

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة النجاح الوطنية

كلية الدراسات العليا

أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية

إعداد

يوسف عطا محمد حلو

إشراف

الدكتور مروان علي القدومي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين

1424هـ/2003م

أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية

إعداد
يوسف عطا محمد حلو

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2003/8/17م وأجيزت

التوقيع

الأعضاء

- د. مروان علي القدومي رئيساً
- د. شفيق عياش ممتحناً خارجياً
- د. ناصر الدين الشاعر ممتحناً داخلياً
- د. محمد علي الصليبي ممتحناً داخلياً

دور

إلى خير من أظلمت الأرض وأظلمت السماء، سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام. وعلى
صحة الطيبين الكرام

إلى والدي العزيزين اللذين بذلوا ما بوسعهما لكي يوظفاني إلى الدرجات العلمية
العليا

إلى زوجتي التي سهرت الليالي الطوال وضحت بوقتها من أجلي

إلى أبنائي الأحياء أملاً من الله أن يوفقني لأنشئهم النشأة السالحة

إلى كل من سعى لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء على أبناء هذه الأمة

أهدي هذا العمل المتواضع

فكر وفكر

بعد أن منّ الله عليّ وأعانني بفضلته وكرمه على إنجاز هذا العمل المتواضع ، فإنني أتوجه بالشكر والتقدير لفضيلة الدكتور مروان القدومي؛ الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة فمنحني من وقته وجهده وغمرني بلطفه وكرمه وأمدني بالتوجيه والإرشاد والتصويب ، حتى تمت هذه الرسالة ، فجزاه الله خير الجزاء .

كما وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل: الدكتور ناصر الدين الشاعر، عميد كلية الشريعة في جامعة النجاح الوطنية، وفضيلة الدكتور شفيق عياش عميد كلية أصول الدين جامعة القدس الشريف، وفضيلة الدكتور محمد علي الصليبي؛ الذين تكرموا بقبول مناقشة هذه الرسالة، فجزاهم الله خير الجزاء .

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أساتذتي الأفاضل في كلية الشريعة عميداً ومدرسين، آملاً من الله أن يقيهم ذخراً للإسلام والمسلمين .

كما وأتقدم بالشكر والعرفان للأستاذ محمد أحمد خليل شحادة الذي تكرم بتدقيق هذه الرسالة نحويّاً ولغويّاً، وإلى جميع العاملين في مكتبة جامعة النجاح الوطنية، وإلى كل من أسهم في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود. فبارك الله بهم جميعاً وجزاهم الله خير الجزاء.

مسرد المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	قرار لجنة المناقشة
ت	الإهداء
ث	الشكر والتقدير
ج	مسرد المحتويات
ذ	ملخص الدراسة
ر	المقدمة
س	أسباب اختيار الموضوع
1	التمهيد
2	المبحث الأول: تعريف المفقود.
7	المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.
11	المبحث الثالث: أنواع المفقود.
	الفصل الأول: متى يحكم القاضي بموت المفقود.
15	المبحث الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة.
28	المبحث الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته.
30	المبحث الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً.
34	ما عليه العمل في المحاكم الشرعية والترجيح.
	الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.
36	المبحث الأول: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود.
37	قول الحنفية
40	قول المالكية
43	أقوال الشافعية
47	أقوال الحنابلة
50	قول الظاهرية
50	قول سعيد بن المسيب
50	الترجيح

52	المبحث الثاني: طلب الزوجة للفرقة.
53	المطلب الأول: طلب الزوجة للتفريق لعدم النفقة.
54	مذهب الحنفية
57	مذهب المالكية
59	مذهب الشافعية
63	مذهب الحنابلة
67	قول الظاهرية
69	ما عليه العمل في المحاكم الشرعية والترجيح
71	المطلب الثاني: التفريق بسبب غيبة الزوج.
72	شروط التفريق للغيبة
73	المدة التي يحق للزوجة بعدها طلب الفرقة
78	المطلب الثالث: اشتراط حكم الحاكم لتربص الزوجة ونوع الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة والعجز عن النفقة.
78	مذهب المالكية
79	مذهب الشافعية والحنابلة
80	الترجيح
81	المبحث الثالث: عدة زوجة المفقود والإحداد فيها.
82	حكم العدة
83	عدتها إذا آتاها خبر يقين عن وفاة زوجها أو طلاقه
84	عدتها إذا لم يأتها عنه خبر
86	الإحداد في العدة
88	حكم الإحداد بالنسبة لزوجة المفقود
89	المبحث الرابع: إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه.
91	قول الحنفية
93	قول المالكية
94	قول الشافعية
96	قول الحنابلة
99	قول الظاهرية

102	المبحث الخامس: شهادة النفقات بموته: أو تظاهرت الروايات بذلك.
102	قول الحنفية
103	قول المالكية
104	قول الشافعية
105	قول الحنابلة
106	المبحث السادس: حكم ولاية الآخرين على تزويج بنات المفقود.
106	رأي الحنفية
108	أقوال المالكية
110	أقوال الشافعية
111	أقوال الحنابلة
112	ما عليه العمل في المحاكم الشرعية والترجيح

الفصل الثالث: الأحكام المتعلقة بمال المفقود.

115	المبحث الأول: بقاء ماله على ملكه.
116	المبحث الثاني: إدارة أمواله.
118	المبحث الثالث: النفقات الواجبة عليه.
119	المطلب الأول: في حال كونه ميسور الحال.
123	المطلب الثاني: في حال إعساره.
126	المطلب الثالث: بيع عقار المفقود وعروضه في النفقات الواجبة عليه.
130	المبحث الرابع: حكم زكاة أمواله

الفصل الرابع: الأحكام المتعلقة بإرث المفقود.

133	المبحث الأول: شروط تحقق حياته لتملكه الإرث.
133	المطلب الأول: الإرث من المفقود.
136	المطلب الثاني: إرث المفقود من غيره.
138	المبحث الثاني: حالات توريث المفقود وكيفيةاتها.
139	تطبيقات وأمثلة.

الفصل الخامس: أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته.

145	المبحث الأول: أثر ظهوره حياً بالنسبة لزوجته.
-----	--

- 146 المطلب الأول: أن تكون قد تزوجت سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا.
- 155 المطلب الثاني: تخيير الزوج الثاني بين زوجته والصداق.
- 158 المبحث الثاني: أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لأمواله.
- 158 المطلب الأول: إذا كان ماله لا يزال قائماً.
- 159 المطلب الثاني: إذا كان ماله انفق أو أتلّف.
- 159 المطلب الثالث: العودة على الشهود بما هلك من ماله.

الخاتمة والتوصيات

- 162 مسارد البحث:
- 163 المسرد الأول: مسرد الآيات القرآنية
- 165 المسرد الثاني: مسرد الأحاديث النبوية الشريفة
- 166 المسرد الثالث: مسرد الأعلام
- 174 المسرد الرابع: مسرد المصادر والمراجع
- b الملخص الإنجليزي

المخلص

تهدف هذه الدراسة إلى البحث في (أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية)، وقد مهدت لهذا الموضوع بتعريف المفقود ومقارنته بالغائب وأنواع الفقد وما يتعلق بكل نوع من هذه الأنواع من أحكام.

ثم تطرقت بعد ذلك إلى الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود، من المدة التي تنظرها هذه الزوجة وأقوال الفقهاء في ذلك، ومتى يحق لهذه الزوجة طلب الفرقة بسبب فقدان الزوج أو غيبته، ونوع هذه الفرقة مع مقارنة ذلك بما عليه العمل في المحاكم الشرعية وقانون الأحوال الشخصية الأردني.

ثم بينت في هذه الدراسة الأحكام المتعلقة بأموال المفقود وكيفية إدارتها، والنفقات الواجبة عليه في أثناء فقده، وفي الوقت الذي توزع فيه هذه الأموال على الورثة ومتى يعتب هذا المفقود ميتاً حتى تترتب عليه أحكام الأموات من قسمة لتركته وحل زوجته للأزواج وغير ذلك من أحكام.

ثم تحدثت هذه الدراسة عن إرث هذا المفقود من غيره في حال موت من يرثه هذا المفقود في أثناء فقده.

وفي الختام عرجت على مسألة ظهور هذا المفقود حياً بعد أن حكم القضاء عليه بالموت. وما يترتب على ذلك من أحكام في زوجته سواء كانت قد تزوجت ودخل بها زوجها أم أنها بقيت بدون زواج، وفي أمواله وما بقي منها على حاله وما أنفق منها أو بيع أو تصرف به بناءً على حكم القضاء بموته وهل يعود على من تصرف بهذا المال بقيمة ما أنفق.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين وعلى من سار على دربه واهتدى بهداه إلى يوم الدين وبعد.

فمن المعلوم أن مال الإنسان وأملاكه هي حق خالص له حفظته له الشرائع السماوية بل اعتبرته من الضرورات التي لا تستقيم الحياة بدونها، ولما كان هذا المال لا ينتقل عن ملكه إلا بإذنه وإرادته أو بتصرف منه أو من وكيله، أو بالإرث بعد وفاته، ظهرت قضية المفقود كشخص لا يملك هو التصرف بماله لانقطاعه عنه، ولا يُعلم حقيقة حاله حتى يتسنى قسمة أملاكه.

وما ينطبق على أمواله ينطبق على زوجته وأولاده، فامرأته لا هي بذات زوج ينفق عليها، ويقوم برعايتها، ولا هي بأرملة تتصرف بنفسها كما نشاء في حدود ما شرع الله سبحانه وتعالى لها.

ولعل من أكثر الشعوب معاناة من هذه الظاهرة هو شعبنا الفلسطيني الذي عانى ولا يزال يعاني من ويلات الحروب والهجرات المتتالية التي شردت أبناءه في أنحاء المعمورة.

وبالرغم من التطور الهائل الذي حصل في مجال الاتصالات والمواصلات إلا أن ظاهرة الفقد لم تنته، فلا نكاد نسمع نشرة أخبار إلا وتتحدث عن أحداث عسكرية أو مدنية أو كوارث طبيعية ينتج عنها عدد من المفقودين.

وبالنظر إلى سجلات الدول والجيوش في كافة أنحاء العالم نراها تعج بأسماء المفقودين سواء من حروب أو من غيرها.

ولقد تطرق علماء المسلمين إلى هذا الموضوع ووضعوا له مدداً زمنية ليحكم بعد انقضائها بموت المفقود، وقسمة أمواله وحل زوجته للأزواج، وربطوا هذه المدة وعللوها بإمكان وصول الرسائل إليه ذهاباً وإياباً، وقد تطور العلم تطوراً سريعاً مما جعل المسافة التي كان يقطعها المسافر في عدة شهور تقطع في ساعات، وقد يستعاض عن السفر أصلاً باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف وغيره، فأصبح بالإمكان على سبيل المثال أخذ موافقة ولي الفتاة في إنكاحها إذا كان في منطقة بعيدة عن طريق الاتصال الهاتفي "بشروطها"، دون الحاجة إلى انتظار عودته من السفر حتى يقوم بتزويج ابنته.

ثم التغيير الحاصل في علاقات الدول بعضها مع بعض، فأصبح لكل دولة سفارات وقنصليات في مختلف بلدان العالم تهتم بشؤون رعاياها الذين يسافرون إلى تلك البلاد وتتابع أخبارهم، مما يسهل الحصول على المعلومات المطلوبة عن هذا الشخص أو ذلك.

وقد بُحِثَت المسألة في الزمن السابق بحسب تقسيمات الفقهاء للبلاد إلى دار الإسلام، ودار الحرب حيث كان من الصعوبة بمكان والتحري عنه.

فبعد كل ما ذكرناه من تطور وتغيير أرى أن يعاد البحث والنظر في هذه الأحكام والتأكد من صلاحيتها وملاءمتها لمتطلبات العصر، نظراً لأن جُل هذه الأحكام هي أحكام اجتهادية، وضعت لتواكب متطلبات ذلك الزمان.

أما عن طريقتي في تقسيم هذا البحث فكانت كما يلي:

لقد قسمت الموضوع إلى تمهيد وخمسة فصول وخاتمة،

وبحثت في التمهيد ثلاث مباحث هي:

المبحث الأول: تعريف المفقود.

المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود.

المبحث الثالث: أنواع المفقود.

الفصل الأول: متى يحكم القاضي بموت المفقود ويشتمل على ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: باعتبار نوع الغيبة.

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

المبحث الثالث: متى يبدأ اعتباره مفقوداً.

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود ويشتمل على ستة مباحث هي:

المبحث الأول: المدة التي تنتظرها زوجة المفقود.

المبحث الثاني: طلب الزوجة للفرقة.

المبحث الثالث: عدة زوجة المفقود والإحداد فيها.

المبحث الرابع: إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه.

المبحث الخامس: شهادة النقات بموته: أو تظاهرت الروايات بذلك.

المبحث السادس: حكم ولاية غيره على تزويج بناته.

الفصل الثالث: الأحكام المتعلقة بمال المفقود ويشتمل على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: بقاء ماله على ملكه.

المبحث الثاني: إدارة أمواله.

المبحث الثالث: النفقات الواجبة عليه.

المبحث الرابع: حكم زكاة أمواله

الفصل الرابع: الأحكام المتعلقة بإرث المفقود ويشتمل على مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: شروط تحقق حياته لتملكه الإرث.

المبحث الثاني: حالات توريث المفقود وكيفياتها.

الفصل الخامس: أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ويشتمل على مبحثين اثنين هما:

المبحث الأول: أثر ظهوره حياً بالنسبة لزوجته.

المبحث الثاني: أثر ظهور المفقود حياً بالنسبة لأمواله.

الخاتمة والتوصيات والنتائج.

أسباب اختيار الموضوع:

1. ظهور أحد أبناء البلدة بعد أن فقد لمدة تربو عن العشرين سنة كان هو الإشارة الأولى التي نبهتني إلى هذا الموضوع وأهمية دراسته.
2. وعند البحث عن الأحكام المتعلقة بهذا الشخص لاحظت أنه لا يوجد كتاب يجمع جزئيات هذا الموضوع ويفصلها بشكل يسهل الرجوع إليها، بل كانت هذه الأحكام موزعة في عدة أبواب من كتب الفقه، مما يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى المعلومة المطلوبة، وبالرغم من أن الكثير ممن كتبوا في ميراث المفقود قدموا لهذا الموضوع بنبذة عن أحكام المفقود إلا أنهم لم يبحثوا في كل أحكام المفقود واكتفوا غالباً بفكرة عن الموضوع ولم يوسعوا الموضوع بالبحث كما يستحقه.
3. إنكار الجيش الإسرائيلي في الضفة والقطاع لوجود أشخاص معتقلين لديه من فلسطينيين وجنسيات عربية أخرى، ووجود مفقودين في بلاد عربية لمدد طويلة دون أن يعلم لهم خبر.
4. بيان عظمة التشريع الإسلامي وسعته وسموه الذي لم يترك مسألة من مسائل الفقه صغيرة ولا كبيرة إلا أولها العناية الخاصة بها.
5. كثرة الحروب والنزاعات والكوارث التي تؤدي إلى تجدد ظاهرة الفقد باستمرار.
6. التغيير الحاصل في علاقات الدول بعضها مع بعض، فأصبح بالإمكان البحث والتحري عن شخص مفقود في معظم بلاد العالم، نتيجة لتطور العلاقات بين هذه الدول.
7. التطور الحاصل في مجال المواصلات والاتصالات الذي يدعونا إلى إعادة النظر في الأحكام التي وضعت بناءً على استخدام وسائل النقل التقليدية القديمة، ومقاييس لم تعد تتناسب مع هذا التغيير الحاصل.

التمهيد

وهو يتضمن ثلاثة مباحث

المبحث الأول: تعريف المفقود

المبحث الثاني: تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود

المبحث الثالث: أنواع المفقود

المبحث الأول: تعريف المفقود لغة واصطلاحاً .

تعريف المفقود في اللغة:

فَقَدَ: الشيء يفقده فقداً وفقداناً وفقوداً ، فهو مفقود ، وفقيدٌ : عَدِمَهُ وافقده الله إِيَّاهُ.

والتفقد: تَطَلَّبُ ما غاب من الشيء.

وافتقدَ الشيء : طلبه .وتفقدته :طَلَبْتَهُ عند غيبته.

وتفاقد القوم: أي فقد بعضهم بعضاً.

وفي التنزيل: قال تعالى:

"وَفَقَدَ الطَّيْرَ فَتَالَ مَالِي لَا أَرَى الْهَدْيَ"⁽¹⁾.

وهذا الاسم من الأضداد، يقول الرجل: فقدت الشيء: أي أضلته، وفقدته: أي طلبته.

وكلا المعنيين يتحقق في المفقود⁽²⁾.

وجاء في المعجم الوسيط⁽³⁾:

(فَقَدَ) الشيء - فقداً وفقداناً: ضاع منه.

يقال فقد الكتاب والمال ونحوه: خسرته وعَدِمَهُ.

قال الإمام القرطبي: والتفقد: تطلب ما غاب عنك من شيء⁽⁴⁾.

(1) سورة النمل، آية (20).

(2) لسان العرب، للعلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، ج3/337.

(3) المعجم الوسيط، مصطفى إبراهيم وآخرون ج2/697.

(4) الجامع لأحكام القرآن ، محمد بن أحمد بن فرح القرطبي، ج3/133.

تعريف المفقود في الاصطلاح:

لم يتفق الفقهاء على تعريف محدد للمفقود، وإنما ذهب كل طائفة منهم إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الآخرون.

وهنا نستعرض أقوال بعضهم في تعريفهم للمفقود، لعلنا نصل إلى تعريف مشترك بينهم ويكون هذا التعريف هو التعريف المختار.

تعريف الحنفية للمفقود:

1. ذهب صاحب فتح القدير إلى تعريفه بأنه:

هو الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته⁽⁵⁾.

2. وقال ابن عابدين في "حاشية رد المحتار على الدر المختار" :

هو غائب لا يُدرى مكانه ولا حياته ولا موته.

أو هو غائب لم يدر أحي هو، فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد البلقع "أي القبر"⁽⁶⁾.

3. وجاء في تحفة الفقهاء:

هو الذي غاب عن بلده، بحيث لا يعرف أثره، ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره⁽⁷⁾.

4. وعرفه الإمام السرخسي بقوله:

المفقود: اسم لموجود هو حي باعتبار أول حياته، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، ج6/141.

⁽⁶⁾ حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين/ المعروفة بحاشية ابن عابدين ج4/292.

⁽⁷⁾ تحفة الفقهاء، محمد بن أحمد السمرقندي، ج3/349.

⁽⁸⁾ المبسوط، محمد بن أبي سهل السرخسي، ج11/34.

وقد ذهب صاحب كتاب الاختيار إلى تعريف جامع للمفقود حيث قال: المفقود: هو الذي غاب عن أهله وبلده ، أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت، فلا يعلم مكانه ؛ ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار⁽⁹⁾.

نلاحظ من تعاريف الحنفية السابقة أن منهم من اشترط عدم معرفة مكانه، ومنهم من لم يشترط هذا الشرط.

فيكون المدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لا الجهل بمكانه، فإنهم جعلوا الذي أسره العدو، ولا يُدرى أحي هو أم ميت، مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب⁽¹⁰⁾، فقد جعلوه مفقوداً.

والظاهر، أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالباً وعدمه العدم ، ولو علم مكانه في دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لا شك في أنه مفقود⁽¹¹⁾.

تعريف المفقود عند المالكية:

وهو من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه⁽¹²⁾.

والمراد هنا المفقود في بلاد الإسلام كما يعلم⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ الاختيار لتعليل المختار، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، ج3/37.

⁽¹⁰⁾ دار الحرب: اختلف الفقهاء فيها، فذهب جلهم إلى أنها الدار التي لا سلطان للمسلمين عليها، وليس لهم فيها منعه، ولا تطبق فيها أحكام الإسلام، انظر كتاب العلاقات الدولية في الإسلام، د. مروان القدومي، ص9.

* دار الإسلام: هي ما كان للمسلمين فيها العزة والمنعة والقوة، ولهم عليها السيادة والسلطان، وهي التي تجري عليها أحكام الإسلام ويأمن من فيها بأمان المسلمين سواء أكانوا مؤمنين أم كانوا ذميين ممن قبل المواطنة في حكم الدولة الإسلامية، انظر العلاقات الدولية في الإسلام، د. مروان القدومي، ص8.

⁽¹¹⁾ حاشية ابن عابدين، ج4/292.

⁽¹²⁾ حاشية الدسوقي، محمد بن عرفة الدسوقي ج2/479. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، محمد بن عبد الرحمن المغربي، ج4/155 .

⁽¹³⁾ الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، ج2/41.

وجاء في المدونة تعريف المفقود:

المفقود: هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، لا يدري أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي يضرب له مده) فيما بلغنا⁽¹⁴⁾.

تعريف المفقود عند الشافعية والحنابلة:

اعتمد الشافعية والحنابلة التعريف اللغوي للمفقود، فقد قال الإمام الشافعي في كتابه الأم : أن المفقود هو: من لا يسمع له بذكر⁽¹⁵⁾.

وقال فقهاء الشافعية: هو من انقطع خبره وجهل حاله في سفر، أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره⁽¹⁶⁾.

وإلى المعنى نفسه ذهب فقهاء الحنابلة حين قالوا:

إن الفقدان: أن تطلب الشيء فلا تجده، والمراد به هنا:

من لا تعلم له حياة ولا موتاً لانقطاع خبره، وقالوا أيضاً: هو من خفي خبره بأسر أو سفر. ويدخل في ضمن تعريفهم الأسير⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج 451/5.

⁽¹⁵⁾ الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، ج 168/6.

⁽¹⁶⁾ روضة الطالبين، وعمدة المفتين، للإمام يحيى بن شرف النووي، ج 34/6.

⁽¹⁷⁾ الروض المربع، منصور بن يونس البهوتي، ج 43/3، كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي،

ج 464/4.

التعريف المختار:

وبعد استعراض أقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية يترجح لدي أن التعريف الذي ذهب إليه صاحب كتاب الاختيار لتعليل المختار هو التعريف الفقهي للمفقود وهو التعريف الراجح لأنه التعريف الجامع المانع له والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

فإنه اشترط في تعريفه للمفقود:

1. الجهل بمكانه.

2. الجهل بحياته أو موته.

3. مضي الزمان على هذا الحال.

وجعل الأسير الذي انقطعت أخباره وجهل خبر حياته أو موته هو مفقود بهذا الاعتبار.

المبحث الثاني

تعريف الغائب ومقارنته بالمفقود:

تعريف الغائب:

الغيبُ: الشك، وجمعه غياب وغيوب.

والغيب: كل ما غاب عنك، وما غاب عن العيون وإن كان محصلاً في القلوب.

نقول: غاب الرجل غيباً ومغيباً وتغيب: سافر، أو بانَ وقومٌ غُيبٌ وغياب، غَيْبٌ: غائبون.
وامرأةٌ مُغيبٌ ومغيبَةٌ، مغيبةٌ: غاب بعلها أو أحدٌ من أهلها⁽¹⁸⁾.

وذهب الفقهاء إلى أن المعنى اللغوي هو نفسه المعتمد عند حديثهم عن الغياب والغيبة،

وهو السفر والبعد.

وقد قسم الفقهاء الغيبة إلى نوعين⁽¹⁹⁾:

1. غيبة انقطاع.

2. غيبة ارتجاع.

وقد اختلفت بعض المسميات لهذه الغيبة ولكنها كلها في المعنى نفسه .

وغيبة الارتجاع هي: الغيبة القريبة، التي لم تنقطع فيها أخبار هذا الغائب، كمن خرج

لتجارةٍ أو لحاجة ولم ينو الإقامة والاستيطان في تلك البلاد التي سافر إليها.

⁽¹⁸⁾ لسان العرب، لابن منظور، ج1/655.

⁽¹⁹⁾ المدونة الكبرى، الإمام مالك، ج2/113، مواهب الجليل، محمد بن عبد الرحمن المغربي، ج3/436.

وتقسم هذه الغيبة إلى قسمين أيضاً:

1. الغيبة البعيدة.

2. الغيبة القريبة.

وقد ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن مسافة القصر في الصلاة⁽²⁰⁾ هي : الحد الفاصل بين الغيبة البعيدة والقريبة، وبنوا أحكام الغيبة البعيدة والغيبة القريبة بناءً عليها⁽²¹⁾.

2. أما غيبة الانقطاع:

فهي الغيبة التي سافر فيها صاحبها مسافة بعيدة مثل الذين يخرجون للمغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها⁽²²⁾ مثل: الأندلس أو أفريقية أو طنجة⁽²³⁾.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد الغيبة المنقطعة، فقد ذهب الحنفية إلى ما يلي⁽²⁴⁾:

1. ذهب الإمام أبو يوسف إلى روايتين:

الأولى: قال: ما بين بغداد والري⁽²⁵⁾.

⁽²⁰⁾ مسافة القصر: وهي ستة عشر فرسخاً وهي ثلاثة أميال هاشمية، وبأميل بني أمية ميلان ونصف، والميل اثنا عشر ألف قدم، ستة آلاف ذراع والذراع 24 إصباعاً معترضة معتدلة كل إصبع 6 حبات شعير بطون بعضها إلى بعض انظر كتاب المبدع، ج2/107، وهي تعادل 81كم، انظر أحكام الصلاة، علي راغب، ص84.

⁽²¹⁾ مغني المحتاج، للخطيب الشربيني ج3/157. الوسيط في المذهب للغزالي، ج5/75، كشاف القناع، ج5/55.

⁽²²⁾ مواهب الجليل 435/3. المدونة الكبرى، ج2/113.

⁽²³⁾ إفريقية: هو اسم لبلاد قبالة جزيرة صقلية، وينتهي آخرها إلى قبالة جزيرة الأندلس (تونس اليوم) ثم اطلق الاسم على الصقع جميعه، أنظر: معجم البلدان/ ياقوت الحموي، ج1/288.

طنجة : بلد على ساحل بحر المغرب وهي تبعد عن مدينة سبتة مسيرة يوم واحد . أنظر معجم البلدان ، ياقوت الحموي

ج4/49

⁽²⁴⁾ بدائع الصنائع ، للكاساني ج2/205، شرح فتح القدير، للسبواسي ج3/290.

والثاني: مسيرة شهر فصاعداً.

وعن الإمام محمد روايتان أيضاً:

1. ما بين الكوفة والري.

2. ما بين الرقة⁽²⁶⁾ والبصرة.

وذكر ابن شجاع⁽²⁷⁾ إذا كان غائباً في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة،

فهي غيبة منقطعة، وإن كانت القوافل تصل إليه في السنة غير مرة، فليست منقطعة.

وذهب فقهاء الحنابلة إلى ما يلي:

قال الخرقى⁽²⁸⁾: هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه كمن هو في

أقصى الهند بالنسبة إلى الشام ومصر ونحوهما، لأن مثل هذا تتعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة.

وقال القاضي⁽²⁹⁾: يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة.

لأن الكفاء "الخطب" ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها.

⁽²⁵⁾ الري : مدينة في بلاد فارس (طهران اليوم) بنيت مدينة طهران مكانها أو الى جانبها من جهة الغرب أنظر معجم

البلدان ج3/130 وأطلس التاريخ العربي الإسلامي ، د. شوقي أبو خليل صفحة 39

⁽²⁶⁾ الرقة : مدينة مشهورة في العراق على الجانب الشرقي من نهر الفرات ، معجم البلدان ج 3/59 .

⁽²⁷⁾ انظر مسرد الأعلام. ص (171) من هذا البحث.

⁽²⁸⁾ انظر مسرد الأعلام. ص (168) من هذا البحث.

⁽²⁹⁾ انظر مسرد الأعلام. ص (172) من هذا البحث.

وقال أبو الخطاب⁽³⁰⁾: يحتمل أن يقال: إن السفر البعيد هو ما تقصر فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام .

⁽³⁰⁾ انظر مسرد الأعلام. ص (168) من هذا البحث.

وذهب أبو بكر⁽³¹⁾ إلى أن حدها، مالا يقطع إلا بالكلفة والمشقة⁽³²⁾. وإلى هذا القول ذهب صاحباً الروض المربع وكشاف القناع فقالا : إذا غاب غيبة منقطعة لا تقطع إلا بكلفة ومشقة فوق مسافة القصر⁽³³⁾.

ثم إن هذه الغيبة المنقطعة تقسم إلى قسمين⁽³⁴⁾:

1. من لم تقطع أخباره ، وحياته معلومة ومكانه معلوم.

2. من جهل مكانه وحياته وموته، فهذا هو المفقود.

فالمفقود هو: نوع من أنواع الغائب، وهو من غاب وانقطعت أخباره حتى لو كان في

غيبية قريبة أو في داخل البلاد وانقطعت أخباره فهذا هو المفقود. فالغيبية أعم وأشمل من الفقد.

⁽³¹⁾ انظر مسرد الأعلام ص (166) من هذا البحث.

⁽³²⁾ المغني ج 25/7، الإنصاف ج7/76.

⁽³³⁾ كشاف القناع ج 55/5، الروض المربع ج 74/3.

⁽³⁴⁾ العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم الرافي القزويني ج4/484.

المبحث الثالث

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 إن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسرته العدو ولم يُدرَ أحي هو أم ميت، ولا يعلم مكانه، ومضى على ذلك زمان فهو مفقود بهذا الاعتبار.

سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام أو في صف القتال في المعركة أو انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم في الكل سواء وتطبق عليهم الأحكام نفسها⁽³⁵⁾.

وذهب إلى هذا الرأي جماعة من الصحابة والتابعين نذكر منهم: عمر بن الخطاب وعثمان، وعلياً وابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر وعطاء⁽³⁶⁾ والزهري وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم كثير⁽³⁷⁾.

وذهب المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب⁽³⁸⁾، وغيرهم إلى التفريق بين حال وأخرى، فليس لكل من غاب عن أهله ووطنه الحكم نفسه، فمن فقد في صف القتال في المعركة أو في حال غرق سفينة ولم ينج منها إلا القليل، يختلف حكمه عن خرج للتجارة أو طلب العلم، وطال مكثه وانقطعت أخباره في تلك البلاد.

⁽³⁵⁾ العزيز شرح الوجيز/ لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني، ج9/485، الأم/ للإمام الشافعي، ج5/239.

⁽³⁶⁾ انظر مسرد الأعلام، ص (172) من هذا البحث.

⁽³⁷⁾ المحلى بالآثار، ابن حزم الظاهري، ج1/138.

⁽³⁸⁾ انظر مسرد الأعلام، ص (170) من هذا البحث.

ولتوضيح ذلك حسب المذاهب الفقهية نقول:

1 - أنواع المفقود عند الحنابلة:

أ- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة : كمن سافر للتجارة 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 ليلاً أو نهاراً، أو يفقد بين الصفيين في القتال، أو ينكسر بهم مركب فينجو بعضهم ويغرق الآخرون أو في مفازة مهلكة، كدرب الحجاز مثلاً⁽³⁹⁾.

ولكل نوع من هذين النوعين، أحكام خاصة تتعلق بزوجته وماله وارثه، ومتى يحكم بموته أبينها بالتفصيل في مباحثها الخاصة بعون الله تعالى.

2- أنواع المفقود عند المالكية:

قسم فقهاء المالكية المفقود إلى أربعة أقسام⁽⁴⁰⁾:

1. مفقود في بلاد المسلمين: وهو من خرج من بيته أو سافر سفيراً قريباً من مكان إلى آخر في بلاد المسلمين، وانقطعت أخباره وآثاره.

⁽³⁹⁾ المغني ج 133/9، الروض المربع ج 43/3، الفروع ج 25/5، الإنصاف ج 337/7، كشف القناع ج 465/4، المبدع ج 215/6، منار السبيل ج 81/2.

⁽⁴⁰⁾ لم يتفق فقهاء المالكية على عدد أنواع المفقود فمنهم من قال: ثلاثة وجمع حالة الحرب في حالة واحدة سواء كانت حروباً بين المسلمين مع بعضهم أو مع الكفار — ومنهم من قال خمسة وأضاف إلى هذه الأربعة السابقة المفقود في زمن الوباء أو المرتحل لبلد الوباء أو الطاعون، ومنهم من قال إنها ستة وأضاف للخمسة السابقة من فقد في شدة ربح والمراكب في المرسى ولم يتبين له خبر. انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 2/694. والتاج والإكليل ج 156/4، والفواكه الدواني ج 2/42.

2. مفقود في بلاد الحرب: ويلحق به الأسير، كما يلحق به من شك هل فقد في بلاد الحرب، أو بلاد المسلمين.

3. مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض.

4. مفقود في حروب المسلمين والكفار⁽⁴¹⁾.

قول سعيد بن المسيب⁽⁴²⁾:

1. المفقود في صف القتال.

2. المفقود في غير الصف في القتال⁽⁴³⁾.

ويبنى على هذا التقسيم أحكاماً في زوجة المفقود وماله نبينها في مواضعها بعون الله تعالى.

⁽⁴¹⁾ الشرح الكبير للدردير، ج 479/2، التاج والإكليل، ج 156/4/ بداية المجتهد، ج 40/2.

⁽⁴²⁾ وقد ذكر رأي سعيد بن المسيب منفصلاً لأن له رأياً يختلف عن رأي غيره من الفقهاء.

⁽⁴³⁾ فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 431/9، المحلى بالآثار، ج 130/10، المغني، ج 133/9.

الفصل الأول

متى يحكم القاضي بموت المفقود؟

وهو يتضمن ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: باعتبار نوع الغيبة

المبحث الثاني: إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته

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

المبحث الأول: الحكم بموت المفقود باعتبار نوع الغيبة

وقد تم اختيار بحث هذا الموضوع ، وهو حكم القاضي بموت المفقود في بداية البحث وذلك لما لهذا الموضوع من أهمية، فإن للحي أحكاماً وللميت أحكاماً أخرى، والمفقود هي حالة لا نعرف فيها يقيناً حياته أو موته.

وإنما هو على الأصل القائل "إن الأصل بقاء ما كان على ما كان"

فكان من الضروري معرفة متى يعتبر هذا المفقود ميتاً حتى نطبق عليه أحكام الأموات في أمواله: من إرث له من غيره، أو إرث لغيره منه، أو نفقات كانت واجبة عليه، أو عقود أخرى.

وفي زوجته: من عدة، وإحداً ، ونفقة، وسكني وغير ذلك من أمور.

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

وبما أن المفقود كما سبق ذكره هو الغائب الذي لا تعلم حياته ولا موته، فإن حكم الحاكم بموته، ينبني على نوع هذه الغيبة والفقد عند الفقهاء.

فقد قسم فقهاء المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب المفقود إلى أقسام، وبنوا أحكامهم في المفايد بناءً على هذه الأقسام. بينما ذهب الشافعية والحنفية والظاهرية إلى أن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يُدر أحي هو أم ميت، ولا يعلم مكانه ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار.

سواء كان ذلك في دار الحرب أو دار الإسلام، في سفر أو في بلاده، أو انكسرت سفينته أو مفازة⁽⁴⁴⁾ فالحكم في الكل سواء⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁴⁾ مفازة: صحراء مهلكة، سميت بذلك تفاؤلاً بالفوز والنجاة منها. انظر: لسان العرب، لابن منظور، ج1/554، النهاية في غريب الحديث، ج2/396.

⁽⁴⁵⁾ العزيز، شرح الوجيز، ج9/485.

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

قول الحنفية :

العبارة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول:

"إن المفقود حي في حق نفسه ميت في حق غيره"

والشخص الواحد لا يكون حياً وميتاً 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 أحداً كأنه ميت حقيقة⁽⁴⁶⁾.

لأن الثابت باستصحاب⁽⁴⁷⁾ الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه في أحكام أمواله ونسائه أمر قد كان واستصبحنا 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⁽⁴⁸⁾.

وعند قولنا بهذا القول، فالى متى يستمر حكمه كذلك، لأنه لا بد من وقت يحكم بعده بموته وتقسم أمواله وتبين منه امرأته. وهنا تظهر أهمية حكم القاضي وقضائه بموت المفقود حتى يتمكن ذووه من التصرف بناءً على هذا الحكم.

فمذهب الإمام أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه إذا أتم مائة وعشرين سنة من يوم ولد يُحكم بموته.

⁽⁴⁶⁾ بدائع الصنائع للكاساني، ج6/196، المبسوط للسرخسي، ج11/35.

⁽⁴⁷⁾ الاستصحاب: إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير، وهو الحكم الذي يثبت في الزمان الثاني بناءً على الزمان الأول. انظر التعريفات للجرجاني ج1/34

⁽⁴⁸⁾ الهداية شرح البداية، ج2/180، بدائع الصنائع، ج6/196.

وفي ظاهرة المذهب يقدر بموت الأقران⁽⁴⁹⁾.

وروي عن أبي يوسف بمائه سنة، وقدر بعضهم تسعين والأقيس أن لا يقدر شيء، والأرفق أن يقدر بستين سنة.

وذهب صاحب فتح القدير⁽⁵⁰⁾ إلى أن الأحسن أن يقدر بسبعين سنة لقوله عليه الصلاة والسلام "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين"⁽⁵¹⁾ فكانت المنتهى غالباً.

