فقه الموازنات و تطبيقاته في الاجتهاد القضائي المعاصر-الوصية الواجبة أنموذجا-

حســـــــينً صـــفية : طالبة دكتوراه،
كلية العلوم الإسلامية–جامعة الجزائر 1

الملخص

يتلخّص موضوع هذا البحث في إبراز دور فقه الموازنات في حسم الخلاف في كثير من المسائل المستجدة، التي تتجاذبها المصالح و المفاسد، من خلال عرضها على قواعد الموازنات، للوصول إلى الرأي الأكثر دقّة، وموافقة لمقاصد الشريعة الإسلامية.

و لما كان القضاء هو الميدان الذي يفصل فيه بين الخصومات، كان لزاما على القضاة أن يكونوا على درجة من العلم بفقه الموازنات، من أجل تصوّر المسألة تـــصوّرا دقيقا و النّظر في مآلاتها قبل تطبيق الحكم عليها.

و لتحقيق هذه الأهداف، تمّ تطبيق الجانب النظري على مسألة لا يزال العلماء مختلفين بشأنها، وهي "الوصية الواجبة"؛ فحاولت إخضاعها لميزان قـواعد التـــــرجيح و الموازنات، مع إبراز جوانب الخلل و الاضطراب في الاجتهاد القضائي الجزائري

الكلمات المفتاحية

المصالح، المفاسد، فقه الموازنات، الاجتهاد القضائي، الوصية الواجبة.

Abstract

This research highlights the role of Balance jurisprudence in resolving the dispute in many new life situations to access the most accurate view, which agrees the purposes of Islamic law.

Since the judiciary is the field in which disputes are separated, judges need to have a degree of knowledge in the Balance Jurisprudence, to conceive the matter and adapt it carefully and consider its tasks before applying the judgment.

In our paper, the theoretical aspect was applied to a question in which scholars still have controversial opinions.

المنارة للاستشارات

This is the "Imperative Testament".

We present in this case the interests and depravations based on this balance, with some aspects given in the Algerian jurisprudence judgment.

Key words: interests, depravations, balance jurisprudence, imperative testament.

المقدمة

الحمد للّه الذي هدى عباده لما يصلحهم و يسعدهم، و دفع عنهم ما يضرّهم و يشقيهم؛ و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين، و اهتدى بهديهم إلى يوم الدين، و بعد:

ممّا لا شكّ فيه أنّ الاجتهاد القضائي يحتاج إلى جملة من الضوابط و القواعد و المبادئ، التي ينبغي للقاضي مراعاتها عند النّظر في القضية محلّ النّزاع؛ و التي تعينه على تصوّر القضية تصوّرا صحيحا، و تكييفها تكييفا فقهيا دقيقا؛ قبل الوصول إلى إصدار الحكم المناسب لها.

و لما كان المقصد الأساسي للشريعة الإسلامية، هو جلب المصالح للناس، و دفع المفاسد و المضّار عنهم؛ و لكن بعض هذه المصالح قد تتعارض مع بعض المفاسد؛ كان لزاما على المجتهدين رفع اللبس عن النّاس، و بيان ما يغلّب من المصالح أو يدرأ من المفاسد، و ذلك وفق قواعد الترجيح و الموازنة.

و من أجل تأكيد ضرورة الإلمام بفقه الموازنات، و العمل به في العملية الاجتهادية، رأيت أن أكتب في فقه الموازنات و تطبيقاته في الاجتهاد القضائي المعاصر. و حدّدت مجال التطبيق في مسألة الوصيّة الواجبة، نظرا لتجاذب أطرافها بين المصالح، و المفاسد المتفاوتة من حيث الدرجة، و العموم و الخصوص، و القطع و الظن، ممّا يتطلّب إخضاعها للتحليل تحت مجهر قواعد الموازنات.

أهميّة البحث

تكمن أهميّة البحث في توضيح معنى فقه الموازنات، و طرق الموازنة بين المصالح و المفاسد، من خلال تطبيقها على المسائل المستجدة، و حسم الخلاف فيها، نظرا لخاصية الترجيح التي يتميّز بها.

إشكالية البحث

يتعرّض البحث لمشكلة تعارض المصالح العامّة مع المصالح الخاصّة؛ و تعارض المصالح الرّاجحة مع المصالح المرجوحة، و تعارض المصالح المعتبرة مع المفاسد، و طرق الموازنة بينها، و ما يترتّب عن ذلك في مسألة الوصيّة الواجبة.

المنارة للاستشارات

أهداف البحث

يهدف البحث إلى

-بيان أهميّة إعمال فقه الموازنات في المسائل المستجدة، و ما في ذلك من مراعاة لمجريات الواقع.

- ضرورة إخضاع الاجتهاد القضائي إلى الضوابط و القواعد التي تضبطه و تقيه من الوقوع في الزلل و الاضطراب.

-الإسهام في إبراز جانب من الفقه لم يتطرّق إليه الباحثون في مجال القانون في علاج مسألة الوصيّة الواجبة، و هو فقه الموازنة بين مصالحها و مفاسدها.

منهج البحث

اخترت لإنجاز هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي، من خلال عرض المسألة و سوق أدلتها، ثمّ تحليلها، للوصول إلى النتائج المرجوّة.

خطة البحث

قسّمت هذا البحث إلى مقدمة و ثلاث مطالب، و خاتمة.

المطلب الأول: تعريف فقه الموازنات و بيان أدلة مشروعيته.

المطلب الثاني: أهميّة فقه الموازنات في الاجتهاد القضائي و ضوابطه.

المطلب الثالث: تطبيق فقه الموازنات في الاجتهاد القضائي في مسألة الوصية الواجبة.

الخاتمة: و عرضت فيها أهم النتائج، و التوصيات.

المطلب الأول: تعريف فقه الموازنات و بيان أدلة مشروعيته

فقه الموازنات مركب لفظي من لفظين:"فقه" و "الموازنات"، و كعادة علماء الأصول، سنبدأ أولا بتعريف مفردات المركب من الجانب اللغوي،ثم نعرّج إلى التعريف الاصطلاحي.

أوّلا: تعريف الفقه

الفقه لغة: - بالكسر - العلم بالشيء و الفهم له، و الفطنة[1].

الفقه اصطلاحا: يطلق الفقه و يراد به معنيان:

الأوّل هو:"العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التّفصيلية"[2]؛ و هو بهذا المعنى يدلّ على الصّفة العلمية للإنسان، و التي يعدّ بها فقيها.

المنارة للاستشارات

المعنى الثاني: هو الأحكام الشرعية. فأُطلق أولا على العلم بالأحكام الشرعية، ثم أطلق بعد ذلك على الأحكام الشرعية نفسها، و هو المراد في نحو قولك: درست الفقه الإسلامي[3].

ثانيا: تعريف الموازنات

1- **الموازنة لغة**: من الوزن؛ و هو معرفة قدر الشيء، و هو أيضا: ثقل شيء بشيء مثله. و هي المفاعلة بين شيئين أو أكثر[4].

جاء في مختار الصّحاح: "وازن بين الشيئين موازنة و وزنا، و هذا يوازن هذا إذا كان على زنته أو كان يحاذيه"[5].

و تأتي الموازنة بمعنى التقدير[6]، كما في قوله اللّه تعالى: و انبتنا فيها من شيء موزون] الحجر: الآية 19[أي أنّه مقدّر بمقدار معيّن حسب ما تقتضيه الحكمة.

2- **الموازنة اصطلاحا**

أ- **عند الفقهاء القدامى**

لم يعرّف الفقهاء القدامى الموازنة، و لكنّهم أشاروا إلى مضمونها أثناء حديثهم عن تعارض المصالح و المفاسد، و تزاحمها؛ و يمكننا أن نستخلص تعريفا لها من خلال كلام بعض الأئمة، و من ذلك: ما ذكره الإمام ابن عبد السّلام في قاعدة "في الموازنة بين المصالح و المفاسد"، فقال: "إذا تعارضت المصلحتان و تعذّر جمعهما، فإن علم رجحان أحدهما قدّمت، و إن لم يعلم الرجحان، فإن علم التّساوي تخيّرنا، و إن لم يعلم التساوي، فقد يظهر لبعض العلماء رجحان إحداهما فيقدّمها، و يظنّ آخر رجحان مقابلها فيقدّمه.. و كذلك إذا تعارضت المفسدة و المصلحة"[7].

و يُفهم من كلام الإمام العزّ أنّ الموازنات إنّما هي الترجيح بين المصالح و المفاسد عند التّعارض سواء كان التعارض بين المصالح، أو بين المفاسد، أو بين المصالح و المفاسد.

و قريب من هذا الكلام ذكره الإمام الشاطبي فقال: "المصالح و المفاسد الراجعة إلى الدّنيا، إنّما تُفهم على مقتضى ما غلب، فإذا كان الغالب جهة المصلحة فهي المصلحة المفهومة عرفا، و إذا غلبت الجهة الأخرى فهي المفسدة المفهومة عرفا، و لذلك كان الفعل ذو الوجهين منسوبا إلى الجهة الرّاجحة.."[8]. و قال في مسألة الترجيح

المنارة للاستشارات

بين المصالح العامة و المصالح الخاصّة: "و الضابط في ذلك التوازن بين المصلحة و المفسدة، فما رجح منها غلب، و إن استويا كان محلّ إشكال و خلاف بين العلماء"[9].

