جامعة عاشور زيان – الجلفة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مشروع مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

الميراث بالتنزيل في القانون الجزائري والتشريع الاسلامي

تخصص : أحوال شخصية

من إعداد الطالبين **تحت إشراف الأستاذ**

- كيشان ابراهيم د/ شريط محمد
- دياح احمد

لجنة المناقشة

الدكتور :	رئيـــــــــسا
الدكتور : شريط محمد	مشرفا ومقـــررا
الدكتور :	منـاقـشـــــــا

السنة الجامعية:1438هـ. 1439هـ/2017م.2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

كُتِبَ عَلَيْكُمْ

إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ

لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿180﴾

فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَـــا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُـهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَـهُ

إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿181﴾

سورة البقرة

إهداء

إلى من علماني البيان قبل الفطام

وأهدياني الحب والوصل دون الخصام

* الوالدين الرحيمين *سبب الوجود وروح المقام

الى زوجتي الغالية وأولادي قرة العين والوجدان

الى جميع أفراد أسرتي الصغيرة والكبيرة

الى أصدقائي وأحبائي في كل عصر وآن

الى معلميي وأساتذتي عبر العصور والأزمان

أهدي رسالتي هذه معطرة بالحب والعرفان

ابراهيم كيشان

إهداء

أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة

الى الوالدين الكريمين سبب الوجود ونبع الحنان

الى جميع أفراد أسرتي الصغيرة والكبيرة

إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة و مهدوا

لنا طريق العلم والمعرفة... جميع أساتذتنا الأفاضل.

الى جميع أصدقائي وخلاني واخواني وأخص بالذكر منهم

صديقي المرحوم " عبد الباسط بن محجوبة"

رحمه الله وأسكنه فسيح الجنان

أهدي هذه الرسالة عربون محبة واحترام

أحمد دياح

شكر وتقدير

يارب لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، على
ماهديتنا ويسرت لنا هذا البحث المتواضع حتى خرج إلى النور،
فسبحانك لا إله إلا أنت نستغفره ونتوب إليك .
ثم الشكر الجزيل لأستاذنا الفاضل الدكتور محمد شريط الذي كان لنا نعم
المرشد والمعين، والذي أفادنا بنصائحه وتوجيهاته القيمة ، فجزاه الله عنا كل خير،
و نتقدم بالشكر الجزيل لكل أساتذتنا في الجامعة مصابيح العلم والهدى
على مجهوداتهم وتوجيهاتهم القيمة وصبرهم معنا في أداء رسالة العلم والمعرفة
فلهم كل التحية والتقدير،
كما نشكر أستاذينا الموثق صالح الطاهر، والأستاذ رضا رحموني مدير عام
عالم المعرفة على ما دعمانا به من مراجع ومعلومات قيمة فجزاهما الله خير الجزاء .
و نتقدم بأرقى عبارات الشكر والتقدير
لأعضاء لجنة المناقشة .

من لم يشكر الناس لم يشكر الله

ابراهيم كيشان *** أحمد دياح

مقـــدمة

(1) توطئـــة :

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد رحمة الله للعالمين و على اله وصحابته ومن دعا بدعوته و استن بسنته وسار على نهجه و شريعته إلى يوم الدين.

لقد جاءت الشريعة الإسلامية لتنظيم حياة الانسان عبر العصور والازمان ، فهي شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان ، وفيها من الاحكام الالهية ما يصلح حال الفرد والمجتمع على حد سواء ، وذلك كونها تنزيل رب الاكوان ، العالم بما يصلح لخلقه سبحانه .

وان من المقاصد الكلية التي جاء الاسلام لحفظها – حفظ المال – ،لأن المال نعمة من نعم الله على العباد سخره للإنسان الذي هو خليفته في الأرض، وسخر له ما في السماوات والأرض من نعم ليستغلها في عمارة الأرض والاستعانة بها على طاعته وعبادته .

ويعتبر المال قواما لحياة البشر وليس هدفا في حد ذاته لتتكالب عليه الأمم والأفراد. و قد جعله الله وديعة في يد الإنسان إلى أجل معلوم ينتهي بموته و خروجه من الحياة الدنيا ، وحيث إن المالك للمال هو الله و الإنسان خليفته كان من الضروري أن يتبع الإنسان أوامر المالك الحقيقي لهذا المال من إنفاقه في الطاعات و إعطاء حق الله فيه ويتجنب الإسراف و التقتير و أن يدخر من المال لآخرته لأن ما عند الله خير وأبقى مما في هذه الدنيا الفانية .

ولقد أقام الإسلام العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع بشكل عام، كما أقام العدالة بين أفراد الأسرة في هذا المجتمع فسن لذلك احكاما وحد حدودا ورغب في اعمال ، ودعا الى الاخوة والتراحم والتكافل و من ذلك انه نظم سبل الكسب والانفاق ،وشرع الميراث كنظام مالي دقيق وحض على الوصية للأقارب كما حض على التصدق على الفقراء و المساكين و الإنفاق في سبيل الله حتى لا يحدث خلل يؤثر سلبا على الأسرة والمجتمع و الدولة .

ولقد نالت المواضيع المتعلقة بالجانب المالي في الاسلام الحظ الوافر في كتب التفسير والحديث والفقه على حد سواء ليستبين للناس الوسائل المشروعة لكسب المال وانفاقه ، ومنها عقود البيع والمكاتبة والديون والميراث ووو....غيرها كثير ومن هذه المواضيع سنطرق موضوعا كثر فيه الجدل بين علماء الشريعة والقانون الا وهو موضوع الوصية الواجبة كما سماها المشارقة او التنزيل كما يحلو للمشرع الجزائري ان يسميه .

(2) أهمية الموضوع :

أولا: تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بعلم الميراث و هو من أفضل العلوم وأشرفها.

ثانيا: ارتباط موضوع البحث بمقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو المحافظة على المال.

ثالثا: الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح القائم على الدليل في التنزيل.

رابعا: وضع التنزيل في القانون في إطاره الصحيح ومكانه المحدد بالأدلة والنصوص .

(3) أسباب اختيار الموضوع:

اختيارنا لموضع الدراسة له أسباب ذاتية وأخرى موضوعية تتمثل في الآتي :

أ) الأسباب الذاتية:

- اهتمامنا بالقضايا التي تمس الاسرة .
- الدفاع عن المرجعية الدينية للقوانين المنظمة للأسرة الجزائرية والتي بقيت لأمد طويل الحصن المنيع أمام انعكاسات القوانين الغربية.
- توسيع ثقافتنا و معرفتنا لهذا الموضوع بالإطلاع على ما كتبه الفقهاء .