ووجه رواية الإمام أبي حنيفة أن الأعمار في زماننا قلما تزيد عن مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك، فيقدر بها تقديراً بالأكثر.

ووجه ظاهر الرواية أنه من النوار أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبنى 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 احتياطاً، والغالب

فيمن طال عمره، أن لا يجاوز المائة.

فمتى حكم القاضي بموته بناءً على الأقوال السابقة، اعتدت امرأته عدة الوفاة وقسمت

أمواله من وقت الحكم بوفاته، وكأنه مات فيها معاينة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ المبسوط، السرخسي، ج11/35.

⁽⁵⁰⁾ فتح القدير، ج6/141.

⁽⁵¹⁾ هذا الحديث، رواه ابن ماجة في سننه ج2/1415 و أخرجه الترمذي، في كتاب الدعوات ج5/553، وقال عنه حديث حسن غريب، المستدرک على الصحيحين ج2/463 وقال عنه صحيح على شرط مسلم، تحفة الأحوذى ج6/513، صحيح ابن حبان ج7/246.

⁽⁵²⁾ بدائع الصنائع الكاساني، ج6/196، شرح فتح القدير للسيواسي، ج6/141.

قول المالكية:

سبق وأن بينا أن 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 والكفار .

وقد بنوا الحكم بموت المفقود بناءً على نوع هذا الفقد كما يلي :

1- المفقود في بلاد الحرب:

وهذا المفقود لا يحكم بموته إلا إذا ظهرت البينة على ذلك، فإن لم تظهر بينة على

موته، فإنه يحكم بموته بعد أن تمضي سبعون سنة من يوم ولد وهو سن التعمير عند المالكية.

وسميتها العرب "دقاقة الأعناق"

واختار بعضهم ثمانين سنة وحُكِمَ بخمس وسبعين سنة.

ومعنى سن التعمير أو بقاءه للتعمير "أي أن لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت

موته، أو تمضي عليه سبعون سنة من يوم ولد". (53)

مسائل :

- إذا اختلف الشهود في سنِّه فيصَّار إلى شهادة الأقل سنًّا لأنه أحوط (54).

(53) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 482/2، بداية المجتهد، ج 40/2، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج

692/2، الفواكه الدواني، ج 42/2.

(54) مختصر خليل، ج 157/1.

• تجوز شهادتهم على عمره على التقدير "التخمين" للضرورة ويحلف الوارث حينئذ أن ما شهدوا به حق. (55).

2- المفقود في بلاد الإسلام :

وهذا المفقود وقع الخلاف في الحكم بموته بين زوجته وماله.

أما بالنسبة لزوجته : فإنها تعتد بعد مضي أربع سنين من حين الإنتهاء من البحث والتفتيش عنه. وسيأتي بيان ذلك بالتفصيل في الفصل الثاني في الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود.

أما بالنسبة لأمواله : فلا يحكم بموت المفقود في بلاد الإسلام ولا يورث ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يعيش مثله وهي مدة التعمير (56).

فقد قال الإمام مالك في ذلك : لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلا مثله فيقسم ميراثه من ذلك اليوم . وهذا القول للإمام مالك محمول على المفقود في بلاد الإسلام والمفقود في بلاد الحرب . لأن الغالب على هؤلاء أنهم غابوا في غيبة ظاهرها السلامة (57).

3- المفقود في الحروب :

سواء كانت حرباً بين المسلمين بعضهم مع بعض أو بين المسلمين والكفار ، ومثله المرتحل لبلد الطاعون أو في زمانه إذا فقد ، فإنه يحكم بموته دون انتظار مدة التعمير .

ففي مفقود حروب المسلمين بعضهم بعضاً يحكم بموته بعد انفصال الصفيين ، ويورث ماله حينئذ (58).

(55) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/482.

(56) الفواكه الدواني، ج2/42، حاشية الدسوقي، ج2/482، مختصر خليل، ج1/157..

(57) المدونة الكبرى، ج5/452.

(58) التاج والإكليل، ج4/161، الفواكه الدواني، ج2/42.

واختلفوا في التلوم له (مدة الانتظار) والراجح أنه يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة أو قربه . وأقصى أجل في ذلك سنة من آخر يوم التقاء الصفين ، وهو يوم الانفصال⁽⁵⁹⁾ .

وفي مفقود الطاعون⁽⁶⁰⁾ فقد قال اللخمي : من فقد ببلد الطاعون أو ببلد توجه إليه زمنه حكمه حكم الموت . لقول الإمام مالك في أناس أصابهم بطريق حجهم سعال : يموت الرجل في سفره ولم يأت خبر موته ولا حياته تنزوج نساؤه ويقسم ماله⁽⁶¹⁾ .

والمفقود في حروب المسلمين والكفار: فإنه يحكم بموته بعد مضي سنة من فقده ، بعد النظر من السلطان في أمره والتفتيش عليه، سواءً كانت المعركة في بلاد الحرب أو بلاد الإسلام. ويبدأ حساب المدة من يوم رفع أمره للحاكم وليس بعد انتهاء التفتيش والنظر فيه⁽⁶²⁾ .

ووجه ذلك الحكم بالظاهر أنه إذا كان في موضعه فالظاهر أنه إذا فقد في المعترك أنه مقتول لأنه لو سلم لعاد إلى موضعه. وإن كان بموضع بعيد ضرب له أجل سنة لأن الظاهر أنه لو سلم لسمع خبره في خلال السنة⁽⁶³⁾ .

ويشترط هنا أن تشهد البينة العادلة أنها رأته حضر الصف ، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط فحكمه حكم المفقود في بلاد الإسلام⁽⁶⁴⁾ .

⁽⁵⁹⁾ بداية المجتهد، ج4/40، حاشية الدسوقي، ج2/482، التاج والإكليل، ج4/161.

⁽⁶⁰⁾ الطاعون: هو الموت من الوباء، وهو المرض العام، والوباء الذي يفسد له الهواء فتفسد به الأمزجة والأبدان. انظر: لسان العرب، ابن منظور، ج13/267، مختار الصحاح، ج1/165. وفي حكم الطاعون الأوبئة الأخرى كالكوليرا وغيرها.

⁽⁶¹⁾ التاج والإكليل، ج4/161.

⁽⁶²⁾ التاج والإكليل، ج4/161، الفواكه الدواني، ج2/42، حاشية الدسوقي، ج2/483، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج2/694.

⁽⁶³⁾ المنتقى شرح الموطأ للباقي، ج4/93.

⁽⁶⁴⁾ حاشية الدسوقي، ج2/182.

قول الشافعية:

إن الأصل: هو بقاء الحياة وهي "الحياة" معلومة بيقين فلا يزول اليقين إلا بيقين، ولا يصار إلى الشك وهو الظن بموته⁽⁶⁵⁾.

ف عند القول : إن الأصل بقاء الحياة، فالى متى يستمر الحكم عليه بالحياة لأنه لا يعقل أن يعيش الإنسان أبداً.

ولما لذلك من أهمية في قسمة أمواله وبيان زوجته واعتدادها منه وميراثه من غيره، وميراث غيره منه.

وللشافعية في ذلك قولان:

1. لا يقسم ماله حتى يتحقق حاله أو تقوم بينة بموته.

2. والقول الثاني وبه قطع الأكثرون أنه إذا مضت مدة يُعلم أو يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

وهذه المدة ليست مقدرة عند جمهور الشافعية، بل يرجع الاعتبار فيها إلى تقدير الحاكم.

وقيل أنها مقدرة بسبعين سنة وقيل بثمانين وقيل بتسعين وقيل بمائة وقيل بمائة وعشرين، ولا بد من حكم حاكم، فلا يكفي مضي المدة من غير حكم حاكم بموته، وقال بعضهم إنه إذا تمت القسمة بالحاكم فقسمة تتضمن الحكم بموته، وأن اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الأصحاب أن فيه خلافاً.

(65) روضة الطالبين للنووي، ج6/34، مغني المحتاج، ج3/27. المهذب، ج2/146، الوسيط في المذهب، ج4/367.

وتعتبر هذه المدة المقدره من وقت ولادة المفقود لا من وقت غيبته ،ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح، بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها⁽⁶⁶⁾.

ونود أن ننقل هنا عبارات للإمام الشافعي "رحمه الله" في كتابه الأم حتى نوضح مدى تمسكه بهذا القول :

قال الإمام الشافعي في كتابه الأم:

" لم أعلم مخالفاً في أن الرجل أو المرأة لو غابا أو أحدهما برأ أو بحراً علم مغيبهما أو لم يعلم، فماتا أو أحدهما فلم يسمع لهما بخبر أو أسرهما العدو فصيروهما إلى حيث لا خبر عنهما لم نورث واحداً منهما من صاحبه إلا بيقين وفاته قبل صاحبه.

فكذلك عندي امرأة الغائب أي غيبة كانت مما وصفت أو لم أصف بإسار عدو أو بخروج الزوج ثم خفي مسلكه، أو بهيام من ذهاب عقل أو خروج فلم يسمع له ذكر أو بمركب في بحر فلم يأت له خبر، أو جاء خبر أن غرقا كأن يرون أنه قد كان فيهم ولا يستيقنون أنه فيه لا تعتد امرأته ولا تتكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته، ثم تعتد من يوم استيقنت وفاته وترثه، ولا تعتد امرأة من وفاة ومثلها يرث إلا ورثت زوجها الذي اعتدت من وفاته⁽⁶⁷⁾."

رأي الحنابلة:

قسم الحنابلة المفقود إلى قسمين:

1. مفقود في غيبة ظاهرها السلامة.

2. مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك.

(1) روضة الطالبين، ج 6/34، مغني المحتاج، ج 3/27، الوسيط في المذهب، ج 4/367.

(67) الأم، للإمام الشافعي، ج 5/239.

ولكل نوع من هذه الأنواع أحكام نبينها بعون الله كما يلي:

1- في الغيبة التي ظاهرها السلامة:

وهو كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة (ويلحق به الأسير، لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء) انتظر به تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة. وهذا هو المذهب وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله⁽⁶⁸⁾.

وهذا القول هو أشهر الروايتين عن الإمام أحمد، والرواية الثانية أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت يقين موته⁽⁶⁹⁾.

وقد ذهب إلى هذا الرأي علي بن أبي طالب رضي الله عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري⁽⁷⁰⁾.

أما سبب اختيارهم لتسعين سنة منذ ولادته فقالوا: إن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وقد روي عن المدة عدة أقوال فقد قال ابن عقيل: مائة وعشرون سنة وهو قول الحسن بن زياد. وقيل: أنه ينتظر به حتى يتقين موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش من مثلها وهذا القول قال به أكثر العلماء. وذلك لأن التقدير لا يصار إليه إلا بنص وهو منتف هنا .

وكذلك فإنه إذا حكمنا بمدة تسعين سنة من يوم ولد يكون في ذلك اختلاف في العدة في حق المرأة بناءً على عمر الزوج وهو لا نظير له، فالراجح أن يترك ذلك إلى اجتهاد الحاكم وتقديره⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁸⁾ كشف القناع، ج 4/465، الفروع، ج 5/25، المغني، ج 9/132، المبدع، ج 6/215 دليل الطالب، ج 1/203، منار السبيل، ج 2/80، الإنصاف، ج 7/335.

⁽⁶⁹⁾ منار السبيل، ج 2/80، الإنصاف، ج 7/335.

⁽⁷⁰⁾ المغني، ج 9/132، منار السبيل، ج 2/80.

⁽⁷¹⁾ المغني، ج 9/132، كشف القناع، ج 4/465.

وقال ابن رزين⁽⁷²⁾ يحتمل عندي أن ينتظر به أربع سنين لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك.

وقد ردوا عليه بأن قضاءه كان فيمن هو في مهلكة⁽⁷³⁾.

2. أن تكون غيبة ظاهرها الهلاك:

كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يفقد بين الصفين في المعركة أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم، فمذهب الإمام أحمد أنه يحكم بموته بعد مضي أربع سنين، فإذا مضت السنوات الأربع قسم ماله، وأمرت زوجته أن تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج⁽⁷⁴⁾.

ويقسم ماله من الوقت الذي تؤمر فيه زوجته بعدة الوفاة ، وبهذا قال قتادة.

وقد قال صاحب المغني : ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله كمن قامت بينه بموته.

وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه وتأخير القسمة ضرر بالورثة وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج⁽⁷⁵⁾.

وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين أنها أكثر مدة الحمل عندهم، ولأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حياً لما انقطع خبره إلى هذه الغاية⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷²⁾ انظر مسرد الأعلام، ص (169) من هذا البحث.

⁽⁷³⁾ الإنصاف، ج3/7، 337، كشف القناع، ج4/465.

⁽⁷⁴⁾ المغني، ج9/133، الروض المربع، ج3/43، منار السبيل، ج2/81، كشف القناع، ج4/465، دليل الطالب، ج1/203، المبدع، ج6/215.

⁽⁷⁵⁾ المغني، ج9/144.

⁽⁷⁶⁾ الروض المربع، ج3/43، الفروع، ج5/25، المغني، ج9/133.

واستندوا في ذلك إلى الحديث الذي رواه عبيد بن عمير قال: فقد رجل في عهد عمر بن الخطاب فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت ذلك له فقال: انطلقى فتربصي أربع سنين ففعلت ثم أنته فقال: انطلقى فاعتدي أربعة أشهر وعشراً ففعلت ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها ففعل فقال لها عمر: انطلقى فتزوجي من شئت، فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال عمر: أين كنت؟

قال يا أمير المؤمنين: استهوتني الشياطين فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزازهم منهم قوم مسلمين فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن فما لك وما لهم؟

فأخبرتهم خبري فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح؟

قلت: المدينة، هي أرضي فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق، فاختر الصداق وقال: قد حبلت لا حاجة لي فيها⁽⁷⁷⁾.

قال أحمد: يروي عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف من الصحابة له مخالف⁽⁷⁸⁾.

وقد ذكر صاحب المحلى صحة هذا الحديث عن عمر بن الخطاب ورواه له من عدة وجوه⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁷⁾ سنن البيهقي، ج7/445، مصنف عبد الرزاق، ج87/7 وله عدة طرق بالمعنى نفسه، مصنف ابن أبي شيبة، ج3/522.

⁽⁷⁸⁾ المغني 134/9، منار السبيل 81/2.

⁽⁷⁹⁾ إن هذا التصرف من أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو اجتهاد منه بعد أن رأى صدق قول الرجل، أما بعد أن تغيرت أحوال المسلمين وفسدت الذمم فلا يؤخذ بقول من يدعي الأمور الخارقة للعادات كنقل الجن له من مكان إلى آخر، أو ما شابه ذلك، ولا يثبت بهذه الأقوال حقوق أمام القضاء سواء في الأحوال الشخصية أم المعاملات أم غيرها. أنظر (البيانات في الشريعة الإسلامية) رسالة غير مطبوعة لدكتور محمد علي الصليبي، بتصرف.

رأي الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى أن من فقد فعرف موضعه أو لم يعرف في حرب أو في غير حرب وله زوجة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، ولا يفرق ماله ولكن ينفق على المستحقين من ماله فإذا لم يكن له مال قيل للزوجة انظري لنفسك فإن لم يكن لها مال مكتسب انفق عليها من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات كسائر الفقراء ولا فرق.

وعبارة ابن حزم ننقلها هنا فنقول: قال ابن حزم لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبية ولا إيجاب عدة على زوجته من لم يصح موته، ولا أن يطلق أحد على غيره، ولا حجة في قول أحد إلا رسول الله صلى الله عليه وسلم⁽⁸⁰⁾.

ما عليه العمل في المحاكم الشرعية والترجيح:

ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى اعتبار نوع الغيبة عند الحكم بموت المفقود، وسلك طريقاً قريباً لما عليه العمل في المذهب المالكي والمذهب الحنبلي فجاء في المادة (177) من القانون المذكور:

(المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقدته ما لم يكن فقدته اثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحدث الفوضى وما شابه ذلك، فيحكم بموته بعد سنة من فقدته ، أما إذا فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن

⁽⁸⁰⁾ المحلى بالآثار لابن حزم الظاهري، ج10/142.

تكون المدة كافية في أن يغلب على الظن موته ، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً⁽⁸¹⁾.

وقد جاء في الأسباب الموجبة: بما أن مذهب الحنفية لا يحكم بموت المفقود إلا بعد مضي مدة من الزمن يغلب على الظن هلاكه فيها، وهي سبعون أو ثمانون سنة، وفي هذا ما فيه من الحرج والشدة على زوجة المفقود وعلى ورثته من أهله، ولذلك رؤي من المصلحة الأخذ بمذهب الإمام مالك، بأن من فقد في جهة معلومة، ويغلب على الظن هلاكه، فيحكم بموته بعد أربع سنين من تاريخ فقده.

أما إذا فقد إثر كارثة كزلزال أو غارة جوية أو في حالة حرب، واضطراب أمن، فيحكم بموته بعد مضي سنة من تاريخ فقده. كل ذلك بعد البحث والتحري عنه في الحالتين.

أما إذا فقد في جهة غير معلومة، ولا يغلب على الظن هلاكه فيها، فيأخذ بالقول الصحيح من مذهب الإمام أبي حنيفة، وهو تفويض أمر تقدير المدة التي يحكم بموته بعدها إلى القاضي، على أن تكون مدة طويلة، وهي تختلف باختلاف حال المفقود ومكانته الاجتماعية⁽⁸²⁾.

وأرى أن ما حدث من تطور هائل في وسائل الاتصال وتقنية المعلومات جعل العالم قرية صغيرة، يجعل من السهل معرفة أخبار المفقود والوقوف على حاله إذا سلمت نيته بالرغبة في إخبار أهله بحاله، وما تقوم به الدول من إنشاء السفارات والقنصليات لها في أغلب دول العالم لتتابع أخبار أبنائها المغتربين طريقة أخرى تسهل معرفة حال كل مواطن من مواطنيها المغتربين أو المفقودين .

(81) مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية ، راتب عطا الله الظاهر صفحة 144 .

(82) القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية، للقاضي أحمد محمد داوود، ج2/921.

وما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية من الانتظار مدة التعمير والتي تقدر عندهم بتسعين سنة أو مائة أو مائة وعشرين سنة (على الاختلاف في هذه الأقوال) لم يعد يتناسب أو يتلاءم مع الزمن الذي نعيشه.

المبحث الثاني

إذا فقد بعد السن التي يحكم فيها بموته:

وهذا المبحث يختص بالفقهاء الذين حددوا سناً للحكم بموته وهم المالكية والحنابلة.

قول المالكية:

قال ابن عرفة: على ابن السبعين إذا فقد لها زيد له عشرة أعوام وكذا ابن الثمانين في قول مالك، وإن فقد ابن خمس وتسعين زيد له خمس سنين، وإن فقد ابن مائة اجتهد فيما يزداد له⁽⁸³⁾.

وتجوز شهادتهم على التقدير إن لم يعرف الشهود تاريخ الولادة.

ويؤخذ بالأقل إن اختلف في الشهادة وحلّف الوارث إذا شهدوا على التقدير، ولا يمين إن شهدت البنية بتاريخ الولادة⁽⁸⁴⁾.

قول الحنابلة:

من المعلوم عند فقهاء الحنابلة أن من فقد في غيبة ظاهرها السلامة أنه ينتظر به تسعين سنة منذ يوم ولادته.

وهنا، إن فقد ابن التسعين سنة فما الحكم في ذلك؟

قالوا: إن من فقد ابن تسعين سنة اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸³⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 482/2.

⁽⁸⁴⁾ التاج والإكليل، ج 4/161.

⁽⁸⁵⁾ الروض المربع، ج 43/3، كشف القناع، ج 422/5، منار السبيل، ج 81/2.

وقال في الإنصاف: أنه يحتمل أوجهاً.

1. أن تنتظر عدة وفاة.

2. أن يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

3. أو يرتقب أربع سنين .

وقد رجح صاحبي كتاب "الفروع" و "الإنصاف" القول الأول. وأما الحمل على الأربع سنين فهو إن كان في غيبة ظاهرها الهلاك، ثم يقسم ماله وهذا هو المذهب⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ الإنصاف، ج 236/7.

المبحث الثالث

متى يبدأ اعتباره مفقوداً (تاريخ الغياب، أو أمر الحاكم بالتربص)؟

وهل تفتقر هذه المدة إلى ضرب القاضي لها؟

وتكمن أهمية هذا الموضوع في عدة أمور منها:

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 حساب هذه المدة منه.

2. أن الفقهاء قالوا لا يجوز أن يرث أحدٌ بالشك، والمفقود لا يرث بهذا الاعتبار لأن حياته مشكوك فيها، فإذا مات من يرثه المفقود فهل يعطى له نصيبه هذا، أم لا على اعتبار أنه مفقود؟

وهل تفتقر هذه المدة لضرب القاضي لها؟

ونوضح المسألة حسب أقوال الفقهاء في المذاهب كما يلي :

أقوال المالكية:

سئل الإمام مالك رحمه الله عن الأربع سنين من يوم الفقد أم من يوم الإياس؟

فقال: من يوم الإياس⁽⁸⁷⁾.

فإذا رفعت الزوجة أمر زوجها إلى الحاكم فإنه يرسل في النواحي للكشف عنه فإن انتهى

(87) التاج والإكليل، ج4/155.

الكشف عنه فحينئذ يضرب له الأجل، وليس المراد أنه يضرب له الأجل بمجرد الرفع بل بعد تمام الكشف والعجز عن خبره⁽⁸⁸⁾.

قال في المدونة: قال مالك: لو أقامت عشرين سنة ثم 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 الأربع سنين عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا من غير أن يأمرها السلطان بذلك؟

قال: نعم. ما لها وللسلطان في الأربعة أشهر التي هي العدة⁽⁸⁹⁾.

فبعد انقضاء الأجل المضروب تعتد زوجة المفقود كعدة زوجة الميت أربعة أشهر وعشرًا ولا تحتاج إلى إذن من القاضي في العدة أو في الزواج بعد انتهاء العدة⁽⁹⁰⁾.

أما من فقد في حروب بين المسلمين والكفار فإن زوجته تعتد سنة.

ويبدأ حساب السنة هذه من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش فيه، وقيل يؤجل سنة بعد النظر والكشف عنه⁽⁹¹⁾.

أما من فقد في حرب المسلمين بعضهم بعضاً ومثله المرتحل لبلد الطاعون أو في زمنه، فإن زوجته تعتد يوم انفصال الصفين، و بعد ذهاب الطاعون، بعد أن تكون قد استقصت أمره واستبرأت خبره⁽⁹²⁾.

والراجح أنه لا يحتاج لضرب القاضي لمدة العدة في الأقسام كلها.

⁽⁸⁸⁾ الفواكه الدواني، ج41/2، بداية المجتهد، ج39/2، حاشية خليل، ج157/1.

⁽⁸⁹⁾ المدونة الكبرى، ج450/5.

⁽⁹⁰⁾ الفواكه الدواني، ج41/2، المنتقى شرح الموطأ، ج91/4، كفاية الطالب، ج123/2.

⁽⁹¹⁾ حاشية الدوسوقي على الشرح الكبير، ج483/2، حاشية الصاوي، ج694/2.

⁽⁹²⁾ حاشية الدوسوقي على الشرح الكبير، ج482/2.

أقوال الشافعية:

يعتبر ابتداء المدة من حين أمرها الحاكم بالتربص وليس منذ فقده وانقطاع خبره وبناءً عليه فإن المدة التي مضت قبل رفع أمرها إلى الحاكم لا تحسب في هذه المدة، ومنهم من قال: يعتبر من حين انقطع خبره.

والأول أظهر وهو الراجح في المذهب لأن هذه المدة تثبتت بالاجتهاد فافتقرت إلى حكم حاكم كمدة التعيين.

وإذا ضرب القاضي المدة فمضت فهل يكون حكماً بوفاته أم لا بد من استئناف حكم بالفرقة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يفتقر للحكم بالفرقة لأن الحكم بتقدير المدة حكم بالموت بعد انقضائها.

والثاني: أنه يفتقر إلى الحكم لأنها فرقة مجتهد فيها فافتقرت إلى الحكم كفرقة العنة⁽⁹³⁾، وقد رجح صاحب مغني المحتاج وصاحب العزيز شرح الوجيز القول الثاني، وقال لا بد من أن يحكم القاضي بذلك⁽⁹⁴⁾.

أقوال الحنابلة:

خالف فقهاء الحنابلة فقهاء الشافعية والمالكية فقالوا:

إن ابتداء المدة منذ فقده، وليس بعد رفع أمرها للحاكم

فقالوا: إن من فقد في غيبة ظاهرها الهلاك انتظر به أربع سنين منذ فقد⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ العنة اصطلاحاً: معناها أن يكون الرجل غير قادر على الدخول بالمرأة لعدم انتشار الذكر مع سلامة الأعضاء ظاهراً. والجب هو قطع عضو التناسل، انظر الأحوال الشخصية/ محمد أبو زهرة، ص415، نظام الأسرة. د. محمد عقلة، ج3/229.

⁽⁹⁴⁾ المهذب للشيرازي، ج2/147، روضة الطالبين للإمام النووي، ج8/400، مغني المحتاج، للخطيب الشربيني ج3/520، العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي القزويني، ج9/486،

⁽⁹⁵⁾ الروض المربع، ج3/43، منار السبيل، ج2/80، كشاف القناع، ج4/465.

والسبب في خلافهم للشافعية، والمالكية هو عدم اشتراطهم حكم الحاكم في ضرب المدة.

فلا تفتقر زوجة المفقود إلى حاكم بضرب المدة وعدة الوفاة لأن الظاهر موته، أشبه ما لو قامت به بينة⁽⁹⁶⁾.

ولأنها فرقة تعقبها عدة الوفاة فلا تتوقف على ذلك، كقيام البينة بموته وكمدة الإيلاء⁽⁹⁷⁾.

وقال الإمام ابن قدامة: إن الأمر على روايتين:

1. يعتبر ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة.

2. من حين انقطع خبره وبعد أثره لأن هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان.

ولم يرجح أياً من هذه الأقوال⁽⁹⁸⁾.

وجاء في كتاب الفروع:

هل يفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة أم لا؟

فقال أحدهما: يفتقر إلى ذلك فيكون ابتداء المدة من حين ضربها الحاكم كمدة العنة.

والرواية الثانية: لا يفتقر إلى ذلك بل ابتداء المدة من ابتداء الغيبة، ولو مضت المدة والعدة حلت للأزواج.

⁽⁹⁶⁾ الروض المربع، ج3/198، منار السبيل، ج2/80، شرح منتهى الإرادات، ج3/198.
⁽⁹⁷⁾ الإيلاء لغة: مصدر آلى يولي أي حلف، وشرعاً: هو أن يحلف الزوج على ترك معاشرته زوجته أربعة أشهر فأكثر، سواء كان الحلف بالله سبحانه وتعالى أو بأمر يشق عليه فعله، أنظر المبسوط ج7/17، نظام الأسرة في الإسلام، ج3/273.

⁽⁹⁸⁾ المغني، ج8/108.

وقال الشيخ تقي الدين ابن تيمية لا يفتقر لحاكم على الأصل وهو الصواب.

وقالوا في أول المدة منذ ضربها الحاكم أو منذ انقطع خبره على وجهين⁽⁹⁹⁾.

أما الحنفية والظاهرية وجديد قول الشافعي فقالوا:

إن الحكم بموته ليس له تعلق بيوم فقدانه، لأن الغالب عندهم الانتظار به مدة التعمير، ومع أن هذه المدة مختلفة المقدار بينهم إلا أنها ليس لها علاقة بيوم فقده لأن تعلقها بعمر المفقود وسنه يوم فقد وليس بتاريخ الغياب أو الفقد ولا مواعده⁽¹⁰⁰⁾.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني : فقد اعتبر تعلق الحكم بتاريخ الفقد وليس بتاريخ الانتهاء من البحث والتحري حيث جاء في القانون المذكور في المادة 177 منه ما يلي:

المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده. فاعتبر تاريخ الفقد هو الأساس الذي منه يبدأ حساب المدة للمفقود.

الترجيح:

وأرى 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 فمشكوك فيها. فإذا رفع أولياؤه أمره إلى القضاء فيبدأ حساب المدة من تاريخ رفع أمره للقضاء ويحكم بموته بعد مضي أربع سنوات من هذا التاريخ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

⁽⁹⁹⁾ الفروع، ج4/5/417.

⁽¹⁰⁰⁾ الوسيط في المذهب، الغزالي، ج4/367.

الفصل الثاني الأحكام المتعلقة بزوجة المفقود

ويشمل ستة مباحث :-

المبحث الأول : المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

المبحث الثاني : طلب الزوجة للفرقة

المطلب الأول : طلب الزوجة للتفريق لعدم النفقة

المطلب الثاني : طلب الزوجة التفريق للغيبه.

المطلب الثالث : اشتراط حكم الحاكم لتربص الزوجة ووقوع الفرقة و

نوع الفرقة الحاصلة للأسباب السابقة طلاق (رجعي أو بائن) أو فسخ .

المبحث الثالث : عدة زوجة المفقود والإحداد فيها .

المبحث الرابع : إذا تزوجت زوجة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه.

المبحث الخامس : شهادة الثقات بموته ، أو تظاهرت الروايات بذلك .

المبحث السادس : حكم ولاية غيره على تزويج بناته

المبحث الأول : المدة التي تنتظرها زوجة المفقود

من اللحظات الأولى التي ينطلق بها الرجل مسافراً عن بيته وولده تبدأ زوجته وأولاده بحساب الأيام والساعات وهم ينتظرون عودة هذا الزوج والأب والمعيل والحامي لهذه الأسرة. فغياب الأب عن البيت يلحق النقص بهذا البيت على جميع المستويات المادية والمعنوية والنفسية، وتشعر الزوجة بالوحدة والغربة بدون شريك للحياة يكون عوناً لها في حلو الأيام ومرها.

وقد ذكر الله سبحانه وتعالى أن السكن يكون بالزواج حيث قال تعالى :

" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً
وَرَحْمَةً" (1)

فما بالناس إذا خرج هذا الزوج من البيت وانقطعت أخباره وآثاره ولم تعد كل وسائل الاتصال الحديثة قادرة على أن توصل لنا عنه أية معلومة سواء خيراً أم شراً، أهو حي أم ميت أسير أم طليق.

فتكون زوجته على وجه الخصوص وأقاربه بشكل عام قد وقعوا في الحيرة والتردد، فلا تعلم هذه الزوجة بأن لها زوجاً ترجو عودته وتنتظر قدومه، أو أنها أرملة ومن حقها أن تتصرف في نفسها كما تشاء بما شرع لها الله سبحانه وتعالى من زواج أو غيره.

هذا على افتراضنا بحسن النوايا وطيبها في تعامل هذا الزوج مع زوجته ولكن قد نجد من يتصرف هذا التصرف ويترك الزوجة عامداً للإضرار بها فيسافر عنها ويتركها معلقة دون أن تعلم من حال هذا الزوج شيئاً ويكون الهدف من فعله هذا هو الإضرار بها وإيذاؤها والعياذ بالله.

(1) سورة الروم آية رقم (21) .

فهنا تظهر هذه المشكلة بشكل واضح في حق الزوجة التي تطلب لها حلا وفق الشريعة الإسلامية، وكم من الزمن يمكن أن تبقى هذه الزوجة معلقة لا تعرف لها حالا تستقر عليه.

وبما أنه لم يرد في الشرع من كتاب أو سنة ما يبين لنا حكمها اجتهد علماء المسلمين في هذا الموضوع بناءً على ما ثبت عندهم من أقوال الصحابة والتابعين وما توصلوا إليه من اجتهاد أو رأي، ونتج عن هذا الاجتهاد اختلافات كثيرة في الرأي بين علماء الإسلام نوضحها بعون الله تعالى كما يلي :

رأي الحنفية :

العبرة المشهورة عند فقهاء الحنفية تقول (إن المفقود حي في حق نفسه، ميت في حق غيره).⁽¹⁾

وقد بينا في الفصل الأول معنى هذه العبارة وما يستفاد منها من استصحاب حال الحياة للمفقود بالنسبة لأمواله وزوجته.

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

أدلة الحنفية والرد عليها :

1- ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود " إن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان " وفي بعض الروايات " حتى يأتيها الخبر ".⁽²⁾

⁽¹⁾ بدائع الصنائع، الكاساني ج6/196، الجوهرة النيرة، أبو بكر العبادي، ج1/360. المبسوط، ج34/11، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج5/176 .

⁽²⁾ هذا الحديث أخرجه الدار قطني في سننه ج3/312، والبيهقي في السنن الكبرى ج7/445، وقال عنه صاحب نصب الرأية: هو حديث ضعيف، وقد رواه محمد بن شريحيل عن المغيرة بن شعبة، ومحمد بن شريحيل، هو أشهر من في المتروكين، وقيل عنه أنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل انظر "تصب الرأية للزيلعي، ج3/473".

2- ما روي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في امرأة المفقود قوله : "وهي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق" (1)

3- ما روي عن عبد الله بن مسعود أنه وافق علياً أنها تنتظر أبداً. (2)

4- باستصحاب حال المفقود عند فقده، أو غيبته، فالنكاح عرف ثبوته بيقين والغيبة لا توجب الفرقة، والموت في حيز الاحتمال. فلا يزال النكاح بالشك.

والقاعدة الفقهية تقول (اليقين لا يزال بالشك) (3) فلا يزال الثابت بيقين وهو النكاح بالاحتمال وهو موته. (4)

ومع ما ثبت عند الحنفية من أقوال لكبار الصحابة بخلاف قولهم هذا نذكر منها مما أوردوه في كتبهم :

أ. ما روي عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالوا في امرأة المفقود "تتربص أربع سنين ثم تعند أربعة أشهر وعشراً". (5)

ب. ما روي عن جابر بن زيد أن ابن عمر وابن عباس تذاكرا المفقود فقالا : "تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً". (6)

(1) + (2) مصنف عبد الرزاق ج 7 ص 90.

(3) اليقين لا يزال بالشك، قاعدة فقهية تعتبر من الركائز الأساسية في القواعد الفقهية، وقد ردّ بعض الفقهاء الفقه الإسلامي بأكمله إلى أربعة قواعد هذه القاعدة إحداها. انظر الأشباه والنظائر / للسبوطي ج 1 ص 7 وكذلك ج 1 ص 50، قواعد

الفقه/محمد عميم الاحسان البركتي، ج 1/143. التبصرة، للفيروز آبادي الشيرازي، ج 1/110.

(4) الاختيار لتعليل المختار / عبد الله بن محمود الموصلني الحنفي ج 3/37، الهداية شرح البداية ج 2/180.

(5) مصنف ابن أبي شيبة، أبو بكر بن محمد بن شيبة الكوفي، ج 3/521 .

(6) مصنف ابن أبي شيبة، ج 4/143.

وفي سبب اختيارهم لهذا القول قالوا انه روي عن كبار الصحابة اختلاف فيما بينهم، فمنهم من قال تنتظر أربع سنين كعمر وعثمان وابن عباس وابن عمر، ومنهم من قال تنتظر أبداً كعلي وابن مسعود.

فالمسألة مختلف فيها بين الصحابة والشأن الترجيح والحديث الذي ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود مع انه ضعيف من جهة محمد بن شريحيل ، إلا أن الحديث الضعيف يصلح مرجحاً لا مثبتاً بالأصالة. وما روي من موافقة ابن مسعود مرجح آخر. (1)

وقد رد المخالفون لهذا القول على من أخذ برأي الإمام علي بقولهم : إن ما روي عن علي فيرويه الحاكم وحامد مرسلًا. (2)

ثم يحمل ما رووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعاً بينه وبين ما روى الجوزجاني وغيرهم بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود " تعنت أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعنت بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً، فإذا جاء زوجها خير بين الصداق وبين امرأته". (3)

وعند قول الحنفية إن زوجته تبقى على فراش الزوجية حتى يأتيها البيان اختلفوا في هذه المدة. وقد ورد فيها عدة أقوال سبق بيانها في الفصل الأول، فلا داعي لإعادة ذكرها.

(1) شرح فتح القدير ج6/147 .

(2) الحديث المرسل: هو ما رفعه التابعي إلى الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير، صغيراً كان التابعي أو كبيراً. وهو نوع من أنواع الأحاديث الضعيفة بسبب عدم اتصالها. انظر "أصول الحديث" د. محمد عجاج الخطيب ص337.

(3) المغني، ج9/135، ونلاحظ ورود روايتين عن الإمام علي على القولين وهذا القول عن الإمام علي وجد في رواية خلاس بن عمر عن أبي المليح في سنن البيهقي الكبرى ج7/446 وقال وهي رواية ضعيفة وأبو المليح لم يسمع من علي رضي الله عنه والراجح عن الإمام علي كرم الله وجهه الرواية الأولى أنها لا تزوج .وسياتي عدة أقوال عن الإمام علي على أنها لا تزوج .

فائدة: رجل له أربع نسوة فقدت أحدهن، لم يكن له أن يتزوج مكانها أخرى حتى يأتيه خبر موتها، أو تبلغ من السن مالا يعيش مثلها إلى ذلك الزمان، وإن طلق المفقودة لم يكن له أن يتزوج حتى يعلم أن عدتها قد انقضت (4).

