

جامعة الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص الأحوال الشخصية

أحكام التنزيل دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي
وقانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهادات
القضائية

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إعداد الطالبة:

✓ حواسي يامنة

إشراف الدكتور:

معيزة عيسى

لجنة المناقشة:

أ . هزرشي عبد الرحمان

رئيسا

د . معيزة عيسى

مقررا

د . بشيري عبد الرحمان

مناقشا

الموسم الجامعي: 2013/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى قائدي وقودتي ، وحببي رسول الله صلى الله عليه وسلم إيماناً به ، و تصديقا .
وان كان من إهداء بعد الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم ، فاني لا أملك إلا أن أتوجه
به مقبلة الرأس و اليدين ، إلى من جعلهما الله سببا في وجودي :
والذي العزيزين حفظهما الله من كل شر .
إلى الحزن الدافئ و القلب الحنون : جداتي أطال الله في عمرهما .
إلى الذين طالما شجعوا و أعطوا و مابخلوا و قدموا و ما تأخروا :
أشقائي الكرام و شقيقاتي الكريمات .
إلى كل الأهل و الأحباب .
إلى اللتين كانتا سندا لي صديقتي : سبتي سعدية و قديري سميحة
إلى من أزرني بالكلمة الطيبة و الدعاء بالتوفيق و السداد :
إلى كل الزملاء و الزميلات
إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى النور
إلى المسلمين في كل مكان
أهدي إليهم هذا الجهد المتواضع .

شكر وتقدير

قال الله تعالى : ﴿ إِن تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ وَلَا يَرْضَىٰ لِعِبَادِهِ الْكُفْرَ وَإِن تَشْكُرُوا يَرْضَهُ لَكُمْ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ إِنَّهُ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ ﴾
[الرُّم: 17]

وانطلاقاً من هذا فاني أتقدم بجزيل الشكر إلى أستاذي الدكتور " أمعية عيسى " لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة ، وماغمرني به من نصائح و توجيهات وإرشادات قيمة فبارك الله في عمره و جعل ذلك في ميزان حسناته .

كما لا أنسى التي كانت وراء إتمامي لهذا البحث وساعدتني أبلغ المساعدة و سهلت عني دروبها ، أستاذتي الفاضلة : " نوال بو النوي " حفظها الله ، وجعلها في ميزان حسناتها .
وكل التقدير والعرفان إلى أعضاء اللجنة المناقشة لتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وإثرائها بالملاحظات القيمة .

وأشكر كل من نصح و أرشد وساعد من بعيد أو قريب في السر والعلن ولو بكلمة فجزاهم الله عنا ما جرى به علماء الإسلام العاملين وأخص بالذكر الأستاذان : حوة الطاهر وتواتي محمد .

و الله أسأل أن يلهمنا التوفيق والسداد ويوفقنا لحسن طاعته.

قائمة المختصرات:

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري .

ق م ج : القانون المدني الجزائري .

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

م ق : المجلة القضائية .

غ أ ش : غرفة الأحوال الشخصية .

غ م : الغرفة المدنية .

إ ق : الاجتهاد القضائي .

مفتمه

مقدمة :

الحمد لله الذي خلق خلقه أطوارا، وصرّفهم في أطوار التخليق، كيف شاء عزة واقتدارا وأرسل الرسل إلى المكلفين اعذرا منه وإنذارا، الحمد لله رب العالمين نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

أما بعد : إن علم المواريث من اشرف العلوم واجلها وأعظمها قدرا وأكبرها فائدة وهو نصف العلم كما قال صلى الله عليه وسلم: "تعلموا الفرائض وعلموها ،فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول علم ينزع من أمتي"¹ .

وقد حث الرسول على تعلمه وتعليمه ،كما في الحديث السابق وكما في قوله صلى الله عليه وسلم: "تعلموا الفرائض وعلموها الناس فاني امرؤ مقبوض ، وان العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة لا يجدان من يخبرهما"² .

وهو أول علم يفقد من الأرض كما قال صلى الله عليه وسلم: "وهو أول علم ينزع من أمتي " وجاء في متن الرحيبية³:

وهو أول علم يفقد في الأرض حتى لا يكاد يوجد، ولعل ذلك راجع لأمرين: إحداهما انه ينسى .

وثانيهما: أنه يفقد من مجال التطبيق العملي فينصرف الناس عن تعلمه لبعده عن واقع الحياة والوصية تصرف يشبه الميراث من حيث أن كل منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته فالميراث خلافة عن المالك في ماله بعد الموت ،والوصية تصرف من المالك في ماله يضاف إلى ما بعد الموت .

1-الشوكاني محمد بن علي ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، كتاب الفرائض ، الطبعة الثانية 1993 ، دار الحديث ، رقم الحديث : 2538 ، الجزء الثالث ، ص : 65

2-العسقلاني ، أحمد بن علي الكناني ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، كتاب الفرائض ، الطبعة الأولى ، 1995 ، مؤسسة قرطبة ، رقم الحديث 1386 ، الجزء الثالث ، ص : 172 .

3-المارديني سبط ، الرحيبية في علم الفرائض ، تحقيق : مصطفى دين البغا، الطبعة الثامنة ، 1998 ، دار القلم ص : 22 .

وقد قسم الشارع مال الشخص بعد وفاته إلى قسمين: قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه بحسب الفرائض التي أنزلها في كتابه ،فخلافه الوارث فيه إجبارية بحكم الشارع لادخل للوارث ولا للمورث فيها فهي مستثناة من حرية التملك والتملك حيث قيل بأنه لايدخل شئ في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث ، وقسم آخر أوكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصية فهي خلافة اختيارية من الموصي حدد الشارع مقدارها الذي يجوز فيه ولمن تجوز وشروطها لان الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ،ولكن مراعاة للمصلحة ولكي يتدارك الإنسان ما فرط فيه حال حياته من الواجبات المالية أجاز له الشارع أن يتصرف في قدر معين من ماله يختار من يخلفه فيه في حدود ما شرعت له الوصية ،واحتماط لتنفيذها بإيجاب تقديمها على الميراث في الإخراج وحتى لا توزع التركة على الورثة ولا يبقى منها شئ لإخراج الوصية واختلفت تعاريف الفقهاء المسلمين للوصية حيث أن أصحاب المذهب الواحد تعددت تعاريفهم واختلفت ،فقد عرفها بعضهم بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع ،وبعضهم بأنها : تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وعرفها الكاساني : بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت ،وقال الكرخي في تعريفها :بأنها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه. ولقد نظم المشرع الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات في مواده من 184-201 وعرفها في المادة 184 بأنها:"تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ونص قانون الأسرة الجزائري على بعض التصرفات التي لا تعتبر في الأصل وصية ومع ذلك تأخذ أحكامها بشروط وإذا كان الأصل أن الوصية اختيارية منشؤها إرادة الموصي إلا أن هناك حالات تصبح فيها الوصية واجبة فيستحقها أشخاص معينون و إن لم يوص بها لهم و هي حالة التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، المواد (169 إلى 172 ق أ ج) .واستحدث التنزيل أو ماسمته جل القوانين العربية بالوصية الواجبة لمعالجة مشكلة من مشكلات الأسرة التي كانت الآراء متفقة على وجوب معالجتها وإيجاد حل لها .

طبيعة الموضوع :

الموضوع عبارة عن دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة في الفصل الثالث من الكتاب الثالث لقانون الأسرة الجزائري المتعلق بالميراث والذي يعالج التنزيل وذلك ببيان أركانه وعلاقته بكل من الميراث والوصية إضافة إلى حكمه ومقداره ومستحقه وطريقة استخراجها.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بعلم الميراث وهو من أفضل العلوم وأجلها لارتباطه بمقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو المحافظة على المال إضافة إلى ذلك لازال موضوع التنزيل (الوصية الواجبة) ومشروعيته محل نقاش ونظر، فبالرغم من مشروعية التنزيل في نظر بعض العلماء نجد هناك من يفتي بحرمتها وحرمة المال المأخوذ من طريقها، وهذا الاختلاف بين وجهات النظر نتيجته بالضرورة حلال أم حرام كما أن المستحق للتنزيل يبقى في حيرة من أمره من جراء وازعه الديني، ذلك أن القضاة في المحاكم اليوم يحكمون تبعا للتشريع الذي يلزمهم ولا يخلو بعض الأحيان من عدم قناعة القضاة بحكمهم القاضي بفرض التنزيل.

أسباب اختيار الموضوع :

أولا/أسباب شخصية :

- ✓ اهتمامي الخاص بكل ما يتعلق بالمواريث .
- ✓ الرغبة في التعرف على أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري و الأحكام الفقهية المتعلقة به ، ومدى مشروعيته .

ثانيا/أسباب موضوعية :

- ✓ أهمية الموضوع هي السبب الرئيسي في اختياري الموضوع
- ✓ هذا الموضوع يمس الواقع الذي نعيش فيه ويحتاجه كثير من الناس .
- ✓ إغفال المشرع الجزائري بعض الأحكام المتعلقة بالتنزيل ومن ثم كان لزاما على من يستطيع يبين حكم هذه المسائل من خلال ما قرره الفقهاء حتى لايبقى رجل القانون أو غيره ممن يحتاج إلى معرفة حكمها في حيرة من أمره.

✓ حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه الدراسات خصوصا مع تضارب بعض القرارات القضائية و الأحكام الصادرة في قضية التنزيل .

✓ جمع جزئيات الموضوع الفقهية المبنوثة في الكتب الفقهية حتى يتسنى للقضاة و المحامين و الموثقين الرجوع إليها .

الدراسات السابقة :

✓ هناك مؤلفات وبحوث و مقالات قيمة ، تناول فيها مؤلفوها التنزيل و مدى مشروعيته بشكل عام منها :

✓ أولاً/ التنزيل في قانون الأسرة الجزائري : هذه الدراسة رسالة دكتوراه للدكتور دغيش أحمد، تحصلت عليه في شكل كتاب طبعة ثانية ،2010، و لقد تضمنت هذه الأطروحة أربعة فصول ، الفصل الأول عالج فيه التطور التاريخي للوصية و أنواعها ، و عالج في الفصل الثاني : تعريف التنزيل ، أصله التشريعي ، طبيعته القانونية و حكمة مشروعيته ، و تطرق في الفصل الثالث : أركان التنزيل و شروط استحقاقه، أما الفصل الرابع فخصصه لأحكام تطبيق التنزيل (الوصية الواجبة).

✓ ثانيا/التنزيل دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة للأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا ، طبعة 2001 ، دارهومه ، وقد تطرق الأستاذ الفاضل في هذا الكتاب إلى التمييز بين التنزيل بقوة القانون و الوصية الواجبة المستحدثة من طرف قانون الوصية المصري ، وتناول كيفية تطبيق التنزيل من الناحية العملية أثناء قسمة التركة ، وتعرض في الأخير إلى القانون المقارن وأيضا للجدل والنقاش الذي قام بين المؤيدين للتنزيل بقوة القانون و المعارضين له مع استعراض حجج كل منهما الإشكالية:

نظرا لأهمية الموضوع وتشعبه فان محاولة دراسته تتطلب الإجابة عن الإشكالية التالية: ما حقيقة التنزيل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟؟ و التي تتفرع عنها التساؤلات التالية :

✓ ما المقصود بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري -أو ما يعرف بالوصية الواجبة وما الحكمة المرجوة من تشريع أحكامه ؟ وهل لأحكامه مستند فقهي ؟

✓ كيف يمكن تكييف التنزيل أو ما علاقته بكل من الميراث والوصية الاختيارية؟ وما موقف الفقه المعاصر في هذا الشأن؟

✓ كيف كان تطبيق أحكام التنزيل في القضاء الجزائري؟

✓ وهل وفق المشرع الجزائري في تنظيم أحكامه؟

المنهج المتبع في الدراسة :

لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج الاستقرائي - التحليلي - المقارن - وذلك وفق الخطوات التالية :

✓ استقراء نصوص الفقهاء ونصوص القانون وشروحها .

✓ تحليل النصوص وفق منهج البحث العلمي بتصوير المسألة وذكر الأقوال منسوبة لأصحابها ثم الاستدلال بها وبيان وجه الدلالة فيها ثم مناقشتها .

✓ إجراء المقارنة بين آراء الفقه الإسلامي في التنزيل بما جاء به القانون الجزائري واستنتاج الرأي الراجح .

و قد رسمت لتحقيق أهداف البحث خطة ثنائية ، وفق المخطط التالي :

الفصل الأول : ماهية نظام التنزيل، تأصيله وتحديد طبيعته القانونية

المبحث الأول : ماهية نظام التنزيل

المطلب الأول : تعريف التنزيل والحكمة منه

المطلب الثاني : أركان التنزيل وشروط استحقاقه

المبحث الثاني : تأصيل نظام التنزيل و تحديد طبيعته القانونية

المطلب الأول : تأصيل نظام التنزيل

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتنزيل

الفصل الثاني : القواعد العامة لتطبيق أحكام التنزيل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : مقدار التنزيل وطرق استخراجة

المطلب الأول : مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منه

المطلب الثاني : طرق استخراج مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي و موقف المشرع

الجزائري منها

المبحث الثاني: تطبيق القضاء الجزائري لأحكام التنزيل
المطلب الأول: إجراءات التقاضي في النزاعات المتعلقة بالتنزيل
المطلب الثاني: تضارب الاجتهادات القضائية في تطبيق أحكام التنزيل
الخاتمة

الفصل الأول

ماهية نظام التنزيل ، تأصيله وتحديد طبيعته القانونية

توطئة:

إن التنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة صناعة قانونية جاء بها المشرع العربي الحديث، بما لولي الأمر من سلطة و بما يفرضه عليه الواجب من بحث في مصلحة الجماعة وحل مشكلات الواقع وفي مقدمتها مسائل الأسرة، و يثير التنزيل العديد من الإشكالات القانونية التي تحتاج إلى توضيح و على رأسها غموض طبيعته التي تتحدد على ضوءها العديد من الأحكام الهامة ، فهل هو إرث مستتر في شكل وصية، أم أنه مجرد وصية بحكم القانون ؟ ولأن الإجابة على هاته الإشكالية تحتاج بداية إلى تعريف التنزيل وتحديد مصدر مشروعيته ، لذا سأحاول في هذا الفصل التعرض لماهية التنزيل في المبحث الأول من خلال بيان تعريفه، والحكمة منه(في المطلب الأول) أركانه وشروط استحقاقه (في المطلب الثاني) ، ثم أتعرض بعد ذلك إلى تأصيله في المبحث الثاني من خلال بيان الأسس المنهجية لتشريع التنزيل و مدى مشروعيته في الفقه الإسلامي (في المطلب الأول) ، ثم تحديد طبيعته القانونية(في المطلب الثاني).

المبحث الأول: ماهية التنزيل

نظم المشرع الجزائري أحكام التنزيل في نصوص المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري، مبينا من خلال هذه النصوص وبشكل مجمل - شروط وحدود هذا الموضوع. إلا أنه وقبل التطرق لتفصيل مضمون نصوص أحكام التنزيل الواردة في الفقه الإسلامي وتشريع الأسرة الجزائري، وجب بنا التعرض إلى تعريف التنزيل لغة واصطلاحاً ، ثم بيان الحكمة المتوخاة من التنزيل وذلك في المطلب الأول، ثم نتعرض بعد ذلك إلى أركان التنزيل وشروط استحقاقه في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف التنزيل و الحكمة منه

سأتناول في هذا المطلب تعريف التنزيل لغة واصطلاحاً في الفرع الأول ثم أتناول الحكمة منه في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف التنزيل

سأتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للتنزيل و الاصطلاح مع ربطهما بمصطلح الوصية الواجبة لتوضيح المعنى .

أولاً :التعريف اللغوي:

« التنزيل اسم مفعول مشتق من ينزل و نزولا ومنزلاً -فتحا - ومنزلاً - كسرا - و ننزله وأنزله ونزله وهو يعني الحلول. وفي هذا الصدد قال سيبيويه : كان أبو عمر يفرق بين نزلت - بالتشديد - وأنزلت ولم يذكر وجه الفرق بينهما، وقيل كلمة نزال معدول من المنازل فقال عليها لا بمعنى النزول إلى الأرض،
ومنه قول الشاعر :

و لقد شهدت الخيل يوم طرادها يسلم أوظفه القوائم هيكل
فدعوا نزال فكننت أول نازل و غلام أركبه إذا لم أنزل¹

¹ - ابن منظور ، لسان العرب ، ، الطبعة الأولى ، دار الإحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1988 الجزء الرابع: ص : 111.

وعلى هذا فنزل تأتي بمعنى حل وقيل أيضا تأتي نزل المنفعة من نزولا ومنزلا و منزلا بالتخفيف بمعنى انحدر من أعلى إلى أسفل . أما نزل بالتشديد وهي محل القصيد تأتي بمعنى (رتب) ومنه المنزلة تعني المرتبة¹. فيقال نزله جعله ينزل ورتب الشيء مكان الشيء أي أقامه مقامه فيكون بذلك بأن يجعل الشيء أن يأخذ حكم من أخذ محله في جميع الخصائص والصفات الأساسية له ، ومنه حل الشخص محل شخص آخر ، نزل مقامه وتكون في التنزيل بأن يحل الحفيد محل مورثه بعد وفاته لزوما فيما عهد إليه من سلفه. و يأتي إذا التنزيل بمعنى الترتيب لكن هنا يأتي بمعنى الحلول أي حله مكانه بأن جعل الحفيد في مقام و مكان الولد وعلى هذا يتضح في الأخير التنزيل هو حلول شخص مكان آخر، وهو ما ينطبق بالفعل على موضوع التنزيل باعتبار أن الحفدة ينزلون منزلة أصلهم في التركة². و باعتبار أن التنزيل خاص بالحفدة دون غيرهم وجب بنا تعريف الحفدة حتى يتضح المعنى ويكتمل التعريف اللغوي .

فجاء في لسان العرب الحفيد والحفدة وهم الأعوان والخدمة وأحدهم حاقده،وتقول العرب : حفدة الرجل بناته وقيل:أولاد أولاده وعلى هذا المبدأ أطلق الحفيد على ولد الولد وقال الليث الحفدة ولد الولد، و الولد اسم يجمع الواحد والكثير ويدل على الذكر و الأنثى معا والجمع أولاده وولده والدة، والوليد هو الصبي حين يولد وقال بعضهم : أيضا وليدا فيقال تولد الشيء من غيره نشأ عنه، وتوالد القوم أي كثروا، وولدوا بعضهم بعضا.ويطلق الولد على المثنى والجمع كما يطلق على الذكر والأنثى واشتق الميلاد والمولد والوالدان (الأب والأم)³.

وباعتبار أن هناك من التشريعات تطلق مصطلح الوصية الواجبة على التنزيل فانه وحتى يتضح المعنى أكثر وجب بنا تعريف الوصية الواجبة أيضا بربطها بالتنزيل واعتبار

1الرازي محمد بن بكر ،مختار الصحاح، من ضبط وتخريج الدكتور مصطفى دين البغا،دون طبعة، 1990 دار الهدى للطباعة والنشر ، الجزائر ،ص : 519 .

2 دغيش أحمد،التنزيل في قانون الأسرة الجزائري أصل الكتاب أطروحة دكتوراه، الطبعة الثانية ، 2010 ، دار هومه،الجزائر،ص: 69

³ ابن منظور ، المرجع السابق ، ص : 235 .

أحدهما جزء من الآخر، وبما أنها لفظ مركب من جزئيين مسند و مسند إليه، لا بدا من أن نعرف الجزئيين حتى يتضح المعنى .

أما لفظ الوصية: معناها العهد أو التصرف في التركة مضافا إلى ما بعد الموت. وهي أن يعهد الإنسان وصيته لشخص في تصريف شيء من ماله، أو النظر على أولاده الصغار أو يعهد لشخص في أي شيء من الأعمال التي يملكها¹ وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته .

وفي اللغة: أوصى الرجل ووصاه، عهد إليه، ويقال أوصيت له بشيء، وأوصيت إليه إذا جعلته وصيك، وأوصيته وصية إيصاء وتوصية بمعنى، وتوآصى القوم أي وصى بعضهم بعضا وفي الحديث: «استوصوا بالنساء خيرا فإنهم عندكم عوان»، والاسم الوصاة والوصاية والوصية أيضا ما أوصيت به. ومنه قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ ﴾². ومن هنا نرى أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء في حين أن الفقهاء يفرقون بينهما فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت والإيصاء وصيا على أولاده بعد موته³ .

وأما لفظ الواجبة: جاء في لسان العرب، معنى وجب الشيء يجب وجوبا، أي لزم وأوجبه الله، واستوجبه أي استحقه. يقال وجب الشيء وجوبا إذا ثبت ولزم⁴. و مما سبق، يعرف التنزيل بربطه بالوصية الواجبة باعتبار أن كل منهما جزء من الآخر: " حلول شخص محل شخص آخر أو مقامه بعد وفاته لزوما ليصل ما كان في حياته بما يأتي بعد موته عهدا له"⁵ .

1 ميادة بنت كامل آل ماضي، الوصية، دون طبعة، دون سنة، دار الوطن للنشر، ص: 09.

2 سورة المائدة، الآية: 106

3 ابن منظور، المرجع السابق، الجزء الخامس عشر، ص: 321.

4 ابن منظور، المرجع نفسه، ص: 215

5 دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 70

ثانيا : التعريف الاصطلاحي

لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل من خلال قانون الأسرة وإنما ترك ذلك للفقه فعرفه البعض على أنه : " إحلل الأحفاد في تركة الجد والجدة محل أصلهم الهالك سلفا أبا أو أما فيرثون نصيبه بشروط "¹. وهناك من رأى بأن: <<التنزيل هو إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل، الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته>>² ولقد كان التنزيل معروفا لدى فقهاء المالكية المتأخرين وطبقة القضاء لغاية صدور قانون الأسرة، غير أنه لم يكن إجباريا أو بقوة القانون بل كان اختياريا، فالتنزيل عندهم وضع غير وارث في منزلة وارث، والتنزيل كما يكون للأقارب المتمثلين في الأحفاد غير الوارثين فإنه يجوز أن يكون لغير الأحفاد وغيرهم من الأجانب، وكان المصطلح المستعمل لدى متقدمي فقهاء المالكية هو الوصية ولم يعرف مصطلح "التنزيل" إلا عند الفقهاء المتأخرين كالمجاصي وسيدي بومدين والشيخ أبي الحسن العلمي صاحب كتاب النوازل وكذا سيدي محمد القسطيني، ويعتبر التنزيل عند هؤلاء في حكم الوصية³. وقد عرفه الشيخ محمد الصادق الشطي على أنه : " هو أن ينزل الإنسان غير وارث منزلة وارث وهو من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة"⁴. والملاحظ على هذا التعريف أنه ورد عاما بحيث لم يحدد مقدار التنزيل كما أنه لم يحدد أشخاص التنزيل إلا أنه أجاز لغير الوارثين كما أن إرادة المنزل - كسرا - محل اعتبار فمصدر التنزيل هو إرادة الإنسان ولا دخل للمشرع في ذلك.

أما الوصية الواجبة فتعرف اصطلاحا كالآتي:

1 عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، طبعة ثانية، 2010، دار هومه، الجزائر، ص: 195

2 جيجيك صالح الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية، 2010، دون دار النشر، الجزائر، ص: 92

3 بن الشيخ آت ملويا لحسين، التنزيل (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دون طبعة، 2011، دار هومه، الجزائر ص : 25، 27

4 الشطي محمد الصادق، لبااب الفرائض الكامل للفقه والحساب والعمل، دون طبعة، 1988، دار الدرب

الإسلامي، لبنان، ص: 148 .

حسب جمهور الفقهاء: وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله والآدمي من تركته بعد وفاته عندما لايقوم دليل على ثبوت هذا الحق بدمته. و في اصطلاح بعض الفقهاء: الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب .

وفي اصطلاح القانون هي افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معا على أن لا تزيد هذه الحصة عن ثلث التركة¹ .

ومما سبق يمكن تعريف التنزيل وفق قانون الأسرة الجزائري كآتي²:

التنزيل هو حلول غير الوارثين من الحفداء محل أصولهم الوارثين قسرا، آباء كانوا أو أمهات، على فرض حياتهم عند موت مورثهم في أخذ منابهم من تركة الجد أو الجدة في حدود ثلث التركة. واستنادا لنص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري يتضح طابع الإلزام في هذا التنزيل بحيث ينفذ قسرا في تركة المتوفى في حالة إذا لم يوص به، وهذا بحكم القانون باعتباره وصية قانونية واجبة ، ومعنى هذا أن القانون هو الذي يتكفل بتنزيلهم منزلة أصلهم في التركة باعتبار ذلك أمرا وحبويا ولازما، ولا خيار للمتوفى أو ورثته في حجبته عن مستحقه وهذا لم يعد لإرادة صاحب التركة أي اعتبار لأن التنزيل ينفذ رغما عن إرادته، وكما أنه لا يرد بالرد أي ينفذ رغم عدم قبول من وجب لهم التنزيل لذا يشبه بالميراث³. من هذا الجانب اعتبر صاحب التركة إذا لم يوص لحفدته ظالما فيقوم القاضي مقامه بفرضها في تركته بعد وفاته بقدر نصيب هذا الولد على أن لا يزيد عن ثلث التركة ولو كان نصيبه ميراثا أكثر من ذلك.

1 الزلمي مصطفى إبراهيم ، أحكام الميراث و الوصية و حق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون ، الطبعة

الأولى، 2006، دار وائل للنشر، ص: 225

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 73

3 الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، 1984، دار الفكر، سوريا، (الجزء الثامن)، ص: 123

الفرع الثاني: الحكمة من التنزيل:

يسعى الإسلام إلى التداول المستمر للثروة في ثنايا المجتمع و الحيلولة دون تراكمها أو تضخمها في أيدي قليلة منه و ذلك من خلال تشريع الإرث الذي كرسه العدل القرآني في المجتمع الإسلامي و الذي لايسمح بعد وفاة الشخص أن تظل ثروته مجمدة أو محتكرة بيد جهة واحدة بل على العكس يعمل على إعادة توزيعها بالعدل والإنصاف دون محاباة أو تجاهل ، حتى تعم أكبر عدد ممكن من الأصول والفروع كما أن نظام الإسلام وهو يحرص على تحقيق عدالة التوزيع وتقسيم الثروة أو التركة بين الورثة تقسيما عادلا لا يشوبه جنف ولا يعتريه ظلم، وبثها في كل جيل من الأجيال، فقد أخذ بعين الاعتبار معيار الحاجة و جعلها أحد أسس التفاضل في توزيع الميراث بحيث كلما كانت الحاجة إلى المال أشد كان النصيب أكبر¹. لذا فان القول بعدم التنزيل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تكديس الأموال في يد طبقة واحدة من الأقارب دون الآخرين وهو ما يؤدي في كل الحالات إلى التحاقه وانتشار الضغائن وروح الانتقام مما يؤدي إلى تفكيك روابط الأسرة الجزائرية. و من هنا جاء نظام التنزيل (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 طبقا لقواعد الميراث². ومن هنا طرح التساؤل: هل الحكمة من تشريع نظام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري هي تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث أصولهم؟ أم الحكمة من ذلك هي شدة احتياجهم للمال بغض النظر عن التعويض؟؟

والإجابة عن هذا التساؤل تترتب عليها عدة آثار قانونية منها :

أولا: إذا كان الباعث أو الحكمة من نظام التنزيل هو التعويض فيعني ذلك أن بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة ثم مات بعد ارثه فان فرعه المخالف له في الدين لا يرثه وحينئذ ينتفي الباعث على التشريع لأنه لم يفته شيء من الميراث حي

1 المرزوقي عمر بن فيحان ، اقتصاديات الميراث في الإسلام ، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ،

السنة الخامسة ، العدد 14 ، 1422هـ/2001م ، جامعة الأزهر ، مصر ص : 138،129

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص: 123 .

