



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة سعد دحلب - البليدة -

كلية الحقوق

التنزيل (الوصية الواجبة) في ظل قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تخصص القانون العقاري و الزماني

تحت إشراف / الدكتور محمودي مراد

مقدمة من الطالب / دغيش أحمد

لجنة المناقشة

- الدكتور / محمد حسين مقبول، استاذ التعليم العالي (جامعة الجزائر) : رئيساً
- الدكتور / محمودي مراد، أستاذ محاضر (جامعة البليدة) : مقراً
- الدكتور / العيد حداد، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً
- الأستاذ / بن شويخ رشيد، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً
- الأستاذ / إسطنبولي محي الدين، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة سعد دحلب - البليدة -

كلية الحقوق

التنزيل (الوصية الواجبة) في ظل قانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

تفص القانون العقاري و الزراعي

تحت إشراف / الدكتور محمودي مراد

مقدمة من الطالب / دغيش أحمد

لجنة المناقشة

- الدكتور / محمد حسين مقبول، استاذ التعليم العالي (جامعة الجزائر) : رئيساً
- الدكتور / محمودي مراد، أستاذ محاضر (جامعة البليدة) : مقراً
- الدكتور / العيد حداد، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً
- الأستاذ / بن شويخ رشيد، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً
- الأستاذ / إسطنبولي محي الدين، أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) : عضواً

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى :

والدي الذين كانا لهما الفضل فيما وصلت إليه.

إلى إخوتي الذين وقفوا بجاني وشجعوني على إتمام هذا البحث.

وإلى عمي الحضراوي وزوجته ، وبنت عمي : مسيكة.

وإلى كل أساتذة كلية الحقوق بجامعة البليدة.

وإلى كل طلبة الماجستير ، فرع القانون العقاري والزراعي.

وإلى السيد بابا البشير الذي أشرف على طبع هذا البحث.

﴿شكر﴾

عرفانا منا وتقديرا لما بذله أستاذي و مؤطري، الدكتور محمودي مــــراد، أتقدم
بكامل تشكراتي الخالصة له اعترافا بما قدمه من مجهودات و توجيهات و نصائح، في سبيل
إثراء هذا البحث، زرعت في نفوسنا روح المسؤولية و العمل و المثابرة و حب العلم.

كما أتقدم بشكري الخالص إلى كل أعضاء لجنة المناقشة الذين لبوا طلب مناقشة هذا
البحث.

كما أتقدم بشكري أيضا إلى موظفي مكتبة الكلية، الذين ساعدوني للحصول على
مراجع هذا البحث.

كما أشكر كل الذين ساعدوني من قريب أو بعيد، لأجل أن يخرج هذا البحث للوجود.

مقدمة .

إن الملكية (1) مبدأ قديم قدم الإنسان نفسه على هاته المعمورة . لما له من علاقة وطيدة بحيازة الأموال والتصرف فيها . فهي كانت وما زالت وستبقى هدف البشرية جمعاء في رحلتهم القصيرة على هذا الكوكب وذلك لأن الإنسان جبل على حب المال والتمكك وغريزة الأناية وحب الذات وأصبحت غريزة حب التملك راسخة في عقول البشر أفرادا وجماعات ، أمما وحكومات . وأصبحت الملكية مصدر كل المتاعب والبلاوى والويلات التي تلحق بالدول ، فكم من نزاعات وصراعات مكثت برهة من الزمن وحروبا استعصى إطفاء حريقها . ويظهر ذلك جليا باستقراء وتتبع أحوال الأمم من ماضيها إلى حاضرها فأول نظام للملكية كان أساسه العرف أنها كانت جماعية في المجتمعات القبلية (2) بحيث يشترك جميع الأفراد في ملكية الأموال ، وذلك ناتج من طبيعة حياتهم التي اقتصر على بعض الأنشطة البدائية منها الصيد ، والقطف ورعي الماشية . ثم تطورت عبر العصور إلى ملكية شائعة وبعدها إلى ملكية فردية وعلى رأسها المنقولات . وأما العقارات فلم تدخل ضمن الملكية الفردية إلا في العصور المتأخرة لتصبح بعد ذلك حرية التملك والتصرف مطلقة.

ولما جاء الإسلام بنظام العدالة الإجتماعية ، معترفا بحق التملك ، فنظم الملكية على أحسن وجه وضبطها بقواعد وسن لها أحكاما خاصة ، وقيد حرية التصرف فيها بعدما كان ذلك مطلقا . كل ذلك كان في سبيل مصلحة المجتمع والدولة معا .

وأوكل الإسلام للحاكم إذا دعت الحاجة الماسة والضرورة الطارئة لذلك أن يأمر بفرض نظام معين وجب العمل به طالما أن الحاكم مفوض لتدبير شؤون الأمة بما يحقق مصالحها العامة الأنية والمستقبلية . وعلى هذا أمكننا القول بأن تشريع أسباب إكتساب الملكية عموما إنما كان لحاجة المجتمعات إليها عبر مر الأزمنة والعصور ونتيجة للفوائد المتولدة عن الممتلكات أموالا كانت أم حقوقا حيث انه لو لم تشرع تلك الطرق و الأسباب المشروعة لتعطلت مصالح الناس و لتعذرت الحياة ان لم تصبح أمرا مستحيلا أحيانا .

فكيف يمكن الحصول إذا على ما في يد الغير مما نحن في امس الحاجة اليه اذ لم تكن هناك وسائل قانونية مشروعة تمكنا من ذلك .

و عليه فلو لا تشريع تلك الأسباب أو الطرق المكتسبة للملكية لبرزت طرقا أخرى لا كتساب تلك الأموال والحقوق ينتهج فيها وسائل غير مشروعة لا تتلائم مع النظام السائد في المجتمع و لا تتماشى مع أهدافه بل لا يمكن ان تخدمه على الإطلاق . لتسود بذلك القوضى في المجتمع و تختل أركانه .

(1): يعتبر حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية الأساسية وهو سلطة مباشرة يثبتها القانون لشخص على شيء معين بذاته تخوله استعماله واستغلاله والتصرف فيه في حدود القانون .

(2): الدكتور/ العربي بنحاج الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث و الوصية - الجزء الثاني(02)، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون 1994 ص 236 .

ومن هذا المنطلق كان هدف تشريعها هو المحافظة على حركية وديمومة تلك المجتمعات .ونظرا لما للأموال من دور كبير في بناء وتشديد صرح الأمم و اعتبارها الأساس القوي لبناء أركانها و تدعيم مراكزها القانونية على الساحة العالمية بل أكثر من هذا فقد أصبحت مصادر الأموال كوسيلة ضغط من طرف الدول الكبرى المهيمنة على النظام الاقتصادي العالمي الجديد تمارسه على حقوق الدول الضعيفة و المغلوبة على أمرها .

وباعتبار على أن قلة الأموال قد تدفع بالمجتمع الى ظهور أزمات اقتصادية حادة وانتشار الأمواض و الأوبئة المعدية و بزوغ شبح الفقر و المجاعة و بخاصة لدى دول العالم الثالث .

و نظرا للمكانة القوية التي يحتلها المال في نظام الشريعة الإسلامية باعتباره من أحد الأسباب الرئيسية التي تتحكم في استقرار الدولة ومدى فعالية نظامها وبالتالي سريانه على الوجه المراد له ، لذا اعتبرته من الكليات الخمسة للشريعة المعتمدة عند جميع الفقهاء والأصوليين وهي: الدين ، النفس ، العقل المال ، النسل.وحيث أنه بإختلال أحد هاته الكليات ينتج عنه فساد المجتمعات و خرابها إذ بدونها لايمكن على الإطلاق أن تجري أمور الناس على استقامة ، بل تعم الفوضى واللا استقرار داخل المجتمع.

ولتلك الأسباب وغيرها كان لزاما على التشريعات المعاصرة في مختلف الدول بشتى المجالات وتعدد الإختصاصات ، تشريع نظام محكم ودقيق أساسه العدل والإنصاف ، وموضوعه تلك الطرق أو الأسباب المكسبة للملكية ، والتي بدورها تضمن إكتساب وتداول الأموال والحقوق وتنقلها بين الأفراد ومن جيل لآخر.ليكسب بذلك المال حركية ونشاطا وهو ما يزيد ويساعد في نمائه وتطوره ، بما ينعكس إيجابيا على النظام الإقتصادي السائد في الدولة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى حتى يمكن تلبية طلبات الغير ممن لا يملكون تلك الأموال والحقوق أو من هم في حاجة ماسة إليها ، الحصول عليها بتلك الطرق المشروعة،فكان ان وضعت تلك التشريعات نظاما للملكية وسطرت له أحكاما يسير على وفقها و ضبطته بقواعد وشروط محددة منها ماتعلق بتداول الاموال بين الافراد اوبينهم وبين الدولة، عن طريق اعتماد تلك الاسباب المشروعة لكسب الملكية سواء كان تداولها داخل الدولة او خارجها.

وعلى هذا نجد فقهاؤنا وخاصة المعاصرين منهم قد تناولوا اسباب كسب الملكية فقسموها إلى ثلاثة اقسام (1)رئيسية نذكرها على التوالى:

القسم الأول:

الأسباب المنشئة للملكية:وهي كل ما يمكن انشاء ملكية على الشئ لم تكن ثابتة عليه.

أوهى: كسب الملكية ابتداء فى شئ لم يكن له مالك وقت كسب الملكية (2) ومنه الإستيلاء ويلحق به كل إحراز للمباح كالصيد مثلا.

(1): الأستاذ / عبد الكريم شهبون ، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث ، ج 02 دار نشر المعرفة الرباط 1987 ، ص 130.

(2):الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، ج 09 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان 1986 ، ص 07.

القسم الثاني:

الأسباب الناقلة للملكية: وهي تشمل كل التصرفات والعقود الناقلة للملكية من حيز إلى آخر (1) سواء كانت في أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى آخر كعقد البيع مثلا ، أو وضعت في معنى آخر ولكن جاء نقل الملكية أثرا للعقد وليس جزءا من حقيقته مثالها المهر في عقد الزواج فإنه ينتقل إلى ملكية الزوجة وإن كان عند الزواج لم يكن في حقيقته لنقل ملكية ذلك المال ، بل القصد الأول منه ، هو حل العشرة الزوجية بينهما ، وجاء المهر حكما من أحكامه ، بمعنى كان أثرا من آثاره .

القسم الثالث :

أسباب اكتساب الملكية بالخلافة عن المالك : وهي التي تؤول الملكية عن طريقها إلى شخص آخر تربطه بها علاقة ما ، بمعنى أن تكون له صلة بالمالك الميت .

لأن المالك قد ذهب نتمته المالية بموته ، فكان لا بد أن ينتقل ما كان له من حقوق وأموال إلى آخر يعد خليفة له في حقوقه ، وأمواله ، وهذا الشخص يكون في الغالب وجوده امتدادا لوجود الميت ، أو ممن كان لهم الفضل في مساعدته ومناصرته أثناء حياته ، فيكون بذلك امتدادا لحياته بعد موته ، وقد يكون لهؤلاء دور كبير لتكوين تلك الثروات التي خلفها الميت .

والخلافة في هاته الحالة قد تثبت بإرادة الشخص وهو ما نجده من خلال الوصية الاختيارية ، فهي خلافة اختيارية ، باعتبار أن الموصى له يمتلك ذلك المال لسبب إيصاء صاحب الشركة (الموصى) له بمبلغ محدد من المال بثلاث التركة فما دونه ، وبالتالي يكون خليفة له في هذا المقدار المحدد من تركته . والخلف قد يكون عاما أو خاصا . ففي الوصية الاختيارية نجدها تنتقل تارة إلى الخلف العام وتارة أخرى إلى الخلف الخاص.

وعلى هذا نجد الفقه الإسلامي قد نظمها وفق أسس وأحكام خاصة منها المقدار من المال الجائز للخلافة فيه ، وكذا صفة الخليفة في ذلك المال والباعث على تلك الخلافة ، ولم يترك وضع تلك القواعد للأشخاص ، بل تكفل الشارع الحكيم بذلك ، وإنما وكل امر الوصية إلى صاحب المال ، ليوصي لمن يشاء، بشرط احترام تلك القواعد والأحكام المذكورة سابقا، وحتى يتمكن الموصى من تدارك ما فاتته من أعمال الخير والبر في حياته.

وكما قد تثبت الخلافة بإرادة الشارع أوبحكمه ، وهي الأصل في ذلك ، مثل ما هو الحال في الميراث ويطلق عليها بالخلافة الجبرية ، لأنها تتم دون إرادة صاحب التركة المتوفى ، وهي تنفذ قسرا في تركته.

وهناك تأصيل آخر رجحه بعض الفقهاء بإعتبار أسباب كسب الملكية هي مصادر الإلتزام طبقا للقواعد العامة ، وأصلنت بذلك إلى أصليين هما :

(1):اندكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص237.

التصرف القانوني : لتدخل بذلك الوصية الإختيارية ضمن الإلتزامات الإرادية التي تنشأ بإرادة الشخص وحيث أن التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين (1) .

الواقعة القانونية : وتشمل الإلتزامات غير الإرادية بحيث أنها تنشأ دون تدخل إرادة الإنسان في ذلك وهي التي يرتب القانون عليها أثرا بغض النظر على ان تكون تلك الارادة قد اتجهت الى احداث هذا الاثر(2)وتشمل الواقعة القانونية الواقعة الطبيعية كالجوار والقراة، والميلاد،و الوفاة،والقانون يرتب عليها حقوقا وواجبات(3) وباعتبار ان الميراث ينشا الواقعة الطبيعية وهي الوفاة ، بأعتبرها احدى الطرق لنقل الملكية في التشريع الجزائري ، لكن نقل الملكية في هذه الحالة ، انما هو بالخلافة الجبرية، كما سبق الإشارة اليه.

و على هذا يلحق بهذا النوع من الخلافة التتزيل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري و الذي تطلق عليه بعض التشريعات العربية بالوصية الواجبة و على رأسها التشريع المصري ، بأعتبره أول قانون عربي طبق مبدأ الوصية الواجبة ،فقصرها على فروع الطبقة الأولى لأولاد البنات و على أولاد الأبناء من الظهور و ان نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره (4) .

و على هذا يدخل كل من الميراث و التتزيل ضمن الإلتزامات القانونية التي تلزم ناقص الأهلية و كاملها و عديمها على السواء ، لأن مصدرها نص القانون و بطريقة مباشرة ، وبالتالي فالتتزيل لزم بنص قانوني جعله واجب النفاذ في تركة المتوفى حتى و لو لم يوصي به صاحب التركة ، و من ثم فتتزيل الحفدة في قانون الأسرة الجزائري يستمد قوته من روح هذا القانون ، بحيث اذا نزل الشخص فروعته نكورا كانوا أو إناثا طائعا مختارا طبق ذلك التتزيل و نفذ ، فاذا لم يفعل ذلك ، فانه يلزم به وراثته عن دبر وفاة مورثهم ، دون حاجة الى الإيصاء به (5) .

ولهذا أصبح التتزيل بحكم القانون سببا من أسباب كسب الملكية عن طريق الوفاة ، لكن اكتسابه للأموال والحقوق يكون بطريق الخلافة الجبرية ،ليأخذ بذلك حكم الميراث في هاته الحالة.

و على هذا نجد فقهاؤنا المتأخرين يسمونه بوصية القانون و ذلك بجانب وصية الله إلا و هي الميراث (6).

(1)،(2): الدكتور : محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الإلتزام ، الواقعة القانونية ،ج02

ط 01 دار الهدى عين مليلة الجزائر 91-92 ، ص04 ، 21.

(3) الدكتور/ محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ،النظرية العامة للإلتزامات ج 01 ط 01 دار الهدى عين

مليلة 91 — 92 ص 33 .

(4) : قانون رقم 71 الصادر في سنة 1946 . أنظر الدكتور/ هشام قبلان الوصية الواجبة في الإسلام ط 02 منشورات

اعويدات بيروت باريس 1985 ص 55 .

(5) :الدكتور/ محمد محدة ، التركات و المواريث ج 03 ط 02 مطبعة عمار قرفي باتنة 1994 ص 295 .

(6) : لدكتور/ محمد زهنور الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1991

ص 45 .

تقوله تعالى ((يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين)) (1). ووصية العبد تقريبا الى الخالق تقوله تعالى ((من بعد وصية يوصون بها أو دين)) (2) ألا وهي الوصية الإختيارية .
وقد تناول المشرع الجزائري التنزيل في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثالث المتعلق بالميراث في المواد (169 — 172) منه (3) .

ومع العلم فإن موضوع التنزيل أو الوصية الواجبة بهذا الشكل وبهاته الصورة لم يطرح أصلا في الواقع الجزائري قبل سنة 1984 مما يوحي بأن التنزيل هو مسألة مستحدثة في التشريع الجزائري وبخاصة وأن المالكية باعتبارهم أصحاب المذهب المعتمد في الجزائر قيل التاريخ المذكور أنفا لا يقولون بالتنزيل وبهاته الصورة التي جاء بها القانون .

وعلى هذا كانت أسباب اختيارنا لهذا الموضوع بالذات ، ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها هذا الموضوع وما يتميز به من سمات خاصة ، وكذا من خلال ما يثار بشأن تطبيقه في الواقع العملي من المشاكل العويصة ، والتي كان أحد أسبابها النقص الفادح في تشريع النصوص الخاصة بالتنزيل .

إضافة إلى علاقته الوطيدة بالطابع الأسري في الجزائر حيث تعتبر الأسرة عندنا من الأسر الممتدة بطول الزمن ، فنجد في أسرة واحدة ، الجد ، والإبن ، وابن الإبن والتركبة لا تزال بدون قسمة والجد هو رب هذه الأسرة وكبيرها ، الذي له الحق وحده فقط في إمضاء التصرفات أو عدم ذلك لأن كل الأملاك تابعة له وبإسمه .

ويطلق هذا على النظام المتميز في لغة الإقتصاد بنظام العائلة وهو سائد في أغلب الدول العربية ذلك أنه نظام موروث عن أجداننا ، نظرا لما يتميز به العربي العريق من كرم وصلات الرحم وقوة الرابطة الأسرية وشيوع التعاون بين أفرادها . وعليه فلو توفي أحد أولاد الجد معه أو قبله سوف يحرم أولادهم أو أحفاد الجد من النصيب الذي كان سيأخذه الآباء أو الأمهات لو بقوا أحياء بعد موت مورثهم . فكل ما جمعوه وتعبوا من أجله في حياتهم هو بحوزة الجد وحرمانهم هذا يكون طبقا للقواعد الأصلية للميراث ، ومنها على الخصوص مراعاة شرط تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه .
وهاته الظاهرة التي نحن بصدد البحث فيها ومناقشتها تحدث كثيرا في حياة الناس على مستوى الأسر والعائلات .

ولقد نظم المشرع الجزائري التنزيل في نصوص قاصرة على أداء المقصود من تشريعه فجاءت تلك النصوص قصيرة بألفاظها وعامة في دلالة معناها .

(1)،(2) : سورة النساء الآيتان 11،12 .

(3) : قانون رقم 84 — 11 الصادر في 09/06/1984، المؤرخ في 09/06/1984 ، والمتضمن قانون الأسرة و المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في : 12 / 06 / 84 العدد 24 .

فهي جاءت على شكل فقرات صغيرة لم تصل بعد إلى حجم النص القانوني الكافي والشامل لمختلف مجالات تطبيقه . فكان تشريع تلك الفقرات القانونية على خلاف ما جاءت به التشريعات العربية ، مثاله القانون المصري ، الذي سبق الإشارة إليه نجده فصل في ذلك أحسن تفصيل . بحيث دلت الألفاظ على معانيها بصورة واضحة بينة لا يشوبها أدنى التباس أو غموض ، ولا يعترضها أي نقص ، فكان تطبيقها في الواقع العملي أمرا يسيرا ، وبالتالي التقليل من الأخطاء الممكن حدوثها في مجال تطبيق مسائل التنزيل.

ومن أسباب إختيارنا لهذا الموضوع أيضا باعتباره منتما إلى قانون هو حديث الساعة اليوم ، فنجد منهم من يطعن في بعض نصوصه ويرى بحتمية تعديله ومنهم من يرى بضرورة إلغائه جملة وتفصيلا . وكل من هؤلاء يرى ذلك حسب ما لديه من آراء وقناعات خاصة لا ترتقي بأي حال إلى درجة المصلحة العامة للمجتمع والدولة الجزائرية ، ومن دون مراعاة لخصوصية هذا الشعب في تقاليده و أعرافه وعاداته الموروثة ، وكل ما له علاقة بالثوابت الوطنية والتي أصبحت مقننة في دستورنا ، نظاما شاملا يسري مفعوله على كل الجزائريين وفي جميع أنحاء التراب الوطني.

ونظرا لما سبقت الإشارة إليه ، وسيأتي التفصيل فيه ، إرتأينا أخذ زمام المبادرة لولوج باب البحث في هذا الموضوع ، لنجيب من خلاله على عدة أسئلة تتبادر إلى الذهن بمجرد الوهلة الأولى في دراسة هذا الموضوع ونذكر منها على وجه الخصوص ما يلي :

هل التنزيل كما جاء به قانون الأسرة الجزائري ميراث قانوني أم هو وصية قانونية كما يذهب إليه البعض من الفقهاء المتأخرين والباحثين المعاصرين ؟.

وإذا كان غير ذلك فكيف يمكن تكييفه من الناحية الشرعية والقانونية ؟.

ما علاقة التنزيل الذي جاءت به القوانين الوضعية بما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية ؟.

ما مدى توفيق قانوننا للأسرة عندنا في تحقيق الأهداف المرجوة من تشريع نظام التنزيل ؟.

وهل الاقتصار على الحفدة في نظر المشرع الجزائري هو علاج كامل للمشاكل الإجتماعية الأسرية المطروحة في هذا المجال ؟.

وعلى هذا سوف نتناول هذا البحث بدراسة تحليلية نقدية ، مبرزين ما ورد في الأصول الشرعية وما أخذ به المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة .

ولهذا ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى أربعة فصول رئيسية نوردتها إجمالاً وهي :

الفصل الأول : التطور التاريخي للوصية وأنواعها .

الفصل الثاني : تعريف التنزيل ، أصله التشريعي ، طبيعته القانونية. وحكمة مشروعيته .

الفصل الثالث : أركان التنزيل ، وشروط استحقاقه .

الفصل الرابع : أحكام تطبيق التنزيل.

وسوف نتطرق لكل فصل على حدى بشيء من التفصيل والبيان مع النقد ، وإبراز رأينا الشخصي في ذلك إن أمكن .

وعلى هذا سوف نتناول هذا البحث على الشكل الآتي :

الفصل الأول

التطور التاريخي للوصية

وأنواعها

الفصل الأول التطور التاريخي للوصية وأنواعها .

إن التصرفات القانونية سواء كانت تبرعا أو معاوضة هي جزء من حياة البشر بشتى أجناسهم وعاداتهم على مر الأزمنة والعصور ، وعلى إختلاف لغاتهم ولهجاتهم ، ومهما تباينت وتباعدت أقطارهم فقد شهدت هاته المجتمعات العتيقة والقوانين القديمة الوصية بمفهومها الواسع كما عرفت غيرها من المعاملات الأخرى التي تكون سببا لنقل الملكية عقارية كانت أم منقولة وجاء الإسلام بعد ذلك ، والوصية لها وجود مادي ولكنها في أحكامها تعبر عن واقع مشوه ، الفوضى فيه أكثر من النظام والظلم فوق العدل والقوة تستبعد الإنصاف (1) . فأصلح الإسلام ذلك وقومه أحسن تقويم .

فشرع الوصية على الوجه الصحيح ، وجعلها سببا كذلك لنيل الأجر والثواب في الآخرة وأصبحت بذلك قرينة يتقرب بها المسلمون إلى خالقهم .

وضبطت الوصية في الإسلام بأحكام وقواعد دقيقة وشروط خاصة لايزيغ عنها إلا هالك .
وبعد ظهور الإجتهاادات الفقهية بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، أصبح للوصية بمفهومها للواسع نوعان : الأولى وصية اختيارية ، والثانية واجبة (2) .

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين :

الأول : يتناول التطور التاريخي للوصية بمفهومها الواسع .

الثاني : نتكلم فيه عن أنواع الوصية وذلك على الشكل الآتي :

(1) الدكتور / محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي . المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت 1998 ، ص 73 .

(2) الدكتور / مصطفى السباعي ، والدكتور : عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، الطبعة الرابعة ، مطبعة خالد ابن الوليد 1977 ، ص 397 .

المبحث الأول لمحة تاريخية عن تشريع الوصية .

إن مدى عظمة وقوة أي أمة كانت يستمد انطلاقا من استقرار تاريخها وبناء على ذلك نستطيع أن نحكم عليها بالفشل أو النجاح .

وقياسا على ذلك لابد وقبل التطرق للموضوع بطريقة تحليلية نعرج بذلك ولو بشيء من الإختصار على التطورات التاريخية التي شهدتها نظام الوصية .

ولعل أهم ما ميز هذا النظام عبر التاريخ هو مروره على عهدين أساسيين مختلفين أشد إختلاف نتيجة لتغير مصادر التشريع في كليهما تغيرا يكاد يكون جذريا .

فالعهد الأول الذي ميز الوصية هو ما كان قبل مجيء الإسلام ، حينما كانت المجتمعات وقتئذ تتخبط في دوامة الإنحطاط الأخلاقي وظلام الجاهلية العمياء .

والمجتمعات فيها بمختلف أعرافها القوي فيها سيد ورئيس . والضعيف فيها مرؤوس فجاء الإسلام يضيء العالم نورا برحمته وعدله ، ورأفته بالضعفاء من الفقراء والمساكين ، والمحتاجين .

فجعل للوصية نظاما لم تشهده باقي الأديان السماوية. ولهذا إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إثنين سوف نبينهما كالآتي :

المطلب الأول

الوصية قبل الإسلام .

لقد شهد التاريخ الوصية منذ أن إكتشف البشر الأموال ، وأحسوا بأن حياتهم الفانية تقتضي التفكير في ما ستؤول إليه ثروتهم وأموالهم من بعد وفاتهم.

وبالتالي التفكير في مستقبل أولادهم وأحفادهم وباقي أقاربهم ، وبخاصة المحتاجين منهم ، ولعل الوصية في نشأتها الأولى كانت بمثابة التلبية لهذه الرغبة واستجابة لتلك الحاجة (1).

وأخذ الإحتياط هذا والخوف من مصير الأولاد بعد الممات أشار إليها أيضا القرآن الكريم في هذا المجال قوله تعالى : >> وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا << (2).

قلولا المبالاة بالأولاد والأموال في الجاهلية ، ومن ذلك التفكير في مستقبلهم أي بعد وفاة أصولهم لما كان للوصية آنذاك مكانا في أعرافهم وتشريعاتهم القبلية وعلى هذا سوف نتناول في هذا المطلب الوصية عند بعض المجتمعات التي سبقت العهد الإسلامي بدءا من المصريين ، ثم اليونانيين القدامى مرورا بالعهد الروماني حتى نصل إلى المجتمع العربي الجاهلي ، وضمنها كذلك نذكر أعراف اليهود والمسيحيين وما جاءت به تشريعاتهم بشأن الوصية عموما وبشيء من الإختصار ، وهذا على المنوال الآتي:

أولا : الوصية عند قدماء المصريين واليونانيين :

إن الوصية عند المصريين القدامى كانت مشرعة في قوانينهم وتطورت مع تطور الأسر الحاكمة آنذاك . ففي عهد الأسرتين الثالثة والرابعة كانت الوصية مطلقة من أي قيد ، وكما أنها تصح في كل المال ولأي شخص (3) ما عدا الملكية العقارية في بادئ الأمر كانت مقتصرة على الفراعنة ولم يكن لعامة الشعب ذلك (4) .

وكما كانت تعتبر أيضا كوسيلة لتقسيم التركة على ورثة المتوفى ولكن أثناء حياته وبدون التزام بالأنصبة ، أو مراعاة للحقوق حيث يكون لصاحب التركة الحرية المطلقة في أن يحرم ما يشاء ، أو يوصي لمن يشاء وبالمقدار الذي يراه مناسبا دون شروط أو قيود في ذلك .

إلا أن ما ميزها في هاته الفترة هو مراعاة التشكيلة فيها . فلا تصح إلا كتابة وينص فيها على أنها صدرت من الموصي حال حياته وصحته ، وعلى هذا الأساس سوف نقوم بذكر الروايات في هذا

(1): الدكتور/ عمر ممنوح مصطفى ، أصول تاريخ القانون ، دار المعارف ، القاهرة 1963، ص46.

(2): سورة النساء ، الآية 09.

(3): الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص16.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص27.

الشأن منها ما عثر عليه علماء المصريين في عهد الأسرة الرابعة على وصيتين (1):
الأولى: لوزير يوصي بأملكه لأفراد أسرته، و يعطي لزوجته فيها نصيبا اكبر من نصيب ابنه
الذكر مخالفا تشريعات الميراث في هذه المرحلة .

الثانية: لشخص يوصي بماله لزوجته و أخته مناصفة.

لكن بعدها شهدت الوصية في هذه الفترة تطورا كبيرا في أحكامها فأصبحت بذلك الوصية تحتاج
إلى شهادة الشهود كشرط صحة وللكتابة كدليل اثبات ، ثم بعدها أصبحت الشكلية غير لازمة و لكن
يشترط في ذلك ايداع نسخة من الوصية بسجل خاص بالوصايا .

وكل هاته الاجراءات هي في حقيقتها لصالح الموصى اكثر من غيره . وبحيث اصبح له بعد
ذلك حق الرجوع عن الوصية .وبعدا أصبح لابد من النص في عقد الوصية على اصل الملكية، ثم بعد
ذلك اصبح لها صبغة دينية بحيث يجوز للموصي ان يشترط عدم تصرف الموصى له ببعض التصرفات
او جميعها الواردة على هذه الوصية .

وعليه اصبحت تشبه الوقف في احكامها آنذاك.

و اما عند اليونانيين القدامى من الإغريق فقد كانت للوصية و قنن وجود ايضا في التشريع
الإغريقي بحيث كانت تقسم تركة المتوفي عندهم هي الأخرى عن طريق الوصية بحيث لا تصح الامن
خلالها . و السبب في ذلك ان قانون الإغريق كان لا يسمح بخروج اموال الاسرة عن دائرة افرادها .

و بناءا على ذلك فلا يمكن باي حال من الاحوال صحة الوصية عندهم للاجنبي بحيث اذا توفي
الموصي صاحب التركة كان الموصى له بذلك ربا للأسرة حيث يمكن له ان يتصرف في اموالها و
املاكها الموروثة من صاحب التركة بكل حرية و ذلك بحكم القانون اصبحت له ولاية عامة على النفس
و المال(2) .

ثم جاء بعد ذلك المشرع اليوناني و اجاز الوصية للاجنبي بشرط عدم وجود ابن شرعي للموصي
و الوصية في التشريع اليوناني و الإغريقي ميزتها كذلك بعض المميزات منها :

عدم اهلية المرأة للتصرف في اموالها حيث كان لابد لها من وصاية دائمة على مالها و نفسها فهي
لا يمكن لها التصرف الا من خلال زوجها .و بعد وفاته تخضع لوصاية ابنائها او اقارب زوجها .
و قد يختار الزوج اثناء حياته وصيا لها يباشر اعماله بعد وفاته (3) .

(1)، (2): الدكتور/ عمر مندوح مصطفى المربع السابق ص 49، 51.

3: الدكتور/ محمد كمال الدين امام المرجع السابق ص 18.

ثانيا : الوصية في القانون الروماني والمجتمع الجاهلي.

بالنسبة للمجتمع الروماني فقد عرف خلال تلك الفترة ثلاث تشريعات رئيسية اولها ما يعرف بقانون الالواح الاثنا عشر ذلك بان يعلن المتوفي ارادته فيها وينصب وارثا عنه يقوم مقام شخصه و مهما كانت درجة قرابة هذا الوارث و حتى و لو كان اجنيا ثم يلجأ بعدها الي المراقبة الدينية للشعبية و هي الكهنة و مجالس الشعب المحلية باعتبار انه جاء خلافاً لاحكام الحقوق الوطنية (1).

و رغم ان اسم القانون في حد ذاته مرتبط بما حققه الرومان في مجال القوانين إلا انهم كانوا يعيدون كل البعد عن مبادئ القانون السامية ومنها العدل و المساواة والإنصاف و عدم الاضرار بالغير. و كان لرب الاسرة ان يقبل المولود او يرفضه في العائلة (2).

و كان ايضا عندهم يجوز لرب الاسرة ان يوصي لمن يشاء و يحرم كذلك من يشاء بحيث له الحرية المطلقة في ذلك دون ان يكون للقانون سلطان عليه في ذلك. فقد يوصي للاجانب و يحرم الاقارب دون قيد او شرط او اي سبب كان .

و ظل الأمر كذلك إلى بعد مجيء التشريع الثاني وهو :

قانون جستينيان : المدقة الشهيرة التي انطوت على قواعد كثيرة و هناك اقام المشروع الروماني دعوى الوصية الجائرة .

ثم بعدها قام بتهديب و تنظيم أحكام الوصية بطرق مختلفة عن سابقتها. ذلك ان الوصية عند الرومان كانت تأتي في صور مختلفة ،منها الوصية بتتصيب الوارث و الوصية بنصب الوصي على القاصرين او النساء البالغات وكذلك الوصية بتحرير العبيد . و كذلك الوصية بشيء من المال الذي يملكه الموصي لأي أحد. ومنها كذلك الوصية بتوزيع الإرث.

لكن إصلاحات جستينيان كما ذكرنا سابقا هذبت نوعا ما نظام الوصية عند الرومان في نهاية المطاف و قيدت أيضا بعض الشيء من حرية الموصي في ماله و الهدف من ذلك قبل كل شيء هو الحفاظ على حقوق اقاربه من بعد وفاته دفعا للضرر عنهم .

و مدونة جستينيان هاته تنطوي أيضا على قواعد متعددة في مجال الوصية منها أنها تجيز للأب ان يوصي بدل ابنه القاصر و ينوب عنه في ذلك .

و كما يجوز للموصي كذلك ان يوصي بما لا يملك، على أنه يجب عليه أن يسرع بتملكه بطريق من طرق التملك القانونية حتى ينفذ وصية مورثة .

كما نصت المدونة كذلك على ان الابداء عند عدم الوصية او عند النص على إهمالهم من الوصية

(1): الدكتور/ محمد معروف الدوالي ، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ج 01 ، ط 05 دمشق 1963 ، ص 123.

(1): الأستاذ المحامي/ هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 29.

(3): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 08 ، ط 03 ، دمشق 1989 ، ص 07.

فإنهم بذلك يرثون ربع (4/1) التركة بحيث يكون لهم حق رفع الدعوى لإستيفاء نصيبهم (1).
ومن أحكام المدونة كذلك في مجال الوصية أنه إذا أوصى أحد الجنود وهو في تجريدة حربية ولم
يصرح في وصيته بحرمان فروع المولودين أو الأحمال المستكنة بل سكت ولم يبين مع أنه لا يجهل أن
له فروعاً ، فإن سكوته يعتبر حرماناً صريحاً لهم (2).

ثم بعد قانون جستينيان جاء بعدها التشريع الثالث وهو ما يسمى :

قانون فالسيديا : وكان ذلك سنة 40 ق.م ليخفف نوعاً ما ظلم وجود القوانين التي سبقته منها أنه فرض
على الأب الإحتفاظ بربع (4/1) تركته لأولاده من بعده. بحيث أصبحت لا تصح الوصية منه بكل ماله
(3). لتنتقل بعد ذلك هاته القوانين إلى التشريعات الأوروبية ومنها القانون الفرنسي أساساً.

وقد تميزت الوصية في الأديان السماوية ، منهم اليهود والمسيحيين بما يلي :

حيث تشريع اليهود يغلب عليه الطابع الديني وكان للوصية عندهم تنظيم موضوعي وآخر إجرائي.
فالتنظيم الموضوعي بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت قد يتم حال الصحة كما قد يتم حال
مرض المتوفي ، بإعتبار أنه في حال الصحة لا تجوز الوصية عندهم إلا بشروط محددة لذلك ، فالميراث
عند اليهود كان يتركز على البنوة والأبوة والأخوة والعمومة ويرث الأولاد الذكور دون الإناث (4).

فإذا كان للموصي ولد ذكر ، فلا تصح وصيته بأكثر من نصف ماله بإعتبار أن اليهود يقدسون
الذكور ويفضلون على الإناث ، ولكن يضمن للموصي له الديون المستحقة على الموصي بعدما أوصى له
وقت الوصية .

وأما التنظيم الإجرائي للوصية عند اليهود هو أنه لا تصح وصية المريض إلا كتابة في حالة عدم
الإشهاد وتجوز شفاهة إذا صدرت في حضور شاهدين .

وإذا أوصى الشخص لعدة أفراد في أوقات متفرقة فإنه إذا ظهر عقدان بخط الموصي وكل منهما
يشمل على وصية لشخص خلاف الآخر فتصح الوصية للأسبق تاريخاً .

وأما إذا كان أحدهما مؤرخاً ، والآخر غير ذلك فتصح الوصية للمؤرخ منهما دون الآخر ، وأما
إذا كان كلاهما بدون تاريخ فتقسم الوصية بينهما بالتساوي .

وأما الوصية عند المسيحيين: فتتميز على أنهم يغلبون الطابع الديني أيضاً على الطابع الدنيوي
وذلك من مسلمات المسيحية وقتئذ . لكن ما يميزهم هو أن الموصي حر في ماله يوصي لمن يشاء ويحرم
من يشاء إلا أن هناك بعض الحالات منها :

(1): الدكتور / محمد معروف الدواليبي ، المرجع السابق ، ص 125.

(2): (3) : الدكتور / محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 20.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 28.

أن الولد لا يوصي في حياة أبيه أو جده ، وكذلك الزوجان لا يوصي أحدهما للآخر إلا إذا اجتمعا .
والتشريع المعمول به عندهم أن للموصي أن يسجل ما يوصي به في كتاب وصية يذكر فيه المقدار
المحدد . ثم أسماء الموصي لهم، بالإضافة كذلك إلى الشهود.

أما الوصية في المجتمع الجاهلي : فقد عرفت نظاما خاصا وهو نظام القبائل والعشائر وبالتالي فكل
قبيلة لها نظامها الخاص بها يختلف عن غيرها من القبائل وذلك طبقا للأوامر لسيد القبيلة أو العشيرة.

وحيث أنه كان لكل قبيلة تقاليد وأعراف خاصة بها في مجال الوصية إلا أنها عموما كانت الوصية
تصح عندهم للوارث وغير الوارث ، وتصح للقريب كما تجوز للأباعد ومنها ما يكون حماية للولاد
ومنها ما كانت للمباهاة والتفاخر(1) بين العائلات آنذاك .

ويتضح مما أوردناه سالفًا أن التطور التاريخي للوصية عموما قبل مجيء الإسلام. شهدت بذلك
مراحل متنوعة وتشريعات مختلفة حتى داخل المجتمع نفسه .

وتطورت أحكامها من زمن لآخر وفي معظم أحكامها ، كانت جائزة إلى حد كبير في حق الأقرب
والوالدين ومن ذلك تخويل تلك التشريعات المنتشرة هنا وهناك لمالك المال الحرية المطلقة فيما يملكه بأن
يوصي لمن يشاء قريبا كان أم بعيدا وله بذلك أن يحرم من يشاء ، وهو الظلم والجور بعينهما .

أما بعد مجيء الإسلام فقد تغيرت الأمور إلى حد كبير وهو ما سوف نتطرق إليه من خلال المطلب
الموالي .

المطلب الثاني

الوصية بعد الإسلام .

مما سبق ذكره بشأن نظام الوصية عموما قبل الإسلام أنها كانت تدخل ضمن التصرفات العادية
للمالك ، وبالتالي كان له مطلق الحرية في ان يوصي لمن يشاء من قرابته أو غيرهم كما له مطلق الحرية
أيضا بأن يحرم من يشاء سواء أكانوا ذوا قرية له أو غير ذلك من الأجانب ، و دون أن يذم على ذلك
وليس للقانون عليه سلطان في ذلك.

ووصيته بذلك الشكل نافذة وصحيحة في أمواله التي يخلفها ، تركة من بعده وبالمبلغ الذي حددته
ومهما كان كبيرا وحتى ولو استغرق ذلك كل ماله (2).

(1): الأستاذ المحامي/ هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص.29.

(2): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق، ص.07.

ولكن بعد مجيء الإسلام تغيرت الأمور ، وذلك بأن وضعت الشريعة لذلك نظاما يحكم الوصية بوجه عام أساسه من الكتاب والسنة واجتهادات الصحابة رضوان الله عليهم ، فأجازت الشريعة الإسلامية الوصية لكل مالك ملكية صحيحة ، أن يوصي بالشيء من أمواله ، أثناء حياته لأشخاص يرى فيهم حاجتهم لتلك الأموال سواء كانوا أقارب أم غير ذلك ، لكن جعلت جعلت الأولوية للأقارب غير الوارثين على الأجانب قياسا على أن النفقة تكون للأقرب قبل الأبعد .

وعلى هذا الأساس جاء تشريع الوصية متدرجا في أحكامه ، وهو مبدأ أساسي من مبادئ التشريع في الإسلام مراعاة في ذلك للفطرة البشرية وتماشيا مع سنن الكون في مبدأ التدرج ورفعاً للحرج والمشقة على الناس ، ليسهل بذلك الإمتثال لأوامره تعالى ، ويتسع صدر المخاطبين للطاعة وعلى هذا الأساس سوف نورد تلك الأحكام انطلاقا من نصوص القرآن الكريم وما ورد من أحاديث في السنة النبوية الشريفة على الشكل الآتي :

أولا: القرآن : جاءت نصوص القرآن متتالية بشأن تشريع الوصية بمفهومها الواسع، ومتدرجة في أحكامها ، فكان أول ما نزل من الآيات القرآنية التي شرعت الوصية قوله تعالى : << كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين >> (1). وعلى هذا الأساس أطلق عليها إسم آية الوصية (2) فقد أوجب الإسلام وفرض عن طريقها الوصية على كل مسلم بأن يوصي لواليه وأقاربه.

لكن الشيء الملاحظ أن هاته الآية لم تحدد مقدار الوصية الجائز الإيضاء به بل تركت ذلك لما تطيب به نفس الموصى بالمعروف .

وحذرت بعد ذلك الآية التي بعدها من كل تغيير أو تبديل في الوصية وما أشبه ذلك لقوله تعالى : << فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم >> (3). واستثنى بذلك التبديل الذي يكون شرعيا ويراد منه مصلحة الموصى لهم بدفع الضرر عنهم استنادا لقوله تعالى : << فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم فلا اثم عليه إن الله غفور رحيم >> (4). وتشريع آية الوصية هذه جاء من منطلق حاجة الوالدين والأقربين للمتوفى في تركته بعد مماته قياسا على حاجتهم له في حياته.

ثم بعد برهة من الزمن ، وكذا سوء التفسير والفهم الخاطئ لمعناها ، نتيجة حرم بعض الأصناف من الوصية ومنهم المرأة والصغير ، وبعض الأقربين ، وبعد أن ألفت النفوس مبدأ تشريع الوصية جاء قوله تعالى : << للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا >> (5).

(1): سورة البقرة ، الآية 180.

(2): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 41.

(3)، (4): سورة البقرة ، الآيتان 181، 182.

(5): سورة النساء ، الآية 07.

فجاءت بذلك هاته الآية تصحيحا للتفسير الخاطئة والتأويلات الواهية في فهم آية الوصية وبينتها على المنوال الذي قصده الشارع الحكيم وأراده منعا لكل هوى أو زيغ أو تجاوز أو تطاول على شرعه وأحكامه .

فكانت هاته الآية بهذا الشكل تمهيدا للميراث الشرعي فأكدت على أن هذا الحق شرع للذكور كما هو للإناث (1) ، أيضا باعتبار أن المرأة في الإسلام جزء لا يتجزء من المجتمع ولها حقوقها الشرعية كاملة كما لغيرها من الذكور .

وبعد استمرار منع بعض الأقربين والمحتاجين من تركة المورث وصية واجبة بحكم الشرع جاء نصه قوله تعالى : >> وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا << (2).

وهي دليل قاطع على وجوب الوصية وقتها عن طريق الميراث غير المحدد المقدار ، وبعد برهنة أخرى من الزمن اختلف فيها اختلافا كبيرا حول الأنصبة والمقادير المستحقة لكل وارث أو موصى له في تركة الميت.

واشتد النزاع على إثرها ، وتعددت الشكاوي والدعاوي أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، جاء قوله تعالى : >> يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين << إلى قوله تعالى : >> ... من بعد وصية يوصي بها أو دين أبائكم وأبنائكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما << (3).

وأطلق على هاته الآية وما بعدها حينئذ بآية المواريث (4) لأنها فرضت الميراث وحددت الأنصبة والسهام وعرف عن طريقها من يرث ومن لا يرث .

فأعطى الغسلام عن طريقها لكل ذي حق حقه ، وفصلت مبدأ الوصية عن الميراث بعدما كان سابقا اسما واحدا ، وبينت موقع الوصية من الميراث لتكتمل بذلك نصوص القرآن الكريم في مجال تشريع الوصية والميراث عند هذا الحد.

وأصبحت الوصية بعدها استنادا لتلك النصوص القرآنية مقدمة في تنفيذها على الميراث لقوله تعالى : >> من بعد وصية يوصي بها أو دين << الآية السابقة .

(1): كان ذلك تأثرا بنظام الجاهلية فكان العرب لا يورثون النساء ولا الصغار لأن سبب الإرث عندهم هم القدرة على حمل

السلاح وحماية العشيرة والدفاع عن القبيلة والمرأة والصغير لا يمكنهما ذلك.

(2): سورة النساء ، الآية 08.

(3): سورة النساء ، الآية 11.

(4): الأستاذ لمحامي/ هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص43.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا هو تقديم الوصية على الدين في هاته الآية وفي آيات أخرى بعدها رغم أن الدين مقدم على الوصية في التنفيذ ، والسبب هو لإثارة الإهتمام بها وعدم التفريط فيها باعتبار أن الوصية عموما تشبه الميراث في كونها تؤخذ بغير عوض بخلاف الدين ، فكان في إخراجها مشقة على الورثة وهم في قرارة أنفسهم ربما لا يتحملون قطع ذلك النصيب من تركة مورثهم ، لذا جاء النص بالتأكيد عليها وتكرار في أكثر من آية ، وتقديمها على الدين من حيث الظاهر وسوف نورد تلك النصوص في المطلب الأول من المبحث الثاني .

ثانيا : السنة .

جاءت السنة النبوية الشريفة بعد اكتمال نصوص القرآن الكريم في مجال تشريع الوصية بمفهومها الواسع مفسرة و مبينة لأحكامه .

وعلى هذا الأساس قيدت مطلقه وبينت مجمله ، ومنه آية الوصية حيث ضيقت من نطاقها بعد ما كان واسعا وحصرته على غير الوارثين ، وحددت المقدار المشروع بالثلث فما دونه ، بعدما كان مطلقا سدا بذلك لذريعة التقرب إلى الله بالوصية ومن ورائها تهريب الأموال لغير مستحقيها ، أو إستغلال لطيش أو هوى جامع من أجل الحصول على الأموال عن طريق الوصية .

وقد يكون القصد منها معاقبة الورثة من طرف مورثهم بهاته الصورة وكل يعتبر في نظر الشرع إضرارا بهم ، والنصوص الشرعية والقواعد الفقهية متعددة في مجال دفع الضرر وضرورة إزالته لا مجال لذكرها الآن .

ثم حدد الإسلام بعد ذلك عن طريق نصوص السنة النبوية الشريفة واجتهادات الفقهاء من بعدها أحكاما دقيقة لتطبيق الوصية بمفهومها الواسع . والحقت بعض التصرفات بالوصية ، ومنها التصرفات الواردة في مرض الموت ، وغيرها من الأحكام التي ضبطت نظام الوصية على أحسن وجه . ولما اكتمل نزول القرآن الكريم وتوفي بعدها النبي صلى الله عليه وسلم وبدأت الحاجة إلى التفاسير والاجتهادات في تطبيق أحكام الوصية .

وانطلق الفقهاء يعطون الآراء ، وتعددت الفتاوي وتضاربت التفاسير بشأن بعض المسائل الفرعية منها ، والتي لا تمس بأصل التشريع ، وكان من جملة ما اختلفوا فيه آية الوصية (1) .

(1): الأستاذ السحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق، ص42.

فمنهم من ذهب إلى نسخها بأية الموارث كلية ومنهم من قال بالنسخ الجزئي بالنسبة لمن يرث من الوالدين والأقربين أما غير الوارثين من الوالدين والأقربين فلم تتسخ بشأنهم .

وفريق ثالث يذهب إلى عدم نسخها لا بالكل ولا بالجزء وهي محكمة والعمل بها واجب وعلى رأسهم الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي الظاهري رحمه الله (1).

وعلى كل حال فإن الوصية بمفهومها الواسع جاء بها الإسلام ورغب فيها وهي مندوب (2) إليها في مجملها وهو الأصل في ذلك إلا ما تعلق بالوصية الواجبة كما سنرى في المبحث الثاني ، ولأنها عمل من أعمال الغير وقربة يتقرب بها إلى المولى عز وجل.

وانطلاقاً من النصوص الشرعية السالفة الذكر فالوصية بتلك الصورة لا تزال قائمة إلى يومنا هذا، ولكن ما ذهب إليه البعض من الفقهاء على أن آية الوصية محكمة ظاهرها العموم ومعناها الخصوص في الوالدين والقربان غير الوارثين ، أو ما ذهب إليه البعض الآخر من أن ما نسخ من الآية هو وجوب الإيصاء لمن يرث مع بقائه لمن لا يرث من الأقربين .

ذلك لأن الدافع الذي يجعل الشخص يكذب ويكذب للحصول على الأموال وتتميتها هو تأكيد من رجوع تلك الأموال وما تبقى منها بعد موته إلى أولاده وذوي قربه . (3) باعتبارهم امتداداً لوجوده في حياته من بعده. فلو لا هذا الدافع لما حاول الإنسان جاهداً بكل ما في وسعه من أجل جمع المزيد من الأموال. بل على العكس من ذلك فقد يؤدي به الأمر إلى تبذير أمواله وانفاقها في غير محلها ، لو علم أن ما يملكه سيؤول من بعد وفاته إلى غير أولاده وحفدته وباقي أقاربه . ولما كان الأمر كذلك فإنه من الإنصاف والمنطق السليم أن تنتقل أملاك المتوفى من بعده إلى أقاربه وذريته من حفدته.

وقد خص التشريع المعاصر الحفدة على وجه التحديد دون غيرهم من الأقربين بهاته الوصية وهو ما يطلق عليه في مختلف التشريعات العربية بالوصية الواجبة ، ومنها التشريع السوري والمصري (4) على سبيل المثال، وقد اطلق المشرع الجزائري على هذا النوع من الوصايا بالتزويل والذي هو محل دراستنا في هذا البحث. وعلى هذا الأساس وعندما تطرقنا في هذا البحث للتطور التاريخي الذي شهده نظام الوصية بشكل عام ، سوف نتطرق بعد هذا في المبحث الموالي لأنواع هاته الوصايا ، والغرض من ذلك هو معرفة مكانه وموقع الوصية الواجبة من نظام الوصية ككل حتى يسهل للقارئ بعد ذلك معرفة أحكامها ، وعلى هذا سوف نتناوله على الشكل الآتي:

(1): الإمام الفقيه / ابن حزم المحلي بالآثار ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، ج9، دار التراث ، القاهرة 1960 ، ص314.

(2): المندوب في حكم السنة وهو لغة : الدعاء إلى الفعل واصطلاحاً هو : ما طلب الشارع فعله من المكلف طلباً ليس على وجه الحتم والإلزام ، وحكمه أنه يتأب فاعله ولا يعاقب تاركه.

(3): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996 ، ص13.

(4): نظم قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في 1953 أحكام الوصية الواجبة في المادة 257، ونظم قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 71 الصادر في 1946 الوصية الواجبة في المواد في المواد من (76 - 79).

المبحث الثاني أنواع الوصية (1).

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى التطور التاريخي للوصية بشكل عام وعرفنا من خلاله معظم التطورات والتغيرات التي شهدتها نظام الوصية وما ترتب على ذلك من آثار في المجتمعات التي شهدت تلك التشريعات ، وتأكدنا من خلال ذلك على أن أحسن نظام للوصية هو ما جاءت به الشريعة لأنها ضبطته على أحسن حال موازنة في ذلك بين مصلحة الورثة ومصلحة الموصى له، وأخذا بعين الاعتبار لإرادة الموصي بالنسبة للوصية الإختيارية ، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق في هذا المبحث لأنواع الوصية بمفهومها العام لنعرف من خلالها مكانة ما يسمى بالوصية الواجبة عند التشريعات العربية والمصطلح عليه عندنا كما سبق البيان بالتفصيل، من خلال الوصايا بشكل عام .
وقد قسمنا هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين .

(1): الدكتور/ محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر

المطلب الأول الوصية الاختيارية

سوف نتطرق لتعريفها في اللغة والإصطلاح ثم مشروعيتها وبعدها نتناول حكمها و هذا على
المنوال الآتي :

أولا:

تعريفها : نتناول التعريف اللغوي لمعنى الوصية ، ثم التعريف الإصطلاحي لها .

1- لغة : ما أوصت به ، وسميت وصية لإتصالها بأمر الميت ومنه قوله تعالى : << يوصيكم الله في أولادكم ... >> (1) ، وتأتي هنا بمعنى يفرض عليكم لأن الوصية من الله إنما هي فرض (2) . والدليل على ذلك قوله تعالى : << ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ذلكم وصاكم به لعلكم تعقلون >> (3) وهذا من الفرض المحكم علينا .

و إستنادا للتعريف اللغوي أطلق على آية الميراث بآية الوصية(4) ، و مرجعهم في ذلك قوله تعالى : << يوصيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين >> (5).

و منها قوله تعالى أيضا : << وصية من الله >> (6).

و الوصية بهذا المعنى تختلف عن الوصية في قوله تعالى في السورة نفسها : << من بعد وصية يوصي بها أو دين >> (7).

و على هذا جاءت الوصية عند أهل اللغة : من وصيت الشيء بالشيء، إذا وصلته بالشيء، ليعتبر بذلك الموصي في إيصائه بها قد أوصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

وتقول العرب كذلك: << أوصى الرجل ووصاه ، أي عهد إليه ، ومنه أوصى له بشيء وأوصى إليه جعله ، >> وصيه >> والإسم << الوصاية >> بفتح الواو وكسرها (8) وأوصيت له بشيء

(1): سورة النساء ، الآية 11.

(2): الإمام / ابن منظور ، لسان العرب - نسقه وعلق عليه ووضع فيأرسه علي شيري - ج15 ، ط 01 ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1988 ، ص 321.

(3): سورة الأنعام ، الآية 151 .

(4): الدكتور/ رفيق يونس المصري، علم الفرائض و المواريث- منخل تحليلى- ط 01 ، دار القلم، دمشق 1994، ص 16.

(5): سورة النساء، الآية 11 .

(6)،(7): سورة النساء، الآية 12 .

(8): الإمام/ محمد ابن بكر الرازي ، مختار الصحاح - من ضبط وتخريج الدكتور/ مصطفى نيب البغا - دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة الجزائر 1990 ، ص 457.

وأوصيت إليه ، جعلته وصيك وهي اسم من الإيحاء والتوصية ، وهي ما يعهد إلى الإنسان أن يعمل من خير أو يتركه من شر بما يرجى تأثيره ويقال أوصاه ووصاه(1).

وتأتي كذلك من أوصيته ووصيته إيحاء وتوصية بمعنى توأصي القوم أي أوصى بعضهم بعضاً والوصي هو الذي يوصي ، والذي يوصي له وجمعه أوصياء (2).

وتأتي كذلك بمعنى أوصاه بالصلاة أمره بها وكذلك (وصى توصية) لفلان بكذا عهد إليه وأوعز إليه ويقال : وصي لفلان جعله وصيا على ماله وأطفاله بعد موته ، وتأتي كذلك بمعنى استعطفه عليه وتطلق التوصية على (الموصى به) واسمها من الإيحاء وجمعها وصايا وهي الوصاية - بكسر الواو - والوصاية - بالفتح - والوصاة (3).

وعلى هذا فالوصية تأتي عندهم من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به فكأن الموصى لما أوصى بها قد وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف (4).

وعلى هذا أيضا نجدها عند البعض منهم على أنها تطلق على فعل الموصى وما يوصي به من مال أو غيره وهي بمعنى المصدر من الإيحاء ، وتكون بمعنى المفعول وهو الإسم (5) ، وتطلق أيضا على كل شيء يؤمر بفعله ويعهد به في الحياة وبعد الموت ، وقد خصصها العرف بما يعهد فعله وتنفيذه بعد موته والجمع وصايا كالتضاييا جمع قضية.

والوصي يكون الموصى والموصى إليه ، وأصله من وصى مخففا . ويقال أيضا : توأصي النبات توأصيا إذا اتصل ، وتقول العرب أرض وأصية بمعنى متصلة النبات (6).

(1): الدكتور / محمد جميل غازي ، مفردات من القرآن ، شركة الشهاب للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 188.

(2): الإمام / ابن منظور ، المرجع السابق ، ج 15 ، ص 321.

(3): الأستاذ/ فؤاد إفرايم البستاني ، منجد الطلاب ، ط 45 ، دار المشرق ش.م.م بيروت 1986 ، ص 924.

(4): الإمام/ عثمان الجعلي المالكي ، سراج السالك ، شرح أسهل المسالك ، الجزء الثاني ، مؤسسة العصر ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر 1992 ، ص 245.

(5): الإمام / محمد ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، ج 05 ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1960، ص 355.

(6) الإمام / القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 02 ، ط 02 ، مطبعة دار الكتب المصرية مصر 1954 ، ص 259.

2- إصطلاحاً : عرفت الوصية في الإصطلاح عدة تعاريف متباينة سنذكر منها ما يلي :
أ- الإصطلاح الفقهي: عرفها الإمام محمد بن عرفة المالكي بقوله: (عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده) (1).

فقوله يوجب حقاً : إخراج ما يوجب به حقاً في رأس ماله مما عقده على نفسه من دين ونحوه ، ولو باقرار في صحته أو مرضه لمن لا يتهم عليه أو بعده ونحوهما في صحته لا في مرضه فإنها في ثلثه .
وجاء في حاشية حلي المعاصم لفكر ابن عاصم : (ان الوصية عدة بمال يؤخذ من ثلث تركة المعطي بعد موته وهي مندوبة) (2).

وعرفها بعض الفقهاء أيضاً (3) على أنها: (عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت) يوجب حقاً في التركة بمجرد الوفاة).

وعرفها الإمام الكرخي بقوله : (الوصية ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه (4).

وجاء في الفقه المالكي أيضاً أنها : (تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع) (5).

ويضيف للتعريف السابق (سواء كان عيناً أم منفعة) وهذا التعريف أيضاً هو المذكور في عامة كتب الحنفية ، إلا أن هذا التعريف ليس بجامع لأنه يشمل حقوق الله تعالى والدين الذي في ذمته .
وعرفها الشافعية : بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً - إلى ما بعد الموت ، وهو تعريف قريب من تعريف الحنفية والمالكية.

وعرفها الحنابلة : بأنها التبرع بالمال بعد الموت، أو بالأمر بالتصرف بعد الموت . (6) فيدخل فيها من يوصي الموصى شخصياً بأن يقوم على أولاده الصغار (تعيين وصي)، وهذا التعريف يأتي بمعنى الإيضاء أي إقامة وصي.

وتطلق في عرف الفقهاء أيضاً على ما يقع به الزجر من المنهيات والحث على الأمور ويتضح مما سبق أن الفقهاء مختلفين حول تعريف الوصية، لأن هناك من سماها عهداً خاصاً ومنهم من

(1)،(2): الإمام/ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة (المسماة بتحفة الحكام لابن

عاصم الأكنلي وبحاشيته على المعاصم لفكر ابن عاصم) المجلد 02 ، دار الفكر بيروت 1991 ، ص590.

(3): الإمام /الكساني ، بدائع الصنائع في تربية الشرائع ، ط02 ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1982، ص 333.

