

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عمار ثليجي بالأغواط  
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة  
قسم العلوم الإسلامية



العنوان:

قاعدة الاستصحاب وأثرها على الأحكام الشرعية (المفقود ماله وزوجه نموذجا)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية نظام (LMD).  
تخصص: الفقه المقارن وأصوله.

تحت إشراف الدكتور

زيغمي نعيمى.

إعداد الطالبين:

- عزيزي مصطفى.

- عزيزي هناء أم كلثوم.

لجنة المناقشة

الصفة	الجامعة	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة عمار ثليجي بالأغواط	د. ورنيفي محمد
مشرفا	جامعة عمار ثليجي بالأغواط	د. زيغمي نعيمى
مناقشا	جامعة عمار ثليجي بالأغواط	د. بوفاتح الطيب

السنة الجامعية: 1442-1443هـ / 2021-2022م.

## إهداء

إلى من اشتاقت إليه القلوب، وتاقت لرؤيته العيون، إلى معلم الأمة الخير، ورحمة الله للبشرية رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه ومن والاه، وإن كان من إهداء بعد الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم - وصحبه الكرام، فإني لا أملك إلا أن أتوجه به مقبلا الرأس واليدين، إلى من جعلها الله سببا في وجودي، إلى الذين رباني صغيرا وأدباني وعلماني كبيرا، والدي العزيزين عليهما الرحمة والرضوان، إلى زوجتي الغالية، الى أولادي الأعزاء عبدالقادر فارس، وهناء أم كلثوم، ومريم البتول، وإخوتي وأخواتي وأقاربي وأصدقائي جميعا، كل باسمه ورسمه، إلى من أزرني بالكلمة الطيبة والدعاء الصالح. إلى كل هؤلاء الكرام أهدي هذا البحث العلمي المتواضع راجيا من الله حسن القبول.

مصطفى عزيزي

## إهداء

إلى الذي وفقني لهذا ولم أكن لأصل إليه لولا فضله ورحمته، مولاي وخالقي، إلى حبيب  
الله رسول الله صلى الله عليه وسلم.

إلى من أفضلها على نفسي ولم لا فقد ضحت لأجلي، ولم تدخر جهدا في سبيل إسعادي  
على الدوام "أمي الحبيبة"

نسير في دروب الحياة، ويبقى من يسيطر على أذهاننا في كل مسلك نسلكه  
صاحب الوجه الطيب والأفعال الحسنة، فلم يبخل علي طيلة حياته "والدي العزيز"

إلى من أعاننتي بالدعوات "جدتي رحمها الله"

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي

أقاربي من أخوال وأعمام

إلى وحيدي ورفيقة دربي أختي "مريم البتول"

إلى سندي في الحياة إخوتي "عبد القادر فارس، محمد الطاهر"

إلى من ساعدتني في كتابة هذه المذكرة صديقتي "فاطمة الزهراء بومعزة"

ولكل أساتذتي الأفاضل

وإلى كل زملائي في الدفعة

إلى كل من آمن بقدراتي وشجعني ولو بنصيحة

إلى كل من سقط سهوا من قلبي

أهدي عملي.

هناء أم كلثوم عزيزي

## شكر وتقدير

الحمد لله والشكر لله تعالى، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، فبعد أن منا الله علينا بإتمام هذا البحث المتواضع، فإننا نتقدم بالشكر الجزيل وخالص التقدير مع العرفان بالجميل لكل من أولانا معروفا بدعاء أو توجيه أو تشجيع، وأخص بالذكر فضيلة أستاذنا الدكتور نعيمة زيغمي الذي أكرمنا وتفضل بالإشراف على هذا البحث، فكان نعم المشرف الناصح الأمين، والذي حباننا بدمائه خلقه، وسعة صدره وقلبه وعقله، ومنحنا من وقته وعلمه وتوجيهاته ونصائحه الشيء الكثير، فجزاه الله خير الجزاء وبارك فيه، وأمد في عمره.

كما ونتقدم بالشكر والتقدير لذوي العلم أعضاء لجنة المناقشة الكرام، ونرجو من الله تعالى أن يثيبهم على توجيهاتهم وملاحظاتهم خير الثواب، كما نخص بالذكر الأساتذة الأفاضل الذين رافقونا أثناء مشوارنا الدراسي.

لهؤلاء جميعا وغيرهم نقدم شكرنا ممزوجا بدعائنا لهم بالسداد والرشاد مع حسن الختام، وأن يوفقنا الله جميعا لكل ما يحب ويرضى، إنه سميع مجيب.

## ❖ الملخص:

تعتبر قاعدة الاستصحاب من القواعد الفقهية المهمة في الشريعة الإسلامية وذلك لضبطها للفروع الفقهية وحثها على التيقن قبل إصدار الأحكام ولارتباطها الوثيق بالمقاصد الشرعية ولها تطبيقات في الفقه الإسلامي وبالخصوص في واقعا المعاصر لتعدد الوقائع والحوادث كحالة المفقود وتشابك الظروف والملابسات التي كانت من وراء فقدانه ولذا جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على الواقع التطبيقي لهذه القاعدة من جانبها الشرعي لتعطي الحل الأمثل لمعضلة المفقود حتى تحقق المقصد الشرعي في الحفاظ على حقوقه وحقوق غيره. وقد استخدمنا المنهج الوصفي التحليلي وذلك بذكر ابتداء مدخل مفاهيمي لمصطلحات البحث - الاستصحاب، المفقود - وهذا في الفصل الأول أما الفصل الثاني فخصصناه لأثر قاعدة الاستصحاب في أحكام المفقود من ناحية ماله وزوجه، وخاتمة فيها أهم النتائج وقد توصلنا في دراستنا إلى أن التطبيق العملي لقاعدة الاستصحاب في واقعا المعاصر لها أهمية كبيرة في حل المشكلات والنزاعات.

# المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين .  
أما بعد، فمما لا يخفى على الدارسين في العلوم الشرعية ما لعلم أصول الفقه من الأهمية والمكانة العظمى التي من خلالها ندرك عظمة هذا الدين الرباني في مواكبة الوقائع والمستجدات الأسرية والاجتماعية التي لا تنتهي إلى ما شاء الله لكن ومن خلال هذا العلم الفذ الذي يحق للأمة أن تفخر به استطاعت النصوص الشرعية الثابتة والمتناهية أن تساير اللامتناهي من حياة الناس والمتجدد في كل آن وحين لذلك صار من الواجب دراسة النصوص الشرعية دراسة علمية شاملة ولا يتحقق ذلك إلا بمعرفة علم أصول الفقه الذي يمهّد الطريق ويقدم الأدوات المعينة لاستنباط أحكام شرعية لتلك المستجدات والوقائع ولا شك ولا ريب أن من أهم أبواب هذا العلم باب الأدلة بنوعيتها المتفق على حجيتها والمختلف في حجيتها ولما كان الدليل المختلف في حجيته لا يقل شأنًا وأهمية من غيره في مدى الحاجة إليه في الفتوى واستنباط الأحكام الشرعية به كان موضوع بحثنا احد هذه الأدلة وهو الاستصحاب كقاعدة مؤثرة في معرفة واستنباط الأحكام الشرعية العملية لمسائل حياتية سواء على مستوى الأسرة أو المجتمع وجعلنا فقه المفقود نموذجًا لدراستنا لشهرته بين أصحاب المذاهب وفي كتب الأصول عند الحديث عن الاستصحاب وبتوفيق من الله سبحانه وتعالى ثم بتوجيه من فضيلة الأستاذ المشرف كان عنوان البحث: قاعدة الاستصحاب وأثرها على المفقود ماله وزوجه أنموذجًا.

### • إشكالية الدراسة:

يمكن صياغة إشكالية الدراسة في هذا التساؤل الرئيس كيف تؤثر قاعدة الاستصحاب على المفقود؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما أثر قاعدة الاستصحاب على المفقود من ناحية زوجه؟
- ما أثر قاعدة الاستصحاب على المفقود من ناحية ماله؟

- ما الحقوق التي تؤثر فيها هذه القاعدة؟

• أهمية الدراسة ومسوغاتها:

إن البحث في هذا الموضوع يعد وسيلة مهمة لمعرفة كثير من المسائل المتفرعة والمتجددة لحالة المفقود وما يترتب على ذلك من حفظ للحقوق المعنوية والمادية له ولزوج.

الاستصحاب ظاهرة من الظواهر الاجتماعية العامة التي ولدت في المجتمعات وستبقى معها ما دامت المجتمعات ضماناً لحفظها واستقامتها وهذا ما دعا الشيخ محمد أبو زهرة أن يقول (إن الأئمة الأربعة ومن تبعهم مجمعون على الأخذ به\* ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ به وكل ذلك منهم مراعاة لمقصد الشرع من البقاء والاستمرار في أحكامها الشرعية فقه وأصولاً لا تنطلق من فراغ ولا تعالج فراغاً بل تنطلق من واقع المسلم الفردي والأسري والاجتماعي وتعالج ذلك الواقع وتضبطه بضوابط الحلال والحرام وهنا تكمن الأهمية لهذه البحوث يقول القرطبي ( القول بالاستصحاب لازم لكل أحد لأنها أصل تبني عليه النبوة والشرعية فإنما إن لم نقل باستمرار حال تلك الأدلة لم يحصل العلم بشيء من تلك الأمور).

• أهداف الدراسة:

1. توضيح مفهوم قاعدة الاستصحاب وعلاقتها بالمسائل الفقهية الفرعية.
2. ذكر التطبيقات الفقهية لقاعدة الاستصحاب من خلال فقه المفقود.
3. تهدف الدراسة إلى التحاكي إلى قاعدة الاستصحاب باعتبارها إحدى علوم الآلة الحافظة لعلوم الشريعة في معرفة واستنباط الأحكام الشرعية العملية للمفقود التي تخص ماله وزوجه.

• منهج البحث في الدراسة:

كما هو معروف فإن لكل بحث أكاديمي منهج للدراسة وموضوعنا اعتمدنا فيه على المنهجين التاليين:

أولاً: المنهج الوصفي للمفاهيم الواردة في الموضوع (الاستصحاب، المفقود).

ثانياً: المنهج التحليلي وذلك بتحليل ما جمع من مادة علمية وربطها ببعضها البعض مع بيان أقوال علماء المذاهب وأدلتهم وذلك بتدبر المادة العلمية وتحليل معانيها ومضامينها من خلال رصد أهم الآراء الأصولية المتعلقة بقاعدة الاستصحاب ثم أهم الآراء المتعلقة بمسألة المفقود مع إسقاط مفاهيم القاعدة الأصولية على المسألة الفقهية.

#### • الأبحاث والدراسات السابقة:

استفدنا حقيقة من بعض البحوث العلمية والدراسات الأكاديمية التي كانت تعالج موضوع الاستصحاب وأخرى موضوع المفقود نذكر منها الأكثر إفادة لنا:

1. هاني كمال محمد جعفر، "القواعد الأصولية المؤثرة في حقوق الإنسان دراسة تأصيلية تطبيقية"، مؤسسة الرسالة، ط1، 1440هـ - 2019م. (رسالة أكاديمية درجة الدكتوراه).
2. عوني أحمد محمد مصاروة، "الاستصحاب حججه وأثره في الأحكام الفقهية دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية"، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 1424هـ - 2003م، موقع نداء الإيمان. (رسالة أكاديمية درجة الماجستير).
3. نادية محمود سليم صديق، "حجية الاستصحاب عند الأصوليين"، بحث أكاديمي.
4. مصلح عبد الحي النجار، "الاستصحاب وتطبيقاته"، المجلد 2 من العدد 34 لحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، الإسكندرية، مصر.

#### • خطة البحث:

استدعى بحث هذا الموضوع أن نجعله في مقدمة وفصلين وخاتمة أما المقدمة فذكرنا فيها نبذة يسيرة عن فضل علم أصول الفقه كما بينا فيها أهمية الموضوع مع ذكر قضية الدراسة وإشكالياتها والهدف منها وخطة البحث والمنهج المتبع في إعداده وكتابته وتقديمه.

أما الفصل الأول فجعلناه بعنوان الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية وهذا من خلال  
مبحثين:

المبحث الأول: قاعدة الاستصحاب تعريفها أنواعها حجيتها.

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.

المطلب الثاني: تعريف الاستصحاب اصطلاحا.

المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.

المطلب الرابع: مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب وأدلتهم

المبحث الثاني: المفقود دراسة فقهية.

المطلب الأول: تعريف المفقود لغة.

المطلب الثاني: تعريف المفقود اصطلاحا.

المطلب الثالث: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.

المطلب الرابع: أنواع المفقود.

المطلب الخامس: متى يحكم القاضي بموت المفقود.

الفرع الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة.

الفرع الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.

الفرع الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقودا.

والفصل الثاني جعلناه بعنوان الاستصحاب والمفقود دراسة تطبيقية وهذا من خلال ثلاث  
مباحث.

المبحث الأول:مسألة مال المفقود.

المطلب الأول:بقاء ماله على ملكه.

المطلب الثاني:إدارة ماله.

المطلب الثالث: النفقات الواجبة عليه.

المطلب الرابع: حكم زكاة أمواله.

المبحث الثاني: مسألة ميراث المفقود.

المطلب الأول:صورة المسألة.

المطلب الثاني: شروط تحقق حياته لتملكه الإرث.

المطلب الثالث:أقوال الفقهاء في المسألة.

المبحث الثالث:الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.

المطلب الأول: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود.

المطلب الثاني:عدة زوجة المفقود والإحداد فيها.

المطلب الثالث:إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها فيه أن تتزوج.

خاتمة: نتائج البحث (والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيد

المرسلين).

# الفصل الأول

الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

نتناول في الفصل الأول المفاهيم الخاصة بالبحث، والمتمثلة في تعريف الاستصحاب لغة وشرعا، مع ذكر أنواعه ومذاهب الأصوليين في حجيته وأدلتهم، إضافة إلى الدراسة المفقود دراسة فقهية من خلال تعريف المصطلح ومقارنته بالغايب، وذكر أنواعه والأحكام الشرعية المتعلقة به.

الفصل الأول : مدخل إلى المفاهيم.

المبحث الأول: قاعدة الاستصحاب.

نتطرق في هذا المبحث إلى قاعدة الاستصحاب من ناحية التعريف والأنواع والحجية، مع تعزيز ذلك بالأدلة التي ذكرها الأصوليون عند تطرقهم لحجية الاستصحاب.

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب لغة.

استصحب الشيء: لازمه، ويقال استصحبه الشيء: سأله أن يجعله في صحبته،

وإصطحب فلانا دعاه إلى الصحبة.<sup>1</sup>

استصحب فلانا دعاه إلى الصحبة والرفقة، مثل استصحبت الأمابنتها، استصحب الكتاب في سفره، لازمه، حملهمعه.<sup>2</sup>

طلب الصحبة واستصحب بالشيء إذا طلب أن يجعل في صحبته، والصحبة الملازمة والمرافقة، تقول استصحب الرجل إذا لازمه وكل ما لازم شيئاً فقد استصحبه، واصل الصحبة مقارنة الشيء ومقاربتة يقال صحب يصحبه أي قارنه من ذلك الصاحب وهو المقارن والجمع الأصحاب، وضد الاستصحاب المفارقة، ويطلق الاستصحاب بمعنى الملازمة، وكل شيء لائم شيئاً فقد استصحبه، ومن المعاني الاستصحاباً أيضاً: المرافقة والمعاشرة والإستدامة والتمسك.<sup>3</sup>

الأكثر دقة وحصر عملي للاستصحاب.

وقد اضطر لي بعد طول نظر واستقصاء أن تعريف الأسنوي رحمه الله هو الراجح لدقته وحصره للمعني وبيان للمقصود في أقصر عبارة وأوضح، وبالله التوفيق.

<sup>1</sup> إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف، "المعجم الوسيط"، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1429هـ - 2008م، ص507.

<sup>2</sup> مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، "القاموس المحيط"، ضبط وتوثيق: يوسف الشيباني محمد المقاعي، إشراف مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1432هـ - 2010م، باب البناء، فصل الصاد ص97.

<sup>3</sup> الجمهرة معلمة مفردات المحتوى الإسلامي، صفحة المصطلحات، Islamic-content.com.

المطلب الثاني: الاستصحاب اصطلاحاً.

إذا قمنا بعملية استقراء لعبارات الأصوليين في تحديد المراد بالاستصحاب، لاحظنا أن ماقرروه في هذا المجال لا يبتعد كثيراً عما قرره أصحاب المعاجم العربية، والسبب في ذلك أن اللغة العربية هي بمثابة للشريعة، ومن هذه العبارات عبارة ابن حزم "بقاء حكم الأصل الثابت بالنصوص حتى يقوم الدليل منها على التغيير"<sup>1</sup> ثم يبين ذلك بشيء من التفصيل فقال "إذا ورد نص من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما على حكم ما ثم ادعى مدع أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل من أجل أنه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله، أو لتبدل زمانه، أو لتبدل مكانه، فعلى المدعي انتقال الحكم من أجل ذلك أن يأتي ببرهان من نص قرآن أو سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بأن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل"<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن ابن حزم رحمه الله في تعريفه مع البيان والشرح قد قصر معني الاستصحاب على ما ثبت بالكتاب والسنة فقط، أما الحكم الثابت بالقياس أو الإجماع، فلا يجوز العمل به واستصحابه عنده، إنما البقاء على الحكم الأول والعمل به في الزمن الثاني، لأنه لا يقول بهما.<sup>3</sup>

وهذا ماقرره الدكتور وهبة الزحيلي رحمه الله بعد إيراد تعريف ابن حزم للاستصحاب فقال "فهو قيد الاستصحاب بكون الأصل مبنياً على نص، وليس على مجرد أصل ثابت من الإباحة الأصلية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ابن حزم الأندلسي، "الإحكام في أصول الأحكام"، تحقيق ومراجعة لجنة من العلماء، دار الحديث بجوار إدارة الأزهر، ط1، 1404هـ - 1984م، (ج5/ص05).

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص05- ص06.

<sup>3</sup> د. سعد الدين مسعد هلال، "المهارة الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي"، جامعة الكويت، ص174.

<sup>4</sup> د. وهبة الزحيلي، "أصول الفقه الإسلامي"، دار الفكر، ط1، 1406هـ - 1986م، (ج2/ص860).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

تعريف القرافي رحمه الله: اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوت في الحال أو الاستقبال.<sup>1</sup>

ومعنى عبارة القرافي رحمه الله: أن ثبوت الحكم في الماضي والعلم به يجعل الشخص يغلب على ظنه أنه مستمر في المستقبل، كم ثبتت له الملكية بسبب من أسبابها بالبيع أو الميراث فإن الملكية تستمر إلى أن يوجد ماينفيها.

وكمن علمت حياته في ومن معين، فإنه يغلب على الظن وجوده في الحاضر والمستقبل، حتى يقوم الدليل على غيره، فيحكم باستمرار حياته حتى يوجد مايثبت الوفاة، فالمفقود يحكم بحياته حتى يوجد مايدل على وفاته، أو تقوم الأمارات التي توجب غلبة الظن بأنه توفى، ويحكم القاضي بالوفاة.<sup>2</sup>

عبارة ابن القيم رحمه الله "استدامة إثبات ماكان ثابتا، وينفي مكان منفي"<sup>3</sup> قال الإمام أبو زهرة عن هذا التعريف أنه جامع، ثم بين ذلك بقوله: أي بقاء الحكم نفيا وإثباتا حتى يقوم دليل على تغير الحال، فهي الإستدامة لا تحتاج إلى دليل إيجابي، بل تستمر حتى يقوم دليل مغير.<sup>4</sup>

عبارة الأسنوي: "هو الحكم بثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الزمن الأول لعدم ما يصلح للتغيير"<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>القرافي، "نفائس الأصول في شرح المحصول"، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط2، 1997م.ص351.

<sup>2</sup> محمد علي بن محمد الشوكاني، "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، تحقيق وتعليق: شعبان محمد إسماعيل، دار السلام، القاهرة، ط1998، 1م، (ج2/ص680).

<sup>3</sup> شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، "أعلام الموقعين"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1441، 1هـ- 1991م، (ج1/ص339).

<sup>4</sup> محمد أبو زهرة، "أصول الفقه"، دار الفكر العربي، القاهرة، ص266.

<sup>5</sup>الأسنوي، "التمهيد في تخريج الفروع على الأصول"، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004م، ص601.

تعريف الأسنوي تعريف دقيق وواضح ببيانه لثبات الحكم الشرعي لمسألة في زمنها الثاني على ماكانت عليه في الزمن الأول، والسبب الجوهرى في ذلك عدم وجود دليل آخر يصلح للتغيير في الزمن الثاني عما كان في الزمن الأول. والذي يظهر بعد عرض هذه الطائفة من التعريفات أنها جميعا لها دلالاتها وأهميتها من الجانب الاصطلاحيا لأصولي في بيان حقيقة الاستصحاب، والسبب في ذلك أنها صورته صورة واضحة ومقربة لمعناه، من غير خلاف اصطلاحيكبيربينها، غير أن هذا لا يمنع من الترجيح بينها لإعطاء الأولوية للتعريف الأكثر دقة وحصر عملي للاستصحاب. وقد ظهر لنا بعد طول نظر أن تعريف الأسنوي رحمه الله هو الراجح لدقته وحصره للمعنى وبيان للمقصود ي أقصر عبارة وأوضح.

**المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.**

- أولا: استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء التي لم يرد دليل تحريمها<sup>1</sup>.  
وبعد هذا أن المقرر عند الجمهور الأصوليين بعد ورود الشرع هو أن الأصل في الأشياء النافعة التي لم يصدر فيها من الشرع حكم معين هو الإباحة كما أن الأصل في الأشياء هو الحرمة. (الضارة)  
- ودليل أن الأصل في الأشياء النافعة التي لم يرد فيها من الشرع حكم معين هو الإباحة الآيات الثلاث:

قوله تعالى: «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» \*سورة البقرة الآية 29\*  
أخبر الله تعالى بأن جميع المخلوقات الأرضية للناس، لأن (ما) موضوعة للعموم، ولاسيما قد أكدت بقوله (جميعا) واللام في (لكم) تقتضي الإختصاص على جهة الإنتفاع، أي أن جميع مختصلينتفعوا به، فيكون الإنتفاع لجميع المخلوقات مأذونا فيه شرعا.

<sup>1</sup> د. خالد محمد حنفي، "القواعد الأصولية المؤثرة في حقوق الإنسان دراسة تأصيلية تطبيقية"، مؤسسة الرسالة، ط1، 1440هـ - 2019م، ص327.