يعوض عنه بالوصية فلو قلنا بعدم وجوب هذه الوصية في هذه الصورة لكان لنا سند من روح القانون وهدف التشريع، وبخاصة إذا لاحظنا بأن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل في الميراث فلا يتوسع فيه بل يقتصر على ما تيقن منه .

كما أن القول بأن الباعث هو التعويض يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيق التنزيل فلا يشمل بذلك أولاد البنات باعتبارهم من ذوي الأرحام ، وهم بذلك لم يفهم شيء عن طريق الميراث حتى يعوضوا عنه بطريق التنزيل¹.

ثانياً: يرى الشيخ محمد أبو زهرة أن الباعث على التشريع هو الاحتياج والسبب في ذلك حسب رأيه، لأن الوصايا شرعت من باب الخير والصدقات ليتمكن كل من فاته خيراً 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 القرية فيها أوضح ويستدل بأقوال ابن مسعود رضي الله عنه بحيث يقول: « فابن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية للأقرب فالذي يليه من الأقارب غير الوارثين »، ويضيف كذلك وعن طاووس أنه قال : « إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت إليهم»². كما أن الباعث على تشريع التنزيل أنه في أحوال كثيرة قد يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه و يحرم هو وذريته من ميراثه الذي يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع³. وهذا ما جاء في المذكرة التوضيحية حيث ورد فيها : " إن الولد الذي يموت في حياة أبيه وأمه ولو كان قد عاش إلى موتها لورث منهما وآل ميراثه إلى أولاده ولكنه مات قبلهما أو قبل أحدهما أو معهما أو مع أحدهما ، وانفرد بالميراث إخوته وصار أولاده في فقر مدقع واجتمع لهم مع اليتيم وفقد العائل الحرمان والستر واضطرب بذلك ميزان التوزيع في الأسرة فأصبح بعضهم في يسر ونعمة بسبب الميراث وبعضها في فقر وعوز بسبب الحرمان نتيجة

1 شلبي مصطفى، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، دون طبعة، 1962، مطبعة دار التأليف، مصر، ص: 240 ، 241.

2 أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية ، دون طبعة ، 1978، دار الفكر العربي ، مصر، ص : 198

3 أبو زهرة محمد، أحكام التركات والموارث، دون طبعة، دار الفكر العربي ، مصر، ص: 249 .

موت أبيهم أو أمهم قبل جدهم أو جدتهم مع أن أباهم هذا الذي حرمه الموت من نصيب كان ينتظره قد يكون هو الذي شارك الجد في بناء الثروة التي تركها.¹ ويترتب عن القول بأن الباعث عن تشريع التنزيل هي الحاجة أو درجة الاحتياج اتساع مجال تطبيق التنزيل بحيث يشمل الحفدة من جهة الإناث أي أولاد البنات ويشمل أيضا الحفدة من جهة الذكور أي أولاد الأبناء و عليه يدخل الولد الكافر باعتبار أنه يأخذ حكم الوصية العادية وهي تصح مع اختلاف الدين .

والتنزيل بهذا الشكل الذي جاء به القانون في حقيقته هو استجابة لحالات كثيرة في المجتمع الجزائري و لعدة شكاوى ممن يموت أبائهم أو أمهاتهم قبل موت الجد و الجدة أو مع أي منهما حيث وفاتهما معا تمنعها من الميراث من بعضهما لحصول الشك في الأسبق و هي أحد شروط الميراث و لأن عدم إعطاء هؤلاء الحفدة نصيبا من تركة الجد أو الجدة سيؤدي بهم إلى الحاجة و مذلة السؤال أو بانحراف بعضهم عن جادة الصواب والوقوع في الخطيئة بسبب العوز والحاجة .وعلى هذا فقد يكون لهؤلاء الآباء أو الأمهات ممن توفوا في حياة مورثهم قد شاركوا في جمع تركة المتوفى بنصيب ملحوظ و بذلوا جهودا معتبرة من أجل الحصول على تلك الأموال و الثروات التي هي بيد ورثة المتوفى دون مشاركة أولادهم فيها و عليه جاء نظام التنزيل لحل هاته المشاكل الاجتماعية والإنسانية وبخاصة وأن نظام العائلة في الجزائر يعتبر من نمط الأسر الممتدة التي تجد فيها الجد والابن وابن الابن والجد على قيد الحياة و الأملاك بدون قسمة . وما يمكن استخلاصه في الأخير ومن خلال تفحص نصوص التنزيل الواردة في المواد (169 إلى 172) قانون الأسرة الجزائري أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال الباعث على التشريع هو 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 وهذا طبقا لما تنص عليه المادة 169 قانون الأسرة الجزائري ولكن رغم ذلك فإن شدة الاحتياج هي الأخرى لها مكانها في تشريع نظام

1 الجليدي محمد سعيد، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دون سنة، مطابع عصر

الجماهير ، ليبيا، ص:190

التنزيل وهو ما تقضي به المادتان 171، 172 قانون الأسرة الجزائري، 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 الحفدة¹.

المطلب الثاني : أركان التنزيل و شروط استحقاقه

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول إلى تعريف التنزيل وبيان الباعث لتشريعته في الفقه الإسلامي وتحديد موقف المشرع الجزائري من ذلك، سنحاول التعرض في هذا المطلب إلى الأركان التي يقوم عليها نظام التنزيل في الفرع الأول، والشروط الأساسية الواجبة لاستحقاقه في الفرع الثاني

الفرع الأول : أركان التنزيل

قبل التطرق لأركان التنزيل وجب بنا تعريف الركن لغة واصطلاحاً .

لغة: ركن إلى الشيء وركن يركن ويركن ركنًا وركونا فيهما وركانة وركانية، أي مال إليه وسكن، وركن الشيء جانبه الأقوى وركن الإنسان قوته وشدته²، وفي القرآن الكريم: ﴿لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾³.

اصطلاحاً: هو جزء الشيء يوجد بوجوده وينتفي بانتفائه، فركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء⁴.

ومن خلال هذا التعريف، ومما ورد في قانون الأسرة الجزائري بشأن التنزيل استنبطنا أركان التنزيل المتمثلة في المنزل - كسرا - (الموصى)، والمنزل - فتحا - (الموصى له) محل التنزيل (الموصى به)، ذلك أن الفقهاء لا في الشريعة الإسلامية ولا في التشريعات

1- دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 128

2 - ابن منظور، لسان العرب ، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص: 1721، 1722

3 سورة هود، الآية: 80.

4 السرخسي ،أبي بكر محمد بن أبي سهل، أصول السرخسي ، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني ، الطبعة الأولى، 1993

،دار الكتب العلمية ، لبنان ،الجزء الثاني ، ص: 12

الوضعية لم تتناول أركان التنزيل و يرجع ذلك لاختلافهم في التكييف القانوني للتنزيل على الشكل الذي جاء به القانون، فهناك من رأى بأنه نظام يشبه الوصية وأطلق عليه اسم الوصية القانونية الواجبة، وهناك من رأى بأنه يشبه الميراث وسمي بذلك ميراثا قانونيا وفيما يلي أركان التنزيل :

أولا: المنزل (الموصي):

هو كل مالك صحيح الملك¹. والمنزل -كسرا - في الوصية الواجبة عند تنزيل حفته منزلة أبيهم أو أمهم في التركة، كما لو كانوا أحياء، يعامل 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 الأساس أطلق اسم المنزل -كسرا - على الجد أو الجدة المالكين للتركة والمفارقين للحياة وسواء كان موت الجد أو الجدة المالكين للتركة والمفارقين للحياة وسواء كان موت الجد أو الجدة حقيقة أو حكما² والموت الحقيقي: هو الذي يكون بأحد الأمور الثلاثة: إما بالمشاهدة بأن تشاهد هذا المورث سقط ميتا، وإما بالاستفاضة بأن يستفيض لدينا أن فلانا مات كأن يعلن خبر موته بالصحف، أو يستفيض لدى الناس بأنه مات وغالب ما نشهد عليه بالموت هو الاستفاضة أو بشهادة عدلين يشهدان بأنه مات مثل أن يكون هذان الرجلان رفيقين له في السفر فيموت ويشهدان على ذلك.

أما الموت الحكمي: يتأتى بصدور حكم من القضاء مضمونه الحكم بموت فلان من الناس، وحكم القاضي يعتد به وهو حجة في إثبات وفاة المنزل - كسرا - على الرغم من أنها قد لا تطابق الحقيقة، فقد يحكم القاضي بموت الشخص مع تيقن حياته، كما هو الحال بالنسبة للمرتد، وهناك حالة أخرى تنطبق على الموت حكما تتعلق بالمفقود وهي تلك الخاصة بإصدار القاضي حكمه على من غاب غيبة طويلة ولا يدري أهو من الأحياء أم الأموات ؟ ورفع أمره إلى القضاء، فحكم القاضي بموته، فيعتبر ميتا من وقت صدور هذا الحكم. ويعتبر موت المفقود موتا حكما وليس حقيقيا إذ لا دليل قاطع على موته وإنما

¹ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دون طبعة، دون سنة، دار الفكر، لبنان، ص: 328.

² دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 133

ينبني الحكم على غلبة الظن والرجحان فاحتمال حياته أمر قائم وموجود¹، وهذه الحالة الأخيرة نظمها المشرع الجزائري في المواد من 109 إلى 115 قانون الأسرة الجزائري والجدير بالذكر أنه لا كلام عن التنزيل إذا كانت تركة المنزل -كسرا- مستغرقة كلها بالديون لاعتبار أن التنزيل من باب الوصايا وهو يخرج بعد التجهيز وأداء الديون فان بقي شيء نفذ من خلاله التنزيل وإلا فلا شيء من ذلك².

وما تجدر الإشارة إليه أن ركن المنزل -كسرا- 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 -كسرا- بالنسبة لأركان التنزيل³.

ثانيا :المنزل (الموصى له):

هو كل شخص غير وارث ممن يصح تملكه للمال الموصى به عن طريق التنزيل شرعا.والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد: هل يمكن أن يكون المنزل -فتحا - حملا أو مفقودا أم أنه يشترط أن يكون موجودا وقت وفاة الجد أو الجدة ؟ لم يتطرق الفقهاء لهذه المسألة والسبب في ذلك اختلافهم في التكييف القانوني للتنزيل هل هو ميراثا فتطبق عليه أحكام الميراث أم أنه وصية واجبة بحكم القانون ونطبق عليه أحكام الوصية.

إلا أن الدكتور دغيش أحمد في كتابه " التنزيل في قانون الأسرة الجزائري " يرى بأن المنزل -فتحا- قد يكون من الأشخاص الذين يصح تملكهم ابتداءا أو كما يجوز أن يكون الموصى له حملا أو مفقودا حيث تسري عليه نفس الأحكام التي تطبق بشأنه في مسائل الميراث استنادا لنص المادة 181 قانون الأسرة الجزائري:يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 ، 173) من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق

1 العثيمين محمد بن صالح ، شرح منظومة القلائد البرهانية في علم الفرائض ، الطبعة الأولى ، 2008 م ، دار الوطن للنشر ، السعودية ، ص : 84

2 الجندي محمد الشحات ، الميراث في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، دون سنة ، دار الفكر العربي ، مصر ص : 68،69 .

3 دغيش أحمد، المرجع السابق ، ص : 134

بالملكية الشائعة¹. وبالرجوع للمادتين 109 و 173 نجدهما يتعلقان بالمفقود والحمل وكيفية توريثهما وبالتالي وجب مراعاة الإجراءات القانونية فيما يتعلق بأحكام المفقود وعند تقسيم مقدار التنزيل بين الحفدة يطبق عليها أيضا أحكام الميراث بشأن المفقود. ويشترط في الموصى له (المنزل) حتى يرث عن طريق التنزيل أن يكون أصله مستحقا للميراث على افتراض حياته ولم يمنعه مانع من موانع الإرث، فلو كان ممنوعا من الميراث لقتل أو لاختلاف دين فلا يستحق أولاده وصية واجبة لأن الوصية تعويض عما فاتهم من ميراث بسبب موت أصلهم، وهنا لم يفهم شيء حتى يعوضوا عنه لذا فلا يستحقون وصية². فبالرجوع لنص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري بنصها : "...وقد مات مورثهم ... فكلمة مورث لا تطلق إلا على الأصل الذي يستحق الميراث لو كان حيا. كما يشترط أن يكون المنزل-فتحا- غير ممنوع من ارث أصله كأن كان قاتلا أو لاختلاف الدين لأن هذا الأخير يعتبر تعويضا عما فاته من ميراث أصله فانه والحالة هذه لا يستحق شيئا إذ لم يفته شيء يعوض عنه³.

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده لم يتضمن حكما بهذا الشأن إلا أنه وعملا بظاهر النصوص نجده لم يقيد 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 عملا بنص المادة 200 قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"⁴. ويؤكد ذلك أيضا السند التشريعي للتنزيل باعتباره من باب الوصايا، ويبرر ذلك أيضا ما ذهب إليه الإمام ابن حزم بقوله: " وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، وإما لكفر ..."⁵. إلا أنه وفي حقيقة الأمر، ومن خلال تفحصنا

1 وزارة العدل، قانون الأسرة ، الكتاب الثالث ، الميراث ، ص : 64

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص:135

3 حداد عيسى،الوجيز في الميراث،دون طبعة،2003 مديرية النشر،الجزائر ص:113 بلحاج العربي،أحكام المواريث في التشريع الإسلامي،وقانون الأسرة الجزائري،الطبعة الثالثة،2008 ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، ص: 287

4 وزارة العدل ،قانون الأسرة، ص: 69

5 ابن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ،المطلى بالآثار ،تحقيق ، محمد منير الدمشقي ، إدارة الطباعة المنبرية ، مصر ،1351، ص: 314

لنصوص التنزيل انطلاقاً من نص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري نجد أن الباعث الغالب على تشريع التنزيل هو التعويض وباعتبار أنه لو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة ثم مات بعد ارثه، فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه وحينئذ ينتقي الباعث على التشريع¹. لأنه لم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالتنزيل إلا أن الأمر يختلف في حالة إذا لو أوصى صاحب التركة لحفدته أثناء حياته بتنزيلهم منزلة أصلهم في التركة، فهنا يطبق التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ويعتبر من باب الوصايا العادية وينفذ عند التزام مع الوصايا الاختيارية دون أن يأخذ الطابع القانوني للتنزيل الوارد في قانون الأسرة باعتباره وصية واجبة².

والملاحظ مما سبق، نجد أن هناك من الباحثين في هذا المجال من يرى بأن الاستعانة بأحكام الميراث لتطبيقها على مسائل التنزيل لا يحقق أهداف و مقاصد تشريعه ذلك أنه فيه تعطيل العمل بأية الوصية و تفقدها بذلك من المقصد الشرعي لها فمثلاً الغاية من حرمان القاتل من الميراث هو معاقبته بنقيض مقصوده و الحيلولة بينه وبين الجريمة فإن هذا الفعل لا يتصور حصوله في التنزيل إذ لا يعقل أن يقدم وارث على قتل مورثه كي يستفيد فروعه من التنزيل بعد أن يحرم هو من الميراث وعليه فما دام اختلاف الدين لا يمنع من الوصية الاختيارية فكان من الأولى أن يكون كذلك في التنزيل³.

ومن خلال ما سبق فيجب التنزيل لفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه حقيقة بأن كان موته طبيعياً أو حكماً وهو المفقود الذي حكم بموته أو يموت معهم ولو حكماً كالغرقى والهدمى⁴، وتجب أيضاً لفرع الولد الذي مات في حياة والديه ولو مات قصاصاً أو للحكم عليه بالإعدام و نفذ الحكم ، أو بالموت انتحاراً، لأن الوصية تقررت لصالح الفرع فلا ينتقي بجريمة الأصل، وتجب الوصية لفرع الولد الذي مات مع والديه في حادث سيارة أو طائرة أو غارة حربية ولا يعلم السابق منها إلى الموت

1 شلبي مصطفى، أحكام الموارث بين الفقه والقانون، دون طبعة، 1978، دار النهضة العربية، لبنان، ص: 287

2 دغيش أحمد، المرجع السابق : ص: 138 .

3 المرجع نفسه ، ص: 140

4 السريتي عبد الودود محمد ، الوصايا والأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، دون سنة ، دار

النهضة العربية ، ص: 413

في هذه الحالة لا يرث أحدهما الآخر قانونا فتجب الوصية لفرع الولد المتوفى حماية لمصالحه¹. هذا وقد اختلفت القوانين في تحديد من يستحق التنزيل (أو ما يعرف الوصية الواجبة) وذلك إلى فريقين²:

الفريق الأول : ذهب القانون المصري والكويتي إلى تحديد المستحقين للوصية الواجبة لفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه سواء أكان هذا الولد ابنا أو بنتا فيستحق الوصية الواجبة فروع الأبناء مهما نزلوا أما أولاد البنات فتكون الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى فقط. واستدلوا بأن تشريع الوصية الواجبة جاء علاجا لمشكلة الأحفاد ومن باب البر والصلة لذا كان التوسع فيه ليشمل أولاد البنات أولى من التضييق .

الفريق الثاني : ذهب القانون السوري والمغربي والأردني إلى تحديد المستحقين للوصية الواجبة بأولاد بأولاد الابن الذكر فقط، فيستحق أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزلوا ويحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ويستحق كل فرع حصة أصله فقط .

أما أولاد البنات التي ماتت قبل أبيها أو أمها فلا يستحقون الوصية الواجبة واستدلوا بأن أولاد البنات من ذوي الأرحام ويعتبرون محرومين لوجود من يحجبهم وأنهم لا يرثون في الأصل لوجود ذوي الفرائض والعصابات . كما أن الحكمة من تشريع التنزيل حل مشكلة أولاد الابن المتوفى في حياة أبيه ليتمهم وفقدهم وهذه لعلة غير موجودة في أولاد البنات الذين ينعمون في الغالب بحياة أبيهم، إضافة إلى ذلك فإنه إذا أصاب الجد العوز وله أبناء أبناء وأبناء بنات فإن نفقته إنما تكون على أبناء أبنائه .

وسبب اختلاف الفريقين راجع إلى اختلافهم في الباعث من وراء تشريع الوصية الواجبة فالبعض يرى بأن الباعث هو الحاجة في حين أن الفريق الآخر يرى بأن الباعث هو التعويض. كما يرجع في تكييف الوصية الواجبة في حد ذاتها فمنهم من اعتبرها وصية فيها بمفاهيم كثيرة في الميراث منها كونهم من ذوي الأرحام، والبعض الآخر لم

1 إمام محمد كمال الدين ، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد) ، الطبعة الأولى ، 1999 ، منشأة

المعارف الإسكندرية ، مصر ، ص: 103 ، 104 .

2 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق :ض: 68 ، 69 .

يلتفت إلى هذه القيود ونظر إليها كوصية تجوز لغير الوارث والأرحام¹. وبالرجوع للمشرع الجزائري وبالتحديد نص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري نجد أنها أوجبت التنزيل للحمقاء مطلقاً من جهة الذكور أو الإناث على السواء إلا أن هناك من الباحثين الجزائريين ذهبوا إلى أن لفظ الحمقاء يشمل أولاد الابن دون أولاد البنت. فالدكتور بلحاج العربي يرى بأن التنزيل مقصور على أبناء ولد المتوفى الذكر دون أبناء البنت المتوفاة أي الأحفاد الذكور دون الأحفاد من البنات². وهذا هو رأي الأستاذ عزة عبد العزيز فقد قال: "إن ما ورد من أحكام التنزيل في التشريعات العربية وقانون الأسرة الجزائري يعترضه بعض القصور والنقص في جوانب عدة نذكرها فيما يلي :

1- أن نظام التنزيل جاء قاصراً على أحفاد الابن دون البنت أي على أولاد الذكر دون الأنثى والأفضل هو أن تشمل الوصية الواجبة الجنسين معاً أبناء الذكور وأبناء الإناث إذا تماثلت الأوضاع من باب العدد و الإنصاف ..."³

كما أن الأستاذ الموثق "صالح جيجيك" يرى بأن كلمة أحفاد المذكورة في المادة 169 قانون الأسرة الجزائري تعني لغة : فرع الفرع من أولاد الأبناء وأولاد البنات سواء أما الحفدة اصطلاحاً: فإنه فرع الابن دون فرع البنت وهذا تحديد مهم جداً وقد أحسن المشرع الجزائري حين حصر من يستحق التنزيل في مجموعة أولاد الأبناء دون أولاد البنات الذين يسمون لغة واصطلاحاً الأسباط وترجمة هذه المادة إلى النص الفرنسي أوضح وأصح أيضاً بما تتطلبه اللغة الفرنسية من دقة التعبير عن أولاد الأبناء دون أولاد البنات في جملة DESCENDANTS D'UN FILS :

لأن أولاد البنات ليسوا فروعاً للهالك بدليل أن أولاد البنات لا يحجبون زوجة المتوفى (جدتهم لأم)، وأب المتوفى (الذي هو جد أمهم لأم) ولا أم المتوفى (التي هي جدة

1 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص: 69 .

2 بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص : 285 .

3 عزة عبد العزيز ، المرجع السابق : ص : 192 .

أهمهم (أم) حجب نقصان، فأولاد البنات ليسوا من صلب المتوفى أصلا ولكنهم من ذوي رحمه¹. واستشهد بالبيت الشعري :

أبناؤنا أبناء أبناؤنا و بناتنا أبناؤهن الرجال الأبعاد وخلافا لما سبق يرى الأستاذ سعيد بوزيري أنه يفهم من عبارة "من توفي وله أحفاد" كل من توفي سواء ذكرا أو أنثى (جدا أو جدة)، وتفيد عبارة "مات مورثه" الذكر والأنثى أيضا، كما أن الدكتور دغيش أحمد يرى بأن نص المادة 169 واضح وجلي ويدخل أولاد البنات ضمن مصطلح الحفدة والنص يشير بمنطوقه إلى منحهم حقهم في التنزيل كغيرهم من أولاد الذكور للأسباب التالية²:

(1) إن لفظ الأحفاد في النص القانوني يشمل أولاد الابن وأولاد البنت وهذا باتفاق أهل اللغة وفقهاء الأصول ولا يوجد في علم الفرائض من يقول بأن الحفدة هم أولاد الابن فقط دون أولاد البنت. ولأن الحفيد في اللغة العربية يطلق على (ولد الولد) مطلقا والولد يشمل الذكر والأنثى.

(2) أن "لفظ الأحفاد" في النص القانوني جاء عاما يشمل كل ما ينطوي تحته من دلالات، والعام عند علماء الأصول يحمل على عمومته حتى يرد ما يخصه ولا بد للتخصيص من دليل، وهؤلاء الباحثين ليس لهم أي دليل، لا في اللغة ولا في علم الفرائض .

(3) جاء لفظ القرآن دالا في أكثر من آية على دلالة الحفيد لولد الولد مطلقا كما دل على أن الولد يشمل الذكر والأنثى كما وضع في اللغة ويدل ذلك قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾³، وهو دليل قاطع و جازم وصريح على أن الولد يطلق على الذكر والأنثى في علم الفرائض .

(4) جاء في المادتين (169 ، 170) كلمة " أصلهم " وجاء في المادة 171 قانون الأسرة الجزائري: «لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة....» والمشرع في هذا النص أطلق صراحة لفظ الأصل على الجد والجدة

1 حبيبيك صالح ، المرجع السابق ، ص : 96 ، 97 .

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق : ص : 144 ، 146.

3 سورة النساء ، الآية : 11

معا ومادام 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 و هذا باتفاق أهل اللغة و الشريعة .

(5) إضافة لما سبق فما أورده المادة 172 والتي فسرت تلك الألفاظ العامة الواردة في المادتين (169 ، 170) حيث تنص على مايلي: " أن لا يكونوا الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه " . فقد اشترطت لوجوب التنزيل عدم ارث الحفدة من أبيهم أو أمهم بمقدار ذلك النصيب الذي فاتهم من ميراث جدهم أو جدتهم أو أكثر منه بناءا عليه يمكن القول بأنه لما كانت الحكمة من تشريع التنزيل في الغالب هو تعويض الحفدة عما فاتهم من ارث جدهم أو جدتهم كان سيصلهم بالتلقي عن أبيهم أو أمهم لو بقيا على النصيب المقدر للحفدة وصية واجبة دليل قاطع على أن هناك علاقة ميراث بين الأم والجد أو الجدة بنصيب الحفدة يجب أن تكون من أحد أولاده الصليبين¹ .

وما يمكن قوله في الأخير هو أن الكثير من الباحثين المعاصرين ذهبوا لضرورة توسيع نظام التنزيل ليشمل كل الأقربين غير الوارثين طبقا لمقتضى نص آية الوصية ولتتفق مع أقوال ابن حزم الظاهري بقوله: " وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم من الميراث ...فان كان والده أو أحدهما على الكفر، ومملوكا فتفرض عليه أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك فان لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك ..."². ومن هنا يتبين أن نطاق التنزيل من خلال سنده التشريعي يعتبر أوسع بكثير مما هو مقرر في قانون الأسرة الجزائري.

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 146 .

2 ابن حزم ، المرجع السابق ، ص : 314

ثالثا: 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 اختيارية في حدود القانون¹. والجدير بالذكر أن محل التنزيل يأخذ حكم الميراث من حيث المكونات الشرعية للتركة لأن محل التنزيل استنادا للطبيعة القانونية يصبح وكأنه تركة من مورث، والسبب هو أن هذا المحل يقسم بعد ذلك بين الحفدة قسمة ميراث للذكر مثل حظ الأنثيين². وحسب ما تنص عليه المادة 172 قانون الأسرة الجزائري بنصها: "ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين" وتكون طريقة القسمة إذا كان المستحقين للتنزيل كلهم من أصول واحدة كأن كانوا أولاد ابن واحد أو بنت واحدة قسم مقدار التنزيل بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين فلو مات شخص أبيه وترك ابنا سواء أكان الذي مات في حياة أبيه ذكرا أو أنثى³، وإذا كانوا من أصول متعددة و كانت الأصول متساوية في درجة القرابة فان الوصية تقسم بين الأصول قسمة الميراث ثم يستحق كل فرع نصيب أصله فلو كان للمورث ابن وبنت مات في حياته وللابن فروع من الذكور والإناث وللبنت فروع من الذكور والإناث فان الوصية الواجبة تقسم أولا بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين وبعد ذلك يعطى نصيب الابن لفروعه كما يعطى نصيب الابن لفروعه كما يعطى نصيب البنت لفروعه⁴.