قول المالكية :

سبق أن بينا أن المفقود عند المالكية يقسم إلى أربعة أقسام، وسنبين في هذا الموقع بعون الله حكم زوجته في كل نوع من هذه الأنواع على النحو الآتي :

1- 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 التأجيل بأربعة أعوام تعديي أجمع عليه الصحابة. (1)

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 وعشراً وحلت للأزواج.

(4) الجوهرة النيرة، أبو بكر العبادي، ج2/22.

(1) المنتقى شرح الموطأ/الباجي ج4/91، شرح مختصر خليل للخرشي ج4/149، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/479، التاج والإكليل، ج4/156، الفواكه الدواني ج2/42.

وقد صرح في المدونة وغيرها بأنها تعدد الأربعة أشهر وعشراً دون أمر الإمام بالعدة.
حتى لو لم يبين بها.(2)

واستندوا في ذلك لما رواه عبد الجبار عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضي الله
عنه ضرب للمفقود من يوم جاءته امرأته أربع سنين ثم أمرها أن تعدد عدة المتوفى عنها زوجها
ثم تصنع في نفسها ما شاءت إذا انقضت العدة.(1)

هذا إذا دامت نفقتها في هذه المدة والإطلاق عليه لإعساره بالنفقة من غير تأجيل إلى
أربع سنين وذلك بعد أن يحلفها أنها لم تقبض منه نفقة هذه المدة ولا أسقطتها عنه. وقيل إن هذه
المدة وضعت لأنها أقصى مدة الحمل، وقيل لأنها أقصى ما ترجع فيه المكاتبات في بلاد الإسلام
ذهاباً وإياباً(2).

2- المفقود في بلاد الحرب :

فحكم زوجته عندهم حكم زوجة الأسير فتبقى للتعيمير إن وجد ما ينفق عليها منه. وإلا
فلها التطليق، كما يجوز لهما طلب الفرقة لو خشيتا على أنفسهما الزنا حتى لو وجدت النفقة.(3)
وقال صاحب حاشية الصاوي "أنها تطلق للضرورة وهي أولى من معدومة النفقة كذا
قال الأشياخ".(4)

ومعنى بقائه للتعيمير أي أن لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يثبت موته، أو تمضي
عليه سبعون سنة من يوم ولد.(5)

(2) بداية المجتهد ، ج4/40، المدونة الكبرى ج5/45، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/480.
(1) المدونة الكبرى ج5/448، 451، وقد أخرج لعمر هذا القول الإمام مالك في موطنه في رواية سعيد بين المسيب عنه، انظر
الموطأ، ج2/575.

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/479، الفواكه الدواني، ج2/42.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/481، بداية المجتهد ج2/40، الفواكه الدواني ج2/42.

(4) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ج2/694 .

3- المفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض :

فإن زوجته تعتد بعد انفصال الصفين لأنه الأحوط، وحكمه حكم المقتول دون تلوم له وهو قول سحنون، وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه، وأقصى الأجل في ذلك هو سنة من آخر يوم التقاء الصفين، وهو يوم الانفصال .

قال مالك : ليس في ذلك أجل وتعتد زوجته من يوم التقاء الصفين قاله ابن القاسم. وقال (سحنون : لا يتلوم له ، وحكمه حكم المقتول دون تلوم).

ويشترط هنا أن تشهد البيعة العادلة أنها رأته حضر الصف، فإن شهدت أنه خرج مع الجيش فقط، فحكم زوجته يكون كزوجة المفقود في بلاد الإسلام فيجري فيها ما مر من أحكام. ومثل المفقود في حروب المسلمين المرتحل لبلاد الطاعون أو في زمانه، فإذا فقد تعتد زوجته بعد ذهاب الطاعون بعد أن يكون قد استقصى أمره وبحث عن خبره.⁽¹⁾

4- أما المفقود في حروب المسلمين والكفار :

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 من يوم رفع أمرها إلى الحاكم وليس بعد انتهاء النظر والتفتيش عنه.⁽²⁾

وقد روي هذا القول عن الإمام مالك، وقال يضرب لإمرأته أجل سنة من وقت النظر لها، وتتكح بعد انقضائها. وقضى بهذا في غزاة الأندلس⁽³⁾.

(5) مختصر خليل ج1/157 .

(1) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/482، بداية المجتهد ج2/40 .

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/482، التاج والإكليل، ج4/161، الفواكه الدواني، ج2/42، بداية المجتهد،

ج2/40.

هذا هو القول الراجح في المذهب إلا أن هنالك أقوالاً أخرى فيمن فقد في حرب بين المسلمين والكفار نذكرها بإيجاز:

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

وكل هذه الأقوال مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل، وهذا نوع من القياس فيه خلاف بين العلماء القائلين بالقياس⁽¹⁰¹⁾.

أقوال الشافعية في زوجة المفقود :

للشافعية في مدة انتظار زوجة المفقود قولان نبينهما بعون الله تعالى كما يلي :

القول الأول : وهو قول الإمام الشافعي رحمه الله في القديم، أنها تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ثم تتكح. ودليلهم على ذلك:

1- ما روي عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أن رجلاً استهوته الجن فغاب عن امرأته فأتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأمرها أن تمكث أربع سنين ، ثم أمرها أن تعتد ثم تتزوج.⁽¹⁰²⁾

2- ما رواه الإمام الشافعي في كتابه الأم حيث قال : أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد

⁽³⁾ التاج والإكليل، ج4/161.

⁽¹⁰¹⁾ بداية المجتهد، ج2/40.

⁽¹⁰²⁾ مصنف ابن أبي شيبة، ج3/522، ومثله عن عاصم الأحول انظر سنن الدار قطني، ج3/311

بن المسيب أن عمر بن الخطاب قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً⁽¹⁰³⁾. قال: والحديث الثابت عن عمر وعثمان في امرأة المفقود مثل ما روى مالك عن سعيد ابن المسيب عن عمر (رضي الله عنه) مع زيادة على الحديث السابق فإذا تزوجت فقدم زوجها قبل أن يدخل بها زوجها الآخر كان أحق بها، فإن دخل بها زوجها الآخر فالأول "المفقود" بالخيار بين امرأته والمهر⁽¹⁰⁴⁾.

3- احتجوا أيضاً بالقياس والمعقول فقالوا : إن الزوجة من حقها فسخ النكاح لتعذر الوطء بالعنة والجب، وتعذر النفقة بالإعسار فلأن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى⁽²⁾.

وبينى على هذا القول بعض مسائل منها :

المسألة الأولى :

هل تنقصر مدة التربص إلى ضرب (توقيت) القاضي لها أم لا ؟ ثم هل يعتبر ابتداء المدة حين الفقد أو من حين أمرها الحاكم بالتربص ؟

في الأمر قولان وأصحهما أن هذه المدة تنقصر إلى ضرب القاضي لها. وبناء عليه فلا تحتسب ما مضى من مدة قبل فرض القاضي لهذه المدة وهذا هو الراجح في المذهب. وفي قول آخر أنه يبدأ اعتبار المدة من حين انقطاع خبره⁽³⁾.

المسألة الثانية :

إذا ضرب القاضي المدة فمضت فهل يكون حكماً بوفاته أم لا بد من استئناف حكم بالفرقة؟ فيه وجهان وأصحهما أنه يفتقر إلى حكم الحاكم ولا بد من استئناف حكم بذلك⁽⁴⁾.

⁽¹⁰³⁾ موطأ الإمام مالك، ج2/575.

⁽¹⁰⁴⁾ الأم ج236/7، مصنف عبد الرزاق ج85/7، سنن البيهقي الكبرى ج445/7.

⁽²⁾ روضة الطالبين ج401/8، مغنى المحتاج ج397/3، المهذب ج146/2.

⁽²⁾ روضة الطالبين، ج401/8، مغنى المحتاج، ج397/3.

المسألة الثالثة :

إذا حكم بالفرقة فهل ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً أم ظاهراً فقط ؟

فيه وجهان وأصحهما أنه ينفذ ظاهراً فقط. (5)

القول الثاني :

وهو قول الإمام الشافعي في الجديد وهو الصحيح في المذهب أنه ليس لها الفسخ ولا

يحق لها أن تتكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعتد. (1)

واستدلوا لذلك بقولهم إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله لم يجز الحكم بموته في

نكاح زوجته.

وقالوا أيضاً : إن قول عمر السابق يعارضه قول علي كرم الله وجهه حيث قال "امرأة

المفقود ابتليت فلتنصبر ولا تتكح حتى يأتيها" يعني موته أو طلاقه. (2) قال الإمام الشافعي وبهذا

نقول.

وقالوا : إن الأصل هو بقاء الحياة ، والنكاح معلوم بيقين فلا يزال إلا بيقين ولا يسار

إلى الشك وهو الظن بموته.

وردوا على قولهم القديم بالقول : إن الفسخ بسبب الفقد يخالف فرقة التعنين والجب

والإعسار بالنفقة، فهناك ثبت سبب الفرقة وهو التعنين أو الجب وهنا لم يثبت سبب الفرقة وهو

الموت. (3)

(4) المهذب ج2/146.

(5) روضة الطالبين، ج8/401، المهذب ج2/146.

(1) الأم ج5/239، روضة الطالبين ج8/400

(2) مصنف عبد الرزاق ج7/90، سنن البيهقي الكبرى ج6/158.

(3) إغاثة الطالبين ج4/83، روضة الطالبين ج8/400، مغنى المحتاج ج3/27.

وقد ردوا على من قال بضعف أو إرسال قول الإمام علي بقولهم إن الحديث السابق

للإمام علي كرم الله وجهه مروى من عدة طرق نذكر هنا بعضها للتثبيت فنقول :

1- اخبرنا يحيى بن حسان عن أبي عوانة عن منصور عن أبي المنهال بن عمرو عن عباد بن عبد الله الأسدي عن علي رضي الله تعالى عنه انه قال في امرأة المفقود أنها لا تتزوج.⁽⁴⁾

2- اخبرنا يحيى بن حسان عن هشيم بن بشير عن سيار أبي الحكم عن علي رضي الله عنه أنه قال في امرأة المفقود: إذا قدم وقد تزوجت امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولا تخيير.⁽¹⁾

وبالنسبة لتحديد مدة الانتظار بزمان :

ففي ذلك عند الشافعية قولان :

1- أحدهما : وبه قطع الأكثرون أنه إذا مضت مدة يعلم أو يغلب على ظن الحاكم أن مثله لا يعيش فوقها قسم ماله.

2- الثاني : وهو قول شاذ في المذهب أنها تقدر بسبعين سنة. استناداً إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين، وأقلهم من يجوز ذلك)⁽²⁾ وقد مر تفصيل هذا الموضوع في الفصل الأول فليراجع للزيادة.

ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح بل يكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليها.

⁽⁴⁾ مسند الشافعي ج 1/303، سنن البيهقي الكبرى ج 7/444.

⁽¹⁾ المرجعان السابقان.

⁽²⁾ هذا الحديث مر سابقاً، ص 14.

والراجح اشتراط حكم الحاكم بعد مضي هذه المدة. وإذا مضت المدة وحكم الحاكم بموته وقسم ماله فهل لزوجته أن تتزوج؟

مفهوم كلام الشافعية دلالة وصريحاً أن لها ذلك وأن المنع على قولهم الجديد مخصوص بهذه المدة.

ألا ترى أنهم ردوا على قولهم القديم حيث قالوا إن لم يجر الحكم بموته في قسمة ماله لم يجر به في فراق زوجته، وأنهم رأوا الحكمين متلازمين⁽³⁾.

سبب تغير الحكم عند الإمام الشافعي بين قوليه القديم والجديد في زوجة المفقود :

والسبب في هذا الاختلاف والله أعلم أن الإمام الشافعي قلده عمر بن الخطاب رضي الله عنه في زوجة المفقود وبنى حكمه على قول سيدنا عمر. ثم رجع عن هذا القول وقال أيضاً لو قضى به قاض نقضت قضاءه، وذلك عندما بان له أن تقليد الصحابة لا يجوز للمجتهد⁽¹⁰⁵⁾.

أقوال الحنابلة:

إن اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة من ماله ما دام حياً لقيام موجبها وهو الزوجية. فإن تبين أنه كان 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 بيقين الموت ولم يوجد ههنا، فلا تسقط نفقتها إلا إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما⁽¹⁰⁶⁾.

⁽³⁾ روضة الطالبين ج6/34، مغنى المحتاج ج3/27، الوسيط أبو حامد الغزالي ج4/367.

(1) الوسيط ج6/148.

وقد قسم فقهاء الحنابلة المفقود إلى قسمين:

1- مفقود في غيبة ظاهرها السلامة .

2- مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك .

ولكل نوع من هذين النوعين أحكام بالنسبة لانتظار زوجته أبينها بعون الله كما يلي:

1- في الغيبة التي ظاهرها السلامة:

وهو كمن سافر للتجارة أو طلب العلم أو السياحة (ويلحق به الأسير لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء) فإن امرأته تنربص تمام تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب أن لا يعيش أكثر من هذه المدة. ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل للأزواج. هذا هو المذهب وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله⁽¹⁰⁷⁾.

وهذا القول هو أشهر الروايتين عن أحمد والرواية الثانية أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت موته⁽¹⁰⁸⁾.

وقد ذهب إلى هذا الرأي علي بن أبي طالب رضى الله عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ كشف القناع، ج5/424، الفروع ج8/129، الإنصاف، ج9/290.

⁽¹⁰⁷⁾ المبدع ج6/215، كشف القناع ج4/465، الإنصاف ج7/335، دليل الطالب ج1/203، الفروع ج5/25.

⁽¹⁰⁸⁾ الإنصاف ج7/335، منار السبيل ج2/80.

⁽¹⁰⁹⁾ المغني ج9/132.

أما سبب اختيارهم لتسعين سنة منذ ولد فقالوا لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، وقد روي في المدة عدة أقوال مرت في الفصل الأول في باب القضاء بموت المفقود.

وقد رد الفقهاء على أصحاب هذا القول بقولهم: إن المدة لا يصار إليها إلا بنص وهو منتف هنا، وكذلك فإنه إذا حكمنا بمدة تسعين سنة من يوم ولد يكون في ذلك اختلاف في العدة في حق المرأة بناء على عمر الزوج وهذا لا نظير له. فالراجح أن يترك ذلك إلى اجتهاد الحاكم وتقديره. (110)

2- أن تكون غيبة ظاهرها الهلاك :

كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً أو يفقد بين الصفين في المعركة أو ينكسر بهم مركب فيغرق بعضهم فمذهب الإمام أحمد الظاهر عنه أن زوجته تنربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحل للأزواج. (111)

وهذا القول قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير قال الإمام أحمد بن حنبل قال به خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهري وقتاده والليث وعلي بن المديني (112).

وسبب اختيارهم لمدة الأربع سنين أنها أكثر مدة الحمل عندهم، لأنها مدة يتكرر فيها تردد المسافرين والتجار، فانقطاع خبره يغلب على الظن هلاكه إذ لو كان حياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية (113).

(110) المغني ج9/132.

(111) المغني ج9/133، الروض المربع ج3/43، منار السبيل ج2/81، كشاف القناع ج4/465، دليل الطالب ج1/203، المبدع ج6/215.

(112) المغني ج9/133، منار السبيل ج2/81.

(113) الروض المربع ج3/43، الفروع ج5/25، المغني ج9/133.

واستندوا في ذلك إلى حديث عمر بن الخطاب وهو أن رجلاً فقد فجاءت امرأته إلى عمر فذكر ذلك له فقال: تربصي أربع سنين ففعلت ثم أنته فقال: تربصي أربعة أشهر وعشراً ففعلت، ثم أنته فقال: أين ولي هذا الرجل فجاؤوا به فقال: طلقها ففعل، فقال عمر تزوجي من شئت⁽¹¹⁴⁾.

قال الإمام أحمد رحمه الله هو أحسنها، يروى عن عمر ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع عنه، هؤلاء كذابون وقال من ترك هذا أي شيء يقول وقال هو مروى عن خمسة من الصحابة عمر وعثمان وعلى وابن الزبير وابن عباس وهو القياس⁽¹¹⁵⁾.

قول الظاهرية :

ذهب الظاهرية إلى أنه لا يجوز فسخ نكاح امرأة المفقود أبداً ، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي . فإذا لم يكن له مال ينفق عليها منه قيل لها انظري لنفسك ، فإذا لم تستطع الاكتساب أنفق عليها من سهم الفقراء والمساكين من الصدقات كسائر الفقراء ولا فرق.⁽¹⁾

وعبارة الإمام ابن حزم نقلها هنا فنقول: قال ابن حزم: لا يجوز فسخ نكاح أحد بمغيبية ، ولا إيجاب 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.⁽²⁾

قول سعيد بين المسيب:

قال الإمام سعيد بن المسيب إذا فقد في الصف عند القتال تربص امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين. وقوله تربص بفتح التاء على حذف إحدى التائين⁽³⁾.

⁽¹¹⁴⁾ سنن البيهقي الكبرى، ج7/445، مصنف عبد الرزاق، ج7/87، وله عدة طرق بالمعنى نفسه، ومثله في مصنف ابن أبي شيبة، ج3/522.

⁽¹¹⁵⁾ المغني، ج9/134. منار السبيل ج2/81، كشاف القناع، ج4/465، الانصاف، ج9/288، الفروع، ج8/128.

⁽¹⁾ المحلى ج10/134.

⁽²⁾ المحلى ج10/142.

⁽³⁾ فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج9/430.

الترجيح:

بعد استعراض أقوال الفقهاء وبالنظر إلى قوة أحاديث التربص أربع سنين التي وصفها صاحب فتح الباري بأنها صحيحة حيث قال في ذلك: أخرج عبد الرزاق وسعيد بن منصور وابن أبي شيبة بأسانيد صحيحة عن عمر منها لعبد الرزاق عن طريق الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قضيا بذلك. وأخرج سعيد بن منصور بسند صحيح عن ابن عمر وابن عباس قالوا تنتظر امرأة المفقود أربع سنين، وثبت أيضا عن عثمان وابن مسعود في رواية وعن جمع من التابعين كالنخعي وعطاء والزهري ومكحول والشعبي، واتفق أكثرهم على أن التأجيل من يوم ترفع أمرها للحاكم، وعلى أنها تعدد عدة الوفاة بعد مضي الأربع سنين⁽⁴⁾.
فيظهر لنا صحة أحاديث التأجيل عن عمر وأنها اشتهرت بين الصحابة فكانت كالإجماع وهذا هو الراجح وما نميل إليه.

أما من ذهب إلى قول بأنها تنتظر مدة التعمير فهذا فيه تفويت لمنافع النكاح على الزوجة، فلا تعيش مع زوج تالفه، ولا يحق لها أن تتزوج غيره ليكفيها المؤونة ويكون في ذلك سكن لها وقد أمرنا الإسلام بدفع الضرر، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

وقد رجح عدد من العلماء المعاصرين الذين كتبوا في هذا الموضوع الأخذ بالمدد القصيرة التي اتخذها هؤلاء الفقهاء أنفسهم، فقال الأستاذ عمر فروخ في كتابه "الأسرة في التشريع الإسلامي": "ولا ريب في أن الاختلاف في تقدير المدة كان راجعاً إلى فقدان وسائل الاتصال السريعة في الأزمنة الغابرة، أما في العصر الحديث فيجب أن نميل إلى المدد القصيرة التي اقترحها الفقهاء أنفسهم⁽¹¹⁶⁾."

وإلى مثل هذا القول ذهب د. جمعة براج حيث قال:

فالمرأة تتضرر بغيبوبة الزوج عنها أكثر من تضررها بفقد النفقة، والإسلام يصون الأعراض ويدفع الشبهات قدر الاستطاعة، وفي تطبيق الزوجة بعد الأربع سنوات قطع لدابر

(4) المرجع السابق، ج430/9.

(116) الأسرة في التشريع الإسلامي، عمر فروخ، ص135.

الفتنة، مراعاة لمصلحة المرأة التي تحتاج إلى من يؤنس وحشتها ويكفل لها كريم العيش، بدلاً من الانحطاط إلى حماة الرذيلة، وذل الكفاة والتسول، وإذا ظهر الزوج بعد هذه المدة فالنساء كثر (117).

ومثله أيضا قال د. عبد الكريم زيدان، في كتابه "المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم": "أرجح أن تكون مدة انتظار زوجة المفقود التي يحددها لها القاضي هي مدة أربع سنوات من تاريخ مراجعتها له رافعة أمر فقدان زوجها، وأن تعتبر هذه المدة ضابط محدد في جميع حالات فقد، فتستقر أحكام القضاء بالنسبة لجميع المفقودين من جهة مدة انتظار زوجاتهم (118).

المبحث الثاني

طلب الزوجة للفرقة

ويشمل ثلاثة مطالب :

المطلب الأول :طلب الزوجة للتفريق لعدم النفقة .

المطلب الثاني :طلب الزوجة التفريق للغيبة .

(117) أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، د. جمعة محمد براج، ص 662.

(118) المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، د. عبد الكريم زيدان، ج 8/456.

المطلب الثالث: اشتراط حكم الحاكم لتربص الزوجة ووقوع الفرقة ،ونوع

الفرقة الحاصلة للأسباب السابقة طلاق (رجعي أو بائن) أو فسخ .

المطلب الأول: طلب الزوجة للتفريق لعدم النفقة:

دلّ كتاب الله "سبحانه وتعالى"، والسنة والإجماع والمعقول على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن⁽¹¹⁹⁾.

أما الكتاب العزيز فقوله تعالى: "أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"⁽¹²⁰⁾

والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق، لأنها لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب.

وقوله تعالى: "وَلَهُنَّ مِمَّا لِدُنْيَاهُنَّ الَّذِي فِي بُحْرَانٍ" ⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁹⁾ بدائع الصنائع، الكاساني ج4/15، المبدع، إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/185، حاشية البجيرمي، سليمان بن عمر

البجيرمي ج4/106.

⁽¹²⁰⁾ سورة الطلاق آية رقم 6.

⁽¹²¹⁾ سورة البقرة، آية رقم "228"

قيل هو المهر والنفقة.

وقوله تعالى: "لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ" ⁽¹²²⁾.

أما من السنة المشرفة:

1. ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع نذكر منها "...فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه، فإن فعن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح. ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف... ألا وحققهن عليكم أن تحسنوا إليهن في طعامهن وكسوتهن ⁽¹²³⁾".

2. حديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان "خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ⁽¹²⁴⁾" ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها النبي "صلى الله عليه وسلم" بالأخذ من غير إذنه.

أما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن وأما المعقول: فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح حقاً للزوج، ممنوعة عن الاكتساب بحقه، وقد فرغت نفسها للإشراف على شؤون بيت الزوجية وهذا عائد على الزوج فلها كفايتها عليه مقابل ذلك".

⁽¹²²⁾ سورة الطلاق آية رقم "7".

⁽¹²³⁾ صحيح مسلم/ كتاب الحج/ باب حج البيت ج2/890، سنن ابن ماجه/ كتاب المناسك/باب حجة رسول الله صلى الله عليه وسلم ج2/1025، سنن الترمذي/كتاب تفسير القرآن/باب سورة التوبة ج5/273، وقال عنه هذا حديث حسن صحيح، مصنف ابن أبي شيبة، ج3/336، سنن النسائي الكبرى، ج2/421، مسند الإمام أحمد/حديث عم أبي حرة ج5/72، وكلمة عوان تعني أسرى في أيديكم .

⁽¹²⁴⁾ صحيح البخاري/ كتاب البيوع ج2/769، وكتاب المناقب ج5/205، صحيح مسلم/باب قضية هند ج3/1338.

ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم تكن كفايتها عليه لهلكت⁽¹²⁵⁾.

فلما كان للزوجة على زوجها حق النفقة كما بينا، فما الحكم إذا امتنع هذا الزوج عن الإنفاق على زوجته أو أعسر بالنفقة، أو غاب عن زوجته ولم يترك لها مالاً تنفق منه. وفيما يلي آراء المذاهب الفقهية في ذلك :

مذهب الحنفية:

دلّ كتاب الله سبحانه وتعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم والإجماع والمعقول على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن⁽¹²⁶⁾. فلما كان للزوجة النفقة على زوجها، ولم يرد ما يخص ذلك بوجود الزوج أو غيبته أو فقدانه، فإن حكم النفقة على الزوجة يبقى على حاله في حال غيبة الزوج.

ويلحق بالنفقة السكنى، فقد قال صاحب بدائع الصنائع⁽¹²⁷⁾: كل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله تعالى "أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ"⁽¹²⁸⁾.

فإن غاب الرجل عن زوجته وله مال حاضر فطلبت النفقة فإن القاضي يفرض لها النفقة من مال زوجها الغائب أو المفقود بشروط هي:

1. أن يعلم القاضي بالنكاح بينهما.
2. أن يحلفها أن زوجها لم يعطها النفقة أو لم يبعث لها بها.

⁽¹²⁵⁾ بدائع الصنائع للكاساني، ج4/16.

⁽¹²⁶⁾ بدائع الصنائع/ للكاساني ج4/15.

⁽¹²⁷⁾ المرجع السابق، ج4ص22.

⁽¹²⁸⁾ سورة الطلاق آية رقم 6.

3. أن يأخذ منها كفيلاً لجواز أن يحضر الزوج ويقيم البينة أنه قد أوفى لها نفقتها.

4. تسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم.

ومعنى التسليم (التخلية) وهي أن تخلي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها⁽¹²⁹⁾.

والسبب في هذه الشروط أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه، والغائب عاجز عن النظر لنفسه، فينظر له الحاكم، ويتخذ هذه الاحتياطات لصالحه.

أما إذا لم يكن للزوج مال حاضر فهل يفرض لها النفقة بطريق الاستدانة؟ فيه خلاف عند فقهاء الأحناف: فقد كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله يقول يأمرهن بالاستدانة عليه وهو قول الإمام زفر رحمه الله. كما يفعل في حال حضرته.

ثم رجع عن ذلك وقال: لا يأمر بالاستدانة عليه وهو قول أبي يوسف ومحمد، لأن فيه قضاء على الغائب وليس للقاضي ذلك. أما إذا كان له مال حاضر فحضور ماله بمنزله حضوره استحساناً.

ولا يبيع الحاكم عروضه في نفقتها، لأنه لو كان حاضراً لم يبيع الحاكم عروضه في ذلك، فلما كان غائباً كان أولى بعدم بيعها.

وقال أبو يوسف ومحمد أنه إنما يبيع على الحاضر عروضه بعدما يحجر⁽¹³⁰⁾ عليه وليس له ولاية الحجر وإلزام القضاء على الغائب.

ولكن ينفق عليها من غلة الدار ومن ديونه على غيره لأن ذلك من جنس حقها⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁹⁾ المبسوط، السرخسي ج5/196، بدائع الصنائع، الكاساني، ج4ص18.

⁽¹³⁰⁾ الحجر لغة: المنع، وشرعاً: المنع من التصرفات المالية. مغني المحتاج ج2/165.

⁽¹³¹⁾ المبسوط، السرخسي ج5/191.

أما إذا أعسر بنفقة زوجته وطلبت الزوجة الفرقة بسبب ذلك: فلا يجيبها القاضي إلى ذلك، ولا يحق للزوجة عند الحنفية طلب الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة.

وذهب إلى هذا القول الزهري وعطاء بن يسار والحسن البصري والثوري، وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن سليمان والظاهرية⁽¹³²⁾.

أما دليلهم على عدم التفريق بالإعسار بالنفقة فقالوا⁽¹³³⁾:

1. إن حقه يبطل بالتفريق وحقها يتأخر، والأول أقوى في الضرر، وهذا لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فتستوفى في الزمان الثاني.

2. فوت المال هو تابع في النكاح لا يلحق بما هو مقصود وهو التنازل.

3. بدليل قوله تعالى: "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ"⁽¹³⁴⁾

وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص. وقد ردوا على من احتج بالآيات التالية بجواز التفريق كما يلي: قال تعالى: "وَلَا تُسْكِرْهُنَّ ضَرْمًا لَتَعْدُوا."⁽¹³⁵⁾

وقوله تعالى "فَأِمْسَاكِ بِمَعْرِوْفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ"⁽¹³⁶⁾.

قالوا: اعتمد بعض الأئمة على هاتين الآيتين وغيرهما في إيجاب الفرقة بين المعسر

العاجز عن النفقة وبين امرأته، لأن الله سبحانه وتعالى إنما خيره بين أحد شيئين: إما إمساك

⁽¹³²⁾ انظر مسرد الأعلام، ص (166) من هذا البحث.

⁽¹³³⁾ شرح فتح القدير، محمد عبد الواحد السيواسي، ج4/391.

⁽¹³⁴⁾ سورة البقرة "280".

⁽¹³⁵⁾ سورة البقرة "231".

⁽¹³⁶⁾ سورة البقرة "229".

بمعروف، أو تسريح بإحسان وترك الإنفاق ليس بمعروف، فمتى عجز عنه تعين عليه التسريح
فيفرق الحاكم بينهما.

قال أبو بكر الجصاص رحمه الله: هذا جهل من قائله والمحتج به، لأن العاجز عن نفقة
امرأته يمسكها بمعروف، إذ لم يكلف الإنفاق في هذه الحال، قال تعالى " وَمَنْ قُلِبَ عَلَيْهِ مِرْقَتُهُ
فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ⁽¹³⁷⁾ ".

فغير جائز أن يقال: أن المعسر غير ممسك بمعروف ⁽¹³⁸⁾.

مذهب المالكية:

مذهب الإمام مالك أن الإعسار بالنفقة والمؤنة يوجب الخيار للزوجة بين أن تطلق عليه
وبين أن تقيم معه بلا نفقة ⁽¹³⁹⁾.

والغائب عن زوجته يطلق عليه للعسرة بالنفقة، لأن هذا نوع ملك تستحق به النفقة فكان
للاعسار بها تأثير في إزالتة كملك اليمين، سواء دخل بزوجه أم لم يدخل وسواء دعي إلى
الدخول أم لا على المعتمد.

فالدعوى والدخول شرط للنفقة على الزوج إذا كان حاضراً لا غائباً، أما قريب الغيبة
كثلاثة أيام فإنه يعذر إليه "يرسل إليه" إما أن تتفق عليها أو يطلق عليك ⁽¹⁴⁰⁾.

وأما إذا لم يعلم موضعه أو كانت غيبته على عشرة أيام فيتلوم له، فإن وجد الزوج ما
يمسك الحياة خاصة يطلق عليه إذ لا صبر لها عادة على مثل ذلك. فإن قدرت على القوت كاملاً

⁽¹³⁷⁾ سورة الطلاق آية رقم "7".

⁽¹³⁸⁾ أحكام القرآن للجصاص، ج1/544.

⁽¹³⁹⁾ المنتقى شرح الموطأ، سليمان بن خلف الباجي، ج4/132.

⁽¹⁴⁰⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن عرفة الدسوقي، ج5/520، المنتقى شرح الموطأ، الباجي ج4/132.

ولو من خشن المأكول أو خبز بغير أدم ووجد من الكسوة ما يوارى العورة ولو من خشن الصوف أو دون ما يلبسه فقراء ذلك المكان فلا يطلق عليه وإن كانت غنية.

وإن أعسر بالنفقة واختارت الفرقة فقد روي عن مالك "يؤجل الشهر والشهرين". قال أصبغ: إن لم يطعم له بمال فلا يؤجل إلا الشهر لا يبلغ الشهرين.

وقال القاضي أبو محمد: قيل يؤجل الشهر وقيل الأيام اليسيرة الثلاثة ونحوها. وهذه الرواية رواها ابن حبيب عن مالك أنه قال ما علمت أنه يضرب أجل في النفقة إلا الأيام اليسيرة⁽¹⁴¹⁾.

والراجح وما عليه الأصحاب ورواية الإمام مالك: الشهر. وهذا كله على قدر الاجتهاد من الحاكم فيؤجل للذي يرجو له إحراز النفقة ما لا يؤجل لمن لا يرجوه له أو لمن ضعف فيه الرجاء ما لم يضر ذلك بالمرأة إضراراً كبيراً⁽¹⁴²⁾.

واشترطوا لجواز طلبها التفريق أن تكون تزوجته على الغنى، أما إذا علمت حين العقد فقره فليس لها الفسخ بالإعسار بالنفقة إلا إن كان مشهوراً بالعطاء وانقطع، وكذلك إذا علمت أنه من السُّؤال فليس لها الفسخ إلا إذا تركه فلها الفسخ، ووجه ذلك أنها راضية بعيبه فقد أدمت على الزواج وهي تعرف حاله كمشتري السلعة بها عيب يعلمه فلا ترد بهذا العيب⁽¹⁴³⁾.

وتباع عروضه وداره في نفقتها إن لم يكن له مال غيرها، حتى لو احتاج هذه الدار للسكنى، وقد صرح بذلك في المدونة حينما سُئل هل تكسر عروضه في نفقتها في قول الإمام مالك؟

قال: نعم.

⁽¹⁴¹⁾ المرجعان السابقان.

⁽¹⁴²⁾ المنتقى شرح الموطأ ج 4/ 133.

⁽¹⁴³⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 5/ 520، والمنتقى شرح الموطأ ج 4/ 132.

وقال: لا يؤخذ منها حميلاً "كفيلاً" بما دفع إليها من نفقة حذار أن يدعي الزوج عليها حجة، فإذا قدم فهو على حجته فإن ادعى مسقطاً للنفقة فإن أثبتته رجع عليها بما أنفق عليها⁽¹⁴⁴⁾.

مذهب الشافعية:

دل كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم أن على الرجل أن يعول امرأته.

قال الإمام الشافعي: فلما كان من حقها عليه أن يعولها ومن حقه أن يستمتع بها ويكون لكل على كل ما للزوج على المرأة وللمرأة على الزوج، احتمل أن لا يكون للرجل أن يمسك المرأة يستمتع بها ويمنعها غيره تستغني به، ويمنعها أن تضرب في البلد وهو لا يجد ما يعولها به، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير المرأة بين المقام معه أو فراقه⁽¹⁴⁵⁾.

وقال في روضة الطالبين:

نص الإمام الشافعي رحمه الله في قوليه القديم والجديد أنها بالخيار إن شاءت صبرت وأنفقت من ماله أو اقترضت وأنفقت على نفسها، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر، وإن شاءت طلبت الفسخ⁽¹⁴⁶⁾.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1. ما روي عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهن أو ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁴⁾ المرجعان السابقان.

⁽¹⁴⁵⁾ الأم/ للإمام الشافعي ج 5/98.

⁽¹⁴⁶⁾ روضة الطالبين / للنووي ج 9/72 .

⁽¹⁴⁷⁾ نيل الأوطار، ج 7/133، سبل السلام، ج 3/221، وقال عنه وقد صححه الحافظ أبو حاتم الرازي. مصنف ابن أبي

شيبه، ج 4/169، سنن البيهقي الكبرى، ج 7/469، مسند الشافعي، ج 1/267 .

واستدلوا كذلك بحديث أبي هريرة "أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزوج بالنفقة على أهله".

وقال أبو هريرة "تقول امرأتك أنفق على أو طلقني، ويقول خادمك أنفق علي أو بعني"⁽¹⁴⁸⁾.

وقال الشافعي وهذا بيان أن عليه طلاقها.

فإن غاب الرجل عن زوجته بعد أن دخل بها أي غيبة كانت فطلبت النفقة منه أحلفت ما

دفع إليها نفقة وفرض القاضي لها من ماله نفقتها وإن لم يكن له نقد، بيع لها من عرض ماله وأنفق عليها.

وتكون نفقتها بحسب وصفها لحاله من نفقة موسع أو مقتر أي الحاليين كان حاله⁽¹⁴⁹⁾.

أما إذا غاب الزوج عن زوجته وانقطع خبره وهو موضوع بحثنا فلا يثبت للزوجة

الفسخ بالإعسار بالنفقة، لأن الفسخ يثبت بالعيب بالإعسار، ولم يثبت الإعسار هنا، فلا يجوز لها الفسخ بذلك.

ومن الأصحاب من ذكر فيه وجهاً آخر وهو أنه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع

خبره كتعذرها بالإعسار. أما إذا ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها فهل يجوز الفسخ أم لا يفسخ حتى يبعث إليه فإن لم يحضر ولم يبعث النفقة فحينئذ يفسخ فيه وجهان⁽¹⁵⁰⁾، وأصحهما الأول.

وإن اختارت الزوجة الفسخ لم يجز الفسخ إلا بالحاكم لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح

بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين⁽¹⁵¹⁾.

وفي وقت الفسخ قولان:

⁽¹⁴⁸⁾ فتح الباري، كتاب النفقات، ج9/501، سنن البيهقي الكبرى ج7/466، السنن الكبرى للإمام النسائي ج5/384، مسند الإمام أحمد ج2/252.

⁽¹⁴⁹⁾ الأم، الشافعي ج5/98 وكذلك ج5/116.

⁽¹⁵⁰⁾ روضة الطالبين، 73/9. المهذب وأبو اسحاق الشيرازي، ج2/164.

⁽¹⁵¹⁾ المهذب / أبو اسحاق الشيرازي ج2/164، روضة الطالبين/للنووي ج9ص72.

