مجلة بحوث

جامعة حلب في المناطق المحررة

العدد الأول

12 / 8 / 1443 هـ - 15 / 3 / 2022 م

علميّة - ربعيّة - محكّمة

تصدر عن

جامعة حلب في المناطق المحرّرة

بسم الله الرحمن الرحيم

مجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

مجلة علمية محكمة فصـلية، تصـدر باللغة العربية، تختص بنشـر البحوث العلمية والدراسات الأكاديمية في مختلف التخصصات، تتوافر فيها شروط البحث العلمي في الإحاطة والاسـتقصـاء ومنهج البحث العلمي وخطواته، وذلك على صـعيدي العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الأساسية والتطبيقية.

رؤية المجلة:

تتطلع المجلة إلى الريادة والتميز في نشر الأبحاث العلمية.

رسالة المجلة:

الإسـهام الفعّال في خدمة المجتمع من خلال نشـر البحوث العلمية المحكّمة وفق المعايير العلمية العالمية.

أهداف المجلة:

- نشر العلم والمعرفة في مختلف التخصصات العلمية.
- توطيد الشراكات العلمية والفكرية بين جامعة حلب في المناطق المحررة ومؤسسات المجتمع المحلي والدولي.
- أن تكون المجلة مرجعاً علمياً للباحثين في مختلف العلوم.

الهيئة الاستشارية لمجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

د. جلال الدين خانجي	أ.د زكريا ظلام	أ.د عبد الكريم بكار
أ. د إبراهيم أحمد الديبو	أ.د. أسامة اختيار	د. أسامة القاضي
د. يحيى عبد الرحيم		

هيئة تحرير مجلة جامعة حلب في المناطق المحررة

رئيس هيئة التحرير

أ.د عبد العزيز الدغيم

البحوث التطبيقية		البحوث الإنسانية والاجتماعية	
أ.د. أحمد بكار	نائب رئيس هيئة التحرير	د. ضياء الدين القالش	نائب رئيس هيئة التحرير
أ.د. جواد أبو حطب	عضواً	أ.د عبد القادر الشيخ	عضواً
أ.د. عبد الله حمادة	عضواً	د. سهام عبد العزيز	عضواً
د. محمد يعقوب	عضواً	د. عماد كنعان	عضواً
د. كمال بكور	عضواً	د. ماجد عليوي	عضواً
د. علي السلوم	عضواً	د. أحمد العمر	عضواً
د. محمود الموسى	عضواً		
أ.د. محمد نهاد كردية	عضواً		

أمين المجلة: هاني الحافظ

معايير النشر في المجلة:

1- تنشـــر المجلة الأبحاث والدراســـات الأكاديمية في مختلف التخصـــصـــات العلمية باللغة العربية.
2- تنشـــر المجلة البحوث التي تتوافر فيها الأصـــالة والابتكار، واتباع المنهجية الســـليمة، والتوثيق العلمي مع سلامة الفكر واللغة والأسلوب.
3- أن يكون البحث أصيلاً وغير منشور أو مقدم لأي مجلة أخرى أو أي موقع آخر.
4- أن يرفق بالبحث ملخص عنه باللغات الثلاث العربية والإنكليزية والتركية على ألا يتجاوز 200-250 كلمة، وبخمس كلمات مفتاحية.
5- ترسل البحوث المقدمة لمحكمين متخصصين، ممن يشهد لهم بالنزاهة والكفاءة العلمية في تقييم الأبحاث، ويتم هذا بطريقة سرية، ويعرض البحث على محكّم ثالث في حال رفضـه أحد المحكّمين.
6- يلتزم الباحث بإجراء التعديلات المطلوبة خلال 15 يوماً.
7- يبلغ الباحث بقبول النشـر أو الاعتذار عنه، ولا يعاد البحث إلى صـاحبه إذا لم يقبل، ولا تقدم أسباب رفضه إلى الباحث.
8- ألا يزيد البحث على 20 صفحة.
9- تعبّر الأبحاث المنشورة في المجلة عن آراء أصـحابها، لا عن رأي المجلة، ولا تكون هيئة تحرير المجلة مسؤولة عنها.
10- يلتزم الباحث بتوثيق المراجع والمصـــــادر وفقاً لنظام جمعية علم النفس الأمريكية **(APA7)**.
11- يحصل الباحث على وثيقة نشر تؤكد قبول بحثه للنشر بعد موافقة المحكمين عليه.

المحتوى:

كلمة العدد الأول:.....5

القانون الدولي الإنساني والنزاعات المعاصرة"الحالة السورية نموذجًا" 7

أ. زكريا الخليف، د. محمد رشيد

المفقود والحكم بموته "دراسة فقهية مقارنة مع القانون" 31

د. أنس خالد الشبيب

المكان الفني في الرواية السوريّة الواقعيّة.....55

أ. محمود المصطفى، د.محمّد رياض وتّار

دور وزراء الأندلس في الحياة السياسية منذ عصر ملوك الطائف حتى عصر بني الأحمر.....73

أ. جميل الحجي محمود، د. هدى العبسي

درجة تقييم برنامج التعليم عن بعد في جامعة حلب في المناطق المحررة (طلاب كلية التربية أنموذجاً).....89

أ. عبد المالك الضاهر د. سهام عبد العزيز

دراسة مظاهر السطح والباثيمتري للأعماق البحرية في الخليج العربي 117

د. بدر الدين منلا الدخيل

دور التمويل بالمرابحة وآليات المتابعة في تنمية المشـــاريع الصـــغيرة والمتناهية الصغر في الشمال السوري 133

أ. محمد مرعي، د. حسام خديجة، د. عبد الحكيم المصري

تصميم متحكم أمثلي لجملة عربة– نواس مقلوب.....165

أ.محمد عطا الكدع، د. عبد الرحمن حسين.

المفقود والحكم بموته

دراسة فقهية مقارنة مع القانون

إعداد:

د. أنس خالد الشبيب

ملخص:

في ظرف من الظروف، قد يغيب إنســـان عن أهله وينقطع خبره، فلا نعلم أحي هو أم ميت، وبالتالي يترتب على ذلك أحكام تتعلق بماله أو زوجه، على الناس أن يدركوها ويتعلموها.

وفي هذا البحث يُبين الباحث المعنى الدقيق للمفقود، ثمَّ يبحث في المدة المنتظرة للحكم بموت المفقود، وهل هي مقدرة بمدة زمنية محددة أم أنها تعود لرأي القاضـــي واجتهاده حســـب ما يراه الأصلح والأقرب للصواب، وذكر خلاف الفقهاء في ذلك والتوصل للرأي الراجح.

ثمَّ يتناولُ الباحث بيانَ حكم المفقود خلال فترة التربص وقبل الحكم بموته قضـــاءً، باجتهاد القاضي أو بالتحديد بالسن، هل يعتبر المفقود حيَّاً في حق نفسه وفي حق غيره، فلا تعتد زوجته ولا يُقسم ماله، ويرث من غيره، أو يعتبر ميتاً في شيء دون شيء.

ثمَّ يذكرُ الباحث أثرَ ظهورِ المفقود وعودته إلى أهله بعد الحكم بموته، وذلك فيما يتعلق بزوجته، التي تكون قد تزوجت من رجل آخر، وفيما يتعلق بأمواله، التي تقاســـمها ورثة المفقود، والتي قد تكون باقية أو صُرفت وهَلكت.