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 150

2 بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث و الوصية)،،دون طبعة،1994،ديوان المطبوعات

الجامعية ، الجزائر ، الجزء الثاني ، ص : 187

3 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص: 71 .

4 أبو زهرة محمد، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق : ص : 230 .

إضافة لما سبق هناك حالة أخرى لم ينص عليها المشرع الجزائري في نصوص التنزيل وهي الحالة التي يتعدد فيها الفروع بتعدد الأصول و اختلفت بذلك قريبا وبعدا من صاحب التركة، فهل نطبق قواعد الميراث مطلقا في قسمة محل التنزيل بين تلك الفروع ومنها قواعد الحجب أم نطبقها بتحفظ بحيث نخصصها بجزء من تلك القواعد فقط ؟ في هذه الحالة يرى الأستاذ محمد كمال الدين إمام أن كل أصل في هذه الوصية يحجب فرعه دون فرع غيره وأن نصيب المتوفى في أي طبقة يأخذه أولاده إلا إذا كان الأصل المتوفى ابن بنت فان فرعه لا يأخذ شيئا إذ أولاد البنات -بحكم القانون -لا ينال منهم من الوصية الواجبة إلا الطبقة الأولى بعد البنت وهو ولد البنت¹. ومثالها : لو أن عليا مات في حياة أبيه وترك محمدا وسعيدا ومات سعيدا أيضا في حياة جده وترك أولاده فان محمد لا يحجب أولاد أخيه سعيد وان كان أقربهم درجة لأنهم ليسوا من فرعه بل من فرع غيره وبالتالي فان الوصية الواجبة تكون لمحمد وسعيد بالتساوي بينهما وما يخص محمدا من نصيب يأخذه، ويأخذه سعيد من نصيب يكون لأولاده يقسم بينهم قسمة الميراث² .

ويعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على مثل هاته التفاصيل والتي تناولها الفقه المعاصر بشأن مسائل الوصية الواجبة، مما أدى إلى صعوبة تطبيق أحكام التنزيل في الواقع العملي. ومما سبق ذكره فمحل التنزيل يتحول إلى تركة حسب المفهوم الشرعي لها لتقسم بين فروع تلك الأصول على المعيار السابق بيانه. ولقد اختلف الفقه في تعريف التركة تبعا لشمولها وما تحتويه فعند جمهور الفقهاء تشتمل ما كان للإنسان حال حياته فانه ينتقل بعد موته إلى ورثته من مال وحقوق فحسبهم تشمل التركة الأموال والحقوق التي لها صلة بالأموال ولا تتعلق بشخص المورث فإنها تنتقل إلى ورثته وتعتبر من التركة وعلى هذا فكل حق له علاقة بالمال كحق الارتفاق وحق الشفعة وحق الانتفاع والخيارات كلها تورث لاتصالها بالأموال وتخرج من مشمولات التركة الحقوق المتعلقة بالشخص ذاته كحق الحضانة، والولاية على النفس وحق الموظف في استمرار عمله³.

1 إمام محمد كمال الدين : المرجع السابق : ص: 104 .

2 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق، ص: 72 .

3 بلحاج العربي ، أحكام التركات و الموارث ، المرجع السابق ، ص: 50 ، 51

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريف التركة ومشمولاتها مما يوجب الرجوع إلى رأي الجمهور انطلاقاً من نص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري. وهو ما ذهب إليه المحكمة العليا من أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته¹، وأنه لا تركة إلا بعد تصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها وسداد الديون². وتجدر الإشارة أن المنافع التي هي جزء من المال الموصى به عن طريق التنزيل فيذهب الجمهور إلى انتقالها وعليه تعتبر عنصراً من محل التنزيل، بخلاف الحنفية والظاهرية حيث يرون بأنها ليست لها قيمة ذاتية و هي بذلك غير تابعة لها³.

لكن المشرع الجزائري فرق بين نوعين من المنافع :

الأول : منها ما كان ناتج عن عقود التبرع دون مقابل فإنه لا يدخل ضمن عناصر التركة وذلك استناداً لنص المادة 844 قانون مدني جزائري والتي نصت على الطرق المكتسبة لحق الانتفاع وقصرتها على العقد والشفعة والتقدم ولم تجعل الميراث من بين هذه الطرق كما أكدته المادة 852 قانون مدني جزائري عندما قررت بأن وفاة المنتفع من الأسباب المؤدية إلى انتهاء حق الانتفاع .

الثاني: وأما ما كان ناتجاً عن عقد إيجار وبمقابل فإنه ينتقل إلى الورثة ويعد من ضمن مكونات التركة وعليه يصلح أن يكون محلاً للتنزيل حيث بين المشرع الجزائري في المادة 510 قانون مدني جزائري على أنه لا أثر لوفاة المؤجر أو المستأجر على العقد وإذا ما توفي المنتفع انتقل حق الاستمرار في هذا العقد إلى ورثته من بعده لإكمال المدة المتبقية من الأجل المحدد في عقد الإيجار. كما يمكن أن يكون محل التنزيل ما لا شائعا بين الحفدة، وما يمكن قوله في الأخير هو أن محل التنزيل ما لا شائعا بين الحفدة، وما يمكن قوله في الأخير هو أن محل التنزيل يخضع لأحكام الميراث فيما يتعلق بالتقادم المنصوص عليه في القانون المدني بالنسبة لحقوق الميراث وذلك بمضي 33 سنة من

1- محكمة العليا، غ م ،القرار الصادر بالتاريخ: 14/04/1982، ملف رقم 24770، م ق 1989، العدد الرابع، ص: 55

2 - المحكمة العليا، غ أ ش، القرار الصادر بتاريخ: 22/12/1993 ، ملف رقم: 102567. م ق ، 1994، العدد الثالث ، ص: 22

3 - دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 154.

تاريخ الوفاة وعند عدم المطالبة به مع علم ذلك الحفيد بنصيبه في التنزيل الذي هو في حيازة باقي الحفدة وتحت تصرفهم طبقا لنص المادة 899 قانون مدني جزائري¹.

الفرع الثاني: شروط استحقاق التنزيل

بعدما تطرقنا في الفرع السابق لأركان التنزيل، سنحاول التعرض في هذا الفرع إلى شروط استحقاق التنزيل، وقبل ذلك يجب بنا تعريف الشرط لغة واصطلاحا. فالشرط لغة²: جمع شروط وشرائط، والشرط إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط، بالتحريك: العلامة والجمع أشرط، وأشرط الساعة أعلامها وفي التنزيل العزيز: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾³.

اصطلاحا: "ما يتوقف وجود الحكم على وجوده و يلزم من عدمه عدم الحكم والمراد وجوده الذي يترتب عليه أثره فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود"⁴.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري نجد بأنه يشترط لاستحقاق التنزيل (الوصية الواجبة) الشروط التالية:

أولاً: ألا يكون فرع الولد مستحقا التركة بطريق الإرث⁵، لأن التنزيل في الغالب تعويض عما يفوت الفرع من الميراث بسبب حجه عنه فان كان وارثا لم يفته شيء حتى يلزم تعويضه ولو أن ما يستحقه بالإرث أقل أو أكثر مما كان يمكن أن يوول إليه التنزيل إضافة إلى ذلك فإنه لا وصية لوارث⁶. باعتبار أن حكم الوصية لوارث منسوخ بآية المواريث- كما رأينا ذلك سابقا- وهو ما أقره ابن حزم الظاهري عندما فرض الوصية

1 دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 155

2 ابن منظور، المرجع السابق، الجزء الثالث: ص: 2235

3 سورة محمد، الآية: 18

4 الهلالي المسعود، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، 2008، جسور للنشر والتوزيع، ص: 68.

5 حداد عيسى، المرجع السابق، ص: 112- عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص: 197- محمد كمال الدين إمام،

المرجع السابق، ص: 104

6 فراج أحمد حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، ط، 1989، الدار الجامعية، لبنان، ص: 250

الواجبة قضاء بأن اشترط أن يكونوا غير وارثين بقوله « وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون... » وما أقرته المادة 171 قانون الأسرة الجزائري : « لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة »، فلو توفي شخص عن أب، وبننتين وابنتي ابن، وابني ابن، فلا وصية تجب لأولاد الابن لأنهم يرثون السدس الباقي من التركة بعد أنصاء أصحاب الفروض تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين ولو لم يكن ابنا الابن موجودين لكانتا بنتا الابنين غير وارثين، ولوجبت لهما الوصية بمقدار الثلث¹. وهناك حالة أخرى تخص ابن الابن رغم كونه وارثا إلا أنه لم يبق له شيء من سهام التركة يستحقه بطريق الإرث فوجب له التنزيل عندئذ لتوفر هذا الشرط² ومثاله: لو مات عن زوجة، وبننتين، و أب، وأم، وابن ابن³ فعند حل هذه المسألة نجد :

27	24	
3	8 / 1	زوجة
16	3 / 2	بننتين
4	6 / 1	أب
4	6 / 1	أم
0	ع	ابن ابن

فمن خلال هذا الحل نجد أن ابن الابن هنا لم يبق له شيء يأخذه تعصيبا لأنه يأخذ ما بقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم وهو حال كل عاصب في علم الفرائض فكان بذلك ساقطا، وهنا لزم له التنزيل ، وحتى إن أخذ باقي الحفدة فروضهم عن طريق الميراث. ومثاله : مات وترك زوجة ، بنتي ابن ، أب ، أم ، ابني ابن⁴ .

1 الجليدي سعيد محمد ، المرجع السابق ، ص: 293

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص: 165

3 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 378 .

4 المرجع نفسه ، ص: 379 .

عائلة		
27	24	
3	8 / 1	زوجة
16	3 / 2	بنتي ابن
4	6 / 1	أب
4	6 / 1	أم
0	ع	ابني ابن ابن

وعليه وجب التنزيل في هذا المثال للحفدة الذكور فقط دون الإناث باعتبارهن ورثة شرعيين في هاته المسألة، والأمر كذلك في حالة اجتماع الذكور مع الإناث من الحفدة ولم يبقى شيء يأخذونه ميراثا فوجب لهم التنزيل .

ثانيا: ألا يكون الأصل جدا كان أو جدة قد أوصى للأحفاد بمقدار ما يستحقونه بالتنزيل أو أعطاهم حال حياته بطريق التبوع وبلا عوض مقدار ما يستحقونه بالتنزيل كالهبة ونحوها¹. فان فعل ذلك لم يجب للفرع التنزيل في تركة المتوفى وان أعطاه أقل مما يستحقه بالتنزيل وجب له في التركة ما يكمل نصيبه من التنزيل، وإذا أوصى لبعض من وجب لهم التنزيل دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه من الوصية كاملا إن وسعه الثلث، فان ضاق الثلث كمل له نصيبه ممن أوصى به لغيره بحيث يتحاص المستحقون للتنزيل في الثلث على اعتبار أن ما زاد بعد وصية اختيارية يتوقف نفاذها على إجازة الورثة². وهذا ما أقرته المادة 171 قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: '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 فان أوصى

1- عزة عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص : 197

2- بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات و الموارث في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، دون سنة ، مؤسسة الشباب الجامعة :ص: 338 ،الجليدي محمد سعيد ،المرجع السابق ، ص: 293 -إمام محمد كما الدين ، المرجع السابق ، ص: 104

لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم، أو نصيب أحدهم من التركة. وأمثلة هذا الشرط كثيرة كأن يهب الجد أو الجدة - المنزل - بدون عوض مقدارا محددًا من المال يساوي المقدار المحدد له عن طريق التنزيل وكذلك لو وقف عليهم في حياته عينا معينة¹، يستفيدون من منافعها على وجه التأييد، ويكون مقدار تلك المنافع يساوي أو أكبر من حصتهم عن طريق التنزيل.

ثالثا: ألا يكونوا الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن نصيب (مناب) مورثهم من تركة الجد أو الجدة²، فإن ورثوا أقل من ذلك أضيف لهم ما يصلون به إلى المقدار الذي يستحقونه بالتنزيل - ذلك هو نصيب أبيهم من تركة جدهم - ما لم يتجاوز هذا النصيب الثلث فإن تجاوز لا حق لهم فيما زاد عن الثلث³. وهذا ما أقرته المادة 172 قانون الأسرة الجزائري: «أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه»، إلا أن هذا الشرط صعب الإثبات في الواقع العملي فلزم أن يكون 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 المتوفى الأصلي بحيث نكون بصدده 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 انجاز هذا النوع من الفرائض⁴.

رابعا: أن تكون أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حيا في حدود الثلث، تنص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية" وتنص المادة 170: «أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة»⁵.

1 أبو زهرة محمد، أحكام التركات والمواريث، المرجع السابق، ص: 246

2 عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص: 197 - الهلالي المسعود، المرجع السابق، ص: 194.

3 حداد عيسى، المرجع السابق، ص: 113.

4 دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 168

5 وزارة العدل، قانون الأسرة، ص: 62

فمن خلال تفحصنا لنص هاتين المادتين يتضح لنا بأنه يجب التنزيل للحفدة ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم ،وسواء كان هذا الأصل ذكرا أو أنثى فينزلون منزلته في أخذهم حصته المقدرة شرعا على افتراض بقائه حيا أثناء موت مورثه، فدل ذلك على حكمة مشروعية التنزيل وهي تعويض الحفدة عما فاتهم من نصيب أصلهم ميراثا ويكون ذلك في حدود ثلث التركة، ليدل على أن التنزيل ليس مغنما، وأنه جاء من أجل إثراء الحفدة وتماشيا أيضا مع الطبيعة القانونية للتنزيل على أنه وصية قانونية واجبة، وهاته الأخيرة لا يمكن تجاوزها الثلث إلا بإجازة الورثة، باعتبار أن الحفدة أصلا أدلوا إلى المورث وهو الجد أو الجدة بالأب أو الأم، فلا يعقل أن يكون لمن أدلى بشخص نصيبا أكثر مما أدلى به .

خامسا: أن يكون مورث الأحفاد قد توفي قبل الجد أو (الجدة) أو معه¹، فلا يستحق الشخص التنزيل بقوة القانون إذا كان مورثه لم يتوف أثناء وفاة الجد أو الجدة أو قبله لأنه يكون محجوبا من الميراث لوجود أصله المباشر لأن التنزيل لا يصح إلا لغير الورثة من الأحفاد فهو يحكم الوصية والتي لاتجوز مبدئيا للورثة. وعلى ذلك يجب أن يكون مورث الأحفاد وهو أبوهم (أو أمهم) قد توفي قبل وفاة المورث وهو الجد أو الجدة ، وأنذاك ينزل الأحفاد منزلة مورثهم ويستحق هؤلاء التنزيل أيضا إذا توفي مورثهم مع جدهم (أوجدتهم) بحيث لا يعرف من مات الأول منها واستحقاق الأحفاد للتنزيل هنا يشكل خروجا على قواعد الميراث لأنه توارث ما بين شخصين توفيا معا، طبقا للمادة 128 قانون الأسرة بنصها: « يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث»، كما نصت المادة 129 قانون الأسرة : « إذا توفي اثنان أو أكثر، ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا » وهذه الحالة نجدها في حالة الغرق والحرق والهدم و الحوادث الطبيعية الأخرى كالزلازل والعواصف... الخ فالقاعدة هي توريث الأحياء من الأموات لكن لايرث ميت من ميت، فلا بدا من معرفة السابق ومعرفة اللاحق، فإذا كانت حياة السابق غير يقينية فكيف يورث اللاحق منه .

1 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، التنزيل (دراسة قانونية وقضائية مقارنة) ، المرجع السابق ، ص: 41، 42

وفي ذلك يقول الإمام مالك في الموطأ: «... وكذلك العمل في متوارثين هلكا بغرق أو قتل أو غير ذلك من الموت إذ لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيئاً لم يرث أحد منهما من صاحبه شيئاً وكان ميراثهما لمن بقي في ورثتهما يرث كل واحد منهما كل واحد منهما ورثته من الأحياء...»¹. و تبعاً لذلك فالمبدأ إذا توفي الجد والأب في وقت واحد ولم يعلم أيهما مات الأول، فإنه لا توارث فيما بينهما وعلى ذلك يرث كل واحد منهما ورثته من الأحياء وعليه فإن الجد يرثه ورثته والأب يرثه ورثته وهم الأحفاد، فالأحفاد لا يرثون الجد لأن أباهم ممنوع من الميراث لأنه توفي مع الجد في حادثة واحدة دون معرفة من هو أسبق منهما، لكن جعلهم قانون الأسرة ينزلون منزلة أبيهم بشرط أن لا يكونوا قد ورثوا من هذا الأخير.

وما يمكن استنتاجه مما سبق، ومن خلال نص المادتين 171 و 172 قانون الأسرة الجزائري 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 رغم اشتراكهما في بعض الأحكام .

والجدير بالذكر أن هذه الشروط قد تبدو واضحة وسهلة المنال على المستوى النظري المجرد لكن تطبيقها في الميدان يتطلب حذراً إلى حد السؤال عن ذلك، وتحميل المسؤولية على كل من يطلب انجاز فريضة بها تنزيل، ذلك أن منح الجد أو الجدة لحفدته بعض المال في حياتهما بطريق الهبة أو الوصية، وحتى ارثهم من أصلهم المباشر (الأب أو الأم) تعتبر وقائع مادية و تصرفات قانونية بعيدة المنال².

وفي الأخير نستنتج من خلال هذه الشروط أن المشرع الجزائري جعل من التنزيل تعويضاً عن الحرمان من الميراث وعليه فإذا كان الحفدة وارثين من أصلهم جدا أو جدة أو حصلوا بذلك على مقدار يساوي نصيبهم بالتنزيل بطريق آخر كالميراث من أمهم وأبيهم

1 الباجي ، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، شرح موطأ الإمام مالك ، الطبعة الأولى ، 1999

، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الجزء الثامن ، ص : 280

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص:172 .

أو أحد وجوه التبوع من الجد أو الجدة فانه لا مجال للكلام عن وجوب التنزيل لهم في تركة جدهم أو جدتهم.

المبحث الثاني : تأصيل نظام التنزيل وتحديد طبيعته القانونية

إن نظام التنزيل أو ما يطلق عليه التشريعات العربية "الوصية الواجبة" - كما أشرنا سابقا- يعتبر صياغة قانونية جاء بها المشرع العربي . فالوصية الواجبة (أو التنزيل) إنما هي استحداث فقهي وتشريعي سبق إليه المشرع المصري منذ 14 جوان 1946 بموجب نصوص المواد 76 و 79 واتبعه في ذلك غيره من المشرعين العرب من بينهم المشرع الجزائري. والجدير بالذكر أن كل محاولة تشريعية مستحدثة - من بينها الوصية الواجبة - تنطلق من معالم و ترتكز عليها ومن بين هذه المعالم¹:

1- ربط التشريع المنشود بمصادره الشرعية في كتاب الله وسنة رسول الله وإجماع المجتهدين ، ليكون الرجوع إلى تلك الأصول والمراجع عند اختلاف وجهات النظر عند التطبيق .

2- عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ولو كان هو المذهب السائد وذلك خروجاً من ضيق المذهب الواحد .

3- أن المسائل المستحدثة التي ليس لها أصول شرعية من المصادر أو الفقه ولا تخالف هذه الأصول يتم صياغتها استناداً لقاعدة المصالح المرسلة .

4- عدم محاولة استقصاء كل التفاصيل والفروع أو النص على حكمها اكتفاء بالكليات تحقيقاً لفرض المرونة وتمكيناً للقضاء والفقه من دورهما في تطبيق تلك الكليات وبيانها على الوقائع وفقاً للقواعد المقررة في الفقه الإسلامي.

ومن خلال هذه المعالم سأحاول التطرق إلى تأصيل نظام التنزيل في المطلب الأول وذلك بعدما تناولنا في المبحث السابق إلى تعريف التنزيل ومرادفها من الوصية الواجبة مثل ما تطلق عليه التشريعات العربية الأخرى، وتحديد أركانه وشروط استحقاقه

1 إمام محمد كما الدين ، المرجع السابق ، ص : 97

والمستمد أساسا من مذهب ابن حزم الظاهري مع بعض الفروقات النسبية، وسوف يتضح ذلك من خلال الطبيعة القانونية للتنزيل في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تأصيل نظام التنزيل

سوف نتناول من خلال هذا المطلب الأسس المنهجية لتشريع التنزيل وذلك في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتعرض إلى مدى مشروعية التنزيل .

الفرع الأول : الأسس المنهجية لتشريع التنزيل

إن أحكام التنزيل التي أوردها المشرع الجزائري في المواد من 169 إلى 172 قانون الأسرة الجزائري لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة أو غير المشهورة و لكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب فقهية متفرقة ، قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها¹.

فمنهجية التقنين تتجاوز مذهبية الفقه إلى لا مذهبية التشريع، وهو ما فعله مشرع أحكام التنزيل اعتمادا على أسس منهجية التقنين الثلاثة: السياسة الشرعية – التفريق في التشريع – المصلحة المرسله وهو ما سنعالجه فيما يلي²:

أولا :السياسة الشرعية :

تستوعب السياسة الشرعية³ كل الوقائع التي لم ينص على حكم قطعي لها في مصادر الفقه الأصلية الكتاب والسنة والإجماع وعن طريقها يصل ولي الأمر إلى مسايرة التطورات الاجتماعية وذلك باستتباط الأحكام الجديدة على وجه يحقق مصلحة الأمة ويتفق في الوقت ذاته مع قواعد الشريعة ومقاصدها. وتتطوي السياسة الشرعية على عنصرين هما :

العنصر الأول : وجوب طاعة ولي الأمر إذا أمر بمباح أو نهي عنه و طاعة أوامره ونواهيه واجبة مالم تكن معصية متيقنة ومتى كان الباعث عليه مصلحة الأمة .

1 الهلالي المسعود ، المرجع السابق ، ص: 189 .

2 إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق : ص:98

3 السياسة لغة : تدور في معناها اللغوي على تدبير الأمور و حسن رعايتها وإصلاحها . و تعرف السياسة الشرعية على أنها علم يبحث فيه عن الأحكام و النظم التي تدير بها شؤون الدولة الإسلامية و التي لم يرد فيها نص ، أو التي من شأنها التغيير والتبدل، بما يحقق مصلحة الأمة و يتفق مع أحكام الشريعة وأصولها العامة.

العنصر الثاني : سلطة ولي الأمر في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث، فله أن يمنع القضاء من سماع بعض القضايا وله أن يدرج في ولايتهم ما يشاء، ويقطع منها ما يشاء، متى كانت مصلحة الأمة تقتضي ذلك.

وجاءت أحكام التنزيل في التشريع الجزائري تعبيراً عن ذلك .

ثانياً : التلفيق في التشريع

التلفيق لغة : لفتت الثوب ألقه لفاً، وهو أن تضم شقة إلى أخرى فتخيطهما ولفق الشفتين يلفقهما لفاً، ولفقهما : ضم إحداهما إلى الأخرى فحاطهما ، والتلفيق أعم ، وتلافق القوم تلاءمت أمورهم ، وأحاديث ملفقة أي أكاذيب مزخرفة¹.

ويعتبر مصطلح التلفيق من المصطلحات التي ظهرت متأخرة في علم أصول الفقه فقال العلامة جمال الدين القاسمي²: «لم يسمع لفظ التلفيق في كتب الأئمة، ولا في موطأهم ولا في أمهاتهم ولا في كتب أصحابهم، ولا يبعد أن يكون حدوث البحث في التلفيق في القرن الخامس أيام اشتد التعصيب والتخريب ودخلت السياسة في التمهيد » هذا من الناحية الاصطلاحية ففي الواقع كان موجوداً من عهد الصحابة .

والتعريف الصائب للتلفيق هو : " الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة، أو باب واحد أو في أجزاء الحكم الواحد".

وأول من أضاف التلفيق في التشريع هو الأستاذ محمد أحمد فرج السنهوري في بحثه التلفيق بين أحكام المذاهب" والمقدم للمؤتمر الأول لعلماء المسلمين في القاهرة 1924 م ويعرف على أنه : تخير ولي الأمر أحكاماً من مختلف المذاهب ليجعل قانوناً تسير عليه البلاد الإسلامية، وقد اختلف فيه العلماء اختلافاً كبيراً³. فالتلفيق في التشريع يعني تركيب المادة القانونية أو المجموعة التشريعية من أكثر من رأي سواء كان الرأي المختار راجحاً

1 ابن منظور ، المرجع السابق الجزء الخامس ، ص : 4056.

2 محمد بن محمد قاسم القاسمي الدمشقي الملقب بجمال الدين، الفقيه الشافعي الأصولي الأديب الخطيب المقرئ، وله مؤلفات شتى في علوم مختلفة، منها: "محاسن التأويل في تفسير القرآن"، و"تاريخ الجهنمية والمعتزلة"، توفي 1332 هـ.

3 الميمان أحمد ناصر بن عبد الله، النوازل التشريعية، الطبعة الأولى، 430 هـ، دار ابن الجوزي، الدمام، السعودية، ص

أو مرجوحا في مذهبه، لأن المصلحة تقويه، وولي الأمر يلزم به، بناء على قاعدة أن حكم ولي الأمر يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية¹.

ثالثا: المصلحة المرسلّة :

إن البحث في حقيقة المصلحة المرسلّة يتطلب البحث في هذا المصطلح باعتبارين: الأول: باعتباره مركبا من جزأين هما (المصلحة) و (المرسلّة). والثاني: باعتباره مصطلحا واحدا يدل على معنى مخصوص.

أ- تعريف المصلحة المرسلّة باعتبارها مصطلح مركب من جزأين :

1- تعريف المصلحة لغة واصطلاحا :

لغة: من الفعل صلح والصلاح ضد الفساد والمصلحة واحدة المصالح، ويراد بها المصدر أي الصلاح، كالمنفعة تطلق ويراد بها النفع فهي بهذا المعنى كالمنفعة في المبنى والمعنى².

اصطلاحا: هي " كل منفعة قصدتها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم ونسلهم وأموالهم أو كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط معينة³

3 - تعريف المرسلّة لغة واصطلاحا :

لغة: الإرسال هو الإطلاق و منه قولهم : أرسلت الناقة إذا أطلقته⁴.

اصطلاحا: فان الدارس لمعنى الإرسال عند الأصوليين يجد أنه قد اقترن بالمصالح ولم يعرف الإرسال باعتباره مصطلحا يدل على معنى مخصوص، وعليه يكون المعنى الاصطلاحي للمرسلّة هو عين المعنى اللغوي أي : المطلقة⁵.