ب) الأسباب الموضوعية:

- وجود تناقض كبير بين النصوص القانونية والمرجعية الدينية التي تستند عليها الثقافة الجزائرية.
- إن موضوع البحث من المسائل الحساسة التي تحتاج إلى البحث و الاجتهاد.
- جهل أغلب الناس بالأحكام الشرعية المتعلقة بموضوع البحث .
- تبيين أحكام الارث بالتنزيل في بحث متكامل يسهل تناوله وتعم به الفائدة .

(4) إشكالية البحث:

هناك العديد من المسائل الفقهية التي تحتاج إلى إعادة النظر فيها من قبل الفقهاء تماشيا مع روح العصر و مستجداته لا سيما أن كل عصر تقع فيه مسائل تحتاج إلى اجتهاد العلماء لحلها و فهمها ، ومن هذه المسائل التي احتاجت إلى اجتهاد الفقهاء مسألة الوصية الواجبة أو ماسماه المشرع الجزائري بالتنزيل وما أثيرت حوله من خلافات فقهية فمنهم من يعتبره كالوصية يأخذ احكامها ومنهم من يعتبره من الميراث ومنهم من لايعتد به .....

ولذلك رأينا ان نتناول هذا الموضوع من خلال بحثنا هذا مبينين ماهيته وحكمه الشرعي وكيفية تطبيقه شرعا وقانونا للخلوص في نهاية البحث الى معرفة مدى التزام المشرع الجزائري بما تنص عليه احكام الشريعة الاسلامية .

والموضوع عبارة عن دراسة فقهية مقارنة في كتاب قانون الاسرة الجزائري في باب الميراث ويعالج موضوع التنزيل من حيث بيان حقيقته الشرعية وأركانه وشروطه ومقداره ومستحقيه وطريقة استخراجه.

(5) الدراسات السابقة:

من خلال التتبع و البحث تبين أن موضوع الميراث قد تطرق له الفقهاء قديما وحديثا و لا يخلو كتاب من كتب الفقه منه ،كونه من اشرف العلوم واجلها ،لكن موضوع الميراث بالتنزيل لم يتطرق له الفقهاء القدامى نظرا لأنه من المسائل المستجدة .

وقد تطرق العلماء المعاصرون اليه ضمن موضوعات الميراث وأحكامه وأن معظم الدراسات المعاصرة لم تتناول موضوع التنزيل من حيث بيان أحكامه والتأصيل الشرعي وإنما قامت ببيان وشرح المنحى القانوني وما يتعلق به .

ومن هؤلاء العلماء : الإمام الجليل ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم في كتابه المحلى ، تحقيق احمد محمد شاكر، دار التوثيقية للطباعة .

والشيخ الفقيه محمد الصادق الشطي في كتابه لباب الفرائض ،طبعة دار المغرب الاسلامي سنة 1988.

والشيخ محمد علي السايس – كلية الشريعة – تفسير آيات الاحكام ، مطبعة محمد صبيح ، مقرر السنة الاولى.

وكذلك الدكتور وهبة الزحيلي في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة دار الفكر . وكتابه الوصايا والوقف ، طبعة دار الفكر .

والدكتور عبد الكريم زيدان في كتابه المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ،طبعة مؤسسة الرسالة.

والدكتور محمد الزحيلي في كتابه الفرائض والمواريث و الوصايا، طبعة دار الكلم الطيب.

كما اسهم الشيخ أحمد حماني رحمه الله في هذا الموضوع ضمن سلسلة استشاراته الشرعية ومباحته الفقهية .

وغيرهم من العلماء من خلال حديثهم عن أحكام الميراث .

* ومن الجانب القانوني كتب في الموضوع الكثير من القانونيين منهم

الدكتور بغيش احمد في كتابه التنزيل في القانون الجزائري ، والذي انتقد فيه الموثق الجزائري صالح جيجيك الورثلاني في بعض المسائل التي تتعلق بالموضوع ، الامر الذي دفع بهذا الاخير الى الرد عليه – ردا جميلا –كما سماه .

و البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي في كتابه احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون.....

ويأتي بحثنا في هذا السياق فهو يعالج موضوع الوصية الواجبة – التنزيل – من حيث أصل مشروعيته ومدى اقتراب الفقهاء المعاصرين في اجتهاداتهم من مقاصد الشرع الحكيم في حل مشاكل الأحفاد الذين حجبوا من الميراث وهم أولى بالمعروف من غيرهم .

صعوبات الدراسة:

واجهتنا في إنجاز موضع البحث الصعوبات الآتية :

- قلة المراجع خاصة التي تتكلم على التنزيل
- قلة الوقت لإعداد المذكرة.

(6) المنهج المتبع في البحث :

اعتمدنا في بحثنا المتواضع هذا على المنهج الوصفي و التحليلي، والمقارن والنقدي :

المنهج الوصفي : في وصف ما جاءت به مختلف النصوص القانونية في احكام التنزيل

المنهج التحليلي: لمعرفة مدى اقتراب قانون الاسرة الجزائري من النصوص الشرعية فيما يتعلق بموضوع التنزيل .

المنهج المقارن: بصفة ثانوية في مقارنة القانون الجزائري بالتشريع الاسلامي.

المنهج النقدي: في نقد هذه الانعكاسات على ضوء الشريعة الإسلامية.

(7) خطة البحث:

يتكون هذا البحث من المقدمة السابقة وفصلين وخاتمة، وقد قسمناه على النحو التالي :

الفصل الأول :ماهية التنزيل واركانه وشروطه

المبحث الأول : مفهوم التنزيل ودليل مشروعيته

المطلب الأول :تعريف التنزيل لغة واصطلاحا

المطلب الثاني :دليل مشروعية التنزيل

المبحث الثاني : اركان التنزيل

المطلب الأول :المنزل (الموصي)

المطلب الثاني :المنزل (الموصى له)

المطلب الثالث :محل التنزيل

المبحث الثالث :شروط التنزيل

المطلب الأول :مقدار الحفدة

المطلب الثاني :عدم ميراث الحفدة من الأصول

المطلب الثالث :عدم استفادة الحفدة من اصولهم بهبة او وصية اثناء حياته

الفصل الثاني : التنزيل في القانون الجزائري والتشريع الاسلامي

المبحث الأول : التنزيل في القانون الجزائري

المطلب الأول : قبل صدور قانون الاسرة

المطلب الثاني :بعد صدور قانون الاسرة

المبحث الثاني :التنزيل في التشريع الاسلامي

المطلب الأول :شروط التنزيل ومن يجب لهم

المطلب الثاني : مقدار التنزيل وطريقة استخراجه

المبحث الثالث : أوجه التشابه واوجه الاختلاف بين التنزيل في قانون الاسرة والتنزيل في التشريع الاسلامي

المطلب الأول : أوجه التشابه

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف

خاتمة

الملاحق

المراجع

نسأل الله تعالى التوفيق والسداد في اخراج بحثنا هذا في احسن حلة ، ذلك لأن موضوع الارث بالتنزيل يعتبر لونا من ألوان التكافل الاجتماعي ، وهو جزء من منظومة الميراث شأنه كشأن كل أحكام الإسلام له نظام دقيق قائم على الحق والعدل والرحمة و نشر الخير لتحقيق المصلحتين الخاصة و العامة .