فمن خلال كلام الإمام الشّاطبي يتّضح لنا مفهوم الموازنة بأنّه الترجيح بين المصالح و المفاسد بناء على الغلبة، فالفعل ذو الوجهين ينسب إلى الجهة الرّاجحة.

و عبّر الإمام ابن تيمية عن معنى الموازنة بين المصالح و المفاسد بأنّها: "ترجيح خير الخيرين و شرّ الشّرين، و تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، و تدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما"[10].

و هذا ما أكّده الإمام ابن القيّم حيث قال: "و إذا تأمّلت شرائع دينه التي وضعها بين عباده، وجدتها لا تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الرّاجحة بحسب الإمكان، و إن تزاحمت قدّم أهمّها و أجلّها، و إن فات أدناها؛ و تعطيل المفاسد الخالصة أو الراجحة بحسب الإمكان، و إن تزاحمت عطّل أعظمها فسادا باحتمال أدناهما، و على هذا وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه دالّة عليه، شاهدة له بكمال علمه و حكمته، و لطفه بعباده، و إحسانه إليهم. و هذه الجملة لا يستريب فيها من له ذوق من الشّريعة"[11].

ب- عند الفقهاء المعاصرين

عرّف المعاصرون الموازنة بنحو ما عرّفها به الأوائل، حيث يقول الدكتور يوسف القرضاوي: "فقه الموازنات نعني به جملة أمور: الموازنة بين المصالح بعضها و بعض.....

و أيها ينبغي أنيُقدم و يعتبر، و أيها ينبغي أن يُسقط و يُلغى...؛ و الموازنة بين المفاسد بعضها و بعض... و أيها يجب تقديمه، و أيها يجب تأخيره أو إسقاطه؛ و الموازنة بين المصالح و المفاسد، إذا تعارضتا، بحيث نعرف متى نُقدّم درء المفسدة على جلب المصلحة، و متى تُغتفر المفسدة من أجل المصلحة[12].

و هذا التعريف في حقيقته توضيح و بيان للمنهج الذي يعتمده المجتهد عند تزاحم المصالح و المفاسد، كما أنّه عرّف الموازنة بالموازنة، و هذا لا يكون في التعريف[13].

و عرّفه الدّكتور عبد المجيد السّوسوّة فقال: "فقه الموازنات هو مجموعة المعايير و الأسس التي يرجّح بها بين ما تنازع من المصالح أو المفاسد، و يعرف به أيّ المتعارضين ينبغي فعله، و أيّهما ينبغي تركه"[14].

و مما يعاب على هذا التعريف عدم الإيجاز و الاختصار، مع ما فيه من بيـــــان

المنارة للاستشارات

لوظيفة فقه الموازنات، و هذا لا يصحّ في التعريفات.

و اختار قطب الريسوني تعريفا جامعا فقال:"هو مسلك اجتهادي تقابل به المصالح و المفاسد المتعارضة تقديما للراجح الغالب على المرجوح المغلوب"[15].

و يدلّ هذا التعريف على أنّ فقه الموازنات هو جملة من المعايير و الأسس و الضوابط التي تؤلّف بمجموعها منهجا اجتهاديا يمكّن من ضبط النّظر في التّرجيح بين المصالح و المفاسد في ذاتها أو مع بعضها عند التّعارض.

ثالثا: الأدلة على مشروعية فقه الموازنات:

1- **الأدلة من القرآن**

وردت آيات عديدة تدل على مشروعية فقه الموازنة، منها ما يتعلّق بالموازنة بين المصالح بعضها مع بعض، و منها ما يتعلّق بالموازنة بين المفاسد بعضها و بعض، و منها ما يوازن بين المصالح و المفاسد؛ و بيان ذلك كالآتي:

أ/ في الموازنة بين المصالح: قوله تعالى: { أَجَعَلْتُمْ سِقَايَةَ الْحَاجِّ وَعِمَارَةَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ كَمَنْ آمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَجَاهَدَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَوُونَ عِنْدَ اللَّهِ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ} [التوبة: الآية 19-20].

فهذه الآيات تدلّ على أنّ الإيمان و الجهاد أفضل من عمارة المسجد الحرام و الحج و العمرة و الطّواف، و من الإحسان إلى الحجّاج بالسّقاية. فدلّ هذا على أنّ الأعمال تتفاضل عند اللّه، و أنّها ليست في درجة واحدة، و أنّه إذا تزاحمت المصالح فيقدّم أفضلها[16].

ب/ **في الموازنة بين المفاسد:** قوله تعالى: { يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ وَالْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ} [البقرة:217].

فالآية تدلّ على أنّ القتال في الشّهر الحرام كبير، و لكن فتنة المسلمين عن دينهم و الصّدّ عن المسجد الحرام أكبر عند اللّه من القتل، و بما أنّ القتال في الشّهر الحرام أهون من فتنة المسلمين عن دينهم، فقد جاز القتال درءا لما هو أكبر، و هذا يدلّ على أنّه إذا تعارضت مفسدتان و تعذّر درؤهما معا جاز ارتكاب أدناهما لدرء أعظمهما[17].

المنارة للاستشارات

/ في الموا زنة بين المصالح و المفاسد: قوله تعالى: {ولاَ تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ} [الأنعام: الآية 108] ففي هذه الآية حرّم الله سبّ آلهة المشركين، و إن كان فيه مصلحة –و هي إهانة آلهتهم –لأنّ ما يشتمل عليه السّبّ من مفسدة أعظم بكثير ممّا سيحقّقه من مصلحة، و هي دفع المشركين إلى سبّ الله تعالى، فنهى الله عن سبّ آلهة المشركين مع أنّ فيه مصلحة و ذلك درءا لمفسدة أكبر[18].

و هذا يدلّ على أنّه إذا تعارضت مصلحة و مفسدة، و كانت المفسدة أعظم من المصلحة فتترك المصلحة من أجل درء المفسدة.

2- **الأدلة من السّنّة**

وردت عدّة أحاديث تدلّ على مشروعية الموازنة، نذكر منها:

أ/ عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: "أَنّ النّبِيّ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَ سَلّمَ قَالَ لَهَا: "يَا عَائِشَةُ، لَوْلاَ أَنّ قَوْمَكِ حَدِيثُو عَهْدٍ بِجَاهِلِيّةٍ لَأَمَرْتُ بِالْبَيْتِ فَهُدِمَ، فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجَ مِنْهُ، وَ أَلْزَقْتُهُ بِالأَرْضِ، وَ جَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ، بَابًا شَرْقِيًّا، وَ بَابًا غَرْبِيًّا، فَبَلَغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ"[19].

و هذا دليل على تقديم أولى المصلحتين و دفع أكبر المفسدتين؛ و في ذلك يقول الإمام النووي عند شرحه لهذا الحديث:"فيه دليل لتقديم أهمّ المصالح عند تعذّر جميعها"[20].

ويقول الإمام ابن حجر:"و يستفاد من الحديث ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة... و فيه أيضا تقديم الأهمّ فالأهمّ من دفع المفسدة و جلب المصلحة، و أنّهما إذا تعارضا بدئ بدفع المفسدة، و أنّ المفسدة إذا أمن وقوعها عاد استحباب عمل المصلحة"[21].

ب/ ما أخرجه البخاري، و مسلم: " أَنّ أَعْرَابِيا بَالَ فِي الْمَسْجِدِ فَتَنَاوَلَهُ النّاسُ، فَقَالَ لَهُمْ النّبِيّ صَلّى اللّهُ عَلَيْهِ وَسَلّمَ: "دَعُوهُ وَ أَهريقُوا عَلَى بَوْلِهِ سَجْلًا مِنْ مَاءٍ أَوْ ذَنُوبًا مِنْ مَاءٍ، فَإِنّمَا بُعِثْتُمْ مُيَسّرِينَ وَ لَمْ تُبْعَثُوا مُعَسّرِينَ"[22].

قال الحافظ ابن حجر:"لم ينكر النّبيّ صلّى الله عليه و سلّم على الصّحابة، و لم يقل لهم لم نهيتم الأعرابيّ، بل أمرهم بالكفّ عنه للمصلحة الرّاجحة، و هي دفع أعظم المفسدتين باحتمال أيسرهما، و تحصيل أعظم المصلحتين بترك أيسرهما"[23]،

المنارة للاستشارات

و أكّد هذا المعنى النووي فقال: و فيه دفع أعظم الضّررين باحتمال أخفّهما ، أي أنّه لو قطع عليه بوله تضرّر و أصل التّنجيس قد حصل فكان احتمال زيادته أولى من إيقاع الضّرر به"[24].

المطلب الثاني: أهميّة فقه الموازنات في الاجتهاد القضائي و ضوابطه

قبل أن نبرز أهميّة فقه الموازنات، نحدّد أوّلا معنى الاجتهاد القضائي.