ولا ينسى الباحث مقارنة ذلك كله مع ما جاء في القانون السوري، وما ارتبط بواقع الحياة.

كلمات مفتاحية: مفقود، غائب، أسير، استصحاب، تربص.

Missing and legally sentenced to death A doctrinal study compared to the law.

Prepared by:

Dr. Anas Khaled Al-Shabib

Abstract

In a circumstance, a person may be absent from his family and his news is cut off. We do not know whether he is alive or dead, and in general, there are many standards to his money or his wife's money, which people must realize and learn

In this abstract, the researcher presents the exact meaning of the absence then looks at the Iddah period and to realize the death of the absence, and whether it is estimated for a specific or it is related to the judge's view or jurisprudence according to what he sees fittest and closest to the truth. Then the researcher searches for the statement of the absence. Person's ruling during the period of waiting and before the judgment of his death is judged, according to the judge's view, or specifically by age. Is the absent person considered alive according to himself and for others, so his wife doesn't have Iddah and his money is not divided, and he inherits from others, or is he considered dead in something without anything

Then the researcher mentions the impact of the return of the missing person and to his family after his death judgement, regarding to his wife, who may have married another man, and his money, which was shared by the heirs of the missing person, which may be remaining or spent. The researcher does not forget to compare all this with what was stated in the Syrian law, and what is related to the reality of life.

Keywords: missing, absent, captive, accompaniment, Waiting time.

Kayıp insan ve ölüm hükmü Hukuka kıyasla bir fikhi çalışma

Hazırlayan:

Dr. Anas Halid Al-Şabib

Özet:

Bir durumda bir kimse ailesinden uzakta olabilir ve haberleri kesilebilir, diri mi ölü mü bilemiyoruz ve dolayısıyla parasıyla veya eşiyle ilgili, insanların anlaması ve öğrenmesi gereken hükümler çıkıyor.

Bu araştırmada araştırmacı, kayıp kişinin tam anlamını netleştirir, ardından kayıp kişinin ölü olarak saylması hükmü için bekleme süresine bakar, belirli bir süre için mi belirlenmiş, yoksa doğru ve gerçeğe en yakın gördüğüne göre hâkimin kanaat ve takdirine mi kalmış? bunda âlimlerin görüş farklılıklarını da zikreder ve en doğru görüşe ulaşır.

Daha sonra araştırmacı, kayıp kişinin bekleme süresi boyunca ve onun için ölüm hükmü verilmeden önce, hakimin titizliğine veya özellikle yaşına göre kararının bir ifadesi ile ilgilenir. kaybolan kişi, kendisi ve başkaları ile ilgili olarak sağ olarak kabul edilir, böylece karısı iddet süresine uymaz mı, parası bölünmez mi, başkalarından miras alır mı, yoksa ölü mü kabul edilir ?

Daha sonra araştırmacı, kayıp kişinin ortaya çıkmasının ve onun ölü olarak kabul edilmesinden sonra ailesine geri dönmesinin, başka bir erkekle evlenmiş olabilecek karısı ve mirasçıların paylaştığı Kalan veya harcanan ve yok olan parası üzerindeki etkisinden bahseder .

Araştırmacı, tüm bunları Suriye yasasında belirtilenlerle ve hayatın gerçeğiyle ilgili olanlarla karşılaştırmayı da ihmal etmiyor .

Anahtar Kelimeler: kayıp kişi, mevcut olmayan, tutsak, refakat, bekleme.

مقدمة

الحمدُ لله ربِّ العالمين، وأفضلُ الصلاة وأتمُّ السلام على نبينا مُحمَّد وآله وصحبه أجمعين، وبعد:

أهمية البحث: إنَّ بحث موضوع "المفقود والحكم بموته دراسة فقهية مقارنة" من المواضيع المهمة للكتابة والبحث العلمي المقارن، لواقعيته، وارتباطه بأهم مقاصد الحياة: المال، والنساء.

هدف كتابة البحث: نظراً لأهمية الموضوع فقد جرى إعداد هذا البحث بهدف بيان معنى المفقود، وما المدة المنتظرة ليحكم بموت المفقود، بالنسبة لزوجته من جهة وبالنسبة لأمواله من جهة أخرى، وبيان الخلاف الفقهي في ذلك، وهل هي مقدرة أو تعود لرأي واجتهاد القاضي، وما حكم المفقود في مدة التربص قبل الحكم بموته وهل يُعتبر حياً أم ميتاً، في حق نفسه وفي حق غيره، في الحقوق السلبية، وفي الحقوق الإيجابية، وسبب الخلاف وارتباطه بأصول الفقه، وأثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته.

إضافة إلى المقارنة مع قانون الأحوال الشخصية السوري، وإسقاط ذلك على واقع الحرب في سورية.

طريقة كتابة البحث: سرت في كتابة هذا الموضوع متبعاً في هذه الدراسة المنهج الفقهي التحليلي المقارن، مع المقارنة مع القانون السوري، والمنهجية العلمية في عرض المسائل وعزوها لمصادرها، وموافقتها لشروط نشر مجلة بحوث جامعة حلب، وذلك ضمن الخطة الآتية:

مقدمة: تتضمن أهمية البحث ومشكلته وأهدافه ومنهج البحث.

مطلب في حقيقة المفقود.

المبحث الأول: المدة المنتظرة ليحكم بموت المفقود.

المبحث الثاني: حكم المفقود في مدة التربص

المبحث الثالث: أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته

المبحث الرابع: المفقود في القانون السوري والواقع

خاتمة: تتضمن نتائج هذا البحث

1-مطلب-في حقيقة المفقود لغة واصطلاحاً

1-1-أولاً-معنى المفقود في اللغة:

المفقود لغة: هو الغائب أو المعدوم، و"أصله من فَقَدَ الشيء يَفقِدُه فقداً وفِقداناً فهو مفقودٌ وفقِيدٌ: عَدِمَه، والفاقد من النساء: التي يموت زوجُها أو ولدها، وافتقدت الشيءَ إذا غاب عنك" [1]. أو الضائع: من فقد الشيء إذا أضاعه[2].

1-2-ثانياً-معنى المفقود في الاصطلاح:

1-2-1-عند الحنفيّة: عرّف السرخسي المفقود بأنه: "اسم لموجود هو حي باعتبار أول حياته ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يَجدُّون ولخفاء أثر مستقره لا يجدُون، قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجدِّ ربَّما يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التنادِ" [3].

وعرفه الحصكفي رحمه الله بأنه: "غائب لم يُدرَ أحيٌّ فيُتوقع قدومه أم ميت أُودع اللحد البلقع" [4]، والبلقع: القَفِر.

1-2-2-وعند المالكية: عرفه الدردير رحمه الله بأنه: "الذي لم يُعلم له موضع ولا حياة" [5]. وعرفه الشيخ عليش رحمه الله بأنه: "الذي غاب وانقطع خبره مع إمكان الكشف عنه، فخرج الأسير والمحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه" [6].

وفي التعريفين نظر، أما الأول فاشترط في المفقود ألا يعلم له موضع، وهذا غير صحيح، وليس قيداً في المفقود، "إذ لا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات، فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فهو مفقود" [7]، وأما الثاني فقد أخرج الأسير من أن يدخل في حكم المفقود، والحقيقة أنَّ الأسير الذي انقطع خبره وجُهلت أحواله فلا يعرف أحي هو أم ميت فهو مفقود، أما إذا كان معلوم الحياة أو الممات فليس بمفقود [8].