الفصل الأول

ماهية التنزيل واركانه وشروطه

تمهيد :

جاءت رسالة الاسلام رحمة للعالمين امرت بالعدل والاحسان ونهت عن الفحشاء والمنكر ، ووضعت حدودا وسنت احكاما ؛ غايتها تعبيد الناس لرب العباد في جو يسوده الحق والعدل والاحسان ،فأعطت لكل ذي حق حقه وما تركت بابا من ابواب المعاملات الا وضعت له مبادئ وقوانين تضبطه ، ومن اهمها علم الفرائض والميراث .

من هنا جاءت فكرة دراسة إحدى أهم المسائل في الميراث، والتي نعتقد أن العمـــل بها لايز ال غير متطابق تماما مع النصوص القانونية ذات الصلة ، وهو التنزيل والذ ي يسمى أيضا الوصيـــة الواجبة أو وصية القانـــون. فعندما يتوفى الولد في حياة والده تاركا أبناء أو بنات، ثم يتوفى الوالد، هل يتمكن الأبناء من نصيب والدهم في تركـــــة جدهم دون حاجة إلى وصية ؟ وكيف يمكن استخـــلاصه من التركة ؟ هذه هي الإشكالية التي من خلال الإجابة عنها سنحاول أن نزيح الغموض أو سوء الفهم ، الذ ي يكتنف قواعد التنزيل، وسنعتمد في ذلك على مقارنة نصوص قانـــــون الأسرة الجزائري بنصوص الشريعة الإسلامية.

ولقد قسمنا هذا الفصل الى ثلاثة مباحث تتناول بالتفصيل ماهية التنزيل ومدى مشروعيته واركانه وشروطه على النحو التالي :

المبحث الأول : مفهوم التنزيل ودليل مشروعيته

المبحث الثاني : اركان التنزيل

المبحث الثالث :شروط التنزيل

المبحث الأول : مفهوم التنزيل ودليل مشروعيته

لإدراك حقيقة شيء ما لابد من البحث في مفهومه ومعناه ثم الاحاطة بجميع جوانبه ، وهذا ما سنقوم به في بحثنا هذا حيث سنتطرق لتعريف التنزيل لغة واصطلاحا (مطلب أول) ، ثم نتصدى للبحث في مشروعيته بالدليـــل البين من القران الكريم والسنة النبوية الشريفة ومن النصوص القانونية في الجزائر من خـلال قانون الاسرة (مطلب ثان)

المطلب الأول :تعريف التنزيل لغة واصطلاحا

التنزيل لغة : من النزول وهو الحلول، وأنزله غيره واستنزله بمعنى ، والتنزيل ايضا الترتيب ، والمنزل بضم الميم تعني الانزال ، تقول انزلني منزلا مباركا ، والمنزلة : الرتبة ، والمنزل بكسر الزاي : الدرجة .(1)

أمّا اصطلاحا : فهو جعل الأحفاد في منزلة أصلهم في ميراث جدهم.

وتكون الحاجة إلى التنزيـــــل إذا توفي شخص قبل والديه أو معهم، بحيث لا-يعرف من توفي أولا- كحال الغرقى والموتى تحت الهدم او الزلزال-، وترك أولادًا، فإذا ما توفي جدهم أو جدتهم حجبوا من طرف الأبناء، فلم يكن لهم نصيب من ميراث جدهم ، فينزلون منزلة أبيهم ويأخذوا مقدار ما كان سيأخـــذه لو كان حيّا. (2)

يسمى التنزيل بالوصية الواجبة في بعض القوانين العربية ، منها القانون المصري، والذي لم يكن ينص عليها قبل قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 ، وتستند هذه التسمية إلى اعتبار أن الإرث بطريق التنزيل لم يرد بشأنه نص صريح في الكتاب والسنّة ، إنما هو راجع إلى اجتهاد الفقهاء والمفسرين ، بحيث اعتبروا هذا الطريق من طرق انتقال أموال التركة بمثابة وصية إلزامية تخرج من التركة قبل قسمتها .

1- ابي الفضل جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر بيروت ،بدون طبعة ، المجلد11، ص656-659 .

2- بشور فتيحة ، مجلة معارف – قسم العلوم القانونية ،السنة التاسعة ،العدد 18 ،جوان 2015.

والحكمـــــــة من التنزيل تجنيب هؤلاء الأحفاد الوقوع في حال من الفقر والحاجة بسبب حجبهـــم من ميراث جدهم. وهو وضع ما كان ليكون ، لو كانت وفاة أبيهم بعد وفاة جدهم، حيث ينتقل إليهم ميراث جدهم عن طريق الوالد، الأمر الذي لم يحدث، لأن وفاة الأب قد سبقت ؛ لذا نقوم بتنزيلهم منزلة أبيهم لوقايتهم من العوز والفاقة وفي ذلك صلة للرحم التي امر الله بها ان توصل .