أوّلا: معنى الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي مركب وصفي من موصوف و صفة؛ فإذا جمعنا بين تعريف الاجتهاد - باعتباره موصوفا- و هو:"استفراغ الجهد و بذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية، و إما في تطبيقها"[25]؛ و بين صفته "القضائي" نسبة إلى القضاء و هو: " سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية الحقوق عامة، بالأحكام الشرعية"[26]؛ يمكننا أن نستخلص تعريفا للاجتهاد القضائي و هو أنّه: "استفراغ القاضي وُسْعَه في درك الأحكام الشرعية و تنزيلها على الواقع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، و صيانة الحقوق العامة"[27].

و يتّضح من هذا التعريف أنّ الاجتهاد القضائي لا يكون إلاّ في واقعة متنازع فيها – إما لعدم ورود نص فيها ، أو لورود نصّ ظني سواء في ثبوته أو دلالته - و أنّ ما يتوصّل إليه القاضي يكون ملزما لأطراف الخصومة.

و في المفهوم القانوني ينحصر الاجتهاد القضائي في مجال تطبيق نصوص القوانين المقننة ، أو في مجال استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النصّ. و هذا ما أشار إليه الدكتور محمد سلام مدكور في تعريفه بأنّه: "المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النصّ"[28].

ثانيا: أهميّة فقه الموازنات في الاجتهاد القضائي و ضوابطه

يحتاج القاضي في اجتهاده إلى الإحاطة بفقه الموازنات بين المصالح و المفاسد لإصدار الحكم على وجه من الدّقّة و الصّحّة؛ و لا يمكنه ذلك إلاّ بدراسة المسألة المتنازع فيها من خلال الموازنة و الترجيح بين المصالح و المفاسد المتعلقة بها. فمعرفة التّعامل مع المصالح المتعارضة و الموازنة بينها من الأمور الضرورية في الاجتهاد القضائي، لأنّ المصالح و المفاسد تتفاوت فيما بينها حكما و درجة و عموما و

المنارة للاستشارات

خصوصا و وضوحا و خفاء... و كلّ ذلك يحتاج إلى تأنّ في تقدير المصلحة أو المفسدة، و النّظر إلى الآثار المترتبة على كلّ منهما[29].

و للموازنة بين المصالح و المفاسد لا بد من مراعاة جملة من الضّوابط أهمها:

- أن يراعي في اجتهاده تقديم أعلى المصالح رتبة، و درء أعلى المفسدتين رتبة: فيقدّم الضروري من المصالح على الحاجي و التحسيني و يقدّم الحاجي على التحسيني[30]؛ و يدرأ المفسدة المرتبطة بالضروريات بارتكاب المفسدة المرتبطة بالحاجيات أو التحسينيات، و هكذا الحال إذا تعارضت مفسدة الحاجيات مع مفسدة التّحسينيات. تطبيقا للقاعدة الفقهية: "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما"؛ و قاعدة "الضرر الأشدّ يزال بالضّرر الأخفّ"؛ و قاعدة "يختار أهون الشّرّين أو أخفّ الضّررين".

- أن يراعي المصلحة العامّة على المصلحة الخاصّة: لأنّ المصلحة العامّة أكبر قدرا و أوسع أثرا من المصلحة الخاصّة[31]؛ و في رعايتها رعاية لحقّ الفرد ذاته، و من هنا كان "اعتناء الشّرع بالمصالح العامّة أوفر و أكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصّة"[32]. و هذا هو مقتضى العدل إذ لو رجّحت المصلحة الخاصّة لكان في ذلك إضرار ببقية أفراد المجتمع[33] و لهذا استقرّ في قواعد الفقه أنّه: "يتحمّل الضّرر الخاص في سبيل دفع الضّرر العام".

- أن يراعي تقديم المصلحة الراجحة على المصلحة المرجوحة[34]: و المصلحة الراجحة هي التي لا تخالف نصّا أو إجماعا أو قياسا قام الدّليل على صحّته. قال الإمام الغزالي: "كلّ مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب و السّنّة و الإجماع، و كانت من المصالح الغريبة التي لا تلائم تصرّفات الشرع، فهي باطلة مطروحة، و من صار إليها فقد شرّع"[35].

و لا تعتبر المصلحة إلا من جهة الشرع: فالشرع لا يعتبر المصلحة المجلوبة و المفسدة المدفوعة من مقاصده، إلاّ ما تعلّق بها غرض صحيح، يقول الإمام القرافي: "لا يعتبر الشارع من المقاصد إلا ما تعلّق به غرض صحيح، من جلب مصلحة أو درء مفسدة، و لذلك لا يسمع الحاكم الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة"[36].

- أن يرجّح درء المفسدة على جلب المصلحة: فإذا كانت المفسدة أكبر من المصلحة، أو مساوية لها[37] قدّم دفع المفسدة غالبا؛ لأنّ اعتناء الشّرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات"[38]؛ أما إذا كانت المصلحة أكبر من المفسدة: فيقدّم جلبها و تحصيلها على درء المفسدة، و تحتمل المفاسد الأخف في سبيل تحقيق المصلحة

المنارة للاستشارات

الكبرى. قال الإمام السيوطي مستدركا على قاعدة (درء المفاسد أولى من جلب المصالح): "و قد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة"[39].

و إذا تأمّلنا أحكام الشريعة الإسلامية وجدناها لا تخرج عن هذا الأصل؛ و هذا ما أكّده ابن القيّم فقال:"مبنى الشريعة على دفع أعلى المفسدتين باحتمال أدناهما، و تحصيل أكمل المصلحتين بتفويت أدناهما، بل بناء مصالح الدّنيا و الدّين على هذين الأصلين"[40].

و بالإضافة إلى الضوابط السابقة، لابد أن يكون القاضي ملمّا بالأعراف و العوائد، فهي تعينه على تحديد المصالح و المفاسد التي تخضع لها البيئات المختلفة، و تساعده على تنزيل النّصوص على الوقائع، حسب ما فيها من المصلحة أو المفسدة، و أن لا يجمد في قوالب و عبارات معينة[41]؛و "من سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم"[42].

و من هنا فإنّه لا يحق للقاضي الحكم في قضية تتزاحم فيها المصالح و المفاسد دون مراعاة هذه الضّوابط، و خاصّة في واقعنا المعاصر الذي كثر فيه تزاحم المفاسد مع المصالح، نظرا لغلبة الهوى، و كثرة مستجدات الحياة، لا سيما و أنّ أغلبها متأثر بالحضارة الغربية، التي لا تلتزم بدين، و لا تعير القيم الأخلاقية أي اهتمام في حياتها.

المطلب الثالث: تطبيق فقه الموازنات في الاجتهاد القضائي في مسألة الوصية الواجبة

بعد هذا العرض السريع لمفهوم فقه الموازنات، و بيان أهميته و ضرورته في الاجتهاد القضائي، لا بدّ لنا أن نبيّن التطبيق العملي لهذا الأصل، في مسألة تتزاحم فيها المصالح و المفاسد، و هي *مسألة* الوصيّة الواجبة، و سنعرّفها أولا، ثم نبيّن مستندها الفقهي، و ما يترتب عليها من مصالح أو مفاسد ثمّ نوازن بينها للوصول إلى القول الراجح في المسألة.

أوّلا: تعريف الوصية الواجبة

أ-الوصية في اللغة:

الوصية مصدر وصّى و وصى –بالتشديد و التخفيف– و معناها الوصل[43].و تطلق على اسم المصدر، و يراد بها فعل الموصي، و منه قوله تعالى:{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ }[المائدة، الآية:106].

و تطلق على اسم **المفعول**، و يراد به الموصى به، و منه قوله تعالى:

{مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} [النساء، جزء من الآية11].

المنارة للاستشارات

كما وردت بمعان متعدّدة، منها: الفرض، و العهد، و الاتصال؛ و يرجع التمييز بينها إلى قرينة السياق.

ب- الوصية في اصطلاح الفقهاء

عرّف الفقهاء الوصية بتعريفات متقاربة، لا تختلف من حيث الجوهر و المضمون، و خلاصة هذه التعريفات أن الوصية تصرّف في التركة مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان المملك عينا أم منفعة فهي عقد أو تصرف في مال؛ و بالتحديد هي:" عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"[44].

ج- تعريف الوصية الواجبة

عند الفقهاء المعاصرين: الوصية الواجبة مسألة معاصرة، لم يأت ذكرها في كتب الفقهاء الأوائل، و إنّما هي من وضع المشرّع القانوني، و عليه فقد عني بها الفقهاء المعاصرون في دراساتهم، فعرّفها الدكتور محمد الزحيلي بأنّها: "جزء من التركة يستحقه أولاد الابن المتوفى قبل أصله، أو معه، بأن لم يكونوا وارثين، وذلك بمقدار وشروط خاصة يأخذونه وصية لا ميراثا"[45].

و يؤخذ على هذا التعريف:

-أنّ الوصية ليست جزءا مستحقا من التركة و إنما هي اجتهاد مراعاة لمصلحة خاصة.