قال الإمام الرافعي:

النفقة تجب كل يوم، وإنما تُسَلَّم كلما طلع الفجر، فإذا عجز عن تسليمها فينجز الفسخ أو تمهل ثلاثة أيام فيه قولان:

أحدهما: أن لها الفسخ في الحال، ولا تمهل لأن السبب الإعسار وقد حصل، ولأنه فسخ لتعذر العوض فيثبت في الحال كالفسخ بالبيع بإفلاس المشتري بالثمن. وينسب هذا القول إلى القديم.

والثاني: وهو الأصح أنه يمهل ثلاثة أيام، وذلك حتى يتحقق عجزه، لأنه قد يتعذر ويتعسر الإنفاق لعوارض ثم تزول، وأنه قد لا يقدر اليوم ويقدر في غد. ولكن لا يمكن إمهاله أبداً لأنه يؤدي إلى الإضرار بالمرأة.

والثلاثة أيام مدة قريبة لا يصعب تجاوزها باستقراض وغيره.

وقال القاضي ابن كج⁽¹⁵²⁾: إن جمهور الأصحاب على الإمهال وقيل أنه على قول واحد وهو الإمهال.

وهنا عند قولنا بالفسخ بالحال أو الإمهال ففي ذلك عدة مسائل:

إذا قلنا بالفسخ بالحال ففي ذلك وجهان.

1. أن لها المبادرة إلى الفسخ من أول النهار بعجزه عن توفية الواجب وقت وجوبه.

2. إلى آخر النهار وهو وقت إفطار الصائمين.

3. إلى انقضاء اليوم واللييلة بعده، لأن النفقة لها وبمضيها سيستمر العجز عن الحق.

وإن قلنا يمهل ثلاثة أيام ففيه مسائل:

⁽¹⁵²⁾ انظر مسرد الأعلام، ص (173) من هذا البحث.

1. أحدهما: إذا مضت الأيام الثلاثة، فلها الفسخ صباحة اليوم الرابع، إن لم يسلم النفقة، وإن سلمها لم يجز الفسخ لما مضى.

2. الثاني: أن لها الفسخ بطلوع فجر الرابع بلا مهلة وبه صرح الغزالي⁽¹⁵³⁾.

وإذا رضيت المرأة بإعساره والمقام معه، ثم بدا لها بعد ذلك أن تفسخ فتمكن منه لأن النفقة يوماً بيوم فتجب والضرر يتجدد.

ولا أثر لقولها: رضيت بإعساره أبداً. فإنه وعد لا يلزم الوفاء به. وكذلك لو نكحته عالمة بإعساره، ثم طلبت الفسخ مكنت منه أيضاً⁽¹⁵⁴⁾.

قول الحنابلة:

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته، أو بيعضها، أو أعسر بالكسوة أو بيعضها فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه وبين فسخ النكاح⁽¹⁵⁵⁾.

وروي نحو هذا القول عن عمر وعلي وأبي هريرة وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحمام وإسحاق وغيرهم⁽¹⁵⁶⁾.

والمذهب وما عليه جماهير الأصحاب أن لها الفسخ، وقد نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى.

وروي عنه أنها لا تملك الفسخ بالإعسار بحال.

⁽¹⁵³⁾ العزيز شرح الوجيز، أبو القاسم الرافعي القزويني ج1/57-58، المهذب، للشيرازي ج2/164.

⁽¹⁵⁴⁾ روضة الطالبين، النووي ج9/78.

⁽¹⁵⁵⁾ الإنصاف، المرادوي، ج9/383، المبدع، إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/206، مطالب أولي النهى/مصطفى

الرحبياني ج5/637.

⁽¹⁵⁶⁾ المغني ابن قدامة المقدسي، ج8/162، المبدع، إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/206، الإنصاف، المرادوي ج9/383.

ودليلهم على جواز الفسخ ما يلي:

1. قوله تعالى: " فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحُ بِاِحْسَانٍ" ⁽¹⁵⁷⁾. وليس الإمساك مع ترك

الإنفاق إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح".

2. ما روي عن سعيد عن سفيان عن أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا

يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟

قال: نعم

قلت: سنة

قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ⁽¹⁵⁸⁾.

3. ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم

بأن ينفقوا أو يطلقوا. فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ⁽¹⁵⁹⁾. وهذا إيجاب على الطلاق عند

الإمتناع عن الإنفاق ولإن الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار

بل هو أولى بالفسخ ، فلئن جاز على المعذور فعلى غيره أولى ولأن في الصبر ضرراً

يمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته ، ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين

الموسر والمعسر .

4. بالمعقول: لأنه ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل ويقوم البدن بدونه، فلأن

يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى.

⁽¹⁵⁷⁾ سورة البقرة الآية 229.

⁽¹⁵⁸⁾ كشف القناع، ج 5 / 476 .

⁽¹⁵⁹⁾ المغني، ج 8/164.

ولا يختلف هذا الحكم في حال غيبة الزوج. فإن غاب الزوج ولم يترك لها نفقة، ولم تقدر على مال له أو الاستدانة عليه فلها الفسخ "حتى ولو كان موسراً" لأنها لا تقدر على الوصول إلى نفقتها أشبه ما لو ثبت إعساره⁽¹⁶⁰⁾.

أما إن وجدت من يدينها عليه أو من يتبرع له بدفع ما ينفقه عليها، وأولى منه لو ترك لها النفقة، لم تملك الفسخ، لأن الإنفاق عليها من جهته غير متعذر⁽¹⁶¹⁾.

وإن تعذرت النفقة في حال غيبة وله وكيل:

فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه، وإذا لم يكن له وكيل، ولم تقدر المرأة على الأخذ، أخذ لها الحاكم من ماله.

وينفق على المرأة يوماً بيوم، ولا يحكم لها بالنفقة في كل شهر لأن هذا تعجيل بالنفقة قبل وجودها فلم يجز.

ويجوز بيع عقاره وعروضه في نفقتها إذا لم تجد ما تنفقه سواه⁽¹⁶²⁾.

مسألة: من غاب عن زوجته مدة لم ينفق عليها لزمته مدة الزمن الماضي ولو لم يفرضها حاكم لاستقرارها في ذمته فلم تسقط بمضي الزمان كأجرة العقار. ولحديث عمر السابق في أمراء الأجناد⁽¹⁶³⁾.

وكذلك الحكم في حال أعسر الزوج ورضيت بإعساره، وأقامت معه ولم تمنعه نفسها لأن ذلك واجب على الزوج⁽¹⁶⁴⁾.

⁽¹⁶⁰⁾ الإنصاف/ للمرداوي ج9/383، المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/211، المبدع/إبراهيم بن مفلح الحنبلي

ج8/211، منار السبيل/إبراهيم بن محمد ضويان ج2/270.

⁽¹⁶¹⁾ المغني/ ابن قدامة المقدسي ج8/164، المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/211.

⁽¹⁶²⁾ المغني/ ابن قدامة المقدسي، ج8/164.

⁽¹⁶³⁾ منار السبيل/إبراهيم بن محمد ضويان ج2/296.

وكل موضع ثبت لها الفسخ فيه لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم:

لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم، كالفسخ بالعنة، ولا يجوز له التفريق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حقها، أو تفسخ هي بأمره، فلم يجز من غير طلبها كالفسخ بالعنة⁽¹⁶⁵⁾.

وإذا أقامت الزوجة مع زوجها المعسر ورضيت بعسرته أو قالت رضيت بإعساره، ثم بدا لها الفسخ بعد ذلك فلها الفسخ لما يتجدد من النفقة كل يوم ولذلك لو قالت أسقطت النفقة المستقبلية، ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك لأن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فيتجدد لها الفسخ كذلك.

ولا يصح إسقاط نفقتها فيما لم يجب لها كالشفيع يسقط شفيعته⁽¹⁶⁶⁾ قبل البيع⁽¹⁶⁷⁾.

قول ابن القيم: إذا تزوجته عالمه بعسرته أو كان موسراً ثم أصابته جائحة لا فسخ لها وإلا كان لها الفسخ⁽¹⁶⁸⁾.

وإذا أعسر بالنفقة فهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخي؟

ذكر صاحب المغني أنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ، من غير إنظار، لأنه معنى يثبت الفسخ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالعيب، ولأن سبب الفسخ الإعسار، وقد وجد فلا يلزم التأخير. وإلى هذا المعنى يشير ظاهر حديث عمر بن الخطاب⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج207/8.

⁽¹⁶⁵⁾ المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج212/8، منار السبيل/ إبراهيم بن محمد ضويان ج270/2.

الإنصاف/ للمرداوي ج74/9، المغني/ ابن قدامة المقدسي ج165/8.

⁽¹⁶⁶⁾ الشفعة: بضم الشين وسكون الفاء وهي لغة: مأخوذة من الشفع بمعنى الضم على الأشهر. وسميت بذلك لضم نصيب الشريك إلى نصيبه، أو بمعنى الزيادة.

وشرعاً: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض/ أنظر كتاب مغني المحتاج ج269/2.

⁽¹⁶⁷⁾ مطالب أولي النهي/ مصطفى الرحيباني ج637/5، المغني/ ابن قدامة المقدسي ج165/8.

⁽¹⁶⁸⁾ الإنصاف/ للمرداوي ج386/9.

⁽¹⁶⁹⁾ المغني/ ابن قدامة المقدسي ج163/8.

وذهب غيره من الحنابلة إلى أن الزوج أن طلب المهلة ثلاثة أيام أمهل وأجيب إلى طلبه، فإن لم يقدر يفسخ نكاحه⁽¹⁷⁰⁾.

أما إن وجد نفقة يوم بيوم، أو وجد في أول اليوم ما يغذيها، وفي آخره ما يعشيها، أو كان صانعاً يعمل في الأسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله فلا فسخ، وكذا إن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو البيع، لأنه يمكنه الإقتراض إلى زوال المانع. فإن عجز عنه أياماً يسيرة أو مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيره فلا فسخ، وإن كثر فلها الفسخ⁽¹⁷¹⁾.

مسألة: إذا كان قادراً على التكسب ما ينفق على زوجته ولكنه تركه، فإنه يجبر عليه حتى يحصل على نفقة زوجته، كالمفلس لقضاء دينه وأولى⁽¹⁷²⁾.

قول الظاهرية:

من منع زوجته النفقة والكسوة وهو قادر عليها حاضراً غير غائب، فهي دين في ذمته يؤخذ منه أبداً ويقضى لها به في حياته وبعد موته ومن رأس ماله تضرب بها مع الغرماء لأنها حق لها فهي دين في ذمته⁽¹⁷³⁾.

ومن قدر على بعض النفقة والكسوة أو أكثر الواجب فإنه يقضى عليه بما قدر ويسقط عنه ما لا يقدر فإن لم يقدر على شيء من ذلك سقط عنه ولم يجب أن يقضى عليه بشيء، فإن أيسر بعد ذلك قضى عليه من حين يوسر ولا يقضى عليه بشيء مما أنفقته على نفسها من نفقة أو كسوة مدة عسره لقوله الله عز وجل "لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ الإنصاف/ للمرداوي ج9/384، المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج207/8.

⁽¹⁷¹⁾ المغني/ ابن قدامة ج8/163، المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج207/8.

⁽¹⁷²⁾ مطالب أولي النهى/ مصطفى الرحباني ج5/637، المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج207/8.

⁽¹⁷³⁾ المحلى/ ابن حزم الظاهري ج91/10.

⁽¹⁷⁴⁾ سورة البقرة آية رقم 286.

وقوله تعالى "لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا" (175).

وضح يقيناً أنه ليس في وسعه ولا آتاه الله تعالى إياه فلم يكلفه الله عز وجل إياه وما لم يكلفه الله تعالى فهو غير واجب عليه وما لم يجب عليه فلا يجوز أن يقضى عليه به أبداً أيسر أو لم يوسر.

وهذا بخلاف ما وجب لها من نفقة أو كسوة فمنعها إياها وهو قادر عليها فهذا يؤخذ به أبداً أعسر بعد ذلك أو لم يعسر لأنه قد كلفه الله تعالى إياه فهو واجب عليه فلا يسقط عنه بإعساره لكن يوجب الإعسار أن يُنظر إلى الميسرة فقط لقوله تعالى "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ". (176).

فإن طلبت الزوجة الفرقة بسبب الإعسار فهل تجاب إليه؟

قال الظاهرية: لنا ما رواه أبو الزبير عن جابر، ولم يقل فيه أنه سمعه منه، ومن طريق عبد الرزاق عن ابن جريج (177) قال سألت عطاء عمن لم يجد ما يصلح امرأته من النفقة؟ فقال: ليس لها إلا ما وجدت، ليس لها أن يطلقها (178).

ومن طريق حماد بن سلمة عن غير واحد عن الحسن البصري: "أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته؟

قال: تواسيه نتقي الله عز وجل وتصبر وينفق عليها ما استطاع. ومن طريق عبد الرزاق عن معمر قال: سألت الزهري عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته، يفرق بينهما؟

(175) سورة الطلاق آية رقم 7.

(176) سورة البقرة آية رقم 280.

(177) انظر مسرد الأعلام، ص (166) من هذا البحث.

(178) مصنف عبد الرزاق، ج 95/7.

قال: يستأنني به ولا يفرق بينهما وتلا "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا".⁽¹⁷⁹⁾

قال معمر: بلغني عن عمر بن عبد العزيز مثل قول الزهري⁽¹⁸⁰⁾.

ومن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري في المرأة يعسر زوجها بنفقتها؟

قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر، ولا تأخذ بقول من فرق بينهما⁽¹⁸¹⁾.

ما عليه العمل في المحاكم الشرعية والترجيح

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على حق الزوجة بالتفريق لعجز الزوج أو

امتناعه عن دفع النفقة فجاء في المادة " 127 " من القانون المذكور : إذا امتنع الزوج عن

الإنفاق على زوجته بعد الحكم عليه بنفقتها فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ الحكم

عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ولم يقل أنه معسر أو موسر أو قال أنه موسر ولكنه

أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال وإذا ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه

حالاً وإن أثبتته أمهله مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ثلاثة أشهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد

ذلك⁽¹⁸²⁾.

ونص كذلك على حق زوجة الغائب طلب التفريق لعدم النفقة فجاء في المادة " 128 "

منه ما يلي :

⁽¹⁷⁹⁾ سورة الطلاق آية رقم 7.

⁽¹⁸⁰⁾ مصنف عبد الرزاق ، ج9/95.

⁽¹⁸¹⁾ المحلى ، ابن حزم الظاهري ج9/261.

⁽¹⁸²⁾ مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية صفحة 131.

إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال يمكن تنفيذ حكم النفقة فيه نفذ حكم النفقة في ماله وإن لم يكن له مال أعذر إليه القاضي وضرب له أجلاً فإن لم يرسل ما تتفق منه الزوجة على نفسها أو لم يحضر للإِنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد الأجل وإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه وكان مجهول المحل وثبت أنه لا مال تتفق منه الزوجة طلق عليه القاضي بلا إعدار وضرب أجل وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة⁽¹⁸³⁾

والراجح: بعد استعراض أقوال الفقهاء هو ما ذهب إليه الجمهور وهم المالكية والشافعية

والحنابلة، من حق الزوجة طلب الفرقة بسبب عجز الزوج عن النفقة. وذلك لقوة أدلتهم من كتاب وسنة، وما ذهب إليه الحنفية والظاهرية من أدلة لا يخفى ضعفه فالآيات التي استدلوا بها على عدم النفقة وطلب الإمهال هي "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَنظِرٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ"⁽¹⁸⁴⁾. وقوله تعالى: "وَمَنْ قَدِرْ عَلَيْهِمْ رِزْقُهُمْ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا."⁽¹⁸⁵⁾

فقد رد عليهم بذلك الإمام الشوكاني فقال: بأننا لم نكلفه النفقة حال الإعسار، بل دفعنا

الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها وتتنزوج رجل آخر⁽¹⁸⁶⁾.

⁽¹⁸³⁾ مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية صفحة 131.

⁽¹⁸⁴⁾ سورة البقرة، الآية 280.

⁽¹⁸⁵⁾ سورة الطلاق، الآية 6.

⁽¹⁸⁶⁾ نيل الأوطار، ج 7/134.

المطلب الثاني

التفريق بسبب غيبة الزوج

إذا غاب الزوج عن زوجته، فأقام في بلد آخر، فتضررت الزوجة بذلك وخشيت على نفسها الفتنة فهل من حقها طلب الفسخ بذلك؟

للفقهاء في ذلك قولان:

الأول : وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية : أنه لا يجوز التفريق بين الرجل وزوجته بسبب غيبة الزوج عن زوجته، ولو لحقها الضرر بذلك، وسواء كان غيابه بعذر أو بغير عذر.

فالحنفية لم يفرقوا بين المفقود وبين امرأته فالغائب أولى عندهم بعدم التفريق بسبب هذه الغيبة.⁽¹⁾

والشافعية لم يجيزوا التفريق إذا وجدت من النفقة ما يكفيها، وكذلك لو غاب الزوج وانقطعت أخباره، فلم يعلم حاله من يسار أو إعسار فلا يجوز التفريق كذلك. فلا يجوز التفريق عندهم إلا بسبب الإعسار والغائب ومثله المفقود الذي لا تعلم حاله من يسار أو إعسار لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته بسبب هذه الغيبة.⁽²⁾

حجة المانعين للفرقة بسبب الغيبة:

انه لم يرد نص من كتاب أو سنة بجواز التفريق بسبب الغيبة فلم يوجد ما يصلح أن يبني عليه التفريق.⁽³⁾

⁽¹⁾ شرح فتح القدير / للسيواسي ج 6 / 146 .

⁽²⁾ روضة الطالبين وعمدة المفتين ج 8 / 400، مغني المحتاج ج 3 / 397 .

⁽³⁾ نظام الأسرة في الإسلام. د. محمد عقلة ج 3/223، محاضرات عن فرق الزواج للأستاذ على الحنيف ص 301 .

الثاني: وهو قول المالكية والحنابلة :

إذا طالت غيبة الزوج عن زوجته، وتضررت بها الزوجة ، فإن هذه الغيبة تصلح سبباً لطلبها التفريق، ولو ترك لها الزوج ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته. لأن إقامتها بعيدة عن زوجها مع محافظتها على عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتمالها، ويفوت على الزوجة مصالح النكاح، وهو ضرر بالغ يجب رفعه، والقاعدة الفقهية تقول " لا ضرر ولا ضرار".⁽¹⁾

وقد قال سبحانه وتعالى: " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ".⁽²⁾

وقال أيضاً: " فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ".⁽³⁾

فإن لم يأخذها الزوج حيث هو يقيم، ولم يحضر إليها، فيفرق بينهما لرفع هذا الضرر. ولأن هذا ليس إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح بإحسان فإن لم يقم به هو قام به القاضي مقامه فيه.

أما شروط التفريق للضرر فهي :

- 1- أن تمضي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر فعلاً، لأن الفرقة بسبب الضرر الواقع، لا الضرر المتوقع فقط.
- 2- لا بد أن تخشى الزنا على نفسها، ويعلم ذلك من قولها وتصديق دعاها حيث طالت مدة الغيبة أما مجرد شهوتها للجماع فلا يوجب طلاقها.

(1) هذه القاعدة اعتبرت إحدى القواعد الخمس التي ترجع جميع مسائل الفقه إليها، انظر الأشباه والنظائر/للسيوطي ج1ص7و9و83، قواعد الفقه، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ج1/106 وهي حديث للرسول صلى الله عليه وسلم أخرجه الإمام مالك في الموطأ ج2 /745، والإمام أحمد في مسنده ج1/313 ، وفي الدراري المضية ج1/329 وقال عنه حديث مشهور .
(2) سورة البقرة آية رقم 231.
(3) سورة البقرة آية رقم 229.

3- الإرسال إلى الزوج إن علم مكانه وأمكن وصول الرسائل إليه.

4- وهو شرط اشترطه الحنابلة أن تكون الغيبة بغير عذر، أما إذا كانت الغيبة بعذر فلا

يرون التفريق بين الزوج وزوجته بسببها.(1)

فإذا غاب الزوج عن زوجته، ورفعت أمرها إلى القاضي تطلب الفرقة بينها وبين

زوجها ، فإذا كان الزوج في مكان معلوم، وتصل إليه الرسائل، أعذر إليه القاضي بأن يحضر

أو ينقلها إليه، وإلا طلق عليه.(2)

قال الإمام مالك: ولقد أصاب عمر بن عبد العزيز وجه الأمر في ذلك عندما بعث للذين

غابوا بخراسان ، وطلب منهم أن يقدم إليها أو يرحلها إليه أو يطلق.(3)

وقد اسند ابن أبي شيبية في مصنفه عن عمر بن عبد العزيز أنه قال: "من غاب عن

امراته سنتين فليطلق أو يقلل إليها".(4)

فإذا أعذر إليه القاضي، يضرب له أجلاً بحسب ما يراه ليقوم بما طلب منه. فان فعل

فيها ونعمت. وإلا طلق عليه بعد مضي الأجل.

فلا يجوز تطليقها بغير الكتابة إليه، إلا إذا جهل مكانه، أو كان في موضع لا تصل إليه

رسائل، ففي هذه الحالة يطلقها القاضي بدون عذر.

أما بالنسبة للمدة التي يحق للزوجة بعدها طلب الفرقة :

فقد اختلف القائلون بجواز الفسخ بسبب الغيبة فيها على النحو الآتي :

(1) حاشية الدسوقي ج2/431، مواهب الجليل ج4/156، المغني ج7/232

(2) فرق الزواج، علي الحنيف ص301، نظام الأسرة في الإسلام، د. محمد عقلة ج3/225، الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة ص429.

(3) الكافي ج1/261 .

(4) مصنف ابن أبي شيبية ج4/169.

فعدن المالكية في ذلك قولان: (1)

1- إنها سنة وهو القول المعتمد في المذهب.

2- إنها ثلاث سنوات.

أما الحنابلة :

فقد ذهبوا إلى توقيته بسنة أشهر فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما فإنه قيل للإمام

أحمد: كم يغيب الرجل عن زوجته؟

قال: "سنة اشهر يكتب إليه فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما". (1)

وقد ذهب إلى التقدير بهذه المدة استناداً لما روي أنه بينما كان عمر بن الخطاب رضي

الله عنه يحرس المدينة سمع امرأة في بيتها وهي تقول:

وأرقتني أن لا خليل ألاعبه	تطاول هذا الليل واسود جانبه
لحرك من هذا السرير جوانبه	فوالله لولا خشية الله وحده
وأكرم بعلي أن تنال مراكبته	ولكن عقلي والحياء يكفني

فسأل عنها عمر، فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله، فأرسل إليها امرأة تكون معها

وبعث إلى زوجها فأفقله، ثم دخل على حفصة فقال:

يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟

فقال: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن هذا!.

(1) حاشية الدسوقي ج2/431، مواهب الجليل ج4/156.

(1) المغني ج7/232.

فقال: لولا أنني أريد النظر للمسلمين ما سألتك .

قالت: خمسة أشهر ستة أشهر.

فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسرون شهراً و يقيمون أربعة ويسرون شهراً راجعين.⁽¹⁾ هذا إذا لم يقصد المضارة بالزوجة ، أما إذا قصد المضارة بها فتفسخ إذا مضت أربعة أشهر وطلبت الفيئة وأبى .⁽²⁾

الترجيح:

والراجح هو الأخذ بمبدأ التفريق بسبب الغيبة، لأن ترك الزوجة فترة طويلة، يفوت عليها مصالح النكاح، وقد يستخدم هذا الأسلوب للإضرار بالزوجة والعياذ بالله وتركها معلقة لا هي مطلقة ولا بذات زوج. فكان من حقها طلب الفرقة بسبب هذه الغيبة لتتمكن من رفع الضرر والظلم إذا وقع عليها.

أما بالنسبة للمدة فلعل ما ذهب إليه المالكية من اعتبار المدة سنة هو أمر مقبول ومعقول، فإذا غاب هذه المدة وطلبت الزوجة التفريق أنذره القاضي بكتاب يرسل إليه يأمره فيه بالرجوع إلى زوجته، أو نقلها إليه، ويمهله مدة كافية لتنفيذ ذلك، فان لم يفعل فسخ الحاكم نكاحه.

وهذا ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد أجاز للزوجة التي يغيب عنها زوجها حق طلب الطلاق بسبب غيبة الزوج ، وقد ورد ذلك في ثلاث مواد من القانون المذكور وفيما يلي نص هذه المواد :

(1) المغني ج7/232، تفسير ابن كثير ج1/269، سنن البيهقي الكبرى ج9/29، مصنف عبد الرزاق ج7/152.

(2) كشف القناع ج5/423.

المادة =123= : التفريق للغيبة والضرر

إذا أثبتت الزوجة غياب زوجها عنها أو هجره لها سنة فأكثر بلا عذر مقبول وكان معروف محل الإقامة جاز لزوجته أن تطلب من القاضي تطليقها بانئا إذا تضررت من بعده عنها أو هجره لها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة =124= : غياب الزوج مع إمكان وصول الرسائل إليه

إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إذا لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بطلقة بانئة بعد تحليفها اليمين.

المادة =125= : غياب الزوج بمكان معلوم وعدم إمكان وصول الرسائل إليه أو كان مجهول

محل الإقامة

إذا كان الزوج غائباً في مكان معلوم ولا يمكن وصول الرسائل إليه أو كان مجهول محل الإقامة وأثبتت الزوجة دعواها بالبينة وحلفت اليمين وفق الدعوى طلق القاضي عليه بلا إعذار وضرب أجل . وفي حالة عجزها عن الإثبات أو نكولها عن اليمين ترد الدعوى. (1)

قال القاضي الشيخ أحمد محمد داود في كتابه القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية: لما كانت معالجة حالة غياب الزوج عن زوجته لمدة طويلة وبدون سبب مشروع من الواجبات الاجتماعية المحتملة ، ولم يكن في مذهب الإمام أبي حنيفة علاجها، كان مذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب إذا كانت غيبته سنة فأكثر ، وتضررت الزوجة ، ولو كان للزوج مال تنفق منه ، فقد روي مراعاة للمصلحة العامة الأخذ بمذهب مالك ووضعت المواد

(1) مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية/القاضي راتب عطا الله الظاهر ص130.

السابقة من قانون الأحوال الشخصية ، لتحديد ذلك وبيان الطريقة الواجب اتباعها فيما إذا كان يمكن وصول الرسائل إلى الغائب أو لا، ومن يعذر إليه القاضي ، ومن يطلق عليه في الحال⁽¹⁾. وقد جاء في المادة (131) من قانون الأحوال الشخصية الأردني:

تفريق زوجة المفقود للضرر:

إذا راجعت زوجة المفقود القاضي وكان زوجها الغائب قد ترك لها مالاً من جنس النفقة وطلبت منه تفريقها لتضررها من بعده عنها فإذا بئس من الوقوف على خبر حياته أو مماته بعد البحث والتحري عنه يؤجل الأمر أربع سنوات من تاريخ فقده فإذا لم يمكن أخذ خبر عن الزوج المفقود وكانت مصرة على طلبها، يفرق القاضي بينهما في حالة الأمن وعدم الكوارث.

أما إذا فقد في حالة يغلب على الظن هلاكه فيها كفقده في معركة أو أثر غارة جوية أو زلزال أما ما شابه ذلك فللقاضي التفريق بينهما بعد مضي مدة لا تقل عن سنة من تاريخ فقده وبعد البحث والتحري عليه⁽²⁾.

(1) القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية للقاضي أحمد محمد داود، ج1/225.

(2) مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، ص132.

اشتراط حكم الحاكم ونوع الفرقة الحاصلة بسبب الغيبة والعجز عن النفقة

سبق القول في المطلبين السابقين أن الحنفية والظاهرية ذهبوا إلى عدم جواز الفسخ بسبب الإعسار بالنفقة أو الغيبة. وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز ذلك بالشروط والكيفيات التي مرت سابقاً.

وذهب الشافعية إلى جواز الفسخ بالإعسار بالنفقة وعدم جواز ذلك بسبب الغيبة.

فإذا وقع هذا الفراق فما نوع هذه الفرقة، أي فرقة طلاق أم فسخ أم غير ذلك؟

ولتوضيح ذلك نقول :

1- مذهب المالكية :

يفهم من كلام المالكية اشتراط حكم الحاكم لحصول الفرقة بين الزوجين بسبب الإعسار

بالنفقة، فلا بد من حاكم يحكم بهذه الفرقة. فإذا حكم الحاكم بالفرقة فهي فرقة بعد البناء لم

يستكمل بها عدة الطلاق ولا كانت لعوض، ولا لضرر بالزوج فكانت رجعية.

فقالوا: للزوجة الفسخ بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة أو كسوتها.⁽¹⁾

فإن ارتجعت كانت رجعية موقوفة، فإن أيسر في العدة صحت رجعته وإذا لم يوسر حتى

انقضت العدة بطلت الرجعة، وبانت منه بانقضاء العدة والله سبحانه وتعالى أعلم.⁽²⁾

ومثل النفقة الحاضرة النفقة المستقبلية إذا أراد السفر. فإنه إذا قصد السفر فلها مطالبته بنفقة

المستقبل إلى قدومه ليدفعها لها معجلة، أو يقيم كفيلاً يدفع لها على حسب ما كان الزوج يدفع

لها.⁽³⁾

(1) حاشية الدسوقي ج2/520 .

(2) المنتقى شرح الموطأ ج4/133 .

(3) حاشية الدسوقي ج2/520 .

أما الفرقة بسبب غيبة الزوج فهي فرقة طلاق لا فرقة فسخ، فقد جاء في المدونة عن الإمام مالك كل فرقة يوقعها القاضي تكون طلاقاً باتناً إلا الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق فهي رجعية. (1)

2- مذهب الشافعية والحنابلة :

اتفق الشافعية والحنابلة على اشتراط حكم حاكم بسبب الفسخ بالإعسار لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين.

واتفقوا كذلك على نوع هذه الفرقة فقالوا :

الصحيح أن هذه الفرقة فرقة فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق ولا رجعة له فيه. كالفسخ بالعنة والجب.

والعجز عن الإنفاق عيب فألحق بالعجز عن الوطاء. فعلى هذا إذا شكت الإعسار تولى القاضي الفسخ بنفسه، أو أذن لها بالفسخ. وقال بعضهم إنها تستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عند الحاكم. (2)

وفي قول مرجوح للشافعية والحنابلة إنها فرق طلاق.

فعلى هذا القول، يأمره الحاكم بالإنفاق، فإن أبى فهل يطلق الحاكم عليه أم يحبسه ليطلق؟

فيه قولان عند الشافعية. (3)

وعند الحنابلة إذا أبى الزوج الطلاق طلق عليه الحاكم. (4)

(1) المدونة الكبرى ج6/31، مواهب الجليل ج4/184 .

(2) روضة الطالبين ج9/76، العزيز شرح الوجيز ج10/56، الإنصاف ج9/385.

(3) روضة الطالبين ج9/76 .

(4) الإنصاف ج9/385 .

وذهب الحنابلة إلى أن الفرقة بسبب غيبة الزوج هي أيضاً فرقة فسخ وليست طلاقاً، لأنها فرقة لم تصدر من الزوج، ولم يجعلها الزوج إلى أحد ، وإنما هي فرقة بحكم القاضي فتكون فسحاً.⁽¹⁾

الترجيح:

والراجح من هذه الأقوال، أن هذه الفرقة يجب أن تقع فرقة فسخ، لا فرقة طلاق.

لأنها فرقة لم يوقعها الزوج ولا نائبه، وكذلك حتى لا يتمكن الزوج من إرجاع زوجته قسراً عليها "لأن للزوج حق إرجاع الزوجة في فترة العدة بالطلاق الرجعي (حتى لو لم تشأ ذلك)".

فعند وقوع هذه الأنواع من الفرقة يكون هنالك مشاحة ومقاضاة ، فما معنى أن يحكم

القاضي بالفرقة، ثم يقوم الزوج بإرجاع زوجته في اليوم التالي قسراً عليها.

فالأولى أن يتم النكاح بعد التفريق من قبل القضاء بإرادة الطرفين، وهو أحرى باستمرار الحياة الزوجية السعيدة بين الزوجين.

وبالفسخ يشترط عند إرادة العودة في النكاح أن يتم ذلك بعقد ومهر جديدين وموافقة

الزوجة أو وليها وهذا هو الصواب والله أعلم.

⁽¹⁾ كشف القناع ج5/124 .

عدة زوجة المفقود والإحداد فيها

تعريف العدة في اللغة والاصطلاح :

1- التعريف اللغوي :

قال صاحب لسان العرب⁽¹⁾: عدة المرأة أيام قروئها.⁽²⁾

وعدتها أيضاً: أيام إحدادها على بعلها وإمساكها عن الزينة شهوراً كان أو أقراء أو وضع حمل حملته من زوجها.

وجمع عدة: عددٌ. وأصل ذلك كله من العدّ.

وقد قال تعالى في كتابه العزيز: "فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا".⁽³⁾

2- تعريف العدة في الاصطلاح :

العدة: بكسر العين: اسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة ليعرف براءة رحمها وذلك يحصل بالولادة تارة وبالأشهر أو الأقراء تارة أخرى.⁽⁴⁾

وقال صاحب كتاب الاختيار :

" هي الزمان الذي تتربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت".⁽⁵⁾

(1) لسان العرب/لابن منظور ج 3 / 284.

(2) القروء : جمع قرء. والقرء: الحيض . أنظر الاختيار لتعليل المختار ج1/174 .

(3) سورة الأحزاب آية رقم (49).

(4) كفاية الأختار 423، سبل السلام 259/3 .

(5) الاختيار لتعليل المختار ج1 / 172 .

قال تعالى :

"وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَزْوَاجًا يَنْبَغْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا". (1)

حكم العدة :

العدة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

والأصل في وجوبها قوله تعالى: "والمطلقات يتنصنر بأنفسهن ثلاثاً قرواً". (2)

وقوله تعالى أيضاً: "وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَزْوَاجًا يَنْبَغْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا". (3)

وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تُنْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا". (3)

وأما من السنة المشرفة:

ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله قال (طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان). (4)

(1) سورة البقرة آية رقم 234 .

(2) سورة البقرة آية رقم 228 .

(3) سورة البقرة آية رقم 234 .

(3) سورة الأحزاب آية رقم 49 .

(4) سنن ابن ماجة/ كتاب الطلاق/باب في طلاق الأمة وعدتها ج/672/1 ، وكذلك في سنن الترمذي /كتاب الطلاق واللعان/ما جاء في أن طلاق الأمة تطليقتان ج/488/3 وقال عنه حديث غريب والعمل عليه عند أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم.

ودليل آخر من السنة "ما روي أن المتوفى عنها زوجها لما جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الإكتحال قال: (قد كانت إحدانك في الجاهلية إذا توفي عنها زوجها قعدت في شر أحلاسها حولاً ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشراً).⁽¹⁾

وقد انعقد إجماع الأمة على وجوب العدة، وإن اختلفوا في بعض التفصيلات.⁽²⁾

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، وهو أن تعتد من تاريخ الطلاق أو الوفاة.

وان لم تعلم ، ولم يبلغها خبر موته أو طلاقه حتى تمضي عدة الطلاق والوفاة لم يكن عليها عدة، وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدة، وإنما هي مدة تمر عليها، فإذا مرت فليس عليها مقام مثلها. وهذا ما عليه جمهور الفقهاء⁽³⁾.

وان خفي عليها ذلك وقد استيقنت بالطلاق أو الوفاة اعتدت من يوم استيقنت أنها اعتدت منه. لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط، والاحتياط أن يؤخذ اليقين، وفي الوقت المشكوك فيه فلا يقين، فلهذا لا تعتد إلا من الوقت المتيقن.⁽⁴⁾

وقد ورد هذا القول عن غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم "أنها تعتد من يوم يكون الطلاق أو الوفاة".

⁽¹⁾ صحيح البخاري/كتاب الطلاق باب تحد المتوفى عنها أربعة اشهر وعشراً ج5/2042.

صحيح مسلم/كتاب الطلاق باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ج2/1125.

سنن النسائي الكبرى/كتاب الطلاق - باب عدة المتوفى عنها زوجها ج3/384.

⁽²⁾ المغني ج7/76.

⁽³⁾ المدونة الكبرى ج2/12، الأم ج5/232، المبدع ج8/133، الإنصاف ج9/294، المبسوط ج6/40، أحكام القرآن

للجصاص ج1/568.

⁽⁴⁾ شرح فتح القدير ج4/329 .

فقد ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر قال: (تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها من يوم طلق، ومن يوم توفي عنها زوجها).

وروي عن سعيد بن سالم عن ابن جريج أنه قال لعطاء الرجل يطلق امرأته أو يموت عنها وهو بمصر آخر من أي يوم تعتد؟
قال: من يوم مات أو طلقها تعتد.

وعن داود بن أبي عاصم قال: سمعت سعيد بن المسيب يقول: إذا قامت البينة فمن يوم مات أو طلقها. (1)

وعن الزهري قال: المتوفى عنها تعتد من يوم مات والمطلقة من يوم طلقها. (2)

وقد ورد هذا القول عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وابن شهاب وأبي زناد وعطاء بن رباح ويحيى بن سعيد. (3)

ووجه قولهم أن العدة هي عبادة بترك الزينة، وذلك لا يصح إلا بقصد، والقصد لا يكون إلا بعد العلم، يؤكد أنه لو علمت بموته وتركت الإحداد لانقضت العدة، فإن تركت الإحداد مع عدم العلم فهو أهون. (4)

2- عدتها إذا لم يأتها عنه خبر :

(1) المدونة الكبرى ج2 / 12 .