وقوله تعالى: «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ» \*سورة الأعراف الآية 32\*

هذا إستفهام للإنكار، فالله تعالى أنكر تحريم زينة التي يختص الإنتقاع بها، كما هو مفهوم من مقتضى اللام المفيدة للإختصاص في قوله تعالى (لعباده).

وقوله تعالى: «أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ» \*سورة المائدة الآية 5\*

اللام في (لكم) تدل على أن الطيبات مخصوصة بنا على جهة الإنتقاع.

هذه الآيات تدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يرد دليل حاضر فكل طعام أو شراب أو زينة لم يحرم في الشرع فهو مباح عملاً بقاعدة استصحاب الأصل.

- هذا النوع من الاستصحاب لا خلاف فيه بين العلماء، إلا أنه يلاحظ أن هذا الحكم ثابت عند الأصوليين بالعقل، أما عند ابن حزم فإنه ثابت بالنص الشرعي العام حتى يقوم الدليل على المنع أو الفرضية.

- ودليل أن الأصل في الأشياء الضارة هو الحرمة قوله عليه الصلاة والسلام "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"<sup>1</sup> أن لا يجوز الضرر مطلقاً. لأن النكرة في سياق النفي تعم، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم، وهو المطلوب<sup>2</sup>، وهذا عملاً بقاعدة استصحاب الأصل، وهذا الأصل تحريم كل ما هو ضار.

الثاني: استصحاب العموم إلى أن يرد تخصيص، واستصحاب النص إلى أن يرد النسخ، ولا خلاف في هذا النوع، أما العموم فهو دليل عند القائلين به، وأما النص فهو دليل على دوام الحكم بشرط أن لا يرد النسخ، كما دل العقل على البراءة الأصلية بشرط أن يرد سمع مغير.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حديث رواه بهذا اللفظ الطبراني في الأوسط، وهو حديث حسن رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما، مستند بلفظ (لا ضرر ولا ضرار) ورواه مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى والمدني مستنده عن ابن عباس وعبادة.

<sup>2</sup> د. وهبة الزحيلي، (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ ص861- ص862).

<sup>3</sup> حجة الإسلام أبو حامد الغزالي، "المستصفي من علم الأصول"، (ج1/ ص221- ص222)،.

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

**الثالث:** استصحابامادل العقل والشرع على ثبوته ودوامه، وقد عبر عنه ابن القيم استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه، كالمالك عند وجود سببه وهو العقد، فإنه يظل ثابتا حتى يوجد مايلزمه، وكشغل الذمة بدين عند وجود موجبته وهو الإلتلاف والالتزام، وكدوام الحل في المرأة المنكوحة بسبب النكاح، وكبقاء الوضوء بعد التوضؤ، فالشك في النقص لا يؤثر استصحابا لطهارة الثابتة.<sup>1</sup>

كل حالة من هذه الحالات المذكورة آنفا وإن لم يكن حكما أصليا، هو حكم شرعي دل الشرع على ثبوته ودوامه جميعا، لأن وجه دلالة الشرع في بقاء حكم الطهارة مثلا: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لمن توضأ وشك في الحدث "لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا"<sup>2</sup>

فلما أن الأصل بقاء الصلاة في ذمته أمر الشاك أن يبني على يقين وي طرح الشك، ولولا دلالة الشرع على دوامه إلى حصول براءة الذمة، لما جاز استصحابه.

قال الغزالي: "فالاستصحاب ليس بحجة إلا فيما دل الدليل على ثبوته ودوامه بشرط عدم المغير، فهو في الحقيقة عبارة عن التمسك بدليل عقلي أو شرعي (أي ما ثبت الأصل بالاستمرار) وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل. بل إلى دليل مع العلم بالانتفاء المغير، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب عند دليل المغير.

- هذا النوع في رأي بن القيم لا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض، وذكر بعضهم خلافا فيه وهو الأصح فقول: لا يصلح هذا النوع حجة مطلقة، وقيل إنه حجة في دفع لا في الرفع، أي أنه حجة في إبقاء ماكان على ماكان، وليس بحجة لإثبات أمر لم يكن<sup>3</sup>، وهو رأي الحنفية، ونازع الإمام مالك في بعض أمثلة هذا النوع، لوجود

<sup>1</sup> ابن القيم الجوزية، اعلام الموقعين. (المصدر سبق ذكره)، (ج1/ ص340).

<sup>2</sup> رواه البخاري في كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن (ج1/ الباب64/ ص137)، ومسلم في كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك (ج1/ الباب 276/ ص361).

<sup>3</sup> علال الفاسي، "مقاصد الشريعة الإسلامية"، دار الغرب الإسلامي، ط5، (ج2/ ص129 - ص130).

تعارض بين أصليين، فلم يجز الصلاة مع الشك في الوضوء، ويلزم الطلاق ثلاثاً، لو شك هل طلق واحدة أو ثلاثاً.

**الرابع:** استصحاب عدم الأصلي المعلوم بالعقل في الأحكام الشرعية، أي انتفاء الأحكام السمعية في حقنا قبل ورود الشرع كالحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق المرتبة فيها حتى يوجد دليل شرعي يدل على تكليف، أي أن هذا النوع مجرد حكم عقلي يدل على بقاء الأمور على ما كانت عليه حتى يرد حكم شرعي.<sup>1</sup>

والمقصود بهذا النوع أيضاً: نفي مانفاه العقل ولم يثبتته الشرع كوجوب صوم رجب أو شوال، وعد وجوب الصلاة السادسة،<sup>2</sup> وبعبارة أخرى: عدم الأصلي: هو عدم وجود التكاليف والأحكام قبل ورود الشرائع ويسمى (البراءة الأصلية).<sup>3</sup>

**الخامس:** استصحاب حكم ثابت بالإجماع في محل الخلاف بين العلماء، بأن يتفق المجتهدون على حكم في حالة، ثم تتغير صفة الجمع عليه، فيختلفون فيه، مثاله: إجماع الفقهاء على صحة الصلاة عند فقد الماء، فإذا أتم المتيمم الصلاة قبل رؤية الماء صحت صلاته، وأما إذا رأى الماء في أثناء الصلاة فهل تبطل صلاته ويستأنفها بالوضوء أو لا؟ قال الشافعي ومالك: لا تبطل الصلاة وإنما يتمها، لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل رؤية الماء مبطله، لأن الدليل الدال على صحة الشروع في الصلاة دل على دوامه إلا أن يقوم دليل الإنقطاع وقال المانعون ومنهم أبو حنيفة وأحمد: تبطل الصلاة ولا اعتبار بالإجماع على صحة الصلاة قبل رؤية الماء، فإن الإجماع انعقد في حالة عدم لا في حالة الوجود، ومن أراد إلحاق عدم بالوجود فعليه الدليل.

وهذا النوع محل خلاف بين العلماء، فقال الأكثرون (الحنفية والحنابلة وجمهور المالكية): لا يجوز الاستدلال بمجرد الاستصحاب، بل إن اقتضى القياس أو غيره إلحاقه بما قبله، الحق به وإلا فلا، لأن انعقاد الإجماع على صفة لا يستلزم الإجماع على صفة حال

<sup>1</sup> د. وهبة الزحيلي أصول الفقه، (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص864).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص863.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص863.

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

أخرى، وانعقاد الإجماع هنا إنما كان على الصفة التي كانت قبل محل النزاع، وهو صحة الصلاة قبل رؤية الماء في الصلاة، فأما بعد الرؤية فلا إجماع، فليس هذا ما يستصحب كما قال ابن القيم، لأن شرط الاستصحاب بقاء الحال على الصفة التي كان عليها وقت الحكم، فإن هذه هي التي تعد مناطه، فإذا تغيرت الصفة، فقد زالت الحال، أوتغير موجب الحكم، فيكون الأمر خاضعا لحكم آخر<sup>1</sup>.

وذهب الشافعي وأبو ثور وداود الظاهري واختاره الأمدى وابن الحاجب والشوكاني إلى الاحتجاج به،<sup>2</sup> لأن التمسك بالاستصحاب باق على الأصل، فلا يجب عليه الانتقال عنه إلا بدليل يصح لذلك، هذا مع اعترافهم بأنه لا إجماع في محل النزاع، وإنما استصحبوا حال المجمع علي حتى يثبت مايزيله، وتبدل حال المحل المجمع على حكمه أولا كتبدل زمانه ومكانه وشخصه، وتبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع استصحابا ثبت له قبل التبدل، مما يدل على أن تبدل الوصف لا يمنع العمل بالاستصحاب، حتى يقوم الدليل على أن الشارع جعل ذلك الوصف ناقلا للحكم مثبتا لصدده.

هذا وقد جعل بعض العلماء الصورتين الأولى والرابعة نوعا واحدا، لأن الإباحة الأصلية يشملها استصحاب العدم الأصلي، وأضاف صورة خامسة وهي ما يسمى بالاستصحاب المقلوب: وهو ثبوت أمر في الزمان السابق بناء على ثبوته في الزمن الحاضر حتى يثبت خلافه. وقد اعتقد المالكية هذا النوع في الوقف الذي لا يعرف بعد البحث أصل معرفة وشروط وقفه، فإذا كان في الحاضر يصرف على نمط معين، حكم باستصحاب هذه الحالة في الماضي حتى يثبت خلافها.

وبه تكون أنواع الاستصحاب الخمسة عندهم هي:

1 استصحاب البراءة الأصلية.

<sup>1</sup> د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج1/ ص 865).

<sup>2</sup> أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدى، "الإحكام في أصول الأحكام"، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتبة الإسلامية، بيروت - دمشق - لبنان، (ج3/ ص 127).  
المستصفي للغزالي، ج1، ص 217.

2 استصحاب النص حتى يرد التغيير، واستصحاب العموم حتى يرد التخصيص.

3 استصحاب الوصف الثابت شرعا حتى يد ماغيره.

4 استصحاب حال الإجماع في محل الخلاف.

5 استصحاب الحال في الماضي (الاستصحاب المقلوب).<sup>1</sup>

**المطلب الرابع: مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب.**

الاستصحاب آخر دليل شرعي يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم ماعرض له، ولهذا قال الأصوليون: إنه آخر مدار الفتوى وهو الحكم على الشيء بما كان ثابتا له مدام لم يعم دليل يغيره، وهذا طريق في الاستدلال قد فطر عليه الناس وساروا عليه في جميع تصرفاتهم وأحكامهم، فمن عرف إنسانا حيا حكم بحياته وبين تصرفاته على هذه الحياة، حتى يقوم الدليل على وفاته<sup>2</sup>، وهو من الأدلة على مرونة الشريعة الإسلامية واستيعابها لأحكام الوقائع والمستجدات<sup>3</sup>.

للعلماء في الإحتجاج بالاستصحاب عند عدم الدليل مذاهب منها:

**أولا: قول أكثر المتكلمين:**

أنه ليس بحجة أصلا، لأن الثبوت في الزمان الأول يفتقر إلى الدليل، فكذلك في الزمان الثاني، لأنه يجوز أن يكون هناك دليل أو لا يكون، وهذا خاص عندهم بالشرعيات، أما الحسيات فإن الله سبحانه أجرى العادة فيها بالاستصحاب، ولم يجري العادة به في الشرعيات<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> علال الفاسي، "مقاصد الشريعة ومكارمها"، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م، ص134-138.

<sup>2</sup> عبد الوهاب خلاف، "علم أصول الفقه"، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1990، 1م، ص92.

<sup>3</sup> د. عبد العزيز عبدالرحمن المشعل، "أثر الاستصحاب في سن الأنظمة وصياغتها وتفسير نصوصها والموازنة بينها" طبعة مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الطبعة الأولى، 1438هـ-2017م، ص59.

<sup>4</sup> د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ ص867).

وأنة ليس حجة مطلقا، لا في ثبوت الأحكام أو عدمها، وهو كما قلب سابقا مذهب أكثر المتكلمين، وهو مذهب كثير من الحنفية، وبعض الشافعية، وبعض المعتزلة كأبي حسين البصري، والمشهور من الحنفية: أنه ليس بحجة في الإثبات، وهو حجة في النفي والعدم<sup>1</sup>، وقال قائلون: لا يتقل الاستصحاب دليلا، ولكن يسوغ الترجيح به، والوجه أن نصوره، ثم نؤثر ما هو المختار عندنا فيه، فإذا ثبت حكم متعلق بدليل، ولم يتبدل مورد الحكم، فليس هذا من مواقع الاستصحاب، فإن الحكم مختصر بدليل، وهو مستدام، فدام الحكم بدوامه<sup>2</sup>. أدلة القائلين بعدم حجية الاستصحاب:

استدل أصحاب هذا القول بمايلي:

**الدليل الأول:** أن الطهارة والحل والحرمة ونحوها أحكام شرعية، والأحكام الشرعية لا تثبت إلا بدليل منصوب من قبل الشارع، وأدلة الشرع منحصرة في النص والإجماع والقياس، والاستصحاب لي واحدا منها فلا يجوز الاستدلال به في الشرعيات<sup>3</sup>، ولا يحتج به، لأنه ليس من أدلة الشرع، وما لا يكون منها لا يكون دليلا شرعيا<sup>4</sup>.  
**جوابه:** أن ما ذكرتم من وجوب دليل منصوب على ثبت الأحكام الشرعية إنما يطلب في إثبات الحكم ابتداء، وأما في الحكم ببقائه فيكفي فيه الاستصحاب<sup>5</sup>، لأن الحكم الثابت

<sup>1</sup>د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، "المهذب في علم أصول الفقه المقارن"، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ، 1999م، (ج3/ص963).

<sup>2</sup>إمام الحرمين عبد الله بن يوسف الجويني، "البرهان في أصول الفقه"، علق عليه وأخرج أحاديثه: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م، (ج2، ص171).

<sup>3</sup>أ. أحمد إدريس عبده، "أصول الفقه"، تيسير المهمات في شرح ورقات إمام الحرمين الجويني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1997م، ص292.

<sup>4</sup>د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب (المرجع سبق ذكره)، ص964.

<sup>5</sup>أ. أحمد إدريس عبده، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص293.

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

بالاستصحاب البقاء، والبقاء لا يكون حكماً شرعياً، لأنه يفيد الظن، وما يفيد الظن، يكون دليلاً شرعياً<sup>1</sup>.

**الدليل الثاني:** إن الحكم كما يفترق إلى دليل في الابتداء يفترق إلى دليل للدوام والبقاء لأنه يجوز أن يكون وأن لا يكون، إذ وجود الشيء وبقائه متغايران، والأحكام الشرعية تخالف الحسيات، لأن الله تعالى أجرى العادة في الحسيات بعدم الحاجة إلى دليل للدوام والبقاء، ولم تجر العادة بذلك في الشرعيات، فعلى ذلك يكون بقاء الحكم خالياً من الدليل، وكل حكم بغير دليل يدل عليه مردود<sup>2</sup>.

**جوابه:** أن الاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقلي، لأن العقل قد دل عليه إلى أن يرد دليل السمع الناقل عنه فينتهض دليلاً على أحد الشطرين، ومثاله لما دل السمع على خمس صلوات بقيت السادسة غير واجبة، لا تصريح السمع بنفيها، فإن لفظه قاصر على إيجاب الخمسة، لكن كان وجوبها منفيًا عقلاً ولا مثبت للوجوب سمعاً، فيبقى على النفي الأصل أو الشرعي، وليس راجعاً إلى عدم الدليل بل إلى دليل ظني مع انتفاء المغير أو العلم به<sup>3</sup>.

**الدليل الثالث:** أن التمسك بالاستصحاب معارض بدليل آخر ينقض ذلك التمسك ويعارضه، وهو أن من سوى بين الوقتين والزمنين في الحكم كما هو قضية الاستصحاب، فإما أن يقال إنما سوي بينهما لاشتراكهما في الحكم فيما كان ذلك الحكم أو ليس الأمر كذلك، فإن كان الأول فهو قياس، وإن كان الثاني كان ذلك تسوية بين الوقتين في الحكم

<sup>1</sup> د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب (المرجع سبق ذكره)، ص 965.

<sup>2</sup> محمد بن علي بن محمد الشوكاني، "إرشاد الفحول إلى تحقيق الأصول"، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدوي، مؤسسة الكتب الثقافية، ط2، 1413هـ - 1993م، ص 397.

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، "روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1414هـ - 1994م، ص 79-80.

من دون دليل وهذا باطل بالاجتماع<sup>1</sup>، ولا يوجد ظن في بقاء الشيء على ماكان مع جواز القياس، فإنه يجوز أن يقع قياس ينفي حكم ماكان<sup>2</sup>.

**جوابه:** أنا نقول بأن الاستصحاب لا يستدل به ولا يفيد ظن الحكم إلا بعداستقراء الأدلة المتفق عليها وهي: الكتاب والسنة والإجماع، والقياس وعدم وجود مايعارض الأصل<sup>3</sup>.  
**الدليل الرابع:** أن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل يدل عليه، وثبوت الحكم بلا دليل باطل، الاستصحابباطل لا يكون حجة.

أما أن ثبوت للحك في الزمن الثاني لا دليل عليه، فلأن الدليل إنما يدل على ثبوت الحكم في الزمن الأول فقط، ولا يلزم من ثبوت الحكم في الزمن الأول بثبوته في الزمن الثاني، لأن موجب الوجود ليس موجبا للبقاء.  
وحيث ثبت أن الحكم في الزمن الثاني لادليل عليه، كان ثبوته باطلا للآن قول في الدين بالهوى والتشهي.

**جوابه:** أن الحكم في الزمن الثاني قد ثبت بواسطة استصحاب الزمن الأول فهو إثبات له فيه بالدليل، والقول بأن الاستصحاب ليس دليلا، هو عين المتنازع فيه فلايقبل<sup>4</sup>.

**الدليل الخامس:** لو كان الاستصحاب معتبرا ويفيد بقاء مكان علمكان، لكانت بينة المفكر أولى بالقبول من بينة المدعي لأن البينة من المفكر مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ولكن قبول البينة من المفكر باطل للإجماع على أنها إنما تقبل من المدعي فقط.  
**جوابه:** أن ذلك إنما يلزم ل كانت التي من كل منها محصلة الظن وتأدية بينة المفكر باستصحاب البراءة الأصلية، والأمر ليس كذلك فإن الظن إنما يحصل بينة المدعي، ولا

---

<sup>1</sup>أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن حسين التميمي الرازي،"المحصول من علم الأصول"، دراسة وتحقيق: د. طه جابر فياض الغلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ- 1997م، (ج6/ص115-ص116).

<sup>2</sup> عبد الكريم بن علي بن محمد النملة،المهذب (المرجع سبق ذكره)، ص965.

<sup>3</sup>المرجع السابق، ص965.

<sup>4</sup> د. محمد أبو النور زهير،"أصول الفقه"، المكتبة الأزهرية للتراث، ط8، 1441هـ- 1998م،(ج4/ص150).

يحصل ببينة المدعي عليه المفكر، وذلك لأن المفكر مثبت للحق ويبعد غلظه بأن يظن المعدوم موجودا بخلاف الثاني أي مفكر فلا يبعد غلظه في ظن الموجود معدوما بناء على عدم علمه به مع بناءه على استصحاب البراءة الأصلية. ولترجيح ببينة المدعي وجه آخر وهو أن المثبت أن المدعي يدعي العلم بالوجود والعلم بالوجود له طرق قطعية كالحس، والاستدلال بخلاف النفي فإن طرقه عدم العلم بالثبوت وهو ظني، فكانت بينة المثبت أقرب إلى الواقع فقدمت. ووجه ثالث لترجيح بينة المدعي وهو أن نفي الواقع رفع لغير الملائم، وإثبات غير واقع جلب للملائم، والأول أن دفع غير الملائم أكثر بحكم التجربة والاستقراء، ولذلك يدفع كل ما هو غير ملائم، ولا يجلب كل ملائم فيكون إنكار الحق أكثر من دعوى والتجربة دال على ذلك، فالأصل النفي وإن كان مرجحا لبينة النافي لكم كون نفي ثابت أغلب من إثبات المنفي يرجع ببينة المثبت فقد عارض الغلبة الأصل فبقي ما ذكرنا من دليل على حجية الاستصحاب سالما<sup>1</sup>.

لكن من ادعى نفي حكم وجب عليه الدليل، كما يجب ذلك على ن أثبته، وقال داود: لا دليل على النافي<sup>2</sup>: والدليل على ذلك قوله تعالى «وَقَالُوا لَنْ يَدْخُلَ الْجَنَّةَ إِلَّا مَنْ كَانَ هُودًا أَوْ نَصَارَى ۗ تِلْكَ أَمَانِيُّهُمْ ۗ قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ»\*سورة البقرة الآية 111\*

لا خلاف في أن المثبت للحكم يلزمه الدليل، ولكن الخلاف في النافي للحكم هل يلزمه إقامة الدليل؟. فالذي عليه جمهور الفقهاء والمتكلمين أنه يلزمه إقامة الدليل على النفي، خلافا لمن قال أنه لا يلزمه وهو مذهب بعض الشافعية، وداود بن علي ومن تبعه من

<sup>1</sup> أ. أحمد إدريس عبده، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص 293- ص 294.

<sup>2</sup> الإمام الحافظ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، "الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل"، دراسة وتحقيق وتعليق: د. محمد علي فركوس، المكتبة الملكية، ط 1، 1416هـ -

1996م، ص 326.

أهل الظاهر إلا ابن حزم فقد وافق مذهب الجمهور في ذلك<sup>1</sup>، وللمسألة أقوال أخرى ليس مجال بحثنا تفصيلها.

والحق أن استصحاب الحكم الذي دل عليه ابتداء واعتباره قائماً فبالنسبة لحالة البقاء غلى أن يثبت بالدليل خلافه .... غير أن الاستصحاب ليس من الأدلة المستقلة، لان الدليل الأول هو الدال على الحكم بصيغته كما هو الدال على استمراره ببرهان عقلي يقضي ببقاء مكان على مكان مالم يوجد ما يغيره<sup>2</sup>.

ثانياً: قول الحنابلة والمالكية والظاهرية وأكثر الشافعية:

أن الاستصحاب حجة مطلقاً سواء كان في النفي والإثبات، وذلك لتقرير الحكم الثابت حتى يقوم الدليل على تغييره، فيصلح للاستحقاق كما يصلح لدفع، أي أن استصحاب الحال يثبت الحقين: الإيجابي والسلبي، أي له جانب إيجابي مثبت، وجانب سلبي مثبت، ولعل أوضح مثال نقرر به الجانبين المفقود قبل الحكم بوفاته<sup>3</sup>.

- وسيأتي التطرق إليه في الفصل اللاحق من بحثنا والمتعلق بأثر الاستصحاب في أحكام المفقود مدام لم يقع دليل مانع من الاستمرار<sup>4</sup>.