-أنّ الوصية تبرع و ليست واجبة، فلا بدّ من تحديد مصدر الوجوب و هو القانون.

أما عند الشيخ عمر سليمان الأشقر فهي: "تمليك نصيب معلوم من التركة، جبرا لفرع الولد الذي مات في حياة مورثه، بشروط مخصوصة"[46] و لعلّه الأقرب إلى الصّواب.

و يمكننا من خلال التعريفات السّابقة استنباط تعريف للوصية الواجبة و أنّها: "نصيب مالي أوجبه القانون في التركة لفرع الولد الذي مات في حياة مورثه، بشروط مخصوصة، يؤخذ وصيّة لا ميراثا".

و يستفاد من هذا التعريف ما يلي:

أ- أنّ هذه الوصية واجبة بحكم القانون تمييزا لها عن الوصية الاختيارية.

ب- تحديد المستحقين لها في أولاد الابن و أولاد البنت.

ج-تحديد محل الوصية الواجبة في تركة الأجداد دون سواهم، و الجمع يشمل الأجداد و الجدات.

د- الإشارة إلى قيد "الشروط" ليشمل جميع الشروط التي يشير إليها القانون، و هي:

-ألاّ يكون الفرع وارثا لجدّه؛ فإن استحق شيئا من الإرث و لو كان قليلا فلا وصية في حقّه[47].

المنارة للاستشارات

- ألّا يكون المتوفّى قد أعطى الفرع بغير عوض ما يساوي مقدار الوصية الواجبة، على وجه الهبة، فإن أعطاه ما يساوي أقلّ منها، وجبت له الوصيّة بما يكمل المقدار الواجب فيها[48].

- ألاّ يتوفّر في الفرع مانع من موانع الإرث[49].

ثانيا: المستند الفقهي للوصية الواجبة

استند القائلون بالوصية الواجبة على جملة من الأدلة، أهمها:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ { - من القرآن: قوله تعالى:

1 الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} [البقرة، الآية: 180]. فهذه الآية و إن ذهب جمهور الفقهاء إلى أنها منسوخة، إلاّ أنّ جمعاً من التابعين و من بعدهم قالوا إنّ المنسوخ هو وجوب الوصية للوارث من الأقربين فقط، و ليس للأقربين مطلقاً و منهم الحسن البصري و سعيد بن المسيب، و ابن سيرين[50]، و رواية عن الإمام أحمد[5]، و داوود الظاهري و ابن حزم[52]؛ فهذه الآية أوجبت الوصية للوالدين و الأقربين غير الورثة، و آيات المواريث أوجبت الميراث للأقارب غير الورثة، و لا نسخ بين الآيتين، لأنّ النّسخ لا يكون إلّا حيث تعذّر الجمع بين الآيات[53].

و مع قولهم بأنّ آية الوصية لم تنسخ، اعتبروا أن عدم العمل بها أمر ديني، و أنّ الإنسان يأثم ديانة بتركها.

2- من السنّة الشريفة: ما رواه ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلّم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلاّ و وصيته عنده"[54]. و وجه الاستدلال على وجوب الوصية على كل من ترك مالا، أنّ الحقّ هو الشيء الثابت الذي لا يسوغ إنكاره؛ و أولى الناس بالوصية أقاربه الذين لم يرثوا[55].

3- **الاستدلال بالمصلحة المرسلة:** و هي التي يتحقق من الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، و لا تعارض حكماً أو قاعدة ثبتت بالنص أو الإجماع. و في تشريع الوصية الواجبة جلب مصلحة لأولاد الفروع الذين لا يرثون، و دفع مفسدة عنهم بأن لا يجمع عليهم مصيبة اليتم و مصيبة الحرمان من الميراث؛ مع

المنارة للاستشارات

العلم أنّه قد يكون الأب المتوفى قد ساهم في تكوين الثروة التي خلفها الجدود، و ورثها الأعمام و بنوهم، فيكون من العدل و الإنصاف إعطاؤهم بالوصية الواجبة ما كان يستحقّه أباهم لو كان حيّا[56].

4- **القاعدة الفقهية** و هي: أن "لولي الأمر حقّ تقييد المباح لما يراه من المصلحة العامة، و متى أمر به وجبت طاعته، و أنّ أمره ينشئ حكما شرعيا"[57]، فولي الأمر يلزم بتحقيق المصلحة، و ذلك بتقييد ما ترك تعيينه و تحديده، فحينئذ يتدخل و يحدد الأقربين بالأحفاد، و يأمر بإعطائهم نصيب أصلهم ما لم يزد عن ثلث التركة، على قاعدة أمر الإمام بالمندوب أو المباح يجعله واجباً[58].

5- **فقه ابن حزم الظاهري:** و هو مبني على ثلاثة أمور:

- وجوب إعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية واجبة إذا لم يوص لهم بشيء؛ فإن لم يقم بالوصية في حياته يجب على الوارث أو الوصي إخراجها من تركته.

وجوب الوصية ديانة و قضاء[59]، فإن لم ينشئها الموصي لأقربائه الذين لا يرثون وجبت على الورثة لقوله تعالى: {وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا} [النساء، الآية :8]، فإن امتنع الورثة من إخراجها، كان لولي الأمر ذلك.

-عدم تحديد الواجب من المال في الوصية قليلا كان أم كثيرا و ترك تحديد نصابها إلى اجتهاد ولي الأمر بحسب تصوره حسب ظروف التركة و عدد من يستحقون العطية.

هذا و قد **استدلّ مانعو الوصية الواجبة** بجملة من الأدلة أهمها:

1- لم يثبت عن النّبيّ صلى الله عليه و سلّم، أو عن صحابته - رضوان الله عليهم أجمعين – أنّهم أوصوا بوصيّة واجبة، و لو كانت واجبة لما تركها النبي صلى الله عليه و سلّم و لا الصحابة من بعده[60].

2- قول النبي صلى الله عليه و سلّم: "**إنّ** الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب"[61].

هذا الحديث يدلّ على أنّ الابن أقرب من ابن الابن، فلا يورث لأنّ الحديث ينصّ على أنّ الوصيّة تكون للأقرب فالأقرب و لكن يأخذون تفضلا و إحسانا من الورثة[62].

المنارة للاستشارات

3- إنّ قواعد الميراث تقتضي حجب الأبناء لأبناء الأبناء، أي أنّ الأقرب يحجب بالأبعد، بناء على قول رسول اللّه صلى اللّه عليه و سلّم: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر"[63]؛ و القول بالوصية الواجبة اجتهاد في مقابل النّص.

4- إنّ القول بالوصية الواجبة فيه توريث من لا ميراث له؛ ذلك أنّ من له حقّ الإيصاء قد مات، و ماله يتحوّل من لحظة موته إلى ملك الورثة حسب الشرع؛ و أيّ تصرّف في مال التّركة و اقتطاع جزء منها تحت أيّ مسمى هو تصرّف في مال الورثة بغير حقّ.

5- إنّ الوصيّة الواجبة تساوي بين ذوي الأرحام مع العصبات فيما يتعلّق بأولاد البنات، و أنّها تورّث ذوي الأرحام مع وجود من يحجبهم شرعا من ذوي الفروض و العصبات؛ و القانون بهذا يجعل الوصية الواجبة ميراثا مفروضا لأولاد من يموت في حياة أبويه[64].

6- إنّ تطبيقات الوصية الواجبة تتخلّلها الكثير من العيوب و الغرائب غير المعهودة في قواعد استحقاق التّركة في الميراث الإسلامي[65]، ممّا يدلّ على عجز العقل البشري و قصوره.

و أجابوا على أدلة المجيزين بما يأتي:

1- أجيب عن الاستدلال بقوله تعالى: { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ} [البقرة، الآية: 180] بأنّ الوجوب في الآية نسخ بآيات المواريث و توزيع المال على الورثة كما بيّنه اللّه تعالى، و أنّ الحقّ تحوّل من الإيصاء إلى الميراث[66]، و يؤكّد ذلك قول النبيّ صلى اللّه عليه و سلّم "إنّ اللّه أعطى كلّ ذي حقّ حقّه فلا وصيّة لوارث"[67].

2- و أجيب عن الحديث بأنّه ليس فيه ما يدلّ على الوجوب، و أنّ كلّ ما اشتمل عليه الحديث هو الحثّ على المبادرة بالوصيّة خوفا من أن يفاجئه الموت و هو على غير وصية، و مثل ذلك لا يلزم منه الوجوب، و أنّ قوله: "و له شيء يريد أن يوصي فيه" فقد فوّض الأمر في الوصيّة إلى إرادة الموصي فدلّ ذلك على عدم الوجوب[68].

3- أمّا عن الاستدلال بالقاعدة الفقهية فأجيب عنه: القول بأنّ الإمام له أن يأمر و ينظّم الأمور المباحة على أصلها مسلّم به، أمّا أمور الميراث فهي منظّمة و منصوص عليها، و لا يملك الإمام و لا المسلمون جميعا أن يضيفوا إليها أو ينقصوا منها، كما لا

المنارة للاستشارات

يملك الإمام و لا غيره أخذ مال أحد أو إعطاءه لغيره إلاّ بوجه حقّ، فهذا الأمر ليس بالمباح حتّى ينظّمه الإمام.