تعريف الوصية الواجبة – التنزيل– عند بعض الفقهاء والقانونيين :

عرفها الشيخ محمد الصادق الشطي في كتابه لباب الفرائض بأنها: "مسألة من أهم المسائل التي ينبغي الاعتناء بها ،لاسيما أهل التوثيق ، وهي أن ينزل الانسان غير وارث منزلة وارث وقد نص الفقهاء على أن التنزيل من باب الوصايا، يخرج قبل قسمة التركة ، يعني أن ضرره يدخل على عامة الورثة وتكون القسمة بين المنزلين للذكر مثل حظ الانثيين ،كما نص على ذلك الشيخ التسولي في شرحه على التحفة من باب الوصايا وغيره ". (1)

أما الشيخ احمد حماني فعرفه بقوله : " تنزيل أبناء الابن منزلة أبيهم الهالك من باب الوصية ،لانهم لا يرثون جدهم ولا جدتهم مع أعمامهم ، اذ هم محجوبون ، ويخرج السهم الموصي به لهم من ثلث تركة جدهم قبل قسمة التركة ، وما زاد على الثلث يحتاج الى اجازة الورثة أما الثلث فما دون فانه يمضي .(2)

عرفها محمد علي محمود يحي انها : هي نصيب معين من التركة لصنف من الأقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه . وهي لا تحتاج إلى إنشاء لأنها تستمد قوتها من القانون وحقيقة هذه الوصية أنها تقف موقفاً وسطاً بين نظامي الميراث والوصية فليست اختيارية تخضع لإرادة الموصي، وكذلك لا تنفذ كالميراث تماماً بل ينحصر مقدارها بثلث التركة ". (3)

1- محمد الصادق الشطي ، لباب الفرائض ، دار المغرب الاسلامي ط. 2، س. 1988، ص148.

2- الشيخ أحمد حماني ، فتاوى الشيخ احمد حماني –راجع اصولها وصححها الاستاذ احمد صابر، عالم المعرفة –الجزائر، الطبعة الاولى-2012 ،الجزء 4 ،ص270 .

3- محمد علي محمود يحي ، أحكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بجامعة النجاح ، نابلس فلسطين ،2010 ،ص 92.

التنزيل او الوصية الواجبة كيان قانوني مستقل عن الوصية الاختيارية، وإن أخذت بعض أحكامها، كما أنها ذات طبيعة مستقلة عن الإرث وإن وردت ضمن أحكامه .

والوصية الواجبة وإن اتفقت مع الميراث في أن مصدرهما القانون، وأنهما لا يتوقفان على قبول وأنهما لا يردا برد أحد وأن قسمة الوصية الواجبة كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وأن كل فرع يحجب فرعه.

الا أن أهم ما يميز الوصية عن الميراث أنها لا تجب إلا حيث لا يتبرع الموروث على مستحقيها بمثل ما يرثون عن أصلهم المتوفى، فإن أوصى لهم أو تبرع عليهم بمثل ما يرثون ما كان لهم نصيب بمقتضى الوصية الواجبة، أمـــا الميراث فلا يغني عنه هبة أو تبرع، كما أنه في الوصية الواجبة يحجب الأصل فرعه فقط دون فرع غيره أما الميـــراث فيحجب الأصل فرعه وفرع غيره .

المطلب الثاني :دليل مشروعية التنزيل

إن التنزيل – الوصية الواجبة – بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ولم يقل بها بهذه الصورة أحد من الفقهاء والمذاهب المعروفة ولكنها من اجتهـــــاد علماء الشريعة في العصر الحالي.

حاول واضعو قانون الوصية أن يرجعوا كل حكم من أحكام الوصية الواجبة إلى سند شرعي يقــوم عليه فاعتمدوا في أصل الوجوب على آية الوصية وعلى رأي ابن حزم وبعض الصحابة والتابعين القائــل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين وقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ،واستدلوا بالكتاب والسنة النبوية والقواعد الفقهية .

اولا :من القران الكريم

استدلوا بقول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿181﴾).(1)

وجه الدلالة :

(كتب عليكم) فرض عليكم (الخير) ضد الشر ، والمراد به هنا – المال– ، وقد اختلف في ذلك المال الذي كتبت فيه الوصية فقيل هو الكثير ، وقيل أي مال قليلا كان او كثيرا .

وهذه الآية قد دلت على وجوب الوصية، واختلف العلماء فيها ، اهي منسوخة ام محكمة لم تنسخ ’وجمهور العلماء على انها منسوخة . قال الشافعي رضي الله عنه ما معناه ، إن الله تعالى أنزل آية الوصية ، وأنزل آية المواريث فاحتمل أن تكون الوصية باقية مع المواريث ، واحتمل أن تكون المواريث ناسخة للوصايا.

وقد طلب العلماء ما يرجح أحد الاحتمالين. فوجدوا سنّة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى عنه أصحاب المغازي أنه قال عام الفتح :(لا وصية لوارث) وهو وإن كان خبر آحاد فإن الأمّة تلقته بالقبول وأجمعت العامة على القول به . ثم إن القائلين بالنسخ اختلفوا. فذهب طاووس وقوم معه إلى أن الوصية للوالدين والأقربين الوارثين نسخت وبقيت للقرابة غير الوارثين ، فمن أوصى لغير قرابة لم تجز وذهب غيرهم إلى أنها منسوخة في حق من يرث. وحق من لا يرث . وحجة الأولين أن الوصيّة لمن يرث ومن لايرث من الأقربين كانت واجبة بالآية فنسخت منها الوصيّة للوارثين وبقيت للأقربين غير الوارثين على الوجوب.(2)

1- سورة البقرة :اية رقم (180)

2- الشيخ محمد علي السايس – كلية الشريعة – تفسير آيات الاحكام ، مطبعة محمد علي صبيح ، مقرر السنة الاولى ،بدون طبعة ولا سنة الطبع ،ص55،ص56 .

ويؤكد هذا قوله عليه الصلاة والسلام . "ماحق امرئ مسلم له شيء يريد ان يوصي فيه ، يبيت ليلتين ، إلا ووصيته مكتوبة عنده".(1)

وحجة الآخرين ما رواه الشافعي عن عمران ابن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (حكم في ستة مملوكين كانوا لرجل لا مال له غيرهم فأعتقهم عند الموت فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء ، فأعتق اثنين وأرق أربعة) فلو كانت الوصيّة واجبة للأقربين وإذا جعلت في غيرهم بطلت- لما أجازها صلى الله عليه وسلم في العبدين ، لأن عتقهما وصيّة لهما وهما غير قريبين ، وقد ذهب أبو مسلم الأصفهاني إلى أن آية الوصيّة محكمة غير منسوخة ، نقل ذلك عنه الفخر الرازي.(2)

والمرأة كالرجل في مشروعية الوصية واحكامها ؛لأن الآية الكريمة التي ذكرناها عامة تخاطب جميع المسلمين فيشمل حكمها الرجال والنساء .

وقال الفقيه ابن حزم – رحمه الله تعالى -: ووصية المرأة البكر ذات الاب وذات الزوج ، البالغة ، جائزة كوصية الرجل ، أحب الأب او الزوج أو كرها ، ولا معنى لاذنهما في ذلك ، لأن امر الله تعالى جاء عاما للمؤمنين وهو لفظ يعم الرجال والنساء ،ولم يخص عز وجل فيه أحدا من أحد ،وما نعلم في ذلك خلافا من أحد .(3)

وقرر مذهب ابن حزم بوجوه.