-الإمام / محمد ابن اسماعيل الصنعاني سبل السلام ، ج 03 ، دار الحديث القاهرة ، ص962.

(4): الإمام /الكساني ، نفس المرجع ، ص 334.

(5): الإمام/ محمد ابن حارث الخنسي ، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك ، الدار العربية للكتاب تونس 1985،

ص238.

(6): الأستاذ / عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق ، ص132.

جعلها تمليكاً شرعياً واعتبره البعض الآخر هبة ، رغم أن الهبة تختلف عن الوصية اختلافاً جوهرياً سواء من حيث الآثار أو من حيث الأركان .

فالهبة تنتج آثارها في الحال ، ولا تترأخى آثارها إلى حين وفاة الواهب ، بينما الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

وأما الإختلاف من حيث الأركان ، لأن الركن الوحيد للوصية هو الإيجاب من الموصي لأنها تصرف من جانب واحد بخلاف الهبة فهي تصرف من جانبين لا بد لتحقق الإيجاب والقبول معا (1) . وقد قسمها الفقهاء استناداً لهذه التعاريف إلى تمليلية وعهدية :

فالتمليلية هي ما لو قال : أعطوا فلاناً بعد وفاتي العقار الفلاني أو مبلغاً معيناً من المال ، و وعد الفقهاء منها ما لو أوصى للفقراء أو المساجد ، والمدارس ونحو ذلك من وجوه البر والإحسان .

والعهدية هي الوصية بما عليه من الديون لله لعباده ورعاية أيتامه وتجهيزه ودفنه وقضاء ما عليه من صلاة وصيام وغير ذلك (2) .

وتتألف الوصية التمليلية من أركان ثلاثة هم : الموصي ، والموصى به ، والموصى له . ويضاف إليهم من يعينه الموصي لتنفيذ وصيته ، وبذلك تصبح أركانها أربعة .

وأما العهدية فتتألف من الموصي والموصى به ومن الوصي الذي يعينه لتنفيذ وصيته إذا عين من يتولى تنفيذها (3) .

ب- الإصطلاح القانوني : تناول قانون الأسرة الجزائري الوصية في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في فصله الأول في المواد من (184-201) منه (4) .

وقد عرفت المادة 184 الوصية بقولها : <الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع> وهو بقوله : (عن طريق التبرع) ، أخرج بعض الوصايا المعتبرة لدى البعض من الفقهاء كأبي ثور وممن وافقه من المالكية واجبة ، وهو ما ذهب إليه الإمام الشوكاني رحمه الله حيث قال : << وقال أبو ثور ووجوب الوصية يختص بمن عليه حق شرعي يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوصى به كالوديعة والدين ونحوهما >> (5) .

(1): الطالب الباحث / الطاهر غياطو ، الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، بحث لنيل

شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية ، فرع القانون العقاري والزراعي ، البليدة 2000 ، ص 10 .

(2): (3) الدكتور / هاشم معروف الحسني / الوصاية والأوقاف ، وراث الزوجة والعول والتعصيب من الأحوال الشخصية في

الفقه الإسلامي ، ط 01 ، دار القلم بيروت لبنان 1980 ، ص 10 .

(4): قانون رقم 84-11 الصادر في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في:

12/06/1984 ، العدد 24 .

(5): الإمام / الشوكاني ، نيل الأوطار شرح منقلى الأخبار ، ج 6 ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1972 ، ص 34 .

والمشرع الجزائري بالتعريف السابق لم يجعلها شاملة لكل أنواع الوصايا كما ذهب إليه بعض الفقهاء ، بل قصرها على الخيري منها فقط ، الشيء الذي جعلها تفقد أحد الأحكام الشرعية بمعنى لا يشمل النوع الثاني وهو العهدية ، بل يدخل ضمن التعريف ، التمليكية فقط .

وفي هذا الصدد يقول الإمام الباجي رحمه الله : (وأما من كانت عليه ديون فقد قال كثيراً من مشايخنا إن ذلك واجب عليه ، قال في النواذر : وأما من عليه تباعه أو ما فرط فيه من كفارة وغيرها من زكاة أو غير ذلك مما يوصى فيه ، فواجب عليه أن يوصي بذلك (1).

وسواء كانت الوصية بالمال أو بغيره كالمرتببات مثلا ، (لفظ تمليك) يشمل كل ذلك بحيث تدرج تحته التمليكات ، والإسقاطات ، وتقرير مرتببات ، وبالإضافة إلى تقسيم التركة بين الورثة سواء بالمنافع أو بالأعيان، وعليه فهي تشمل جميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أم بغيره (2).

والمقصود من كلمة (تبرع) كذلك فهو لإخراج الوصايا التي تبنى على بيع أو إيجار لشخص ما . لأن مثل هذه التصرفات الأخيرة تكون من قبيل عقود المعاوضة التي يأخذ فيها الشخص مقابلا لوصيته(3).

ويلاحظ أن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 184 يدل على أن الوصية ليست تمليكا في كل الأحوال ، بل قد تكون عبارة إسقاط لتكاليف معينة منها الإبراء من الدين أو تأجيله (4).

وعرفت بعض التشريعات العربية الأخرى منها مثلا : القانون المصري في قانون الوصية ، حيث تنص المادة الأولى: (الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت) (5). وهذا التعريف شامل لكل ضروب الوصايا التي اشتمل عليها القانون وهي التمليكات والإسقاطات معا (الوصايا العهدية) وهو شامل كذلك للوصية لأهل التملك ، سواء أكانوا أشخاصا معينين بالإسم أم

(1): الإمام/ الباجي المنقلى ، شرح موطأ الإمام مالك ، ج05، ط02 ، دار الكتب العربية بيروت لبنان 1983 ، ص145.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، أبحاث ومنكرات في القانون والفقه الإسلامى ، ج01، ديوان المطبوعات الجامعية 1996 ص145.

(3): الدكتور/ العربي بلحاج ، الميراث والوصية ، المرجع السابق، ص231.

(4): الطالب الباحث /سليمان محمدي، كسب الملكية بسبب الوفاة ، الميراث والوصية ، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع عقود مسؤولية الجزائر 1988 ، ص116.

(5): قانون الوصية المصري ، رقم 71 سنة 1946 ، راجع : موسوعة القضاء والفقه للثول العربية الصادرة عن الدار العربية للموسوعات ، ج26، ص449.

(6): الأستاذ المحامي / إيمون كسبار ، الوصايا والهباء والإرث بنون ذكر دار النشر 1959 ، ص13.

بالوصف، وكلمة تركة في التعريف جاءت شاملة لكل ما يخلف فيه الورثة مورثيهم من أموال ومنافع وحقوق مالية. وعليه يخرج من معنى التركة كل مالا يورث من الحقوق غير المالية .

وعليه واستنادا لما سبق ذكره ، فإن الوصية هي بجورها عمل قانوني يقوم به الموصي بإرادته المنفردة بقصد التبرع بعد وفاته لمصلحة شخص آخر، ومن مميزاتها الأساسية أن يستطيع الموصي الرجوع عنها ، وقت ما يشاء دون أية عراقيل ، وأن لا يتبين أن سببها هو عمل قام به بالمقابل الموصي له ، أو أي شخص آخر ، بمعنى أن الوصية لم تكن لتحصل لولا ذلك العمل فتبطل عندئذ أن تكون تابعة عن إرادة منفردة وتتغير طبيعتها في الجوهر وتصبح إذ ذلك وليدة تعاقد بين إرادتين إثنين أو أكثر (1) .

ثانيا : مشروعيتهما : الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

1-الكتاب: قوله تعالى : << من بعد وصية يوصي بها أو دين >> (2).

وقوله تعالى : << من بعد وصية يوصون بها أو دين >> (3) ، وقوله تعالى : << كتب عليكم إذا

حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين >> (4)

وقوله تعالى أيضا : << يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية

اثان ذوا عدل منكم وآخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض >> (5) ، وهذه الآية دلت على إيجاب الشهادة على الوصية ، وبالتالي على مشروعيتهما(6).

وأما الآية الأولى فدللت على مشروعية الوصية للأقارب والآيات الأخرى جعلت الميراث حقا

مؤخرا عن تنفيذ الوصية وأداء الدين لكن مقدم على الوصية لقول علي رضي الله عنه : << إنكم تقرؤون هذه الآية : << من بعد وصية يوصي بها >> . وإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية .(7)

وقد يطلق على آيات الميراث آيات الوصية لأنها بدأت بقوله تعالى : << يوصيكم >> ، وفي قوله

تعالى ك : << وصية من الله >> ، حيث أنهم كانوا في الجاهلية يوصون للوالدين والأقربين ويتنازعون

فانتزع الله الوصية منهم وردها إلى نفسه دونهم .وعلى هذا أخذ بعض العلماء من قوله تعالى : <<

يوصيكم الله في أولادكم >> أن الله تعالى أرحم بعباده من الأب والأم بولدهما . باعتبار أن حسب الولد

مغروز في فطرة الأبوين ، و مع ذلك فإن الله يوصيهما في أولادهما (8).

(1):الأستاذ المحامي/ نزيه نعيم شلالا ، المرجع السابق ، ص97.

(2)،(3):سورة النساء ، الآية (11، 12)

(4): سورة البقرة ، الآية 180.

(5): سورة السائدة ، الآية 106 .

(6): الأستاذ المحامي / انمون كسبار ، المرجع السابق، ص1447.

(7): هذا الحديث أخرجه البخاري في باب كتاب الوصايا، وأويل قول الله تعالى رقم الحديث 09 ، ص 1010.

- ورواه الترمذي كذلك في باب الوصايا

(8): الدكتور / رفيق يونس المصري ، علم الفرائض والمواريث ، ط1 ، دار القلم دمشق 1994 ، ص 16، 17.

2- السنة :ورد في السنة النبوية الشريفة مجموعة من الأحاديث الدالة على مشروعيتها وجواز العمل بها ومن بين تلك الأحاديث نذكر ما يلي :

أ- جاء في باب الصدقة عند الموت الحديث الذي رواه أبي هريرة رضي الله عنهما انه قال : << قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم يا رسول الله أي الصدقة أفضل ؟ قال : << أن تصدق وأنت حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تهمل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت : فلان كذا وفلان كذا وقد كان فلان... >> (1).

ب - وعن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : << إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم >> (2) . وفي رواية أخرى : << زيادة في أعمالكم >> .
ج - وعن عائشة رضي الله عنها : أن رجلاً أتى النبي (ص) فقال : يا رسول الله أن أمي اقتبلت نفسها ولم توص وأظنها لو تكلمت تصدقت أفلها أجر إن تصدقت عنها قال : << نعم >> (3) . اقتبلت معناها ماتت فجأة .

د - وعن سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال : (قلت يا رسول الله أنا ذو مال ، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة ؛ أفأتصدق بثلاثي مالي ؟ قال لا) قلت أفأتصدق بشرطه ؟ قال : (لا) قلت : أفأتصدق بثلاثة ؟ قال : << الثلث والثلث كثير إنك إن تدع وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس... >> (4) .
وهذا الحديث دل على أن الوصية الإختيارية مندوبة لمن له مال وفير ، ومن لم يكن له من المال إلا القليل لمن يندب له الوصية كما مضى .

(1): الامام/ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق ص369.

- أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب الصدقة عند الميت ، رقم الحديث 2597 ص 1009.

- ورواه الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذي ، ورواه احمد بن حنبل في مسنده .

- الامام / احمد بن حنبل السند المجد 15 دار الجيل للنشر و التوزيع، بيروت 1994 ، ص916 مابعدهما

(2): الامام/ محمد بن اسماعيل الصنعاني، المرجع السابق ، ص969

- رواه الدارقطني، وأخرجه احمد بن حنبل و البزار من حديث أبي النرداء وابن ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(3): حديث متفق عليه، وأخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب ما يستحب لمن يتوفى فجأة ان يتصدق عنه رقم الحديث

2609 ، ص1010، وروى كذلك في موطأ الإمام مالك راجع: الإمام مالك الموطأ رقم الحديث 1447، دار الكتب، الجزائر 1990 ص432.

(4): حديث متفق عليه ، وأخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب أن يترك وراثته أغنياء خير من ان يتكفوا الناس رقم الحديث 2591 ، ص 1006.

- وأخرجه كذلك الإمام مسلم في مختصره ، كتاب الوصايا والصدقة والنحل والعمرى باب الوصية بالثلث لا يتجاوز رقم الحديث 982 ، ص254 .

- ورواه كذلك الامام / مالك في المرجع السابق كتاب الاقضية ، باب الوصية في الثلث لا يتعدى ص434.

ونقله كذلك : الامام/ جلال الدين عبد الرحمان السيوطي الشافعي، تنوير الحالك شرح على موطأ الامام مالك

ج02 ، دار الفكر بيروت ص129.

هـ- وكذلك الحديث الذي رواه الصحابي عامر بن سعد عن أبيه رضي الله عنهما أنه قال :
(مرضت فعادني النبي صلى الله عليه وسلم ، فقلت يارسول الله : أدع الله أن لا يرزني على عقبي
قال : << لعل الله يرفعك وينفع بك ناسا >> ، قلت : أريد أن أوصي وإنما لي ابنة فقلت : أوصي
بالنصف، فقال : << النصف كثير >> قلت: فالثلث ، قال : << الثلث والثلث كثير- أو كبير- >> قال :
فأوصى الناس بالثلث فجاز ذلك لهم) (1).

و- وعن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنهما قال : (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :
<< إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث >> (2).

ز- وروى ابن ماجه عن جابر رضي الله عنه قال : (قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم : << من
مات على وصية مات على سييل وسنة ، ومات على تقى وشهادة، ومات مغفورا له >> (3).

3- الإجماع (4) : فقد اتفق جميع العلماء والفقهاء من المسلمين على جواز الوصية ولم يخالف واحد
منهم في مشروعيتها ، وأن الوصية عمل مطلوب ومحمود ، لما فيها من البر بالناس والمساواة لهم .
والإستدلال بالإجماع واضح ، إذ نجد الناس في كل عصر ومكان وصى بعضهم إلى بعض من
دون أن يعترض أو ينكر عليهم في ذلك منكر، ليكون هذا إجماعا منهم على مشروعية الوصية (5).

4- المعقول : فهو أن الوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله فيجوز كما جاز الإستخلاف من
الشارع في الميراث باعتباره وصية من الله تعالى ، إلا أن الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث
حفظا لحقوق الورثين فأبقى لهم الثلثين لأن حقهم تعلق بمال المورث (6).

(1): الإمام / ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص363.

- وهذا الحديث أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث ، رقم الحديث 2593 ، ص1008.

(2): العلامة الشيخ / علي ابن عمر الدراقطني ، سنن الدراقطني ، ط02، عالم الكتب بيروت 1983 ، ص210.

- وذكره كذلك : الإمام/ محمد ابن اسماعيل الصنعاني ، المرجع السابق ، ص968.

- وهذا الحديث رواه أحمد والأربعة إلا النسائي ، ورواه الدراقطني كذلك من حديث ابن عباس وزاد في آخره (إلا أن
يشاء الورثة) واسناده حسن، وحسنه بذلك أحمد والترمذي وقواد ابن خزيمة وابن الجاود .

وروى مالك في الموطأ كذلك قوله : (والسنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يجيز
ذلك الورثة) ، راجع : الإمام مالك / المرجع السابق، كتاب الأفضية ، باب الوصية للوارث والحيازة ، ص436.

(3): نقله الإمام/ السيد سابق، فقه السنة، ج03، ط12، الفتح للإعلام العربي ومؤسسة الرسالة القاهرة بيروت 1996
ص337.

(4): الإجماع من مصادر الأحكام الشرعية الأصلية أو المتفق عليها بعد القرآن والسنة ، وعرفه جمهور العلماء : على أنه
اتفاق المجتهدين من أمة محمد (ص) بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي.

(5): الأستاذ / عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق ، ص138.

(6): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي، الوصية، ط01، دار النهضة العربية القاهرة 1971 ، ص33.

وشرعت أيضا لحاجة الناس إلى الوصية وزيادة في القربان والحسنات ، وتداركا لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير (1).

ولأن التصرفات في عمومها والعقود كذلك هي الاخرى ما شرعت إلا لحاجات الناس، فإذا مسست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها، وبه تبين أن ملك الإنسان لا يزول بموته فيما يحتاج إليه ويستدل على ذلك من خلال ما يحتاج إليه الميت من أموال لتسييد نفقات التجهيز، والكفن والدفن، وفي قدر الدين الذي هو مطالب به ، من جهة العباد لحاجة إلى ذلك ، ومثله الأمر هنا .

ويقاس على حاجة الناس للوصية كتصحيح بعض العقود الإستثنائية في الشريعة التي لم تتوافر فيها الشروط العامة لانعقاد العقد وصحته ، ولكن جرت بها معاملات الناس وصارت من حاجاتهم، ولأن الوصية هي تصرف بإرادة مفردة ولو طبقت عليها الشروط العامة لانعقاد العقود في العقود العامة وصحتها في التعاقد فإنها لا تصح ، ولكن الشارع رخص بها وأجازها سدا لحاجة الناس ودفعاً للحرص عنهم (2).

وعلى هذا كان سبب مشروعيتها وحكمتها هو سبب كل التبرعات بدون استثناء، فكانت بذلك تمكينا من العمل الصالح ومكافأة لمن أسدى للمرء معروفا وصلته الرحم، وبالأخص الأقارب الذين لا يرثون وسد حاجة المحتاجين وتخفيف الكرب عن الضعفاء واليوساء والمساكين (3).

ولكن يشترط في الوصية في هاته الحالة التزام المعروف أو العدل ومنها عدم الإضرار بالورثة لقوله تعالى : << من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار ... >> (4).
ولحديث ابن عباس رضي الله عنهما : (الإضرار في الوصية من الكبائر) (5).
ولأن العدل المطلوب في هاته النصوص الشرعية هو قصرها على ثلث التركة . وأما عدم نفاذ الوصية لو ارتث إلا بإجازة الورثة الآخرين فهو لمنع التباغض والتحاسد وقطيعة الرحم.

(1): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص11 .

(2): الأستاذ المحامي / إيمون كسبار ، المرجع السابق ، ص15 .

(3): الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 232 .

(4): سورة النساء ، الآية 12 .

(5): الحديث رواه الدراقطني في سننه ، والإضرار في الوصية أن يوصي بأكثر من الثلث .

وقد شرعت الوصية على خلاف الأصل باعتبار أن الأصل في الوصية أنها لا تلزم، إى بالموت والموت يزيل الملك ، و عليه لا يجوز تصرف الإنسان فيما لا يملك ، ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة ، ولما فيه من مصلحة خاصة ومصلحة عامة .

فالمصلحة الخاصة سبق بيانها، وهي تتعلق بتدارك الإنسان ما فاته من السير والخير ومساعدة أصدقائه وأقاربه غير الوارثين.

وأما المصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع لإعتبار أن الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجود الخير العامة كالمساجد والمدارس والمكتبات ، وغيرها من المشاريع العامة التي يرجع نفعها على المجتمع ككل.

وعلى أصحاب الحق في التكافل الإجتماعي أيضا فكانت الوصية بذلك من قوانين التكافل في نظام الإسلام ، بل إن الوصية بالإضافة إلى ذلك وسيلة الإنسان إذا ما ظهرت علامات الموت أن يوصي بما عنده من أموال غيره ، كالودائع والبضائع المجهول أصحابها لدى الورثة وليس لديهم أدلة تثبت حقوقهم على التركة بعد موته.

وهاته الصورة الأخيرة تعرف عند بعض الفقهاء بالوصية الواجبة شرعا (1) .

ثالثا : حكم الوصية : للحكم عند الأصوليين ثلاث إطلاقات، تختلف باختلاف الإعتبارات ،وعلى هذا الأساس فقد يقصد بالحكم صفته الشرعية، من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أو من حيث التخيير بينها وهو ما يسمى بالحكم التكليفي .

وفعل المكلف فيه خمسة أقسام (2) هي : (الواجب ، المندوب ، الحرام ، المكروه ، المباح) . وقد يقصد بالحكم صفة التصرف التي يظهر أثرها في اعتباره أو عدم اعتباره نتيجة موافقته للطلب أو عدم موافقته وهو ما يعرف عند الأصوليين أيضا بالحكم الوضعي . والتصرف بهذا الإعتبار يتنوع إلى صحيح وغير صحيح ، ونافذ وغير نافذ ، وموقوف ولازم وغير لازم، وهذه التفرقة لها وجودها من حيث الفقه الإسلامي لا القانون .

وقد يقصد بالحكم الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما تحقق له من صفات كثبوت الملكية مثلا أو عدم ثبوتها (3).

(1): الإمام / الباجي ، المنقلى ، شرح موطأ الإمام مالك ، ج05 ، ط02 ، دار الكتب العربية بيروت لبنان 1983 ، ص145.

(2): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص45.

(3): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، النادر الجامعية بيروت لبنان 1989 ، ص 27.

والوصية من حيث الحكم التكليفي كونها مطلوبة الفعل أو الترك تعتبرها الأحكام الخمسة (1) :

1-الندب : أو الإستحباب ،فهي مندوبة ولو لصحيح غير مريض ، لأن الموت يأتي فجأة فلا تجب الوصية على أحد بجزء من المال (2) ، والندب هنا يكون في الوصية التي يرجى منها كثرة الخير، وهو موسر لديه المال وورثته أغنياء، والغرض من ذلك هو التقرب بها إلى الخالق وتشمل الوصية الفقراء والمحرومين والمحتاجين وكذا كل وجوه الخير والبر العام ،كالمدارس والمكتبات والمساجد وغيرها (3).

وحكى ابن حبيب في هذا المجال ،أن عليا رضي الله عنه قال لعلي بن أبي طالب (لا توصي إنما قال سبحانه وتعالى : << إن ترك خيرا >> وأنت لا تترك إلا اليسير دع مالك لذيك) .

وقيل لعائشة رضي الله عنها :أيوصى من ترك أربعمئة وله عدة من الولد بنون ، فقالت : (مافي هذا افضل عن ولده) . (4) وهذا مطابق لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص : (... انك ان تدع ورتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكفون الناس) .

2- الاباحية : (5) وتكون الوصية مباحة ،(6) في حالة الإيصال للأغنياء من الأجانب و الأقارب والأصدقاء منهم، فتكون بذلك جائزة شرعا(7).

وبالتالي يشترط في ذلك ان لا يكونوا من أهل العلم و الصلاح، او من هم في حاجة لتلك الأموال. والأفضل في الوصية المباحة و المندوبة، ان يقدم الموصي من لا يرث من قرابته المحارم ثم غير المحارم، ثم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالجوار ،قياسا على ترتيب الأفضلية في الصدقة العادية ، وحكم هذا النوع من الوصايا انه لا ثواب على فعلها، و لا عقاب على تركها، فتركها كفعلها في الوصف.

(1): الإمام / عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج03، ط07، دار إحياء التراث العربي القاهرة 1986 ، ص328.

(2): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص11.

(3): الإمام/ سيد أحمد النريير ، الشرح الصغير ، ج04، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية الجزائر 1992 ص 181.

(4): الإمام/ الباجي ، المرجع السابق ، ، ص 145.

(5): الإباحة هي الخطاب الدال على تخيير المكلف بين الفعل والترك أو هو ما لا يتعلق بفعله مدح ولا مذم.

(6): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 29.

(7): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 12.

3-الكراهية:(1) كالوصية لأهل الفسوق،(2) و المعصية ،وكذلك اذا كان الورثة فقراء وكانت من قليل المال لما في ذلك من الإضرار بالورثة.

فالوصية اذا تمت بهذا الشكل فانها تكون قد صرفت في غير وجه الله ،ورضاه ،وعليه تكون الوصية عموما مع الحاجة مكروهة ، فكل من قل ماله وكثر عياله يستحب ان لايفوته عليهم بالوصية وان فعل ذلك فقد وقع في المكروه .

4-الحرمة:وقد تكون الوصية أيضا محرمة (3) ،ومنها الوصية بما حرم الله فعله ومنع استعماله لان فعله يعد ارتكابا لمعصية او يؤدي إليها ،كالوصية بالخمر والمخدرات وغيرها من المسكرات ،وكذلك كل الأموال والممتلكات الغير شرعية والمحرمة،أو الانفاق على وجوه الشر، بجميع صورها، كإقامة الملاهي ، وأماكن القمار وغيرها من الطرق الغير مشروعة.

-ويندخ في هذا الحكم ايضا الوصية بقصد الإضرار بالورثة ومنعهم من اخذ نصيبهم كاملا من التركة .وهذا بنص الشارع قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها او دين غير مضار...) (4).

5- الوجوب: وقد تكون الوصية أحيانا واجبة ، وهي الأصل في ذلك، كما إذا ترتب عليها إيصال الحقوق لأربابها او يخشى فوات الحقوق على أصحابها (5).

ونقل ابن المنذر عن ابي ثور المالكية، ان المراد بوجوب الوصية يختص بمن عليه حق شرعي يخشى ان يضع على صاحبه، ان لم يوصى به كوديعة، وديون الله كالكفارات والنذور، والزكاة لأن فيه إشارة إلى قدرته على تنجيذه ولو كان مؤجلا(6).

ويندخ هنا على وجه الخصوص الوصية يرد الودائع (7) والديون المجهولة التي لا مستند لها او يصعب إثبات حقوق أصحابها بعد وفاة صاحب التركة وهذا متفق عليه بين الفقهاء.

وعلى هذا قال الشافعية: يسن الإيصاء بقضاء الحقوق من الدين ورد الودائع ، والعواري ، وغيرها وتنفيذ الوصايا إن كانت، والنظر في أمر الأطفال ونحوهم، كما هو الحال في المجانين ومن بلغ سفيها.

(1): الكراهية: هي الخطاب الدال على طلب الكف عن الفعل طلبا غير جازم والفعل

الذي تعلق به الخطاب هو المكروه وهو ما يمدح ولا ينم فاعله.

(2): النكتور/العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 238.

(3): الأستاذ/ أنور طلبية ، الوسيط في القانون المدني ، ج 03 ، نون ذكر دار النشر 1993 ، ص 221.

(4): سورة النساء ، الآية 12.

(5): الإمام/ الباجي ، المرجع السابق ، 145.

(6): الإمام / ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص 359.

(7): الشيخ/ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي مصر 1988 ، ص 175.

وتجب عندهم الوصية بحق الأدميين كوديعة ومغضوب اذا جهل ولم يعلم (1).

وعلى هذا اجمع الفقهاء على رجحانها ، وذهب جماعة الى وجوبها مطلقا سواء كان عليه دين لله او للعباد او لم يكن ذلك عملا بظاهرة الآية الكريمة (آية الوصية) ، (2) وكذا النصوص التي تحث عليها بينما رجح اكثر الفقهاء (3) وجوبها على من عليه دين وحقوق الله أو للناس من عبادات وديون وأمانات وودائع كما سبق ذكره ، ولم يكن واثقا بأحد يؤدي ما عليه بعد وفاته (4) ، لأنه إذا لم يفعل ذلك إثم وترتب عليه عقاب الله في الآخرة (أي دينيا).

لكن هناك رأي آخر في الفقه يذهب الى ان الوصية واجبة على كل من ترك مالا سواء كان المال قليلا ام كثيرا، ومنهم الإمام الزهري وابن عمر وطلحة بن مطرف وطاووس. وهو مذهب ابن حزم الأندلسي(5).

والشيئ الملاحظ ان مذهب هؤلاء هو قولهم بالوجوب ديانة لا قضاء لتعلق خطاب الشارع على فعل الموصى وهو حكم تكليفي شرعي اي الواجب.

ودليلهم في ذلك اية الوصية السابق بيانها . فيستفاد من هذا انه اذا لم يفعل صاحب التركة أثناء حياته ذلك أثم ديانة لمقتضى الآية .

ووجوب الوصية مطلقا مذهب الإمام الفقيه ابو محمد على بن احمد ابن سعيد ابن حزم قائلًا في كتابه(6): (الوصية فرض على كل من ترك مالا لما روينا من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : >> ما حق إمري مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة>> (7) . قال ابن عمر : ما مرت علي ليلة مذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك إلا وعندي وصيتي ...)

ثم يضيف قائلًا : (وروينا إيجاب الوصية من طريق ابن المبارك عن عبد الله بن عون عن نافع عن ابن عمر من قوله، ومن طريق عبد الرزاق عن الحسن ابن عبيد الله قال : كان طلحة والزبير يشددان

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 12.

(2) سورة البقرة ، الآية 180.

(3): الأستاذ / أحمد الحصري ، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي ، مكتبة الأقصى عمان الأردن 1972 ، ص 534.

(4): الدكتور/ هاشم معروف الحسيني ، المرجع السابق ، ص 10.

(5): الأستاذ / عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق ، ص 138.

(6): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 312.

(7): حديث متفق عليه ، أخرجه الإمام البخاري ، كتاب الوصايا ، باب وصية الرجل مكتوبة عنده ، رقم الحديث 2587 ص 1005.

-المشهور عند الجمهور أن المتفق عليه هو ما تنفق عليه الشيطان (الإمام البخاري ومسلم ويكون مشتركا بينهما) من نون اعتبار أن يكون معهما غيرهما إلا أن هناك من الفقهاء من يجعل المتفق عليه بزيادة الإمام أحمد بن حنبل .

في الوصية ، وهو قول ابي سليمان وجميع أصحابنا (1).
وهناك رأي آخر من الفقهاء وعلى رأسهم ابن حزم أيضا خص الوصية الواجبة بالأقارب غير
الوارثين ، وهم قتادة والإمام الزهري وابن جرير الطبري (2).
ويرون بفرض الوصية على صاحب التركة أثناء حياته بأن يوصي لأقاربه من والديه غير الوارثين
واستدلوا بآية الوصية السابق بيانها (3).
وعلى هذا يمكن ان نستخلص من هذه الآراء قولين رئيسيين :

القول الأول: -إنها فرض على كل من ترك مالا يجب عليه ان يوصي اولاً لوالديه وأقاربه الذين لا
يرثون ثم يوصي لمن يشاء بعد ذلك وان لم يفعل ذلك أثناء حياته يجب ان تنفذ بعد موته من طرف
الورثة او الوصي بالمعروف، وبالقدر الذي تطيب به نفوسهم دون تحديد المقدار.

القول الثاني: (4) - هي واجبة للأقارب الذين لا يرثون ومنهم الوالدين كذلك فإن لم يفعل أثناء
حياته لحقه الإثم في الآخرة ،ولكن لا يجب على الورثة أو الوصي إخراج شيء من التركة بعد وفاة
صاحب التركة، فعند هؤلاء تجب ديانة لا قضاء.

ويعتبر الإمام ابن حزم من أنصار الرأي الأول القائلين بالوجوب القضائي (5) وعلى هذا اطلق
عليه بالوصية الواجبة، والتي أخذ بها التشريع المعاصر ،واعتبرها واجبة بحكم القانون ،(6) وكان
المشرع حل محل ارادة الموصي، ولكن خصها القانون بالحفدة دون باقي الأقربين، بأن أوجب لأولاد
الفرع الذين مات أصلهم قبل موت جدهم أو جدتهم وصية بمقدار ما كان سيأخذه أصلهم ميراثاً لو بقي
حياً.وبها أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني .

-
- (1): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 312.
 - (2): الأستاذ / عبد الكريم شهبون ، المرجع السابق ، ص 139.
 - (3): الأستاذ / أحمد الحصري ، المرجع السابق ، ص 540.
 - (4): الدكتور / أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 247.
 - (5): الإمام الفقيه / ابن حزم ، نفس المرجع ، ص 314.
 - (6): الشيخ/ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 176.

المطلب الثاني الوصية الواجبة.

الأصل المقرر في الوصايا عند جمهور الفقهاء ، وكما أشرنا سابقا أنها اختيارية مندوب إليها ليسر بها الشخص من أراد في حدود الشرع والقانون، أو يجبر بها ما فاته في حياته من أعمال الخير والبر. ولم يكن قبل تشريع قانون الأسرة الجزائري وصية واجبة على شخص في ماله بحيث يطالب بها قضاء وتنفذ في تركته وإن لم يوص بها ، بل كان وجوبها بما عليه من حقوق أمرديني بينه وبين ربه وإنما كان الجاري به العمل هو عقد التنزيل المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وبعض المتأخرين من المالكية.

فكان في الواقع العملي يقوم الممتزل بإبرام محرر تنزيل ينص فيه بقوله : (أنزلوه منزلة أصله في تركتي) ، حيث يأخذ ما كان سوف يأخذه أصله لو كان حيا، وفي حدود ثلث التركة . ويعتبر الفقهاء التنزيل بهذا الشكل من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة (1). يعني أن ضرره يدخل على عامة الورثة ، وتكون القسمة بين الممتزلين (للمذكر مثل حظ الأنثيين) لكن في حالة إذا لم يوص صاحب التركة بهذا التنزيل، فإنه لا يسري على الورثة شيء من ذلك بمعنى أنه ليس جبريا في التنفيذ ، وهنا اختلف عن الوصية الواجبة ، والتي أطلق عليها بعض الفقهاء المتأخرين بوصية القانون (2) .

وقد أخذت بها مختلف التشريعات العربية وعلى رأسهم التشريع المصري (3) مستدئين في ذلك إلى آية الوصية وكذا آراء الإمام ابن حزم الأندلسي (4) ، وكذلك بعض القواعد الشرعية التي سوف نوردتها في حينها.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالوصية الواجبة لكن ضمنها في مصطلح التنزيل وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث في المواد من (169-172) من قانون الأسرة. لكن بالرغم من هذا لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل، أو الوصية الواجبة، كما لم يعرف في مواد الميراث التركة وما يلحق بها، بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء ورغم أنه يمكن أن يستفاد تعريف التنزيل أو الوصية الواجبة من المادة 169 ق.أ إلا أن هناك من عرف التنزيل (الوصية الواجبة) بمايلي :

الوصية الواجبة هي إحلال الحفدة الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة ، بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا بالشروط القانونية (5).

(1): العلامة الشيخ / محمد الصانق الشطي لباب الفرائض الكامل للفقهاء والحساب والعمل - تقديم محمد المنصف

المنستيري - دار النرب الإسلامي بيروت 1988 ، ص 198.

(2): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، دار النهضة العربية بيروت 1978 ، ص 373.

(3): صدر قانون الوصية المصري رقم 71 في 24 رجب سنة 1365 هـ الموافق لـ 24 يونيو سنة 1946 ، والمنشور بالوقائع المصرية بتاريخ 01 يوليو 1946 ، العدد 65.

(4): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

(5): الأستاذ الموثق / جمال نيشاني ، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة (الموارث) مقال منشور بمجلة الموثق

الصادرة في جويلية 1999 ، العدد 07 ، ص 42.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الوصية الواجبة هي حلول قانوني واجب في تركة الجد أو الجدة لصالح الحفدة ولكن يشترط توافر مجموعة من الشروط القانونية جاءت بها المواد من (170-172) قرأوما يعيب على التعريف السابق أنه لا يشمل الحفدة من جهة الإناث ، كما سوف نفصل ذلك من خلال الفصل الثاني.

وعلى هذا يمكن القول بأن الوصية الواجبة بتلك الطريقة ومن حيث إقتصارها على الحفدة دون غيرهم، وبالشروط التي حددها المشرع الجزائري ،هي حكم قد جاء به القانون ولم يسبق بمثله في الفقه الإسلامي (1).

إلا أنه قد وجدت الأحوال الداعية إليها في مجتمعنا باعتبارها جاءت علاجاً لفئة معينة من المجتمع وحالة كثرت فيها الشكوى، وهي موت الأب أو الأم في حياة الجد أو الجدة أو معاً. وأما القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث .

ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري ، و طاووس بن كيسان وأحمد بن حنبل وداوود الظاهري والإمام بن جرير الطبري، وإسحاق بن راهوية، وهو مذهب ابن حزم الأندلسي الظاهري (2) . وأصلهم في هذا قوله تعالى : >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين << (3).

وهو كذلك رأي بعض المتأخرين من الحنابلة فهم يعتبرون أن الوصية واجبة ديانة وقضاء للوالدين والأقربين الذين لا يرثون استدلالاً بهذه الآية الكريمة .

وذلك لحجبهم عن الميراث ،أو لمانع يمنعهم من الإرث ،ووسعوا ذلك لتشمل اختلاف الدين، بحيث إذا لم يوص الميت للأقارب بشيء وجب على ورثته أو على الوصي، إخراج شيء غير محدد المقدار مما تطيب به نفوس الورثة ،من مال الميت وإعطائه للوالدين غير الوارثين لإختلاف الدين مع مورثهم(4). وما يمكن الإشارة إليه هنا أن الفقهاء قد انقسموا على ثلاثة آراء (5). لوجوب الوصية ومرجعهم في ذلك هو هل نسخت آية المواريث (6) آية الوصية (7) أم لا؟ وسوف نتطرق لهاته الآراء بالتفصيل في الفصل الثاني :

ومما سبق بيانه بشأن الوصية الواجبة نجد بأن أحكام التزويل الواردة في قانون الأسرة عندنا أغلبها

(1): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المواريث والوصية والهيئة في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة مصر 1985 ، ص 167.

(2): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ،ص 314.

(3): سورة البقرة ، الآية 180.

(4): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصلته ، المرجع السابق ، ص 122.

(5): الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 156.

(6): سورة النساء ، الآية 11 ، 12.

(7): سورة البقرة ، الآية 180.

مأخوذة من أحكام الوصية الواجبة في التشريع المصري (1)، مع الأخذ ببعض أحكام التنزيل في الفقه الإسلامي .

ويغلب على الوصية الواجبة الطابع الإجتهادي فيها وبالأخص في الشروط الخاصة لاستحقاقها وكذا تخصيصها بالحفدة ، وتعيين المقدار له بما يمثل نصيب أصله لو بقي حيا في حدود الثلث . فكل هذه إجتهاادات خاصة من وضع المشرع (2) لم يقل بها لابن حزم ولا غيره من الفقهاء .
وإن كان المشرع استند في ذلك لقاعدة شرعية يعمل بها في السياسة الشرعية وهي (أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته) (3).
وفي رأي بعض الفقهاء أن أمره ينشئ حكما شرعيا .

وعلى هذا قد خص المشرع الجزائري كبقية التشريعات العربية الأخرى التنزيل أو الوصية الواجبة بالحفدة دون غيرهم.

ذلك أنه في أحوال كثيرة قد يموت الولد في حياة أبيه أو أمه ، وحيث أنه لو عاش إلى موتها لورث مالا كثيرا ولكن قد مات قبلهما أو قبل أحدهما ، أو معهما فانفرد بالميراث إخوة المتوفي، وصار أولاده في فقر مدقع ، واجتمع لهم مع اليتيم وفقد العائل الكالئ الحرمان والفقر (4) ، ليختل بذلك التوازن داخل الأسرة الواحدة ، فنجد الأعمام يتمتعون في اليسر والغنى وبذخ من العيش ، نتيجة للثروة نتيجة للثروة التي اكتسبوها عن طريق الميراث عن اصولهم ، بينما يتخبط الحفدة في فقر وعوز وضنك من العيش .
فكان هذا الحرمان سببه حجبهم من طرف أعمامهم ، وبالتالي ابعادهم نهائيا من الاستفادة من تركة جدهم أو جدتهم فلهذه الدواعي جاء القانون . وقرر ذلك المبدأ العادل واعتبره وصية واجبة معتمدا على بعض نصوص القرآن الكريم والاحاديث النبوية الشريفة ، وبعض آراء الفقهاء وخاصة التابعين منهم والمعاصرين .

فجعل من الواجب على الجد أو الجدة الوصية للحفدة ، فإذا لم يفعل ذلك وعاجلتهم المنية كانت تلك الوصية نافذة وواجبة بحكم القانون ، واصطاح عليها بالوصية القانونية (5).

ويرى هؤلاء الفقهاء بأن هذه الوصية بوضعها الجديد لم يوجد لها نظير من كل وجه في كلام الفقهاء المتقدمين و لكن واضعي القانون حاولوا أن يجعلوا لها سندا ملفقا من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية (6).

(1): قانون الوصية المصري رقم 71 الصادر في سنة 1946 ، راجع: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية الصادرة العربية للموسوعات ج26.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية -المرجع السابق ، ص 185.

(3): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 157.

(4) : الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 176.

(5): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، نفس المرجع ، ص 156.

(6): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، ط 04، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1982 ص 230.

وعلى هذا الأساس جاء تعريف المحكمة العليا في قرار لها للتزويل ما يلي :
(إن التزويل يحرر لفائدة أحفاد من مات مورثهم قبلهم، وانهم في هذه الحالة يرثون مقدار أصله
والوصية تكون في حدود ثلث التركة) (1).

والملاحظ على هذا القرار القضائي أنه جاء مطابق تماما لنص المادتين (169 - 170) .مع تكييف
التزويل على أنه وصية بصريح العبارة .

وإضافة إلى ما سبق بيانه نجد أنصار التزويل (الوصية الواجبة)، يستدلون كذلك في تشريعه له إلى
أن المال الذي خلفه الجد أو الجدة، قد يكون من صنع المتوفي (الأب أو الأم)، وقد يكون ساهم في
تتميته بنصيب ملحوظ ،وهو بذلك لا نذب لأولاده في الحرمان من هذا المال (2).

وهو ما سوف نفضله عند الكلام عن حكمة مشروعية التزويل (الوصية الواجبة) لاحقا .
وقد استدل الفقهاء على مشروعيتها ، وهو ما أخذت به التشريعات العربية في مذكراتها الإيضاحية
في تشريع هذا القانون بقوله تعالى : >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية
لوالدين والأقربين بالمعروف << الآية السابق بيانها .

وقد اختلف الفقهاء حول هذا أشد إختلاف إلى قولين :

فذهب بعضهم إلى انها واجبة لما رواه مسلم وغيره عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال : >> ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه ببيت ليلتين - وفي رواية ثلاث
ليال - إلا ووصيته مكتوبة عنده << (3)، وذهب آخرون إلى أنها منسوخة ، واختلفوا في نسخها ، فمنهم
من قال بنسخ جميعها، ومنهم من قال بنسخ بعضها ،وهي الوصية للوالدين (4).

وقد فسر الإمام الشافعي رحمه الله ، الحديث السابق على أن معناه (5) الحزم والإحتياط للمسلم إلا
ان تكون مكتوبة عنده ،إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه لأنه لا يدري متى تأتيه المنية، فتحول بينه
وبين ما يريد من ذلك .

وقال غيره في تفسير كلمة <حق> ، إن الحق لغة : الشيء الثابت ، ويطلق شرعا على ما
يثبت به الحكم ،والحكم الثابت أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا ، ويطلق على المباح نقله، فإذا ما اقتصر
به <على> ، ونحوه كان ظاهرا في اللوجوب وإلا فهو على الإحتمال (6) ، وهذا ما لم يتوفر في هذا
الحديث .وفي قوله: (يريد أن يوصي) ما يدل على ان الوصية ليست بواجبة عليه وإنما ذلك عند إرادته .

(1): قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية الصادر في 1986/02/24 ، ملف رقم 40651 (غير منشور)، نقله

الدكتور /العربي بلحاج ، قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1994 ، ص 180.

(2): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 167.

(3): حديث متفق عليه ، رواه الشيخان (البخاري ومسلم) .

(4): الإمام / ابن العربي ، أحكام القرآن ، ج 01 ، دار المعرفة ، بيروت لبنان ، ص 70.

-الدكتور / رفيق يونس المصري ، المرجع السابق ، ص 109.

(5): الأستاذ / أحمد الحصري ، المرجع السابق ، ص 533.

(6): الإمام / محمد بن اسماعيل الصنعاني ، المرجع السابق ، ص 963.

وقد اجمع المسلمون على الأمر بها ، وإنما اختلفوا في وجوبها كما سبق بيانه ، وعلى هذا الأساس ادعى الإمام ابن عبد البر الشافعي ، الإجماع على عدم وجوبها مستدلاً من حيث المعنى ، بأنه لو لم يوص لقسم جميع ماله بين ورثته بالإجماع .

فلو كانت الوصية واجبة ، لأخرج من ماله سهم ينوب عن الوصية .

ويرى بعض الفقهاء المتأخرين من بعدهم بوجوبها على من عليه حق شرعي(1) ، يخشى أن يضيع على صاحبه ، إن لم يوص به ، كوديعة ودين لله أو لأدمي .
ومحل الوجوب فيمن عليه حق ومعه مال ولم يمكنه تخليصه إلا إذا أوصى به ، وما انتفى فيه واحد من ذلك ، فلا وجوب .

وقوله < ليلتين > في الحديث السابق للتقريب لا التحديد .

وقال بعض الأئمة الشافعية (2) حول تفسير معنى الحديث السابق ، إن ذلك خاص بالوصية ولا يجوز الاعتماد على الخط فيها من دون شهادة لثبوت الخبر فيها ولأن الوصية لما أمر الشارع بها ، وهي تكون مما يلزم من حقوق ولوازم ، كان حقها أن تجدد في الأوقات ، واستصحاب الإشهاد في كل لازم يريد أن يتخلص منه خشية مفاجئة الأجل ، بل متعذر في بعض الأوقات . فيلزم منه وجوب الوصية أو شرعيتها بالكتابة من دون شهادة ، وقال الجماهير : المراد مكتوبة بشرطها وهو الشهادة .

ورغم آراء هؤلاء الفقهاء والقائلين بعدم وجوبها إلا أن حجج القائلين بوجوبها أقوى من ذلك وبخاصة في زماننا المعاصر الذي يختلف عن الأزمنة السابقة ، من حيث ظروف المعيشة إلى حد كبير .
وهاته الوصية لا تتوفر فيها مقومات الوصية الاختيارية ، وذلك لعدم الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له فهي بذلك أشبه بالميراث ، فيسلك فيها مسلك الميراث فيجعل (لذاً) مثل حظ الأنثيين) ، ويحجب الأصل فرعه ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط (3) .

وكما تجب للحفدة الذين مات أبوهم أو أمهم حقيقة ، وكما يجب أيضاً لمن حكم بموت أبيه أو أمه كالمفقود الذي غاب أربع سنين فأكثر في مظنة الهلاك ، كالحرب والحوادث الطبيعية المختلفة وغيرهما .
وهؤلاء الحفدة الذين حرموا من الميراث أي : ميراث أبيهم أو أمهم ، كان نتيجة للقواعد العامة للميراث التي تحجب (4) الأبعد بالأقرب .

(1) ، (2) : الإمام / محمد بن اسماعيل الصنعاني ، المرجع السابق ، ص 963 ، 964 .

(3) : الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 123 .

(4) : الحجب : نعمة هو المنع ، وشرعاً : منع من قام به سبب من أسباب الميراث من الإرث كله أو من أوفر حظيه لوجود شخص آخر أولى منه ، وهو نوعان : حجب حرمان ، وسماه المشرع حجب إسقاط (انظر المادة 159 ق.أ.ج) وهو منع الشخص من ميراثه أصلاً لوجود شخص آخر أولى منه . (أقوى درجة قرابة) ، والنوع الثاني : حجب نقصان : وهو منع الشخص من أوفر حظيه (من أعلى نصيب إلى أقله) ، لوجود شخص آخر كان سبباً في ذلك فهو أهل للميراث بتوافر سببه فعلاً ، ولكن ورث أقل النصيب . والحجب المقصود في الوصية الواجبة هو حجب الحرمان (إسقاط) .

ومن بين هذه القواعد كذلك اشتراط تحقق حياة الوارث أثناء موت مورثه ، وهذا طبقا لقاعدة الشك في السبق وبالتالي لا يأخذون شيئا فكان لابد من حجب الأبعد بالأقرب. وعليه فلا يأخذ ابن الإبن شيئا ولآلت الأموال كلها إلى الأولاد الصليبيون المباشرون دون هؤلاء الأولاد (1).

وهذا يعني أنهم لا يستفيدون من تركه جدهم أو جدتهم سواء كان ذلك بطريق مباشر لحجبهم من طرف الأعمام ، أو غير مباشر بالتلقي من أصولهم وهؤلاء ماتوا في حياة الجد أو الجدة فأنعدمت كل طرق الميراث ولا شيء لهم إذا حسب نظام الإرث الإسلامي (2).

فكان لابد من فرض لهم وصية تتفد إلزاما في تركه جدهم أو جدتهم، ودون إعتبار إرادة الورثة أو حتى صاحب التركة في حد ذاته .

وتجب الوصية الواجبة حسب نص المادة 169 ق.أ و ما بعدها ،للحفدة سواء من جهة الذكور أو من جهة الإناث لأنه يدخل في لفظ الحفيد لغة إصطلاحا فرع الولد الأنتى، وكذلك فرع الولد الذكر لعموم النص.

ولزيادة في التوضيح نقول بأن هناك من التشريعات من أخذت بنظام الوصية الواجبة، وكانت السبابة لذلك لكنها ضبقت ذلك وبينته على أحسن وجه ، ومنها على سبيل التوضيح القانون المصري ونصت المادة 76 من قانون الوصية مايلي: >> إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما يمثل ما كان يستحق هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا، عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بمقدار هذا النصيب في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر، قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله ، وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات <<.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن تشريع الوصية الواجبة جاء لتلافي حالة كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت أبائهم في حياة أبيهم أو أمهم ،أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والهدمى والحرقي، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم، أو جدتهم لوجود من يحجبهم في الميراث (3) ،مع أن آباءهم قد يكونوا ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت .

وقد يكونوا في عياله أحب شيء إلى نفسه، أن يوصي لهم بشيء من ماله ولكن المنية عاجلته فلم

(1): الدكتور/ محمد محنة ، التركات والمواريث ، ج03، ط 02، مطبعة قمار قرفي باتفه 1994 ، ص295.

(2): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 122.

(3): الدكتور / سعيد عبد السلام ، المشاكل العملية في قانوني المواريث والوصية ، منشأة المعارف

بالإسكندرية القاهرة ، بدون سنة ، ص 184.

يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية (1).

وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية إختيارية، وإن أوصى له بأقل وجب له ما يكمله وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له بقدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي ثلث التركة فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الإختيارية.

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا (2) ، وعلى هذا فإنه إذا لم يوص الميت إلى من وجبت له الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفي وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم (3) .

وفي هذه الحالة الأخيرة وفي الحالة السابقة يقسم ما بقي من الوصية الإختيارية بين مستحقيها بالمحاصة بان يعطي كل بنسبة وصيته .

وما يكون من وصايا لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر من نصيبهم يكون الزائد حكمه في التزام كأصحاب الوصايا الإختيارية، بحيث يتم ذلك بالتساوي بين هؤلاء ولا يقسم قسمة ميراث، بخلاف نصيب الوصية الواجبة الذي يقسم بين الحفدة قسمة الميراث (للمذكر مثل حظ الأنثيين) والتقسيم يتدو عند أول طبقة وما خص كل أصل يأخذه فرعه (4)، ثم يقسم بين تلك الفروع أيضاً قسمة ميراث وإن نزل .

ويتضح إذا من تفحص نصوص القانون المصري الخاصة بالوصية الواجبة أن المشرع المصري قصد تطبيقها على الحفدة بنوعيهما أي من جهة الذكور والإناث معا (5).

إلا أنه لا يحوز الوصية الواجبة من جهة الإناث، إلا الطبقة الأولى فقط من أولاد البطون.

وأولاد البطون هم من ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد البنت وولد بنت الإبن .

وأما أولاد الظهور هم الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد الإبن وولد ابن الإبن وإن نزل، بحيث إذا كان المتوفي في حياة أصله (6) (أبيه وأمه) أنثى كانت الوصية لأولادها فقط دون أولادهمما وإن كان ذكر استحق فروعه الوصية من غير تقييد بطبقة ماداموا من أولاد الظهور كأولاده وأولاد أبنائه وأولاد أبناء أبنائه وهكذا (7).

(1): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 248.

(2): الأستاذ المحامي/ هلال يوسف ابراهيم ، أحكام الميراث ، دار المطبوعات الجامعية القاهرة 1995 ، ص 264.

(3): المستشار/فتحي حسن مصطفى ، الملكية بالمواريث في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف الإسكندرية
القاهرة 1991 ، ص 246.

(4): الشيخ / محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1963 ، ص 245.

(5): الدكتور / بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 169.

(6): الأصل في علم الفرائض وعند اللغويين أيضاً ، يشمل الأب والأم معا ، وأصول الشخص في علم الفرائض عند الإطلاق هم (الأب ، الأم ، الجد الصحيح - من جهة الأب - والجدة الصحيحة أي الجدة للأب) .

(7): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 233.

لكن في نظر المشرع المصري على الأساس السابق ذكره ، أن أولاد بنات الإبن ليسوا من أبناء الظهور فهم حسب القاعدة المذكورة سابقا من أولاد البطون. وعليه لا يستحقون وصية واجبة (1). فلو أن صاحب التركة كان له ولدان على سبيل المثال : محمد واسماعيل، وكان لهذا الأخير ولد وبنات (عمر وعائشة) ، وأنجب كل منهما أولادا، فإذا مات اسماعيل وولداه عمر وعائشة، في حياة أبيه فإن أولاد ولدي اسماعيل وهما: (عمر وعائشة) لا يرثون لكون بعضهم محجوبا بمن هو أقرب منه (أولاد عمر) واليعض الآخر من نوي الأرحام وهم (أولاد عائشة).

فتكون الوصية الواجبة لأولاد عمر لأنهم من أولاد الظهور، دون أولاد عائشة لأنهم من أولاد البطون.

وهناك حالة أخرى وهي تعدد الفروع بتعدد الأصول واختلاف ذلك قريبا وبعدا من المتوفي. فلو طبقنا قواعد الحجب في الميراث لما تحقق الهدف من تشريع الوصية الواجبة، وعلى هذا طبقا للمادة 76 من قانون الوصية المصري(2)، فإن الأقرب يحجب الأبعد، إذا كان فرعا له ولا يحجب فرع غيره ، ويقسم نصيب كل أصل أي: نصيب ابن الميت أو ابنته على من يوجد من فرعه قسمة ميراث. لأن الوصية وجبت لهم تعويضا عما كان يناله أصلهم من الميراث قد فوته عليهم الموت المسبق على موت المورث الأصلي (3).

وكما تجب الوصية الواجبة للحفدة الذين مات أبوهم أو أمهم حقيقة ، تجب أيضا لمن حكم بموت أبيه أو أمه، كالمفقود الذي غاب أربع سنين فأكثر في مظنة الهلاك ، كالحرب ونحوها (4) ، وهو ما سيأتي التفصيل فيه في الفصل الرابع .

ويشترط كذلك في الأصل أن يكون وارثا على افتراض أنه بقي حيا حتى افتتاح التركة، فإذا كان قد حرم من الميراث (5) لأي سبب كان ، لا يستحق فرعه الوصية الواجبة، ويحصل الحرمان عادة بسبب اختلاف الدين أو بسبب قتل الوارث لمورثه بدون حق، ويلاحظ هنا أن القتل العمد العدوان يعتبر مانعا للوصية مطلقا، اختيارية كانت أم واجبة، كما يمنع الميراث، فهو يبطلها إذا حدث بعدها وتبطل به إذا تقدم سببه عليها (6).

(1): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق، ص 376.

(2): الدكتور / سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 182.

(3): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق، ص 251.

(4): الدكتور / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 123.

(5): الحرمان : هو منع الشخص من الميراث، مع قيام سببه لوجود مانع يمنع من ذلك، وهذا المانع قد يشغله عنصر الإختيار، كمن يرث عن الدين الإسلامي أو يقتل مورثه، أو شاهد الزور إذا أدى إلى وفاته. أما الحجب فلا إختيار فيه والممنوع لا يؤثر في غيره فيعتبر كأن لم يكن في الميراث، بخلاف المحجوب يؤثر في غيره سواء كان حجب حرمان أو نقصان ، والحرمان سمي بالمنع. وموانع الإرث نظمها المشرع في المادة 135 ق.أ.ج وما بعدها.

(6): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق، ص 236.

وينص قانون الوصية المصري في هذا الشأن في المادة 18 منه بقولها : << يمنع من استحقاق الوصية الإختيارية أو الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا ، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشر سنة. ويعد من الأعدار تجاوز حق الدفاع الشرعي >>.

وعلى هذا فقتل الموصي له للموصي، يؤدي إلى بطلان الوصية الواجبة في حق القاتل إذا كان عمدا عدوانا (1).

ويرى البعض أن موقف القانون هنا غير محق ، لأن الوصية الواجبة تعالج وضع القريب الذي لا يرث لأي سبب كان ، سواء أحجب بغيره أو لم يكن أصلا من الورثة، فلا يجوز أن نستعين بقواعد الميراث ونطبقها على الوصية الواجبة، لأنها في حقيقتها جاءت خروجاً على تلك القواعد ، فكيف يسوغ لنا أن نستعين بها مرة أخرى . ولو فعلنا ذلك فإننا نعطل العمل بأية الوصية ونفقدنا معانيها (2).

وإضافة إلى ما سبق ذكره نجد المشرع السوري هو الآخر تناول الوصية الواجبة ولكن قصرها على أولاد الإبن دون أولاد البنت وهذا بصريح المادة 257 (3)، بقولها : << من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الإبن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية ... >>. فيفرض قانون الأحوال الشخصية السوري الوصية الواجبة لأولاد الإبن وإن نزلوا على قدر الحصة التي تكون لأصلهم المتوفي على فرض أنه بقي على قيد الحياة حتى افتتاح التركة شرط أن لا تتجاوز الثلث (4).

وعند تفحصنا للنصوص الواردة بشأنه نجد أن هذا القانون قد أخذ بأحكام الوصية الواجبة من قانون الوصية المصري لكنه أدخل عليه بعض التعديلات، وكان أهم تعديل جذري في ذلك أنه قصر نظام الوصية الواجبة على الحفدة من جهة الذكور فقط دون الحفدة من جهة الإناث ، بمعنى حرمان أولاد البنت من الوصية الواجبة بحجة أنهم من ذوي الأرحام ، وأنهم تبعاً لقواعد الميراث لا يرثون مع وجود أصحاب الفروض والعصابات ، بل يرثون في رتبة متأخرة.

كما أنهم لهم تركة أخرى هم فيها ورثة أساسيون من جهة أبيهم بخلاف أولاد الإبن (5) . ولكن نقول: إن العقل والحكمة ، والشرع لا يقتضيان ذلك. ولنا كلام كثير في هذا عند ولوج الفصل الثالث في مبحث الأركان .

وقد أخذ المشرع المغربي أيضا بنظام الوصية الواجبة، وجاء النص عليها في القانون المتعلق بالميراث ، لا في القانون المتعلق بالوصية ، وقد أخذها من القانون السوري.

(1): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 153.

(2): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 58.

(3): قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في سنة 1953.

(4): الأستاذ المحامي / نزيه نعيم شلالا ، المرجع السابق ، ص 107.

(5): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، نفس المرجع ، ص 62 ، 63.

وتكاد تكون النصوص متطابقة حرفيا منها ، حصرها على أولاد الإبن دون أولاد البنات (1) على أن يأخذوا حصة أبيهم شرط عدم تجاوز ثلث التركة.

لكن لم يرد في القانون المغربي نص كما ورد في القانون السوري من أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية ، ولكن يستفاد من النصوص بأنه ينبغي تكملة من كانت حصته أقل بالنتيجة المساواة بينهم - ما لم يجيزوا العكس - شرط عدم تجاوز ثلث التركة.

جاء في مدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل 266 مايلي : <من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الإبن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية >> (2).

إلا أنه ما ميز القانون المغربي أنه تناول التنزيل في باب مستقل عن الوصية الواجبة . فورد الأول في الباب السابع، والثانية في الباب الثامن، وجعلهما يختلفان عن بعضهما، فأخذ بالتنزيل وفق أصله الشرعي طبعاً للمتأخرين من فقهاء المالكية.

وأخذ أيضاً بمبدأ الوصية الواجبة متأثراً بالتشريعات العربية ومنهم على الخصوص التشريع السوري (3) كما أشرنا سابقاً.

وعلى هذا فالتنزيل عندهم يختلف في قواعده عن الوصية الواجبة إختلافاً كبيراً، وقد أحسن المشروع المغربي عندما فعل ذلك لكونه فصل بين نظامين مختلفين .

وأخذ أيضاً المشرع الكويتي بهذا النظام من المشرع المصري تطابقاً يكاد يكون حرفياً أيضاً ، لا مجال للتفصيل فيه.