أمّا الاحتجاج بأنّ وليّ الأمر يجوز له إيجاب الوصية نظرا لفساد الذّمم، و فساد الزمّان؛ فإنّه يكون في ظروف خاصّة و مع حالات خاصة مراعاة للمصلحة، فإذا زال السبب الموجب للوصيّة بأن يكون الأحفاد أغنياء، أو قادرين على التّكسّب، و لا يخشى عليهم من الضياع أو الفاقة؛ فلا يجوز إيجاب الوصيّة لهم. و القول بعدم وجوب هذه الوصية لا يتنافى مع استحبابها لهم بما لا يزيد عن ثلث التركة.

4- أمّا الاستدلال برأي ابن حزم القائل بالوجوب، فقد أجابوا عنه بأنّه على فرض التسليم بوجوب الوصيّة على رأي ابن حزم فإنّه لا يحصرها في طائفة معيّنة أو فريق من الأقارب، و إنّما يجعلها عامّة لهم لقوله تعالى:{ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ} و أنّ لفظ "الأقربين" عام فيبقى على عمومه، ما لم يرد مخصّص، فقصر الوجوب على الأحفاد الذين يموت أبوهم قبل جدّهم من باب التّخصيص بدون مخصّص[69].

كما أنّ ابن حزم لم يوجب نسبة معينة أو نصيباً مفروضاً، و هم قد فعلوا ذلك بإعطائهم نصيب أمهم أو أبيهم، و أيضاً؛ فإنّ ابن حزم يرى أنهم يُعطون في حال أن يوصي الجد، و هم يجعلون لهؤلاء الأحفاد نصيباً و لو لم يوص الجد، فاختلف ما قاله ابن حزم عما نسبوه إليه.

و ردّ المؤيدون لقانون الوصية الواجبة على الاعتراضات السابقة بجملة من الرّدود أهمّها:

1- إنّ الوصيّة الواجبة ليس فيها تلاعب على الميراث، أو خروج على أحكامه؛ لأنّها وصيّة خاصّة و ليست ميراثا، و لذلك كانت أحكامها خاصّة، و إن أشبهت الميراث في بعض جوانبه إلاّ أنّها ليست ميراثا، بل تُخالف الميراث في جوانب أكثر.

2- كون الأولاد قد يكونون أغنياء فلا ضير في ذلك، لأنّ الوصيّة المندوبة و المباحة تجوز للأغنياء، و في هذه الحالة تحقّق الوصيّة هدفها الثاني، و هو التّوادد، و التآلف بين أفراد الأسرة، و صلة الأرحام؛ ثمّ إنّ هذا الاحتمال قليل في العادة، و الغالب أنّهم فقراء، و العبرة في الأحكام للغالب الشّائع لا للنادر[70].

المنارة للاستشارات

3- إنّ القول بالوصية الواجبة، و إن كان ضعيفا عمليا مقابل أقوال المذاهب الأربعة و الجمهور؛ فإنّ الأخذ به جائز للمصلحة العامّة، و مراعاة لتغيّر الظّروف التي يعيشها المسلمون اليوم من ضعف الوازع الديني، و انتشار الأنانية، و قلّة حرص الأقارب على كفالة الأيتام، مع غياب بيت المال الذي كان يرعى الأيتام و الفقراء عامة[71].

بعد عرض مستند واضعي قانون الوصية الواجبة، و أدلة المانعين لها، و الاعتراضات الواردة عليها جميعا، لا يسعنا إلاّ أن نوازن بين أدلة كلا الفريقين من خلال الموازنة بين المصالح التي تجلبها الوصية الواجبة، و بين المفاسد المترتبة عنها، لعلّنا نستطيع أن نخرج بالرأي الراجح في المسألة.

ثالثا: المصالح و المفاسد المترتبة عن الوصية الواجبة و الموازنة بينها

1-المصالح المترتبة عن الوصية الواجبة

الذين أوجبوا الوصية راعوا مصلحة الأحفاد، و حفظهم من الضياع، و درء الظلم عنهم؛ و ذلك من خلال:

أ- تخفيف معاناة اليتامى قدر المستطاع، كي لا يجتمع عليهم مع اليتم و فقد العائل، الحرمان من ميراث جدّهم.

ب- حماية الأحفاد من الضياع إذا مات أبوهم قبل جدّهم، و لا سيما مع قلّة الوازع الديني في هذا الزّمان و فقدان الروابط الاجتماعية و روح التكافل الاجتماعي.

ج- إقامة العدل و رفع الظلم الواقع بأبناء الأبناء إذ قد يكون الأب المتوفى قد ساهم في تكوين الثروة التي خلفها الجدود.

د- المحافظة على كيان الأسرة وحدة متماسكة، لكي لا يضطرب ميزان توزيع الثروة في الأسرة، فيصبح البعض في مترية بسبب موت الأب المبكر، و البعض الآخر من الأعمام يكونون في سعة و رغد من العيش.

2-المفاسد المترتبة عن الوصية الواجبة

الذين منعوا الوصية الواجبة، راعوا درء المفاسد المترتبة عنها، و التي تظهر جليا في الآتي:

أ- مخالفة النّصوص الشرعية الصّحيحة المتعلقة بقواعد الميراث الخاصّة بالحجب، و القاعدة أن "لا مساغ للاجتهاد مع النّص"، و القول بالوصية الواجبة اجتهاد في مقابل النّص.

ب- أخذ مال الغير بغير وجه حق؛ و التصرّف في مال التّركة و اقتطاع جزء منها تحت مسمى الوصية الواجبة هو تصرّف في مال الورثة بغير حقّ.

المنارة للاستشارات

ج- الزيادة على الشرع بما ليس منه: و ذلك بالزيادة على فرائض الله، و الإلزام بما لم تلزم به نصوص القرآن و السّنّة النبوية المأثورة[72]؛ مع ما يشعر ذلك بالنقص و التقصير في نظام المواريث-تعالى الله و تنزّه عن ذلك علوّا كبيرا –

3-الموازنة بين المصالح و المفاسد المترتبة عن الوصية الواجبة

من خلال عرض أدلّة كلا الفريقين، و ما أوردوه من اعتراضات، يمكنني أن أستنتج بعض قواعد الموازنة بين المصالح و المفاسد التي اعتمدها كلّ فريق، و بناء عليها خلص بعضهم إلى القول بوجوب العمل بالوصية الواجبة، و شدّد البعض الآخر في إنكارها. و يمكن تلخيص أهم نتائج تلك الموازنة فيما يلي:

أ/ الموازنة بين المصالح و المفاسد عند المانعين للوصية الواجبة: و أهم نتائجها

- إنّ مراعاة مصلحة الأحفاد الذين مات أبوهم أو أمهم في حياة جدّهم مصلحة خاصّة بالمقارنة مع مصلحة الورثة في عدم انتقاص حقّهم من الميراث؛ و القاعدة أنّ المصلحة العامّة مقدّمة على المصلحة الخاصّة.

- في تخصيص الأحفاد بوصية واجبة فيه مصلحة لهم و ذلك بحفظهم من الضياع لصغرهم و ضعفهم و فقرهم، و لكنها مصلحة ظنية لا قطعية؛ و الضّرر الذي يلحقهم متوقع و محتمل إذ قد يكونون أغنياء، في حين الضّرر الذي يلحق بالورثة جراء انتقاص جزء من حقّهم ضرر واقع، و القاعدة: أنّ "الضّرر لا يزال بالضّرر"، و "تقدّم المصلحة الراجحة على المصلحة المرجوحة".

- إذا كان في إيجاب الوصية للأحفاد جلب مصلحة لهم، فإنّ فيه مفسدة لغيرهم – و هم الورثة - ،و القاعدة أنّ "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح" لأنّ اعتناء الشرع بالمنهيات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات –و الوصية الواجبة مأمور بها قانونا لا شرعا -

- في تشريع الوصية الواجبة حفاظ على الأحفاد من الضياع بسبب ضعفهم و حاجتهم، و هي مصلحة ضرورية لحفظ نفوسهم؛ و لكنها تتعارض مع مصلحة حفظ الدّين بإدخال فيه ما ليس منه؛ و حفظ الدّين مقدّم على حفظ النّفس. و على القول بأنّ الوصية في حقّ الأقارب واجبة و لم تنسخ بآية الميراث، فإنّ حصر الأقارب في الأحفاد دون غيرهم تخصيص بدون مخصّص و افتئات على الشريعة. و العدل و الإنصاف لا يكون بتوريث من لا ميراث له، و إنّما يكون بتطبيق النّظام الاقتصادي الإسلامي،

المنارة للاستشارات

فيلزم الأعمام بالإنفاق على أبناء أخيهم جبرا إن كانوا صغارا و محتاجين حسب نظام النّفقات؛ و إن كان الأعمام فقراء فيتكفّل بهم بيت المال أو ما يقوم مقامه –أي الدولة -

ب/ الموازنة بين المصالح و المفاسد عند القائلين بوجوب الوصية: و أهمّ نتائجها

- إنّ في إيجاب ولي الأمر الوصية الواجبة و إن كان فيه ضرران: ضرر حرمان الفروع من الميراث، و ضرر إنقاص نصيب الورثة؛ و الضرر الذي يلحق الفروع أشد من الضرر الذي يلحق الورثة، لأنّ النقصان أخفّ من الحرمان، فيلجأ إلى النقصان دون الحرمان، عملا بقاعدة "إذا التقى ضرران يرتكب أخفهما".