ب- تعريف المصلحة المرسلّة باعتبارها مصطلح واحد يدل على معنى مخصوص :

تعرف المصلحة المرسلّة على أنها كل مصلحة لم يرد فيها دليل معين من الشرع على

1 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق : ص : 98 .

2 ابن منظور ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص: 462 .

3 شلبي مصطفى ، أصول الفقه الإسلامي ، دون طبعة ، 1986 ، دار النهضة العربية ، ص : 282 .

4 ابن منظور ، المرجع نفسه ، ص: 1167

5 الكيلاني عبد الرحمن ، تطبيقات معاصرة في المجال الأسري ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والعشرون ،

جمادى الثانية 2006 ، ص : 178 .

اعتبارها أو إلغاؤها، ولكن يحصل من ربط الحكم بها و بنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة¹. والعمل بالمصلحة المرسله مقيد بجملة من الشروط والضوابط التي يمكن إجمالها فيما يأتي²:

1- أن تكون معقولة في ذاتها جارية على الأوصاف المناسبة بحيث إذا عرضت على العقول تلقفتها بالقبول أي أن يتحقق من بناء الحكم عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة وهو الثابت في التنزيل أو الوصية الواجبة من حيث إقرار المصلحة المرسله لمعالجة مشكلة الأحماد الذين مات والدهم قبل موت جدتهم أو جدتهم ولا تغطي مصالحه الطارئة قواعد علم الميراث .

2- أن لا تعارض تلك المصلحة نصا أو إجماعا أو قياسا صحيحا لأن معارضتها لأي من ذلك ينزع عنها وصف الإرسال و ينعتها بوصف الإلغاء .

3- أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشريعة بحيث تدرج تحت أصل كلي شهد الشارع له بالاعتبار حتى يتحقق بذلك شهادة الشارع بعينها. و الوصية الواجبة-وأحكام التنزيل- كتشريع اعتمدت على هذه الأسس المنهجية للتقنين بقصد تجنب الكثير من الشكاوى المتعلقة بوفاة الآباء قبل الأحماد وبقاء الأحماد دون عائل كما سبق بيانه.

الفرع الثاني : مدى مشروعية التنزيل في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء قديما و حديثا في مدى مشروعية التنزيل (الوصية الواجبة)، وكان هذا الاختلاف واضحا بينهم قديما وحديثا ولقد ذهب كل فريق إلى عرض أدلته وشواهد من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقواعد الشرعية ومن المعقول وبيان الاعتراضات عليها، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

1 الهاللي المسعود ، المرجع السابق ، ص : 191

2 الكيلاني عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص : 185 و ما بعدها

أولا :مشروعية التنزيل عند المجيزين :

من القائلون بمشروعية التنزيل (الوصية الواجبة) : " طائوس، قتادة، جابر بن زيد، سعيد بن المسيب، والحسن البصري ورواية عن أحمد بن حنبل، داود الظاهري، ابن حزم الأندلسي ، القرضاوي ، بدران أبو العينين ...¹ ، واستدلوا بما يلي :

1-القرآن الكريم : قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾². أي فرض الله عليكم، يا معشر المؤمنين "حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ" أي أسبابه كالمرض المشرف على الهلاك وحضور أسباب المهالك وكان قد " ترك خيرا " (خيرا : أي مالا) وهو المال الكثير عرفا، فعليه أن يوصي لوالديه وأقرب الناس إليه بالمعروف على قدر حاله من غير سرف، ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب بل يرتبهم على القرب والحاجة ولهذا أتى فيه بأفعال التفضيل، وقوله: " حقا على المتقين" دل على وجوب ذلك لأن الحق هو الثابت، وقد جعله الله من موجبات التقوى وبعضهم يرى أنها في الوالدين والأقربين غير الوارثين، ولقد قال ابن حزم رحمه الله " لقد خصص في هذه الآية الكريمة من يرثون منهم والذين لا يرثون تنطبق عليهم الآية الكريمة وهي واجبة في حقهم واستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ فَارزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا ﴾ ، هذه الآية لم تنتسخ أيضا بقول عبد الرحمن بن أبي بكر³.

2-السنة النبوية :

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: « ماحق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »⁴ .

1 خمبوط رأفت محمود عبد الرحمان ،الوصية الواجبة ،كلية الشريعة ،جامعة الأردن،ص : 01 .

2 سورة البقرة ، الآية : 180 .

3 ابن حزم ، المرجع السابق ، ص: 314

4 العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، شرح صحيح البخاري ،تحقيق : قصي محب الدين الخطيب ،فتح

الباري ،دون طبعة ، 1986 ، دار الريان للتراث ، رقم الحديث : 2587 ، ص : 419 ، 420

ووجه الاستدلال إلى ما ذهبوا إليه قول النبي صلى الله عليه وسلم : " ما حق امرئ مسلم له"دل على فرض الوصية على كل من ترك مالا ، وأولى الناس بذلك أقاربه الذين لم يرثوا.

3 - من القواعد العامة الشرعية في الإسلام تحقيق العدالة ومرونة الدين بحيث يشمل جميع الأحداث التي لم ينص عليها الشرع التي تحقق مصالح الأمة¹ .

4-استدلوا بالمصلحة التي ذهب جمهور الفقهاء إلى حجية العلة بها إذا توافرت فيها الشروط وهي التي يبنى عليها الحكم كلية لا جزئية و يتحقق من الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة وأن لا تعارض حكما أو قاعدة ثبتت بالنص أو الإجماع وفيها تشريع الوصية الواجبة جلب مصلحة لأولاد الفروع الذين لا يرثون ودفع مفسدة عنهم بأن لا يجمع عليهم مصيبة اليتيم و مصيبة الحرمان من الميراث .

5- المعقول:

- أ- أن الولد الذي مات في حياة أبيه قد يكون سبب وجود المال الموروث .
- ب- أن الابن المتوفى قد يترك خلفه أولادا من غير معيل ولا مال لهم فاقتضت العدالة أن يعطى هؤلاء الأبناء ما يصلح حالهم .

ثانيا : عدم مشروعية التنزيل عند المانعين :

إن التنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة بصورته المطبقة اليوم لم يرد دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ولم يقل بهذه الصورة أحد من المذاهب المعروفة ولكنها من اجتهاد علماء الشريعة في العصر الحالي فحاولوا وضعوا قانون الوصية الواجبة- كما ذكرنا سابقا-أن يرجعوا كل حكم من أحكام الوصية الواجبة إلى سند شرعي،يقوم عليه فاعتمدوا في أصل الوجوب على رأي ابن حزم الظاهري وبعض الصحابة والتابعين القائل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ،واستدلوا بالكتاب والسنة النبوية والقواعد الفقهية إلا أن المعارضين لهذا القانون يستدلون:

1 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 98 .

- 1- أن النبي صلى الله عليه وسلم توفي ولم يوص وأيضاً - الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين توفوا ولم ينقل عن واحد منهم أنه أوصى بوصية واجبة، ولو كانت الوصية واجبة لما تركها النبي صلى الله عليه وسلم ولا الصحابة من بعدهم .
- قول النبي صلى الله عليه وسلم: « أن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب»¹، هذا الحديث يدل على أن الابن أقرب من ابن الابن فلا يورث لأن الحديث ينص على أن الوصية تكون للأقرب فالأقرب و لكن يأخذون تفضلاً وإحساناً من الورثة .
- 2- قواعد الميراث تتفق تماماً مع القول ببطلان (الوصية الواجبة) فأحفاد الأبناء ليسوا من أهل الفروض ومن أثبت لهم نصيباً فعلياً أن يأتي بقاعدة وراثية تؤكد .
- 3- قانون الوصية الواجبة) مخالف للشرع وغير موجب للطاعة لأن فيه مشاركة لله تعالى في التشريع وتعدياً على حقوق الورثة، وقد نسبوا هذا القول لابن حزم - رحمه الله - وهو محض تقوّل عليه، لأن ابن حزم قد أوجب الوصية للأقارب الذين لا يرثون، وهذا يشمل العم والخال وجميع الأقارب، وهم لا يجعلون لهؤلاء نصيباً في التركة وأيضاً لم يوجب ابن حزم نسبة معينة أو نصيب مفروضاً وهم قد فعلوا ذلك بإعطائهم نصيباً مهماً أو أبيهم وأيضاً فإن ابن حزم يرى أنهم يعطون في حال أن يوصي الجد وهم يجعلون لهؤلاء الأحفاد نصيباً ولو لم يوص الجد فاختلف ما قاله ابن حزم عما نسبوه إليه، وقد اعترض كثير من علماء الأزهر على قانون الوصية الواجبة وأفتوا بخلافه، ونشرت أبحاث في مجلة الأزهر وغيرها في الرد على هذا القانون وبيان مخالفته للشرع².
- 4- إن الأحاديث التي استدل بها على وجوب الوصية لا تدل على الوجوب بل الاستحباب إضافة إلى أنه لم يقل أحد من أصحاب المذاهب الأربعة بوجوب الوصية بل باستحبابها، فالوصية عمل خير وأعمال الخير لا وجوب فيها وإنما الإباحة³.

1 العسقلاني، المرجع السابق، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، رقم الحديث: 5626، ص: 446

2 النجار خالد، نقد قانون الوصية الواجبة في التشريع المصري ومن سار على دربه، بتاريخ 09:01:2013، ص: 1

: www.alukah.net.shaha:0:49062:http

3 الشوكاني، محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، الطبعة الأولى، 1993، الجزء الخامس، ص: 144

5 - يرى بعض السلف أن الآية المستدل بها محكمة لكنهم قلة لا تقوم أبدا أمام الكثرة من أهل التفسير الذين أقروا بأن الآية منسوخة وعلى قول من قال : أنها محكمة وليست منسوخة، لا يوجد في أي قول من أقوالهم أن الأحفاد يرثون كما لو أن آبائهم على قيد الحياة، كما يقول أصحاب (الوصية الواجبة)، كل ما في الأمر أنهم يرجحون قول من أوجب على الوالدين أن يفرض لهم شيء من التركة قل أو كثر في حدود لا تتجاوز الثلث لكن ماذا نضع لو لم يفرض الجد لهم، هل من دليل على أنهم يأخذون نصيب الآباء فرضا وجبرا .

ومن القواعد الأصولية المقررة أن: " ما تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال " ولأنه لو قلنا بأن العلماء مختلفون فيها هل هي منسوخة أو غير منسوخة ؟ فعلى الأصل الفقهي يسقط بها الاستدلال، ونرجع إلى قواعد الميراث الواضحة أن الأحفاد لا يرثون لأنهم ليسوا من أهل الفروض¹.

ثالثا: بيان الاعتراضات على كل من أدلة المجيزين و المانعين للتنزيل :

أ: الاعتراض على أدلة المجيزين للتنزيل (الوصية الواجبة) :

1- الآية التي استدل بها المجيزين فيها خلاف كبير بين المفسرين فمنهم من قال بنسخها بآيات الميراث فقال ابن كثير أن² : « اشتملت هذه الآية الكريمة على الأمر بالوصية للوالدين والأقربين، وقد كان ذلك واجبا على أصح القولين قبل نزول آية المواريث فلما نزلت آية الفرائض نسخت هذه وصارت المواريث المقدره فريضة من الله، يأخذها أهلها حتما من غير وصية، ولهذا جاء الحديث في السنن وغيرها عن عمرو بن خارجه قال : "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب وهو يقول: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"، وقال الإمام أحمد : حدثنا إسماعيل بن إبراهيم بن علي بن يونس بن عبيد، عن محمد بن سيرين، قال : جلس ابن عباس فقرأ سورة البقرة حتى أتى على هذه الآية: ﴿ إِنَّ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ فقال : نسخت هذه الآية .

1 النجار خالد ، المرجع السابق ، ص : 5 .

2 ابن كثير، إسماعيل بن كثير القرشي، تفسير القرآن العظيم ، تحقيق: سامي بن محمد السلامة ، دون طبعة ، 1999 ، دار طيبة ، الجزء الأول، ص : 492 .

وقال القرطبي: « اختلف العلماء في هذه الآية هل هي منسوخة أو محكمة ؟ فقيل هي محكمة، ظاهرها العموم و معناها الخصوص في الوالدين الذين لا يرثان - كالكافرين والعبدین - وفي القرابة غير الورثة، قال الضحاك وطاوس والحسن واختاره الطبري، وعن الزهري أن الوصية واجبة ، فيما قل أو كثر، وقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن الوصية للوالدين اللذين لا يرثان والأقرباء الذين لا يرثون جائزة وقال ابن عباس و الحسن أيضا ، وقتادة الآية عامة وتقرر الحكم بها برهة من الدهر ونسخ منها كل من كان يرث بآية الفرائض وقد قيل أن آية الفرائض لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى¹ وهي قوله عليه السلام: « إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»².

ولقد جاء في تفسير السعدي المسمى (جامع البيان في تأويل القرآن) بيان لكل قول ممن قال بغير النسخ وقال الإمام الطبري قول الله تعالى ذكره: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾³. فأعلم أنه قد كتبه وفرضه، كما قال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾ ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو عليه قادر مضيع بتركه فرضا لله عليه، فكذلك هو يترك الوصية لوالديه وأقربيه وله ما يوصي لهم فيه مضيع لفرض الله عز وجل، فان قال فانك قد علمت أن جماعة من أهل العلم قالوا : الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآية الميراث قيل له : وخالفهم جماعة غيرهم فقالوا: هي محكمة غير منسوخة وإذا كان في نسخ ذلك تنازع بين أهل العلم، لم يكن لنا القضاء عليه بأنه منسوخ إلا بحجة يجب التسليم لها، إذا كان غير مستحيل اجتماع حكم هذه الآية وحكم آية المواريث في حال واحدة على صحة، يعتبر مدافعة حكم إحداهما حكم الأخرى (وكان الناسخ والمنسوخ هما المعنيان اللذان لا يجوز اجتماع حكمهما على صحة

1 القرطبي شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر، تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم

أطفيش، الطبعة الثانية ، 1964 ، الجزء الثاني، ص: 258

2 رواه أبو أمامه ، أخرجه الترمذي

3 سورة البقرة ، الآية ، 181 .

في حالة واحدة لنفي أحدهما صاحبه) وبما قلنا في ذلك جماعة من المتقدمين والمتأخرين¹.

وذهب جماعة إلى أن وجوبها صار منسوخا في حق الأقارب الذين يرثون وبقي وجوبها في حق الذين يرثون و بقي وجوبها في حق الذين لا يرثون من الوالدين والأقارب، وهو قول ابن عباس وطاوس وقتادة، والحسن، قال طاووس: "من أوصى لقوم سماهم، يترك ذوي قرابته محتاجين، انتزعت منهم، وردت إلى ذوي قرابته" وذهب الأكثرون إلى أن الوجوب صار منسوخا في حق الكافة وهي مستحبة في حق الذين لا يرثون².

من هنا نلاحظ اختلاف المفسرين في الآية 183 من سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ بين من قال بنسخها كأبي بكر الجزائري، ومن قال بعدم نسخها كالطبري رحمهم الله تعالى أجمعين .

2- الحديث الذي استدلوا به ليس فيه ما يدل على الوجوب و أنه كل ما اشتمل عليه الحديث هو الحث على المبادرة بالوصية خوفا أن يفاجئه الموت وهو على غير وصية ومثل ذلك لا يلزم منه الوجوب، وأن قوله: "وله شيء يريد أن يوصي فيه " فقد فوض الأمر في الوصية إلى إرادة الموصي فدل ذلك على عدم الوجوب³.

3- إن القول بأن لولي الأمر أن يأمر وينظم الأمور المباحة على أصلها مسلم به، أما أمور الميراث فهي منظمة ومنصوص عليها ولا يملك الإمام ولا المسلمون جميعا أن يضيفوا إليها أو ينقصوا منها كما لا يملك الإمام أو غيره أخذ مال أحد أو إعطاءه لغيره إلا بوجه حق فهذا الأمر ليس بالمباح حتى ينظمه ولي الأمر⁴.

1 الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد شاکر ،دون طبعة ،دون سنة ،دون دار النشر،الجزء الثالث.ص: 385 .

2 البغوي بن مسعود الفراء ، معالم التنزيل للحسين، تحقيق: خالد العك و مروان سوار، الطبعة الثانية، 1987،نشر دار المعرفة ، بيروت ، الجزء الأول، ص : 146.

3 الشوكاني ، المرجع السابق ، ص : 144 .

4 الأزعر ، ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 48.

4- قد لا يكون في الوصية الواجبة تحقيق عدالة فقد يأخذ الفرع البعيد أكثر من بنت الابن فعندها تكون الوصية لا تجلب مصلحة أو تدفع مفسدة والله أعلم¹.

ب: الاعتراض على أدلة المانعين للتنزيل (الوصية الواجبة) :

القول بأن الإجماع قائم على استحباب الوصية الواجبة غير دقيق فهناك من خالف هذا الإجماع كسعيد ابن المسيب وابن حزم الأندلسي وداود الظاهري .

لقد وردت أحاديث تدل على وجوب الوصية ومن ضمنها حديث ابن عمر رضي الله عنهما : " ما حق امرؤ مسلم ... " و لقد سبق ذكره في أدلة المجيزين² .

ويقول الشيخ عارف أبو عيد في كتابه " الوجيز في الميراث: « وإن عدم أخذ أصحاب المذاهب الأربعة بالوصية الواجبة لا يدل على عدم مشروعيتها، لأن القرآن الكريم سفر مفتوح لجميع الأجيال والأزمان للاجتهد والاستنباط واستخراج الأحكام الشرعية التي تناسب الأزمنة والأمكنة ». فالشريعة الإسلامية من ميزات المرونة التي تعطي أحكامها قابلية التكيف في الأزمنة و الأمكنة المختلفة لتحقيق مصالح العباد و تحقيق العدالة ورفع الظلم والجور عن العباد والتيسير على الناس . والقول بأن الوصية عمل خير وعمل الخير لا يجب فيه الإلزام والوجوب هذا الكلام صحيح ، ولكن لولي الأمر المسلم تغيير المباح إلى الوجوب أو التحريم بما لا يختلف مع أصول الشريعة وأيناقضها وفق قاعدة " لا ضرر ولا ضرار "، " وأن عليه أن يتحرى مصلحة الناس في نطاق أحكام الشرع، وما جرى به العرف والعادة الصحيحان ومعلوم عند العلماء إذا التقى ضرران فإنه يرتكب أخفهما"³.

والضرر المرتفع هو حرمان الفروع من الميراث والضرر الأقل هو نقصان ميراث الورثة فنلاحظ أن النقصان أخف من الحرمان، فنلجأ إلى النقصان دون الحرمان والله تعالى أعلم والقول بأن البعيد قد يأخذ في بعض الحالات أكثر من القريب، أعترض عليه بأنه يأخذ على تركه أصله المتوفى⁴.

1 خمبوط رأفت محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص : 05

2 راجع ص : 41 .

3 التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام ، تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ، البهجة في شرح التحفة ، الطبعة الأولى ، 1998 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، الجزء الثاني ، ص : 559 .

4 خمبوط رأفت محمود عبد الخمن ، المرجع السابق ، ص : 6 .

وأما عن رأينا، فبعد استعراض أدلة كل من المجيزين للتنزيل و المعارضين له وبيان الاعتراضات لكل منهما نجد أنفسنا نميل إلى المعارضين للتنزيل وذلك للأسباب التالية:1- لم يوجب أحد من علماء الإسلام على مر العصور على طريقة معينة لازمة في الوصية وقسمتها، كهذا الذي حصل في عصرنا من سن قانون الوصية الواجبة ومن الخطأ الفادح أن ينسب هذا القانون برمته إلى أحد من أهل العلم، ابن حزم أو غيره فمن قال بوجوب الوصية من أهل العلم لم يفرق بين الأقارب غير الوارثين، ولم يخصصوا الأحفاد دون الأجداد أو الأعمام أو الأخوال أو غيرهم، ثم إن أحد منهم لم يعين لذلك قدرا معلوما¹.

2- إن القائلين بعدم وجوب الوصية مع ما معهم من الأدلة الراجعة هم جماهير أهل العلم ومنهم المذاهب الفقهية الأربعة المتبعة في العالم الإسلامي، فأبي الفريقيين أحق أن يأخذ بقول الآخر؟! كما أنه لا يعقل أن تجتمع الأمة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا هذا على تضييع الحق وتقويت هذه الحكمة والمصلحة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: « إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة »².

وقال ابن كثير في تفسيره: "أهل السنة و الجماعة يقولون في كل فعل وقول لم يثبت عن الصحابة: هو بدعة لأنه لو كان خيرا لسبقونا إليه، لأنهم لم يتركوا خصلة من خصال الخير إلا وقد بادروا إليها"³.

3- إن قانون الوصية الواجبة يجعل نصيب الأحفاد ميراثا في الحقيقة لا وصية ويتضح ذلك جليا من خلال قول الشيخ أبو زهرة في " كتابه شرح قانون الوصية ": «هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة... وهذه الأحكام في غايتها ومرماها وفي الغرض منها والسبب والباعث عليها تتحو نحو الميراث، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد يموت في حياة أبويه ميراثا مفروضا...»⁴.

1 راجع قول ابن حزم المذكور سابقا ، ص : 21.

2 رواه الترمذي ، وصححه الألباني

3 بن كثير ، المرجع السابق ، الجزء السابع ، ص : 279 .

4 أبو زهرة محمد ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص : 220

وكذلك قول الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه "الفقه الإسلامي وأدلته": «وبما أن هذه الوصية لا تتوافر لها مقومات الوصية الاختيارية لعدم الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له فهي أشبه بالميراث، فسلك فيها مسلك الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ويحجب الأصل فرعه ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط»¹.

مما سبق فلا يخفى بطلان هذا القانون من هذه الحيثية، فإنه لا يصح اتفاقا التدخل في الميراث الشرعي، لا في تعيين الورثة ولا في أنصبتهم فإن الله تعالى هو الذي تولى بنفسه قسمة الميراث ثم قال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ* وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾².

لذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم: «إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»³.

4- القول بأن لولي الأمر أن يأمر بالمباح فيصبح واجبا للمصلحة ومن باب السياسة الشرعية فإن أمر الميراث ليس من الأمر المباح، بل انه من الأمور المقيدة التي جاء بيانها و تنظيمها و لا مجال للاجتهاد فيها لا للإمام و لا لغيره .

5- الاختلاف والاضطراب في من يستحق الوصية الواجبة في بعض قوانين الدول العربية يدل على أن أمر الوصية الواجبة ليس شرعيا .

1 الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص : 123 .

2 سورة النساء ، الآية : 13 ، 14 .

3 رواه الترمذي و ابن ماجة و أحمد و صححه الألباني

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتنزيل

بعد تعرضنا لماهية التنزيل من بيان تعريفه، الحكمة منه، أركانه وشروط استحقاقه وكذا تأصيل نظام التنزيل سنحاول في هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية للتنزيل من خلال ما سبق ذكره .

فالتبيعة القانونية للتنزيل يدور بين فقه الوصايا وفقه الميراث، حيث يتشابه معهما إلا أنه ليس وصية بالمعنى الخالص، كما أنه ليس ميراثا خالصا، لذا سنتعرض في هذا المطلب إلى علاقة التنزيل بالميراث من خلال بيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما وذلك في الفرع الأول، ثم نتعرض في الفرع الثاني إلى علاقة التنزيل بالوصية الاختيارية من خلال بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما محاولين بذلك تحديد طبيعته القانونية

الفرع الأول : علاقة التنزيل بالميراث

بتفحص أحكام التنزيل نجد بأنه يشبه الميراث من وجوه و فيما يلي أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين التنزيل والميراث :

أولا : أوجه الشبه بين التنزيل و الميراث :

- 1- يشبه الميراث في أنه يوجد و إن لم ينشئه المتوفى¹، و لذا فإنه يجب من غير إيجاب وإذا وجب صار لازما، لا يقبل عدم التنفيذ².
- 2- التنزيل لا يحتاج إلى قبول³، شأنه شأن الميراث، فيدخل في ملك الفرع (المنزل) جبرا عليه دون حاجة إلى قبوله، وقد قال الفقهاء: «لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث، فإنه يدخل في ملك الوارث من غير إرادته⁴.
- 3- لا يرد بعدم القبول، والميراث كذلك ، فكلاهما خلافة اجبارية⁵، وينفذ من تركة الميت و لو صرح قبل موته بمنعه فلا يسمع قوله من المنع و هذا شأن الميراث⁶.

1 الجليدي سعيد محمد ، المرجع السابق ، ص : 297

2 أبو زهرة محمد ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص : 220

3 السريتي عبد الودود ، المرجع السابق ، ص : 419

4 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص : 642 .

5 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 107 .

6 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، المرجع نفسه ، ص : 642

- 4- يقسم قسمة الميراث- للذكر مثل حظ الأنثيين- ولو شرط المنزّل تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من مقدار التنزيل¹ .
- 5- يشترط في استحقاق الفرع للتنزيل ألا يكون وارثا بنفسه حتى لا يجتمع له الميراث مرتين، إحداهما بما يسمى "التنزيل"، والأخرى ميراثه بسبب قرابته للمورث².

ثانيا :أوجه الاختلاف بين التنزيل و الوصية الاختيارية :

يختلف التنزيل عن الميراث في الأمور التالية :

- 1- الميراث يثبت ابتداءً دون أن يكون تعويضا عن حق ضائع ، بينما التنزيل يثبت تعويضا للفرع المنزّل عما فاتته بموت أصله في حياة أبيه و أمه³ .
- 2- يغني عن التنزيل ما أعطاه المنزّل في حياته للفرع المنزّل ، ولا يغني عن الميراث مع من يرث⁴ .
- 3- في التنزيل كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، و في الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه⁵. مع الإشارة أن المشرع الجزائري ترك هاته النقطة مبهمة من دون توضيح .
- 4- لا ينفذ التنزيل كالميراث في جميع المال تماما ، بل ينحصر مقداره بثلاث التركة⁶
- ### الفرع الثاني : علاقة التنزيل بالوصية الاختيارية
- إن أحكام التنزيل تشبه أحكام الوصية الاختيارية في وجوه وتختلف عنها في وجوه أخرى وفيما يلي بيان لأوجه الشبه والاختلاف بينهما .

1 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 245 .

2 بن الشيخ لحسين آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص : 643

3 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 107 .

4 الجليدي محمد سعيد ، المرجع السابق ، ص : 297

5 شلبي مصطفى ، أحكام الوصايا والأوقاف ،المرجع السابق ، ص : 244

6 الشافعي أحمد ، أحكام الوصية و الوقف ، ص : 116 .

أولاً: أوجه الشبه بين التنزيل و الوصية الاختيارية: يتفقان في الأمور التالية :

1-التنزيل لا يثبت و لا ينفذ إلا في حدود الثلث و كذلك الوصية الاختيارية .

2- التنزيل يقدم على الميراث بل على سائر الوصايا الاختيارية¹.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التنزيل و الوصية الاختيارية :

يختلف التنزيل عن الوصية الاختيارية في الأمور التالية² :

1- التنزيل مقيد فهي لا تجوز إلا للأقربين وبالتحديد لفرع الولد غير الوارث الذي توفي

أصله في حياة والديه والوصية الاختيارية مطلقة تثبت للأقربين وللأبعد .