وقد أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة عندنا بنظام الوصية الواجبة كما فعل غيره من التشريعات العربية ، والتي أوردنا البعض منها هنا للتوضيح فقط.

إلا أن المشرع الجزائري نظم الوصية الواجبة في قانون الأسرة في الجزء الخاص بالميراث ، تحت عنوان التنزيل، في المواد من (169 - 172) منه.

ورغم كل هذا فلم يضبط المشرع أيضاً بعض المسائل الخاصة بالتنزيل مما جعل هذا النظام صعب التطبيق في الواقع العملي وهو ما سوف نتكلم فيه في الفصل الثاني .

وأحكام الوصية الواجبة في القانون مجتمعة تمثل حكماً لمسألة من مسائل تقسيم التركات ، لا يتجافى مع النصوص العامة في التشريع الإسلامي ، ذلك أن الوصية الواجبة ليست ميراثاً محضاً وليست وصية خالصة ، فهي تشبه الميراث من وجوه وتخالقه من وجوه أخرى، ولها بعض خصائص الوصية (4)، وهو ما سوف نتناوله في الطبيعة القانونية للتنزيل.

(1): الدكتور / محمد زهنود ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990 ، ص 45.

(2): مدونة الاحوال الشخصية المغربية ، قانون الوصية الصادر في : 7 مارس 1958.

(3) الأستاذ المحامي / تزيه نعيم شلالا ، المرجع السابق ، ص 107.

(4): الدكتور / أحمد فراج حسين ، احكام الوصايا والاقواف ، المرجع السابق ، ص 157.

وبالنظر إلى ما سبق بيانه نقول بأن الوصية الواجبة أصبحت ضرورة ملحة في عصرنا الحاضر ذلك لأنه قد يكون الأب أو الأم فقراء ولم يتركوا لأولادهم شيئا من أموالهم الخاصة، ويظهر هذا جليا إذا كان الأب والأم غير منفصلين عن الجد أو الجدة ، مما يعني أن الجد هو رب البيت وهو صاحب السلطة والزعامة فيها، فقد يشقى الأب ويتعب من أجل كسب قوت أولاده ، وفي الأخير توافيه المنية عن غفلة من أمره أثناء حياة أبيه، ويكون ماله الذي تعب من أجله هو بيد أبيه أو أمه (1)، نتيجة للطابع التكويني للأسرة الجزائرية على أنها من الأسر الممتدة ، يكون فيها الجد والأولاد وأولاد الأولاد معا ودون قسمة للأموال والجد هو رب تلك العائلة ، وعلى هذا فقد يعيش أولئك الحفدة في عسر وحاجة وفي المقابل الأعمام وباقي الوارثين يتعمون بما ورثوه عن الجدة أو الجد من أموال وثروات هائلة (2).

ولهذه الاسباب جاء المشرع بهاته الوصية القانونية (3) ، ليضع حدا لتلك المشاكل ، وما قد ينجر عنها مستقبلا من روح الإنتقام والنزاعات التي قد تعصف بالأسرة الواحدة ، وهذا أيضا من قبيل التكافل الإجتماعي داخل الأسرة (4) ، وكما جاءت الوصية الواجبة أيضا تطبيقا للمادة الثالثة من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه : >> تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الإجتماعية << .

وهي في حقيقتها قيم أساسية ومبادئ سامية مستمدة أصلا من روح الشريعة الإسلامية وسماحتها وفضلها على سائر الأديان الأخرى.

هذا و بعدما أخذنا لمحة قصيرة عن الوصية الواجبة وتناولنا بعض أحكامها عموما ، وبدون الغوص في التفاصيل مرجئين ذلك إلى الفصول القادمة.

لأن الغرض من هذا الفصل هو معرفة منزلة وموقع الوصية الواجبة بالنسبة للوصايا بشكل عام وقد عرفنا ذلك من خلاله .

فنتقل إلى الفصل الموالي لتتعرف على التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة عندما بشيء من التفصيل .

-
- (1): الدكتور/ مصطفى السباعي ، والدكتور/ عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية و التركات ط 04 ، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق 1977 ، ص 359.
 - (2): الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 253.
 - (3): الدكتور / محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 156.
 - (4): الدكتور / محمد محنة، المرجع السابق ، ص 296.

الفصل الثاني

تعريف التزويد، أصله التشريعي

طبيعته القانونية

وحكمته مشروعيته

الفصل الثاني

تعريف التنزيل ، أصله التشريعي ، طبيعته القانونية وحكمة ومشروعيته .

بعدها تطرقنا في الفصل السابق للتطور التاريخي للوصية وأنواعها بوجه عام ، وعرفنا بأن الوصية الواجبة هي جزء من الوصية بمفهومها الواسع .
سوف نتناول في هذا الفصل : التعريف بنظام التنزيل وأدلة مشروعيته في المبحث الأول ، ثم التكييف القانوني للتنزيل ، وكذا الدواعي والأسباب التي شرع من أجلها ، أي: الحكمة من مشروعيته وذلك في المبحث الثاني.

المبحث الأول

تعريف التنزيل وبيان أصله التشريعي.

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين إثنين، نتناول في الأول : التعريف بالتنزيل كما يسميه قانون الأسرة ، وهذا في اللغة والإصطلاح ، ثم نتناول في الثاني: الأصل التشريعي للتنزيل ونذكر مختلف الأدلة الشرعية الواردة بشأنه وهذا وفق الشكل الآتي :

المطلب الأول

تعريف التنزيل.

سوف نتناول من خلال هذا المطلب التعريف اللغوي للتنزيل مع ربطه بلفظ الوصية الواجبة وهذا في الفرع الأول .

ثم نتناول في الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي للتنزيل، مع ربطه هو الآخر بمصطلح الوصية الواجبة ، وهذا حتى نضبط المصطلحات القانونية، كل في محله لتتضح المعاني وبلوغ الهدف المقصود.

أولاً : لغة : التنزيل اسم مفعول مشتق من : ينزل ، ونزولا ، ومنزلا- فتحا - ، ومنزلا - كسرا- وننزله ، وأنزله ، ونزله وهو يعني الحلول .

وفي هذا الصدد قال سيبويه : كان أبو عمرو يفرق بين نزلت - بالتشديد - وأنزلت ولم يذكر وجه الفرق بينهما (1) ، وقيل كلمة نزال معدول من المنازلة فدل عليها لا بمعنى النزول إلى الأرض ، ومنه قول الشاعر(2):

ولقد شهدت الخيل يوم طرادها *** يسلم أوظفة القوائم هيكل

فدعوا نزال فكنت أول نازل *** وعلام أركبه إذا لم أنزل

ونزل القوم ، أنزلهم منازل ، وقد يعني التنزيل : الضيف لقول الشاعر :

نزيل القوم أعظمهم حقوقا *** وحق الله في حق النزيل

وعلى هذا فنزل تأتي بمعنى : حل ، وقيل أيضا تأتي نزل المنفعة من (نزولا ومنزلا ومنزلا بالتخفيف) بمعنى : اتحد من أعلى إلى أسفل .

أما نزل : (بالتشديد) : وهو محل القصيد تأتي بمعنى (رتب) ومنه المنزلة تعني المرتبة (3) .

فيقال نزله جعله ينزل ، ورتب الشيء مكان الشيء أي أقامه مقامه .

فيكون بذلك بأن يجعل الشيء يأخذ حكم من أخذ محله في جميع الخصائص و الصفات الأساسية له. و منه حل الشخص محل شخص آخر: نزل مقامه، و تكون في التنزيل بأن يحل الحفيد محل مورثه بعد وفاته لزوما فيما عهد إليه من سلفه.

(1)،(2): الإمام / ابن منظور، لسان العرب ، ج 04، ط01، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان 1988 ، ص 111.

(3): الإمام / محمد بن بكر الرازي ، المرجع السابق ، ص 519.

ويأتي إذا التنزيل بمعنى الترتيب ، لكن هنا يأتي بمعنى الحلول ، أي: حله مكانه بأن جعل الحفيد في مقام ومكان الولد ، وعلى هذا يتضح في الأخير أن التنزيل هو حلول شخص مكان آخر، وهو ما ينطبق بالفعل على موضوع التنزيل في صفة الحفدة الذين ينزلون منزلة أصلهم في التركة ، وعليه فمادام التنزيل خاص بالحفدة دون غيرهم فيلزمنا تعريف الحفدة أيضا حتى يستقيم المعنى ويكتمل التعريف اللغوي للتنزيل .

وعلى هذا جاء في لسان العرب قولهم : الحفد والحفدة وهم الأعوان والخدمة وأحدهم حافد ، وتقول العرب : حفدة الرجل بناته وقيل : أولاد أولاده وعلى هذا أطلق الحفيد على ولد الولد (1).
والحفيد جمعه حفداء ويقال الحافد وهو الخادم والتابع والناصر ، لأن أولاد الأولاد يخدمون وينصرون جدهم في حياته ، ويكون جمع ولد الولد أيضا : حفد ويقال كذلك : حفدة أو الحفدة ، ولهذا فلفظ (الأحفاد) الوارد في قانون الأسرة عندنا في مواد التنزيل ، باعتباره لفظ جمع للحفيد لم نعثر عليه في القواميس اللغوية ، وربما يكون من الأخطاء الشائعة في اللغة العربية ونقلها المشرع بذلك.
فجاء في لسان العرب في هذا المجال : والحفيد ولد الولد ، والجمع حفداء ، قال عكرمة: الحفدة من خدمك من ولدك وولد ولدك.

وقال الليث : الحفدة ولد الولد (2). والولد اسم يجمع الواحد والكثير ويدل على الذكر والأنثى معا، والجمع أولاد وولدة وإلدة ، والوليد : هو الصبي حين يولد وقال بعضهم : تدعي الصبية أيضا وليدا فيقال تولد الشيء من غيره نشأ عنه ، وتوالد القوم أي : كثروا ، وولد بعضهم بعضا .
ويطلق الولد على المثنى والجمع كما أطلق على الذكر والأنثى ، واشتق منه الميلاد والمولد والولدان (الأب والأم) .

وباعتبار أن هناك من التشريعات المعاصرة من أطلق التنزيل على الوصية الواجبة، أو العكس كما هو الحال عند المشرع الجزائري عندما اعتمد أحكام الوصية الواجبة في مصطلح التنزيل، وحتى يتضح المعنى أكثر وتحدد المصطلحات كل في محله، سنقوم بتعريف الوصية الواجبة أيضا لربطها بالتنزيل واعتبار أحدهما جزءا من الآخر ، وباعتبارها لفظ مركب من جزئين مسند ومسند إليه ، لا بد من أن نعريف الجزئين حتى يتضح المعنى و يتجلى أكثر.

(1) الإمام / ابن منظور ، لسان العرب ، ج03، ط01، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1988 ، ص 235.

(2): الإمام / ابن منظور ، نفس المرجع ، ص 235.

ولفظ الوصية سبق تعريفه في الفصل الأول في المبحث الثاني من المطالب الأول .

وأما لفظ (الواجبة) سوف نعرفها كالاتي :

جاء في لسان العرب معنى وجب : وجب الشيء يجب وجوبا أي لزم ، وأوجبه هو ، وأوجبه الله ومنه يقال : استوجبه أي استحقه .

ومنه قوله : غسل الجمعة واجب على كل محتلم ، قال ابن الأثير قال الخطابي : معناه وجوب الاختيار للإستحباب دون وجوب الفرض واللزوم ، وإنما شبهه بالواجب تأكيدا كما يقول الرجل لصاحبه : حقك علي واجب .

وعلى هذا يقال : وجب الشيء ، يجب وجوبا إذا ثبت ولزم ، والواجب والغرض عند الإمام الشافعي رحمه الله سواء ، أي: لهما نفس المعنى وبالتالي نفس الحكم ، وحكمه ، يعاقب كل من يعاقب على تركه .

والموجبة تكون من السيئات والحسنات ، ومنها ما جاء في باب الدعاء : > اللهم إني أسألك موجبات رحمتك < (1).

وباعتبار أن معنى وجب هنا : لزم وثبت اشتق بذلك تعريف الواجب أو (الواجبة) في الإصطلاح ليؤدي نفس المعنى تماما وهو اللزوم .

واستادا لما سبق شرحه فيكون تعريف التنزيل لغة بربطه بالوصية الواجبة باعتبار أن كل منهما جزء من الآخر ، فيكون التنزيل هو: حلول شخص محل شخص آخر أو مقامه بعد وفاته لزوما ليصل ما كان في حياته بما يأتي بعد موته عهدا له .

وهذا التعريف اللغوي استطعنا تركيبه من خلال الجمع والمزج بين المصطلحين مع مراعاة مدلول كل واحد منهما في اللغة .

والملاحظ أن هذا التعريف اللغوي قريب إلى درجة كبيرة من التعريف الإصطلاحي ، كما سنبين ذلك بعدئذ ، ولأن الوصية الواجبة كما سنبين هي إحدى صور التنزيل في بعض أحكامه وهو ما يتضح لنا من خلال الفرع الموالي :

ثانيا : إصطلاحا : لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل من خلال قانون الأسرة وإنما ترك ذلك كعادته إلى الفقه وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، وباعتبار أن التعاريف هي من اختصاص الفقه ، ونادرا ما تورد التشريعات ذلك ، ولذا عرفه بعض الباحثين عندنا في الجزائر على ان التنزيل

(1): الإمام / ابن منظور ،المرجع السابق ، ج15، ص 215.

هو : (إحلال الأحماد الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا بالشروط القانونية) (1).

وما يعيب على هذا التعريف أنه لا يشمل البنات أي الحفدة من جهة الإناث وهي مخالفة صريحة لمقتضى نص المادة 169 ق.أ وما بعدها.

لأنه اقتصر في هذا التعريف على ذكر الأب فقط دون الأم بقوله : (الذين توفي والدهم) ، وكان من الأجدر لهذا الباحث أن يضيف أصلا آخر وهو الوالدة ، حتى يتوافق مع ما تقضي به نص المادة السابقة والتي أشار المشرع الجزائري من خلالها إلى مضمون تعريف التنزيل .

فتنص المادة 169 على أنه : >> من توفي وله أحماد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرايط التالية <<

فدل هذا النص صراحة على إشراك كل من أولاد الإبن مع أولاد البنات في مقدار التنزيل ، من خلال كلمة (أصلهم) وكلمة (مورثهم) ، فهي ألفاظ عامة يدخل فيها جنس الذكر والأنثى معا ، كما سنبينه من خلال الفصل الثالث في مبحثه الأول من المطالب الثاني.

وكما ذهب كذلك بعض الباحثين الجزائريين أيضا في هذا المجال إلى القول : بأن التنزيل هو إيصال والتتصيص عليه في مواد قانونية هو إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل - كسرا - الذي يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته.

ويذهب أيضا إلى أن كلمة (وجب) في النص القانوني هي الكلمة التي حلت بها إرادة المشرع محل إرادة الجد أو الجدة ، باعتبار أن هاته الكلمة جاءت على ألفاظ الوجوب، وعليه فلا خيار لأي كان في التنزيل (2).

ويبرر هذا التعريف الذي جاء عاما الطبيعة الإلزامية ، أو الجبرية التي تميز التنزيل واعتبره (إيصالا)، وهو ما دلت عليه بالفعل المادة 171 ق.أ.ج والتي اعتبرت صراحة أن هذا التنزيل ينفذ في صورة وصية.

وتنص المادة 171 على أنه : >> لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة ، أو كان قد أوصى لهم ، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية...<< ، وقد ذكر المشرع في هذا النص قوله : >> ما يستحق بهذه الوصية <<، ويقصد بها ما يستحق بهذا التنزيل ، فنلاحظ أنه كلا المصطلحين يصلحان للدلالة على نفس المعنى في هذا المقام .

(1): الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة (الموارث)، ج02، مقال منشور بمجلة الموثق

الصادرة في: جويلية 1999 ، العدد 07 ، ص 42

(2): الأستاذ الموثق / جيجيك صالح ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، ج01، مقال منشور بمجلة الموثق الصادرة في:

نوفمبر 1997 ، العدد 01 ، ص 25.

وقد عرف الفقهاء المتأخرين من المالكية التنزيل : (وهو أن ينزل الإنسان غير وارث منزلة وهو من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة) (1).

ويلاحظ على هذا التعريف هو الآخر ورد عاما بحيث لم يحدد مقدار التنزيل ، كما أنه أيضا لم يحدد أشخاص التنزيل إلا أنه أجاز له لغير الوارثين، ولكن الشيء الملفت للانتباه في هذا التعريف وهو ما يميزه عن باقي التعريفات السابقة ، أنه يكيف التنزيل على أنه وصية اختيارية، أي: تكون إرادة المنزل محل اعتبار، ويستفاد ذلك من قوله : (هو أنه ينزل الإنسان) بمعنى: أن مصدر التنزيل هو إرادة الإنسان، ولا دخل للمشرع في ذلك ، وهذا هو التنزيل الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية ، إلا أنهم وضعوا في حل مسائله بعض الأحكام التي تشترك مع الميراث، من جهة وأخرى مع الوصية الاختيارية من جهة أخرى .

ومنها أن ضرره يدخل على عامة الورثة(2)، ويقسم مقدار التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين، ويختص به الحفدة دون غيرهم ، وهذا إذا كانوا خليطا من الذكور والإناث (3) ، ويعرف بعض الفقهاء من المذهب الحنفي نذكر منهم العلامة سيدي محمد رضوان المقفي الحنفي رحمه الله حيث قال : (وكثيرا ما يقع السؤال في بلادنا عن كيفية العمل في مسألة التنزيل وهي التي تنزل فيها الهالك غير الوارث منزلة وارث معين ، كأن ينزل ابن ابن غير وارث منزلة ابن ، أو ينزل ابن بنت منزلة بنت ...) .

ثم يضيف قائلا : (وقد نص الفقهاء رحمهم الله تعالى على أن التنزيل من باب الوصية فيجب أن يجري العمل فيه على أصولها، و من أصولها أنه يجب إخراجها قبل الميراث كما نص عليه الكتاب العزيز في غير ما آية ...) (4).

وعلى هذا فالتنزيل هو جعل حفدة الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة ، ونظام التنزيل هذا استحدث في الفقه الإسلامي الحديث لمعالجة مشكلة الحفدة الذين يموت أصولهم في حياة جدهم أو جدتهم ، ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك فلا يرث الحفدة بذلك من تركة الجد أو الجدة شيئا ، إما لحجبهم من الميراث من طرف أعمامهم لأنهم أقرب درجة إلى الميت أو قد يكونوا غير وارثين أصلا كما هو الحال في أولاد البنات لأنهم من ذوي الأرحام يرثون في مرتبة متأخرة بعد أصحاب الفروض والعصبات (5).

(1): العلامة الشيخ /محمد الصانق الشطي ، لباب الفرائض الكامل للفقه والحساب والعمل ، دار النرب الإسلامي بيروت 1988 ، ص 148.

(2): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 294.

(3): الدكتور / محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 160.

(4): العلامة الشيخ / محمد الصانق الشطي ، المرجع السابق ، ص 154.

(5): الدكتور / سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 184.

والمشروع الجزائري لم يعرف التتزيل بهذا الشكل المستحدث، أي ما تطلق عليه التشريعات العربية بالوصية الواجبة ، وذلك قبل مجيء قانون الأسرة (1)، حينما كان المذهب المالكي سائدا فيما تعلق بأحكام الأسرة ، وبخاصة مسائل الميراث.

وعلى هذا فالتتزيل هو أن ينزل صاحب التركة حفداه غير الوارثين منزلة أصولهم الوارثين على فرض حياتهم بعد موت مورثهم بأخذ نصيبهم المفروض لهم ميراثا ، وفي حدود ثلث التركة. وتعريفنا هذا إنما يخص التتزيل الذي جاء به الفقه الإسلامي كما سيأتي بيانه ، أما تعريف التتزيل وفق قانون الأسرة فنعرفه كالآتي : التتزيل هو حلول غير الوارثين من الحفداه محل أصولهم الوارثين قسرا، آباء كانوا أو أمهات ، على فرض حياتهم عند موت مورثهم في أخذ منابهم من تركة الجد أو الجدة وفي حدود ثلث التركة .

ومن خلال التعريفين السابقين المقترحين يمكن القول : بأن التتزيل وفق أحكام الفقه الإسلامي يختلف عن التتزيل الذي جاء به المشروع الجزائري: في قانون الأسرة في الفصل السابع من الكتاب الثالث المتعلق بالميراث، في المواد من (169 - 172) منه . والذي يأتي في طبيعته القانونية على أنه وصية واجبة للحفداه كما سنبينه من خلال الطبيعة القانونية للتتزيل، وذلك في المطلب الأول من المبحث الثاني في هذا الفصل .

واستنادا لنص المادة 169 ق.أ يتضح طابع الإلزام في هذا التتزيل بحيث ينفذ قسرا في تركة المتوفي في حالة إذا لم يوص به ، وهذا بحكم القانون باعتباره وصية قانونية واجبة (2)، و معنى هذا أن القانون هو الذي يتكفل بتتزيلهم منزلة أصلهم في التركة باعتبار ذلك أمرا وجوبيا ولازما ، ولا خيار للمتوفي أو ورثته في حجبتها عن مستحقيها (3).وهنا لم يعد لإرادة صاحب التركة أي اعتبار لأن التتزيل ينفذ رغما عن إرادته ، وكما أنه لا يرد بالرد، أي: ينفذ رغم عدم قبول من وجب لهم التتزيل ، لهذا يشبه بالميراث (4) من هذا الجانب ، واعتبر صاحب التركة إذا لم يوص لحفدته ظالما ، فيقوم القاضي مقامه بفرضها في تركته بعد وفاته بقدر نصيب هذا الولد ، على أن لايزيد عن ثلث التركة ولو كان نصيبه ميراثا أكثر من ذلك.

وقد حذا المشروع الجزائري في هذا المقام حذو بعض المشرعين العرب منهم (المصري والسوري والمغربي والكويتي) (5)، على سبيل المثال مع بعض الاختلاف بين هاته التشريعات .

(1): الدكتور/ حسن شاهين ، التتزيل في قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور بمجلة الشرطة الصادرة في سنة 1987 العدد 35 ، ص 66 وما بعدها .

(2): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(3): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 61.

(4): الدكتور / وهبة الزحيني ، الفقه الإسلامي وأصلته ، المرجع السابق ، ص 123.

(5): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 250.

وإضافة إلى ما سبق ذكره فقد عرف أيضا بعض الباحثين المعاصرين التنزيل وأطلقوا عليه اسم الوصية الواجبة كما سبق بيانه وذلك كالآتي: (الوصية الواجبة استنتاج اجتهادي (1) ، يراد به إثبات ميراث من مات من الأبناء قبل وفاة أبيه المورث ونقل ميراثه هذا إلى أولاده من بعده ...) ، ثم يضيف قائلا: (أن هاته الوصية لم تكن معهودة في زمن النبوة والصحابه والتابعين ، والأئمة الأربعة المجتهدين إذا لم يرد بها نص في الكتاب ولا السنة ولا إجماع من هؤلاء فهي مستحدثة (2).

والتنزيل بهذا الشكل لم يكن له وجود قبل تشريعه ، ربما لم تكن الحاجة ماسة إليه كما في وقتنا الحاضر ، أو ربما كان المتوفي يوصي تلقائيا لحفته إذا كانوا غير وارثين ، ودون أن يجبره أحد على ذلك في حالة ما إذا كان هؤلاء الحفدة قد مات مورثهم أثناء حياته، وبخاصة أنه في زمن الصحابة والتابعين كان الوازع الديني أفضل بكثير مما عليه اليوم.

وباعتبار أن التنزيل في الشريعة الإسلامية في حقيقته وصية كما سنرى ، وهي قرينة تقترب بها إلى الخالق والأقارب هؤلاء أولى بالمعروف من غيرهم ، فكانوا يوصون لهم من عند أنفسهم دون رقابة للقضاء في ذلك، بل لا مجال لسلطان القانون نهائيا ما دامت قلوب هؤلاء رؤوفة رحيمة بأولئك الضعفاء واليتامى ، يأتيهم رزقهم رغدا من حيث لا يدرون .

وعهد الصحابة والتابعين يضرب به المثل اليوم في شدة التضامن وطيبة النفوس .

وكما كان فرض الزكاة أيضا يغطي كثيرا من إحتياجات المجتمع آنذاك ، ولهذه الإعتبارات وغيرها لم يكن لمشاكل هؤلاء الحفدة أي تأثير في المجتمع ، لأنهم وجدوا من يتكفل بشؤونهم ويعطف عليهم . أما اليوم وقد قست فيه قلوب الناس ، وضعف الوازع الديني ، فكان لذلك كله أثرا بالغا في التضامن والتكافل داخل الأسرة الواحدة. بحيث أصبح الجد خصم حفيده والإبن يقاضي أبيه، وتفككت الروابط والعلاقات الأسرية ، فكان لا بد للقانون أن يتدخل ليكون له سلطانه في ذلك، حماية للطرف الضعيف ونصرة له ، ليقرر سلطان القانون بذلك حقوق أولئك الحفدة لينفذ في تركة المتوفي جبرا مقدار هذا التنزيل ودون اعتبار لإرادة أحد.

ورغم أن هذا التنزيل له ما يبرره من الجانب الشرعي، واستنادا لأقوال ابن حزم الظاهري الذي وحده يرى بالوجوب القضائي (3) ، كما سنرى في المطالب الموالى .

إلا أن هناك من المعاصرين من يرى بأن مشكلة الحفدة الفقراء لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة ، لكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب متفرقة، قام المشرع الوضعي بالإجتihad فيها .

(1): بصير العالم مجتهدا بتوافر منة الأسباط نبيه ، فالمجتهد هو الذي حصلت له ملكة يفكر بها على استنباط الأحكام من مأخذها ، وعرفه أبي حامد الغزالي : هو كل مجتهد مقبول الفتوى ، وهو كل من له اختصاص في فن من الفنون ، إذا كانت المسألة المعروضة في مجلس الإجماع تتعلق باختصاصه، وقد يسمى المجتهدون أهل الرأي والإجتihad أو أهل الحل والعقد.

(2): الشيخ / أحمد محي الدين العجوز ، الميراث العادل في الإسلام ، مؤسسة المعارف، بيروت 1970 ، ص 243.

(3): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

إذ هي اجتهاد من واضعي القانون يستند إلى قاعدة شرعية ، هي: أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته (1).

وهناك من الباحثين الجزائريين من يرى بأن التنزيل لم يكن موجودا قبل مجيء قانون الأسرة ، بل كان المطبق في ذلك هو أصل مذهب مالك ، ومن ثم فإن التنزيل يستمد قوته من القانون بحيث إذا انزل الشخص فروعه طائعا مختارا نفذ ذلك، وإن لم يفعل نفذ ذلك المقدار في تركة المتوفي قسرا ، ودون حاجة للإيصاء به (2).

ولكن حتى لا يقع الإلتباس في مثل هاتاه الأقوال عند الإطلاق، نقول: بأن التنزيل المقصود في هذا الرأي الأخير هو التنزيل القانوني، أو ما يسمى بالوصية الواجبة ، وليس التنزيل الشرعي الذي جاء به الفقه الإسلامي ، لأن هذا الأخير كان له وجود قبل مجيء قانون الأسرة ، وله وجوده في المذهب المالكي كما أشرنا سابقا .

وكما جاء أيضا عند بعض الفقهاء قولهم : (بأن مسألة التنزيل هي أن ينزل الإنسان أولاد ولده الميت منزلة أبيهم ، جارية مجرى الوصية ، وتقسم بين المنزلين للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما أفتى به أبو عبد الله المنصوري وغيره) (3).

وما يدل على وجود التنزيل كذلك في المذهب المالكي قبل قانون الأسرة ، ما جاء في متن العاصمية قولهم : وصححت لولد الأولاد *** والأب للميراث بالمرصاد .

والمعنى تصح الوصية للحفدة إذا لم يكونوا ورثة، بأن كان لهم أب أعم يحجبهم من الميراث ، فهو كقول ابن يونس ، حيث قال الإمام مالك رحمه الله : (من أوصى بثلثة لولد ولد فذلك جائز إذا كانوا غير ورثة) (4).

وبالإستناد إلى ما سبق ذكره ، يتضح لنا أن التنزيل الشرعي كان معمولا به في الفقه الإسلامي وقبل مجيء قانون الأسرة.

وكما يجب التنزيل أيضا لفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه ، ويستوي في ذلك الموت حقيقة كالمقتول في الحرب ونحوها، أو من انتهى أجله بين أهله بأية وسيلة ، والموت حكما كالمفقود أو الأسير الذي لا تعلم أخباره إذا صدر حكم القاضي بموته حال حياة والده (5) ، وحكم القاضي بمثابة موته حقيقة وتطبق هنا القواعد التي تحكم المفقود ، وهو ما سوف نبينه في أحكام المفقود في الفصل الرابع.

(1): الدكتور / حسن شاهين ، المرجع السابق ، ص 67.

(2): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 295.

(3): العلامة الشيخ / أبي الحسن علي ابن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لإبن عاصم الأندلسي وبيحاشيته ، على المعاصم لفكر ابن عاصم، للإمام أبي عبد الله محمد التاودي، - وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام- ، المجلد 02 ، دار الفكر بيروت 1991 ، ص 591.

(4): الإمام / القاضي الجماعة أبي بكر بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ، متن العاصمية ، المسماة بتحفة الحكام ، على مذهب الإمام مالك ، مطبعة المشهد الحسيني ، بيروت، بدون سنة ، ص 105.

(5): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 179.

وهذه الفتوى في حقيقتها تعتبر تأكيدا لما أوردناه سابقا، على أن الأولين من أسلافنا من فقهاء المذهب المالكي، وغيرهم كان عندهم العمل بالتنزيل، لكن ليس بنفس الطبيعة القانونية التي جاء بها قانون الأسرة، كما سيأتي بيانه في مبحثنا الثاني في مطلبه الأول، وأيضا كما هو جار به العرف عندنا في بعض المناطق بالجزائر، حيث يتم تنزيل هؤلاء الحفدة من قبل جدهم، ويطلق عليه عامة الناس (الغرس) ، أو (الغراسة) ، بمعنى: أن الجد يغرس أولاد ابنه في موقع أبيهم المتوفي قبله، كي ينوبهم ما كان ينوب أباهم مع أعمامهم حين وفاة جدهم (المنزل - كسرا -) .

وإذا حدث أن الجد لم ينزل (أو لم يغرس) حفدته، فإنهم يحجبون بالأبناء الذين يقفون في مركز أقوى علاقة بالمورث (أبيهم) .

وهذه القاعدة شرعية في الميراث لا خلاف فيها، ومنصوص عليها في آية المواريث (1)، وهي قاعدة الأقرب يحجب الأبعد (2) .

وفي هذه الحالة الأخيرة عندما لا ينزل فيها الجد حفدته بإرادته إختيارا، هو ما جعل الفقهاء والمشرعين ينظرون في الأمر، وقد مرت بمراحل عديدة إلى أن وصلت إلى نصوص في التشريع (3)، وبعدها أصبح التنزيل وصية واجبة، يستمد قوته من نصوص قانون الأسرة، بحيث إذا نزل الشخص فروعه ذكورا كانوا أو إناثا طائعا مختارا، طبق ذلك التنزيل ونفذ.

لكن في حالة إذا رفض ذلك فإنه يلزم به الورثة عن دبر وفاة مورثهم، دون حاجة إلى الإيصاء به بمعنى: أنه إذا لم يوص المورث بذلك القدر المحدد بالثلث، نفذت الوصية في ماله بحكم القانون (4)، وهو خاص بالفروع دون أن يمتد أثره إلى الزوجين غير الوارثين، إذا توفي أحدهما قبل الآخر، بأن كانا مختلفين في الدين، وكما أنه لا يشمل أيضا أصول المتوفي إذا كانوا غير وارثين، كحالة الإختلاف في الدين السابق ذكرها . ورغم أن من يقولون بهذه الصورة كالإمام الفقيه ابن حزم رحمه الله، يجعلون ذلك شاملا للفروع والأصول معا، بل للقرابة كلها، إذا كانوا غير وارثين، إلا أنه أجاز في الإقتصار على ثلاثة منهم، دون تعيينهم على سبيل الحصر (5).

وهو ما سوف نبيته بالتفصيل عند ولوجنا للمطلب الثاني من المبحث الأول في فصله الثالث. ومن ثم فإن النصيب المنزل فيه لا يقسم إلا على فروع الميت . وهذا طبقا لنص المادة 169 من قانون الأسرة. وأخيرا وبعد ما تناولنا في هذا المطلب المقصود بالتنزيل، والوصية الواجبة، واتضح لنا المفاهيم وضبطنا بذلك المصطلحات القانونية الواردة في هذا المجال كل في محله، مع إعطائنا اقتراحات وانتقادات شخصية، في كل جزئية تناولناها لتتطرق بعد هذا إلى الأصل التشريعي للتنزيل وذلك في المطلب الموالي:

(1): سورة النساء ، الآية (11،12).

(2): الدكتور/ هبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق، ص 345.

(3): الأستاذ الموثق / جيجيك صالح، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ج01، المرجع السابق ، ص 25.

(4): الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(5): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314 و 315.

ولكن هذه الآية التي في سورة البقرة أكملها وأتمها. وهذه الآية نزلت قبل نزول آيات الفرائض والمواريث (1).

ففي قوله تعالى : << كتب عليكم >> ، قد يقول البعض: لم قال تعالى : << كتب >> ولم يقل : << كتبت >>؟ مع أن الوصية مؤنثة ، قيل له: إنما ذلك لأنه أراد بالوصية (الإيصاء). أي : المصدر وهو مذكر محذوف تقديره : (كتب عليكم الإيصاء) .

وكتب : بمعنى فرض (2) ، فدل على وجوب الوصية إذا اقترب بالموت، وقوله تعالى : << إن ترك خيرا >> : حرف (إن) أداة شرط بوجود المال الكافي ، ذلك لأن الخبر هنا يعني المال من غير خلاف في ذلك ، واختلفوا في مقداره ، فقيل المال الكثير فيما روى عن علي وعائشة وابن عباس (3). ورغم إجماع العلماء على وجوب الوصية على من عليه ديون أو ودائع في حياته فقد ذهب طائفة من العلماء إلى أن الوصية واجبة على ظاهر القرآن قليلا كان المال أو كثيرا وبه قال الإمام الزهري والإمام أبو مجلز رحمهم الله (4).

وفي تفسير هاته الآية ذهب جمع من الفقهاء إلى أنها محكمة وغير منسوخة (5)، ظاهرها العموم ومعناها الخصوص في الوالدين اللذين لا يرثان كالكافرين، وفي القرابة غير الوارثة، وبه قال الإمام الضحاك، والإمام طاووس بن كيسان، والحسن البصري، واختاره الطبري في تفسيره ، حيث ذهب إلى أن هذه الآية غير منسوخة بآية المواريث ، وهي محكمة وليس بينها وبين آية المواريث من تعارض ويمكن الجمع بينهما، ولكي يقال بأن هناك ناسخ ومنسوخ لابد من وجود التعارض بين الآيتين ، حيث يذهب إلى أن هذه الآية ظاهرها العموم في كل والد ووالدة والقريب، والمراد بها في الحكم البعض منهم دون الجميع، وهو من لا يرث منهم الميت دون من يرث (6).

وقد دل القرآن على شرعية النسخ لقوله تعالى : << ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ، ألم تعلم أن الله على كل شيء قدير >> (7).

(1): سورة النساء الآية (11 ، 12).

(2): الإمام /ابن عباس ، تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ، دار الكتب العلمية بيروت 1966 ، ص 25.

- الدكتور/ رفيق يونس المصري ، المرجع السابق ، ص 109.

(3)،(4): الإمام / القرطبي ، ج02، المرجع السابق ، ص259.

(5): النسخ : هو رفع الحكم الشرعي بنيل شرعي متأخر، وذلك مراعاة لصالح العباد وتيسيرا عليهم وإرشادا لهم، في أمور الدنيا ، وبأني النسخ لعلة معينة يراها الشارع تقتضي ذلك النسخ.

- راجع، الدكتور / محمد سلام مذكور ، المدخل للفقهاء الإسلامي ، دار الكتاب الحديث الكويت ، 1989، ص 17.

(6): الإمام / الطبري ، جامع البيان عن تأويل آيات القرآن ، ج08 ، القاهرة 1979 ، ص 223.

(7): سورة البقرة ، الآية 106.

وذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والأوزاعي، وأحمد بن حنبل في تفسير هاتيه الآية الكريمة، إلى أنه من أوصى لغير قرابته وترك قرابته محتاجين فبئسما صنع ، لكن فعله مع ذلك جائز بمعنى أنها واجبة ديانة لا قضاء عند هذه المذاهب .

إلا أن القرطبي في تفسيره للآية الكريمة، يرجح القول الأول الذي يذهب إلى وجوبها ديانة لا قضاء للأقارب غير الوارثين دون تحديد لنوع وعدد الأقارب، وهو مذهب ابن حزم (1).

وفي هذا الصدد يرى أيضا بعض المفسرين، ومنهم الشيخ هود بن محم الهواري، على أن آية الوصية نسخت للوالدين وثبت عدم نسخها للأقربين (2)، وفسرها أيضا بعض الفقهاء المعاصرين بمعنى: فرض عليكم أيها المؤمنون، حين ظهور أمارات الموت، الإيصال للوالدين والأقارب غير الورثة بالعدل الذي لا تجاوز فيه عن مقدار الثلث، حقا واجبا على المتقين (3).

وأما تفسير قوله تعالى : << بالمعروف >> . فيه دلالة على وجوبها، شرط عدم الإضرار بالورثة وغيرهم ممن لهم حقا ثابتا على تركه المتوفي ، لكن بعدما جاءت السنة النبوية الشريفة وقيدت مطلق القرآن، قوله تعالى : << من بعد وصية يوصي بها أو دين >> (4). فحددت مقدار الوصية المسموح به وهو الثلث فما دونه، لأن إخراج الثلث لا يضر الورثة، وهو يكفي غير الورثة (5).

وأما قوله تعالى : << حقا على المتقين >> . أي أنها فرض وواجب وحق .
وأما قوله تعالى : << فمن بدله بعدما سمعه >> . يعني فمن بدل أو غير ما سمعه من الموصي، عندما أوصى لوالديه أو لأقربائه الذين لا يرثون فهو آثم (6).

وذهب بعض الأئمة في الجزائر بالقول: على أن العلماء أجمعوا على صحة الوصية الواجبة للحفدة لأنهم غير ورثة إستنادا لتفسير الآية السابقة.

وقسر أحدهم هذه الآية بقوله : (... ثم جاءت آية الميراث في سورة النساء، فنسخت الوصية للوارثين من الوالدين والأقربين، وقال بعض العلماء بقيت الوصية لغير الوارثين) (7).

وفسر هؤلاء كلمة << كتب >> بمعنى: (فرض) . وأكد هذا الفرض بقوله تعالى : << حقا على المتقين >> .

وقد أجمع العلماء على أن الوصية واجبة كذلك على من له ودائع وعليه ديون، فإن كان بريء الذمة من ذلك لم تجب عليه الوصية ، وهذا مذهب مالك والشافعي .

(1): الإمام النقيبه/ ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

(2): الشيخ / هود بن محم الهواري ، تفسير كتاب الله العزيز - حقه وعلق عليه بلطج بن سعيد أشرفي - ج01، دار الغرب الإسلامي ، بنون ذكر أئبد ، ص 171.

(3): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم ، ط02 ، دار الفكر دمشق سوريا 1996 ، ص 20.

(4): سورة النساء ، الآية 11.

(5): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 42.

(6): الشيخ / أحمد حماني ، المرجع السابق ، ص 166.

وعليه فمقتضى عموم الآية في الوصية أنها واجبة للوالدين وللأقربين مطلقاً، سواء كانوا وارثين أم غير وارثين، ولكن العلماء مجمعين على أنه لا وصية لوارث، واختلفوا في الآية أهي محكمة أم منسوخة كما أشرنا إليه سابقاً.

وقال آخرون الآية عامة لم يرد بها الخصوص، فثبت بها الحكم برهمة من الدهر، ثم نسخ منها كل من كان يرث بأية الفرائض(1) (الموارث). في قوله تعالى: << يوصيكم الله في أولادكم... >> (2).

فعينت الورثة ونصت على نصيب كل منهم، فمن كان له حظ وارث كالأبوين المسلمين وكأبناء النسل فإنه يأخذ ما فرض له وليس له شيء من الوصية. ومن كان لا يرث كالأبوين الكافرين أو الأقربين، غير الوارثين فهو لاء يجب أن يوصي لهم، إن ترك ما لا كثيراً، والمال واحد عند الفريقين (3).

ويمكن القول في الأخير وطبقاً لما أثبتته الفقهاء المتأخرين من المالكية وغيرهم، بالجمع بين الآيتين (آية الوصية وآية الموارث). وذلك بترجيح أدلة الفريق القائل بالنسخ الجزئي.

بمعنى: نسخت آية الموارث الوصية للأقارب الوارثين، ممن حددت أنصبتهم في القرآن مع بقائها (آية الوصية)، محكمة فيما يخص الفئات التي لا تشملهم آية الموارث، فهم الأقارب غير الوارثين (4). وهذا القول الأخير هو الزاجح وفق ما تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية والمعقول.

2- وأما الآيات الأخرى الدالة على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين قوله تعالى: << للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، مما قل منه أو أكثر نصيباً مفروضاً. وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً. وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم، فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً >> (5).
وأما تفسير هذه الآيات الثلاث فهو كالآتي:

- بالنسبة لتفسير الآية الأولى (6)، فقد ثبت أن أبا طلحة لما تصدق بماله وهي بنر له وذكرها ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم، قال: << إجعلها لفقراء أقاربك >>. فجعلها لحسان وأبي بن كعب، وقال أنس بن مالك راوي الحديث: (وكان أقرب إليه مني) (7).

(1): الفرائض من الفريضة: وهي لغة التقدير والقطع، وسميت بذلك لوجود سهام وأنصبة مقننة ومقتطعة لكل وارث في الكتاب الكريم مثبتة ومقننة أتم تقدير. والفرائض في الشرع: لقب للفقهاء المتعلق بالارث، وهو علم الفرائض الذي يعرف به من يرث ومن لا يرث، ومقدار ما لكل وارث، وموضوعه هو التركات، وغايته إعطاء كل ذي حق، والعالم بهذا الفقه يقال له فاضل أو فرضي (بفتحين).

(2): سورة النساء، الآية 11.

(3): الشيخ / أحمد حماني، المرجع السابق، ص 167.

(4): الإمام / الزرقاني، شرح، موطأ الإمام مالك، ج 04، مطابع مصر، القاهرة 1972، ص 68.

(5): سورة النساء، الآية 7، 8، 9.

(6): الإمام / القرطبي، المرجع السابق، ج 05، ص 49.

(7): وهذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الوصايا، باب إذا وقف أو أوصى لأقاربه ومن الأقارب، حديث رقم 2601، راجع: الإمام البخاري، صحيح البخاري، ج 03- ظبطه ورقمه وشرح أمانيته الدكتور / مصطفى ديب البغا-

دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر 1992، ص 1011.

وفي تفسير الآية الثانية بين الله تعالى أنه من لم يستحق شيئاً، إرثاً وحضر القسمة، وكان من الأقارب أو المساكين أو اليتامى، والفقراء الذين لا يرثون، أن يكرموا من ذلك المال بالمعروف ولا يحرّموا منه، إن كان المال كثيراً .

وأما إن كان المال قليلاً فيعتذر إليهم، وكذلك الحال إذا كان المال عقاراً لا يقبل الرضخ (1). والآية على هذا القول محكمة وغير منسوخة .

قال ابن عباس : (أمر الله المؤمنين عند قسمة موارثهم أن يصلوا أرحامهم ويتامهم ومساكينهم من الوصية، فإن لم تكن وصية وصل لهم من الميراث) (2).

ورى عن ابن عباس كذلك وسعيد ابن المسيب وابن زيد قولهم : (فإذا أراد المريض أن يفرق ماله بالوصايا وحضره من لا يرث، ينبغي أن لا يحرّمه) (3).

ومما سبق بيانه نجد أن الأدلة من القرآن الكريم كلها تذهب إلى وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، ولكن لم تخصصها بأحد الأقارب دون غيرهم.

وجاءت التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري في قانون الأسرة وخصصتها بالحفدة دون غيرهم. وبالتالي أصبح لهؤلاء وحدهم من تجب لهم الوصية قضاءً.

وحيث أن التنزيل أو الوصية الواجبة ينفذ في تركة الجد أو الجدة، ولو لم يوص بها ولهذا سميت واجبة بحكم القانون (4). فهي تستمد قوتها من القانون دون إرادة صاحب التركة.

وعليه فالآية السابقة تفيد الوجوب للتعبير بقوله تعالى : << كتب >> . وتدل على الفرضية والإلزام ، وزيادة على ذلك فقد ختمت بقوله تعالى : << حقا على المتقين >> . وهو أبلغ ما يدل على الوجوب ، أما تخصيص << المتقين >> بالذكر هو للتأكيد على الوجوب . والمراد بالخير هنا المال ، وأما المراد << بالمعروف >> فهو ما تطمئن إليه النفوس ويكون عدلاً ولا جور فيه ولا شطط .

وعلى هذا يكون لولي الأمر أن يأمر الناس بالمعروف في الوصية الواجبة لأولاد الولد، بأن يكون مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث، فإن نقصوا أحداً ما وجبت له، أو لم يوصوا له بشيء ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (5).

3- ويمكن أن يستدل كذلك بأية قرآنية أخرى، رغم أنها جاءت عامة في حكمها لجميع الأقربين، وهي قوله تعالى : << وآت ذا القربى حقه >> (6) .

فهذه الآية اشتملت على صيغة الأمر بقوله تعالى : << وآت >> . والأمر عند الأصوليين يفيد الوجوب ما لم تصرفه قرينة . فكان إعطاء الأقربين حقوقهم بالإتفاق عليهم في حالة فقرهم والإيصال للمحتاجين منهم أمراً واجباً على المسلمين.

(1): الإمام / القرطبي ، المرجع السابق ، ج05 ، ص 50.

(2)،(3): الإمام / ابن عباس ، المرجع السابق ، ص 81،80.

(4): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، 373.

(5): الدكتور / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 253.

(6): سورة الاسراء، الآية 26.

ثانيا : السنة وآراء الفقهاء : دلت بعض الأحاديث النبوية الشريفة على وجوب الوصية لمن لا يرث من الأقربين. ستوردها تباعا، ثم نتطرق بعد ذلك لآراء الفقهاء وموقفهم من التنزيل أو الوصية الواجبة . وهذا على المنوال الآتي:

1-السنة : هناك مجموعة من الأحاديث الشريفة الدالة على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين، والترغيب فيها وهي :

أ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال(1) : << ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده >> (2) . قال ابن عمر : << ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا وعندي وصيتي >> (3).

وتفسير هذا الحديث هو أن كلمة: (ما) نافية بمعنى: (ليس) و: (حق) اسمها، وخبرها: ما بعد (إلا)، (والواو) هنا زائدة في الخبر لوقوع الفصل بإلا.

قال الإمام الشافعي رحمة الله عليه معناه : (ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه لأنه لا يدري متى تأتيه منيته، فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك) (4).

وقال غيره : الحق لغة: الشيء الثابت، ويطلق شرعا على ما يثبت به الحكم، والحكم الثابت أصم من أن يكون واجبا أو مندوبا، وكما يطلق على المباح لعله، فإن اقترن به (على) ونحوه، كان ظاهرا في الوجوب ، وإلا فهو على الإحتمال، وفي قوله : (يريد أن يوصي)، ما يدل على أن الوصية ليست بواجبة عليه، وإنما ذلك عند إرادته.

ولكن ما يستفاد من هذا الحديث أن المسلمون قد أجمعوا على الأمر بها، والراجع وما ذهب إليه ابن حزم بأن هذا الحديث يدل على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين(5).

(1): الإمام / محمد ابن اسماعيل الصنعاني ، المرجع السابق ، ص 962.

(2): حديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في كتابه الوصايا ، باب وصية الرجل مكتوبة عنده الحديث رقم 2587

راجع : الإمام/ البخاري ، المرجع السابق ، ج03، ص 1005.

- ونقله كذلك: الإمام / ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج05، دار الفكر 1960، ص 355.

- وأخرجه أيضا : الإمام مسلم في كتاب الوصايا والصدقة النحل والعمري ، باب الحث على الوصية لمن له ما

يوصى فيه ، رقم الحديث 981 ، راجع: الإمام مسلم المرجع السابق ، ص 254.

(3): النكتور/ صبحي صالح ، منهل الواردين، شرح رياض الصالحين، للإمام النووي ، ط01، دار العلم للملايين ، بيروت

1970 ، ص 393.

(4): الإمام / محمد ابن اسماعيل الصنعاني ، نفس المرجع ، ص 963.

(5): الإمام / النقيه ابن حزم الأندلسي ، المرجع السابق ، ص 314.

ب- روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم: (إن أمتي افتتلت نفسها وإنها لو تكلمت تصدقت ، أفأتصدق عنها يا رسول الله ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : << نعم تصدق عنها >> (1).

و ذهب ابن حزم إلى أن تفسير هذا الحديث فيه دلالة على وجوب الصدقة على من يوصي وأمره عليه الصلاة والسلام فرض . وكما روي أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : (إن أبي مات ولم يوص فهل يكفي عنه أن أتصدق عنه ، قال عليه الصلاة والسلام << نعم >> (2). فهذا يدل على وجوب الوصية.

ج- قال النبي (ص) لأبي طلحة : << أرى أن تجعلها في الأقربين >>. فقال: أفعل فقسمها في أقاربه وبني عمه (3) .

د- قال الإمام البخاري : (حدثنا خالد ابن يحيى، حدثنا مالك هو ابن مغول: حدثنا طلحة بن مصرف قال : سألت عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهما : هل كان النبي صلى الله عليه وسلم أوصى؟ فقال: لا ، فقلت كيف كتب على الناس الوصية ، أو أمروا بالوصية ؟ قال: أوصى بكتاب الله (4). الأحاديث السابقة كلها في مضمونها تدل على أن الوصية واجبة للأقربين والمحتاجين بالأخص غير الوارثين منهم .

2- آراء الفقهاء : نقل الإمام ابن حجر العسقلاني بأن الإمام الدراقطني استدل بالحديث السابق مع ظاهر الآية على وجوب الوصية ، وبهذا الرأي قال الزهري والإمام أبو مجلز لاحق بن حميد، وعطاء وطلحة بن مصرف، وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم، وبه قال اسحاق بن راهويه، وداوود واختاره أبو عوانة الإسفرايني، وابن جرير الطبري (5).
وذهب ابن عباس رحمه الله إلى أنها كانت محكمة، وليست منسوخة، وبالتالي يستدل بها على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين (6).

(1): حديث متفق عليه ، واللفظ لمسلم وأخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، باب ما يستحب لمن يتوفى فجأة أن يتصدقوا عنه وقضاء النذور عن الميت ، رقم الحديث 2609 ، راجع : الإمام البخاري / المرجع السابق، ج03 ، ص1015.

(2): هذا الحديث جاء من طريق مسلم بن الحجاج عن قتيبة عن اسماعيل (ابن جعفر) عن العلاء ابن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة ، راجع : الإمام/ ابن حزم المرجع السابق ، ص 313.

(3): أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، رقم الحديث 1392 ، راجع البخاري ، المرجع السابق ، ص1013.

(4): حديث رواه الشيخان ، أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، باب وصية النبي (ص) لكتاب الله رقم الحديث 984. راجع : الإمام مسلم / مختصر صحيح مسلم - تحقيق محمد ناصر الدين الألباني - منشورات لجنة إحياء السنة ، مصر 1970 ص 259 .

- وأخرجه أيضا الإمام/ البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا ، قول النبي (ص) : << وصية الرجل مكتوبة عنده >>. رقم الحديث 2589، راجع الإمام/ البخاري ، نفس المرجع ، ص 1006.

(5): الإمام / ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص 358.

(6): الإمام / القرطبي ، المرجع السابق ، ج05 ، ص 49.

وفي هذا الصدد قال البخاري : (حدثنا محمد بن الفضل أبو النعمان : حدثنا أبو عوانة عن أبي بشر، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : (إن ناسا يزعمون أن هذه الآية نسخت ولا والله ما نسخت ، ولكنها مما تهاون الناس ، هما واليان ، وال يرث، وذلك الذي يرزق، ووال لا يرث فذلك الذي يقول بالمعروف، يقول: لا أملك لك أن أعطيك) (1)، وهذا ما يبرر الحكم بأن آية الوصية لم تنسخ بالنسبة للقراية غير الوارثة ، على حسب قول ابن عباس ، ولكن هناك من الفقهاء من يذهب إلى نسخها بالجملة ، وهناك من يرى بالنسخ الجزئي وهي الوصية للوالدين (2) ، وعلى هذا فسر الإمام الشافعي رحمه الله الحديث السابق على أن معناه : الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يوصى فيه ، لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتجول بينه وبين ما يريد من ذلك ، وقل غيرهِ في تفسير كلمة < حق > في الآية السابقة أن الحق لغة : الشيء الثابت ويطلق شرعا على بينت به الحكم ، والحكم الثابت أعم من أن يكون واجبا أو مندوبا ويطلق على المباح بقلة فهو على الاحتمال (3) وهو ما لم يتوفر في الحديث السابق ، ويرى هؤلاء بأن قوله في الحديث السابق يريد أن يوصي ما يدل على أن الوصية ليست بواجبة عليه ، وإنما ذلك عند إرادته وقد أجمع المسلمون على الأمر بها ، وإنما اختلفوا في وجوبها كما سبق بيانه .

وعلى هذا الأساس ادعى الإمام ابن عبد البر الشافعي الإجماع على عدم وجوبها، مستدلا من حيث المعنى بأنه لو لم يوص جميع ماله بين ورثته بالإجماع، فلو كانت الوصية واجبة لأخرج من ماله سهم ينوب عن الوصية .

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء المتأخرين من بعدهم بوجوبها على من عليه حق شرعي يخشى أن يضيع على صاحبه، إن لم يوص به كوديعة ودين لله ، أو لأنمي ، ومحل الوجوب فيمن عليه حق ومعه مال ولم يمكنه تخليصه، إلا إذا أوصى به، وما انتفى فيه واحد من ذلك فلا وجوب ، وقوله في الحديث << نيلتين >> للتحديد.

ويرى بعض الأئمة الشافعية (4) حول تفسير معنى الحديث السابق ، إن ذلك خاص بالوصية وأنه لا يجوز الاعتماد على الخط من دون شهادة لثبوت الخبر فيها . ولأن الوصية لما أمرنا الشارع بها، وهي تكون مما يلزم من حقوق ولو ازم ، كان حقها أن تحدد في الأوقات، واستصحاب الإشهاد لكل لازم يريد أن يتخلص منه خشية مفاجئة الأجل، بل متعذر في بعض الأوقات ، فيلزم منه وجوب الوصية أو شرعيتها بالكتابة من دون شهادة ، وذهب الجماهير منهم المراد مكتوبة بشرطها كما سبق الإشارة إليه .

(1): أخرجه الإمام/ البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا، قول الله تعالى : << وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى

والمساكين ، فارزقوهم منه >> النساء ، الآية 08. رقم الحديث 2607 .

(2): الإمام / ابن العربي ، المرجع السابق ، ص 70.

(3)، (4): الإمام / محمد ابن اسماعيل الصنعاني ، المرجع السابق ، ص 963، 964

وأجاب من قال في الوجوب من الفقهاء في حكم من يرى بنسخ هاته الآية، كما ذهب إليه البعض من المالكية والشافعية بأن الذي نسخ من الوصية إنما هو الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، ذلك بآية المواريث الواردة في سورة النساء .

وأما الذي لا يرث فليس في الآية ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقه (1).

ويذهب ابن حزم إلى وجوب الوصية للقرابة غير الوارثين، والوالدين كذلك قائلا : (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، وإما لكفر ، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصى لهم بما طابت بهم نفسه، لا حد في ذلك ، فإن لم يفعل أعطوا ، ولا بد، ما رآه الورثة أو الوصي ...) ، ثم يقول أيضا : (... فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الولدان والأقربون وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض، إذ هو حق لهم واجب فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض إخراجهم لمن وجب له، إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه ...) .

ثم يقول رحمه الله بعد ذلك : (روينا من طريق عبد الرزاق عن معمر ابن جريح كلاهما عن عبد الله ابن طاووس عن أبيه قال : (من أوصى لقوم وسماهم، و ترك ذوي القرابة محتاجين، انتزعت منهم ورد على ذوي قرابته ...) (2).

ويستفاد من أقوال ابن حزم أنه يرى بوجوب الوصية ديانة وقضاء للوالدين والأقربين غير الوارثين (3). وإلى هذا ذهب طاووس وغيره إلى أنها ليست بمنسوخة ، بل الآية مخصوصة، لأن الأقربين أعم من الوارثين ، فكانت الوصية واجبة لجميعهم، فخص منها من ليس بوارث لآية الفرائض ، والحديث، وبقي من لا يرث من الأقربين على حاله (4).

ويرى الحنابلة أن الوصية ليست بواجبة إلا في حالات، هي من عليه دين، أو وديعة، أو من عليه واجب يوصي بالخروج منه ، ففي هذه الأحوال تكون الوصية واجبة، لأن الله تعالى فرض أداء الأمانات. وطريقها من هذا الباب للوصية، فتكون مفروضة عليه .

أما الوصية بجزء من المال فليست بواجبة على أحد، في قول الجمهور من الحنابلة، وبهذا قال الشافعي ومالك، كما قال الإمام الشعبي والثوري، واستدلوا على أن الوصية الأصل فيها أنها مستحبة لا واجبة (5).

ونقل ابن المنذر عن أبي ثور أن المراد بوجوب الوصية في الآية والحديث السابقين، يختص بمن عليه حق شرعي يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوص به ، كالودائع والحقوق المذكورة سابقا .

(1): الإمام / ابن عباس ، المرجع السابق ، ص 25.

(2): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314 ، 315.

(3): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 122

(4): الإمام / محمد الزرقاني ، شرح موطأ الإمام مالك ، ج 04 ، مطابع مصر القاهرة 1972، ص 360.

(5): الأستاذ / أحمد الحصري ، المرجع السابق ، ص 526.

ويدل على ذلك تقييده بقوله: (له شيء يريد أن يوصي فيه)، لأن فيه إشارة إلى قدرته على تجيزه ولو كان مؤجلا ، فإنه إذا أراد ذلك ساغ له، وإن أراد أن يوصي ساغ له أيضا (1).

ومما سبق ذكره يتضح لنا بان القول بالتنزيل هذا أو ما يسمى عند التشريعات العربية بالوصية الواجبة، يجد سنده التشريعي أصلا عند المذهب الظاهري ، وعلى رأسهم الإمام ابن حزم الأندلسي بحيث ذهب اعتمادا على ظاهر الآية إلى وجوب مثل هذه الوصايا وإن لم يوص بها، وجبت لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم (2).

فهي إذا واجبة للقرابة الذين لا يرثون لوجود سبب يمنعهم من الميراث، واعتبر ابن حزم بذلك أن الوصية في هذه الحالة واجبة قضاء ، بحيث إذا لم يوص الجد أو الجدة لحفته طبقا لما جاء في نصوص التنزيل في قانون الأسرة، وجب تنزيلهم قضاء وبحكم القانون (3) ، وعلى هذا سميت بالوصية القانونية عند معظم الفقهاء والباحثين المعاصرين (4).

إلا أن ابن حزم جعلها عامة وشاملة لكل الوالدين والأقربين غير الوارثين دون اقتصارها على الحفدة ، وإنما جوز أن يقتصر في ذلك على ثلاثة منهم ، كما أنه لم يحدد مقدار الوصية الواجبة بل ترك ذلك للورثة أو المورث أو الوصي ، بما تطيب به نفوسهم وتطمئن إليه وذلك بالمعروف (5).

وهناك من الباحثين المعاصرين من يذهب إلى أن أحكام التنزيل التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري لمعالجة مشكلة الحفدة الفقراء ، لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة، أو غير المعروفة، ولكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية، وردت في مذاهب متفرقة قام المشرع الوضعي بالإجتihad فيها (6).

ويرى هؤلاء الباحثين بأن نظام التنزيل بالشكل الذي جاء به قانون الأسرة عندنا وما تطلق عليه بعض القوانين العربية بالوصية الواجبة، هو عبارة عن اجتهاد واضعي القانون يستند إلى قاعدة شرعية، هي أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته (7).