1-2-3-وعند الشافعية: فقد عرفه النووي رحمه الله بأنه "الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما وله مال"، وفي معناه الأسير الذي انقطع خبره [9].

ومعنى جُهل حاله: أي لا تعرف له حياة ولا موت [10]، أو بتعبير آخر "هو من غاب عن وطنه وخفي خبره ولا نعرف حياته ولا موته في تلك الغيبة" [10].

1-2-4-وعند الحنابلة: فقد عرَّفه البهوتي رحمه الله بأنه "من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره" [11].

1-3-ثالثاً-التعريف الراجح وقيوده

من التعاريف السابقة يمكنني القول؛ إنَّ المفقود هو: كل شخص لم تعلم له حياة ولا موت لغيابه مع انقطاع خبره. أو بعبارة أخرى: "هو الغائب [2] الذي انقطع خبره، فلم تعرف حياته أو موته" [7].

المفقود هو: شخص قد يكون رجلاً أو امرأة، والأحكام واحدة لكليهما، إلا أن فقد الزوجة لا يؤثر على الزوج مادام عنده أقل من أربعة، فإذا كان عنده أربع نسوة وفقد إحداهن فينتظر الفترة التي ذكرها الفقهاء ثم يعقد على الزوجة الجديدة، فالأحكام واحدة بالنسبة للطرفين، وخاصة فيما يتعلق بالأموال، كإرثها كمفقودة من غيرها أو الإرث منها. قال الشربيني الخطيب: "إنَّ الزوجة المنقطعة الخبر كالزوج حتى يجوز له نكاح أختها وأربع سواها" [12].

وبالتالي ليكون الشخص مفقوداً لا بدَّ من اتصافه بثلاث صفات: 1-الغياب، 2-انقطاع الخبر، 3-عدم معرفة حياته أو موته.

المبحث الأول

المدة المنتظرة ليحكم بموت المفقود

2-المطلب الأول-آراء العلماء في تقدير مدة انتظار المفقود

اختلف العلماء في تقدير المدة الزمنية التي يغيبها المفقود حتى يحكم بموته إلى فريقين، الفريق الأول "الحنفية والشافعية": لم يقدّروا مدة للحكم بموته بل تركوا ذلك لرأي القاضي، والفريق الثاني "المالكية والحنابلة": حددوا مدة زمنية للحكم بموته.

تفصيل الآراء:

2-1-أولاً-الفريق الأول: الحنفية والشافعية الذين لم يقدروا مدة للحكم بموت المفقود، بل يعود ذلك إلى تقدير القاضي سواء بالنسبة لأمواله أو لزوجه..

2-1-1-رأي الحنفية [3،4]: يُنتظر حتى إذا لم يبقَ أحد من أقرانه حيَّاً فإنه يُحكم بموته. واختار الزيلعي تفويضه للإمام فأي وقت يرى المصلحة في ذلك حكم بموته، فالقاضي ينظر ويجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير.

2-1-2رأي الشافعية [12]: ينتظر حتى تقوم بيّنة بموته أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، والمدة لا تتقدر وهو الصحيح، فيجتهد القاضي ويحكم بموته.

2-2-ثانياً-الفريق الثاني: المالكية والحنابلة: المدة مقدرة

2-2-1-رأي المالكية [6،13]: حدَّد المالكية مدة حتى يحكم بعدها القاضي بموت المفقود.

فبالنسبة لأمواله: الراجح عندهم أنه يُنتظر **سبعين سنة** منذ ولادته ثم يستطيع الحاكم أن يحكم بموته قضائياً، وعندهم قول آخر وهو أن يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها ويعود تقدير ذلك إلى القاضي [49]، ولكن الراجح عندهم أنَّ المدة مقدرة.

أما بالنسبة لزوجته [13]: فللمرأة حق رفع دعوى في شأن زوجها المفقود ولها عدم الرفع والبقاء في عصمته حتى يتضح الأمر، فإن رفعت أمرها للقاضي فيؤجل المفقود **أربع سنين** فقط، ثم تعتد وتحل للزواج.

2-2-2-رأي الحنابلة [11،14]: قسّم الحنابلة المفقود لقسمين حسب نوع غيبته:

الأول: المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة: كأسر؛ فإنَّ الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله، أوتجارة؛ فإنَّ التاجر قد يشتغل بتجارته عن العودة إلى أهله، أوسياحة؛ فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده، وطلب علم ونحوه. مما يغلب على الظن فيه السلامة.

والمعتمد أنه تقدر مدة لانتظاره وهي أن يُصبح له من العمر **تسعين سنة**، فإن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم في تقدير مدة انتظاره.

الثاني: المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك: كمن غرق مركبه فسَلِم قوم دون قوم، أو فُقِدَ من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة فلا يعود، أو يخرج إلى حاجة قريبة فلا يعود، أو فقد في مفازة مهلكة، أي أرض يكثر فيها الهلاك، أو فقد بين الصفين حال التحام القتال.

فهذا يُنتظر تمام **أربع سنين** منذ فُقد.

ولا فرق عند الحنابلة في مدة الانتظار بين حقوقه المادية وغيرها.

3-المطلب الثاني-الأدلة:

3-1-أولاً-أدلة الفريق الأول "الحنفية والشافعية" من قال: لا تقدير للمدة وإنما يرد ذلك لاجتهاد القاضي.

وجملة أدلتهم هي الآتي:

[49] وهو يوافق رأي الشافعية والحنفية في رد ذلك لاجتهاد القاضي.

3-1-1-قول علي رضـــي الله عنه15] في امرأة المفقود: "هي امرأة ابتُليت فلتصـــبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته"، قال الشـــافعي وبهذا نقول [16،17]. ويقين موته: إما بموته حقيقة، بأن نعلم ذلك، أو حكماً بحكم القاضي وتقديره باجتهاده، والزوجة مثل المال.

3-1-2-رجوع عمر إلى رأي علي رضـي الله عنهما؛ فقد علَّق السـرخسـي رحمه الله على قول علي" قد سـمعنا أن امرأته تتربص أربع سـنين، وليس ذلك بشـيء، هي امرأة ابتليت فلتصـبر"، بقوله: وتربص أربع ســـنين كان يقول به عمر في الابتداء ثم رجع إلى قول علي كرَّم الله وجهه [3].

3-1-3-إنّ الأصـل حياة المفقود، والتقدير لا يُصـار إليه إلا بتوقيف من الشـارع، ولا توقيف ههنا، فوجب التوقف عنه [14]. قال ابن عابدين رحمه الله: "فلا يقول بالتقدير، لأنه لم يرد الشرع به، بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجتهد" [4]، فقد بيَّن ابن عابدين أن الشـرع لم يرد فيه تقدير للمدة، وبالتالي يعود ذلك إلى الإمام أو القاضي يقدر ذلك باجتهاده.