(2) الأم ج5/ 232

(3) المدونة الكبرى ج2 / 12

(4) أحكام القرآن لابن العربي ج1 / 282 ، آية 72 من سورة البقرة (والذين يتوفون منكم) .

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.

الترجيح:

أرى أن موضوع العدة والإحداد فيها يدعونا إلى تأكيد صحة من قال بالانتظار أربع سنين، لأنه ليس من المعقول أن نطلب من امرأة أن تعتد بعد سنين طويلة قد تصل إلى تسعين سنة أو أكثر من تاريخ فقد زوجها إذا كان زوجها فقد في أحداث الظاهر منها الهلاك. فعلى سبيل المثال من فقد وهو ابن ثلاثين سنة في مهلكة سوف يطلب من زوجته الإحداد بعد ستين سنة أو سبعين حسب الأقوال الفقهية، وهذا فيه ما فيه من الصعوبة.

أما قانون الأحوال الشخصية فجاء في المادة (178): "بعد الحكم بموت المفقود بالصفة المبينة في المادة السابقة، تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم".⁽¹⁾

(1) القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، ج2/921.

تعريف الإحداد في اللغة والاصطلاح

1- في اللغة :

فيه لغتان حدادٌ وإحداً . يقال أحدثت المرأة تحد وحدثت وكلاهما لغة صحيحة.

والحداد: ثياب المآتم السود.

والحاد والمحد من النساء: التي تترك الزينة والطيب.

حدّت تحد حدّاً وحداداً: هو تسلبها على زوجها.

والتسلب لبس السلاب.(1)

والسّلاب: ثوب أسود أو أبيض تلبسه المرأة في الحداد والحزن، يختلف ذلك باختلاف

الشعوب.(2)

وقيل أنه مأخوذ من المنع لأن المرأة قد مُنعت من الزينة والطيب والنكاح.(3)

2- في الاصطلاح :

هو ترك الطيب والزينة للمعتدة عن وفاة.(4)

وهو اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والملون من الثياب للتحسين.(5)

(1) لسان العرب/لابن منظور ج3/143 .

(2) المعجم الوسيط ، ج1/441.

(3) لسان العرب /لابن منظور ج3/143 .

(4) الاختيار لتعليل المختار ج3/259 .

(5) الشرح الكبير/لابن قدامة ،ج9/149 .

حكم الإحداد في العدة :

اتفق أهل العلم جميعاً على وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها، إلا الحسن البصري، فإنه قال: لا يجب الإحداد بل هو مستحب .

وهو قول شذبه عن أهل العلم وخالف السنة فلا يعرج عليه.(1)

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 الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم. وهو قول السلف من بعدهم. رضي الله عنهم جميعاً.(2)

أما دليلهم على وجوب الإحداد :

ما روي أن أم حبيبة زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم، لما بلغها موت أبيها أبي سفيان، انتظرت ثلاثة أيام، ثم دعت بطيب 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 اشهر وعشراً".(3)

أي يجب على المرأة أن تحد على زوجها هذه المدة(4).

(1) الشرح الكبير لابن قدامة، ج9/146، المغني، ج9/167، مغني المحتاج، ج3/398.

(2) بدائع الصنائع ج3/209.

(3) الحديث رواه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الطلاق ج5/2024. والإمام مسلم في كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ج2/1123، والإمام مالك في الموطأ ج2/596 .

(4) مغني المحتاج، ج3/398، فتحي الباري شرح صحيح البخاري، ج9/486، شرح النووي على صحيح مسلم،

ج10/111.

حكم الإحداد بالنسبة لزوجة المفقود أو إحداد زوجة المفقود :

فإن زوجة المفقود عن المالكية والحنابلة والشافعية في القديم، تنتظر أربع سنين ثم تعدد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل للأزواج.

فهل العدة في هذه الأشهر هي عدة وفاة حقيقية تجتنب فيها الزوجة ما تجتنبه المتوفى عنها زوجها حقيقة أم لا ؟.

والحقيقة أن ما ذهب إليه الجمهور ومنهم الإمام مالك والشافعية والحنابلة أن عليها الإحداد في هذه العدة.⁽¹⁾

ووجه قولهم هذا أنه إنما يحكم بكونه ميتاً لأن الظاهر أنه لو كان حياً لسمع خبره.⁽²⁾

وقال عبد الملك بن الماجشون⁽³⁾ من المالكية: لا إحداد عليها ووجه قوله أنها فرقة يحتسب بها طلاقة فلا يجب في العدة إحداد كطلاق الحاضر.⁽⁴⁾

(1) المهذب، ج2/146، الفواكه الدواني ج2/40، حاشية العدوي، ج2/122، حاشية الخرشبي، ج4/148.

(2) المهذب للشيرازي، ج2/146 .

(3) انظر مسرد الأعلام، ص (173) من هذا البحث.

(4) المنتقى شرح الموطأ ج4/91، حاشية العدوي، ج2/122.

المبحث الرابع

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 .

وفي ما يلي توضيح لحكم زواجها في كلا الحالين :

1 – إذا تزوجت قبل مضي الزمان المعتبر للتربص والانتظار :

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

تتقضي فيها العدة لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه أشبه المزوجة .⁽¹⁾

2 – إذا تزوجت المعتدة في عدتها:

إذا تزوجت المعتدة في عدتها لم يجز نكاحها إجماعاً.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: " وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ. " .⁽²⁾

ولان هذا النكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات المحارم.⁽³⁾

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

(1) كشف القناع عن متن الإقناع ج4/225 .

(2) سورة البقرة آية رقم 235.

(3) المبدع، ج8/135 ، الحجة، ج3/185، حواشي الشرواني، ج8/244، مختصر خليل، ج1/157، بدائع الصنائع،

ج3/204، المدونة الكبرى ج5/450، الشرح الكبير، ج2/481. المحلى بالآثار، ج12/194 مسألة رقم 2215 .

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 مستقبلية ثم يتزوجها إن شاء.

وكذلك فإن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب (1).

وقد ورد عن عمر وعلي رضي الله عنهما تفريقهما بين اللذين تزوجا في العدة. فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار (أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر بن الخطاب، وضرب زوجها بمخفقة وفرق بينهما ...). (2)

وروي عن علي بن أبي طالب أنه قضى في التي تزوج في عدتها "أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعتد من الآخر".
وهذان قولان لسيدتين من الخلفاء الراشدين لم يعرف لهما من الصحابة مخالف.

فإن تزوجها ولم يدخل بها في العدة فإن العدة بحالها ولا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل ولا تصير به الزوجة فراشاً. ولا يستحق عليه بالعقد شيء. وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول لأنها ناشز (3).

أما إذا وطئها فإن العدة تنقطع سواء علم التحريم أو جهله (1).

(1) المغني، ج8/100.

(2) المخفقة: الدرّة انظر الغريب لابن قتيبة ج2/526، والدرة: التي يضرب بها. انظر: مختار الصحاح، ج1/85، لسان العرب، ج4/282.

(3) الناشزة: هي التي تخرج من بيت زوجها بدون أدنه بغير حق، أو تمتنع من تسليم نفسها إليه، فلا تدخل داره، انظر: الفقه على المذاهب الأربعة، ج4/496، وعرف د. محمود السرطاوي النشوذ: بأنه معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجبها النكاح، انظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص193.

وقال الإمام أبو حنيفة :

لا تقطع لأن كونها فراشاً لغير من له العدة لا يمنعها، كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة، فإنها تعتد وإن كانت فراشاً للزوج⁽²⁾.

وبعد اتفاق الفقهاء على فساد النكاح في العدة، اختلفوا في الآثار المترتبة على هذا النكاح، ونوضح ذلك في المسائل الآتية:

1- المسألة الأولى: إذا كانا عالمين بالتحريم وبانتهاء العدة

2- المسألة الثانية : حكم الولد الحاصل من هذا النكاح.

3- المسألة الثالثة : حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما.

قول الحنفية :

إذا تزوجت امرأة وهي في عدة من زوج سابق، ووطئها الزوج الجديد سقط بها إحصانه، لأنه عقد فاسد والعقد الفاسد غير موجب للملك، والوطء في غير الملك في معنى الزنا.⁽³⁾

وقال الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه في الذي يتزوج المرأة في عدتها من زوج غيره فيدخل بها أنه يفرق بينهما ولها المهر بما استحل من فرجها.

فإذا انقضت عدتها من الأول تزوجها الآخر إذا أراد ذلك وتابعته عليه المرأة.

أما دليلهم على أن له أن يتزوجها بعد مضي العدتين :

(1) المغني، ج8/100، المبدع، ج8/135.

(2) المبسوط، ج6/42.

(3) المبسوط، ج9/117.

ما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي عن علي رضي الله عنه أنه قال في المرأة تتزوج في عدتها "يفرق بينها وبين زوجها الآخر ولها الصداق بما استحل من فرجها، وتستكمل ما بقي من عدتها من الأول، وتعد من الآخر عدة مستقبلة، ثم يتزوجها الآخر إن شاء". وكذلك قال يحل له أن يتزوجها بعد مضي العدتين بالقياس.

وقد ناقش الإمام محمد بن الحسن مع مخالفه فقال:

ما تقولون في رجل زنى بامرأة أيحل له أن يتزوجها؟ قالوا: نعم. قيل لهم: فمن أين افترق هذا والذي يتزوج في عدتها؟

ولإن حُرِّمَتْ تلك على من يتزوجها هذه أخرى أن تحرم على من وطئها.

ثم قال: أرأيتم لو تزوجت في عدتها فلم يدخل بها الذي تزوجها حتى انقضت عدتها فتزوجها تزويجاً صحيحاً أليس يجوز نكاحه قالوا: بلى

قيل لهم: فإنما حرم نكاح المدخول بها بالجماع الحرام الذي جومعت به.

قالوا: أجل.

قيل لهم: فنكاح الثاني أحرم من هذا وأخرى أن يحرم نكاح الذي زنى بها.

قالوا: إن هذا الجماع يثبت به النسب. قيل لهم: فالجماع الذي يثبت به النسب أقرب إلى النكاح الصحيح من الجماع الذي لا يثبت به النسب.

فلما قرب إلى الجماع الحلال كان أخرى أن لا تحرم به المرأة على زوجها.

وقالوا أيضاً: قياساً على نكاح المحرم فإنه إذا نكح وهو محرم فهذا نكاح فاسد وهو لا

يحرمها على التأبيد.⁽¹⁾

قول المالكية:

⁽¹⁾ الحجة، ج3/192.

يظهر من أقوال فقهاء المالكية أن العلم بحرمة النكاح أو الجهل به لا يبني عليه كبير أثر في أحكام الدنيا.

فلو تزوجت زوجة المفقود في عدتها المقررة لها من وفاة زوجها المفقود وأحرى لو تزوجت في الأجل ودخل بها فيفسخ نكاحها ذلك.⁽¹⁾

فإن دخل بها في العدة فلا يتناكحان أبداً، أما إذا لم يكن قد دخل بها الآخر في تلك العدة فُرقَ بينهما وكان خاطباً من الخطاب بعد انتهاء عدتها من الأول.

ودليلهم على ذلك أن عمر بن الخطاب فرق بين المتزوجين في العدة في العمد والجهل وقال لا يتناكحان أبداً.⁽²⁾

ولا حد عليهما سواءً كانا عالمين بالتحريم أو جاهلين ذلك ولكن فيه العقوبة الموجهة. وعقوبة العالم بالتحريم أشد من عقوبة الجاهل وأعظم.⁽³⁾

أما حكم الولد الحاصل بينهما :

فإن كان دخل بها قبل أن تحيض حيضة أو حيضتين فالولد للأول، وإن كان بعد أن حاضت حيضة أو حيضتين فالولد للآخر إذا أتت به لتمام ستة أشهر من يوم دخل بها. وهذا هو قول الإمام مالك رحمه الله.

وقال ابن القاسم : وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم دخل بها الآخر كان الولد للأول.⁽⁴⁾

(1) الشرح الكبير للدردير ج2/481.

(2) المدونة الكبرى ج5/450، الشرح الكبير للدردير ج2/481، التاج والإكليل ج4/159، مختصر خليل ج1/157 .

(3) تبصرة الحكام ج2/196 .

(4) المدونة الكبرى ج5/447 .

فائدة : حكم الزوجة التي لم يدخل بها زوجها إذا فقد حكم المدخول بها في الأجل والعدة.
واختلف في صداقها :

فقال مالك : لها جميعه وقال ابن دينار: لها نصفه

وقال القاضي: وجه قولنا لها نصف الصداق أنها فرقة تحتسب طلقة كالطلاق.

ووجه قولنا لها جميع الصداق: أن أمره ينزل على الوفاة، وذلك يوجب لها جميع الصداق.

وقال غيرهما من فقهاء المالكية: إن كان دفع إليها لم ينزع منها، وإن لم تكن قبضته لم

تعط إلا نصفه.(1)

قول الشافعية:

إذا نكحت المعتدة في عدتها وعلم ذلك فسخ نكاحها، لأن النكاح في العدة لا يكون إلا

فاسداً.(2)

فإذا كان الزوج الآخر لم يصيبها أكملت عدتها من الأول ولا يبطل عنها من عدتها شيء

في الأيام التي عقد عليها فيها النكاح الفاسد، لأنها في عدتها ولم تصب.

أما إن كان أصابها أحصت ما مضى من عدتها قبل إصابة الزوج الآخر وأبطلت كل ما

مضى منها بعد إصابته حتى يفرق بينه وبينها، واستأنفت البنيان على عدتها التي كانت قبل

إصابته من يوم فرق بينه وبينها حتى تكمل عدتها من الأول ثم تستأنف عدة أخرى من الآخر.

فإذا أكملت حلت منها والآخر خاطب من الخطاب ولا تحرم عليه. ووجه ذلك:

أنه إذا كان عقد عليها دون دخول فإن النكاح فاسد ويكون خاطباً من الخطاب.

(1) المنتقى شرح الموطأ ج 4 / 91

(2) حواشي الشرواني، ج 8/ 244 .

وإن كان دخل بها: فلا يكون دخوله بها في النكاح الفاسد أكثر من زناه بها، وهو لو زنى بها في العدة كان له أن ينكحها إذا انقضت العدة.

وعبارة الإمام الشافعي: فإذا انقضت عدتها من الأول فلآخر أن يخطبها في عدتها منه وأحب إلي لو كف عنها حتى تنقضي عدتها من مائه الفاسد.⁽¹⁾

وأما دليلهم على أن عليها عدتين ما روي عن صالح بن مسلم عن الشعبي أن علياً رضي الله عنه قال في التي تتزوج في عدتها: "تتم ما بقي من عدتها من الأول وتستأنف من الآخر عدة جديدة".

وقالوا وهو موافق لما روي عن عمر بن الخطاب وهذا مذهبننا.⁽²⁾

وأما دليلهم على أنها لا تحرم على التأبيد فهو القياس على الزنا الذي ذكرناه وبقول الإمام على كرم الله وجهه أنها لا تحرم على التأبيد.⁽³⁾

أما حكم الولد الحاصل بينهما:

فقد قال الإمام الشافعي: إذا نكحت المرأة في عدتها ودخل بها فأصابها فجاءت بولد كان أشبه عندي والله تعالى أعلم أن يكون موقوفاً بين الرجلين معاً حتى يرى ابنهما القافة⁽⁴⁾، فأبي الرجلين ألحقته لحق الولد.⁽⁵⁾

ولو تزوجت قبل ثبوت موته أو طلاقه وبان المفقود ميتاً قبل تزوجها بمقدار العدة صح التزوج لخلوه عن المانع في الواقع فأشبهه ما لو باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتاً.

(1) الأم، ج5/249، حواشي الشرواني، ج8/244 .

(2) الأم، ج5/233 .

(3) روضة الطالبين، ج8/395، الأم، ج5/249 .

(4) القافة: جمع ومفردها القائف وهو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. انظر لسان العرب ج9/293. وفي العصر الحاضر تطور هذا العلم تطوراً كبيراً حتى أصبح من الممكن معرفة نسب الولد من أيهما بشكل دقيق عن طريق الفحص الطبي المتخصص .

(5) الأم ج5/33، وكذلك ج5/250.

ولأن العلم بحد المرأة شرط لجواز الإقدام لا للصحة⁽¹⁾.

وقيل في رواية عن الإمام الشافعي في التقديم أنه لا يصح لفقد العلم بالصحة حال العقد⁽²⁾.

قول الحنابلة:

إذا تزوجت المعتدة في عدتها وهما عالمان بالعدة وتحريم النكاح فيها ووطنها فهما زانيان عليهما حد الزنا، ولا مهر لها، ولا يلحقه النسب.

لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات المحارم.

وإن كانا جاهلين بالعدة أو التحريم: يثبت النسب، وينتفي الحد، ويجب المهر. وإن علم هو دونها بالعدة والتحريم فعليه الحد والمهر ولا يلحقه نسب، وإن علمت دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب. لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات المحارم⁽³⁾.

حكم الولد الحاصل بينهما:

إن حكم ثبوت نسب الولد من النكاح في العدة يدور وجوداً وعدمًا مع علمهما بالعدة وحرمة النكاح، فإذا كان عالماً أنها في العدة وبحرمه نكاحها فيها انتفى النسب، وإن لم يكن يعلم أنها في العدة أو أنه لا يعلم بحرمة النكاح في العدة ثبت نسب الولد منه.

هذا إذا أتت بالولد منه عيناً أو ألحقته به قافة وأمكن أن تأتي به لسته أشهر فأكثر من

وطء الثاني، ولأربع سنين فأقل من بينونة الأول لحقه، وانقضت عدتها به منه. لأن عدة

الشخص تنقضي بوضع حملها، وقد وجد . ثم اعتدت للآخر أيهما كان.

(1) أسنى المطالب ج3/185، إعانة الطالبين ج3/293، حاشية الجبرمي ج3/363، فتح الوهاب ج3/185، مغني المحتاج ج3/398.

(2) مغني المحتاج ج3/398 وصفحة 179.

(3) المبدع ج8/135، المغني ج8/104، الفروع ج5/481، الشرح الكبير مع المغني ج9/142 .

وإن أمكن أن يكون منهما أري القافة معهما فألحق بمن ألحقه به منهما، وانقضت به عدتها منه واعتدت للآخر. وإن ألحقته بهما ألحق وانقضت عدتها به منهما.⁽¹⁾

ولا تنقطع عدتها بالعقد عليها في العدة دون دخول لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشاً. ولا تستحق عليه المرأة نفقة ولا سكنى لأنها ناشز حتى يدخل بها فتتقطع حينئذ سواء علم التحريم أو جهله.

لأنها تصير بالدخول فراشاً لغيره وهو يقتضي ألا تبقى في عدة غيره، ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول لأن حقه أسبق ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح، ثم تستأنف العدة من الثاني ولا تتداخل العدتان.⁽²⁾

ودليلهم في ذلك ما يلي:

روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار "أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحها غيره في عدتها فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها بمخفقة وفرق بينهما ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر، ولا يناكحها أبداً".

وروى أيضاً بإسناده عن علي بن أبي طالب أنه قضى في التي تزوج في عدتها:

"أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر".

⁽¹⁾ المبدع ج 8/135.

⁽²⁾ المغني ج 8/104، المبدع ج 8/135.

والسبب في عدم تداخل العدد :

قالوا : أنهما حقان مقصودان لأدميين فلم يتداخلا كالديتين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة. (1)

وأما حكم زواج الثاني منها بعد أن يفرق بينهما:

فالمذهب أنه يحق للثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين، وهناك رواية ثانية عن الإمام أحمد أنها تحرم على التأبيد.

ودليلهم في ذلك أن تحريمها لا يخلو إما أن يكون بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما. وجميع ذلك لا يقتضي التحريم. بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها، ولأنه لو زنى بها لم تحرم على التأبيد فهذا أولى.

وكذلك لأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى: " وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ " (2) وقوله تعالى: " وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ " (3) فلا يجوز تخصيصها بغير دليل.

وما روي عن عمر في تحريمها، فقد خالفه علي فيه، وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي، فإن علياً قال: إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فقال عمر: "ردوا الجهالات إلى السنة، ورجع إلى قول علي. (4)

ولو تزوجت امرأة المفقود قبل مضي الزمان المعتبر للتربص والعدة ثم تبين أنه كان ميتاً، أو أنه طلقها قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة لم يصح النكاح لأنها ممنوعة منه فأشبهت المزوجة. (5)

(1) المغني ج8/101، المبدع ج8/135.

(2) سورة النساء آية 24 .

(3) سورة المائدة آية 5 .

(4) المغني ج 8/101، الشرح الكبير ج9/142.

(5) كشف القناع ج 5/422 .

رأي الظاهرية:

لا تخلو الناكحة في عدتها بأن تكون عالمة بأن ذلك لا يحل، أو أن تكون جاهلة بحرمة هذا النكاح ، أو غلطت في العدة.

فإن كانت جاهلة أو غلطت في العدة فلا شيء عليها، لأنها لم تعدد الحرام، والقول قولها في الغلط على كل حال.

فإن كانت عالمة بأن ذلك لا يحل، ولم تغلط في العدة فهي زانية وعليها الرجم.

وحملوا حديث عمر الذي رواه سعيد بن المسيب عنه (أن امرأة تزوجت في عدتها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فضربها دون الحد وفرق بينهما) أن ضرب عمر لها كان تعزيراً لها لتركها التعلم من دينها ما يلزمها. فهو مكان التعزير.

وقالوا: إن من تعلقوا بهذا الأثر عن عمر واسقطوا حد الزنا، فنقول لهم: أنه لم يرد في الأثر أنها كانت عالمة بانقضاء العدة أو التحريم فلا متعلق لهم بذلك.

والقول في ذلك كله هو أن كل عقد فاسد لا يحل فالفرج به لا يحل، ولا يصح به زواج، فهما أجنبيان كما كانا، والوطء فيه مع العلم بالتحريم زنى مجرد محض، وفيه الحد كاملاً من الرجم أو الجلد أو التعزير.

ولا يلحق فيه ولد أصلاً ولا مهر فيه ولا شيء من أحكام الزوجية.

وإن كان جاهلاً فلا حد، ولا يقع في ذلك شيء من أحكام الزوجية إلا لحاق الولد فقط

للإجماع. وبالله التوفيق. (1)

(1) المطبوع بالآثار ج12/193 .

تلخيص للمسألة الثالثة وهي :

حكم زواج الزوج الثاني منها مرة ثانية بعد أن يفرق بينهما

ذهب المالكية والحنابلة في رواية عن الإمام أحمد إلى أن من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فإنه يفرق بينهما ولا يحل له أن ينكحها بعد ذلك أبداً.

لأن من تزوج امرأة في العدة ودخل بها يفرق بينهما ولا يتناكحان أبداً.

ودليلهم في ذلك حديث عمر بن الخطاب:-

فقد روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار: أن طليحة كانت وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ولا يناكحها أبداً.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب:

إلى أن له أن ينكحها إذا انقضت عدتها من الزوج الأول ووافقته على ذلك.

واشترط الشافعية الجهل في حرمة النكاح أو انقضاء العدة، فقال في روضة الطالبين:
من نكح معتدة من غيره جاهلاً ووطئها لم تحرم عليه وعلى هذا هو المذهب.⁽¹⁾

واستند الحنفية في ذلك إلى حديث علي رضي الله عنه السابق وفيه ثم يتزوجها الآخر إن شاء.

وبالقياس: فقالوا إن من زنى بامرأة يحل له الزواج منها، وهنا يجب أن تكون الحرمة أخف. وقاسوا أيضاً على نكاح المحرم فإن نكحها وهو محرم فهذا النكاح فاسد وهو لا يجرمها على التأبيد⁽²⁾.

(1) روضة الطالبين، ج 8/396 .

(2) الحجة، ج 3/192.

وكذلك فإن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى: " وَأُحِلَّ لَكُمْ مِمَّا فَرَغْنَا ذَلِكَ " (1).

وقوله تعالى: " وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ " (2).

فلا يجوز تخصيصها بغير دليل.

وما روي عن عمر في تحريمها، فقد خالفه علي فيه، وروي عن عمر أنه رجع عن

قوله في التحريم إلى قول علي رحمهم الله جميعاً (3) وهذا هو الراجح والله أعلم.

(1) سورة النساء، آية 24.

(2) سورة المائدة آية 5 .

(3) الشرح الكبير /مع المغني، ج 9/ 142 .

شهادة الثقات بموته أو تظاهرت الروايات بذلك :

اتفقت المذاهب الفقهية على أنه يجوز لمن أتاها نعي زوجها من مسلم عدل أن تعتد وتتزوج بغيره لأن هذا خبر وليس شهادة.

واختلفوا فيما بعد ذلك في حكم نكاحها إذا عاد الزوج الأول فقال الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي أنه يفسخ نكاحها من زوجها الثاني وتكون زوجة للأول بناءً على العقد الأول. وقال الإمام أحمد بن حنبل إن زوجها مخير بين أن يختار زوجته أو يتركها مع زوجها الثاني وله صداق.

وفيما يلي تفصيل أقوال المذاهب الفقهية :

قول الحنفية :

لو غاب الزوج عن زوجته فأتاها خبر موته من شخص عدل أو رده أو تطليقه لها، جاز لها أن تعتد وتتزوج وهذا ديانة.

وكذلك لو أتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا، إلا أن اكبر رأيها أنه حق، أو وقع في قلبها صدقه فلها أن تعتد وتتزوج كذلك.

والسبب في ذلك أنه أخبرها بخبر محتمل، وهو أمر بينها وبين ربها، فلها أن تعتمد على ذلك الخبر وتتزوج، وكذلك فإن خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال.⁽¹⁾

ولو شهد اثنان أن الغائب طلق زوجته لا تقبل في حق الحكم بطلاق الغائب،* وتقبل في حق سكوت الحاكم في أنها تعتد وتتزوج بآخر.

(1) المسبوط ج10/179 .

* لان الحنفية لا يجيزون القضاء على الغائب، وسنوضح ذلك بعون الله في الفصل الخامس.

وحاصله أنه يسوغ للحاكم السكوت لأنه أمر ديني لإثبات الطلاق لأنه حكم على غائب فلا يصح.⁽¹⁾

ولو أخبرها رجل بوفاته وآخر بحياته فإن شهد الأول أنه عاين موته أو جنازته وهو عدل، وسعها أن تعتد وتزوج ما لم يكن المخبران قد حددا تاريخاً وكان تاريخ الخبر بالحياة متأخراً عن تاريخ الوفاة.⁽²⁾

فلو اعتدت من الزوج الأول وتزوجت بآخر ثم ولدت منه أولاداً ثم جاء الزوج الأول حياً كان الإمام أبو حنيفة رحمه الله يقول "أن الأولاد للأول ، ثم رجع عنه. وقال للثاني وعليه الفتوى".⁽³⁾

قول المالكية:

من نعي لها زوجها بأن أخبرت بموته سواء كان المخبر لها عدلاً أو غير ذلك، فإن اعتمدت على هذا الخبر واعتدت من زوجها الأول ونكحت زوجاً ثانياً، ثم قدم الزوج الأول فلا تقوت عليه بدخول الثاني ولو ولدت منه أولاداً، وحتى لو حكم بموت الأول حاكم. فيفسخ نكاحها.

ونلاحظ هنا أن الحكم مخالف لحكم ذات المفقود، والسبب في ذلك: أن الحكم في زوجة المفقود استند إلى اجتهاد الحاكم بثبوت فقده ولم يتبين خطؤه فلم يبالي بمجيئه بعد الدخول.

أما المنعي لها زوجها فإن حكم الحاكم بموته، يكون قد استند إلى شهادة ظهر خطؤها.

وهناك رأي في المذهب يقول: تقوت على الأول بدخول الثاني مطلقاً حكم بموت الأول

أو لا.

⁽¹⁾ فتح القدير، ج7/391، حاشية ابن عابدين، ج 529/3 .

⁽²⁾ حاشية ابن عابدين، ج 529/3 .

⁽³⁾ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4/147، حاشية ابن عابدين، ج 354/2 .

وقيل تفوت إن حكم بها الحاكم وإلا فلا.

فإذا رجعت للأول تعتد من الثاني بثلاث حيضات أو ثلاثة أشهر إن كانت صغيرة أو

آيسة. أو بوضع حمل، في بيته الذي كانت تسكن فيه معه، ويحال بينه وبينها.⁽¹⁾

قول الشافعية:

زوجة الغائب إذا أخبرها عدل بوفاة زوجها جاز لها فيما بينها وبين الله تعالى "أي باطناً"

أن تتزوج، لأن ذلك خبر لا شهادة.⁽²⁾

والقياس أنها لا تقر عليه ظاهراً.⁽³⁾

ويشترط لحلها ظاهراً شهادة عدلين عند القاضي.⁽⁵⁾

فإذا اعتدت ثم نكحت زوجاً آخر فولدت منه أولاداً، ثم جاء زوجها الأول، فسخ نكاحها

الآخر، وكانت زوجة للأول، ولكن لا يتمتع بها حتى تعتد للثاني لأنه وطء شبهة.

فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الولد للفراش، وللعاهر الحجر".⁽⁵⁾

وكان ابن أبي ليلى يقول الولد للآخر لأنه ليس بعاهر.

والعاهر الزاني وهذا متزوج زواجاً. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه

مثل قول ابن أبي ليلى وبه نأخذ.⁽⁶⁾

⁽¹⁾ حاشية الدسوقي، ج 481/2، التاج والإكليل، ج 159/4، المدونة الكبرى، ج 29/2 .

⁽²⁾ روضة الطالبين، ج 405/8، العزيز شرح الوجيز، ج 491/9، أسنى المطالب، ج 401/3.

⁽³⁾ حاشية البجيرمي، ج 86/4 .

⁽⁵⁾ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 323/7 .

⁽⁵⁾ صحيح البخاري كتاب الحدود، ج 2499/6، صحيح مسلم/كتاب الرضاع، ج 1080/2، مسند الإمام احمد/مسند أبو هريرة

ج 280/2، سنن ابن ماجه، ج 646/1، سنن الدارمي، ج 203/2، سنن أبو داود، ج 282/2، سنن الترمذي، ج 463/3.

⁽⁶⁾ الأم، ج 157/7، نهاية المحتاج، ج 148/7 .

قول الحنابلة:

من غاب عن زوجته فشهد ثقات بوفاته أو ظهر موته باستفاضة، كأن تظاهرت الأخبار بموته أو شهدت بينة بذلك ولو كذبا فاعتدت زوجته للوفاة، أبيح لها أن تتزوج.

فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود "يخير بين أخذها من زوجها الثاني بالعقد الأول إن كانت حية، وبين تركها للزوج الثاني، وله الصداق".

وتضمن البينة التي شهدت بوفاته ما تلف من ماله لأن شهادتها سبب استيلاء غيره على ماله .

وسيأتي بيان على من يقع الصداق وأي صداق يأخذ منها، هل ما أصدقه هو أو ما أصدقه الزوج الثاني.

كما تضمن البينة المهر الذي أخذه الزوج الأول لأنها تسببت في غرمه.⁽¹⁾

⁽¹⁾ مطالب أولي النهي، ج5/572، المبدع، ج8/132، المغني، ج8/112، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5/423 .

المبحث السادس

حكم ولاية الآخرين على تزويج بنات المفقود:

إذا غاب الرجل عن ابنته البكر فلمن ينتقل حق الولاية في نكاحها من بعده ؟

اختلفت أقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية في ذلك حتى أنهم اختلفوا في بعض الأحيان في المذهب نفسه.

فقال الحنفية والحنابلة: إذا غاب الولي القريب فإن الولاية على نكاحها تكون لمن يليه مباشرة، ولا تنتقل إلى الحاكم "السلطان".

وذهب المالكية والشافعية إلى أن هذا حق للغائب فإذا لم يتمكن منه انتقل هذا الحق إلى السلطان ليكون خليفته في ذلك. ولا ينتقل إلى من هو أبعد منه.

وسنعرض أقوال الفقهاء في هذه المسألة بالتفصيل بعون الله تعالى :-

رأي الحنفية:

للأبعد أن يزوجه إذا كان غائباً غيبة منقطعة في قول الإمام أبي حنيفة وصاحبيه

وخالف زفر فقال لا ولاية للأبعد مع قيام الأقرب بحال.

ثم اختلفوا بعد ذلك في ولاية الأقرب هل تزول بالغيبة أو تبقى.

فقال بعضهم: إنها باقية إلا أن حدثت للأبعد ولاية لغيبة الأقرب فيصير كأن لها وليين مستويين في الدرجة كالأخوين والعمين.

وقال بعضهم تزول ولايته وتنتقل إلى الأبعد وهو الأصح.

والمذهب أن ثبوت الولاية للأبعد زيادة نظر في حق العاجز، وهي هنا بحاجة لهذه الولاية، والولاية إنما جعلت للأقرب مظنة للحكمة والشفقة الباعثة على زيادة إتقان الرأي للمولية، فحيث لا ينتفع برأيه أصلاً انتقلت إلى الأبعد، إذ لو أبقينا ولاية الأقرب أبطلنا حقها وفاتت مصالحها، فثبتت للأبعد الولاية كما في الأب مع الجد إذا كانا حاضرين.

ومصالح النكاح مظمنة تحت الكفاءة والمهر، والولي الأبعد أقدر على تحصيل هذه المنافع من الولي القريب بسبب فقده أو غيبته، فهو متمكن من إحراز الكفاءة الحاضر بحيث لا يفوته على الفتاة.

فإذا خطبها كفاء حيث الأبعد زوجها منه وإن اتفق حيث الأقرب زوجها منه فيكمل النظر، إلا أنه في حاله الحضرة يرجح الأقرب باعتبار زيادة الشفقة لزيادة القرابة، وصيانة لحق الولي الأقرب من أن تزوج من غير كفاء. وجعل له حق ولاية فسخ النكاح إذا وقع بفعلها من غير كفاء.

وبهذا يتبين أن نقل الولاية إلى السلطان باطل، لأن السلطان ولي من لا ولي له. وهي هنا لها وليان، فلا تثبت الولاية للسلطان إلا عند العضل⁽¹⁾ من الولي، ولم يوجد.

ولو سلبت ولاية الأقرب بموت كان الأبعد أولى من السلطان فكذلك إذا سلبت بعارض آخر.

فالحاصل في علة تقديمه على السلطان لا يختلف بالموت أو غيره، وقد قال صلى الله عليه وسلم "السلطان ولي من لا ولي له".⁽²⁾

(1) العضل: هو منع المرأة التزوج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كل منهما في صاحبه، سواء طلبت ذلك بمهر مثلها أو دونه، أنظر الإنصاف، ج7/75.

(2) شرح فتح القدير، ج3/289، بدائع الصنائع، ج2/250. وهذا الحديث مخرج في سنن النسائي الكبرى/ كتاب النكاح، ج3/285، مسند الإمام أحمد (مسند عائشة) ج6/47، صحيح ابن حبان ج9/384، مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة/ كتاب النكاح، ج2/103، سنن ابن ماجة/ كتاب النكاح، ج1/605، سنن الدارمي، ج2/185، سنن الترمذي/ كتاب النكاح، ج7/407، وقال عنه حديث حسن.

أقوال المالكية:

المفهوم من كلام المالكية في حكم ولاية الأولياء على بنات المفقود أن هذه الولاية تعتبر حسب نوع الغيبة.⁽¹⁾

وقد قسموا هذه الغيبة إلى نوعين :

1- غيبة انقطاع.

2- غيبة ارتجاع.

وغيبة الانقطاع:

ورد قول الإمام مالك فيها: إذا غاب غيبة منقطعة مثل هؤلاء الذين يخرجون في المغازي فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها مثل الأندلس أو إفريقيا، أو طنجة. قال: فأرى أن يرفع أمرها إلى السلطان فينظر لها ويزوجها رواه علي بن زياد عن مالك قال: سمعت مالكا يقول: يرفع أمرها إلى السلطان.⁽²⁾

وذات الأب التي يقطع عنها النفقة ويغيب غيبة بعيدة ويخشى عليها الضياع فالمشهور أنه يزوجه السلطان أو نائبه لا غيرهما.⁽³⁾

وكذلك إذا غاب الأب غيبة انقطاع وكانت حياته معلومة ومكانه معروفاً فإن الحاكم يزوجه إذا رفعت إليه لأن الأب يكون حينئذ كالعاضل.

(1) مواهب الجليل، ج3/437 .

(2) المدونة الكبرى، ج2/113، مواهب الجليل، ج3/435 .

(3) الفواكه الدواني، ج2/7 .

ومثل ذلك قيل في ابنة الأسير والمفقود وقد قطع بهذا القول ابن رشد في بداية المجتهد حيث قال : لا خلاف أن ابنة الأسير والفقيذ يزوجه الإمام إذا دعتة إلى ذلك، ولو كانت في نفقة وأمنت عليها الضيعة⁽¹⁾.