(أولا) أن هذه الآية ليست مخالفة لآية المواريث، بل هي مقررّة لها، والمعنى كتب ما أوصى الله به من توريث الوالدين والأقربين بقوله (يوصيكم الله في أولادكم) إذا كتب على المختصر أن يوصى للوالدين، والأقربين بتوفير ما أوصى الله به لهم عليهم.(4)

1- الامام مسلم بن الحجاج ،صحيح مسلم ،دار المغني ،الرياض ،ط1، 1998،ص882،ح رقم1627.

2 - الشيخ محمد علي السايس – كلية الشريعة – المرجع السابق، ص56.

3 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ،مؤسسة الرسالة ، ط الثالثة 2000م، ج10 ، ص 382.

4 - الشيخ محمد علي السايس – كلية الشريعة –المرجع نفسه ، ص56.

(ثانيا) أنه لا منفاه من ثبوت الوصيّة للأقرباء ، وثبوت الميراث ، فالوصية عطية من حضره الموت ، والميراث عطية من الله تعالى، فالوارث جمع له بين الوصيّة والميراث بحكم الآيتين.

(ثالثا) لو قدّر حصول المنافاة بين آية الميراث وآية الوصيّة ، لكان يمكن جعل آية الميراث مخصصة لأية الوصيّة ، لأن هذه الآية تفهم بعمومها أن الوصيّة واجبة لكلّ قريب ، وآية المواريث أخرجت القريب الوارث ، فبقيت آية الوصيّة مرادا بها القريب الذي لا يرث ، إما لمانع من الإرث ككفر، ورق وإما لأنه محجوب بأقرب منه وإمّا لأنه من ذوي الأرحام.

وابن جير الطبري ذهب في تفسيره إلى هذا القول فقال في تفسير الآية : فرض عليكم أيّها الموصون- الوصيّة إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا- والخير المال- للوالدين والأقربين الذين لا يرثون بالمعروف. وهو الذي أذن الله فيه وأجازه في الوصيّة ، ما لم يجاوز الثلث. ولم يتعمّد الموصي ظلم ورثته .

(حقا على المتقين) عني بذلك فرض عليكم هذا، وأوجبه وجعله حقا واجبا على من اتقى الله فأطاعه أن يعمل به.

فإن قال قائل: أو فرض على الرجل ذي المال أن يوصي لوالديه و أقربيه الذين لا يرثون ؟ قيل نعم . وقد نقل مثل ذلك عن جماعة من العلماء منهم الضحّاك فقد كان يقول من مات ولم يوص لذي قرابته فقد ختم عمله بمعصية، ومنهم مسروق فقد حضر رجلا فوصى بأشياء لا تنبغي فقال له مسروق . إن الله قسم بينكم فأحسن القسمة وأنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضلّه، أوصي لذي قرابتك ممن لا يرثك. ثم دع المال على ما قسمه الله عليه.

وقد ذهب القائلون بأنها منسوخة إلى أنها تندب وتكون في ثلث ماله ومعنى قوله (بالمعروف) بالعدل الذي لا وكس فيه.ولا شطط. وقد بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لمن أراد أن يوصي: " الثلث والثلث كثير"وقد روي عنه عليه صلوات الله أنه قال " إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة لكم في أعمالكم".(1)

1- الشيخ محمد علي السايس – كلية الشريعة –المرجع نفسه ، ص57.

وفيما صح عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : "كان المال للولد ، و كانت الوصية للوالدين فنسخ الله تعالى من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، و جعـــل للوالدين لكل واحد منهمـــا السدس وفرض للزوج والزوجة فرضيهما (1).

(رابعا) يرى اخرون أن آية المواريث نزلت بعد آية الوصية بالاتفاق وقد قال الله تعالى:

﴿ **مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾، (2). فإنه رتب الميراث على وصية وكلمة "وصية" في الآية نكرة فلو كانت الوصية للوالدين والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد الوصية المعرفة لأنها وصية ثابتة معهودة.

أن قول الله تعالى : ﴿ **حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** ﴾ يدل على أن الوصية ليست واجبة، ولو كانت واجبة لكانت فرضاً على جميع المسلمين المكلفين، فلما خص الله من يتقي دل على أن التكليف بالوصية غير واجب.

---

(1) البخاري في صحيحه : (كتاب الفرائض / باب ميراث الزوج مع الولد وغيره ، 247/6، ح رقم(1358).
(2) سورة النساء جزء من الآية رقم 12

ثانياً السنة النبوية: استدلوا بما يلي:

***1-** عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة . " (1) .

وجه الدلالة :

الحديث بظاهره يدل على الوجوب ، وبه قال عطاء والزهري وداود واخرون واختاره ابن جرير، وذهب الجمهور الى استحبابها حتى نسبه ابن عبد البر الى الاجماع سوى من شذ (2).

ويجاب عنه :

أولاً : أن الحديث ليس فيه ما يدل على الوجوب وأن كل ما اشتمل عليه الحديث هو الحث على المبادرة بالوصية خوفاً 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 الوجوب .

ثانياً : إن الإمام مالك قد روى هذا الحديث بدون لفظ " له شيء يوصي فيه " (3) .

وهذه الرواية لا تختلف في المعنى عن رواية " يريد أن يوصي فيه " وبالتالي ليس فيها حجة للقول بالوجوب .

***2-** عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم إن أبي مات ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه قال عليه السلام: " نعم " (4).

وجه الدلالة :

الحديث يدل على إيجاب الوصية عمن لم يوص لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب فبين الرسول عليه السلام أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه وذلك بأن يتصدق عنه(5).

---

(1) سيدي محمد الزرقاني ،شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ، طبعة 1987 ،دار المعرفة ، بيروت لبنان ،ا لمجلد الرابع ،ص58 ، حديث رقم 528.

(2) سيدي محمد الزرقاني ،المرجع نفسه ،ص59.

(3) مالك في الموطأ : (كتاب الوصية / باب الأمر بالوصية ،ج 578/2ص ،ح رقم 1492) .

(4) مسلم في صحيحه : (كتاب الوصية / باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت ، 3ج/ص1254 ،ح رقم1630.

(5) ابي محمد علي بن احمد ابن حزم : المحلى ،تحقيق محمد شاكر ،المكتبة التوثيقية ، (ج 9/ص 313) .