أدلة القائلين بحجية الاستصحاب:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

1- من الكتاب:

قوله تعالى «قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَنِطَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» \*سورة الأنعام الآية 145\*  
وقالوا هذا احتجاج بعدم الدليل<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الإشارة في معرفة الأصول والوجازة، ص 327. سبق ذكره

<sup>2</sup> أ. أحمد إدريس عبده، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص 294.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، "ابن حنبل حياته وعصره"، أراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، ص 291.

<sup>4</sup> د. وهبة الزحيلي، علم أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج 2/ ص 868).

وقوله تعالى: «وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ نَقَصَتْ غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا»

حيث دلت الآية الكريمة على أن ما يثبت لا يجوز نقضه، يقول ابن كثير: هذه امرأة خرقاء كانت بمكة كلما غزلت شيئاً نقضته بعد إبرامه، وقال مجاهد وقتادة وابن زيد، هذا مقل لمن نقض عهده بعد توكيده وهذا قول أرجح وأظهر سواء كان بمكة امرأة تنقض غزلها أم لا<sup>2</sup>.

## 2- من السنة المطهرة:

ما ثبت من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أن الشيطان ليأتي أحدكم فينفخ بين آليته، ويقول أحدثت أحدثت، فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً"<sup>3</sup>. فلا كان الأصل بقاء المتطهر على طهارته لم يأمره بالوضوء مع الشك في الحدث، بل قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يحدث ريحاً"<sup>4</sup>.

وجاء في الحديث أيضاً: "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك وليبن على ما استيقن"<sup>5</sup>. وفي هذا الحديث كان الأصل بقاء الصلاة في ذمته أمر الشاك أن يبني على اليقين وي طرح الشك.

ففي هذه الأحاديث معنى الاستصحاب الذي لا يترك اليقين لمجرد الشك.

**3- الإجماع:** لقد قرر الإمام الأمدي الإجماع على العمل بالاستصحاب حيث قال: "أن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً، لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققادوامه، للزم إما

<sup>1</sup> محمد معاذ مصطفى الخن، "القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين، ط1، 1428هـ - 2007م، ص210.

<sup>2</sup> أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، "تفسير القرآن العظيم"، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ، (ج2، ص150).

<sup>3</sup> أخرجه البخاري في صحيحه، "كتاب الوضوء"، باب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين من القبل والدبر، ص177.

<sup>4</sup> ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين (المصدر سبق ذكره)، (ج1/ ص340).

<sup>5</sup> أخرجه مسلم في صحيحه، "كتاب المساجد ومواضع الصلاة"، باب السهو والسجود، ص571.

جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم الجواز في الصورة الثانية. وهو خلاف الإجماع<sup>1</sup>.

ويرى بعض المعاصرين: "الاستصحاب أصل فقهي، قد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم بالأخذ به، ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ، فأقلهم أخذ به الحنفية وأكثرهم أخذ الحنابلة ثم الشافعية، وبين الفريقين المالكية، يظهر أن مقدار الأخذ بالأئمة بالاستصحاب كان تابعا لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها<sup>2</sup>.

فمما سبق ذكره تبين أن الحنابلة يأخذون بالاستصحاب أصلا من أصول الفتيا ويتوسعون فيه أكثر من الحنفية، وأكثر من المالكية، ويقاربون الشافعية في ذلك وإنه في الواقع كلما أكثر الفقهاء ووسعوا في باب الاستدلال بالرأي لاعتمادهم على الاستصحاب، وكلما قللوا من الاستدلال بالرأي أكثروا من اعتبار الاستصحاب وذلك استقراء ثابت، فالظاهرية الذين ضيقوا على أنفسهم، وسدوا كل أبواب الرأي في وجوههم أكثروا من الاستصحاب، حتى كانوا أكثر الفقهاء أخذ هـ، والشافعية الذين منعوا الاستنباط بالمصالح، والاستحسان وسد الذرائع، وغير هذا قد أخذوا بهذا الأصل، وكانوا أكثر اعتمادا عليه من الحنفية والمالكية، والحنابلة الذين كانوا يميلون إلى الإيثار، ويعد فقهم فقه الآثار بحق أكثروا منه، أما الحنفية والمالكية الذين ساروا في الرأي إلى أبعد مداه من غير خروج على النصوص فقد قللوا منه.

وهذا الاستقراء الفقهي يؤيده المنطق، لأنه كلما كثرت طرائق الاستدلال وجدت الأحكام المغيرة لأمر التي تستصحب في الأحوال، وكلما كثر المغير قل استصحاب الحال<sup>3</sup>.  
تطرقنا فيما سبق إلى الأدلة الكبرى الكلية للقائلين بحجية الاستصحاب مطلقا، والآن نردف ذلك بالأدلة الصغرى الجزئية للاستئناس والتعضيد.

<sup>1</sup>الأمدي، الاحكام في أصول الاحكام (المصدر سبق ذكره)،(ج3/ص367).

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، الامام احمد حياته واثاره وفقهه(المرجع سبق ذكره)، ص289.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة،(المرجع سبق ذكره)، ص295- ص296.

**الدليل الأول:** أنه لو لم يكن الاستصحاب حجة لما تم الدين ولما ثبتت الرسالة لأن كليهما لا يتم ولا يثبت إلا بعد ظهور معجزة على يد مدعي النبوة أن الشمس لا تطلع اليوم من المشرق، فإذا امتنع طلوعها من المشرق هذا اليوم عقب دعوى المدعي للنبوة دل ذلك على صدقة وعلمنا بكونه معجزا، وما ذلك إلا لانحراف العادة المطردة على يده، فلو لم يكن الاستصحاب حجة لما كان انخراق العوائد على أيدي الأنبياء حجة جواز تغير أحكام العوائد وأحوالها عما أطردت عليه<sup>1</sup>.

فالأمر الخارق للعادة إذا ظهر على يد رسول بعد التحدي يعتبر معجزة، وذلك بناء على استمرار العادة وعدم تغييرها، فإن العادة لو تغيرت لخرج هذا الأمر عن كونه خارقا للعادة، فلا يكون معجزة، وليس لاستمرار العادة وعدم تغييرها ما يدل عليه إلا أن أصل البقاء ما كان على ما كان، وأن البقاء أرجح من عدمه، فإن البقاء لو كان مساويا لعدمه لم يترجح البقاء فلا يوجد خرق العادة، وبقاء ما كان على ما كان هو الاستصحاب، فثبت أن الاستصحاب مفيد للظن والرجحان<sup>2</sup>.

**الدليل الثاني:** الشك في النكاح يوجب حرمة الوطء فيمن شك في العقد عليها، وشك في الطلاق مع سبق العقد لا يوجب حرمة الوطء فيمن شك في طلاقها، وليس هناك من فرق بينهما إلا الأول قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهي عدم العقد، والثاني قد استصحب فيه الحالة الموجودة قبل الشك وهي العقد عليها، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لوجب أن يكون الحكم فيها واحداً، وهو حرمة الوطء أو كان إباحته، وليس ذلك مذهباً لأحد... بل الإجماع منعقد على الفرق بين الحاليين - فإن من شك في وجود الزوجية ابتداءً ليس كمن شك في طلاق زوجته، الأول يحرم عليه الاستمتاع إجماعاً، والثاني يباح له الاستمتاع إجماعاً وليس بين الحاليين من فرق إلا استصحاب عدم الزوجية

<sup>1</sup> سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، "شرح مختصر الروضة"، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ - 1987م، (ج2/ص150).

<sup>2</sup> محمد أبو النور زهير، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج4/ص148).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

في الأولى والاستصحاب الزوجية في الثانية فلو لكم يكن الاستصحاب حجة لزم استواء الحالين والإجماع على خلافه<sup>1</sup>.

**الدليل الثالث:** أن ما ثبت وجوده أو عدمه في الحال ولم يظن طروء معارض يعارضه فبقاؤه أغلب وأرجح من تغييره، وإلى العمل بالراجح أوجب، وإنما كان زمن مستقبل ومقارنة ذلك الباقي له وجودا أو عدما. وأما التغيير فيتوقف على وجود الزمن المستقبل، وتبدل الوجود بالعدم أو العدم بالوجود ن وذلك محتاج إلى سبب وشرط جديدين ومقارنة ذلك الوجود أو العدم لذلك الزمان، ولا يخفى أن تحقق ما يتوقف على أمرين وثالث معهما وإذن فالاستصحاب معتبر<sup>2</sup>، لأن الباقي أرجح من عدمه، والعمل بالراجح واجب اتفاقا، من وجهين:

1. الباقي لا يفتقر في بقائه إلى سبب وشرط جديدين، لأنه موجود والمفتقر إليها هو المعدوم فبقاء كل من السبب والشرط كان في بقاء الباقي، بخلاف حدوث أمر فإنه لا بد فيه من العلة التامة ليرز من العدم إلى الوجود، والعلة التامة هي السبب والشرط الجديدان، فكان حدوثه مفتقرا إليها، وكذلك عدم الموجود يفتقر إلى السبب والشرط الجديدين، من حيث أنه حادث، والحادث لا بد له من علة وذلك ظهر أن بقاء الباقي غير مفتقر إلى سبب والشرط الجديدين، وعدم الباقي مفتقر إليها، فكان بقاء الباقي أرجح، لأن ما لا يحتاج أرجح من المحتاج<sup>3</sup>.

2. عدم الباقي أقل من عدم الحادث، لأن الباقي متناه، فعدمه متناه كذلك، بخلاف عدم الحادث فإنه غير متناه، لصدقه على غير المتناهي.

<sup>1</sup> أ. أحمد إدريس عبده، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص 292.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 292.

<sup>3</sup> سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، شرح مختصر الروضة (المصدر سبق ذكره)، (ج 3/ ص 148).

وحيث يثبت أن عدم الباقي أقل من عدم الحادث، يثبت أن الباقي أكثر وجودا من الحادث، فكان الباقي أرجح من الحادث، ويجب العمل به لرجحانه استصحابا للباقي<sup>1</sup>.

**الدليل الرابع:** الأحكام الشرعية التي وجدت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ثابتة في حقنا ونحن مكلفون بها وطريقة إثباتها بالنسبة إلينا هو الاستمرار، وبقاء مكان على ماكان، فلو كان الاستصحاب غير مفيد لظن البقاء لما ثبت تلك الأحكام في حقنا، الجواز أن يكون قد نسخت، ولكن احتمال النسخ مساويا لاحتمال عدمه، ويكون ثبوتها ترجيحا بلا مرجح<sup>2</sup>، لأن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعاً ولا ظناً يبقى بذلك الدليل أيضاً<sup>3</sup>، فإذا ورد النص من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما، على حكم شرعي ما، ثم ادعى مدع أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل، من أجل أنه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله، أو لتبدل زمانه، أو لتبدل مكانه، فعلى مدعي انتقال الحكم من أجل ذلك، أن يأتي ببرهان من نص القرآن أو السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثابتة، على أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل، فإن جاء بهالنص مدام يبقى مبطل فيما ادعى من ذلك، والفرض على الجميع الثبات على ما جاء به النص مدام يبقى اسم ذلك الشيء المحكوم فيه عليه، لأنه اليقين، والنقلة دعوى وشرع لم يأذن الله تعالى به، فهما مردودان كاذبان حتى يأتي النص بهما، ويلزم من خالفنا في هذا أن يطلب كل حين تجديد الدليل على لزوم الصلاة والزكاة، وعلى صحة نكاحه مع امرأته، وعلى صحة ملكه لما يملك<sup>4</sup>..... فكل ما علم وجوده وحصل الشك في عدمه يحكم ببقائه استصحابا لذلك الوجود السابق حتى يقوم دليل بغير ذلك، فمن ادعى على آخردينا و أنكر المدعي عليه

<sup>1</sup>د. محمد أبوالنور زهير، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج4/ ص149).

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص149.

<sup>3</sup>عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، "كشف أسرار شرح أصول البيزوي"، دار الكتاب الإسلامي، (ج3/ ص379).

<sup>4</sup>ابن حزم الأندلسي، "الإحكام في أصول الأحكام"، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، (ج2/ ص5).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

فإنه يحكم ببراءة ذمة المدعي عليه، لأن الأصل براءة الذمة حتى يثبت المدعي دعواه بالبينة..... فالاستصحاب لا يثبت حكما جديدا كغيره من الأدلة، ولكنه يفيد استدامة الحكم الشرعي الثابت بدليله.....<sup>1</sup> لأن الاستصحاب استبقاء دلالة هذا الدليل على حكمه الشرعي.<sup>2</sup>

**الدليل الخامس:** أن مما فطر الناس عليه وجرى به عرفهم في معاملاتهم وسائر عقودهم وتصرفاتهم أنهم إذا تحققوا من وجود أمر في الماضي غلب على ظنهم بقاءه واستمراره مادام لم يثبت ما ينافيه، كما أنهم إذا تحققوا من عدم الشيء غلب على ظنهم استمراره عدمه حتى يثبت لهم وجوده، فلولا أن الاستصحاب معتبر وأنه يفيد ظن بقاء ما كان على ما كان لزم أن يكون عبثا ما يقع من الناس من مراسلة من فارقوهم، فإن من عرف حياة إنسان إنما يرأسله بناء على ظن بقاءه حيا، وهو معنى الاستصحاب \_ ولزم أن يكون عبثا أيضا إرسال الودائع والهدايا من بلد إلى بلد \_ ولما جازت الشهادة بدين من الحال على من أقر في زمن سابق بل لما ساغ الاشتغال بما يستدعي زمانه من زراعة أو تجارة، فلولا أن ما ثبت وجوده يكون ظنون البقاء لكان ذلك ومشاكله سفها ولا يقول بذلك أحد<sup>3</sup>، فمن عرف إنسانا حيا حكم بحياته ويبني تصرفاته على هذه الحياة، حتى يقوم الدليل على وفاته، ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية مدام يقيم لدليل على انتهائها، وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه، ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده<sup>4</sup>.

هو الاستصحاب، فثبت أن الاستصحاب مفيد للظن والرجحان<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> د. محمد مصطفى شلبي، "أصول الفقه الإسلامي"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط3، 1404هـ - 1983م، ص349- ص350.

<sup>2</sup> عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص93.

<sup>3</sup> إمام الحرمين الجويني، (المرجع سبق ذكره)، ص191- ص192.

<sup>4</sup> عبد الوهاب خلاف، (المرجع سبق ذكره)، ص92.

<sup>5</sup> محمد أبو النور زهير، أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، ص148.

المبحث الثاني: المفقود دراسة فقهية.

في هذا المبحث نعالج قضية المفقود معالجة فقهية، وذلك بتعريف المصطلح لغة وشرعا، ثم تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود، إضافة إلى بيان متى يحكم القاضي بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة والسن وزمن بداية اعتباره مفقودا.

المطلب الأول: تعريف المفقود لغة.

المفقود لغة اسم مفعول مشتق من الفقد، وهو من فقد الشيء يفقده فقداً وفقداناً وفقوداً، يقال: فقد الشيء إذا عدمه، فهو مقيد ومفقود. والفاقد من النساء التي مات زوجها أو ولدها، وافتقده وتفقده طلبه عن غيبته وكذلك الافتقاد.<sup>1</sup>

ومنه قوله تعالى في التنزيل: «وَتَفَقَّدَ الطَّيْرَ فَقَالَ مَا لِيَ لَا أَرَى الْهُدُودَ أَمْ كَانَ مِنَ الْغَائِبِينَ»\* سورة النمل الآية 20\*

والمفقود من فقدت الشيء أفقده فقداً والفاقد المرأة تفقد ولدها أو بعلها، والجمع فواقد، أما تفقدت الشيء إذا تطلبتك لأنك تطلبه عند فقدك إياه.<sup>2</sup> ويقول الأصفهاني: الفقد عدم الشيء بعد وجوده فهو أخص من العدم، لأن العدم بعد الوجود فهو أعم والفاعل فاقد.<sup>3</sup>

ويقول ابن فارس: الفاء والقاف والذال أصل يدل على ذهاب الشيء وضياعه. والمفقود في اللغة مشتق من الفقد بمعنى الضائع، يقول فقدت الشيء إذا عدمته أو أضعته كقول العرب: فاقد الشيء لا يعطيه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعا لإفريقي، "لسان العرب"، دار صادر، بيروت، ج الدال، (ج3/ص337).

<sup>2</sup> ابن فارس لأبي حسين أحمد، "مقاييس اللغة"، تحقيق: أنس الشامي، ط1، 1429هـ-2008م، ص717.

<sup>3</sup> الأصفهاني الحسين محمد بن المفضل، "مفردات ألفاظ القرآن الكريم"، تحقيق: مصطفى العدوي، ط1، 1430هـ-2009م، ص486.

<sup>4</sup> فشار عطاء الله، "أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري"، دار الخلدونية، الجزائر، 2006م، ص205.

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

وفي حديث عائشة رضي الله عنها قالت: افتقدت رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة: أي لم أجده،\* هو افتعلت من فقدت الشيء أفقده، إذا غاب عنك.<sup>1</sup>

(ف ق د) فقده، يفقده فقدا، وفقدانا، وفقودا: عدمه فهو فقيد ومفقود، وافقده الله إياه، والفاقد التي ماتزوجها أو ولدها أو المتزوجة بعد موت زوجها، وافقده وتفقده طلبه عند غيبته، وتفاقدوا فقد بعضهم بعضا.<sup>2</sup>

- المفقود: الضائع، والفقدان الإضاعة، يقال: فقد الشيء يفقده فقدا أو فقدانا، وفقودا أن أضاعه، ويأتي الفقدان بمعنى: العدم، وفقدت المال عدتمه، والمفقود المعدوم، وأصل الفقد الوجود والثبوت، والفاقد: المرأة يموت ولدها أو زوجها، والجمع فواقد، والفقد أيضا أن تطلب الشيء فلا تجده والمفقود المطلوب عند غيبته، ومن معاني الفقد أيضا الضلال والخسران.

### المطلب الثاني: تعريف المفقود اصطلاحا.

أما المفقود في الاصطلاح فإنه قد عرف بتعاريف متعددة، متقاربة في المضمون وإن اختلفت في الصياغة، فقال فقهاء الأحناف: المفقود غائب لم يدر موضعه وحياته وموته، وأهله في طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التتاد.<sup>3</sup>

- تعريف الموصلي الحنفي حيث قال: (وفي الشرع: الذي غاب عن أهله وبلده، أو أسره العدو ولم يُدر أحي هو أم ميت، ولا يعلم له مكان، ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \* حديث عائشة أخرجه مسلم (486). ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي، (المرجع سبق ذكره)، (ج3/ص337).

<sup>2</sup> مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، (المرجع سبق ذكره)، ص287.

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، "المبسوط"، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م، (ج11/ص34).

<sup>4</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، "الاختيار لتعليق المحتار"، دار الخير، 1419هـ-1998م، (ج3/ص49).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

- ويخرج عن هذا التعريف الأسير في دار الحرب والمحبوس الذي يستطاع الكشف عنه فلا يجري عليهما حكم المفقود عندهم حتى لو جهل حالهما.
- ويعرفه البعض الآخر منهم بأنه الغائب الذي لا يدري مكانه ولا حياته ولا موته، وقد فسر البعض هذا التعريف بأنه صريح في اشتراط الجهل بالمكان فيكون التعويل عليه.<sup>1</sup>
- أما الجمهور فقد ذهبوا إلأن المفقود هو الغائب الذي انقطع خبره ولا يعلم حاله أهو حي أم ميت، وهم الحنفية، والشافعية.<sup>2</sup>
- كذلك عرفه الحنابلة بما يقرب من هذا التعريف، حيث من مجمل عبارات فقهاء الحنابلة يتبين أن المفقود هو الغائب الذي فقد وانقطع خبره فلم يعلم له موضع، ولم تدر حياته ولا موته، وكان ظاهر غيبته الهلاك.<sup>3</sup>
- هو الشخص الذي انقطع خبره بحيث لا يعلم - في نظر غالبية الفقه - إذن فإن المفقود أحي هو أم ميت، ولا يمكن الحكم عليه بأي من الأمرين، فعنصر الشك الذي يكتنف مصير الشخص، لا الجهل بمكانه، هو الذي يجعل هذا الشخص مفقوداً، وآية ذلك هو ما قرره أغلب الفقهاء من أن المسلم الذي يأسره العدو ولا يدري أحي هو أم ميت يعتبر مفقوداً على الرغم من أن مكانه معلوم وهو دار الحرب.<sup>4</sup>
- وعرفه المالكية: هو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، "رد المحتار على الدر المختار"، (حاشية ابن عابدين)، (ج4/ص292).

<sup>2</sup> الشيخ عبد الغني الغنيمي الحنفي، "اللباب في شرح الكتاب"، على مختصر الكتاب للإمام القدوري، حققه: محمد محي الدين عبد الحميد، مصر، الأزهر، ط4، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، 1381هـ، (ج2/ص215).

<sup>3</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، (ج8/ص95).

<sup>4</sup> ابن قدامة . المغني، سبق ذكره، (ج7/ص212).

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، "حاشية الدسوقي"، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1417هـ - 1996م، (ج3/ص429).

والفقد المالكي يميز في غياب المفقود بين أمرين:

- 1- **المفقود في الأحوال العادية:** والذي لا يصرح بموته إلا بعد انقضاء مدة التعمير (وهي 70 عاما) وقد حددها القانون بمضي أربع سنوات بعد الفقد والتحري في المادة 113.
- 2 **والمفقود في الأحوال الاستثنائية:** كالفقد في فيضان أو الكوارث زلزال أو معركة حربية، وهنا يعتبر المفقود حيا على أصل الاستصحاب، حتى يصدر حكم القاضي بوفاته طبقا للمادة 113 ق.أ. أيضا، إلا أنه في الأحوال الاستثنائية (يغلب عليه فيها الهالك) فيفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة، وهي عند الفقهاء بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته، متى غلب الظن على هالكه، كما هو الشأن في الحروب والحالات الاستثنائية.<sup>1</sup>

- وعرفه الشافعية بأنه: من انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها وله مال<sup>2</sup>.

- والمفقود عند الشافعية: فالمفقود عندهم من غاب وانقطع خبره ولم يعرف حاله.

- وأما المحدثون فلم يبتعدوا كثيراً عن تعريفات القدامى، فمجمل تعريفات المحدثين تدور حول تعريف المفقود بأنه: "هو الغائب الذي انقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته"<sup>3</sup>.