ولكن هنالك قول ثان في المذهب وهو أن الحق ينتقل إلى الولي الأقرب فالأقرب دون الحاكم، فيزوجها الولي الأقرب، ولا كلام للحاكم مع وجود غيره من الأولياء. وقد قال الدكتور محمد بشير الشقفة أن هذا هو القول المشهور، لأنهم أنزلوا الفقيذ والأسير منزلة الميت، بخلاف بعيد الغيبة فإن حياته معلومة.⁽²⁾

وقد نقل هذا الرأي كل من شرح (مختصر خليل) حيث ورد فيه "وإن أسر أو فقد فالأبعد" مثل مواهب الجليل والتاج والإكليل وغيرها.⁽³⁾

وأما غيبة الارتجاع:

كمن خرج تاجراً أو حاجة ولم ينو الإقامة والاستيطان فلا يزوجه ولي ولا سلطان "حتى لو أرادته الابنة" فلا تهجم للسلطان على ابنته، فلا تزوج حتى يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه ويؤيس من رجعتة.⁽⁴⁾

مسألة : لو تزوجت بغير ولي "استخلفت على نفسها" ولها ولي غائب وولي حاضر. والغائب أقعد بها من الحاضر، فقام الحاضر يفسخ نكاحها وهو أبعد إليها من الغائب فهل يحق له ذلك.

(1) بداية المجتهد، ج 11/2 .

(2) الفقه المالكي في ثوبه الجديد/د. محمد بشير الشقفة ج 3/ 316 .

(3) حاشية الدسوقي، ج 2/302، التاج والإكليل، ج 3/ 436، مواهب الجليل، ج 3/437، مختصر خليل، ج 1/111 .

(4) مواهب الجليل، ج 3/436 .

قال ابن القاسم ينظر السلطان في ذلك، فإن كانت غيبة الأعداء قريبة انتظر ولم يعجل وبعث إليه، وإن كانت غيبته بعيدة نظر فيما ادعى هذا، فإن كان من الأمور التي كان يجيزها الوالي إذ لو كان ذلك الغائب حاضراً أجازته.

وإن كان من الأمور التي لو كان الغائب حاضراً لم يجزه أبطله السلطان، ويجعل السلطان مكان ذلك الغائب، وجعلته أولى من هذا الحاضر.

وهذا هو رأي الإمام مالك وابن القاسم.⁽¹⁾

أقوال الشافعية :

قال الإمام الشافعي في كتابه الأم :

لا ولاية لأحد بنسب ولا ولاء وأولى منه حي، غائباً كان أو حاضراً، بعيد الغيبة منقطعاً ميثوساً منه مفقوداً أو غير مفقود، أو قريب الغيبة مرجو الإياب. فلا يزوجه إلا السلطان.⁽²⁾

لان الغائب ولي، والتزويج حق له فإذا تعذر استيفاءه منه ناب عنه الحاكم. وقيل يزوج الأبعد كالمجنون.⁽³⁾

فإذا كلف بذلك السلطان فحق عليه أن يسأل عن الولي، فإن كان غائباً سأل عن الخاطب، فإن رضي به، أحضر أقرب الولاية بها وأهل المحرم من أهلها، وقال هل تتقمن شيئاً، فإن ذكره نظر فيه، فإن كان كفواً ورضيته أمرهم بتزويجه فإن لم يفعلوا زوجه السلطان.⁽⁴⁾

(1) المدونة الكبرى، ج2/ 112 .

(2) الأم، ج5/ 14 .

(3) مغني المحتاج، ج3/ 157 .

(4) الأم، ج5/ 14، مغني المحتاج، ج3/ 157، روضة الطالبين، ج7/ 69.

وهذا من السلطان على سبيل الأولى وليس ملزماً له، فإن لم يأمرهم وزوجه هو فجائز.

وللقاضي التعويل على دعواها غيبة وليها، وأنها خلية عن النكاح والعدة. لأن العقود يرجع فيها إلى قول أربابها، ولكن يستحب إقامة البينة بذلك. ولا يقبل فيها إلا شهادة مطلع على باطن أحوالها. (1)

ولا يجوز للقاضي أن يزوجه من غير كفاء وحتى لو رضيت بذلك إذا كان لها ولي غائب أو مفقود لأنه كالنائب عنه فلا يترك الحظ له.

وبحث جمع من المتأخرين أنها لو لم تجد كفواً وخافت الفتنة لزم القاضي إجابتها لذلك للضرورة. (2)

فائدة: لو زوجها الحاكم لغيبة وليها ثم قدم وقال كنت زوجتها في الغيبة قدم نكاح الحاكم (3).

أقوال الحنابلة:

إذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة زوج الأبعد لأنه قد تعذر التزويج من الأقرب، فوجب أن ينتقل إلى من يليه كما لو مات أو جن.

وما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " السلطان ولي من لا ولي له". (4)

وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها.

ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصابات.

(1) مغني المحتاج، ج3/157.

(2) حواشي الشرواني، ج277/7، فتح المعين، ج3/339.

(3) مغني المحتاج، ج3/157.

(4) سبق تخريجه.

وقال ابن عقيل: ليس فيه سلب الولاية من الأقرب لكن مشترك بينهما بدليل ما لو زوج الأقرب الغائب في مكانه أو وكل فيه فإنه يصح ، وكذا لو وكل ثم غاب، بخلاف من وكل ثم جن .

وقد قال الإمام أحمد: إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ.

وقال أبو الخطاب: يحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة، لأن ذلك هو السفر الذي علقت الشريعة عليه أحكاماً.

وذهب أبو بكر: إلى أن حدها ما لا يقع إلا بكلفة ومشقة.

وقال القاضي: ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة.

وقيل: ما يفوت به الكفاء الراغب.⁽¹⁾

- فائدة: من تعذرت مراجعته كالمأسور والمحبوس أو لم يعلم مكانه فحكمه حكم بعيد الغيبة.

والرأي الراجح في ذلك:

والرأي الراجح في ذلك وما نميل إليه هو رأي الشافعية في أن الولاية تنتقل إلى السلطان وليس للأبعد، وأحسن ما في هذا الرأي هو أن السلطان أو الحاكم الذي انتقلت الولاية إليه يدعو أولياءها ويستشيرهم في الخاطب ثم بعد ذلك يطلب من أقرب أوليائها الحاضرين أن يتم هو عقد النكاح.

فبذلك يكون قد تحقق المقصود وهو موافقة الولي الأقرب من الحاضرين مع علم

السلطان وموافقته ومباركته .

⁽¹⁾ المغني، ج25/7، المبدع، ج3/37، الإنصاف، ج8/76.

أما في رأي من قال إن الولاية تنتقل إلى الأقرب مع بقاء هذه الولاية للغائب فإن هذا قد يؤدي إلى أن يتم تزويجها من قبل الاثنين في آن واحد معاً، مع عدم علم كل منهما بما أقدم عليه الآخر، وقد يؤدي ذلك إلى الخلافات والنزاعات في أيهما كان عقده أسبق وأيها أولى بها. فعند تولي الحاكم "السلطان" لذلك الأمر فإنه يبحث عن الولي الغائب ويرسل إليه فإن لم يحضر فيكون التزويج بإذن السلطان ويكون هذا هو التزويج النافذ في حال قيام الولي الغائب بتزويجها والله سبحانه وتعالى أعلم.

ما عليه العمل في المحاكم الشرعية:

جاء في المادة (12) من قانون الأحوال الشخصية الأردني:

"إذا غاب الولي الأقرب وكان في انتظاره تفويت لمصلحة المخطوبة انتقلت الولاية إلى من يليه فإذا تعذر أخذ رأي من يليه في الحال أو لم يوجد انتقل حق الولاية إلى القاضي".

وجاء في المادة (11) من القانون المذكور:

"رضا أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة، ورضا الولي الأبعد عند غياب الأقرب يسقط حق اعتراض الولي الغائب"⁽¹⁾.

(1) مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية، القاضي راتب عطا الله الظاهر، ص103.

الفصل الثالث

الأحكام المتعلقة بمال المفقود

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول: بقاء ماله على ملكه

المبحث الثاني: إدارة أمواله

المبحث الثالث: النفقات الواجبة عليه

المبحث الرابع: حكم زكاة أمواله

المبحث 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⁽¹⁾.

والمفقود لم يثبت عندنا موته حتى يورث ماله، ولم يعلم أو يثبت أنه تصرف في هذه الأموال، تصرفاً يزيل ملكيته عنها، ولا اتصف بأوصاف من سفه أو جنون تدعو للحجر على ماله.

وبذلك تبقى أمواله له، وعلى ذمته ما لم يطرأ عليها أي تصرف يزيل ملكه عنها. وبما أن المفقود عاجز عن النظر لنفسه وبما أن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية وضرورة من الضرورات الخمس، وقد شرع الإسلام العقوبات على أخذ مال الغير بدون مسوغ شرعي من قطع وغيره.

فقد وجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه، لأنه مكلف شرعاً بالنظر لكل من لا يستطيع النظر لنفسه كالصبي والمجنون.

(1) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبد السلام ج1/236

المبحث الثاني

إدارة أموال المفقود

إذا كان للمفقود وكيل، وكان المفقود قد كلفه بإدارة أمواله والمحافظة على مصالحه قبل أن يسافر هذا المفقود، فإن هذا الوكيل يقوم بالمحافظة على هذه الأموال والتصرف بها بما يراه مصلحة للمفقود، ولا يعزل هذا الوكيل بالفقد.

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

1. ينصب القاضي وكيلاً يقوم بحفظ ماله واستيفاء حقوقه وقبض غلاته، والديون التي أقر بها غرماءه، ولا يدع أحداً يفسد هذا المال أو يبذره. ولكنه لا يخاصم في دين لم يقر به لغريم ولا في نصيب له في عرض أو عقار في يد غيره؛ لأنه ليس بمالك ولا نائباً عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي. وله أن يخاصم في عقد أجراه هو بلا خلاف.

2. يبيع ما يتسارع إليه الفساد ويحفظ ثمنه لأن ذلك حفظ له معنى، ولا يأخذ المال الذي في يد مودعه أو مضاربه لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ، فكان محفوظاً بحفظه، فلا حاجة لحفظ القاضي.

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

4. ينفق من ماله على أولاده الصغار الذكور والإناث وعلى أولاده الفقراء والزمنى⁽¹⁸⁷⁾ من الذكور والفقيرات من الإناث سواء كن زمنى أو لا وعلى والديه المحتاجين، لأن نفقة

(187) الزمنى: مفردها الزمن؛ وهو المبتلى بعاهة، لأنه جنس للبلابا التي يصابون بها، انظر لسان العرب، ج13/199.

أولاده إنما تحب بحكم الجزئية والبعضية، إحياء لهم وإحياء نفسه 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 وديعة أو إعارة متاع أو سكنى داره فالحكم فيها كما يلي:

أما الإجارة⁽¹⁸⁸⁾: فلا يعرض لها السلطان أو وكيله حتى تتم الإجارة، لأنها وأن كانت تنفسخ الإجارة لموت المؤجر أو المستأجر لكن المفقود لم يثبت موته وهو حي في إبقاء ما كان على ما كان.

أما العارية⁽¹⁸⁹⁾: فإن كان لها أجل فلا يعرض للعارية حتى يتم الأجل وأما ما كان من دور أسكنها، فلا يعرض لها السلطان حتى يتم سكنها. وإذا مضت مدة الإجارة والسكن للدار وغيرها فإن السلطان يحرزها على الغائب.

ولا يبرأ المستأجر والمدين بدفع المال إلى زوجة المفقود وأولاده أو أحد ورثته، لأنهم لم يرثوه بعد ولأنه دفع مال الغير إلى الغير بغير إذنه، إلا إذا كان الدفع بأمر القاضي⁽¹⁹⁰⁾.

⁽¹⁸⁸⁾ الإجارة: هي تملك منفعة رقبة بعوض، انظر فتح الباري ج4/439، أو هي عقد على المنافع أو هي بيع المنافع، انظر المبدع، ج4/224. منار السبيل، ج2/171.

⁽¹⁸⁹⁾ العارية: هي هبة منفعة، انظر المبدع ج5/137 أو هي إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال، انظر المغني ج5/128

⁽¹⁹⁰⁾ المبسوط/ للسرخسي ج38/11 وما بعدها، بدائع الصنائع للكاساني ج6ص196، حاشية ابن عابدين "حاشية رد المحتار على الدر المختار" ج4/294، شرح فتح القدير/ للسيواسي ج6/141، المدونة الكبرى ج5/454، التاج والإكليل ج4/160، مواهب الجليل ج4/156، الفتاوى الهندية ج2/301.

المبحث الثالث

النفقات الواجبة عليه

النفقات جمع نفقة وهو الإخراج ولا تستعمل إلا في الخير⁽¹⁹¹⁾.

وشرعاً: هي كفاية من يمونه خبزاً وأدماً وكسوة⁽¹⁹²⁾.

وأسباب وجوب النفقة ثلاثة: النكاح والقرابة والملك⁽¹⁹³⁾.

فالأول للزوجات، فنفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب العزيز:

فقوله تعالى: " وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ مِمَّا رَزَقْنَاهُ رِزْقًا كَرِيمًا " ⁽¹⁹⁴⁾

وقوله تعالى: " قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ " ⁽¹⁹⁵⁾

وقوله تعالى: " لِيُنْفِقَ ذُو سَعْتٍ مِّنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُلِبَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا " ⁽¹⁹⁶⁾.

وأما 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

⁽¹⁹¹⁾ مغني المحتاج ج 5/151.

⁽¹⁹²⁾ كشف القناع 460/5.

⁽¹⁹³⁾ مغني المحتاج ج 5/151، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2/508.

⁽¹⁹⁴⁾ سورة البقرة. آية 233.

⁽¹⁹⁵⁾ سورة الأحزاب آية 50.

⁽¹⁹⁶⁾ سورة الطلاق آية 7.

رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (197).

وقوله عليه الصلاة والسلام لهند زوجة أبي سفيان حينما اشكتك أبا سفيان فقالت: إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" (198).

وأما الإجماع: فاتفق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن (199).

والمفقود مكاف ومخاطب بالإنفاق بالأدلة السابقة، ولم يرد ما يخصص المفقود بعدم النفقة. وهنا نبحت كيفية إنفاق المفقود على من تجب عليه نفقتهم وذلك حسب حالة المفقود من يسار وإعسار:

المطلب الأول : في حال كونه ميسور الحال

أ. نفقة الزوجة:

إذا كان المفقود ميسوراً واختارت زوجته المقام والصبر حتى يتبين أمره، فلها النفقة ما دام حياً، وينفق عليها من ماله حتى يتبين أمره؛ لأنها محكوم لها بالزوجية فتجب لها النفقة كما لو علّمت حياته (200).

ولو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً فإن نفقتها في هذه السنين

(197) صحيح مسلم/كتاب الحج ج2/889، سنن ابن ماجة كتاب الحج/ج2/1025. سنن الترمذي ج3/467، وقال عنه حسن صحيح، مصنف ابن أبي شيبة، ج3/336، سنن النسائي الكبرى، ج2/421، مسند الإمام أحمد/ حديث عم أبي حرة ، ج5/72 . وكلمة عوان تعني أسرى في أيديكم.

(198) متفق عليه /سبق تخريجه ص 44 .

(199) مغني المحتاج 5/15، المغني 9/230، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/508.

(200) المغني / ابن قدامة المقدسي ج8/109.

الأربعة تكون من مال زوجها باتفاق⁽²⁰¹⁾.

أما في فترة العدة فليس لها فيها النفقة عند المالكية وقديم قول الشافعية، ووجه قولهم أن التزامها حكم العدة رضا بالفرقة على وجه التمويت فلم يكن لها فيها النفقة.

وبناء عليه لو أرادت زوجة المفقود البقاء على عصمة المفقود لم يكن لها ذلك بعد انتهاء العدة عند المالكية لأنها أبيحت لغيره وهي على حكم الفراق حتى تظهر حياته.

ووجه القائلين بالنفقة في العدة فقالوا أن الوفاة غير متيقنة بخلاف عدة الوفاة الحقيقية فإنها متيقنة. والنفقة لا تسقط إلا بيقين الموت⁽²⁰²⁾.

وقال صاحب المغني: إن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضا لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج أو يفرق الحاكم بينهما⁽²⁰³⁾.

وقد روى الأثرم والجوزجاني، عن ابن عمر، وابن عباس قالوا: تنتظر امرأة المفقود أربع سنين. قال ابن عمر: ينفق عليها من مال زوجها. قال ابن عباس: إذا يجحف ذلك بالورثة، ولكنها تستدين، فإن جاء زوجها أخذت من ماله، وإن مات أخذت من نصيبها في الميراث.

وقالوا: ينفق عليها في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشراً⁽²⁰⁴⁾

ولو انفقت الزوجة من مال زوجها المفقود، ثم ثبتت البينة على موته في وقت ردت كل

⁽²⁰¹⁾ الأم / للإمام الشافعي ج 256/5، المنتقى شرح الموطأ ج 4/93، المغني/ابن قدامة ج 8/109.

⁽²⁰²⁾ المدونة الكبرى ج 2/32، الفواكه الدواني ج 2/41، المنتقى شرح الموطأ ج 4/93، المغني ج 8/109، الأم ج 5/256، المهذب ج 2/165، روضة الطالبين ج 8/48، التاج والإكليل ج 4/155.

⁽²⁰³⁾ المغني / لابن قدامة ج 8/109.

⁽²⁰⁴⁾ المغني لابن قدامة، ج 8/110.

ما أخذت من النفقة من حين مات فكان لها الميراث⁽²⁰⁵⁾.

وهنا توجد لفظة نحب أن ننبه إليها وهي مع أن الحنفية لا يرون القضاء على الغائب ولا يجيزونه إلا أنهم حكموا لزوجة المفقود بالنفقة من مال زوجها المفقود.

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

وقالوا: إن هذا الإنفاق هو إعانة لها على الحكم وليس قضاءً ابتداءً، لأن نفقة الزوجة ثابتة بنفسها اتفاقاً وما كان ثابتاً اتفاقاً كن لصاحب الحق أن يأخذه بغير قضاء فحق لهذه الزوجة أن تنفق إذا وجدت جنس حقها⁽²⁰⁶⁾.

والنفقة للزوجة تجب على زوجها سواء في ذلك كانت الزوجة فقيرة أو غنية، موسرة أو معسرة، لأنها تستحق هذه النفقة بالعقد ولتفريغ نفسها له وهي بدل معاوضة، فكانت أقوى من سائر النفقات الواجبة عليه⁽²⁰⁷⁾.

ب. نفقة الأقارب:

وكما تلزم المفقود نفقة زوجته، تلزمه أيضاً نفقة أولاده الصغار، والزمني الكبار وأبكار بناته ووالديه.

⁽²⁰⁵⁾ الأم، ج 240/5، المدونة الكبرى، ج 452/5، المنتقى شرح الموطأ ج 93/4، المغني 109/8. شرح السير الكبير، ج 1904/5.

⁽²⁰⁶⁾ بدائع الصنائع ج 197/6، المبسوط، 38/11.

⁽²⁰⁷⁾ المغني 271/9، المبسوط ج 223/5.

ودليل وجوب هذه النفقات ما يلي:

1. نفقة الأولاد: لقوله تعالى " فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُمْنَهَا أَجْرَهُنَّ ⁽²⁰⁸⁾ " إذ إيجاب الأجرة لإرضاع الأولاد يقتضي إيجاب مؤنتهم. ولقوله عليه الصلاة والسلام لهند زوجة أبي سفيان "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" ⁽²⁰⁹⁾.

2. أما دليل وجوب نفقة الوالدين فهو:

- قوله تعالى " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا " ⁽²¹⁰⁾.

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

ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند الحاجة، وقد نهى عن التآفف لمعنى الأذى وبهذا النهي يفهم النهي عن سائر ما يؤذيهما بفحوى الخطاب أو بلحنه، ومعنى الأذى في منع النفقة عند حاجتهما أكثر ⁽²¹¹⁾.

- قوله تعالى " وَصَاحِبِهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا " ⁽⁶⁾

ومن المعروف الذي أمر الله به هو القيام بكفايتهما عند الحاجة.

- قوله عليه الصلاة والسلام : في الحديث التي روته عائشة: إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه، فكلوا من أموالهم ⁽⁷⁾ "

⁽²⁰⁸⁾ سورة الطلاق، آية 6.

⁽²⁰⁹⁾ متفق عليه، سبق تخرجه ص44.

(4) سورة الإسراء، آية 23.

(5) مغني المحتاج، ج5/184، فتح القدير للشوكاني، ج3/246.

(6) سورة لقمان، آية 15.

ويشترط لوجوب هذه النفقة عدة شروط:

1. يسار المنفق: بحيث تكون النفقة فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته، لقوله عليه الصلاة والسلام: **ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك** (1) .

2. حاجة المنفق عليه: بحيث يكونا فقيرين لا مال لهما ولا كسب يستغنيان به عن إنفاق غيرهم.

فلا تجب النفقة لمالك كفايته ولا لمكتسبها ولو زمناً، أو صغيراً، أو مجنوناً لاستغنائه عنها، ولأن استحقاق النفقة على الغني للمعسر باعتبار الحاجة بخلاف الزوجة (2).

وقد سئل الإمام مالك عن المفقود إذا كان له ولد صغار ولهم مال ينفق عليهم من مال أبيهم؟ قال لا ينفق عليهم من مال أبيهم لأن مالكا قال: إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته (3).

المطلب الثاني : في حال الإعسار

أ- نفقة الزوجة:

لا تسقط نفقة الزوجة بإعسار الزوج لأن نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء في ذلك كان الزوج غنياً أو فقيراً، وسواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة، وذلك لأن استحقاق الزوجة للنفقة

(7) مسند الإمام أحمد حديث السيدة عائشة، ج4/6 و صفحة 193 ،سنن النسائي الكبرى ج4/4، سنن أبي داود، ج3/288 سنن الترمذي ج 3/ 639 وقال عنه صحيح حسن، سنن البيهقي 479/7، المستدرک على الصحيحين ج2/52، نصب الراية ج3/275، الدراري المضية، ج1/291.

(1) سنن النسائي الكبرى ج2/37، صحيح مسلم، ج2/692، سنن البيهقي الكبرى، ج4/178، السيل الجرار، ج2/446.

(2) المبسوط ج 5/ 222، مغني المحتاج 5/184، العزيز شرح الوجيز ج10/65 .

(3) المدونة الكبرى ج5/ 452.

بسبب العقد وهي تجب معاوضة مقابل الاستمتاع. فقد قال صاحب المبسوط: لا يجبر المعسر على نفقة أحد إلا على نفقة الزوجة والولد الصغير⁽⁴⁾.

ب - نفقة الأقارب:

نفقة الأقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة ، وعلى هذا قال الإمام أبو يوسف رحمه الله من لم يكن له فضل عن حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الأقارب⁽²¹²⁾.

إذا كان الولد معسراً والوالدان معسران، فليس عليه نفقتهما لأنهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب النفقة على صاحبه بأولى من الآخر.

فلا تجب النفقة عليه لأقربائه إلا أن يجد من النفقة ما يفضل عن قوته وقوة عياله يومه وليلته⁽²¹³⁾.

إلا أنه روي عن الإمام أبي يوسف رحمه الله قوله: إذا كان الأب زماً وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إلى نفسه، لأنه لو لم يفعل ضاع الأب، ولو فعل ذلك لا يُخشى الهلاك على الولد، والإنسان لا يهلك عن نصف بطنه⁽²¹⁴⁾.

أما الأولاد الصغار: فلا تسقط نفقتهم بالإعسار لأنهم أجزاءه فكما لا تسقط عنه نفقة نفسه لعسرته فكذلك نفقة أولاده، لقوله تعالى "وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِمْ رِزْقُهُمْ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ"⁽²¹⁵⁾.

(4) المغني ج9/271، المبسوط ج5/224.

(212) المبسوط ج5/224 .

(213) المدونة الكبرى، ج5/364.

(214) المبسوط ج5/222.

(215) سورة الطلاق آية 7 .

وقد قال صاحب مغني المحتاج: لا يشترط يسار الوالد في نفقة ولده الصغير فيستقرض عليه ويؤمر بوفائه إذا أيسر⁽²¹⁶⁾.

*مسألة: إذا كان الأب معسراً والأم موسرة أمرت بأن تنفق من ماله على الولد ويكون ذلك ديناً على الأب إذا أيسر.

المستحقون للنفقة في مال المفقود:

لا يقضى بالنفقة في مال غائب أو مفقود إلا لمن ذكرنا وهم زوجة المفقود وولده ووالديه⁽²¹⁷⁾.

فيلزمه نفقة سائر آبائه وإن علوا، وأولاده وأن سفلوا، والولد المستحق للنفقة هو الصغير الذي لا يقوى على الاكتساب، أو المريض مرضاً مزمناً أو أشل اليدين أو الرجلين الذي لا يتمكن من تحصيل رزقه، فإذا بلغ هذا الصبي أو احتلم فلا يجبر الأب على نفقته.

ويدخل في قولنا ولده بناته مطلقاً الصغيرات والكبيرات ما لم يدخل بهن أزواجهن فإذا دخل بهن أزواجهن فلا تجب النفقة لهن من ماله⁽²¹⁸⁾.

هذا إذا لم يكن لهم مال، فإن كان لهم مال فلا نفقة لهم على أبيهم، وقد قال الإمام مالك رحمه الله إذا كان للصغير مال لم يجبر الأب على نفقته⁽²¹⁹⁾.

وكذلك نفقة الوالدين فتجب إذا كانا معسرين، أما إذا كانا موسرين فلا تجب عليه نفقتهما.

وأما غير من ذكرنا من المحارم كالأخوة والأخوات والأعمام والعمات وغيرهم فلا يقضى بنفقتهم من مال المفقود.

⁽²¹⁶⁾ مغني المحتاج ج5/183.

⁽²¹⁷⁾ المبسوط، ج5/225، العناية شرح الهداية، ج4/401.

⁽²¹⁸⁾ مغني المحتاج ج5/183، الفروع ج5/452، الإنصاف 9/392. مواهب الجليل ج4/157. المدونة الكبرى

ج5/452. المنتقى شرح الموطأ ج4/92.

⁽²¹⁹⁾ المدونة الكبرى ج 5/452، المنتقى شرح الموطأ ج4/92.

ووجه الفرق أن نفقة "الزوجة والولد والوالد" واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم.

أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء لأنه مجتهد فيه، والقضاء على الغائب لا يجوز⁽²²⁰⁾.

⁽²²⁰⁾ العناية شرح الهداية، ج4/401، المبسوط، ج5/225، حاشية رد المحتار على الدر المختار ج3/605، المدونة الكبرى ج5/366.

المطلب الثالث: بيع عقار المفقود وعروضه في النفقات الواجبة عليه:

اتفق الفقهاء على أن القاضي ينفق على من ذكرنا وهم "زوجة المفقود وأولاده وأبواه" من مال المفقود إذا كان المال دراهم أو دنانير أو طعاماً هو من جنس حقهم ومن بيع ما يتسارع إليه الفساد أو دين له عند مقر أو غيره.

أما إذا كان من جنس آخر من العروض والعقار ففيه خلاف بين العلماء نوضحه بعون الله تعالى كما يلي:

1. قول الحنفية:

لا يبيع القاضي ما لا يخاف فساداً منقولاً أو عقاراً في نفقة ولا غيرها، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفظ، وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز.

فإن لم يكن له مالا إلا عروض أو عقار واحتاج ولده أو زوجته إلى النفقة فلا تباع عروضه وعقاره في نفقة ولا غيرها؛ لأن البيع على الغائب في معنى الحجر عليه والحجر على الحر البالغ لا يجوز عند أبي حنيفة، وعند الصحابين يجوز على الحاضر دون الغائب⁽²²¹⁾.

أما الأب المحتاج فليس له بيع عقار الغائب في نفقته من غير إذن القاضي، إلا أن يكون الابن صغيراً⁽²²²⁾.

واختلفوا في حكم بيع العروض، فعند الإمام أبي حنيفة له أن يبيع من عروضه وينفق عليه من غير أمر القاضي استحساناً.

⁽²²¹⁾ شرح فتح القدير ج6/143، بدائع الصنائع ج6/196-197، الفتاوى الهندية ج2/300، العناية شرح الهداية ج4/401.

⁽²²²⁾ المبسوط ج5/225، مجمع الضمانات/ غانم البغدادي ج1/414.

وعند الصاحبين ليس له بيع العروض كما ليس له بيع العقار وهو القياس. ووجه الاستحسان عند الإمام أبي حنيفة رحمه الله أن الأب وإن زالت ولايته بقي أثرها، وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار⁽²²³⁾.

2. أما جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة فقالوا :

تفرض نفقة الزوجة والأولاد والوالدين المعسرين من مال ولدهما الغائب إذا كان هذا المال عروضاً أو عقاراً، إذا لم يجد ما ينفق عليهم سواء، فبياع في ذلك عقاره وتكسر عروضه⁽²²⁴⁾.

قال صاحب مغني المحتاج : وبياع فيها ما يباع في الدين من عقار وغيره لأن نفقة القريب مقدمة على وفاء الدين، وإذا بيع ذلك في الدين ففي المقدم عليه أولى⁽²²⁵⁾ .

واختلفت أقوال المالكية في ذلك حيث قال صاحب حاشية الدسوقي "وتباع داره في نفقتها إن لم يكن له مال غيرها ولو احتاج إليها لسكناه⁽²²⁶⁾ .

وقال في مواهب الجليل:

يحمل بيع العروض على ما عدى الأصول استحساناً على غير القياس؛ لأن القياس أن لا ينفق عليهما في مغيبة بشيء من ماله، إذ لا يؤمن من أن يكون قد مات أو قد استدان من الديون ما هو أحق به من نفقة أبويه. ولا يبيع الحاكم الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لهذه الدار، وتشهد البينة أن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم⁽²²⁷⁾.

⁽²²³⁾ شرح فتح القدير ج6/143، نصب الرأية ج3/572.

⁽²²⁴⁾ المدونة الكبرى، ج4/261، وكذلك ج5/365، المغني، ج8/164، الفروع، ج5/448 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/520، التاج والإكليل ج4/201، أدب القضاء، لشهاب الدين إبراهيم بن عبد الله المعروف بـ(ابن أبي الدم)، ص207.

⁽²²⁵⁾ مغني المحتاج، ج5/185.

⁽²²⁶⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2/520.

⁽²²⁷⁾ مواهب الجليل، ج4/203.

سبب اختلاف الحكم في هذه المسألة عند الفقهاء والترجيح:

أما سبب الاختلاف في الحكم في هذه المسألة فهو بناءً على مسألة القضاء على الغائب.

فالحنفية لا يرون القضاء على الغائب ولا يجيزونه، فبناءً عليه لم يصح عندهم بيع عقار أو عروض المفقود، لأن البيع فيه معنى القضاء على الغائب، وإنما جاز بيع ما يتسارع إليه الفساد، لأنه نوع من الحفظ وليس قضاءً عليه⁽²²⁸⁾.

أما الجمهور فقالوا :

يحكم على الغائب إذا صح الحق عليه، فإن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة، سمعه الحاكم وحكم بها. وقد قال الإمام الشافعي في ذلك يقضى على الغائب كما يقضى على الحاضر.

وأما دليل الجمهور على جواز القضاء على الغائب فهو ما يلي:

1. حكم الرسول صلى الله عليه وسلم على أبي سفيان في حديث هند ولم يكن حاضراً.
2. صح عن عمر وعثمان رضي الله عنهما القضاء على الغائب.
3. عدم سماع البينة يؤدي إلى تضييع الحقوق مع إمكان استيفائها .
4. بالقياس على الميت والصغير مع أنهما أعجز عن الدفع من الغائب.
5. قول عمر رضي الله عنه في خطبته "من كان له على الاسيفع دين فليأتنا غداً فإننا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه" وكان غائباً.

(228) مواهب الجليل، ج6/147.

6. الأدلة التي تدعوا إلى إيفاء الحقوق والحكم بالعدل لم تفرق بين غائب وحاضر⁽²²⁹⁾.

الترجيح :

ويظهر من استعراض أدلة الجمهور قوة حججهم وسلامتها عن المعارضة وقد قضى بذلك عمر وعثمان ولم يعرف لهما من الصحابة مخالف.

*فائدة: لا يقضى على غائب بحق الله تعالى لأن مبناه على المساهلة فإن تعلق بها حق آدمي كالسرقة قضى بالغرم دون القطع⁽²³⁰⁾.

⁽²²⁹⁾ المبدع، ج 89/10، المغني، ج 138/10، فتح الباري، ج 171/13، الفروع، ج 421/6، منار السبيل، ج 418/2، إعانة الطالبين ج 238/4، حاشية البجيرمي، ج 360/4، روضة الطالبين، ج 175/11، مغني المحتاج، ج 309/6، المدونة الكبرى، ج 455/5.

⁽²³⁰⁾ فتح الباري ، ج 171/13، المبدع ، ج 89/10 .

المبحث الرابع

حكم زكاة أمواله

اختلفت أقوال الفقهاء في حكم زكاة أموال المفقود فمنهم من أوجبها وهم الحنابلة والشافعية، ومنهم من فرق حسب نوع المال فأوجبه في الحرث "الحب والثمار" والمواشي، ومنعه في أعيان الأموال وهم المالكية. ومنهم من نفى وجوب الزكاة في هذا المال واعتبره ضمراً⁽²³¹⁾ وهم الحنفية وفيما يلي تفصيل ذلك.

1. القائلون بوجوب الزكاة في مال المفقود:

وهم الحنابلة والشافعية فقالوا يزكى مال المفقود لما مضى من السنين قبل قسمته لأن الزكاة حق واجب في المال فيجب أدائها⁽²³²⁾.

وقد نص الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله على ذلك، معللاً بأنه مات وعليه زكاة وقال لا تسقط الزكاة عن مفقود أو غيره بالموت⁽²³³⁾.

2. القائلون بالتفريق حسب نوع المال وهم المالكية:

فقالوا تجب الزكاة في ثمار ومواشي المفقود ولا تجب في أعيان أمواله وأما حجتهم في ذلك فما يلي:

1. إن النماء شرط في وجوب الزكاة . وماشيته وحرثه نام فوجب فيه الزكاة، أما أعيان أمواله فهي موقوفة ومأخوذة على عدم التتمية فأشبهه أموالهم الأموال الضائعة، ولهذا

⁽²³¹⁾ المال الضمارة: هو لغة المخفي أو الغائب الذي لا يرجى وكل ما لا تكون منه على ثقة، وفي الشرع: مال زائل اليد غير مرجو الوصول غالباً، وإنما لا تجب الزكاة فيه لأن كل من الملك والبناء فيه مفقود. انظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج1/194. ومثله في الموسوعة الفقهية ج 28/214، لسان العرب ج4/492.

⁽²³²⁾ كشف القناع عن متن الاقتناع ج4/465، شرح منتهى الإدارات ج2/543.

⁽²³³⁾ القواعد لابن رجب ج1/ص342، الانصاف ج2/202، الفروع ج2/350.

ينبغي أن يزكى لسنة واحدة فقط، ويدخل ضمن هذه الأموال عروض التجارة، لأن المزكى هو عين أو ثمن وكلاهما عين كما هو مستفاد.

2. إن الغائب والمفقود لا يؤخذ من مالهم الناض⁽²³⁴⁾ الزكاة لأنه لا يؤمن أن يكون قد مات أو استدان من الديون ما هو أولى بأدائه من الزكاة⁽²³⁵⁾.

3. إن الدين لا يسقط زكاة حرثه ولا ماشية، حتى لو ساوى الدين ما بيده من ذلك الحرث أو الماشية، كمن عليه خمسة أوسق أو خمسة من الإبل وبيده مثلها وجب فيها الزكاة⁽²³⁶⁾.

مسألة : لو أخرجنا زكاة حرثه أو ماشيته وهو مفقود فهل تجزئة أم لا؟ وذلك لفقدان نية الزكاة فيه؟ فيه قولان والظاهر الاجزاء لأن نية المخرج تقوم مقام نيته.

3. القائلون بعدم وجوب الزكاة وهم الحنفية:

فقالوا لا زكاة في المال الضمار، لأن من شروط وجوب الزكاة في المال أن يكون مالاً نامياً، لأن معنى الزكاة هو النماء ولا يحصل إلا في المال النامي، وهذا يعني أن يكون المال معداً للاستثمار بالتجارة والإسامة⁽²³⁷⁾.

ومال المفقود هو مال موقوف غير نام فلا تجب فيه الزكاة خلافاً لزفر والشافعي حيث قالوا تجب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت يده إليه لأن السبب قد تحقق وهو ملك نصاب نام⁽²³⁸⁾.

واستند الحنفية في عدم وجوب الزكاة لحديث الإمام علي رضي الله عنه "لا زكاة في المال الضمار"⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁴⁾ المال الناض: هو المال العتيد الحاضر، وهو ما تحول عيناً بعد ما كان متاعاً، وهو اسم للدراهم والدنانير عند هل الحجاز، انظر لسان العرب، ج7/237. وج305/13، ومختار الصحاح ج1/277.
⁽²³⁵⁾ التاج والاكليل ج3/197، شرح مختصر خليل للخرشي، ج2/202، مواهب الجليل، ج4/203.
⁽²³⁶⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج1/480.
⁽²³⁷⁾ شرح مختصر خليل للخرشي ج2/202.
⁽²³⁸⁾ بدائع الصنائع، ج2/11.