3-2-ثانياً-أدلة الفريق الثاني من قال: بتقدير المدة، **وهم المالكية والحنابلة**

3-2-1-أدلة الحنابلة [11،14]: في حال غاب المفقود غيبة ظاهرها الهلاك: المدة المنتظرة **أربع سنين**، للمال والأزواج، والأدلة هي الآتي:

أ-من الأثر: فقد روى البيهقي عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضـي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدرِ أين هو فإنها تنتظر أربع سـنين ثم تنتظر أربعة أشـهر وعشـراً" [17،18]، "ثم تحلُّ" [18] أي للأزواج، فإنَّ زوجة المفقود تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً.

ويقاس على هذا، الحقوق المالية وتقســـيم التركة، لأنه إذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال من باب أولى.

ب-الإجماع: اتفق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأة المفقود بعد أربع سنين، لقول عمر رضي الله عنه ولم يخالفه أحد فكان إجماعاً.

ج-المعقول: لأنَّ مدة الأربع سـنين يتكرر فيها تردد المسـافرين والتجار، فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب ظن الهلاك، إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية، فلذلك حكم بموته في الظاهر.

ودليل الحنابلة على تحديد **تسعين سنة** منذ ولادته للغالب من غيبته السلامة هو:

أ–المعقول: وهو أن الغالب أن المفقود لا يعيش أكثر من هذا الزمن وقد يعيش أكثر ولكنه نادر، ولا حكم للنادر.

3–2–2–وأدلة المالكية الذين قالوا بالنسبة للزوجة: تنتظر **أربع سنين** من فقده ثم تعتدُ ثم تحلُّ للأزواج.

أ–من الأثر: حديث عمر ﷺ السابق: "أيما امرأة فقدت.."، ولم يقيسوا، كما فعل الحنابلة، تقسيم أمواله على اعتداد زوجته بعدَ أربعِ سنين، وتعليلهم لهذا بأن: "تأجيله بأربع سنين تعبدي بإجماع الصحابة عليه" [6].

أما بالنسبة للأمور المالية: فيُنتظر **سبعين سنة** من ولادته، ودليلهم على ذلك:

أ–من السنة: ما رواه الترمذي وحسنه عن رسول الله ﷺ قال: "عُمْرُ أمتي من ستين سنة إلى سبعين سنة" [19]، وفي رواية "أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين وأقلهم من يجُوزُ ذلك" [20].

فالنبي ﷺ قد حدد أن العمر الغالب على أفراد هذه الأمة سبعين سنة لذا يُنتظر المفقود هذه المدة.

ب–ومن المعقول: لأن الغالب أنَّ المفقود لا يعيش أكثر من هذا، والحكم للغالب [14].

4–المطلب الثالث–مناقشة الأدلة:

4–1–إن التقدير بالسنِّ سواء السبعين أو التسعين أو غيره، لم يرد فيه دليل شرعي في هذه المسألة، وأما حديث أعمار أمتي.. فخارج عن موضوع النقاش، ولا علاقة له بالمفقود.

4–2–من قال إن السبعين أو التسعين هو الغالب على حياة الإنسان، لا اتفاق عليه، فبينما يحدده المالكية بسبعين ويقولون هو غالب ما يعيشه الإنسان، يحدده الحنابلة بتسعين ويقولون هو غالب ما يعيشه الإنسان، فيلاحظ أنه لا اتفاق على العمر الغالب على الإنسان.

4–3–تقدير المدة بأربع سنين، وقياس الانتظار بالنسبة لماله على انتظار زوجته وهو أربع سنين غير مُسلَّم، لأن انتظار الزوجة أربع سنين غير متفق عليه بين الصحابة كما يدعون، بل إنَّ علياً خالف عمر رضي الله عنهما، وقد روى البيهقي عن علي رضي الله عنه قوله: "ليس الذي قال عمر شيء" يعني في امرأة المفقود [17]، فتبيَّن أن قولهم: "اتفق الصحابة" ودعوى الإجماع، غير صحيح.

4–4–هناك تناقض بين تقدير المدة بالنسبة للزوجة بأربع سنين وبالنسبة للمال بسبعين سنة، فـ" لو مكنَّا زوجته من أن تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة، إذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة واحدة، فيجب قسمة ماله أيضاً، وذلك ممتنع مالم يقم على موته دليل" [3]. فكيف حدد المالكية زمناً لاعتبار المفقود ميتاً بالنسبة لزوجته مخالفاً للزمن الذي حددوه بالنسبة لماله!!.

5-المطلب الرابع-الترجيح:

يظهر لي أنَّ القول بعدم تحديد مدة زمنية للحكم بموت المفقود، وإرجاع ذلك لرأي الإمام واجتهاده، حسب ما يراه من الأصلح والأنسب، هو الراجح والصواب والله أعلم [21]، وذلك لما يلي:

أ-لأنَّ حديث عمر رضي الله عنه في تحديد مدة مقدرة، يقابله حديث لعلي رضي الله عنه في عدم التحديد.

ب-وجود أقوال عند المالكية والحنابلة بأنَّ الأمر يُردُّ إلى اجتهاد الحاكم، وأنه تمويت بحكم القاضي [6،8].

ج-لترجيح ابن عابدين رحمه الله "لا يقال بالتقدير لأنه لم يرد الشرع به، بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجتهد" [4].

د-ولأن ابن قدامة قدَّم رواية أنه "مردود إلى اجتهاد القاضي" قدَّمها على الرواية المعتمدة عندهم في المذهب [14].

المبحث الثاني

حكم المفقود في مدة التربص

6-المطلب الأول-توضيح المسألة:

خلال مدة التربص؛ أي فترة غياب المفقود وقبل الحكم بموته قضاءً، باجتهاد القاضي أو بالتحديد بالسن، هل يعتبر المفقود حيَّاً في كل شيء أي بالنسبة للحقوق السلبية [50] فلا تعتد زوجته ولا يُقسم ماله، وبالنسبة للحقوق الإيجابية [51] أيرث من غيره، أم يعتبر ميتاً في شيء دون شيء؟!!

7-المطلب الثاني-أقوال العلماء:

اختلف العلماء إلى قولين، الأول: مذهب الحنفية؛ بأنَّ المفقودَ حيٌّ في حق نفسه، ميتٌ في حق غيره، والثاني: مذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة)؛ بأنَّ المفقود حيٌّ في حق نفسه وغيره، وبيان ذلك كالآتي:

7-1-أولاً -مذهب الحنفية: ذهب الحنفية إلى أنَّ المفقود يُعتبر حيَّاً في حق نفسه، فلا توزع تركته ولا تعتد زوجته وتحل للأزواج حتى يعلم موته حقيقة بالبينة أو حكماً بحكم القاضي

---

[50] أعني الحقوق التي كانت ثابتة له قبل فقده من حقوق مادية أو معنوية.

[51] أي الحقوق التي تثبت له بسبب يكون بعد فقده.

باجتهاده أو بمضـــي زمن التعمير، ويُعتبر المفقود ميتاً بالنســبة إلى حق غيره، فإذا مات للمفقود أحد من أقاربه ممن يرثه فلا يحتفظ للمفقود بنصيب، لأنه ميت حكماً قبل موت مورثه.

قال السرخسي رحمه الله: "وحكمه في الشرع أنه حيٌ في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته.. ولا تتزوج امرأته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو إذا مات أحدُ من أقربائه" [3].