ويرى البعض منهم كذلك إلا ان القول بإعطاء جزء من مال المتوفي للأقربين غير الوارثين، وكذا الوالدين الكافرين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم، مذهب ابن حزم ، ويؤخذ من أقوال التابعين ورواية في مذهب الإمام أحمد ابن حنبل.

(1) الإمام / الباجي ، المرجع السابق ، ص 145.

(2) الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

(3) الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 167 و 168.

(4) الدكتور/ محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 156.

(5) الإمام الفقيه/ ابن حزم الأندلسي ، نفس المرجع ، ص 314 و 373.

(6)، (7): الدكتور/ حسين شاهين ، المرجع السابق ، ص 66، 67.

ويرى هؤلاء كذلك أن قصر الأقارب غير الوارثين على الحفدة بالترتيب الذي أخذت به التشريعات العربية، وتحديد الواجب لهم يمثل نصيب أبيهم أو أمهم، في حدود ثلث التركة مع تقسيمه بينهم قسمة ميراث، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة أيضا مبني على مذهب ابن حزم (1).

فالجزء الواجب إخراجه يجوز في هذا المذهب أن يحدده الشخص (الموصي) أو الورثة أو الوصي لكن بمقدار ما تطمئن إليه النفوس، وهو ما يفسر أيضا كلمة (المعروف) في آية الوصية السابق بيانها (2).

و على هذا واستنادا لما جاءت به الآية الكريمة، وما ذهب إليه ابن حزم خالص هؤلاء الباحثين على أن يجوز من الناحية الشرعية أن يحدد الورثة أو الموصي مقدار التنزيل بمثل نصيب الأب، كما يجوز تحديده بأقل من ذلك أو أكثر، وكما أنه أيضا يمكن حصره على بعض الأقربين دون غيرهم.

و زاد في تقوية هذا الإتجاه القاعدة الشرعية الشهيرة في أحكام السياسة الشرعية والتي أوردناها سابقا ، ومفادها أن لولي الأمر أو الحاكم، وكل من يمثله من الناحية التشريعية كما هو معمول به عندنا اليوم في التشريعات المعاصرة، أن تتدخل هاته التشريعات وتحدد الأقربين بأولاد الأولاد أو الحفدة، ووفق ترتيب معين تراه مناسبا لتحقيق المصلحة العامة في المجتمع ورفع الظلم عنهم (3)، الذي يلحقهم عند عدم الإيصال لهم، ويعطى لهم ذلك الجزء من التركة بنصيب أصلهم في الميراث لو بقي حيا.

وفي حالة عدم إعطائهم الورثة ذلك النصيب اعتبر ظلما منهم كما يرى ابن حزم، ولزم أن يردوا بأمر الحاكم بالمعروف (4).

وعلى هذا وتبريرا لنظام التنزيل عندنا من الناحية التشريعية ، أن تلك القاعدة السابق ذكرها هي المصدر الأساسي من حيث التفاصيل التي جاء بها المشرع الجزائري، في تحديد مقدار التنزيل وقصوره على الحفدة دون غيرهم بنص القانون (م 169 ق.أ)، بإعتبار أن أمر الحاكم هذا ينشأ حكما شرعيا، حسب ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء (5)، يضاف إلى هذا ما أثبتته بعض الفقهاء أيضا من وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين، وعدم نسخ آية الوصية كما بيناه سابقا .

(1): الأستاذ المحامي/ هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 56.

(2): الدكتور / عبد الحميد الشواربي ، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، القاهرة 1990، ص 82.

(3): الدكتور/ محمد زهور ، المرجع السابق ، ص 125.

(4): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314 ، 315.

(5): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 253 ، 254.

ويرى البعض أيضا وفي نفس الإتجاه أن الوصية الواجبة بصورتها في التشريعات العربية، هي صناعة قانونية جاء بها المشرع العربي الحديث ، بما لولي الأمر من سلطة وبما يفرضه عليه الواجب من بحث في مصلحة الجماعة، وحل مشكلات الواقع المعاش، وفي مقدمتها مسائل الأسرة (1) .

وذلك لإعتبار أن مشكلة الحفدة عولاء الذين يفقدون أصولهم في حياة جدهم أو جدتهم هي في حقيقتها مشكلة اجتماعية ، لا يمكن حلها عن طريق نظام الإرث، بسبب أن قواعد الميراث تأتي ذلك ، وبخاصة شرط تحقق حياة المورث أثناء موت مورثه (2) .

إلا أنها تقرر مبداء عادلا صاغه القانون بالإستناد على نصوص القرآن والسنة والآراء الفقهية المتنوعة والتي نحن بصددنا .

وحيث أن نظام التشريع بإعتماده نظام التنزيل (الوصية الواجبة) ، قد سد نقصا وفراغا كان قائما قبل ذلك .

وعلى الرغم من أن هناك من يقول بأن الوصية القانونية بحذافرها لم تؤخذ من مذهب معين، تستند كلها إلى قاعدة شرعية عامة ، ويرى بأن استنادها هو خليط ومزج بين عدة آراء ومذاهب فقهية، بحيث أنها لم تأخذ بمذهب ابن حزم كله، ولا بمذهب القائلين بالوجوب كله ، ولم تأخذ في جميعها بالقواعد الشرعية (3).

ورجح بعضهم (4) أيضا العمل بالوصية الواجبة على أنها تشريع ضروري، له سند الفقه والديني، ويسعى إلى تحقيق مصلحة العباد بالقضاء على الظلم الذي قد يحل بأبناء الأبناء وغيرهم، ممن لا يمكنهم الإرث من تركة جدهم أو جدتهم، بسبب موت أصلهم في حياتهما ، ليجدون بذلك في القانون يد المساعدة والعون، و حتى لا تمتد أيديهم إلى الحرام أو ينحرف بعضهم عن جادة الصواب، والوقوع في الخطيئة نتيجة للفقر والعوز.

ويرى هؤلاء أيضا أنه مما تقدم من عرض الآراء الفقهية والأدلة الشرعية الدالة على وجوبها، لا يمكن القول على الإطلاق بعدم شرعية الوصية الواجبة (5).

وفي نفس السياق أيضا ذهب بعض أساتذتنا إلى القول بأنه : (حسنا فعل قانون الأسرة عندما أنزل الأحفاد منزلة مورثيهم ، وخاصة لما نعلم بأن هؤلاء الآباء المتوفين كثيرا ما يكونون سببا في هذه التركة أصلا، فيكدون ويتعبون و يجمعون الأموال وينمونها، ثم أخيرا يموتون قبل آبائهم، فيحرم أبنائهم من الميراث، لا لشيء إلا لأسبقية الوفاة أو لوفاتهما معا) (6).

(1): الدكتور / محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 96.

(2): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 295 ، 296.

(3): الدكتور / محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 157.

(4): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 248

(5): الدكتور/ محمد زهنور ، المرجع السابق ، ص 125 ، 126.

(6): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 296.

وعلى هذا جاء التنزيل (الوصية الواجبة) ليقرر مبدءا عادلا صاغه القانون بالإستناد على نصوص القرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، وما توصلت إليه إجتهدات وبعض آراء الفقهاء، و ليكون هذا التشريع علاجاً ورحمة بأولاد هذا المتوفي، وبلسما شافياً لجراحهم (1).

ومما سبق بيانه، وانطلاقاً كذلك مما ذهب إليه داود الظاهري والحنابلة في أحد أقوالهم، والشافعي في القديم، على أن الوصية واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، فإذا أوصى لهم أدى ما عليه ، ولكن إذا لم يفعل صاحب التركة ذلك كان إثماً (2).

وهم يرون أنه لا يجب على الورثة أو غيرهم إخراج شيء من ماله بعد موته، لأن الوصية في هذا المذهب تجب ديانة لا قضاء، بخلاف ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري على أنها تجب ديانة وقضاء (3).
وخلاصة لما سبق عرضه من آراء هؤلاء الفقهاء، ينتج لنا ثلاث اتجاهات رئيسية بالنسبة للعمل بالتنزيل (الوصية الواجبة) ، ومردّها على ثلاثة أقوال وهي :

القول الأول : إنها فرض على كل من ترك مالا ، بحيث أنه يجب عليه أن يوصي للوالدين والأقربين غير الوارثين، ثم يوصي بعد ذلك لمن يشاء .

لكن إذا رفض ذلك اعتبر ظالماً وهنا تجب بعد مماته في تركته، وبالتالي لزم على ورثته أو الوصي إذا كان موجوداً إخراجها من التركة، و بالقدر الذي تطمئن إليه النفوس، لا حد في ذلك، فهي عند هؤلاء واجبة ديانة وقضاء كما سبق ذكره ، ويجوز عند أصحاب هذا القول الإكتفاء بثلاثة من الأقربين وإن فعل ذلك أجزاء، وعلى رأس أنصار هذا القول الإمام ابن حزم كما سبق .

القول الثاني : يعتبرون الوصية واجبة ديانة لا قضاء ، فهي عندهم تجب للأقربين الذين لا يرثون، لكن إذا لم يفعل صاحب التركة ذلك أثناء حياته، لم يجب على الوارث أو غيره إخراج شيء من التركة بعد مماته .

وكل ما في الأمر أنه سيلحقه اللوم والعتاب في الدنيا وسوء العاقبة في الآخرة، وعلى رأس أنصار هذا القول، كل من داوود الظاهري والحنابلة في أحد أقوالهم، والشافعي في القديم .

القول الثالث : أنصار هذا القول يرون باستحبابها في الأصل ، ولكن قد تعثر بها الأحكام الخمسة : فتكون تارة مندوبية وتارة مباحة ، وأخرى محرمة وأحياناً مكروهة ن وكما تكون واجبة بحقوق الله تعالى التي فرط فيها الميت في حياته ، كالزكاة والحج والكفارات بحقوق العباد منها ردوا الودائع والديون المجهولة بمختلف أشكالها وأنواعها ، ومن أنصار هذا القول المالكية والحنابلة في القول الآخر وأتباع الإمام الشافعي رحمه الله (4).

(1): الأستاذ المحامي / هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 253

-الذكتور/ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 96.

(2): الإمام / ابن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص358.

الإمام / القرطبي، المرجع السابق ، ج02 ، ص 265.

(3): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314، 315.

(4): الأستاذ/ أحمد الحصري ، المرجع السابق ، ص 536.

وقد فصلنا ما فيه الكفاية في الفصل الأول، عندما تكلمنا عن حكم الوصية بمفهومها الواسع .
وبناء على ما سبق تلخيصه فإنه ترتب على تلك التفرقة الواردة في الأقوال الثلاثة، الأحكام الآتية :
إن كلمة (وجب) الواردة في قانون الأسرة عندنا في المادة 169 منه، جاءت ضمن قاعدة قانونية
أساسها القوة الإلزامية لذات القانون وليس قاعدة شرعية التي يترتب عليها جزاء دينيا من جراء مخالفتها.
فهي بذلك تلزم الورثة بعد ممات مورثهم، اقتطاع جزء من تركته هو محل التنزيل الذي يقدم لحفدة
مورثهم، ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم، وقدر ذلك المحل بمثل نصيب أصلهم على افتراض
حياته أثناء موت مورثه، دون تجاوز ثلث التركة، طبقا لما تقضي به كذلك المادة 170 ق.أ.س وما بعدها.
وعليه فهذا النص القانوني يتماشى في أصله مع ما ذهب إليه الإمام الفقيه ابن حزم، على أن
التنزيل يجب في ذمة المتوفي قضاء و ديناً .

إلا أن القاعدة القانونية في حقيقتها بإعتبارها عامة ومجردة، لا علاقة لها بالقواعد الشرعية التي
تقرر الجزاء الديني.

وعليه أصبح حكم التنزيل عندنا واجبا قضائيا، وهو ما يتفق مع الشق الآخر من قول ابن حزم .
ولأن القاعدة الشرعية التي تستفاد من القرآن والسنة والمصادر الأخرى المعتبرة شرعا، والتي
تنظم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع، وما عليهم من التزامات وحدود، يجب عدم تجاوزها، وإلا
لحقهم الجزاء الشرعي الذي يستحقونه . وهي ذات الحكم الشرعي عند الفقهاء (1).
وكما أن مفهوم الحكم الشرعي (2)، في هذه الحالة يصح للتعبير عن القاعدة الشرعية، والقاعدة
القانونية في آن واحد (3).

والدليل على ذلك أن علماء الأصول عندما بحثوا موضوع الحكم الشرعي تناولوه بمعنى القاعدة
الدينية والقاعدة القانونية في نفس الوقت ، فقسموه إلى حكم تكليفي (4) وحكم وضعي .
ودرسوا في النوع الأول : الأفعال الواجبة والمندوبة والمباحة والمكروهة والمحرمة.
وتناولوا في النوع الثاني : الفاسدة والصحيحة ، والباطلة ، والأسباب ، والموانع، والرخص
والعزائم ومواضيع الشرط.

(1): الدكتور/ عبد الكريم زيدان ، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 02 ، مؤسسة الرسالة، بيروت 1989 ، ص 36.

(2): الحكم الشرعي: هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير، أو الوضع، (وهو تعريف جمهور
الأصوليين) .

(3): الدكتور/ سمير عالية ، علم القانون والفقهاء الإسلامي ، ط02، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت
1996 ، ص 87.

(4): الحكم التكليفي : هو طلب فعل من المكلف أو كفه عنه، أو تخييره بين فعله وتركه، و مثاله: العبادات في وجوبها على
المكلفين فقط. وأما الحكم الوضعي فهو ارتباط أمر بأخر على وجه السببية أو الشرطية ، ولا يشترط أن يكون مقدورا
عليه أم لا ، بخلاف التكليفي يكون في مقدور المكلف ، والنوعي يتعلق بالإنسان سواء كان بالغاً أو غير ذلك ، وغير
المقدور عليه مثل الإرث كسبب للتملك، وشروط التعاقد في العقد فهي أحكام وضعية مقدور عليها .

وعلى اعتبار أن القاعدة القانونية مقترنة بجزاء وضعي دنيوي، وهو ما ذهب إليه ابن حزم، من أن التزويل (الوصية الواجبة) واجب قضاءا ودينا .

فهو بذلك قد أدرج التزويل ضمن القاعدة القانونية، وليس قاعدة شرعية مقترنة بجزاء ديني فقط ، وعلى هذا يمكن القول بأن القاعدة القانونية الواردة بمواد التزويل، في المادة المشار إليها سالفًا تدخل ضمن الحكم التكليفي الوضعي ، فيكون لها جزاء قانونيا ، وبالتالي يختلف نوع الجزاء القانوني باختلاف نوع القاعدة القانونية، التي وقعت عليها المخالفة ، بمعنى: أنه قد يكون جزائيا أو إداريا أو مدنيا. وما يعيننا هنا هو الجزاء المدني، فيكون في هذه الحالة تنفيذ الإلتزام جبرا على المدين الذي أخل به (1). وهي إحدى طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية.

و تطبيق هذا في مسائل التزويل (الوصية الواجبة)، يكون بإلزام الورثة بتنفيذ ذلك الإلتزام الذي ترتب في الذمة المالية لمورثهم، بشرط أن يكون ذلك من تركته، لأن الورثة لا ينتقل إليهم من مورثهم إلى الحقوق فقط دون الواجبات ، باعتبار أن تركه الميت هي وحدها محل تلك الإلتزامات التي ترتبت عليه أثناء حياته .

ومن ثم يكون تنفيذ مقدار التزويل، كما سبق هو إلزام الورثة جبرا بإعطاء نصيب الحفدة ممن لهم الحق في ذلك ، وهذا التنفيذ يكون بقوة القانون (2).

بخلاف التزويل قبل مجيء قانون الأسرة، لأنه كان اختياريا، والسبب أنه كان مستلهما من أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تنظمه بقواعد شرعية مقترنة بجزاء ديني فقط، أي تلزمه ديانة لا قضاء، وليس للقانون سلطان في ذلك.

وإضافة إلى ما سبق ذكره بشأن أدلة وجوب التزويل، ورغم قوتها في الإحتجاج، إلا أن هناك من الفقهاء المعاصرين من انتقدها بشدة بتلك الصورة التي نصت عليها التشريعات العربية (3)، ومنها قانون الأسرة عندنا على وجه الخصوص .

فذهب هؤلاء إلى أن هاته الوصية وبالشكل الذي جاء به القانون لم تكن معهودة في زمن النبوة والصحابة والتابعين، والأئمة الأربعة المجتهدين من بعدهم، فهي لم يرد بها نص من الكتاب ولا السنة ولا إجماع من هؤلاء فهي مستحدثة (4).

ويرى البعض أيضا أن واضعي مشروع القانون في نصوصه الخاصة بالتزويل (الوصية الواجبة) نظروا من خلال الحوادث فوجدوا الحاجة ماسة إلى تشريع لهؤلاء الحفدة يحفظ لهم حق في تركه

(1): الدكتور / سمير عالية ، المرجع السابق، ص 85.

(2): الدكتور / محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 159.

- الدكتور/بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ، ص 167.

(3): الدكتور / محمد زكريا البرنيسي ، نفس المرجع ، ص 157.

- الدكتور/ رفيق يونس المصري ، المرجع السابق، ص 112.

(4): الشيخ الإمام / أحمد محي الدين العجوز ، المرجع السابق ، ص 243.

المتوفي، فرتبوا لذلك أحكاما ثم حاولوا بعد ذلك نسبة كل حكم إلى رأي ققيه، وذلك حتى لا ينفر الناس من هذا التشريع الجديد.

ويرى هؤلاء أيضا بأن نظام الوصية الواجبة من حيث اقتصاره على الحفداء دون غيرهم، لم يوجد له نظير من كل وجه في كلام الفقهاء، ولكن واضعي القانون حاولوا أن يجعلوا له سندا مقلدا (1) من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية (2).

وعلى هذا فإقتصار المشرع الجزائري، وغيره من التشريعات العربية الأخرى في التنزيل على الحفدة دون غيرهم، هو ما كان محل نقد كبير من طرف هؤلاء الباحثين المعاصرين وعلى رأسهم الدكتور مصطفى شلبي.

وسنورد البعض من أقواله في هذا المجال ومنها قوله: (ونحن إذا عرفنا أن ابن حزم يرى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، وأنه جوز أن يكتفى من الأقربين بثلاثة فقط، من غير أن يحددهم بحفدة ولا بغيرهم، كما أنه وكل أمر تحديد مقدار الوصية للموصي إذا أنشأها أو الوصي إذا تركها...) ثم يضيف قائلا: (ولم يعرض لكيفية توزيع الوصية بين الموصي لهم، إذا عرفنا ذلك أدركنا مدى البعد بين وصية القانون ومذهب ابن حزم، وإذا أضفنا إلى ذلك سند القانون في أصل وجوب الوصية وهو الآية، وأنها توجيهها للوالدين والأقربين، وجدنا البعد يتزايد بين القانون ودليله (3). ومن خلال تمعننا في أقواله نجد أن نقده هذا جاء على أساس مطابقة النصوص التشريعية المعمول بها في مجال الوصية الواجبة بمصدر تشريعها.

فأية الوصية جاءت بالدرجة الأولى توجيهها للوالدين والأقربين غير الوارثين، بحيث يستفاد منها حكما بوجوب الوصية لهما جميعا بدون استثناء، هذا بعد طرح الوالدين والأقارب الوارثين استنادا لآية الموارث.

لكن القانون في تشريعه لأحكام التنزيل اسقط الوالدين غير الوارثين وقصر الأقربين على الحفدة فقط.

وحسب رأيه فإن هاته الكيفية لم يوجد لها نظير في الوصايا المشروعة، بل هي أشبه بالميراث منها بالوصية، وهو يعتبرها ميراثا قانونيا (4).

ويرى بعض الباحثين بأن الوصية الواجبة منسوخة بالميراث، وأن الوصية الباقية هي وصية اختيارية غير واجبة، فتأخذ بذلك حكم الوصية الاختيارية، وأما الوصية الواجبة في الدين أو في الوديعة فحسب رأي هؤلاء أنها لا تسمى وصية في مثل هذه الحالات، باعتبار أنها ديون وودائع يجب إخراجها من التركة.

(1): التفتيق في التشريع: هو أخذ حكم مسألة من عدة مذاهب أو آراء، بتركيب بعضها ليحصل في النهاية على ذلك الحكم. وهناك من يعتبره: هو الأخذ بأيسر الأحكام من مذاهب وآراء متعددة، وقد يسميه البعض تتبع الرخص بين المذاهب.

(2): الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 230.

(3)، (4): الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 397.

والوصية بها لا تعني أكثر من توثيقها وإثباتها (1).

وأما بشأن تقديم التنزيل على الوصايا العادية، فأساسه التشريعي ما نقله الإمام ابن مفلح عن الإمام أحمد ابن حنبل، وما روي كذلك عن الإمام طاووس حيث قال : (من أوصى لقوم وسماهم وترك ذوي قرابته محتاجين، انتزعت منهم وردت على ذوي قرابته) (2).

وقد ذكر الإمام ابن مفلح الحنبلي عن الإمام أحمد ابن حنبل : (أن الشخص إذا توفي وقد أوصى لغيره قرابة، أنها تؤخذ منهم وترد إلى الأقرب) . وفي رواية أخرى عنه : (يرد إلى القريب ثلثها ويبقى للموصى له ثلثاها) (3).

وبعد استعراضنا لمختلف النصوص الشرعية، وآراء الفقهاء القدامى منهم والمعاصرين، يتضح لنا أن الصواب ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، من أن الآية محكمة ظاهرها العموم، ومعناها الخصوص في الوالدين والأقربين غير الوارثين ، وهو ما ذهب إليه الإمام الضحاك من الحنابلة، والإمام طاووس بن كيسان، والحسن البصري واختاره الإمام ابن جرير الطبري ، وعلى هذا قال الإمام الضحاك : (من مات من غير أن يوصي لأقربائه فقد ختم عمله بمعصية) (4).

والملاحظ من استقراء النصوص الشرعية، والآراء الفقهية السابقة، أنهم في مجملهم لا يختلفون من حيث وجوب الوصية، أو التنزيل للوالدين والأقربين غير الوارثين، بل يذهب إلى القول به أكثر الفقهاء كما بينا سابقا .

وإنما وجه الاختلاف ظهر بشدة عند اقتصار التشريعات العربية، ومنها قانون الأسرة عندنا على الحفدة دون غيرهم .

وعلى هذا يمكن الجمع بين أدلة وآراء القائلين بالوجوب وعدمه، بالقول: على أن وجه الاستدلال بالنصوص القرآنية السابقة، والأحاديث النبوية، إنما هو في حالة الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين إطلاقا، دون تحديد أو اقتصارها على البعض دون الآخر.

وأما اقتصار التشريع من خلال قانون الأسرة الجزائري على الحفدة دون غيرهم، وتحديد المقادير الواجب لهم، فتيبره القاعدة الشرعية : (أن لولي الأمر أن يأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من المصلحة العامة. ومتى أمر به وجبت طاعته) (5).

(1): الدكتور/ رفيق يونس المصري ، المرجع السابق ، ص 112 ، 113 .

(2): الإمام الفقيه / ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 315 .

- الإمام/ ابن الهمام ، فتح القدير ، شرح الهداية ، ج 05 ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة 1970 ، ص 61 .

(3): أشار إليه : الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 257 .

- الدكتور / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 81 .

- الأستاذ السحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 56 .

(4): الإمام / ابن الهمام ، نفس المرجع ، ص 60 .

(5): الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 157 .

- الدكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 185 .

وعند بعض الفقهاء أن أمره ينشئ حكماً شرعياً (1).

وهاته القاعدة في حقيقتها مصدرها أحكام السياسة الشرعية ومقاصد الشريعة الإسلامية، من خلال استنباط الأحكام في الحوادث المستجدة التي لا توجد لها نصوص ظاهرة، وهو ما يجرنا إلى التحدث عن الأصل التشريعي الثالث لأحكام التنزيل، الوارد في قانون الأسرة، وهذا في الفرع الموالي :

ثالثاً : مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعد السياسة الشرعية .

سوف نقسم هذا الفرع إلى جزئين اثنين، نتكلم في الأول: عن مقاصد الشريعة ، كأحد مصادر التشريع. ثم نتناول في الجزء الثاني: قواعد السياسة الشرعية ، ثم نربط كل منهما بمضموننا محل الدراسة وهذا كالآتي :

1- مقاصد الشريعة : من خلال استقراءنا لأحكام التنزيل، والتي أوردها كثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين (2) وهي كالآتي :

- أ- وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين .
- ب- وجوب إعطاء جزء من مال الشخص بعد وفاته على أنه وصية ، إذا ترك الإيصاء لهم .
- ج- قصر من وجبت لهم الوصية من الأقربين غير الوارثين على الحفدة دون غيرهم .
- د - تحديد القدر الواجب لهم يمثل ما كان يستحق أصلهم من الميراث لو كان حياً، في حدود ثلث التركة.
- هـ - تقسيم ذلك المقدار من المال بين المستحقين من الحفدة قسمة ميراث (للذكر مثل حظ الأنثيين) (3).

و - تقديم التنزيل على الوصية الإختيارية (4)، وهي الوصايا التي ينشئها الشخص بإختياره ولو كانت بفرض أو واجب عليه لجهة أو لأشخاص .

فمن خلال هذه الأحكام نجد أن هناك مرحلتين اثنتين من خلال تشريع نصوص التنزيل :

الأولى : منها ما جاء طبقاً لنصوص القرآن والسنة، وآراء الفقهاء من بعدهم، بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين. وهذا انتهينا من الكلام فيه .

الثانية : وهو قصر التنزيل على الحفدة دون غيرهم من الأقارب غير الوارثين، وبذلك الترتيب الذي جاء به التشريع من خلال قانون الأسرة ، وبالمقدار الذي حدده ، وهو ما كان محل نقاش وجدل كبيرين، مما جعله بذلك عرضة للانتقادات الشديدة من طرف الفقهاء والباحثين المعاصرين.

(1): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 154.

- الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 57.

(2): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 250.

(3): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، نفس المرجع ، ص 260.

(4): الدكتور / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 82.

- الدكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية- المرجع السابق، ص 188.

وعلى هذا سنحاول جاهدين الإستدلال قدر المستطاع على صحة ما ذهب إليه القانون من خلال تشريعه لنصوص التنزيل من حيث اقتصاره على الحفدة دون غيرهم ، وكذا تحديد المقدار الواجب لهم بنصيب أصلهم على افتراض حياته وقت موت مورثه ، وفي حدود ثلث التركة ، وهذا من خلال مقاصد الشريعة الإسلامية وباعتبار أن الفقهاء قد أجمعوا على العمل بها .

وعلى هذا الأساس فكل تشريع في الواقع له دعائم يرتكز عليها ويتوقف عليها بقاؤه واستمراره أو عدمه .

والملاحظ أن التشريع الإسلامي له قوة جذب الناس إليه بسرعة خاطفة ، وأنهم يتقبلونه باطمئنان وانقياد ، وما ذلك إلا لأنه يخاطب العقل، ويدفع إلى العمل في الحياة ويساير الفطرة (1) وهو يهدف إلى التسامح والمساواة والحرية، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهي دعائم التشريع الإسلامي .

ومنها كذلك القواعد الفقهية، والتي تؤكد في مجملها رفع الحرج والمشقة عن الناس، تيسيرا ورفقا بهم، لقوله تعالى : << وما جعل عليكم في الدين من حرج >> (2). وقوله أيضا : << يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر >> (3). وغيرها من الآيات القرآنية الدالة على رفع الحرج والمشقة على عباده وتخفيفا بهم، فجاءت بذلك أحكامه تعالى مسايرة لمصالح الناس في العاجل والأجل ، وعلى هذا بين القوان الكريم مقاصد الشريعة، ويظهر ذلك من خلال استقراء وتتبع نصوصه وأحكامه ، فنجد أنها تهدف أساسا إلى حفظ مصالح العباد، ورعاية لحقوقهم ودفع الضرر عنهم ، وسواء ورد النص عليها أو باستنباطها من دلالات النصوص وما احتوته من معاني.

وعلى هذا قسم فقهاء الأصول تلك المقاصد إلى ثلاث أقسام رئيسية :

أولها : الضروريات: وهي المصالح التي لا غنى عنها لحفظ الدين والدنيا ، بمعنى أنها لو فقدت لم تجر أمور الناس على استقامة، وتشمل على الكليات الخمس للشريعة حسب الترتيب الآتي : (حفظ الدين، النفس ، النسل ، العقل ، المال).

ثانيها : الحاجيات : وتطلق على المصالح التي يراد منها التوسعة ورفع الضيق المؤدي إلى الحرج والمشقة منها : الرخص الشرعية ، وحق الفقراء والأقارب المحتاجين في مال أغنيائهم.

ثالثها : التحسينات : وهي الأخذ بما يليق بمحاسن العادات وتجنب ما هو مخالف للعقول السليمة وتشمل مكارم الاخلاق ، وإزالة النجاسة ، وكتابة الدين وتوثيقه ونحوهما ، وهذه المقاصد إنما وضعها يردوا ما يعرض عليهم من نوازل ومسائل مستجدة إلى هذه المقاصد، وبمعرفة الأحكام عن طريق

(1): الدكتور/ محمد سلام منكور ، المنخل لفقهاء الإسلام ، دار الكتاب الحديث ، الكويت 1970، ص 17.

(2): سورة الحج ، الآية 78.

(3): سورة البقرة ، الآية 185.

إدراك موقع هاته المستجدات من المصالح التي أرادت الشريعة تحقيقها ، والمفاسد التي تهدف إلى درئها (1) ، وعليه فكل محاولة تشريعية مستحدثة لابد لها وان تتطرق من المبادئ الآتية :

أ- ربط التشريع المنشود بمصادره الشرعية ، من الكتاب والسنة وإجماع المجتهدين ، وآراء الفقهاء يمكن الرجوع إليها عند اختلاف وجهات النظر بشأن تطبيق أحكامها .

ب- عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، عند تشريع النصوص القانونية وسد الثغرات الموجودة في قانون الأسرة الجزائري .

يمكن للمشرع الجزائري في هذا القانون أن يتبع أي مذهب من يرى فيه دليلا قويا ، ومن أجله تحقيق المصلحة المعتبرة شرعا ، والتي يسعى إلى الوصول إليها ، لأن هذه المذاهب فيها من الأحكام ما يصلح في زمن معين، ولا يصلح في غيره ، أو قد يعسر على الناس اتباع بعض قواعده .

ج- صياغة المسائل المستجدة كما هو الحال في بعض أحكام التنزيل ، والتي ليس لها أصول شرعية من المصادر الأصلية أو الفقه ، ولا تخالف هاته الأصول استنادا إلى القاعدة المصطلح عليها المرسلة عند المالكية .

فنجد من هذه القاعدة الشهيرة ، اعتمد الإمام مالك رحمه الله على تشريع الحوادث الجديدة على المصالح المرسلة، وتعرف على أنها : (الوصف المناسب للملائم الذي يترتب على تشريع الحكم تحصيل منفعة أو دفع مضرة ، ولم يقم دليل معين من الشرع على اعتبار تلك المصلحة أو إلغائها ، فهي مصلحة مطلقة لم تتقيد لا بالإعتبار و لا بالإلغاء) (2).

وباعتبار أنه لا خلاف بين العلماء ، في أن الأحكام الشرعية قصد الشارع بتشريعها تحقيق مصالح الناس ، فما هو مصلحة للمجتمع جاءت الأدلة بطلبه وما هو مضرة تظافرت الأدلة على منعه، وهذا أصل مقرر مجمع عليه من قبل الفقهاء ، إذ لم يقل أحد أن الشريعة جاءت بأمر ليس في مصلحة العباد، فيستطيع المتمكن من قواعدها إيجاد أحكام لما يستجد من النوازل التي تقع في حياة الناس، مما لم ينص عليه الشارع ولا تكلم فيه العلماء المجتهدون ولا نظير له في القياس .

وهو ما جعل المشرع في قانون الأسرة عندنا يجتهد كغيره من التشريعات العربية، من أجل جعل نظام سديد يحكم التنزيل مراعيًا في ذلك تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية في هاته القواعد الشرعية التي أشرنا إليها سالفًا وغيرها ، وهي التي أكسبت الشريعة الإسلامية خصوبة، وجعلتها أكثر نماء ومرونة وخاصة الفروع منها ، فأصبحت بذلك أحكامها صالحة لكل زمان ومكان .

(1): الدكتور / محمد أحمد سراج ، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية القاهرة 1997 ، ص 73.

(2): الدكتور / عبد الوهاب خلاف ، السياسة الشرعية - نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية

ط 03، مؤسسة الرسالة بيروت 1987 ، ص 07.

والشاهد على ذلك هو عهد الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه باعتباره حاكما للأمة في ذلك الوقت ، وما قضى به من اجتهاداته الخاصة منها عدم قطع يد السارق في عام المجاعة وهذا تخفيفا ورحمة بالناس .

وكذلك مسألة تحريم التزوج بالكتائب ايان فتح فارس، وإلزامه للمطلق ثلاثا بكلمة واحدة ثلاث تطبيقات وهو يعلم أنها واحدة، ولكن لما أكثر الناس منه رأى عقوبتهم بإلزامهم به (1)، وإنما كان رأيا منه رآه للأمة، وهذه كلها وردت فيها نصوص شرعية قطعية ولكن كان له رأي تكييف تطبيقها على نحو لا يصادم ولا يناقض هدف النص، ومما لا يتناقى أصلا ومقتضى المصلحة العامة الحقيقية للأمة .

فمن مصلحة المجتمع الرأفة ومساعدة المحرومين والمحتاجين من اليتامى والفقراء، وبخاصة إذا كانوا ذوي قرى كما هو الحال عندنا في تنزيل الحفدة في قانون الأسرة .

فإعطائهم نصيب أبيهم أو أمهم المتوفى قبل جدهم أو جدتهم أو معا، فيه تحقيق للمصلحة وتيسيرا بفتة كبيرة من المجتمع، ومتطابقة مع روح هذا التشريع ومقاصده وكتياته الخمس السابق الإشارة إليها . وبناء على ما سبق بيانه فإن تشريع التنزيل على هذا الشكل جاء تماشيا مع القواعد الفقهية الشهيرة: أن من مقاصد الشريعة جلب المصالح ودرء المفاسد، ومنها كذلك: الضرر يزال، وكذلك: يدفع الضرر الأكبر بالضرر الأقل (2) وقاعدة: لا ضرر ولا ضرار. المستمدة من الحديث النبوي الشريف .

وعليه فترك الحفدة دون إعطائهم نصيبا من تركة جدهم أو جدتهم وحرّمهم منه بحجة أنهم محجوبون بأعمامهم أو أنهم من ذوي الأرحام، يعتبر بحق جريمة في حقهم، لأننا عندما فعلنا ذلك وكأنا عاقبناهم على فعل لم يرتكبه، فما ذنبهم إذا كان أصلهم توفي قبل جدهم أو جدتهم، أو أنهم أولاد بنت وليسوا أولاد ابن، فهاته عوامل خارجة عن نطاقهم ولا دخل لهم فيها، فكأننا بذلك عندما حرّمناهم من نصيب أصلهم نكون قد حكمنا عليهم بالضياع، وألحقنا بهم ضررا كبيرا فاجتمع لهم ألمين :

الأول: فقد أبيهم أو أمهم، وبالتالي فقد من كانوا يعولهم ويسهر على راحتهم وسلامتهم، ويوفر لهم أسباب العيش وراحة البال، وبخاصة إذا كانوا أولادا صغارا لا يستطيعون تحمل مصاعب الحياة وآلامها.

الثاني: عدم إعطائهم نصيب أصلهم، وقد يكون هو الآخر شارك في تكوين تلك التركة بقدر هائل من المال، فمن العدل والإنصاف أن لا يحرم أولاده من ذلك المال بعد مماته، وإلا ترتب عليهم ضررا قد لا يمكن دفعه مستقبلا، والشريعة الإسلامية بمقاصدها تأبى ذلك الضرر، وعلى هذا استحدث القانون نظام الوصية الواجبة لمعالجة هذا المشكلة تماشيا مع روح التشريع الإسلامي، في توزيع الثروات على أساس من العدل والمنطق، وعلى اعتبار أن الحفدة هؤلاء غير وارثين في حال موت أبيهم فيجوز لولي

(1): الدكتور/ سعد الدين داداش محاضرات (غير منشورة) ألقاها بجامعة الامير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة 1995.

(2): الدكتور/ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 08.

وإضافة إلى ما سبق ذكره فإن علم السياسة الشرعية يبحث عما تدبر به شؤون الدولة والمجتمع من القوانين والنظم التي تتفق وأصول الإسلام، وإن لم يقع على كل تدبير دليل خاص (1)، وموضوعه النظم والقوانين التي تتطلبها شؤون الدولة من حيث مطابقتها لأصول الدين، وتحقيقها مصالح الناس وحاجياتهم، ووغايتها الوصول إلى تدبير شؤون الدولة بنظم من دينها، وذلك لأجل رعاية مصالح الناس في مختلف العصور والبلدان .

فالساسة الشرعية إذا هي من باب التوسعة على ولاية الأمر، من حكام ومشرعين في أن يعملوا بما تقضي به المصلحة، مما لا يخالف أصول الدين، وإن لم يقد عليه دليل خاص (2)، وتشريع التنزيل أو الوصية الواجبة إنما يدل دلالة قاطعة على ارتباط الأحكام بالمصالح، وهو ما ذهب إليه كثير من الفقهاء في هذا المجال، على أنه متى وجدت المصلحة المعتبرة شرعا فتم شرع الله (3) .

وبناء على استعراض هاته الآراء وما أوردناه سائفا من النصوص الشرعية، واجتهادات الفقهاء والباحثين المعاصرين، وما ورد في ذلك من أدلة وأحكام خاصة، نرى شخصا أنه لا غرابة في ذلك عندما يقوم المشرع الجزائري في قانون الأسرة ببعض الاجتهادات التي يكون الغرض منها تحقيق مصلحة المجتمع عامة، ولم يشمل الأسرة الجزائرية خاصة، ودفعاً للأحكام والضغائن، وتجنباً لظهور روح الانتقام داخل الأسرة الواحدة . وهو ما يكون حافزا على انتشار روح التعاون والمحبة والتراحم وزرع بذور الترابط والإنسجام، والتكافل الإجتماعي بين أفراد الأسرة الواحدة.

وعليه يكون تشريع التنزيل بذلك محققا لتلك الأهداف السامية في المجتمع، وهو كما أسلفنا جاء متوافقا مع أهداف السياسة الشرعية وقواعدها، بالتوسعة على ولاية الأمر والمشرعين على وجه الخصوص، في أن يعملوا على ما تقضي به المصلحة مما لا يخالف أصول الشريعة، وحتى وإن لم يقد على ذلك دليل خاص، وهو بذلك أيضا من باب الاجتهاد والتكيف على ما يقتضيه مبدأ المصلحة.

فلا يشترط في الاحكام والمسائل والقضايا المستجدة أن تستفاد من الأدلة التفصيلية (الخاصة)، بل يكفي أن تكون موافقة للأصول العامة والمقاصد الشرعية وعموم الأدلة .

وبناء على ما سبق أيضا فإنه يجوز لولي الأمر أن يأمر رعيته بالمعروف، من خلال تشريع نظام التنزيل للحفدة بأن يعطي لهم مقداراً من التركة يحدده ما ينوب عنه من المشرعين، يكون يمثل نصيب أصلهم على افتراض بقائه حيا أثناء موت مورثه، وفي حدود ثلث التركة، وفي حالة إذا ما نقصوا أحدا ما وجب له، أو لم يوصوا بشيء ردوا بأمر ولي الأمر إلى المعروف (4) .

هذا وبعدما تعرفنا في هذا المبحث على نظام التنزيل وسنده الشرعي، من الكتاب والسنة وآراء الفقهاء، واجتهادات المعاصرين، ثم موقف السياسة الشرعية ومقاصد الشريعة من ذلك، نتعرف بعد هذا على التكيف القانوني للتنزيل، ودواعي تشريعه، وهذا في المبحث الموالي :

(1): الدكتور / عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 09.

(2): (3): الإمام / ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، مطبعة الآداب مصر 1974، ص 13، 26.

(4): الدكتور / عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 82.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للتنزيل وحكمة مشروعيتها.

بعدما أن انتهينا من التعرف على نظام التنزيل والأصل التشريعي له، انطلقا من أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، سوف نتناول في هذا المبحث: التكييف القانوني لنظام التنزيل وفق قانون الأسرة عندنا . ثم بعد ذلك نتناول: الدواعي التي من أجلها شرع هذا النظام ، وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين وهذا على المنوال الآتي :

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للتنزيل.

إن التنزيل كما كنا قد تطرقنا لتعريفه سابقا ، وهو أن ينزل الإنسان غير وارث منزلة وارث (1) في تركته . وعلى هذا عرف بعدة تعريفات مختلفة منها على وجه الخصوص قولهم : (التنزيل هو إحلال الاحفاد الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم ، محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لوبقي حيا ، بالشروط القانونية) (2).

ويرى بعض الباحثين الجزائريين في هذا المجال ، على أن التنزيل إيحاء وليس إرثا ، والتتبع عليه في مواد قانونية هو إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل - كسرا - الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته (3) .

ويذهب هؤلاء إلى اعتبار أن التنزيل وصية بموجب القانون (4) ، لفائدة الحفدة وليس إرثا ، وعليه فإنه يخضع لقواعد الوصية وأهمها قاعدة الثلث الجائز لغير الورثة ، ولكي لا تخرق هذه القاعدة وضعت المادتان 171 ، 172 ق .أ شروطا لاستحقاق (وليس لإرث) الحفدة حصتهم لتركته جدهم أو جدتهم (5) .

ويدل على هذا أيضا صيغة أية المواريث المشار إليها سابقا ، حيث جاءت بصيغة الأمر والقطع في تحديد محوري التركة ، واعطت لكل ذي حق حقه ، وحددت من يرث ومن لا يرث ، وذلك بكل دقة ووضوح ، بحيث لا يقبل الإجتهد والتأويل . وتعتبر تلك الآية قطعية الثبوت قطعية الدلالة ، فلا يسوغ لأي كان أن يخالف قواعد في مجتمع مسلم نصا وروحا ، إضافة إلى أن كل القوانين التي تقرر التنزيل تحدده بالحد المسموح به في نظام الوصية ، والمقدر بالثلث فما دونه، وبأن لا يكون لوارث أصلا لقوله عليه الصلاة والسلام : << لا وصية لوارث >> (6).

فهي مقررة للحفدة عندما يجتمعون مع من يحجبهم من الورثة . وإضافة إلى ذلك فإن الحفدة لا يعتبرون ورثة ولكنهم يحملون صفة الموصى لهم ، فالعلاقة بين المورث وحفدته هي علاقة الموصى بالموصى لهم بموجب القانون ، وذلك انطلاقا من أن أركان التنزيل ثلاثة : منزل - كسرا - أو (الموصى) والمنزل -فتحاً- (الموصى له) ، ومحل التنزيل (الموصى به) ، كما سنبينه في فصل الأركان ، فهو على هذا المنوال يأخذ حكم الوصية العادية .

(1): العلامة الشيخ / محمد الصانق الشطي ، المرجع السابق ، ص 148 .

(2): الأستاذ الموقر / جمال ليشاني ، المرجع السابق ، ص 42 .

(3): الأستاذ الموقر/ جيجيك صالح ، المرجع السابق ، ج 01 ، العدد 01 ، ص 25 .

(4): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 218 .

(5): الأستاذ الموقر/ جيجيك صالح ، نفس المرجع ، ج 02 ، العدد 02 ، ص 34 .

(6): حنيث حسن ، رواه أحمد والأربعة ، إلا النسائي ، ورواه النراقطني من حنيث ابن عباس ، وحسنه أحمد والترمذي ، وقواه ابن

خزيمة ، وابن الجاود ، وأخرجه مالك في المرجع السابق ، ص 436 .

لكن هناك من الباحثين من يذهب إلى أن التتزيل ليس بوصية خالصة، كما أنه ليس ميراثا على الحقيقة ولكنه أشباه من الميراث، مع بعض خصائص الوصية تجمعت فخرج منها ما يسمى في عرف القانون بالوصية الواجبة (1) ، ومنهم من أطلق عليها اسم الوصية القانونية (2).

وعلى هذا فالتتزيل يشبه الميراث من وجوه و يختلف معه من وجوه أخرى، كما يشبه الوصية الاختيارية في أحد جوانبها ، و يختلف عنها في جوانب أخرى ، بمعنى أنه نظام يتوسط بين الميراث والوصية العادية، إلا أنه عند البعض أقرب إلى الميراث منه إلى الوصية، فمنهم من أطلق عليه بذلك اسم الميراث القانوني (3) ، ومنهم من نظم التتزيل على أساس أنه وصية واجبة واعتبرها نوعا من الميراث (4).

وعلى هذا سوف نورد أوجه الشبه من جهة ، ثم أوجه الاختلاف من جهة أخرى لنظام التتزيل، مع كل من الميراث والوصية العادية وهذا كالاتي :

أولا: أوجه الشبه :

- 1- يشبه الميراث في أنه يوجد وإن لم ينشئه المتوفي (5)، والوصية الحقيقية لا توجد إلا بإنشاء من الموصي .
- 2- إنه لا يحتاج إلى قبول شأنه شأن الميراث، ولو كان وصية محضة لتوقف على القبول (6)، لأن الموصي له (المنزل) معين يتصور منه القبول بنفسه، أو بمن له الولاية عليه إن لم يكن أهلا .
- 3- إن التتزيل لا يرد بعدم القبول، والميراث كذلك، والوصية الحقيقية ترد بعدم القبول ، لأنها ليست خلافة جبرية، والتتزيل يشبه الميراث (7) من حيث أنه خلافة إلزامية، لا تتوقف على إرادة الموصي لهم (المنزليين)، فإن لم يقبلوها تنقل بعدهم إلى ورثتهم .
- 4- يقسم التتزيل قسمة ميراث (للمذكر مثل حظ الانثيين) (8)، حتى ولو اشترط المنزل - كسرا - تقسيمها على غير هذا الوجه ، إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من مقدار التتزيل .

(1): الشيخ / محمد أبو زهرة شرح قانون الوصية ، المرجع السابق، ص 176.

- الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 253.

(2): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 156.

-الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 230.

(3): لدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 397.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قيلان ، المرجع السابق، ص 59.

(5): الدكتور/ بدران أبو العنين بدران ، المرجع السابق ، ص 167.

(6): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 257.

(7): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصلته ، المرجع السابق، ص 123.

(8): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق، ص 305.

ثانيا : أوجه الاختلاف :

- 1- يغني عن التنزيل ما أعطاه الجد أو الجدة لهم شرعا بدون عوض، والميراث لا يغني عنه ذلك.
 - 2- إن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره (1)، وفي الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره، ممن هو أبعد منه، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري، ترك هاته النقطة مبهمة دون توضيح.
 - 3- إن التنزيل وجب عوضا للحفدة عما فاتهم من الميراث أصلهم، بموته قبل ان يرث من أصله، والميراث ثبت ابتداء (2)، من غير أن يكون عوضا عن حق ضائع.
 - 4- إن التنزيل يجب في حدود ثلث التركة، وهو يشبه الوصية العادية في هاته الحالة .
 - 5- يقدم التنزيل في التنفيذ على الميراث، وعلى سائر الوصايا العادية (3).
- ويترتب على القول بأن التنزيل أقرب إلى الميراث منه إلى الوصية العادية، فإنه يأخذ بذلك حكم الأقرب، فهو على هذا الإتجاه واقعة قانونية شأنه في ذلك شأن الميراث، على أنه ليس تصرفا قانونيا ، وذلك لإعتبار أن التصرفات القانونية إرادية ، وهذا الشرط الأساسي لا يتحقق في التنزيل، لأنه إلزامي التنفيذ، في تركة المورث بعد موته، حتى ولو لم يوص به أثناء حياته .
- فكأن القانون بذلك يسلب إرادة المورث ويحل محله، عندما يكون للمورث حفدة يستحقون التنزيل، وينوب عنه جبرا في الإيصاء لهم ، ومن هذا المنطلق أطلق عليه بوصية القانون، و ذلك في مقابل وصية الله ، ألا وهي الميراث لقوله تعالى : << يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين >> (4). ووصية العبد تقربا إلى المولى عز وجل لقوله تعالى : << من بعد وصية يوصون بها أو دين >> (5).
- ألا وهي الوصية الإختيارية (6).
- والتنزيل بهذا الشكل وفي هاته الخاصية، يتفق مع الوصية المفروضة التي جاء بها الإمام الفقيه ابن حزم، كما أشرنا سابقا.
- حيث يقول : (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون ... فإن لم يفعل أعطوا، ولابد، ما رآه الورثة أو الوصي ...) (7).
- إلا أن الإمام ابن حزم وكل- بتشديد الكاف- إرادة صاحب التركة بعد مماته، في حالة عدم الإيصاء لهم إلى الورثة، أو الوصي نيابة عنه.
- فهنا إرادة الورثة أو الوصي هي التي حلت بصفة أصلية محل إرادة المتوفي في الإيصاء للحفدة .

(1): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(2): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 258.

(3): الدكتور/ مصطفى السباعي ، والدكتور/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق، ص 364.

(4): سورة النساء ، الآية 11.

(5): سورة النساء ، الآية 12.

(6): الدكتور/ محمد زهنور ، المرجع السابق، ص 45.

(7): الإمام الفقيه /ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

لكن في حالة عدم الإستجابة من طرف الورثة، أو الوصي، هنا يتدخل القانون ويلزمهم بذلك ، فهي في مجملها لا تخرج عن أقوال ابن حزم .

وأما المشرع الجزائري فإنه لم يعرف التتزيل بهذا الشكل قبل مجيء قانون الأسرة، والذي تطلق عليه التشريعات العربية بالوصية الواجبة (1).

وعليه أمكننا القول بأن نظام التتزيل يجمع بين خصائص الميراث، وخصائص الوصية العادية، غير أنه أقرب إلى الوصية، من حيث أنه يتم في حدود ثلث التركة، وينفذ قبل قسمة التركة على الورثة، ولكنه يقدم على الوصايا الإختيارية عند تراحمها (2).

وعلى هذا يذهب الدكتور بدران أبو العينين بدران بالقول : (فقد أوجب القانون الوصية لصنف معين من الأقربين، الذين حرّموا من الميراث، لوجود من يحجبهم بشروط خاصة، ومقدار معين ، فلوجب لفرع من يموت في حياة أحد أبويه على جده أو جدته - في حالة معينة - وصية تستمد قوتها من القانون ...) . ثم يضيف بعد ذلك قائلا : (فإذا فعلها الشخص طائعا مختارا، نفذت وإن لم يفعلها كانت واجبة بحكم القانون، من غير حاجة إلى عبارة منشئة ، بل إنه إذا صدرت منه على وجه يخالف مارسم لها قانونا، تدخل القانون لتعديلها ...) (3). فالتتزيل عند صاحب هذا القول وصية واجبة بحكم القانون .

ويذهب بعض الفقهاء والباحثين أيضا، إلى أن هاته الوصية، أي التتزيل، لا تتوافر لها مقومات الوصية الإختيارية لعدم الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له ، فهي أشبه بالميراث فيسلك فيها مسلك الميراث في قسمة التركة (4).

ومن هنا نجد بأن التتزيل ينفذ في تركة الجد أو الجدة من غير إنشائه من طرفهما، بل ينتقل أثره إلى الفروع مباشرة بحكم القانون (5) .

واعتبارا من هذا الأصل، قيل بأن التتزيل يستمد قوته من القانون، بحيث إذا نزل الشخص فروعه ذكورا كانوا أو إناثا طائعا مختارا، طبق ذلك التتزيل ونفذ ، وأما في حالة إذا لم يفعل ذلك فإنه يلزم به الورثة بعد موت مورثهم، دون حاجة للإيصاء به (6).

وعليه فالتتزيل بهذه الصورة، مفاده: أن ينزل الهالك في حياته من لا يصل إلى ما ترك، بعد موته منزلة ولد الصلب، فيجعله كولد الصلب يرثه كما يرث هذا الأخير.

مثاله : كإبن الإبن يموت والده في حياة أبيه، مع وجود أعمامه الذين يحجبونه ويتقدمون عليه في الدرجة ، فيأتي المنزل - كسرا - وينص على أنه نزل إبن الهالك منزلة أبيه الذي هلك .

(1): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق، ص55.

(2): الدكتور/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص82.

(3): الدكتور بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 167.

- الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص247.

(4): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 123.

(5): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق، ص 176

- الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(6): الدكتور/ محمد سحنة ، المرجع السابق، ص 295.

لكن في حالة إذا ما رفض ذلك فإنه ينفذ كما سبق بيانه بالقوة الملزمة للقانون، ولا يعتد بذلك بإرادة صاحب التركة .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة من خلال المواد (169 - 170 - 171) منه نجد مايلي :

1-تنص المادة 169 على أنه : << من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية: >> .

2-وتنص المادة 170 منه بقولها : << أسهم الاحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة >> .

3-وتنص المادة 171 على أنه : << لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض، مقدار ما يستحق بهذه الوصية...>> .

فمن خلال تفحصنا للمواد الثلاث السابق ذكرها نستخلص ما يلي :

-استعمل المشرع في المادة الأولى لفظ : (وجب)، وربطها بمصطلح التنزيل، فدل ذلك على أن التنزيل واجب قانوني من خلال هذا النص .

-واشترط المشرع في المادة الثانية، عدم تجاوز مقدار التنزيل ثلث التركة ، فدل ذلك من خلال هاتين المادتين، على أن التنزيل ينفذ في صورة وصية، بإعتبار أن الوصايا في أصلها تنفذ في حدود ثلث التركة، طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة بقولها : << تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة >> .

و عليه يكون التنزيل من خلال المادتين 169 و 170 من قانون الأسرة واجبا قانونيا، ينفذ على شكل وصية .

وجاءت بعد ذلك المادة الثالثة (171)، لتؤكد بذلك منحي المشرع في تكييف هذا التنزيل، على أنه وصية قانونية واجبة من خلال كلمة (ما يستحق بهذه الوصية)، فكان ذلك بصريح العبارة .

وعليه اختلف التنزيل هذا، عن التنزيل الشرعي الوارد في الفقه الإسلامي، كما أشرنا ذلك في الأصل التشريعي للتنزيل .

والسبب الرئيسي في هذا الاختلاف هو في الطبيعة القانونية لكل منهما، فالتنزيل في الشريعة الإسلامية اختياري، يخضع لإرادة المنزل صاحب التركة، إن شاء نزل حقدته وإن شاء تركهم، ولا سلطان للقانون عليه .

وكل ما في الأمر أنه مقدم على الوصايا العادية، ويثبت ذلك ما نقل عن الكثير من الفقهاء والفرضيين المالكيين، منهم صاحب لباب الفرائض قوله : (التنزيل وهو أن ينزل الإنسان غير وارث منزلة وارث، وقد نص الفقهاء على التنزيل من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة...)، وأطلق عليه وصية التنزيل(1).

(1): العلامة الشيخ / محمد الصادق الشطي ، المرجع السابق ، ، ص 148 . 152.

وفي نفس السياق افتى بذلك العلامة الفرضي الشيخ التسولي المالكي، في شرح التحفة قوله :
(التنزيل هو أن ينزل الإنسان أولاد ولده الميت، منزلة أبيهم جاري مجرى الوصية، وتقسم بين المتزولين
للذكر مثل حظ الإناثيين، كما أفتى به أبو عبد الله المنصوري وغيره (1).

وعليه فالتنزيل الشرعي إختياري، ولا ينفذ رغم إرادة صاحب التركة، وهو يعامل على أنه وصية
في جميع الأحكام (2).

والتنزيل هنا في كلا الحالتين نافذ في حق الثلث فقط، فإن استغرقت التركة ما زاد على الثلث
فللورثة منع القدر الزائد، ولهم إضاؤه ، ويخرج بذلك قبل قسمة التركة، ولا يمكن بأي حال أن يمنع
وارث من حقه في التركة (3) ، وهو ما زاد في بعده عن الميراث فأختلف عنه.

وفي هذا الإتجاه يذهب الدكتور محمد محدة إلى القول : (إن التنزيل يجد سنده الشرعي في أدلة
وأسانيد الوصية الواجبة ، وهذا لأن الفقهاء جميعا يعدون التنزيل من باب الوصايا (4).

ويتفق هذا مع ما ذهب إليه أحد الموتقين على أن التنزيل حسب هذا المفهوم هو وصية بموجب
القانون، ومقدارها مناب أصل الحفدة يخصهم من التركة قبل توزيعها على الورثة، وفق أنصبتهم
الشرعية(5).

واستنادا إلى ما سلف شرحه، يمكن القول: بأن الطبيعة القانونية للتنزيل حسب ما هو وارد في
قانون الأسرة عندنا، يعتبر وصية قانونية واجبة.

لكن ما يمكن قوله بشأن هذا التكييف، أنه كان أولى للمشرع أن يطلق على هذا التنزيل اسم الوصية
الواجبة (6) ، كما فعل ذلك المشرع المصري وباقي التشريعات العربية الأخرى (7).

والسبب في ذلك هو أن عنوان الفصل السابع من الكتاب الثالث، المعنون بالتنزيل لا يدل حقيقة على
ما يحتويه، كمصطلح شرعي قانوني ، لأن مدلول النصوص القانونية الواردة في هذا الفصل تختلف تماما
وكما أسلفنا، عن محتوى ومضمون هذا المصطلح من حيث استعماله الأصلي من طرف الفقهاء
والفرضيين. فكيف يستساغ ذلك بأن يكون المتن وصية واجبة، وعنوانه هو التنزيل ؟.

وختاما لهذا المطلب نقول: بأن التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة، ينفذ قسرا في تركة المتوفي، ولا
يتوقف ذلك على إرادته أثناء حياته، ولا على إرادة الورثة من بعده، فهو بذلك خلافة جبرية، فأختلف
التنزيل الذي أقره فقهاء الشريعة الإسلامية، وعمل به الفرضيون من بعدهم، فهو خلافة إختيارية يتوقف على
إرادة صاحب التركة دون أن يتدخل القانون لإلزامه بذلك، فهو يستمد قوته من إرادة الموصي (المنزل)
نفسه.

(1): العلامة الشيخ /أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، المرجع السابق ، ص 591.

(2)،(3): الشيخ / أحمد حماني ، المرجع السابق ، ص 171.

(4): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 304.

(5): الأستاذ الموثق / جيجيك صالح ، المرجع السابق ، العدد 02 ، ج 02 ، ص 34.

(6): الدكتور / سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 182.

(7): الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، المرجع السابق ، ص 42.

إلا أن كل ما في الأمر أن أنصار الوصية الواجبة، استعاروا إحدى طرق التنزيل الشرعي، من أجل حل مسائل الوصية الواجبة، وهي قول المنزل - كسرا - (أنزلوه منزلة ولدي المتوفي)، وكذلك طريقة القسمة بين الحفدة، للذكر مثل حظ الأنثيين، أي: قسمة ميراث (1).
ورغم أن كلاهما من باب الوصايا ، لكن الثاني استمد قوته من إرادة المنزل - كسرا - والأول استمدها من قوة القانون، فاختلفا . لذا كيفاه على أنه وصية قانونية واجبة .

المطلب الثاني

حكمة مشروعيته .

بعد ما تطرقنا في المطلب السابق للتكييف القانوني للتنزيل، وعرفنا أنه وصية قانونية واجبة بحكم القانون ، حيث أنه يأخذ البعض من أحكام الوصية الاختيارية، والبعض الآخر من الميراث.
سوف نتناول في هذا المطلب، الحكمة والدافع من وراء تشريع نظام التنزيل بهذا الشكل الذي حدده القانون .

وعلى هذا يمكننا القول بأن الإسلام دين إيجابي واقعي، تنموا الحياة في ظلّه وترتقي، فهو نظام كامل للحياة المثالية، تكتمل فيها للفرد والجماعة وسائل الأمن والمساواة والعدل، والسعادة والصفاء بمطالب الحياة، في إطار تعاوني وتكاملي مبعثه البر والإحسان الرحمة والأخوة الصادقة.
ومن هنا وتقييدا للمصالح الإنسانية ، قيد الإسلام الملكية في منشئها وفي استعمالها، وفي انتقالها من ملكية المتوفي إلى ملكية خلفه، بما يحقق العدل ويقم التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة ويشبع في المالك ما طبع عليه من حب التملك، وغريزة حب البقاء التي لا سبيل لتحقيقها في عالم الوجود، إلا عن طريق النسل المنسوب إليه من بنين وحفدة، ممن تربطهم به صلة القربى والمناصرة، وأسسه على مبادئ منها التعاون والمودة.

