسخ، ولا فرق بين أن ينقطع خبره بسبب ظاهره الهلاك أم بغيره في أنها تتربص وتتزوج بعد التربص.[71]

وقال الشافعي في الجديد: إن المفقود هو الذي يندرس خبره وأثره ورجع عن القول بأنها تتربَّص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة وتزوج، وقال: لو قضى به قاضي نقضت قضاءه؛ لأن تقليد الصحابة لا يجوز للمجتهد، وللزوجة على هذا القول الجديد طلب النفقة من مال الزوج أبدًا فإن تعذَّرت كان لها الفسخ؛ لتعذُّر النفقة على أظهر القولين.[72]

وقال أحمد: هو الذي غالبه الهلاك، كالذي يفقد بين الصفين، أو يكون في مركب فيغرق، فيَسْلم قومٌ ويهلك قومٌ.[73]

فأما إن سافر في تجارة إلى بلد وانقطع خبره، ولم يعلم أحي هو أو ميت، لم يجز لها أن تتزوج حتى تتيقن الموت، أو يأتي عليه زمان لا يعيش مثله فيه.

وقال أبو حنيفة: المفقود هو من غاب ولم يعلم له خبر، وسواء كان بين الصفين أو كان سافر أو ركب البحر.

وعند المالكية حكم زوجة المفقود يبني علي محل وحال فقد المفقود وفقا للمحققين في الفقه المالكي وهو علي أربعة أنواع هي :

1/ مفقود في أرض الإسلام: وقع الخلاف فيه.

2/ ومفقود في أرض الحرب.

3/ ومفقود في حروب الإسلام، أعني: فيما بينهم.

4/ ومفقود في حروب الكفار.

والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير.

فأما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته، ما خلا أشهب، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين[74].

وأما المفقود في حروب المسلمين فقال: إن حكمه حكم المقتول دون تلوم، وقيل: يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك سَنَة.

وأما المفقود في حروب الكفَّار: ففيه في المذهب أربعة أقوال: قيل: حكمه حكم الأسير.

وقيل: حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة، إلا أن يكون بموضع لايخفى أمره في حكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم.

والقول الثالث: أن حكمه حكم المفقودين في بلاد المسلمين.

([66]) زكريا بن محمد (د.ت) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي ، ص 17.

([67]) البهوتى، شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ص 598، البهوتى، منصور بن يونس بن صلاح(د.ت) كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ، بيروت، ص 34.

([68]) الصاوي، الشرح الصغير، ص 505، وحاشية الدسوقي، ص 479.

([69]) ابن حجر، تحفة المحتاج ، ص253 – 254. الرملي، نهاية المحتاج، ص 148.

([70]) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ص598، وكشاف القناع 13/ 29 – 30.

([71]) ابن حجر، تحفة المحتاج ، ص253 – 254، الرملي، نهاية المحتاج، ص 148.

([72]) الشوكاني، فتح القدير، ص 440، وحاشية ابن عابدين، ص315.

([73]) الصاوي، الشرح الصغير، ص 506 – 507، وحاشية الدسوقي، ص482.

([74]) الصاوي، الشرح الصغير، ص 506 – 507، وحاشية الدسوقي، ص482.

والرابع: حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله، أعني: يعمر، وحينئذ يورث[75].

وقد رجح العلماء سبب الاختلاف في ذلك انه مبني على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل، وبين العلماء فيه اختلاف كدليل[76]

ثالثاً: تطبيقات الاستصحاب علي عودة ورجوع المفقود.

الفرع الأول : التطبيقات علي احكام زوجة المفقود بعد عودته :

لزوجةِ المفقود أَنْ تصبر وتنتظر ولاتطلبَ التفريقَ حتَّى يتبيَّن حالُ زوجها مِنْ حيث حياتُه أو موتُه، ولها الحقُّ في الأخذ بمبدإ التفريق إِنْ رَغِبَتْ فيه لِفَواتِ الإمساك بمعروفٍ بسبب غَيْبة الزوج وفقدانِه؛ فتَعيَّنَ التسريحُ بإحسانٍ إِنْ طلَبَتْه الزوجةُ لأنه حقُّها؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ ﴾ [77]

وللقاضي الحكمُ للغائب عند اقتضاء المصلحة الشرعية، وقد قضى عمر بنُ الخطَّاب رضي الله عنه بالتفريق بين المرأة وزوجها المفقود، وبه قال جماعةٌ مِنَ الصحابة كعليٍّ وابنِ عبَّاسٍ وابنِ عمر رضي الله عنهم وغيرِهم، وبه قضى ابنُ الزبير، ولم يُنْقَلْ خلافٌ في ذلك.