"وحاصله أنه، أي المفقود، يُعتبر حيَّاً في حق الأحكام التي تضره وهي المتوقفة على ثبوت موته، ويعتبر ميتاً فيما ينفعه ويضـــر غيره وهو ما يتوقف على حياته" [4]، أي أنه يعتبر حيَّاً في حق الأحكام التي تضــره وهي تقســيم تركته وزواج امرأته، وهذه تتوقف على ثبوت موته، ويعتبر ميتاً فيما ينفعه ويضـــر غيره من الأحكام كإرثه من غيره، وهو متوقف على حياته لذا يعتبر ميتاً فلا تثبت له.

7-2-ثانياً-مذهب الجمهور: ذهب الجمهور عدا الحنفية إلى أن المفقود يُعتبر حياً في حق نفسه، وفي حق غيره، حتى يُعلم موته حقيقة أو حكماً، أي تبقى الحقوق السلبية ثابتة له فلا تقسم تركته ولا تتزوج زوجته، وتثبت له حقوق إيجابية فيحتفظ له بنصـيبه من مورثه حتى يظهر حقيقة أمره. [6،13، 9،12،22، 11،14].

7-2-1-عند المالكية: قال الشيخ عليش: "ووقف مال الشخص المفقود، فلا يورث،.. وإن مات مورثه.. وقف القدر المشــكوك فيه وهو نصـــيب المفقود" وبالنســبة لزوجته "فيؤجل المفقود أربع سنين.. ثم بعد العجز عن خبره اعتدت كعدة الوفاة " [6،13].

7-2-2-عند الشـافعية: قالوا: "ومن أُســر أو فقد وانقطع خبره تُرك ماله حتى تقوم بينة بموته.. ولو مات من يرثه المفقود وقفنا حصـته وعملنا في الحاضـرين بالأسـوأ" [9،12،22]. وأما "امرأة الغائب، المفقود، لا تعتد امرأته ولا تنكح أبداً حتى يأتيها يقين وفاته" [16]، أي حقيقة أو حكماً.

7-2-3-عند الحنابلة: قال البهوتي: "فإن لم يُعلم خبره، أي المفقود، بعد التســـعين فيما كان ظاهر غيبته السـلامة أو الأربع فيما كان ظاهره الهلاك، قُسِّم ماله بين ورثته واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلَّت للأزواج.. وإن مات مورثه في مدة التربص وهي المدة التي قلنا ينتظر به فيها، أخذ كل وارث غير المفقود من تركة المتوفى اليقين.. ووقِفَ الباقي حتى يتيقن أمره.." [11،14].

8-المطلب الثالث-تحرير محل النزاع:

مما سبق من استعراض آراء الفقهاء تبين أنه في فترة التربص، قبل الحكم بوفاة المفقود، ما يأتي:

-**اتفق الفقهاء** في الحقوق الســلبية على أنَّ المفقود حيٌّ "في حق نفســه"، فلا تقســم تركته ولا تتزوج امرأته.

-**واختلفوا** في الحقوق الإيجابية، **فقال الجمهور** المفقود حيٌّ في حق غيره فيرث من غيره ويوقف له نصيبه، وقال الحنفية: المفقود ميت في حق غيره فلا يرث من غيره ولا يوقف له نصيب.

9-المطلب الرابع-الأدلة:

9-1-أولاً-أدلة الحنفية:

أ-الاستصحاب: وهو حجة عندهم للدفع؛ أي لدفع ملكية غيره لأمواله، لا للإثبات؛ أي إثبات ملكيته من غيره، قال ابن عابدين: "وهو في حق نفسه حي بالاستصحاب هذا هو الأصل فيه، وميت في حق غيره فلا يرث من غيره.. لأن الأصل أنه حي وأنه إلى الآن كذلك استصحاباً للحال السابق، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لا للإثبات أي تصلح لدفع ما ليس بثابت لا لإثباته" [4]. "واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتاً، وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان، وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتاً له" [3].

ب-الاستدلال بالظاهر: لأن حياته، أي المفقود، باعتبار الظاهر، والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة للاستحقاق، فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر، ولهذا قلنا لا تتزوج امرأته" [3].

9-2-ثانياً-أدلة الجمهور [6،13،16،12،11،14،24]:

أ-الاستصحاب: دليل الجمهور أيضاً هو الاستصحاب وهو حجة عندهم للدفع والإثبات، فلا يورث المفقود ولا تتزوج امرأته، ويرث من غيره لأنا استصحبنا حياته في حق نفسه وفي حق غيره، والأصل بقاء ما كان، وهو الحياة، على ما كان حتى يأتي ما يغيره، وأيضاً: اليقين لا يزول بالشك، فإنا تيقنَّا حياة المفقود وشككنا في موته فلا عبرة بهذا الشك.

10-المطلب الخامس-المناقشة:

10-1-أولاً-سبب الخلاف بين الحنفية والجمهور:

إن الخلاف بين الفريقين هو خلاف أصولي، وهو الخلاف في حجية الاستصحاب.

10-2-ثانياً-معنى الاستصحاب:

أ-الاستصحاب لغة: من الملازمة والانقياد، فكل ما لازم الشيء فقد استصحبه، وتقول: أصحبت الناقة أي انقادت وتبعت صاحبها" [1].

ب-الاستصحاب اصطلاحاً: "هو ثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الزمن الأول لعدم وجدان ما يصلح أن يكون مغيراً بعد البحث التام" [23]. وبعبارة أخرى: "هو الحكم بثبوت أمر أو نفيه في الزمان الحاضر أو المستقبل بناءً على ثبوته أو عدمه في الزمان الماضي لعدم قيام الدليل على تغييره" [25].

واستصحاب حياة المفقود يعني أنه كان حياً في الماضي، واستصحبنا هذه الحياة إلى الحاضر، لعدم وجود دليل يُغير ما سبق مما علمناه، مع بذل الجهد في طلب الدليل.

10-3-ثالثاً-حجية الاستصحاب:

أ-الحنفية: الاستصحاب حجة للدفع دون الإثبات [26].

ب-الجمهور: الاستصحاب حجة مطلقاً للدفع والإثبات [27]، قال الشوكاني: "إنه حجة، وبه قالت الحنابلة والمالكية وأكثر الشافعية، سواء في النفي أو الإثبات" [28].

10-4-رابعاً-الأدلة:

10-4-1-أدلة الجمهور: وهم القائلون بأن الاستصحاب حجة مطلقاً للدفع والإثبات، وبالتالي يثبت للمفقود الإرث من مورثه فهو حي في حق غيره.

أ-القرآن الكريم: قال الله تعالى:﴿ وما يتبع أكثرهم إلا ظنا إنَّ الظنَّ لا يُغني من الحق شيئاً﴾[يونس:36]، والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين [24]، وبما أنَّ حياة المفقود يقينية في الماضي فلا تزول بالشك وهو شك وفاته، واليقين لا يزول بالشك.

ب-السنة النبوية: روى البخاري في كتاب الوضوء، باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ومسلم في كتاب الحيض، باب الدليل على أنَّ من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يُصلي بطهارته تلك، عن سعيد وعباد بن تميم عن عمه شُكي إلى النبيﷺ الرجل يُخيَّل إليه أنه يجدُ الشيءَ في الصلاة، قال: لا ينصرف، أولا ينفتل، حتى يسمعَ صوتاً أو يجدَ ريحاً" [21،29].