ويجاب عنه : بأن الحديث لا يدل على إيجاب الوصية علماً بأن الرجل يسأل هل يتصدق عن والده وأنه لم يرد في الشرع نص يقول أن الإنسان إن لم يوص فعليه كفارة، فتصدق الابن عن أبيه من باب البر وليس له علاقة بالوصية ولا هو نوع من الكفارات وأن الحديث يحتمل أحد أمرين :

الأول : أن يكون هذا الحديث قبل نزول آيات المواريث ونسخ وجوب الوصية .

الثاني : أن تكون كلمة يكفر بمعنى الزيادة في حسنات .

***3–** جاء في سنن ابن ماجة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :" ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في اخر اعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم " أخرجه ابن ماجة في سننه .

والوصية تصرف في ثلث مال الشخص في اخر العمر زيادة في العمل الصالح ، والواقع أن تشريع الوصية يهيئ للمسلم فرصة طيبة لأن تكون خاتمة اعمـاله فعل الخير وفعل القربات . كما أن الوصية سبيل تدارك ما قد عسى أن يكون قد فات الانسان من عمل الخير في حياته تفريطا منه في ذلك أو غفلة عنه أو نسيانا له .

جاء في (الهداية) في بيان حكمة تشريع الوصية : (فان الانسان مغرور بأمله ، مقصر في عمله ،فاذا عرض له المرض خاف الهلاك فيحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي اي في الاخرة).(1)

1 – عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ،مؤسسة الرسالة ،ط3 سنة2000،الجزء 10 ،ص383.

الترجيح :

ان التنزيل – الوصية الواجبة – بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القران والسنة النبوية الشريفة –كما سبق بيانه – ولم يقل بها احد من الفقهاء والمذاهب المعروفة ولكنها اجتهاد الفقهـاء في العصر الحالي ، فحاول واضعوا قانون الوصية الواجبة ان يرجعوا كل حكم من احكامها الى سند شرعي يقوم عليه ، فاعتمدوا في اصل الوجوب على اية الوصية وعلى راي ابن حزم وبعض الصحابة والتابعين القائل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين وقواعد الشريعة ومقاصدها العامة ،واستدلوا بالكتاب والسنة والقواعد الفقهية .

الا انه من الجانب الاخر:{قال عدد غير قليل من اصحاب الراي والاجتهاد والمذاهب ان الوجوب الثابت بالآية المذكورة لايزال باقيا على اصله بالنسبة للوالدين والاقربين الذين لا يرثون فلم ينسخ ولم يخصص ، لان موجب الوجوب هو حلول الوصية محل الوارث في حالة عدم الميراث لمانع او حاجب والموجب قائم والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

وروي هذا القول عن كثير من التابعين منهم سعيد بن المسيب ، ومسروق ، وطاووس ، وقتادة ،والياس والحسن البصري . وعن بعض أئمة التفسير والفقه منهم اسحاق بن راهويه ،وابن جرير الطبري ، والامام احمد بن حنبل في رواية عنه وابن حزم الظاهري .

لكن هؤلاء العلماء القائلون بالوصية الواجبة اختلفوا فيما يترتب عن ترك هذا الواجب كالاتي :

أ- فمنهم من قال : اذا لم يوص المتوفى قبل وفاته ،لا يفترض وجود الوصية ،وكل ما هنالك هو اعتبار المتوفى اثما امام الله تاركا لواجبه مستحقا لعقابه ، فان شاء عذبه وان شاء غفر له .

وبناء على هذا الاتجاه ليس للقاضي ان ينوب على المتوفى ويقضي بوجود الوصية وتنفيذها للوالدين والاقربين .

ب- وذهب الاخرون منهم على ان القاضي ينوب عن المتوفى بالحكم بالوصية وبتنفيذها في حدود ثلث التركة

للوالدين والاقربين الذين لا يرثون ، اما لمانع من موانع الميراث كاختلاف الدين بالنسبة للكل ، او لحاجب من الميراث من وارث اقوى من المحجوب قرابة بالنسبة للأقربين ، لأنه لا يتصور حجب الوالدين من الميراث بوارث اقوى لكونهم من المرتبة الاولى والدرجة الاولى في القرابة .

ووجه قولهم ان هذا الواجب تقرر وجوبه بالقران الكريم ، فتركه من المتوفى ظلم بحق الوالدين والاقربين الذين لا يرثون ، ورفع الظلم من واجب القضاء ويكون بافتراض الوصية وان لم تصدر من المتوفى حقيقة وواقعا ، وهذا ما استقر عليه مذهب ابن حزم الظاهري (رحمه الله) .

والواقع ان راي هذا الفقيه العظيم هو الأفقة والاقرب الى روح الشريعة الاسلامية ، ويدل عليه ظاهر قوله تعالى :﴿ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ (**الأنفال**: 75)

وقوله تعالى:﴿فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (182البقرة).

اذ يدل بظاهره على ضرورة تعديل الوصية من قبل القاضي ان كان فيها ترك لحق او ظلم او ميل للهوى .

ثم ان الوجوب تقرر لحساب الوالدين والاقربين بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿181﴾).البقرة

فأصبحت الوصية لهم حقا ثابتا بالإرادة الالهية ، شأنها شأن الميراث لا دخل لإرادة الوارث والموروث فيه .

وقد كانت الوصية قبل الميراث تحل محله وتبقى تحتل نفس المحل عندما لا يكون ميراث لمانع او حاجب ، فالوالدان والاقربون ان كانوا من الوارثين لا مكان للوصية والا فهناك شاغر تسده الوصية .} (1)

(1) د /مصطفى ابراهيم الزلمي : احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ،دار احسان للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى،2012 ،ص 242-243.

ثالثا :في القانون الجزائري :

لم يعرف المشرّع الجزائري التنزيل، وهو ما تطلق عليه قوانين المواريث في بعض الدول الإسلامية (الوصيّة الواجبة) وقد وردت أحكام التنزيل في قانون الأسرة في المواد من 169 إلى 172 ق.ا.ج

والتنزيل هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة، ونظام التنزيل أو الوصيّة الواجبة استحدث في الفقه الإسلامى الحديث، لمعالجة مشكلة الأحفاد الذين يموت أبيهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم ، ثم يموت الجد أو الجدة فهؤلاء الأحفاد قد لا يرثون شيئا من تركة الجد أو الجدة لحجبهم بوجود أعمامهم أو عماتهم، وقد يكون هؤلاء الأحفاد في فقر وحاجة، وأعمامهم وعماتهم في غنى وثروة.