أمَّا الأحاديث الواردةُ في أنها «امْرَأَتُهُ حَتَّى يَأْتِيَهَا البَيَانُ»[78] فروايةٌ ضعيفةٌ لاتصلح للاحتجاج. أمَّامانُقِلَ عن عليِّ بنِ أبي طالبٍ رضي الله عنه أنه قال: «هِيَ امْرَأَةُ ابْتُلِيَتْ؛ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى يَأْتِيَهَا مَوْتٌ أَوْ طَلَاقٌ» [79] فمُرْسَلٌ، وقد جاء مِنَ المُسْنَدِ ما يُعارِضُه، وهو الموافقُ لقول عمر بنِ الخطَّاب رضي الله عنه في القول بالتفريق لفقدان الزوج، ولايخفى أنَّ مِنْ قواعدِ الترجيح مِنْ جهةِ السند تقديمَ الخبر المُسْنَد على المُرْسَل.

ومِنْ جهةٍ أخرى فإنَّ غَيْبة المفقود تُسبِّبُ لزوجته ضررًا مُؤكَّدًا؛ لكونِ فقدانه يُفوِّتُ على الزوجة أغراضَ الزواج، و«الضَّرَرُ يُزَالُ»؛ عملًا بقوله صلَّى الله عليه وسلَّم: «لَاضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» [80]؛فيُدْفَعُ قبل الوقوع ويُرْفَعُ بعده.

وإذاكان تشريعُ الإيلاء والتفريقِ بسببِ عدمِ الإنفاق على الزوجة أو لِعُنَّةِ[81] الزوج لِدَفْعِ الضرر عنها؛ فالتفريقُ لفَقْدِ الزوج أَحَقُّ وأَوْلى بالأخذ، ولها الخيارُ بين الحقَّين السابقين، والأَفْضلُ أَنْ تُرجِّحَ مايدفع عنها الضررَ ويُحقِّقُ لها مصلحتَها.

أما اذا عاد الزوج بعد ان تربصت الزوجة وتزوجت بثاني فانه اختلف العلماء في هذه المسألة علي اقوال مختلفة هي:

القول الأول :

هي زوجة للأول الذي كان مفقودا ثم ظهر، وينفسخ نكاحهامن الثاني، وترجع إلى الأول بعد أن تعتد، وهذا مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة مع فروق يسيرة في التفاصيل . أما الحنفية فقد قال أبوحنيفة رحمه الله : (في المفقود لاتتزوج امرأته حتى يأتيها الخبر بطلاق أو وفاة، فتعتد، ثم تتزوج، فإن تزوجت امرأة المفقود ثم قدم فرق بينهما وبين زوجها الآخر، فإن كان

([75]) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(1332 ه) المنتقى شرح الموطإ ، مطبعة السعادة، مصر ، ص 92 – 93.

([76]) ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد(د.ت) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، ص 49 – 50.

([77]) سورة البقرة، الاية ٢٢٩.

([78]) خرجه الدار قطنيُّ (٣٨٤٩)،والبيهقيُّ (١٥٥٦٥)،مِنْ حديثِ المغيرة بنِ شعبة رضي الله عنه. قال الألبانيُّ في «السلسلة الضعيفة» (٢٩٣١): «ضعيفٌ جدًّا».

([79]) أخرجه عبدالرزَّاق في «مصنَّفه» (١٢٣٣٠).