ذلك لأن إشراك الحفدة في المال الذي تركه جدهم أو جدتهم، من شأنه تقوية الروابط الأسرية ويضاعف إخلاص القلوب ويربط بعضها ببعض، ويؤلف بينها ويوحد اتجاهاتها، وخاصة مع أعمامهم أو خالاتهم وباقي الأقرباء الوارثين، مما يجعل كل فرد يحرص كل الحرص على خير الآخر، الذي سوف يعود نفعه عليه وعلى أقاربه داخل الأسرة الواحدة، وهو مسألة تأثير حتى على النظام الإقتصادي للعائلة الحديثة، وما للعائلة من دور كبير في مجال الإقتصاد في العصر الحديث، فضلا على أن القول بعدم التنزيل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تكديس الأموال في يد طبقة واحدة من الأقارب (2) دون الآخرين، وهو ما يؤدي في كل الحالات إلى التعاقد وانتشار الضغائن وروح الإنتقام، مما يؤدي إلى تفكيك روابط الأسرة الجزائرية.

(1): العلامة الشيخ / أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، المرجع السابق ، ص 591.

- العلامة الشيخ / محمد الصانق الشطي ، المرجع السابق ، ص 148.

(2): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق، ص 41.

لذا جاء نظام التتزيل (الوصية الواجبة)، بمثابة الدواء الشافي لجراح وآلام بعض الفئات في المجتمع، وهم الحفداء، ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم، فحرموا من ميراث ذلك الأصل طبقاً لقواعد الميراث .

وعلى هذا سوف نتساءل: هل الحكمة من تشريع نظام التتزيل عندنا هي تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث أصولهم، أم الحكمة في ذلك هي شدة احتياجهم للمال بغض النظر عن التعويض؟. ولأن الإجابة على هذا التساؤل تترتب عليه عدة آثار قانونية منها :

أولاً : لو افترضنا أن الحكمة في ذلك هي التعويض (1)، معنى ذلك أنه لو بقي أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة ، ثم مات بعد إرثه فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه، وحينئذ ينتفي الباعث على التشريع، والسبب لأنه لم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالتتزيل، فلو قلنا بعدم وجوب الوصية في هذه الصورة، لكان لنا سند من روح القانون وهدف التشريع، وبخاصة إذا لاحظنا أن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل في الميراث، فلا يتوسع فيه، بل يقتصر على ما يتقن منه فقط (2) .

وبالإضافة إلى أنه قد يضيق نطاق تطبيق التتزيل، إلى أكثر من هذا الحد، بحيث لم يعد يشمل أولاد البنات، أي الأحفاد من جهة البنات، باعتبارهم من ذوي الأرحام، وهم غير وارثين أصلاً، لأنهم يأتون في درجة متأخرة بعد أصحاب الفروض والعصبات، وهم بذلك لم يفتهم شيئاً عن طريق الميراث، حتى يعوضوا عنه بطريق التتزيل .

ثانياً : وأما في حالة افتراضنا بأن الحكمة من تشريع التتزيل هي الحاجة، أو درجة الإحتياج ، فإنه يترتب على ذلك اتساع مجال تطبيق التتزيل، بحيث يشمل الحفدة من جهة الإناث : أي أولاد البنات، ويشمل أيضاً الحفدة من جهة الذكور، أي : أولاد الأبناء . وعليه يدخل حفدة الولد الكافر بإعتبار أنه يأخذ حكم الوصية العادية، وهي تصبح مع اختلاف الدين .

وعلى هذا يرى الشيخ محمد أبو زهرة بأن يجعل الباعث على التشريع هو الإحتياج، والسبب في ذلك حسب رأيه، لأن الوصايا شرعت من باب الخير والصدقات، ليتمكن كل من فاتته خير أن يتداركه عن طريقها، بحيث يجب أن تكون الوصية الواجبة متلائمة مع غرض الشارع في باب الوصايا، ولا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم، وهي مقدمة على غيرها، فوجب أن تكون القريبة فيها أوضح. ويستند بأقوال ابن مسعود رضي الله عنه بحيث يقول: (فإن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية للأقرب فالذي يليه، من الأقارب غير الورثين) (3).

(1)، (2): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 240، 241.

(3): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 198.

ويضيف كذلك: (وعن طاووس أنه قال : إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت إليهم) (1) .

وعلى هذا رجح الشيخ أبو زهرة الاحتياج على التعويض .

ويرى بعض الفقهاء أن الباعث على تسريع التنزيل، أنه في أحوال كثيرة قد يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه ، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع (2)، بعدما كانوا في حياته يعيشون حياة باسمة، ويتبادل أفرادها المودة والهناء، ولكن يفاجئ في بعض الأحيان، بموت الولد في حياة أبيه أو أمه (3)، ولو عاش إلى موتها لورث مالا وفيرا، ولكن قد مات قبلهما أو قبل أحدهما، أو معهما، فأختص بالميراث إخوة المتوفي، بينما يصير أولاده في فقر وحاجة وعوز، و اجتمع لهم مع اليتيم وقعد العائل الفاقة والحرمان (4).
و قد يكون لهذا الوالد المتوفي أثر كبير في تكوين ثروة أبيه أو أمه (5) .

والتنزيل بهذا الشكل الذي جاء به القانون في حقيقته، هو استجابة لحالات كثيرة في المجتمع الجزائري ، ولعدة شكاوي ممن يموت أبائهم أو أمهاتهم، قبل موت الجد أو الجدة ، أو مع أي منهما حيث وفاتهما معا تمنعهما من الميراث من بعضهما، لحصول الشك في السبق (6). وهي أحد شروط الميراث.
و وفاة الأب قبل وفاة الجد معدمة أصلا لقيام علاقة الميراث، لعدم توفر الأركان والشروط ، وعلى هذا جاءت النصوص القانونية معالجة لمثل هاته الحالات والأوضاع .

ولأن عدم إعطاء هؤلاء الحفدة نصيبا من تركة الجد أو الجدة، سيؤدي بهم إلى الحاجة ومذلة السؤال ، أو ينحرف بعضهم عن جادة الصواب والوقوع في الخطيئة بسبب العوز والحاجة (7).
وهذا يؤدي حتما إلى الإضطراب في الموازين داخل الأسرة الواحدة ، فتجد الأعمام في نعمة ظاهرة عليهم وتترف العيش، بينما الحفدة يعيشون تحت ظل الفقر والبؤس والحرمان، نتيجة فقدهم لمن كان يعولهم ، وبخاصة إذا كانوا صغارا، لم يصلوا بعد إلى سن البلوغ حتى يمكنهم تدبير أمورهم بأنفسهم.

(1): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 198.

(2): الشيخ / محمد أبو زهرة ، التركات الموارث ، المرجع السابق ، ص 244.

(3): الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم، المرجع السابق ، ص 253.

(4): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 373.

(5): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص 122.

(6): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق، ص 296.

(7): الدكتور / محمد زهدور ، المرجع السابق، ص 125 ، 126 .

و كما أنه لا ذنب لهؤلاء في الحرمان من هذا المال إلا موت أبيهم أو أمهم المبكر، فيجتمع عليهم ذل الحاجة وقد الوالد (1).

وعلى هذا فقد يكون لهؤلاء الآباء أو الأمهات ممن توفوا في حياة مورثيهم، قد شاركوا في جمع تركة المتوفي بنصيب ملحوظ، وبذلوا جهودا معتبرة من أجل الحصول على تلك الأموال أو الثروات التي هي بيد ورثة المتوفي ، دون مشاركة أولادهم فيها .

وعليه جاء نظام التنزيل لحل هاته المشاكل الإجتماعية والإنسانية . وبخاصة وأن نظام العائلة في الجزائر يعتبر من نمط الأسر الممتدة التي نجد فيها الجد والإبن، وإبن الإبن ، وإبن إبن الإبن، والجد على قيد الحياة، والأموال بدون قسمة، وهو ما يعني أن مثل هذه الحالات تحدث كثيرا في بلادنا، نتيجة الطابع التكويني للأسرة كما سبق بيانه .

وبالتالي فلو علم كل شخص أثناء حياته، بأن ثمرة مجهوداته وعرقه سوف تذهب من بعد وفاته إلى غير مستحقيها وغير أقربائه، وبخاصة أولاده من صلبه، لما عمل بجد وحيوية ونشاط، و لكان ذلك مدعاة للخمول والركود . وعليه كان ذلك حافزا على العمل والمثابرة وإتقان العمل .

ولهذا جاء نظام التنزيل رحمة بأولاد هذا المتوفي، وعلاجاً لمشكلتهم ولبسما شافيا لجراحهم (2). ولعل المشرع الجزائري نظر إلى أولئك الحفدة، وهم في الغالب أطفال ضعاف، بعين عاطفة وأخرى مشفقة، مقدرين ما ينتظر هؤلاء من بؤس وشقاء، فحملهم ذلك على تشريع نظام يكفل إشراكهم مع بقية الورثة في تركة جدهم أو جدتهم، ولأنهم لا يستطيعون تحقيق ذلك بطريق نظام الإرث ، لأن الشارع حرمهم منه (3). فلم يجدوا أمامهم إلا نظام الوصية وما ورد من كلام الفقهاء في تفسير آية الوصية، ليستندوا إلى ذلك من أجل شرعية نظام التنزيل ، و ضمن لهم - بكسر الميم - بذلك قانون الأسرة هذا الحق، فجعلهم أصحاب مصلحة، بحيث يمكنهم تتبع كل المراحل الإجرائية، التي تهدف إلى جرد أملاك جدهم أو جدتهم حتى تقسيم التركة.

وما يمكن أن نستخلصه من في آخر هذا المطلب، ومن خلال تفحص نصوص التنزيل الواردة في المواد: (169 - 172) ق.أ . أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال الباعث على التشريع وهو التعويض بالدرجة الأولى ، أي: فرض التنزيل قانونا تعويضا للحفدة عما كان سيأخذه أصلهم، من تركة مورثه لو بقي حيا أثناء موته، ليصله نصيب أصلهم هذا عن طريق التلقي ميراثا(4).

وهذا طبقا لما تنص عليه المادة 169 ق.أ . ولكن رغم ذلك فإن شدة الإحتياج هي الأخرى لها مكانها في تشريع نظام التنزيل، وهو ما تقضي به المادتان 171 ، 172 ق.أ.

(1): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 167.

-الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص 122.

(2): الأستاذ المحاسي / هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 253.

(3)، (4):: الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 384،397.

وهو ما يدل على أن المشرع قد مزج بين المعيارين، التعويض ودرجة الاحتياج .
لكن الأول أرجح وسهل الإثبات في الواقع العملي، بخلاف الثاني يكلف المطبقين في الواقع العملي،
مشقة في الحصول على الأدلة وصعوبة الإثبات، والوصول إلى الحقيقة لمعرفة درجة الاحتياج لهؤلاء
الحفدة.

وفي كل الحالات فرضت الوصية للحفدة في مثل هاته الحالات، التي كثرت منها الشكوى، وهي
حالة الحفدة الذين يموت أبائهم في حياة أبيهم أو أمهم ، فاجتمعت عليهما مصيبتان، فقد العائل،
وحرمانهما من الميراث (1).

(1): الدكتور/ رفيق يونس المصري ، المرجع السابق ، ص 110.

الفصل الثالث

أركان الشريعة وشروط

استحقاقه

الفصل الثالث

أركان التنزيل وشروط استحقاقه.

هذا و بعدما تطرقنا في الفصل السابق، لكل من التعريف بنظام التنزيل ودليل مشروعيته ، ثم تناولنا التكييف القانوني لمصطلح التنزيل، وعلاقته بالميراث ، والوصية العادية، ثم الحكمة من تشريع هذا النظام، واتضح لنا جليا أن التنزيل عندنا يقابل الوصية الواجبة في القوانين العربية الأخرى. لنتناول بعدها في هذا الفصل ، الأركان التي يبنى عليها نظام التنزيل، والشروط الأساسية التي لا بد لها حتى يجب التنزيل للحفدة .

وعلى هذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين :
نتناول في الأول: الأركان، وفي الثاني: شروط الاستحقاق ، و هذا كالاتي:

المبحث الأول أركان التنزيل.

سوف نتناول في هذا المبحث الأركان التي يبنى عليها نظام التنزيل في قانون الأسرة ، وهي المنزل (الموصى) والمنزل (الموصى له) ، ثم محل التنزيل (الموصى به) ، وقبل التطرق لهذا التفصيل نعرف ما يلي :

الركن لغة : هو الجانب القوي الذي يعتمد عليه ويستند إليه، ويطلق الركن على كل ما تقوى به. وتقول العرب: ركن الرجل، أي قومه ومادته، ومنه ركن الشيء : أساسه الذي يقوم عليه ، كما يطلق على المنفعة كذلك ، وجمع ركن: أركان، أو (أركان)، ومنه أخذ التعريف الاصطلاحي.

الركن إصطلاحاً: هو ما يكون به قوام الشيء ووجوده، بحيث يعد جزءاً داخلاً في المادة، والمراد ما لا يوجد أو يتحقق التنزيل إلا به .

ومن هذا المنطلق استخرجنا أركان التنزيل ، وتماشياً أيضاً مع ما ورد في قانون الأسرة من خلال نصوصه .

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب رئيسية وفق الشكل الآتي :

المطلب الأول المنزل (الموصي).

لم يتناول الفقهاء لا في الشريعة الإسلامية، ولا في التشريعات الوضعية، أركان التنزيل أو الوصية الواجبة، وهذا ربما راجع لإختلافهم في التكييف القانوني للتنزيل على الشكل الذي جاء به القانون . فمتهم من رأى أنه لنظام الوصية أقرب، وأطلق عليه اسم الوصية القانونية الواجبة (1)، ومنهم من رأى أنه لنظام الميراث أقرب، وسمي بذلك ميراثاً قانونياً (2)، وعلى هذا فقد أخذ التنزيل إحدى خصائص الوصية العادية مع إحدى خصائص الميراث .

وبناء عليه يمكن تعريف المنزل (الموصي) على النحو الآتي:

المنزل أو الموصي : هو كل مالك صحيح الملك (3) ، بغض النظر عن كونه ناقص الأهلية، أو كاملها أو عديمها ، ويشترك التنزيل عند المالكية مع الوصية الإختيارية ، في هذه الحالة ، بخلاف ما جاء به قانون الأسرة بشأن الوصية العادية، طبقاً لنص المادة 186 بقولها : >> يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغ من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل << .

ومن هنا نجد أن المنزل (الموصي) في الوصية الواجبة، عند تنزيل حفدته منزلة أبيهم أو أمهم في التركة، كما لو كانوا أحياء، يعامل هذا المنزل - كسرا - وكأنه مورث.

وبالتالي لا اعتبار لأهليته أو إرادته، ذلك لأن التنزيل في قانون الأسرة كما سبق بيانه خلافة إجبارية، مصدرها حكم القانون بمقتضى نصوص التنزيل .

وعلى هذا أطلق الأساس أطلاق اسم المنزل على الجد أو الجدة المالكين للتركة، والمفارقين للحياة ، وسواء كان موت الجد أو الجدة حقيقة أو حكماً .

ولأن الموت الحقيقي هو: الثابت بالمشاهدة ، أي شهادة عدلين فأكثر أو بالبينة كما هو الحال في إجراءات الحالة المدنية .

أما الموت الحكمي: فيتعلق بالمفقود (4)، الذي انقطعت إخباره، ولم تعلم حياته من موته، فيمهل مهلة حددها المشرع الجزائري بأربع سنوات، في حالة يغلب عليها الهلاك، كالحروب والظروف الاستثنائية ، وعند عدم رجوعه بعد انقضاء تلك المدة يحكم القاضي بموته ، بناء على طلب أحد الورثة ، أو من له مصلحة في ذلك .

(1): الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق، ص 156 ، 157 .

- الأستاذ الموثق / صالح جيجيك ، المرجع السابق، العدد 01، ج01، ص25.

(2): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 252.

- الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 61.

(3): الإمام / ابن رشد القرطبي ، بداية المجهت ونهاية المقتصد ، ج02 ، دار الفكر بيروت ، بدون سنة ، ص 328.

(4): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق، ص 282.

وقد نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة أحكام المفقود في المواد من (109 - 115) منه. والمدة المذكورة آنفا في أن الحكم في موت المفقود لا تلزم القاضي في كل الحالات هو أمر جوازي له يكون بناء على ما توفر لديه من أدلة تثبت موته، أو حصل شك في ذلك، وبالتالي وجب التريث إلى حين ظهور أدلة أخرى جازمة.

وأما في الحالات التي يغلب عليها السلامة، فيفوض الأمر تماما إلى السلطة التقديرية للقاضي بعد مرور تلك المدة، وبناء دائما على الأدلة المتوفرة لديه .

وصاحب التركة هذا المفقود بعد حكم القاضي بموته، يعتبر ميتا من وقت الحكم بالنسبة لتركته وعليه فحياة المنزل المفقود من حين الحكم بفقده إلى وقت حكم القاضي بموته مشكوك فيها ، فلا يحكم بإرثه (1)، بناء على ذلك من شخص مات في هذه الفترة، لأن الميراث لا يبنى على الشك بل على اليقين. وأما إذا ظهر هذا المنزل المفقود حيا بعد الحكم بموته، وكانت أمواله قد قسمت على ورثته واستفاد المنزلين من المقدار المحدد للوصية الواجبة، فقد ذهب الفقهاء إلى أخذ ما وجده من ماله بعينه (2) أو قيمة ما يبيع منها (3)، وهو نفس الحكم الذي أخذ به قانون الأسرة في المادة 115 منه.

باعتبار أن التنزيل خلافة بعد الموت، والوفاة هنا سببا رئيسيا لكسب الملكية، ومادامت الوفاة غير محققة، لتيقن حياته بالعودة، بطل كل ما يبنى عليها من أحكام.

والتنزيل مبني في أحكامه أساسا على شرط الوفاة، ويترتب على هذا أنه يمكن للمنزل أن يرجع على حفدته، فيأخذ ما تبقى لديهم من أعيان فقط دون أن يرجع عليهم فيما استهلكوه، ماعدا ما يبيع منها فإنه يرجع عليهم بقيمتها وهذا لتعذر الحصول على عين ماله. وذلك لإعتبار أن أهل الوصية الواجبة قد تمكنوا ذلك المال عن طريق الحكم القضائي الذي حكم بموته .

وبالتالي لا ذنب لهم في ذلك، فقد أخذوا المال بطريقة قانونية شرعية، لأن الحكم مثبت للوفاة في هذه الحالة ومنشئ لها (4). وعلى هذا وازن القانون بين المصلحتين، مصلحة المنزلين والورثة ومصلحة المفقود الذي ظهر حيا .

وإضافة إلى سابق ذكره بشأن شروط المنزل فإنه لا كلام عن التنزيل أيضا إذا كانت تركة المنزل مستغرقة كلها بالديون، لإعتبار أن التنزيل من باب الوصايا وهو يخرج بعد التجهيز وأداء الديون، فإن بقي شيء نفذ من خلاله التنزيل وإلا فلا شيء من ذلك.

وما تجدر الإشارة إليه كذلك في نهاية هذا المطلب، أن ركن النزل إنما أطلق عليه ذلك من حيث ضرورة وجوده حتى يكون هناك تنزيل، وأما من حيث إرادته فلا محل لها هنا، لأن القانون هو الذي يحل محل إرادته في تنفيذ التنزيل بعد مماته في تركته، وكأن القانون هو المنزل بالنسبة لأركان التنزيل.

(1): الدكتور مصطفى شلبي، أحكام الوصايا الأوقاف، المرجع السابق ص 232 .

(2): الدكتور / العربي بلحاج، أحام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ص 243.

(3): الدكتور / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 422.

- الدكتور احمد فراج حسين أحكام الوصايا و الأوقاف المرجع السابق ص 249.

(4): الدكتور / العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، -الميراث و الوصية - المرجع السابق ص 201.

المطلب الثاني المنزل (الموصى له).

المنزل هو كل شخص غير وارث ممن يصح تملكه للمال الموصى به، عن طريق التزويل شوعا حالا أو مآلا، ومعنى هذا أن المنزل - فتحا - قد يكون من الأشخاص الذين يصح تملكهم ابتداءا، وكما يجوز أن يكون الموصى له حملا لم ير نور الحياة بعد ، كما سنبينه في الفصل الرابع .

وكما هو الحال أيضا بشأن المفقود (1)، حيث تسري عليه أيضا نفس الأحكام التي تطبق بشأنه في مسائل الميراث، استنادا للمادة 181 ق.1 بقولها: >> يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109،173)، من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة <<.

و بالر جوع للمادتين 109 و 173 نجدهما تتعلقان بالمفقود و الحمل، و كيفية توريثهما، و بالتالي و جب مراعاة الإجراءات القانونية فيما يتعلق بأحكام المفقود، وعند تقسيم مقدار التزويل بين الحفدة يطبق عليها أيضا أحكام الميراث بشأن المفقود (2)، وهو ما سنبينه بالتفصيل في أحكام توريث المفقود عن طريق التزويل في الفصل الرابع أيضا.

وما يمكن قوله أيضا بشأن الموصى لهم، أن المشرع الجزائري قد جعلهم أصحاب مصلحة عندما يتعلق الأمر بتقسيم التركة، طبقا لنص المادة 182 ق.أ.ج بقولها: >> في حالة عدم وجود ولي أو وصي، يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة، أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة و بتعيين مقدم <<.

واستنادا كذلك للقواعد العامة في التقاضي حسب ما تنص عليه المادة 459/ق.إ.م بقولها: >> لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك <<... (3).

وعندما نقارن النصين ببعضهما البعض، نجد أنه خلافا للقواعد العامة في التقاضي فإنه يجوز استثناءا وبنص المادة 182 ق.أ.ج للحفيد وباعتباره صاحب مصلحة، حتى ولو كان قاصرا، أن يتقدم للمحكمة بطلب تصفية التركة حسب مفهوم النص.

لكن في الواقع العملي هوان النيابة العامة في هذه الحالة هي التي تتقدم بطلبات تصفية التركة عند وجود قاصر بين الورثة.

(1): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص 168.

-الدكتور/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص123.

(2): الدكتور/ مصطفى شليبي، أحكام المواريث بين الفقه و القانون ، المرجع السابق ، ص 375.

- الدكتور / محمد زهنور، المرجع السابق ، ص.115.

(3): الأمر/ رقم 66-154، المؤرخ في : 06/06/1966، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، و

المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 08/06/1966، العدد 47.

وفي حالة وجود قاصر بين الحفدة ففي هذه الحالة يجب أن تكون قسمة التركة، بما فيها مقدار الوصية الواجبة عن طريق القضاء، طبقاً لم تنص عليه المادة 181/2 ق.أ ج بقولها : << وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء >>.

وهذا حفاظاً على حقوق الموصى لهم عن طريق التزليل، حتى لا يقعوا ضحية غبن أو غش أو نحوهما، ويشترط كذلك في الموصى له (المنزل)، حتى يرث عن طريق التزليل يجب أن يكون أصله مات وكان مستحقاً للميراث (1). طبقاً لنص المادتين (169،170) ق.أ، بحيث إذا كان الولد موجوداً و محروماً من الميراث، بسبب كونه قاتلاً أو مختافاً مع صاحب التركة في الدين، فلا تجب لفرعه (2) وصية عملاً بمفهوم المخالفة لنص المادة 169 ق.أ.

فإذا لم يكن مورثاً طبقاً لقواعد الميراث، ومنها وجود مانع من موانع الإرث، لم يجب لفرعه وصية، لأنه لو عاش بعد موت الجد أو الجدة لا يحصل له ميراثاً، وبالتالي لا يرث منه فروعه، ومن هذا لا تجب لهم وصية واجبة، ولكن هذا الفرع قد يستحق الميراث إذا كان أهلاً له، ولم يوجد من يحجبه بأن توفرت فيه شروط الميراث..

وعليه أصبح موت الأب والأم شرطاً أساسياً لإستحقاق التزليل لهؤلاء الحفدة، وتفصيل ذلك أنه إذا كان أصل الفرع غير موجود بأن مات في حياة أصله، ولكنه كان ممنوعاً من الميراث لإختلاف الدين مع أصله، فلا يجب التزليل لهؤلاء الحفدة (3) في هذه الصورة . والسبب هو الحكمة التشريعية للتزليل، كما أسلفنا هي التعويض (4) في الغالب، استنتاجاً من نصوص التزليل، وإرادة المشرع في ذلك هو تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث أصلهم الذي كان سيرثه هذا الأخير من جدهم أو جدتهم .

لكن طبقاً لنص 169 ق.أ ج بقولها : << ... وقد مات مورثهم ... >> . فكلمة مورث لا تطلق إلا على الأصل الذي يستحق الميراث لو كان حياً، وهو تكمله المادة 170 أيضاً بقولها : << ... بمقدار حصة أصلهم لو كان حياً ... >> .

فيجمع النصين القانونيين ينتج لنا أنه لا بد للأصل حتى يعتبر وارثاً لو بقي حياً، أن تتوفر فيه كل شروط الميراث على افتراض حياته، حتى تجب الوصية من بعده لأولاده .

وهنا لا يجب التزليل للحفدة ، لأن أصلهم لم يكن مستحقاً للميراث أصلاً حتى ولو بقي حياً . فموت الجد أو الجدة قبل أصلهم لم يفوت عليهم ميراثاً كانوا سيتلقونه عن أصلهم لو بقي حياً، حتى يعوض عنهم بالتزليل، لكن يبقى لهذا الفرع من الحفدة حقه في الميراث ، إذا لم يمنع منه مانع (5)، كما في الحالة الأولى.

(1): الدكتور / مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه و القانون، المرجع السابق ، ص383.

(2): الدكتور/ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا و الأوقاف، المرجع السابق، ص258.

(3): الدكتور بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص 170.

(4): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق، ص178.

(5): الدكتور / مصطفى شلبي، أحكام الوصايا الأوقاف، المرجع السابق، ص240

وهناك حالة أخرى أيضا وهي: بأن مات الولد في حياة أبيه وكان مستحقا للميراث وترك فرعا يخالف أباه وجده في الدين (1)، فهاته الصورة لم ينص عليها المشرع الجزائري من خلال نصوص التنزيل، فلو عملنا يظهر النصوص لقلنا إنها واجبة لهم، لأن تلك النصوص لم تقيد نوع الحفدة ممن يجب لهم التنزيل، بكونهم متحدين في الدين مع الجد أو الجدة أو غير ذلك، ولو رجعنا لأحكام الوصية العادية لوجدناها تقر ذلك، وهذا بنص المادة 200 بقولها: << تصح الوصية مع إختلاف مع الدين >>.

ويؤكد ذلك أيضا السند التشريعي للتنزيل بإعتباره من باب الوصايا، ويبرر ذلك أيضا ما ذهب الإمام ابن حزم بقوله: (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر...) (2).

وهو ما ذهب إليه جميع من قالوا بالوصية الواجبة في أصل تشريعها، لكن في حقيقة الأمر أن المشرع أراد غير ذلك، ويظهر ذلك من خلال حكمة تشريع التنزيل، وهو تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث كان يصل إليهم بالتلقي عن أصلهم لو لم يمت قبل صاحب التركة، فالباعث على التشريع هو التعويض.

ويظهر ذلك جليا من خلال تفحصنا لنصوص التنزيل انطلاقا من المادة 169 وما بعدها، ونفس الإستنتاج السابق في الصورة الأولى يطبق على هاته الحالة، بإعتبار أنه لو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة، ثم مات بعد إرثه، فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه، وحينئذ ينتفي الباعث على التشريع (3)، لأنه لم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالتنزيل (4)، ومن هنا نستنتج بأن تغيير الحكمة من التشريع تستلزم حتما تغيير الحكم معا.

لكن الأمر يختلف في حالة إذا لو أوصى صاحب التركة لحفدته أثناء حياته بتزويلهم منزلة أصلهم في التركة، فهذا يطبق التنزيل في الشريعة الإسلامية ويعتبر من باب الوصايا (5) العادية، وينفذ عند التراحم مع الوصايا الإختيارية دون أن يأخذ الطابع القانوني للتنزيل الوارد في قانون الأسرة بإعتباره وصية واجبة.

ويستخلص مما سبق ذكره أن التنزيل في هاته الحالة أخذ حكم الميراث من حيث موانع الإرث، حسب ما هو وارد في القواعد العامة لأحكام للشريعة الإسلامية في هذا المجال، وطبقا لما ورد في قانون الأسرة، في الأحكام العامة للميراث في الكتاب الثالث، حيث نصت المادة 135 منه بقولها: << يمنع من الميراث كل الأشخاص الآتية أوصافهم :

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

(1): الدكتور/ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.105.

(2): العلامة الفقيه / ابن حزم، المرجع السابق، ص 314.

(3): الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، المرجع السابق ص.384.

(4): الدكتور/ محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص.109.

(5): الامة الشيخ / محمد الصانق الشطي، المرجع السابق ص.148.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3- العالم بالقتل أو تدبيره ، إذا لم يخبر السلطات المعنية << .

وتنص المادة 138 على أنه : << يمنع من الميراث اللعان والردة >> .

وتنص المادة 128 على أنه : << يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث >> .

وعلى هذا وعملا بالمادة 128 يمكن قياس أحكام التنزيل على الميراث بالقول أنه : يشترط لاستحقاق التنزيل لهؤلاء الحفدة، أن لا يكون لأصلهم (الأب والأم) مانعا من أحد موانع الإرث(1) المذكورة أعلاه، كما يشترط فيهم ذلك أيضا .

وعلى هذا فلو قتل أحد الحفدة الجد أو الجدة عمدا عدوانا في هاته الصورة لا يستحق التنزيل، عملا بالقواعد العامة في الميراث، حتى لو كان ذلك بالتسبب، كأن يكون شاهد زور أدى إلى تنفيذ حكم الإعدام في حقه(2)، فيعتبر قاتلا عمدا له وقاتل الشخص لا يرثه (3).

ونحن عندما نستدل بهاته الأحكام إنما هو في حقيقة الأمر قياسا على الأحكام المشتركة بين الميراث والوصية، والتي لم ينص عليها قانون الأسرة صراحة في مواد التنزيل، بل تركها للقواعد العامة طبقا للمادة 222 منه، والتي تنص على أنه : << كل ما لم يرد في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية >> .

وبالتالي نلجأ الى تطبيق القواعد العامة للميراث على بعض أحكام التنزيل، مع الأخذ أيضا من أحكام الوصية العادية في المسائل المتشابهة، والتي لا تتناقض مع مقاصد التنزيل، بإعتبار ان التنزيل (الوصية الواجبة)، هو مولود جديد نصف أحكامه من الميراث والنصف الاخر من الوصية العادية .

وإضافة الي ما سبق ذكره هناك من الباحثين (4) في هذا المجال، من يري بأن الاستعانة بأحكام الميراث لتطبيقها على مسائل التنزيل لا يحقق أهداف ومقاصد تشريعه، وذلك لعدة اعتبارات منها:

_ إن التنزيل أو الوصية الواجبة، تعالج وضع القريب الذي لا يرث لأي سبب كان، سواء أحجب بغيره أو لم يكن أصلا من الورثة، بحيث لا يجوز من ناحية التأصيل الشرعي للتنزيل بإعتباره وصية واجبة أن نطبق قواعد الميراث بشأنه.

لأن ذلك فيه تعطيل للعمل بأية الوصية، ونفقدنا بذلك من المقصد الشرعي لها.

- (1): الدكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ص187.
- (2): وهو الحكم نفسه وارد في قانون الوصية المصري رقم 71 ، الصادر في: سنة 1946 طبقا لنص المادة 17 منه بقولها: << يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة، قتل الموصي أو المورث عمدا، وسواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا، أو كان شاهد زور أنت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه... >> .
- (3): الإمام / محمد بن حارث الخشني، أصول الفتية في الفقه على مذهب الإمام مالك ، الدار العربية للكتاب ، تونس، 1985.
- (4): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 58.

قلو فرضنا أن الإبن قتل أباه عمدا فإنه يحرم من الميراث، ويعاقب جزائيا على فعله، فكيف نحرم أولاده الصغار من الوصية الواجبة ، دون أن يكون لهم علاقة في الجريمة.

ولانه إذا كانت الغاية من حرمان القاتل من الميراث هو معاقبته بنقيض مقصوده والحيولة بينه وبين الجريمة ، فان هذا الفعل لا يتصور حصوله في التنزيل، اذ لا يعقل ان يقدم وارث علي قتل مورثه كي يستفيد فروعه من التنزيل، بعد ان يحرم هو من الميراث، وعليه فما دام اختلاف الدين لا يمنع من الوصية الاختيارية فكان من الأولي ان يكون كذلك في التنزيل.

وكما يجب التنزيل ايضا لأولاد من مات قصاصا أو للحكم عليه بالاعدام، وكذلك من مات انتحارا باعتبار ان التنزيل أو الوصية الواجبة تقرر لصالح الفرع ، فلا ينتفى بجريمة الأصل(1).

كما يجب التنزيل أيضا لفرع الولد الذي مات مع والديه في حادث سيارة مثلا، او تحطم طائرة او غارة حربية او حريق أو تهدم بناية ، أو كان ذلك غرقا وغيرها من الحوادث الطبيعية والتي لا يعلم السابق من اللاحق منها الي الموت ، فلا يتوارثان هنا للشك في السابق كما أشرنا الي هذا سابقا.

وهناك عدة حالات اخري لم ينص عليها قانون الاسرة في نصوص التنزيل خلافا للتشريعات العربية الاخرى، والتي فصلت في ذلك منها أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره عند تقسيم مقدار التنزيل بين الحفدة قسمة ميراث، فيكون نصيب المتوفى في اي طبقة يأخذه أولاده في طبقته، فتوزع علي فروعهم وان نزلوا كما لو كان اصولهم الذين يدلون بهم الي الميت ماتوا بعده ، وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات(2).

واضافة الي ذلك فإن المشرع الجزائري قد حذى حذو تلك التشريعات العربية من حيث وجوب التنزيل للحفدة دون غيرهم من باقي الاقربين غير الوارثين. ومن هنا نجد بعض فقهاء القانون(3) من يذهب الي أن قصر مقدار الوصية الواجبة علي الحفدة دون باقي الأقربين غير الوارثين ، وتحديد المقدار الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم او أمهم في حدود الثلث، مع تقسيمه بينهم قسمة ميراث مبني علي مذهب الإمام ابن حزم الظاهري .

لكننا بالرجوع إلى مذهب ابن حزم الظاهري ، لا نجده يرى كذلك ، لأن ابن حزم كما أسلفنا يرى بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، دون تحديد لواحد منهم بل اكتفى بذلك بجواز أن يحدد ثلاثة من الأقربين من طرف الوصي أو الورثة بقوله:(فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاءه)(4). ويقول كذلك:(ومن أوصى لثلاثة من الأقربين فقد أوصى للأقربين ، وهذا قول طائفة من السلف)(5).

(1):الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق، ص 103.

(2): الدكتور/ سعيد عبد السلام ، المرجع السابق، ص 182-183.

(3): الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 218.

(4)،(5): العلامة الفقيه/ابن حزم الأنلسي ، المرجع السابق ، ص 314-315.

إلا أنه ما يفهم من كلام ابن حزم في حالة إذا لم يلتزم الورثة أو الموصي بتزويل هؤلاء الأقارب فهنا يتدخل القضاء في ذلك .

وعليه فالأمر هنا متروك للمشرع في أن يحدد من يجب لهم التزويل من غيرهم ، وكما أن ابن حزم لم يحدد مقدار التزويل بالوصية الواجبة ، بل وكل -بتشديد الكاف- ذلك للموصي إذا أنشأها أو الوصي ولم يتعرض ابن حزم بتاتا لكيفية توزيع مقدار الوصية الواجبة للموصي لهم ، بل ذلك ناتج من اجتهادات التشريع في ذلك، بقياسها على التزويل الوارد في الشريعة الإسلامية .

وإضافة إلى ما سبق ذكره بشأن الموصي له ، هناك أيضا مسألة رئيسية كانت محل نقاش وجدل كبيرين وبخاصة لدى بعض الباحثين الجزائريين .

ومنها ما تعلق بتفسير المادة 169 ق.أ. ج ، والتي أوجبت التزويل للحفداء مطلقا ، من جهة الذكور أو الإناث على السواء.

إلا أن أولئك الباحثين الجزائريين ، وأخص بالذكر بعض الأساتذة الموقنين ممن ذهبوا إلى أن لفظ الحفيد يشمل أولاد الإبن دون أولاد البنت.

ويرون على أنهم من ذوي الأرحام، وهم غير وارثين أصلا فلا يجب لهم التزويل ، ويستشهد (1) أحدهم ببيت شعري لا مجال للإستشهاد به هنا . وهو قول الشاعر :

أبناؤنا وأبناء أبناؤنا أبناؤنا *** وبناتنا أبناؤهن الرجال الأبعد.

ويذهب كذلك أحدهم قائلا:

(فهؤلاء الأحفاد يستحقون تزويلا في تركة جدهم أو جدتهم <أب الأب ، أو أم الأب > .

أما بالنسبة لتركة جدهم أو جدتهم <أب الأم ، أو أم الأم > فإنهم لا ينزلون في تركتها باعتبارهم أولاد بنت ، إذا توفيت والدتهم قبل والدها أو والدتها ...) (2).

ويضيف قائلا: (لأن المشرع الجزائري قصر التزويل على أولاد الإبن دون أولاد البنت وذلك بنص المادة 169، حيث نصت على عبارة < وقد مات مورثهم > ولم يقل النص: مورثهم أو مورثتهم...) (3) وعلى ذلك حسب رأيه اقتصر التزويل على أولاد الذكور دون أولاد الإناث ، ونفس الإتجاه سار عليه الدكتور: العربي بلحاج (4) ، حيث ذهب إلى أن تفسير المادة 169 ق.أ هو قصرها على أولاد الإبن دون أولاد البنت.

وأما ما يمكننا قوله بالنسبة لهاته المسألة وبعد تفحصنا لنصوص التزويل، وبخاصة المادة 169 ق.أ والتي تنص على مايلي : << من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تزويلهم منزلة أصلهم في التركة >> .

(1): الأستاذ الموثق /صالح جيجيك ، المرجع السابق ، العدد 01 ، ج 01 ، ص24.

(2): (3): الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، المرجع السابق ، ص 42.

(4): الدكتور / العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ص220.

ومن خلال هذا النص يتضح جليا بأن اولاد البنات يدخلون ضمن مصطلح الحفدة ، والنص يشير بمنطوقه إلى منحهم حقهم في التزويل كغيرهم من اولاد الذكور للأسباب الآتية :

أ- إن لفظ: << الأحفاد >> في النص القانوني يشمل اولاد الإبن وأولاد البنت ، وهذا باتفاق أهل اللغة وفقهاء الأصول ، ولا يوجد في علم الفرائض من يقول بأن الحفدة هم اولاد الإبن فقط دون اولاد البنت . ولأن الحفيد في اللغة العربية يطلق على (ولد الولد) (1) مطلقا، والولد يشمل الذكر والأنثى (2).
ب- إن لفظ : << الأحفاد >> في النص القانوني جاء عاما، يشمل كل ما ينطوي تحته من دلالات ، والعام عند علماء الأصول يحمل على عمومته حتى يريد ما يخصصه، ولا بد للتخصيص من دليل وهؤلاء الموثقين وغيرهم ليس لهم أي دليل ، لا في اللغة ولا في علم الفرائض كما زعموا.
ج- أجمع الصحابة وأهل اللغة على إجراء ألفاظ القرآن والسنة على عمومها ، حتى يقوم دليل على التخصيص .

والعام في اللغة : هو شمول أمر لمتعدد سواء كان الأمر لفظا أم غيره .

وفي الإصطلاح : هو اللفظ الذي يستغرق جميع ما يصلح له من الأفراد.

وعرفه الإمام الرازي في المحصول : هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع

واحد (3).

د- جاء لفظ القرآن دالا في أكثر من آية على دلالة الحفيد لولد الولد مطلقا ، كما دل على أن الولد يشمل الذكور والأنثى كما وضع في اللغة.

لاعتبار أن الأصل في الألفاظ هي الإستتاق اللغوي، وأما الإصطلاح فيأتي استثناءا، وعلى خلاف الأصل ، وعليه لا بد للاستثناء من دليل.

ويدل ذلك قوله تعالى : << يوصيكم الله بأولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين >> (4) ، وهو دليل

قاطع وجازم وصريح على أن الولد يطلق على الذكر والأنثى في علم الفرائض .

هـ- جاء في المادتين (169 ، 170) كلمة << أصلهم >> . أي أصل الحفدة ، والأصل في علم

الفرائض يطلق على الأصل الذكر وهو: الأب والجد لأب - الجد الصحيح - كما يطلق أيضا على الأصل الأنثى وهو: الأم والجدة لأب (5).

(1): الإمام / ابن منظور ، المرجع السابق ، ج 03، ص 235.

-الأستاذ / فؤاد إفرام البستاني ، المرجع السابق ، ص 129.

(2): الإمام / ابن منظور ، المرجع السابق ، ج 15 ، ص 393.

-الأستاذ / فؤاد إفرام البستاني ، نفس المرجع ، ص 939.

(3): نقله الدكتور/ وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 244.

(4): سورة النساء ، الآية 11.

(5): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 248.

و- جاء في المادة 171 ق. أ قولها : << لا يستحق هؤلاء الأحفاد التزويل، إن كانوا وارثين للأصل
جدا كان أو جدة... >> .

والمشرع في هذا النص أطلق صراحة لفظ الأصل على الجد والجدة معا ، وما دام أن الأصل
يصدق على الجد والجدة ، وهم أصول غير مباشرين ، فمن باب أولى أن يصدق لفظ الأصل على الأم وهي
أصل مباشر. فيقال أصل الرجل: هو أبوه وأمه وهذا باتفاق أهل اللغة والشريعة .

ز- وأما قولهم أن لفظ : << مورث >> يشمل الذكر دون الأنثى ، في علم الفرائض فهذا غير
صحيح ، باعتبار أن الفرضيين من فقهاءنا المتأخرين يذهبون إلى أن أركان الميراث هي ثلاثة: وارث
ومورث (1) والمال الموروث ، ولا يقولون: و مورثته ، وبحيث يطلقون لفظ الهالك على الذكر والأنثى
باعتبار أن المورث يشمل الذكر والأنثى أيضا ، وهذا شائع في العمل به .

وهذه كلها تسمى في علم أصول الفقه بالألفاظ العموم ، فتحملها على عمومها ، حتى يرد دليل من
المشرع بتخصيصها أو بتفسيرها على غير ما وضع اللفظ له.

وهو ما قرره جمهور الأصوليين ، على أن العام الباقي على عمومته يدل على جميع أفرادها، وحكمه
يثبت لجميع ما يتأوله من الأفراد ، ما لم يدل دليل على تخصيصه (2).

ومعنى ذلك أن صيغة العام موضوعة للإستغراق، وهو لفظ مقترن بأل التعريف، ويشمل أكثر من
فرد <<الأحفاد >> . وبالتالي فهو يستغرق كل ما يشمله من معاني لا اعتبره من أسماء الأجناس الدالة على
ألفاظ العموم ، وهو ما لا واحد من لفظه ، كالناس والحيوان ، والماء وغيرها (3).

و ما يقوي رأينا السابق وطريقة الإستدلال التي انتهجناها في ذلك ، ما أقره كثير من فقهاءنا
وبخاصة المتأخرين منهم، على أن يتبع في تفسير النصوص القانونية في التشريعات الوضعية عموما
وبخاصة ما تعلق منها بمسائل الفقه الإسلامي، بما يسمى بقواعد الدلالات اللغوية ، التي بينها اللغويون
ونظمها الأصوليون تحت باب دلالات الألفاظ في علم الأصول ، وذلك لا يمنعنا أيضا على وجه
الإستئناس الإستعانة بأصول التفسير في القانون ، حتى نتعرف بواسطتها على مقصود الشرع من سنه
لتلك النصوص القانونية.

ويرى هؤلاء الفقهاء أنه يجب أن يتقيد المجتهد في تفسير النصوص القانونية بالأمرين الآتيين (4):
أولهما : ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات الألفاظ ، ونستعين بما نظمته
الأصوليون من قواعد للدلالات.

ثانيهما : الإستعانة بمقصد المشرع إن تبينت أماراته وقامت شواهدة ، على أن لا تحمل -بتشديد
الميم - الألفاظ أكثر ما لا تحتمل ، بل يرجع المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ
محكما فيه .

(1)،(2): الدكتور/ وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 249.

(3): الإمام الفقيه / ابن قدامي المقسبي ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ط01، اصدار السلفية الجزائر 1991 ، ص 221.

(4): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 189.

وعندما نتقيد بهذه القواعد في تفسير النصوص ، نجد الطريق معبدا للوصول إلى الهدف المنشود أو الغرض المقصود ، وعلى الرغم من أن النص الذي بين أيدينا لا يحتاج فيه إلى إعمال النظر وبخاصة ما أورده المادة 172 ق.أ والتي فسرت تلك الألفاظ العامة الواردة في المادتين (169 ، 170) حيث تنص على ما يلي: >> أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه << .

فقد اشترطت لوجوب التنزيل ، عدم إرث الحفدة من أبيهم و /أو أمهم ، بمقدار ذلك النصيب الذي فاتهم من ميراث جدهم أو جدتهم أو أكثر منه .

وبناء عليه يمكن القول بأنه لما كانت الحكمة من تشريع التنزيل في الغالب ، هو تعويض الحفدة عما فاتهم من إرث جدهم أو جدتهم ، كان سيصلهم بالتلقي عن أبيهم أو أمهم لو بقيا على قيد الحياة ، أثناء موت مورثهم ، فلماذا اشترط المشرع لوجوب التنزيل عدم إرثهم من أمهم ، ذلك النصيب المقدر للحفدة وصية واجبة ؟

فإنه ليدل دلالة قاطعة على أن هناك علاقة ميراث بين الأم والجد و/أو الجدة ، وهذا يستلزم أنه حتى ترث الأم ذلك الجد و/أو الجدة بنصيب الحفدة يجب أن تكون من أحد أولاده الصليبين .

وبناء على ذلك نقول بأن الجد أو الجدة هنا ، قد يكونان لأب أو لأم ، وذلك لعموم اللفظ الدال على ذلك ، وإلا كيف نفسر اشتراط النص عدم تعويض الحفدة مما فاتهم من نصيب جدهم أو جدتهم ، بأخذ ذلك النصيب من أمهم إرثا ، هاته الأخيرة التي ماتت أثناء حياة جدهم أو جدتهم ، فلزم أن يعوض عما كانت سترته من تركة أصلها لو بقيت على قيد الحياة أثناء موته تنزيلا لأولادها من تركته .

وعلى فرض أنه لو ورثت الأم ذلك النصيب المقدر لها ميراثا من تركة أصلها ، ثم توفيت بعده لتلقي أولادها من بعدها ذلك النصيب ميراثا ، فحرامتها من ذلك النصيب يستلزم حتما حرمانهم منه أيضا . والتنزيل جاء لمعالجة مشكلة حرمان الفرع من ميراث الأصل ، ليعوضهم عما فاتهم في حدود ثلث التركة .

ع- هذا وقد ثبت أيضا أن أصحاب علم الفرائض أنفسهم نزلوا أولاد البنات منزلة أمهاتهم ، وعلى هذا قضى صاحب كتاب لباب الفرائض فتجده يقول : (ما ذكرته في بيان العمل في مسألة التنزيل كاف ولما لها من الأهمية وكثرة الغلط من بعض الموتقين ، نقلت ما كتبه فيها العلامة النحرير شيخنا سيدي محمد رضوان المفتي الحنفي ...) .

ثم يضيف قائلا : (وكثيرا ما يقع السؤال في بلادنا عن كيفية العمل في مسألة التنزيل ، وهي التي ينزل فيها الهالك غير الوارث منزلة وارث معين ، كان ينزل ابن ابن غير وارث منزلة ابن ، أو ينزل ابن بنت منزلة بنت ...) . وأعطى عدة أمثلة لذلك نذكر نذكر منها قوله : (إذا هلك هالك وترك بنتين وعاصبا ، وانزل ابن بنت ماتت في حياته منزلة أمه ...) (1) .

(1): العلامة الإمام/ محمد الصادق الشطي ، المرجع السابق ، ص 154 .

وهو ما ذهب إليه كذلك العلامة الشيخ اسماعيل التميمي رحمه الله (1).

وفي نفس السياق نجد كذلك أستاذنا محمد محدة ، يذهب إلى القول بتنزيل أولاد البنات منزلة أمهاتهم قائلًا : (أما لو توفي شخص وترك بنتا وابن بنت، وزوجة فهنا يكون التنزيل لإبن البنت منزلة البنت الصلبية المباشرة) (2).

و من هنا نقول: بأنه لعل هذا الحرمان الذي يتعرض له البعض من الفئات في مجتمعنا وبأدلة وحجج واهية، بل إن استنتاجاتهم وأدلتهم لهي أوهن من بيت العنكبوت ، ومن ذلك قولهم وقول غيرهم أن أولاد البنات هم من ذوي الأرحام، وبالتالي يرثون في مرتبة متأخرة عند عدم وجود الفروض والعصبية وهم لم يكونوا وارثين أصلا وبالتالي لم يفهم شيء من الميراث حتى يعوض لهم عن طريق التنزيل .
وإن هذا الموقف ليتنافى فعلا مع ظاهر النص القانوني والأغراض السامية التي شرع من أجلها.
وما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأسرة آنذاك، يتنافى مع ما ذهب إليه أولئك الموثقون .

وعلى هذا سوف من نورد من المشروع ما تعلق بالتنزيل، لنعرف غرض المشرع من تشريعه لنظام التنزيل، وهذا تبعا للقيود الثاني الذي أوردناه سابقا، فيما يتعلق بتفسير النصوص القانونية، فجاء في المشروع ما يلي : >> إن نظام التنزيل الذي وقع الإتفاق عليه، يسمح للأولاد ذكورا وإناثا الذين توفي والدهم أو والدتهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم ، وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم ، من أصلهم الهالك باعتبار موته إثر وفاة أصلهم المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة ... << (3).

ومع كل هذا فإن هذا الموثق يتنافى كذلك مع الغاية والهدف من التنزيل في حد ذاته، فهو أساسا شرع لمعالجة حالة من لا يرث من الأقربين ، والمشرع قصره على الحفداء دون غيرهم، فضيق من نطاقه مقارنة مع سنده التشريعي.

فكيف يضيفونه هم أيضا باجتهاداتهم الخاصة إلى هذا الحد ، وكيف يسوغ لنا أيضا العودة إلى تطبيق أحكام الميراث كلية على الحفدة والإستئناس بها في هاته الحالة، والمشرع جاء بنظام التنزيل للخروج على تلك القواعد ، وإلا لأصبح من المستحيل التنزيل في الواقع العملي .
ولعل الشيء الوحيد الذي يبرر ما ذهب إليه الأساتذة الموثقون، من حرمان هاته الفئة الكبيرة في المجتمع من حقوقهم المشروعة، إنما هو نتيجة تأثرهم ببعض التقاليد الموروثة عن الإستعمار، وبخاصة ما فيها أثر من الجاهلية بتفضيل الذكور على الإناث بتوريث الذكر وحرمان الأنثى من ذلك .

(1): نقله العلامة الإمام / محمد الصادق الشطي ، المرجع السابق ، ص155.

(2): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص (301،308).

(3): الدكتور / بوعلام بن حمودة ، محاضرة بعنوان : المشروع الجزائري لقانون الأسرة ، منشورة بمجلة الملتقى الخامس للتعرف على الفكر الإسلامي المورخة في : 1971/07/20 ، ص 206.

ومن هاته الأفكار الغربية عن ديننا أنهم يقيسون ذلك على أن أولاد الذكور وإن نزلوا هم الأثر الباقي في العائلة يحملون اسم وينتسبون إليها بخلاف أولاد البنات ينتسبون إلى عائلة أبيهم ، ويحملون اسمها، ومتى خرجت البنات من بيت أبيها إلى زوجها أصبحت وكأنها غريبة عن أصلها، ولهذا يعطى للذكر وتحرم الأنثى.

وإن هذا فهو مخالف فعلا لمقتضى روح القانون القائم على العدل والإنصاف ، والحكمة من تشريع نظام التنزيل في حد ذاته.

وعلى الرغم أيضا من أن الإسلام بريء من هذا ، وقانون الأسرة كذلك ، بل على العكس من ذلك فالإسلام نهى عن هذه التقاليد وأبغضها ، بأن أعطى للمرأة حقوقها كاملة غير منقوصة ، كما فعل ذلك مع الرجل فشرع لكل منهما حقوقا مقدرة في كتاب الله وسنة رسوله.

ولهذا أمكننا القول بأنه قد أصبح من اللازم على هؤلاء الموثقين وغيرهم ممن حرموا أولاد البنات من نصيب أمهم المشروع قانونا أن يعودوا إلى جادة الصواب، بأن يمنحوا الحفدة من أولاد البنات حقوقهم التي قررها لهم المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، والزم القضاة على تطبيقها .

بل أكثر من هذا يذهب جل الفقهاء والباحثين المعاصرين (1) إلى ضرورة توسيع نظام التنزيل أو الوصية الواجبة ليشمل كل الأقربين غير الوارثين ، طبقا لمقتضى نص آية الوصية (2) الوارد سابقا ومنهم على وجه الخصوص الوالدين المختلفين في الدين مع أصلهما ، لأنهما قد يكونان في عجز تام وليس لهما مورد رزق آخر غير ولدهما صاحب التركة المتوفي، فمن الرحمة بهما أن نجعل لهما نصيبا من التنزيل أو الوصية الواجبة ، وهما في حالة عوز وحاجة لذلك المال ليكون بر ولدهما لهما موصولا، وهم الذين أمرنا الشارع الحكيم بطاعتها والإحسان إليهما ومصاحبتها في الدنيا بالمعروف.

فلماذا نقتصر بتطبيق آية الوصية وهي محكمة على أقرباء دون آخرين رغم أنهم أيضا غير وارثين ، بل قد يكون هؤلاء في أمس الحاجة للمال أكثر من الحفداء . وإنها لأسمى معاني الاخلاق ، في رد الجميل والود لمن ولده ورباه ، فإن كان الإنسان جودا بحق والديه، فلن يكون بارا بأحد (3).

وهذا يتفق أيضا مع أقوال ابن حزم الظاهري بقوله : (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقربائه الذين لا يرثون ، إما لرق ، وإما لكفر ، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث ...فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر، أو مملوكا ففرض عليه أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك، فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا بد، ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك ...) (4).

ومن هنا يتضح جليا بأن نطاق التنزيل (الوصية الواجبة)، من خلال سنده التشريعي يعتبر أوسع بكثير مما هو مقرر في قانون الأسرة عندنا.

(1): الدكتور/ مصطفى شليبي ، أحكام الوصايا والوقف ، المرجع السابق ، ص 233.

(2): (3)، الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 57 ، 61، 75.

(4): العلامة الفقيه/ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.

المطلب الثالث

محل التنزيل (الموصى به).

إن محل التنزيل يطلق على كل الأشياء الموصى بها من الأموال والحقوق التابعة لها، والمقدرة بنصيب أصل الحفدة كما لو كان حيا أثناء موت مورثه، وفي حدود ثلث التركة، ما عدا الحقوق الشخصية والتي يرى جمهور الفقهاء أنها لا تدخل في عناصر التركة.

وعليه فالموصى به في هذه الحالة يشمل كل ما يصح تملكه من الأموال المباحة، والمشروعة قانونا وما يلحق بها من الحقوق المالية، وكما أن محل التنزيل في هاته الحالة سببه خلافة جبرية ولكن بنص القانون، بخلاف محل الميراث الذي هو خلافة جبرية بنص الشارع، وخلافا كذلك لمحل الوصية العادية الذي هو خلافة إختيارية في حدود القانون (1).

وما يمكن قوله أيضا بشأن محل التنزيل، أنه كسابقه يأخذ حكم الميراث من حيث المكونات الشرعية للتركة، لأن محل التنزيل استنادا للطبيعة القانونية يصبح وكأنه تركة من مورث، وكان أصلهم قد مات بعد جدهم أو جدتهم، والسبب هو أن هذا المحل يقسم بعد ذلك بين الحفدة قسمة ميراث، للذكر مثل حظ الأنثيين (2)، وحسب ما تنص عليه المادة 2/72 ق.أ بقولها: >> ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين<<. وهذا إذا كانوا خليطا من الذكور والإناث، وأما إن كانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط، فتقسم بينهم بالتساوي (3). وطريقة القسمة في هاته الحالة هي أن يقسم نصيب كل أصل من الحفدة على فرعه إن كلن هناك فروع لهم قسمة ميراث، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مترتبا كترتيب الطبقات (4). هذا إن كانوا كلهم من أصل واحد كأولاد إبن واحد مثلا، فإن تعددت أصولهم بأن كانوا أولاد إبنين، أو أولاد إبن وبنت، قسم أو لا قسمة الميراث بين تلك الأصول، ثم بعدها يعطى لكل فرع ما كان يستحقه أصله إن كان واحدا، وإلا قسم بينهم أيضا قسمة الميراث (5).

ومثاله كأن يترك الجد أو الجدة إبنان وبنت، ماتت البنت وأحد أخويها في حياة أبيها، وترك كل منهما أولادا، فإن محل التنزيل يكون لأولادهما يقسم أو لا أثلاثا بحسب الأصل، فيكون للبنت ثلثها ولإبن ما تبقى من ذلك، فما كان من نصيب البنت يقسم بين أولادها قسمة ميراث، وما كان من نصيب الإبن قسم بين أولاده بنفس الطريقة.

وهناك حالة أخرى لم ينص عليها المشرع الجزائري في نصوص التنزيل، بل ترك ذلك مبهما دون توضيح منه، وهي الحالة التي يتعدد فيها الفروع بتعدد الأصول، واختلقت بذلك قريبا وبعدا من

(1): الدكتور/ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق، ص 187.

(3): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 160.

(4): الدكتور/ محمد زهور، المرجع السابق، ص 46.

- الدكتور / بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 170.

(5): الأستاذ المحامي / هشام قیلان، المرجع السابق، ص 57.

صاحب التركة . فهل تطبق هنا قواعد الميراث مطلقا في قسمة محل التنزيل بين تلك الفروع، ومنها قواعد الحجب؟ أم نطبقها بتحفظ ، بحيث نخصها بجزء من تلك القواعد فقط ؟

وربما اعتقد أن أحسن جواب لذلك هو ما قضت به التشريعات العربية ، التي أخذت بمبدأ الوصية الواجب ومنها التشريع المصري (1)، بحيث تجعل الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعا له ولا يحجب فرع غيره ، لأن الوصية الواجبة تجب لمستحقيها في الطبقة الأولى ثم تنتقل بعدها إلى أولاده، ما داموا أهلا لها(2).

مثاله: لو ترك المتوفي من فروعِهِ ابن ابن، و بنت ابن ابن آخر، وكان لابن الإبن بنت، فإنه يحجب بينه فقط ، لأنها لا تستحق التنزيل مع وجوده، فهو أقوى منها درجة، ولا يحجب بنت ابن عمه لأنها من فرع آخر، بل تأخذ نصيبا مساويا له، لأن محل التنزيل يقسم أولا على ابن صاحب التركة (الجد أو الجدة) ثم يعطي ما يخص كل منهما حسب الميراث لأولاده المستحقين للتنزيل، كما لو كانوا أصولهم الذين ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين(3)، وكما لا يدخل في قسمة محل التنزيل باعتباره تركة قانونية، أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ، ولم يخلفوا من بعدهم ، أو خلفوا من لا يستحق التنزيل (الوصية الواجبة) (4).

ومثاله : فلو خلف الميت ابنا و بنتا، و بنتي بنت ماتت في حياته، و ابن ابن مات أبوه و جده في حياته أيضا، غير مرتين ، وكان له ابن مات في حياته ولم يخلف أولادا، قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والاموات الذين لهم من يستحق التنزيل (5)، وهنا نصيب الإبن و البنت الميتين أكثر من الثلث فيرجع إلى الثلث، فيقسم بينهما قسمة ميراث، بحيث يكون للبنت ثلثه (3/1) يعطي لبنتها مناصفة، و ثلثاه (3/2) يعطي الإبن المفترض حياته ليأخذه فرعه ، وحتى ولو أباه مات قبل جده (6) .

