

مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا "العقبات والحلول بين الفراغ التشريعي والتنوع الفقهي" د.ضو مفتاح أبوغرارة

تمر ليبيا بموجة إخفاء تعددت صورها؛ وهذا من مصاحبات القتال الذي طال أمده وتعددت أطرافه وأسبابه، ولم يكن القتال بين أطراف النزاع في ليبيا السبب الوحيد للإخفاء؛ بل ضاعف من حجم ظاهرة المفقودين الخطف الذي تعددت أسبابه؛ وذلك لضعف المؤسسات الأمنية في الدولة، وعدم احتكار الدولة القوة، وتعدّد المشهد في ليبيا.

إن تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا تبدأ من أثر مرحلة تجميد الوضع بالنسبة لمال المفقود وزوجته، ويحكم استمرار هذه المرحلة وانتهائها تشريعات الميراث والزواج " قانون الأحوال الشخصية"، وتمثل الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريعات المتعلقة بالميراث والزواج؛ إلا أن دخول أحكام الفقه الإسلامي في المنظومة التشريعية وتعامل القضاء في الجانب العملي عقبة لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا.

ولقد تعددت أبعاد أحكام المفقود المتعلقة بأمواله وزوجته وأبنائه في الفقه الإسلامي، وتظهر هذه الأبعاد لأحكام المفقود من خلال تنوع أحكام مال المفقود، حيث تعددت أسس أحكام أمواله، فمنها ما يؤسس على حفظ المال وإدارته، ومنها ما يؤسس على حماية المراكز القانونية القائمة والمؤثرة في بنية المجتمع الاقتصادية، كعقود توظيف الأموال، وما تؤديه من المساهمة في معالجة البطالة في المجتمع، ومنها ما يؤسس على ضرورات المحافظة على البنيان الأسري ودوره في تماسك المجتمع، كما هو الحال في الأحكام المتعلقة بالزوجة والتي اعتبر الحفاظ عليها وعلى الأبناء من باب الحفاظ من حيث المعنى لأموال المفقود.

إن إشكاليات أحوال المفقود والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي موضوع واسع وجوانبه متعددة، ولا يتسع البحث لها، كما أن موضوع البحث معالجة لواقعة محددة، وهي معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا؛ من جانب التشريع القضاء، ولا يدخل في موضوع البحث الجانب التعبدية، أو الجوانب المتعلقة

بالتزام المكلف ديانة، فكانت أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي قاعدة الانطلاق في البحث، وثمرته مدى الاستفادة منها في مجال التشريع الليبي لمعالجة تداعيات الظاهرة في الواقع العملي، ومن هنا تشكلت خطة البحث، فقسم البحث إلى فقرتين، الفقرة الأولى أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، والفقرة الثانية تطبيقها على الواقع العملي لتحديد العقوبات والحلول، وأنهيت البحث بالتوصيات.

الفقرة الأولى: أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي.

إن المنهجية السائدة في الفقه الإسلامي عرض التفاصيل، والأسس والنظريات العامة تستتبط من التفاصيل، وإسقاط تفاصيل الوقائع زمن الفقهاء على الوقائع الحالية له محاذيره، لعدم التطابق التام، خاصة إذا كانت الواقعة متنوعة ومتشعبة، وعلاجها يقتضي وضع قواعد تتسم بمرونة واسعة تستوعب التنوع الذي يقترب في كثير من صورته للتباين؛ ولهذا كان الرجوع للأسس عند تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على المستجدات أنجح في الاستفادة من عمق الفقه الإسلامي، وتحقيق المقاصد، خاصة ما تعلق بالجوانب التشريعية، أي المسائل التي تدخل ضمن سلطة ولي الأمر؛ فالأسس تتسم بالمرونة بما يسمح بمراعاة التطور البشري، واختلاف الوقائع، وتحقيق المقاصد دون خروج عن الأصل الشرعي؛ وهذا ما دفعنا للتركيز على الأسس، ودون تجاهل للتفاصيل، وتطبيقات الفقهاء فيما حدث زمنهم؛ فهي بمثابة المصدر التفسيري للأسس.

إن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية "النكاح والميراث" يسري عليه الجدل مصدرية الشريعة من القول بأن الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون نظاما تشريعيا أصلا وفق طبيعة التشريع ومستلزماته في الدولة الحديثة، ومن الأسباب التي ساقوها للتدليل على عدم صلاحية الشريعة الإسلامية كنظام تشريعي الخلاف في تحديد المراد بالشريعة، وكثرة التأويلات، والهولامية.

وجميع محاولات التوجيه لنصوص تحديد مكانة الشريعة في الدساتير العربية لم تقدم طرحا مقنعا من الجانب العلمي بعيدا عن الاعتقاد الذي يخص المسلم؛ فالتفرقة بين الشريعة والفقه، وأن الالتزام بالنصوص لا بالفقه لم تقنع، وكذلك التفرقة بين التفاصيل والمبادئ وأن تقييد المشرع بالمبادئ لا بالتفاصيل؛ وهذا ما دفع بعض رجالات القانون للقول بأن الشريعة الإسلامية لم تطبق إلا زمن الراشدين؛ وهذا دليل على أن تطبيق الشريعة الإسلامية زمننا لا يتجاوز التنظير، إضافة للهلامية في تبني الشريعة الإسلامية، والتي لا تتناسب وطبيعة التشريعات الوضعية في الدولة الحديثة، ومما ضاعف أزمة مصدرية الشريعة

دعاة التقيد بنصوص القرآن والسنة ومحاربة التمثهه، حيث انتهوا إلى أن الفقه قول بشر، والقول بالزاميته تقديم لقول البشر على القرآن والسنة¹.

ولدفع القول بعدم صلاحية الشريعة والفقه الإسلامي لأن تكونا نظاما تشريعا أصلا وفق طبيعة التشريع ومستلزماته في الدولة الحديثة؛ نبدأ بأساس انتقال أحكام الفقه الإسلامية لنص تشريعي حقيقة أو حكما، يحافظ على وحدة التشريع؛ وذلك دون إخلال بمصدرية الأصل، وهو نصوص القرآن والسنة، وما أشارت له نصوصهما من مصادر للتشريع كالتقاييس والمصلحة؛ وذلك ردا على القول بأن الفقه الإسلامي قول بشر والزاميته مناهضة للقرآن والسنة، ثم نبين أثر انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نظام تشريعي.

الأساس الأول: انتقال أحكام الفقه الإسلامي لنصوص تشريعية حقيقة أو حكما.

لم يتناول علماء الأصول والفقهاء مسألة انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نصوص تشريعية حقيقة أو حكما بشكل صريح؛ لعدم معرفة النظام التشريعي بصورته الحديثة زمنهم؛ إلا أن هذا لا يعني خلو قواعد الفقه الإسلامي من دلالات ومعالجات إشكالية انتقال أحكام الفقه الإسلامي وتنوعها إلى نصوص تشريعية صورة أو معنى، وبشكل يعالج عقبات تبني الفقه الإسلامي مصدرا للتشريعات الوضعية تحقيقا للهوية الإسلامية، ودون إخلال بمتطلبات النظام القانوني في الدولة الحديثة، وفي مقدمتها ضمان وحدة التشريع، ولمنع التشطي، دون اعتداء على الخصوصية الفردية، وحرية العقيدة بالمعنى الواسع.

ومن خلال دراسة قواعد وتطبيقات الفقه الإسلامي تبين إثارة هذه الإشكالية عند الأصوليين رغم عدم وجود التشريع بالمفهوم العصري زمنهم، وكان توجيه هذه الإشكالية من خلال حكم الحاكم يرفع

¹ بشير موسى نافع وغيره، الظاهرة السلفية "التعددية التنظيمية والسياسات، الكتاب كاملا وهو مجموعة بحوث عن السلفية وأصولها في أغلب الدول العربية. مركز الجزيرة للدراسات. الدوحة قطر ط الأولى 2014م. الحركات الإسلامية في الوطن العربي، مجموعة بحوث تناولت الحركات الإسلامية في الوطن العربي منها ليبيا، إشراف د. عبدالغني عماد، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان، ط الأولى 2013م. - محمد- عوض محمد - دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - دار المطبوعات الجامعية-مصر- الإسكندرية- ب ط - سنة 1999م ص 3 وما بعدها. المكني-الناصر المكني- الإسلام والدستور- منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص- تونس ط الأولى - سنة 2014م ص 71، 85، 92، 89. المرصفاوي- د. حسن صادق المرصفاوي - المرصفاوي في القانون الجنائي، قانون العقوبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - ب ط - ب ت 1 / 17، 17، 17. الحلو - ماجد راغب الحلو الدولة في ميزان الشريعة ! النظم السياسية - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية ب ط 1996م 18-20، البشري- المستشار طارق البشري- الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القاهرة - دار الشروق - ط الأولى 1996م ص 35-63. الفيوبي- الدكتور محمد إبراهيم - في مناهج تحديد الفكر الإسلامي - القاهرة - دار الفكر - ط الأولى 2000م ص 16-20. -وقد تبين هذا من خلال الحوارات مع بعض رموز القانون في ليبيا منهم مثلا الأستاذ الدكتور محمد معمر الرازقي، والأستاذ الدكتور محمد باره، والأستاذ الدكتور علي ضوي من جامعة طرابلس كلية القانون، كما تأكد هذا من خلال لقاءات مجموعات التركيز واللقاءات المعمقة

الخلاف؛ لذا نقدم معالجة تقاطعات التنوع الفقهي وتعدد الاتجاهات ومستلزمات وحدة التشريع من خلال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ للاستفادة منها في كيفية انتقال الأحكام الفقهية إلى تشريع يتصدر مصادر الأحكام أمام القضاء.

وإن كانت قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف قاعدة أصولية؛ لتعلقها بمصدرية الحكم الشرعي؛ إلا أنها لا تخلو من المعنى التطبيقي؛ ولهذا نركز على المصادر الأصولية والفقهية لبيان مسائل القاعدة المتعلقة بموضوع البحث.

لقد اتفق جمهور الأصوليين والفقهاء على أنّ حكم الحاكم يرفع الخلاف، وأنّ مجال ذلك هو المسائل التشريعية، أي ما يعبر عنه بالمسائل الاجتهادية، أو بحكم الحاكم، وأنّ المسائل الفردية في طابعها الفردي لا تدخل في مجال هذه القاعدة، وأنّ الرأي الذي يختاره الحاكم يعين الدلالة من أقوال المجتهدين، ومن ثم ينقلب اختيار الحاكم من قول مجتهد إلى نص؛ فيصبح مالكيًا عند المالكية وشافعيًا عند الشافعية وحنبليًا عند الأحناف وحنبليًا عند الحنابلة، وهكذا، وبصرف النظر عن المذهب القائل به ورجاحته أو شهرته، لأن الحاكم نائب عن الشارع فيصبح شارعًا حكمًا، وعندما يكون شارعًا يصبح قوله نصًا من الشارع، أي من الله حكمًا؛ وبالتالي يصبح مصدرًا للحكم، وأن اعتبار حكم الحاكم بمثابة النص أوجبته المصلحة العامة التي استلزمت ضرورة وجود حاكم، ونورد نماذج من عبارات الأصوليين والفقهاء تبرز أهم ضوابط وفلسفة وموجبات قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف¹؛ يقول الأمدي: (اتفقوا على أنّ حكم الحاكم لا يجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم، فإنه لو جاز نقض حكمه بتغير الأحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم، وهو خلاف المصلحة التي نُصّب الحاكم لها.)²، وورد في الغيث للعراقي: (المسائل الاجتهادية لا يجوز نقض الحكم فيها لا من الحاكم نفسه إذا تغير اجتهاده، ولا من غيره بالاتفاق.)³، وورد

¹ - الأمدي، الإحكام 232/3، العراقي، الغيث الهامع ص 708، القرافي-شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول، بيروت لبنان، دار الفكر، ب ط، 2004م.. ص 346-الكاساني، علاء الدين أبوبكر بن محمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 1، مصر، مطبعة الجمالية. 14/7. - الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ومعه التاج والإكليل للمواق، بيروت، دار الفكر، ط الثالثة 1992 م. 138/3. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، ويليهِ الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة، دار الحديث، ب، ط سنة 2004م 142/10. - الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، نج عماد زكي البارودي وغيره، القاهرة - المكتبة التوقيفية، ب ط، ب ت 528، 529/4. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 486/4.

² - الأمدي، الإحكام 232/3.

³ - العراقي، الغيث الهامع ص 708.

في شرح تنقيح الفصول للقرافي: (حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يعين ذلك الحكم الذي حكم به الحاكم، فإن الحاكم نائب عن الله تعالى في مسائل الخلاف، فإذا أنشأ حكماً في مسائل الاجتهاد كان ذلك كالنص الوارد في خصوص تلك الواقعة من تلك القاعدة).¹ وقد جمع القرافي في كتابه الذخيرة أسس ومستلزمات حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ حيث ورد في الذخيرة: (الحكم إخبار عن إلزام الله تعالى، وإلزام الحاكم فيما يمكن أن يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا... فالحاكم مع الله يستتيب، والمفكر والمفتي كحاكم له ترجمان... ويظهر بهذا أن العبادات كلها لا تقبل الحكم، وهلال رمضان وذو الحجة إنما حظ الحاكم فيه إثبات السبب الذي هو رؤية الهلال... وظهر بهذا أن حكم الحاكم في مواضع الخلاف لا ينقض؛ لأن الحكم نص من الله تعالى على لسان الحاكم، ونص الله مقدم... وإذا كان هذا نصاً صريحاً من الله تعالى، وأن هذا الحكم هو حكم هذه الحادثة، وحرّم على المخالف له من المجتهدين نقض هذا الحكم في هذه الحادثة بناء على قاعدة مجمع عليها... فهذا من قول الفقهاء: أن حكم الحاكم في مواطن الخلاف يرفعه).²

إن وظيفة الحاكم، وما تحققه من مصالح ضرورية لإقامة الدين والدولة اقتضت اعتبار الحاكم نائباً عن الله سبحانه وتعالى، ولا يمكن للحاكم أن يقوم بوظيفته إلا بإلزامية حكمه لكل من له عليه ولاية، ويصبح تعيين الحاكم لدلالة النص من باب قيامه مقام الشارع الحقيقي، وهو الله سبحانه وتعالى، وهذا ردّ لأيّ دلالة للنص غير ما اختاره الحاكم، وتعيين الدلالة يجعل الحكم كالنص، فهو يعدّ مصدراً لكل من اعتمد قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ فحمل المالكي على قول الشافعي إذا اختاره الحاكم هو أثر قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف عند المالكي، فهو في معنى الإحالة؛ فالإحالة قلبت رأي الشافعي إلى نص تقتضي أصول الفقه المالكي اعتباره مصدراً للحكم الشرعي بخصوص واقعة الحال، ونضرب ومن الأمثلة لهذه القاعدة ما ذكره الحطاب عند نقله للخلاف في تكيف طبيعة ثبوت الهلال: (إذا حكم الإمام بالصوم بشهادة واحد كالشافعي فهل يلزم ذلك جميع الناس ولا يجوز لأحد مخالفته لأنه حكم وافق محل الاجتهاد وقاله ابن راشد القفصي، أو لا يلزم المالكي الصوم في هذا لأن ذلك فتوى وليس بحكم).³

¹ القرافي، شرح تنقيح الفصول ص 346.

² - القرافي الذخيرة 122/10.

³ --، الحطاب، مواهب الجليل 391/2.

إن الخلاف في ثبوت الشهر ليس في إلزامية حكم الحاكم من عدمها؛ بل هو في طبيعة حكم ثبوت الشهر، هل يتعلق بمصلحة جماعة المسلمين ومن ثم يدخل في مجال حكم الحاكم، أم يغلب فيه الخصوصية الفردية فيخرج من نطاق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وفي عبارة الحطاب سالف الذكر دلالة على أن حكم الحاكم يجعل رأي الشافعية جزءاً من الفقه المالكي في هذه، ويسري هذا على كل ما في معناها، ويتحقق هذا المعنى من خلال دور حكم الحاكم في تعيين الدلالة.

يظهر من خلال ظاهر العبارات السابقة التناقض في تحديد طبيعة حكم الحاكم؛ وذلك من وجوه متعددة، ما يهمنها منها ما تعلق بالترقية بينه وبين قول المجتهد، وعلاقته بقول المجتهد، ونلخصها في الآتي:

1- صرحت العبارات السابقة بأن حكم الحاكم نص حكماً، فالحاكم نائب عن الشارع، وبالتالي ما يصدر عنه نصاً، وعادت العبارات ونقضت نفسها بالنص على أن دور الحاكم تعيين دلالة النص، أو تعيين الحكم؛ وهذا يعني أنه حكم، وأنه تفسير للنص الحقيقي، وهو القرآن والسنة.

2- دلالة النص أو الحكم الذي عينه حكم الحاكم هو قول مجتهد حقيقة أو حكماً؛ وهذا يدل على أن قول المجتهد مصدر حكم الحاكم، والقول بأن الحاكم نائب عن الشارع، عن الله سبحانه وتعالى، والمجتهد مفسر لقول الشارع، أي الله سبحانه وتعالى يقتضي أن يكون قول الحاكم مصدراً لقول المجتهد، وهذا نقض للقول بأن حكم الحاكم نص.

ولرفع هذا التناقض الظاهري في العبارات السابقة نعود للأصل في مصدرية الأحكام الشرعية، وموجبات الخروج عن الأصل.

يمثل المصدر من عناصر الحكم الشرعي، وقد اتفق جمهور الأصوليين من المصادر العقلية على نصوص القرآن والسنة والإجماع، واختلفوا في بقية المصادر العقلية كقول الصحابي والعرف وعمل أهل المدينة، وفي المصادر العقلية اتفقوا على القياس خلافاً للظاهرية، واختلفوا فيما عداه من المصادر

العقلية، كالمصلحة المرسلّة والاستحسان وسد الذرائع، فلا قول المجتهد ولا حكم الحاكم مصدرا للحكم الشرعي، فهما من باب الأحكام¹.

وإن سلمنا أن نصوص القرآن والسنة والإجماع.... الخ هي مصادر الحكم الشرعي، وهذه من ثوابت الفقه الإسلامي، وحمل هذا الأصل على إطلاقه ينتهي إلى أن قول المجتهد وحكم الحاكم ليسا من مصادر الحكم الشرعي؛ إلا أن تطبيقات علماء الأصول وقواعد الاستنباط تدل على أن هذا الأصل ليس على إطلاقه.

ففي حق غير المجتهدين اتفق عبارات جمهور الأصوليين في دلالتها على أن العلم بالحكم الشرعي واجب على كل مكلف من حيث المبدأ، وأن مصدر الحكم الشرعي هو القرآن والسنة والإجماع... الخ، وخروجاً على هذا الأصل يقوم قول المجتهدين مقام النص في حق غير المجتهد لمصلحة هي أولى بالاعتبار؛ وذلك لأن العلم بالحكم الشرعي يقتضي تحصيل علوم واكتساب ملكة توظيف النصوص، وأن تكليف كل مكلف بالعلم بالحكم الشرعي من النصوص فساداً للعالم، وإيقاع للناس في حرج نهى عنه الشارع، وأن العالم وكيل عن العامي في تحصيل العلم بالحكم الشرعي من النصوص؛ فقول المجتهد دليل للعامي، وأنه لا علاقة للعامي بالنص، وأن التكليف للعامي من خلال قول العالم، وأن اتباع العامي لقول المجتهد واجب، والمجتهد من العلماء، واستخدامنا للفظ المجتهدين تمشياً مع الاصطلاح الأصولي، وينصرف للعلماء باعتبار المعنى، وبصرف النظر عن الإطلاق؛ وبهذا فمصدرية قول المجتهد من حيث المعنى محل اتفاق بين علماء الأصول وإن اختلفوا في الإطلاق².

¹ -- إن موضوع مصادر الحكم الشرعي تناولتها كل من تناول موضوع الحكم الشرعي، وإن اختلفوا في منهجية العرض، انظر مثلاً في عرض المصادر الباجي، القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف؛ إحكام الفصول في أحكام الأصول، تح. د. عمران علي أحمد العربي، بيروت، دار ابن حزم، ط الأولى، 2009م/311/1 وما بعدها. - الغزالي، الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، صححه محمد عبدالسلام عبدالشافى، بيروت- دار الكتب العلمية- ب ط 2000م. ص 8 وما بعدها. الزحيلي، الدكتور وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، سوريا، دمشق، دار الفكر، ط 3 2005 م. 434/2. - أبوزهرة، الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، ب ط 2006م، ص 360. - زهير الدكتور محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، دار المدار الإسلامي، بيروت، ط 1 2001م/75/4 وما بعدها.