([80]) أخرجه ابنُ ماجه في «الأحكام» بابُ مَنْ بَنَى في حقِّه مايضرُّ بجاره (٢٣٤٠) مِنْ حديثِ عبادة بنِ الصامت رضي الله عنه، وبرقم: (٢٣٤١) مِنْ حديثِ ابنِ عبَّاسٍ رضي الله عنهما. والحديث صحَّحه الألبانيُّ في «إرواء الغليل» (٣/ ٤٠٨) رقم: (٨٩٦) وفي «السلسلة الصحيحة» (٢٥٠).

([81]) العُنَّة: عجزٌ يُصِيبُ الرجلَ فَلَا يقدر على الجِمَاع، [انظر: «المعجم الوسيط» (٢/ ٦٣٣)]

قد دخل بها كان لها الصداق بما استحل من فرجها)[82].

ويقول الإمام الكاساني الحنفي رحمه الله : (إذا نعي إلى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت، ثم جاء زوجها الأول، فهي امرأته؛ لأنها كانت منكوحته، ولم يعترض على النكاح شيء من أسباب الفرقة، فبقيت على النكاح السابق، ولكن لايقربها حتى تنقضي عدتها من الثاني)[83]، وقد وقع للموسوعة الفقهية الكويتية[84] خطأ في نقل مذهب الحنفية في هذه المسألة . أما الشافعية في قول الخطيب الشربيني رحمه الله : (إذا بان حيا بعد أن نكحت فالزوج باق على زوجيته، لكن لايطؤها حتى تعتد من الثاني " انتهى من)[85]. ويقول البهوتي الحنبلي رحمه الله : (إن كان عود الأول بعد دخول الثاني بها، خُيِّر الأول : بين أخذها منه، فتكون امرأته بالعقد الأول، ولو لم يطلق الثاني، نصا؛لأن نكاحه كان باطلا في الباطن، ويطأ الأول بعد عدة الثاني . وبين تركها مع الثاني؛ لقول عمر وعثمان وعلي، وقضى به ابن الزبير، ولم يعرف لهم مخالف، فكان كالإجماع . وإذا لم يخترها الأول : كانت مع الثاني، من غير تجديد عقد في الأشهر؛ لأن الصحابة لم ينقل عنهم تجديد عقد، واختار الموفق التجديد، وهو القياس)[86]. ويقول الشيخ ابن عثيمين رحمه الله : (الصواب في هذه المسألة : أن الزوج الأول بالخيار مطلقاً، سواء قبل وطء الثاني أو بعده، فإن أبقاها للثاني فهي له، ويأخذ منه صداقه، ولايرجع الثاني عليها بشيء، وإن أخذها فهي له)[87]

القول الثاني :

تبقى الزوجة للزوج الثاني، ولا سبيل للأول عليها، وهو مذهب مالك بن أنس رحمه الله حيث يقول : (إن تزوجت بعد انقضاءعدتها، فدخل بها زوجها، أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها، قال مالك : وذلك الأمر عندنا، وإن أدركها زوجها قبل أن تتزوج فهو أحق بها)[88]. ولكن المالكية اختاروا تقييد الأمر بالدخول، فيقول الحطاب المالكي رحمه الله : (فإن جاء المفقود، أو تبين أنه حي، أو أنه مات بعد دخول الثاني بها : فإنها فاتت بدخوله بها)[89].

واستدل الجمهور على قولهم بأدلة عدة :

الدليل الأول :

ماروي من طرق عدة من قضاء عمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم جميعا، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة، وقد ورد ذلك عنهم بأسانيد عدة، صححها كثير من العلماء[90].

وأنكر مالك رحمه الله الأثر عن عمر بن الخطاب، فقال: (أدركت الناس ينكرون الذي قال بعض الناس على عمر بن الخطاب أنه قال : يخير زوجها الأول إذا جاء، في صداقها أو في امرأته ... وبلغني أن عمر بن الخطاب قال : في المرأة يطلقها زوجها وهو غائب عنها، ثم يراجعها، فلا يبلغها رجعته، وقد بلغها طلاقه إياها، فتزوجت أنه إن دخل بها زوجها الآخر أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول الذي كان طلقها إليها، قال مالك : وهذا أحب ماسمعت إلي في هذا وفي المفقود)[91].

ولكن أجاب ابن عبد البر رحمه الله عن إنكار الإمام مالك أثر عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال : (هو

([82]) أبوعبد الله محمد بن الحسن(1403ه) الحجة على أهل المدينة، ط3، عالم الكتب، بيروت ، ص49-52.