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصيّة في حدود الثلث (م 185 ق أ)، ولكن بعض الفقهاء يرى بأن الوصيّة واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لوجود سبب يمنهم من الميراث . وذلك عملا بقوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين).

وذهب ابن حزم إلى أنه واجب قضائى، فإذا لم يوص الجد لحفدته بشيء، وجب على ورثته أو على الوصى المشرف على التركة إخراج شيء محدد بمقدار من مال الميت وإعطاؤه للوالدين غير الوارثين.

إن أحكام التنزيل التي أوردها القانون الجزائري في المواد 169 إلى 172 ق.أ لمعالجة مشكلة الأحفاد الفقراء، لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة أو غير المعروفة، ولكنها تستند في أكثر تفاصيلها إلى أحكام جزية وردت في مذاهب متفرقة قام المشرّع الوضعى بالاجتهاد فيها.

إذ هى اجتهاد من واضعى القانون يستند إلى قاعدة شرعية هى أن لوي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، وقد أمر به و وجبت طاعته. فإن الأحفاد الذين يموت أبوهم قبل جدهم، واجتمع لهم مع اليتم وفقد العائل الحرمان والفقر، بسبب ما أصابهم بموت أبيهم المبكر هم أجدر بالرعاية القانونية، وكثيرا ما كانت الأسرة المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصيّة لأولاد ولدهم المتوفى.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا من أن التنزيل يحرر لفائدة أحفاد من مات مورثهم قبله أو معه، وأنهم في هذه الحالة يرثون مقدار أصلهم، وأن التنزيل لا يحتاج إلى شكل رسمي وتقبل في شهادة الأقارب وفقا للمذهب المالكى. وأنه يتمّ في حدود ما قرره القانون والشرع، وأن أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقى حيا ولا يتجاوز ذلك ثلث التركة، فهم يأخذون ما ناب لأبيهم في المنزلة و يقتسمونه للذكر مثل حظ الانثيين.(1)

1- بلحاج العربي ،أحكام المواريث ، ديوان المطبوعات الجامعية ،،ط4 سنة 2010 ، ص365-357

وفي قرار حديث بتاريخ 2006/01/04 ملف رقم 309023 حكمت المحكمة العليا بصورة واضحة، بأن تنزيل الأحفاد، بعد صدور قانون الأسرة (القانون رقم 11/84 الصادر في 20184/09/09 والمعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27) أصبح بحكم القانون تلقائيا، عملا بأحكام المادة 169 من ق.أ.

هذا وتسري على التنزيل أحكام الوصيّة، ومنها إلا يتجاوز الثلث إلا بإجازة الورثة.

والوصية الواجبة (أو التنزيل) مقدمة على غيرها من الوصايا، فهذه هى حقيقة الوصية الواجبة، والتي وردت القوانين الإسلامية المستحدثة (1) .

بالتالي نرى أن المشّرع الجزائري قد أخذ برأي ابن حزم، ونرى أنّه أحسن عندما استعمل مصطلح "التنزيل" بدلاً من مصطلح "الوصية الواجبة" لسببين:

- أولهما أن التنزيل كمصطلح يتوافق مع عملية إعطاء الأحفاد منزلة والدهم من الميراث، وتميز بذلك عن غيره من المصطلحات في الدول العربية .
- ثانيهما أن استعمال مصطلح "الوصية الواجبة" يثير جدلاً حول وجوب أو عدم وجوب ترك وصية من الجد تفيد تنزيل الأحفاد، وهذه مسألة لها أهميتها. فإذا ما كانت للجد حرية الإيصاء بالتنزيل، وجب إعطاءه الحرية في وضع شروط لتنزيل أحفاده، وهذا ليس ممكن، فلو اطلعنا على قانون الوصية المصري لسنة 1946 الذي ينص على الأخذ بالوصية الواجبة التي يتركها الجد، فإنّه ينص على تعديلها إن كانت مخالفة للقانون،

1 – بلحاج العربي ،أحكام المواريث ، المرجع السابق ، ص365

المبحث الثاني : اركان التنزيل

لم ينص المشرع الجزائري على أركان التنزيل صراحة كما لم يتناولها الفقهاء لا في الشريعة الاسلامية ولا في التشريعات الوضعية كونه موضوع مختلف فيه لكننا من خلال استقرائنا لنصوص المواد القانونية التي خصصها المشرع الجزائري للتنزيل يمكن ان نستخرجها وهي ثلاثة اركان سنحاول تفصيلها في هذا المبحث في ثلاثة مطالب وهي كالنالي :

المطلب الأول :المنزل (الموصي)

المطلب الثاني :المنزل (الموصى له)

المطلب الثالث :محل التنزيل

المطلب الاول :المنزل (الموصي):

نصت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري على "من توفي ولو أحفاد وقد مات مورثه قبله أو معه..."

ونص المادة 171 ".....إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة ..."(1)

نستشف من نص المادتين أن المنِزل هو الجد أو الجدة وهما المقصودان بكملة "الأصل " .

* **اولا – : تعريف المنّزل** : هو كل مالك صحيح لملك بغض النظر عن كونه ناقص الأهلية ،أو كاملها أو عديمها ، ويشترك التنزيل عند المالكية مع الوصية الاختيارية في هذه الحالة ،بخلاف ما جاء به قانون الأسرة بشأن الوصية العادية طبقا لنص المادة 186 بقولها "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ،بالغا من العمر تسع عشر (19) سنة على الاقل ".(2)

فالمنزل هو الجد او الجدة المالكين للتركة قبل وفاتهم والمفارقين للحياة .

* **ثانيا –: خصائص المنّزل**

العبرة هي بموت الجد أو الجدة ، وهذا الموت سواء كان حقيقة أو حكما .

– الموت الحقيقي : هو الثابت بالمشاهدة أي الشهود أو البينة .

– أما الموت الحكمي : يتعلق بالمفقود وهو الغائب الذي لم يدر موضعه ولم تعرف حياته من مماته ، او هو غائب انقطعت أخباره عن اهله ووطنه ولا تعلم حياته من مماته ولا يعتبر ميتا إلا أذا حكم القاضي بموته .

ونظم المشرع الجزائري أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري في المواد من 109 إلى غاية المادة 115.

ويعتبر المفقود حيا بالنسبة لأمواله فلا توزع تركته إلا بعد صدور الحكم بموته .