وروى مسلم أيضاً في نفس الباب عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه أخَرَجَ منه شيءُ أم لا فلا يخرجنَّ مِنَ المسجد حتى يسمعَ صوتاً أو يجدَ ريحاً" [29]. أي يعلم وجود أحدهما ولا يُشترط السماع والشم بإجماع المسلمين [30]. قال النووي رحمه الله: "وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه وهي أنّ الأشياء يُحكمُ ببقائها على أصولها حتى يُتيقنَ خِلاف ذلك، ولا يضر الشك" [30]، والمفقود تيقنَّا حياته وشككنا في وفاته فنحكم بحياته استصحاباً للأصل حتى يُتيقن خلاف ذلك.

ج-من المعقول:

1-"إنَّ العلم بتحقق أمر في الحال يقتضي ظن بقائه في الاستقبال، والعمل بالظن واجب ولا معنى لكونه حجَّة إلا ذلك" [27]، وبعبارة أخرى: "إنّ ما علم حصوله في الزمان الأول، ولم يظهر زواله ظن بقاؤه في الزمن الثاني ضرورة، وحينئذٍ فيجب العمل به على وجوب العمل بالظن" [23]. والمفقود قبل فقده تحققنا حياته وهذا يقتضي بقاءه للمستقبل ظناً، والظن يعمل به وهذا يعنى أنّ الاستصحاب حجة، فاستصحاب حياة المفقود حجة مطلقاً

2-إنَّ بقاء الباقي راجح على عدمه، وإذا كان راجحاً وجب العمل به اتفاقاً، "لأن الباقي لا يفتقر إلى سبب جديد، وشرط جديد بل يكفيه دوام السبب والشرط، أي لا يحتاج إلى مؤثر، والحادث مفتقر إلى هذين فيكون الباقي راجحاً في الوجود على الحادث، والعمل بالراجح واجب، فيجب العمل بالاستصحاب لاستلزامه العمل بالباقي" [23].

3-إنَّ القول باستصحاب الحال أمرٌ لا بُدَّ منه في الدين والشرع والعرف.

أما في الدين؛ فلأنه لا يتم الدين إلا بالاعتراف بالنبوة، ولا سبيل إليه إلا بواسطة المعجزة، وهي فعل خارق للعادة، ولا معنى للعادة إلا أن العلم بوقوعه على وجه مخصوص في الحال يقتضي اعتقاد أنه لو وقع لما وقع إلا على ذلك الوجه، وهذا عين الاستصحاب.

وأما في الشرع؛ فالفقهاء اتفقوا على أنا متى تيقنا حصول شيء، وشككنا في حدوث المزيل أخذنا بالمتيقن، وهذا عين الاستصحاب، لأنهم رجحوا بقاء الباقي على حدوث الحادث.

وأما العرف؛ فأكثر معاملات الخلق مبني على القول بالاستصحاب [27].

10-4-2-دليل الحنفية:

من المعقول: يقول الحنفية: لا يصلح الاستصحاب حجة للإثبات، لأنَّ الدليل الموجب للحكم، الوجود، لا يدل على البقاء، لأن بقاء الشيء غير وجوده، لأنه عبارة عن استمرار الوجود بعد الحدوث، وربما يكون الشيء موجباً لحدوث الشيء دون استمراره [26].

10-5-خامساً-مناقشة أدلة حجية الاستصحاب:

يعترض على الحنفية أن الجمهور لا يقولون إن موجب الحكم يدل على البقاء، بل إنَّ سبق الوجود مع عدم ظن المنافي يدل على البقاء ظناً، والظن واجب الاتباع، فقوله: إنَّ الدليل الموجب للحكم لا يدل على البقاء، غير مستقيم.. إذ كيف يحكم بالشيء بدون دليل، وكلام الجمهور ليس في هذا، وإنما في كون سبق الوجود مع عدم ظن المنافي يدل على البقاء [26].

10-6-سادساً-ترجيح حجية الاستصحاب:

يترجح للباحث أنَّ الاستصحاب حجة للدفع والإثبات، وهو ما رجحه الدكتور الزحيلي رحمه الله: "وإني أرجح مذهب القائلين بحجية الاستصحاب مطلقاً، لقوة أدلتهم، ولكثرة الوقائع التي يحتج فيها بالاستصحاب، لذا قال الرازي: لابدَّ منه في الدين والشرع والعرف" [25].

11-المطلب السادس-الترجيح:

الراجح أنَّ المفقود حي في حق نفسه، وفي حق غيره، فلا تقسم أمواله ولا تنكح زوجته، ويوقف له نصيبه من الإرث من مورثه استصحاباً لحياته وطرحاً للشك وهو الموت ، والأصل حياته، ونعلم أن الأصل لا يدفع بالشك والاحتمال، أخذاً بالاستصحاب الذي هو حجة مطلقاً للدفع والإثبات، وهذا معنى قولهم : اليقين لا يُرفع بالشك، مع الملاحظة أن حياته ليست يقينية الآن، للشك في موته، "ومع وجود الشك لا يقين، ولكن استصحاب لما تيقن في الماضي وهو الأصل، وأُطلق عليه اليقين مجازاً" [23]، قال الجويني رحمه الله: "ونحن نقول: قول الفقيه يُستصحب يقين الطهارة، فيه تجوّز، فإنَّ اليقين لا يُصحب بالشك، فليس المعنى بقولهم: لا يُترك اليقين بالشك أنهم على يقين مع التردد في الحدث ولكن المراد به أنَّ ما تقدم من الطُهر يقين فيبقى الحكم ما تيقناه" [31]، فما تقدم من حياة المفقود يقين، فيبقى الحكم ما تيقناه.

المبحث الثالث

أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته

إن ظهر المفقود حياً ورجع بعد الحكم بموته قضاء، فإنَّ لذلك آثاراً بالنسبة لزوجته، وبالنسبة لأمواله.

12-المطلب الأول-أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لزوجته:

12-1-أولاً-ظهور المفقود قبل زواج زوجته: اتفق الفقهاء [3،8،32،14] على أنه إن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج أو يُدخل بها، فهي امرأته، لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأنَّ الظاهر موته، فإذا بان حياً انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله.

12-2-ثانياً-ظهور المفقود بعد زواج زوجته: اختلف الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

12-2-1-فقال الحنفية والشافعية [3،32]: **ترد إلى زوجها الأول**، ويفرق بينها وبين الآخر، ولها المهر بما استحل من فرجها، ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر.

الدليل: لأنه تبين أنها تزوجت وهي منكوحة، ومنكوحة الغير ليست من المحللات، بل هي من المحرمات في حق سائر الناس، كما قال الله تعالى:﴿ والمحصنات من النساء ﴾[النساء:24]

فكيف يستقيم تركها مع الثاني.. فعرفنا أنَّ الصحيح أنها زوجة الأول، ولأن حكم الحاكم ينفذ في الظاهر ولا ينفذ في الباطن. فحكم القاضي لا يحل الحرام.

12-2-2-وقال المالكية [8،5]: إن جاء الزوج المفقود بعد أن تزوجت، ودخل بها الثاني **فهي للثاني** دون الأول.

الدليل: لأن الحكم في المفقود استند إلى اجتهاد الحاكم بثبوت فقده ولم يتبين خطؤه، فلم يبال بمجيئه بعد الدخول [13].