² - الغزالي، المستصفى 372. - الشاطبي - الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، علق عليه الأستاذ محمد حسنين مخلوف، بيروت، دار الفكر، ب ط، ب ت. 141/4. - الأمدى، سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، ضبط الشيخ إبراهيم العجوز، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، ط 5 2005 م. 452/4، 136/1. - ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تح. محمد حامد عثمان، القاهرة، دار الحديث، ب ط، 2005 م. 729/5. - السبكي، شيخ الإسلام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، تح. الدكتور شعبان محمد إسماعيل، السعودية، مكة المكرمة، بيروت، لبنان، دار ابن حزم، ط 1 2004 م. 1903/3. - الأمدى، الإحكام 450/4.

وعلى هذا النحو استقر الأصوليون على أن قول المجتهد دليل العامي من حيث المضمون، وأن رفع التكليف بالاجتهاد على الجميع فرضته ضرورة قيام الحياة، وأن دور المجتهدين هو توظيف النصوص للوصول للحكم الشرعي، ومن ثم فقول المجتهد هو فهم للنص وليس مناهضا له.

وإذا كان قول المجتهد فهم للنص ودلالته، فإن فرضية الأحكام تقتضي فرضية اتباع قول المجتهد، لأنه حكم، وهذا في حق المجتهدين لا جدال فيه، ولما كان تحصيل علوم الاجتهاد غير ممكن لكل مكلف، لأن في هذا فساد الدنيا، لفوات مصالح المجتمع الضرورية، وطاعة الله تستلزم اتباع الأحكام، فيكون أمام العامي إما تطبيقها بجهل، أو الاستعانة بغيره، كما هو الحال في جميع أساسيات المجتمع، كالطب، والهندسة، والقضاء، وغيرها، وامتنع الأول وهو تطبيقها بجهل، لأن الله لا يعبد بجهل، ومعان تناولها علماء الأصول في مظانها، فثبت الثاني، وهو إنابة غيره ممن نال درجة الاجتهاد، ويتحصل عن طريقه العلم، ولهذا فرض على طائفة القيام بهذه المهمة، وهي طائفة المجتهدين، وهذا يستلزم فرض اتباع رأيهم في توظيف النص، فاتباع رأي المجتهدين لأنه يحقق معرفة حكم الله، ومعرفة حكم الله يستلزمها تطبيق أحكامه، وتطبيق أحكامه يستلزمها طاعته، فاتباع قول المجتهدين من غيرهم لازم من لوازم طاعة الله، ورجوع للقرآن والسنة؛ لأنهما أداة المجتهدين في الوصول للحكم الشرعي؛ فقول المجتهد مصدر الحكم للامة والقرآن والسنة مصدر الحكم للمجتهد، والحاكم من العامة فوجب رجوعه لقول المجتهد للمعاني السابقة، أي القرآن والسنة مصدر قول المجتهد الذي هو مصدر الحكم للامة؛ ولا ينقض ذلك احتمال قول المجتهد للخطأ، لأنه لا بديل عنه، حيث أن رجوع غير المجتهد للنص الخطأ فيه متحقق وأشد، أما قول المجتهد فهو أقرب للصواب، وإن احتمل الخطأ، كما أنه حجة عند الله في الخطأ، والصواب، لأن التكليف هنا ببذل عناية معتبرة، وقد تحققت، ولهذا فقول المجتهد أقل المخاطر، وأفضل ما يمكن تحقيقه من المعرفة، كما أن وجوب سؤال العلماء وما يستلزمه وجوب السؤال من وجوب الاتباع ينتهي إلى قول المجتهد دليل العامي؛ ولذا فإن من أوجب سؤال العلماء وما يترتب عليه من وجوب طاعتهم رجع إلى مضمون قاعدة

– البدخشي، محمد بن الحسن، مناهج العقول، ومعه شرح الأسنوي، نهاية السؤل، مكتبة علي محمد صبيح وأولاده، مصر، ب ط، ب ت 210/3. - الشوكاني، الإمام الحافظ محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تح، محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط 1، ب ت 328/2. - الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي 2005 م. 434/2. أبو زهرة، الدكتور محمد أبو زهرة، أصول الفقه، القاهرة، دار الفكر العربي، ب ط 2006 م، ص 360. - أبو النور زهير، أصول الفقه 2001 م 75/4 وما بعدها.

قول المجتهد دليل عامي، وإن خالفها من حيث الإطلاق؛ ولهذا كانت أدلة وجوب سؤال العلماء من القرآن والسنة، ومستلزماتها من أهم أدلة قاعدة قول المجتهد دليل عامي.

وينبني على ذلك أنّ قول المجتهد دليل عامي لازم من لوازم طاعة الله لغير المجتهد؛ وهذا فرضته طبيعة البشر، وضرورات الحياة وصلاحها، والقول بغير هذا فيه فساد الحياة بفوات المصالح الضرورية للمجتمع، أو عبادة الله عن جهل، وكلا الأمرين ممتنع، واعتبار قول المجتهد دليل عامي لا يعني المناهضة لنصوص القرآن والسنة، بل هما مصدره، وسند حجيته، وما اكتسب قول المجتهد هذه الحجية إلا لأنه حكم الله حسب فهمه للنص، وهو حجة عند الله، فهذا أفضل ما يمكن، وما عداه تكليف بما لا يطاق، وهذا مرتفع، والحاكم بهذا الاعتبار عامي؛ ولهذا فدليله قول المجتهد وفقا للعرض السابق وموجباته.

قد يرد اعتراضا مفاده، كيف اكتسب قول البشر صفة قول الله تعالى وقول الرسول صلى الله عليه وسلم؛ بحيث صار مصدرا للحكم الشرعي في حق المكلف غير المجتهد كالنص من القرآن؛ أي كيف دخل في معنى خطاب الله تعالى، وأصبح مصدرا للحكم الشرعي في حق العامي؟

يجاب عن هذا الاعتراض بأن إعطاء قول المجتهد صفة النص من القرآن حكما، واكتسابه لصفة النص حكما بناء على نص الإحالة من القرآن، وأثر الإحالة أن يصير الشيء المحال جزءا من المحال إليه، ويكتسب طبيعته حكما، فالسنة والقياس وغيرهما من المصادر اكتسبت صفة المصدرية من الإحالة من نصوص القرآن، وأصبحت مصدرا للحكم الشرعي، والحكم الشرعي في الأصل حكم الله وحده، فهو الشارع، ومن المفترض أن يكون القرآن هو المصدر الوحيد، إلا أن علماء الأصول اتفقوا على أن السنة والإجماع والقياس من مصادر الحكم الشرعي، وأن خطاب الله تعالى يشملها حكما، واختلفوا في شمول الخطاب لعدد من المصادر الأخرى كقول الصحابي والمصلحة والاستحسان وسد الذرائع؛ فشمول خطاب الله سبحانه وتعالى لهذه المصادر جاء بمقتضى الإحالة، وقد أشار لهذا علماء الأصول عند شرحهم لقيد (خطاب الله تعالى)، والذي يمثل قيد مصدر الحكم الشرعي في التعريف، فمن أمثلة العبارات الأصولية التي أشارت للإحالة استشكال البدخشي على قيد تعريف الحكم الشرعي "بخطاب الله تعالى"؛ إذ استشكل على هذا القيد بأنه يخرج السنة والإجماع والقياس، وأجاب على هذا الاستشكال بقوله : (لكن ترد عليه

أحكام كثيرة بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وبفعله وبالإجماع وبالقياص ، وقد أخرجها بقوله " خطاب الله تعالى " ، فالجواب : أن الحكم هو خطاب الله تعالى مطلقاً وهذه الأربعة معرفات له ، لا مثبتات.¹ وتعد الآيات التي استدلت بها الأصوليون على وجوب اتباع العامي للمجتهد، ووجوب سؤال العلماء بمثابة نص إحالة لقول المجتهد؛ وبموجب الإحالة أصبح قول المجتهد جزءاً من نص الإحالة؛ ومن النصوص التي تتضمن الإحالة لقول المجتهد ووجوب سؤال العلماء في استدلالات الأصوليين، قول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾²، وقول الله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رَجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾³ ، وقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَذَاعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَ الَّذِينَ يُسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ وَلَوْ لَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ لَتَبَعْتُمْ الشَّيْطَانَ إِلَّا قَلِيلًا﴾⁴.

وبتطبيق أثر الإحالة على قول المجتهد يصبح قول المجتهد جزءاً من هذه نصوص القرآن والسنة؛ وبهذا اكتسب قول المجتهد بضوابطه الشرعية صفة خطاب الله تعالى حكماً، كما اكتسبت مصادر الحكم الشرعي من سنة وإجماع وقياص وغيرها من مصادر الحكم الشرعي صفة خطاب الله تعالى حكماً، وفقاً لنصوص الإحالة من القرآن الكريم؛ وبهذا فعودة الحاكم لقول المجتهد هو رجوع لنص الإحالة، ونص الإحالة نص حقيقي، أي نص من الأصل، وهو الله سبحانه وتعالى؛ وهذا يعد من باب ضوابط النيابة للحاكم، أي أن الحاكم نائب عن الله سبحانه وتعالى، ومن ضوابط النيابة مصدرية قول المجتهد بدل النص الأصلي مراعاة لموجبات تكليف العامي بقول المجتهد.

ويترتب على قول المجتهد دليل العامي اختلاف مصدر الحكم باختلاف المكلف؛ فإذا كان المكلف مجتهداً كان مصدر الحكم القرآن والسنة، أما إذا كان المكلف غير مجتهد كان المصدر قول المجتهد

¹ - البدخشي، شرح البدخشي 31/1. تكررت هذه العبارة في عدد من مصادر الأصول في مناقشة إشكالية خطاب الله تعالى ودخول غير القرآن في معنى الخطاب حكماً، انظر مثلاً: ابن الحاجب، مختصر المنتهى 221/1 ، ونفس العبارة وردت عن الرملي انظر شرح الورقات للرملي 39/1.

- الرهوني، تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، لأبي يحيى بن موسى الرهوني ، تح الهادي بن حسين شبيلي-دبي، دار البج للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط الأولى 2002م 6/2.

² - الآية 122 من سورة التوبة.

³ - الآية 43 من سورة الأنبياء.

⁴ - الآية 82 من سورة النساء.

المستند على القرآن والسنة؛ وهذا تقييد للأصل العام في مصدرية الحكم الشرعي في جانبها الإجرائي؛ حيث أن قول المجتهد ليس بديلاً للنص من القرآن والسنة في مصدريتهما؛ إلا أن رجوع المجتهد للنص مباشرة، أما رجوع العامي للنص فهو بواسطة، وهي المجتهد؛ فالمجتهد بمثابة الوكيل عن العامي في فهم النص والاستدلال به على الحكم.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن مصدرية قول المجتهد للحاكم، ومصدرية حكم الحاكم للمجتهد بخلاف الأصل، وأن مصدرية حكم الحاكم وقول المجتهد لا يعني المناهضة للقرآن والسنة؛ فقول المجتهد يرتبط بالقرآن والسنة لأنهما مصدر قول المجتهد، وحكم الحاكم يعود للقرآن والسنة لأن مصدره قول المجتهد، وقول المجتهد مصدره القرآن والسنة؛ وبالتالي يعود حكم الحاكم للقرآن والسنة، وعدم رجوع الحاكم للقرآن والسنة مباشرة فرضه ضرورات الحياة وطبيعة البشر، وهي ذات المصلحة التي فرضت تعيين الحاكم للدلالة، وبها انتقل قول المجتهد من حكم إلى نص.

ويختلف حكم الحاكم عن قول المجتهد في مجال كل منهما؛ فحكم الحاكم مجاله الأحكام التي يقع فيها النزاع لمصالح الناس في الدنيا كما عبر القرافي، أما قول المجتهد فمجاله الحكم الشرعي بكل صوره، وهذا مرجعه موجب القاعدتين وتقييدهما للأصل العام، وهو مصدرية القرآن والسنة للأحكام، وموجب كل قاعدة يحدد مجاله؛ فقاعدة حكم الحاكم وقول المجتهد بمثابة حالة الضرورة لقيام البشر مقام الشارع في إنشاء الأحكام؛ وهذا يقتضي الرجوع للأصل عند ارتفاع حالة الضرورة؛ ولهذا تقيّد مجال حكم الحاكم بدوره في أداء وظيفته؛ ولهذا حصر علماء الأصول والفقهاء حكم الحاكم في الجانب التشريعي للحكم الشرعي، ويخرج من مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف الأحكام التعبدية المحضة، والتي العلاقة فيها بين العبد وربّه؛ إذ لا موجب لإعمال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف.

إن معالم اكتساب أحكام الفقه لصفة التشريع في عبارات الفقهاء متنوعة منها:

1- صفة النيابة للحاكم تستلزم أن ما يصدر عنه يكون تشريعاً، فباكتساب الحاكم لصفة الشارع ولو حكماً يكتسب ما يصدر عنه صفة التشريع.

2- أن موجّهات حكم الحاكم ومحدداتها مصلحة الدنيا، وضابط المصلحة الدنيوية لحكم الحاكم يجمعها كل ما يصلح حياة الناس.

3- أن حكم الحاكم لا يمس الخصوصية الفردية؛ إذ يقتصر على ما تعارضت فيه المصالح، وتعددت، وهذا يمثل الجانب التشريعي في الفقه الإسلامي.

4- يترتب على حكم الحاكم يرفع الخلاف اختلاف مصدر الحكم باختلاف الفعل محل الحكم؛ فإذا كان الفعل محل الحكم من المسائل التي تعود لمصالح الدنيا، وتعلق بإصلاح حياة الناس، فمصدر الحكم حكم الحاكم، ولا يعد حكم الحاكم مصدرا للحكم إذا كان الفعل محل الحكم من المسائل التي لا تتعلق بها مصالح الغير، أو من الأمور التعبدية المحضة؛ وبالتالي ينحصر مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف فيما يقع فيه الخصومة، وتتعارض فيه المصالح، وهو ما يمثل الجانب التشريعي في الفقه الإسلامي.

وتحدد مجال قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف ضوابطها وموجباتها، وقد تضمن مصطلح القاعدة أهم القيود المتعلقة بانتقال أحكام الفقه إلى تشريع حقيقة أو حكما، ونخص منها:

1- حكم الحاكم يرفع الخلاف يعني أن دور الحاكم بخصوص الحكم الشرعي تعيين الدلالة، وليس إنشاء الدلالة، والإنشاء الذي ذكرته عبارات الأصوليين حكما، وهذا يتناسب مع مصدرية حكم الحاكم، فهي حكمية، وبالتالي فحكم الحاكم في حقيقته الفصل في الخلاف بين المجتهدين في تحديد دلالة النص، وهذا يتناسب مع الدور العام للحاكم، وهو منع المنازعة، والخلاف في الدلالة في حقيقته منازعة في توظيف النص، ولهذا قيدت القاعدة بما هو من باب المنازعة؛ فالخلاف يعني المنازعة في باب الدلالة.

2- إن قول المجتهد للحاكم بمثابة النص من القرآن والسنة للمجتهد، وتعدد أقوال المجتهدين للحاكم كتعدد النصوص من القرآن والسنة للمجتهد.

3- يترتب على اعتبار قول المجتهد دليل الحاكم تعامل الحاكم مع قول المجتهد كتعامل المجتهد مع النصوص؛ فكما يجوز للمجتهد بناء الحكم على ظاهر النص وعلى معناه يجوز للحاكم بناء الحكم على ظاهر قول المجتهد وعلى معناه.

4- إن حكم الحاكم لرفع الخصومة في دلالة النص من خلال تعيين الدلالة، والخصومة لا تتصور إلا إذا كان موضوع الحكم من المسائل التي يتصور فيها الخصومة، ويختص الحاكم بالفصل بها؛

وبهذا تخرج العبادات المحضة كالصلاة والصيام، وأقصد بالصلاة ذاتها لا الجماعة والجمعة، لأن الجماعة والجمعة لا تخلو من تعلق مصلحة الغير، ومنها مثلاً عدم إيذاء الغير، كما في منع أكل الثوم والبصل، وكل ما يؤدي لإيذاء المصلين، أو فرض دلالة فيما لا يتحقق العمل إلا بمشاركة الغير، كما في فرض شروط فقه بعينه في صلاة الجمعة وصلاة الجماعة على جميع المصلين، كالدعاء بعد الصلاة، أو شرط العدد والمسجد في صلاة الجمعة، أو عدد الشهود في ثبوت هلال رمضان، كما تخرج ما كان من الحقوق الشخصية التي يقتصر دور الحاكم على حمايتها وضمان تمتع الشخص بها، كحرية العقيدة؛ ومن هنا جاء اشتراط أن يكون محل الحكم لتطبيق القاعدة من المسائل الاجتهادية.

قد يلتبس على البعض استخدام مصطلح المسائل الاجتهادية في محل حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ وذلك من خلال حمله على ما يقابل المسائل النصية؛ إلا أن تطبيقات الأصوليين والفقهاء للقاعدة تدل على أن قيد الاجتهادية لا تحديد مصدر الحكم، هل مصدر الحكم الاجتهاد أم النص؛ ويمنع من إرادة هذا المعنى أمور أهمها:

1- أن الاجتهاد المقابل للنص يستخدم في مجال المصادر، والمصدر هنا حكم الحاكم، لا الاجتهاد ولا النص، ومصدرية حكم الحاكم للحكم الشرعي أثر لتطبيق القاعدة، وإن كانت مصدرية حكم الحاكم حكومية.

2- استخدم الأصوليون في بعض الأحيان مصطلح حكم الحاكم المقابل للحكم الشرعي، وحمل اللفظ على ظاهره يعني أن حكم الحاكم أثراً وليس مصدراً، وأن حكم الحاكم لا يعد حكماً شرعياً؛ وهذا لا يمكن قبوله؛ ولم يقل به أحد؛ بل كل عبارات الأصوليين والتي اطلعنا عليها أكدت أن الحاكم شارع حكماً، ونائب عن الله تعالى.

3- تطبيقات الفقهاء أكدت أن معنى الاجتهاد لا يراد به المعنى المقابل للنص، فمثلاً في باب الصيام ثبوت الهلال ثبت بالنص، ولا تخلو أحكام الصلاة والصيام غير الهلال من تفاصيل مصدرها الاجتهاد، ومع ذلك عدت أحكام الصلاة والصيام غير ثبوت الهلال من المسائل غير الاجتهادية؛

ولهذا لا تعد محلا لقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف، وبحمل قيد الاجتهاد على المصدر المقابل للنص يفترض أن تكون محلا لحكم الحاكم لأنها من المسائل الاجتهادية.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن حكم الحاكم نقل قول المجتهد إلى نص حكما، فيقدم على غيره من أقوال المجتهدين؛ وأحكام الفقه الإسلامي ما هي إلا أقوال المجتهدين؛ وبالتالي حكم الحاكم نقل ما عينه من الأحكام من أحكام فقهية إلى نصوص تشريعية، تكتسب كل خصائص النص من القرآن والسنة، فهي ملزمة، وتحافظ على وحدة التشريع، وانتقال أحكام الفقه إلى نص بخلاف الأصل، والخروج عن الأصل جاء للمصلحة التي من أجلها فرض الشارع ضرورة وجود ولي أمر؛ ولهذا تحدد الأحكام التي تنتقل بحكم الحاكم إلى نص وفقا للمصلحة التي أوجبت الخروج عن الأصل من مرجعية قول المجتهد للعامة، ومرجعية القرآن والسنة للمجتهد؛ وبهذا يكون مصدر حكم الحاكم هو قول المجتهد. ويترتب على قول المجتهد للحاكم كالنص للمجتهد اعتماد أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، ومقاصد هذه الأسس؛ ويؤيد التركيز على الأسس ومقاصدها اعتماد المجتهدين على المصلحة والمقاصد والمعاني في أحكام المفقود؛ ولذا ينظر للتطبيقات وأحكامها بمثابة وسائل البيان؛ فهي بمثابة سبب النزول في نصوص القرآن الكريم التي نزلت بسبب خاص وكان لفظها عاما، ولم ترد قرينة على اختصاص النص بالسبب.

الأساس الثاني: اتساع سلطة المشرع " القاضي " في أحكام المفقود.

يمثل الحاكم والقاضي زمن الفقهاء سلطات الدولة، وبالتالي فإن ما ورد بخصوص الحاكم والقاضي في الفقه الإسلامي يسري على المشرع، ومن التشريع يستمد القاضي والسلطة التنفيذية سلطتهما كل في مجال اختصاصها، ويحدد وفقا للموضوع والدور، وبصرف النظر عن الإطلاق. ونظرا لأن الأمر ينطلق من التشريع، وموضع البحث هو الإشكالات المتعلقة بالتشريع؛ نقصر في العرض على لفظ المشرع، ومنه تحدد سلطة القاضي وتكتسب أحكامه الشرعية. تبرز أهم جوانب سلطة المشرع في أحكام المفقود في مدة مرحلة تجميد الحال على ما هو عليه، إلى أن يظهر المفقود حيا، أو يحكم بموته أولا، وسلطة القاضي في إدارة مال المفقود ثانيا.