([83]) الكاساني، بدائع الصنائع، ص215.

([84]) الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،ج 38، الكويت، ص279.

([85]) الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد(1415ه) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، ص99.

([86]) البهوتي، كشاف القناع، ص422.

([87]) العثيمين، محمد بن صالح (1428 ه) الشرح الممتع على زاد المستقنع ، ج13، دار ابن الجوزي، ص379.

([88]) مالك بن أنس(1406 ه) موطأ الإمام مالك ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبدالباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص575.

([89]) الحطاب، مواهب الجليل، ص157 ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ص480.

([90]) من أراد التوسع في ذلك يرجع الي كتاب أقضية الخلفاء الراشدين1/267-276

([91]) الموطأ، مرجع سابق، ص575.

عن عمر منقول بنقل العدول من رواية أهل الحجاز وأهل العراق) . [92] وتوسع في نقل الأسانيد والآثار .

الدليل الثاني :

القياس، فظهور المفقود دل على أن فسخ نكاح زوجته وقع خطأ، وأنها باقية على ذمة زوجها الأول . لذلك قال محمد بن الحسن رحمه الله – في مناقشة مذهب أهل المدينة في المسألة –: (كيف امرأة الأول إذا تزوجت صارت امرأة الآخر، أرأيتم في الحال الذي تزوجت فيها أكانت امرأة أول، فإن قالوا : نعم، قيل لهم : فقد تزوجت ولها زوج، وكيف حلت لغير زوجها وحرمت على زوجها بتزوجها غيره، هذا مما لاينبغي لكم ولا لغيركم أن يُشْكِل خطؤه عليه ... وهذا أحب القولين إلينا، وأشبههما بالكتاب والسنة)[93] .

الترجيح:

ويترجح مذهب الجمهور لقوة ادلتهم .

الفرع الثاني : تطبيقات الاستصحاب علي مال المفقود بعد عودته :

أما أمواله فقد اتفقت المذاهب الأربعة على وجوب إرجاع أعيان أمواله التي تقاسمها الورثة، واختلفوا فيما تلف منها، وذهب، وتم إنفاقه : هل يضمنه من أنفقه أم لا يضمنه؟على قولين : الجمهور قالوا بالضمان، وخالف الحنفية فقالوا بعدم الضمان.[94] يقول البهوتي الحنبلي رحمه الله : (إن قدم المفقود بعد قسم المال : أخذ ما وجده من المال بعينه بيد الوارث، أو غيره؛ لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه، ورجع على من أخذ الباقي، بعد الموجود، بِمِثْل مِثْلِيّ، وقِيمةِ مُتَقَوّم؛ لتَعذُّر رده بعينه)[95].

الترجيح :

والراجح عندي – والله اعلم – أن المفقود إذا ظهر فإنه يسترجع زوجته وماله، لانه قول جماهير العلماء لظهور حجتهم في ذلك .

يجدر بنا ان نختم بما ورد في القانون السوداني بشأن المفقود :

تحدث القانون في عدد من المواد عن كيفية التعامل مع المفقود وهي

المادة 260.

إذا لم يكن للغائب، أو المفقود وكيل فيعين له القاضى قيماً لإدارة أمواله..

حصر أموال الغائب أو المفقود:

المادة 261.

تحصر أموال الغائب، أو المفقود، عند تعيين القيم عليهما، وتدار وفق إدارة أموال القاصر

البحث عن المفقود:

المادة 262.

يجب على القاضى أن يبحث عن المفقود، بكل الوسائل، للوصول الى معرفة ما إذا كان حياً، أو ميتاً، قبل أن يحكم بوفاته.

إنتهاء فقد المفقود:

المادة 263.

ينتهى فقد المفقود فى أى من الحالات الآتية:

(أ) عودته حياً

(ب) ثبوت وفاته

(ج) الحكم بموته

حالات الحكم بموت المفقود:

المادة 264.