2- الوصية الاختيارية لا توجد إلا بإرادة الموصي، في حين أن التنزيل يوجد وإن لم

ينشئه المنزل .

3- الوصية الاختيارية تحتاج إلى قبول إذا كان لمعين، ويمكن ردها، بخلاف التنزيل لا

يحتاج إلى قبول ولا يمكن رده .

4-التنزيل ينشأ بعد الموت بحكم القانون، في حين أن الوصية الاختيارية يستحيل وجودها

بعد وفاة الموصي، لزوال ملكه بالوفاة .وعلى ضوء هذا التشابه وهذه الاختلافات بين

التنزيل وكل من الميراث والوصية الاختيارية تباينت وجهات النظر في حقيقتها، فوجد أن

بعضهم قد سمى هذا التشريع بـ " الميراث القانوني" وبعضهم الآخر سماه " بالوصية

القانونية" ومن هنا نجد بعض القوانين العربية قد نظمت تشريع الوصية الواجبة في

القانون الخاص بالوصية كالقانون المصري وبعضها الآخر قد نظمها ضمن المواد التي

تختص بأحكام الميراث كالقانون المغربي والجزائري، وتفسير ذلك أن من غلب حكم

الوصايا سماها بها .

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التنزيل أشبه بالميراث فسلك مسلك الميراث في

قسمة التركة³.و منه قول الإمام أبو زهرة: " و هذه الأحكام في غايتها ومرماها وفي

الغرض منها والسبب الباعث عليها تتحو نحو الميراث، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد

1 شلبي مصطفى ، المرجع السابق، ص : 245 .

2 الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص : 123

3 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 108 .

من يموت في حياة أبويه ميراثا مفروضا، هو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله على أن لا يتجاوز الثلث، وإذا كان ذلك غاية القانون فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثا¹.

غير أن الإمام أبو زهرة استدرك على هذا التعبير بقوله: "بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثا لمخالفة ذلك لنصوص القرآن والسنة المتضافرة، بل يستحقه على أنه وصية تنفذ من التركة كلها وفي دائرة الثلث". ويقول هذا من باب تسمية الأشياء بغير أسمائها ولذلك نجد فضيلته في موضع آخر يقول بصراحة: "إن هذه الوصية ما دامت لازمة في ذاتها، وأنها كالميراث، أو هي ميراث قانوني، وإن لم يكن شرعيا فالملكية تثبت كالميراث بمجرد الوفاة، وإذا ثبتت بمجرد الوفاة، لم يكن للقبول من بعد موضع، ولم يكن للرد محل لأن الميراث لا يرد"².

وبالرجوع إلى قانون الأسرة من خلال المواد (169، 170، 171) منه نجد ما يلي

1- تنص المادة 169 على أنه: «من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه **وجب** تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية» .

فهنا استعمل المشرع لفظ (وجب) وربطها بمصطلح التنزيل فدل ذلك على أن التنزيل واجب قانوني من خلال هذا النص .

2- وتنص المادة 170 منه: «أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة» .

فهنا اشترط المشرع في هذه المادة عدم تجاوز مقدار التنزيل ثلث التركة فدل ذلك من خلال هاتين المادتين على أن التنزيل ينفذ في صورة وصية باعتبار أن الوصايا في أصلها تنفذ في حدود ثلث التركة طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة بنصها: «وتكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة». وعليه يكون التنزيل من خلال المادتين 169 و 170 قانون الأسرة واجبا قانونيا ينفذ على شكل وصية.

1 أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص : 220 .

2 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 119 .

3-وتنص المادة 171 قانون الأسرة 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... » .

فهذه المادة جاءت 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 والسبب في ذلك هو الطبيعة القانونية لكل منهما فالتنزيل في الشريعة الإسلامية اختياري يخضع لإرادة المنزل صاحب التركة، ولا سلطان للقانون عليه .

كما أن التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري في المواد (169 إلى 172) جاء ضيقا من جهة الأشخاص المستفيدين منه و هم الأحماد في حين أنه في التنزيل الاختياري يجوز تنزيل أشخاص غير وارثين ومن غير الأحماد حتى ولو كانوا أجنب عن الأسرة¹.

وعليه فالتنزيل الشرعي اختياري و يعامل على أنه وصية في جميع الأحكام وفي ذلك يقول القاضي سيدي محمد المجاصي²: « إن التنزيل عند الفقهاء وصية فتجري عليه أحكامها وهذا هو المنصوص في مسألة... » .

وفي هذا الاتجاه 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»³.

وفي نفس المسار يقول الأستاذ الموثق صالح جيبيك: « وبمقتضى هذا الفهم، فان التنزيل لا يمكن أن يكون ميراثا لأن الذي يورث هو الخالق سبحانه، وأما المشرع فان له الحق في إعطاء حقوق لمن يشاء بنص في القانون بشرط أن لا يخالف القانون الشريعة لأنها مصدر للقانون، والقانون في مواد التنزيل يكرس الشريعة فيقرر إنشاء الوصية للحفدة طبقا

1 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، التنزيل (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص : 24

2 المرجع نفسه، ص : 27 .

3 محدة محمد ، التركات والموارث، الطبعة الثانية، 1999 ، مطبعة عمار قرفي، الجزائر، الجزء الثالث ، ص: 304 .

لشروط الوصية، ومن يقول أن التنزيل ميراث فانه يقرر ضمنا، وأن المشرع قد خالف الشريعة، والفرق بين أن يكون التنزيل ميراثا أو يكون وصية، فرق جوهري على مستوى الفكر النظري المجرد، وعلى مستوى الفهم العميق لروح ونظام الميراث في الشريعة الإسلامية من جهة، وعلى مستوى التطبيق العملي من جهة ثانية...¹ ونجده يقول في موضع آخر: « و أختم قولي يقول : أن التنزيل وصية فيه رائحة الميراث، والله أعلم .² وما يمكن قوله - مما سبق - هو أن قانون الأسرة قد خلط بين المفهومين، التنزيل من جهة الشكل والوصية بحكم القانون من جهة المضمون، وكان عليه أن يسلك ما سلكته التشريعات العربية حيث اعتبرتها وصية واجبة أو بحكم القانون زيادة على أن النصوص القانونية المنظمة للموضوع يجب أن تدمج ضمن أحكام الوصية وليس ضمن قواعد الميراث كما يجب أن يفهم على أن الوصية الواجبة أيضا تخرج عن القواعد العامة في أحكام الوصية التي هي اختيارية من حيث الأصل ولايجبر على إعطاء أو تقرير وصية للغير إلا بإرادته³.

وختاما لهذا المطلب، فكل من التنزيل الشرعي، والتنزيل المنصوص عليه في قانون الأسرة يعتبران من باب الوصايا، إلا أن الأول استمد قوته من إرادة المنزل، والثاني استمدها من قوة القانون، فاختلفا، لذا كيفناه على أنه وصية قانونية واجبة .

1 جيجيك صالح ، المرجع السابق ، ص : 92 .

2 المرجع نفسه ، ص : 62 .

3 فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دون سنة، دون دار النشر، ص : 69 ، بن شويح الرشيد ، المرجع السابق ، ص : 62 .

الفصل الثاني

القواعد العامة لتطبيق أحكام التنزيل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

توطئة :

بعدها تناولنا في الفصل السابق التنزيل من حيث المفهوم والأركان والشروط وحددنا بذلك طبيعته القانونية ، وعرفنا الباعث على تشريعه باعتباره جاء علاجاً لحالة خاصة من المجتمع، ومن أجل تقوية الروابط الأسرية وضرورة التكافل الاجتماعي داخل الأسرة الواحدة والتي لزم مراعاتها في الواقع العملي حتى يكون التنزيل واجبا للحفدة .

سنحاول التعرض في هذا الفصل إلى الأحكام الرئيسية المعتمدة في تطبيق نظام التنزيل في الواقع العملي ، وإثارة بعض المسائل الخاصة و التي لم يتطرق لها المشرع الجزائري في مواد التنزيل .

لذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين وفق الشكل الآتي :

المبحث الأول : مقدار التنزيل و طرق استخراجة .

المبحث الثاني : تطبيق القضاء الجزائري لأحكام التنزيل .

المبحث الأول: مقدار التنزيل وطرق استخراجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سننظر في هذا المبحث إلى المقدار المحدد فقها و قانونا للتنزيل وذلك في المطلب الأول، ثم نتعرض إلى مختلف الطرق لاستخراج هذا المقدار وتحديد موقف المشرع الجزائري منها و ذلك في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منه

سننظر في هذا المطلب إلى مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول ثم نبين موقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني .

الفرع الأول : مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي

مقدار التنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة هو نصيب الأصل الذي يدلي بالفرع المحجوب أو الذي لا يرث أو الذي ورث الباقي و لم يبقى شيء، فان زاد رد إلى الثلث، وان كان في حدود الثلث أو أقل من الثلث تنفذ وتراعى الشروط المتعلقة بالوصية الواجبة وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء القائلون بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين فلم يحددوا مقدار هذه الوصية¹.

فالقانون الذي أوجب هذه الوصية، وجعلها عوضا عما كانوا يستحقونه بالإرث عن أصلهم لو لم يمت قبل مورثه قدر لها قدرا معلوما حتى لا تكون مثار نزاع بين هؤلاء وبين الورثة الآخرين فقدرها بما كانوا يستحقه أصلهم ميراثا لو أنه تأخر موته بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة، وفي تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثا خالصا لأن الشارع حرّمهم منه وإنما هي وصية وجبت عوضا عن الميراث الذي فاتهم².

فان أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل نصيب فرعه المتوفى قبله لأولاده وكان مساويا لثلث التركة نفذت الوصية من غير توقف، وان كان أقل منه نفذ كما هو، لأن القانون جعله الواجب الأصلي، وإن كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير

1 الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص : 124 .

2 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 236 .

توقف، وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها إن أجازها الورثة نفذت وإن ردها بطلت، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز فقط¹.

وإذا لم يوصى لهم بشئٍ وجب لهم مثل نصيب أصلهم مادام في حدود الثلث بأن كان مساويا له أو أقل منه فإن كان أكثر منه وجب له مقدار الثلث فقط، ولا حق لهم فيما زاد مطلقا لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشئ وصية فما قيل من أن القدر الزائد على الثلث في هذه الحالة يكون موقوف على إجازة الورثة لا وجه له².

فمن مات عن ابن ابن (مات أبوه في حياة جده) وابنين فمقدار الوصية الواجبة لابن الابن ثلث التركة وهو نصيب أصله لو كان حيا وقت وفاة المورث، فكأن الجد مات عن ثلاثة أبناء .

أما من مات عن ابن وابن ابن (مات أبوه في حياة جده) فمقدار الوصية الواجبة لابن الابن هو الثلث ولا يكون النصف الذي هو نصيب أبيه³.

وهناك من يرى أن الزائد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، والى هذا ذهب الدكتور وهبة الزحيلي، إذ قال بأنه : « يستحق الأحفاد حصة أبيهم المتوفى لو أن أصله مات في حياته على ألا يزيد النصيب عن الثلث فإن زاد عنه كان الزائد موقوفا على إجازة الورثة، هذا هو مقدار الوصية الواجبة في القانون »⁴.

وهذا المقدار يجب اختيار في حياة الموصي ويؤخذ من التركة إجبارا بعد وفاته دون أن يوصي، فإذا أوصى الموصي بوصية اختيارية ولم يوص لمن وجبت لهم الوصية الواجبة استحق كل من وجبت له قدر نصيبه من باقي التركة إن كان يسع، وإذا ضاق أخذ نصيبه من باقي الثلث ومما أوصى به الموصي لغيره من الوصايا الاختيارية⁵.

1 حمزة أمين أحمد جعفر، الوصية الواجبة في القانون المقارن، مجلة العدل، العدد الثاني والعشرون، السنة التاسعة، جامعة جوبا

2 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 237 .

3 بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 345 .

4 الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص : 124 .

5 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 106 .

وهذا الحكم يطبق أيضا فيمل لو أوصى لبعض المستحقين و ترك البعض الآخر فإنه يعطى لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث إن كان فيه متسع من لذلك وان لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره¹.

ومثاله إذا كان للشخص ثلاثة أبناء مات أحدهم في حياته و ترك بنتين فأوصى لواحدة منهما بثلاثين هكتارا، و لما مات وجدت تركته 150 هكتارا ففي هذه الصورة، نجد مقدار التنزيل مساويا لثلث التركة فيجب في هذا المقدار، وحيث أن صاحب التركة أوصى لأحد البنين بأكثر مما تستحقه فان الثانية تأخذ ما بقي من الثلث وهو عشرون هكتارا ، ولما كانت أقل مما تستحقه يكمل لها من نصيب أختها فتأخذ منها خمسة هكتارات، ومن أوصى لها بثلاثين تنفذ وصيتها في خمسة وعشرين، ويتوقف في الخمسة الباقية على إجازة الورثة لأنها تعتبر وصية اختيارية فيما زاد على الثلث .

ولو أوصى لكل مستحق في التنزيل بأقل من نصيبه كملت الأنصبا من باقي الثلث ففي المثال السابق، لو أوصى لكل بنت بخمسة عشر هكتارا، و جب لكل منهما عشرة هكتارات ليكمل النصاب .ولو أوصى لكل واحدة بثلاثين هكتارا نفذت لكل واحدة في خمسة وعشرين هكتارا وتوقف النفاذ في الخمسة الزيادة على إجازة الورثة، لأنها تعتبر في هذا القدر وصية اختيارية .

وإن كان ثمة وصايا اختيارية، والثلث يضيق عنها هي والوصية الواجبة (التنزيل) قدمت الوصية الواجبة على غيرها، وما بقي تتزاحم فيه الوصايا الاختيارية، وينفذ من كل وصية مقدار يعادل مقدارها بالنسبة لمجموع هذه الوصايا أي يكون الزائد بينها بالمحاصة، بأن يعطى كل بنسبة وصيته².

وتقسيم مقدار التنزيل بين مستحقه يكون تقسيم ميراث، أي أنه للذكر مثل حظ الأنثيين³.

1 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص: 238 .

2 أبو زهرة محمد ، أحكام التركات و الموارث ، المرجع السابق ، ص : 245 .

3 السريتي محمد عبد الودود ، المرجع السابق ، ص : 415

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

بالنسبة للمشرع لقد بينت المادة 170 قانون الأسرة الجزائري مقدار الحصة التي ينزل فيها الأحفاد بنصها: « أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة »

فمن خلال هذا النص يمكن القول بأن مقدار التنزيل يقدر بأمرين :

1- أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار حصة أصلهم ذلك أن التنزيل ليس مغنما وإنما هو علاج جئ به لغرض دفع ذل الحاجة والمسألة عن الأحفاد من جهة وإيجاد نوع من العدالة المالية بين أفراد الأسرة الواحدة في التوزيع من جهة ثانية كما أن عدم الزيادة عن حظ المورث هنا أمر تقتضيه قواعد الميراث عامة لأن الأحفاد أدلوا إلى المورث وهو الجد بالأب فلا يعقل أن يكون لمن أدلى بشخص نصيب أكثر ممن أدلى به¹.

2- أن أنصبة المستحقين في التنزيل لا تتعدى ثلث التركة فإذا كان مجموع أسهم أصول المستحقين يساوي ثلث التركة أو أقل كان هو مقدار أسهم الأحفاد، أما إذا زاد عليه كانت أسهم الأحفاد هو ثلث التركة فقط ، وما زاد عليه لا يدخل في التنزيل، حتى ولو كان المتوفى قد أوصى به للمستحقين له فان وصيته بما زاد تكون وصية اختيارية، ولو أعطاه لهم الورثة من تلقاء أنفسهم كان ذلك هبة منهم².

ولكن الشيء الملاحظ من هذا كله أن المشرع الجزائري³: 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 استنتاج هذا الرجوع إلى نص المادة 222 قانون الأسرة، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ذلك، فنجد أن فقهاء الشريعة يقدمون التنزيل على الوصايا العادية، وكذلك بالرجوع لنص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري والتي بدورها تدل على وجوب التنزيل ، والواجب في حكمه أقوى من المندوب فقدم عليه تبعا لذلك .

1 الهلالي المسعود ، المرجع السابق ، ص: 194

2 بلحاج العربي ، أحكام التركات و الموارث ، المرجع السابق ، ص : 287 .

3 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 161 ، 162 .

وتجدر الإشارة إلى أن الوصايا تخرج قبل قسمة التركة على الورثة فيكون التنزيل كذلك بل انه مقدم عنها وهو ما نجده من خلال نص المادة 180 قانون الأسرة 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 .

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 شرعا وقانونا. وما يمكن قوله في الأخير هو أن مقدار التنزيل وفي كل الحالات يجب أن لا يتجاوز مجموع سهام الحفدة ثلث التركة بحيث لو زاد عن ذلك رد إليه ذلك أن التنزيل من باب الوصايا المقدر شرعا بالثلث ، ويخرج قبل قسمة التركة بمعنى أن ضرره يدخل على عامة الورثة وتكون القسمة بين المنزلين للذكر مثل حظ الأنثيين¹ .

المطلب الثاني : طرق استخراج مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري منها

بعدها تطرقنا في المطلب السابق إلى مقدار التنزيل الواجب شرعا و قانونا سنحاول التعرض في هذا المطلب إلى الكيفيات التي يتم بها استخراج هذا المقدار ، مع توضيح موقف قانون الأسرة الجزائري من هذه الطرق ، كما سنتعرض إلى كيفية حل المسائل التي اجتمعت فيها وصايا اختيارية مع التنزيل .

فباعتبار أن القوانين التي فرضت الوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري لم تبين طريقة استخراج مقدار التنزيل مما أدى إلى اختلاف وجهات النظر في هذا الشأن .و هذا ما سنتعرض له في الفرعين الآتيين :

1 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص : 667 .

الفرع الأول : طرق استخراج مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي

هناك أربعة طرق لاستخراج مقدار التنزيل سنحاول التعرض لها فيما يلي :
 الطريقة الأولى : أن يفرض الفرع المتوفى حيا ، وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه على ذلك.

مثال 01: توفي رجل عن زوجة ، أم ، أب ، بنت ، ابن ، بنت ابن (توفي أبوها في حياة المورث) ، وترك 360 هكتارا¹ .

	× 3	× 5		
نصيب كل وارث	120	24		
زوجة	15	3	8/1	
أم	20	4	6/1	
أب	20	4	6/1	
بنت	13	13	ع	
ابن	26			
بنت ابن (منزل)	26			
45 هكتار				
60 هكتار				
60 هكتار				
39 هكتار				
78 هكتار				
78 هكتار				

قيمة السهم = $360 \div 120 = 3$ هكتار .

مثال 02: توفي رجل عن : زوجة ، 4 بنات ، أخت شقيقة ، وبنت ابن (توفي أبوها في حياة جدّها)² .

	× 6		
48	8	8	
6	1	8/1	زوجة
28	7	ع	4 بنات
14			بنت ابن (منزلة)
-	-	م	أخت شقيقة

¹ أبو زهرة محمد ، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص : 249
² بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص : 339 .

ما يؤخذ على هذه الطريقة¹:

1- أن المتوفى قد تكون حصته أحيانا على حساب الأولاد فقط دون سائر الورثة كما في المثال الأول ، وهذا ما فيه مخالفة للقانون الذي اعتبر تلك الحصة وصية تؤخذ من أصل التركة و بذلك يدخل النقص على الورثة أجمعين .

2- أنه يؤدي إلى حجب بعض الورثة كليا أو جزئيا ، وقد ثبت ميراثهم بنص الكتاب والسنة وذلك كما حدث في المثال الثاني بحيث حجبت الأخت الشقيقة لأن البنات أصبحن عصبة مع الابن مما أدى إلى حجب وارث حي لأجل فرض الابن حيا ، وكذلك تحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب لأجل ميت فرض حيا و أن القانون لم يتعرض للأنبية الشرعية الثابتة .

3- هذا الحل يتنافى مع إرادة المشرع في تشريع التنزيل، إذ هذا الأخير جاء لمعالجة مشاكل الحفدة ، لا لثارة المشاكل داخل الأسرة الواحدة ، وباعتبار أن الوصية الواجبة ليست ميراثا². واستنادا لهذه الأسباب رفض هذا الحل من قبل الفرضيين وفقهاء الشريعة المتأخرين .

الطريقة الثانية: أن تفرض أن الوصية الواجبة هي وصية بمثل نصيب أحد الورثة و فيها تقسم التركة على الورثة الموجودين وبعد معرفة سهام كل وارث تزداد مثل سهام الوارث الموصى له بمثل نصيبه على سهام الورثة ثم توزع التركة على السهام³.

فهذه الطريقة تؤول إلى أن صاحب الوصية الواجبة إذا كان فرع ابن توفي أبوه في حياة أحد أبويه فان الوصية واجبة بمثل نصيب الابن، وإذا كان فرع بنت توفي في حياة أحد أبويها فان الوصية تكون بمثل نصيب بنت.

1 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 76 .

2 أبو زهرة محمد ، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص : 250

3 بدران أبو العينين ، المرجع السابق ، ص : 340 .

وأمثلة ذلك ما يلي :

مثال 01 :توفيت امرأة عن¹: زوج، بنت ،ابن، بنت ابن(توفي أبوها في حياة جدها) والتركة 360 هكتار .

نصيب كل وارث	×60			
360	6	4	4	
60	1	1	¼	زوج
60	1	1		بنت
120	2	2	ع	ابن
120	2	-	م	بنت ابن

قيمة السهم = 360 ÷ 6 = 60 هكتار

مثال 02 :توفي رجل عن²: بنتين، ابن ابن، بنت بنت أخرى ماتت في حياته ،والتركة 28 هكتار .

نصيب كل وارث	×7			
28 هكتار	4	3	3	
14 هكتار	2	2	3/2	بنتين
7 هكتارات	1	1	ع	ابن ابن
7 هكتارات	1	-	-	بنت بنت

قيمة السهم = 28 ÷ 4 = 7 هكتارات .

وأنصار هذه الطريقة يرجحونها بأنها متفقة وروح القانون و محققة لغرض المشرع وهو تسوية هؤلاء بمن يساوي أصلهم .

ويؤخذ عليها أنها تؤدي في بعض صورها إلى أن الفرع يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو كان حيا، و يوجد ذلك في بعض المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفى في حياة أصله

1 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 242 .

2 المرجع نفسه ، ص : 243 .

لا يتجاوز الثلث إذا كان حيا مع أن الباعث على التشريع هو تعويض الفرع عما فاتته من ميراث أصله ، فهو يأخذ باسم أصله فكيف يسوغ له أخذ أكثر منه¹.
ففي المثال الأول لو فرضنا أن الابن حيا يكون الحل كالآتي :

نصيب كل وارث	×18	×5		
360 هكتار	20	4	4	
90 هكتار	5	1	4/1	زوج
54 هكتار	3	3	ع	بنت
108 هكتار	6			ابن
108 هكتار	6			ابن (مفترض حياته)

قيمة السهم = $360 \div 20 = 18$ هكتار

فالملاحظ أن الابن لو كان حيا يأخذ 108 هكتار بينما تأخذ ابنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (120 هكتار) وهذا غريب في ذاته ومجاف للقواعد المتبعة في تفسير القوانين، إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حيا ، فكيف تأخذ أكثر منه وإن هذه الزيادة تطرد في كل المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حيا .

وإنما طردت تلك الزيادة لأن نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلا فتكون الحصة للواحدة كبيرة ويكون مايقابلها من التركة كبيرا، ولو أضفنا مقدار ما خص أحدهم إلى سهام التركة، بينما إذا فرض الولد موجود ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ومن فرض موجودا، ففي المثال السابق حينما حللنا المسألة على اعتبارها وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت و ابن بينما إذا كان الابن المتوفى قد فرض موجودا تكون القسمة على بنت وابنين .

لذا فهذه الطريقة غير مستقيمة، إلا أنه قد أخذ بها مفتي الديار المصرية في فتاويه وقتا واعتبر ما عداه باطلا¹ .

1 شلبي مصطفى، المرجع السابق ، ص : 244 .

الطريقة الثالثة : وهي وفق القانون السوري : ويتم استخراج مقدار الوصية الواجبة باتباع خمس خطوات مع مراعاة أن القانون السوري قصر الوصية الواجبة على الحفدة من أولاد الذكور فقط و هي كالآتي²:

1- نفترض أن الفرع الذي توفي في حياة والديه حيا وذلك بعمل مسألة وراثية بجميع الورثة لمعرفة حصة الابن المتوفى سابقا، من أصله المتوفى الآن وفق قواعد الميراث .

2- نفترض أن الابن الميت في السابق توفي الآن عن أولاد وبقية ورثته وذلك بعمل مسألة جديدة لمعرفة نصيب أولاده وهم المستحقون للوصية الواجبة .

3- يتم معرفة مقدار الوصية الواجبة وذلك بعمل مسألة جامعة بين المسألتين السابقتين وذلك بالمقارنة بين حصة الابن في المسألة الأولى، وأصل مسأله في المسألة الثانية وذلك لمعرفة النسب بين العددين على طريقة التوافق بينهما كما في المناسخت فتعمل المسألة الجامعة ونخرج منها حصة الأصل الذي افترضنا أنه مات الآن، وهي مقدار الوصية الواجبة ويكون الباقي لباقي الورثة ولكنه لا يوزع لأنه سيوضع كرقم مشترك لسائر الورثة، ولأنه سيرد إلى التركة الأصلية .

4- نعمل مسألة وراثية للميت الحالي مع مراعاة عدم توريث الابن الميت سابقا أو قبل أصله على ورثته الأحياء فعلا و حقيقة .

5- نقوم بعمل المسألة الجامعة الثانية و ذلك بالمقارنة بين أصل مسألة الميراث التي تم عملها في الخطوة السابقة وبين الباقي لورثة الأصل بعد أخذ الوصية الواجبة وذلك عن طريق التوافق بين العددين فيضرب وفق عدد مسألة الميراث في وفق عدد الجامعة الأولى ونستخرج الجامعة الثانية ثم نستخرج حصة الوصية الواجبة من الجامعة الثانية بأن نضرب وفق عدد مسألة الميراث في نصيب المستحق للوصية الواجبة في الجامعة الأولى، ثم نستخرج نصيب باقي الورثة بأن نضرب وفق عدد نصيبهم في الجامعة الأولى في نصيب كل وارث من مسألة الميراث .

1 أبو زهرة محمد ، أحكام التركات و الموارث ، المرجع السابق ، ص : 250 ، 251 .

2 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 95 ، 96 .

وبالنظر إلى طريقة استخراج الوصية الواجبة نجد أن القانون السوري لا يعطي الحفيد أكثر ممن هو أعلى منه طبقة بينما نجد أن القانون المصري يعطي الحفيد أكثر مما يأخذه من هو أعلى منه درجة .