أولاً: سلطة المشرع في تحديد مدة تجميد الحال.

يراد بهذه المرحلة الفترة التي يُحكم بعد انتهائها بوفاة المفقود إذا لم يظهر حياً، وقد اختلف الفقهاء في تحديده؛ وكان لسبب الفقد وحاله والزمن أثر في تحديد هذه المدة.

والسؤال الذي يطرح ما هو دور المشرع في تحديد المدة، فهل يقتصر دوره على تعيين مدة من المدد، تطبيقاً لقاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف؛ وذلك بتعيين الدلالة، أن سلطة الحاكم تتعدى إلى إعطائه دوراً في تحديد مدة الفقد والحكم بموته؛ وذلك وفقاً للظروف المحيطة بكل واقعة، أو ظروف المرحلة.

وللإجابة على هذا السؤال وللوقوف على رؤية الفقه الإسلامي في سلطة المشرع في تحديد مدة الفقد نعرض نماذج من عبارات الفقهاء؛ ونحدد الأساس الذي اعتمدته، وبصرف النظر عن ظاهر اللفظ؛ وذلك لأن عبارات الفقهاء مصدر التشريع، وليست حكماً على واقعة؛ تطبيقاً لقاعدة قول المجتهد دليل العامي، والحاكم باعتباره حاكماً عامياً في استنباط النص، ويراعي في عرض عبارات الفقهاء تنوع الفقه الإسلامي.

ففي الفقه الشافعي ورد في مغني المحتاج: (ومن أسر أو فقد وانقطع خبره، وله مال وأريد الإرث منه لا يقسم حتى تقوم بينة بموته، أو ما يقوم مقام البينة، بأن تمضي مدة يعلم أو يغلب على الظن أنه أي المفقود لا يعيش فوقها، فلا يشترط القطع، فيجتهد القاضي، ويحكم بموته)¹، وورد قيد في نهاية المحتاج للرملي، وحاشية الجمل إضافة لما ورد في مغني المحتاج قيد بعد قوله يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها: (ولا تتقدر بشيء، فيجتهد القاضي، ويحكم بموته)².

وفي الفقه الحنفي جمعت عبارة ابن عابدين أفكار الفقه الحنفي حيث ورد بعد ذكر اختلاف الأحناف في مدة التعمير: (والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً، واختار الزيلعي تفويضه للإمام. قال في الفتح: فأى وقت رأي المصلحة حكم بموته، قال في النهر وفي الينابيع قيل يفوض إلى القاضي ولا تقدير في ظاهر الرواية، وفي القنية جعل هذا رواية عن الإمام... وإذا فقد في المهلة فموته غالب، كما إذا فقد وقت ملاقة العدو أو مع قطاع الطريق أو سافر على المرض الغالب هلاكه أو كان سفره في البحر؛ لأن الغالب في هذه الحالات الاحتمال كاحتمال

¹ - الشربيني، مغني المحتاج.

² - الرملي، نهاية المحتاج 29/6. الجمل، حاشية الجمل 29/4.

ما إذا بلغ المفقود مقدار مالا يعيش، لكنه لا يخفي أنه لابد من مضي مدة طويلة يغلب على الظن موته، لا بمجرد فقده...إلا إذا كان ملكا عظيما ؛ فإنه إذا فقد حيا تشتهر حياته).1.

لقد تكررت العبارات السابقة في أكثر من مصدر في الفقه الحنفي، واخترنا عبارة ابن عابدين؛ لأنها جامعة لكل الجزئيات المتعلقة بسلطة القاضي في الحكم بموت المفقود المنهي لحالة تجميد الحال المتعلق بالتصرف في ماله، وانطلقت عبارات الأحناف بشكل عام من قاعدة مفادها أن المسألة لم يرد بشأنها نص من القرآن والسنة، وأنها متعلقة بتغيرات الحياة، وباعتبارات مختلفة، وأن النصوص الواردة بهذا الخصوص لا ترقى دلالتها لبناء الأحكام؛ بل يقتصر دورها على الترجيح، فهي أقرب لكونها معالجة لواقعة زمنها وبظرفها؛ إلا أن بعض العبارات صرحت بأن النصوص الواردة في مدة المفقود لا يتجاوز دورها ترجيح الدلالة، وبعض العبارات ظهر هذا المعنى في تطبيقاتها).2.

وفي الفقه الحنبلي ورد في المغني: (فصل في ميراث المفقود وهو نوعان، أحدهما من حاله الغالب الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين أو في مركب انكسر فغرق بعض أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو لغيرها من الصلوات، أو لحاجة قريبة فلا يرجع، ولا يعلم خبره؛ فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر خبره قسم ماله...النوع الثاني من ليس الغالب هلاكه، كالمسافر لتجارة...ففيه روايتان، أحدهما، لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها، وذلك مردود لاجتهاد الإمام).3.

أما المالكية فظاهر عبارات الفقه المالكي أنها أكثر المذاهب ضيقت من دور المشرع في تحديد مدة تجميد الحال، حيث دار الخلاف بين فقهاء المذهب في دور الحاكم في اختيار أي من الأقوال في مدة التعمير، أي هل يقع اختياره على أعلى مدة للتعمير كما ذهب البعض، وهي مائة وعشرين عاما، أم اقلها وهي سبعون عاما، إلا أن عباراتهم نصت على أن الحكم بموت المفقود بني على الغالب لا النادر).4، ورد

1 - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين 487/4-488.

2 - الكاساني، بدائع الصنائع 6/197. العيني، البناية 6/817-818. ابن الهمام، شرح فتح القدير 6/146-149.

3 - ابن قدامة المغني 8/548-546.

4 - الحطاب مواهب الجليل 8/609 وما بعدها. علبش، منح الجليل 4/324. التسولي، البهجة في شرح التحفة 1/639-640. القرافي، الذخيرة 13/23 وما بعدها. المغيلي، شرح الأرجوزة التلمسانية في الفرائض ص 245.

في الذخيرة: (ما لم تقم بينة على موته، أو لا يعيش إلى تلك المدة غالباً، وحدها سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون).¹

ولم تخرج مصادر الفقه الحديث عما ورد عرضه في عبارات الفقهاء السابق عرضها، وإن ركزت على انتقال الحكم إلى نص، وذلك عن طريق الحاكم أو القاضي، وتباينت العبارات في تحديد دور الحكم، هل هو منشيء أم كاشف، الأمر الذي يحدد سلطة القاضي.

وإن كانت عبارة الكاشف والمنشيء غير متداولة في مصادر الفقه عموماً؛ إلا أن عبارات الفقه قديماً وحديثاً لم تخل من إشارة لها، والذي تبنته عبارات الفقه الحديث أن حكم الحاكم أو القاضي الوسيلة الوحيدة لإثبات الوفاء؛ إلا أن حكم الحاكم أو القاضي يكون منشئاً إذا كانت المدة لم تتجاوز الحد الأعلى لمدة التعمير، وهي المائة والعشرين سنة، وفي هذه الحالة يكون كاشفاً، حيث يرثه من كان حياً من تاريخ بلوغه الحد الأعلى لمدة التعمير، لا من يوم الحكم، واختلف الفقهاء فيما عدا هذا القدر في دور الحكم، هناك من يرى أن منشئاً ولو قل عن أقل مدة التعمير، ومنه من قيده بمدة التعمير، ورد في الموسوعة الفقهية الكويتية: (موت المفقود لا بد من ثبوته أمام القاضي، غير أن الشافعية لم يشترطوا صدور حكم بذلك)²، وفي العذب الفارض: (تحديد مدة الفقد إما باجتهاد القاضي أو مدة التعمير).³ ورد في أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية: (اتفق الفقهاء الأربعة على أن مال المفقود يبقى على ملكه إلى أن يظهر حياً، أو يحكم القاضي بموته بوفاته بحسب الاجتهاد، بعد تقدير مضي مدة التعمير...والرأي المختار عند العلماء، وهو المشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية، ما عبر عنه الزيلعي بقوله: " المختار تفويضه إلى رأي الإمام، فينظر ويجتهد، ويفعل ما يغلب على ظنه إنه المصلحة، فلا ينظر التقدير بالزمن لعدم ورود الشرع به، فأى وقت يرى الإمام أن الحكم به يحقق المصلحة حكم به فيه بموته، سواء كانت عودة المفقود مرجوة أم لا).⁴

¹ -القرافي، الذخيرة 23/13.

² -الموسوعة الفقهية الكويتية 75/38.

³ -العذب الفارض، الفرضي 87/2.

⁴ -الديباني، أحكام المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية ص216-217.

تدل عبارات الفقهاء السابق عرضها على أن الحكم بموت المفقود لا يثبت إلا بحكم القاضي، إلا طبيعة حكم القضاء وسلطة القاضي محل خلاف بين الفقهاء، ونسجل أهم الملاحظات على عبارات الفقهاء ودلالاتها على سلطة المشرع أو القاضي في النقاط التالية:

1- فرق الفقهاء بين الحكم بموت المفقود بناء على البينة والحكم بناء على اجتهاد القاضي، فالحكم بناء على البينة لا يحكم بالموت إلا إذا تحقق الموت، وحكم القاضي في هذه الحال يكون كاشفاً، ولهذا يحدد الموت من تاريخ البينة لا حكم القاضي؛ فيرثه من كان حياً من ورثته تاريخ البينة؛ فالموت حقيقياً، أما الحكم ببلوغ مدة التعمير أو تقدير القاضي يبني على الظن الراجح، أي الغالب؛ فالموت حكماً، واختلف الفقهاء في هذه الحال في سلطة القاضي، هل يتقيد بمدة التعمير، أم لا يتقيد بها إلا في حدها الأعلى، وهي مائة وعشرون سنة؛ بحيث يكون حكم القاضي كاشفاً إذا جاء بعد المئة والعشرين، ويعد حكم الموت من تاريخ بلوغه مائة وعشرين، لا من تاريخ حكم القاضي، بخلاف ما لو قل عن أي من مدد التعمير، أو عنها جميعاً.

2- دلت عبارات الفقهاء على اتفاقهم على مبدأ تأثر مدة التعمير بعدد من العوامل، واختلفوا في هذه العوامل، فمن العوامل التي ذكرت الزمن، والبلد وظرف الفقد وحالة المفقود الصحية ومكانته، ولهذا تكررت عبارة موت أقرانه، وبحملها على معناها يحدد الأقران من خلال الزمن والمكان، والأشخاص، ويكون ذكر الفقهاء للمدة حكاية واقع، وليس بالضرورة انطباقها بصورتها على واقعنا، ودليل هذا اختلاف متقدمي الأحناف عن متأخريهم، حيث نقل إفتاء متأخري الأحناف بأن مدة التعمير ستين سنة، ولم يرد عن المتقدمين الإفتاء بأن مدة التعمير ستين، فيما اطلعنا عليه من مصادر الفقه الحنفي.

3- تتسع سلطة المشرع في إنهاء مدة الفقد تبعاً لقول المجتهد الذي اعتمده المشرع مصدراً لحكمه، فتتسع سلطة المشرع باعتماد العوامل التي ذكرها الأحناف في تحديد مدة الفقد، ومنها الزمن والبلد وصفة المفقود وفقاً لرأي الأحناف، وحالة الفقد وظروف وفقاً لظروف الفقد وفقاً لرأي الحنابلة، كما أن العموم عند الشافعية يعطي سلطة أوسع للمشرع.

4- تطبيق قول المجتهد دليل العامي مصدراً لحكم الحاكم يجعل صلاحية كل الآراء السابقة أصلاً شرعياً لسلطة المشرع في تحديد مدة الفقد، فالمذاهب الثلاثة على منطوقها؛ وذلك من خلال اعتماد

عوامل تحديد مدة الفقد، وفي الفقه المالكي من خلال اعتماد المعنى، واعتبار قول المجتهد نصاً يجوز بناء الحكم على ظاهره وعلى معناه، وقد فصلنا هذا القول عند الحديث الأساس الأول.

5- تطبيق قاعدة حكم الحاكم يرفع الخلاف ينقل الرأي الفقهي الذي اختاره المشرع إلى نص حكم، فتعيين الدلالة قول المجتهد إلى نص من القرآن والسنة حكماً، ويترتب على هذه النتيجة تقديم اختيار المشرع على كل الأقوال، وعند جميع المذاهب؛ لأن أقوال الفقهاء غير ما اختاره المشرع دلالة نص، واختيار المشرع نص من الشارع، والنص مقدم على الدلالة؛ وبالتالي لا يجوز نقض اختيار المشرع ولو كان غير مشهور، وغير راجح.

6- يؤيد الاتجاه إلى توسيع سلطة المشرع في إنهاء مدة الفقد ربط سلطة القاضي بما يحقق المصلحة، وإطلاق لفظ المصلحة دون تقييدها بمصلحة المفقود ورعاية أمواله؛ وذلك على خلاف الحال على سلطة القاضي الوكالة في إدارة أموال المفقود؛ حيث تقيدت المصلحة بسلطة المفقود رغم تعلق مصالح أخرى بأموال المفقود غير المفقود؛ فالمصلحة وإطلاقها تحمل معنى توسيع سلطة القاضي، وهذا انعكاس لربط سلطة القاضي بالمصلحة، وإطلاق لفظ المصلحة، وذلك لتعارض مصالح أحكام المفقود.

7- كل ما قيل في حق المشرع يسري على حكم القاضي؛ فسلطة القاضي مستمدة من التشريع، فاختيار القاضي لقول مجتهد عند عدم تحديده بنص تشريعي ينقل قول المجتهد الذي اختاره القاضي إلى نص؛ وبالتالي يقدم أقوال غيره من المجتهدين، بصرف النظر عن قائله، ومذهب من يطبق عليه، ولا ينقض حكم القاضي إلا إذا خالف اختيار المشرع؛ لأن القاضي يستمد شرعيته من النص التشريعي، لانعدام المصدر، كما أن قول المشرع لا ينقض إلا افتقد لقول مجتهد؛ لعدم المصدر.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن آراء الفقهاء تصلح لأن تكون مصدراً لأي تشريع يوسع أو يضيق من سلطة في تحديد مدة الفقد والحكم بموت المفقود، فتوسيع سلطة المشرع مصدره معنى آراء المذاهب الأربعة في مدة انتهاء حالة الفقد والحكم بموت المفقود، وتضييق سلطة المشرع في تحديد مدة الفقد والحكم بموته مصدره لفظ آراء فقهاء المذاهب الأربعة، وآراء الفقه الإسلامي

للاحكام بمثابة النص للمجتهد في بناء الأحكام، وفقهاء المذاهب الأربعة قالوا بجواز بناء الحكم على ظاهر النص وعلى معناه.

ثانياً: سلطة المشرع في توريث المفقود والإرث منه.

يتفرع عن دور القاضي في إنهاء حالة تجميد الحال والحكم بموت المفقود تحديد الورثة للمفقود، وميراث المفقود من غيره، فهل للقاضي دور في إنشاء السبب، أم أن دوره أقرب لتحديد زمن التنفيذ، وبالتالي يكون حكم القاضي كاشفاً؟.

يتميز حكم هذه المسألة عن غيرها من المسائل السابقة اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة، والفقهاء الحديث في تحديد دور حكم القاضي في الميراث، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ومن تبعهم من فقهاء العصر على أمور أهمها:

1- اتفق جمهور الفقهاء¹ خلافاً لبعض الحنابلة على أن المفقود لا يرثه إلا من كان حياً أثناء الحكم بموته؛ إذا كان الحكم بموته بناء على اجتهاد القاضي، سواء كان بناء على مدة التعمير، أو أقل منها مراعاة لظروف وزمان ومكان وشخصية المفقود؛ وبالتالي يكون حكم القاضي في هذه الحال منشئاً لسبب الميراث؛ وبهذا تتسع سلطة القاضي في تحديد سبب الميراث، واتفق فقهاء المذاهب على هذا الحكم عدا بعض فقهاء الحنابلة.

2- اتفق جمهور الفقهاء على أن المفقود يرثه من كان حياً وقت تحقق الموت؛ وذلك إذا كان حكم القاضي بموت المفقود بناء على البينة، فيرثه من حياً وقت تحقق موته بالبينة، وزاد المالكية إذا تجاوز الحكم أعلى مدة التعمير، وهي مائة وعشرون عاماً؛ وبهذا يكون الحكم كاشفاً لسبب الميراث.

3- اتفق جمهور الفقهاء على أن المفقود لا يرث إلا من مات قبل فقده، ويوقف له أعلى نصيب، وللورثة أقل الأنصبة؛ فإذا تبينت حياته أخذ نصيبه، وأعطى من نقص نصيبه بموت المفقود، وأما إذا حكم القاضي بموته، وكان تاريخ الحكم بالموت بعد الفقد؛ فلا يرث المفقود، ورد لكل

¹ -يراد بجمهور الفقهاء: فقهاء المذاهب الأربعة، ومن سار على نهجهم من فقهاء العصر الحديث.

وارث ما نقص بسبب التوزيع على أساس حياة المفقود؛ وبالتالي فحكم القاضي كاشف لسبب الميراث 1.

يبين العرض السابق أن سلطة المشرع، كانت من خلال النص التشريعي، أو الحكم القاضي المستمد من التشريع تتسع في مواضع، وتضييق في حالات، فحكم القاضي في التوريث في مال المفقود يكون منشأ في حالات اجتهاد القاضي في الحكم بموت المفقود، ويكون حكمه كاشفا إذا كان الحكم بموت المفقود بناء على البيئة، وفي المقابل يكون حكم القاضي كاشفا إذا تعلق بميراث المفقود من غيره؛ فلا يرث المفقود إلا من مات قبل الفقد.

ثالثا: سلطة المشرع في حفظ أموال المفقود.

تدخل سلطة القاضي في سلطة المشرع لأن القاضي يستمد سلطته من التشريع، وسلطة المشرع في إدارة أموال المفقود هي أثر لعدد من المبادئ، منها سلطة القاضي في فترة التجديد، ودوره في الولاية على كل مال فقد ماله، فهو ولي من لا ولي له، وفصلا في خصومة على مال تتعارض فيه عدد من المصالح، مصلحة المالك وهو المفقود، ومصلحة الورثة، ومصلحة من بيده المال.

وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد سلطة المشرع في حفظ مال المفقود بين التفصيل والاكتفاء بالعموميات والبناء عليها، ونختار عبارات أكثر المذاهب ينسب لها التضييق في سلطة المشرع في تحديد فترة انتهاء حالة الفقد، وهم الأحناف والمالكية، ثم نتبع ذلك بعبارات الفقه الحديث وقراءتهم لعبارات فقهاء المذاهب.

ففي الفقه الحنفي اتفق فقهاء الأحناف على أنه يجب على القاضي كل ما من شأنه حفظ مال المفقود، وهو أصيل في الحفظ؛ لهذا يجب عليه توكيل من يراه مناسبا لأداء هذه المهمة، وغير مقيد بترتيب الولاية؛ لأن القاضي وكيل عن المفقود وليس وصيا، ومن يفوضه القاضي يكون وكلا عنه،

¹ -انظر في الفقه الشافعي: النووي، المجموع في شرح المذهب 70/17 وما بعدها. الماوردي، الحاوي 250/10 وما بعدها. الرملي، نهاية المحتاج 29/6 وما بعدها. انظر في الفقه الحنفي: الكاساني، بدائع الصنائع 196/6. العيني، البناية 818/6 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير 149/6 وما بعدها. انظر في الفقه المالكي: التسولي، البهجة في شرح التحفة 639/6 وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل 609/8. القرافي، الذخيرة 23/13. انظر في الفقه الحنبلي: ابن قدامة، المغني 547/8 وما بعدها. انظر في مصادر الفقه الحديث: الموسوعة الفقهية الكويتية 172/38. الفرسي، العذب الفارض 83/2-86. الديباني، أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامية ص 215-218. بن غلبون، التحفة في علم المواريث ص 230-231.