يجوز للقاضى أن يحكم بموت المفقود فأى من الحالات الآتية

(أ) قيام دليل على وفاته

(ب) فقده فى ظروف

(أولا) لا يغلب فيها الهلاك ومضى أربع سنوات على الأقل، من تاريخ فقده

(ثانيا) يغلب فيها هلاكه، ومضى سنتين على ذلك

([92]) ابن عبد البر، عمر يوسف بن عبد الله(1421ه) الاستذكار ، دار الكتب العلمية، بيروت، ص131.

([93]) أبوعبد الله محمد بن الحسن(1403ه) الحجة على أهل المدينة، ط3، عالم الكتب، بيروت، ص52–58 بتصرف.

([94]) الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،ج 38، الكويت، ص 280.

([95]) البهوتي، كشاف القناع، ص466.

تاريخ موت المفقود:

المادة 265.

إذا صدر حكم بموت المفقود، فيعتبر ميتاً من تاريخ

(أ) فقده، فى حق مال الغير

(ب) الحكم بموته، فى ماله الخاص

ظهور المفقود حياً:

المادة 266.

إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً، فيترتب على هذا أن

(أ) يستحق ما بقى من ماله فى أيدى ورثته.

(ب) تعود زوجته إلى عصمته، ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.[96]

الخاتمة

نسأل الله حسن الخاتمة

الحمد لله الذي اوصلني الي خاتمة هذا البحث واسال الله ان يكون عونا لتطبيق ماوصلت اليه من نتائج واختمه بأهمما توصلت اليه من نتائج وتوصيات.

أولا : النتائج :

1/ قاعدة الاستصحاب وان اختلف العلماء في الاخذ بها الا ان هناك قاسما مشتركا بين العلماء في تحكيمه اذا عرفت بالمعني الاصولي وهو : التمسك بدليل عقلي أو شرعي، وليس راجعاً إلى عدم العلم بالدليل بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب. اذن هو الدليل المبني على مستند من الشرع معتبرٍ؛ هذا الذي يعنيه العلماءُ عند التعليل به، وقد نصَّ غيرُ واحد من العلماءِ على أنَّ هذا مما لا ينكره أحد. ومن هنا يتضح أن الاستصحاب هو في حقيقة الأمر استثناء بوجه شرعيّ فالتمسك ، هو: الاستثناء . وانتفاء المغير ، هو : الدليل الأقوى.

2/ المفقود في اصطلاح الفقهاء هومن فقد فلا يعلم مكانه أو غاب عن أهله ونقطع خبره ، فلا يعرفون حياته من موته . وهو بهذا المعنى يشمل كل من خرج من بيته ولم يعد وانقطعت أخباره.

3/ يجب على القاضي أن يبحث عن المفقود، بكل الوسائل، للوصول الى معرفة ما إذا كان حياً، أو ميتاً، قبل أن يحكم بوفاته.

4/ إذا لم يكن للغائب، أو المفقود وكيل فيعين له القاضى قيماً لإدارة أمواله.

5/ تحصر أموال الغائب، أو المفقود، عند تعيين القيم عليهما، وتدار وفق إدارة أموال القاصر.

6/ إذا حكم بموت المفقود ثم ظهر حياً، فيترتب على هذا أنه يستحق ما بقى من ماله فى أيدى ورثته،و تعود زوجته إلى عصمته، ما لم تتزوج ويقع الدخول بها.

ثانيا: التوصيات:

وجدت مسببات الفقد في زماننا هذا فكثرة الحروب والكوارث الطبيعية من زلازل وحرق وغرق واختفاء طائرات فاحتاج الناس الي التفقه في حالات المفقود والمعالجات الشرعية لهذه الحالات لذلك اوصي طلاب العلم والمهتمين بهذا الامر بتسليط الضوء عليه بعقد الورش العلمية والمحاضرات العامة التي تعرف الحقوق لذوي المفقودين ولعامة الناس .

المصادر والمراجع

- **القرآن الكريم**

1. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على(1414ه) لسان العرب ، ط3، ج2، دار صادر، بيروت .
2. مرتضى، الزَّبيدي، محمّد بن محمّد بن عبدالرزّاق الحسيني(د.ت) تاج العروس من جواهر القاموس ، المحقق: مجموعة من المحققين ،ج3، دار الهداية .
3. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي(د.ت) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت.
4. إمام الحرمين الجويني، عبد الملك بن عبدالله بن يوسف(1418 ه) البرهان في أصول الفقه ،ج2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان .
5. الجويني، (د.ت) التلخيص في أصول الفقه ،ج3، دار البشائر الإسلامية، بيروت.