ولتوضيح هذه الطريقة أكثر نأخذ مثالا عن ذلك :

ماتت امرأة عن زوج ، أم ، أب ، 2 بنت ، بنت ابن (توفي أبوها في حياة جدتها) والتركة 1440 دينار¹ .

مسألة رقم 01	مسألة رقم 02	مسألة رقم 03	مسألة رقم 04	مسألة رقم 5
اعتبار الابن الميت حيا	مسألة الابن الميت	الجامعة الأولى	مسألة الميراث أو الميت الآن	الجامعة الثانية
×3 ×4	×5 ×5	×5	×45	×2 دينار
12 12	6 6	148	12 15	720
زوج	أب	129	زوج	129
4/1 3 12	6/1 1+1	ع+	1:6 4/1	3
أم	جدة	1	أم	86
6/1 2 8	1:6 8	م	أب	86
6/1 2 8	م	-	ع	86
2 بنت	2 أخت	م	2 بنت	344
ع	10	م	3/2	8
ع	5	1:2	بنت ابن	75
	10	3		

قيمة السهم = 1440 ÷ 720 = 2 دينار .

1 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 99

نصيب كل وارث	
زوج	258 دينار
أم	172 دينار
أب	172 دينار
2 بنت	688 دينار
بنت ابن	150 دينار

أولاً: نفترض أن الابن الميت في السابق حيا ونحل مسألة الوصية بناء على ذلك فيكون الورثة زوج، أم، أب، 2 بنت، ابن، وهذا تم في المسألة رقم 01. نصح المسألة بضرب أصلها في عدد الرؤوس فيصبح أصل المسألة $12 \times 4 = 48$ سهما .

ثانياً : نفترض أن الابن الميت الذي اعتبرناه حيا أنه مات الآن عن أولاده وبقية ورثته والورثة هم: أب، جدة، جد، 2 أخت شقيقة، بنت وذلك بعمل مسألة جديدة لمعرفة نصيب أولاده وهو ما تم في المسألة رقم 02 .

ثالثاً: عمل المسألة الجامعة الأولى بين المسألتين السابقتين لاستخراج الوصية الواجبة وذلك:

1- بالمقارنة بين حصة الابن في المسألة الأولى وهي (10) وأصل المسألة الثانية وهي (6)، وبالنظر بين (6، 10) نجد أن بينهما توافق حيث يقبل كل منهما القسمة على (2) وفق $6 = 2 \div 3$ ، وفق (3) نضعه في المسألة الأولى أي فوق (6) ثم نضرب أصل المسألة الجامعة الأولى $48 \times 3 = 144$ سهما، نضرب وفق (5) في نصيب البنت في المسألة الثانية ليخرج نصيب بنت الابن بالوصية الواجبة $5 \times 3 = 15$ سهما .

2- ثم نخصم نصيب بنت الابن بالوصية الواجبة من أصل المسألة الجامعة الأولى ليخرج نصيب باقي الورثة في المسألة الجامعة : $144 - 15 = 129$ سهما .

نقارن بين مقدار الوصية الواجبة وهو 15 سهما وبين أصل الجامعة الأولى وهو 144 فنجد أن 15 أقل من الثلث فتبقى كما هي .

رابعا : نعمل مسألة ميراث للميت الحالي وهي الجد على ورثته الأحياء فعلا وحقيقة مع مراعاة عدم توريث الابن الميت سابقا نجد أن المسألة عالت إلى 15 .

خامسا: نقوم بعمل المسألة الجامعة الثانية وذلك :

1- بالمقارنة بين أصل مسألة الميراث وهو (15) وبين الباقي لورثة الأصل بعد استقطاع مقدار الوصية الواجبة وهو (129) سهما نجد أن (15،129) بينهما توافق حيث يقسم كل منهما على العدد (3)، وفق (15) : $15 \div 3 = 5$ ، وفق (5) نضعه فوق الجامعة الأولى أي فوق (144) .

وفق (129) : $129 \div 3 = 43$ ، وفق (43) نضعه فوق مسألة الميراث أي فوق (15).
2- لإخراج الجامعة الثانية نضرب وفق (5) في أصل الجامعة الأولى وهو: (144) أصل الجامعة الثانية : $144 \times 15 = 720$ سهما .

3- لإخراج مقدار الوصية الواجبة في الجامعة الثانية نضرب وفق (5) في نصيب بنت الابن في الجامعة الأولى وهو (15) : $15 \times 5 = 75$ سهما .

4- لإخراج نصيب كل وارث في الجامعة الثانية نضرب وفق (43) في نصيب كل وارث في مسألة الميراث رقم 04 .

والجدير بالذكر أنه يؤخذ على هذه الطريقة¹: أنها جعلت استخراج الوصية الواجبة من التركة على أنها مناسخة بين الورثة، وهناك فرق بين المناسخة والوصية الواجبة.

بأن المناسخة واجبة مستحقة لا خلاف فيها، بينما الوصية الواجبة فيها خلاف واضح بين العلماء والمناسخة غير محددة بقدر معين في التركة، بينما الوصية الواجبة محددة بقدر معين وهو الثلث، والمناسخة صورتها أن يتوفى المورث ثم يتوفى أحد فروع أو أكثر ويتركون فروع لهم ولم تقسم التركة، بينما صورة الوصية الواجبة هي أن يتوفى أصل في حياة مورثه، ويترك فروع خلفه، إما محجوبين أو غير وارثين لأنهم من ذوي الأرحام أو لم يبقى لهم شئ يأخذونه بالتعصيب .

الطريقة الرابعة: هذه الطريقة هي المستقر عليها في التطبيق حيث رأت لجنة الفتوى بالأزهر وجوب إتباع هذا الحل، وقد صدر قرار بذلك في 14 رجب 1379 هـ الموافق ل13 يناير 1960 م، حيث تم الاستئناف بإلغاء الأحكام السابقة التي صدرت عن المحاكم الشرعية² . ومضمون هذه الطريقة أن يفرض المتوفى في حياة والده حيا و يعطى نصيبه ثم يخرج ذلك

1 خمبوط رأفت محمود عبد الرحمان ن المرجع السابق ، ص : 27

2 الأزرع ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 77

النصيب من التركة بشرط ألا يزيد على الثلث ، ويعطى الأحماد للذكر مثل حظ الأنثيين ثم يقسم باقي التركة بين الورثة من غير نظر إلى الولد المتوفى الذي فرض حيا¹.
ولشرح هذه الطريقة نقوم بحل المسائل التالية :

مثال 01 :توفي رجل عن² 2: بنت ،ابن، أب، أم ،ابن ابن(مات أبوه في حياة المورث) ،والتركة 5400 دينار .

خطوات الحل :

أولا :نقوم باستخراج مقدار التنزيل :

	×3		
18	6	6	
3	1	6/1	أب
3	1	6/1	أم
4	4	ع	2 بنت
4			ابن
4			ابن ابن

قيمة السهم = 5400 ÷ 18 = 300 دينار .

فنصيب ابن الابن صاحب التنزيل = 300 × 4 = 1200 دينار وهو أقل من ثلث التركة الذي هو 1800 دينار، ثم نقسم الباقي من التركة (5400 - 1200 = 4200 دينار) على باقي الورثة .

1 الزحيلي وهبة ، المرجع السابق ، ص : 125

2 شلبي مصطفى ، المرجع السابق ، ص : 241 .

ثانيا : نصيب باقي الورثة

	×700		
نصيب كل وارث	6	6	
أب	1	6/1	700 دينار
أم	1	6/1	700 دينار
2 بنت			1400 دينار لكل واحدة
	2	ع	700 دينار
ابن	2		1400 دينار

قيمة السهم : 4200 ÷ 6 = 700 دينار .

مثال 02 :توفيت امرأة عن:1زوج ، جد، أم، 2 بنت، ابن ابن (مات أبوه في حياة جدته)
وبنت بنت (ماتت أمها في حياة جدتها)،والتركة : 2400 دينار .

خطوات الحل :

أولا / نقوم باستخراج مقدار التنزيل :

قيمة السهم : 2400 ÷ 12 = 200 دينار .

12	12	
3	4/1	زوج
2	6/1	جد
2	1:6	أم
2		2 بنت
2	ع	ابن ابن
1		بنت بنت

فنصيب ابن الابن "صاحب التنزيل هو 2 × 200 = 400 دينار، ونصيب بنت البنت "
صاحبة التنزيل" هو 1 × 200 = 200 دينار.

1|بلحاج العربي ، أحكام التركات والموارث ، المرجع السابق ، ص : 339 .

وعليه مقدار التنزيل في هذه المسألة هو أقل من ثلث التركة الذي هو 800 دينار .
ومن هنا نقسم الباقي من التركة (2400 – 600 = 1800 دينار) على باقي الورثة .
ثانيا / نصيب باقي الورثة :

نصيب كل وارث	×120		
1800	15	12	
360 دينار	3	4/1	زوج
240 دينار	2	6/1	جد
240 دينار	2	6/1	أم
960 دينار	8	3/2	2 بنت

قيمة السهم: 1800 ÷ 15 = 120 دينار

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه الطرق

بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة على اختيار أي طريقة من هذه الطرق المعتمدة في حل مسائل التنزيل ، بل لم يتعرض نهائيا لكيفية حل مسائله إلا أنه وبتفحصنا لمواد التنزيل و لاسيما المادة 172 قانون الأسرة نجد بأنها تتوافق مع الطريقة الرابعة و التي أخذ بها معظم الفقهاء الذين يقولون بالتنزيل و باعتبارها تساير و تتماشى و روح التشريع و تحقق الحكمة التي شرع من أجلها التنزيل دون زيادة أو نقصان و هاته الطريقة أيضا من الطبيعة القانونية للتنزيل باعتباره وصية قانونية و ليس ميراثا ، وعلى هذا ألزم أن يخرج قبل الميراث لما ذهب إليه كثير من الفقهاء باعتباره من باب الوصايا و بالتالي يأخذ حكمها في هذه الحالة بأن يجري على أصولها¹.

وعلى هذا وجب مراعاة القواعد المعتمدة في مسائل التنزيل و هذا طبقا للمواد (169 – 170 – 171) وهي كما يلي²:

أولها: ألا يزيد على الثلث لأن المقدار الذي خصه الله سبحانه و تعالى للوصية عامة هو الثلث فلا نتجاوزه .

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 205 .

2 أبو زهرة ، أحكام التركات والمواثبات ، المرجع السابق ، ص : 248 .

ثانيها: أن ينفذ على أساس أنه وصية لا ميراث: والوصية تنفذ من كل التركة ومن رأسها بحيث تتال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص، فلا يختص بإنقاص فريق دون فريق، وعلى ذلك لا ينقص مقدار التنزيل من نصيب الأولاد دون غيرهم، بل ينقص جميع الورثة لأنه وصية بحكم القانون .

ثالثها: أن يكون مقدار التنزيل بمقدار نصيب الولد المتوفى في حياة أحد أبويه ، فلا يتجاوزه لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذي توفي في حياة أحد أبويه لا أن يأخذ أكثر منه .

والحل الوحيد الذي يتماشى مع هذه القواعد هي الطريقة الرابعة التي لم تهمل غرض المشرع و مقصده ، ولم يترتب عليها إسراف في الإعطاء الذي لم يقصده القانون بل وقفت عند الحاجة التي حددها.

و سنتعرض فيما يلي إلى بعض المسائل المستعصية في نظام التنزيل ، ثم نتعرض لبعض المسائل التي يجتمع فيها التنزيل مع وصية اختيارية .

1- بعض المسائل الشاذة¹:

المسألة الأولى : من توفي عن : ابن - بنت - بنت ابن فان تركته توزع عليهم كآلاتي : الخمسين للابن ، والخمس للبنت (للذكر مثل حظ الأنثيين) و الخمسين لبنت الابن لأنها منزلة منزلة أبيها ، و تأخذ منابه ، و لما كان منابها المستمد لها من مناب أبيها مقدره ب خمسين فانه يفوق ثلث التركة ، فإننا ننزله إلى الثلث فتأخذ بنت الابن : ثلاثة أجزاء من تسعة أجزاء وهو الثلث بالضبط و تبقى ستة أجزاء يتقاسمها الابن مع البنت للذكر مثل حظ الأنثيين أي أربعة أسهم من ستة أسهم للابن و سهمان من ستة أسهم للبنت الصلبية وصورتها :

1 جيجيك صالح ، المرجع السابق ، ص : 10 .

		×3		
	9	3	5	
	4		2	ابن
	2	2	1	بنت
	3	1	2	بنت ابن

وبذلك تكون بنت الابن قد أخذت حصة فوق حصة البنت الصلبية .

المسألة الثانية : إذا توفي شخص، وله ست بنات، وبنت ابن (مات أبوها في حياة جدها) ففي هذه المسألة ترث البنات جميعا الباقي بعد الوصية الواجبة المقررة لبنت الابن لأنها لم تدخل في الميراث باستغراق نصيب البنات المقدر بالثلثين وحصة الحفيدة مقدره بمناب أبيها أي البنات الست يرثن سهما واحد من ثمانية أسهم لكل واحدة منهن فرضا وردا بينما تستحق بنت الابن سهمان من ثمانية أسهم و هو مناب أبيها، لو فرضناه حيا وقت وفاة أبيه طبقا للمادة 169 قانون الأسرة، وبذلك نأخذ هنا أيضا منابا يفوق بالضعف مناب إحدى عماتها الست وهن صلبيات وقد ورثن بالفرض والرد وفي هذه المسألة لو مات نفس الشخص عن ست بنات وابن ثم توفي الابن عن بنت فان أخوات هذا الابن سيتقاسمن مناب أخيهم مع ابنته مناصفة تأخذ البنت نصف مناب أبيها فرضا، وتأخذ الشقيقات النصف الآخر يعطينا مع الغير وصورتها كالاتي :

		×6			×6	
	48	12	2	2		8
	42 = 6 + 36	6	1	ع	6	6 بنات
	لكل بنت 7 أسهم.				أخوات	
	-	-	-			ابن 2 ت
	6	6	1	1:2	بنت	

ومن هنا أيضا فان كل بنت ورثت -رغم تعددهن- منابا يفوق ولو بقليل مناب بنت الابن بعكس الفرضية الأولى التي استحققت فيها بنت الابن حقها- وفق قواعد التنزيل - منابا يفوق مناب البنت الصلبية بالضعف .

2-مسائل اجتمع فيها التنزيل مع وصية اختيارية :

قد تجتمع الوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري مع غيرها من الوصايا الاختيارية وسواء كانت الوصايا الاختيارية بحق من حقوق الله أو بحق من حقوق العباد، أو كانت مشتركة بين الحقين، ففي هذه الحالة تقدم الوصية الواجبة على الوصايا الاختيارية عند التنفيذ فإذا كان المتوفى قد أوصى بوصايا اختيارية ولزمته الوصية الواجبة فإن وسع الثلث جميع الوصايا- الواجبة والاختيارية- نفذت كلها من الثلث وإن ضاق الثلث عن تنفيذها جميعا نفذت الوصية الواجبة أولاً، وما بقي يصرف للوصية الاختيارية إن كانت واحدة¹، وإن تعددت يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية بالمحاصة².

و لمعرفة مقدار التنزيل و مقدار ما تنفذ فيه الوصية الاختيارية نتبع الخطوات التالية³:
أولاً: نفرض أن الوصية الاختيارية نافذة فخرجها من التركة ما لم تتجاوز الثلث فإن تجاوزته يستنزل الثلث من التركة إذ لا تنفذ بما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة (المادة 185 قانون الأسرة الجزائري) .

ثانياً: يقسم الباقي من التركة على الورثة و على فرض حياة المتوفى لمعرفة نصيبه لو بقي حيا وقت وفاة المورث ، وبعد معرفته يعطى لفرعه إن كان في حدود ثلث التركة كلها أي بما فيها مقدار الوصية الاختيارية ، وإن زاد عنه أعطي ثلثها جميعا فقط (المادة 170 قانون الأسرة الجزائري) .

ثالثاً: نقوم بطرح مقدار التنزيل من ثلث كل التركة ، و ما بقي من الثلث يعطي لصاحب الوصية الاختيارية إن بقي ، فإن لم يبقى فلا يأخذ صاحب الوصية الاختيارية شيئاً، لأن أقصى ما تنفذ فيه الوصايا بدون توقف على إجازة الورثة هو ثلث جميع التركة .
رابعاً: يقسم الباقي من التركة بعد تنفيذ الوصيتين الواجبة والاختيارية بحيث لا يزيد مجموعها على ثلث التركة كلها على الورثة الموجودين للمتوفى .

ولابد من إتباع الخطوات السابق ذكرها لمعرفة مقدار التنزيل، ومقدار ما تنفذ فيه الوصية الاختيارية ، إذ لو لم تتبع هذه الطريقة و عمدنا من أول الأمر إلى تنفيذ الوصية الواجبة

¹ الجليدي محمد سعيد ، المرجع السابق ، ص : 294 .

² أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص : 230 ، 183 .

³ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص : 347 -

(التنزيل) وقطعنا النظر عن الوصية الاختيارية للزم من ذلك أن يأخذ الفرع - صاحب التنزيل - أكثر من نصيب أصله من التركة لو بقي حيا وقت وفاة المورث فيما إذا كانت التركة لو بقي حيا وقت وفاة المورث فيما إذا كانت التركة مشتملة على وصية اختيارية لأن نصيب الأصل في هذه الحالة لو كان حيا - وقت وفاة المورث - هو ما يستحقه في التركة بعد تنفيذ الوصية الاختيارية في الحد الذي تنفذ فيه حيث دائما حق الوصية يقدم على حق الورثة¹.

ولتوضيح الخطوات السالف ذكرها ، نورد بعض الأمثلة التطبيقية :

مثال 01 :توفي رجل عن²:أب، أم، بنتين، بنت ابن (مات أبوها في حياة جدها)، ووصية لجهة البر بمبلغ 300 دينار وترك 1500 دينار .

لحل هذه المسألة نتبع الخطوات التالية :

أولا : نخرج مقدار الوصية الاختيارية من التركة :

$$1500 - 300 = 1200 \text{ دينار .}$$

ثانيا: تقسيم الباقي من التركة على الورثة على فرض حياة المتوفى :

نصيب كل وارث	×200			
1200 دينار	6	6		
200	1	1:6		أب
200	1	1:6		أم
400	2			بنتين
400	2	ع		ابن

قيمة السهم : $1200 \div 6 = 200$ دينار . نصيب الابن هو 400 دينار وهو أقل من ثلث

التركة الذي هو 500 دينار لذا نعطي لبنت الابن المستحقة للتنزيل نصيبها وهو 400 دينار

ثالثا: نقوم بطرح مقدار التنزيل من ثلث كل التركة :

1 إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق ، ص : 116 .

2 السريتي عبد الودود ، المرجع السابق ، ص : 423 ، 424 .

500 - 400 = 100 دينار . يعطى لجهة البر ، أما باقي الوصية الاختيارية يتوقف على إجازة الورثة .

رابعاً: يقسم الباقي من التركة بعد استخراج مقدار التنزيل و تنفيذ الوصية الاختيارية على الورثة الحقيقيين : 1500 - 500 = 1000 دينار و ذلك كالآتي :

نصيب كل وارث	×166.67		
1000	6	6	
دينار 166.67	1	6/1 ع	أب
دينار 166.67	1	6/1	أم
دينار 333.33 لكل بنت	4	3/2	بناتان

قيمة السهم : 1000 ÷ 6 = 166.67 دينار .

مثال 02 : توفيت امرأة عن: زوج، أم، أخت شقيقة، أخ لأم، بنت بنت، توفيت في حياة أمها وأوصت لمسجد 60 هكتار، وتركت 180 هكتار¹.

لحل هذه المسألة نتبع الخطوات التالية :

أولاً: نخرج مقدار الوصية الاختيارية من التركة :

180 - 60 = 120 هكتار .

ثانياً: نقسم الباقي من التركة على الورثة على فرض حياة المتوفي :

نصيب كل وارث	×10		
120 هكتار	12	12	
30 هكتار	3	4/1	زوج
20 هكتار	2	6/1	أم
10 هكتار	1	ع	أخت شقيقة
60 هكتار	6	2/1	بنت
-	-	م	أخ لأم

1 السريتي محمد عبد الودود ، المرجع السابق ، ص : 424 .

قيمة السهم : $120 \div 12 = 10$ هكتار . نصيب البنت 60 هكتار وهو مقدار التنزيل يعطى لبنت البنت وهو مساو لثلث كل التركة ($180 \div 3 = 60$ هكتار)، وهنا لا تأخذ الجهة الخيرية الموصى لها 60 هكتار شيئاً من التركة بمقتضى الوصية الاختيارية مادام الورثة لم يجيزوها لاستغراق التنزيل جميع ثلث التركة .

ثالثاً: نقوم بطرح مقدار التنزيل من كل التركة :

$$180 - 60 = 120 \text{ هكتار .}$$

رابعاً: توزع الباقي من التركة على الورثة الموجودين بالفعل :

نصيب كل وارث	$\times 15$		
120 هكتار	8	6	
45 هكتار	3	2/1	زوج
15 هكتار	1	6/1	أم
45 هكتار	3	2/1	أخت شقيقة
15 هكتار	1	6/1	أخ لأم

قيمة السهم : $120 \div 8 = 15$ هكتار .

ومن خلال ماسبق وجب بنا التنويه إلى أن تقديم الوصية الواجبة (التنزيل) على سائر الوصايا الاختيارية حتى ولو كانت واجبة ديانة كالوصية بأداء الزكاة والحج الواجب والكفارة وفدية الصوم، يؤخذ عليه و ذلك للأسباب التالية¹:

أولاً: الوصية الواجبة شرعا تلحق بالديون المستحقة على التركة فينبغي تقديمها على الوصية الواجبة قانونا .

ثانياً: تبرئة ذمة الميت أولى من الوصية الواجبة قانونا .

ثالثاً: الوصية الاختيارية حتى ولو كانت واجبة ديانة فانها تثبت بدليل قطعي وهو قوله

تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾² ،

والوصية الواجبة قانونا ثابتة باجتهاد مضطرب اكتسب قوته بالقانون .

1 الأزعر ريم عادل ، المرجع السابق ، ص : 59

2 سورة النساء ، الآية : 12 .

رابعاً : تقديم الوصية الواجبة قانوناً على الوصية الاختيارية فيه تقديم على حكم الله ولا يجوز لأي شخص أن يقدم اجتهاده على حكم الله ، لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا يرى خلافاً لما سبق ذكره بخصوص تزامم التنزيل بقوة القانون مع الوصية الاختيارية فيقول :

((على خلاف ما هو عليه الحال في القانون المصري ...فانه تبعاً لقانون الأسرة الجزائري وأسوة لمدونة الأسرة المغربية التي أقتبس منها أحكامه، فانه في حالة تزامم التنزيل بقوة القانون مع الوصية الاختيارية أو مع التنزيل الاختياري، فان التنزيل بقوة القانون لا يقدم على الوصية الاختيارية ، بل يشترك الموصى له والمنزل في الثلث، وأخذ كل واحد منهما بحسب حصته))².

وما يمكن قوله في الأخير ، كان من الأجدد على المشرع الجزائري في قانون الأسرة في أن يشير إلى كيفية حل مسائل التنزيل ، أو على الأقل يدل على الطريقة المختارة في ذلك إلا أنه استناداً للمادة 222 قانون الأسرة الجزائري و بالرجوع لآراء فقهاءنا ومنهم المتأخرين نجدهم يرجحون العمل بهاته الطريقة ، وعلى هذا وجب على المطبقين في الواقع العملي العمل بهاته الطريقة دون غيرها لأنها الوحيدة التي تتلاءم مع نصوص التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، و يتماشى مع الطبيعة القانونية له وحكمة مشروعيتها ، وهي أيضاً تتماشى مع حرفية النص القانوني و تتوافق مع مقصد وغرض المشرع من ذلك دون الزيادة، بل وقفت عند الحاجة التي حددها³.

1 سورة الحجرات ، الآية 01.

2 بن الشيخ لحسين آث ملويا ،التنزيل (دراسة قانونية) ، المرجع السابق ، ص : 60 .

3 دغيش أحمد، المرجع السابق، ص : 216 .

المبحث الثاني : تطبيق القضاء الجزائري لأحكام التنزيل

بعدما تعرضنا في المبحث السابق إلى مقدار التنزيل الواجب شرعا وقانونا ، ووضحنا مختلف الطرق لاستخراج هذا المقدار و تحديد موقف قانون الأسرة الجزائري من تلك الطرق سنحاول التطرق في هذا المبحث للإجراءات اللازمة لفض النزاعات التي يكون موضوعها تنزيلا ، من خلال التعرض للجهة القضائية المختصة في مثل هذه النزاعات ومعرفة الأشخاص المؤهلين لرفع دعاوى التركات و تقديم طلبات تصفيتهما و هذا كله في المطلب الأول تحت عنوان : إجراءات التقاضي ثم نتعرض في المطلب الثاني إلى موقف القضاء الجزائري من أحكام التنزيل وذلك قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984 ، وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول : إجراءات التقاضي في النزاعات المتعلقة بالتنزيل

سنعرض في هذا المطلب إلى الجهة القضائية المختصة في النزاعات المتعلقة بالتنزيل في الفرع الأول ، ثم نتعرض في الفرع الثاني إلى الأشخاص المؤهلين لرفع دعاوى التركات وتقديم طلبات تصفيتهما .

الفرع الأول :الجهة القضائية المختصة في النزاعات المتعلقة بالتنزيل

يعتمد التنظيم القضائي في الجزائر على وحدة الجهة القضائية الأساسية المتمثلة في المحكمة بحيث لا وجود للتعدد المادي للمحاكم ، إنما هناك محكمة تتشكل من أقسام مكلفة بالنظر في مختلف القضايا المطروحة أمامها بحسب طبيعة النزاع ، وان كان عرف الاصطلاح المعمول به وصف كل قسم من أقسام المحكمة بمحكمة¹.

وعليه فالجهة القضائية المختصة في الفصل في النزاعات المتعلقة بالتنزيل تكون بصفة أساسية في القسم الشخصي أمام قاضي الأحوال الشخصية بالمحكمة الابتدائية، و هذا طبقا للمادة 32 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص :« المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ، و تتشكل من أقسام ، يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب

1 بربرة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، 2009، منشورات بغدادية، الروبية، الجزائر

متخصصة . تفصل المحكمة في جميع القضايا ، لاسيما المدنية و التجارية و البحرية والاجتماعية والعقارية و قضايا شؤون الأسرة و التي تختص بها إقليميا . غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية ، في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا ...»¹.

بناء على هذه المادة ، فإنه إذا ما رفعت الدعاوى الخاصة بالتنزيل أمام القاضي المدني فيحال الملف إلى قسم شؤون الأسرة عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا ، وذلك من أجل تبسيط إجراءات التقاضي و الحيلولة دون تعطيل مصالح المتقاضين دون سبب جدي ، أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي الذي يقصد به ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي و يشمل موضوع الاختصاص الإقليمي قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه معيارا للاختصاص ، ومجموعة استثناءات بحسب كل حالة² .