وسلطة القاضي واسعة في الحفظ، بحيث تشمل حفظ الأموال صورة أو معنى، فاعتبر حفظ الأولاد والزوجة من باب الحفظ معنى، ويخرج عن دور القاضي في التصرف في أموال المفقود ما تنازعت عنه مصالح أخرى، فلا يملكها القاضي إلا لمصلحة هي أولاً، ومن المسائل التي تخرج عن سلطة القاضي عقود المضاربة والودائع التي عقدها المفقود حال وجوده¹، ورد في البدائع في بيان حدود وكالة القاضي في حفظ مال المفقود: (أن القاضي يحفظ مال المفقود، يقيم من ينصبه للحفظ... يبيع من ماله ما يتسارع له الفساد... ليس للقاضي أن يبيع العروض والعقار... لا يأخذ ماله الذي في يد مودعه ومضاربه ليحفظه؛ لأن يدهما يد نيابة عنه في الحفظ؛ فكان محفوظاً بحفظه معنى، فلا حاجة إلى حفظ القاضي... ومنها أنه على زوجته من ماله... ومنها أنه ينفق على أولاده الصغار الذكور والإناث.... لأن نفقة أولاده إنما تجب بحكم الجزئية والعضوية إحياء لهم، وإحياء نفسه واجب؛ فكذا إحياء جزئه... فكان الإنفاق عليهم من ماله إحياء لهم معنى، وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي... وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم، وعند زفر ليس للقاضي ذل؛ لكونه قضاء على الغائب، ونحن نقول هذا ليس من باب القضاء على الغائب؛ بل هو من باب النظر للغائب، وللقاضي ولاية النظر للغائب... ولو أخذ القاضي منهم كفيلاً كان حسناً؛ لجواز أن يحضر المفقود؛ فيقيم البيئة على أنه كان طلق امرأته، أو كان أعطاهم النفقة معجلة²، وورد في حاشية ابن عابدين في بيان سلطة القاضي: (إذا لم يكن له وكيل نصبه الغائب قبل فقده؛ فعلى القاضي تنصيب وكيل لحفظ ماله للوكيل الحفظ وليس التعمير؛ إلا بإذن القاضي؛ لأنه وكيل وليس وصياً... لا يملك الخصومة في دين أو ودیعة أو عقار أو رقيق³).

ولم تختلف عبارات الفقه المالكي في التوسع في سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود صورة أو معنى، وقد جمعت عبارة مواهب الجليل سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود في الفقه المالكي، حيث ورد فيها: (وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه، كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضى، وإن كان من ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه، وينظر في قراضه وودائعه، ويقبض ديونته، ولا يبرأ من دفع من غرمائه لورثته؛ لأن ورثته لم يرثوه بعد³).

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع 6/196 وما بعدها. العيني، البناية 6/806 وما بعدها. ابن الهمام، شرح فتح القدير 6/141 وما بعدها. ابن

عابدين، حاشية ابن عابدين 4/484-486.

² - الكاساني، بدائع الصنائع 6/196-197.

³ - الحطاب، مواهب الجليل 5/497.

وفي الفقه الحديث ورد في الموسوعة الفقهية: (أموال المفقود عند الملكية لا تدفع لزوجته، وإنما تدفع للسلطان... للقاضي عند الحنفية أخذ كفيل على الزوجة والأولاد؛ لاحتمال عودة المفقود واثبات طلاق زوجته، أو أنه ترك نفقة لمن يعوله)، وورد في أحكام المواريث والتركات والوصية في الشريعة الإسلامي: (يقوم القاضي بالمحافظة على أموال المفقود لاحتمال أن يكون حيا حال وفاة مورثه.)، ونلخص أهم الأحكام المتعلقة بسلطة القاضي في حفظ أموال المفقود التي ذكرها كتاب أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية في الآتي:

- 1- أن حفظ المال هو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن الضرورات الخمسة، والمفقود عاجز عن حفظ ماله؛ فوجب على القاضي المحافظة على أمواله وأملاكه؛ لأنه مكلف شرعا بالنظر لكل من لا يستطيع النظر لنفسه كالصبي والمجنون.
- 2- إذا كان للمفقود وكيل وكله المفقود يقوم الوكيل بالمحافظة عليها، وإذا لم يكن له وكيل ينصب القاضي وكيلاً يقوم بحفظ ماله.
- 3- للوكيل بيع ما يتسارع إليه الفساد؛ لأن ذلك حفظ معنى.
- 4- ينفق الوكيل على زوجة المفقود وأولاده القصر من ماله؛ لأنه حفظ له معنى.
- 5- الأموال التي في أيدي الناس يحكمها العقد الذي بينهم وبين المفقود.

إن دلالة عبارات الأحناف والملكية على اتساع سلطة المشرع ظاهرة، كانت هذه الدلالة من حيث ألفاظها أم المعنى؛ فمن حيث المعنى اختص المشرع بكل ما من شأنه حماية أموال المفقود من حيث الصورة والمعنى، وإدخال المعنى هو توسع في سلطة المشرع، ومن حيث تطبيقاتها تناولت الحفظ والبيع والنظر في عقود المفقود مع الغير من وديعة ومضاربة ومشاركة، والنفقة على الزوجة والأولاد، وغيرها من التصرفات التي تدعو لها ضرورة حفظ أموال المفقود.

يلاحظ على عبارات الفقهاء تعبير الأحناف بلفظ القاضي، وعند الملكية بلفظ السلطان أو الإمام، وعبر الأحناف بلفظ الحفظ، والملكية بلفظ النظر، وانعكس على هذه التفرقة على التطبيقان، فعند الحديث عن عقود المفقود ومشاركاته ذكر الأحناف بأنه لا يجوز المساس بهذه العقود، في حين أن الملكية قالوا بجواز النظر في ودائعهم ومضارباته.

وإن كان ظاهر عبارات الأحناف والمالكية يوحي باختلاف المذهبين في تحديد سلطة المشرع؛ إلا أن النظر في عمق المدرستين، والمعاني والمقاصد يدل على الاختلاف في الإطلاق فقط، والاتفاق في الأساس، وهو الحفظ بالمعنى الواسع، ودليل تجاوز سلطة القاضي معنى الحفظ عند الأحناف التفرقة بين الحفظ والتعمير، واقتصار دور الوكيل على الحفظ؛ إلا بإذن القاضي؛ وهذا يعني أن سلطة القاضي تتجاوز الحفظ، إضافة إلى تبرير الأحناف بالنفقة على الزوجة والأولاد بأنه من باب الحفظ معنى، وإن كانت صورته ليست من باب الحفظ؛ وبهذا وافق الأحناف المالكية بأن دور القاضي لا يقتصر على الحفظ، بل يتجاوزه للنظر.

وتظهر عبارات الفقه الحديث تبني رأي الأحناف والمالكية في سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود، وفي عرضهم لوجوب حفظ أموال المفقود حقيقة ومعنى محل اتفاق عند المذاهب الأربعة، ولعل هذا من باب بناء الحكم على الظاهر والمعنى، فنسبة توسيع دور القاضي للأحناف والمالكية حملا على ظاهر وعمنى آراء الأحناف والمالكية، ونسبته للشافعية والحنابلة يحمل على معنى أقول الشافعية والحنابلة، وأثر لتوسيع سلطة القاضي في تحديد مدة الفقد.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن من أسس أحكام المفقود في الفقه الإسلامي توسيع سلطة المشرع في حفظ أموال المفقود، حقيقة ومعنى، وهذا الأساس دل عليه عبارات الأحناف والمالكية ظاهرا ومقصدا، ودلت عليه عبارات الشافعية والحنابلة من حيث المعنى، ورجحت عبارات الفقه الحديث ما ذهب إليه الأحناف والمالكية؛ وبهذا تصلح آراء الفقه الإسلامي مصدرا لتشريعات تضمن توسيعا لدور القاضي في حفظ أموال المفقود حقيقة أو معنى.

الأساس الثالث: حماية البنية الاجتماعية.

يشكل هذا الأساس مظهرا من مظاهر المرونة في أحكام المفقود، ويرسخ ما صرحت به بعض مصادر الفقه الحنفي من أن مصادر أحكام المفقود عقلية وليست نقليّة، وأن ما ورد من نصوص لا يتجاوز أثره ترجيح الدلالة، وهذا دليل على مصدر الدلالة غير النص، فلم يبق إلا المصادر العقلية، وتتصدر المصلحة المصادر العقلية في بناء أحكام المفقود، ويؤيد هذا عدم الإشارة إلى مثال يلحق به أحكام المفقود في جل التفاصيل.

ولأحكام المفقود أبعاد اقتصادية واجتماعية، وتضمن أحكام المفقود السابقة الإشارة إلى البعد الاقتصادي؛ وذلك من خلال الحفاظ على المراكز القانونية السابقة المتعلقة بالعقود ذات الصلة بالبناء الاقتصادي، ومنها المضاربات والودائع والمشاركات، وهي عقود توظيف الموارد في الفقه الإسلامي، والتي يمتد أثرها للمجتمع بأسره؛ ولهذا اتفق الفقهاء على أن الأصل عدم المساس بها، تقديمًا لمصلحة توظيف الموارد على مصلحة أهل المفقود، وأما البعد الاجتماعي؛ فمحوره اللبنة الأولى في تكوين المجتمع، وهي الأسرة، فهي محور بناء المجتمع، فإذا صلحت الأسرة صلح المجتمع كله، وإذا فسدت الأسرة فسد المجتمع كله؛ لأن المجتمع ما هو إلا مجموعة من الأسر، ويتضاعف الأثر عندما نتكلم عن ظاهرة في المجتمع، وحالة المفقود في ليبيا أصبحت ظاهرة، وتعد الزوجة محور صلاح الأسرة، ومن هنا جاء اهتمام الفقهاء بالزوجة، وخصت بأحكام خرج فيها جانبًا من الفقه الإسلامي عن القواعد العامة؛ بل ما يمكن أن يكون من المسلمات في الفقه الإسلامي.

ويمثل المذهب المالكي والحنبلي الجانب الفقهي الأكثر اهتمامًا بالبعد الاجتماعي من حيث ظاهر نصوصه؛ ودعا فقهاء الأحناف، خاصة متأخريهم لتبني رؤية الفقه المالكي المتعلق بأحكام زوجة المفقود، ونعرض نماذج من عبارات الفقه المالكي والحنبلي التي تبرز البعد الاجتماعي في أحكام زوجة المفقود، وعبارات الفقه الحنفي في الدعوة للعودة للفقه المالكي لمعالجة تداعيات تطبيق أحكام الفقه الحنفي على المنظومة الاجتماعية.

ففي الفقه الحنبلي، ورد في المغني في حكم الزوجة إذا ظهر زوجها حيا بعد الحكم بالفرقة، أو حكم ميراثها إذا حكم بموته بعد الفرقة : (أما إن قدم بعد أن تزوجت... قال أحمد أما قبل الدخول فهي امرأته، وإنما التخيير بعد الدخول، وهذا قول الحسن وعطاء، والنخعي وقتادة ومالك وإسحاق... لأن النكاح إنما صح في الظاهر لا الباطن، فإذا قدم تبين أن النكاح كان باطلا؛ لأنه صادف امرأة ذات زوج؛ فكان باطلا... وتعود للزوج المفقود بالعقد الأول، كما لو لم تتزوج.

وإن قدم بعد دخول الثاني خير بين أخذها، فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها، وتكون زوجة الثاني، وهذا قول مالك؛ لإجماع الصحابة؛ فروي عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا: إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة والصداق الذي ساق... متى مات زوجها الأول، أو

ماتت قبل تزويجها بالثاني ورثته وورثها، وكذلك إذا تزوجت الثاني ولم يدخل بها؛ لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول ردت إليه دون تخيير.¹

وفي الفقه المالكي، ورد في منح الجليل: (ثم إن كانت أيما لم يتزوجها أحد وتبين موت المفقود ورثته قطعاً، فإن كان تزوجها أحد ففيها ثلاثة أقسام، فالقسم الأول: أن يعقد عليها في حياته؛ فإن لم يدخل بها، أو دخل في حياته أيضاً عالماً بحياته أو موته عند العقد، أو لا علم عنده ورثت الأول في هذه الصور، ولا تكون للثاني).²، وورد في مواهب الجليل: (فإن تبث أنه مات وهي في العدة فترثه اتفاقاً، وكذا بعد خروجها وقبل عقد الثاني على المعروف، وبعد عقده وقبل دخوله على المرجوع إليه...وفي الموازية: وترثه حينئذ زوجته هذه التي ضرب لها الأجل، واعتدت ولم تتزوج...ابن يونس لأنها لو أتى لكانت زوجيتها معه).³

وفي دعوة الأحناف للإفتاء بالفقه المالكي في ميراث الزوجة ورجوعها لزوجها الأول وورد في حاشية ابن عادين: (مطلب في الإفتاء بمذهب مالك في زوجة المفقود... لكنه اعترض على الناظم؛ بأنه لا حاجة للحنفي إلى ذلك؛ أي لأن ذلك خلاف مذهبنا؛ فحذفه أولى، وقال في الدر المنقلى ليس ذلك بأولى؛ لقول القهستاني لو أفتى به في موضع الضرورة لا بأس به على ما أظن).
يلاحظ التناقض الظاهر في العبارات إذا توقفنا عند ظاهر العبارات، ففي عبارة المغني التناقض ورد من عدة وجوه منها:

1- أنه رتب رجوع زوجة المفقود إذا لم يدخل بها الثاني على بطلان العقد الثاني؛ لأن الثاني ورد على زوجة ذات زوج، وذكر هذه القاعدة صراحة، ثم عاد وجعل للزوج الأول الخيار بين الزوجة بالعقد الأول، وأخذ الصداق وصحة العقد الثاني وهذا تناقض واضح، فإذا كان العقد الثاني باطلاً لبقاء العقد الأول قبل الدخول؛ كيف الدخول صحح العقد الثاني، وإذا صحح العقد الثاني كيف تعود للزوج الأول إذا اختارها بالعقد السابق.

¹ - ابن قدامة المغني 72-69/11.

² - عليش، منح الجليل 321-320/4.

³ - الحطاب، مواهب الجليل 500/5، 506.

2- أن النكاح سبب الميراث بين الزوجين؛ وبانتهاء العقد قبل وفاة أحدهما يفنق الميراث سببه؛ إلا أن عبارة المغني أثبتت من حيث المبدأ الميراث إذا طلقت ولم تتزوج، أو تزوجت ولم يدخل بها، لافتراض قيام العقد، بناء على أن إنهاء العقد قام على سبب ثبت بطلانه، وهو الباطن كما ذكر؛ وهذا السبب يقتضي عدم التفرقة بين الدخول وعدم الدخول حالة الحكم بالموت؛ إذ لو افترضنا موته لحظة العقد كان العقد الثاني صحيحاً؛ لأنه تم على خالية ظاهراً وباطناً؛ دخل بها أو لم يدخل بها، وصحة العقد الثاني تبطل الأول، وبطلان العقد الأول يمنع الميراث، وإذا كان المفقود وقت العقد حياً، كان العقد الثاني باطلاً دخل الزوج الثاني أم لا؛ لأنه وقع على ذات زوج، وبطلان العقد الثاني وتصحيح الأول حكماً يعني تحقق سبب الميراث في الحالتين؛ فالتفرقة تناقض.

وإن لم تذكر عبارات الفقه المالكي علت الرجوع والميراث بالتفصيل الذي ذكره الحنابلة؛ إلا أن اتفاقهم في الصور يسري عليه نفس الانتقاد؛ إذا حمل الأمر على ظاهره. ويضاف إلى ما سبق من تناقض العبارات في نفسها نقضها للقواعد العامة؛ ففوق الفرق لأى سبب كان بين الزوجين يعني المنع من الميراث لفقد سببه، وهو النكاح، وصحة العقد عليها إذا تزوجت من غيره، لأن العقد وقع على غير ذات زوج، والحاجة لعقد جديد إذا ظهر المفقود حياً وأراد إرجاعها؛ إلا أن الأحكام السابقة نقضت كل هذه الأسس، والتي يعدها البعض من الثوابت في أحكام الميراث والطلاق، ودليل هذه الأسس انعكاسها على أحكام الفقه الحنفي والشافعي، وإبطالهم للصور السابقة عند الحنابلة والمالكية.

ومن الصعب حمل التناقض في عبارات الفقه المالكي والحنبلي على الضعف في التأصيل، أو عدم تناسق الأفكار وعدم ارتباطها؛ لأن من قال به جمع من الفقهاء، عرفوا بقوة التأصيل والعمق، كما أنهم يمثلون مذاهب تنوعت في منهجيتها، فمذهب الإمام أحمد ينسب لتغليب النص على التوسع في المقصد، ومذهب الإمام مالك أقرب لمدرسة أهل الرأي؛ وهذا يستوجب التوجيه.

وإن لم يذكر تفسير لهذا التناقض بشكل صريح ومباشر؛ إلا عبارات الفقهاء وتطبيقاتهم لم تخل من دلالة على توجيه هذا التناقض.

ولتوجيه هذا التناقض نطلق من عبارات فقهاء المذاهب الأربعة في أحكام المفقود، وتكون الانطلاقة من الفقه الحنفي، حيث تكرر لفظ المصلحة، وإطلاقها في تبرير عدد من الأحكام، وأيضا إسناد الحكم في تحديد مدة تجميد الحال للقاضي وفقا لما يراه مصلحة، ومن العبارات التي وردت في الفقه الحنفي أن الأمر لا يتعلق بنص، فالنصوص الواردة في حكم المفقود لا تصل دلالتها لبناء الأحكام، بل يقتصروظيفها على الترجيح، والتركيز على المصلحة في أحكام المفقود خاصة ما تعلق بالمدة ظاهرة في الفقه الشافعي، ولهذا الشافعية أكثر المذاهب وسعت من دور المشرع والقاضي في تحديد المدة وإخضاعها للواقع العملي، ما يراه القاضي من المصلحة قضى به.

واعتماد المصلحة في أحكام المفقود وتعدد جوانبها لم يخل منه مذهب، وإن اختلف التوسع والتضييق في استخدامها، وفي جوانب استخدامها، فإن كان الفقه الحنبلي والمالكي أكثر من توسع في حكم المفقود المتعلقة بالزوجة، فإن الشافعية أكثر توسع في معنى المصلحة في تحديد مدة الفقد، وكذلك الأحناف، خاصة المتأخرين منهم، وإطلاق المصلحة دليل تنوعها؛ ولهذا حملت أسس أحكام المفقود الموازنة بين عدد من المصالح المتعارض؛ ولهذا تنوعت الأحكام وتعددت جوانبها، وهذا ما دلت عبارات الفقهاء في الفقرات السابقة؛ لهذا نعتد توازن المصالح أساسا لأحكام ميراث زوجة المفقود والرجوع إليه.

إن زوجة المفقود تعد الطرف الأكثر تضررا من تجميد الحال؛ وقد لا يكون رفع الضرر عنها بإنهاء ارتباطها بزوجها المفقود؛ لأن إعطائها الحق في الطلاق، وتمكينها من فرصة الزواج له تداعياته على علاقتها بأسرة زوجها، وبأبنائها، كما أن طلاقها قد لا يحقق لها ما تصبوا إليه من تكوين أسرة جديدة، إضافة إلى أن هناك مصالح لأطراف أخرى محل اعتبار، وهي مصلحة الأبناء، كما أن في طلاقها فقدان لبعض حقوقها من زوجها كالميراث، وفي نفس بقائها قد يدفعها للانحراف وعدم إمكانية مقاومة الشهوة، كما أن في بقائها على ذمة المفقود قد يحرّمها من حقوق قررها لها المجتمع لحمايتها، ولا تستحقها إلا إذا لم تكن متزوجة، وهي في ظاهر الأمر متزوجة، وفي مضمونه لا تتمتع بحقوق الزوجية، خاصة إذا لم يكن للمفقود مالا يكفي للنفقة على أبنائه، والأمر لا يقل أهمية لو رجع المفقود حيا بعد طلاقها، أو ماتت وتبين حيا، فانفصالها حرمان له من العودة لأسرته، ولهذا أثره على المنظومة الأسرية، وهذه كلها تعارضها مصلحة المفقود وورثته في الميراث.

وهذه التداعيات وإن كان أثرها المباشر على زوجة المفقود وأبنائه؛ إلا أن أثرها يمتد إلى المجتمع بأسره، ويتفاقم عندما يكون فقدان ظاهرة، كما هو الحال في المرحلة التي تعيشها ليبيا.

وفي أحكام زوجة المفقود عند المالكية والحنابلة حماية للزوجة والكيان الأسري في أوسع نطاق، وتقديم هذه المصلحة على ما عداها، من المصالح المتعارضة، كمصلحة الورثة؛ والحماية على الكيان الأسري بالتقليل من مخاطر الزوجة، وجعله في أضيق نطاق، ولصالح الأسرة الأصلية، وهي أسرة المفقود، وبالتالي مجرد طلب الطلاق للفقد للحصول على الاستقلالية، أو الاستفادة من حقوق المجتمع لمواجهة أعباء الحياة، أو لحمايتها من الانحراف، لا تدفع الزوجة ثمنه؛ إلا لمصلحة هي أولى؛ وهذا يفسر الخروج عن قواعد الميراث والنكاح، حيث تراث الزوجة المفقود إذا حكم بموته ولو كانت مطلقة، ولو عقد عليها ولم يدخل بها، وتعود لزوجها بالعقد الأول ولو طلقت، أو عقد عليها ولم يدخل بها، أما اختلاف الحكم في حالة الدخول بها فليس من باب أن المرأة رفع عنها الضرر بزواجها، وإنما لأن الأمر تعلق بأساس المصلحة، وهو حماية المنظومة الأسرية، حيث أن عودتها لزوجها الأول؛ وإن حافظ على بناء أسرة؛ إلا أنه سيعرض في المقابل أسرة أخرى لخطر التفكك، ولهذا قدر البعض بأن في الخيار موازنة، وقدر البعض أن في صحة العقد الثاني المصلحة الأولى بالاعتبار؛ وبهذا يرفع التناقض بين التطبيقات في أحكام زوجة المفقود؛ لأنها تطبيق لأصل عام، الاختلاف في الأحكام بسبب دوران المصلحة، والاختلاف بين الفقهاء بسبب اختلاف تقدير الأولوية، أي الاختلاف في الموازنة.