- والتعريف المختار الذي استخلصه من جملة ما سبق أن المفقود هو: (من اختفت آثاره وانقطعت أخباره وجهل حاله، ولم تعلم حياته من موته، مع إمكان الكشف عنه.

---

<sup>1</sup> محمد رياض، "أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي"، المغرب، المطبعة الوطنية، 1996م ص 589.

<sup>2</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412هـ- 1991م، (ج6/ ص34).

<sup>3</sup> أمين محمد خطاب السبكي، "إرشاد الرائض إلى علم الفرائض"، القاهرة، مصر، مطبعة الإستقامة، ط1، 1368هـ، ص116.

فهو الشخص الغائب الذي غاب غيبة منقطعة عن موطنه بحيث لا يعرف أثره ولم تعد هناك سبيل من الوصول إليه والتعرف على أخباره وأحواله مع جهل مصيره أهو حي أم ميت مع إمكانية البحث والتنقيب عنه.<sup>1</sup>

### ❖ تعريف المفقود في القانون:

أحال القانون المدني الجزائري في المادة 31 منه إلى قانون الأسرة بخصوص مسألة المفقود والغائب، إذ نجدها تنص على أنه: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي.

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري قد نظم أحكام المفقود والغائب في الفصل السادس من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية، و ذلك في المواد من 109 إلى 115 قانون الأسرة، كما عرف المفقود في المادة 109 منه. على أن المفقود: "هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".<sup>2</sup>

ومن تحليل نص المادة نجد أنه يعتبر مفقودا في نظر القانون الجزائري كل من غاب عن أهله وانقطع خبره، فلا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أم أنه مات وأيضا يكون مجهول المكان كما أنه لا يعتبر مفقودا إلا إذا صدر حكم قضائي يقضي بفقدانه. واستنادا لهذه الاعتبارات من اختفاء الشخص وانقطاع أخباره لمدة طويلة، فإن احتمال وفاته يرجع على احتمال حياته.

وبالتالي يعتبر الشخص مفقودا إذا كانت الظروف المحيطة باختفائه وعدم ظهوره تفيد حتما هلاكه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الطالب: مؤمن أحمد زياشويديح، رسالة ماجستير بعنوان: "أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود"، إشراف د. مازن إسماعيل هنية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1427هـ- 2006م، ص 29.

<sup>2</sup> القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

<sup>3</sup> علي فيلال، "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011م، ص 196-197.

وبعد تعريف المفقود في القانون الجزائري نذكر بعض التعريفات في بعض القوانين العربية:

فقد عرف قانون الأحوال الشخصية السوري المفقود بأنه كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان، ويعتبر كالمفقود، الغائب الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح الغير.<sup>1</sup>

❖ أما المشرع المصري فقد عرف الغائب بقوله:

أولاً: إذا كان مفقوداً لا تعرف حياته أو مماته.

ثانياً: إذا لم يكن له محل إقامة والموطن معلوم، أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها.<sup>2</sup>

المطلب الثالث: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.

لم يفرق الحنفية بين الغائب والمفقود على عكس أغلبية المذاهب الأخرى التي فرقت بينهما تفرقة واضحة لا لبس فيها ولا غموض ومنهم المالكية والحنابلة.<sup>3</sup>

فالغائب هو أحد ثلاثة أشخاص:

1. من لا تعرف حياته أو مماته.

2. ومن كانت حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان.

3. من منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م المعدل.

<sup>2</sup> المادة 74 من قانون المصري الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952م.

<sup>3</sup> العلامة أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي، "متن القدوري في الفقه على مذهب الإمام أبي حنيفة"، مصر، ط3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1957م، ص65.

<sup>4</sup> د. مصطفى السباعي، "الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات"، مطابع دار الفكر بدمشق، 1995م، ص157.

أما المفقود فهو يدخل في تعريف الغائب ولكنه أخص، حيث يجب توافر ثلاثة شروط لكي يعتبر الشخص مفقود وهي:

1. أن يكون الشخص غائبا، وغيابه هذا لم يعرف له مقام، سواء غادر بلده إلى بلد غير معلوم، أم لم يغادره، أو خرج إلى الحرب ولم يعد، أو غاب بعد كارثة من الكوارث الطبيعية، كالزلازل أو الحرائق أو غيرها.
  2. أن ينقطع خبره، أي أن لا يبلغ ذويه شيء مما هو صادر عنه، فيجهلون محل إقامته، وكل معلومة عنه.
  3. أن لا تعلم حياته أو مماته، أي أنه لا يمكن التحقق من مصيره فيما إذا كان حيا أو ميتا. فإذا ما انعدمت هذه الشروط، أو انعدم أحدها فإن الشخص لا يعد مفقود، وإن كان قد يوصف بوصف آخر، غالبا ما يكون هو الغائب.
- إذ يتبين لنا أن الفقدان نوع من أنواع الغياب، فكل مفقود هو غائب ولكن ليس كل غائب هو مفقود، وهذا يعني أن الغائب أعم وأشمل من المفقود.
- ### المطلب الرابع: أنواع المفقود.

ذهب جمهور الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع، ولم يفرقوا بين أحوال الفقد كما فعل غيرهم من الفقهاء، بل قالوا أن كل من غاب عن أهلها وبلده أو أسرته العدو ولم يدر حاله أم ميت أم حي، ولا يعلم مكانه، ومضى على ذلك زمان فهو مفقود بهذا الاعتبار، سواء كان ذلك في دار الإسلام أو دار الحرب أو فيصف القتال، أو إذا انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم في الكل سواء، وتنطبق عليها الأحكام نفسها.<sup>1</sup>

وذهب المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب وغيرهم إلى التفريق بين حال وأخرى، فليس لكل من غاب عن أهله ووطنه الحكم نفسه، فمن فقد في صف القتال في المعركة أو في

<sup>1</sup> الإمام أبو القاسم عبد الكريم الرافي القزويني، "العزیز شرح الوجيز"، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الوجود، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، (ج9/ ص485).

حال غرق السفينة ولم ينج منها إلا القليل، يختلف حكمه عن خرج لتجارة أو طلب العلم،  
وطال مكوثه وانقطعت أخباره في تلك البلاد.

ولتوضيح ذلك نقول:

❖ أنواع المفقود عند الحنابلة:

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: كمن سافر لتجارة أو طلب العلم، أو السياحة، ويلحق به  
الأسير لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء.

ب - مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: وهو كمن فقد بين أهله ليلا أو نهارا، أو يفقد بين  
الصفين في القتال، أو ينكسر بهم مركب فينجو بعضهم ويغرق الآخرون.<sup>1</sup>

❖ أنواع المفقود عند المالكية: قسم فقهاء المالكية إلى أربعة أقسام:

أ- المفقود في بلاد المسلمين: وهو من خرج من بيته أو سافر سفرا قريبا من مكان الآخر  
في بلاد المسلمين، وانقطعت أخباره وآثاره.

ب - المفقود في بلاد الحرب: ويلحق به من شك هل فقد في بلاد الحرب أو بلاد المسلمين.

ج - المفقود في حروب المسلمين مع بعضهم.

د- المفقود في حروب المسلمين مع الكفار.<sup>2</sup>

ومن المالكية من ذهب إلى أن المفقود على خمسة أقسام فأضافوا: المفقود في  
زمن الأوبئة وتفشي الأمراض.

قول سعيد بن المسيب:

أمفقود في صف القتال.

ب- المفقود في غير صف القتال.

- وقد ذكر رأي سعيد بن المسيب لأنه يختلف في رأي غيره من الفقهاء.

<sup>1</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتنا الحنبلي، "الروض المربع شرح زاد  
المستمتع"، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1397هـ - 1977م، (ج3/ص43).

<sup>2</sup> محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، "التاج والإكليل لمختصر الخليل"، دار الكتب العلمية، ط1،  
1416هـ - 1994م، (ج5/ص156).

المطلب الخامس: متى يحكم القاضي بموت المفقود.

- ويتضمن ثلاثة فروع:

الفرع الأول: باعتبار نوع الغيبة.

الفرع الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.

الفرع الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً (تاريخ الفقد، أو الحكم بالتربص)

الفرع الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة.

- وقد تم اختيار هذا الموضوع وهو حكم القاضي بموت المفقود في بداية البحث، وذلك

لما لهذا الموضوع من أهمية، فإن للحق أحكاماً وللميت أحكاماً أخرى، والمفقود هي حالة لا نعرف فيها يقينا حياته أو موته.

- فكان من الضروري معرفة متى يعتبر هذا المفقود ميتاً حتى تنطبق عليه أحكاماً لموات.

أ- في أمواله: من إرثه له من غيره، وأرثه لغيره منه، أو نفقات كانت واجبة عليه، أو عقود أخرى.

ب- في زوجته: من عدة، وحداد، ونفقة، وسكن، وغيرها من الأمور.

- فكان لزاماً أن يكون للقضاء رأي في هذا الموضوع، لينتهي الأمر ويحسم الخلاف بالنسبة لهذا المفقود.

- بما أن المفقود كما ذكر سابقاً هو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته، فإن حكم

الحاكم بموته ينبغي على نوع هذه الغيبة والفقد عند الفقهاء. 1

1 الغرناطي. التاج والاكليل لمختصر خليل (المصدر سبق ذكره) ج5 ص 156-157.

- فقد قسم فقهاء المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب المفقود إلى أقسام، وبنوا أحكامهم في

المفاهيم بناء على هذه الأقسام، بينما ذهب الشافعية والحنفية والظاهرية إلى أن كل من غاب

عن أهله وبلده وأسرته العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ولا يعلم مكانه ومضى على ذلك

زمن فهو معدوم بهذا الاعتبار.

- ولتكتمل الفائدة نوضح آراء المذاهب الفقهية كل على حدة كما يلي:

❖ قول الحنفية:

- العبارة المشهورة عند الأحناف تقول:

"إن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره".  
والشخص الواحد لا يكون حيا وميتا حقيقة لما فيه من الاستحالة، ولكن معنى العبارة أنه تجري عليه أحكام الأحياء فيما كان له فلا تبين امرأته كأنه حي حقيقة، وتجري عليه أحكام الأموات فيما لم يكن له فلا يرث أحدا كأنه ميت حقيقة.<sup>1</sup>  
لأن الثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان وإذ استصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في غيره فأمر لم يكن، فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن، فالحياة معروفة بيقين، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال اليقين بالشك.<sup>2</sup>

- وعند قولنا بهذا القول فإلى متى يستمر حكمه كذلك، لأبد من وقت يحكم بعده بموته وتقسّم أمواله وتبين منه امرأته.

وهنا تظهر أهمية حكم القاضي وقضائه بموت المفقود حتى يتمكن ذووه من التصرف بناء على هذا الحكم.

- فذهب الإمام أبو حنيفة أنه إذا تمّت مائة وعشرين سنة من يوم ولد يحكم بموته. وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران.<sup>3</sup>

- وروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدر بعضهم تسعين والأقيس أن لا يقدر شيء، والأرفق أن يقدر بستين سنة، وذهب صاحب فتح القدير إلينا لأحسن أن يقدر بسبعين سنة لقوله صلى الله عليه وسلم "أعمار أمتي بين الستين إلى السبعين"<sup>4</sup> فكانت المنتهى غالبا.

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986، (ج6/ص196).

<sup>2</sup> على بن أبي بكر عبد الجليل الفرغاني أبو حسن برهان الدين، "الهداية في شرح بداية المبتدي"، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (ج2/ص180).

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط (المصدر سبق ذكره)، (ج11/ص35).

<sup>4</sup> هذا الحديث رواه ابن ماجة في سنته (ج2/ص415)، وأخرجه الترمذي، في كتاب الدعوات (ج5/ص553)، وقال عنه حديث حسن غريب، المستدرک على صحيحين (ج2/ص463) وقال عنه

- ووجه رواية الإمام أبي حنيفة أن الأعمار في زماننا قلما تزيد عن مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك، فيقدر بها تقديرا بالأكثر.
- ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه، فلا ينبغي الحكم عليه.
- وبعد قولهم أن الظاهر موت أقرانه، اختلفوا أن المعتبر موت أقرانه في جميع البلاد أو في بلده فقط.
- ومما لا شك فيه أن المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا، والغالب فيمن طال عمره، ألا يتجاوز المائة.
- فمتى حكم القاضي بموته بناء على الأقوال السابقة، اعتدت امرأته عدة الوفاة وقسمت أمواله من وقت الحكم بوفاته، وكأنه مات فيها معاينه، إذا الحكمي معتبر بالحقيقي<sup>1</sup>.
- ❖ قول المالكية:

سبق وأن بينا المفقود عند المالكية يقسم إلى أربعة أقسام هي:

1. مفقود في بلاد الحرب.
  2. مفقود في بلاد الإسلام.
  3. مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض.
  4. مفقود في حروب المسلمين مع الكفار.
- وقد بنوا الحكم بموت المفقود بناء على أنواع هذا الفقد كما يلي:
- أولاً: وهذا المفقود لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت بينة على ذلك، فإن لم تظهر بينة على موته، فإنه يحكم بموته بعد أن تمضي سبعون سنة، من يوم ولد وهو سن التعمير عند المالكية، وسمتها العرب "دقاقة الأعناق".
- واختار بعضهم ثمانين سنة وحكم بخمس وسبعين سنة.

حديث حسن صحيح على شرط مسلم، تحفة الأخوذي (ج6/ص513) صحيح ابن حبان (ج7/ص246).

<sup>1</sup> علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (المصدر سبق ذكره)، (ج6/ص196).

ومعنى سن التعمير أو بقاءه للتعمير، أي أن لا تتزوج امرأة ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد<sup>1</sup>.

### 1- بالنسبة للمفقود في بلاد المسلمين:

أ- فإذا رفعت امرأة أمرها إلى القاضي كلفها إثبات الزوجية وغيبته، فإذا أثبتت ذلك عنده كتب إلى والي البلد الذي يظن أنه فيه أو إلى البلد الجامع أن لم يظن به في بلد بعينه مستبحتاً عنه ويعرفه في كتابه باسمه ونسبه وصفته ومتجره، ويكتب هو بذلك إلى نواحي بلده، فإن وقف له على خبر فليس بمفقود ويكتبه بالرجوع أو الطلاق، فإن أقام على الإضرار طلق عليه، وإن ورد على الإمام جواب كتابه بأنه لم يعلم له خبر ولا يوجد له أثر ولا عرفت حياته من موته، ضرب لامراته أجلاً أربعة أعوام إن كان حراً أو عامين إن كان عبداً، فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت إن شاءت.

ب - وأما بالنسبة لمال المفقود في بلاد المسلمين عند المالكية فيوقف ولا يورث عنه حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

واختلف في حد ذلك في مذهب مالك فروى عن ابن القاسم ومالك: سبعون سنة، وإليه ذهب آخرون واحتجوا بقول النبي "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين"<sup>2</sup>، إذ لا معنى لقوله إلا الإخبار بما يتعلق به الحكم.

وروى عن مالك ثمانون سنة وتسعون، وقال أشهب مائة سنة، وحكى الداودي عن محمد ابن الحكم مائة وعشرون عاماً.

2- وأما المفقود في بلاد العدو: فلا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وذهب أشهب إلى أنه يعتبر كالمفقود في

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، "حاشية دسوقي على الشرح الكبير"، دار الفكر، (ج2/ص482).

<sup>2</sup> الحديث أخرجه الترمذي عن أبي هريرة (ص982)، (ح3559)، وقال عنه أبو عيسى: هذا حديث حسن غريب، وصححه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزيادته (243/1)، (ح1073).

بلاد المسلمين في زوجه وماله<sup>1</sup>.

### 3- وأما المفقود في قتال مع الكفار:

ففي ذلك أربعة أقوال في مذهب مالك:

أرواية ابن القاسم عن مالك: لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يعلم موته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله.

ب - رواية أشهب عن مالك: يحكم له بحكم المقتول بعد أن يتلوم سنة من يوم يرفع أمره إلى السلطان ثم تعتد امرأته وتتزوج ويقسم ماله.

يحكم له بحكم المفقود في بلاد المسلمين في زوجه وماله، فيضرب له أجل أربعة أعوام ثم تعتد امرأته وتتزوج، ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء إلى مثله.

ج يحكم له بحكم المقتول في الزوجة فتعتد به بعد التلوم وتتزوج ولا يقسم ماله حتى يعلم بموته أو يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله<sup>2</sup>.

وأما المفقود في الفتن في قتال المسلمين بعضهم مع بعض:

### فقولان:

1/قال مالك وابن القاسم: ليس في ذلك أجل معين، فلا يحكم له بحكم المقتول

في زوجته وماله، فتعتد امرأته ويقسم ماله من يوم التقاء الصفيين، فإن لم يوجد

بعد انقضاء المعركة فيحكم بموته ويقسم ماله، ثم اختلفوا هل ذلك من يوم المعركة أم بعد التلوم:

- قيل من يوم المعركة قريبة كانت أو بعيدة وهو قول سحنون.

- وقيل بعد التلوم له على قدر ما تعرف من هرب أو انهزام فإن كانت المعركة على بعد

<sup>1</sup>أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، "القوانين الفقهية"،

ص144- ص145.

<sup>2</sup>أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني، "المدونة"، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ- 1994م،

(ج2/ص19).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

من بلاده مثل أفريقية من المدينة ضرب لامرأته أجل سنة، ثم تعدد وتتزوج ويقسم ماله، فإنما يضرب له سنة إذا كانت المعركة بعيدة مثل إفريقية عن مصر ومصر عن المدينة  
**2/رواية أشهب عن مالك:** يضرب له أجل سنة ثم تعدد امرأته وتتزوج ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش إلى مثله، وهو قول الأوزاعي، وقيل يترك ذلك لاجتهاد الإمام.<sup>1</sup>

- **قال مالك:** لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله فيقسم ميراثه من يوم يموت وذلك اليوم يقسم ميراثه.<sup>2</sup>  
**قول الشافعية:**

فعند الشافعية من فقد أو انقطع خبره وطالت غيبته ولم يعلم له موت ولا حياة وله مال وأريد الإرث منه ترك ماله ولا يقسم حتى تقوم بينة بموته أو ما يقوم مقام البينة وذلك بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فلا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر من ذلك على الصحيح وقيل يشترط ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن. فإذا مضت المدة المذكورة فيجتهد القاضي حينئذٍ ويحكم بموته من غير أن يتقدر ذلك بزمان محصور؛ لأن الأصل بقاء الحياة، فلا يورث إلا بيقين وهو قريب مما ذهب إليه مالك في الأموال.<sup>3</sup>

**قول الحنابلة:**

هو على قسمين عندهم بناء على تقسيمهم له:

**1/- من انقطع خبره ولو كان عبداً لغيبة ظاهرها السلامة:**

<sup>1</sup> أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية (المرجع سبق ذكره)، ص144- ص145.

<sup>2</sup> الطالب: مؤمن أحمد نياض شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود (المرجع سبق ذكره)، ص47.

<sup>3</sup> أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، "الوسيط في المذهب"، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ، ج4،

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

- كالأسر: فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء لأهله.
  - أو تجارة: فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة لأهله.
  - أو سياحة: فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلدان النائية عن بلده.
- والذي يغلب على الظن في مثل هذه الأحوال ونحوها كطلب العلم السلامة. فالذي حاله هذا فيه روايتان:

أينتظر به تمام تسعين سنة منذ ولد، وقال في الإنصاف هذا المذهب؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه اليقين، فإن فُقِد وهو ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره. وقيل ينتظر به إلى تمام سبعين سنة يوم فقد ولعله يحتج بقوله صلى الله عليه وسلم: "أعمار أمتي بين الستين والسبعين"

ب - لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم؛ لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلى بتوقيف ولا توقيف ها هنا فوجب التوقف.<sup>1</sup>

**2/- من انقطع لغيبه ظاهرها الهلاك:** كمن غرق في ركبه فسلم قوم دون قوم أو فُقد من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة فلا يعود أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود، أو فقد في مفازة، مهلكة كمفازة الحجاز، أو فقد بين الصفين حال التحام القتال فمتى فقد إنسان في هذه الأحوال أو نحوها انتظر به تمام أربع سنين منذ فُقد، لأنها أكثر مدة الحمل ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب ظن الهلاك، إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية، فلذلك حكم بموته في الظاهر.

فيجعل ماله لورثته؛ ولأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته بعد تزوجها هذه المدة وحلها للأزواج فيجعل ماله لورثته، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى.

<sup>1</sup> علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف"، دار إحياء التراث العربي، ط2، (ج7/ص335).

فإذا لم يعلم خبره بعد التسعين في القسم الأول أو الأربع سنين في القسم الثاني قسم ماله بين ورثته واعتدت امرأته عدة الوفاة رحلت للأزواج.<sup>1</sup>

وبالنظر فيما سبق نجد أن كثرة أقوال العلماء وآرائهم في هذه المسألة وتشعبهم في الاجتهادات المختلفة يجعلنا نجد صعوبة في جمع آرائهم في أقوال محددة تجمعهم في نسق واضح، ولكن بعد النظر والتمحيص نجد أن هذه الآراء كلها تدور في مجملها حول محورين رئيسيين لذا فبالإمكان حصر هذه الآراء كلها وذلك باعتبار تحديد المدة وعدمها في قولين اثنين:

**القول الأول: والقاضي بتحديد مدة مقدرة بالسنين يحكم بعدها بموت المفقود.**

يضرب أربع سنين لزوج المفقود تترتب بهن بحكم حالكم، ثم تعدد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً فإذا انقضت فقد حلت للأزواج، وكذلك الحال بالنسبة لأمواله فينتظر به أربع سنين فإذا لم يظهر له خبر تقسم أمواله.

وذلك كما في المفقود الغالب من حاله الهلاك عند الحنابلة وفي المفقود في بلاد المسلمين عند المالكية بالنسبة للزوجات فقط.

1. وعند أبي حنيفة إذا بلغت مائة وعشرين سنة من يوم ولد. فيحكم بموته.

2. وعند أبي يوسف إذا بلغ مائة.

3. وعند أبي بكر محمد بن حامد الحنفي وابن الماجشون المالكي إذا بلغ تسعين سنة.

4. وعند مالك في قول له: ثمانين سنة وعند ابن عرفة خمس وسبعون سنة.

5. وعند ابن الهمام الحنفي سبعون سنة وستون عند المتأخرين من الحنفية<sup>2</sup>.

وأقوالهم هذه كلها تشمل الحكم في الزوجات والأموال معاً.

**القول الثاني: والقاضي بعدم تحديد مدة يُحكم بعدها بموت المفقود.**

<sup>1</sup> ابن قدامة، "المغني"، (المصدر سبق ذكره)، (ج8/ص106).