ويعاب على المشرع الجزائري أيضا، من أنه لم ينص على مثل هاته التفاصيل والتي تناولها الفقه المعاصر بشأن مسائل الوصية الواجبة .

ولهذا السبب جعل تطبيق أحكام التنزيل عندنا في الواقع العملي أمرا عسيرا ، وتثار في ذلك عدة إشكالات في حل مسائل الميراث التي بها وصية واجبة ، كما سنبينه في الفصل الرابع . وما يمكن أن نستخلصه مما سبق ذكره أن محل التنزيل يتحول بعد ذلك إلى تركة حسب المفهوم الشرعي لها، لتقسم بين فروع تلك الأصول على المعيار الذي سبق بيانه .

(1): الدكتور/ سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 182، 183.

(2): الشيخ/ محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص 245.

-الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 251.

(3): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 378.

(4): الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 217.

(5): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، نفس المرجع ، ص 261، 262.

(6): الأستاذ المحامي/ هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 265.

والتركة لم يعرفها -بتشديد الراء- قانون الأسرة من خلال مواد الميراث، وبالتالي نلجأ إلى تعريفها شرعا :

وهي كل ما يخلفه الميت من أموال وحقوق تعلقت بذمته أثناء حياته، ومن هنا فإن التركات تشتمل على جميع ما كان للميت من أموال وحقوق ، ماعدا تلك الحقوق المتعلقة بشخصه (1) ، لتقسم بذلك قسمة ميراث.

والميراث هو اسم لما يستحقه الوارث من مورث، بسبب من أسباب الإرث، سواءا كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية (2) .

كما لم يعرف المشرع الجزائري أيضا في قانون الأسرة كل من الميراث، ومحل التنزيل، إلا أنه اكتفى بتحديد مقدار هذا الأخير وهو يمثل نصيب الأصل على افتراض حياته أثناء موت مورثه، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة ، وهذا طبقا للمادة 170 منه.

وعلى هذا يجب التعامل مع محل التنزيل كما لو كان تركة شرعية، قياسا على القواعد العامة للميراث ، مع بعض خصوصيات التنزيل كما أشرنا سالفًا.

وإضافة إلى ذلك فقد عرفت المحكمة العليا الميراث بأنه : >> ما يخلفه المورث من أموال جمعها أثناء حياته ، ومن ثم فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة، لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر << (3). وهو ما قضت به في أكثر من قرار لها .

ومن هنا نجد بأنه قد يحتوي أيضا محل التنزيل (الوصية الواجبة) ، على حق من حقوق الارتفاق باعتبار أنها من الحقوق التي تورث شرعا وقانونا ، لأنها تدخل ضمن عناصر التركة ومكوناتها باعتبار أنه يمكن تقويمها بالمال (4).

وطبقا كذلك لنص المادة 868 ق.م.ج والتي تجعل الميراث أحد الطرق المكسبة لحق الارتفاق ما عدا الارتفاق الظاهر كحق المرور ، ويكون ذلك في حالة ما إذا كانت سهام الحفدة، تحتوي على عقار مقرر لصالحه حق ارتفاق على عقار مملوك لشخص آخر، وبالتالي يجوز لهؤلاء الحفدة أن يستخدموا هذا الحق ، وكأنهم ورثة حقيقيين لذلك العقار ، ليأخذ التنزيل في هاته الحالة حكم الميراث .

وكما أنه لا يدخل ضمن عناصر محل التنزيل ، الحقوق الشخصية والتي هي راجعة لصفة المورث (5)، وهو ما ذهب إليه فقيه المالكية الإمام القرافي رحمه الله ، إلى أن الضابط لما ينتقل إلى

(1): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 15.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري المرجع السابق ، ص 12.

(3): قرار المحكمة العليا المؤرخ في : 14/04/1982 ، المجلة القضائية ، العدد 04 سنة 1989 ، ص 55.

(4): الدكتور/ محمد محدة ، نفس المرجع ، ص 18

(5): الدكتور /وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 270.

الورثة من عدمه هو ما كان متعلقا بالمال أو يدفع ضرر عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه انتقل إلى الوارث ، وما كان متعلقا بنفس المورث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث، وبالتالي لا يمكنه أن ينتقل إلى محل التنزيل . والسر في ذلك أن الورثة يرثون المال فيرثون ما تعلق بذلك، وما لا يورث لا يرثون ما تعلق به (1).

ولهذا السبب نجد أن هناك اختلافا كبيرا بين الفقهاء في معنى المال الذي يكون من عناصر تركة المتوفي ، وبالتالي يكون جزءا منه محلا للتنزيل ، حيث لا يدخل ضمنه إلا ما كان محرزا ذاتيا وماديا وقال بهذا الحنفية ، وأما جمهور الفقهاء فاكتفوا بحيازة المصدر ، وعلى هذا الأساس يرون بانتقال المنافع لاعتبارها كذلك (2).

وأما المنافع التي هي جزء من المال الموصى به عن طريق التنزيل ، فيذهب الجمهور إلى انتقالها وعليه تعتبر عنصرا من محل التنزيل ، لاعتبار أن المنافع هي المقصودة والمرجوة من الأموال، بخلاف الحنفية والظاهرية ، حيث يرون بأنها ليست جزءا منه لأنها ليست لها قيمة ذاتية ، وهي بذلك غير تابعة له (3) ، لكن المشرع الجزائري قد فرق بين نوعين من المنافع :

الأول : منها ما كان ناتج عن عقود التبرع دون مقابل فإنه لا يدخل ضمن عناصر التركة، وهذا استنادا للمادة 844 ق.م.ج والتي نصت على الطرق المكسبة لحق الإنتفاع وقصرتها على العقد والشفعة والتقادم ، ولم تجعل الميراث من بين هذه الطرق.

وعليه لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال محلا للتنزيل كل ما كان ناتجا عن عقود التبرع دون مقابل ، ونقصد بذلك حقوق الإنتفاع لأنها لا تورث وبالتالي لا تنتقل إلى المنزلين ، وهو ما تؤكد المادة 852 ق.م.ج أيضا عندما قررت بأن وفاة المنتفع من الأسباب المؤدية إلى انتهاء حق الإنتفاع .

الثاني : وأما ما كان ناتج عن عقد إيجار وبمقابل فإنه ينتقل إلى الورثة ، ويعد من ضمن مكونات التركة ، وعليه يصلح أن يكون محلا للتنزيل ، حيث بين المشرع في المادة 510 ق.م.ج على أنه لا أثر لوفاة المؤجر أو المستاجر على العقد ، وإذا ما توفي المنتفع انتقل حق الإستمرار في هذا العقد إلى ورثته من بعده لإكمال المدة المتبقية من الأجل المحدد في عقد الإيجار.

ويترتب على هذا أنه يمكن أن تكون مدة الإيجار، ضمن محل التنزيل قياسا على الميراث ، فقد يتم الإتفاق أثناء القسمة على أن يكون نصيب الحفيد المنزل يمثل نصيب أصله في حدود ثلث التركة، هو قيمة مدة الإيجار مثلا ، فيكون له ذلك، أو قد يتم ذلك عن طريق القضاء.

وكما أنه قد يكون أيضا محل التنزيل ما لا شأننا بين الحفدة، كأن تقدر قيمة ذلك المال بنصيب أصلهم لو بقي حيا بعد موت مورثه ، أو يكون مساويا لثلث (التركة) إذا كان حظ أصلهم كذلك ، وقد يكون ذلك

(1): الإمام / القرافي ، الفروق ، ج03 ، مطبعة البناي الحنبي ، مصر 1962 ، ص 275 ، 276.

(2): الإمام / محمد أمين ابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار، ج05 ، ط03 ، القاهرة 1972، ص489.

(3): الدكتور/ محمد محدة، المرجع السابق ، ص 26.

عن طريق التخارج بينهم وبين ورثة المتوفي، ليأخذ الحفدة مالا شائعا بينهم ، وهنا يخضع هذا المال الشائع، بين الحفدة إلى أحكام الملكية الشائعة الواردة في القانون المدني ، وهذا طبقا لنص المادة 181 ق.أ بقولها : >> يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109،173) من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة <<.

ويظهر هذا بطبيعة الحال في حالة ما إذا كان المنزليين (الموصى لهم) متعددين، أي إثنين فأكثر حتى يخضع محل التنزيل في قسمته ، بين الحفدة وفروعهم من بعدهم وإدارته لأحكام الملكية الشائعة وبالأخص إذا كانت قسمة ذلك المال الشائع يرتب عنه ضررا لا يمكن إصلاحه ، أو قد يفوت عنهم المنافع المرجوة من ذلك المال، وبالتالي عدم تحقيق الأهداف المتوخاة من تنزيلهم منزلة أصلهم في تركة المتوفي. فقد يكون المال الشائع بينهم زرعاً أو غرساً لم يبد صلاحه بعد ، فتمهل قسمته حتى بدو صلاحه، وهنا تخضع إدارته قبل قسمته لأحكام إدارة المال الشائع (1) المنصوص عليها في المواد من (713-741) ق.م.ج (2).

وعلى هذا يعتبر التنزيل إحدى مصادر الشيوخ قياسا على الميراث كواقعة قانونية نتجت من واقعة طبيعية ، وهي الوفاة، وهذا دائما في حالة ما إذا كان مستحقي التنزيل من الحفدة متعددين ، وتعذر بذلك قسمة محل التنزيل بينهم، أو قد يلحقه ضررا من جراء قسمته في زمن معين كما أشرنا سابقا. وكل ذلك إنما هو من أجل مصلحة المنزلين، وحفاظا على الأهداف التي شرع من أجلها نظام التنزيل .

وأخيرا يخضع محل التنزيل أيضا لأحكام الميراث فيما يتعلق بالتقادم المنصوص عليه في القانون المدني ، بالنسبة لحقوق الميراث، فيما يتعلق بالتقادم المنصوص عليه في القانون المدني بالنسبة لحقوق الميراث ، وذلك بمضي 33 سنة من تاريخ الوفاة وعند عدم المطالبة به ، مع علم ذلك الحفيد بنصيبه في التنزيل، الذي هو في حيازة باقى الحفدة وتحت تصرفهم كبقا لنص المادة 899 ق.م.ج.

(1): الدكتور/ محمد محدة، المرجع السابق ، ص 61. 62.

- الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 44.

(2): الأمر رقم 88-14 المؤرخ في : 1988/05/03 المعنل والمنتم للأمر رقم : 75-58 ، المؤرخ في

1975/09/26 ، والمتضمن القانون المدني ، والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 1975/09/30، العدد 78.

المبحث الثاني شروط استحقاقه.

تكلّمنا في المبحث السابق عن الأركان الأساسية الثلاثة التي يبنى عليها نظام التنزيل ، و التي اذا فقد أحدها لا يكون هناك تنزيل على الإطلاق ..
وفصلنا فيها بالقدر الذي رأيناه كافياً، وبعد هذا سوف نتناول في هذا المبحث الشروط الخاصة التي وضعها المشرع في قانون الأسرة لاستحقاق التنزيل ، بحيث لا يجب التنزيل للحفدة إذا لم تتوفر فيه إحدى هذه الشروط .

وعلى هذا قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب رئيسية نوردّها كالآتي :

المطلب الأول

أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حيا في حدود الثلث .

إستنادا لنص المادة 169 ق. أ بقولها : << من توفي و له أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية... >>.

و كذلك نص المادة 170 بقولها : << أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة >>.

يتضح من خلال هاتين المادتين أنه يجب التنزيل للحفدة ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم (1) ، و سواء كان هذا الأصل ذكرا أو أنثى، فينزلون منزلته في أخذهم حصته المقدره شرعا، على إقتراض بقائه حيا أثناء موت مورثة (2) ، فدل ذلك على حكمة مشروعية التنزيل و هي تعويض (3) الحفدة عما فاتهم من نصيب أصلهم ميراثا ، و يكون ذلك في حدود ثلث التركة، ليدل على أن التنزيل ليس مغنما، أو جاء من أجل إثراء الحفدة ، و تماشيا أيضا مع الطبيعة القانونية للتنزيل على أنه وصية قانونية واجبة، وهاته الأخيرة لا يمكن تجاوزها الثلث إلا بإجازة الورثة ذلك(4)، وكما أن التنزيل أيضا إنما جاء علاجا لمشكلة الحفدة ودفعاً لمذلة السؤال و الحاجة من جهة ، و إيجاد نوع من العدل بين أفراد الأسرة الواحدة في توزيع الثروات من جهة أخرى، و أن عدم الزيادة عن حظ أصلهم هذا تقتضيه القواعد العامة للميراث، بإعتبار أن الحفدة أصلا أدلوا إلى المورث وهو الجد أو الجدة بالأب أو الأم، فلا يعقل أن تكون لمن أدلى بشخص نصيبا أكثر ممن أدلى به.

و القانون عندما نص على هذا الشرط في النص السابق، بأن يأخذ المنزل ما كان يأخذه أبوه أو أمه لو كانوا أحياء أثناء موت مورثهم و هذا دون زيادة (5).

و تفصيل هذا : و كما أنه أيضا فقد قدر ذلك النصيب في حدود الثلث تجنباً لما قد يثار من خلافات ونزاعات بين أفراد الأسرة الواحدة بشأن أنصبة الحفدة ، وفي تقديره هذا إشارة الى أن التنزيل حسب طبيعته القانونية ليس ميراثا خالصا، لأن الشارع حرّمهم منه، و إنما هو وصية وجبت عوضاً عن الميراث الذي فاتهم ، وعليه فلو أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل حصة أصل المنزلين، و كان مساويا لثلث التركة فأقل نفذ التنزيل من غير أن يتوقف ذلك على إجازة الورثة له(6).

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 124.

(2): الدكتور / عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 216.

(3): الدكتور / محمد زهنور، المرجع السابق ، ص 116.

(4): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 236.

(5): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 297.

- المستشار / معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 280.

(6): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق، ص 57.

و أما لو كان مقدار نصيب أبيهم و أمهم يفوق ثلث (3/1) التركة، فيرجع بذلك نصيبهم بالتزويل إلى الثلث (3/1) فقط، و أما المقدار الزائد على ثلث التركة، لا يدخل في التزويل حتى و لو كان المتوفى قد أوصى به لحفدته (1)، ووصيته بما زاد على ذلك تكيف على أنها وصية إختيارية، توقف على اجازة الورثة من تلقاء أنفسهم (2)، بحيث إن ردوها بطلت تلك الزيادة، وإن أجازها البعض و ردها البعض نفذت في حق من أجازها فقط (3) .

وفي حالة إذا ما أعطاه لهم الورثة من تلقاء أنفسهم دون إرادة المتوفى كان ذلك هبة منهم (4)، وأما إذا لم يوص المورث بهذا القدر المحدد بالثلث نفذ التزويل في تركة المتوفى بحكم القانون (5)، دون أن يحتاج إلى عبارة منشئة، لأنه خلافة جبرية لا تتوقف على إرادة صاحب التركة (6)، ولا دخل للورثة في ذلك ما دام في حدود الثلث، بأن كان مساويا له أو أقل منه .

وأما إن كان أكثر من ذلك و جب لهم مقدار الثلث فقط (7)، وأما لو أوصى المنزل لبعض المستحقين وترك البعض الآخر، فإنه يعطى لمن تركه نصيبه في التزويل كاملا من باقي الثلث إن كان فيه متسع لذلك، وإن لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره (8).

ومثاله: فإذا كان للشخص ثلاثة أبناء مات أحدهم في حياته، وترك بنتين فأوصى لواحدة منهما ب:30 هكتارا، من العقارات الغير مبنية، ولما مات وجد مجموع تركته تقدر ب: 150 هكتارا ، فيكون مقدار التزويل مساويا لثلث (3/1) التركة، على فرض حياة الإبن فيكون ثلثها 50 هكتارا.

ولما كان صاحب التركة قد أوصى لإحدى البنيتين أكثر من حقها، فإن التزويل وهو (30هـ)، فإن الثانية تأخذ ما بقي من الثلث، وهو: 20هـ + 05هـ تنزع من عند أختها وتكمل لها نصيبها وهو 25هـ لكل واحد منهن تنزيلا . وتتوقف الزيادة لإحدى البنيتين على مقدارها تنزيلا على إجازة الورثة. وأما لو أوصى صاحب التركة لكل مستحق في التزويل بأقل من نصيبه المقدر له بالتزويل كملت الأنصبة من باقي الثلث (9) . وعليه فلو أوصى في المثال السابق لكل بنت ب:15هـ فإنه يكمل لكل واحدة 10هـ ليصل إلى 25هـ لكل واحدة ، وفي حالة إذا وجدت وصايا إختيارية مع الواجبة ويضيق عنها الثلث: قدمت الوصايا الواجبة على غيرها، وما بقي تنزاحم فيها الوصايا الإختيارية كل حسب حصته منها (10).

(1): الأستاذ المحامي /هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 263.

(2)، (3): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 254.

(4): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص 221.

(5): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(6): الشيخ/ محمد أبو زهرة ، أحكام الثركات والموارث ، المرجع السابق ، ص 246.

(7): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 171.

(8): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 280.

(9): الأستاذ المحامي / هشام قيلان ، المرجع السابق ، ص 57.

(10): الأستاذ المحامي / هلال يوسف إبراهيم ، نفس المرجع ، ص 263.

وبالتالي نخلص إلى أن المشرع لم يقصد بالتزليل أن يأخذ الفرع أكثر من الأصل، لكن يمكن للفرع أن يأخذ أقل من نصيب أصله لو بقي حيا، كما يجوز أن يساويه، ولكن في حدود ثلث التركة. فالمشرع بهذا لم ينس بأن التزليل وصية في طبيعته، فمنع زيادتها عن الثلث، لأن الفقهاء كما أسلفنا يعتبرونه من باب الوصايا (1)، فلا يتعدها في الحكم، وكما أن المشرع لا يريد كذلك أن يعقد صلة بين الحفدة وبين من يساوي أصلهم، فيسوي بينهم وبينه في الأنصاء ولو فعل ذلك لجهلهم ورثة حقيقيين يحلون محل مورثهم، والقانون يرفض ذلك، بل لا يمكن لأحد أن يضيف ورثة آخرون لم جاءت به آية المواريث (2)، وما بينته السنة النبوية الشريفة. ولو كان المشرع يقصد بتلك التسوية لقال: بمثل نصيب مساوي أصلهم أبا كان أو أما في حدود ثلث التركة.

مع الإشارة دائما إلى أن هذا المقدار المحدد بالثلث يجب اختيارا وطواعية في حياة المنزل (الموصي)، لكن إذا رفض ذلك يؤخذ من تركته إجبارا بعد موته ودون أن يتوقف على رضاء الورثة. وأما إذا أوصى الموصي بوصية اختيارية، ولم يوص لمن وجبت لهم الوصية الواجبة، استحق كل من وجبت له قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وسع ذلك، أما إذا ضاق أخذ نصيبه من باقي الثلث ومما أوصى به الموصي لغيره من الوصايا من الاختيارية (3)، لأنه كما أسلفنا الوصية الواجبة مقدمة دائما على غيرها من الوصايا (4).

ولكن الشيء الملاحظ من هذا كله أن المشرع الجزائري لم ينص على الحالات التي ذكرناها سابقا وإنما تعرض لها الفقه بمزيد من التفصيل والبيان، وكما هو الحال أيضا بالنسبة لباقي التشريعات العربية والتي هي الأخرى فصلت ذلك على أحسن وجه.

وعليه يمكن إستنتاج هذا بالرجوع إلى نص المادة 222 ق.أ، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، فنجد أن فقهاء الشريعة يقدمون التزليل على الوصايا العادية (5).

وكما هو الحال أيضا بالرجوع إلى تفسيرنا لنص المادة 169 ق.أ، والتي بدورها تدل على وجوب التزليل، وقد اعتبرناه وصية قانونية واجبة، وهي أقوى من الاختيارية لأنها مندوب إليها، والواجب في حكمه أقوى من المندوب فقدم عليه تبعا لذلك.

ويستفاد أيضا مما رواه ابن حزم بقوله: (روينا من طريق عبد الرزاق عن معمر وابن جريح كلاهما عن عبد الله ابن طاوس عن أبيه قال: من أوصى لقوم وسماهم وترك ذوي قرابته محتاجين، انتزعت منهم ورتت على ذوي قرابته...) (6).

(1): العلامة الإمام /محمد الصادق الشطي، المرجع السابق، ص 148.

(2): الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 243.

(3): الدكتور/محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 106.

-المستشار/ معوض عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، منشأة المعارف بالاسكندرية القاهرة 1994 ص 280

(4): الدكتور عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 82.

(5): العلامة الإمام /محمد الصادق الشطي، نفس المرجع، ص 151، 152.

(6): العلامة الفقيه / ابن حزم، المرجع السابق، ص 115.

وأما مثال شرطنا هذا كان يتوفي ويترك: زوجا، وابنا، وابن ابن منزل مكان أبيه، والتركة (36هـ-)، فيكون للزوج (4/1)، والباقي تعصبا للأبناء ، وبعد التصحيح نجد أن ابن الإبن المنزل مكان أبيه في تركة جدته قد أخذ أكثر من الثلث ، لأن ثلث التركة هو 12 هـ وهو قد أخذ ثلاثة أجزاء من ثمانية أجزاء، وهو أكبر من الثلث فيرد إليه، وبالتالي يأخذ ثلث التركة وهو 12 هـ تخرج منها قبل قسمة التركة، حتى يدخل الضرر على الجميع دون جزء من الورثة (1)، وحتى تطابق أيضا أحكام الوصية العادية، لأن التنزيل منها ، إلا أن التنزيل (الوصية الواجبة) مقدم عنها (2).

والوصايا تخرج قبل قسمة التركة على الورثة، فيكون التنزيل كذلك ، بل إنه مقدم عنها، وهو ما نجده من خلال نص المادة 180 ق.أ، التي تتناول الحقوق المتعلقة بالتركة ، حيث يبدأ بالتجهيز ثم الديون الممتازة، وبعدها العادية ، وبعد ذلك يأتي تنفيذ الوصايا، وبعدها يأتي تقسيم حقوق الإرث على الورثة (3). وكما أن القرآن الكريم قد قدم الوصايا على الميراث ، ونحن بالتنزيل عند عدم تقديمه وجعلنا له في مرتبة المنزل، وكفى نكون قد جعلنا الميراث والوصايا في مرتبة واحدة، وفي هذا مخالفة للنص (4) شرعا وقانونا .

وكما أنه لو لم نخرج التنزيل قبل قسمة الميراث لترتب على ذلك حجب أشخاص ثبت ميراثهم بنص الكتاب أو السنة، وذلك فيه تعد على حدود الله ، بتعطيل آية الموارث ، ومثال هاته الحالة فيكون ما تبقى من مبلغ التركة بعد الحقوق الأخرى يقسم على الورثة، فيكون بالنسبة للمثال السابق: 36 هـ - 12 هـ = 24 هـ يقسم على ورثة المتوفي كل حسب نصيبه الشرعي المحدد له . وسوف نعطي مثالا آخر للتوضيح أكثر وهو كالآتي :

توفي شخص وترك : زوجة، وابنا، وابن ابن منزلا، ومبلغا ماليا قدره : 144000 د.ج ، فيكون للزوجة 8/1 فرضا لوجود الفرع الوارث ، وأما الإبن وابن الإبن منزلا يكون الباقي تعصبا بينهما . وبالنظر إلى نصيب المنزل (الموصي له) عن طريق التعصيب، نجد أنه أزيد من الثلث، وبالتالي نفرض لإبن الابن المنزل الثلث يأخذه، والباقي بعد ذلك يكون للإبن الصلبي المباشر تعصبا ، وعليه تأخذ الزوجة : 8/1 = 6، وأما الابن وابن الإبن منزلا يأخذ الباقي تعصبا، لكل منهما : 21 سهما .
و أما ثلث (3/1) التركة = 16 وهو ناتج عن تقسيم أصل المسألة وهو : 48 / 3 = 16، وباعتبار أن أصل المسألة كان = 8 (ثمانية) ثم صحح إلى 16 ثم إلى 48.

(1): العلامة الإمام/ محمد الصانق الشطي ، المرجع السابق ، ص 148.

(2): الدكتور / عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 82.

- الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 217.

(3): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 406.

(4): الدكتور/محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 306.

وعليه ما دام ابن الابن المنزل قد أخذ بالنصيب مع الابن الصليبي 21 من 48 ، وأخذ بثالث التركة 16 من 48 فإنه يأخذ ثلث (3/1) التركة وهو أقل التقديرين، ولا ينزل مع الابن الصليبي المباشر في التعصيب كله، وعليه فإن توزيع التركة يكون كمايلي :

الزوجة : الثمن (8/1) = 6 ، ابن الابن المنزل = الثلث (3/1) = 16 ، الإبن : الباقي تعصيفا = 26 وبقسمة التركة وهي : 144000 / 48 = 3000 ، ونصيب الابن المنزل = 16 * 3000 = 48000 .
وأخيرا يكون مقدار التركة النهائي بعد استخراج مقدار التنزيل هو : 144000 - 48000 = 96000 ، فيقسم الباقي من التركة ككل بين الزوجة و الإبن الصليبي المباشر وكأنها تركة جديدة ابتداء دون مراعاة للتنزيل نهائيا ، و ذلك كل بحسب نصيبه منها .

وعليه يمكن القول بأن التنزيل في كل الحالات وطبقا لنص المادة 170 ق.أ، يجب أن لا يتجاوز مجموع سهام الحفدة ثلث التركة ، بحيث لو زاد عن ذلك رد إليه ، وهذا لأن التنزيل من باب الوصايا كما قال الفقهاء فيلزم أن يجري مجراها (1) .

والمقدار الذي خصه الشارع للوصايا هو الثلث ، فلا يجب أن تتعداه، وهو يخرج قبل قسمة التركة، فهذا يعني أن ضرره يثبت على جميع الورثة (2) ، فيتحمل كل واحد منهم جزءا بقدر نصيبه في التركة ، وطريقة قسمته للذكر مثل حظ الأنثيين .

المطلب الثاني

الحفدة غير وارثين من أصولهم.

تنص المادة 171 ق.أ على أنه : >> لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين لأصل جدا كان أو جدة...<< .

وما يمكن استخلاصه من هذا النص هو أنه قد يكون حفدة المتوفي صاحب التركة من بين ورثته يرثونه كأولاد ابن، لم يوجد معهم أعمامهم إن كانوا ذكورا ، بأن كانوا أبناء ابن ، وأما إن كانوا إناثا أي بنات ابن، فيشترط عدم تعدد البنات الصليبين حتى يبقى لهن نصيبا من الثلثين (3/2) ، المخصص للإناث، فإن كانت بنت صليبية واحدة يرث معها بنات أخيها (حفدة المتوفي) السدس (6/1) المتبقي من نصيب الإناث .

(1): العلامة / أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، المرجع السابق ، ص 591 .

(2): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 294 .

- الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 60 .

وحالات الأعمام مع أولاد الإبن قد يكون هؤلاء الأعمام غير موجودين أصلا ، وقد يكونوا موجودين لكن ممنوعين من الميراث، فيرث أولاد الإبن مع مراعاة الشروط الخاصة بالنسبة لبنات الابن في كلتا الحالتين، لأن الممنوع من الميراث لا يؤثر في غيره في كل الحالات (1).

وعليه لا يجب التنزيل في هاتين الحالتين السابقتين لإنتفاء شرط عدم إرثهم من جدهم أو جدتهم، لأنهم أخذوا حقوقهم المقدره شرعا عن طريق آية الموارث، فلا مجال إذا لآية الوصية هنا ، لأنهم أصبحوا ورثة شرعيين ، فأستغنى بذلك عن التنزيل وذلك لسببين شرعيين وهما :

الأول : أنه لا وصية لو ارث ومهما يكن حجم هذا الميراث قليلا كان أم كثيرا (2)، ولإعتبار أن حكم الوصية لو ارث منسوخ بآية الموارث كما رأينا في الأصل التشريعي .

وتفصيل ذلك أن آية الوصية السالفة الذكر، نزلت قبل آية الموارث، ولما نزلت هاته الأخيرة وأختصت بتبيان أنصية الورثة وحددت من يرث ومن لا يرث، وكان الحفدة وارثين عن طريقها وفق الشروط السابقة. وعلى هذا إختصت بعدها آية الوصية بالأقارب غير الوارثين، والحفدة هنا ورثة شرعيين فخرجوا بذلك من حكم آية الوصية، وهو نفسه ما أقره الإمام إن حزم الظاهري عندما فرض الوصية الواجبة قضاء، بأن إشترط بأن يكونوا غير وارثين بقوله: (وفرض على كل مسلم أن وصي لقربته الذين لا يرثون ...). (3). ولما إنتفتت العلة بذلك أنتفى حكمها، ولأن الحكم في هاته الحالة يدور مع العلة وجودا وعدما.

وأما الثاني: وهو أن التنزيل إنما وجب في تركة المتوفي تعويضا للحفدة(4) عما فاتهم من نصب أصلهم لو بقي حيا وقت موت مورثه، كان سيصلهم ذلك عن طريق التلقي ميراثا منه، وهي حكمة تشريع للتنزيل كما سبق بيانه. وماداموا وارثين من جدهم أو جدتهم إرثا شرعيا مباشرا، فإنه لم يفتهم شيئا من حقوقهم (5) ميراثا، فأستغنى عن التنزيل ولم يعد بذلك واجبا.

وهناك حالة اخرى تخص ابن الابن رغم كونه وارثا، إلا أنه لم يبق له شيء من سهام التركة (6) يستحقه بطريق الإرث فوجب له التنزيل عندئذ لتوفر شرطنا هذا .

-
- (1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 345.
 - (2): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 251.
 - الشيخ / محمد أبو زهرة ، أحكام التركة والموارث ، المرجع السابق ، ص 246.
 - (3): العلامة النقيه/ابن حزم ، المرجع السابق ، ص 314.
 - (4): الدكتور / مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 378.
 - الدكتور / محمد زهدور، المرجع السابق ، ص 116.
 - (5): الأستاذ المحامي /هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 259.
 - (6): الدكتور/أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، نفس المرجع ، ص 252.

ومثاله: لو مات عن زوجة، وبنيتين، وأب، وأم، وإبن إبن، فعند حل هاته المسألة نجد :

زوجة، أب، أم، بنتين، ابن الابن أصل المسألة 24.

8/1 6/1 6/1 3/2 ع=0 ساقط

3 + 4 + 4 + 16 + 0 = 27 ← عائلة.

فمن خلال هذا الحل نجد ان ابن الابن هذا لم يبقى له شيء يأخذه تعصيبا، لأنه يأخذ ما بقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم، و هو حال كل عاصب في علم الفرائض، فكان بذلك ساقطا، وهنا لزم له التنزيل، وحتى وأن وخذ باقي الحفدة فروضهم عن طريق الميراث، كأن يكون في مقام البنيتين في هذا المثال: بنتي ابن توفي أبوهما في حياة جدهما، فتأخذان الثلثان فرضا مناصفة بينهما لعدم وجود الحاجب وعدم تعدد البنات الصليات .

وعليه وجب التنزيل في هذا المثال للحفدة الذكور فقط دون الإناث باعتبارهن ورثة شرعيين في هاته المسألة. والأمر كذلك في حالة إجتماع الذكور مع الإناث من الحفدة ، ولم يبق شيء يأخذه ميراثا فوجب لهم التنزيل كما في الأمثلة الآتية:

ترك : زوجة، وبنت ، وبنت ابن توفي في حياة أبيه. ففي هذا المثال تأخذ بنت الإبن السدس (6/1) فرضا، تكملة للثنتين لوجود البنت الصلية المنفردة وتشاركها أيضا فيما بقي ردا.

وأیضا في المثال الموالي: مات وترك بنتين ، بنت ابن، ابن ابن الإبن، فيأخذ الحفدة هنا ما بقي تعصبا بعد فرض البنيتين وهو الثلثان (3/2) لتعددتهما، وعدم وجود فرع ذكر في درجتهم (1) فلا يجب هنا التنزيل.

- لكن لو كان في المسألة السابقة، أب وأم، فإن الأمر يختلف عن سابقه بحيث تستغرق كل سهام الفريضة ولم يبق للحفدة هنا شيء يأخذه ميراثا (2)، لإعتبار أنهم عصبية يأخذون ما بقي من التركة (3)، وعليه وجب تنزيلهم منزلة أصولهم في التركة وفق قواعد وأحكام التنزيل، وهناك أمثلة أخرى للتوضيح :

- كمن توفي وترك: زوجة، أما ، إبن ابن، فيكون أنصبتهم كالاتي: للزوجة: 8/1 (الثلث) فرضا لوجود الفرع الوارث، للأُم: 6/1 (السدس) فرضا لوجود الفرع الوارث، ابن الإبن له الباقي تعصيبا.
- ماتت وتركت: بنتا، بنت ابن ، زوجا، فيكون للزوج 4/1 (الربع) فرضا لوجود الفرع الوارث المؤنث المباشر وغير المباشر، وأما البنت: 2/1 (النصف) فرضا لإنفرادها وعدم وجود المعصب لها.
وأما : بنت الإبن التي توفي أبوها في حيات جدها فتأخذ 6/1 (السدس) فرضا تكملة للثنتين، هنا لا تنزِيل لكون الحفيدة وهي بنت الإبن وارثة من جدتها.

(1): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 235.

(2): الدكتور/ محمد محنة ، المرجع السابق ، ص 301.

(3): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 140.

- الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 155.

- توفي وترك : بنتا، ابن بنت، زوجة، أخت شقيقا، ومبلغا ماليا قدره: 48000دج. وهنا مباشرة يكون التتزيل لإبن البنت منزلا منزلة أمه في تركة أبيها، وذلك لإعتبار أن ابن البنت هذا غير وارث أصلا لكونه من ذوي الأرحام فلا يرث مع أصحاب الفروض العصبيات، وعليه يكون للزوجة الثمن (8/1) لوجود الفرع الوارث المؤنث وللبنات وابن البنت المنزل : الثلثان فرضا (3/2) بينهما مناصفة، والأخت الشقيق له الباقي تعصبا ، لتأخذ البنت الصلبية ثلث التركة (3/1)، وتأخذ ابن البنت الثلث (3/1) الباقي، بإعتباره منزلا منزلة أمه ويكون نصيبه: 8=8-16 ، وما دمننا قد علمنا أن نصيب ابن البنت (3/1)=8 أجزاء فإننا نقوم بخصمه من كامل التركة(1).

وما بقي بعد عملية الطرح يكون هو التركة الجديدة، والتي تقسم بعدها بين ورثة المتوفي (الجد) وهذا على الشكل الآتي:

2000=24/48000، وهي قيمة جزء السهم، فيكون نصيب ابن البنت: 8*2000=16000دج، فيكون مقدار التركة الجديد وهو: 48000-16000=32000دج، توزع على ورثة المتوفي (الجد) دون مراعاة للتتزيل نهائيا . وبهذا يدخل ضرر التتزيل على أنصبة جميع الورثة دون استثناء . وتم كذلك تقديم التتزيل على قسمة التركة ميراثا بإعتباره من الوصايا، وهي تخرج قبل قسمة التركة والتتزيل كذلك(2).

وما يمكن استخلاصه من هذا الشرط أيضا هو أنه يوافق ويتمشى تماما مع الحكمة التي من أجلها شرع التتزيل بهذا الشكل ، وذلك لأن المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما بينا جعل من التتزيل تعويضا(3) في هاته الحالة عن الحرمان من الميراث بسبب موت الأب أو الأم قبل موت الجد أو الجدة أو معا.

وهو الحال أيضا كما لو حصلوا على مقدار يساوي نصيبهم بطريق آخر كالميراث من أبيهم أو أمهم، لم يعد هناك مجال لوجوب وصية لهم في تركة المورث (4)، وهي نفس الحالات السابقة، إلا أنه ما يخص هاته الحالة الأخيرة وهي كونها صعبة الإثبات في الواقع العملي، فلزم أن تكون محل تأكيد من طرف الموثقين، على أن الحفدة ورثوا مناباتهم في تركة أبيهم أو أمهم، حتى لا يستحقون ذلك من مناب جدهم أو جدتهم، وبخاصة إذا كان الجد هو المتوفي الأصلي، بحيث تكون بصدد تحرير فريضته فإن التأكد من أن الحفدة كانوا قد ورثوا من أصلهم أمر صعب يتطلب من المطبقين خاصة توخي الحذر والسؤال، وتحميل المسؤولية على من يطلب إنجاز هذا النوع من الفرائض (5) .

-
- (1)، (2): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 187، 181 -
 الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 294.
 (3): الدكتور/ محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص 116.
 (4): الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، المرجع السابق ، ص 43.
 (5): الأستاذ الموثق / جيجيك صالح ، العدد 02 ، ج 02 ، المرجع السابق ، ص 35.

إلا أن هناك مسألة واحدة يمكن معرفة من أن الحفدة كانوا وارثين للأب أم لا، وهي المسألة التي تحل مناسخة، والمتوفي الأصلي فيها هو أب الحفدة، ومثالها: توفي رجل عن: أب، أربعة أولاد، ثم توفي الأب بعد ذلك، أي جد الحفدة، والتركة لم تقسم بعد.

ففي هذه المسألة فقط يكون الحفدة قد ورثوا أباهم المباشر، فلا يأخذون حقيهم بصفتهم منزلين في سدس (6/1) جدهم عند توزيعه على ورثته، فيؤول هذا السدس (6/1) كله للإبن رغم وجود الحفدة وذلك كالاتي:

توفي عن: أب، (ابن، بنت، بنت، بنت) أصل المسألة = 6

6/1 ع

6 = (1 + 1 + 1 + 2) + 1

فيكون لكل واحدة من البنات جزء واحد تعصيبا بالغير، وللإبن جزآن تعصيبا كما في حل المسألة. ثم توفي الأب قبل قسمة تركة أبيهم المباشر: فيرث الإبن سدس أبيه في تركة الإبن المتوفي الأصلي دون أن يكون للحفدة (أولاد أخيه) نصيبا في هذا السدس عن طريق التنزيل، لأنهم ورثة لأصلهم (أبيهم) في نفس الفريضة، وتبقى المسألة على أصلها -6- فيحل الإبن محل أبيه فيرث سدسه (6/1) كاملا.

المطلب الثالث

عدم منع الأصل لهم هبة أو وصية أثناء حياته.

طبقا لنص المادة 171 ق.أ، والتي جاء فيها: >> لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم، أو نصيب أحدهم من التركة << .

ومعنى هذا الشرط هو أنه حتى يلزم التنزيل لهؤلاء الحفدة منزلة أصولهم يجب أن لا يكون المتوفي (الجد أو الجدة) قد أعطى ذلك الفرع (الحفدة) أثناء حياته بغير عوض، أي على وجه التبذرع (1) ما يساوي مقدار التنزيل عن طريق الوصية الواجبة، وذلك مهما اختلفت أشكال تلك التبذعات.

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأصله، المرجع السابق، ص 124.

- الدكتور / عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 216.

مثالها: كان يهب له بدون عوض مقدارا محددًا من المال يساوي المقدار المحدد له عن طريق التتزيل، أو كان يبيعه بيعة صوريا بلا ثمن مقدار ما يستحقه أيضا بطريق ذلك التتزيل (الوصية الواجبة)(1).

وكذلك لو وقف عليهم في حياته عينا معينة (2) يستفيدون من منافعها على وجه التأييد والتبرع، ويكون مقدار تلك المنافع يساوي أو أكبر من حصتهم عن طريق التتزيل .

وأما لو كان أصل أبيهم أو أمهم هذا مما أعطاهم من هبات أو وصايا أو بيعة صوريا في حياته أقل مما يستحقونه من ذلك التتزيل، وجب في تركته ما يكمل لهم ذلك النصيب المقدر لأصولهم (3) المباشرين على افتراض حياتهم أثناء موت الجد أو الجدة.

وأما إذا وهب للبعض من الحفدة وترك البعض الآخر، وجب لمن لم يهب له وصية بمقدار ما أوجبه القانون في تركه المتوفي بمثل نصيب أصلهم ميراثا (4).

وبيان ذلك ما يلي :

- في حالة لو أعطى الجد أو الجدة عطايا أو وصايا في حياته لحفدته وبغير عوض فإننا نفرق بين حالتين :

أولا : وهي ما إذا كانت هاته الوصايا أو الهبات تعادل نصيب مورثهم، فهنا لا يجب التتزيل، لأن الحكمة التي من أجلها شرع التتزيل قد تحققت بإرادته هو نفسه .

ثانيا : إذا كانت تلك الوصايا أو الهبات أقل من نصيب مورث المنزلين، على افتراض حياته أثناء موت مورثه، فإنه في هاته الحالة يكون مقدار التتزيل أو الوصية الواجبة بما نقص من النصيب فقط (5).

- وعليه فإذا أوصى المتوفي قبل موته بمثل فرعه المتوفي قبله لأولاده، وكان مساويا لثلث التركة نفذت الوصية، لأن التتزيل في الأصل كان بهاته الصورة قبل مجيء قانون الأسرة .

وأما إذا كان النصيب الموصى به من قبل صاحب التركة المتوفي للحفدة بمثل نصيب فرعه المتوفي قبله أو معه أقل من ثلث التركة نفذ كما هو دون زيادة أو نقصان، لأن القانون جعله الواجب الأصلي في التتزيل وقد تحقق ذلك.

(1): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 169.

- الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 235.

(2): الشيخ /محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص 246.

(3): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 252.

(4): المستشار/ معوض عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 280.

(5): الأستاذ المحامي / هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 259.

أما إن كان أكثر من الثلث، كانت الوصية واجبة في مقدار الثلث ، وفيما زاد تكون وصية اختيارية(1) يجري عليها أحكامها ، بحيث إن أجازها الورثة نفذت وإن ردها بطلت، وإن أجازها البعض وردها البعض الآخر تسري في حق من أجازها فقط (2).

وإذا لم يوص لهم بشيء وجب لهم بمثل نصيب أصلهم ما دام في حدود ثلث التركة، بأن كان مساويا له أو أقل منه (3).

وهذا أيضا نطبقه في حالة ما إذا أوصى لبعض الحفدة وترك البعض الآخر فإنه يعطى لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث إن كان يتسع لذلك ، وإن لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره (4).

ومثاله : لو كان للشخص ثلاثة أبناء مات أحدهم في حياته وترك بنتين فأوصى للواحدة منهما ثلاثين (30) هكتارا من أراضي فلاحية ، ولما ماتت وجدت تركته تقدر بـ: 150 هكتارا، ففي هاته الحالة نجد مقدار التزويل مساويا لثلث التركة، فيجب في هذا المقدار فقط ، وحيث أن صاحب التركة قد أوصى لإحدى البنيتين بأكثر من نصيبها بالتزويل، فتأخذ الثانية بذلك ما بقي من الثلث وهو (20) هكتارا، وهو أقل من نصيبها القانوني، فيكمل لها مما أخذته أختها فوق نصيبها المحدد لها قانونا، فتأخذ منها 5 هكتارات ليضاف إليها ويصبح 25 هكتارا لكل واحدة من البنيتين لأن مجموع حصصهما يجب أن لا يتعدى ثلث التركة . وأما من أوصى لها بخمسة -5- هكتارات زائدة على نصيبها بالتزويل فتتوقف على إجازة الورثة، لأنها تكيف على أنها وصية اختيارية فيما زاد عن الثلث (5).

مثال آخر: هلك وترك : زوجة ، أبا ، ابنا ، وابن ابن توفي والده قبل وفاة جده ، وكان الجد هذا قد منح عطايا لابن الإبن بمقدار : 600 د.ج أثناء حياته، مع العلم بأن تركته كانت بمقدار 72000 د.ج. فيكون أنصبتهم كمايلي :

زوجة : الثمن $(8/1) = 6 * 1500 = 9000$ د.ج. أصل المسألة : 24

الأب : السدس $(6/1) = 8 * 1500 = 12000$ د.ج. تصحيح المسألة 48.

ابن الابن المنزل : الباقي تعصيبا $= 17 * 1500 = 25500$ د.ج. فيكون جزء السهم

$$1500 = 48 / 72000 =$$

(1):الدكتور / محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

(2):الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 254.

-الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 236.

(3): المستشار/ معوض عبد الثواب ، المرجع السابق ، ص 280.

- الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 124.

-الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 217.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 57.

- الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، لمرجع السابق ، ص 43.

- الدكتور/ محمد زهور، المرجع السابق ، ص 114..

(5): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، نفس المرجع ، ص 237.

للإبن المنزل : 25500 د.ج. ، وهذا نصيبه عن طريق التنزيل إجمالاً .

ولكن لما كان الجد قد أعطاه هبات بدون عوض أثناء حياته فإننا نقوم بطرح مبالغ تلك الهبات من النصيب المنزل به فيكون : 25500 - 6000 = 19500 د.ج. وهي نصيب ابن الابن .

وعليه تكون التركة التي سوف يقسمونها الورثة من جديد وهي : 72000 - 19500 = 52500 د.ج. تقسم عليهم كل حسب نصيبه الشرعي فيها وكأنها هي التركة الكلية التي ورثوها من مورثهم .

هذا وما يمكن أن نخلص إليه من خلال نص المادة 172 ق.أ السابق ذكره ، وكذلك المادة 171 منه أنهما يعتبران تطبيقاً لنص المادتين 169 و 170 من نفس القانون ، وذلك من خلال وضعهما شروطاً تبين لنا مصير الحفدة في تركة جدهم أو جدتهم، وبتقرير المشرع لهذه الشروط يكون قد أبعد التنزيل عن الميراث من حيث الطبيعة القانونية لكليهما، رغم اشتراكهما في بعض الأحكام، والتي أوردناها سابقاً ، والبعض الآخر سوف نبينه من خلال الفصل الرابع.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الشروط التي نحن بصددنا قد تبدو واضحة وسهلة المنال على المستوى النظري المجرد، لكن تطبيقها في الميدان يتطلب حذراً يصل إلى حد السؤال عن ذلك، وتحميل المسؤولية على كل من يطلب إنجاز فريضة بها تنزيل (وصية واجبة) (1)، لأن منح الجد أو الجدة لحفدته بعض المال في حياتهما بطريق الهبة أو الوصية، وحتى إرثهم من أصلهم المباشر (الأب أو الأم) تعتبر وقائع مادية وتصرفات قانونية بعيدة المنال، ولهذا يجب على الموثق في الميدان أن يتحقق من ذلك، ولزوم الشاهدين على أن الجد أو الجدة لم يمنحا في حياتهما شيئاً من ذلك القليل لحفدتهما، وإشهادهما أيضاً على أن المورث المباشر للحفدة، وهي الأم أو الأب لم يكن له تركة شرعية وزعت بالإرث على هؤلاء الحفدة (2).

وفي الأخير نستنتج من خلال هذا الشرط وما سبقه من شروط أن المشرع الجزائري جعل من التنزيل تعويضاً عن الحرمان من الميراث (3)، وعليه فإذا كان الحفدة وارثين من جدهم أو جدتهم أو حصلوا بذلك على مقدار يساوي نصيبهم بالتنزيل بطريق آخر كالميراث من أمهم أو أبيهم، أو أحد وجوه التبرع كهبة بدون عوض أو وقف أو بيع صوري مثلاً من الجد أو الجدة، فيفي بمقدار ما يستحق لهم، لم يعد هناك مجال للكلام عن وجوب التنزيل لهم في تركة جدهم أو جدتهم.

كما نخلص أيضاً من خلال هاته الشروط إلى أنه بجانب حكمة تشريع التنزيل التي هي التعويض، هناك أيضاً الحاجة الماسة للمال والتي هي أيضاً لها إعتبارها في هذا المقام، لأن التنزيل شرع في حقيقته لمعالجة مشكلة الحفدة ليغطي بذلك عوزهم وفقرهم المدقع نتيجة فقدهم للعائل الكالئ الذي كان يتكفل بنفقاتهم ويسهر على راحتهم وسلامتهم.

(1)، (2): الأستاذ الموثق / صالح جيجيك ، العدد 02 ، ج 02 ، المرجع السابق ، ص 34.

(3): الدكتور / محمد زهنور ، المرجع السابق ، ص 116..

-الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، المرجع السابق ، ص 43.

الفصل الرابع

أحكام تطبيق الشريعة

(الوصية الواجبة)

الفصل الرابع

أحكام تطبيق التنزيل (الوصية الواجبة).

بعدما تناولنا في الفصول السابقة التنزيل من حيث المفهوم والأركان والشروط، وحددنا بذلك طبيعته القانونية وعرفنا الباعث على تشريعه، باعتباره جاء علاجاً لحالة خاصة في المجتمع، ومن أجل تقوية الروابط الأسرية وضرورة التكافل الاجتماعي داخل الأسرة الواحدة، وبيننا بذلك الشروط التي نص عليها المشرع في قانون الأسرة والتي لزم مراعاتهم في الواقع العملي، حتى يكون التنزيل واجبا للحفدة .

هذا وبعد ما تعرفنا على ذلك سوف نتساءل في هذا الفصل الأحكام الرئيسية المعتمدة في تطبيق نظام التنزيل في الواقع العملي، وإثارة بعض المسائل الخاصة والتي لم يتطرق لها المشرع الجزائري في مواد التنزيل.

وعلى هذا قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أساسية وفق الشكل الآتي :

المبحث الأول

مسألة توريث الحمل والمفقود عن طريق التنزيل .

إن الحمل و المفقود من المسائل الجوهرية التي تثار في مواد الميراث عموماً، وذلك لما يترتب عليه من إجراءات قانونية خاصة، أثناء وقبل تقسيم التركة لتختلف بذلك طرق حل مسائلها، مما يؤثر على أنصبة الورثة في التركة الواحدة. وتتحقق هاتان الصورتان في التنزيل عندما يكون أحد الحفدة حملاً أو مفقوداً، وهو ماسوف نتعرض له بشيء من التفصيل.

وعلى هذا قسمنا هذا المبحث الى مطلبين أساسيين وهما على التوالي:

المطلب الأول

توريث الحمل.

يطلق الحمل -فتحاً- في اللغة : على مافي البطن و:-كسراً- يطلق على الشيء المحمول، فيقال: فلان حامل الشيء أو حمل الشيء إذا رفعه لأعلى (1).

وأما شرعاً : فالمقصود به الجنين الذي لا زال في البطن أمه (2)، حيث ما دام على تلك الحال يسمى حملاً، وسواء كان هذا الجنين ذكراً أم أنثى إنفرد أم تعدد، ومنه قوله تعالى: << حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله و فصاله ثلاثون شهرا >> (3) .

وإستناداً للقواعد العامة للميراث في هذا المجال، ومنه شرط تحقق حياة الوارث أثناء موت مورثه، و على هذا وضع الفقهاء لتوريث الحمل شروطاً وقواعداً على وفقها يتم توريثه، وفي حالة عدم تحققها فإن الحمل لا يورث، و عليه وجب إحترام تلك الشروط و القواعد في الميدان العملي. وإنطلاقاً من هذا نتناول من خلال هذا المطلب النقاط الرئيسية الآتية:

أولاً: شروط توريث الحمل:

من شروط الإرث كما أشرنا سابقاً هو تحقق حياة الوارث وقت موت (4) مورثه، والذي أجمع عليه الفرضيون أن الحمل (الولد في بطن أمه) لا يرث إذا تحقق فيه شرطان أساسيان وهما:

1- أن يولد حياً: وعلى هذا يرى الحنفية أن شرط ولادته حياً تتحقق بخروج أكثره حياً لأن للأكثر حكم الكل عندهم(5).

أما جمهور الفقهاء ومنهم المالكية: يرون بانه حتى تثبت أهليته للتملك لا بد وان يولد كاملاً (6). وذلك بولادته حياً بكامل أعضائه، و تعرف حيات الجنين عادة بظهور عليه أمارات الحياة المستقرة كالصراخ و العطاس و نحوهما ، و هو ما يعبر عنه في الفقه الاسلامي بالإستهلال(7).

(1): الأستاذ / فواد إفرام البستاني ، المرجع السابق ، ص 141 .

(2): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 169 .

(3): سورة الأحقاف ، الآية 15 .

(4): الدكتور/ عيد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 81 .

-الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 189 .

(5): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، نفس المرجع ، ص 170 .

(6): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 410 .

(7): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 261 .

وقد نصت المادة 134 ق.أ: <<لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا غذا إسهل صراخا ، أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة >>. وتتفق هذه المادة مع نص المادة 25 ق.م والتي جاء فيها: على أنه تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، و تنتهي بموته ، على ان الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا.

وهذا إستنادا لما رواه أبوهريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: <<إذا إستهل المولود ورث>> (1). وعن جابر بن عبد الله قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يرث الصبي حتى يستهل) (2).

وأما في حالة عدم بيان أمره أهو ميت أم حي، يمكن للقاضي في هاته الحالة أن يستعين بأهل الخبرة و الاختصاص من ممرضين وأطباء (3)، أو ممن عاينوا وشهدوا ولادة هذا الجنين .

2- ان يكون موجودا في بطن أمه وقت وفاة مورثه: وذلك بأن يولد حيا في وقت يعلم منه انه كان موجودا في بطن امه وقت وفاة مورثه (4)، او الحكم بموته إن كان المورث هنا مفقودا. وهذا الشرط كما علمنا ليس في الحمل وحده بل يسري على كل الورثة، وهذا لاعتبار أن الميراث خلافة بين الوارث و المورث ، والتزويل كذلك ، بإعتبارهما يشتركان في الخلافة الجبرية ، ويتحقق ذلك إذا كان بين الحفدة المنزليين حملا، هذا يعني انهم كانوا متعددين ، فلو انفرد الحمل المنزل عن طريق الوصية الواجبة بمقدار التزويل ، بمعنى : أنه المنزل الوحيد في التركة فهنا لا تطرح نفس الأشكالية الأولى ، حيث في هذه الحالة الأخيرة يوقف للحمل نصيب أبيه أو أمه ، كما لو كانوا أحياء وفي حدود ثلث التركة، فإن ولد حيا أخذه ذكرا كان أم أنثى، وإن ولد ميتا بطل التزويل، ويرجع ما وقف له إلى أصل التركة، لتقسم على ورثة المتوفى، بخلاف لو ولد حيا ثم مات فتنقل الملكية إلى ذمته المالية، و بالتالي يرثه ورثته من بعد وفاته .

وقد إشتطت المادة 128 ق.ا ثبوت الحمل وقت إفتتاح التركة.

ويدل هذا الشرط على ان الخلافة بالنسبة للميراث أو التزويل لا تكون إلا بين الحي و الميت ، فمن لم يكن حيا اثناء وفاة المورث لا تتحقق خلافته، بل يحصل هناك إنقطاع ، والخلافة إنما تنبى على التواصل.

(1): رواه/ أبو داود ، عن أبي هريرة ، وفي إسناد محمد ابن اسحاق ، وروي عن ابن حبان تصحيح الحديث.
نقله الإمام / الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار ، شرح منقلى الأخبار ، ج06، دار الكتب العلمية ، بيروت
1986 ، ص 72.

(2): رواه /أحمد ابن حنبل عن جابر ابن عبد الله والمسور ابن مخرمة .

-ونقله الإمام / الشوكاني ، نفس المرجع ، ص 72.

(3): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادئته ، المرجع السابق ، ص 410.

(4): الدكتور / العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 227.
-الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 261.

لكن هل ولادة هذا الجنين بعد وفاة صاحب التركة و استهلاكه صارخا نورثه مطلقا ؟
 في الحقيقة الأمر ليس مطلقا، بل لابد ان نتأكد من نسب هذا الجنين إلى صاحب التركة، أو بالأحرى
 إلى أبيه ، فلا يمكن ان نطلق على هذا الجنين حفيدا إلا بعد نسبه إلى أبيه ، و ذلك إستنادا للقواعد الآتية:
أ-أقل مدة الحمل : وهي أقل مدة يتكون فيها الجنين ويولد حيا(1)، وللفقهاء في أقل مدة الحمل
 رأيان.

أولهما: رأي جمهور الفقهاء : يرون بأن أقل مدة الحمل حتى يولد حيا هي ستة أشهر(2) لمجموع
 الآيتين قوله تعالى: <<وحمله وفصاله ثلاثون شهرا>> (3) ، وقوله تعالى: <<وفصاله في عامين>>(4)
 فإسقاط العامين وهي مدة الرضاع من الثلاثين شهرا وهي مدة الحمل و الفطام ، تكون الباقية هي مدة
 الحمل وهي ستة اشهر، وهذا ما فهمه علي وابن عباس رضي الله عنهما (5).

ثانيهما: وهي رأي بعض الفقهاء أنها تسعة أشهر ،لكن قانون الأسرة الجزائري قد أخذ برأي
 الجمهور بالنسبة لأقل مدة الحمل ،حيث نصت المادة 41منه على أن: << أقل مدة الحمل ستة-6- أشهر
 وأقصاها عشرة أشهر>>، وهذا لإتفاق الشرع والطب، وعدم إمكانية نزول الجنين قابلا للحياة لأقل من
 هذه المدة ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها ، بأن الولد للفراش الصحيح ، وأن أقل مدة
 الحمل هي ستة أشهر(6).

ث-أكثر مدة الحمل: (7) وهي أقصى مدة يمكنها الجنين في بطن أمه ،ووردت فيها آراء فقهيّة
 كثيرة ، فقيل إنها تسعة-9- أشهر وقيل سنة هلالية ، وقيل سنتان، وحتى أربع سنوات ، بحيث لم يحدث
 هناك إتفاق حول ذلك ، ومنشأ هذا الإختلاف هو عدم ورود نص صريح في هذا الأمر، لامن القرآن ولا
 من السنة (8)، فاجتهد الفقهاء واستند كل واحد إلى ما صح عنه من اثر عن أصحاب رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ، أو أخبار الناس الموثوق بهم ، بأن قلنا ولد حمل استمر كذا من السنين، ولم يكن لديهم من
 الأدلة إلا هذه الأخبار ، لذا أضطر معرفة هذه المدة من الأطباء الشرعيين، لأنه الثابت طبيّا أن أقصى
 مدة للحمل تتراوح ما بين (270-300) يوما (9) وقيل: أكثر مدة يمكنها الجنين في بطن أمه وهي 365
 يوما ،وهذا موافق لقول محمد ابن الحكم من المالكية بقوله : (أكثرها سنة قمرية - 354 - يوما) (10).

(1): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 171.

(2): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وائلته ، المرجع السابق ، ص 411.

(3): سورة الأحقاف ، الآية 15.

(4): سورة لقمان ، الآية 14.

(5): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 262.

(6): قرار المحكمة العليا المؤرخ في : 1984/12/17 ، المجلة القضائية، العدد 01 ، سنة 1990، ص86.

(7): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وائلته ، نفس المرجع ، ص 411.

(8): الدكتور/ محمد محدة ، نفس المرجع ، ص 262، 263.

(9): الأستاذ المحامي/ هشام قبيلان ، نفس المرجع ، ص 171.

(10): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وائلته ، نفس المرجع ، ص 411.

فيكون أقل مدة الحمل عندهم -6 أشهر وأكثرها ضعفها ، وهو 12 شهرا وغالبها المتوسط بينهما وهو 09 أشهر. وعلى هذا يرى أصحاب المذاهب الفقهية ما يلي :

قال الشافعية والحنابلة في الأصح أكثرها أربع سنوات ، وقال الحنفية سنتان ، وأما الظاهرية : تسعة اشهر (1) .

وأما المالكية فيرون بأن أكثر مدة الحمل خمس سنوات على المشهور. وذهب البعض من المالكية أنها سبع سنوات (2).

وقد ذهب قانون الأسرة الجزائري إلى أن أقصى مدة للحمل هي 10 أشهر طبقا لنص المادتين (42) (43) ، حيث تنص المادة 42 على أن : << أقل مدة الحمل ستة أشهر واقصاها عشرة أشهر >>. وتنص المادة 43 منه على أنه : << ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة >> .