- في الأخذ بالوصية الواجبة رعاية لمصلحة الأسرة و محافظة على تماسكها، و هي مصلحة عامة إذا قورنت بمصلحة الورثة في أخذ نصيبهم كاملا – و هي مصلحة خاصة – و المصلحة العامة مقدّمة على المصلحة الخاصّة.

خلاصة

من خلال الموازنة بين المصالح و المفاسد المترتبة عن قانون الوصية الواجبة، و ما لاحظناه من مستند القائلين بها، و الاعتراضات الواردة عليها، لا يمكن أن ننكر أنّها زيادة على فرائض الله، و إلزام بما لم تلزم به النّصوص الصّحيحة، و فيها من الغرائب و العيوب عند التطبيق ما لا يتوافق مع عدالة الميراث الشرعي– كما أشار إلى ذلك الإمام أبو زهرة -؛ و هي بالرّغم ما تهدف إليه من رفع الضرر عن الأحفاد الذين حرموا من الميراث، لموت مورّثهم قبل جدّهم، و لا يخفى ما في ذلك من جلب المصلحة لهم؛ إلا أنها مصلحة تتعارض مع مصلحة الحفاظ على قواعد الميراث في توريث الأقرب فالأقرب إلى الميت، و بهذا فهي اجتهاد في مقابل النّص.

و لكن إذا اعتمدنا مذهب القائلين بعدم ورود النّسخ في آية الوصية على الأقارب من غير الورثة، كانت الوصية في حقّهم واجبة ديانة؛ و يبقى الاختلاف في وجوبها قضاء، و هو محلّ النّزاع.

و العلماء إلى يومنا هذا لا يزالون مختلفين في هذه المسألة، ما بين مؤيّد و معارض؛ في الوقت الذي دخل فيه القانون حيّز التّنفيذ. و هنا لم يعد الأمر مقتصرا على الموازنة بين المصالح و المفاسد المترتبة عن الوصية الواجبة في حكم الأخذ بها؛ و إنّما لابدّ أن ننظر أيضا إلى المفاسد المترتبة عن الإفتاء خلافا للحكم القضائي، و الذي

المنارة للاستشارات

قدينشأ عنه خلل كبير في المجتمع، و صراع بين أفراد الأسرة الواحدة؛ كما أنه يحدث إرباكا من الناحية التنفيذية، فالذي يفتي بعدم الاستحقاق لا يملك السلطة التنفيذية لإمضاء الحكم.

و من هنا لا بدّ أن نأخذ المسألة من وسطها، و لا نتجاذبها من طرفي النقيض، فنقيّد الوصية الواجبة بأحكام الوصية الاختيارية، فنحدّدها بالثلث، و نحصرها في الأحفاد الفقراء –لكونها شرعت لهم استثناء –، و نراعي في تطبيقها عدم الإضرار بالورثة[73].

رابعا: الوصية الواجبة في القانون الجزائري

تنص المادة: 169 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه: "من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة، بالشرائط التالية..." (و هذه الشروط محددة في المواد الموالية لهذه المادة).

فقانون الأسرة الجزائري، يتضمن الوصية الواجبة في أربع مواد (منالمادة: 169-172)، تحت عنوان التنزيل[74].

و هي وصية تجب من إرث الميت للأحفاد بمثل ما كان يستحقه والدهم ميراثا في تركة أبيهم كأنّه حيا عند موت الجد، بشروط و هي :

- ألاّ يزيد عن الثلث، فإن زاد عن الثلث أخذ الأحفاد الثلث فقط.
- أن يكون الحفيد غير وارث.
- ألاّ يكون الجد الميت قد أعطاه قدر ما يجب له بوصية.

فالقانون الجزائري يحدد المستحقين بالتنزيل بأولاد الأبناء دون أولاد البنات الذين يسمون أسباطا و يشكلون مجموعة ذوي الرحم طبقا للمادة: 168؛ و يشترط فيهم أن يكونوا محجوبين بالابن (أي عمهم)، فإن حجبوا من الميراث و هو مركزهم الشرعي، انتقلوا إلى مركز قانوني يسمى: "التنزيل" لكونهم ضعفاء المركز المالي[75].

وقد جرت العادة في المجتمع الجزائري، بتنزيل هؤلاء الأحفاد من قبل جدهم، و يطلق عليه عامة الناس "الغرس"، أو "الغراسة"، أي أن الجد يغرس أولاد ابنه في موقع أبيهم، المتوفى قبله كي ينوبهم ما كان ينوب أباهم مع أعمامهم حين وفاة جدهم-المنزل-[76]، و خاصة في مرحلة ما بعد الاستقلال، حيث خلّفت الثورة التحريرية أولاد

المنارة للاستشارات

الشهداء، و هم يتامى استوجب الأمر تنزيلهم من طرف أجدادهم منزلة آبائهم، بسبب تعرّضهم للحرمان لحجبهم حجب إسقاط من أعمامهم، أو حجب نقصان من عماتهم[77].

و إذا حدث و أنّ الجد لم ينزّل (لم يغرس) أحفاده، فإنهمّ يحجبون بالأبناء باعتبار مركزهم الأقوى في علاقتهم بالمورث طبقا لقواعد الحجب في الميراث؛ و هذه الحالة هي التي جعلت الفقهاء و المشرعين القانونيين يشرّعون ما يسمى بالوصية الواجبة.

خامسا: موقف الاجتهاد القضائي الجزائري من الوصية الواجبة

اضطرب الاجتهاد القضائي الجزائري في تطبيق الوصية الواجبة، حيث أشارت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى أنّ المقصود من التنزيل هو ابن الابن الذي توفي أبوه قبل الجدّ؛ و اعتبرت في قرار آخر أنّ التّنزيل يشمل أبناء الأولاد و يشمل أولاد البنات؛ و لبيان ذلك نورد ما جاء في الحكم حسب قرارات المحكمة العليا:

-القرار الأول: جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/03/22 أنّه: "من المقرّر قانونا و شرعا أنّ التّنزيل لا يتمّ إلاّ بين الأصول و الفروع، و يكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفّى من قبل الأصل ليأخذ المنزّلون مناب المتوفى في حدود ما قرّره القانون و الشّرع، و لا يجوز الحكم بغير ذلك"[78].

-القرار الثاني: جاء في قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ: 2005/02/14 أنّ "مصطلح الأحفاد يشمل الذّكر و الأنثى، فابن البنت المورثة يحلّ محلّ والدته التي توفيت قبل أمّها و بعد صدور ق. أ يوم1984/06/09، وبمقتضى المادة 169 منه، أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون، و في قضية الحال ما دامت الجدّة قد توفّيت خلال سنة 1987، أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه، فالطاعن يعدّ حفيدا لها(أي ابن ابنتها)، و يستحقّ جزءا من تركتها بواسطة التنزيل....و لا يحقّ له أخذ جزء من مخلّفاتها بواسطة الوصيّة لأنّ المادّة 171 من ق. أ تمنع ذلك"[79].

و يرجع هذا الاضطراب إلى الأسباب الآتية

1/ بعض العيوب الشكلية في النصوص القانونية كازدواج اللغة، حيث وضع التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ثم تُرجم إلى اللغة العربية، و كان من جراء ذلك أن وجد أمام المحكمة نصان متناقضان: نصّ أصلي يقابله نصّ رسمي يناقضه[80]، كما في مسألة تحديد مصطلح الأحفاد: فالنص الفرنسي يصرّح بأنّ المقصود بهم هم أولاد الابن ((les descendants d'un fils décédé))[81]؛ أمّا النّصّ العربي، فقد ورد اللفظ فيه

المنارة للاستشارات

مطلقا: "من توفي و له أحفاد و قد مات مورّثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة".

و الحفيد في اللغة هو: ولد الولد[82]، و يشمل أولاد الأبناء و أولاد البنات على السّواء. و يرى بعضهم أنّ الحفيد يطلق و يراد به ولد الابن، أما أولاد البنت فهم الأسباط.

و الذي عليه علماء اللغة أنّ السّبط، بالكسر: ولد الولد، قال أبو العباس: سألت ابن الأعرابي: ما معنى السّبط في كلام العرب؟ قال: السّبط والسّبطان و الأسباط: خاصة الأولاد و المصاص منهم[83]. و قال ابن سيده: "السبط ولد الابن و البنت"[84]؛ و قال غيره: الأسباط: أولاد الأولاد و قيل: أولاد البنات، قال صاحب تاج العروس: "و هذا القول الأخير هو المشهور عند العامة، و به فرّقوا بينها و بين الأحفاد، و لكن كلام الأئمة صريح في أنه يشمل ولد الابن و الابنة، كما صرّح به ابن سيده"[85].