<sup>2</sup> الطالب: مؤمن أحمد نياض شويديح، أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود (المرجع سبق ذكره)، ص40.

فتبقى زوجة المفقود على عصمته إلى قدوم زوجها وإن طال غيبته، ما لم يأتيها يقين موته وكذلك بالنسبة لأمواله.

وأصحاب هذا القول منهم من ذهب إلى القول بموت الأقران كما في ظاهر الرواية عند الحنفية أو التفويض الأمر إلى رأي الإمام يحكم فيها باجتهاده كما في زوجة المفقود في الفتن عند مالك.

ومنهم من ذهب إلى القول بمضي مدة لا يعيش إلى مثلها غالباً، وهو مذهب الشافعية في الأزواج والأموال وكما في زوجة المفقود في بلاد العدو وفي القتال مع الكفار بالنسبة لأمواله عند مالك، ومن ليس الغالب هلاكه في إحدى الروايتين عند الحنابلة. وبه قال من الصحابة: علي وابن مسعود رضي الله عنهما، ومن الفقهاء: الحنفية والنخعي والثوري وابن شبرمة وأصحاب الرأي وهو مذهب الشافعي في الجديد<sup>1</sup>.

#### ❖ الأدلة:

##### • أدلة القول الأول:

1 استدل أصحاب القول الأول بقصة الرجل الذي استهوته الشياطين وقد جاء من عدة طرق أحدها: ما رواه عبد الرحمن بن أبي ليلى أن امرأة أتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت: إن زوجي خرج إلى مسجد أهله وفقد، فأمرها أن تتربص أربع سنين، فتربصت، ثم عادت فقال لها: اعتدي أربعة أشهر وعشراً، ففعلت ثم عادت، فقال: قد حللت للأزواج فتزوجت فعاد زوجها فأتى عمر بن الخطاب فقال: زوجت امرأتي فقال: وما ذاك؟ فقال: غبت أربع سنين فزوجتها فقال: يغيب أحدكم أربع سنين في غير غزاة ولا تجارة ثم يأتيني فيقول: زوجت امرأتي، فقال: خرجت إلى مسجد أهلي فاستليني الجن فكنت معهم، فغزاهم جن من المسلمين فوجدوني معهم في الأسر فقالوا ما دينك؟ قلت: لإسلام فخيروني بين أن أكون معهم، وبين الرجوع إلى أهلي، فاخترت الرجوع إلى أهلي، فسلمني إلى قوم، فكنت أسمع بالليل كلام الرجال وأرى بالنهار مثل الغبار فأسير في أثره حتى هبطت عندكم، فخيره

<sup>1</sup> السرخسي، المبسوط (المرجع سبق ذكره)، (ج11/ ص35).

عمر بين أن يأخذ زوجته، وبين أن يأخذ مهرها.<sup>1</sup>

2وروي عاصم الأحول عن أبي عثمان قال: أتت امرأة عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقالت: استهوت الجن زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر ولي الذي استهوته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً.<sup>2</sup>

3وعن جابر بن زيد قال: تذاكر ابن عباس وابن عمر المفقود فقالوا جميعاً: تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثمن تتربص أربعة أشهر وعشراً.

4وروي مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل.<sup>3</sup>

- وجه الدلالة من الآثار السابقة: الحديث واضح في أنه إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها، وتعدت عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ويقسم ماله بين ورثته؛ لأن عمر هكذا قضي في الذي استهوته الجن بالمدينة.

ويقول أبو بكر الأبهري من المالكية: إنما ضرب لامرأة المفقود أربعة أعوام؛ لأنه أقصى مدة الحمل.

وقيل: إنما ضرب لها أجل أربعة أعوام لأنها المدة التي تبلغها المكاتبه في بلد الإسلام سيراً ورجوعاً.

أما ابن رشد فقال: إنما أخذت بالأربعة أعوام بالاجتهاد؛ لأن الغالب أن من كان حياً لا تخفى حياته من البحث عنه أكثر من هذه المدة فوجب الاقتصار عليها؛ لأن الزيادة

<sup>1</sup>جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، "نصب الراية لأحاديث الهداية"، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، (ج3/ص473).

<sup>2</sup>أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، (ج7/ص446).

<sup>3</sup>أنس بن مالك الموطأ (المصدر سبق ذكره)، (ج2/ص93).

منها والنقصان منها خرق للإجماع.<sup>1</sup>

أما طريق النظر: فإذا وجب أن يفرق بين الزوج وامرأته من أجل العنة والإيلاء وهي لم تفقد إلا الوطء فهي في المفقود أوجب لفقدها للوطء وللعشرة والنفقة<sup>2</sup> يقول مالك: الظاهر أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً، والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصاً إذا وقعت الحاجة إلى دفع الضرر عنها، وقد مست الحاجة إلى دفع الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة، ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها، ولكن عند المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فتعتبر في حقه المدتان في التبرص، وذلك بأن تجعل الشهود سنين فلهذا التبرص<sup>3</sup>

#### • أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني بالسنة والمعقول، وذلك على النحو التالي:

**أولاً: الحديث الوحيد المروي في السنن عن المفقود وهو:** عن المغيرة بين شعبة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان".<sup>4</sup> وقول علي رضي الله عنه فيها: "هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موث أو طلاق".<sup>5</sup>

- وجه الدلالة:

<sup>1</sup> أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، "المقدمات الممهدة"، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ - 1988م، (ج3/ص104).

<sup>2</sup> المصدر السابق، (ج2/ص10).

<sup>3</sup> مالك بن انس المدونة، (المصدر سبق ذكره)، (ج2/ص94).

<sup>4</sup> أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، "سنن الدار قطني"، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ - 2004م، (ج3/ص312).

<sup>5</sup> أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، أ. د سائد بكداش، د. محمد عبيد الله خان، د. زينب محمد حسن فلاتة، "شرح مختصر الطحاوي"، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط1، 1431هـ - 2010م، (ج8/ص427).

الحديث صريح وواضح في أن زوجة المفقود لا يضرب لها وقت محدد تتربص به بل تبقى منتظرة زوجها حتى يأتيها خبره.

وقول علي رضي الله عنه خرج بياناً للبيان المذكور في الحديث الوارد في امرأة المفقود؛ لأن قول البيان في الحديث مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فبين علي رضي عنه ذلك المجمل بقوله حتى يتبين موت أو طلاق.<sup>1</sup>

ويقول أصحاب هذا القول كالنخعي: "قد سمعنا أن امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشيء هي امرأة ابتلت فلتصبر.

### ثانياً: الأدلة العقلية:

- 1 أن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك. أي أن النكاح الثابت باليقين لا يزال بالموت المشكوك في صحته.<sup>2</sup>
- 2 أن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو ما نزل منزلته وهو الحكم، فالموت محتمل فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال، ومثل ذلك لا يقال إلا عن توقيف.<sup>3</sup>
- 3 يقول ابن عابدين: إنما قلنا بذلك لأنه يختلف باختلاف البلدان، كذلك غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات، ومقتضاه أن يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته.<sup>4</sup>
- 4 يقول السرخسي: المفقود حكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته وميت في حق غيره فلا يرث هو إذا مات أحد من أقربائه؛ لأن ثبوت حياته واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما حكم على ما كان وغير معتبر في إثبات ما لم يكن

<sup>1</sup> علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص181).

<sup>2</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصل الحنفي، الاختيار لتعليل المحتار (المصدر سبق ذكره)، (ج3/ص37).

<sup>3</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، "المجموع شرح المهذب"، دار الفكر، (ج16/ص69).

<sup>4</sup> ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر

المختار، دار الفكر، ط2، بيروت، 1412هـ - 1992م، (ج6/ص359).

ثابتاً. وفي الامتناع عن قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً، ولأن حياته باعتبار الظاهر والظاهر ولهذا قلنا لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يأتي البيان<sup>1</sup>.

5 ولو غابت الزوجة حتى خفي خبرها لم يجوز أن يحكم بموتها في إباحتها لزوجها ونكاح أربع سواها، فكذاك غيبة الزوج. ولأنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقه وإظهاره، جرى عليها حكم الزوجية في تحريمها على غيره<sup>2</sup>. أما من استدل بأن هذا الغالب في أعمار أهل زماننا في قولهم يضرب له مائة عام أو تسعين أو ثمانين أو سبعين وغير ذلك فكل هذه الأوقات المحددة بالسنين أقول بغير توقيف، والتقدير لا ينبغي أن يصار إليه إلا بالتوقيف ولا توقيف هنا فوجب التوقف في ذلك<sup>3</sup>.

- مناقشة آراء وأدلة القولين:

أولاً: مناقشة أصحاب القول الأول في أدلتهم.

1 يريد على استدلالهم بالأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيتربص زوجة المفقود أربعة أعوام، بأن تربص أربع سنين كان قول عمر في الابتداء ثم رجع إلى قول علي رضي الله عنه حين رجع الزوج وكذلك عثمان وابن عباس فصار إجماعاً بعد خلاف<sup>4</sup>.

فمن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر كان يقول: يفرق بينه وبين امرأته إذا

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط (المصدر سبق ذكره)، (ج11/ ص34- ص35).

<sup>2</sup> أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، "الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي"، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ - 1999م، (ج14/ ص317).

<sup>3</sup> الماوردي. الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، (ج10/ ص249).

<sup>4</sup> المصدر السابق، (ج14/ ص317).

مضت أربع سنين ثم رجع إلى قول علي<sup>1</sup>.  
وروي عبد الرزاق أيضاً قال: أخبرنا ابن جريج قال: بلغني عن ابن مسعود أنه وافق علياً على أنها تنتظر أبداً<sup>2</sup>.  
وروي عن أبي شيبه وعن أبي قلابه وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوج حتى يتبين موته<sup>3</sup>.  
2 وعلى وجه استدلالهم بالآثار المروية بأنه إنما ضرب لامرأة المفقود أربعة أعوام؛ لأنه أقصى مدة الحمل:  
يجاب: بأنه تعليل ضعيف؛ لأن العلة لو كانت في ذلك لوجب أن يستوي فيه الحر والعبد لاستوائهما في مدة لحوق النسب، ولوجب أن يسقط كذلك في الصغيرة التي لا يوطأ مثلها إذا فقد زوجها عنها، فلو أقامت عشرين سنة ثم رفعت أمرها إلى القاضي لضرب لها أجل أربعة أعوام، وهذا يبطل تعليلهم إبطالاً ظاهراً<sup>4</sup>.  
3 وأما استدلالهم بأن ضرب الأجل بأربعة أعوام لأنها المدة التي تبلغها المكاتبة في بلد الإسلام سيراً ورجوعاً. فهذا باطل على القول بأن الأجل هل يضرب بعد الكشف والبحث أم يوم الرفع وفيه نظر عند من قال به<sup>5</sup>.  
4 وأما قول ابن رشد بأنها كانت بالاجتهاد: فصحيح إن صح في الأثر في ذلك، وأما قوله بوجود الاقتصار عليها لأن الزيادة فيها والنقصان منها خرقٌ للإجماع فقد سبق الرد عليه من مخالفة علي رضي الله عنه له في ذلك بل ورجوعه عن ذلك في بعض الروايات.

<sup>1</sup> جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف محمد الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية (المصدر سبق ذكره)، (ج3/ص473).

<sup>2</sup> الزيلعي نصب الراية، سبق ذكره (ج3/ص473).

<sup>3</sup> المرجع السابق، (ج3/ص473).

<sup>4</sup> أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات للممهدات (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص107).

<sup>5</sup> المصدر السابق، (ج2/ص107).

5وأما استدلال ابن رشد بحديث: "لا ضرر ولا ضرار" بأنه يلحق الضرر والظلم بامرأة المفقود فكانت كامرأة والعينين".

يجاب عليه بأن هذا أولاً؛ استدلالٌ بالحديث في غير محله وثانياً: هو قياس مع الفارق؛ فالنقدير بالمدة في حق المولى والعينين إنما كان لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود، فقلنا أنها امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله لابتلاها بأشد من هذا<sup>1</sup>.

6ويرد على قولهم أن قد منع حقها بالغيبية فيفرق بينهما اعتباراً بالإيلاء وبالعنة: بأن النكاح عرف ثبوته عندما يعرف المفقود وامراته، والغيبية لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك، لأن الشك لا يزيل الثبات. ولا معتبر بالإيلاء؛ لأنه كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلاً، ولا بالعنة؛ لأن الغيبية في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود أرجى من زوالالعنة بعد مضي سنة فلا يلزم أن يشرع في المفقود ما شرع في العنة يقول صاحب شرح العناية على الهداية: بأن الإيلاء كان طلاقاً موجباً للفرقة أي مزيلاً لملك النكاح بخلاف المفقود فإنه لم يظهر منه طلاق معجل ولا مؤجل، والعنة بعدما استمرت سنة طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حق زوجته على التأبيد فيفرق بينهما دفعاً للضرر، بخلاف امرأة المفقود فأمر العنة تردد بين أن يكون خلقة وبين أن يكون عارضاً فجعل الشارع العاملفاصل بينهما فإن قضى سنة ولم تنزل العنة فاعلم أنه كانت خلقة وما كان خلقة لا يزول أبداً، بعكس المفقود كما سبق فهو يرجى رجوعه وعودته في أي وقت سواء قبل الأربع سنين أم بعدها<sup>2</sup>.

7ويرد على قول مالك: بأن الظاهر أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة لو كان حياً،

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط (المرجع سبق ذكره)، (ج11/ص35).

<sup>2</sup> علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدئ (المصدر سبق ذكره)، 64/6.

والبناء على الظاهر واجب.

8وأما تقديرهم وتحديدهم لمدة بالسنين. فيقول الماوردي في ذلك: وكل هذه المذاهب في التحديد فاسدة لجواز الزيادة عليها وإمكان التجاوز لها، فلم يجز أن يحكم فيها إلا باليقين<sup>1</sup>.

9ويرد على المالكية حول تفريقهم في المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود في زوجه وماله. بما قاله النووي رحمه الله منكرًا على من فرق في الحكم بين مال المفقود وزوجه، يقول: فإذا لم يجز الحكم بموته أو قسمته في ماله وعتق أمهات أولاده لم يجز الحكم به في فراق زوجته مما يشعر بأن الحكمين متلازمين<sup>2</sup>.

ثانياً: مناقشة أدلة القول الثاني.

1. يرد أصحاب القول الأول على أصحاب القول الثاني من أن عمر رضي الله عنه قد رجع إلى قول عليه: فيقول ابن رشد: أن علياً رجع إلى قول عمر فكان إجماعاً من الصحابة.

2. يقول أصحاب القول الثاني أن الحديث الذي استدل به أصحاب القول الثاني لم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن<sup>3</sup>.

3. ما يقوله أصحاب الرأي الثاني أن غيبة المفقود شك في زوال الزوجية ممنوع، فإن الشك ما تساوى فيه الأمران والظاهر في مسألتنا هلاكه<sup>4</sup>.

الفرع الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.

وهذا المطلب يختص بالفقهاء الذين حددوا سناً لحكم بموت المفقود وهم المالكية والحنابلة.

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي الكبير (المصدر سبق ذكره)، (ج14/ ص249).

<sup>2</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (المصدر سبق ذكره)، (ج6/34-35).

<sup>3</sup> أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات للممهدات (المصدر سبق ذكره)، (ج2/ ص104).

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني (المرجع سبق ذكره)، (ج8/ ص106).

### قول المالكية:

قال ابن عرفة: على ابن السبعين إذا فقد لها بدله عدة أعوام، وكذا ابن الثمانين، وفي قول مالك وإن فقد ابن خمسة وتسعين، بدله خمس سنين، وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له<sup>1</sup>.

### قول الحنابلة:

من المعلوم عند فقهاء الحنابلة أن من فقد في غيبة ظاهرها السلامة أنه ينتظر به تسعين سنة منذ الولادة<sup>2</sup>.

ومن قد ابن تسعين فما الحكم في ذلك؟

قالوا إن من فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره<sup>3</sup>.  
قال في الإنصاف أنه يحتمل أوجهها.

1. أن يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

2. أول يتربأربعة سنين.

3. أن تنتظر عدة الوفاة.

وقد رجح صاحبي كتاب الفروع والإنصاف القول الأول على الأربع سنين فهو أن كان في غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يقسم ماله وهذا هو المذهب<sup>4</sup>.

الفرع الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقودا (تاريخ الغياب أو أمر الحاكم بالتربص) وهل تفتقر هذه المدة إلى ضرب القاضي لها؟

<sup>1</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي (المصدر سبق ذكره)، (ج2/ ص482).

<sup>2</sup> محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والاكليل لمختصر خليل (المصدر سبق ذكره)، (ج4/ ص161).

<sup>3</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتناحنبلي، "كشف القناع عن متن الإقناع"، دار الكتب العلمية، (ج5/ ص422).

<sup>4</sup> علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (المرجع سبق ذكره)، (ج7/ ص236).

وتكمن أهمية هذا الموضوع في عدة أمور:

1. أن بعض الفقهاء وضعوا مدة محددة تحل بعد مرورها زوجة المفقود للأزواج ويقسم ماله بمرورها في بعض الصور، وهذا الموضوع يحدد لنا الوقت الذي يبدأ فيه حساب هذه المدة منه.
2. أن الفقهاء قالوا لا يجوز أن يرث أحد بالشك، والمفقود لا يرث بهذا الاعتبار لأن حياته مشكوك فيها، فإذا مات من يرث المفقود فهل يعطى له نصيب هذا، أم لا على اعتبار أنه مفقود؟

هل تقتصر هذه المدة لضرب القاضي؟

وتوضح المسألة حب أقوال الفقهاء في المذهب كما يلي:

#### ❖ قول المالكية:

سئل الإمام مالك رحمه الله عن أربع سنين من يوم الفقد أو يوم الإياس؟

قال: يوم الإياس<sup>1</sup>.

فإذا رفعت الزوجة أمرها للحاكم فإنه يرسل في النواحي للكشف عن فإن انتهى الكشف عنه حينئذ يضرب له الأجل، وليس المراد أن يضرب له الأجل بمرج الرفع بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره<sup>2</sup>.

قال في المدونة: قال مالك: لو أقامت عشرين سنة قم رفعت أمرها إلى السلطان نظر فيها وكتب إلى موضعه الذي خرج إليه، فإذا يئس منه ضرب لها من تلك الساعة أربع سنين.

فقيل لمالك: هل تعتد بعد أربع سنين عدة الوفاة أربعاً شهر وعشراً من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟

<sup>1</sup> محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، التاج والاكليل لمختصر خليل (المصدر سبق ذكره)، ج4/ص155).

<sup>2</sup> أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ، (ج2/ص39).

قال: نعم. مالها وللسلطان في الأربعة أشهر التي هي العدة<sup>1</sup>.  
فبعد انقضاء الأجل المضروب تعدد زوجة المفقود كعدة زوجة الميت أربعة أشهر  
وعشرا ولا تحتاج إلى إذن من القاضي في العدة أو في الزواج بعد انتهاء العدة<sup>2</sup>.  
وأما من فقد في حروب المسلمين والكفار فإن زوجته تعدت سنة.  
ويبدأ حساب السنة هذه من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد  
انتهاء النظر والتفتيش فيه ن وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه<sup>3</sup>.  
وأما من فقد في حروب المسلمين بعضهم مع بعض ومثله المرتحل لبلد الطاعون  
أو في زمنه. فإن زوجته تعدت يوم انفصال الصفين، وبعد ذهاب الطاعون، بعد أن  
تكون قد استقصت أمره واستبرأت خبره<sup>4</sup>.  
والراجح أنه لا يحتاج لضرب القاضي لمدة العدة في الأقسام كلها.

#### ❖ قول الشافعية:

يعتبر ابتداء المدة منحين أمرها الحاكم بالتريص وليس منذ فقده وانقطاع خبره وبناء عليه  
فان المدة التي مضت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا تحسب فيه هذه المدة. ومنهم من قال:  
يعتبر من حين انقطع خبره.  
وإذا ضر القاضي المدة فمضت فهل يكون حكما بوفاته أم لا بد من استئناف حكم بالفرقة؟  
فيه وجهان:  
أحدهما: لا يفتقر للحكم بالفرقة لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها.

<sup>1</sup> بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة (المصدر سبق ذكره)، (ج4/ص450).

<sup>2</sup> أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، دار الفكر،  
1415هـ - 1995م، (ج2/ص41).

<sup>3</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص483).

<sup>4</sup> المرجع السابق، (ج2/ص482).

والثاني: أنه يفتقر إلى الحكم لأنها فرقة مجتهد فيها فافتقرت إلى الحكم كفرقة العنة، وقد رجح صاحب مغني المحتاج وصاحب العزيز شرح الوجيز القول الثاني، وقال لا بد أن يحكم القاضي بذلك<sup>1</sup>.

❖ قول الحنابلة:

خالف فقهاء الحنابلة فقهاء المالكية والشافعية فقالوا: إن ابتداء المدة منذ فقده، وليس بعد رفع أمرها للحاكم. فقالوا: إن من فقد في غيبة ظاهرها الهلاك انتظر بها أربع سنين منذ الفقد<sup>2</sup>. والسبب في خلافهم للشافعية والمالكية، وهو عدم اشتراطهم حكم الحاكم في ضرب المدة. فل تفتقر زوجة المفقود إلى حاكم بضرب المدة وعدة الوفاة لأن الظاهر موته، أشبه مال قامت به بيعة<sup>3</sup>.

ولأنها فرقة تعقبها عدة الوفاة فلا تتوقف على ذلك، كقيام البيعة بموته وكمدة الإيلاء.

❖ أما الحنفية والظاهرية وجديد قول الشافعي فقالوا:

إن الحكم بموته ليس متعلقاً بيوم فقدانه، لأن الغالب عندهم الانتظار به مدة التعمير، مع أن هذه المدة مختلة المقدار بينهم إلا أنها ليس لها علاقة بيوم فقده لأن تعلقها بعمر المفقود وسنة يوم فقد فيه وليس بتاريخ الغياب أو الفقد ولا مواعده<sup>4</sup>.

• الترجيح:

نرى أن الأولى لو اعتبر تاريخ رفع الأمر إلى القاضي هو التاريخ الذي نبدأ بحساب المدة منه لأن هذا التاريخ معروف بيقين، وأما المدة التي قبلها مشكوك فيها، فإذا رفع أولياؤه

<sup>1</sup> شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، (ج3/ص520).