وبهذا تكون حماية البنية الاجتماعية أحد الأسس التي اعتمدها الفقهاء في أحكام المفقود، واعتماد الموازنة بين المصالح، ومنها حماية البنية الأسرية يعطى المشرع مرونة، إضافة إلى المرونة في سلطة المشرع في مدة الفقد، وسلطته في حماية أموال المفقود صورة ومعنى، وهذه الأسس وما تحويه من مرونة هو ما نعتمده في معالجة إشكاليات التشريع الليبي، وعقبات مواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا والحلول المقترحة، وهو موضوع الفقرة الثانية من هذا البحث.

الفقرة الثانية: الإشكاليات القانونية لأحكام المفقود في التشريع الليبي.

لم يرد تشريع خاص بالميراث في التشريع الليبي، وقانون الزواج والطلاق لم يتعرض لأحكام الميراث، وجزئية حماية أموال المفقود تناولها المشرع الليبي في القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، ونص في المادتين 22، 23 على ضرورة تعيين قيم لإدارة أموال المفقود،

وحصر أمواله؛ وأحكام المفقود من باب الأحوال الشخصية، والشريعة الإسلامية هي مصدر تشريعات الأحوال الشخصية في ليبيا، باعتبار الهوية الإسلامية للمجتمع الليبي.

وإن كانت أسس أحكام الفقه الإسلامي يمكن أن تستوعب كل تفاصيل حالة المفقودين في ليبيا، ومستجداتها لمرونتها، وأبرز مظاهرها توسيع سلطة المشرع والقضاء في أحكامه؛ وهذا يسمح بمراعاة التفريد في أوسع نطاقه؛ إلا أن الاستفادة من مرونة أحكام المفقود في الفقه الإسلامي يعترضها عقبات من الجانب العملي في ظل التشريع والقضاء في ليبيا؛ لهذا نعرض كل الفرص التي يسمح بها الفقه الإسلامي في ظل التشريع والقضاء في ليبيا؛ وذلك من خلال استعراض الأسس السابقة والفرص المتعلقة التي يمنحها كل أساس للمشرع والقاضي، وعقبات الاستفادة منها.

والوصول للفرص التي تمنحها مرونة الفقه الإسلامي ينطلق من قاعدة قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وفقا للعرض الوارد في الفقرة الأولى من هذا البحث، ونلخص الأثر التطبيقي للقاعدتين في الآتي:

1- قول المجتهد دليل العامي ينقل أحكام الفقه الإسلامي من أحكام إلى مصدر التشريع، ومصدر حكم القاضي، والمصدر بمثابة النص، والنص يختلف عن الحكم، فالحكم حجته في منطوقه، أي لفظه، أما النص فحجته في دلالاته، والدلالة يجوز بناؤها على اللفظ ويجوز بناؤها على المعنى، ويترجح الاستناد على المعنى أكثر عندما يكون مصدر قول المجتهد المصادر العقلية لا النقلية، كما هو الحال في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، فالمصدر المباشر لأحكام المفقود في الفقه الإسلامي هي المصلحة، وتعدد المصالح جعل الأحكام قائمة على الموازنة بين عدد من المصالح؛ ولهذا تركز الاختلاف بين الفقهاء في التقدير في جل أحكام المفقود أكثر منه في المصدر ودلالاته.

نشير في هذه المسألة لتوظيف أحكام المحكمة العليا؛ فأحكام المحكمة العليا في الأصل حكم على واقعة؛ إلا أنه بمقتضى التشريع تحول إلى مصدر للحكم، وبتحوله لمصدر أصبح بمثابة النص، وبناء الحكم على النص لا ينظر لمجرد اللفظ، بل ينظر للأسس، والمعاني التي بُنيَ عليها الحكم؛ إلا أن المنهج

المتبع من قبل أغلب القضاة في ليبيا هو التعامل مع حكم المحكمة العليا بمعايير الحكم لا النص في آلية توظيفه¹.

ويحضرني في هذا الإطار حكم المحكمة العليا في غرامة التأخير وحكم المحكمة العليا بخصوص منع رفع دعوى التعويض ضد الدولة عن لأضرار بسبب أحداث 17 فبراير وما صاحبها، فالفهم السائد هو تعيين مصدريّة حكم المحكمة العليا للقول بجواز غرامة التأخير في الحكم الأول، وتعين مصدريّة الحكم الثاني للقول بعدم جواز رفع دعاوى التعويض على الدولة؛ في حين أن حمل الحكم الأولي على المعنى يدل على تحريم غرامة التأخير في ظرف ما، وبصورة ما؛ وذلك إذا تحقق فيها معنى العوض بدون مقابل، وذلك لتحقيق معنى حكم إباحة غرامة التأخير الذي اعتمدته المحكمة العليا في حكمها بغرامة التأخير، وكذلك الأمر في حمل الحكم الثاني على المعنى يدل على جواز رفع دعوى التعويض على الدولة بسبب أحداث 17 فبراير وما صاحبها بظرف وفي زمن ما؛ إذا اقتضت الموازنة بين المصالح التي قام عليها الحكم بعدم التعويض .

والأمثلة التي يمكن الاستئناس بها في الفقه الإسلامي لهذا المنهج هي توظيف النصوص التي جاءت بسبب واقعة خاصة، وتم توظيفها في بناء الأحكام، منها على سبيل المثال في مجال السنة النبوية حديث التسعير، وحديث التقاط الإبل؛ حيث جاء الحديثان بسبب خاص، وهو سؤال الرسول صلى الله عليه وسلم عن التسعير، وعن التقاط الإبل؛ فجانبا من الفقه الإسلامي نظر للنصين من باب الحكم على واقعة؛ فأجازوا الاستدلال بحديث التسعير على وجوب التسعير، والاستدلال بعدم التقاط الإبل على وجوب التقاطها، وهذا ما ندعو لاعتماده في توظيف أحكام المحكمة العليا لما نقترحه من حلول، ومعالجة لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا.

¹ - لقد أبرزت اللقاءات الحوارية مع عدد من القضاة تعامل جل القضاة مع حكم المحكمة العليا بمعايير الحكم لا النص، أي بناء الحكم استنادا على لفظ حكم المحكمة العليا لا على أسسه؛ ولا يلتفت لانعكاس الأسباب والمعاني، على مصدريّة حكم المحكمة العليا، وانتقاله من حكم لنص، وهو المراد ذاته في توظيف قول المجتهد لدى عدد من فقهاء العصر، حيث أن انتقال الحكم من حكم لنص يجعل الواقعة بمثابة سبب نزول النص، تلعب دورا في التفسير، وهذا ما أكدته عبارات الفقهاء في عدد من المناسبات، منها ما ذكره فقهاء الأحناف بخصوص الأحاديث وآثار الصحابة المتعلقة بالمفقود؛ حيث نص الأحناف على أن الأحاديث دلالتها لا تتجاوز الترجيح، وهذا دور سبب النزول في نصوص القرآن؛ وهذا يدل على أن الفقهاء نظروا للنصوص المتعلقة بأحكام المفقود من باب الحكم على واقعة؛ لهذا لم يتقيدوا بألفاظ النص. انظر في هذا ابن الهمام، شرح فتح القدير 145/6.

2- أحكام الفقه الإسلامي لا تكون مصدرا للحكم القضائي؛ إلا بعد انتقالها لنص تشريعي حقيقة أو حكما، وبصرف النظر عن السلطة التي ينقلها المشرع للقاضي، والدافع لنقل أحكام الفقهاء لنص تشريعي حماية لوحدة التشريع داخل الدولة.

وللتوظيف الأمثل لقاعدتي قول المجتهد دليل العامي وحكم الحاكم يرفع الخلاف في مجال البحث يراعى الواقع الليبي والمتمثل في عدم وجود تشريع خاص بأحكام الميراث، والتكوين العلمي لرجال القضاء في ليبيا.

أولاً: الإشكاليات القانونية لانتقال أحكام الفقه الإسلامي لتشريع.

تعد أحكام الميراث المتعلقة بتوزيع التركة من أكثر المسائل التي وردت تفاصيلها في القرآن الكريم؛ ولهذا كان التنوع الفقهي المخل بوحدة التشريع أقل منه في بقية أبواب الفقه الأخرى كالمعاملات والجنائي؛ إلا أن هذا لا يسري على ما تعلق بالميراث وليس من باب توزيع التركة ومنها أحكام المفقود؛ ولهذا اتسعت دائرة الخلاف بين الفقهاء في أحكام المفقود المترتب عليها الميراث، واتفقوا على ما دخل في باب الميراث مباشرة.

ولعل المشرع الليبي جنح إلى عدم الحاجة لوجود تشريع خاص بالميراث، لأن الرجوع إلى أحكام الميراث في الفقه الإسلامي مباشرة تحقيقاً للمعنى، ولا تخل هذه الإحالة العامة بوحدة التشريع؛ وذلك من خلال الإحالة للفقه المالكي في القانون (55) لسنة 1972م بشأن نظام القضاء، إلا أن هذا النص ألغي بالقانون رقم 6 لسنة 2006م بشأن نظام القضاء؛ وهذا يدفعنا للبحث عن البديل في نصوص التشريع الليبي.

وتتصرف الأنظار وفقاً لموضوع الميراث إلى القانون رقم 10 لسنة 1984م، بشأن الزوج والطلاق وآثارهما، لعل في نص الإحالة لما لم يرد بشأنه نص ضالة القاضي؛ إلا أن المشرع خرج على المؤلف، وهو مصطلح الأحوال الشخصية، أو الأسرة وفقاً لما عليه عدداً من التشريعات المقارنة¹؛ فاستخدم المشرع الليبي في تسمية القانون بقانون الزواج والطلاق وآثارهما، وبالتالي خرج من مفهومه الميراث، لأن أحكام الميراث لا تعد من الآثار وفقاً لتحديد القانون؛ ويترتب على التسمية عدم الاستفادة من نص

¹ - مثلاً القانون المغربي استخدم مصطلح مدونة الأسرة، وذكر أحكام الميراث بالتفصيل. واستخدمت قطر مصطلح قانون الأحوال الشخصية. الدولة الموريتانية. قانون الأحوال الشخصية الأردن قانون الأحوال الشخصية.

الإحالة من القانون رقم 10 لسنة 1984م؛ لأن أحكام الميراث ليست من أحكام الزواج، ولا من آثاره؛ حيث حدد القانون آثار الزواج في الفصل الخامس، ولم يكن من بينها الميراث¹. وبهذا لم يبق إلا القاعدة العامة للتشريعات المدنية التي يعود لها قانون الأحوال الشخصية، وهو القانون المدني، وبالعودة للقانون المدني نجده قد نص على أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا عند عدم وجود نص في التشريع؛ حيث نص في المادة الأولى الفقرة الثانية على: (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية)². وبالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الميراث يكون المشرع قد رجع من الخصوص للعموم، فبدلا من تقييد المشرع بالفقه المالكي، رجع ووجهه لمبادئ الشريعة الإسلامية.

ويلاحظ على هذا النص عدم تناسبه مع طبيعة تشريعات أحكام المفقود، وذلك لأمر، أهمها:

- 1- إهدار قاعدة قول المجتهد دليل العامي، فالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية رجوع للنصوص، وقاعدة قول المجتهد دليل العامي تجعل الفقه الإسلامي مصدرا للتشريع.
- 2- نص الإحالة في المادة الأولى جعل الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل القانون المدني نصا احتياطيا، وهذا مجاله ضيق، خاصة في مسائل القانون المدني؛ حيث أن نقاط التقاطع بين الفقه الوضعي والفقه الإسلامي في الكليات قليل، فكيف في مسألة جزئية، وبالتالي الرجوع مباشرة للمبادئ لا يخل بوحدة التشريع، بخلاف الحال في الرجوع في تفاصيل أحكام المفقود.
- 3- إن المنهج التعليمي للقضاة في ليبيا يجعل رجوع القضاة للفقه الإسلامي، وتوظيف كلياته في بناء أحكام تفصيلية غير متيسر، ولهذا نجد التخبط والاختلاف في أحكام المحاكم الليبية المتعلقة بأحكام المفقود، وكأنها تنتمي لتشريعات مقارنة، لا لتشريع واحد.

ولا يفهم هذا على أنه من باب القصور في جانب القضاة، بل هو طبيعة التخصص والمنهجية المتبعة في النظام التعليمي، وما تفتضيه طبيعة تولي القضاء وفق النظام القانوني الحديث، والأمر لا

¹ - القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما قد تناول القانون آثار الزواج في الفصل الخامس، واقتصر في ذكر الآثار على حقوق الزوجين والمهر.

² -

يختلف لو قلنا بتولي القضاء من علماء الشريعة، فرغم عدم إمكانية تأهيل كل من يتولى القضاء في مجال الأحوال الشخصية لدرجة الاستبطاء، فإن تولى القضاء يقتضي بلوغ درجة من المعرفة في مجال العمل القضائي، ورجالات الشريعة قاصرين في هذا المجال، لهذا جاء دور المشرع، وتولي التشريع نخبة من تخصصات مختلفة تقتضيها طبيعة التشريع المراد صياغته.

وللوقوف على موقف القضاء في تحديد أساس انتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع انتقينا نماذج من أحكام المحاكم، وراعينا في هذه النماذج التنوع في الموضوع والمحاكم، فكانت النماذج المختارة من بني وليد ومصراتة وزليتن، وبنغازي، وجاء هذا الاختيار بسبب حالة الفقد من جانب في هذه المدن، واستجابة من تواصلنا معهم، إضافة لندرة الأحكام المتعلقة بالمفقود؛ لأنه لا يصل للمحاكم من حالات المفقودين إلا القليل، ونلخص أهم الملاحظات على نماذج الأحكام في الآتي:

1- لقد اعتمدت نماذج أحكام محكمة مصراتة الجزئية على نص المادة رقم 1 فقرة 2 من القانون المدني الليبي، والمادة 72 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، واتفقت الأحكام التي اطلعنا عليها في محكمة مصراتة الجزئية في هذا التأصيل، ورد في أسباب الحكم في الدعوى رقم 2019/169 م (وحيث أنه لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه وفقا لطلبات المدعي؛ فإنه على المحكمة الحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الأكثر ملائمة، وقد نصت على ذلك المادة 1/ ف 2 من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية" ونصت المادة الثانية والسبعون من القانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما على: "أ-تسري النصوص التشريعية الواردة في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه؛ فيحكم القاضي بمقتضى المذاهب الفقهية المعتبرة الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون" ¹، وفي المقابل اختلفت نماذج الأحكام الصادرة من محاكم زليتن، حيث أهملت محكمة الفواتير الجزئية في الحكم في الدعوى

¹ -محكمة مصراتة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 2019/169م، الجلسة المنعقدة في 2019/10/22م. وهو ما انتهى إليه الحكم في الدعوى رقم 2019/171م والدعوى رقم 2019/133م.

المسجلة تحت رقم 58/ 2006م¹ الإشارة لأساس انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى نص تشريعي، واكتفت بعرض أحكام الفقه الإسلامي في واقعة الحال، وهي مدة الحكم بموت المفقود، ولم تختلف محكمة زليتن الابتدائية الدائرة الاستئنافية المدنية في الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي مباشرة دون إشارة إلى مصدر انتقال الفقه إلى تشريع؛ وذلك في حكمها في الدعوى المسجلة تحت رقم 43/ 2007م؛ إلا أنها تدل على غموض فكرة قواعد الفقه الإسلامي وتوظيفها، ومنها على سبيل المثال ورد في حكم المحكمة زليتن الابتدائية: (حكمت المحكمة حضوريا بقبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء باعتبار المفقود (.....) ميتا ببلوغه أقل مدة التعمير وفق المشهور من أيسر المذاهب.)، ويظهر غموض فكرة الفقه الإسلامي وقواعده في أسباب الحكم؛ حيث ورد في الأسباب: (وبالتالي وبناء على تلك الاعتبارات فإن المفقود قد جاوز مدة أقل مدة التعمير المتفق عليها، وهي سبعون عاما...وحيث أنه ووفق المشهور من أيسر المذاهب، وهو ما عليه العمل في ليبيا....وحيث أن محكمة البداية قد خالفت هذا النظر، فيكون حكمها خالف المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية).²

وبعيدا عن مناقشة تفاصيل الحكم ووقفا عند موضوع الفقرة وهو انتقال الحكم من فقه إلى تشريع؛ يظهر غموض فكرة الفقه الإسلامي لدى القضاة في واقعة الحال؛ وذلك من جوانب متعددة، منها:

1- الرجوع إلى أيسر المذاهب لا يمكن إعماله في التشريعات التي تتعدد أطرافها، وتتعارض مصالحها، فما هو أيسر لطرف يكون غير أيسر للآخر، ولهذا لا تجد تشريع في المعاملات ومنها الأحوال الشخصية يحيل إلى أيسر المذاهب، ففي ليبيا مثلا، هناك إحالة إلى مشهور مذهب الإمام مالك، كما في نظام القضاء، وأعتقد أن هذا ما عناه القاضي في الحكم المشار إليه، لأن الآراء التي عرضها والمشهور الذي اعتمده هو مذهب الإمام مالك، ولهذا فغموض فكرة الفقه لدى القضاة واضح.

¹ محكمة الفواتير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، الدعوى المقيدة بسجل تحت رقم 58/ 2006م، تاريخ الجلسة غير واضح، أودت الأسباب 2007/3/11.

² - محكمة زليتن الابتدائية الدائرة الاستئنافية، الدعوى المسجلة تحت رقم 43/ 2007م. الجلسة المنعقد في 2008/12/28.

2- لم يستطع القاضي في الحكم المشار إليه التفرقة بين تطبيق أحكام الفقه الإسلامي على حكم صدر فيه حكم قاض سابق، ومنظور أمامه لنقضه، وبين حكم معروض عليه لأول مرة، فحكم القاضي باعتماده على قول مجتهد أصبح نصا، وعين الدلالة، ولا ينقض إلا إذا عارضه نص قطعي، لأن حكم القاضي صار مصدرا، وأراء الفقهاء هي أحكام، أي دلالة النص، والنص مقدم على الحكم، أي على الدلالة.

ولم تختلف نماذج الأحكام الصادرة عن محكمة بني وليد¹ الجزئية عن نماذج الأحكام من مدينة مصراتة وزليتن، فلم تشر هذه الأحكام ولو بشكل عابر لأحكام الفقه الإسلامي، أو لنص انتقال أحكام الفقه الإسلامي إلى تشريع، وكان الأمر لا يتعلق بأحكام الفقه الإسلامي، واقتصر الحكم في النماذج من محكمة بني وليد على تعيين وصي، وفقا لأحكام الوصي لا الوكيل، ولم يتخذ أي إجراء لحفظ أمواله، ولم تشر الأحكام من قريب، ولا بعيد لوضع زوجته، ونفقة من يجب عليهم نفقته كالزوجة والأبناء والوالدين، رغم مرور أكثر من سبع سنوات؛ وبالتالي يكون تحديد حقوق الزوجة والوالدين والأبناء وفقا لأحكام الفقه الإسلامي، وكذلك طلاق زوجته خلال فترة اختلف فيها الفقهاء، تبدأ بسنة، ثم أربع سنوات أو تفويضها للقاضي وتنتهي ببلوغه مدة التعمير، لانتقال هذه الأحكام الفقهية إلى نصوص تحتاج لتدخل لنص تشريعي.

وأما نماذج الأحكام الصادرة من محاكم مدينة بنغازي فقد اتفقت في اعتماد القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم أصلا قانونيا للحكم بالفقد؛ ولعل هذا يعود لطبيعة الموضوع، حيث أن تعريف المفقود جزء من الحكم بأنه مفقود، والتعريف ورد في نص المادة 21 من القانون المشار إليه، حيث نصت المادة 21 فقرة ب على: (المفقود هو الغائب الذي لا تعرف حياته من موته) 2.