2/ الخلط بين مفهوم التنزيل و الوصية: فمصطلح التنزيل يستعمل في الميراث، حيث ينزّل الفرع منزلة أصله لو بقي حيّا، و لكن القانون حدّد لاستحقاق التنزيل ضوابط من أهمها ألا تتجاوز هذه الحصّة ثلث التّركة وفقا للمادة 170 من قانون الأسرة. و من هنا فإنّ القانون خلط بين المفهومين، التنزيل من جهة الشكل، و الوصية من جهة المضمون[86].

3/ تصنيف أولاد البنات من ذوي الأرحام، وفق المادة 168 من قانون الأسرة، و أنّهم يرثون عند الاستحقاق بالدّفع[87]، ممّا يدلّ على أنّ التّنزيل يخصّ أولاد الابن فقط، و إلّا كيف يرث أولاد البنت بالدّفع و يستحقون الوصية بالتّنزيل في الوقت نفسه؟

و بناء عليه كان على المشرّع الجزائري أن يحدّد لفظ الأحفاد بصورة واضحة و صريحة كما هو الحال في بعض التشريعات التي صرّحت بكونهم أولاد الأبناء و أولاد البنات، كالمشرّع المصري و المغربي و التونسي، فيعاد صياغة المادة 169 كالآتي: "من توفي و له أولاد ابن أو بنت – ذكورا و إناثا -، و قد مات مورثهم قبله...".

أو يعيد صياغة المادة على نحو تتطابق فيه مع النّصّ الأصلي باللغة الفرنسية، فتكون كالآتي: "من توفي و له أولاد ابن ذكورا و إناثا..."؛ فتنحصر الوصية الواجبة في أولاد الابن، و هو اختيار القانون الأردني.

المنارة للاستشارات

الخاتمة

بعد هذا العرض المتواضع لمسألة الوصية الواجبة، و مدى إخضاعها لمجهر فقه الموازنات يمكننا أن نخلص إلى النتائج الآتية:

1- إنّ فقه الموازنات هو تغليب مصلحة على أخرى، أو مفسدة على أخرى، أو درء مفسدة لغلبتها على مصلحة، أو العكس، وفق قواعد مخصوصة.

2- الموازنة بين المصالح و المفاسد من أهم قواعد مقاصد الشريعة الإسلامية.

3- فقه الموازنات من أهم ضوابط الاجتهاد القضائي، يحتاج إليه القضاة في تنزيل النّصوص على الوقائع المستجدة، و إصدار الحكم على وجه من الدّقّة و الصّحّة.

4- لابدّ عند الموازنة بين المصالح و المفاسد مراعاة تفاوتها من حيث الحكم و الدرجة و العموم، و الخصوص، و الوضوح، و الخفاء.

5- الوصية الواجبة من المسائل المستجدة المختلف فيها، و لابدّ من عرضها على القواعد الشرعية، و أخصها قواعد الموازنات.

6- الوصية الواجبة نظام مستحدث يأخذ حكم الوجوب قانونا، يلزم به القاضي بتخصيص جزء من التركة في حدود ثلث المال، لفرع الولد الذي مات في حياة مورثه، بشروط مخصوصة، يؤخذ وصّية لا ميراثا

7- رغم المصالح المرعية في الوصية الواجبة، إلا أن فيها تناقضات صارخة لا تتوافق مع قواعد الميراث الشرعي.

8- القول بوجوب الوصية الواجبة معلّل برفع الضّرر عن الأحفاد اليتامى و الفقراء، و لكن القوانين التشريعية، و التطبيقات القضائية لم تراع هذا الشرط، و عمّمتها لجميع الأحفاد المحرومين من الميراث فقيرهم و غنيهم، و هذا من أهمّ عيوبها.

9- انفرد قانون الأسرة الجزائري بإطلاق مصطلح التنزيل على الوصية الواجبة، مع الحفاظ على جميع شروطها.

10- عدم الفقه بطرق الموازنة، و عدم ضبط المصطلحات، يؤدي إلى اضطراب القرارات القضائية.

و الذي يبدو لي من خلال النتائج السابقة، ضرورة إعادة النّظر في هذه المسألة، لكثرة النقائص و العيوب المحتفّة بها –و خاصّة عند التطبيق– ممّا يؤكّد عجز العقل البشري عن التشريع.

كما يجب الانضباط بقواعد الموازنات في ترجيح المصالح و درء المفاسد، سواء في الفتوى أو القضاء، حفاظا على استقرار الأحكام، و وحدة المسلمين.

المنارة للاستشارات

الهوامش

1 – الفيروز آبادي: القاموس المحيط، شركة القدس- دار الطباعة الحديثة، مصر، ط 1/ 1430ه- 2009 م، ص 1396؛ و الفيومي: المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط2/ 1418هـ- 1997م، ص248.

2 - انظر: ابن السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ - 1995 م، (28/1).

3 - انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط الأولى/1418هـ-1998م، (65/1-66).

4- ابن منظور، لسان العرب، دار الجيل، بيروت، و دار لسان العرب، 1408ه -1988م، (920/6).

5 - الرازي: مختار الصّحاح، دار الإرشاد للنشر، سوريا، 2008م، ص 231.

6 - ابن منظور: لسان العرب، (921/6).

7- ابن عبد السّلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار القلم، دمشق، ط الأولى/ 1421هـ-2000م، (87/1).

8–الشاطبي ابراهيم بن موسى: الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (20/2).

9 -الشاطبي، المرجع نفسه، (282/2).

10 -ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، م.م.س، 1416هـ-1995م، (48/20).

11 -ابن القيّم: مفتاح دار السّعادة، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ص 350.

12 - د. القرضاوي يوسف: أولويات الحركة الإسلامية في المرحلة القادمة، مكتبة وهب للنشر و التوزيع، ص 09.

13 - ابراهيم بن علي بن محمد: "فقه الموازنات في الدعوة إلى اللّه"، ضمن أبحاث مؤتمر فقه الموازنات و دوره في الحياة المعاصرة، كلية الشريعة و الدّراسات العليا، جامعة أمّ القرى، 29/27شوال1434ه، (654/2).

14 –السوسوّة عبد المجيد: فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الإمارات العربية المتحدّة، دبي، ط الأولى/ 1425هـ - 2004 م، ص 13.

15 - د. الريسوني قطب: "انخرام فقه الموازنات أسبابه، و مآلاته، و سبل علاجه"؛ أبحاث مؤتمر فقه الموازنات و دوره في الحياة المعاصرة، كليّة الشّريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أمّ القرى، 29/27 شوال 1434هـ، (234/1).

المنارة للاستشارات

16 - انظر: ابن تيمية: مجموع الفتاوى، (3/28-6)؛ و القرضاوي: أولويات الحركة الإسلامية، ص 35-36.

17 - د.عبد المجيد محمد السّوسوة :فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ص16.

18- حسان حسين حامد: نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1971 م، ص 221.

19- أخرجه البخاري في كتاب الحج، باب: "فضل مكة و بنيانها"، (147/2)، (ح: 1586)؛ و مسلم في كتاب الحج، باب: "نقض الكعبة و بنائها"، (968/2)، (ح: 1333).

20- النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم، (89/9).

21- ابن حجر: فتح الباري، (448/3).

22- أخرجه البخاري في كتاب الوضوء، باب: صبّ الماء على البول في المسجد، (54/1)، (ح:220)؛ و مسلم: كتاب الطهارة، باب: "وجوب غسل البول و غيره من النجاسات"، (236/1)، (ح:284).

23- انظر: ابن حجر:فتح الباري، (325/1).

24- النووي: المنهاج شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط الثانية/ 1392هـ، (191/3).

25 - و هذا ما خلص إليه الدكتور عبد الله درّاز في تعليقه على «الموافقات» في تعريف الاجتهاد، انظر: دراز: هامش الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، (62/4)؛ و هو ما ذهب إليه الشيخ أبو زهرة انظر: أبو زهرة، محمد: أصول الفقه، دار الفكر العربي،ص 379.و هذا التعريف يجعل الاجتهاد على قسمين: أولهما خاص باستنباط الأحكام و بيانها، و الثاني خاص بتطبيقها، و هو ما يسمى بتحقيق المناط.

26- محمد الزحيلي: التنظيم القضائي في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط الثانية، 2002م، ص 63.

27 - الريسوني قطب: الاجتهاد القضائي المعاصر، ص11.

28 – مدكور محمد سلام، مناهج الاجتهاد في الاسلام، جامعة الكويت، 1393هـ- 1973 م، (338/2).

29 - د. سعيدي يحيى، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الكفاية، الجزائر، ط الأولى/1434هـ - 2012 م، ص 201.

30- انظر: الشاطبي: الموافقات، (14/2).

المنارة للاستشارات

31- انظر: يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، المعهد العالي للفكر الإسلامي، 1415هـ- 1994م، ص 191؛ و ابن عاشور: مقاصد الشريعة، دار النفائس للنشر و التوزيع، الأردن، ط الثانية/ 1421هـ- 2001م، ص 279.

32 - انظر ابن عبد السلام، القواعد الكبرى، (158/2).