12-2-3-وقال الحنابلة [14،33]: إن قدم بعد أن تزوجت، وبعد دخول الثاني بها: **خيِّر الأول** بين **أخذها** فتكون زوجته بالعقد الأول، ويجب عليه اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني، وبين **أخذ صداقها** [14]، وتكون زوجة الثاني، ولكن يجب أن يستأنف لها عقداً لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول [14].

الدليل: قضاء الخلفاء بذلك، عمر وعثمان وابن الزبير، فقد نقل عن ابن المسيب والزهري أنَّ عمر وعثمان قالا: "إن جاء زوجها الأول خيِّر بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو"، أخرجه البيهقي بإسناد صحيح، وقضى به ابن الزبير [17،33،34].

12-2-4-**الترجيح:** الذي أراه إن حدثت هذه القضية وعاد المفقود ووجد زوجته تزوجت من غيره فالرأي للقاضي يحكم فيه بما يراه الأصلح والأنسب حسب الحالة وظروفها، فأمامه ثلاثة أقوال: إما أنها للأول، أو للثاني، أو يخير الزوج الأول "المفقود" بين أخذها وبين تركها للثاني، لأنه كما يقول ابن رشد بأن الأقوال الواردة في المفقود "مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع" [35].

13-المطلب الثاني-أثر ظهور المفقود بعد الحكم بموته بالنسبة لأمواله:

13-1-أولاً-ظهور المفقود والأموال الموجودة: اتفق **الفقهاء** على أن المفقود العائد يأخذ ما بقي في أيدي الورثة من أمواله. أي يأخذ ما وجده بعينه، لتبين عدم انتقال ملكه عنه [4،12،33،36].

13-2-ثانياً-ظهور المفقود والأموال الذاهبة: اختلف الفقهاء فيما ذهب وتلف من الأموال، إلى مذهبين:

13-2-1-فذهب الجمهور: إلى أن للمفقود العائد كل التركة، ويطالب الورثة بما ذهب منها، فيرجع بالباقي "الذاهب" أي ببدله على من أخذه لتعذر رده بعينه [12،33]. وهو الراجح كما يظهر لي.

13-2-2-وذهب الحنفية: إلى أن المفقود العائد لا يُطالِب بما ذهب من التركة. فـ "لو عاد حياً بعد الحكم بموت أقرانه، فالباقي في يد ورثته له، ولا يُطالب بما ذهب" [4].

المبحث الرابع

المفقود في القانون السوري والواقع

14-المطلب الأول-المفقود في القانون السوري

عالج قانون الأحوال الشخصية السوري موضوع المفقود في خمس مواد وهي: المادة 109، والمادة 202، والمادة 203، والمادة 205، والمادة 302، [37] والتي خالف فيها الفقه الإسلامي هي المواد: 109، 202، 203 وهي ما سأناقشها هنا:

14-1-أولاً-تعريف المفقود في القانون السوري:

عرف قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 202 المفقود بأنه: "كل شخص لا تعرف حياته أو مماته، أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان"، و"يعتبر كالمفقود الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحه أو مصالح غيره" المادة 203 [37].

وفي هذا من الخلل ما لا يخفى على ناظر إذ أدخل في المفقود ما ليس منه، ولم يقل به أحد من الفقهاء رحمهم الله، وهو: أ-من لا يعرف له مكان ولكن حياته محققة، ب-والغائب. وذلك لأن المفقود في الفقه الإسلامي لا بدَّ من اتصافه بثلاث صفات مجتمعة: 1-الغياب، 2-وانقطاع الخبر، 3-وعدم معرفة حياته أو موته. فمجرد الغيبة أو عدم معرفة مكانه مع معرفة حياته، لا يعد مفقوداً عند عامة الفقهاء.

14-2-المطلب الثاني-نقد المادة 109 من القانون السوري:

جاء في المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري الفقرة أ: "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"[37].

وفي هذه المادة مشكلتان: الأولى-عد قانون الأحوال الشخصية السوري من حكم بالسجن أكثر من ثلاث سنوات، من الغائب زيادة على ما تقدم، عملاً بهذه المادة.

الثانية: لا مشكلة في طلب امرأة الطلاق لضرر حصل لها من زوجها ولو كان حاضراً، ولكن المشكلة في اعتبار هذه الحالة حالة من حالات المفقود وأخذها أحكامه، أعني غياب الزوج بلا عذر مقبول، أو سجنه لمدة ثلاث سنوات، وبعد سنة واحدة وبرفع دعوى بسيطة يحكم للمرأة

بالتفريق والتصـــرف بأموال الغائب والســـجين على أنه مفقود، وهذا يخالف ما جاء في الفقه الإسلامي.

15-المطلب الثاني-المفقود والواقع السوري:

15-1-أولاً-السجناء والمعتقلون:

خلفت السنوات السبع الماضية في ظروف الحرب الدائرة في سورية مئات الآلاف من السجناء والمعتقلين في أقبية السجون والمعتقلات، فهل يدخل هؤلاء في المفقود ويأخذون أحكامه أم لا.

وهؤلاء في الحقيقة صـــنفان: الأول: من علمت حياته أو مماته، فليس بمفقود، والثاني: من جُهل حاله من المعتقلين فلم يُعلم أحي هو أم ميت، فهو مفقود وتسري عليه أحكامه.

وقد بين العلماء أنَّ الأسـير أو المحبوس الذي انقطع خبره وجُهلت أحواله فلا يعرف أحي هو أم ميت فهو مفقود، أما إذا كان معلوم الحياة أو الممات فليس بمفقود [8].

15-2-ثانياً-المهاجرون والنازحون:

وكذا بسبب ظروف الحرب الدائرة ولأسباب أخرى متنوعة نزح الملايين من السوريين عن أرضهم وأموالهم، إلى دول اللجوء في أوربا وغيرها، فهل يحق لأي كان الاستيلاء على أموالهم وما تركوه بحجة الفقد أم لا.

وحســب ما وصــلت إليه من نصــوص الفقهاء في تعريف المفقود وبيان قيوده الثلاثة؛ "الغياب، وانقطاع الخبر، وعدم معرفة حياته أو موته"، فلا يعتبر النازح والمهاجر عن وطنه إلى أوربا وغيرها مفقوداً، بل يبقى حياً ومالكاً، بل هو معلوم الحياة، فلا يحق لأحد أن يســتولي على ماله وأرضه، إلا بطيب نفس منه.

الخاتمة:

أهم النتائج التي توصـــلت إليها من خلال هذا البحث، أبينها على شـــكل مواد قانونية مقترحة، ليسهل الاستفادة منها في تعديل قانون الأحوال الشخصية، فيما يتعلق بالمفقود:

المادة 1–المفقود هو: كل شـخص "رجلاً كان أو امرأة" غاب، وانقطع خبره، ولم تعلم له حياة ولا موت.

المادة 2–يحكم بموت المفقود "تمويت حكمي" بعد رفع دعوى للقضـــاء، بعد فترة زمنية يعود تقديرها لرأي القاضـــي واجتهاده، ونظراً لسـبب الفقد من حالة يغلب عليها السـلامة كالتجارة، أو حالة يغلب عليها الهلاك كالحروب.

المادة 3–

أ–يعامل المفقود خلال فترة التربص، وقبل الحكم بموته، بالنسبة لحقوقه السلبية؛ يعامل على أنه حي، فلا تقسم أمواله ولا تنكح زوجته.