¹ -محكمة بني وليد الجزئية الدائرة المدنية، الدعوى المسجلة تحت رقم 2018/52م، الجلسة المنعقدة في 2019/2/6م. والحكم الصادر في الدعوى المسجلة تحت رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة في 2019/3/13م. الحكم الصادر في الدعوى المسجلة تحت رقم 2019/28م، الجلسة المنعقدة في 2019/6/26م.

² الجريدة الرسمية

ومع احترامنا لوجهة نظر من اعتمد المادة 21 أصلا للحكم بالفقد؛ إلا أن الحكم بالفقد لا يقتصر على تحديد معناه، بل يدخل فيه المدة، وهذه أهم عناصره، ولم يحددها القانون، ولهذا فإن القانون رقم 17 لا نرجح اعتماده مصدرا تشريعا للحكم بالفقد؛ وذلك من وجوه أهمها:

أ- عدم تحديد القانون لسلطة القاضي في مدة الفقد يعني الرجوع للفقهاء الإسلامي، والرجوع للفقهاء الإسلامي يحتاج لنص إحالة، والقانون رقم 17 لم يتضمن نص إحالة في الحكم بالفقد.

ب- تضمن الحكم بالفقد بعد مرور سنوات في ظروف يغلب على الظن الوفاة هو تبني للقول بتضييق سلطة القاضي في تحديد المدة؛ لأن توسيع سلطة القاضي يقضي في أكثر الصور المعروضة إلى الحكم بأن المفقود ميتا؛ وبالتالي فالاستدلال بالمادة 21 من القانون رقم 17 المشار إليه على حكم الفقد في الوقائع المعروضة في نماذج أحكام محاكم مدينة بنغازي محل نظر.

ت- الحكم بالفقد كتقرير واقع، يجعلنا في حاجة للانتقال لمرحلة أخرى، إلى متى يستمر من انقطع خبره مفقودا، ومصدرها الفقهاء الإسلامي، والرجوع للفقهاء الإسلامي يحتاج لنص إحالة، أي أننا نحتاج لنص إحالة لإنهاء حالة تجميد الحال بعد تقرير الحالة.

فمن نماذج محاكم بنغازي، ورد في حكم محكمة جنوب بنغازي الابتدائية: (المحكمة بذلك تعتبر أن ابن المدعي "...مفقودا طبقا لأحكام المادة 21/ب من القانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن أحوال القاصرين ومن في حكمهم).¹، وورد في حكم محكمة البركة الجزئية تأصيلا لحكم الفقد: (ووفقا للقانون رقم 17 لسنة 1992م بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم يعتبر مفقودا، وحيث كان الأمر كذلك فإن المحكمة تنتهي إلى إثبات فقدان شقيق المدعو "...)².

توضح نماذج الأحكام التي شملتها الدراسة عدم وجود نص إحالة مباشر لأحكام المفقود الصريح للفقهاء الإسلامي في التشريع الليبي، كما أن توسيع سلطة القاضي في الرجوع لأحكام الفقهاء الإسلامي لا يتناسب، والتأهيل الخاص لأعضاء الجهاز القضائي الليبي من حيث العموم، ولا يكفي أهلية عدد من

¹ - محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، الدائرة الأولى، رقم الدعوى 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م.

² - محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، رقم الدعوى 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م.

أعضاء الجهاز القضائي للاستفادة من أحكام الفقه الإسلامي وتوظيفها بصورة تحافظ على روح التشريع، ودون مساس بوحدة التشريع؛ ولهذا ظهرت الأحكام السابقة وكأنها تعود لتشريعات مختلفة في منهجيتها. ومن هنا تحتم ضرورة التدخل التشريعي لمواجهة تداعيات ظاهرة المفقودين؛ وذلك لإصدار تشريع خاص بأحكام الميراث، وعدم الاكتفاء بنص الإحالة في المادة 1 الفقرة الثانية من القانون المدني؛ إلا أن هذا الحل غير متيسر؛ وهذا يدفعنا للبحث عن بديل إن لم يعالج المشكلة يقلل من آثارها، وهذا ما دفعنا لعقد هذه الندوة مع نخبة من أعضاء الجهاز القضائي، والذين عايشوا الإشكالية عن قرب. وفي هذا الإطار أ طرح مقترحاً للنقاش، لا لأنه يمثل الحل الأمثل؛ ولكنه الممكن، والمتمثل في تطبيق نص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 لسنة 2012م بشأن إنشاء دار الإفتاء، حيث نصت على: (المرجعية في الفتوى إلى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم على المذهب السائد في البلد، وعند وقوع الاختلاف في المذهب السائد يكون الأحد بالراجح مما عليه اختيار إمام المذهب وكبار تلاميذه المتقدمين، ويجوز استثناء في بعض القضايا الاستعانة بغير المذهب السائد عند الحاجة رفعا للحرص العام).¹

وهذا المخرج يعود بنا لمنهج المشرع قبل قانون القضاء رقم 6 لسنة 2008م، حيث أحال قانون نظام القضاء رقم 55 لسنة 1976م إلى الفقه المالكي في أحكام الميراث، والاتجاه السائد في الأوساط القانونية والشرعية إلى أن المراد بالمذهب السائد في المادة سالفه الذكر هو الفقه المالكي، والإحالة للفقه المالكي تعفي القضاة من دورهم بالاجتهاد في النصوص أولاً، والجولان في المذاهب ثانياً، وهذه تساهم في تضيق دائرة الاختلاف في الأحكام بين المحاكم في ليبيا بالصورة التي أبرزتها النماذج محل الدراسة، كما أن الرجوع للفقه المالكي نقل للفقه إلى نص تشريعي؛ إلا أن السؤال الذي يطرح هل تعد الإحالة للفقه المالكي في المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 للفقه المالكي ملزمة للقضاة، على اعتبار أن قول المجتهد مصدر التشريع، تطبيقاً لقاعدة قول المجتهد دليل عامي، والمشرع عامي في استنباط الأحكام، أم أن الإلزام يخص دار الإفتاء، وفي هذا الإطار يطرح سؤالاً من جانب آخر، هل سلطات الدولة ملزمة

¹ -الجريدة الرسمية

بفتوى دار الإفتاء التي تدعو فيها الحاجة لفتوى في تصرف السلطات، كما هو الحال في الجهاز القضائي، وهذا مقترحات طرحه على سيادتكم لإبداء الرأي القانوني فيها وفق التشريعات النافذة. وإن كان الالتزام بالفقه المالكي يحقق شيئاً من التقارب بين المحاكم في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي، إلا أن إلزامية الفتوى بالفقه المالكي مسألة جدلية، خاصة في ظل سيطرة التيار السلفي، ودوره في الوسط القضائي لا يقل عنه في الشارع، فهل من إجراء يقوم به الجهاز القضائي لحسم جدل إلزامية الفقه المالكي؟

تتجه الأنظار في هذه المسألة للمحكمة العليا، فهل للمحكمة العليا من دور في هذه المسألة، وما هي آلياته، خاصة وأنها نتعامل مع واقعة تعد ظاهرة، وتداعياته تدعو لضرورة الحلول العاجلة. نخلص من خلال ما سبق إلى أن النص الذي يمكن اعتباره نص إحالة إلى الفقه الإسلامي هو نص المادة الأولى من القانون المدني، وانتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع وفقاً لنص المادة الأولى لا يحقق المراد من مقصد انتقال أحكام الفقه إلى تشريع، وذلك لحماية وحدة التشريع، كما أن رجوع القضاة مباشرة لنصوص الشريعة أو المبادئ وتوظيفها في تفاصيل أحكام المفقود غير متيسر وفق التكوين العلمي لأعضاء الجهاز القضائي، وقد أبرزت نماذج الأحكام محل الدراسة صعوبة رجوع القضاة لأحكام الفقه الإسلامي، وتوظيفها، مما يعين ضرورة المعالجة والبحث عن البدائل، وإن كان في الرجوع للفقه المالكي وفقاً لنص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 لسنة 2012م بشأن إنشاء دار الإفتاء قيام بدور الاجتهاد بدلاً من القضاة، وهو تحقيق لقاعدة قول المجتهد دليل العامي؛ إلا الأمر محل جدل من جانب إلزام القضاة بالفقه المالكي، كما أن الرجوع الفقه المالكي وأسس وقواعده العامة ليست متيسرة للقضاة بشكل عام، وإن اتقنها القليل، وهذا يجعل ضرورة أن يكون الحل من الجهاز القضائي نفسه؛ وذلك إلى أن تحل أزمة التشريع في ليبيا.

وبهذا أختتم الحديث عن الإشكاليات القانونية والعملية لأساس انتقال أحكام المفقود في الفقه الإسلامي إلى تشريع في ظل النظام التشريعي الليبي، وما تثيره من إشكاليات، والعقبات التي تعترض الفرص المتاحة في الفقه الإسلامي؛ وذلك من خلال تطبيق قاعدة قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وننتقل للجوانب العملية لأسس أحكام المفقود في التشريع الليبي والواقع العملي وتداعياته.

الأساس الثاني: سلطة المشرع في مدة الحكم بموت المفقود.

تشكل المدة التي تعطي المشرع أو القاضي الحق في الحكم بموت المفقود محور أحكام المفقود، وتعد أكثر الأسس تأثيراً بواقع الحياة، وتطورها، ومنها تنطلق الحلول المقترحة، وتحدد العقوبات، ومن خلالها يمكن معالجة تداعيات بقية الأحكام المتعلقة بالمفقود؛ ولهذا صُدّرت الحديث عن الفرص التي تسمح بها أسس أحكام المفقود في التشريع الليبي، ومتطلبات الواقع العملي، وتداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا.

إن تعارض المصالح في أحكام المفقود، وقيام المشرع بالموازنة يقوم على المدة التي يحكم بعدها بموت المفقود، وطبيعة حكم المشرع بين الكشف والإنشاء، ففي إطالة المدة تقديم لمصلحة المفقود، لإعطائه فرصة أطول في الانتظار، وإطالة مدة الحماية لماله، وفي الجانب الآخر إطالة المدة حرمان للورثة من الاستفادة من أموال المفقود، وهذا إهمال لمصلحتهم في مقابل مصلحة المفقود، والأثر يتضاعف في حق الزوجة، حيث أن في إطالة المدة إطالة لفترة الحرمان من فرصة الزواج، وقد تصل إلى مرحلة فوات الفرصة، ومضاعفة المقاومة لشهوات الدنيا، وإطالة مدة التبعية، وحرمان لها من بعض الحقوق التي تمنحها الدولة للأرملة، كالضمان.

وفي المقابل قصر مدة الحكم بموت المفقود تقديم لمصلحة الورثة والزوجة على مصلحة المفقود، ففي جانب الزوجة إنهاء لحالة الحرمان من الزواج، واستقلالية لها، وتمتعها بما تقرره التشريعات من حقوق للأرملة، وأهمها الاستفادة من الضمان.

والفرص التي يسمح بها تطبيق أحكام الفقه الإسلامي تختلف باختلاف الفقهاء في دور القاضي، واختلاف منهجية توظيف الأحكام؛ وذلك وفقاً لآراء فقهاء المذاهب في سلطة المشرع في تحديد المدة. ولإنزال أساس أحكام المفقود المتعلقة بالمدة في الفقه الإسلامي وقائع المفقودين في ليبيا نفرق بين بناء الحكم على الظاهر، وبناء الحكم على المعنى، لأن آراء الفقهاء بمثابة النص للمشرع، وتعدد الآراء للمشرع كتعدد النصوص للمجتهد؛ ولهذا نبين سلطة القاضي في الفقه الإسلامي على واقع المفقودين في ليبيا وفقاً للمنهجيتين، أي ظاهر الآراء، ومعناها.

وتمثل ظاهرة المفقودين في ليبيا وصورها واقعة الحال التي يتم إنزال أحكام الفقه الإسلامي عليها، تصور الشيء جزء من حقيقته، وظاهرة المفقودين في ليبيا بدايتها كانت من أحداث 17 فبراير

2001م وما صاحبها، فقد تعرض ليبيا بسبب الاقتتال وانهيار المؤسسات، واستمرار النزاع بعد التحرير لموجة فقد تعددت أسبابها، واستمرت إلى تاريخ كتابة هذا البحث، سنة 2020م، ولإنزال أحكام الفقه الإسلامي على ظاهرة المفقودين وتداعياتها، والحلول المقترحة والعقبات نلخص أهم وقائعا في الآتي:

الحالة الأولى: من فقد أثناء القتال بين نظام القذافي والمقاتلين لإسقاطه.

من فقد بسبب القتال بين الطرفين، أو قبض عليه من طرف أجهزة أي من الطرفين في المدن التي يسيطر عليها كل طرف فترة القتال بسبب موقفه السياسي، أو بأي ظرف آخر لم يتمكن من معرفته، أو من فقد مع مجموعة تم قتلهم جميعا عدا، وعدم عده من القتلى لعدم وجود جثته فقط.

وبعد سقوط نظام القذافي وقتله وإعلان التحرير، اقتحمت كل سجون نظام القذافي، ووجود أماكن لسجناء النظام غير متصورة في غالب الأمر، لا أقول مستحيلة رغم ندرته؛ فهو لا يتجاوز السنة الأولى، كما أن النجاة من النظام، وافتراض وجوده داخل البلد حر وعدم ظهور حاله غير متصور غالبا؛ لأن القتال ضد النظام السابق أو القبض على الشخص من أجهزة النظام تعطي صاحبها مركزا متميزا لا تدعو للاختفاء، والخروج خارج البلد وعدم التواصل في ظل المنظومة الحديثة نادر.

وفي المقابل من قبض عليه من طرف المقاتلين من أنصار نظام القذافي حرص الحكام الجدد على إظهار حسن النية، وإثبات سمو الهدف الذي قاموا من أجله ضد نظام القذافي، وبالتالي أفصحوا عن القبض عن الشخصيات البارزة التي تم القبض عليها حالا، أما القبض في ظروف غامضة، فقد تحركت عدد من المنظمات الدولية لزيارة السجون، وبالتالي الغالب على الظن معرفة من قبض عليه من أنصار نظام القذافي خلال السنة الثانية على أبعد تقدير.

وظهور أحوال المفقودين إبان سقوط نظام القذافي من الطرفين في السنتين التاليتين على أبعد تقدير في أغلب الظن، خاصة بعد صدور قرارات متتالية بإخلاء الأماكن التي استغلتها بعض المجموعات المسلحة مستفيدة من هشاشة الوضع الأمني في الدولة.

أيضا نفرق بين من فقد في مناطق ليبيا، فمثلا من فقد في طرابلس غير من فقد في بنغازي، غير من فقد في بني وليد، وهكذا.

الحالة الثانية: من فقد بسبب الابتزاز، أو العناصر المتطرفة.

جمعنا بين الحالتين لاجتماعهما في الغموض، واشتراكهما في مدة عدم تصور عدم معرفة الحال غالبا، واتفاقهم في المسلك غالبا من حيث التصرف مع المفقود؛ لأن الهدف هو تحديد مدة الفقد والتي يعد بعدها المفقود ميتا حكما.

يبين الواقع المعاش للفقد بسبب الابتزاز المالي، أو الانتقام الشخصي أن انقطاع الخبر في الغالب لا يتجاوز السنة، إن لم يكن شهورا، خاصة عندما يكون الخطف من قبل أطراف غير منطوية تحت مؤسسة، ولا شبه مؤسسة، بل بعضها تصرفات فردية، أقرب لعصابات استغلت عدم وجود مؤسسة أمنية، إضافة لعدم وجود مقرات خاصة ومجهزة وثابتة للإخفاء، وعدم إمكانية توفير الرعاية الصحية الكافية للمختطفين لديها، وهذه الطرق للخطف ضعف أثرها أثناء اشتعال الحرب على طرابلس، كما أن الاختفاء بهذه الطريقة نادر في المدن التي توجد بها قوة شبه حكومية مسيطرة على الواقع داخل المدينة، ومن نماذج هذه المدن مصراتة، وبنغازي فترة القبضة الأمنية.

ويتفق الخطف من طرف الفرق المتطرفة في التعامل مع المخطوفين، حيث الغالب في شأنهم القتل؛ حيث أن أكثر المختطفين رجالات الجيش، أو أطراف يروا في قتلهم تقربا لله تعالى، كما يتفق الخطف بسبب التطرف الديني مع الخطف بسبب الابتزاز أو تصفية الحسابات في غلبة الظن بقتل المخطوفين.

الحالة الثالثة: الاختفاء في المدن التي تسيطر عليها قوة حكمتها بقوة السلاح، وفرضت نفسها على الحكومات بسبب الاستفادة منها في الموازنات، والنموذج الحي ترهونة في الغرب الليبي، وقد بين الواقع بغلبة الظن بوفاة من خطف أو قبض عليه في ترهونة، خاصة بعد دخول قوات الوفاق لترهونة. وتطبيق أحكام الفقه الإسلامي على هذه الحالات بفرضياتها المتعددة ينتهي إلى خضوع المدة لتقدير القاضي، وفقا لرأي الشافعية، وجانبا من الفقه الحنفي، وأربع سنوات وفقا لرأي الحنابلة، ويتنظر مدة التعمير وفقا لرأي المالكية وجانبا من الفقه الحنفي، إلا أن سلطة القاضي عند الشافعية وجانبا من الفقه الحنفي تتقيد بضرورة مرور مدة يغلب على الظن موته، وفقا لظروف الواقعة.

وهذا الحكم وفقا لظاهر الآراء، أما لو اعتمدنا المعنى فيمكن القول باتفاق فقهاء المذاهب عدا المالكية على خضوع تقدير المدة لظروف كل واقعة، ويعد المكان والزمان وشخصية المفقود وظروف

الفقد وزمنه محل اعتبار عند تقدير المدة من قبل القاضي؛ فتقدير مدة الفقد ليست مقصودة لذاتها، وتبنى على الغالب، واليقين لا يعد شرطاً في الحكم بموت المفقود؛ إلا إذا كان حكم موت المفقود بالبينة؛ وذلك لأن فقهاء المذاهب عدا المالكية وسعوا من سلطة القاضي في غير الحكم بالبينة، ونصوا صراحة على مؤثرات تحديد المدة، وإن اختلف فقهاء المذاهب الثلاثة في ذكر مؤثرات تحديد مدة الحكم بموت المفقود، وأكثر المذاهب الثلاثة عدت في المؤثرات أكثرها تضييقاً في سلطة القاضي، وهو المذهب الحنفي، فمن المؤثرات التي ذكرها الأحناف في المدة البلد والزمن والشخصية، والحالة الصحية، والمركز السياسي.

أما المالكية فتعد أكثر المذاهب شددت في المدة، وتمسكت بمدة التعمير، وأن دور القاضي في اختيار أي الآراء في مدة التعمير، فمثلاً القاضي وفقاً للمعاني التي ذكرها فقهاء الشافعية أو الأحناف يمكن أن يحكم بسنة، أو أقل، حيث تقيد وفقاً لرأي الأحناف بمؤثرات يمكن اعتمادها في تقصير المدة، وأن ما ذكر من مدد هي لغاية وليست لذاتها، والغاية هي الموازنة بين عدد من المصالح المتعارضة، والموازنة هي التي تحدد المدة، كما أن بعض عبارات الفقه الحنفي أطلقت لفظ المصلحة، في تحديد مدة الفقد، والأمر لا يختلف عنه وفقاً للمعنى في الفقه الحنبلي، وإن بدا ظاهراً في عبارات الفقه الحنبلي عدم النزول عن أربع سنوات؛ إلا أنهم عللوا المدة بأعلى مدة الحمل، وكأنها إشارة لحماية نسل المفقود، وهذا هل يمكن تقيد به بأربع سنوات وفق التقدم التقني في تحديد وجود حمل مستكن من عدمه.

ويترتب على تبني قول المذاهب الثلاثة، واعتماد المعنى خضوع تقدير المدة للسلطة التقديرية للقاضي، والموازنة بين المصالح المتعارضة، ولا حاجة وفق هذه الرؤية لتحديد المدة لأحكام خاصة للزوجة لحماية البنية الاجتماعية في جل صور الفقد لهذه الحالة، إذ أن توسيع سلطة القاضي وقناعة القاضي بضرورة تقديم مصلحة الزوجة لحماية البنية الاجتماعية، وفي ظل ضعف احتمالية بقاء المفقود حياً، يمكن للقاضي الحكم بموت المفقود بعد سقوط النظام، وإعلان التحرير والسيطرة على مقراته، من سجون وأماكن حجز، ولا تصور في الغالب اختفاء المفقود الذي وقف ضد النظام داخل ليبيا، لأنه يتمتع بمركز متميز في النظام الجديد، ولا خطر على خروجه، وكذلك الأمر في اختفائه الخارج؛ لسهولة التواصل، ولنفس أسباب الاختفاء بالداخل.

وبالحكم بموت المفقود تنتفي الحاجة لمعالجات آثار الفقد على البنية الاجتماعية، وعلى مصالح الأطراف.