وعليه فالقضايا التي يكون موضوعها تنزيلا ، تكون المحكمة المختصة إقليميا هي محكمة موطن المتوفى وذلك استنادا لنص المادة 2:40 قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها : « فضلا عما ورد في المواد 37 ، و 38 ، و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: ...»

2: في مواد الميراث، دعاوى الطلاق، أو لرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية، والسكن على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن ...»³

1 وزارة العدل ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون 08-09 ل:25 / 02/2008) ، الكتاب الأول: الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية ، ص : 09.

2 بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص : 83 .

3 وزارة العدل، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص : 10 .

والتنزيل يأخذ حكم الميراث في مثل هاته القضايا باعتباره يقسم قسمة ميراث ، واستنادا كذلك لطبيعته القانونية وهو ما تقضي به المادة 172 : 2 قانون الأسرة الجزائري بنصها : « و يكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين »

وعلى هذا وجب اعتماد نفس الإجراءات القانونية المطبقة في مسائل الميراث فيما يتعلق بالتقاضي¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد كانت المحكمة المختصة إقليميا في مواد الميراث (بما فيها التنزيل)، هي محكمة مكان افتتاح التركة وذلك استنادا لنص المادة 8 قانون إجراءات مدنية قبل التعديل الصادر سنة 2008 والجدير بالذكر هو أن الاختصاص النوعي من النظام العام، لايجوز مخالفة أحكامه، ولا الاتفاق على خلافه، وتقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وذلك استنادا لنص المادة 368 قانون إجراءات مدنية وإدارية، وعلى العكس من ذلك فعدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام استنادا لنص المادة 37 (ق إ م إ)، وبالتالي يجوز للإطراف الاتفاق على خلافه، إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر تضمنتها المادة 40 (ق إ م إ) التي تنص : « ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها ... » ومنها المنازعات المتعلقة بمواد الميراث بما فيها النزاعات المتعلقة بالتنزيل .

وما يمكن قوله كذلك في هذا الصدد هو أن طبيعة إجراءات سير الدعاوى المتعلقة بمسائل التنزيل ذات وصف استعجالي ، وذلك بقياسها على مسائل الميراث و هو ما تقضي به المادة 183 ق أ ج بنصها : « يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد و سرعة الفصل في موضوعها و طرق الطعن في أحكامها »². وكذلك المادة 499 (ق إ م إ) التي تنص : « يجوز لقاضي شؤون الأسرة و عن طريق الاستعجال أن يتخذ جميع التدابير التحفظية لاسيما الأمر بوضع الأختام أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة »³.

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 218 .

2 وزارة العدل ، قانون الأسرة، ص : 65

3 وزارة العدل ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص : 58

وقد جرى الفقه والقضاء على تعريف الاستعجال بأنه الخطر الحقيقي المحقق بالحق المراد حمايته و الذي يلزم درؤه بسرعة لا توفرها إجراءات التقاضي العادية فالمطلوب هو المحافظة على الحق الذي يخشى عليه أمر لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاء الموضوع¹.

بأحوال الاستعجال كما ليس هناك تعريف محدد لحالات الاستعجال و لاهي واردة على سبيل الحصر إنما يؤخذ بمعيار دفع الضرر الذي لا يمكن أو يصعب جبره لاحقا بموجب أمر ذي طبيعة مؤقتة، والذي لا يمكن أو يصعب جبره لاحقا بموجب أمر ذي طبيعة مؤقتة وأعطى لقاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة الابتدائية سلطة تقديرية واسعة لتحديد ماهو 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 ج) وهذا باعتبار أن الإجراءات العادية أمام المحاكم الابتدائية قد لا تؤدي الغرض المقصود من تشريع قانون التنزيل، لأن التركة عموما قد تحتوي على أموال تكون بطبيعتها غير قابلة للانتظار لمدة طويلة دون التصرف فيها بمختلف التصرفات القانونية.

لهذا فقد يؤدي طول المدة إلى إتلافها أو التغيير من وجهتها أو الإنقاص من ثمنها في الأسواق المتداولة كالزراع والحيوانات، وباقي المواد الاستهلاكية وعروض التجارة وغيرها إضافة إلى أن الحفدة المنزليين ونظرا لشدة حاجتهم للمال من أجل الإنفاق في أمورهم المعيشية والتي من أجلها شرع التنزيل، بحيث لو أخر تقسيم التركة لسنوات لذهبت فائدتها بالنسبة لهؤلاء الحفدة المحتاجين للمال².

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 219 .

2 بريارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص : 217

الفرع الثاني: الأشخاص المؤهلون لرفع الدعاوى القضائية المتعلقة بالتنزيل

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته، وهي وسيلة مشروعة للتعبير عن الرغبة في الدفاع عن الحق تبدأ بإيداع عريضة افتتاح الدعوى، ثم تكليف الخصم بالحضور في الزمان والمكان المحددين .

وعلى خلاف نص المادة 459 (ق إ م إ) قبل التعديل، التي حددت شروط قبول الدعوى بثلاثة، إذ لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء، ما لم يكن حائز الصفة وأهلية التقاضي، وله مصلحة في ذلك، إلا أنه في القانون الجديد ميز المشرع من خلال المادة 13 منه بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى بحيث أبقى على الشرطين الشكليين وهما : الصفة والمصلحة، بينما أحال الأهلية بوصفها شرطاً موضوعياً¹ إلى المادة 64 من نفس القانون .

إذ تنص المادة 13 (ق إ م إ): « لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون . يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعى أو في المدعى عليه »²

ويقصد بالصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي، هذا مع الإشارة إلى أن الدعوى قد تقام ضد مجموعة أشخاص عملاً بالمادة 38 من (ق إ م إ) التي تنص: « في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم »³ كأن يقاضي المنزل باقي الورثة في دعوى قسمة التركة .

بينما المصلحة يقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى⁴.

وعليه فالدعاوى المتعلقة بتقسيم التركات، وكذلك طلبات تصفيته، ترفع إما من الوارث وإما من النيابة العامة، وإما من صاحب المصلحة، كالدائن أو الموصى له، أو من الحفدة

1 بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص : 33 .

2 وزارة العدل ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص : 06 .

3 المصدر نفسه ، ص : 10

4 بربارة عبد الرحمان ، المرجع نفسه ، ص : 34 ، 38 .

المنزليين، وهذا بناء على وجود النزاع أو عدمه، وفي هذه الحالة الأخيرة يعين القاضي حارس على هذه التركة و هذا الحارس يكون مسؤولاً على إدارة أموال التركة، ويبقى يقوم بمهامه إلى حين تقسيم التركة كلياً .

وكما ذكرنا فللنيابة العامة أن تتقدم بطلبات تصفية التركة، إذا كان الورثة بما فيهم الحفدة المنزليين قصراً ، أو بعضهم لا ولي لهم و لا وصي عليهم ، و تطلب من المحكمة تعيين مقدم على أموال القاصر حتى بلوغه سن الرشد و بعده تسلم له أمواله طبقاً للمادتين 97 و 182 (ق أ ج) . و يمكن أيضاً للنيابة العامة أن تتقدم بطلبات تصفية التركة في حالة عدم وجود الوارث الظاهر للمتوفى و ذلك حفاظاً على تركته من الضياع حيث لا يوجد أي وارث يمكن أن يتكفل بذلك .

مع الإشارة إلى 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 بالتركة و تكون فيها خزينة الدولة في آخر أصناف الورثة لاعتبار أن الدولة وارثة من لا وارث له . والجدير بالذكر إلى أن النيابة العامة عند تقديم طلباتها لدى رئيس المحكمة و الفصل فيها يكون بأوامر قضائية وذلك لانعدام الخصومة والنزاع .بينما باقي الأشخاص يقومون برفع دعاوى وفض النزاع يكون بأحكام إلا ما استثنى بنص¹.

المطلب الثاني : تضارب الاجتهادات القضائية في تطبيق أحكام التنزيل

إن تطبيق أحكام التنزيل أظهر في الحقيقة صعوبة كبيرة من الناحية العملية، ذلك أن التنزيل كان معروفاً لدى فقهاء المالكية المتأخرين و طبقه القضاء لغاية صدور قانون الأسرة لسنة 1984، غير أنه لم يكن إجبارياً أو بقوة القانون، بل كان اختيارياً والمستفيدين منه هم الأحفاد ، لكنهم، لا يحلون محل أبيهم في الميراث إلا إذا قام جدهم بالتصريح بذلك إضافة لصعوبة التأكد من تحقق الشروط التي نص عليها القانون²، لذا سنحاول التعرض في هذا المطلب إلى تضارب الاجتهادات القضائية من حيث التمييز بين التنزيل الاختياري والتنزيل

1 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 221

2 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، التنزيل (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص : 25 .

بقوة القانون، وذلك في الفرع الأول، ثم نتعرض إلى تضارب الاجتهادات القضائية من حيث تحديد ضوابط وشروط التنزيل .

الفرع الأول : تضارب الاجتهادات القضائية من حيث التمييز بين التنزيل

الاختياري و التنزيل بقوة القانون

إن التنزيل - كما ذكرنا آنفا - كان اختياريًا قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984 وكان المعمول به آنذاك هو أصل مذهب الإمام مالك الذي لا يقول بالتنزيل الإجمالي، فكان الشخص إذا نزل أحفاده ذكورا كانوا أم إناثا طائعا مختارا طبق التنزيل بموجب تلك الوصية أما إذا لم يفعل فالأحفاد محجوبون، إلا أنه بصدور قانون الأسرة سنة 1984، أصبح التنزيل بقوة القانون متى توافرت فيه الشروط المطلوبة السابق - ذكرها - هذا ما أدى إلى تضارب الاجتهادات القضائية بهذا الشأن فتم الخلط بين التنزيل الاختياري المطبق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري والمأخوذ من المذهب المالكي، وبين التنزيل بقوة القانون الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري و المستمد من المذهب الظاهري. وسنحاول إبراز هذا التضارب في الاجتهادات القضائية من خلال طرح قرارات للمحكمة العليا بخصوص وقائع حدثت قبل صدور قانون الأسرة، منها ما تعلق بالمستفيدين من التنزيل، وبعضها تعلق بشكل التنزيل .

فخصوص المستفيدين من التنزيل، قررت المحكمة العليا بأن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع، ويستتبط من قرارها بأن التنزيل لا يجوز أن يكون لفائدة أجنبي (من غير الأقارب) وسببت المحكمة العليا قرارها المؤرخ في 22/03/1994 كما يلي: « ذلك أن عقد التنزيل صريح بتنزيل (ب ، ب) المطعون ضدها منزلة البنت من الصلب، مع أن التنزيل شرعا وقانونا لا يتم إلا بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره المادة 169 وما يليها من قانون الأسرة والشريعة الإسلامية المكرسة أحكامها بالمواد المذكورة آنفا، فالقرار المطعون فيه بقضائه كما فعل يكون قد خرق أحكام الشريعة الإسلامية وأخطأ في تطبيق المادة 776 من القانون المدني، وينقض لذلك دون حاجة إلى الإجابة عن الوجه الثالث... »¹.

1 المحكمة العليا ، غ أ ش ، القرار الصادر بتاريخ : 22 / 03 / 1994 ، ملف رقم : ، م ق ، 1995 ، العدد الأول

ص : 134 و ما بعدها

وتتعلق وقائع القضية بعقد تنزيل في 20/11/1975 و الذي قامت بموجبه المرحومة (م،ز) قبل وفاتها بتنزيل الطفلة المريية (ب،ب) منزلة ابنتها الصلبية، ولقد اعتبرت المحكمة العليا بأن التنزيل لا يكون إلا الأحفاد .

وهذا الموقف الذي سلكته المحكمة العليا غير مستساغ من ناحيتين¹:

المكرس في النصوص التشريعية، وذلك في نص المادة 2:1 من القانون المدني : « لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي ، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق بنص صراحة على هذا الإلغاء »².

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر لها في 02/05/1995 ، ملف رقم 499186 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، ص : 321 و ما بعدها والذي جاء فيه : « من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا .

و من المقرر أنه لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل »³

الناحية الثانية: و تتمثل في أن التنزيل صحيح حتى و إن تم لفائدة غير الأحفاد فالمهم أن يتم لفائدة غير وارث سواء كان من الأحفاد أو أجنبيا شرط أن يكون غير وارث خاصة وأن التنزيل يأخذ حكم الوصية لعدم جواز أن يزيد عن ثلث التركة .

وعلى ذلك فان عقد التنزيل أعلاه صحيح ، لأنه في مقدور المرحومة (م ، ز) أن تنزل ما تشاء في مرتبة ابنتها و بذلك تكون المحكمة العليا قد خلطت ما بين قواعد التنزيل المذكورة في قانون الأسرة 1984 و قواعد المذهب المالكي المطبقة قبل صدور قانون الأسرة و التي تعتبر التنزيل لفائدة أجنبي صحيح ، و الذي يكون اختياريا ، وليس بقوة القانون لأننا لسنا بصدد وصية واجبة ، ذلك أن قانون الأسرة لم يبلغ التنزيل الاختياري بل لا يزال متواجدا إلى جانب التنزيل بقوة القانون .

1 بن الشيخ لحسين آث ملويا، التنزيل (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص : 30 ، 31 .

2 وزارة العدل، القانون المدني، قانون (05/07 ل:13/ 05/ 2007) الكتاب الأول ، ص : 148 .

3 باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دون طبعة، 2012، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ص : 109

وهذا ما توجهت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر في 20 / 12 / 2009 جاء فيه: « ... حيث أن المادة 222 من قانون الأسرة تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

وحيث أن التنزيل المحرر بتاريخ 28 / 09 / 1982 الذي نزل بموجبه المدعو (س، د) ابن أخيه (س، ب) منزلة الابن من الصلب، يعد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وصية بمثل نصيب وارث وهي جائزة شرعا، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة فرندة بتاريخ 03 / 12 / 2006

القاضي بإبطاله، استنادا إلى كونه باطلا، وغير جائز شرعا، يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، وعرضوا قرارهم للنقض، الأمر الذي يجعل الوجه المثار تلقائيا من قبل المحكمة العليا مؤسسا، ويتعين استنادا إليه القضاء بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وبإحالة القضية والطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون¹»

أما فيما يخص شكل التنزيل ، فالقواعد الفقهية لم تشترط أي شكلية للتنزيل، والذي يجوز أن يكون إما شفاهة عند وجود ظروف استثنائية أو بالإشارة أو كتابة، ولا تشترط الكتابة الرسمية، بل يجوز أن يكون بموجب عقد عرفي²، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 29/10/1991 جاء فيه ما يلي: « حيث أن التنزيل وقع قبل صدور قانون الأسرة وحيث أن التنزيل ليس بتصريف في حق عيني بل هو وصية بحيث أن الفقه والقضاء لا يشترطان في التنزيل أن يكون بعقد رسمي قبل صدور قانون الأسرة، وحيث أن القانون لايسري إلا ما يقع في المستقبل، وبالتالي فإن قضاة الموضوع بتأسيسهم قرارهم على أن عقد التنزيل غير رسمي، يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون، وبدون حاجة إلى مناقشة الوجهين الآخرين، يجب التصريح بقبول هذا الوجه، وبإبطال القرار المطعون فيه...»³.

1 المحكمة العليا ، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ : 2009/12/10 ، ملف رقم : 1526179 ، م ق ، 2010 ، العدد الأول ، ص 231 و ما بعدها

2 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، التنزيل (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص : 31 .

3 المحكمة العليا ، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ ، 29/10/1991 ، ملف رقم : 80388 ، م ق ، 1993 ، العدد الأول ، ص : 35 و ما بعدها

والملاحظ في هذا القرار أن المحكمة العليا أشارت إلى وقوع التنزيل قبل قانون الأسرة وهذه الإشارة في غير محلها، لأن التنزيل في قانون الأسرة لا يقع بموجب عقد رسمي أو عرفي ولا حتى شفهي بل أصبح يقع بقوة القانون ودون حاجة إلى تدخل إرادة المورث، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/01/04 : «أصبح تنزيل الأحفاد بعد صدور قانون الأسرة (09 يونيو 1984) ، بحكم القانون تلقائياً»¹.

مع الإشارة إلى كون التنزيل الاختياري لا يزال موجوداً حتى بعد صدور قانون الأسرة فهو قائم إلى جانب التنزيل بقوة القانون طبقاً للمادة 22 من قانون الأسرة التي تحيل إلى تطبيق قواعد الشريعة بخصوص المسائل التي لم يرد فيها نص من هذا القانون، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر في 2009/12/10 المذكور آنفاً².

كما أن إثبات التنزيل الاختياري يتم بجميع وسائل الإثبات ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ : 1997/11/25 الذي جاء فيه : « من المقرر شرعاً أن عقد التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريًا ، ولا يحتاج إلى شكل رسمي و تقبل فيه شهادة الأقارب طبقاً للمذهب المالكي .

ولما ثبت أن عقد التنزيل وقع قبل صدور قانون الأسرة فإنه لا مجال لتطبيق أحكام المادة 169 من قانون الأسرة بأثر رجعي لأن التنزيل كان يخضع للوصية الواجبة للمذهب الحنفي ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم برفض الدعوى و إلغاء حكم المحكمة القاضي بالمصادقة على الخبرة لأن عقد التنزيل يفقد الرسمية فإنهم خالفوا القانون»³

1 المحكمة العليا، غ أش ،القرار الصادر بتاريخ : 2006/01/04، ملف رقم: 309029 ،م ق، 2006،العدد الأول،ص: 443 و مابعدھا .

2 انظر الصفحة السابقة.

3 لمحكمة العليا، غ أش، القرار الصادر بتاريخ : 1997/11/25 ن ملف رقم :173556 ،م ق، 1997، العدد الأول، ص : 46 .

الفرع الثاني : تضارب الاجتهادات القضائية من حيث تحديد شروط التنزيل

كما قلنا سابقا، فإن تطبيق أحكام التنزيل من الناحية العملية وجد صعوبة كبيرة، وتكمن في صعوبة التأكد من الضوابط والشروط المنصوص عليها في القانون .

ومنها ما تعلق بتفسير نص المادة 169 (ق أ ج)، إذ تنص هذه الأخيرة : « من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية »¹ فما المقصود بكلمة " أحفاد "؟؟ هل يقصد بها أولاد الذكور فقط؟ أم أنها تشمل أيضا أولاد الإناث؟ وفي تفسير هذه المادة تضاربت القرارات القضائية فنجد في قرار صادر عنها بتاريخ 2002/12/5، اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أبناء الأولاد و يشمل أيضا أولاد البنات وهو ما قضت به محكمة الدرجة الأولى بتلمسان، والذي اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أولاد الأبناء وأولاد البنات .

بينما جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم و فسرت لفظ الحفدة على أنه مقتصر على أولاد الأبناء فقط دون البنات .

أما المحكمة العليا فإنها اعتبرت أن التنزيل يشمل الاثنين معا. وقد جاء في القرار مايلي: «عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى أن مجلس قضاء تلمسان أسس قراره على أن الوصية الواجبة تتصرف حسب أحكام الشريعة الإسلامية إلى أبناء الابن وليس إلى أبناء البنت طبقا لنص المادتين 169 و 170 من (ق أ ج) مع أن المواد اللاحقة تبين أن التنزيل يكون لأبناء الابن وأبناء البنت عملا بالمادتين 171 و 172 من قانون الأسرة مما يترتب عنه النقض .

حيث أنه بالفعل يتجلى من خلال الأسباب الواردة في القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع قد خالفوا القانون و الشرع و أخطئوا في تطبيقه لما قالوا بعدم أحقية الطاعنين في تركة جدتهم المتوفاة في 1991/02/13 لأن الوصية الواجبة حسب المادتين 169 و 170 (ق أ ج) لا تتصرف حسب أحكام الشريعة الإسلامية إلا إلى أبناء الابن و ليس إلى أبناء البنت بدون أن يذكروا النص القانوني أو الشرعي المعتمد .

بينما المادة 171 من (ق أ ج) المرتكزة على أحكام الشريعة الإسلامية تنص صراحة أن مصطلح الأحفاد يطلق على أبناء الابن و أبناء البنت، وأن التنزيل يشملهم جميعا طبقا

1 وزارة العدل، قانون الأسرة، ص : 62.

للمواد 169 ، 170 ، 170 ، 172 من (ق أ ج)، وحيث أن قضاة المجلس بقضائهم هذا يكونون قد خالفوا القانون و الشرع و جعلوا قرارهم عرضة للنقض¹. ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد في هذا القرار أن ما قضى به المجلس القضائي هو الصحيح، إذ كيف يمكن التسوية بين الحفيد الذي على عمود النسب وهو من العصابة، وبين أبناء و بنات البنات لأنهم من ذوي الأرحام يأتون في مرتبة بعد أصحاب الفروض والعصابات. زيادة على أن ابن الابن توفي أبوه قبل جده فهو بدون أب، وقد لا يوجد من ينفق عليه بوفاة جده بينما ابن البنت توفيت أمه قبل الجد فهو يتيم الأم وأبوه لا زال حيا يرزق، وهو المسؤول على نفقته .

كما أن تبرير المحكمة العليا بأن المادة 171 تنص صراحة على أن مصطلح الأحفاد يطلق على أبناء الابن و أبناء البنات فهذا غير صحيح و النص جاء مبهما من أي توضيح بل أن الصيغة الفرنسية لنص المادة 169 سألقة الذكر صريحة ودقيقة في أنها تعني أبناء الابن فقط- Des descendants d'un fils décédé - وبالتالي فأى تأويل غير هذا يكون قد خرج عن المقصود و من هذا المنطلق يرى بأنه يجب على المحكمة العليا العدول عن تفسير الموضوع على نحو لم يقصده القانون حتى لا يقع التعارض بين النصين العربي والفرنسي².

كما أن المحكمة العليا في قرار سابق لهذا القرار، أكدت أن معنى الأحفاد لغموض فيها وأن التنزيل يشمل أولاد الأبناء وأولاد البنات معا، وذلك في القرار الصادر بتاريخ : 2001/02/21 الذي جاء فيه مايلي: «عن الوجه الأول المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون بدعوى أن المجلس أيد الحكم ذاكرة "بأن الإرث عن طريق التنزيل لا يفرق بين البنات إن كانت وحدهن دون الذكور أو البنات مع الذكور" رغم أن المادة 169 من قانون الأسرة تستعمل المصطلح "الأحفاد" وهذا يعني الذكور لوحدهم أو الذكور والبنات معا وبذلك لا يتعلق بالبنات وحدهن وعليه لا تنطبق هذه المادة على الحفيدات في غياب وريث ذكر معهن وفي غياب نص صريح فان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق وفقا للمادة 22 من قانون الأسرة .

1 المحكمة العليا، غ أش، القرار الصادر بتاريخ: 2002/12/25 ، ملف رقم: 290934 ، م ق، 2005، العدد الثاني، ص

219 وما بعدها .

2 بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص : 59 ، 60 .

حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون وصريحة إذ لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة التي توجب تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة الجد والنعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور وحدهم مردود عليه لغة وقانونا فاللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة أما من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلي الغموض المفتعل من طرف الطاعنين إذ تنص على أن التنزيل يكون على قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أما القول بأعمال الشريعة الإسلامية فقانون الأسرة مستمد منها وعليه فالوجه غير مؤسس مما يتعين رفضه ودون التعرض للوجه الثاني لتشابههما¹.

مع الإشارة إلى أن المحكمة العليا في قرار سابق عن هذين القرارين قد أشارت إلى أن المقصود بالتنزيل هو ابن الابن الذي توفي أبوه قبل الجد، وذلك في القرار الصادر بتاريخ : 1994/03/22 و جاء فيه مايلي : « من المقرر شرعا أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول و الفروع و يكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون و الشرع و لا يجوز الحكم بغير ذلك²، ومن هنا فعلى المشرع تحديد لفظ الأحفاد بصورة صريحة ومحددة كما هو الحال في بعض التشريعات التي كانت صريحة في هذا الاتجاه أو ذلك ، كالتشريع المصري والتونسي و المغربي الذي يشمل أولاد الابن والبنات معا و بصورة صريحة .

أما التشريع السوري، ومعه الأردني فهما اللذان قصرا الموضوع على أبناء و بنات الأبناء فقط دون غيرهم وبصورة واضحة في النص، من خلال نص المادة 257 قانون سوري والمادة 182 قانون أردني .

وبالنسبة للمادة 171 من (ق أ ج) نصت 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

1 المحكمة العليا ، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ : 2001/02/21 ، ملف رقم : 258898 ، م ق ، 2006 ، العدد الأول ، ص : 47 و ما بعدها .

2 المحكمة العليا، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ : 1994/03/22 ، ملف رقم : 95385 ، م ق ، 1995 ، العدد الأول ، ص :

عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية فان أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب تنزيلهم بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة»¹.

وبصدد تطبيق نص هذه المادة صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1998/07/21 جاء فيه مايلي : « عن الوجه الأول المأخوذ من قصور الأسباب :

بدعوى أن قضاة الموضوع لم يناقشوا الدفع المتعلق بعقد التنزيل المؤرخ في 1963/08/14 الذي وضعه جد الطاعنين المرحوم (خ ، أ) المتوفى سنة 1984 . لكن وحيث أن الفريق الطاعن لم يدفع بعقد التنزيل المشار إليه لأن تركة جدهم قد فصل فيها بموجب الحكم الصادر عن محكمة مروانة في 12 ديسمبر 1996 ، و أن الحكم المستأنف يتعلق بدعوى تفسيرية تقدمت بها عمتهم المطعون ضدها ، و عليه فالوجه غير مؤسس .

عن الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون و الشريعة:

بدعوى أن قضاة الموضوع لم يعتبروا لا عقد التنزيل الواقع سنة 1963 و لا المادة 169 من (ق أ ج) ، ولو تم احترام عقد التنزيل لما استنقادت المطعون ضدها من نصف التركة بل تستحق ثلثها فقط طبقا لقاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين " و القرار المنتقد أيد الحكم المتعلق بالدعوى التفسيرية .

لكن وحيث أن هذا الوجه ما هو إلا تكرار للوجه الأول الذي سبقت مناقشته ، إضافة نصت المادة 170 من (ق أ ج) المحدد لأسهم الأحماد بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة مع أن الطاعنين هم عصبة الجد الذي لم يترك إلا عمتهم المطعون ضدها والتي استحققت نصف التركة طبقا للفقرة الثانية من المادة 144 من (ق أ ج) والطاعنون النصف الثاني بالتعصيب طبقا للمادتين 152 و 153 من نفس القانون. وعليه فالوجه في غير محله الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن»² والملاحظ على هذا القرار ، وان انتهى إلى ما هو صائب فانه لم يجب كما هو مقنع بشأن مسألة عقد التنزيل .

1 وزارة العدل ، قانون الأسرة ، ص : 62 .