ب–يعامل المفقود خلال فترة التربص، وقبل الحكم بموته بالنســـبة لحقوقه الإيجابية: كإرثه من غيره، على أنه حي، فيرث من غيره، ولكن يوقف نصـــيبه، فإن ظهر حياً أخذه، وإن حُكم بموته رُد نصيبه إلى مستحقيه.

المادة 4–ظهور المفقود بعد الحكم بموته، له أثر، يظهر في أنه "زوج، ومالك" لم يمت بيقين، فترد له زوجته في حال زواجها من غيره، وترد له أمواله، عيناً أو بدلاً، في حال قسمتها.

المادة 5–الغائب، والمهاجر، والمطرود، ممن علم حياته بيقين، الذي منعته ظروف قاهرة "حرب ونحوها" من الرجوع إلى مقامه، لا يأخذ أحكام المفقود لأنه لا تنطبق عليه كل قيود المفقود.

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم،

والحمد لله ربِّ العالمين.

المصادر والمراجع:

1-**ابن منظور** محمد بن مكرم، د ت-لسان **العرب**. ط1، دار صادر، بيروت،337/3. 287./7

2-**قلعة جي** محمد رواس، 1988-معجم **لغة الفقهاء**. تحقيق حامد صـــادق قنيبي، ط2، دار النفائس، بيروت،348/1. 327./1

3-**الســرخســي** شــمس الدين محمد بن أبي ســهل، 1986-**المبســوط**. دار المعرفة، بيروت، 34،35،36/6.

4-**ابن عابدين** محمد أمين بن عمر،1992-حاشـــية **رد المحتار على الدر المختار**. ط2، دار الفكر، بيروت، 292،293،206،297/4.

5-**الدردير** أحمد، 2005-الشــرح **الكبير مع حاشــية الدســوقي**. ط1، دار الفكر، بيروت، 2/ 752-768.

6-**عليش** محمد 1989، **منح الجليل**. دار الفكر، بيروت، 317/4، 318، 700./9

7-**الزحيلي** وهبة، 1997-الفقه **الإسلامي وأدلته**. ط4، دار الفكر، دمشق، 7892/10.

8-**القاضــي عبد الوهاب** بن علي بن نصـر البغدادي المالكي، **2004**-التلقين. تحقيق محمد بو خبزة الحسني التطواني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 122/1، 311.

9-**النووي** يحيى بن شـــرف،1985-روضـــة **الطالبين**. تحقيق زهير شـــاويش، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 34/6.

10-ســـبط **الماردينـي** محمد بن محمد بن علي، **البقري** محمد، د ت-شـــرح **الرحبية**. تحقيق مصطفى البغا، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ص149.

11-**البهوتي** منصــور بن يونس، 1997-كشــاف **القناع**. تحقيق محمد أمين الضــناوي، ط1، عالم الكتب، بيروت، 639/3، 640.

12-**الشربيني** محمد الخطيب، 1995-مغني **المحتاج**. ق صدقي العطار، دار الفكر، بيروت، 506/3، 33، 35.

13-**الدسوقي** محمد بن أحمد بن عرفة، 2005-حاشية **الدسوقي**. ط1، دار الفكر، بيروت، 6/ 590-595.

14-**ابن قدامة** عبد الله بن أحمد المقدســي، 1989-المغني. تحقيق عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو، ط1، هجر، القاهرة، 186/9. 187، 188، 134، . 137.

15-**ابن حجر العســقلاني** أبو الفضــل أحمد بن علي بن محمد، 1989-**تلخيص الحبير**. ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 497./3

16-**الشافعي** محمد بن إدريس، 1990-الأم. دار الفكر، لبنان، 255/5، 77./4

17-**البيهقي** أحمد بن الحسين بن علي أبو بكر،1994-السنن **الكبرى**. تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 446/7 برقم 15351. 445/7 برقم 7،15345/444 برقم 15340. 446/7 برقم 15348.

18-مالك بن أنس الأصبحي، والزرقاني، 1997-موطأ **مالك بشرح الزرقاني**. ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الطلاق، عدة التي تفقد زوجها، 275./3

19-**الترمذي** محمد بن عيسى، د ت-الجامع **الصحيح سنن الترمذي**. تحقيق إبراهيم عوض، دار الحديث، القاهرة، كتاب الزهد، باب ما جاء في فناء أعمار هذه الأمة،566./4

20-ابن **ماجه** محمد بن يزيد القزويني، السندي، 1996-سنن **ابن ماجه بشرح السندي**: تحقيق خليل شيحا، ط1، دار المعرفة، بيروت، كتاب الزهد، باب الأمل والأجل، 485/4 برقم 4236.

21-**البخاري** محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفي،1987-الجامع **الصحيح المختصر صحيح البخاري**. تحقيق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير، بيروت،2026/5. 64/1 برقم 137.

22-**النووي** يحيى بن شرف، د ت-**المجموع شرح المهذب**. تحقيق محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، 69/17.

23-السبكي علي بن عبد الكافي، 1995-الإبهاج **في شرح المنهاج**. دار الكتب العلمية، بيروت، 173/3، 171، 169.

24-**الزرقا** مصطفى، 1998-المدخل **الفقهي العام**. ط1، دار القلم، دمشق، 982/2. 981.

25-الزحيلي وهبة، 1986-أصول **الفقه الإسلامي**. ط1، دار الفكر، دمشق، 859/2.

26-**التفتازاني** سعد الدين مسعود بن عمر، د ت-التلويح **على التوضيح**. دار الكتب العلمية، بيروت، 101/2، 102.

27-**الفخر الرازي** محمد بن عمر، 1992-المحصول. تحقيق طه العلواني، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 171/3، 121./6 109،

28-**الشوكاني** محمد بن علي، **1998**-إرشاد **الفحول**. تحقيق شعبان إسماعيل، ط1، دار السلام، مص، 679/2.

29-**مسلم** بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، د ت-صحيح **مسلم**. تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 276/1 برقم 361، 276/1 برقم 99.

30-**النووي** يحيى بن شرف، د ت-شرح **مسلم**. تحقيق خليل الميس، دار القلم، بيروت، 289/3.

31-الجويني عبد الملك بن عبد الله بن يوسف، 1399هـ-**البرهان**. تحقيق عبد العظيم الديب، ط1، مصر، 1138/2.

32-الشيرازي إبراهيم بن علي، 1995-المهذب. تحقيق زكريا عميرات، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 124/3.

33-ضويان إبراهيم بن محمد بن سالم، 2001-منار السبيل. تحقيق فريد الجندي، دار الحديث، القاهرة، 62/2.

34-**المتقي الهندي** علاء الدين علي بن حسام الدين،1981-كنز **العمال** في سنن الأقوال والأفعال. تحقيق بكري حياني، صفوة السقا، ط5، مؤسسة الرسالة، 695./9

35-**ابن رشد** محمد بن أحمد بن محمد، 2004-بداية **المجتهد**. تحقيق فريد الجندي، دار الحديث، القاهرة، 75/3.

36-لجنة **علماء** وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1404هـ-الموسوعة **الفقهية الكويتية**. ط1، دار الصفوة، مصر، 280/38.

37-**المشرع السوري**، 1953-قانون **الأحوال الشخصية السوري**. رقم 59، المواد 109، 202، 203، 205، 302.