ومع الإشارة إلى أن ما يهمننا هنا بالنسبة لمسائل التنزيل أو الوصية الواجبة، هو أن ننظر إلى الحمل من زوجة المتوفي ، وهو الأب الذي توفي قبل الجد ، ولا يهمننا هنا وفاة الجد ما دام أنه توفي بعد الأب ، وهاته الحالة تتحقق في حالة ما إذا كان الفارق الزمني قصير بين وفاة الجد والأب، أو توفيا معا كالغرقى ، وحوادث المرور، والزلازل، والحرائق ، وغيرها ، وكان يتوفي هذا الأب ويترك زوجته حاملا. وأما ما ورد في المادة 128 ق.أ بقولها : << يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون السوارث حيا، أو حملا وقت افتتاح التركة... >> .

فهذا النص ينطبق على الميراث ولا ينطبق على التنزيل ، وباعتبار أن التنزيل من باب الوصايا وليس إرثا، كما كنا قد أشرنا إلى ذلك في الطبيعة القانونية للتنزيل، ويترتب على هذا أنه ، إذا كان الحمل هذا ولدا للمتوفي (الأب)، بأن ترك زوجته حاملا منه ، فيثبت نسب الحمل من الأب ، وبالتالي يجب له التنزيل (الوصية الواجبة) في حالة ما إذا وضعته لأكثر مدة حمل فأقل ، معنى أنها لا تتجاوز عشرة أشهر ، وإلا فلا ينسب إلى الأب، وبالتالي تبطل الوصية الواجبة في حقه بمقتضى القانون ، وعليه إذا توفي الجد مع الأب في حادث واحد ، فإننا نعتد بأكثر مدة الحمل ، حتى تنزل ذلك الحفيد، ولا يهمننا وقت وفاة الجد هل هي قبل وجوده أم لا .

فالأهم من ذلك هو إثبات نسب هذا الولد لأبيه حتى يستحق التنزيل ، لأن الحفيد (الحمل) هنا ليس وارثا من الجد أو الجدة حتى نطبق عليه قواعد الميراث، بل هو سوف يستفيد من وصية قانونية واجبة بأن ينزل منزلة أبيه المتوفى، فالأب هو الوارث أصلا وليس الحمل ، وعليه نطبق أكبر مدة الحمل لإثبات نسب هذا الحمل من أبيه أو لا قبل إستحقاقه للتنزيل . وإن وضعته فوق 10 أشهر فلا ينسب لأبيه، وبالتالي

(1): الأستاذ المحامي/ هشام قيلان ، المرجع السابق، ص 171.

(2): الإمام / ابن رشد القرطبي ، المرجع السابق ، ص300.

لايستحق التنزيل لأنه لم يعد يحمل صفة حفيد. وإن كان هناك حفدة آخرون متعددون فيقسم بينهم مقدار التنزيل دون إعتبار لهذا الحمل، لأنه غير شرعي و التنزيل لا يجب إلا للحفدة الشرعيين .

ثانيا: تقدير الحمل و كيفية توريثه: سوف تقسم هذا الفرع إلى جزئين رئيسيين، نتناول في الأول: العدد المقدر في الحمل ، ثم نتناول في الثاني: طريقة حل مسائل التنزيل التي يكون فيها أحد المستحقين حملا ، وهذا على النحو التالي:

1-تقدير الحمل: إختلف فقهاء الشريعة في مقدار عدد الحمل ، فالمفتى به عند الحنفية وبه أخذ القانون في مصر و سورية، أن يقدر واحدا فقط(1) ،لأنه الغالب المعتاد في الحمل، ومازاد عن واحد فهو نادرا، ومع هذا يأخذ القاضي عندهم احتياطيا لذلك وهو أن يأخذ كقبلا من الورثة (الحفدة) الذين يتأثر نصيبهم بتعدد الحمل ، حتى يمكن إستيراد ما أخذه الحفدة بإعتبار قسمة التركة والحمل فيها منفردا(2).
وذهب أبو حنيفة إلى تقديره بأربعة، بإعتبار أنه قد يقع، و يعامل بقية الورثة بالأضر، بتقديرهم ذكورا و إناثا.

والأصح عند الشافعية أنه لاضابط لعدد الحمل عندهم ، إذا قد تلد المرأة أكثر من ثلاثة أو أربعة فلا يعلم أكثر ماتحملة المرأة في بطنها.(3)

لكن ذلك إنما هو نادر الوقوع ، وإن حدث إنما هو حالة شاذة ، و الشاذ يحفظ ولايقاس عليه.
ومن الفقهاء من قدره بثلاثة ، وهو محمد إبن الحسن من الحنفية أيضا، حيث في هذه الحالة يوقف للحمل نصيب ثلاثة ذكور، أو ثلاث إناث أيهما أحسن له كان له.
وأما الحنابلة فيرون أنه يوقف للحمل نصيب إبنين أو إبنتين أيهما أكثر ، وهو قول محمد بن الحسين من الحنفية وهم يعتبرون ذلك لكثرة وقوعه وشيوعه بين الناس.

وأما الإمام أبو يوسف من الحنفية ووالليث إبن سعد ، فيرون بأن يترك للحمل نصيب واحد ذكر أو أنثى وأيها أحسن له ، لأن ذلك هو الشائع والغالب ، ويؤخذ على من يتأثر نصيبه بعدد الحمل كفالة لضمان إسترداد ماأخذه، بإعتبار ان الحمل واحد، وهو المشهور من مذهب الحنفية ، وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري في مادته 173 بقولها : << يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد، أو بنت واحدة، إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان ، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلا أن تضع الحامل حملها >>.

وأما الشافعية فقالوا إذا كان توزيع التركة يتأثر بتعداد الحمل ، وعدمه فإنه يوقف تقسيمها حتى يوضع الحمل ويتضح أمره.

(1):الأستاذ السحامي / هشام قيلان ، المرجع السابق ، ص 169.

(2): الدكتور / روية الزحيلي ، الفقه الإسلامي وانلته ، المرجع السابق ، ص 413.

(3):الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 267.

وأما الورثة الآخرون ، فمن كان وارثاً على أحد التقديرين دون الآخر اعتبر غير وارث مؤقناً ولا يعطى شيئاً . ومن كان وارثاً على التقديرين ، لكن نصيبه لا يتغير يمنحه له ذلك النصيب (1) .
وأما لو ولد الحمل ميتاً رد الموقوف على الورثة ، بمعنى يقسم على باقي الحفدة المنزليين كل بحسب نصيبه في مقدار التنزيل .

وسوف نفضل هذا مع الامثلة لكل صورة منه .

أ - أن يكون الحمل وارثاً على أساس الأنوثة ، وعلى أساس الذكورة :

ويختلف ميراثه من تقدير لآخر ، ففي مثل هذه الحالة تحل المسألة حلين ، وأيهما أحسن له ترك له بحيث تحل تارة على أساس كونه أنثى وأخرى على أساس ذكر ، ويأخذ هو أحسنهما ، وأما الورثة من الحفدة ، فإنهم يعاملون بأسوأ نصيب مع الحمل ، على أساس الذكورة أو الأنوثة ، وذلك كأن يتوفي شخص ويترك زوجة ، وأما حاملاً من أيه ، ويترك 156000 د.ج. فإننا في هذه الحالة نبين نصيب الحمل ، على أساس الذكورة وعلى أساس الأنوثة .

- حالة تقدير الحمل ذكراً :

$$\text{زوجة (4/1) : } 3 * 13000 = 39000 .$$

$$\text{أم : (3/1) : } 4 * 13000 = 52000 .$$

$$\text{الحمل : (أخ الشقيق) : الباقي } = 5 * 13000 = 65000 .$$

حالة تقدير الحمل أنثى :

$$\text{زوجة : (4/1) = } 3 * 12000 = 36000 .$$

$$\text{أم : (3/1) = } 4 * 12000 = 48000 .$$

$$\text{الحمل : (أخت شقيقة) : (2/1) = } 5 * 12000 = 72000 .$$

وبالمقارنة بين الحلين نجد أن أبخس أنصبة الورثة ، هي على أساس كونه أنثى ، حيث تأخذ الزوجة: 48000 ، والام تأخذ 48000 ، والزوجة نصيبها ثابت ومستقر لا يتأثر بتعدد الحمل أو عدمه بينما الأم يتغير نصيبها عند التعدد ، وعليه يأخذ منها كفالة لضمان حقوق الحمل (2) .

أما بالنسبة للحمل ، فإن أوفر حظيه على أساس كونه أنثى وهو: 72000 د.ج.

فإن ولد الحمل ذكراً ، أخذ نصيبه وهو: 65000 د.ج. ويبقى: 7000 د.ج. للزوجة منها: 3000

د.ج. تكملة لنصيبها وهو : 39000 د.ج. وللأم : 4000 د.ج. تكملة لنصيبها وهو: 52000 د.ج.

وأما إذا كان الحمل أنثى فإنه يأخذ نصيبه وهو: 72000 د.ج. وهو ذلك القدر الموقوف له .

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 415.

(2): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 170.

ب- أن يرث على كلا التقديرين ولا يختلف نصيبه (1):

كأن يكون الحمل ولداً لأم ، في هذه الحالة يترك له نصيبه ، ويعطى الباقيون نصيبهم .

ج- أن يرث على أحد التقديرين دون الآخر (2):

وذلك كان يرث على أساس كونه أنثى دون كونه ذكراً أو العكس ، وفي هاتين الحالتين يترك للحمل نصيبه على أساس أنه وارث ، وهو أحسن التقديرين بالنسبة له ، فإذا ما تبين أمره بعد ذلك فإننا ننظر إذا وافق حالة تقديره ، أخذ ما ترك له وإن خالف رد ما حفظ إلى الورثة (3).

وأما ما تعلق بالأمثلة الخاصة بمسائل التزويل فسوف نحل هذا المثال الآتي :

هناك وترك : أم ، زوجة ، ولد (الحمل) ، بنت ابن (توفي أبوها في حياة جدها) ، جد .

1- على فرض الذكورة :

أم ، زوجة ، ابن ، بنت ابن ، وبما أن بنت الابن في هذه الحالة لا ترث فتستحق وصية واجبة فيفترض وجود أبيها ، والتركة مقدرة بـ 1296 هـ

فيكون الحل كالآتي :

أم	زوجة	ابنان	جد .	أصل المسألة
6/1	8/1	ع	6/1	
4	3	13	4	2 * 24 = مقدار السهم = 48 / 27 = .27
8	6	26	8	.48 = 8
8	6	13	8	.48 = 8

فيكون نصيب الإبن المفروض حياته : $13 * 27 = 351$. وهو أقل من الثلث فيكون مقدار التزويل .

وأما الباقي بعد التزويل وهو : $1296 - 351 = 945$ هـ ، وهو مقدار التركة فيقسم على الورثة ، وكان المنزل - فتحا- ، غير موجود نهائياً . ويمكن أن يتم ذلك وفق الحل العادي للتركة وهو :

أم	زوجة ،	جد ،	ابن .	أصل المسألة .24
6/1	8/1	6/1	ع	

$$.24 = 13 + 4 + 3 + 4$$

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 414.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ن المرجع السابق ، ص 231.

(3): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 272.

الحل الثاني : على فرض الأبوثة :

أم	زوجة	جد	بنت (الحمل)	بنت ابن.	
6/1	8/1	6/1+ع	1/2	6/1	أصل المسألة = 24 .
4	3	4	12	4	عائلة .
192	154	192	576	192	جزء السهم = 27/1296 = 48 .

وبما أن القاعدة في توريث الحمل فإننا نعامله بأحسن التقديرين ، ونعامل بقية الورثة بأقل التقديرين (1) ، فنحجز للحمل نصيبه على تقدير أنه أنثى وهو : 576 هـ ، ويعطى لبنت الإبن نصيبها على التقدير الثاني ، وهي في هاته المسألة وارثة لعدم حجبها ، ومن هنا فلا يجب لها التنزيل بخلاف الحالة الأولى ، فإنها لا ترث وتأخذ ذلك بواسطة تنزيلها منزلة أبيها في حدود ثلث التركة ، ونصيب بنت الإبن على التقدير الثاني هذا هو : 192 هـ ، لأنه أقل النصيبين ، ونعطي لكل من الأم والزوجة والجد أنصباؤهم على التقدير الأول ، ونحجز نصيب الحمل فروع الأنصبا ، فإن ولد الحمل أنثى أخذ نصيبه الموقوف له وكمل للزوجة و الأم و الجد أنصباؤهم ، وإن ولد ذكرا أعطيناه من المال الموقوف مقدار نصيبه واعطى الباقي لبنت الإبن ليكمل لها مقدار التنزيل (الوصية الواجبة) (2).

وهنا يجب الإشارة إلى أنه عندما يكون أحد الورثة يرث على أحد التقديرين ، ولا يرث على الآخر ولكنه يستحق وصية واجبة ، يعتبر مستحقا في التركة في كلا التقديرين ، ونعطيه أقل النصيبين ، ولا يصح إهدار اعتبار الوصية الواجبة لأنها كالميراث ، بل مقدمة عليه (3).

المطلب الثاني

توريث المفقود.

بعدما تطرقنا في المطلب الأول لتوريث الحمل عن طريق التنزيل ، وتعرفنا على المبادئ المعتمدة في ذلك بالإستناد للقواعد العامة في الميراث ، بعدها سوف نتناول في هذا المطلب مسألة أخرى لم يتعنوض لها المشرع الجزائري في مواد التنزيل أيضا ، وهي توريث المفقود عن طريق التنزيل .

وقد قمنا بقياس مسائل التنزيل في هاته الصورة على أحكام الميراث ، ورغم أن الفقهاء لم يتعرضوا لهاته الحالة عندما يتعلق الأمر بالتنزيل أيضا ، فإعتمدنا بذلك كليا كما أشرنا إلى القواعد العامة في الميراث ، وطبقا للمادة 222 ق.أ والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة .

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 415.

(2)، (3): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الميراث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 405 ، 40.

وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة نقاط رئيسية ، وهي على التوالي :

أولا : تعريف المفقود :

سوف نتناول في هذا التعريف ، كل من التعريف اللغوي والإصطلاحي ، وكذا موقف قانون الأسرة من ذلك .

1- لغة :

إن المفقود في اللغة هو : من فقد الشيء يفقده ، فهو مفقود وفقيد .

ويقال : فقد الشيء أفقده إذا غاب عنه ولم يجده ، وتطلق كلمة المفقود أيضا في اللغة على الأضداد.

فيقال : فقدت الشيء إذا ضلته ، وفقد له أي: طلبه ، وكلا المعنيين متحقق في المفقود ، فقد ظل عن أهله ، وهم في طلبه (1).

أما التفقد فهو طلب ما فقدته ، وقيل: طلبه عند الغيبة، وعلى هذا يطلق المفقود على الضائع (2).

ويقال: فقدت الشيء إذا عدته أو أضعته ، ومنها قوله تعالى : << وقالوا نفقد صواع الملك >> (3).

وتأتي كلمة مفقود من مصدر فقده فقدا ، وفقد وفقدانا ، وفقودا ، وافقده، وهي كلها اشتقاقا لكلمة فقد ، وتأتي بمعنى: غاب عنه وعدمه .

وتقول العرب كذلك : أفقده الشيء أعدمه إياه ويقال: إمراة فاقد هي التي مات زوجها أو ولدها . (4).

2-إصطلاحا :

المفقود هو: الغائب الذي انقطع خبره فلم تعرف حياته أو موته (5)، ولا عبرة بمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان مجهول الحياة أو الممات ، فلو كان معلوم المكان ولكنه لا تعرف حياته أو مماته فيعتبر مفقودا (6).

ومنهم من عرفه بأنه : هو الغائب الذي لم يظهر بعد غيبته ولا يعرف مصيره إن كان على قيد الحياة أو أنه توفي، كمن يسافر مثلا وتتقطع أخباره أو يختفي إثر كارثة معينة ، أو يفقد في ساحة الحرب (7).

(1): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 277.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 199.

(3): سورة يوسف ، الآية 72.

(4): الأستاذ / فؤاد إفرام البستاني ، المرجع السابق ، ص 557.

(5): الإمام / ابن الهمام ، المرجع السابق ، ج 05 ، ص 368.

(6): الإمام / ابن عابدين ، المرجع السابق ، ص 328.

(7): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 171.

وعلى هذا أعتبر مفقودا كل من غاب مدة طويلة ولم تعلم حياته من موته ، ومهما كان سبب فقده كأن يكون غرق سفينة مثلا ، أو قد يكون أسير حرب ، أو خرج لقضاء حاجة معينة ولم يعد بعدها .
فكل الحالات السابقة يعتبر الشخص فيها مفقودا (1)، وقد تناوله قانون الأسرة في المواد (109 - 115) منه .

وقد عرفه في المادة 109 بقولها : >> المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم << .

ونلاحظ أن هذا التعريف جاء قاصرا نوعا ما ، بحيث أن التعاريف الفقهية والتي أوردناها سالفاً أدق منه، والسبب أنه قد يعرف مكان المفقود، لكن لا يعلم حياته من موته، وبالتالي لا عبرة لمعرفة المكان أو الجهل به إذا كان المفقود في حد ذاته مجهول الحياة أو الممات (2).

وأما المفتى به عند الحنفية هو تفويض الأمر إلى رأي الحاكم ، ينظر و يجتهد ويفعل ما يغلب على ظنه أنه المصلحة في كل زمان (3).

ويعرفه البعض أيضا : (المفقود هو المجهول الحال جهلا أدى إلى تزعزع مركزه الشرعي ، بحيث يعتبر حيا في حق نفسه ميتا في حق غيره، ويستمر على هذا الحال حتى يتأكد أمره بحكم قضائي) (4) .
باعتبار أن الحكم القضائي هو الذي يضمن عليه طابع الشرعية .

ولإعتبار أن بقاء المفقود إلى الأبد بدون حكم على وفاته، قد يلحق بذلك ضررا على أقاربه وبخاصة زوجته وأولاده ، ويدخل ضمن المفقود أيضا الأسير في الحروب، فيأخذ حكمه تماما بشرط أن لا يكون معلوم الحياة . حيث في هذه الحالة يبقى كل شيء على حاله من ميراثه للغير وكذا ميراث الغير منه ما دامت حياته وقت وفاة المورث متوافرة (5).

ثانيا : المدة التي يحكم القاضي فيها بموته :

المفقود عموما في الميراث قد يكون وارثا أو مورثا ، أو وارثا ومورثا معا .

فإن كان وارثا: فنصيبه الموقوف له يظل موقوفا إلى أن يظهر حيا ، فيرثه أو ميتا فلا يرث ، بل هو لورثة مورثه ، وهاته الحالة كما لو كان أحد الحفدة في الوصية الواجبة مفقودا، وكان مجموع سهامهم في التنزيل يفوق الثلث ، أو سهم كل واحد منهم يساوي الثلث ، ولتقويم المدة التي يعتبر فيها المفقود ميتا فإن القاضي يعتمد في ذلك على أمرين :

الأول : أن يقوم بإثبات بينة بموته بعد إقامة دعوى من ورثته ، أو بعضهم أمام القاضي ويحكم بموته بعد إثبات البينة (6).

(1)، (2): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 419.

(3): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 172.

(4)، (5): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 277، 278.

(6): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، نفس المرجع ، ص 425.

الثاني : أن تمضي مدة يغلب على الظن أن لا يعيش بعدها ، فيحكم القاضي بموته بعد إقامة دعوى من الورثة أو بعضهم .

وعليه يرى الفقهاء أنه إذا ثبتت وفاة المفقود بالبينة فإن حكم القاضي يستند إلى التاريخ الذي حددت البينة وفاته . وإن اعتمد الحكم على الإجتهد وغلبة الظن فهناك ، رأيان في ذلك ، حيث يذهب الإمام أبو حنيفة ومالك رحمهما الله إلى أن الحكم بموته يرجع إلى تاريخ فقدانه ، ويعتبر ميتا من تاريخ الفقد فلا يرث ممن مات قبل الحكم ويرث ورثته من تاريخ الحكم فقط (1) عند الشافعي وأحمد ابن حنبل، ويرث مال المفقود من كان موجودا عند تاريخ فقده .

وأما الإمام الشافعي، وأحمد ابن حنبل فيعتبران المفقود ميتا من تاريخ الحكم بوفاته، فيرث المفقود ممن مات قبل الحكم بوفاته ويورث من ماله ممن كان موجودا من ورثته عند الحكم بوفاته (2)، وعلى هذا كان اختلافهم حول المدة التي يحكم القاضي بها بموته، حيث لا بد من وضع حد لحياته ، لأن الغير يتضرر من حالة الجمود المستمرة، ولا يجوز أن تبقى الأمور معلقة إلى ما لا نهاية (3).

وعلى هذا يذهب المالكية: إلى أن المفقود على أربعة أصناف وهم :

- مفقود في أرض الحرب .
- مفقود في أرض الإسلام.
- مفقود في حروب المسلمين فيما بينهم .
- مفقود في حروب الكفار .

فحكم الصنف الأول والثاني في حق ماله أنه لا يقسم حتى يغلب على الظن وفاته ، وذلك من: (70 - 80) سنة .

وأما المفقود من الصنف الثالث فقبل يقسم ماله بعد وقف الحرب ، والتحري في شأنه ، و قيل بعد مضي سنة ، وهو كذلك في الصنف الرابع .

وأما الحنابلة: فيرون أنه ينتظر حتى يتيقن بموته ، وتمضي مدة لا يعيش أكثر منها ، وذلك راجع إلى رأي القاضي (4) . بخلاف لو غلب عليه الهلاك كغرق سفينة في البحر مثلا ، فهنا يحكم بموته بعد أربع سنوات (5).

(1): الدكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 200.

(2): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 425.

(3): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 172.

(4): الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 283.

(5): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، نفس المرجع ، ص 172.

ومنهم من قال لا يحكم بوفاته إلا بموت جميع أقرانه ،الذين ممن هم في بلده ،فلا يبقى منهم أحد (1) كما هو الحال عند الحنفية.

وعليه إذا مات الشخص موتاً حكماً كالمفقود في هذه الحالة، بأن غاب أربع سنوات أو فأكثر في حالة يظن فيها الهلاك طبقاً لقانون الأسرة الجزائري ، في المادة 113 منه ، والتي تنص على أنه : >> يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي يغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي ، في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات << .

ومن خلال هذا النص نجد بأن حكم القاضي هذا، بموت المفقود أمر جوازي ، وذلك بعد التحري ومتابعة مسألته بكل جدية وحزم ، ورغم ذلك فقد يجوز للقاضي أن يحكم عند بلوغه مدة فقد أربع سنوات، وينتظر مدة أخرى بعدها، باعتبار أن النص لا يلزم القاضي بالأربع سنوات حتى في الظروف الطارئة والإستثنائية أو الحروب، فيكون الأمر بذلك موكل للقاضي .

وأما في الحالة التي يغلب فيها السلامة ، فذلك يرجع للسلطة التقديرية للقاضي، وما يراه من أدلة تثبت موته أو عدمها ، أو مشكوك فيها، وبالتالي وجب التريث حتى تظهر أدلة جديدة قاطعة على وفاته. ونجد أن قانون الأسرة قد أخذ بمذهب الحنفية والحنابلة معا ، فأخذ بمذهب الحنفية من حيث ترك تقدير مدة الحكم بموته إلى أمر القاضي ، حسب ما يتبين لديه من أدلة وإثباتات .

وأخذ برأي الحنابلة كذلك (2). من حيث أنهم فرقوا بين مضمرة الهلاك من عدمه . فعند مضمرة الهلاك كالحالات الإستثنائية ، وحالات الطوارئ والحروب وغيرها ، هنا قالوا : يجوز للقاضي أن يحكم بموته بعد أربع سنوات من فقده(3).

وأما إن كان يغلب عليه السلامة فيفوض الأمر إلى القاضي ، حسب ما تتوفر لديه من حجج وبراهين ، تثبت صحة موته من عدمها .

وحالة الهلاك هاته كما بينا سابقا ، كحالات الحروب والصراعات الداخلية ، والكوارث الطبيعية وحكم القاضي في حياة أبيه أو أمه ، ولولم يكن مات حقيقة فإن أولاد المفقود (الحفدة) يجب لهم التسنيز أو الوصية الواجبة ، باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا يرث له من ذلك الأصل (4).

والمفقود إذا حكم بموته في حياة أبيه أو أمه ، فإنه على كل من الجد والجدة أن يوصي لفرع هذا الولد بقدر ما كان يستحقه من تركته ميراثاً، لو كان حياً عند موته (5).

(1):الذكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 425.

(2):الذكتور / محمد سعدة ، المرجع السابق ، ص 284.

(3):الذكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، نفس المرجع ، ص 419.

(4):الذكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 232.

(5): الذكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 249، 250.

وهذا لإعتبار أن حفدة المتوفي يستحقون وصية واجبة في تركته ، وذلك تعويضا لهم عما كان يمكن أن يؤول إليهم من ميراث أصلهم لو أنه كان حيا عند وفاة المورث (1).

لأنه كما سبق فالمفقود إذا حكم بموته في حياة أبيه أو أمه ، اعتبر ميتا من وقت الحكم بالنسبة لتركته ، ومن ثم فإن أولاد المفقود تجب لهم الوصية ، بإعتبار أنه شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا إرث له من ذلك الأصل (2)، وحتى ولو كان المفقود في الواقع حيا وجبت لأولاده تلك الوصية لأن العبرة بالحكم القضائي في اعتباره قد مات حكما (3). ولأن المفقود يعتبر حيا في حق نفسه وميتا في حق غيره (4)، وأما الحفدة ممن مات منهم قبل الحكم بموته فإنه لا يستحق شيئا .

ويعتبر هذا الأصل في المفقود ميتا من حين فقده بالنسبة لإرثه هو من غيره، لأن من شروط الإرث أن يكون الوارث حياة محققة وقت وفاة المورث ، وحياة أصلهم هذا المفقود من حين فقده إلى وقت الحكم بموته مشكوك فيها ، فلا يحكم بإرثه من شخص مات في هذه الفترة .

وعليه يتحقق شرط استحقاق التنزيل عن الوصية الواجبة لها الحفدة (5) .

وما يمكن ملاحظته كذلك بشأن المفقود عموما، أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليه في الكتاب الثالث المتعلق بالميراث ، كما فعل مع الحمل وغيره من المسائل الخاصة في الميراث ، إلا في نص واحد، وهي المادة 133 منه ، وأشار إليه في المادة 127 ، وجاءت هاتين المادتين قاصرتين في بيان كيفية توريث المفقود .

فكان أولى بالمشرع الجزائري أن يدرج فصلا خاصا بتوريث المفقود كما فعل مع الحمل ، وأدرج بعض النصوص الخاصة بالمفقود في الفصل السادس من الكتاب الثاني الخاص بالنيابة الشرعية، والمفقود يكون أقرب في أحكامه التي تثار في الواقع العملي إلى الميراث وليس إلى النيابة الشرعية ، إلا ما تعلق منها بمسائل الطلاق .

وعلى هذا لا نجد المشرع في قانون الأسرة يتناول أحكام المفقود بالنسبة للتنزيل أيضا ، بل لا يتطرق إليه ولو على سبيل الإشارة .

وعلى هذا اضطررنا لمعرفة أحكام المفقود بالنسبة للتنزيل الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومنها آراء الفقهاء على مختلف المذاهب ، وبخاصة فيما يتعلق بميراث المفقود عموما، لعلنا نجد في ذلك بعض الأحكام التي تشير إلى ذلك ، وحاولنا قدر المستطاع قياس توريثه في مسائل التنزيل على مسائل الميراث .

(1): الأستاذ المحامي / هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 257.

(2): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 168.

(3): الدكتور/ محمد زهنور ، المرجع السابق ، ص 115.

-الشيخ/ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق ، ص 179.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 171.

(5): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 375.

ثالثاً : حكم ظهور المفقود (أصل الحفدة) حيا بعد الحكم بوفاته .

يرى الفقهاء بأنه إذا حكم القاضي بموت المفقود وكان مورثا -كسرا- ، وقد قسم ماله على ورثته ثم ظهر حيا أخذ ما وجده (1) من ماله بعينه ، لأن القاعدة المقررة قفها أن المفقود بالنسبة لأمواله يعتبر حيا مدة فقده باستصحاب الحال، حتى تقوم البينة على وفاته ، أو يحكم القاضي بوفاته، فلا يقسم ماله بين الورثة وينفق القاضي من ماله على زوجته وأصوله وفروعه فقط، وينصب القاضي وكيلًا عنه يقبض ديونه ويحفظ ماله .

وعلى هذا فلو حكم القاضي بموته حكما اجتهاديا على ما توفر لديه من إثبات ، يرث ورثته من تاريخ الحكم فقط ، وعليه إذا ظهر المفقود حيا بعد الحكم بموته وقسمت تركته بين ورثته رد إليه ما بقي من أمواله في أيديهم (2) ، وبذلك يستردها المفقود منهم ما لم يكونوا تصرفوا بها ، وعندها لا يسعه مطالبتهم بشيء (3) ، لأنه تبين عدم صحة انتقال ملكه إلى غيره ، ويرجع عليهم فيما استهلكوه أو تصرفوا فيه ، بمثل مثل وقيمة المتقوم لتعذر الحصول على عين ماله .

وعليه لا ضمان له عليهم فيه ، وهو ما ينطبق فعلا على حال الحفدة في المقدار الذي أخذوه على أنه وصية واجبة، والفرق بين الحالتين :

هو أنه إذا كان المفقود مورثا -كسرا- فماله ثابتا له قبل فقده (4) ، وبعده فهو المالك له ، فلا ينتقل إلى ورثته إلا إذا مات ، والحكم بموته كان قائما على الظن لا على اليقين ، ولأن الورثة تملكوه بحكم قضائي ، وتصرفوا فيه بمقتضى هذا الحكم ، فالحكم في هذه الحالة مثبت للوفاة ومنشئ لها ، وليس مظهرا للموت الذي وقع قبل صدور الحكم (5).

وعليه فمادام الحكم القضائي قائما على الظن ، واليقين أنه حي الآن فوجب أن يعامل معاملة الأحياء، وبالتالي لا ميراث لغيره منه ، لأن التنزيل سبب من أسباب كسب الملكية بالوفاة ، وما دام أنه لا توجد وفاة فلا تنزيل أيضا .

أما إذا كان وارثا فلا يعلم عنه شيء بعد فقده ولا بعد موت مورثه ، ولا ندري أحي هو أم ميت وقد وقف له نصيبا على الظن ، والملك لا يثبت بالظن ، إنما يثبت بالعلم واليقين ، فملكه كان غير ثابت وإنما وقف له نصيبه له احتياطا لإحتمال أنه حي ،ولو طبقنا هذا على مسألة الميراث التي بها حفدة منزلين فإنه استنادا لما ذهب إليه البعض من الفقهاء المتأخرين (6) على أنه إذا أخذ أولاد المفقود الوصية

(1): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، المرجع السابق ، ص 420.

(2): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 241.

(3): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 173.

- الدكتور / محمد محنة ، المرجع السابق ، ص 284.

(4): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأصله ، نفس المرجع ، ص 421.

(5): الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 201.

(6): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 232.

الواجبة ثم ظهر بعد ذلك هذا المفقود وهو أبوهم أو أمهم حيا ، فإنه يرث ويأخذ نصيبه من التركة ويرجع على باقي الورثة فيما بقي لنيه من أعيان لإكمال نصيبه من تركة أصله المتوفي إلا ما استهلك، طبقا للمادة 115 ق.أ بقولها : << لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها >>. وعلى هذا يبطل التنزيل (الوصية الواجبة) (1) ، لأنه خلف و عوض عن ميراث أصلهم وقد وجد ، ويؤخذ مقدار التنزيل أو ما بقي منه في أيديهم وفي هاته الصورة لا ضمان عليهم فيما استهلكوه أو تصرفوا فيه(2)، لأنه كان على إعتبار أنهم أصحاب ملك فلا تعد منهم. وإذا انتفى التعدي انتفى الضمان (3)، وهي ما تسمى بقاعدة الضمان في الفقه الإسلامي .

ولكن بالرجوع لنص المادة 115 السابق ذكره فنجده يضمن - بكسر الميم- الحفدة (قياسا على الورثة) فيما تصرفوا فيه عن طريق البيع ، وهو أخذ بذلك برأي المالكية . حيث أنهم يرون بإسترجاع تلك الأموال التي استهلكت مطلقا ، وذلك برجوعه عليهم فيما تصرفوا فيه بمثل مثل وقيمة المتقوم لتعذر الحصول على عين ماله، لأنهم يرون أنه تبين عدم صحة انتقال ملكه إلى غيره .

رابعا : كيفية توريثه.

إذا كان بين الحفدة في مسألة التنزيل مفقود فيطبق بشأنها أحكام الميراث فيما يتعلق بالمفقود بإعتبار أن نصيب الحفدة المنزليين من مناب مورثهم -كسرا - المباشر (الأب أو الأم)، فيقسم قسمة ميراث ولهذا وجب مراعاة الأحكام الآتية :

-تحل مسألة التنزيل حلين : حل على فرض حياته وحل آخر على فرض مماته (4).
فإن كان محجوبا من الميراث فلا شيء له ، كأن يكون فرع الحفيد محجوبا بالأقرب منه لإعتبار أن الفرع يحجب فرعه الأقرب منه ، لكن لا يحجب بأي حال فرع غيره (5).
وأما إن كان وارثا وحده أو معه غيره لكن محجوب به وقفت التركة كلها له وحده (6)، فإن ظهر حيا أخذها أو ميتا فللفرع الذي بعده وكان محجوبا به، والتركة هنا نقصد بها محل التنزيل (الوصية الواجبة) المقدر في حدود ثلث تركة الجد أو الجدة .

(1): الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 257.

(2): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 179.

- الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 173.

(3): الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 249.

- الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 375.

(4): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق ، ص 422.

(5): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 159.

- الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 170.

(6): الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 202.

وأما في حالة لو ورث هذا الحفيد المفقود مع غيره، وقف له نصيبه في محل التنزيل، ويعامل بقية الحفدة من إخوته المستحقين للتنزيل بالأضر (الأقل) ، أي أسوأ التقديرين (1).

فمن إختلف نصيبه أخذ الأقل ، ومن لم يرث على أحد الحاليين فلا يرث ، ومن لم يختلف نصيبه أخذه كاملاً، وإن ظهر حياً أخذ نصيبه الموقوف له ويعامل بقية الحفدة بالحل الذي قدرنا فيه حياته ، وإن مات أو حكم القاضي بموته عومل الورثة (الحفدة) بالحل الآخر الذي قدرنا فيه موته ، ونقسم نصيبه الموقوف له على ورثة مورثه .

وأما المقدار الذي هو موقوف له فيتم حفظه وإدارته وفق ما نصت عليه المادة 111 ق.أ بقولها : >> على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود ، وأن يعين في حكمه مقدماً من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود، ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع، مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون << .

ومع العلم أن المادة 99 هاته تتحدث عن كيفية تعيين هذا المقدم وكذا عمله ، وبالتالي فإنه على القاضي أن يعين هذا المقدم لإدارة أموال المفقود من الحفدة حتى يتبين أمره أهو حي أم ميت أو يحكم القاضي بموته طبقاً للمادتين 113 ، 114 من هذا القانون وسبق بيانهما .

وعلى هذا يمكن القول بأن مسألة التنزيل التي فيها أحد الحفدة مفقود تسري عليها القواعد العامة للميراث الخاصة بالمفقود .

(1): الدكتور/ محمد محنة ، المرجع السابق ، ص 278.

المبحث الثاني طرق حل مسائل التنزيل.

سوف نتناول في هذا المبحث الكيفيات والقواعد التي على وفقها يتم استخراج مقدار التنزيل، سواء ما تعلق الأمر بالمسائل التي تتناول التنزيل فقط ، أو ما اختلط معه من وصايا اختيارية، حسب الحلول التي اقترحها فقهاؤنا المتأخرين، وعلى هذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين ، نتناولهما وفق الشكل الآتي :

المطلب الأول الطريقة التقليدية .

سوف نتناول في هذه الطريقة حلين رئيسيين كان معمولاً بهما قبل اكتشاف الطريقة الحديثة في حل مسائل التزويل ، وبالأخص عند التشريعات العربية التي سبقتنا لذلك ، علماً أن المشرع الجزائري لم يتناول من خلال قانون الأسرة هذا على الإطلاق .
أولاً : الحل الأول.

أن يفرض الفرع المتوفي حياً وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه ميراثاً (1) وفي حدود ثلث التركة ، وسوف يتضح هذا من خلال المثال الآتي :

توفي رجل عن : زوجته ، أمه ، وأبيه ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن (توفي أبوها في حياة جدها) ، وترك ذلك المورث -كسراً - تركة قدرها 360 هكتاراً من الأراضي غير المبنية ، فإننا إن فرضنا الإبن المتوفي حياً وقسمنا ذلك سيكون بعد استخراج السهام ما يخص الزوجة هو : 45 هكتار ، وما يخص الأم : 60 هكتار . والأب كذلك : 60 هكتار ، ويكون الباقي للأولاد ، للذكر مثل حظ الأنثيين ومعهم المتوفي الذي فرض حياً ، ويكون ما يخصه : هو 78 هكتاراً تكون من نصيب ابنته المنزلة مقامه وهذا وفق الحل الآتي :

	زوجة	أم	أب	بنت	ابن	بنت ابن(منزلة).
أصل المسألة = 24	8/1	6/1	6/1		ع	
	3 * 5	4 * 5 + 5 * 4	+	5 * 13	= 24	
بالتصحيح 3=120/360	15	20 + 20	+	65	= 120	
	15	20 + 20	+	3 (26+26+13)	= 120	

عن طريق ضرب كل سهم من سهام الورثة في 3 نجد مايلي :

زوجة : 15 * 3 = 45 هـ ، البنت : 13 * 3 = 39 هـ .

الأم : 20 * 3 = 60 هـ ، الابن : 78 هـ .

الأب : 20 * 3 = 60 هـ ، بنت الابن المنزلة : 78 هـ .

لكن ما نلاحظه من خلال هذا الحل أن ضرر التزويل لحق ببعض الورثة دون غيرهم (2)، فقد تضرر العصبية وحدهم دون أصحاب الفروض ، فهذا الحل إذا لا يتوافق مع الطبيعة القانونية للتزويل

(1): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 260.

(2): الدكتور / محمد محنة ، المرجع السابق ، ص 308 .

- الشيخ / محمد أبو زهرة ، التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص 248.

لإعتبار أنه من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة (1)، بل هو مقدم عليها .

وكما ذهب أيضا المتأخرين منهم (2) على أنه يجب أن يأخذ الحفيد على أساس نظام الوصايا عموما ، والتنزيل منها ، لأن الوصية تقتضي أن تنقص أنصبة الورثة أجمعين ، وهنا عندنا في هذا المثال أصحاب الفروض لم تتغير أنصبتهم بما أخذته بنت الإبن في منزلة أبيها ، فلم ينقص بذلك إلا نصيب الأولاد، فقط وزيادة على ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الإبن يعطى ميراثه على أنه موجود، والورثة يأخذون أيضا على أساس أنه موجود ، فيكون بذلك إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا ، وقد ثبت ميراثهم بنص الكتاب والسنة (3).

ومثال ذلك : كان يكون في المسألة زوجة وأربع بنات ، وأخت شقيقة، وبنت ابن توفي أبوها في حياة جدها ، فإننا لو أخذنا بهذا الحل لأخذت البنات بالتعصيب مع الإبن الذي نزل منزلته البنت ، وبالتالي تحجب الأخت الشقيقة ، وهي وارثة شرعية، فحجبت لأجل فرض الإبن الميت حيا ، وبالتالي نحرمت وارثا ورثه الشارع ونورث من حرمة الشارع ، وهذا ما لا يجوز شرعا وقانونا ، كما يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب لأجل هذا الميت الذي افترضنا حياته .

ومع أن إرادة المشرع أيضا تتنافى مع هذا الغرض لأن التنزيل شرع - بكسر الراء - لمعالجة مشاكل الحفدة، لا لإثارة المشاكل داخل الأسرة الواحدة، وبإعتبار أن الوصية الواجبة ليست ميراثا (4) واستنادا إلى تلك الأسباب رفض هذا الحل من قبل الفرضيين وفقهاء الشريعة المتأخرين.

ثانيا : الحل الثاني

أن يفرض أن الوصية الواجبة هي وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكأن المشرع أراد أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفي في حياة أبويه ، تكون له وصية واجبة بمثل نصيب الإبن ، وإذا كان الموجود فرع بنت توفيت في حياة المورث ، فإن المشرع يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت (5)، وعلى هذا سوف نعطي مثالا لكي يتضح الأمر أكثر .

توفيت امرأة وتركت : زوجا ، بنتا ، ابنا ، بنت ابن (توفي أبوها في حياة جدها) .

وخلف تركة تقدر بـ : 90000 د.ج. وعليه يكون الحل كالآتي :

للزوج -1- وللبنات -1- وللابن -2- ثم يضاف مثل سهام الابن وتقسمة التركة على -6- وكأنها

عائلة .

(1): العلامة الإمام / محمد الصادق الشطي ، المرجع السابق ، ص 148.

-الدكتور/ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -الميراث والوصية - المرجع السابق ، ص 188.

(2): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 185.

(3): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 306.

(4): الأستاذ المحامي / هشام قبلان ، المرجع السابق ، ص 60.

(5): الشيخ / محمد أبو زهرة ، التركات والموارث، المرجع السابق ، ص 249.

لا يفرض هنا المتوفي حيا كما في الحل السابق ، بل تحل المسألة بين الأحياء فقط إلا أننا بعد ذلك نفرض لبنت الإبن نصيب الابن ، وأبوها لا يدخل في المسألة بإعتباره ميتا .

زوج	بنت	ابن	أصل المسألة 4
$\frac{1}{4}$	ع		
1	+	(2)3(1)	= 4
1	+	2+4= 2+2+1	= 6
$15 * 1$	+	$15 * 2$	+
$15 * 1$	+	$15 * 2$	+
$15 * 1$	+	$15 * 1$	+
$15 * 1$			= 90

فيكون للزوج الربع (4/1) والباقي للابن والبنت تعصيا (للذكر مثل حظ الأنثيين) ، ويكون أصل المسألة 4، للزوج -1-، و للبنت -1- ، و للإبن -2-، ثم يضاف مثل سهام الإبن، و تقسم التركة على ستة و كأنها عائلة، فبعد تقسيم التركة على ستة يخرج جزء السهم ، ثم نضربه في كل سهم من سهام الورثة ليخرج نصيب كل وارث فيكون مايلي :

زوج : 15000 د.ج ، بنت : 15000 د.ج ، الإبن : 30000 د.ج ، وبنت الإبن المنزلة : 30000 د.ج.

وهذا الحل غير مقبول أيضا ، حيث نجد أن البنت المنزلة تأخذ أكثر من أبيها لو كان حيا وهذا غريب في ذاته ومجاف للقواعد المتبعة في تفسير القوانين (1). إذ أن البنت تأخذ بإسم أبيها فتأخذ ما كان يستحقه ميراثا لو كان حيا فكيف تأخذ أكثر منه (2)، وهذه الزيادة نجدها في كل المسائل التي يكون فيها استحقاق الفرع في حياة أبيه أو أمه لا يتجاوز ثلث التركة إن كان حيا (3). ومع أن الباعث من تشريع التنزيل هو تعويض الفرع عما فاتته من ميراثه أصله . فهو إذا يأخذ بإسم أصله ، فكيف يسوغ أن يأخذ أكثر منه ؟ (4).

وتلك الزيادة إنما جاءت بسبب أن نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلا ، فتكون للواحد حصة من السهام كبيرة ويكون ما يقابلها من التركة كبيرا ، ولو أضفنا مقدار ما خص أحدهم إلى سهام التركة .

بينما إذا فرض الولد موجودا ، وذلك يظهر جليا من المثال السابق على اعتبارها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، لكن الأمر يختلف لو فرضنا أن المتوفي في حياة أصله موجودا وأدخلناه مع الورثة في المسألة ستكون القسمة على بنت وابنين .

(1): الأستاذ المحامي / هشام قيلان ، المرجع السابق ، ص 61.

(2): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 242.

(3): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 186.

(4): الأستاذ المحامي / هلال يوسف إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 267.

ولأنه كلما قل عدد الأفراد في نصيب واحد يزيد حظهم في المال والعكس صحيح ، فهناك تناسب عكسي بين الطرفين .

وعلى هذا فإن التسوية التي أرادها من يرون بالحلول التقليدية هاته، حيث يشترطون التسوية بين ما يأخذه الفرع بنصيب أصله لا تتحقق إلا إذا كان نصيب الأصل أقل من ثلث التركة، وعليه فإذا كان أكثر من الثلث فإنه سيرجع إلى الثلث ، وهنا ينتفي التساوي بين الفرع ومن يساوي أصله .

ومع أن نص المادة 170 ق.أ صريح في أنه يجوز إنقاص نصيب الحقة عما كان يستحقه أصلهم ميراثا لو كان حيا، بإعتبار اشتراطها ذلك في حدود ثلث التركة .

والتسوية إنما تعني جعلهم ورثة حقيقيين يحلون محل مورثهم، والقانون لا يريد ذلك، بل لا يملك أيضا كان أن يورث أشخاصا حرمهم الشارع من الميراث (1).

المطلب الثاني

الطريقة الحديثة .

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على إختيار أي طريقة من هذه الطرق المعتمدة في حل مسائل التنزيل ، بل لم يتعرض نهائيا لكيفية حل مسائله .

ولكن بتفحصنا لمواد التنزيل ولا سيما المادة 170 منها ، نجد بأنها تتوافق مع الطريقة الحديثة والتي أخذ بها معظم الفقهاء الذين يقولون بالتنزيل (الوصية الواجبة) ، بإعتبارها تساير وتتماشى وروح التشريع، وتحقق الحكمة التي شرع من أجلها التنزيل دون زيادة أو نقصان، وهاته الطريقة أيضا منبثقة من الطبيعة القانونية للتنزيل بإعتباره وصية قانونية، وليس ميراثا ، وعلى هذا لزم أن يخرج قبل الميراث لما ذهب إليه كثير من الفقهاء بإعتباره من باب الوصايا ، وبالتالي يأخذ حكمها في هذه الحالة بأن يجري على اصولها (2).

وعلى هذا وجب وراعاة القواعد المعتمدة في مسائل التنزيل ، وهذا طبقا للمواد (169 ، 170 ، 171) وهي كمايلي :

1- إن مقدار التنزيل هو ما كان يستحقه هذا الولد المتوفى في حياة أبيه أو أمه من ميراث لو كان حيا دون تجاوز ذلك (3).

(1): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 388.

(2): العلامة الإمام / محمد الصادق الشطي ، المرجع السابق ، ص 148 .

-الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 294 ، 295.

(3): الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 267.

2- إن هذا المقدار يجب أن لا يزيد عن ثلث التركة كلها زاد نصيب الولد المتوفى، وهذا يعني أننا نقيم موازنة بين نصيب هذا الولد المتوفى وثلث التركة، ونجعل أقلهما هو مقدار الوصية القانونية (1).

3- إن التنفيذ يكون على أساس أن الخارج هو وصية لا ميراث (2)، وهذا يدل على أن التنزيل يخرج قبل توزيع الميراث ليدخل الضرر على عامة الورثة دون البعض (3).

والحل الوحيد الذي يتماشى مع ما سبق ذكره (4)، هو أن نفرض الولد الذي مات في حياة أصله (أبيه أو أمه) حياً، ثم نقسم التركة على هذا الفرض، لنعرف مقدار ما كان يستحقه ثم نوازن بين هذا النصيب وثلث التركة، ونجعل أقلهما هو مقدار الوصية فنعطيه لأولاده، ثم نقسم باقي التركة على كل الورثة الحقيقيين دون مراعاة للتنزيل، وكأن التركة جديدة بالنسبة لهم وعدم إعتبار الولد المنزل، وكأنه غير موجود نهائياً، حتى يمكن بذلك تقديم الوصايا على الميراث وتنفاذ من جعلها في مرتبة واحدة لأن في هذا مخالفة للنص (5) الصريح في القرآن والسنة، وبهذا نكون قد أعطيناهم مثلما كان يستحقه أصلهم من ميراث لو كان حياً في حدود الثلث، ولا توجد صورة من الصور يأخذ فيها الفرع أكثر مما كان يستحقه الأصل.

وكما أنها لم تهمل هاته الطريقة غرض المشرع ومقصده، ولم يترتب عليها إسراف في الإعطاء الذي لم يقصده القانون بل وقفت به عند الحاجة التي حددها (6).

ومضمون هذه الطريقة هو أن يفرض المتوفى في حياة والده حياً ويعطى نصيبه ثم يخرج ذلك النصيب من التركة بشرط ألا يزيد على الثلث ويعطى للحفدة، ثم يقسم باقي التركة بين الورثة من غير نظر إلى الولد المتوفى الذي فرض حياً (7).

وتفصيل هذا وفق الحلين الآتيين:

أولاً : الحل الأول :

نبين وفقه نصيب المنزل عن طريق فرضه حياً ونقدر نصيبه لو كان موجوداً، وبعد ذلك نقوم بخصمه من كامل التركة، ثم بعدها نحل المسألة وكأن المنزل غير موجود نهائياً، وبه نجمع بين التنزيل

(1): الدكتور/ محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 160.

(2): الدكتور / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 125.

(3): الدكتور/ بدران أبو العيين بدران، المرجع السابق، ص 173.

(4): الشيخ / محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 186.

(5): الدكتور/ محمد محدة، المرجع السابق، ص 306.

(6): الدكتور/ مصطفى شلبي، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 388، 389.

(7): الدكتور / وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، نفس المرجع، ص 125.

وعدم حجب من ثبت ميراثه بالقرآن دلالة قاطعة (1).

مثال : هلك وترك ، زوجة ، ست بنات ، وأخت شقيقة ، وبنت ابن (توفي قبل وفاة مورثه) .

فيكون الحل كالآتي :

زوجة	ست بنات	بنت ابن (منزلة)	أخت شقيقة	أصل المسألة 8.
8/1	ع	م		

$$8 * 1 + 7 * 8 = 8 * 8 = \text{تصحيح المسألة}$$
$$8 + 6 * 7 + 14 = 64 =$$

وعليه يكون للزوجة : $8/1 -$ فرضا $= 1$ ، وللبنات الست مع بنت الابن المنزلة منزلة الإبن الباقي تعصيبا ، وأما الأخت الشقيقة فمحبوبة في هذه الحالة ، فيكون أصل المسألة 8 وصحح إلى 64 ليصبح للزوج ثمانية أسهم ، وللبنات الست مع بنت الإبن المنزلة 56 سهما لكل بنت منها سبعة أسهم ولبنات الابن 14 سهما .

ثانيا : الحل الثاني :

بعد عملية التتزيل التي قمنا بها في الحل الأول ، وبعد خصم مقدار نصيب بنت الإبن المنزلة من مجموع التركة ، نكمل ما تبقى من حل المسألة ككل ، وذلك بتقسيم التركة من جديد على الورثة الحقيقيين والموجودين فعلا ، وعدم إلحاق المنزليين -فتحا- بهم نهائيا ، وكأن التركة قسمت ابتداء ، فيعامل المنزل -فتحا- في هاته الحالة كأنه معدوم (2).

وكل بحسب نصيبه المقدر له شرعا فيكون كالآتي :

للزوجة : $8/1$ ، للبنات الست : $3/2$ فرضا $= 16$ ، والأخت الشقيقة : الباقي تعصيبا (عصبة مع الغير) $= 5$ ، وأصل المسألة هو : 24 ، والذي بقي من السهام بعد خصم مقدار بنت الإبن المنزلة من التركة هو : 50 سهما يقسم بين الورثة الحقيقيين . أي $64 - 14 = 50$ ، وهذا كله حتى يلحق ضرر التتزيل بعامة الورثة (3) . ولكي يتضح المقصد أكثر نقوم بحل الامثلة الآتية :

(1): الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 307.

-الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 389.

-الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 174.

-الدكتور/ محمّد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 160 ، 161.

(2): الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 186.

-الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 223.

(3): الدكتور/ محمد محدة ، نفس المرجع ، ص 300.

-الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، نفس المرجع ، ص 184.

-الأستاذ المحامي / هلال يوسف ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 267.

المثال الأول : هلك وترك ، بنتين ، وابنا ، وأبا ، واما، وبنت ابن (توفي أبوها في حياة جدها) وخلف تركة قدرها: 270 هـ . ففي المرحلة الأولى : نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا ، ونحل المسألة على الشكل الآتي :

أب أم بنتين ابن بنت ابن (منزلة منزلة أبيها) أصل المسألة 6

ع 6/1 6/1

بعد تصحيح المسألة نجد : $3*6 = 4*3 + 1*3 + 1*3$

$18 = 4 + 4 + 4 + 3 + 3$

فيكون للأم : 6/1 = ثلاثة أسهم ، للأب : 6/1 = ثلاثة أسهم ، وكل بنت : سهمين ، وكل ابن : أربعة أسهم .

وأصل المسألة: ستة، صحح إلى ثمانية عشر ، ويكون ما يخص الإبن الذي فرض حيا من التركة : هو 4 من 18 .

وفي المرحلة الثانية من حل المسألة : نقوم بإخراج من التركة ذلك المقدار المحدد لهذا الحفيد وهي : بنت الابن المنزلة فيصبح كمايلي : $270 * 18/4 = 60$ هـ . وهذا هو المقدار الشرعي للتنزيل ونقوم بخصمه من مجموع التركة فيكون : $270 - 60 = 210$ هـ .

والباقى بعد عملية الطرح هو المقدار الجديد للتركة ، وتصبح كأنها التركة ابتداء .

وهذا يكون في حالة ما إذا كان مقدار نصيب هذا الحفيد المنزل الثلث فأقل ، لأنه إن كان أكثر من ذلك لأنه إن كان أكثر من ذلك لم يستزل إلا الثلث ، هذا يعني أننا دائما نقوم بعملية موازنة بين هذا المقدار وثلث التركة، وفي كل الحالات (1).

وفي المرحلة الثالثة من حل المسألة: يقسم الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذي فرض حيا، فيكون للأب : 6/1 ، وللأم مثله ، وللبنات والابن الباقي تعصيبا (للذكر مثل حظ الانثيين) . فيكون أصل المسألة 6 ، للأم -1- ، وللأب -1- ، وللبنات -2- ولكل واحدة من البناتين -1- ، فتأخذ الام : 35 هـ ، والأب : 35 هـ ، والبنت: 35 هـ ، والابن : 70 هـ .

وهذا هو الحل السليم الذي يتفق مع روح القانون ويحقق شروط وقواعد التنزيل ، ويتمشى مع حكمة تشريعه وطبيعته القانونية ، والتي وصفها بعض الفقهاء والباحثين على أنها تتفق مع القواعد التي وضعها القانون ، وتستفاد من بعض عباراته (2).

وأما لو اجتمع إنزالين في مسألة واحدة ، وفريضة واحدة ، كمن ترك ثلاثة أبناء وأنزل حفيدا له منزلة ابنه، (وهو الأصل في ذلك)، ثم أنزل حفيدا له آخر مثل ذلك، فيكون مناب المنزل منزلته لا يعرف إلا بعد إخراج وصية التنزيل ، حتى تدخل ضمن الوصايا وتخرج بذلك قبل الميراث .

(1): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والوقف ، المرجع السابق ، ص 244.

(2): الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 177.

فيلزم بالضرورة زيادة ولدين على الثلاثة أبناء، وهم أصل الورثة، وتكون إما زيادة الولد الأول
فلتحريز مناب المنزل منزلته بوصية التنزيل ، وإما زيادة الولد الثاني لإخراج مقدار التنزيل ، ويكون
مجوع الإنزالين في حدود ثلث التركة يتقاسموه بينهم كل حسب نصيبه فيها (1) .

المثال الثاني : توفي عن : زوجة ، ابن ، ابن بنت (توفيت في حياة أبيها) ، والتركة : 192 هـ .

تقسم التركة على فرض وجود البنت التي توفيت في حياة أبيها، وهذا على الشكل الآتي :

زوجة	ابن	بنت	أصل المسألة 8
8/1	ع		جزء السهم = 8/192 = 24 .
1	7	8=	
24	168	192= هـ .	

نقوم بقسمة نصيب البنت و الإبن و هو : 168 هـ على 3 = 56 ، فيكون هو نصيب البنت، فيعطى
لابنها تنزيلا ، لأنه لا يزيد على ثلث التركة بل أقل منه.

و في المرحلة الثانية : نقسم الباقي و هو : 136 هـ على الورثة الحقيقيين دون مراعاة للمنزل نهائيا.

فيكون مايلي : زوجة ابن أصل المسألة 8

زوجة	ابن	أصل المسألة 8
8/1	ع	
1	7	8 =
17	119	136 = هـ .

المثال الثالث : توفي عن : أم ، ابن ، ابن ابن ، بنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث
، وترك 240 هكتار من أراضي فلاحية ، فنجد في هذا المثال أنه يجب التنزيل لابن الابن ولبنت ابن
الابن ، لأنهما لا يرثان ولا يحجب أحدهما الآخر، لأن كلا منهما من فرع مستقل عن الآخر .

وعليه نقسم التركة على فرض وجود الابنين معا ، فيكون مايلي :

أم	ثلاثة أبناء	أصل المسألة 6
6/1	ع	
1	5	3 * 6 =
3	15	18 =

وبذلك يخصص كل ابن خمسة أسهم ، ويكون نصيب الإبنين على هذا : عشرة أسهم وهو أكبر من
الثالث فيرد إلى الثلث ، فيكون لهما ثلث التركة : 240 / 3 = 80 سهما . يعطى ابن الإبن منها أربعين
هكتارا وبنت الابن مثله ، ثم يقسم الباقي وهو : 160 هـ على الورثة الحقيقيين دون مراعاة للمنزلين
نهائيا .

(1): العلامة الإمام / محمد الصائغ الشطي ، المرجع السابق ، ص 152.

ثالثا : تطبيقها على مسألة اجتمع فيها التتزيل مع وصية اختيارية :

واما لو اجتمعت وصية واجبة مع اخرى اختيارية في مسألة واحدة، وبالتالي لزم معرفة الطريقة التي يتم بها حل مسألة التتزيل في هاته الحالة .

فلما كان من المقرر أن تنفيذ التتزيل مقدم على تنفيذ الوصايا الاختيارية عند التزام (1)، بحيث إذا استوعب الثلث جميع الوصايا (الواجبة والاختيارية) نفذت كلها ، وإن لم يستوعبها نفذت الوصية الواجبة أولا ، ثم بقية الوصايا بحسب أحكام التزام الوصايا (2).

وعليه فالكل ينفذ في حدود ثلث التركة ، ولذا فقد يختلط الأمر على المطبقين خاصة ، فيقومون باستخراج مقدار التتزيل مباشرة من التركة دون مراعاة لتلك الوصية الاختيارية، وهم يعتبرون أن التتزيل أقوى من الوصية الاختيارية، بإعتباره وصية قانونية واجبة فقدا عليها بنص القانون .

فهذا الإستدلال وإن كان في مجموعه هو في غاية الصواب، لكن عند التفصيل من حيث التطبيق العملي لأحكام التتزيل نجد خلاف ذلك ، وهذا راجع بطبيعة الحال دائما إلى الطبيعة القانونية للتتزيل وكذا حكمة مشروعيته .

فهاتين النقطتين كما أسلفنا، هما المحدد الرئيسي لنظام التتزيل، بحيث لو عملنا بظاهر تلك النصوص لأخذ المنزليين أكثر مما كان يستحقه أصلهم لو كان حيا، ودون تجاوز ذلك ثلث التركة في مجموعها وهو ما يؤثر على مقدار الوصية الاختيارية ، فيأخذ المنزليين من الحفدة مقدار التتزيل زائدا عليه جزء من مقدار الوصية الاختيارية، وكما أنه قد يأخذون المقدار كله ، ونجد في نهاية الأمر أن هذا الفرع قد أخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو كان حيا أثناء وفاة مورثه .

وفي هذا خروج صريح على الشروط والقواعد التي حددتها النصوص القانونية للتتزيل في المواد من (169 - 172) ق.أ .

بالإضافة إلى ما سبق بيانه فإن الميراث في حقيقته لا يكون إلا بعد تنفيذ الوصية عموما ، وبالتالي فالأصل أن ما كان يستحقه هذا الفرع المنزل من ميراث أصله لا يكون إلا بعد تنفيذ الوصية (3) . وهذا نتيجة لأن القانون قدرها بمثل ما كان يستحقه أصل الفرع ميراثا ، لكن في حدود ثلث التركة كلها .