2 المحكمة العليا ، غ أش القرار الصادر بتاريخ: 1998/07/21 ، ملف رقم، 201022 ، م ق، 1998 ، العدد الثاني، ص: 343

و ما بعدها

فبالرجوع لشروط استحقاق التنزيل - السالف ذكرها - فإننا نجد أن أبناء الابن الطاعنون لا يستحقونه حتى ولو دفعوا به قبل صدور الحكم الفاصل في مادة الميراث بتاريخ 1996/12/22 لسبب واحد يتمثل في كونهم وارثين للأصل بالتعصيب، وتبعاً لذلك فعقد التنزيل باطلاً بطلاناً مطلقاً¹.

كما صدر قرار عن المحكمة العليا - في هذا الصدد - بتاريخ 2005/02/14 جاء فيه مايلي : « حيث بالفعل و بالنظر لقانون الأسرة الصادر يوم 1984/06/09 و بمقتضى المادة 169 منه أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون ، وفي قضية الحال مادامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987 أي بعد صدور القانون المشار إليه أعلاه فالطاعن يعد حفيداً لها (أي ابن ابنتها) و يستحق جزء من تركتها بواسطة التنزيل بالشروط المنصوص عليها في المادة 171 من قانون الأسرة، و مادام الطاعن قد آل إليه جزء من تركته جده عن طريق التنزيل فلا حق له في أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية لأن المادة 171 من قانون الأسرة تمنع ذلك.»²

فالملاحظ في هذا القرار أن المحكمة العليا لم توفق في تطبيق المادة 171 (ق أ ج) وقضت بعكس ما جاء في تلك المادة ، لأن التنزيل لا يستحق في حالة وجود وصية اختيارية لصالح الأحفاد، و في قضية الحال و بما أن الجدة كانت قد أوصت في حياتها لحفيدتها و هو ابن ابنتها ، فإنه لا حق في التنزيل لهذا الأخير لكونه استفاد من الوصية . و المحكمة العليا عندما صرحت بأن الحفيد قد آل إليه جزء من تركته جده عن طريق التنزيل فإن ذلك التصريح من طرفها جاء خلافاً لنص المادة 171 (ق أ ج) من جهتين³ :

الجهة الأولى : و تتمثل في كون الوصية الاختيارية الصادرة عن الجدة لصالح حفيدها (ابن ابنتها) جاءت سابقة لواقعة وفاة الجدة ، و بالتالي فإن الحفيد أثناء وفاة الجدة كانت له صفة الموصى له اختيارياً ، وبالتالي فإنه لا يمكن أن يكون محلاً للتنزيل بقوة القانون.

1 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص : 637 .

2 المحكمة العليا، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ : 2005/12/24 ، ملف رقم : 335503 ، م ق ، 2005 ، العدد الثاني ، ص : 390 .

3 بن الشيخ لحسين آث ملويا ، التنزيل (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص : 46 .

الجهة الثانية : و تتمثل في كون أنه لم ينتقل جزء من تركة الجدة إلى الحفيد بواسطة التنزيل بقوة القانون لعدم توفر شروط التنزيل بالنسبة إليه ، بسبب استفادته من الوصية الاختيارية .

والجدير بالذكر، أن الهدف من التنزيل هو وقوع الأحماد في حالة فقر واحتياج، وعلى هذا فان ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه قانهم لا يستحقون التنزيل بقوة القانون، و هذا ما ورد في نص المادة 172 قانون الأسرة .

وفي هذا الصدد صدر قرار للمحكمة بتاريخ 2007/11/14 جاء فيه :

« **عن الوجه الأول : المأخوذ من مخالفة القانون و المأخوذ من المادتين 171 و 172 من قانون الأسرة .**

والذي جاء فيه أن المادة 171 تنص بأنه : " لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إذا كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض، مقدار ما يستحق بهذه الوصية " والمطعون ضدهم يملكون عقارا هو عبارة عن فيلا تفوق قيمة الفيلا موضوع النزاع، وأضاف الطاعن بأن المطعون ضدهم قد ورثوا فضلا عن ذلك عن والدهم المرحوم (ص ، ب ، ن) فيلتين بالجمهورية التونسية و شقة توجد في باريس و لم ينكر المطعون ضدهم ذلك ، كما أن المادة 172 من قانون الأسرة تشير إلى أن الوارث الذي يريد طلب حق التنزيل يجب أن يحصل على مناب أقل من ميراث والده حيث أن المادة 169 من (ق أ ج) نصت على أن من توفي و لله أحماد و قد مات مورثهم قبله و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بشروط . حيث أن المادة 172 من (ق أ ج) تنص بأن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه وأمه .

وحيث أنه بذلك يتبين بأن حق الأحماد المنزليين منزلة أبيهم مشروط بالألا يكونوا قد ورثوا عن أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه .

وحيث أنه كان على قضاة المجلس التأكد من ذلك قبل التطرق إلى تركة المرحوم (ص ،

ب ، ع) وقسمتها حسب الفريضة المؤرخة في 30:04:2001 .

وعليه فان هذا الوجه مؤسسا و ينجر عنه نقض القرار المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين¹.

ومن خلال ما سبق ، فالتنزيل صار أمرا مفروضا بحكم القانون منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984 ، وهذا ما أكدته عدة قرارات للمحكمة العليا - قد سبق ذكرها - وذلك بالرغم من صعوبة تطبيقه على أرض الواقع لصعوبة التحقق من الضوابط والشروط المطلوبة لاستحقاق التنزيل المذكورة سابقا .

1 المحكمة العليا، غ أ ش، القرار الصادر بتاريخ : 2007/11/14 ، ملف رقم: 403828 ، م ق، 2011 ، العدد الأول، ص: 241 و ما بعدها.

خاتمة

خاتمة :

لقد سعينا من خلال دراستنا التعرف على حقيقة التنزيل في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتوصلنا إلى النتائج التالية :

أولا : لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل في قانون الأسرة و ترك ذلك للفقه و أحكام الشريعة الإسلامية ، هناك من عرفه على أنه إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل الذي لم يعبر عن إرادته و ذلك أثناء حياته ، هذا مع الإشارة إلى أن هذا المصطلح «التنزيل» لم يعرف لدى فقهاء المالكية الأوائل بل كانوا يستعملون مصطلح : "الوصية " وخلصنا إلى أن التنزيل حسب ما هو مأخوذ به في قانون الأسرة أصبح بمثابة وصية واجبة بحكم القانون فهي تنشأ بمجرد وفاة الجد .

ثانيا: أن المشرع الجزائري مزج بين معياري التعويض و الحاجة في تحديد الباعث على تشريع التنزيل ، مع الإشارة إلى أن الأول أرجح و سهل الإثبات في الواقع العملي بخلاف الثاني ، إذ يصعب فيه الوصول إلى معرفة درجة احتياج هؤلاء الحفدة .

ثالثا: في محاولة إيجاد سند شرعي لما يعرف بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري، وجدنا له سند في باب الوصايا، وذلك من خلال آية الوصية السابق ذكرها، والأحاديث النبوية وآراء الفقهاء حول حكم الوصية، وبالتحديد مذهب ابن حزم الظاهري، وهو قول محض لأن ابن حزم قد أوجب الوصية للأقارب الذين لا يرثون، وهذا يشمل العم والخال وجميع الأقارب وهم أوجبوا ذلك بحيث حدده بالتثنت، كما أن ابن حزم يرى بأنهم يعطون في حال أن يوصي الجد وهم يجعلون لهؤلاء الأحفاد نصيبا، و لو لم يوص الجد لهم .

رابعا: المشرع الجزائري خلط بين نظام التنزيل الذي كان سائدا قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، والمستمد من المذهب المالكي وبين نظام الوصية الواجبة المستمدة من مذهب ابن حزم الظاهري كما يدعون، فالتنزيل من جهة الشكل والوصية بحكم القانون من جهة المضمون وكان عليه أن يعتبره وصية بحكم القانون، ويدرجه ضمن أحكام الوصية وليس ضمن قواعد الميراث.

مع الإشارة إلى أنه لا يجبر على إعطاء وتقرير وصية للغير إلا بإرادته .

خامسا: كل من التنزيل الشرعي و التنزيل المنصوص عليه في قانون الأسرة يعتبران من باب الوصايا، ويتعلقان بتنزيل غير وارث في منزلة أحد الورثة إلا أن الأول يصدر عن إرادة المنزل ويحتاج إلى إيجاب هذا الأخير، والثاني يفرض على المنزل والمنزل فهو يقع تلقائيا

وبقوة القانون، كما أن التنزيل المنصوص عليه في قانون الأسرة حدد المستفيدين منه وهم "الأحفاد" في حين أن التنزيل الشرعي يجوز تنزيل أشخاص آخرين غير وارثين، ومن غير الأحفاد ولو كانوا أجنب عن الأسرة، لذا كيفناه على أنه وصية قانونية واجبة .

سادسا: لم يوفق المشرع الجزائري في ضبط أحكام التنزيل، وذلك بدءا بما ورد في نص المادة 169 من قانون الأسرة، إذا جاء النص بلفظ مبهم، مما أدى إلى اختلاف الفقهاء في تفسيره، وكذلك القرارات القضائية، على الرغم من قول بعض الشراح لقانون الأسرة على أن النص واضح ولا إشكال فيه، إذ المعنى اللغوي لمصطلح الأحفاد، يقصد به أولاد الذكور والإناث معا في حين ذهب البعض الآخر إلى خلاف ذلك، إذ أنه وبالرجوع للنص الفرنسي للمادة 169 نجده بأنه استعمل مصطلح : "*Des descendants d'un fils*" ويقصد بها أولاد الابن، فهنا يوجد تعارض صريح بين النص العربي والفرنسي، فالأجدر بالمشرع الجزائري، تدارك هذا الأمر، كما أنه سكت عن حكم حالة تعدد فروع الجد أو الجدة، مع اختلافهم في درجة القرب إلى الجد والجدة، فكان على المشرع الجزائري أن يدرج قاعدة أن لا يحجب الأقرب من فرع، الأبعد من فرع غيره .

إضافة إلى أنه وضع معيارين لبيان مقدار التنزيل، وذلك في المادة 170 ق أ ج، من دون بيان، لطريقة استخراج هذا المقدار، فعدم ضبط المشرع الجزائري لهذه الشروط أدى إلى صعوبة تطبيق هذه الأحكام عمليا، وواضح ذلك من خلال القرارات القضائية التي سبق وأن ذكرناها، كما أن الموثق يواجه صعوبات جمة في تحديد ضوابط التنزيل بالأخص الشرط المذكور في المادة 172 ق أ ج وهو أن لا يرث الأحفاد عن مورثهم (أبيهم أو أمهم) ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه .

سابعا: لم ينص المشرع الجزائري صراحة على مكانة التنزيل من الحقوق المتعلقة بالتركة في المادة 180 ق أ ج ، فذهب أغلب الفقهاء بتقديم التنزيل على الوصية الاختيارية في التنفيذ والاستخراج من التركة عند اجتماعهما، لكونه وجد لمصلحة أشخاص حرموا من الميراث لظروف خاصة، فتكون لهم أولوية، مع الإشارة إلى أن الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا رأى خلاف ذلك فحسبه في حالة تزامم التنزيل بقوة القانون مع الوصية الاختيارية أو مع التنزيل الاختياري فان التنزيل بقوة القانون لا يقدم على الوصية الاختيارية، بل يشترك الموصى له والمنزل في الثلث، ويأخذ كل واحد منهما بحسب حصته .

ثامنا: و ما توصلنا إليه في الأخير، أنه بالإضافة إلى قصور المشرع الجزائري في تنظيم أحكام التنزيل، فان هذا النظام يؤخذ عليه مايلي :

1- اتهام لنظام التوريث الشرعي بالنقص، واستدراك على حكم الله، فالله تبارك وتعالى بين الأنصبة والمقادير تشريعا من عنده، وقال في محكم تنزيله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ [13] ﴿وَمَنْ يَعَصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ [النساء:14].

2- نسبوا إلى بعض أهل العلم كابن حزم مالم يقله، وهذا ما أوضحناه سابقا في تأصيل نظام التنزيل .

3- لو سلمنا بمشروعية الوصية الواجبة، سيقال في كثير من الأقرباء كذلك فيقال مثلا : لماذا توجب للأحفاد ميراثا - لم يعطهم الشرع إياه - ولا توجب مثله للإخوة الأشقاء المحبوبين بالابن مثلا! أو للجد المحبوب بالأب! وربما تكون الحاجة من الفقر وعوز المال لمرض ونحوه متحققة عند هؤلاء كما عند الأحفاد أو أشد؟! كما أن أي استدراك بشري على حكم الرب عزوجل سيدخله التناقض والاضطراب والنقص لاشك، وهذا جلي وواضح من خلال اختلاف القوانين العربية في ضبط أحكام التنزيل (الوصية الواجبة)، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا ﴾ [النساء: 82] .

4- هذا القانون يترتب على تطبيقه وجود حالات شاذة لا يمكن قبولها ومن ذلك :

أ - أن بنت البنت قد تأخذ أكثر مما ترثه بنت الابن ، فلو مات شخص عن بنت ، وبنت بنت، وبنت ابن، وترك 30 هكتارا، فان مقدار التنزيل لبنت البنت هنا هو ثلث التركة وهو 10 هكتارات نصيب أمها لو كانت حية وتأخذ البنت وبنت الابن الباقي فرضا وردا فيكون نصيب بنت الابن خمسة هكتارات، أي نصف ما أخذت بنت البنت

ب - أن تأخذ بنت الابن أكثر من البنت وذلك فيما إذا مات شخص عن بنتين، وبنت ابن وأخت شقيقة، وترك 18 هكتار فان مقدار التنزيل لبنت الابن ثلث التركة، وهو 6 هكتارات أما الباقي فتقسم بين البنتين والأخت الشقيقة، فتأخذ البنتان الثلثين 8 هكتارات لكل منهما 4 هكتارات، وتأخذ الأخت الشقيقة الباقي وهو 4 هكتارات .

وهذا الشذوذ في التوريث والمخالفة لقواعد الفروض، والاضطراب في الأحكام ناتج عن تدخل البشر في أحكام الله عزوجل، فهذا هو الظلم بعينه، ظلم لمن أعطاهم الله بإدخال

النقص على أنصبتهم التي فرضها الله لهم. و ظلم في مخالفة أمر الله في تقدير المواريث .
و خلاصة ما سبق فهذا النظام فيه اعتراض على حكم الله و تغيير له، فهي ابتداع في دين
الله و تشريع لما لم يأذن به .

التوصيات :

بعد دراستنا لموضوع التنزيل ، و من خلال النتائج التي توصلت إليها فإنني أوصي ببعض
التوصيات هي :

أولاً: أوصي بإلغاء مواد التنزيل (169 / 172) الواردة في الفصل السابع من الكتاب
الثالث من (ق أ ج)، لبطلان هذا النظام وفق النقد الذي سبق وأن ذكرناه .

ثانياً : معالجة حاجة و عوز الأحفاد التي شرعت من أجلها الوصية الواجبة بطريق
غيرها كالنفقة الواجبة، و ضرورة توعية الجد بوجوب الوصية لأحفاده وفق ما جاء به مذهب
ابن حزم الظاهري.

ثالثاً : توصية الورثة بتوزيع شيئاً من المال عند قسمة التركة فيما بينهم ، امتثالاً لأمر الله
تعالى : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا
مَعْرُوفًا﴾ [النساء:8] .

وفي الأخير لا نملك إلا أن نقول أننا قد عرضنا رأينا وأدليتنا بفكرتنا في هذا الموضوع
ونأمل أن نكون قد وفقنا في هذا العمل، وما نحن إلا بشر قد نخطئ وقد نصيب، فان كنا
أخطانا نرجو السماح، وإن كنا قد أصبنا فهذا كل ما نرجوه من الله عزوجل .

المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع :

- القرآن الكريم .

أولاً/كتب التفسير :

- 1- البغوي بن مسعود الفراء ، معالم التنزيل للحسين ، (الجزء الأول) ، تحقيق : خالد العك و مروان سوار ، الطبعة الثانية ، 1987 ، نشر دار المعرفة ، بيروت.
- 2- الطبري،جامع البيان في تأويل القرآن،الجزء الثالث،تحقيق:أحمد شاکر،دون طبعة ،دون سنة،دون دار النشر .

- 3- القرطبي شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر،تفسير القرطبي،الجزء الثاني، تحقيق:أحمدالبردوني و إبراهيم أطفيش، الطبعة الثانية،1964، دون دار النشر .
- 4- ابن كثير ، إسماعيل بن كثير القرشي ، تفسير القرآن العظيم ، (الجزء الأول) تحقيق : سامي بن محمد السلامة ،دون طبعة ، 1999 ، دار طيبة.

ثانياً/السنة النبوية و علومها :

- 1- ابن حجر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير،الجزء الثالث ، كتاب الفرائض ، الطبعة الأولى 1995 ، مؤسسة قرطبة
- 2- ابن حجر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، شرح صحيح البخاري تحقيق : قصي محب الدين الخطيب فتح الباري ،دون طبعة ، 1986 ، دار الريان للتراث.
- 3-الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء الثالث كتاب الفرائض ، الطبعة الثانية ، 1993 ، دار الحديث.
- 4- الشوكاني محمد بن علي ، نيل الأوطار (الجزء الخامس)، الطبعة الأولى ، 1993، دار الحديث.

ثالثاً/الكتب الفقهية :

- 1- الباجي ، أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي ، شرح موطأ الإمام مالك ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، 1999 ، دار الكتب العلمية ، لبنان.
- 2-التسولي أبو الحسن علي بن عبد السلام ،البهجة في شرح التحفة،الجزء الثاني تحقيق : محمد عبد القادر شاهين ،الطبعة الأولى،1998،دار الكتب العلمية، لبنان.

- 3- ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق: محمد منير الدمشقي المحلي بالآثار (الجزء التاسع) ، دون طبعة، 1351، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر
- 4- ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الجزء الثاني ، دون طبعة دون سنة ، دار الفكر ، لبنان .
- 5- الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته (الجزء الثامن) ، الطبعة الثانية ، 1984 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا .
- 6- السرخسي، أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، أصول السرخسي (الجزء الثاني)، الطبعة الأولى، 1993، دار الكتب العلمية، لبنان .
- 7- الشطي محمد الصادق، لباب الفرائض الكامل للفقه والحساب والعمل.، دون طبعة 1988 ، دار الدرب الإسلامي ، لبنان .
- 8- شلبي مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، دون طبعة ، 1986 ، دار النهضة العربية.
- 9- العثيمين محمد بن صالح ، شرح منظومة القلائد البرهانية في علم الفرائض ، الطبعة الأولى ، 2008 م ، دار الوطن للنشر ، السعودية .
- 10- المارديني سبط ، الرحيبية في علم الفرائض، تحقيق : مصطفى دين البغا الطبعة الثامنة ، 1998 ، دار القلم.
- 11- الميمان أحمد ناصر بن عبد الله ، النوازل التشريعية ، الطبعة الأولى ، 1430 هـ ، دار ابن الجوزي ، السعودية .

رابعاً/الكتب القانونية:

- 1- أبوزهرة محمد، أحكام التركات والموارث ، دون طبعة، 1963، دار الفكر العربي، مصر
- 2 أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، دون طبعة، 1978، دار الفكر العربي، مصر.
- 3- إمام محمد كمال الدين ، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد) ، الطبعة الأولى ، 1999 ، منشأة المعارف ، مصر .
- 4 - باديس ديابي ، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية ، دون طبعة ، 2012 ، دار الهدى ، الجزائر .
- 5- بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات و الموارث في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، دون سنة ، مؤسسة الشباب الجامعة .

- 6- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الطبعة الثانية 2009 ، منشورات بغدادية ، الجزائر .
- 7- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري الطبعة الثالثة ، 2008 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .
- 8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث والوصية)، الجزء الثاني، دون طبعة ، 1994 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر .
- 9- الجليدي محمد سعيد، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية، دون طبعة دون سنة ، مطابع عصر الجماهير ، ليبيا .
- 10-الجندي محمد الشحات،الميراث في الشريعة الإسلامية،دون طبعة، دون سنة ، دار الفكر العربي ، مصر.
- 11- جيجيك صالح الورثاني،الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الثانية ، 2010 دون دار النشر ، الجزائر .
- 12- حداد عيسى،الوجيز في الميراث،دون طبعة،2003 مديرية النشر، الجزائر .
- 13-الزلمي مصطفى إبراهيم،أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون ، الطبعة الأولى ، 2006 ، دار وائل للنشر .
- 14- السريتي عبد الودود محمد،الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية دون طبعة ، دون سنة ، دار النهضة العربية .
- 15-الشافعي أحمد محمود،الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، دون طبعة،1999 دون دار النشر .
- 16- شلبي مصطفى،أحكام المواريث بين الفقه و القانون، دون طبعة، 1978 ، دار النهضة العربية ، لبنان .
- 17-شلبي مصطفى،أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون، دون طبعة ، 1962 مطبعة دار التأليف ، مصر .
- 18- بن شويح الرشيد،الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)دون طبعة ،دون سنة ،دار الخلدونية.

- 19- بن الشيخ آث ملويا لحسين ، التنزيل (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة) ، دون طبعة ، 2011 ، دار هومه ، الجزائر .
- 20- بن الشيخ آث ملويا لحسين،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة 2011 ، دار هومه ، الجزائر .
- 21- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثانية ، 2010 ، دار هومه ، الجزائر .
- 22- فراج أحمد حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة 1989 ، الدار الجامعية ، لبنان .
- 23- فشارعطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دون سنة دون دار النشر .
- 24- محدة محمد ، التركات والمواريث، الطبعة الثانية، 199 ، مطبعة عمار قرفي الجزائر، الجزء الثالث .
- 25- ميادة بنت كامل آل ماضي، الوصية، دون طبعة، دون سنة، دار الوطن للنشر .
- 26- الهلالي المسعود، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، 2008 ، جسور للنشر والتوزيع .

خامسا/المعاجم اللغوية :

- 1- الرازي محمد بن بكر ، مختار الصحاح ، من ضبط وتخريج الدكتور مصطفى دين البغا ، دون طبعة ، 1990، دار الهدى للطباعة والنشر ، الجزائر .
- 2- الإمام ابن منظور ، لسان العرب ، (الجزء الثالث ، الجزء الرابع ، الجزء الخامس عشر)، الطبعة الأولى ، 1988، دار الإحياء التراث العربي ، لبنان .

سادسا/البحوث الجامعية :

- 1- الأزعر ريم عادل، الوصية الواجبة (دراسة فقهية مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2008، الجامعة الإسلامية بغزة .
- 2- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (أصل الكتاب أطروحة دكتوراه) الطبعة الثانية، 2010، دار هومه ، الجزائر .

سابعا/المقالات :

- 1- حمزة أمين أحمد جعفر ، الوصية الواجبة في القانون المقارن ، مجلة العدل ، العدد الثاني و العشرون ، السنة التاسعة ، جامعة جوبا.
- 2- خمبوط رأفت محمود عبد الرحمان، الوصية الواجبة، كلية الشريعة، جامعة الأردن.
- 3- الكيلاني عبد الرحمن، تطبيقات معاصرة في المجال الأسري، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والعشرون ، جمادى الثانية ، 2006 .
- 4- المرزوقي عمر بن فيحان، اقتصاديات الميراث في الإسلام، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، السنة الخامسة، العدد 14، 1422هـ/2001م، جامعة الأزهر، مصر.
- 5- النجار خالد، نقد قانون الوصية الواجبة في التشريع المصري و من سار على دربه ، بتاريخ 2013/01/09 . <http://www.alukah.net/shaha/0/49062/>

ثامنا/القوانين و المجالات القضائية :

أ/القوانين :

- 1- وزارة العدل ،قانون الأسرة الجزائري. الديوان الوطني للأشغال التربوية ،2012 .
- 2- وزارة العدل ، القانون المدني ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2011 .
- 3- وزارة العدل قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الديوان الوطني للأشغال التربوية،2011 .

ب/ المجالات القضائية :

- 1-المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، المجلة القضائية 1989 ، العدد الرابع .
- 2-المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1993 ، العدد الأول.
- 3- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1994،العدد الثالث.
- 4- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1997،العدد الأول.
- 5- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 1998،العدد الثاني.
- 6- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 2005،العدد الثاني.
- 7- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 2006،العدد الأول.
- 8- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 2010،العدد الأول.
- 9- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المجلة القضائية 2011،العدد الأول.

الأفقر من

فهرس المحتويات

رقم الصفحة

الموضوع

	إهداء
	شكر
أ	مقدمة
07	الفصل الأول : ماهية نظام التنزيل ، تأصيله و تحديد طبيعته القانونية
08	المبحث الأول : ماهية نظام التنزيل
08	المطلب الأول : تعريف التنزيل والحكمة منه
08	الفرع الأول : تعريف التنزيل
13	الفرع الثاني :الحكمة من التنزيل
16	المطلب الثاني :أركان التنزيل وشروط استحقاقه
16	الفرع الأول :أركان التنزيل
28	الفرع الثاني :شروط استحقاق التنزيل
34	المبحث الثاني :تأصيل نظام التنزيل و تحديد طبيعته القانونية
35	المطلب الأول : تأصيل نظام التنزيل
35	الفرع الأول : الأسس المنهجية لتشريع التنزيل
38	الفرع الثاني :مدى مشروعية التنزيل في الفقه الإسلامي
48	المطلب الثاني :الطبيعة القانونية للتنزيل

- 49 الفرع الأول :علاقة التنزيل بالميراث
- 54 الفرع الثاني :علاقة التنزيل بالوصية الاختيارية
- 54 الفصل الثاني :القواعد العامة لتطبيق أحكام التنزيل في الفقه الإسلامي
وقانون الأسرة الجزائري
- 55 المبحث الأول : مقدار التنزيل وطرق استخراجة
- 55 المطلب الأول: مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري
منه
- 55 الفرع الأول : مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي
- 58 الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري منه
- 59 المطلب الثاني: طرق استخراج مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي
وموقف المشرع الجزائري منها
- 60 الفرع الأول: طرق استخراج مقدار التنزيل في الفقه الإسلامي
- 70 الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من هذه الطرق
- 78 المبحث الثاني :تطبيق القضاء الجزائري لأحكام التنزيل
- 78 المطلب الأول :إجراءات التقاضي في النزاعات المتعلقة بالتنزيل
- 78 الفرع الأول :الجهة القضائية المختصة
- 82 الفرع الثاني : الأشخاص المؤهلون لرفع الدعاوى القضائية
- 83 المطلب الثاني :تضارب الاجتهادات القضائية في تطبيق أحكام التنزيل
- 84 الفرع الأول : تضارب الاجتهادات القضائية من حيث التمييز بين التنزيل

88	الفرع الثاني : تضارب الاجتهادات القضائية من حيث تحديد ضوابط وشروط التنزيل
95	الخاتمة
98	التوصيات
99	قائمة المصادر و المراجع
104	فهرس المحتويات