(²³⁹) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج1/256، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ج1/194. نصب الراية ج2/334، قال عنه غريب، وقال صاحب الدراية في تخريج أحاديث الهداية لم أجده عن علي انظر ج1/249، وهذا الحديث موقوف على علي مرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم. انظر المبسوط، ج2/171.

الفصل الرابع

الأحكام المتعلقة بإرث المفقود

وفيه مبحثان:

المبحث الأول : شروط تحقق حياته لتملكه الإرث

المبحث الثاني : حالات توريث المفقود وكيفياتها

المبحث الأول

شروط تحقق حياته لتملكه الإرث

من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الشك في الوجود من مبررات التوقف عن صرف المال، وقد قال الإمام مالك في ذلك: لا ينبغي أن يرث أحدٌ أحداً بالشك، ولا يرث أحدٌ أحداً إلا بيقين⁽¹⁾.

لان من شروط الإرث "تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه".

والمفقود متردد بين الوجود والعدم ، فلا نعلم يقيناً حياته ولا موته، والاستصحاب هو حجة لإثبات ما كان وهو حجة دافعة لا حجة مثبتة. فيصلح لمنع قسمة ما له بين ورثته بناء على استصحاب حال الحياة، ولا يصلح لان يعتبر حجة لامتلاكه الإرث من غيره. فعند موت أحد مورثي المفقود نحجز لهذا المفقود نصيبه حتى يتبين حاله بيقين من موت أو حياة.

ونوضح ذلك في المطالبين التاليين :

1- الإرث من المفقود.

2- إرث المفقود من غيره

المطلب الأول: الإرث من المفقود

المفقود يعتبر حياً في حق أمواله حتى يثبت موته حقيقة أو حكماً. فلا يقسم ميراثه حتى يأتي موته أو يمضي عليه من الزمان ما يحكم فيه بموته أو مالا يحيا إلى مثله، فيقسم ميراثه وقتئذ⁽²⁾.

(1) - موطأ الإمام مالك، ج2/521.

(2) معنى المحتاج، ج3/27، المدونة الكبرى للإمام مالك، ج5/452، المبسوط، ج30/54.

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 حياً بعد موت مورثه.⁽¹⁾

وأما اعتبار المفقود حياً في حق ماله فهو باستصحاب الحال، لأن الأصل بقاء الحياة فلا يورث إلا بيقين أو ما نزل منزلته وهو الحكم.

والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان ولا يصلح لإثبات ما لم يكن، وملكه 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 حجة لإثبات ما لم يكن.⁽²⁾

وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان. وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً له؛ ولأن حياته باعتبار الظاهر، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق، وليس بحجة الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر.⁽³⁾

والقاعدة الفقهية تقول (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين) والحياة ثابتة بيقين فلا يقسم مال المفقود حتى نتيقن موته بمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، أو بحكم القاضي بموته.⁽⁴⁾

وحتى تكتمل الصورة نعرض بعض أقوال الفقهاء من المذاهب الفقهية :

1- الحنفية:

الأصل في المفقود أنه يجعل حياً في ماله ميتاً في مال غيره حتى لا يورث عنه ماله، ولا يقسم بين ورثته ما لم يعلم موته.⁽⁵⁾

(1) كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4/465، المغني لابن قدامة، ج 6/264، تحفة المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6/422، حاشية الخرشي، ج 8/225، أسنى المطالب، ج 3/151 .

(2) بدائع الصنائع للكاساني، ج 6/196 .

(3) الميراث في الشريعة الإسلامية، د. ياسين أحمد إبراهيم درادكة ص 272.

(4) المنثور في القواعد الفقهية، ج 3/137 .

(5) المبسوط للسرخسي، ج 30/54 .

2- المالكية:

قال الإمام مالك في المدونة:

لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان مالا يحيا إلي مثله، فيقسم ميراثه من يوم يموت.⁽¹⁾

3- الشافعية:

قال الإمام الشافعي في كتابه الأم: "كان معقولاً عند الله عز وجل ثم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لسان العرب وقول عوام أهل العلم ببلدنا أن امرءاً لا يكون موروثاً أبداً حتى يموت". وقد قلنا بهذا القول في المفقود، فلا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته.⁽²⁾

4- الحنابلة:

لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته وقت قسمة ماله. ولا يرث من المفقود من مات من ورثته قبل ذلك أي الوقت الذي يقسم ماله فيه. لأنه بمنزلة من مات في حياته.⁽³⁾

متى تقسم أموال المفقود؟

من شروط التوريث موت المورث حقيقة أو حكماً، وكذلك المفقود لا يجوز قسمة ماله بين ورثته ما لم تقم بينة على موته أو يحكم بذلك حاكم، لأن قسمة ماله مع احتمال حياته فيه ضرر بالغ بهذا المفقود، فيجب أن لا يتم ذلك إلا بعد قرار من القاضي بذلك.

وللفقهاء في المذاهب الفقهية عدة أقوال في الوقت الذي يحكم فيه بموت المفقود سبق بيانها في الفصل الأول في هذا البحث والذي بعنوان متى يحكم القاضي بموت المفقود .

(1) المدونة الكبرى، ج5/452.

(2) الام، للإمام الشافعي، ج4/78.

(3) كشف القناع عن متن الإقناع، ج4/466 .

المطلب الثاني: إرث المفقود من غيره

إذا مات من يرثه المفقود في مدة التربص وقبل الحكم بموت المفقود أو ظهور البينة على ذلك، وقفنا كل التركة إن لم يكن له وارث غير المفقود. وإن 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 حقه حياته، ومن نقص حقه بموته قدر في حقه موته، (لأن ما زاد عليه مشكوك في استحقاقه له) ومن لم يختلف نصيبه بحياته وموته أعطي نصيبه، ومن سقط منهم بالمفقود لم يعط شيئاً حتى يتبين حاله.⁽¹⁾

وهذا هو القول الراجح في المذاهب الفقهية الأربعة. ولكن هنالك أقوالاً أخرى نرى أن نذكرها وهي :

1- أن تعمل المسألة على تقدير حياته فقط ولا نقف شيئاً سوى نصيب المفقود، فإن ظهر خلافه غيرنا الحكم. ويؤخذ ضميين "كفيل" ممن معه احتمال زيادة على الصحيح. وهذا قول عند الحنابلة والشافعية.⁽²⁾

2- أن تعمل المسألة على تقدير موته فقط في حق جميع الورثة لأن استحقاقهم للإرث معلوم واستحقاقه مشكوك فيه، فإن ظهر خلافه غيرنا الحكم. وهذا قول ثالث عند الشافعية.⁽³⁾

والسبب في توقفنا عن إعطاء المال للمفقود هو أنه مال لا يعلم مستحقه في هذه الأثناء، فأشبهه المال الذي يوقف للحمل، فإن انفصل حياً أخذ نصيبه وإن انفصل ميتاً لم يأخذ شيئاً.⁽⁴⁾

(1) المبسوط، للسرخسي، ج30/54، بدائع الصنائع للكاساني ج6/196، المدونة الكبرى ج5/452. حاشية الخرشي على مختصر خليل ج8/225، مغني المحتاج ج3/27، روضة الطالبين ج6/35، الفروع ج5/36 المغني لابن قدامة ج6/265، الإنصاف ج7/339، حاشية الدسوقي ج4/488، حاشية البجيرمي ج3/261.

(2) روضة الطالبين ج6/36، الإنصاف ج7/339.

(3) روضة الطالبين ج6/36.

(4) كشاف القناع عن متن الإقناع ج4/466، المبسوط للسرخسي ج3/54.

وهو كذلك كالمجهول وقت موته، فإن من جهل وقت موته منع من الإرث للشك في تأخر موته عن موت مورثه. وإنما وقف له هذا النصيب رجاء تحقق حياته بعد موت مورثه.⁽¹⁾

فإن أتى هذا المفقود كان أحق بما وقف له وإن لم يأت وبلغ من السنين مالا يحيا إلى مثلها رد المال الموقوف إلى الذين ورثوا مورثه يوم مات هذا المورث لأنه لم تتحقق حياته التي هي شرط الإرث، ولا يجوز أن يرث أحد بالشك.⁽²⁾

ونذكر هنا ما قاله صاحب حاشية رد المحتار في ذلك :

(ويحكم بموته في مال غيره من حين فقد فيرد الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته، لما تقرر أن الاستصحاب هو ظاهر الحال حجة دافعة لا مثبتة)⁽³⁾.

وهذا هو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وقول للحنابلة. أما ما عليه المذهب الحنبلي وهو أن مال المفقود الذي وقف له فيه قولان:

1— أن حكمه حكم ماله تقضى منه ديونه وينفق منه على من تلزمه نفقته. وقد صحح هذا القول صاحب كتاب الفروع.⁽⁴⁾

2— القول الثاني كقول جمهور الفقهاء .

وذهب صاحب المغني إلى اختيار هذا القول حيث قال:

"ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله فإذا لم تتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل".⁽⁵⁾

(1) منح الجليل /شرح مختصر خليل ج700/9، المدونة الكبرى ج452/5، حاشية الحزشي ج 225/8.

(2) المدونة الكبرى /للإمام مالك، ج452/5، حاشية الحزشي، ج225/8.

(3) حاشية رد المحتار على الدر المختار/لابن عابدين ج4/ 298 .

(4) الفروع ج36/5، الإنصاف ج339/7، مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ج4/ 633 .

(5) المغني لابن قدامة، ج6/

المبحث الثاني

حالات توريث المفقود وكيفيةها

وأما طريقة حل المسألة التي فيه مفقود فهو كالآتي:

- 1- نحل المسألة على فرض أنه حي.
- 2- نحل المسألة على فرض أنه ميت.
- 3- نوازن أنصبة الورثة الذين يرثون معه، وذلك عن طريق ضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى. حتى نوحّد أصول المسألتين.⁽¹⁾

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 أخذ اليقين وهو الأضر "الأسوأ" في حقه. ووقف الباقي وهو نصيب المفقود وفرق الأنصبة وقت ظهور المفقود فإن ظهر حياً أخذ نصيبه المحجوز وكمل للباقي أنصباؤهم، وإن حكم بموته أخذ الورثة التركة كل حسب نصيبه.

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

(1) أحكام المواريث د. مروان القدومي ص148، روضة الطالبين، ج6/35، حاشية البجيرمي ج3/261، حاشية الخرشي، ج8/225، كشف القناع ج4/446، الإنصاف، ج7/339، العناية شرح الهداية، ج6/150، شرح فتح القدير، ج6/150. الوسيط في المذهب، ج4/367.

تطبيقات وأمثلة

مثال (1):

1- توفي شخص عن ابن مفقود وأب وأم وزوجة.

الحل:

أ. على فرض الحياة :

الأصل	ابن (مفقود)	أم	أب	زوجة
24	ع	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{6}$	$\frac{1}{8}$
24	13	4	4	3

ب. على فرض الممات :

الأصل	ابن (مفقود)	أم	أب	زوجة
4	صفر	$\frac{1}{3}$ (الباقى بعد نصيب الزوجة)	ع	$\frac{1}{4}$
4	صفر	1	ع	1
	صفر	1	2	1

لتوحيد الأصول بين المسألتين نجد المضاعف المشترك الأصغر للمسألتين فنضرب الثانية في

(6):

24	13	4	4	3
24	صفر	6	12	6

النتيجة : يأخذ كل واحد الأضر في حقه

24	13موقوفة	4	4	3
----	----------	---	---	---

ويحفظ للمفقود 13 سهماً حتى يتبين حاله.

مثال (2) :

توفيت امرأة عن زوج مفقود، وأختين لأب وعم لأب.

الحل:

أ. على فرض الحياة

الأصل	عم لأب	أختان لأب	زوج مفقود
6	ع	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{2}$
بالعول7	صفر	4	3
7	صفر	2،2	3

ب. على تقدير الممات

الأصل	عم لأب	أختان لأب	زوج مفقود
3	ع	$\frac{2}{3}$	صفر
3	1	2	صفر

لتوحيد المسألتين: نضرب الأولى في 3 والثانية في 7 فيكون الأصل 21

21	صفر	12	9
21	7	14	صفر

النتيجة:

21	صفر	12 6،6	9 محفوظة
----	-----	-----------	----------

فيكون للأختين لأب 12 سهماً من أصل 21 سهماً، ولا يعطى العم شيئاً، ويوقف الباقي وهو 9 أسهم للمفقود فإن ظهر أخذها وإلا وزعت على أصحابها على حسب حل المسألة في حالة الوفاة فيعطى العم لأب 7 أسهم ويكمل سهمان للأختين لأب.

مثال (3):

توفيت امرأة عن زوج وأختين لأب وأخ لأب (مفقود).

الحل:

أ. على فرض الحياة

الأصل	أخ لأب مفقود	أختان لأب	زوج
2		ع	$\frac{1}{2}$
2		1	2
8		4	1
8	2	2	4
8	2	1،1	4

ب. على فرض الممات

الأصل	أخ لأب مفقود	أختان لأب	زوج
6	صفر	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{2}$
7 بالعدل	صفر	4	3
7	صفر	2،2	3

لتوحيد أصول المسالتين نضرب الأولى في 7 والثانية في 8 حيث القاسم المشترك الأصغر 56.

الأصل	أخ لأب مفقود	أختان لأب	زوج
56	14	14	28
56	صفر	32	24

النتيجة

56	14+الفروق 4	14	24
56	18موقوفة	7،7	24

فيعطى الزوج 24 والأختان لأب 14 لكل واحدة 7. ويحفظ 14 سهماً للمفقود مع 4 أسهم وهي الفروق. فإذا ظهر حياً يعطى له ما حفظ له وهو 14 سهماً ويرد الباقي على الزوج وهو 4 أسهم. وإن ظهر ميتاً يرد على كل واحدة من الأختين 9 أسهم فيكمل لكل واحدة منهما 16 سهماً.

مثال (4):

مات رجل عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن .

الحل:

أ. على فرض الحياة

الأصل	ابن ابن	ابنتان	ابن مفقود
	صفر (محجوب)		
4	صفر	2	2
4	صفر	1،1	2

ب. على فرض الممات

الأصل	ابن ابن	ابنتان	ابن مفقود
3	ع	$\frac{2}{3}$	صفر
3	1	2	صفر
3	1	1،1	صفر

لتوحيد أصول المسألتين: نضرب الأولى في 3 والثانية في 4.

الأصل	ابن ابن	ابنتان	ابن مفقود
12	صفر	6	6
12	4	8	صفر

النتيجة :

12	صفر	6	6 موقوفة
----	-----	---	----------

فتعطى البننان النصف ستة أسهم لكل واحدة منهما ثلاثة أسهم ويوقف النصف الباقي
للأبن المفقود ولا يعطى ابن الأبن شيء، لأنه محجوب بالمفقود. فإذا ظهر الأبن المفقود حياً أخذ
نصيبه، وإن لم يعلم له خبر حتى حكم بموته أعطيت أربعة أسهم لأبن الأبن وسهمان للأبنين
وهو ما كان موقوفاً للمفقود.

الفصل الخامس

أثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : أثر ظهوره حياً بالنسبة لزوجته.

المبحث الثاني : أثر ظهوره حياً بالنسبة لأمواله.

أثر ظهوره حياً بالنسبة لزوجته

ونعرض في هذا المبحث لمطلبين اثنين:

المطلب الأول: أن تكون قد تزوجت سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا.

المطلب الثاني: تخيير الزوج الأول بين زوجته والصداق .

المطلب الأول

أن تكون زوجته قد تزوجت سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا

قول الحنفية :

إذا عاد الزوج الأول بعد الحكم بوفاته⁽²⁴⁰⁾، فهي زوجته بكل حال، سواء في ذلك تزوجت أو لم تتزوج دخل بها أو لم يدخل. ولكنه لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة.

وقد رد الحنفية على القائلين بالتخيير فقالوا:

أما تخيير عمر للمفقود بين أن يردها عليه وبين المهر، فهو بناءً على مذهب عمر رضي الله عنه في المرأة إذا نعي إليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حياً أنه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر.

فقد صح رجوعه عنه إلى قول علي رضي الله عنه، فإنه كان يقول: ترد إلى زوجها الأول، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر.

قالوا : وبهذا القول نأخذ، لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحلات، بل هي من المحرمات في حق سائر الناس لقوله تعالى: "وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ"⁽²⁾

فكيف يستقيم تركها مع الثاني ؟

⁽²⁴⁰⁾ الحكم بالوفاة في الراجح من قول الحنفية هو بموت أفرانه، فلو انتظر حتى موت أفرانه واعتدت ونكحت بعد ذلك وعاد وقد تزوجت فهي زوجة الأول.

⁽²⁾ سورة النساء آية رقم 24

وإذا اختار الأول المهر، لكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع المهر إلى الأول، وهو بدل بضع فيكون مملوكاً لها دون زوجها، كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة، فعرفنا أن الصحيح أنها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها لغيره كالمنكوحة إذا وطئت بالشبهة.⁽¹⁾

قول المالكية:

لا خلاف في أنه لا يفوت الأول قبل أن يعقد الثاني عليها، وإنما الخلاف في فواتها على الزوج الأول بعد العقد.⁽²⁾

والحكم عند المالكية يختلف بحسب الدخول أو عدمه كما يلي:

١ - إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل دخول الثاني بها

فقد كان الإمام مالك رحمه الله يقول: "إذا تزوجت زوجة المفقود ولم يدخل بها ثم عاد زوجها الأول فلا سبيل لزوجها الأول إليها.

ثم عاد عن ذلك قبل موته بعام أو نحوه فقال: إن زوجها الأول أحق بها ما لم يدخل بها زوجها الثاني.

وتكون عند زوجها الأول على حالها الأولى من عدد الطلقات فلا ينقص بهذا العقد عدد طلقاتها.⁽³⁾

وتمنع المرأة من النكاح بعد الأربعة أشهر وعشر إذا جاء أن زوجها حي، وبعدما نكحت وقبل أن يدخل بها يفرق بينها وبين زوجها الثاني وتقييم على الزوج الأول. وما تقدم من نكاح دون دخول فكأنه لم يكن.⁽⁴⁾

(1) المبسوط/للإمام السرخسي ج1 ص37-38، حاشية ابن عابدين/رد المحتار على الدر المختار ج4/297.

(2) المنتقى شرح الموطأ للباقي ج4/94

(3) المدونة الكبرى ج5/449، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/480، التاج والإكليل ج4/157.

(4) المدونة الكبرى ج5/449

ب – أن تكون قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني:

إذا تزوجت زوجة المفقود بعد مضي المدة المقررة شرعاً والعدة ودخل بها زوجها الثاني فلا سبيل لزوجها الأول إليها. لأنها تكون قد بانث منه بدخول الثاني بها وتأخذ من الأول جميع المهر.

والواقع أنهم يقولون بتقدير طلاق من المفقود حين شروعها في العدة يتحقق هذا الطلاق ويفيت الزوجة على زوجها المفقود بدخول زوجها الثاني بها.⁽¹⁾

وقد قال الإمام مالك: أدركت الناس ينكرون الذي قاله بعض الناس عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: يخير زوجها الأول إذا جاء في الصداق، أو في امرأته.

وهذا الإنكار يحتمل وجهين:

أحدهما: أنهم ينكرون هذا القول مع صحته عن عمر، ولكنهم لا يرونه ولا يعملون به، وذلك أن من بنى بامرأته ثم طراً ما يوجب الفرقة فلا سبيل له إلى المهر.

والثاني: أنهم ينكرون الرواية، وهذا قد رواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن المسور أن عمر وعثمان قضيا في المفقود أن امرأته تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً بعد ذلك ثم تتزوج، فإذا جاء زوجها الأول خير بين امرأته و الصداق.

وقد قال بعضهم يغرمه الزوج. وقال آخرون تغرمه المرأة وهذه الرواية على ما فيها من الإرسال فلا يمتنع أن تنكر على رواتها، فإن معمر قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه وهم في كثير منها، وقد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ والله أعلم.⁽²⁾

⁽¹⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج2/480، المدونة الكبرى ج5/449، التاج والإكليل 157/4.

⁽²⁾ المنتقى شرح الموطأ للباقي ج4/94.

ج - أن يكون الزوج الثاني على علم بحياة الأول

إن تزوجها الزوج الثاني ودخل بها غير عالم بحياة الأول، فلا سبيل لتزوجها الأول إليها، أما إذا كان عالماً بحياة الأول، فتكون الزوجة للأول، سواء في ذلك جاء بعد الدخول أو قبله. وإذا علمت بحياة الأول وهي في العدة أو بعدها قبل نكاحها فهي زوجة الأول .

لأن من شروط صحة النكاح أن تكون المرأة خالية من الأزواج فإذا علم الثاني بحياة الأول قبل العقد والدخول، فيكون قد تزوج من امرأة ذات زوج لقوله تعالى: " **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ** ".⁽¹⁾ فبذلك تكون الزوجة للأول ولا تقوت عليه بهذا النكاح.⁽²⁾

قول الشافعية:

سبق القول أن للشافعية قولين في حكم زوجة المفقود، وهنا نبين آثار ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته بناءً على هذين القولين :-

1- على القول الجديد:

والمرأة في هذا القول هي زوجة الأول بكل حال سواء تزوجت زوجاً آخر أم لا، ودخل بها أم لم يدخل.

فلو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً أو نكحت ودخل بها الزوج، كان حكم الزوجية بينها وبين زوجها الأول بحالة غير أنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة.

ولا نفقة لها من حين نكحت ولا في حين عدتها من الوطء الفاسد، لأنها مخرجة نفسها من يديه، وغير واقفة عليه ومحرمة عليه بالمعنى الذي دخلت فيه.

⁽¹⁾ سورة النساء آية 24 .

⁽²⁾ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج4/2، التاج والإكليل ج4/157 .

وكذلك لم يلزم الزوج الثاني بنفقتها، لأنه ليس بينهما شيء من أحكام الزوجين إلا لحوق

الولد فإنه فراش بالشبهة.⁽¹⁾

2- على القول القديم:

وفيه عدة أقوال: أصحها⁽²⁾:

هو أن الحكم فيه أنها زوجة الأول، لأنها تيقنا الخطأ في الحكم بموته، فصار كمن حكم بالاجتهاد ثم وجد النص بخلافه.

القول الثاني:

إن قلنا أن الحكم بالفرقة بين الزوج الأول وزوجته ينفذ ظاهراً فقط فالحكم أنها ترد إلى الأول.

إن قلنا أنه ينفذ ظاهراً وباطناً، فقد ارتفع نكاح الأول بالحكم كالفسخ بالإعسار فإن نكحت فهي زوجة الثاني.⁽³⁾

القول الثالث:

إن ظهر وقد نكحت لم ترد إلى المفقود، وإن لم تنكح ردت إليه وإن حكم الحاكم بالفرقة.

القول الرابع:

لا ترد إلى الأول قطعاً.

القول الخامس:

(1) الأم للأمام الشافعي ج8/331، و ج5/256، روضة الطالبين ج8/402 .

(2) روضة الطالبين ج8/402، المهذب للشيرازي ج2/146 .

(3) نهاية المحتاج ج7/148-149، تحفة المحتاج ج8/254 .

وهو ما روي عن الشافعي رحمه الله أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني وبين أن يتركها ويأخذ منها مهر المثل. ومستنده أن عمر رضي الله عنه قضى به.

القول السادس:

أن نكاح الأول كان ارتفع بلا خلاف ، لكن إذا ظهر المفقود هل يحكم ببطان نكاح الثاني فيه وجهان أصحهما لا، لكن للمفقود الخيار كما ذكرنا.

وإن قلنا نكاح الثاني باطل، فهل نقول وقع صحيحاً ثم إذا ظهر المفقود بطل؟ أم نقول نتبين بظهور المفقود أنه وقع باطلاً وجهان.

فعلى الثاني يجب مهر المثل إن جرى دخول وإلا فلا شيء.

وعلى الأول: الواجب المسمى أو نصفه، ولو ظهر المفقود وقد نكحت وماتت فهل يرثها الأول أم الثاني يخرج على هذا طرق. (1)

قول الحنابلة :

أن تكون قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثاني :

إذا تربصت الأربع سنين واعتدت للوفاة ثم تزوجت وقدم زوجها الأول قبل وطء الثاني ردت إليه "أي إلى الأول " لأننا تبينا حياته أشبه ما لو شهدت بينة بموته فكان حياً.

ولا صداق على الثاني لبطان نكاحه لأنه صادف امرأة ذات زوج، وتعود إلى الأول بالعقد الأول. (2)

أن تكون قد تزوجت ودخل بها زوجها الثاني :

(1) روضة الطالبين ج8/402-403

(2) كشف القناع عن متن الإقناع، ج5/422، الفروع، ج5/417، المبدع، ج8/130 .

إذا عاد الزوج الأول بعد زواجها من الثاني ودخوله بها، خير الأول بين أخذها منه فتكون زوجته بالعقد الأول وبين تركها مع الثاني وله مهر، لقول عمر وعثمان وعلي وقضى به ابن الزبير ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع.

فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد السابق، ولا يحتاج إلى طلاق الثاني، لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن. ويجب على الأول اعتزالها حتى تنقضي عدتها. (1)

وأما سبب أخذه المهر فهو بناءً على أن خروج البضع عن ملك الزوج هل هو متقوم أم لا؟ وهو متقوم عند الأكثرين كمالك والشافعي وأحمد في أخص الروايتين عنه، والشافعي يقول هو مضمون بمهر المثل. (2)

قول الظاهرية:

ذهب الظاهرية إلى القول بتخيير الزوج إذا عاد بعد أن تزوجت زوجته بين اختيارها وبين المهر فقالوا :

أما تخيير الزوج فثبتت عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، وروينا عن كل من ذكرنا عنه تخيير الزوج أنه يخير بين زوجته وبين الصداق إلا رواية عن عمر صحيحة: أنه خيره بين زوجته وبين أن يزوجه من أخرى. (3)

الخلاصة:

ونلخص هنا أقوال المذاهب الفقهية في المسألة باختصار كما يلي :

1- إذا عاد الزوج الأول قبل أن تتزوج زوجته فهي له عند كل المذاهب الفقهية.

(1) المبدع، ج 8/130، كشف القناع، ج 5/422، المغني، ج 8/109 .

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين/ابن قيم الجوزية ج2/29 ، القواعد الفقهية /لابن رجب، ج 327 قاعدة رقم 154 .

(3) المحلى /ابن حزم الظاهري ج9/319 .

2- إذا عاد الزوج الأول بعد أن تزوجت وقبل الدخول بها فهي زوجة الأول عند كل المذاهب الفقهية، إلا رواية عند المالكية حيث قالوا ليس له إليها سبيل، وقد ثبت أن الإمام مالكا رجح عن هذا القول قبل موته بعام أو نحوه.

3- إذا عاد الزوج الأول بعد الزواج والدخول ففيها عدة أقوال:

أ - هي زوجة الأول عند الحنفية والشافعية في الجديد من قولهم.

ب - هي زوجة الثاني عند المالكية ولا سبيل للأول إليها.

ج - عند الحنابلة يخير الأول بين أخذها من الثاني، وبين تركها وله الصداق وهو

أحد الأقوال عند الإمام الشافعي في القديم.

الترجيح:

بعد استعراض أدلة كل المذاهب يبدو أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الحنابلة من

تخيير الزوج بين زوجته والصداق. والسبب في الميل إلى ترجيح هذا الرأي ما يلي:

1- أن هذا القول مروى عن كبار الصحابة فهو مروى عن عمر وعثمان وابن الزبير،

وعن الإمام علي في رواية، وهذه القضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت

إجماعاً.

2- أن المالكية لم يأخذوا بما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب وقالوا في أسبابهم بأن

الحديث الذي نقل عنه مرسل، ولكنه روي عنه من عدة طرق تعضد بعضها بعضاً،

وقد قال الإمام أحمد أنه يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف له من الصحابة

مخالف.⁽¹⁾

(1) المغني/ابن قدامة المقدسي ج9/ 135 .

3- إن ما ذهب إليه الحنفية برجوع عمر بن الخطاب إلى قول علي في زوجة المفقود لم يؤكد بدليل، بل إنه روي عن الإمام علي بن أبي طالب عكس هذا القول. فقد روى الجوزجاني وغيره بإسنادهم عن علي بن أبي طالب في امرأة المفقود "تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً فإذا جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته وقضى به عثمان أيضاً، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم، وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً.⁽¹⁾

4- ما قيل أن القياس هو خلاف قول عمر بن الخطاب في تخيير زوجة المفقود قد رد عليه ابن تيمية وتلميذه ابن القيم فقالا: (إن الحكم في امرأة المفقود على وفق القياس). وان من خالف عمر لم يهتد إلى ما اهتدى إليه عمر، ولم يكن له خبرة بالقياس الصحيح كخبرة عمر، وهذا إنما يتبين بأصل وهو "وقف العقود".

فإذا تصرف الرجل في حق غيره بغير أذنه، هل يقع تصرفه مردوداً أو موقوفاً على إجازته؟.

على قولين مشهورين. وهنا المتصرف كان معذوراً لعدم تمكنه من الاستئذان بسبب فقدان الزوج وكان به حاجة إلى التصرف فوقف العقد على الإجازة بلا نزاع عنده.⁽²⁾

(1) المغني/ ابن قدامة المقدسي ج9/ 135.

(2) إعلام الموقعين عن رب العالمين/ ابن قيم الجوزية ج2/ 28، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ج20/ 581.

المطلب الثاني

تخيير الزوج الأول بين زوجته والصداق:

قلنا إن الزوج يخير إذا عاد بعد زواجها ودخول الثاني بها بين زوجته والصداق.

وقد قال صاحب المحلى: أما التخيير فتأبث عن عمر وعثمان وعلي، ولم يرو عن

صاحب رأي التأجيل خلاف ذلك.⁽¹⁾

وهنا تظهر لنا بعض مسائل :

- 1- إذا اختار الزوج الرجوع إلى زوجته فهل يرجع إليها بالعقد القديم أم بتجديد عقد؟
- 2- إذا اختار الزوج الأول الصداق، فأى صداق يعطى صداقه الذي أصدقها هو أم صداق الثاني لها؟ وعلى من يرجع بهذا الصداق؟
- 3- إذا كانت زوجته حاملاً أو مرضعاً من زوجها الثاني واختارها؟.

ونوضح هذه المسائل بعون الله كما يلي:-

المسألة الأولى:

إذا اختار الزوج الأول الرجوع إلى زوجته وإمساكها فهي زوجته بالعقد الأول، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، ولو لم يطلقها الثاني نصاً، لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن. ولكنه يجب عليه اعتزالها حتى تنقضي عدتها.⁽²⁾

وكذلك إن اختار الزوج الأول الصداق، لم يحتج الثاني إلى تجديد عقد على الأشهر، لأن

الصحابة لم ينقل عنهم تجديد عقد.

(1) المحلى بالآثار/ابن حزم الظاهري ج9/ 319 .

(2) المبدع /إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/ 130، كشاف القناع عن متن الإقناع/ منصور بن يونس البهوتي ج5/ 422 .

والقياس أنه يجب أن يجدد العقد، لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول. ويحتمله قول الصحابة، فعلى ذلك يحتاج إلى طلاق الأول ثم إلى انقضاء العدة، ثم يجدد العقد.⁽¹⁾

المسألة الثانية:

وأما بالنسبة للصداق الذي يأخذه الأول إن لم يخرتها، فقد وقع الخلاف فيه بين الفقهاء على القولين التاليين:

القول الأول:

أنه يأخذ قدر الصداق الذي أعطاها هو أي الأول من الثاني، وهو القول الأرجح عند الفقهاء لقضاء عثمان وعلي.

ولأن الثاني أتلف المعوض (فحال بينه وبين زوجته بعقد ودخول) فرجع عليه بالعوض. كشهود الطلاق إذا رجعوا.

فعلى ذلك إن لم يكن دفع الصداق لم يرجع عليها بشيء ، وإلا رجع في قدر ما أقبض منه.

القول الثاني:

أنه يأخذ المهر الذي أصدقها الثاني، لأنه بذله عوضاً عما هو مستحق للأول فكان أولى. ويرجع الثاني عليها بما أخذ منه لأن الفرقة جاءت منها فيستقر الضمان عليها، ولأنها هي التي أخذت المهر الأول، والثاني قد أعطاها المهر الذي عليه فلا يضمن مهرين.

وفي رواية ثانية: لا يرجع عليها به، لأن المرأة استحقته بالإصابة، فلا يجوز أخذه منها.

⁽¹⁾ المبدع/ إبراهيم بن مفلح الحنبلي ج8/ 130، كشاف القناع عن متن الإقناع/ منصور بن يوسف البهوتي ج5/ 422.

وقد رجح ابن حزم الظاهري هذا القول وقال إنه رأي جمهور الفقهاء.⁽¹⁾

المسألة الثالثة:

إذا كانت الزوجة حاملاً أو مرضعاً من زوجها الثاني ؟

إذا كانت الزوجة حاملاً من زوجها الثاني واختارها الزوج الأول فإنه يعتزلها حتى تضع حملها لأنها فترة العدة بالنسبة للحامل.

فإن وضعت حملها فلزوجها الأول منعها من إرضاع ولدها إلا اللبأ. ولا ينفق عليها في أيام عدتها، ولا في أيام إرضاعها لولد غيره شيئاً.

ويكون الولد للزوج الثاني لأن نكاحه كان نكاحاً حلالاً في الظاهر حكمه حكم الفراش فكان فراشاً بالشبهة.⁽²⁾

(1) الروض المربع/منصور بن يونس البهوتي ج3/212، المغني/ابن قدامة المقدسي 109/8 ، مطالب أولي النهي شرح غاية المنتهى/مصطفى الرحباني ج5/572 .
المحلى/لابن حزم الظاهري 320/9، كشاف القناع عن متن الامتاع/منصور البهوتي ج5/423 .
القواعد الفقهية /لابن رجب الحنبلي ج157/7 .
كتب ورسائل وفتاوى ابن تيميه/ج2/580 .
إعلام الموقعين عن رب العالمين / ابن قيم الجوزية ج2 /29 .
(2) الأم للأمام الشافعي ج5 / 258 وكذلك ج7/165 .

المبحث الثاني

أثر ظهور المفقود بالنسبة لأمواله

المطلب الأول : إذا كان ماله لا يزال قائماً

إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بموته فإن كانت تركته لم تقسم بين ورثته، وكذلك نصيبه الموجود له من الميراث "إذا توفي من يرثه هذا المفقود". أخذ ماله ونصيبه الذي وقف له.

وإذا ظهر بعد قسمة أمواله لم يمس القسم لتركته ويرجع له متاعه.⁽¹⁾ فما وجده من أمواله بعينه أخذه لتبين عدم انتقال ملكه عنه سواء كان هذا المال في يد ورثته أو في يد غيرهم.⁽²⁾

أما ما أنفقه القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وأولاده وماله وغلته وديونه فلا يرجع في شيء من ذلك عليهم. لأن القاضي لما ثبت له ولاية الإنفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه.

وكذلك ما أنفقوا بأنفسهم من دنائير ودرهم في وقت حاجتهم إلى النفقة، لأن من له حق النفقة إذا ظفر بجنس حقه كان له أخذه بالمعروف. فلا يضمنون شيئاً من ذلك. كذلك إذا كان في ماله طعام فأكلوه أو ثياب فلبسوها لأن ذلك من جنس حقهم.⁽³⁾

(1) حاشية الدسوقي ج2/482 .

(2) كشف القناع ج4/466، دقائق أولي النهى شرح منتهى الإيرادات ج2/543، المبدع ج6/219، القواعد لابن رجب ص221، الإنصاف ج7/340.

(3) المبسوط ج11/42 .

المطلب الثاني: إذا كان ماله أنفق أو أتلف

أما ما أنفق أو أتلف من ماله في أيدي ورثته أو غيرهم ففي ضمان ذلك قولان:

1- إن عليهم ضمان هذا المال ويرجع على من أخذ ماله على الصحيح من مذهب الحنابلة بقيمة منقوم ومثل مثلي لتعذر رده بعينه.

2- لا ضمان عليهم في هذا المال ولا يرجع عليهم بشيء لأنه إنما جاز اقتسام المال في الظاهر وجاز التصرف فيه بأمر الحاكم، وقد قسم بحق لهم فلا ضمان عليهم في ذلك المال.⁽¹⁾

أما لو أنفقت المرأة على نفسها وعلى أولادها الصغار من مال المفقود في الأربع سنين أو بعدها ثم جاء الخبر أنه قد مات قبل ذلك، فترد ما أخذت من ماله من يوم توفي فكان لها الميراث وكذلك ولده فيما أنفق عليهم⁽²⁾.

المطلب الثالث: العودة على الشهود بما هلك من ماله

إذا كان الحكم بموت المفقود بناءً على شهادة، وقد تبين خطأها بعودة المفقود حياً، وقد قسم ماله بناءً على هذه الشهادة كانت هذه الشهادة هي السبب في استيلاء غيره على ماله فيجب أن تضمن هذه الشهادة ما تلف من ماله وكذلك تضمن مهر الزوج الثاني "أو مهر الزوج الأول بحسب الخلاف الذي مر سابقاً"، الذي اخذ منه لأنها تسببت في غرمه.⁽³⁾

(1) الإنصاف ج7/340، مطالب أولي النهى ج4/631، القواعد لابن رجب ص221 الفروع، ج5/27.