<sup>2</sup> إبراهيم بن محمد بن سالم، "منار السبيل في شرح الدليل"، المكتب الإسلامي، 1409هـ - 1989م، (ج2/ص80).

<sup>3</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، (المرجع سبق ذكره)، (ج3/ص198).

<sup>4</sup> أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، (المرجع سبق ذكره)، (ج4/ص367).

## الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.

---

إلى القضاء فيبدأ حساب المدة منتاريخ رفع أمره للقاضي ويحكم بموته بعد مضي أربع سنوات من هذا التاريخ، والله تعالى أعلى واعلم بالصواب<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> الطالب: يوسف عطاء محمد حلو، الأحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، المشرف: د. مروان علي القدومي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1424هـ - 2003م، ص49.

# الفصل الثاني

الاستصحاب والمفقود دراسة تطبيقية.

في الفصل الثاني من بحثنا نتطرق إلى بيان الأثر التطبيقي لقاعدة الاستصحاب في أحكام المفقود، وهذا من خلال مسألة مال المفقود، وكيفية إدارته، ثم مسألة ميراثه، ماهي صورته وشروط تحققه، مع تعضيد ذلك بأقوال الفقهاء، دون أن ننسى الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود، والمتمثلة في مدة الانتظار، والعدة والإحداد والزواج.

## الفصل الثاني: الاستصحاب والمفقود دراسة تطبيقية

### المبحث الأول: مسألة مال المفقود.

نتكلم في هذا المبحث على مسألة مال المفقود، كيفية إدارته، والنفقات الواجبة عليه، مع بيان حكم زكاة أمواله.

### المطلب الأول: بقاء ماله على ملكه.

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأموال لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا بسبب من بيع أو إجارة أو هبة أو ميراث أو غير ذلك.

وقد حرم الله أخذ الأموال إلا بأسباب نصبها، ولا يجوز أخذ شيء إلا بحقه، ولا صرفه إلا لمستحقه<sup>1</sup>.

والمفقود لم يثبت عندنا موته حتى يورث ماله، فإنه يعتبر حيا في حق نفسه، أي في دفع استحقاق الغير منه، إلى أن تثبت موته حقيقة بالبينة أو حكما بأن يقضي القاضي بموته بعد موت جميع أقرانه، فلا يقسم قبل ذلك ماله بين ورثته ولا تفسخ إجارته ولو كان له وديعة عند أحد يجب على المستودع حفظها<sup>2</sup>.

فحياة المفقود هي الأصل الثابت فيرث من غيره ولا يورث ماله، فتظل على ملكيته الحقوق التي كانت قبل فقده، وهذا هو الجانب السلبي فهم يحكمون ببقاء حياته مدة إلى أن تثبت موته، لأن الأصل حياته فيستصحب الأصل حتى يظهر خلافه، وقال الحنابلة أنه يورث ويرث بعد مضي أربع سنين من فقده.

أما عند الحنفية، فلا تثبت له الحقوق الإيجابية كالإرث والوصية وإنما يحتفظ فقط بالحقوق السلبية، وهي بقاء ملكيته على ذمته فيما كان له من قبل فاستصحاب حياته تفيده فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة ولا تقيده في انتقال ملكية الغير له حتى يقوم الدليل على وفاته أو يحكم القاضي بوفاته، فالمفقود عندهم حي في حق نفسه، وميت في حق غيره، فلا يورث ولا يرث من غيره، ولا يحتفظ له

<sup>1</sup> عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1411هـ - 1991م، (ج1/ ص236).

<sup>2</sup> أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، "شرح القواعد الفقهية"، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1409هـ - 1989م، ص91.

بنصيب، ولا يعتد به في توزيع التركة على ورثة المتوفي لأن الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة لإثبات الحقوق الجديدة المكتسبة، أي أنه حجة لدفع الاستحقاق حتى لا يورث ماله، ولا يصلح سببا للاستحقاق، فلومات قريبه لا يرثه المفقود لاحتمال موته.<sup>1</sup> فالمفقود هو الذي لا يعرف أنه حي أو ميت يحكم بحياته استصحابا للأصل وبناءا على هذا فإن ما يملكه من مال يبقى مملوكا له ولا ينتقل إلى الورثة وإجارته لا تفسخ وهكذا كل الحقوق التي كانت ثابتة له تبقى كما هي إلى أن يحكم بموته حاكم بعد الإنتهاء من مدة الإنتظار.

وعند الجمهور أنه في مدة الإنتظار يوقف له نصبه حتى يرجع فإن لم يرجع كان كبقية ماله يأخذه الورثة<sup>2</sup>، فحياة المفقود بالاستصحاب تصلح حجة لبقاء ملكه لا لإثبات الملك في مال مورثه<sup>3</sup>.

#### المطلب الثاني: إدارة أموال المفقود.

إذا كان للمفقود وكيل، وقد كان المفقود قد كلفه بإدارة أمواله والمحافظة على مصالحه قبل أن يسافر هذا المفقود، فإن الوكيل يقوم بالمحافظة على هذه الأموال والتصرف بها كما يراه مصلحة للمفقود، ولا ينعزل هذا الوكيل بالفقد، ويبقى وكيلا له استصحابا لحياته حتى يحكم بموته.

أما إذا لم يكن له وكيل فإن القاضي هو الذي يدير هذه الأموال ويحافظ عليها وذلك على النحو التالي:

1. ينصب القاضي وكيلا يقوم بحفظ ماله واستقاء حقوقه وقبض غلاته، والديون التي أقرها غرماؤه، ولا يدع أحد يفسد هذا المال أو يبذره ولكنه لا يخاصم في دين لم يقره لغريمه ولا نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره. لأنه ليس بمالك ولا نائبا عنه،

<sup>1</sup> د. وهبة الزحيلي، علم أصول الفقه (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص 869).

<sup>2</sup> عياض بن نامي بن عوض السلمي، "أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله"، 1426هـ - 2005م، ص 201.

<sup>3</sup> عضد الدين الأيجي، "شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي ومعه حاشية السعد والجرجاني"، (ج3/ص 565).

وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي، وله أن يخاصم في عقد إجارة هو بلا خلاف.

2. يبيع مايسارع إليه الفساد ويحفظه ثمنه لأن ذلك الحفظ له معنى، ولا يأخذ المال الذي في يد مودعه أو مضاربة لأن يدهما يد النياب في الحفظ فكان محفوظا بحفظه، فلا حاجة لحفظ القاضي.

3. ينفق على زوجته من ماله، إذا كان عالما بالزوجية، لأن الإنفاق عليها إحياء لها فكان من باب حفظ ملك الغائب عليه عند عجزه عن الحفظ لنفسه فيملكه كما يملك حفظ المال.

4. ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء من الذكور والفقيرات من الإناث، وعلى والدية المحتاجين، لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والبعضية، إحياء لهم وإحياء لنفسه واجب فكذا إحياء جزئه وكله، فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم، وبما أنه عاجز عنه بنفسه فيقوم به القاضي.

5. أما بالنسبة لأمواله التي في أيدي الناس من دين أو إجارة أو ودیعة أو إعارة متاع أو سكنى داره فالحكم فيها كما يلي:

1. أما الإجارة: فلا يعرض لها السلطان أو وكيله حتى تتم الإجارة، لأنها وإن كانت تنفسخ الإجارة لموت المؤجر أو المستأجر، لكن المفقود لم يثبت موته وهو حي بالاستصحاب في إبقاء مكان على ماكان.

2. أما العارية: وهي هبة منفعة، فإن كان لها أجل فلا يعرض للعارية حتى يتم الأجل وأما ماكان من دور أسكنها، فلا يعرض لها السلطان حتى يتم سكنها، وإذا مضت مدة الإجارة وسكن لدار وغيرها فإن السلطان يحرزها على الغائب<sup>1</sup>.

ولا يبرأ المستأجر والمدين لدفع المال إلى زوجة المفقود وأولاده أو أحد ورثته لأنهم لم يورثوه بعد، ولأنه دفع مال الغير إلى الغير بغير إذنه، إلا إذا كان الدفع بأمر القاضي<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> الطالب: يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص 132.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط (المصدر سبق ذكره)، (ج 11/ ص 38).

المطلب الثالث: النفقات الواجبة عليه.

النفقات جمع نفقه وهو الإخراج ولا تستعمل إلا في الخير<sup>1</sup>.

شرعا: هي كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة<sup>2</sup>.

وأسباب وجود النفقة ثلاثة: النكاح والقرابة والملك.

فالأول للزوجات: فنفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

❖ من الكتاب العزيز:

قوله تعالى: "وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ" \*سورة البقرة الآية 233\*

قوله تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۗ

لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا ۗ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا" \*سورة الطلاق الآية 7\*

❖ ومن السنة المشرفة:

فما رواه جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: "اتقوا الله في

النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله

ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"<sup>3</sup>

وقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوجة أبيسفيان حين اشكت أبا سفيان فقالت: إن أبا

سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: خذي ما يكفيك

وولدك بالمعروف<sup>4</sup>.

❖ وأما الإجماع: فاتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا

كانوا بالغين إلا الناشز منهم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (المرجع سبق ذكره)، (ج5/ ص151).

<sup>2</sup> الموسوعة الفقهية الكويتية، باب النفقات.

<sup>3</sup> رواه مسلم (1218) أبو داود في سننه (1905)، النسائي في سننه (2961)، ابن ماجه في سننه

(3074)، السيوطي في الجامع الصحيح (9236)

<sup>4</sup> الراوي: عائشة أم المؤمنين المحدث: الألباني المصدر: صحيح ابن باجة الصفحة أو الرقم (1871)

خلاصة حكم المحدث: صحيح التخريج أخرجه البخاري (3825)، ومسلم (1714)، وأبو داود

(3532)، والنسائي (5420)، وابن ماجه (2293) واللفظ له، وأحمد (24163).

<sup>5</sup> شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، (المرجع سبق ذكره)، (ج5/ ص15).

والمفقود مكلف ومخاطب بالإِنفاق بالأدلة السابقة، ولم يرد ما يخصص المفقود بعدم النفقة، وهذا بناء على قاعدة استصحاب الحال في إبقاء ما كان على ما كان والمفقود قبل فقده كان حيا فيبقى حيا في حق نفسه وغيره حتى بعد فقده، وهنا نبحت كيفية إِنفاق المفقود على من تجب عليهم النفقة وذلك حسب حالة المفقود من يسار وإعسار:  
**أولا: في حال كونه ميسور الحال:**  
**أ. نفقة الزوجة:**

إذا كان المفقود ميسورا واختارت زوجته المقام والصبر حتى يتبين أمره، فلها النفقة مدام حيا، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره، لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علمت حياته.

ولو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربع أشهر وعشرا فإن نفقتها في هذه السنين تكون من مال زوجها بالإِنفاق.

ولو أنفقت الزوجة من مال زوجها المفقود، ثم تثبت البينة على موته في وقت ردت كل ما أخذت من نفقة من حين مات فكان لها الميراث<sup>1</sup>.

أما الحنفية فلا يرون القضاء على الغائب ولا يجيزونه غلا أنهم حكموا لزوج المفقود بالنفقة من مال زوجها المفقود.

ووجه قولهم هذا هو أن الإِنفاق على زوجة المفقود هو نوع من الحفظ، ونظر من القضاء للغائب، فإن ملك النكاح حقه في زوجته، ولا يبقى بدون نفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظا لملكه عليه.

وإن هذا الإِنفاق هو إعانة لها على الحكم وليس قضاء ابتداء، لأن نفقة الزوجة ثابتة بنفسها اتفاقا ومكان ثابتا اتفاقا كان لصاحبه الحق أن يأخذه بغير قضاء فحق لهذه الزوجة أن تنفق إذا وجدت جنس حقا.

**ب. نفقة الأقارب:**

وكما تلزم المفقود نفقة زوجته تلزمه نفقة أولاده الصغار، والكبار وأبكار بناته ووالديه. ودليل وجوب هذه النفقات مايلي:

<sup>1</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني (المصدر سبق ذكره)، (ج9/ ص109).

قوله تعالى: "وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا" \*سورة الإسراء الآية 23\*.

فقد جعل الله سبحانه وتعالى الإحسان للوالدين قرينا لتوحيد الله وعبادته من الإعلان بتأكيد حقهما والعناية بشأنهما ما لا يخفى .

ومن الإحسان الإنفاق عليهما وقت الحاجة، وقد نهى عن التأفف لمعنى الأذى وبهذا النهي يفهم النهي عن سائر ما يؤذيها بفحوى الخطاب أو بلحنه، ومعنى الأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر .

وقد سئل الإمام مالك عن المفقود إذا كان له صغار ولهم مال ينفق عليهم من مال أبيهم؟ قال لا ينفق عليهم من مال أبيهم لأن مالكا قال: إذا كان لصغير مال لم يجبر الأب على نفقته<sup>1</sup>.

ثانيا: في حال الإعسار:

أ. نفقة الزوجة:

لاتسقط نفقة الزوجة بإعسار الزوج لأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان فقيرا أو غنيا، وسواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة، وذلك لأن استحقاق الزوجة للنفقة بسبب العقد وهي تجب معاوضة مقابل الإستمتاع.

ب . نفقة الأقارب:

نفقة الأقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين لا المعسرين كالزكاة. فلا تجب عليه النفقة لأقربائه إلا أن يجد من النفقة ما يفضل عن قوته وقوة عياله يومه وليلته<sup>2</sup>.

فلا يقضي بالنفقة من مال غائب أو مفقود إلا لمن ذكرنا وهم زوجة المفقود وولده ووالديه.

ويدخل فيه بناته الصغيرات والكبيرات مالم يدخل بهن أزواجهن فإذا دخل بهن أزواجهن فلا تجب لهن النفقة من ماله.

<sup>1</sup> بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، (المرجع سبق ذكره)، (ج5/ ص452).

<sup>2</sup> المرجع السابق، (ج5/ ص364).

**المطلب الرابع: حكم زكاة أمواله.**

اختلف العلماء في حكم زكاة أموال المفقود فمنهم من أوجبها وهم الحنابلة والشافعية، ومن من فرق حسب نوع المال فأوجبه في الحرث والمواشي، ومنعه في أعيان الأموال وهم المالكية. ومنهم من نفى وجوب الزكاة في هذا المال واعتبره ضمارة وهم الحنفية.

**1. القائلون بوجوب زكاة مال المفقود:**

وهم الحنابلة والشافعية فقالوا يزكى مال المفقود لما مضى من السنين قبل قسمته لأن الزكاة حق واجب في المال فيجب أدائها<sup>1</sup>.

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله معللاً بأنه مات وعليه زكاة وقال لا تسقط الزكاة عن المفقود أو غيره بالموت<sup>2</sup>.

**2. القائلون بالتفريق حسب نوع المال وهم المالكية:**

قالوا تجب الزكاة في ثمار ومواشي المفقود ولا تجب في أعيان أمواله وحجتهم في ذلك مايلي:

- إن النماء شرط في وجوب الزكاة، وماشيتته وحرثه نام فوجب فيه الزكاة، أما أعيان أمواله فهي موقوفة ومأخوذة على عدم التنمية فأشبهه أموالهم الأموال الضائعة.

- إن الغائب والمفقود لا يأخذ من مالهم الناقض<sup>3</sup>

الزكاة لأنه لا يؤمن أن يكون قد مات أو استدان من الديون ما هو أولى بأدائه من الزكاة<sup>4</sup>.

**3. القائلون بعدم وجوب الزكاة وهم الحنفية:** قالوا لا زكاة في المال الضمارة، لأنهم

شروط وجوب الزكاة في المال أن يكون مالا ناميا، لأن معنى الزكاة هو النماء ولا

<sup>1</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى، (المرجع سبق ذكره)، (ج4/ص465).

<sup>2</sup> زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلى، "القواعد"، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ، (ج1/ص342).

<sup>3</sup> المال الناض: هو المال العتيد الحاضر، وهو ماتحول عينا بعد أن كان متاعا.

<sup>4</sup> محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، "شرح المختصر الخليل"، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، (ج2/ص202).

يحصل إلا في المال النامي، وهذا يعني أن يكون المال معدا للإستثناء بالتجارة والإسامة<sup>1</sup>.

ومال المفقود مال موقوف غير نام فلا تجب فيه الزكاة خلافا لزفر والشافعي حيث قالوا تجب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت يده إليه لأن السبب قد تحقق وهو ملك نصاب نام<sup>2</sup>.

**المبحث الثاني: مسألة ميراث المفقود.**

في هذا المبحث حديثنا انصب على مسألة ميراث المفقود، من خلال تصوير المسألة، والشروط المحققة لحياته حتى يتملك الإرث، وأقوال الفقهاء في المسألة، وختمنا المبحث بمسائل تطبيقية.

**المطلب الأول: صورة المسألة.**

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الشك في الوجود من المبررات التوقف عن صرف المال، وقد قال الإمام مالك في ذلك، لا ينبغي أن يرث أحد أحدا بالشك إلا بيقين<sup>3</sup>.

لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه. والمفقود متردد بين الوجود والعدم، فلا نعلم يقينا حياته ولا موته، والاستصحاب هو حجة لإثبات ماكان وهو حجة دافعة لا حجة مثبتة، فيصلح لمنع قسمة ماله بين ورثته بناء على استصحاب حال الحياة، ولا يصلح لأن يعتبر حجة لامتلاكه الإرث من غيره، فعند موت أحد مورثي لمفقود نحجز لهذا المفقود نصيبه حتى يتبين حاله من موت أو حياة.

<sup>1</sup> عبد الله الخرشى المالكي شرح مختصر خليل، (ج2/ص480).

<sup>2</sup> علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، (ج2/ص11).

<sup>3</sup> موطأ الإمام مالك المؤلف، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1985م، (ج2/ص521).

المطلب الثاني: شروط تحقق حياته لتملكه الإرث.

الفرع الأول: الإرث من المفقود.

المفقود يعتبر حيا في حق أمواله حتى يثبت موته حقيقة أو حكما، فلا يقسم ميراثه حتى يأتي موته أو يمضي عليه من الزمان ما يحكم فيه بموته أو مالا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه وقتئذ<sup>1</sup>.

ولقد اتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسمة ماله لا من مات قبل ذلك ولو بلحظة، لأن من شروط التوريث بقاء الوارث حيا بعد موت مورثه<sup>2</sup>. وأما اعتبار المفقود حيا في حق ماله فهو باستصحاب الحال، لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو منازل منزلته وهو الحكم؟

والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، ومملكه في أحكام أمواله ونسائه قد كان، واستصحبنا حال الحياة لإبقائه، وأما ملكه في مال غيره، فأمر لم يكن فتقع الحاجة إلى الإثبات، واستصحاب الحال لا يصلح حتى لإثبات ما لم يكن<sup>3</sup>.

وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له، ولأن حياته باعتبار الظاهر، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق، وليس بحجة الاستحقاق فلا يتحقق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر<sup>4</sup>.

نعرض بعض أقوال الفقهاء:

### 1. الحنفية:

الأصل في المفقود أنه يجعل حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لا يورث عنه ماله، ولا يقسم بين ورثته ما لم يعلم موته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، (المرجع سبق ذكره)، (ج5/ص452).

<sup>2</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، (المرجع سبق ذكره)، (ج4/ص465).

<sup>3</sup> علاء الدين ابن أحمد الكاساني، (المرجع سبق ذكره)، (ج6/ص196).

<sup>4</sup> د. ياسين أحمد إبراهيم دراركة، الميراث في الشريعة الإسلامية، ص272.

<sup>5</sup> الطالب: يوسف عطا محمد الحلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص151.

## 2. المالكية:

قال الإمام مالك في المدونة:

لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت<sup>1</sup>.

## 3. الحنابلة:

إذا غاب الإنسان وخفي خبره، وغالب سفره السلامة، كالتاجر والسائح، انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد في أشهر الروايتين، وفي الأخرى: ينتظر به أبداً، أو يرجع إلى اجتهاد الحاكم في تقدير المدة، وإن كان غالب سفره الهلاك، كالذي يفقد بين أهله، أو يفقد في طريق الحج، فإنه ينتظر به تمام أربع سنين، لأنها أكثر مدة الحمل، وتعتد زوجته عدة الوفاة، وتحل للأزواج، قال أحمد: إذا أمرت زوجته أن تتزوج، قسمت ميراثه، وقد روي عنه التوقف، وقال: قد هبت الجواب فيها، وكأني أحب السلامة، والأول المذهب. فإن مات للمفقود من يرثه في مدة غيبته، دفع إلى كل وارث اليقين، ووقف نصيب المفقود، فإن بان حياً، دفع إليه. وإن بان ميتاً حين موت مورثه، رد على من يستحقه، وكذلك إن كانت المدة قد مضت، وإن لم تكن مضت ولم يتبين أمره، فحكم نصيبه في الميراث حكم سائر ماله، يقسم على ورثته إذا مضت المدة، لأنه محكوم بحياته، ويجوز أن يصطلحوا على الفاضل من نصيب المفقود في الموقف، لأنه حقهم، ولا يجوز أن يصطلحوا على نصيب المفقود<sup>2</sup>.

## 4. الشافعية:

قال الإمام الشافعي في كتابه الأم: كان معقولا عند الله عز وجل ثم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لسان العرب وقول عوام أهل العلم ببلدنا أن امرء لا يكون موروثاً أبداً حتى يموت، وقد قلنا بهذا القول في المفقود، فلا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، (المرجع سبق ذكره)، (ج5/ ص450).

<sup>2</sup> عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني. دار الكتب العلمية، ط1، 1441هـ - 1994م، (ج2/ ص316).

<sup>3</sup> الإمام الشافعي، "الأم"، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410هـ - 1990م، (ج4/ ص78).

الفرع الثاني: إرث المفقود من غيره.

إذا مات من يرثه في مدة التربص وقبل الحكم بموت المفقود أو ظهر بينة على ذلك، وقفنا كل التركة أن لم يكن له وارث غير المفقود. وأن كان له وارث آخر غير المفقود توقفنا في نصيب المفقود وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوأ من تقدير حياة المفقود أو موته. فمن نقص حقه بحياته قدر في حق حياته، ومن نقص حقه بموته قدر في حقه موته. ومن لم يختلف نصيبه بحياته وموته أعطى نصيبه، ومن سقط منهم بالمفقود لم يعط شيئاً حتى يتبين حاله<sup>1</sup>.

وإن المفقود لا يستحق الميراث من غيره، ولا يستصحب حال حياته، بل يعتبر ميتاً في جانب الاستحقاق من غيره، لأن استصحاب حياته السابقة لا يكفي حجة للاستحقاق، فلا يرث من غيره، بل يوقف نصيبه من المورث، فإن ظهر حياً أخذه<sup>2</sup>.