وإن بدا للوهلة الأولى ضعف المعالجات وفق آراء الفقه المالكي، بناء على ظاهر رأي المالكية ومعناه، إلا أن دراسة الفكرة متكاملة للفقه المالكي تبرز معالجة الفقه المالكي لآثار إطالة فترة تجميد الحال للمفقود؛ ولكن من وجه آخر، وبمنهجية تختلف عن المذاهب الثلاثة، فجاءت المعالجات لأهم الوقائع المتصورة والمتعلقة بالزوجة على النحو التالي:

1- الزوجة إذا طلقت من أجل الاستقلالية عن قيود تبعيتها لأسرة زوجها، أو أهلها، والتخلص من آثار التبعية تحتفظ بحقها في الميراث، ويكون المفقود ميتا من تاريخ الفقد، وليس من تاريخ الحكم بموته، وذلك لأنها ترثه رغم انعدام سبب الميراث وهو النكاح، فزوجة المفقود عند المالكية إذا حكم بموت زوجها، وطلقت للفقد، ثم بعد ذلك حكم بموته ولو بعد دهر ترثه إن لم تتزوج عند المالكية قولاً واحداً؛ وبهذا عالج المالكية أثر إطالة الفقد على الزوجة إذا دعتها الاستقلالية للطلاق، ويسري هذا إذا كان القصد من الطلاق الحصول على ما تقرره الدولة من حقوق للأرملة كالضمان.

2- إذا طلقت الزوجة للأسباب السابقة، وظهر الزوج حياً، تعود لزوجها بالعقد الأول، وبالتالي تحافظ على كيان الأسرة.

3- إذا طلقت زوجة المفقود لفرصة الزواج، خوفاً من الزنا، أو لأنها صغيرة ولا أولاد لها، وأمل عودة زوجها ضعيفة جداً، وترغب في ممارسة حياتها، فإذا حكم بموت زوجها ولم تتزوج ترث زوجها قولاً واحداً، وبالتالي يعتبر الزوج كأنه حكم بموته يوم الفقد لا يوم الحكم بموته في حقها، وكذلك إذا عقد عليها ولم يدخل بها ترث زوجها في أرجح الآراء، وإذا تبين حياته تعود له بالعقد الأول، وإن عقد عليها الثاني ما لم يدخل بها، وهذا يحمي المرأة من المخاطرة عند اتخاذ قرار الانفصال حماية من الزنا، أو لاستقلالها، أو لحصولها على حقوق تقرها الدولة للأرملة.

إن هذه الأحكام تحمي زوجة المفقود من آثار إطالة الحكم بموت المفقود، وتجعل حكم الموت وكأنه من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم في حقها؛ وبهذا يكون الفقه المالكي قدّم حماية لزوجة المفقود وقدم مصالحها أكثر من المذاهب التي وسعت من سلطة القاضي في الحكم بموت المفقود، وبتقديم المذهب

المالكي لمصلحة الزوجة يكون قد وضع أساسا لحماية كيان الأسرة في مقدمة المصالح المتعارضة في أحكام المفقود؛ وهذا ما دفع فقهاء الأحناف بالدعوة بالإفتاء برأي المالكية بخصوص زوجة المفقود فقط؛ وذلك بسبب تضاعف أثره بسبب تغير الظروف، وحماية للمرأة من آثار إطالة مدة الفقد.

وأما تداعيات إطالة المدة على دور مال المفقود في البنية الاقتصادية؛ فجاءت معالجتها من أحكام المضاربات وعقود المشاركات التي أبرمها المفقود قبل الفقد، فالمعتمد في المذاهب عدم جواز المساس بها من الوكيل؛ إلا بإذن القاضي، وإذن القاضي على سبيل الاستثناء، أي إذا رأى مصلحة في إلغائها هي أولى بالاعتبار.

وبهذا ينحصر الخلاف بين المذاهب الثلاثة والمالكية في الموازنة بين المصالح بسبب مدة الفقد بين مصلحة الورثة، ومصلحة المفقود؛ حيث أن تقصير المدة وجعلها بيد القاضي أقرب لتقديم مصلحة الورثة، وإطالة المدة أقرب لتقديم مصلحة المفقود، وتظل المسألة خلاف في التقدير، ولعل في اختلاف الزمن والمكان والظرف أثره في الترجيح؛ ولهذا يرجح رجوعها للمشرع، أما ما يتعلق بالزوجة وحماية البنية الاجتماعية فقد اختلفت المذاهب في منهجية العرض، واتفقت من حيث المضمون.

وفي جميع الأحوال تبني معنى رأي المالكية دون وقوف على ظاهر اللفظ يصلح أن يكون أساسا للحكم بالتقصير المدة؛ وذلك إذا تعين معالجة الوقائع المعروضة على قاضي الموضوع بتقصير مدة الفقد.

ثانيا: سلطة المشرع "القاضي" في حفظ مال المفقود.

تعد سلطة المشرع أو القاضي كلا حسب الواقعة في حفظ مال المفقود من المسائل المتفق عليها في المذاهب الفقهية خلال فترة الفقد، فقد اتفق الفقهاء على أن المشرع أو القاضي وكيل المفقود، ويجب على المشرع أو القاضي وفق أحكام الفقه الإسلامي حماية مال المفقود، وتبدأ الحماية باكتساب المشرع أو القاضي صفة الوكيل عن المفقود، ويعين وكيله عنه، إذا لم يكن للمفقود وكيلاً عنه هو قبل فقده، وعلى القاضي حصر أموال المفقود، ومتابعة الوكيل في الإدارة، والقاضي مكلف بحماية أموال الوكيل صورة ومعنى، وبالتالي الإنفاق على الزوجة والقصر من الأبناء، والوالدين العاجزين من باب حماية أموال المفقود معنى، ومن حماية أمواله متابعة عقود توظيف الأموال من مشاركة ومضاربة، والتدخل عند شعور بخطر الاعتداء عليها واستغلال غيابها.

لقد تناول المشرع واجب حماية مال المفقود بالمواد 22 ، 23 من القانون رقم 17 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، فجاء نص المادة 22 على: (إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت له المحكمة قيما، لإدارة الأموال).¹

ونصت المادة 23 من ذات القانون على: (تأمر المحكمة عند تعيين القيم وفقا لأحكام المادة السابقة بإحصاء أموال الغائب أو المفقود، وتدار وفق إدارة أموال القاصر).²

وتطبيق ما نص عليه المشرع من حماية أموال المفقود يسمح بتوسيع سلطة القاضي في حفظ أموال المفقود؛ إذا طبق برؤية الفقه الإسلامي؛ إلا أن الحوار مع عدد من القضاة والمحامين³ والاطلاع على نماذج من أحكام المحاكم أبرزت وجود عدة إشكالات عملية في عرض أمر الفقد للقاضي المختص بحفظ أموال المفقود، أو الحكم بموته، وتطبيق أحكام الفقهاء، ونصوص القانون، ونختار نماذج من هذه الأحكام، ثم نذكر ملخصا لأهم الملاحظات التي يثيرها الجانب العملي في نطاق التشريع الليبي:

- نماذج من الأحكام التي اطلعنا عليها:

- الحكم الصادر من محكمة أبوعطني الجزئية، حين نص على: (حكمت المحكمة حضوريا:

ثانيا: اثبات فقدان المدعي "...بتاريخ 2011/4/16م بطريق الأربعين بمدينة اجدابيا.

ثالثا: تنصيب المدعية "زوجته" قيما شرعيا لإدارة أموال المفقود وإحصائها، ولها في سبيل ذلك فتح حساب باسمه بأحد المصارف، ولها حق السحب والإيداع على أولاده منها ومن غيرها بدون إشراف أو تقنير...وعليها القيام بكل ما فيه مصلحة عدا البيع والرهن، فلا بد من الحصول على إذن من المحكمة، وعليها أن تعد سجلا تدون فيه الداخل والخارج من أمواله تقدمه للمحكمة عند الطلب).⁴

¹ -الجريدة الرسمية

² -الجريدة الرسمية

³ -في إطار الوصول للواقع العملي تواصلت بعدد من أعضاء الجهاز القضائي والمحامين في كل من: طرابلس وبنغازي ومصراتة وزليتن ومسلاتة وبنني وليد، منهم على سبيل المثال المستشار علي أبورأس والمحامي الدكتور رافع الترجمان، والمستشار المجد الصفرني، والمستشار سالم ابوسنية والمستشار طلعت عمران. والمستشار خالد الشريف.

⁴ - محكمة بوعطني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، في الدعوى رقم 2017/323م، الجلسة المنعقدة في 2017/9/20م. -محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، الأولى، في الدعوى رقم 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م. - محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، الدائرة الأولى في الدعوى رقم 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م. -محكمة بني وليد الجزئية، الدائرة المدنية، في الدعوى رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة 2019/3/13م.

-الحكم الصادر من محكمة البركة الجزئية؛ حيث نص على: (أولا: إثبات فقدان المدعي "...، واعتباره مفقودا من تاريخ 2011/4م.

ثانيا: تعيين المدعي "شقيقه" قيميا شرعيا لإدارة أموال "المفقود"؛ وذلك ليقوم بجميع شؤونه وإتمام كافة الإجراءات المتعلقة بمعاملاته المصرفية والإدارية والمالية، وتخويله حق السحب من حسابه المصرفي للمفقود في "...، والإيداع واستلام الصكوك والتوقيع نيابة عنه فيما يخص ذلك إلى حين ظهوره حيا أو ميتا. 1

-الحكم الصادر من محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، حيث نص على: (أولا: اعتبار "المفقود" مفقودا.

ثانيا: تعيين المدعي " والده " قيميا على أمواله. 2.

- الحكم الصادر من محكمة بني وليد الجزئية، حيث نص على: (حكمت المحكمة حضوريا للمدعي، وللمدعي عليه غيابيا:

أولا: باعتبار السيد: "المفقود" مفقودا بتاريخ 2011/4/23م إلى أن يثبت حياته أو وفاته، أو صدور حكم باعتباره ميتا.

ثانيا: " تنصيب والده السيد..." قيميا لإدارة أمواله ، مع إلزام المدعي بمصاريف الدعوى. 3.

-الحكم الصادر من محكمة المدينة الجزئية؛ حيث نص على: (1- اعتبار المدعي عليه الأول مفقودا. 4، لم تتعرض لتعيين وكيل، ولا لإدارة أمواله، والدعوى رفعت من زوجته، وهي مطلقة ولها أولاد منه.

-نلخص أهم الملاحظات على الأحكام السابقة في الآتي:

1- أن دور القاضي في حماية أموال المفقود تناولتها المواد 22 ، 23 ، 24 ، 25 من القانون رقم 17 لسنة 1992 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم، وتضمنت هذه المواد ضرورة تعيين وكيل

¹ - محكمة البركة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية ، الأولى، في الدعوى رقم 2020/93م، الجلسة المنعقدة في 2020/8/26م.

² - محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، الدائرة الأولى في الدعوى رقم 2018/758م، الجلسة المنعقدة في 2019/4/14م.

³ - محكمة بني وليد الجزئية، الدائرة المدنية، في الدعوى رقم 2019/12م، الجلسة المنعقدة في 2019/3/13م.

⁴ - محكمة المدينة الجزئية، الدائرة الشرعية، الدعوى رقم 2008/102م، الجلسة المنعقدة في 2008/6/27م، والفقد كان في 2001م.

للمفقود، إن لم يكمل له وكيل، وضرورة حصر أموال المفقود، وإدارتها وفق أحكام القاصر؛ إلا أن الإشكالية في المفقود وصول أمر المفقود للمحكمة لتعيين وكيل؛ وذلك لأسباب أهمها:

أ- أن النيابة ليست طرفاً في دعوى تعيين وكيل المفقود ولا قرار إدارة أمواله، وبالتالي البلاغ عن إثبات حالة الفقد لا تصل للمحكمة عن طريق النيابة، والأقارب الذين يعينهم الأمر بشكل مباشر هم الورثة، والورثة خصوم للمفقود، لتعارض مصالحهم مع مصلحة المفقود، فمصلحة المفقود حماية أمواله من الجميع، ومصلحة الورثة التصرف في أمواله، باعتقادهم أنهم الأحق بها؛ خاصة إذا غلب ظن وفاته في واقع الأمر؛ لهذا لا ترفع دعوى المفقود أمام لقضاء إلا إذا ظهرت مصلحة للورثة سببها حقوق لا تقع تحت أيديهم إلا بحكم المحكمة.

ب- لا يوجد نص صريح في تقرير حالة الفقد أو الحكم بالموت، ونص المادة 21 من القانون رقم 17 بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم جدلي؛ وبالتالي يعود الأمر للفقهاء الإسلامي، وتطبيق القضاة لأحكام الفقه الإسلامي يجعل نص المادة 1 من القانون المدني هي السند القانوني الأوجه؛ إلا أنه يعوقه عملياً الواقع العملي للتأهيل العلمي للقضاة، ونماذج الأحكام محل الدراسة تبرز محاذير الإحالة للشرعية الإسلامية أو المبادئ العامة للشرعية الإسلامية في المسائل التفصيلية؛ ومنها خرق وحدة التشريع، وضياح للمقاصد لعدم استيعاب الفكرة في الفقه الإسلامي ومعانيها، وعدم القدرة للاستفادة من تطبيقات الفقه الإسلامي في نطاق الأسس وفلسفة الأحكام، وتكامل الموضوع عندما تتنوع جوانبه، وتتنازع الأسس، وتوظيفها، ومن هذا الباب معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، ومستجداتها.

وأحالت جدلية الرجوع للفقه المالكي من خلال نص المادة الحادية عشر من القانون رقم 15 بشأن إنشاء دار الإفتاء دون الاستفادة منها، والدليل عدم وجود أي إشارة إلى القانون المشار إليه في جميع نماذج الأحكام محل الدراسة، والتي تتجاوز العشرين حكماً، ومن مدن مختلفة، وفي جوانب مختلفة من أحكام المفقود.

2 - عدم تفرقة الأحكام القضائية محل الدراسة بين الحكم بالفقد، ومصدره الفقه الإسلامي، والحكم بحفظ مال المفقود، ومصدره القانون رقم 17 المشار إليه، ودلالة الأحكام القضائية على عدم التفرقة من وجوه أهمها:

أ- الاستدلال بالقانون رقم 17 المشار إليه على حكم الفقد رغم أن القانون لم يتعرض للحكم بالفقد، والمدة التي يحكم بعدها بالموت، بل تناول القانون التعريف، وتنظيم فترة الفقد، وهي حفظ الأموال، وإدارتها، ونص المادتين 22، 23 من القانون المشار إليه صريح في هذا المعنى، فجاء نص المادة 22 على: (إذا لم يكن للغائب أو المفقود وكيل عينت له المحكمة قيما، لإدارة الأموال).¹

ونصت المادة 23 من ذات القانون على: (تأمر المحكمة عند تعيين القيم وفقا لأحكام المادة السابقة بإحصاء أموال الغائب أو المفقود، وتدار وفق إدارة أموال القاصر).²

وفي المقابل جاء نص المادة الثامنة عشر من القانون المشار إليه على النحو التالي: (يتولى شئون القاصر وليه، أو الوصي المختار أو من تعينه المحكمة وصيا أو قيما).³ فاقصر القانون رقم 17 على تنظيم حفظ أموال المفقود ظاهرة، لأن تعيين الوكيل بعد الحكم بالفقد.

أما المادة 21 الفقر ب من القانون المذكور فقد اقتضت على تعريف المفقود، وهذا تصلح أساسا لتحديد المفقود، أما تحديد سلطة القاضي في الحكم بالفقد أو الموت، فلا اعتقد أن المادة تسعف في هذا، والقضايا التي تناولتها الدراسة إشكالياتها الحقيقية هي، هل مرور هذه الفترة التي تتراوح بين ثلاث سنوات وتسعة في ظروف كل واقعة يظل معها من انقطعت أخباره مفقودا، أم أنه في ميت حكما، ولو في بعضها، وهذا لا يتعلق بالتعريف، مما يستوجب الرجوع للفقهاء الإسلاميين، والرجوع للفقهاء الإسلاميين يحتاج لنص تشريعي، لم يذكر في كل الأحكام محل الدراسة.

ت- عدم الإشارة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الحكم بالفقد، رغم مرور مدة على الفقد لا تقل عن ثلاث سنوات، وتصل لتسع سنوات، وفي ظروف الغالب على الظن فيها وفاة المفقود، وتطبيق أحكام الشريعة يمنح القاضي سلطة الحكم بموت المفقود وفقا لرأي الشافعية والحنابلة، وجانباً من فقهاء الأحناف، واعتبار المفقود ميتا حكما في حق الزوجة عند الملكية.

3- عدم التفرقة بين الوكيل والوصي في إدارة أموال المفقود، فنص القانون رقم 17 المشار إليه على الوكالة لإدارة مال المفقود دليل على تبني أحكام الفقهاء الإسلاميين، والفقهاء الإسلاميين فرق بين الوكيل

¹ - الجريدة الرسمية

² - الجريدة الرسمية نفس العدد

³ - الجريدة الرسمية

والوصي، ولهذا لم يستخدم القانون لفظ الوصي في إدارة مال المفقود، بخلاف الحال عند الحديث عن تعيين من يدير أموال القاصر، وفي المقابل لم يستخدم المشرع في القانون المذكور لفظ الوكالة عند الحديث عن تولي أموال القاصر، وهذا دليل على تبني القانون لأحكام الفقه الإسلامي في التفرقة بين من يتولى إدارة مال المفقود ومن يتولى إدارة مال القاصر؛ ولهذا نصت صراحة بعض عبارات الفقه الإسلامي على أن الوكيل غير الوصي، كما أن تطبيقات الفقهاء ومقاصد ومعاني حفظ مال المفقود دلت على أن الورثة والزوجة خصوم للمفقود في ماله، وهذا ما اختلف فيه الوصي على القاصر، ولهذا تطبق أسس الفقه الإسلامي في أحكام حفظ مال المفقود والوكالة يقتضي عدم تكليف الوارث والزوجة وكلاء في إدارة المفقود، وإن كان لابد من تكليف قريب، فشرطه أن يكون من غير الورثة؛ خاصة في وقت ضعف الذمم؛ فأحكام حفظ مال المفقود موازنة بين عدد من المصالح المتعارضة، ومن المصالح المتعارضة مصلحة المفقود ومصلحة زوجته ومصلحة الورثة، وفقهاء الأحناف ذهبوا في إثبات الخصوم لبعده من هذا؛ حيث أجازوا أخذ كفيل من الزوجة والأبناء في أخذ النفقة، لاحتمال أن الزوجة مطلقة، وأن المفقود قد ترك للأبناء ما يكفيهم من النفقة؛ فكيف يسلم للزوجة مال المفقود بالكامل، والأمر أشد في حق الإخوة في واقعنا، رغم هذا نجد أن كل الأحكام التي بين أيدينا اتفقت في تعيين الأقارب، وجلهم من الورثة، زوجة أخ أب، وهذا إهدار لمعاني للغاية من شرط والوكيل، بل جعل المشرع هو الوكيل الأصلي، والقاضي وكيل القاضي عن المشرع، والوكيل الذي عينته المحكمة وكيل القاضي.

4- لقد انعكست نظرت القضاة لمن يتولى شئون المفقود على أحكامهم في ضوابط تعيين القيم والتزاماته، إذ اقتصر الأمر في جل الأحكام محل الدراسة على تعيين قيم لإدارة أموال المفقود، في حين أغفلت ضوابط الحماية، ومنها حصر أموال المفقود، وتقديم تقرير دوري "سنوي - نصف سنوي - ربع سنوي.. الخ" عن إدارة أموال المفقود، وهذه الإجراءات دلت عليها عبارات الفقهاء في دور وكيل المفقود؛ وهو ما تبناه المشرع في نص المواد 22 ، 23 من القانون رقم 17 المشار إليه، وكان القانون صريحا في الالتزام على المحكمة، وهذا ما لم تتضمنه جل نماذج الأحكام محل الدراسة، بل إن بعض الأحكام نصت على الفقد ولم تتعرض لتعيين قيم، فهل هذا للتقيد بطلبات الخصوم، وهذا يعني استبعاد دور القاضي؛ باعتباره وكلاء عن الغائب بقوة القانون؛ وذلك لاتفاق

الفقهاء على أن وكالة المشرع عن المفقود بقوة القانون، ولا تخضع لإرادة المفقود، أو أي طرف من أصحاب المصلحة في مال المفقود.