(2) الأم ج5/256، المنتقى شرح الموطأ ج4/94، أنوار البروق في أنواع الفروق /أحمد بن إدريس القرافي، ج2/150.

(3) مطالب أولي النهى ج5/572، كشاف القناع عن متن الإقناع ج5/423، المغني ج8/113، المبدع ج8/132.

الخاتمة وأهم النتائج التي توصلت إليها:

إن موضوع المفقود من المواضيع المتجددة باستمرار نتيجة للأحداث السياسية والعسكرية والمدنية المتجددة.

ولا أدل على ذلك مما عقد من مؤتمر في عمان بتاريخ 2003/1/8م للبحث في أحوال المفقودين الكويتيين الذين فقدوا في الحرب التي حصلت بين العراق والكويت في العام 1991م. فها قد مضت سنوات دون أن يعلم لهم خبر من حياة أو موت. وغير ذلك من أحداث جسام حصلت في أثناء كتابتي لهذه الدراسة، نتج عنها أعداد كبيرة من المفقودين.

فجاءت هذه الدراسة لتبحث في الأحكام المتعلقة بالمفقود ومن أهم النتائج التي تم التوصل إليها:

1. يحكم بموت المفقود بعد مضي سنة من فقدته إذا فقد في أحداث ظاهرها الهلاك كحدوث زلزال أو غارة جوية أو غرق سفينة، أو ما شابه ذلك، وبعد أربع سنوات من فقدته إذا فقد في غيبة ظاهره السلامة.
2. يبدأ حساب هذه المدة للمفقود من تاريخ رفع أمر هذا المفقود للقضاء وليس قبل ذلك.
3. يحق لزوج المفقود أن تتكح زوجاً غيره بعد مضي مدة التربص وهي أربع سنوات وفترة العدة أربعة أشهر وعشراً.
4. من حق زوجة المفقود فسخ النكاح القائم بينها وبين زوجها المفقود بسبب عجزه عن الإنفاق عليها.
5. من حق الزوجة طلب فسخ النكاح بينها وبين زوجها إذا غاب عنها لمدة سنة فأكثر بدون عذر مقبول، وتضررت من هذه الغيبة.

6. تعتد زوجة المفقود بعد حكم الحاكم بموته أربعة أشهر وعشراً وعليها الإحداد في هذه العدة كالمتوفى زوجها حقيقة.
7. إذا تزوجت زوجة المفقود في فترة التربص أو العدة فيجب فسخ هذا النكاح لأنه باطل.
8. إذا كان للمفقود وكيل، كان هذا المفقود قد وكله بإدارة أمواله قبل فقده بقيت هذه الوكالة على حالها ولا تنتسخ بسبب الفقد، وإذا لم يكن له وكيل فإن على الحاكم أن ينصب من يحافظ على أموال هذا المفقود، ويحفظها له حتى يتبين أمره.
9. ينفق من مال المفقود "إذا كان له مال" على زوجته وأولاده الصغار والديه، ولا يستحق أحد غير هؤلاء النفقة من أموال المفقود.
10. يوقف نصيب المفقود من الميراث إذا مات من يرثه هذا المفقود في أثناء فقده. فإن بان حياً أخذ نصيبه وإذا لم يظهر ولم يأت عنه خبر فإن هذه الأموال ترد إلى ورثة الميت الأول.
11. إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته وزواج زوجته من غيره فإن هذا المفقود يخير بين زوجته أو الصداق.
12. وإذا ظهر بعد قسمة أمواله أخذ ما وجده بعينه من هذه الأموال ولا يرجع على من أنفق من هذه الأموال بشيء إذا كان هذا التصرف بناءً على حكم حاكم.
- أملاً من الله أن أكون قد وفقت في بحث هذا الموضوع، فإذا أصبت فبتوفيق من الله سبحانه تعالى لي، وإن أخطأت فمن نفسي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين
سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب إليك.

مسارد البحث

وتشتمل على أربعة مسارد:

المسرد الأول: مسرد الآيات القرآنية

المسرد الثاني: مسرد الأحاديث النبوية الشريفة.

المسرد الثالث: مسرد الأعلام

المسرد الرابع: مسرد المصادر والمراجع.

36	الروم	21	13. وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً
122	القصص	15	14. وَصَاحِبِهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا.
81 82	الأحزاب	49	15. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تُنْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا.
118	الأحزاب	50	16. قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ.
57، 53 122	الطلاق	6	17. أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ. فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ.
53، 68 118	الطلاق	7	18. لِيُنْفِقَ ذُو سَعْتٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ. مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْفُلُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا.

المسرد الثاني

مسرد الأحاديث النبوية مرتبة حسب ورودها في الرسالة

الرقم	مطلع الحديث	الصفحة
1	أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين	17، 46
2	إن امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان .	37
3فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن	54، 118
4	خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف .	54، 122
5	تقول امرأتك: أنفق علي أو طلقني ، ويقول خادمك	60
6	لا ضرر ولا ضرار .	72
7	طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان .	82
8	قد كانت إحدان في الجاهلية.....	83
9	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر....	87
10	الولد للفراش وللعاهر الحجر.	104
11	السلطان ولي من لا ولي له .	107، 111
12	إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه	122
13	إبدأ بنفسك فتصدق عليها ، فإن فضل شيء....	123
14	لا زكاة في المال الضمار .	131

المسرد الثالث

مسرد الأعلام

1- أبو بكر:

الإمام العلامة الحافظ الفقيه شيخ الحنابلة وعالمهم أبو بكر أحمد بن محمد بن هارون بن يزيد البغدادي الخلال.

ولد في سنة أربع وثلاثين ومئتين، أخذ العلم عن خلق كثير منهم المروزي وصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد.

رحل إلى فارس وإلى الشام والجزيرة يتطلب فقه الإمام أحمد وفتاويه وإجوبته فسبق إلى ما لم يسبقه إليه سابق ولم يلحقه بعده لاحق، فكان شيوخ المذهب يشهدون له بالفضل والتقدم، حيث قال عنه أبو بكر بن شهريار كلنا تبع لأبي بكر الخلال لم يسبقه إلى جمع علم الإمام أحمد أحد.

صنف كتاب الجامع في الفقه من كلام الإمام أحمد في عشرين مجلداً وصنف كتاب العلل عن أحمد في ثلاث مجلدات، وألف كتاب السنة وألفاظ أحمد والدليل على ذلك من الأحاديث في ثلاثة مجلدات، وكانت له حلقة بجامع المهدي.

ومات رحمه الله سنة إحدى عشرة وثلاثمائة ودفن عند المروزي⁽²⁴¹⁾.

2- ابن جريج:

أبو الوليد عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الإمام العلامة الحافظ شيخ الحرم القرشي، صاحب التصانيف، وأول من دون العلم بمكة.

⁽²⁴¹⁾ طبقات الفقهاء، ج1/173.

سير أعلام النبلاء، ج14/297.

طبقات الحنابلة، ج2/12.

قال جريج ما دون هذا العلم تدوني أحد، جالست عمرو بن دينار بعدما فرغت من عطاء سبع سنين، وقال ما يغلبني على يسار عطاء عشرين سنة أحد، فقيل له ما منعك عن يمينه قال كانت قریش تغلبني عليه.

قال عنه عطاء بن أبي رباح سيد شباب أهل الحجاز ابن جريج روى أحمد بن حنبل عن عبد، الرزاق قال ما رأيت أحداً أحسن صلاة من ابن جريج.

كان ابن جريج صاحب تعبد وتهجد وما زال يطلب العلم حتى كبر وشاخ، وقد كان شيخ الحرم بعد الصحابة عطاء ومجاهد وخلفهما قيس بن سعد وابن جريج ثم تفرد بالإمامة ابن جريج فدون العلم وحمل عنه الناس.

كان ابن جريج من العباد فكان يصوم الدهر سوى ثلاثة أيام من الشهر. عاش سبعين سنة ومات سنة خمس ومائة فسنه وسن أبي حنيفة واحد ومولدهما وموتها واحد رحمها الله تعالى⁽²⁴²⁾.

3- الحسن البصري:

أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصري مولى زيد بن ثابت رضي الله عنهما.

وهو من فقهاء التابعين بالبصرة ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه، وكانت أمه خادمة لأم سلمة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم، وربما بعثتها في حاجة فيبكي الحسن فتناوله ثديها وقيل أن أم سلمة أخرجته إلى عمر رضي الله عنه فقال اللهم فقه في الدين فليعلم وحببه إلى الناس.

قال عنه محمد بن سعيد كان الحسن رحمه الله عالماً جامعاً رفيعاً فقيهاً ثقةً حجةً مأموناً عابداً ناسكاً كثير العلم فصيحاً وسيماً.

⁽²⁴²⁾ سير أعلام النبلاء ج6/325

طبقات الفقهاء ج1/60

وقال عنه أبي بردة: ما رأيت أحدا أشبه بأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم منه، مات رحمه الله بالبصرة سنة عشر ومائة وهو ابن ثمان وثمانين سنة⁽²⁴³⁾.

4- الخرقى:

العلامة شيخ الحنابلة أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله البغدادي الخرقى الحنبلي.

وهو صاحب المختصر المشهور في مذهب الإمام أحمد، وقد كان من كبار العلماء تفقه بوالده الحسين صاحب المروزي وصنف التصانيف. قال القاضي أبو يعلى كانت لأبي القاسم مصنفات كثيرة لم ينتشر منها إلا المختصر في الفقه، لأنه خرج من بغداد لما ظهر بها سب الصحابة فأودع كتبه في دار فاحترقت الدار.

قرأ العلم على أبي بكر المروزي وحرب الكرمانى وصالح وعبد الله ابني الإمام أحمد، وقرأ العلم عليه جماعة من شيوخ المذهب.

قدم دمشق وبها توفي وقبره ظاهر بمقبرة باب الصغير توفي سنة أربع وثلاثين وثلاث مئة⁽²⁴⁴⁾.

5- أبو الخطاب:

الشيخ الإمام العلامة الورع شيخ الحنابلة أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن الكلوذاني، كان مولده ببغداد سنة اثنين وثلاثين وأربع مائة، أصله من كلوذاني من ضواحي بغداد.

⁽²⁴³⁾ طبقات الفقهاء، ج1/91.

سير أعلام النبلاء، ج4/563.

⁽²⁴⁴⁾ سير أعلام النبلاء، ج15/364.

طبقات الفقهاء، ج1/173.

طبقات الحنابلة، ج2/75.

وتفقه بالقاضي أبي يعلى وكان إمام الحنابلة في عصره له مصنفات عدة منها رؤوس المسائل والهداية وأصول الفقه.

توفي رحمه الله في بغداد سنة عشرة وخمسمائة⁽²⁴⁵⁾.

6- ابن رزين:

عبد الرحمن بن رزين بن عبد الله بن نصر بن عبيد الله الغساني الحوراني ثم الدمشقي.

كان فقيهاً فاضلاً سمع العلم من أبي العباس أحمد بن سلامة النجار ومن أبي المظفر،

محمد بن المنى.

صنف عدة تصانيف منها كتاب التهذيب في اختصار المغني في مجلدين. سافر إلى

بغداد وقتل شهيداً بسيف التتار سنة ست وخمسين وستمائة⁽²⁴⁶⁾.

7- الزهري:

أبو بكر محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري رضي الله عنه، هو من كبار

فقهاء التابعين بالمدينة، قال عبد الله بن المبارك كان فقهاء المدينة سبعة وذكره منهم؟.

روي عنه الإمام مالك وهو أحد شيوخ مالك من التابعين.

قال عنه الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه لا أعلم أحداً أعلم بسنة ماضية منه.

وقيل لمكحول من أعلم من رأيت قال: ابن شهاب الزهري. وقال عنه الإمام الليث "ما

رأيت عالماً قط أجمع من ابن شهاب ولا أكثر علماً منه" مات في شهر رمضان سنة أربع

⁽²⁴⁵⁾ انظر: سير أعلام النبلاء، 348/19.

طبقات الحنابلة، 258/2.

⁽²⁴⁶⁾ انظر: المقصد الأرشدي في ذكر أصحاب أحمد/ برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلحج/2-88.

المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل، عبد القادر بن بدران الدمشقي، ج1/414.

وعشرين ومائة وهو ابن اثنتين وسبعين سنة⁽²⁴⁷⁾.

8- سعيد بن المسيب:

أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي رضي الله عنه.
عالم أهل المدينة وسيد التابعين في زمانه.

ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر رضي الله عنه وتوفي بالمدينة عن احدى وتسعين سنة.

أخذ علمه عن زيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم، ودخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما، وسمع من عثمان وعلياً وصهيباً رضي الله عنهم وجل روايته في المسند عن أبي هريرة، وكان زوج ابنته.

وروى عنه الزهري وقتادة وعمرو بن دينار، ويحيى بن سعيد الأنصاري وشريك بن أبي نمير وغيرهم.

وصف بالتقوى والورع فقد نقل عثمان بن حكيم عن سعيد بن المسيب قوله ما فاتتني الصلاة في جماعة منذ أربعين سنة.

وروى عنه سفيان الثوري عن عثمان بن حكيم قال: سمعت سعيد بن المسيب يقول ما أذن مؤذن منذ ثلاثين سنة إلا وأنا في المسجد.

⁽²⁴⁷⁾ طبقات الفقهاء، ج 47/1.

سير أعلام النبلاء، ج 326/5.

وقد نقل عنه عبد الرحمن بن حرمة قوله سمعت سعيد بن المسيب يقول حججت أربعين

حجة.

وقد وصفه من عرفه بالخير والورع فقال عنه ابن عمر رضي الله عنهما لأصحابه، لو رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا لسره. وقال الإمام أحمد بن حنبل وغيره مرسلات سعيد بن المسيب صحاح وقال: سعيد بن المسيب هو والله أحد المفتين.

وقال عنه علي بن الحسين رضي الله عنه سعيد بن المسيب أعلم الناس بما تقدمه من الآثار وأفضلهم في رأيه.

وسئل الزهري ومكحول من أفقه من أدركتما قالوا سعيد بن المسيب، وقد كان عمر بن عبد العزيز لا يقضي بقضية "يعني وهو أمير المدينة" حتى يسأل سعيد بن المسيب.

وقال علي بن المديني لا أعلم في التابعين أحداً أوسع علماً من ابن المسيب هو عندي أجلُّ التابعين⁽²⁴⁸⁾.

9- ابن شجاع:

محمد بن شجاع الثلجي ويقال البلخي:

أخذ العلم عن الحسن بن زياد، كان من بحور العلم، فكان فقيه أهل العراق في وقته والمقدم في الفقه والحديث وقراءة القرآن مع ورع وعبادة وتهجد. له كتاب المناسك في نيف وستين جزءاً، وله كتاب تصحيح الآثار وكتاب النوادر وكتاب المضاربة وكتاب الرد على المشبهة وله ميل إلى مذهب المعتزلة.

(248) سير أعلام النبلاء، ج4/217-245
طبقات الفقهاء، ج1/39.

مات فجأة وهو ساجد في صلاة العصر سنة ست و ستين ومائتين عن خمس وثمانين سنة(249).

10- عطاء بن أبي رباح:

شيخ الإسلام مفتي الحرم أبو محمد القرشي:

ولد ونشأ بمكة في أثناء خلافة عثمان، حدث عن كثير من الصحابة، وأمّهات المؤمنين. فهو من أئمة التابعين عاش زمن مجاهد وطاووس وكان من أوعية العلم. انتهت فتوى أهل مكة إليه وإلى مجاهد وأكثر ذلك إليه.

قال بعض أهل العلم عنه: كان عطاء أسود أعور أفتس أشل أعرج ثم عمي وكان ثقة فقيها عالماً كثر الحديث.

وروي عنه أنه قال أدركت مئتين من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وعندما سئل ابن عباس عن مسألة قال: يا أهل مكة تجتمعون علي وعندكم عطاء. وقد وصف عطاء بأنه أعلم من علي ظهر الأرض بمناسك الحج. قال عنه الإمام أبو حنيفة ما رأيت فيمن لقيت أفضل من عطاء بن أبي رباح. مات رحمه الله سنة أربع أو خمس عشرة ومئة وعاش ثمانياً وثمانين سنة(250).

11- القاضي:

الإمام العلامة شيخ الحنابلة القاضي أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد البغدادي الحنبلي ابن الفراء.

(249) انظر: سير أعلام النبلاء، ج 379/12.

طبقات الفقهاء، ج 1/146.

طبقات الحنفية، ج 1/60.

(250) سير أعلام النبلاء، ج 5/79.

طبقات الفقهاء، ج 1/57.

ولد سنة ثمانين وثلاث مئة، انتهت إليه الإمامة في الفقه وكان عالم العراق في زمانه مع معرفة بعلوم القرآن وتفسيره والنظر والأصول. ولي أبو يعلى القضاء بدار الخلافة، وقد اشتهر بانقطاعه عن الدنيا وأهلها وملازمة للتصنيف واطر العلم ونشره مع الزهد والورع والعفة، والقناعة مع الجلالة والمهابة.
أما مصنّفاته فكثيرة منها:

أحكام القرآن، وإيضاح البيان، ومسائل الإيمان، والمعتمد ومختصر المعتمد، والمقتبس وعيون المسائل، والرد على الأشعرية والرد على الكرامية والرد على الباطنية والرد على المجسمة وإبطال التأويلات لأخبار الصفات والكلام في الاستواء والكلام في حروف المعجم وإثبات إمامة الخلفاء الأربعة والعدة في أصول الفقه، والكفاية في أصول الفقه والأحكام السلطانية وفضائل أحمد وغيرها كثير (251).

12- ابن كج:

القاضي العلامة شيخ الشافعية أبو القاسم يوسف بن أحمد بن كج الدينوري.
تفقه على أبي الحسين القطان فكان يضرب به المثل في حفظ المذهب وله تصانيف كثيرة، جمع بين رياسة الدين والدنيا فكان له أموال وحشم.
كان يرحل إليه الناس من الآفاق رغبة في عمله وعلمه وجوده.

قتلة الحرامية بالدينور ليلة السابع والعشرين من رمضان سنة خمس وأربعمائة (252).

13- ابن الماجشون:

(251) سير أعلام النبلاء، ج18/89.

طبقات الحنابلة ج2/193.

(252) سير أعلام النبلاء ج17/183.

طبقات الفقهاء، ج1/127.

العلامة الفقيه مفتي المدينة أبو مروان عبد الملك بن الإمام عبد العزيز الماجشون.

تفقه بأبيه وبمالك وابن دينار وغيرهم.

كان مفتي أهل المدينة في زمانه، توفي سنة ثلاثة عشرة ومئتين⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵³⁾ انظر: سير أعلام النبلاء، ج10/359.

طبقات الفقهاء، ج1/153.

المسرد الرابع

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: كتب التفسير وعلوم القرآن:

1. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي: أحكام القرآن للجصاص. تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار إحياء التراث العربي 1405هـ.

2. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: فتح القدير. الطبعة الأولى. دار الخير للطباعة والنشر. 1413هـ.

3. ابن العربي، محمد بن عبد الله الأندلسي: أحكام القرآن لابن العربي، دار الكتب العلمية، بدون ط.س.

4. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح: الجامع لأحكام القرآن. تحقيق أحمد بن العليم البردوني. الطبعة الثانية. القاهرة: دار الشعب. 1373هـ.

5. ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي: تفسير ابن كثير. بيروت: دار الفكر. 1401هـ.

ثالثاً: كتب الحديث الشريف وعلومه:

1. ابن الأثير، الإمام مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري: النهاية في غريب الحديث والأثر. تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي. المكتبة الإسلامية. بدون ط.س.

2. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل: **صحيح البخاري**. تحقيق د. مصطفى ديب البنا. الطبعة الثالثة. دار ابن كثير "اليمامة". بيروت 1407هـ.
3. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى: **سنن البيهقي الكبرى**. تحقيق محمد عبد القادر عطا. دار الباز. مكة المكرمة. 1414هـ.
4. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي: **سنن الترمذي**. تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
5. ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي: **صحيح ابن حبان**. تحقيق شعيب الأرنؤوط. الطبعة الثانية. مؤسسة الرسالة. بيروت. 1414هـ.
6. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**. المكتبة الإسلامية. بيروت. بدون ط.س.
7. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: **فتح الباري شرح صحيح البخاري**. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب. دار المعرفة. بيروت. 1379هـ.
8. حنبل، أبو عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني. **مسند الإمام أحمد**. مؤسسة قرطبة. مصر. بدون ط.س.
9. الخطيب، د. محمد عجاج الخطيب: **أصول الحديث (علومه ومصطلحه)** الطبعة الرابعة. دار الفكر. بيروت. 1410هـ.
10. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي. **سنن الدارقطني**. تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني. دار المعرفة. بيروت. 1386هـ.

11. الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن: **سنن الدارمي**. تحقيق فواز أحمد زمرلي وخالد السبع العلمي. الطبعة الأولى. بيروت. 1407هـ.
12. الزيلعي، عبد الله بن يوسف أبو أحمد الحنفي: **نصب الراية**. دار الحديث. مصر. 1357هـ.
13. السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي. **سنن أبي داود**. تحقيق محيي الدين عبد الحميد. بدون ط. س.
14. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، **مسند الشافعي**. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون ط.س.
15. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **الدراري المضية**. دار الجيل. بيروت. 1407هـ.
16. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **السييل الجرار**. تحقيق محمد إبراهيم زيد. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. بيروت. 1405هـ.
17. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد: **نيل الأوطار**. دار الجيل. بيروت. 1973م.
18. ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي: **مصنف ابن أبي شيبة**. تحقيق كمال يوسف الحوت. الطبعة الأولى، الرياض: مكتبة الراشد. 1409هـ.
19. الصنعاني، محمد بن اسماعيل الصنعاني الأمير: **سبل السلام**. تحقيق محمد عبد العزيز الخولي. دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1379هـ.
20. الصنعاني، أبو بكر عبد الرزاق بن همام: **مصنف عبد الرزاق**. تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي. الطبعة الثانية. المكتب الإسلامي. بيروت. 1403هـ.

21. القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد: **سنن ابن ماجة**. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار الفكر. بيروت: بدون ط. س.
22. الكناني، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل. **مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة**. تحقيق محمد المنقلى الكشناوي. الطبعة الثانية. دار العربية. بيروت. 1403هـ.
23. المباركفوري، أبو العلا محمد بن عبد الرحمن: **تحفة الأحوذى**. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون ط. س.
24. مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت.
25. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب: **سنن النسائي الكبرى**، تحقيق د. عبد الغفار البندري وسيد كسروي حسن. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. بيروت، 1411هـ.
26. النيسابوري، أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم. **المستدرک على الصحيحين**، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا. الطبعة الأولى. دار الكتب العلمية. بيروت، 1411هـ.

رابعاً: كتب الفقه:

أ- الفقه الحنفي:

1. البغدادي، غانم بن محمد: **مجمع الضمانات**، دار الكتاب العربي، بدون ط. س.
2. داماد، عبد الرحمن بن محمد شىخي زاده: **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**. دار إحياء التراث العربي. بدون ط. س.
3. الزيلعي، عثمان بن علي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**. دار الكتاب العربي. بدون ط. س.

4. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل: **المبسوط**. بيروت: دار المعرفة. 1406هـ.
5. السمرقندي، علاء الدين محمد بن أحمد: **تحفة الفقهاء**. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية. 1405هـ.
6. الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن: **الحجة**. تحقيق مهدي حسن الكيلاني، الطبعة الثالثة. بيروت: عالم الكتب. 1403هـ.
7. العبادي، أبو بكر محمد بن علي الحدادي: **الجوهرة النيرة**. المطبعة الخيرية للنشر. بدون ط. س.
8. ابن عابدين، محمد أمين: **حاشية رد المحتار على الدر المختار المعروفة "بحاشية ابن عابدين"**. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر. 1386هـ.
9. الكاساني، أبو بكر علاء الدين بن مسعود "ملك العلماء". **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**. الطبعة الثانية. بيروت: دار الكتب العلمية. 1406هـ.
10. المرغنياني، أبو الحسين علي بن أبي بكر: **الهداية شرح بداية المبتدي**. بيروت: المكتبة الإسلامية. بدون ط. س.
11. ابن مودود، عبد الله بن محمود الموصلني الحنفي: **الاختيار لتعليل المختار**. بيروت: دار المعرفة. بدون ط. س.
12. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر: **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**. بيروت: دار المعرفة. بدون ط. س.
13. نظام، الشيخ نظام ومجموعة من العلماء: **الفتاوى الهندية**. بيروت: دار إحياء التراث العربي. 1406هـ.

14. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي: شرح فتح القدير. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر.

ب- الفقه المالكي:

1. الباجي، سليمان بن خلف: المنتقى شرح الموطأ. دار الكتاب الإسلامي. بدون ط.س.
2. الخرشي، محمد بن عبد الله: حاشية الخرشي على مختصر خليل. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
3. خليل، خليل بن اسحاق بن موسى المالكي: مختصر خليل. تحقيق أحمد علي بركات. بيروت: دار الفكر 1415هـ.
4. الدردير، سيدي أحمد أبو البركات: الشرح الكبير للدردير. تحقيق أحمد عيش. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
5. الدسوقي، محمد عرفة: حاشية الدسوقي. تحقيق محمد عيش. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
6. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
7. الشنقة، د. محمد بشير: الفقه المالكي في ثوبه الجديد. الطبعة الأولى. دمشق: دار القلم. 1420هـ.
8. الصاوي، أبو العباس أحمد الصاوي: حاشية الصاوي على الشرح الصغير. دار المعارف. بدون ط.س.

9. العبدري، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم. التاج والإكليل. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر. 1398هـ.
10. العدوي، علي الصعيدي المالكي: حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر. 1412هـ.
11. عليش، محمد بن أحمد بن محمد: منح الجليل شرح مختصر خليل. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
12. ابن فرحون، إبراهيم بن علي: تبصرة الحكام. دار الكتب العلمية. بدون ط.س.
13. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: الذخيرة. تحقيق د. محمد حجي. الطبعة الأولى. دار الغرب الإسلامي. 1994م.
14. القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية. 1407هـ.
15. مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى. بيروت: دار صادر. بدون ط.س.
16. مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: موطأ مالك. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. مصر: دار إحياء التراث العربي. بدون ط.س.
17. المغربي، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن: مواهب الجليل شرح مختصر خليل. الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر. 1398هـ.
18. النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي: الفواكه الدواني. بيروت: دار الفكر. 1415هـ.

ج- الفقه الشافعي:

1. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا: أسنى المطالب شرح روضة الطالب. دار الكتاب الإسلامي. بدون ط.س.
2. البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد: حاشية البجيرمي. تركيا: المكتبة الإسلامية "ديار بكر" بدون ط. س.
3. الجمل، سليمان بن منصور العجيلي المصري: حاشية الجمل "فتوحات الوهاب بتوضيح منهج الطلاب". بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
4. الحسيني، تقي الدين بن محمد الحسيني الشافعي: كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار. تحقيق علي عبد الحميد بلطه جي ومحمد وهبي سليمان. الطبعة الأولى، بيروت: دار الخير. 1412هـ.
5. الرافي، أبو القاسم عبد الكريم القزويني الشافعي: العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير. تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد المجيد. بيروت: دار الكتاب العربي. بدون ط.س.
6. الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس المنوفي المصري المعروف بالشافعي الصغير: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. مطبعة مصطفى البابي، 1386هـ.
7. السيد البكري، أبو بكر بن السيد شطا الدمياطي: إعانة الطالبين. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.
8. الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم. الطبعة الثانية. بيروت: دار المعرفة. 1393هـ.

9. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب: **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**. تحقيق محمد خليل عتيباني، الطبعة الأولى، 1418هـ.

10. الشرواني، عبد الحميد: **حواشي الشرواني**. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.

11. الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن يوسف الفيروز آبادي: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**. الطبعة الثانية. بيروت: دار المعرفة. 1397هـ.

12. الغزالي، محمد بن محمد: **الوسيط في المذهب**. تحقيق أحمد محمد إبراهيم ومحمد تامر. الطبعة الأولى. دار السلام للطباعة والنشر. 1417هـ.

13. المليباري، زين الدين بن عبد العزيز: **فتح المعين**. بيروت: دار الفكر. بدون ط.س.

14. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف الدمشقي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**. الطبعة الثانية. المكتب الإسلامي.

15. النووي، محيي الدين بن شرف النووي: **المجموع**. تحقيق محمد مطرحي. الطبعة الأولى. بيروت: دار الفكر 1996م.

16. الهيثمي، أحمد بن محمد بن حجر: **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**. دار إحياء التراث العربي. بدون ط.س.

د. الفقه الحنبلي:

1. البهوتي، منصورين يونس بن إدريس: **الروض المربع**. الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1390هـ.

2. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بدون ط.س.
3. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس: كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت. دار الفكر. بدون ط.س.
4. ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحلیم الحراني: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية. تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم العاصي النجدي. الناشر مكتبة ابن تيمية. بدون ط.س.
5. الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده: مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى. المكتب الإسلامي. بدون ط.س.
6. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد بن سالم: منار السبيل. تحقيق عاصم القلعجي. الطبعة الثانية. الرياض: مكتبة المعارف، 1405 هـ.
7. ابني قدامة، موفق الدين وشمس الدين ابني قدامة المقدسي: المغني والشرح الكبير. الطبعة الأولى. بيروت: دار الفكر. 1404 هـ.
8. المرادوي، أبو الحسن علي بن سليمان: الإصناف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق محمد حامد الفقي. بيروت: دار إحياء التراث العربي. بدون ط.س.
9. ابن ملفح، أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي: الفروع. تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية. 1418 هـ.
10. ابن ملفح، أبو اسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي: المبدع. المكتب الإسلامي. بيروت. 1400 هـ.

11. ابن يوسف، مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب. الطبعة الثانية، بيروت: المكتب الإسلامي 1389هـ.

هـ- كتب القواعد الفقهية وأصول الفقه:

1. البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي: قواعد الفقه، الطبعة الأولى، كراتشي: دار السلف ببلشرز، 1407هـ.

2. خلاف، عبد الوهاب: علم أصول الفقه. الطبعة الثانية عشرة. دار القلم للطباعة والنشر. 1398هـ.

3. الزكشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله: المنشور في القواعد الفقهية. تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود. الطبعة الثانية. الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. 1405هـ.

4. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر: الأشباه والنظائر. الطبعة الأولى. بيروت: دار الكتب العلمية 1403هـ.

5. العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي: قواعد الأحكام في مصالح الأنام. دار الكتب العلمية. بيروت. بدون ط.س.

6. الفيروزآبادي، إبراهيم بن علي بن يوسف: التبصرة. تحقيق حسن هيتو. الطبعة الأولى. بيروت: دار الفكر.

7. القرافي، أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواع الفروق. بيروت: عالم الكتب. بدون ط.س.

8. ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي. إعلام الموقعين عن رب العالمين. تحقيق طه عبد الرؤوف سعد. بيروت: دار الجيل 1973هـ.

و- كتب فقهية أخرى:

1. براج، د. جمعة محمد: أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية. عمان: دار يافا العلمية. 1420هـ.

2. الجزيري، عبد الرحمن: الفقه على المذاهب الأربعة. المنصورة. مكتبة الإيمان. بدون ط.س.

3. ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري: المحلى بالآثار. تحقيق لجنة إحياء التراث العربي. بيروت: دار الآفاق الجديدة. بدون ط.س.

4. الخفيف، علي الخفيف: محاضرات عن فرق الزواج. طبع 1958م.

5. داود، القاضي أحمد محمد علي: القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1420هـ.

6. درادكه، ياسين أحمد إبراهيم: الميراث في الشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1400 هـ.

7. ابن أبي الدم، القاضي شهاب الدين إبراهيم بن عبد الله: أدب القضاء الدر المنظوم في الأفضية والمحاكمات" تحقيق محمد عبد القادر عطا. بيروت: دار الكتب العلمية.

8. راغب، علي راغب: أحكام الصلاة. طبع في القاهرة 1958م.
9. أبو زهرة، الإمام محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية. الطبعة الثالثة. بيروت: دار الفكر العربي، 1957م.
10. زيدان، د. عبد الكريم زيدان: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم. الطبعة الثالثة. مؤسسة الرسالة. 1417هـ.
11. السرطاوي، د. محمود: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني. الطبعة الأولى. عمان: دار العدوى للطباعة والنشر، 1402هـ.
12. سمارة، د. محمد سمارة: أحكام وآثار الزوجية. الطبعة الأولى. القدس: جمعية عمال المطابع التعاونية، 1987م.
13. الظاهر، راتب عطا الله: مجموعة التشريعات الخاصة بالمحاكم الشرعية. الطبعة الثالثة. عمان 1409هـ.
14. عقلة، د. محمد عقلة: نظام الأسرة في الإسلام. الطبعة الثانية. عمان: مكتبة الرسالة الحديثة. 1411هـ.
15. أبو العينين، عبد الفتاح: الإسلام والأسرة. مصر: المنصورة. المكتبة العالمية. بدون ط.س.
16. فروخ، عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية. بيروت: دار الفكر العربي. 1394هـ.
17. الفوزان، صالح بن فوزان بن عبد الله: التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية. الرياض: مكتبة المعارف.

18. القدومي، د. مروان علي: أحكام المواريث. الخليل: دار الحسن للطباعة والنشر. 1406هـ.

19. القدومي، د. مروان علي: العلاقات الدولية في الإسلام، الطبعة الأولى. 1407هـ.

خامساً: كتب اللغة والتراجم والمعاجم والبلدان والموسوعات:

1. بدران، عبد القادر بن بدران الدمشقي: المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل. تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي. الطبعة الثانية. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1401هـ.

2. الجرجاني، علي بن محمد: التعريفات. بيروت: دار الكتاب العربي 1405هـ.

3. أبو خليل، د. شوقي: أطلس التاريخ العربي الإسلامي. دمشق. دار الفكر. بدون ط.س.

4. الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز: سير أعلام النبلاء. تحقيق شعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي. الطبعة التاسعة. بيروت: مؤسسة الرسالة. 1413هـ.

5. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر: مختار الصحاح. الطبعة الثالثة، بيروت: المكتبة العصرية. 1418هـ.

6. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف. طبقات الفقهاء. تحقيق خليل الميس. بيروت: دار القلم. بدون ط.س.

7. مجموعة من العلماء، مصطفى إبراهيم وآخرون: **المعجم الوسيط**. الطبعة الثانية. بيروت: دار إحياء التراث العربي. بدون ط.س.
8. ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله: **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب أحمد**. تحقيق عبد الرحمن بن سليمان العثيمين. الطبعة الأولى. الرياض: مكتبة الرشد للنشر والتوزيع. 1990م.
9. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري: **لسان العرب**. الطبعة السادسة. بيروت: دار الفكر العربي. 1997م.
10. وزارة الأوقاف، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية. **الموسوعة الفقهية**. الناشر. وزارة الأوقاف الكويتية.
11. أبو الوفاء، عبد القادر بن أبي الوفاء محمد القرشي: **طبقات الحنفية**. كراتشي: دار النشر مير محمد كتب خانه. بدون ط.س.
12. ياقوت: أبو عبد الله شهاب الدين ياقوت الحموي الرومي البغدادي: **معجم البلدان**. تحقيق فريد عبد العزيز الجندي. بيروت: دار الكتب العلمية. بدون ط.س.
13. أبو يعلى، أبو الحسين محمد بن أبي يعلى: **طبقات الحنابلة**. تحقيق محمد حامد الفقي. بيروت: دار المعرفة. بدون ط.س.

An- Najah National University

Faculty of Graduate Studies

The Views of the Islamic Sharia in the Missing person

Submitted by

Yusuf Atta Mohamed hellw

Supervised by

Dr. Marwan Al-Qadumi

*Submitted In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of
Master of Fiqh wa Tashree, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah
National University, Nablus- Palestine*

2003

Abstract

This study studied in the Introductory chapter the definition of the missing person, the types of the missing person. It types of the missing person. It also made a contrast between the missing and the absent person. In chapter one, the study investigated when the judge decides that the missing person has died depending on the type of his absence.

In the second chapter, the study deals with the views which are related to the missing person's wife.

The study also shows that the wife should wait four years before she can marry another man. It also shows that the wife can ask to be divorced from the missing person because he can not pay her expenses.

In the third chapter, the study explains the views which are related to the property of the missing person. It also shows that this property should continue belonging to the missing person. Moreover, it shows that the judge should appoint an agent to look after this property.

In the fourth chapter, the study explains the views which concern the missing person's portion in inheritance. It also shows that this portion should be entailed till the judge knows that the

missing is alive or dead. If the judge becomes sure that the missing person is dead, this portion will be given to the heirs of the missing person's testator.

In the fifth chapter, the study investigated the views which are related to the missing person's property and wife if the returns back. The study shows that he can recover what remained from his property and he can also regain his wife. However, if he finds his wife has married another man, he can recover the dower.