المطلب الثالث: حالات توريث المفقود وكيفيةها.

طريقة حل المسألة التي فيها مفقود فهو كالاتي:

- 1 نحل المسألة على فرض أنه حي.
  - 2 نحل المسألة على فرض أنه ميت.
  - 3 توازن أنصبة الورثة الذين يرثون معه، وذلك عن طريق ضرب إحداهما أو وقفها في الأخرى، حتى نوجد أصول المسألتين.
- فإن كان المفقود يحجب الورثة حجب حرمان توقف التركة بأكملها إلى أن يتبين أمره، ومن سقط في إحداهما لم يأخذ شيئاً، ومن لم يختلف نصيبه في المسألتين أخذاليقين وهو الأضر في حقه. ووقف الباقي وهو نصيب المفقود وفرق الأنصبة وقت ظهور المفقود فإن ظهر حياً أخذ نصيبها المحجوز وكمل للباقي أنصباهم، وإن حكم بموته أخذ الورثة التركة كل حسب نصيبه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الطالب: يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص 153.

<sup>2</sup> محمد مصطفى الزحيلي، "القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة"، دار الفكر، دمشق، ط1، (ج1/ ص133).

<sup>3</sup> مروان القدومي، "أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية"، مكتبة خالد بن الوليد، نابلس،

فلسطين، 1418هـ - 1998م، ص 148.

وحتى تكتمل الصورة نعرض فيما يلي عددا من الأمثلة التي يظهر فيها ميراث المفقود ونبين كيفية حل المسألة على فرض الحياة ثم على فرض الموت.

❖ كيفية حل مسائل المفقود:

- الأصل في تصحيح مسائل المفقود أن تصحح المسألة على تقدير حياته، ثم تصحح على تقدير وفاته.

- ثم ينظر بين مسألتَي الحياة والوفاة بالنسب الأربع وناتج النظر جامعة المسألتين.

- ثم تقسم الجامعة على كل من المسألتين وناتج القسمة هو جزء سهم كل من المسألتين.<sup>1</sup>

• التوافق: إذا كانت العلاقة بين مسألتَي الحياة والوفاة هي التوافق.

- يضرب وفق أحدهما في جميع الأخرى وحاصل الضرب هو تصحيح المسألة على كل واحد من التقديرين.

- ثم يضرب نصيب من كان له نصيب من مسألة الوفاة في وفق مسألة الحياة.

- ثم يضرب نصيب من كان له نصيب من مسألة الحياة في وفق مسألة الوفاة.

- ثم ينظر في هذين الحاصلين من الضربين، فيعطى الوارث الحاضر ما هو الأقل من الحاصلين ويجعل الفاضل بينهما موقوفا من نصيب ذلك الوارث إلى أن يظهر حال المفقود.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>د. نصيرة دهينة، "علم الفرائض والمواريث فقها وعملا"، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة،

الجزائر، ط1436هـ، 1-2015م، ص352.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص352-353.

• مثال التوافق: زوج وأم وأختان لأب وأخ لأب مفقود.

					X				2x	2x		
					3							
ت	ح	قف	معطى	24	8/6	حالة الوفاة	24	12	6	حالة الحياة		
-	3	8	9	9	3	1/2	زوج	12	6	3	1/2	زوج
-	1		3	3	1	1/6	أم	4	2	1	1/6	أم
8	-		4	12	4	2/3	2ختب	4	2	2	ع	2ختب
-	4		-	-	-	-	-	4	2			خب/د

فالأضر في حق الزوج والأم موت المفقود، فلزوج تسعة ولأم ثلاثة.

- والأضر في حق الأختين حياته، فيدفع لكل واحدة منهما سهمان لأن ذلك المتيقن.

- ويوقف الباقي وهو ثمانية، حتى يتيقن أمر المفقود.

أ- فإن ظهر حيا فله من الموقوف أربعة ويدفع للزوج ثلاثة ولأم واحد، وترجع الجامعة

بالإختصار إلى نصفها اثني عشر لاتفاق الأنصباء بالنصف.

ب- وإن ظهر المفقود ميتا دفع الموقوف كله للأختين لكل واحدة أربعة ولا شيء للزوج

والأم، وترجع الجامعة بالإختصار إلى ثلثها ثمانية لاتفاق الأنصباء بالثلث.<sup>1</sup>

• التباين: إذا كانت العلاقة بين مسألتي الحياة والموت هي التباين.

- تضرب إحداهما في الأخرى، وحاصل الضرب هو تصحيح المسألة على كل واحد

من التقديرين.

- ثم يضرب نصيب من كان له نصيب من مسألة الوفاة في أصل مسألة الحياة.

- ثم يضرب نصيب من كان له نصيب من مسألة الحياة في أصل مسألة الوفاة.

- ويعامل الورثة بالأضر في حقهم ويوقف الباقي إلى ظهور حال المفقود.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> نصيرة دهينة علم الفرائض، ص353- ص354.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص354.

• مثال التباين: زوج وأختان ش وأخ ش مفقود.

					8x				7x	4x		
ت	ح	قف	معطى	56	7/6	الموت	56	8	2	الحياة		
-	4	18	24	24	3	1/2	زوج	28	4	1	1/2	زوج
18	-		14	32	4	2/3	2قوة	14	2	1	ع	2قوة
-	14		-	-	-	-	-	14	2			ق/د

- فالأضر في حق الزوج موت المفقود فيعطى أربعة وعشرين.
- والأضر في حق الأختين الشقيقتين حياة المفقود فيدفع إلى كل واحدة منهما سبعة، ويوقف الباقي وهو ثمانية عشر.
- فإن ظهر أن المفقود حي يدفع إلى الزوج الأربعة الموقوفة ليتم له نصف المال وهو ثمانية وعشرون، ويكون الباقي أربعة للأخ المفقود.
- وإن ظهر أنه ميت يدفع إلى الأختين الثمانية عشر الموقوفة من نصيبها حتى يتم لهما اثنان وثلاثون.
- أما الزوج فقد أخذ نصيبه كاملاً<sup>1</sup>.

• مثال التماثل: زوجة وأم وأخ لأب وأخ ش مفقود.

					12	الموت	12		الحياة		
ث	ح	قف	المعطى	12	الموت	12	الحياة				
-	-	7	3	3	1/4	جدة	3	1/4	زوجة		
2	-		2	4	1/3	أم	2	1/6	أم		
5	-		-	5	ع	خب	0	م	خب		
-	7		-	-	-	-	7	ع	ق/د		

- المسألة على التقديرين أصلها اثنا عشر ومنها تصح على التقديرين أيضاً.
- يدفع منها للزوجة ثلاثة لأن نصيبها لا يختلف، وسهمان للأم لاحتمال حياة الشقيق ويوقف الباقي وهو سبعة.
- فإن ظهر الشقيق حياً أخذ السبعة كلها، ومع الأم حقها.
- وإن ظهر ميتاً كمل للأم ثلثها فتعطى سهمين من الموقوف، والباقي للأخ لأب.

<sup>1</sup> نصيرة دهينة. علم الفرائض، ص 355-356.

وهذا المثال جمع من لا يختلف نصيبه - وهو الزوجة- ومن يختلف نصيبه - وهو الأخ لأب.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.

تناولنا في هذا المبحث الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود، بالتطرق إلى المدة التي تنتظرها، والعدة والإحداد، ومتى يحق لها أن تتزوج، وما السبيل إذا تزوجت في وقت ليس لها فيه أن تتزوج.

### المطلب الأول: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود.

من اللحظات الأولى التي ينطلق بها الرجل مسافرا عن بيته وولده تبدأ زوجته وأولاده بحساب الأيام والساعات وهم ينتظرون عودة هذا الزوج والأب والمعيل لهذه الأسرة. وتشعر الزوجة بالوحدة والغربة دون شريك للحياة يكون عوناً لها في حلو الحياة ومرها. فتكون الزوجة على وجه الخصوص وأقاربه بشكل عام قد وقعوا في الحيرة والتردد، فلا تعلم هذه الزوجة بأن لها زوجها ترجو عودته وتنتظر قدومه، وأنها أرملة ومن حقها أن تتصرف في نفسها كما تشاء بما شرع لها الله سبحانه وتعالى من أزواج وغيره. فهنا تظهر هذه المشكلة بشكل واضح في حق الزوجة التي تطلب حلاً وفق الشريعة الإسلامية، وكم من الزمن أن تبقى هذه الزوجة معلقة لا تعرف لها حلاً تستقر عليه. للفقهاء أقوال تشرح مدة انتظار زوجة المفقود، ومنهم من رأى أنها لا تحل لأحد بعده إلا أن يأتي خبر يقين عن موته، أو تنتظر إلى المدة التي يحكم في أمثاله بالموت، أو تقدر بمائة سنة من يوم مولده.

### 1. الحنفية:

العبرة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول "إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره."

وبناء على ذلك فإن زوجة المفقود تبقى على ذمة زوجها المفقود على فراش الزوجية حتى يأتيها البيان وهو يقين حياته أو موته.

<sup>1</sup> نصيرة دهبينة 'علم الفرائض، ص 356-357.

❖ أدلتهم:

1. ماروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود "إن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان" وفي بعض الروايات "حتى يأتيها الخبر"<sup>1</sup>
  2. ماروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في امرأة المفقود قوله: "وهي امرأة ابتليت فلتصبرحتى يأتيها موت أو طلاق".
  3. ماروي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق عليا أنها تنتظره أبدا<sup>2</sup>.
  4. باستصحاب حال المفقود عند فقده أو غيبته، فالنكاح عرف ثبوته بيقين والغيبة توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال، فلا يزال النكاح بالشك. والقاعدة الفقهية تقول "اليقين لا يزال بالشك" فلا يزال الثابت بيقين وهو النكاح بالاحتمال وهو موته<sup>3</sup>.
- ومع ما ثبت عند الحنفية من أقوال لكبار الصحابة بخلاف قولهم هذا نذكر منها مما أوردوه في كتبهم:

1. ماروي عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود "تتربص أربع سنين ثم تعد أربع أشهر وعشرا"<sup>4</sup>.
2. ماروي عن جابر بن يزيد أن ابن عمر وابن عباس تذاكرا المفقود فقلا: "تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربع أشهر وعشرا"<sup>5</sup>.
- و عند قول الحنفية إن زوجته تبقى على فراش الزوجية حتى يأتيها البيان<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> هذا الحديث أخرجه الدار قطني في سننه (ج3/ص312)، والبيهقي في السنن الكبرى (ج7/ص445)، وقال عنه صاحب نصب الراية: هو حديث ضعيف.

<sup>2</sup> مصنف أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي الناشر: المجلس العلمي، بيروت، ط2، 1403هـ، (ج7/ص90).

<sup>3</sup> عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، (المرجع سبق ذكره)، (ج3/ص37).

<sup>4</sup> مصنف بن أبي شيبة أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المحقق: كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ، (ج3/ص521).

<sup>5</sup> المصدر السابق، (ج4/ص143).

<sup>6</sup> الطالب: يوسف محمد عطا حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص54.

## 2. قول المالكية:

سبق أن بينا أن المفقود عند المالكية يقسم إلى أربعة أقسام، وهنا نبين حكم زوجته في كل نوع من هذه الأنواع على نحو التالي.

### أ. المفقود في بلاد المسلمين:

فهذا يضرب لامرأته أجل أربع سنين بإجماع الصحابة.

فإذا رفع أولياؤه أمره للحاكم فإنه يسأل عن معارف هذا الرجل وجيرانه وأقاربه وأهل سوقه، ثم يرسل للبلد الذي خرج إليه، ويكتب في كتاب اسم هذا الرجل ووصفه ومهنته. فإذا عاد إليه الخبر بعدم معرفة مكانه وموضعه ضرب له الأجل وهو أربعة أعوام. والحق أن بأربعة أعوام تعبدي أجمع عليه الصحابة.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لابتداء المدة:

فإنه يبدأ حساب المدة من حين العجز عن خبره بعد البحث عنه، فإن انتهى الكشف عن حياته وموته فجهل ذلك ضرب له الحاكم الأجل. فإن انتهت المدة "السنوات الأربع" اعتدت زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت لأزواج.

### بالمفقود في بلاد الحرب:

وحكم زوجته عندهم حكم زوجة الأسير فتبقى للتعير إن وجد ما ينفق عليها منه. وإلا فلها التطلق، كما يجوز لهما طلب الفرقة لو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة.

وقال صاحب حاشية الصاوي "أنها تطلق للضرورة وهي أولى من معدومة النفقة كذا قال الأشياخ"<sup>2</sup>.

ومعنى بقاءه للتعير أي لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد.

<sup>1</sup> أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليمني الحنفي، "الجوهرة النيرة"، المطبعة الخيرية، ط2، 1132هـ، (ج2/ص22).

<sup>2</sup> أحمد بن محمد الصاوي المالكي، "حاشية الصاوي على الشرح الصغير"، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد عليمكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1376هـ - 1956م، (ج2/ص694).

**جالمفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض:**

فإن زوجته تعتد بعد انفصال الصفين لأنه لأحوط، وحكمه حكم المقتول دون تلوم له وهو قول سحنون، وأقصى الأجل ذلك هو سنة من آخر يوم التقاء الصفين، وهو يوماً لإنفصال.

ويشترط هنا أن تشهد البيئة العادلة أنها رأته حضر الصف، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط، فحكم زوجته يكون كزوجة المفقود في بلاد الإسلام فيجري فيها ما أمر من أحكام.

ومثل المفقود في حروب المسلمين المرتحل لبلاد الطاعون أو في زمانه، فإذا فقدت زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصى أمره وبحث عن خبره<sup>1</sup>.

**دالمفقود في حروب المسلمين مع الكفار:**

فإن زوجته تعتد بعد مضي سنة من فقده وذلك بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عليه، سواء كانت المعركة في بلاد الحرب أو بلاد الإسلام. ويبدأ حساب السنة يوم رفعها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش عنه. وهذا هو القول الراجح في المذهب إلا أن هناك أقوالاً أخرى فيمن فقد في حرب بين المسلمين والكفار نذكرها بإيجاز:

1. فإن حكمه حكم الأسير.
2. حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين.
3. حكمه حكم المقتول بنسبة لزوجته، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله.
4. حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة.

**3. قول الشافعية:**

وقال الشافعية في الجديد الصحيح: ليس لامرأته أن تفسخ النكاح، لأنه إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله، لم يجز الحكم بموته في نكاح زوجته. فلا تعتد زوجته ولا

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الخريشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل (المرجع سبق ذكره)، (ج1/ص157).

تتزوج حتى يتحقق موته أو طلاقه عملاً بمبدأ الاستصحاب، ويقول علي رضي الله عنه: "تصبر حتى يعلم موته"<sup>1</sup>.

❖ دليلهم:

- ماروي عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلاً استهوتته الجن فغاب عن امرأته فأنتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج<sup>2</sup>.

- مارواه الشافعي في كتابه الأم حيث قال: أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً<sup>3</sup>. قال فإذا تزوجت فقدم زوجها قبل أن يدخل بها زوجها الآخر كان أحق بها زوجها الآخر فالأول وهو المفقود بالخيار بين امرأته والمهر<sup>4</sup>.

4. قول الحنابلة:

إن اختارت زوجة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة من ماله مادام حياً لقيام موجبها وهي الزوجية، فإن تبين أنه قد مات أو فارقها رجع بما أنفق عليها لانقطاع الزوجية.

وإن ضرب لها الحاكم مدة فلها النفقة في المدة لأنه لم يحكم بموته بعد ولا نفقة لها في العدة لأنه حكم بموته بعد مدة التربص فصارت معتدة وفاة.

والوجه الثاني: أن لها النفقة وهو قول الإمام أحمد، لأن النفقة لا تسقط إلا بين الموت ولم يوجد هنا، فلا تسقط نفقتها إلا إذا تزوجت أو فرق الحاكم بينهما<sup>5</sup>.

5. قول الظاهرية :

<sup>1</sup> د. وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته"، (ج9/ص7187).

<sup>2</sup> أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، (المرجع سبق ذكره، ج3/ص311).

<sup>3</sup> موطأ الإمام مالك، (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص575).

<sup>4</sup> الإمام الشافعي، (المرجع سبق ذكره)، (ج7/ص236).

<sup>5</sup> الطالب: يوسف محمد عطا حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص62.

ذهب الظاهرية إلى أنه لا يجوز فسخ نكاح امرأة المفقود أبداً، وعي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، فإذا لم يكن له مال ينفق عليها منه قيل لها أنظري إلى نفسك، فإذا لم تستطع الاكتساب أنفق عليها من سهم الفقراء والمساكين والصدقات كسائر الفقراء ولا فرق<sup>1</sup>.

وعبارة الإمام ابن حزم ننقلها هنا فنقول: لا يجوز نسخ نكاح أحد بمغيبه، ولا يجاب عدة على زوجة من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد على غيره، ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>2</sup>.

#### ❖ الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء وبالنظر إلى قوة أحاديث التبرص أربع سنين فقد اتفق أكثرهم على أن التأجيل من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ن وعلى أنها تعتد عدة الوفاة بعد مضي أربع سنين.

فيظهر لنا صحة احتدث التأجيل عن عمر وأنها اشتهرت بين الصحابة فكانت كالإجماع وهذا هو الراجح وما نميل إليه<sup>3</sup>.

وقد رجح عدد من العلماء المعاصرين الذين كتبوا في هذا الموضوع الأخذ بالمدة القصيرة التي اتخذها هؤلاء الفقهاء أنفسهم، فقال الأستاذ عمر فروخ في كتابه "الأسرة في التشريع الإسلامي": ولا ريب أن اختلاف في تقدير المدة كان راجعاً إلى فقدان وسائل الاتصال السريعة في الأزمنة الغابرة، أما في العصر الحديث فيجب أن نميل إلى المدة القصيرة التي اقترحها الفقهاء أنفسهم<sup>4</sup>.

المطلب الثاني: عدة زوجة المفقود والإحداد فيها.

#### ❖ تعريف العدة لغة واصطلاحاً:

##### 1. التعريف اللغوي:

<sup>1</sup> ابن حزم الأندلسي، "المحلى بالآثار"، دارالفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، (ج10/ص134).

<sup>2</sup> المصدر السابق، ص142.

<sup>3</sup> الطالب: يوسف محمد عطا حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص66.

<sup>4</sup> عمر فروخ، "الأسرة في التشريع الإسلامي"، نشر وتوزيع: المكتبة العلمية والمكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط1، 1591هـ، ص135.

قال صاحب لسان العرب: عدة المرأة أيام قروئها<sup>1</sup>.

## 2. التعريف الاصطلاحي:

العدة بكسر العين: اسم لمدة معدودة تترىص فيها المرأة ليعرف براءة رحمها وذلك يحصل بالولادة تارة أو بالأشهر والإقراء تارة أخرى<sup>2</sup>.  
وقال صاحب كتاب الاختيار:

هي الزمان الذي تترىص فيه المرأة عقب الطلاق أو الموت<sup>3</sup>  
وقد انعقد إجماع الأمة على وجوب العدة لامرأة المفقود، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل:

### 1. عدتها إذا أتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه:

إذا أتى المرأة خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه، فحكمها حكم سائر نساء المسلمين. وأن لم تعلم ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة، وإن لم تجتنب ما تجتنبها لاعتدت، وإنما هي مدة تمر عليها، فإذا مرت فليس عليها مقام مثلها. وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء<sup>4</sup>.

### 2. عدتها إذا لم يأتيها عنه خبر:

إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة منقطعة ولم يصلها أي خبر عن حياته ولا موته، ولا تعلم مكانه فإن هذه الزوجة تعتد من زوجها بعد الحكم بموته وتعمل في العدة كأنه مات حقيقة من تاريخ الحكم بموته، فالموت الحكمي يعتبر كالحقيقي فتعتد بعد أربع سنين عند القائلين بالانتظار مدة أربع سنوات، وعند انتهاء مدة التعمير عند القائلين به<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب (المصدر سبق ذكره)، (ج3/ ص284).

<sup>2</sup> محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، "سبل السلام"، دار الحديث الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، (ج3/ ص259).

<sup>3</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار (المرجع سبق ذكره)، (ج1/ ص172).

<sup>4</sup> بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ ص12).

<sup>5</sup> الطالب: يوسف محمد عطا حلو، أحكام المفقود في الشريعة (المرجع سبق ذكره)، ص100.

❖ الإحداد في العدة:

• تعريف الإحداد لغة واصطلاحاً: - لغة: يقال أهدت المرأة تحد وحدت، الإحداد

مصدر أَحَدٌ يُحَدُّ، والحدُّ في اللغة: المنع.

- اصطلاحاً: هو ترك الطيب والزينة لمعتدة عن وفاة<sup>1</sup>.

❖ حكم الإحداد في العدة:

اتفق أهل العلم جميعاً على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها.

وقد نقل صاحب بدائع الصنائع الإجماع على وجوب الإحداد فقال:

ولا خلاف بين الفقهاء أن المتوفى عنها زوجها يلزمها الإحداد.

وأما الإجماع فإنه روي عن جماعة من الصحابة منهم عبد الرحمن بن عمرو عائشة وأم

سلمى وغيرهم، وهو قول السلف من بعدهم، رضي الله عنهم جميعاً<sup>2</sup>.

❖ دليلهم على وجوب الإحداد:

ماروي أن أم حبيبة زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما بلغها موت أبيها أبي

سفيان، انتظرت ثلاثة أيام، ثم دعت بالطيب وقالت: والله ما لي بالطيب من حاجة، غير

أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم

الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»<sup>3</sup>.

❖ الإحداد بالنسبة لزوجة المفقود:

إن زوجة المفقود عند المالكية والحنابلة والشافعية في القديم، تنتظر أربع سنين ثم

تعتد أربع أشهر وعشراً ثم تحل للأزواج.

فهل العدة في هذه الأشهر عدة وفاة حقيقية تجتنب فيها الزوجة ما تجتنبه المتوفى عنها

زوجها حقيقة أم لا؟

<sup>1</sup> عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار (المرجع سبق ذكره)، (ج3/ص259).

<sup>2</sup> علاء الدين بن أحمد الكساني، (المرجع سبق ذكره)، (ج3/ص209).

<sup>3</sup> الراوي: أم حبيبة أم المؤمنين المحدث: البخاري المصدر: صحيح البخاري 5345.

والحقيقة أن ماذهب إليه الجمهور ومنهم الإمام مالك والشافعية والحنابلة أن عليها الإحداد في هذه العدة<sup>1</sup>.