33 - السّوسوة: فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ص 57.

34 - انظر: العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، (87/1).

35 - الغزالي: المستصفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط الثالثة/1414هـ- 1993م، (311-310/1)..

36 - انظر: القرافي: الفروق، عالم الكتب، (دط. دت)، (7/4 و 22).

37 - و قد أنكر الإمام ابن القيّم وجود هذا القسم، و لكنّ كثيرا من العلماء أثبت إمكانية التساوي بين المصالح و المفاسد، و منهم الإمام الغزالي، و العز بن عبد السلام، و ابن السبكي، و غيرهم. انظر: ابن القيّم: مفتاح دار السّعادة، ص 897؛ و الغزالي: إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، (100/4)، و ابن عبد السلام: قواعد الأحكام، (136/1)؛وابن السبكي: الإبهاج في شرح المنهاج، (136/1).

38 - انظر: السيوطي: الأشباه و النّظائر، دار الكتاب العربي، بيروت، ط الرابعة/1418هـ-1998م، ص 179؛ و ابن نجيم: الأشباه و النظائر، دار الفكر، سورية، دمشق، ط الأولى/1403هـ-1983م، ص 99.

39 - السيوطي، مرجع سابق، ص 179.

40 - انظر: ابن القيّم، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 27/ 1415هـ- 1994م، (425/3).

41 -د. الحسين آيت السّعيد، مقاصد الشريعة بين الانضباط و التّسيّب، ندوة "الاجتهاد و التجديد في الشريعة الإسلامية و التحديات المعاصرة"، مركز الدراسات و البحوث الإنسانية و الاجتماعية بوجدة، المملكة المغربية، ط الأولى/ 1432هـ-2011 م، ص240-241.

42 - ابن القيم: إعلام الموقعين، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط الأولى/1423ه، (166/2).

43 -انظر: ابن منظور: لسان العرب، (939-938/6)؛ و الرازي: مختار الصّحاح، ص232.

44 - محمد بن قاسم الأنصاري، الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، دار الكتب العلمية ط الأولى/ 1350هـ، ص 528.

المنارة للاستشارات

45 - محمد الزحيلي، الفرائض و المواريث و الوصايا، دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، ط الأولى/1422هـ- 2001م، ص 585.

46- عمر سليمان الأشقر: الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس، الأردن، ط الأولى/1997 م، ص 183.

47 - انظر: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية – دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية، دار الفكر العربي، 1409هـ-1988م، ص 200؛ و ابن شويخ الرشيد: الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط الأولى/ 1429هـ-2008 م، ص 116.

48 - مصطفى شلبي: أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط الرابعة/1402هـ-1982م، ص 235؛ و أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ص 200.

49 - العربي بلحاج: أحكام المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 221.

50 - انظر اختلاف الفقهاء حول نسخ آية الوصية: ابن العربي: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الثالثة/ 1424هـ/2003م، (102/1)؛ و الجصاص: أحكام القرآن، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط الأولى/ 1415هـ- 1994م. (202/1)؛ و ابن جرير الطبري: جامع البيان، مؤسسة الرسالة، ط الأولى/ 1420هـ-2000م، (389/3).

51 - انظر: ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، ط الأولى/ 1408هـ- 1987م، (105/4).

52- انظر: ابن حزم: المحلى بالآثار، دار الفكر، بيروت، (دط،دت) ، (353/8-354).

53 - انظر: الصابوني: نظام الأسرة و حلّ مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2001م ص 261.

54 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب: الوصايا، و قول النبي صلى الله عليه و سلّم: وصية الرجل مكتوبة عنده، (2/4)، (رقم: 2738)

55 - انظر: د. أحمد فراج حسين، و محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث و الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 م، ص101.

56 -انظر: ابن نجيم، الأشباه و النظائر، ص 137؛ و السيوطي: الأشباه و النظائر، ص233.

57 - نفس المرجعين، نفس الصفحات.

58 - محمد الزحيلي: الفرائض و المواريث و الوصايا، ص 593.

المنارة للاستشارات

59 - جاء في المحلى: "وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا" من طريق البخاري عن ابن عباس قال: "فلا و الله ما نسخت، و لكنها مما تهاون الناس بهما، هما واليان، وال يرث و ذلك الذي يرزق، و وال لا يرث فذلك الذي يقول بالمعروف يقول: "لا أملك أن أعطيك". – و عن عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق قال: "هي واجبة يعمل بها و قد أعطيت بها". و عن أسماء بنت عبد الرحمان و القاسم بن محمد ابني أبي بكر الصديق: أن عبد الله بن عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق قسم ميراث أبيه عبد الرحمان، و عائشة يومئذ حية فلم يدع في الدار مسكينا و لا قرابة إلاّ أعطاهم، و تلا الآية:" وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ..." يراجع: ابن حزم، المحلى، (346/8).

60- انظر: أبو زهرة: شرح قانون الوصية الواجبة، ص 221.

61- أخرجه البخاري في الأدب المفرد، كتاب صلة الرّحم، باب: بر الأقرب فالأقرب، ص35، (رقم: 60)؛ و صحّحه الألباني بلفظ: "أنّ الله يوصيكم بأمهاتكم، ثمّ يوصيكم بأمهاتكم، ثمّ يوصيكم بأمهاتكم، ثم يوصيكم بالأقرب فالأقرب".

62- أحمد العجوز، الميراث العادل في الإسلام بين المواريث القديمة و الحديثة و مقارنتها مع الشرائع الأخرى، ص244.

63 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب ميراث الولد من أبيه و أمّه، (150/8)، (رقم : 6732)؛ و مسلم، في كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها، (1233/3)، (رقم: 1615).

64- أبو زهرة: شرح قانون الوصية، ص 194.

65- أبو زهرة: أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي،ص 246-247؛ و عبد الرحيم، و د.حامد جامع: القرابة و الميراث في المجتمع بين القواعد الشرعية و التصرفات الواقعية، مكتبة الثقافة الدينية، بور سعيد، 1413هـ-1993 م،ص 194.

66 - انظر: الطبري: جامع البيان، (389/3)؛ و الجصاص: أحكام القرآن، (202/1)؛ الكاساني:بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، ط الثانية/ 1406هـ - 1986 م، (331/7).

67 - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب: ما جاء لا وصية لوارث، (434/4)، (رقم: 2121)، و قال عنه: حديث حسن صحيح.

68 - الشوكاني:نيل الأوطار، دار الحديث مصر، ط الأولى/ 1413هـ -1993م(42/6).

69- محمد رياض، أحكام المواريث بين النّظر و التّطبيق العملي، الدار البيضاء، المغرب، ط 1/ 1998 م ص 234.

المنارة للاستشارات

70 - انظر: محمد الزحيلي، الفرائض و المواريث و الوصايا، ص 594.

71- المرجع نفسه، ص 594-595.

72- انظر: أبو زهرة: أحكام التركات و المواريث، ص 258.

73 - و إلى مثل هذا أشار الإمام أبو زهرة، فرغم انتقاده للوصية الواجبة، و اعتبارها زيادة على فرائض الله تعالى، إلاّ أنّه اقترح مجموعة من الحلول للخروج بالطريقة الأمثل في تطبيقها. انظر: أبو زهرة: أحكام التركات، ص248-251.

74- انفرد القانون الجزائري بإطلاق مصطلح التنزيل على الوصية الواجبة، و يقصد به جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة. انظر: نصيرة دهينة: علم الفرائض و المواريث، دار الوعي، رويبة، الجزائر، ط1/ 1436هـ-2015م، ص 374-375؛ و العربي بلحاج: أحكام المواريث، ص 218-219.

75 - صالح ججيك الورتلاني: الميراث في القانون الجزائري، ط الثانية، د ت ن، ص 91.

76- المرجع نفسه، ص 92.

77- الشيخ أحمد حماني: استشارات شرعية ومباحث فقهية، منشورات قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، ط الأولى/2001 م (280/3).

78 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 95385، المجلة القضائية، لسنة 1995، العدد1، ص 134.

79 -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 335503، مجلة المحكمة العليا، 2005، العدد2، ص387.

80-انظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (7/1-9).

81 - نصيرة دهينة، مرجع سابق، ص 375.

82 – الفيروز ابآدي، القاموس المحيط، 275؛ و ابراهيم أنس، المعجم الوسيط، دار الأمواج، بيروت، لبنان، ط الثانية/1410هـ-1990م، ص 184.

83- انظر: ابن منظور: لسان العرب، (87/3)؛و الزبيدي، تاج العروس، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط الأولى/ 1414هـ- 1994م، (273/10).

84- ابن منظور، مرجع سابق، (87/3).

85 - الزبيدي، تاج العروس، (273/10).

86 - ابن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث، مرجع سابق، ص 61-62.

87 - وسّع القانون المصري دائرة المستحقين للوصية الواجبة لتشمل أولاد الأولاد مطلقا – أي أولاد البنين مهما تكن طبقتهم، و الطبقة الأولى من أولاد البنات -

المنارة للاستشارات