5- أن الفهم السائد في الأوساط القضائية أن تعيين قيم للمفقود لمصلحة أصحاب الحق في مال المفقود، فهو ينعقد بحسب الأصل لهم، وإذا لم يتقدموا بدعوى لتعيين القيم لا تلتزم به المحكمة من تلقاء نفسها، ولا دور للنياحة في تحريك دعوى لحماية مال المفقود، فهي ليست طرفاً، ولهذا عندما خلت الدعوى من أولياء المفقود لم تعين المحكمة وكلاء، والنموذج الذي عرضناه من الأحكام ولم تعين فيه المحكمة وكلاء الخصم في الدعوة مطلقة المفقود، ويؤيد هذا الاستخلاص أن جميع الأحكام التي اطلعنا عليها عينت المدعي وقيماً، والمدعي كان من الورثة، وهذا أخرج القاضي من كونه وكلاء أصيلاً عن المفقود؛ وهذا ما يخالف أحكام الفقه الإسلامي ظاهراً ومعنى في تحديد دور المشرع والقاضي في حماية مال المفقود صورة ومعنى.

6- يتبين من خلال وقائع الأحكام محل الدراسة أن الهدف من الدعوى هو إيجاد السند القانوني لوضع اليد على أموال المفقود التي ليست تحت يد الأولياء، ويتطلب وضع اليد عليها الإذن؛ وعكست الأحكام هذا المعنى؛ وهذا إهدار لكل معاني الحفظ التي ذكرها الفقهاء لدور المشرع في حفظ مال المفقود صورة ومعنى، ويجعل التفرقة بين وكالة المشرع وولاية الوصي على مال القاصر صورية، لا تتجاوز اللفظ.

وتتفق الأحكام التي اعتمدها للدراسة مع النماذج التي عرضناها في كل التفاصيل، فالأحكام محل الدراسة والتي يتجاوز عددها العشرين حكماً كانت موزعة بين مدن مصراتة وزليتن وبنغازي وبنى وليد، وروعي فيها التنوع في الموضوعات، والمدن، وأبرز ما بينته هذا الأحكام أن الحلول تكمن في إجرائين، أولهما: ضرورة إدخال النيابة العامة طرف في قضايا المفقود، وغياب دور النيابة العامة أهم سبب لعدم عرض حالات الفقد أمام القضاء، والموكل بحفظ مال المفقود، وثانيهما: وضع حلول لتوحيد منهجية أحكام القضاء في الفقه الإسلامية، بما يحافظ على وحدة التشريع، ويحصر الاختلاف في التفاصيل، وهو ما تفرضه طبيعة الأحكام القضائية؛ وهذا في الأصل لا يكون إلا عن طريق تشريع يتناول التفاصيل، وينحصر نص الإحالة في المسائل نادرة الحدوث، أو ما تضيق فيه دائرة الاختلاف.

وإن كانت الوسيلة الوحيدة لهذه المعالجة التشريعية، وهي غير متيسر الآن؛ إلا أن هذا لا يعني عدم وجود حلول لتخفيف الآثار على الأقل في الوقت الحالي، والعمل على أمل وجود سلطة تشريعية بوضع مقترح تشريع خاص بالميراث، ولعل في إبراز دور القاضي في الفقه الإسلامي في تحديد مدة الفقد من أهم الحلول المتيسرة الآن، ونص الإحالة في القانون المدني لانتقال أحكام الفقه الإسلامية المتعلقة بتوسيع دور القاضي وسيلة متاحة يمكن مناقشتها، وأضع هذا الأمر أمام القضاة لتقديم المقترحات لأنهم أقرب للواقع، وأكثر دراية في الجوانب القانونية؛ خاصة بوسيلة توحيد أسس الأحكام في المحاكم الليبية.

واختيار المدة؛ لأن تقصير المدة ينهي الحاجة للوكيل، ويسمح للزوجة بممارسة دورها في بناء الأسرة بفاعلية أكثر، ويساعدها في الحصول على ما أقرته التشريعات من حقوق للمرأة الأرملة، ويساعدها على إدارة شئون أسرتها، والتخلص من تداعيات التبعية الأسرية في ليبيا في وقتنا الحاضر.

ثالثاً: طبيعة حكم المشرع في ميراث المفقود.

يراد بالميراث هنا الإرث منه، وإرثه من غيره، أي إذا كان وارثاً، أو موروثاً.

هذه المسألة في الفقه الإسلامي دائرة الخلاف فيها بين فقهاء المذاهب ضيقة؛ إذ اتفق فقهاء المذاهب على أن حكم الحاكم منشئ لسبب الإرث من المفقود، كاشف في ميراث المفقود من غيره؛ حيث أن المفقود لا يرثه إلا من كان حياً وقت الحكم، سواء كان الحكم مبنيًا على البينة وحدد حكم تاريخ الوفاة، أو بني على الغالب ولم يحدد تاريخ الوفاة، فإذا حدد القاضي تاريخ الوفاة فيرث المفقود كل من كان حياً ذلك التاريخ، وإذا لم يحدد المدة يرث المفقود كل من كان حياً تاريخ صدور حكم القاضي، وإن اختلفوا في بعض التفاصيل، إلا أن أثر هذا الاختلاف ينتهي بتبني القول بتوسيع سلطة القاضي في تحديد مدة الفقد؛ حيث ينحصر في تبني القول بضرورة استمرار حالة الفقد إلى بلوغ المفقود سن التعمير، وفرضية استخدام سلطة القاضي قائمة على تبني القول بتوسيع سلطة القاضي، واعتماد معاني تحديد المدة، ومنها ربطها بالظروف والمكان والزمان، أما ميراث المفقود من غيره، فلا يرث المفقود من الغير إلا إذا تحققت حياة المفقود قبل وفاة المورث، فلا يرث المفقود من الغير إذا مات بعد الفقد، أو مات قبل تاريخ الحكم بموت المفقود إذا حدد الحكم تاريخ الوفاة؛ لهذا يوقف نصيب المفقود إلى أن يظهر أمره، فإن حكم بوفاته طبق الحكم من تاريخ الفقد لا الحكم، واعتبر ميتاً من تاريخ الفقد وإن ظهر حياً أعطي ما أوقف له، لثبوت حياته حال موت مورثه.

والإشكالية العملية التعامل مع كل ما يخص المفقود على أنه ماله، ويحكم ما آل إليه من ميراث غيره ومن ماله بحكم ميراثه، أو العكس، وهذه الحالة نادرة الحدوث في الجانب العملي، وهي انعكاس لعدم تعيين وكيل على أمواله والحكم بالفقد مجرد حصوله، فيفصل بين ماله، وما أوقف إليه من مورثه، ولهذا نكتفي بهذه الإشارة لسلطة القاضي في تحديد سبب ميراث المفقود في أحكام القضاء الليبي؛ وذلك من خلال الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي، تبقى إشكالية نص الإحالة، وهي عامة بكل أحكام المفقود التي مصدرها أحكام الفقه الإسلامي، وقد عرضنا هذه الإشكالية في فقرات سابقة، كما أن في توسيع سلطة المشرع في فترة الفقد تخفيف لتداعيات أحكامه على المجتمع بمختلف متعلقاتها.

نخلص من خلال ما سبق إلى أن توسيع سلطة المشرع، ومن ثم القاضي في أحكام المفقود في الفقه الإسلامي تعطي المشرع والقضاة فرصا كافية لمعالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، وأن تطبيق قاعدتي قول المجتهد دليل العامي، وحكم الحاكم يرفع الخلاف يحمي وحدة التشريع ويوسع الاستفادة من تنوع الفقه الإسلامي في إيجاد الحلول التي يفرضها تطور الحياة العصرية، ودون إخلال بالمصدر الإلهي لأحكامه؛ حيث أن حكم الحاكم يرفع الخلاف يدخل حكم الفقه الإسلامي في المنظومة التشريعية، ويحقق وحدة التشريع، وقول المجتهد دليل العامي يربط حكم الحاكم بالقرآن والسنة، وغيرها من المصادر التي أحالت عليها نصوص القرآن والسنة، وبالإحالة أصبحت جزءا من القرآن والسنة.

ورغم هذه الفرص التي يمنحها تطبيق أحكام الفقه الإسلامي بالرؤية التي عرضناها؛ إلا أن نماذج الأحكام التي اعتمدناها محلا للدراسة واللقاءات الحوارية مع عدد من القضاة والمحامين أبرزت إشكالات عملية قللت فرص الاستفادة من الفقه الإسلامي في معالجة تداعيات ظاهرة المفقودين في ليبيا، والبحث عن حلول عملية لتجاوز هذه العقبات هو موضوع هذه الندوة، ونحيل لسيادتكم هذا البحث؛ لإبداء ملاحظاتكم، فكما أن أعضاء الجهاز القضائي وفق تكوينهم العلمي يجدون صعوبة في توظيف أحكام الفقه الإسلامي بشكل واسع، واستحضار العمق والفلسفة، فإن البحوث من أساتذة الشريعة والفقه المقارن، والقانون بمختلف فروعهم يعترضهم القصور في غير مجال تخصصهم.

الخاتمة

أرجو أن أكون قد أصبت ضالتي في هذا العمل المتواضع، وأن أكون قد ساهمت ولو بشيء بسيط في إثراء المكتبة الإسلامية، وذلك بإزالة اللبس، وتوجيه الإشكاليات المثارة حول الاستفادة من الفقه الإسلامي موضوع دعم فاعلية التشريع، وتحديد المفاهيم القانونية في الفقه الإسلامي، وأن أكون قد أخرجت ما في مصادر الفقه الإسلامي من كنوز تنبئ عن مكانة الفقهاء، وقوة ما كان داعماً، وحافظاً لهم، وسرّ قوتهم وبعد نظرهم، وحرصاً على أن يكلل هذا العمل بالنجاح، وإتماماً للفائدة نعرض ملخصاً لأهم المقترحات.

- إعادة النظر في المناهج التعليمية المتعلقة بدراسة الجانب التشريعي للشريعة الإسلامية، بما يحقق الوقوف على عمق الفقه الإسلامي، من حيث الطرق والمناهج، فمن حيث الطرق الانتقال من التلقين إلى الفهم، ومن حيث المناهج معالجة النقص في مراحل التعليم المختلفة، وإعادة النظر في مناهج كليات العلوم الشرعية.

- على المؤسسات "أهمها دور الإفتاء"، والمؤسسات التعليمية والقيادات الدينية التطوير من نفسها ومواكبة حركة التطور الفكري، وعليها العمل على إعادة النظر في علاقاتها مع السلطة، ومع غيرها من أنصار الاتجاه المخالف، ومع المواطنين المخالفين لهم في الدين ومع المرأة، خاصة بالدول التي تعاني على المستوى الفكري في مجال الفقه الإسلامي.

- التركيز أكثر على الاجتهاد المؤسسي، وربط الأمة برمزيتها على مستوى المؤسسات؛ فالاجتهاد المؤسسي أقدر على التجاوب مع متطلبات الحياة العصرية.

- تعميق لغة الحوار بين الأطراف المكونة لبنية التشريع، وفق الخصوصية التي تسعى ليبيا لتحقيقها، وما يرسّخ مفهوم المشاركة الواسعة في صنع واتخاذ القرارات الحيوية.

- إن محاولة محاكاة بعض نماذج وقائع مشابهة وقعت زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، والصحابة والتابعين له محاذيره إذا لم تراعى الأسس والمنهجية ومقتضيات الواقع، ومستلزمات المعالجة؛ لهذا نقترح التعامل مع الأسس والمقاصد، خاصة ما تعلق بالشأن العام، والتي يغلب في الموازنة بين مصالح دنيوية متعارضة ومتجددة، والمجال القضائي أوسع مجالاته، وفي المقابل تشريعات الأحوال الشخصية أكثرها حاجة لمراعاة هذه الاعتبارات، عند التشريع وعند التطبيق.

-دعوة لرجال الشريعة ورجال القانون التقارب أكثر، وتضييق الهوة بين الفكر القانوني والشرعي في أذهان الطرفين، وأكرر عبارة نقلت عن عدد من رجال الفقه المقارن " لو اجتمع القانونيون والشرعيون لأحدثوا شيئاً.

- إعطاء الأولوية لتأهيل الكوادر البشرية؛ وفي مقدمتها من يقع عليهم عبء إدارة العملية الانتقالية من رجال قانون وساسة وفقهاء الشريعة؛ لأنها من مستلزمات المرحلة.

قائمة بأهم المراجع

- * - الأمدي - سيف الدين أبو الحسن علي بن محمد بن علي بن محمد - الإحكام في أصول الأحكام - ضبط الشيخ إبراهيم العجوز - بيروت - لبنان - دار الكتب العلمية - ط الخامسة 2005م.
- * - أبو زهرة - الدكتور ، محمد أبوزهرة - أصول الفقه - القاهرة - دار الفكر العربي - ب ط سنة 2006م.
- * - الباجي - القاضي أبو الوليد سليمان بن خلف ؛ إحكام الفصول في أحكام الأصول، تح د. عمران علي أحمد العربي، بيروت، دار ابن حزم، ط الأولى، 2009م.
- * - البدخشي - محمد بن الحسن - مناهج العقول ، ومعه شرح الأسنوي - نهاية السؤل - مكتبة علي محمد صبيح وأولاده - مصر - ب ط - ب ت .
- * - .البشري - المستشار طارق البشري - الوضع القانوني المعاصر بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - القاهرة - دار الشروق - ط الأولى 1996 م .
- * - ابن حزم - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم - الإحكام في أصول الأحكام - تح - محمد حامد عثمان - القاهرة - دار الحديث - ب ط - 2005 م.
- * - البوطي - الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي - السلفية مرحلة زمنية مباركة لا مذهب إسلامي - بيروت - دار الفكر المعاصر، دمشق - دار الفكر - ط 11 سنة 2009م.
- * - بن عاشور - الشيخ محمد الطاهر بن عاشور - تفسير التحرير والتنوير - طرابلس - دار الجماهيرية للنشر والتوزيع - تونس - الدار التونسية - ب ط - ب ت .
- * - ابن عابدين - محمد أمين - حاشية رد المحتار على الدر المختار - مع تكملة ابن حاسية ابن عابدين لنجل المؤلف - تح الشيخ عادل أحمد عبدالموجود وغيره - قدم له الأستاذ الدكتور محمد أبوبكر إسماعيل - الرياض - دار عالم الكتب - ط خاصة 2003م 458/6.

- *- بن طاهر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، بيروت، مؤسسة المعارف ، ط الثانية، 2003م.
- *- بن غلبون- محمد خليل بن محمد- التحفة في علم المواريث - تح السائح علي حسين -- طرابلس كلية الدعوة الإسلامية - ط الأولى - 1990 م .
- *-ابن قدامة- أبو محمد عبدالله بن أحمد- المغني- ويلييه الشرح الكبير لأبي فرج بن قدامة، القاهرة - دار الحديث-ب- ط سنة 2004م
- *- ابن القيم - شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي - إعلام الموقعين - القاهرة - دار الحديث - ب ط - ب ت .
- *- ابن الهمام- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري الحنفي- شرح فتح القدير - لبنان- سوريا- الكويت- دار النوادر- ط الأولى- 2012م.
- *- التسولي- أبو الحسن علي بن عبدالسلام التسولي- البهجة في شرح التحفة- ومعه حلي المعاصم لفكر بن عاصم للتاودي- بيروت - دار الكتب العلمية- ط الأولى سنة 1998م.
- *-الحطاب - أبو عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ومعه التاج والإكليل للمواق - بيروت - دار الفكر - ط الثالثة 1992 م.
- *-الحلو - ماجد راغب الحلو الدولة في ميزان الشريعة ! النظم السياسية - الإسكندرية - دار المطبوعات الجامعية ب ط 1996م.
- *- الديباني -عبدالمجيد عبدالحميد الديباني-- أحكام المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية- طرابلس- الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان-ط الثانية 1993م.
- *- الرازي،محمد الرازي فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين، مفاتيح الغيب، بيروت، دار الفكر،ط الأولى 1981م.

*- الرملي- أبو العباس أحمد بن محمد بن حمزة الرملي- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي - ومعه حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري_ ومعه حاشية أحمد عبدالرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشدي - بيروت - دار الفكر - ب ط 2004م

*-الرهوني، أبو زكريا يحيى بن موسى- تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل- تح- الدكتور يوسف الأخضر القيم- الإمارات العربية- دار البحوث والدراسات الإسلامية، إحياء التراث- ط الأولى سنة 2002م.

*- الزحيلي- الدكتور وهبة الزحيلي - أصول الفقه الإسلامي - سوريا - دمشق - دار الفكر - ط الثالثة 2005 م.

*- زهير، الدكتور محمد أبو النور زهير- أصول الفقه - دار المدار الإسلامي، بيروت- ط الأولى- سنة 2001م 75/4 وما بعدها.

*-السبكي - شيخ الإسلام تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي - الإبهاج في شرح المنهاج - تح الدكتور شعبان محمد إسماعيل - السعودية - مكة المكرمة - بيروت - لبنان - دار ابن حزم - ط الأولى 2004 م .

*-الشاطبي - الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي -الموافقات في أصول الشريعة - علق عليه الأستاذ محمد حسنين مخلوف - بيروت - دار الفكر - ب ط - ب ت .
*- الشربيني- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - تح عماد زكي البارودي وغيره - القاهرة - المكتبة التوقيفية - ب ط - ب ت .

*- الشيرازي، الإمام أبوإسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي ،التبصرة في أصول الفقه، تح محمد حسن هنتوا ، دمشق، دار الفكر، ب ط ، 1983م.

*. صبري- مصطفى صبري- موقف العقل والعلم والعالم من رب العالمين، وعباده المرسلين- القاهرة - دار الأفاق- ط الأولى سنة 2006م.

- * - الشوكاني - الإمام الحافظ محمد بن علي الشوكاني - إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول - تح - محمد حسن محمد إسماعيل الشافعي لبنان - بيروت - دار الكتب العلمية - ط الأولى - ب ت .
- * - العراقي، ولي الدين أبوزرعة أحمد بن عبدالرحيم - الغيث الهامع شرح جمع الجوامع - تح محمد تامر حجازي - منشورات محمد بيضون - دار الكتب العلمية - ط الأولى 2014م.
- * - عlish - الشيخ محمد عlish - منح الجليل على شرح مختصر خليل (بيروت - دار الفكر ب ط 1989م.
- * - عماد - د. عبد الغني عماد - الحركات الإسلامية في الوطن العربي، مركز دراسات الوحدة العربية بيروت لبنان، ط الأولى 2013م.
- * - العيني - بدر الدين أبو محمد بن أحمد - البناية في شرح الهداية - تح أيمن صالح شعبان - بيروت - دار الفكر - ط الثانية 1990م
- * - الغزالي - الإمام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي - المستصفي في علم الأصول - صححه محمد عبدالسلام عبدالشافعي - بيروت - دار الكتب العلمية - ب ط سنة 2000م .
- * - الفرضي - الشيخ إبراهيم بن عبدالله الفرضي - العذب الفارض شرح عمدة الفارض - دار الفكر - ط الثانية - 1993م .
- * - الفيوبي - الدكتور محمد إبراهيم - في مناهج تحديد الفكر الإسلامي - القاهرة - دار الفكر - ط الأولى 2000م.
- * - القرافي - شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - الذخيرة - تح الأستاذ محمد أبوطيرة - بيروت لبنان - ط الأولى 1994م.
- * - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول - بيروت لبنان - دار الفكر - ب ط - 2004م.

- *-القرطبي - أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري - الجامع لأحكام القرآن - بيروت - دار الشام للتراث - ط الثانية- ب ت .
- *-الكاساني - علاء الدين أبوبكر بن محمد - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - مصر - مطبعة الجمالية - ط الأولى 1910م .
- *-الماوردي- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي- الحاوي الكبير- ويليه بهجة الحاوي لابن الماوردي- بيروت- دار الفكر- ب ط - سنة 2003م .
- *-محمد-عوض محمد - دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي - دار المطبوعات الجامعية- مصر - الإسكندرية- ب-ط -سنة 1999م.
- *- المرصفاوي، د.حسن صادق المرصفاوي ،المرصفاوي في القانون الجنائي ، قانون العقوبات ، منشأة المعارف ،الإسكندرية ، ب ط ، ب ت.
- *- المكني-الناصر المكني- الإسلام والدستور-منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص- تونس ط الأولى - سنة 2014م .
- *-منصور - علي منصور- الشريعة الإسلامية؛ مدى صلاحيتها للحلول محل القوانين الوضعية، وكيفية ذلك؛ ضمن الوثائق والدراسات الخاصة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية - اللجنة العليا واللجان الفرعية لمراجعة التشريعات وتعديلها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ط1- 1972م .
- *- نافع -بشير موسى نافع وغيره، الظاهرة السلفية "التعددية التنظيمية والسياسات"،-مركز الجزيرة للدراسات. الدوحة قطر ط الأولى 2014م.
- *- النووي- الإمام محي الدين أبو زكرياء يحيى بن شرف -صحيح مسلم بشرح النووي- مراجعة محمد تامر - القاهرة - ب ت - ب ط.