ووجه قولهم هذا أنه إنما يحكم بكونه ميتا لأن الظاهر أنه لو كان حيا لسمع خبره<sup>2</sup>.

**المطلب الثالث: إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه.**

زواج زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه يحتمل أمرين:

1. أن تتزوج قبل مضي الزمان المعتبر للتربص.

2. أن تتزوج في العدة بعد مضي فترة التربص.

**1. إذا تزوجت قبل مضي الزمان المعتبر لتربص:**

فلو تزوجت قبل مضي الزمان المعتبر للتربص ثم تبين أنه كان مات أو طلقها قبل ذلك

لمدة تنقضي فيها العدة لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه أشبه بالمتزوجة<sup>3</sup>.

**2. إذا تزوجت المعتدة في عدتها:**

إذا تزوجت المعتدة في عدتها لم يجز نكاحها إجماعا.

وقد روي عن حماد عن إبراهيم النخعي عن علي رضي الله عنه أنه قال في المرأة التي

تتزوج في عدتها: يفرق بينها وبين زوجها الآخر ولها الصداق بما استحل من فرجها

وتستكمل ما بقي من عدتها من الأول، وتعتد من الآخر عدة مستقلة ثم يتزوجها إن

شاء.

وكذلك فإن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاف المياه

وامتزاج الأنساب<sup>4</sup>

<sup>1</sup> عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، المهذب (المرجع سبق ذكره)، (ج2/ص146).

<sup>2</sup> أبو إسحاق الشيرازي، "المهذب في فقه الإمام الشافعي"، دار الكتب العلمية، (ج2/ص146).

<sup>3</sup> منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، الروض المربع شرح زاد

المستقنع (المصدر سبق ذكره)، (5/ص422).

<sup>4</sup> عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني (المرجع سبق ذكره)، (ج8/ص100).

الختامة

في خاتمة هذا البحث نسأل الله برحمته التي وسعت كل شيء أن يرحمنا وأن، وأن يعفو عنا، وأن يتجاوز عما وقع في بحثنا من نسيان أو خطأ (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا)، ونسأله سبحانه أن يكتب هذا العمل في ميزان حسناتنا وأن يجعله عملاً صالحاً مقبولاً، ونسأله جل شأنه أن يغفر لنا ولوالدينا ولعلماء هذه الأمة أجمعين ولاسيما أولئك الأئمة الأعلام الذين نقلنا عنهم وأفدنا منهم في هذا البحث (ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم).

إنه بعد بيان قاعدة الاستصحاب وأثرها على المفقود من جانب ماله وزوجه، يمكن أن نقرر بعض النتائج ونلخصها في الآتي:

1. مفهوم الاستصحاب هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الأول.
2. اختلف العلماء في حجية الاستصحاب والراجح ما ذهب إليه الجمهور وهو أنه حجة مطلقة في الإثبات والنفي.
3. أظهرت الدراسة حاكمية قاعدة الاستصحاب الأصولية على الأحكام الشرعية باعتبارها إحدى علوم الآلة الحافظة لعلوم الدين، الضابطة لحياة الناس الأسرية والاجتماعية.
4. إن الاستصحاب دليل عقلي ظني لا يلجأ إليها إلا بعد استفراغ الوسع في البحث عن الدليل في المسألة التي هي محل الاجتهاد.
5. الاستصحاب لا يثبت حكماً مبتدأً، وإنما هو حجة لعدم التغير ولبقاء الأمر على ما كان عليه من ثبوت أو انتفاء، فما كان ثابتاً أو منفيًا في الماضي فهو كذلك في الحاضر مالم يعلم خلافه.
6. تنتهي مدة الفقد بإحدى ثلاث: بظهوره حياً، أو ثبوت موته، أو باعتباره ميتاً حكماً وهذه الأخيرة هي محل بحث الفقهاء.
7. قاعدة الاستصحاب ودورها الفعال في استنباط الأحكام الشرعية الخاصة بالمفقود، تعكس مدى عظمة التشريع الإسلامي وتصوره الشامل ودقته في إعطاء كل ذي حق حقه سواء المفقود أو زوجه.

8. إن استصحاب حياة المفقود تقيده فقط في دفع ما يترتب على وفاته من اقتسام ماله بين الورثة، ولا تقيده في إرثه من غيره، حتى يقوم الدليل على وفاته.
9. لا تعد زوجة المفقود ولا تتزوج حتى يتحقق موته، أو طلاقه، عملاً بمبدأ الاستصحاب.
- والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين.

الفهرس

## فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
I	الإهداءات.
III	الشكر والتقدير.
IV	المخلص باللغة العربية.
أ-ح	المقدمة.
<b>الفصل الأول: الاستصحاب والمفقود دراسة نظرية.</b>	
02	تمهيد.
03	المبحث الأول: قاعدة الاستصحاب.
03	المطلب الأول: تعريف الاستصحاب لغة.
04	المطلب الثاني: الاستصحاب اصطلاحاً.
06	المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.
11	المطلب الرابع: مذاهب الأصوليين في حجية الاستصحاب.
23	المبحث الثاني: المفقود دراسة فقهية.
23	المطلب الأول: تعريف المفقود لغة.
24	المطلب الثاني: تعريف المفقود اصطلاحاً.
28	المطلب الثالث: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.
29	المطلب الرابع: أنواع المفقود.
31	المطلب الخامس: متى يحكم القاضي بموت المفقود.
31	الفرع الأول: باعتبار نوع الغيبة.
47	الفرع الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.
48	الفرع الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً (تاريخ الفقد، أو الحكم بالتريص).
<b>الفصل الثاني: الاستصحاب والمفقود دراسة تطبيقية.</b>	

53	تمهيد.
54	المبحث الأول: مسألة مال المفقود.
54	المطلب الأول: بقاء ماله على ملكه.
55	المطلب الثاني: إدارة أموال المفقود.
57	المطلب الثالث: النفقات الواجبة عليه.
60	المطلب الرابع: حكم زكاة أمواله.
61	المبحث الثاني: مسألة ميراث المفقود.
61	المطلب الأول: صورة المسألة.
62	المطلب الثاني: شروط تحقق حياته لتملكه الإرث.
62	الفرع الأول: الإرث المفقود.
64	الفرع الثاني: إرث المفقود من غيره.
64	المطلب الثالث: حالات توريث المفقود وكيفيةها.
68	المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.
68	المطلب الأول: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود.
73	المطلب الثاني: عدة زوجة المفقود والإحداد فيها.
76	المطلب الثالث: إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه.
77	الخاتمة.
80	فهرس المحتويات.
83	فهرس الآيات.
84	فهرس الأحاديث.
85	فهرس الأعلام.
87	قائمة المراجع.
97	الملخص باللغة الأجنبية.

فهرس الآيات

الصفحة	رقم الآية	طرف الآية	اسم السورة	الرقم
06	29	"هو الذي خلق لكم ما في الأرض..."	البقرة	01
15	111	"وقالوا لن يدخل الجنة إلا..."		
57	233	"وعلى المولود له رزقهن..."		
07	05	"أحل لكم الطيبات..."	المائدة	02
16	145	"قل لا أجد فيما أوحى إلي..."	الأنعام	03
06	32	"قل من حرم زينة الله..."	الأعراف	04
17	92	"ولا تكونوا كالتي نقضت..."	النحل	05
59	23	"وقضى ربك ألا تعبدوا..."	الإسراء	06
23	20	"وتفقد الطير فقال..."	النمل	07
57	07	"لينفق ذو سعة من سعته..."	الطلاق	08

## فهرس الأحاديث

الرقم	طرف الحديث	الراوي الأذني	المصنف	الصفحة
01	"لا ينصرف حتى يسمع صوتا..."	عبد الله بن زيد بن عاصم	البخاري	08
02	"لا ضرر ولا ضرار..."	أبي سعيد الخدري	ابن ماجه والدارقطني	45
03	"إن الشيطان ليأتي أحدكم فينفخ بين..."		البخاري	17
04	"إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر..."	أبي سعيد الخدري	مسلم	17
05	"أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين..."	أبو هريرة	الترمذي ابن ماجه	33
06	"امرأة المفقود امرأته حتى..."	المغيرة بن شعبة	الدارقطني	42
07	"اتقوا الله في النساء فإنهن عوان..."	جابر بن عبدالله	مسلم	57
08	"خذي ما يكفيك..."	عائشة	الشيخان	57
09	"لا يحل لامرأة تؤمن بالله..."	أم حبيبة	البخاري	75

## فهرس الأعلام

الصفحة	الاسم والنسب	اسم الشهرة	الرقم
35	أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري الجعدي المصري.	أشهب	01
41	محمد بن عبد الله بن محمد بن صالح الأبهري.	الأبهري	02
05	أبو محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الأسنوي المصري.	الأسنوي	03
10	إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبى البغدادى.	أبو ثور	04
73	أبو محمد علي بن أحمد سعيد ابن حزم الأندلسى القرطبى.	ابن حزم	05
10	عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس أبو عمرو جمال الدين الكردى.	ابن الحاجب	06
10	أبو سليمان داود بن علي بن خلف البغدادى الأصبهانى.	داود الظاهرى	07
44	عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستى الكوفى.	أبو شيبه	09
44	عامر بن شراحبيل بن عبد الله.	الشعبى	10
70	أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتمى.	الصاوى	11
72	أبو محمد عمرو بن دينار الملكى التابعى.	عمرو بن دينار	12
43	محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى.	ابن عابدين	13

05	أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المصري.	القرافي	14
05	محمد بن أبي بكر أيوت سعد بن حريز الزرعي الدمشقي.	ابن قيم الجوزية	15
35	أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم بن خالد بن جنادة العتقي المصري.	ابن القاسم	16
44	عبد الله بن زيد الجرمي البصري.	أبو قلابة	17
39	إبراهيم بن يزيد النخعي.	النخعي	18
72	يحيى بن جعدة بن هبيرة بن أبي وهب.	يحيى بن جعدة القرشي	19

# قائمة المراجع

## ❖ قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم برواية عن نافع.

ثانياً: الأحاديث: صحيح البخاري، صحيح مسلم، سنن ابن ماجه، سنن الدارقطني.

ثالثاً: المصادر والمراجع.

1. إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوالحي، محمد خلف، "المعجم الوسيط"، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 1429هـ - 2008م.
2. مجد الدين بن محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، "القاموس المحيط"، ضبط وتوثيق: يوسف الشيخ محمد المقاعي، إشراف مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1432هـ - 2010م.
3. ابن حزم الأندلسي، "الإحكام في أصول الأحكام"، تحقيق ومراجعة لجنة من العلماء، دار الحديث بجوار إدارة الأزهر، ط1، 1404هـ - 1984م.
4. د. سعد الدين مسعد هلال، "المهارة الأصولية وأثرها في النضج والتجديد الفقهي"، جامعة الكويت.
5. د. وهبة الزحيلي، "أصول الفقه الإسلامي"، دار الفكر، ط1، 1406هـ - 1986م.
6. القرافي، "نفائس الأصول في شرح المحصول"، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد عوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، ط2، 1997م.
7. محمد علي بن محمد الشوكاني، "إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول"، تحقيق وتعليق: شعبان محمد إسماعيل، دار السلام، القاهرة، ط1، 1998م.
8. شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، "أعلام الموقعين"، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1441هـ - 1991م.
9. محمد أبو زهرة، "أصول الفقه"، دار الفكر العربي، القاهرة.
10. الأسنوي، "التمهيد في تخريج الفروع على الأصول"، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004م.

11. د. خالد محمد حنيفي، "القواعد الأصولية المؤثرة في حقوق الإنسان دراسة تأصيلية تطبيقية"، مؤسسة الرسالة، ط1، 1440هـ - 2019م.
12. حجة الإسلام أبو حامد الغزالي، "المستصفى من علم الأصول" دار الكتب العلمية بيروت بدون ذكر سنة الطبع.
13. أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي، "الإحكام في أصول الأحكام"، المحقق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - لبنان.
14. علال الفاسي، "مقاصد الشريعة ومكارمها"، دار الغرب الإسلامي، ط5، 1993م.
15. عبد الوهاب خلاف، "علم أصول الفقه"، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1990.
16. د. عبد العزيز عبدالرحمن المشعل، "أثر الاستصحاب في سن الأنظمة وصياغتها وتفسير نصوصها والموازنة بينها" طبعة مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، الطبعة الأولى، 1438هـ - 2017م.
17. د. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، "المهذب في علم أصول الفقه المقارن"، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1420هـ - 1999م.
18. إمام الحرمين عبد الله بن يوسف الجويني، "البرهان في أصول الفقه"، علق عليه وأخرج أحاديثه: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ - 1997م.
19. أ. أحمد إدريس عبده، "أصول الفقه"، تيسير المهمات في شرح ورقات إمام الحرمين الجويني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1997م.
20. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، "روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل"، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1414هـ - 1994م.

21. أبو عبدالله محمد بن عمر بن الحسن بن حسين التميمي الرازي، "المحصل من علم الأصول"، دراسة وتحقيق: د. طه جابر فياض الغلواني، مؤسسة الرسالة، ط3، 1418هـ-1997م.
22. د. محمد أبو النور زهير، "أصول الفقه"، المكتبة الأزهرية للتراث، ط8، 1441هـ-1998م.
23. الإمام الحافظ أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، "الإشارة في معرفة الأصول والوجازة في معنى الدليل"، دراسة وتحقيق وتعليق: د. محمد علي فركوس، المكتبة الملكية، ط1، 1416هـ-1996م.
24. محمد أبو زهرة، "ابن حنبل حياته وعصره"، رأؤه وفقهه، دار الفكر العربي.
25. محمد معاذ مصطفى الخن، "القطعي والظني في الثبوت والدلالة عند الأصوليين"، ط1، 1428هـ-2007م.
26. أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، "تفسير القرآن العظيم"، المحقق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ.
27. سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، "شرح مختصر الروضة"، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، 1407هـ-1987م.
28. عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري الحنفي، "كشف أسرار شرح أصول البزدوي"، دار الكتاب الإسلامي.
29. ابن حزم الأندلسي، "الإحكام في أصول الأحكام"، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان.
30. د. محمد مصطفى شلبي، "أصول الفقه الإسلامي"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط3، 1404هـ-1983م.
31. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، "لسان العرب"، دار صادر، بيروت.

32. ابن فارس لأبي حسين أحمد، "مقاييس اللغة"، تحقيق: أنس الشامي، ط1، 1429هـ-2008م.
33. الأصفهاني الحسين محمد بن المفضل، "مردات ألفاظ القرآن الكريم"، تحقيق: مصطفى العدوي، ط1، 1430هـ-2009م.
34. فشار عطاء الله، "أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري"، دار الخلدونية، الجزائر، 2006م.
35. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، "المبسوط"، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م.
36. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، "الاختيار لتعليل المختار"، دار الخير، 1419هـ-1998م.
37. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، "رد المختار على الدر المختار"، (حاشية ابن عابدين).
38. الشيخ عبد الغني الغنيمي الحنفي، "اللباب في شرح الكتاب"، على مختصر الكتاب للإمام القدوري، حققه: محمد محي الدين عبد الحميد، مصر، الأزهر، ط4، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، 1381هـ.
39. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، "المغني"، مكتبة القاهرة، 1388هـ-1968م.
40. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، "حاشية الدسوقي"، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1417هـ-1996م.
41. محمد رياض، "أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي"، المغرب، المطبعة الوطنية، 1996م.
42. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، "روضة الطالبين وعمدة المفتين"، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، ط3، 1412هـ-1991م.

43. أمين محمد خطاب السبكي، "إرشاد الرائض إلى علم الفرائض"، القاهرة، مصر، مطبعة الإستقامة، ط1، 1368هـ.
44. علي فيلاي، "نظرية الحق"، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2011م.
45. العلامة أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي، "متن القدوري في الفقه على مذهب الإمام أبي حنيفة"، مصر، ط3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1957م.
46. د. مصطفى السباعي، "الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات"، مطابع دار الفكر بدمشق، 1995.
47. الإمام أبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني، "العزیز شرح الوجيز"، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الوجود، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت.
48. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، "الروض المربع شرح زاد المستتقع"، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، 1397هـ - 1977م.
49. محمد بن يوسف العبدري الغرناطي، "التاج والإكليل لمختصر الخليل"، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ - 1994م.
50. علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986.
51. علي ابن أبي بكر عبد الجليل الفرغاني أبو حسن برهان الدين، "الهداية في شرح بداية المبتدي"، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
52. محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، "حاشية دسوقي على الشرح الكبير"، دار الفكر.
53. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، "القوانين الفقهية".
54. بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، "المدونة"، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ - 1994م.

55. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، "الوسيط في المذهب"، المحقق: أحمد محمود إبراهيم، محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط1، 1417هـ.
56. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي، "الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف"، دار إحياء التراث العربي، ط2.
57. جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، "نصب الراية لأحاديث الهداية"، المحقق: محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م.
58. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، "المقدمات الممهدات"، تحقيق: د. محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ-1988م.
59. أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغدادي، "سنن الدار قطني"، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2004م.
60. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المحقق: د. عصمت الله عنايت الله محمد، أ. د سائد بكداش، د. محمد عبيد الله خان، د. زينب محمد حسن فلاتة، "شرح مختصر الطحاوي"، دار البشائر الإسلامية ودار السراج، ط1، 1431هـ-2010م.
61. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، "المجموع شرح المذهب"، دار الفكر.
62. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، ط2، بيروت، 1412هـ-1992م.
63. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، "الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي"، المحقق: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ-1999م.
64. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، "كشف القناع عن متن الإقناع"، دار الكتب العلمية.

65. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد، "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ.
66. شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م.
67. إبراهيم بن محمد بن سالم، "منار السبيل في شرح الدليل"، المكتب الإسلامي، 1409هـ - 1989م.
68. عز الدين بن عبد السلام، "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1411هـ - 1991م.
69. أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، "شرح القواعد الفقهية"، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1409هـ - 1989م.
70. عياض بن نامي بن عوض السلمى، "أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله"، 1426هـ - 2005م.
71. عضد الدين الأيجي، "شرح العضد على مختصر المنتهى الأصولي ومعه حاشية السعد والجرجاني".
72. منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي،.
73. زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، "القواعد"، المحقق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ.
74. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، "شرح المختصر الخليل"، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان.
75. علاء الدين الكاساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع".
76. موطأ الإمام مالك المؤلف، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1985م.
77. د. ياسين أحمد إبراهيم دراركة، الميراث في الشريعة الإسلامية.

78. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الشهير بابن قدامة المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر، دار الكتب العلمية، ط2، 1441هـ - 1994م.
79. الإمام الشافعي، "الأم"، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410هـ - 1990.
80. د. محمد مصطفى الزحيلي، "القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة"، دار الفكر، دمشق، ط1.
81. د. مروان القدومي، "أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية"، مكتبة خالد بن الوليد، نابلس، فلسطين، 1418هـ - 1998م.
82. د. نصيرة دهينة، "علم الفرائض والمواريث فقها وعملا"، دار الوعي للنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، ط1، 1436هـ - 2015م.
83. مصنف أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي الناشر: المجلس العلمي، بيروت، ط2، 1403هـ.
84. مصنف بن أبي شيبة أبو بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المحقق: كمال يوسف الحوت مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
85. أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيديّ اليماني الحنفي، "الجوهرة النيرة"، المطبعة الخيرية، ط2، 1132هـ.
86. أحمد بن محمد الصاوي المالكي، "حاشية الصاوي على الشرح الصغير"، صححه: لجنة برئاسة الشيخ أحمد سعد علي مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1376هـ - 1956م.
87. د. وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته" دار الفكر بيروت ط1 1406هـ - 1986م.
88. ابن حزم الأندلسي، "المحلّى بالآثار"، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
89. عمر فروخ، "الأسرة في التشريع الإسلامي"، نشر وتوزيع: المكتبة العلمية والمكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط1، 1591هـ.

**90.** محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، "سبل السلام"، دار الحديث الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.

**91.** أبو إسحاق الشيرازي، "المهذب في فقه الإمام الشافعي"، دار الكتب العلمية. رابعا: الرسائل الجامعية.

**1.** الطالب: مؤمن أحمد نياض شويديح، رسالة ماجستير بعنوان: "أثر وسائل الاتصال الحديثة على ميراث المفقود"، إشراف د. مازن إسماعيل هنية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1427هـ - 2006م.

**2.** الطالب: يوسف عطاء محمد حلو، مذكرة ماجستير بعنوان: "الأحكام المفقود في الشريعة الإسلامية"، المشرف: د. مروان علي القدومي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 1424هـ - 2003م.

**خامسا: المواقع الإلكترونية.**

**1.** الموسوعة الفقهية الكويتية، باب النفقات.

**2.** الجمهرة معلمة مفردات المحتوى الإسلامي، صفحة المصطلحات، Islamic-content.com.

**سابعاً: القوانين والمواد.**

**1.** القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ، الموافق لـ 9 جوان 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005م.

**2.** المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953م المعدل.

**3.** المادة 74 من قانون المصري الولاية على المال رقم 119 سنة 1952م.

❖ **Abstract:**

Because it controls the branches of jurisprudence and urges them to be certain before releasing judgements, and because it is intimately tied to legitimate aims, the Istishab rule is considered among the most crucial jurisprudential criteria in Islamic law. Our goal is to disclose the core principle of this rule from a legal standpoint in order to produce the highest answer to the missing person's predicament in order to achieve the goalscoring opportunity of safeguarding his and others' rights.

We adopted a descriptive-analytical approach, starting with a conceptual introduction to the research's terms—the missing istihab—in the first chapter. In the second chapter, we focused on the impact of Istishab's rule on the requirements of the lost in terms of money and wife, and therefore a conclusion which highlighted the most essential findings. It is crucial in overcoming conflicts and disagreements.

**Amar Telidji University of Laghouat**  
**Faculty of Humanities, Islamic Sciences and Civilization**  
**Department of Islamic Sciences**



**Title:**

**ALISTISHAB RULE AND ITS IMPACT ON THE  
LOST PERSON'S DISPOSITIONS, HIS MONEY  
AND HIS WIFE AS A MODEL**

**A thesis for obtaining a master's degree in Islamic sciences  
(LMD) system**

**Major: Comparative Jurisprudence and its Principles**

**Prepared by:**

- AZIZI MUSTAPHA
- AZIZI HANAA OUM KALTHOUM.

**Supervisor:**

**Dr. ZIGHMI NAIMI**

**Academic year: 2021-2022 / 1443-1444 AH**