[96] قانون الاحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991 م

6. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (د.ت) الإحكام في أصول ،ج5، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص5.
7. أبو المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار(1418هـ) قواطع الأدلة في الأصول، المحقق: محمد حسن محمد حسن اسماعيل، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
8. أبو زيد عبدالله بن عمر بن عيسى، تقويم الأدلة في أصول الفقه (1421هـ) المحقق: خليل محيي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت.
9. القاضي أبويعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف(1410هـ) العدة في أصول الفقه، حققه وعلق عليه وخرج نصه : د. أحمد بن علي بن سير المباركي، الأستاذ المشارك في كلية الشريعة بالرياض، جامعة الملك محمد بن سعود الإسلامية، الثانية، د.ن .
10. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل(د.ت) أصول السرخسي، ج2، دار المعرفة ، بيروت.
11. فخر الدين الرازي، أبوعبد الله محمد بن عمر بن الحسن(1418هـ) المحصول، دراسة وتحقيق: الدكتور طه جابر فياض العلواني، ط3، ج6، مؤسسة الرسالة .
12. ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد(1423هـ) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ط2، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع وروضة الناظر.
13. أَبُو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن(1406هـ) التمهيد في أصول الفقه، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي،ج4، جامعة أم القرى.
14. الطوفي، شرح مختصر الروضة(1407هـ) سليمان بن عبد القوي بن الكريم الصرصري، المحقق : عبدالله بن عبد المحسن التركي، ج3، مؤسسة الرسالة، بيروت.
15. الآمدي، ابو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي(د.ت) الإحكام في أصول الأحكام، ج4، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
16. البزدوي، عبدالعزيز بن أحمد بن محمد (د.ت) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج3، دار الكتاب الإسلامي.
17. الأصفهاني، محمود بن عبد الرحمن(1406هـ) بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ، ج3، دار المدني، السعودية.
18. ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر(د.ت) إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية .
19. البناني،عبد الرحمن بن جاد الله بناني(د.ت) حاشية العلامة البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.
20. الإسنوي، عبدالرحيم بن الحسن(1420هـ) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ج3، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان .
21. الغزالي، أبوحامد محمد بن محمد(1413هـ) المستصفى ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي ، دار الكتب العلمية، بيروت.
22. محمد السعيد على عبد ربه (1980م) بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة.
23. الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي(1427 هـ) محمد مصطفى ، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، دمشق، سوريا .
24. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر(1994م) البحر المحيط في أصول الفقه، ج4، دار الكتبي.
25. القاضي البيضاوي(1995م) الإبهاج في شرح المنهاج ، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت. ص181.
26. السبكي، بدر الدين محمد(1418هـ) تشنيف المسامع بجمع الجوامع ، مكتبة قرطبة للبحث العلمي وإحياء التراث، القاهرة ص144، الشوكاني، محمد بن علي (1999م) إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم ، دار الكتاب العربي.
27. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي(2003م) اللمع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية.