وعليه لا يمكننا العمل بذلك مطلقا دون مراعاة لهذه القواعد ، ولأن التتزيل إنما يجب عوضا وخلفا عن الميراث، والخلف لا يجوز أن يزيد عن الأصل بأي حال من الأحوال .

(1): الدكتور/ مصطفى السباعي ، والدكتور/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 364.

-الدكتور/ عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 82.

(2): الدكتور / وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، المرجع السابق ، ص 125.

-الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 226.

-المستشار / فتحي حسن مصطفى ، الملكية بالميراث ، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالأسكندرية ، مصر 1991 ، ص 246.

(3): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 409.

-الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 306.

وعليه لحل مثل هاته المسائل نزيد خطوة أخرى في بداية الحل السابق في مسائل التنزيل منفردا، حتى يمكن استخراج مقدار التنزيل (الوصية الواجبة) مع مقدار الوصية الاختيارية ، وذلك حسب المقدار المحدد لكل منهما.

وفي نهاية الأمر سنجد أنفسنا قد عملنا بمقتضى نصوص القانون، وذلك بتقديم التنزيل على الوصية الاختيارية ، وهذا يظهر تلقائيا كما سنبين من خلال حلنا لبعض المسائل المشتملة على تنزيل ووصية اختيارية ، وسوف نتبع في ذلك الخطوات الآتية (1) :

أ - نقوم بإخراج مقدار الوصية الاختيارية وخصمه مبدئيا من مجموع التركة إذا كان في حدود الثلث وإلا فالثلث (2)، وهذا بطبيعة الحال لا يتوقف على إجازة الورثة سواء أكانت بمبلغ معين من المال أو بسهم شائع ، أو بمثل نصيب أحد الورثة، ما دامت في حدود ثلث التركة .

ب - نفترض حياة أصل المستحق للتنزيل، سواء كان واحدا أو أكثر في مسألة الورثة ثم نقسم الباقي من التركة (بعد تنفيذ الوصية الاختيارية مبدئيا) على الورثة، بما فيهم ذلك المفروض حياته (3)، لمعرفة نصيبه لو بقي حيا وقت وفاة مورثه .

وبعد معرفته يعطى لقرعه إن كان في حدود ثلث التركة في مجموعها ، أي بما فيها مقدار الوصية الاختيارية الذي تم خصمه في البداية من التركة ، بحيث إذا زاد مقدار التنزيل عن هذا الثلث يرجع إليه ليعطى للمنزلين وتسقط الوصية الاختيارية، لإستغراق الثلث بأنصبه المنزلين ما عدا إذا أجازها الورثة(4).

ج- نقارن مقدار التنزيل بثلث التركة كلها، بحيث نخصمه منه والفارق بينهما هو ما تبقى للوصية الاختيارية، وإن استغرق كل الثلث فلا شيء لها كما سبق بيانه .

د- يقسم الباقي من التركة بعد تنفيذ التنزيل والوصية الاختيارية على الورثة الحقيقيين فقط وكان التركة لم يكن بها منزلين نهائيا .

وبهذا نكون قد قدمنا التنزيل على الوصية الاختيارية (5)، من حيث التطبيق العملي، وهو ما يوافق مقتضى القانون وروح التشريع ، ولتوضيح ذلك سوف نورد بعض الأمثلة التطبيقية، ومنها ما يلي:

(1): الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 115.

(2): الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف ، المرجع السابق ، ص 265.

(3): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 407.

(4): الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 226.

(5): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه والقانون ، نفس المرجع ، ص 408.

-الدكتور/ عبد الحميد الشونريبي ، المرجع السابق ، ص 82.

1-المثال الأول: توفي وترك : أبا ، أما ، بنتين ، بنت ابن ، زوجة مسيحية ، وخلف تركه قدرها : 150 هكتارا (قطع أراضي فلاحية) .

بما أن الوصية الإختيارية التي أوصى بها تقديرياً : 30 هـ ، وهي أقل من الثلث العام للتركة فنفترض تنفيذها بخصمها من التركة مبدئياً فيكون : $150 - 30 = 120$ هـ .

ومادامت بنت الإبن محجوبة بالبنتين و أبوها توفي قبل جدها فوجب لها التنزيل ، فنزلها مقام أبيها لو كان حيا في حدود الثلث فيكون ما يلي :

أب	أم	بنتان	ابن	أصل المسألة 6.
6/1	6/1		ع	
1 + 1	1 + 1		4 = 6	جزء السهم = $6/120 = 20$ هـ .
1 + 1	1 + 1		2 + 2 = 6	بعد عملية الضرب نجد ما يلي :
20 + 20	20 + 20		40 + 40 = 120 هـ .	

فيكون نصيب الإبن منها : 40 هـ ، و بمقارنته بثلث التركة ككل نجده أقل من الثلث لأن ثلثها هو : 50 هـ

و بالتالي يعطى هذا النصيب (40 هـ) لبنت الإبن المنزلة منزلة أبيها و يبقى من الثلث : 50 - 40 = 10 هـ وهو نصيب الزوجة المسيحية عن طريق الوصية الإختيارية ، فيعطى لها و يتوقف نفاذ باقي نصيبها الموصى له بها على اجازة الورثة (1).

و المرحلة الأخيرة: وهو تقسيم باقي التركة فيكون : $150 - (10 + 40) = 100$ هـ ، و تقسم و كأنها تركة جديدة لا علاقة لها بالتنزيل مطلقا، و هذا بين الورثة الحقيقيين كل حسب نصيبه الشرعي فيكون ما يلي :

أب	أم	بنتان	أصل المسألة 6.
(6/1 + ع)	6/1	3/2	جزء السهم = $6/100 = 3/50$
3/50 +	3/50 +	3/100 + 3/100	100 = هـ .

فيكون للأب : $3/50$ هـ = 16.66 هـ ، الأم : $3/50 = 16.66$ هـ ، و لكل بنت : 33.33 هـ

2-المثال الثاني : هلك وترك : أب ، أم ، بنتين ، بنت ابن ، زوجة مسيحية موصى لها بمبلغ 60000 دج .

(1): الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه و القانون ، المرجع السابق ، ص 408 .
 -الدكتور/ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا و الأوقاف ، المرجع السابق ، ص 266 .
 -الدكتور/ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ص 226

و تركة قدرها : 300000 دج ، و بالتالي هاته التركة بها تنزىل لبنت الإبن منزلة منزلة أبيها المتوفى قبل جدها و وصية اختيارية بمبلغ : 30000 دج ، فيكون الحل كالآتي :

نقوم بإخراج مقدار الوصية الإختيارية : $300000 - 60000 = 240000$ دج ، و الباقي يقسم على الورثة بما فيهم المفروض حياته .

أب أم ابن و بنتان أصل المسألة 6.

جزء السهم = 40000 دج ، و بالتالي يصبح ما يلي :

$$6 = 4 + 1 + 1$$

$$160000 + 40000 + 40000 = 240000 \text{ دج ، فيخرج نصيب الإبن : } 80000 \text{ دج .}$$

نقارن نصيب الإبن المفروض حياته بثالث التركة ككل فيكون : $3/300000 = 30000$ دج، فنجد أن نصيب الابن المتوفى يفوق الثلث فيقدر له الثلث يعطى لبنته .

وبالتالي تأخذ بنت الإبن 30000 دج ، ولا يبقى شيء للوصية الإختيارية إلا إذا أجازها الورثة (1).

ثم بعد ذلك نقسم ما تبقى من التركة بين الورثة الحقيقيين كالآتي :

$$300000 - 30000 = 270000 \text{ دج، تقسم على الورثة كل حسب نصيبه فيها دون مراعاة للتنزىل .}$$

3-المثال الثالث : توفيت عن : زوج ، أم ، أخت شقيقة ، أخ لأم ، بنت بنت (توفيت في حيات

أمها)، و أوصت لجهة خيرية ب : 60 هـ، وخلفت تركة قدرها : 180 هـ (عقارات غير مبنية).

الحل : نقوم بطرح مقدار الوصية الإختيارية من التركة كلها فيكون : $180 - 60 = 120$

هـ، فنقسمها على الورثة بما فيهم المفروض حياته على الشكل الآتي:

زوج أم أخت شقيقة أخ لأم بنت أصل المسألة 12.

جزء السهم : $12/120 = 10$

$$12 = 3 + 2 + 1 + 6$$

وحيث أن نصيب البنت : $3/1$ فيعطى لبنتها : $3/180 = 60$ هـ، وهذا تنزيلا ، و تسقط الوصية

الإختيارية إلا إذا أجازها الورثة ، ثم نقسم الباقي من التركة وهو : 120 هـ على الورثة الحقيقيين دون مراعاة للمنزل - فتحا - كما بينا سابقا .

وما يمكن الإشارة اليه مما سبق هو أن مسائل التنزىل (الوصية الواجبة) تحل دائما حلين على

وفقها نتعرف على نصيب المنزل ، ثم بعدها نقسم الباقي على الورثة الحقيقيين ، و هذا تفاديا للعيوب التي

كانت موجودة في الطريقة التقليدية. و كان يجدر بالمشرع الجزائري في قانون الأسرة أن يشير الى كيفية

حل مسائل التنزىل ، أو على الأقل يدل على الطريقة المختارة في ذلك (2) .

(1):الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص 116 .

(2):الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 305 .

لكن إستنادا للمادة 222 ق.أ ، و بالرجوع لأراء فقهائنا ومنهم المتأخرين نجدهم يرجحون العمل بهاته الطريقة (1) ، و يوجهون انتقادات شديدة للطريقة الكلاسيكية (الأولى) (2) .
و على هذا وجب على المطبقين في الواقع العملي، العمل بهاته الطريقة دون غيرها ، لأنها الوحيدة التي تتلاءم مع نصوص التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، و تتماشى مع الطبيعة القانونية له و حكمة مشروعيته ، و هي أيضا تتماشى مع حرفية النص القانوني وتتوافق مع مقصد و غرض المشرع من ذلك دون الزيادة ، بل وقفت عند الحاجة التي حددها (3) .

-
- (1):الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ،المرجع السابق ، ص 184 .
 - (2):الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ،المرجع السابق ، ص186.
 - (3):الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام المواريث بين الفقه و القانون ،المرجع السابق ، ص389 .

المبحث الثالث إجراءات التقاضي.

بعدها تناولنا في المبحث السابق كيفية حل مسائل التزويل (الوصية الواجبة) ، و فصلنا في ذلك بالقدر الذي رأيناه كافيا ، سوف نتناول في هذا المبحث الإجراءات اللازمة لفض النزاعات التي يكون موضوعها تزويلا .

وعلى هذا سوف نتطرق عن طريق هذا المبحث للجهة القضائية المختصة في مثل هذه النزاعات وهذا في المطلب الأول ، ثم نتناول بعد ذلك الأشخاص المؤهلون لرفع دعاوى التركات وتقديم طلبات تصفيتهما و هذا في المطلب الثاني .

المطلب الأول الجهة القضائية المختصة.

إن الجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاعات المتعلقة بمسائل التنزيل (الوصية الواجبة)، تكون بصفة أساسية في القسم الشخصي أمام قاضي الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية، و هذا طبقا للمادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية (1). فإن المحاكم الابتدائية ذات إختصاص عام و التي جاء فيها ما يلي : >> إن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام، و هي تفصل في جميع القضايا المدنية ... << .

ولكن الشيء الملفت للانتباه في مثل هاته المسائل أنه إذا مارفعت الدعاوى الخاصة بالتنزيل أمام القاضي المدني، فإن الخصم و حتى القاضي نفسه لا يستطيعان الإحتجاج بعدم الإختصاص النوعي و هذا طبقا للنص القانوني السالف الذكر .

و كما أن المحكمة المدنية هي بذلك صاحبة إختصاص عام، وحيث أنه من ملك الكل ملك الجزء (2). و من ثم تدخل قضايا التنزيل ضمن صلاحياتها على هذا الأساس .
والمسألة الثانية التي لها أهمية أيضا في هذا المجال، و هي الإختصاص المحلي بالنسبة للقضايا التي موضوعها تنزيلا .

واستنادا للمادة 8 / 4 ق.إ.م. و التي تنص على أنه : >> يكون الإختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ... ومع ذلك ترفع الطلبات المتعلقة بالمواد المذكورة أدناه أمام الجهات القضائية دون سواها على الوجه التالي :

- و في مواد الميراث أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان افتتاح التركة << .
و التنزيل يأخذ هنا أيضا حكم الميراث في مثل هاته القضايا، بإعتباره يقسم قسمة ميراث و استنادا كذلك لطبيعته القانونية، وهو ما تقضي به المادة 2/172 ق.أ. بقولها : >> و يكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين <<. و على هذا وجب اعتماد نفس الإجراءات القانونية المطبقة في مسائل الميراث فيما يتعلق بالتقاضي.

وعلى هذا فالمنازعة المتعلقة بالتركة قد تكون من وارث و قد تكون من أي صاحب مصلحة آخر كالخزينة، أو إدارة الضرائب مثلا، أو أي دائن آخر، أو الموصى له . و هنا يدخل ضمن صاحب المصلحة الأشخاص المستحقين للتنزيل (الحفدة) .

(1):الأمر رقم / 66-154 المؤرخ في : 1966/06/08 ، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم و

المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1966 ، العدد 47 .

(2):الدكتور / محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 54 .

و في كل الحالات لا بد لهؤلاء الحفدة من وسائل اثبات تقدم للمحكمة ، تبين استحقاقهم من تركة المتوفي كما تبين نوع ودرجة قرابتهم له .

و الملفت للانتباه هنا أيضا أن طبيعة إجراءات سير الدعاوى المتعلقة بمسائل التنزيل ذات وصف استعجالي ، و ذلك بقياسها على مسائل الميراث، وهو ما تقضي به المادة 183ق.أ بقولها : << يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها >> .

ومن ثم فهي تدخل ضمن اختصاصات قاضي الأمور المستعجلة ، و لكن في بعض موضوعاتها فقط، باعتبار أنه لا يتبع فيها ما يتبع في القضايا العادية أمام القاضي المدني فيما لم يكن استعجاليا أصلا(1) .

وكما نعلم فإن القضاء الاستعجالي شرع - كسرا - أصلا من أجل معالجة المسائل التي لا يستطيع حلها القضاء العادي، بدون أن يترتب على ذلك أضرارا قد لا يمكن تداركها مستقبلا ، باعتبار أن مثل هاته القضايا ومنها مسائل التنزيل على وجه الخصوص تتطلب السرعة في الفصل فيها ، حماية لحقوق أصحابها من الضياع ، و كذا حماية للمراكز القانونية للأطراف المتخاصمة مستقبلا .
بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من الشروط يجب على قاضي الأمور المستعجلة التقيد بها .

وكما أنه و بالرجوع لتعاريف الفقهاء لحالات الاستعجال، ومنها ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من اتباع الإجراءات العادية للتقاضي ، نتيجة لتوافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم ، أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه و إصلاحه (2)، ومنها كذلك عدم وجود تعريف محدد و موحد لحالة الاستعجال في قانون الإجراءات المدنية ، فيكون المشرع بذلك قد أصاب في كلتا الحالتين :

الحالة الأولى : عند عدم إعطائه تعريفا محددا له، وهو بذلك فتح مجالا للإجتهد القضائي و الفقهي في هذا الميدان، إضافة إلى أنه أعطى لقاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة الابتدائية سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو مستعجل من عدمه، وكذلك ترك من جهة أخرى مجالا واسعا للتشريع مستقبلا حتى يدمج في حالات الاستعجال ما يراه كذلك عن طريق نصوص تشريعية تتناسب مع الظروف الزمانية ، ومنها نص المادة 183 ق.أ السالف ذكره .

وهذا باعتبار أن الإجراءات العادية أمام المحاكم الابتدائية قد لا تؤدي الغرض المقصود من تشريع قانون الأسرة للتنزيل ، لأن التركة عموما قد تحتوي على أموال تكون بطبيعتها غير قابلة للانتظار لمدة طويلة دون التصرف فيها بمختلف التصرفات القانونية .

(1) :الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص58 .

(2) :الأستاذ/ بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطبعة عمار قرفي ، باقة الجزائر ، 1993 ، ص33.

لهذا فقد يؤدي طول المدة إلى إتلافها أو التغيير من وجهتها ، أو الإنقاص من ثمنها في الأسواق المتداولة ، كالزروع ، و الحيوانات، و باقي المواد الإستهلاكية العادية و غير العادية ، وعروض التجارة و غيرها .

بالإضافة إلى أن الحفدة المنزلين ونظرا لشدة حاجتهم للمال من أجل الإنفاق في أمورهم المعيشية و التي من أجلها شرع التنزيل ، بحيث لو أخرج تقسيم التركة لسنوات لذهبت فائدتها بالنسبة لهؤلاء الحفدة المحتاجين للمال .

وهذا لإعتبار أن حاجة هؤلاء لأموال مورثهم عن دبر وفاته ، و إستخلافه فيها أولى مما يؤول إليهم بعد سنين (1).

وبناء على ما سبق بيانه فقد وفق المشرع إلى حد كبير، عندما جعل إجراءات قسمة التركة تدخل ضمن إختصاصات قاضي الأمور المستعجلة .

المطلب الثاني

الأشخاص المؤهلون لرفع الدعاوى القضائية.

ترفع الدعاوى المتعلقة بتقسيم التركات ، و كذا طلبات تصفيتها، إما من صاحب المصلحة ، و إما من الوارث ، و إما من النيابة العامة ، وهذا بناء على وجود النزاع أو عدمه .

بحيث إذا رفعت الدعوى من ذي مصلحة غير وارث كالدائن أو الموصى له أو الخزينة أو من الحفدة المنزلين ، بعدها يعين القاضي حارسا على هذه التركة ، و هذا الحارس يكون مسؤولا على إدارة أموال التركة ، و يبقى يقوم بمهامه إلى حين تقسيم التركة كليا .

و في حالة ما إذا رفع الدعوى كل الورثة أو البعض منهم، يريدون تقسيم التركة بعد حصرها فيكون لهم ذلك إذا كانوا بالغين ، و يتم التأكد من استيفاء أصحاب الحقوق حقوقهم، ثم تقسم بعد ذلك ليعطى لكل ذي حق حقه من التركة حسب أسهمهم الشرعية فيها ، مع مراعاة لأحكام الملكية الشائعة، وبخاصة إذا كانت قسمة بعض الأموال تسبب ضررا لها ، فتقسم بذلك الأموال التي لا ينتج عن قسمتها أي ضرر ، و إلا وجب التخارج بين الورثة و الحفدة المنزلين ، أو تباع بالمزاد العلني، و يأخذ بعد ذلك كل وارث نصيبه بما في ذلك الحفدة ، إلا إذا كان مبلغ التنزيل بساوي عينا بذاتها فيمكن أخذها .

أما في حالة إذا كان بين الورثة أو المنزلين قصرا، و لا ولي لهم ولا وصي، فإنه على القاضي بعد تقسيم التركة تعيين مقدما على أموال القصر يتصرف فيها لحسابهم و إدارتها وفق تصرف الرجل العادي

(1):الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص58

الحريص على عدم تفويت أي فرصة للفائدة أو الربح فيها ، لأنه سيكون مسؤولاً طبقاً لمقتضيات القانون العام .

و إضافة إلى ما سبق بيانه يمكن للنيابة العامة أيضا أن تتقدم بطلبات تصفية الشركة، إذا كان كل الورثة بما فيهم الحفدة المنزولين قصرا أو بعضهم، ولا ولي لهم ولا وصي عليهم، وتطلب من المحكمة تعيين مقدم على أموال القاصر حتى بلوغه سن الرشد ، و بعده تسلم له أمواله طبقاً للمادتين: 182،97 ق.أ.ج .

و يمكن كذلك أن تتقدم النيابة العامة بطلبات تصفية الشركة في حالة عدم وجود الوارث الظاهر للمتوفي ، و ذلك حفاظا على تركته من الضياع ، حيث لا يوجد أي وارث يمكن أن يتكفل بذلك .

هذا و مع أن أموال المتوفى قد تؤول إلى خزينة الدولة إن ظهر عدم وجود أي وارث له طبقاً لما تقضي به المادة 180 ق.أ.ج، والتي تتضمن الحقوق المتعلقة بالشركة ، و تكون فيها خزينة الدولة في آخر أصناف الورثة، لإعتبار أن الدولة وارثة من لا وارث له .

والفرق بين الحالتين : هو أن النيابة العامة تتقدم بطلباتها لدى رئيس المحكمة، والفصل فيها يكون بأوامر قضائية وذلك لإتعدام الخصومة والنزاع .

بينما باقي الأشخاص يقومون برفع دعاوي ، وفض النزاع يكون باحكام إلا ما استثنى (1).

(1):الدكتور/ محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 57.

خاتمة

إن ما يمكن أن نستخلصه من دراستنا لهذا البحث و ختاماً له ما يلي :

أولاً : إن الأصل المقرر عند جمهور الفقهاء في الوصايا أنها إختيارية مندوب إليها، ليسبر بها الشخص من أراد، أو يجبر بها ما فاتته من أعمال الخير و الإحسان في حياته . فهي إرادية و ليست جبرية . كما أنها تأخذ حكم المندوب في أصول الفقه الإسلامي ، بحيث يثاب فاعله ولا يعاقب تاركه . فهي أمر ديني بين الشخص و خالقه ، و هو الأمر كذلك في قانون الأسرة الجزائري، حيث أدرجها ضمن الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في فصله الأول .

ثانياً : إن التنزيل في الشريعة الإسلامية يجد سنده الشرعي على وجه الخصوص في القرآن الكريم من خلال آية الوصية (1) ، و بعض الأحاديث النبوية الشريفة مما ذكرناه سابقاً . و اعتبر الفقهاء التنزيل من باب الوصايا الإختيارية، و بالتالي يخرج قبل قسمة التركة ، فضرره إذا يلحق جميع الورثة دون بعضهم .

و عرف بأنه : هو أن ينزل الإنسان غير وارث منزلة وارث من دون أن يحددوا الحفدة على وجه الخصوص ، بل هو شامل لكل الأقربين الذين لا يرثون ، إما لأنهم محبوبون بمن هو أقرب منهم أو منعهم إختلاف الدين مع قريبيهم من ميراثه .

و التنزيل في الفقه الإسلامي إختياري بمعنى إرادي ، لأنه يتوقف على إرادة صاحب التركة إن شاء نزل أقاربه الذين لا يرثون ، و له أن لايفعل ذلك .

وكل ما في الأمر أن بعض الفقهاء من يرى أنه واجب ديني بمعنى : إذا قام به أجر و نال رضاء الشارع ، و إن ترك ذلك فهو آثم، و بالتالي ينال سخطه و عدم رضاه .

والآية السابقة و غيرها من الآيات التي إستدلينا بها في أصل مشروعيتها، لم تبين المقدار الجائز للتنزيل ، بل تركت ذلك للفقه والقضاء ، بما يتوافق و مصالح العباد .

ومن ثم فإن التنزيل بهاته الصورة يختلف تماماً عن التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة .

فالتنزيل في هذا القانون جاء مقداره محدداً بنصيب الأصل ميراثاً دون تجاوز ثلث التركة .

بالإضافة إلى أنه يختص بالحفدة دون غيرهم ، وهو واجب قضائي ينفذ في تركة المتوفى، حتى

و لو لم يوص به ، فألحق بذلك بالخلافة الجبرية ، وهو ما زاد بعده عن الأول .

و وضعت له شروطاً ضيقّت من مجاله فأصبح تطبيقه في الواقع العملي أمراً عسيراً .

(1): سورة البقرة ، الآية 180 .

وتلك الشروط والقواعد التي جاء بها المشرع الجزائري لم يقل بها أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية في باب التزويل .

ثالثا : إن هذا التزويل الذي جاء به قانون الأسرة في المواد من (169-172) منه، يجد مسنده الشرعي في باب الوصايا، و ليس في باب التزويل، و ذلك إنطلاقا من آية الوصية التي أوردناها سابقا، و كل الأحاديث النبوية الشريفة، و آراء الفقهاء حول حكم الوصية، و بخاصة من يقولون بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ديانة. فهي تجب فرضا للأقربين الذين لا يرثون، إما لأنهم ليسوا أصلا من الورثة، وإما لأنهم كانوا من الورثة وطراً حادث حرمهم من الميراث .

وعلى هذا فالتزويل في القانون نجد له قوته الشرعية من خلال المذهب الظاهري، و على رأسه الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم رحمه الله، لأنه الوحيد الذي يرى بوجوب الوصية لغير الوارثين من الوالدين و الأقربين ديانة و قضاء، ليعطيها بذلك إلزاما قانونيا، فنجده يقول في باب الوصايا : (و فرض على كل مسلم أن يوصي لقربائه الذين لا يرثون إما لرق، و إما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا، و لا بد ...) ثم يستطرد قائلا : (ما رآه الورثة أو الوصي، فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر، أو مملوكا، ففرض عليه أيضا أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك، فإن لم يفعل أعطي من المال، و لا بد، ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك ...) (1) .

ومن هنا نجد بأنه حتى الوصية الواجبة التي جاء بها ابن حزم ليست مطبقة كذلك في قانون الأسرة عندنا، و لا حتى التشريعات العربية الأخرى، لأن ابن حزم لم يقتصر في وجوبها على الحفدة، بل جعل ذلك واجبا لكل الوالدين و الأقربين غير الوارثين، وكما أنه لم يحدد المقدار الواجب في الوصايا الواجبة، بل ترك ذلك للموصي، أو لورثته، أو الوصي من بعده، بخلاف ما هو محدد في التزويل عندنا بالثلث، و كما هو الحال أيضا في التشريعات العربية الأخرى .

وكل ما في الأمر أن الإمام ابن حزم قد حدد جوازا عدد الأقربين بالثلاثة بقوله : (... فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاء ...) .

و يقول أيضا : (ومن أوصى لثلاثة أقربين، فقد أوصى للأقربين، وهذا قول طائفة من السلف ...) (2) .

و على هذا فإقتصار الوصية الواجبة على الحفدة كان من إجتهد المشرع في ذلك . و أما تحديد المقدار بالثلث فأیضا كان من إجتهده، لكن قياسا على الوصايا من جهة، و قياسا على التزويل الشرعي من جهة أخرى، كما أشرنا سابقا . بإعتبار أن الفقهاء حددوا مقداره بالثلث لكونه من باب الوصايا .

(1) ، (2) : الإمام الفقيه/ ابن حزم، المرجع السابق، ص 314 .

إضافة إلى قسمته بين المنزليين قسمة ميراث (للذكر مثل حظ الأنثيين) ، و بخاصة في تنزيل الحفيد منزلة أصله ، فيأخذ نصيبه كما لو كان حيا ميراثا في حدود الثلث .

وعلى هذا كان حل مسائل الوصية الواجبة مقتبسا من أحد طرق حل مسائل التنزيل الشرعي

رابعاً : إن المشرع الجزائري إستنادا لما سبق بيانه ، و من خلال النصوص الواردة في فصل التنزيل نجده قد مزج بين النظامين ، نظام الوصية الواجبة التي أقرها ابن حزم و إعتدها في مذهبه ، و التنزيل الشرعي الذي أقره فقهاء المذاهب الأخرى ، فأخذ بذلك البعض من أحكام الوصية الواجبة و البعض الآخر من أحكام التنزيل الشرعي ، مع إضافة بعض الشروط التي لا توجد لا في أحكام الوصية الواجبة ولا في أحكام التنزيل الشرعي ، منها ما نصت عليه المادة 172 ق.أ و التي أوردناها سابقا .

لنخلص في الأخير إلى نظام ذوا طابع خاص أطلق عليه التنزيل ، ونص عليه في الكتاب الثالث المتعلق بالميراث في فصله السابع .

خامساً : إستنادا إلى ما سبق ذكره نقول : بأنه كان بالأجدر للمشرع الجزائري أن يختار أحد النظامين دون الآخر ، كما فعل المشرع المصري مثلا ، بأن إختار نظام الوصية الواجبة وجعل مسنده في ذلك إلى الإمام ابن حزم الأندلسي، فيقوم بذلك بتشريع نظام الوصية الواجبة و يلحقه بمواد الوصية الإختيارية .

بمعنى : يكون موضعه في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات ، في فصله الأول، و يفرد له قسما خاصا ضمن هذا الفصل ، يطلق عليه إسم الوصية الواجبة كنوع ثان للوصية بشكل عام بإعتبار حكمها و ليكون بذلك تكييفها القانوني واضحا . و تطبق بشأنها كل أحكام الوصية الواجبة، و بخاصة تلك الإجتهاادات التي توصلت إليها التشريعات العربية التي سبقتنا لذلك ، كطريقة حل مسائلها .

و له كذلك أن يأخذ بنظام التنزيل الذي جاءت به الشريعة الإسلامية دون زيادة أو نقصان ، مع الأخذ بالأحكام الواردة بشأنه كما وردت ، و بخاصة طرق حل مسائل التنزيل في الفقه الإسلامي ، ليسهل علينا بذلك التكييف القانوني للتنزيل الشرعي ، فهو بكل بساطة يدخل ضمن باب التبرعات في الفصل الخاص بالوصايا الإختيارية ، لأنه خلافة إرادية إختيارية و ليس للقانون سلطان في ذلك .

فهو يدخل في باب أعمال البر و الخير و الإحسان لذوي القربى و صلوات الرحم، إذا هو أمر ديني بين العبد و خالقه لا يتعد ذلك إلى مجال القضاء .

إلا أن كل ما في الأمر أنه مقدم في التنفيذ على الوصايا الإختيارية العادية ، بإعتباره يكون لذوي القربى غير الوارثين وهم أقرب للميت من الأجانب ، و القريب أولى من البعيد في الحقوق .

سادساً : نستخلص كذلك من خلال هذا البحث أن التنزيل في قانون الأسرة هو وصية قانونية واجبة ، فهو يستمد قوته من هذا القانون ، بإعتباره يأخذ من الأحكام الواردة بشأن الوصايا أكثر مما يأخذها من الميراث ، فكان لنظام الوصية أقرب .

و بخاصة إشتراط عدم تجاوزه ثلث التركة ، و هو ينفذ في التركة مع الوصايا الإختيارية قبل قسمة التركة ، و هو لا يأخذ من الميراث إلا كونه ينفذ جبرا في تركة الميت ، و كذا قسمة مقداره بين الحفدة قسمة ميراث (للذكر مثل حظ النثيين) .

و هو ما يزيد في بعده عن الميراث لكون أن هذا الأخير إنما شرع بنصوص قطعية في القرآن الكريم ، فصلت في ذلك أحسن تفصيل، بأن حددت الوارثين منهم وأعطت لكل ذي حق حقه من الميراث، فكان بذلك تكفلا تاما من طرف الشارع الحكيم بأنصبة هؤلاء الورثة . واعتبرت أن أي تجاوز لذلك يعتبر تعد لحدود الله ، وذلك ما فيه من الوعيد الشديد وسوء العاقبة .

وأما آية الوصية فيمكن أن نستدل بها في وجوب الوصية كما سبق بيانه .
بخلاف آية المواريث ، وعلى هذا كان نظام التنزيل عندنا إلى نظام الوصية أقرب ، وعن الميراث أبعد .

سابقا : استنادا لنصوص التنزيل في المواد من (169-172) ق.أ يتضح جليا بأن التنزيل يجب للحفدة ذكورا وإناثا ، سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم ، وهذا لعموم لفظ الحفيد في النص القانوني. لأن الحفيد لغة واصطلاحا هو ولد الولد ، كما بينا ذلك سابقا .

ولأن ألفاظ العموم تحمل على عمومها حتى يرد ما يخصصها ، ولو كانت إرادة المشرع غير ذلك لكان قد خصصها بأولاد الذكور ، ونص على ذلك صراحة كما فعل المشرع السوري مثلا ، بأن قصرها على أولاد الإبن فقط دون أولاد البنت ، لكنه نص على ذلك صراحة في المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية بسوريا بقولها : >> من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الإبن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته ...<<(1).

ولإعتبار أن لفظ الحفيد يطلق على أولاد الابن، كما يطلق أيضا على أولاد البنت، وإراد أحدهما لايد له من تخصيص .

ثامنا : إن الحكمة من تشريع نظام الوصية الواجبة من خلال أقوال ابن حزم نجدها من أجل صلات الرحم وحق الأقارب على قريبهم المتوفي وحاجتهم للمال ، وبالأخص إذا كانوا فقراء . وهو لا يشترط في ذلك تعويضهم عن الميراث الذي حرموا منه كان سيصلهم بالتلقي عن أصولهم، لو بقوا أحياء أثناء موت مورثهم .

لكن بتتبع واستقراء آراء الفقهاء حول التنزيل الشرعي نجدهم ينزلون الفرع منزلة أصله في التركة، فيأخذ ما كان سيأخذه أصله ميراثا لو كان حيا ، وهو في حقيقته تعويضا له على ما فاتته من ميراث أصله عند فرض حياته .

(1): الأستاذ المحامي / هشام قبيلان ، المرجع السابق ، ص 296.

-الأستاذ المحامي / نزيه نعيم مشللة ، المرجع السابق ، ص 107.

ونتيجة لمزج النظامين ببعضهما، كما أسلفنا من طرف المشرع الجزائري نتج عن ذلك مزج الباعث التشريعي لكل منهما، لكن التعويض أرجح طبقا لما تقضي به نصوص التتزيل عندنا .

تاسعا: من خلال حل مسائل التتزيل الوارد في قانون الأسرة، نجد بعض الحلول الغربية منها:

أن تأخذ بنت الابن أكثر من البنت ، فيما إذا توفي شخص عن: بنتين ، بنت ابن ، أخت شقيقة، وترك 180 سهما مثلا . فإن مقدار الوصية الواجبة هنا ثلث التركة ، وهو: 60 سهما تأخذها بنت الابن ، ثم يقسم الباقي على البننتين والأخت الشقيقة ، فتأخذ كل بنت ثلثه وهو: 40 سهما ، فتأخذ بنت الابن المحرومة من الميراث عن طريق التتزيل أكثر من عمتها الوارثة بنص القرآن الكريم .

ونجد في بعض الصور كذلك بنت البنت تأخذ أكثر من بنت الابن الوارثة ، بل تأخذ أكثر من ابن الابن ، وهي من ذوي الأرحام . وذلك فيما لو توفي عن : بنت ، بنت ابن ، ابن ابن آخر ، بنت بنت . وترك 90 سهما مثلا .

فإذا فرضنا أن البنت الأخرى الميتة قبل أصلها موجودة يكون الورثة فرضا كالاتي :

بنتين ، بنت ابن ، ابن ابن . فيكون نصيب البنت : الثلث (3/1) تأخذه بنتها وهو: 30 سهما، والباقي هو : 60 سهما . تأخذ البنت نصفه (2/1) ، ومقداره: 30 سهما ، ويبقى لابن الابن وبنت الابن 30 سهما يقسم بينهما بالتعصيب ، فيأخذ ابن الابن: 20 سهما ، وتأخذ بنت الابن: 10 أسهم . وهو أقل بكثير من نصيب بنت البنت، وغير ذلك من الأمثلة التي تخرج في نطاقها عن حدود المعقول .

ولهذا كان يجب على المشرع الجزائري أن يتدارك هذا العيب في تشريعه ويقيد ذلك المقدار، بالإضافة إلى عدم تجاوزه ثلث التركة ، وأن لا يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو بقي حيا وقت موت مورثه ، أيضا يجب أن لا يتجاوز ذلك المقدار أكثر ما يرثه من هو أقرب منه درجة إلى الميت، مراعاة لقواعد العدالة والانصاف .

وبالأخص إذا ما عرفنا أن مقدار الوصية الواجبة عند من يقولون بها موكولة لما تطيب به نفس الموصي في حدود المعروف ، وهو ما يستفاد من أقوال ابن حزم .

عاشرا: نأمل كذلك من المشرع توسيع نطاق الوصية الواجبة لتشمل الوالدين المختلفين في الدين مع ولدهما ، وبخاصة وأن آية الوصية تشملهما أيضا ، وهو ما يراه ابن حزم كذلك ، وبالأخص إذا كان لهما هذا الولد فقط ، وهما في الغالب يكونان في عجز عن العمل ، وقد لا يكون لهما مورد رزق آخر غير تركة ولدهما المتوفي .

وكيف وهما من أمر القرآن الكريم بالإحسان إليهما ومعاشرتهما في الدنيا بالمعروف ، و أوجب الإسلام الإنفاق عليهما عند عجزهما ، وقد يكونان في حاجة ماسة للأموال أكثر من الحفدة.

الحادي عشر: إنه رغم العيوب والنقائص التي ظهرت من خلال تشريع نظام الوصية الواجبة وما تعرف عندنا بالتتزيل، إلا أنها جاءت موافقة لما تقضي به أحكام السياسة الشرعية وقواعد المصلحة ومنها قاعدة : أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته.

وفي رأي بعض الفقهاء أن رأيه ينشئ حكما شرعيا . مضافا إليها ما ثبت من وجوب الوصية من خلال النصوص الشرعية الدالة على ذلك .

وبالأخص إذا ما علمنا أن العمل بالمياسة الشرعية وقواعد المصلحة في استنباط الأحكام هي محل اتفاق بين جميع الفقهاء ، إلا أن هناك اختلاف في كيفية ذلك .

ومن يحتج على أنه لا إجتهد في معرض النص ، فكانت النتيجة سيئة كما وصفها ابن القيم رحمه الله بقوله : (فعضلوا الحدود وضيعوا الحقوق وجرؤا أهل الفجور على الفساد وجعلوا الشريعة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها ، وسدوا على نفوسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتفويض له...) ويضيف قائلا : (وعطلوها مع علمهم وعلم غيرهم قطعاً أنها حق مطابق للواقع، ظنا منهم مناقاتها لقواعد الشرع ، ولعمر الله إنها لم تنف ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم ، وإن نفت ما فهموه هم من شريعته بإجتهدهم...) (1).

الثاني عشر: استنادا لما سبق بيانه نقول أيضا : بأنه رغم عيوب التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة عندما، وعلى الرغم من نصوصه التي جاءت قاصره نوعا ما في بيان كل الأحكام الخاصة بالتنزيل ، على غرار التشريعات العربية الأخرى التي بينت ذلك في أحكام الوصية الواجبة ، ولكن بطريقة منتظمة وواضحة .

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يوفق في حيث بيان الأحكام التفصيلية الخاصة بالتنزيل، إلا أنه قد أصاب إلى حد كبير في مبدأ تشريع هذا التنزيل من أساسه ، فكان علاجا خاصا لبعض الفئات في مجتمعنا بأن اعتبره تعويضا عما فاتهم من ميراث ، أو ما حرموا منه من مال .

فقد يكون جد هؤلاء الحفدة أو جدتهم يودون إعطاءهم شيئا من هذا المال هبة لهم أو وصية ، ولكن الموت فاجتئتهم بذلك ، كمثل الحوادث المفاجئة ، وبخاصة في وقتنا الحاضر ، فكان التنزيل بذلك تداركا لما فات .

وكما يأتي التنزيل هذا أيضا تحقيقا للتواصل بين الأجيال وتكاملها ، لأن كل جيل يكمل مجهودات وأعمال الجيل الذي سبقه في شتى النواحي والمجالات ، عبر تعاقب الحضارات والعهود الزمنية وحتى لا تكون بذلك مجهودات الأجيال عرضة للضياع ، أو تعطى بعض نتائج أعمالها لغير مستحقيها .

ويعتبر ذلك حافزا للمزيد من الكد والمثابرة وإتقان الأعمال الدنيوية ، عندما يحس كل شخص في المجتمع أن ثمرة أعماله ومجهوداته في نهاية الأمر تكون عند من يرعاه ويسهر على راحته ، وهم أولاده من صلبه ودمه .

(1): الإمام / ابن القيم الجوزية ، المرجع السابق ، ص 13 .

وهو لا يتعارض بأي حال مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده ، بل على العكس من ذلك يحقق مصلحة عامة في المجتمع ، من حيث أنه مدعاة للتأخي والتراحم والتكافل الإجتماعي داخل الأسرة الواحدة ، يربط العائلات ببعضها ولم شملها .

وهذا ينعكس إيجابا على نظام العائلة في المجال الإقتصادي ، لأن المجتمع في حقيقته مركب من مجموعة من العائلات والأسر تكونت تدريجيا فأخذت أشكالا مختلفة، حتى وصلت في تنظيماتها إلى شكل الدولة المنظمة .

وباعتبار أن الأسرة في الإسلام هي نواة الدولة ، فهي نقطة انطلاقها ، بل هي سبب صلاح أو فساد الأمم والشعوب .

الثالث عشر: ونستشف أيضا من خلال دراستنا لهذا الموضوع، أن الشريعة الإسلامية جاءت بأصول وكليات عامة ، وتركت الفروع والتفصيل في الجزئيات للفقهاء وأهل العلم لقوله تعالى : >> هو الذي أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن أم الكتاب وأخر متشابهات . فأما الذين في قلوبهم زيغ فيتبعون ما تشابه منه ابتغاء الفتنة وابتغاء تأويله ، وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم ، يقولون آمنا به كل من عند ربنا ، وما يذكر إلا أولوا الألباب <<(1).

فتلك النصوص القرآنية فيها آيات متشابهة، وآيات ناسخة ، وأخرى منسوخة ، وآيات تبدو متناقضة فيها إعجاز ورموز ، وإيضاح وغموض ، تحتمل تأويلات متعددة وتفسيرات متنوعة ، مما يمنحها الليونة والمرونة. فتكون بفضل هؤلاء العلماء والفقهاء عن طريق تفسيراتهم واجتهاداتهم متوافقة تبعا لتطور الأفكار ومواكبة للتقدم الحضاري، وليس في ذلك تعد لحدود الله على الإطلاق ، بل ذلك دعوة للعمل بها . وهذا كله يأتي بسبب أن الحكمة الإلهية قضت بأن تكون رسائل الله إلى البشر متناسبة مع عقولهم، ومستوى تفكيرهم وحضاراتهم .

وعليه كان لابد لبعض الأحكام أن تتغير بتغير الزمان والمكان ، وحتى لا تبقى الشريعة جامدة تتفر الناس من اتباعها .

وتلك الليونة والمرونة في أحكام الشريعة الإسلامية، هي ما جعلتها صالحة لكل عصر، وهو ما يفسر قلة آيات الأحكام في القرآن الكريم ، لكن الفروع والأحكام التي تستنبط منها كثيرة لا يمكن حصرها، لتبقى تتوافق مع كل عصر من العصور وتتلاءم مع الأوضاع المستجدة فيها .

وعلى هذا كان التنزيل (الوصية الواجبة)، من نتاج الإجتهاادت الفقهية وتجديد الفقه في مسائله الفرعية التي لا تمس بأصول الدين ولا تتجاوزها ، بل هي أساسا من أجل خدمته وجعله صالحا لكل زمان ومكان .

(1): سورة آل عمران ، الآية 07.

وفي الأخير نتمنى أن نكون قد أنبنا ما علينا من أجل أن يعم نفع هذا البحث على الجميع ، ليحقق بذلك أهدافنا المتوخاة من وراء إختيارنا لهذا الموضوع ، تعميما للفائدة العلمية، ونفض الغبار عن بعض المواضيع الفقهية التي لا نجد إلا القليل فقط ممن يغوص للبحث في طياتها ، وبخاصة إذا كان لها تأثير بالغ الأهمية في واقعنا المعاش.

ونختم بحثنا هذا بقول الإمام أبي حنيفة رحمه الله : (علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه فمن قدر على غير ذلك فله ما رأى ولنا ما رأينا).

أجل له ما رأى في عصره وعلينا أن نرى ما في عصرنا ، ولو استطاع أن يبعث حيا من جديد لبدل الكثير من أقواله تبعا لتغير الزمان والمكان .

ولأن المنطق السليم والوعي الرشيد يأبى الجمود على ما كان ، كما يرفض التبعية والذوبان . وأخيرا : نأمل أيضا أن نكون قد وفقنا في هذا العمل ، ونحن لا نبتغي في ذلك كمالا ، لأن كل مجهود للإنسان يعتريه النقص ، فالكمال لله وحده .

والله الموفق.

قائمة المراجع.

أولاً: كتب تفسير القرآن :

- 1-الإمام / محمد ابن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، الجزء الثامن (08) -حققه وعلق عليه أحمد محمد شاكر -بدون ذكر دار النشر ، مصر ، بدون تاريخ .
- 2-الإمام / محمد أبو عبد الله ابن أحمد القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، الجزء الخامس (05) الجزء الثاني (02) ، الطبعة الثانية (02) ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة 1954.
- 3-الإمام / محمد ابن عبد الله بن محمد ابن العربي ، أحكام القرآن ، الجزء الأول (01)، دار المعرفة ، بيروت ، بدون تاريخ .
- 4-الإمام / عبد الله ابن عباس ، توير المقياس من تفسير ابن عباس ، دار الكتب العلمية ، بيروت بدون تاريخ .
- 5-الشيخ / هود ابن محكم الهوارى ، تفسير كتاب الله العزيز ، الجزء الأول (01) - حقه وعلق عليه بلحاج ابن سعيد أشرفي - دار الغرب الإسلامي ، دون ذكر البلد والتاريخ .
- 6-الدكتور / وهبة الزحيلي ، التفسير الوجيز على هامش القرآن العظيم ، الطبعة الثانية (02) ، دار الفكر ، دمشق 1996 .

ثانياً : كتب السنة:

- 1-الإمام / أحمد ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري - شرح صحيح البخاري - المجلد الخمس(05) دار الفكر العربي ، بيروت ، بدون تاريخ.
- 2-الإمام/ أحمد ابن حنبل ، المسند ، المجلد الخامس عشر (15) ، دار الجيل للنشر والتوزيع بيروت 1994.
- 3-الإمام / زكي الدين عبد العظيم أبو محمد ابن عبد القوي المنذر ، مختصر صحيح مسلم ، الطبعة الأولى (01) ، دار ابن عفان ، السعودية 1990.
- 4-الإمام / مالك ابن أنس ابن مالك ، الموطأ - رواية يحيى ابن يحيى ابن سعيد - دار الكتب الجزائر 1990.
- 5-الإمام / محمد ابن اسماعيل ابن إبراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، الجزء الثالث (03) ، دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة ، الجزائر 1992.
- 6-الإمام / محمد أمين ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار - شرح توير الأبصار - الجزء الخامس (05) ، الطبعة الثالثة (03) ، القاهرة 1972.
- 7-الإمام / محمد ابن اسماعيل الصنعاني ، سيل السلام - شرح بلوغ المرام - الجزء الثالث (03) دار الحديث ، القاهرة بدون تاريخ .

8-الشيخ/ علي ابن عمر الدار اقطني ، سنن الدار قطني ، الطبعة الثانية (02) ، عالم الكتب ، بيروت 1983 .

9-الإمام / يحي أبو زكريا ابن شرف النووي ، منهل الواردين ، شرح رياض الصالحين - علق عليه الدكتور / صبحي صالح - الطبعة الخامسة (05) ، دار العلم للملايين ، بيروت 1977 .

ثالثا : كتب فقهية متخصصة :

1-الإمام / الكمال ابن الهمام ، فتح القدير - شرح الهداية - الجزء الخامس (05) ، مطبعة مصطفى محمد ، القاهرة 1970 .

2-الإمام الشيخ/ أحمد الدردير ، الشرح الصغير ، الجزء الرابع (04) ، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية ، الجزائر 1992 .

3-الأستاذ / أحمد الحصري ، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي ، مكتبة الأقصى ، الأردن 1972 .

4-الشيخ / أحمد حماني ، الفتاوي ، الجزء (01) ، منشورات وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر 1990 .

5-الإمام / الباجي أبو الوليد بن خلف ، المنتقى - شرح موطأ الإمام مالك - الجزء الخامس (05) الطبعة الثانية (02) ، دار الكتب العربية ، بيروت 1983 .

6-الإمام / محمد ابن علي ابن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار - شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار - الجزء السادس (06) ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1972 .

7-الإمام / محمد الزرقاني ، شرح موطأ الإمام مالك ، الجزء الرابع (04) ، مطابع مصر ، القاهرة 1972 .

8-الإمام الشيخ / محمد الصادق الشطي ، لياح الفرائض ، الكامل للفقه والحساب والعمل ، دار الدرب الإسلامي ، بيروت 1988 .

9-الإمام / محمد ابن رشد الحفيد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، الجزء الثاني (02) دار الفكر ، بيروت بدون تاريخ .

10-الإمام / محمد ابن الحارث الخشني ، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك ، الدار العربية للكتاب ، تونس 1985 .

11-الدكتور/ محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الإسلامي ، دار الكتاب الحديث ، الكويت 1989 .

12-الدكتور/ محمد أحمد سراج ، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق ، دار المطبوعات الجامعية القاهرة 1997 .

13-الإمام / موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن قدامة المقدسي ، روضة الناظر وجنة المناظر ، الطبعة الاولى (01) ، الدار السلفية ، الجزائر 1991 .

- 14-الإمام / علي أبو محمد ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم ، المحطى بالآثار ، الجزء التاسع (09) - تحقيق أحمد محمد شاكر - دار التراث ، القاهرة بدون تاريخ .
- 15-الإمام / علاء الدين ابن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في تربية الشرائع ، الطبعة الثانية (02) ، دار الكتاب العربي ، بيروت 1982.
- 16-الإمام / عثمان الجعفي المالكي ، سراج السالك ، شرح أسهل المسالك ، الجزء الثاني (02) مؤسسة العصر ، وزارة الشؤون الدينية ، الجزائر 1992.
- 17-الإمام / عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثالث (03) ، الطبعة السابعة (07) ، دار إحياء التراث العربي ، القاهرة 1986.
- 18-الشيخ / علي ابن عبد السلام أبي الحسن التسولي ، البهجة في شرح أرجوزة تحفة الحكام المجلد الثاني (02) ، دار الفكر ، بيروت 1991.
- 19-الشيخ / سيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثالث (03) ، الطبعة الثانية عشر (12) ، الفتح للإعلام العربي ومؤسسة الرسالة ، القاهرة بيروت 1996.
- 20-الإمام / شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن أبي بكر ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، مطبعة الآداب مصر 1974.
- 21-الإمام / شهاب الدين القرافي ، الفروق ، الجزء الثالث (03) ، مطبعة البابي الحلبي ، مصر 1962.
- 22-الدكتور / وهبة الزحيلي ، أصول الفقه الإسلامي ، الجزء الأول (01) ، والثاني (02) ، الطبعة الثانية (02) ، دار الفكر دمشق 1996.

رابعاً : كتب فقهية عامة :

- 1-الدكتور / أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية بيروت 1989.
- 2-الدكتور / أحمد فراج حسين ، نظام الإرث في التشريع الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 1998.
- 3-الشيخ / أحمد محي الدين العجوز ، الميراث العادل في الإسلام ، مؤسسة المعارف ، بيروت 1970.
- 4-الأستاذ / آدمون كسيار ، الوصايا والهيئات والإرث ، بدون ذكر دار النشر 1959.
- 5-الدكتور / العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون الجزائر 1996.
- 6-الدكتور / العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث والوصية - الجزء الثاني (02) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون الجزائر 1994.

- 7-الدكتور/ العربي بلحاج ، قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ابن عكنون الجزائر 1994 .
- 8-الدكتور/ العربي بلحاج ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ، الجزء الأول (01) ديوان المطبوعات ، ابن عكنون الجزائر 1996 .
- 9-الأستاذ/ أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، الجزء الثالث (03)، دون ذكر دار النشر والبلد . 1993 .
- 10-الدكتور/ بدران أبو العينين بدران ، الموارث والوصية والهيئة في الشريعة الإسلامية والقانون مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، مصر 1985 .
- 11-الأستاذ / بشير بلعيد ، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية ، مطبعة عمار قرفي ، باتنة الجزائر 1993 .
- 12-الدكتور/ رفيق يونس المصري ، علم الفرائض والموارث ، الطبعة الأولى (01) ، دار القلم ، دمشق 1994 .
- 13-الدكتور/ محمد محدة ، التركات والموارث ، الجزء الثالث (03) ، الطبعة الثانية (02)، مطبعة عمار قرفي باتنة الجزائر 1994 .
- 14-الشيخ / محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1963 .
- 15-الشيخ / محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1978 .
- 16-الدكتور/ محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت 1998 .
- 17-الدكتور/ محمد معروف النوالي ، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها ، الجزء الأول (01)، الطبعة الخامسة (05) ، دمشق 1963 .
- 18-الدكتور/ محمد زكريا البرديسي ، الوصية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1971 .
- 19-الدكتور /محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول (01) ، والثاني (02) ، الطبعة الأولى (01) ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر 1991-1992 .
- 20-الدكتور / محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1991 .
- 21-الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، الطبعة الرابعة (04) ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت 1982 .
- 22-الدكتور/ مصطفى شلبي ، أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت 1978 .
- 23-الدكتور/ مصطفى السباعي ، والدكتور / عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات ، الطبعة الرابعة (04) ، مطبعة خالد ابن الوليد ، دمشق 1977 .

خامسا : كتب لغوية:

- 1-الإمام / جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، الجزء الثالث (03)، والرابع (04) ،والخامس عشر (15) - نسقه وعلق عليه ووضع فهارسه علي شيري- دار إحياء التراث العربي ، بيروت 1988.
- 2-الدكتور / جميل غازي ، مفردات من القرآن ، شركة الشهاب للنشر والتوزيع الجزائر ، بدون تاريخ.
- 3-الإمام / محمد ابن بكر الرازي ،مختار الصحاح - ضبط وتخريج الدكتور/ مصطفى ديب البغا- دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة الجزائر 1990.
- 4-الأستاذ / فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، الطبعة الخامسة والأربعون (45) ، دار المشرق ش.م.م بيروت 1986.

سادسا : المجلات والموسوعات :

أ-المجلات :

- 1-الدكتور/ بوعلام بن حمودة ، محاضرة بعنوان : المشروع الجزائري لقانون الأسرة ، مجلة الملتقى الخامس (05) للتعرف على الفكر الإسلامي ، الصادرة في : 1971/07/20.
- 2-الأستاذ الموثق / جمال ليشاني ، نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة -المواريث- ، مقال منشور بمجلة الموثق الصادرة في : جويلية 1999 ، العدد السابع (07) .
- 3-الدكتور / حسن شاهين ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، مقال منشور بمجلة الشرطة الصادرة في : 1987، العدد 35.
- 4-الأستاذ الموثق / صالح جيجيك ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول(01) ، مقال منشور بمجلة الموثق ، الصادرة في : نوفمبر 1997 ، العدد الأول (01).
- 5-الأستاذ الموثق / صالح جيجيك ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني (02) ،مقال منشور بمجلة الموثق ، الصادرة في : مارس 1998، العدد الثاني (02) .
- 6-قرار المحكمة العليا ، المؤرخ في : 1982/04/14 ، المجلة القضائية ، الصادرة في : 1989،العدد الرابع (04) .

ب- الموسوعات :

- 1- الأستاذ المحامي / نزيه نعيم شلالا ، الوصية - الموسوعة القضائية - الكتاب السابع (07)، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان 1994.
- 2- موسوعة القضاء والفقهاء للدول العربية ، الجزء السادس والعشرون (26) ، الصادرة عن دار العربية للموسوعات ، دون ذكر البلد والتاريخ .

سابعاً : البحوث الجامعية والمحاضرات:

أ- البحوث الجامعية :

- 1- الطالب الباحث / الطاهر غياطو ، الوصية كسب لكسب الملكية في القانون الجزائري والتشريعة الإسلامية ، بحث لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية ، فرع القانون العقاري والزراعي ، جامعة سعد دحلب ، البليدة 2000.
- 2- الطالب الباحث / سليمان محمدي ، كسب الملكية بسبب الوفاة ، الميراث والوصية ، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 1988.

ب- المحاضرات:

- الدكتور / سعد الدين داداش ، محاضرات (غير منشورة) ، ألقاها بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة 1995.

ثامناً : النصوص القانونية:

- 1- القانون رقم : 84-11 المؤرخ في : 09/06/1984 ، والمتضمن قانون الأسرة ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، الصادرة في : 12/06/1984 ، العدد 24.
- 2- القانون رقم : 88-14 المؤرخ في : 03/05/1988 ، المعدل والمتمم للأمر رقم : 75-58 المؤرخ في : 26/09/1975 ، والمتضمن القانون المدني ، والنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في : 30/09/1975 ، العدد 78.
- 3- الأمر رقم : 66-154 المؤرخ في : 06/06/1966 ، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم ، والمنشور بالجريدة الرسمية ، الصادرة في : 08/06/1966 ، العدد 47.

الصفحة	
01.....	مقدمة
08.....	الفصل الأول : التطور التاريخي للوصية وأنواعها
10.....	المبحث الأول : لمحة تاريخية عن تشريع الوصية
12.....	المطلب الأول: قبل الإسلام.....
12.....	أولا :الوصية عند قدماء المصريين واليونانيين
14.....	ثانيا : الوصية في القانون الروماني والمجتمع الجاهلي.....
16.....	المطلب الثاني بعد الإسلام.....
17.....	أولا :القرآن
19.....	ثانيا:السنة
21.....	المبحث الثاني : أنواع الوصية
23.....	المطلب الأول : الوصية الاختيارية
23.....	أولا: تعريفها
28.....	ثانيا : مشروعيتها
32.....	ثالثا حكمها
37.....	المطلب الثاني: الوصية الواجبة.....
48.....	الفصل الثاني: تعريف التنزيل ، أصله التشريعي ، طبيعته القانونية وحكمة مشروعيته..
50.....	المبحث الأول: تعريف التنزيل وبيان أصله التشريعي.....
52.....	المطلب الأول: تعريف التنزيل.....
52.....	أولا: لغة.....
54.....	ثانيا: إصطلاحا
62.....	المطلب الثاني:الأصل التشريعي للتنزيل.....
62.....	أولا: القرآن
68.....	ثانيا: السنة وآراء الفقهاء.....
80.....	ثالثا: مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعد السياسة الشرعية.....
86.....	المبحث الثاني :الطبيعة القانونية للتنزيل وحكمة مشروعيته.....
88.....	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتنزيل.....
89.....	أولا:أوجه الشبه.....
90.....	ثانيا/أوجه الاختلاف.....
94.....	المطلب الثاني :حكمة مشروعيته.....

100.....	الفصل الثالث : أركان التنزيل وشروط استحقاقه
101.....	المبحث الأول : أركان التنزيل:
102.....	المطلب الأول : المنزل (الموصي).
104.....	المطلب الثاني : المنزل (الموصى له).
115.....	المطلب الثالث : محل التنزيل (الموصى به).
120.....	المبحث الثاني : شروط استحقاقه
122.....	المطلب الأول : أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حيا في حدود الثلث.
126.....	المطلب الثاني : الحفدة غير وارثين من أصولهم.
130.....	المطلب الثالث : عدم منح الأصل لهم هبة أو وصية أثناء حياته.
134.....	الفصل الرابع : أحكام تطبيق التنزيل (الوصية الواجبة).
136.....	المبحث الأول : مسألة توريث الحمل والمفقود عن طريق التنزيل
138.....	المطلب الأول : توريث الحمل
138.....	أولا : شروط توريث الحمل
142.....	ثانيا : تقدير الحمل وكيفية توريثه.
146.....	المطلب الثاني : توريث المفقود.
147.....	أولا:تعريف المفقود
148.....	ثانيا:المدة التي يحكم القاضي فيها بموته.
152.....	ثالثا: حكم ظهور المفقود (أصل الحفدة) حيا بعد الحكم بوفاته.
153.....	رابعا : كيفية توريثه.
155.....	المبحث الثاني : طرق حل مسائل التنزيل
157.....	المطلب الأول : الطريقة التقليدية.
157.....	أولا :الحل الأول.
158.....	ثانيا : الحل الثاني
160.....	المطلب الثاني :الطريقة الحديثة.
161.....	أولا :الحل الأول.
162.....	ثانيا : الحل الثاني
165.....	ثالثا : تطبيقها على مسائل اجتمع فيها التنزيل مع وصية اختيارية.
170.....	المبحث الثالث : إجراءات التقاضي
172.....	المطلب الأول :الجهة القضائية المختصة.
174.....	المطلب الثاني : الأشخاص المؤهلون لرفع الدعاوي القضائية.
176.....	خاتمة :
184.....	قائمة المراجع.



1797

رقم الجرد: _____
رقم الفاندرية: _____
التاريخ: ٤٨ - ١٥ - ٥٤
الأصل: كلية الأوقاف