28. أبو الوليد الباجي(1409هـ) أحكام الفصول، مؤسسة الرسالة، بيروت.
29. الخطيب البغدادي، أبوبكر أحمد بن علي بن ثابت (1421هـ) الفقيه والمتفقه، المحقق: أبوعبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي ، ط2، دار ابن الجوزي، السعودية.
30. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس(1393 هـ) شرح تنقيح الفصول ، شركة الطباعة الفنية المتحدة.
31. أبو الحسين البَصْري، محمد بن علي الطيب، المعتمد في أصول الفقه(1403هـ) المحقق: خليل الميس، دار الكتب العلمية، بيروت .
32. القاضي البيضاوي، الإبهاج، ص182. العطار، حسن بن محمد بن محمود(د.ت) حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية.
33. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط ، (إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبدالقادر / محمد النجار) دار الدعوة، القاهرة.
34. ابن قدامة، موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد (1388هـ) المغني، ج8، مكتبة القاهرة، مصر.
35. النووي، محيي الدين يحيى بن شرف(1412هـ) روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، ط3، ج8، بيروت، دمشق.
36. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف(د.ت) المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت. الكاساني، أبوبكر بن مسعود (1406هـ) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج6، دار الكتب العلمية ، بيروت. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(د.ت) شرح فتح القدير، ج5، دار الفكر، بيروت.
37. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر(1412هـ) رد المحتار على الدر المختار، ط2، ج3، دار الفكر، بيروت.
38. الزركشي، بدر الدين محمد بن عبد الله (1414هـ) البحر المحيط في أصول الفقه ،ج6، دار الكتبي، مصر.
39. البزدوي، كشف الأسرار، ص662. شعبان محمد إسماعيل(د.ت) تهذيب شرح الأسنوي على منهاج الوصول للبيضاوي،ج3، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة.
40. القرطبي، ابو عبد الله محمد بن أحمد(1384هـ) الجامع لأحكام القرآن، ج7، دار الكتب المصرية، القاهرة .
41. محمد السعيد على عبد ربه(1980م) بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، مطبعة السعادة.
42. مسلم، مسلم بن الحجاج(د.ت) المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم المحقق: محمد فؤاد عبد الباقي، حديث888، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
43. الزَّنْجاني، محمود بن أحمد(1398هـ) تخريج الفروع على الأصول، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت.
44. الزرقا، أحمد بن الشيخ(1409هـ) شرح القواعد الفقهية ، ط2، دار القلم، دمشق ، سوريا.
45. الخضير، عبدالكريم بن عبد الله(د.ت) شرح الورقات في أصول الفقه، دروس مفرغة من موقع الشيخ الخضير.
46. علي سيد حسن، الاحكام الخاصة بالمفقود(1984م) دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر.
47. متن القدوري في الفقه على مذهب الامام ابي حنيفة العلامة ابي الحسين احمد بن محمد القدوري البغدادي.
48. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الاول ، السنة العاشرة ، 1979م .
49. عبد الله عمر(1958م) احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار المعارف.
50. حسنين محمد مخلوف(د.ت) المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر.
51. التلمساني، محمد بن أحمد الحسني(د.ت) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول ، د.ن.
52. الصاوي، أبو العباس أحمد بن محمد(د.ت) بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير دار المعارف، ص404. الرملي، محمد بن أبي العباس أحمد(1404هـ) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.

53. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي(د.ت) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي.
54. العذب الفائض في شرح عمدة الفارض– إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي على منظومة عمدة الفارض في علم الوصايا والفرائض، د.ن.
55. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد(د.ت) فتح القدير، دار الفكر .
56. ابن حجر، حمد بن محمد بن علي(د.ت) تحفة المحتاج في شرح المنهاج، روجعت وصححت: على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر.
57. البهوتى، منصور بن يونس بن صلاح(1414ه) دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت.
58. زكريا بن محمد (د.ت) أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي.
59. البهوتى، منصور بن يونس بن صلاح(د.ت) كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ، بيروت.
60. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف(1332 ه) المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة، مصر .
61. ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد(د.ت) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة.
62. أبوعبد الله محمد بن الحسن(1403ه) الحجة على أهل المدينة، ط3، عالم الكتب، بيروت .
63. الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،ج 38، الكويت.
64. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد(1415ه) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية .
65. العثيمين، محمد بن صالح (1428 ه) الشرح الممتع على زاد المستقنع ، ج13، دار ابن الجوزي.
66. مالك بن أنس(1406 ه) موطأ الإمام مالك ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبدالباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
67. ابن عبد البر، عمر يوسف بن عبد الله(1421ه) الاستذكار ، دار الكتب العلمية، بيروت.
68. أبوعبد الله محمد بن الحسن(1403ه) الحجة على أهل المدينة، ط3، عالم الكتب، بيروت.
69. الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،ج 38، الكويت.
70. قانون الاحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991 م.