---

(1) : المادتين 169و 171 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة ، ج ر ج ج ،

(2) المادة 186 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة ، ج ر ج ج ،

وما تجدر الاشارة اليه هنا ان العبرة في المنزل بموته لا بإرادته ، لان القانون يحل محل ارادته في تنفيذ التنزيل بعد موته ، وبالتالي يعتبر القانون هو المنزل بالنسبة لأركان التنزيل (1)

ولهذا سمي بالوصية الواجبة لأن القانون هو الذي يوجبها سواء أوصى بها أو لم يوص كما جاء في قول محمد أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية حيث قال :" جاء القانون ... فجعل من الواجب على الموصي أن يوصي فإذا لم يفعل ، أو عاجلته المنية قبل أن ينفذ ما هم به ،كانت تلك الوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون كما ينتقل الميراث. (2)

المطلب الثاني : المنَّزل : (الموصى له) :

وهو الركن الثاني لأركان التنزيل وهذا ما سنقوم بتوضيحه فيما يلي :

- **اولا : تعريف المنَّزل :**

وهو كل شخص غير وارث ،ومن يصح تملكه لمال الموصي عن طريق التنزيل .

وهو المقصود في المادة 169 ق.أ.ج " من توفي ولو أحفاد."

ويجوز أن يكون (الموصى له) المنزل حملا أو لم يرى نور الحياة بعد (3)

وكذلك قد يكون المنزل مفقودا ، حيث تسري عليه نفس الأحكام التي تطبق بشأنه في مسائل الميراث .

إستنادا للمادة 181 ق أ ج بقولها : "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و173 من هذا القانون.

---

(1) دغيش احمد :التنزيل في قانون الاسرة الجزائري ،دار هومة ،الجزائر ،ط 2 ، 2010 ،ص 134.

(2) محمد ابو زهرة ،أحكام التركات والمواريث ،دار الفكر العربي، القاهرة ،دون طبعة ولا سنة النشر ،ص 198.

(3) محمد ابو زهرة ، المرجع نفسه، ص198 .

وبالرجوع لنص المادتين 173 و 109 نجدهما تنصان على المفقود والحمل وكيفية توريثهما.

وكذلك بالنسبة للقاصر المنزل الذي تكون القسمة عن طريق القضاء وهذا دليل على حرص المشرع على حماية القصر وهو ما نصت عليه المادة 181.

والتنزيل يكون للذكر مثل حظ الأنثيين لا يهم إن كانت وفاة الأصل حقيقة أم حكما –الجد أو الجدة –كما يأخذ هذا الحكم أيضا وفاة الأصل والفرع –الأب أو الأم – دون أن نعلم أيهما مات قبل الآخر حيث في هذه المسألة يحصل الشك في السبق وهو مانع للميراث و قد وضع المشرع هذه الحالة في المادة 169 ق.أ.ج سابقة الذكر .

إضافة إلى ما سبق ذكره هناك مسألة رئيسية كانت ومازالت محل خلاف وجدل كبير بين الباحثين الجزائريين وهي مسألة تفسير نص المادة 169 ق.أ.ج والتي جاء فيها كلمة أحفاد بحيث جاءت مطلقة فهل يقصد بها أولاد الابن فقط أو أولاد الابن والبنت ؟

هناك من يرى بأن لفظ الحفيد يشمل أولاد الابن دون أولاد البنت ومن بينهم الأستاذ الموثق صالح جيجيك ، بحيث قام بشرح المادة 169 ق.أ.ج: بأن كلمة احفاد : الحفدة اصطلاحا هم أولاد الأبناء دون أولاد البنات الذين يسمون أسباط. (1)

وقد افرد المشرع الجزائري لأولاد البنات مادة خاصة بهم في قانون الاسرة الجزائري وهي نص المادة 168 التي تنص على الدفع إلى ذوي الأرحام " يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي:

أولاد البنات وان نزلوا وهذا دليل على أن التنزيل يخص أولاد الإبن فقط ، والا كيف يرث اولاد البنات بالدفع وبالتنزيل في نفس الوقت .

---

(1)- أ - صالح جيجيك الورثلاني : الميراث في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الثانية 2008،ص91.

المطلب الثالث : محل التنزيل

نقصد بمحل التنزيل التركة التي يخلفها الميت والتي اوصى بها من الاموال والحقوق التابعة لها والمقدرة بنصيب اصل الحفدة كما لو كان حيا اثناء موت مورثه ، وفي حدود ثلث التركة ما عدا الحقوق الشخصية والتي يري جمهور الفقهاء انها لا تدخل في عناصر التركة .

لم بعرفها المشرع الجزائري في قانون الاسرة ،الا ان كل من كتب في هذا الباب قام بتعريفها وتبيينها ومنهم الاستاذ محمد محدة حيث عرفها بقوله : < كل ما يخلفه الشخص من أموال وحقوق تعلقت بذمته أثناء حياته ومن هنا فإن التركات تشتمل على جميع ما كان للميت من أموال وحقوق ما عدا تلك الحقوق المتعلقة بشخصه ، وهذه الأخيرة قد تضيق وتتسع تبعا لنوع المذهب . (1)

فكل ما هو مباح ومشروع قانونا يصلح أن يكون محل التنزيل ، فهو يأخذ حكم الميراث من حيث المكونات الشرعية للتركة ،لأن محل التنزيل استنادا للطبيعة القانونية يصبح وكأنه تركة من مورث .

لكن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد مقدار محل التنزيل وهو يمثل نصيب الأصل على افتراض حياته أثناء موت مورثه ، وحدده أنه لا يتجاوز ثلث التركة وهذا ما نصت عليه المادة 170ق.أ. ج .

" أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة " (2) .

وهذا ما سنتناوله في المبحث الثالث والذي ينص على شروط التنزيل .

---

(1) أ – محمد محدة ،التركات والمواريث ، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية ، دار الفجر،الجزائر ،ط1 ،2004،ص15.

(2) المادة 170 من قانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة ،مرجع سابق ص921.

المبحث الثالث : شروط التنزيل

لقد سبق الحديث عن مشروعية التنزيل من حيث المبدأ مستندا على الآية 180 من سورة البقرة ، ومن عموم نصوص وقواعد ومقاصد الشريعة الاسلامية ،التي تنص وترغب في الصدقة والوصية وصلة الرحم .

الا ان تفريعاته وشروطه من اجتهاد الفقهاء والعلماء المعاصرين معتمدين في ذلك على القواعد العامة التي تحكم موضوعي الميراث والوصية .

وللتنزيل شروط – اتفق عليها اغلب المتحدثين في هذا الموضوع – لابد ان تتوفر فيه تحقيقا للعدل في توزيع التركة دون تفريط او افراط في حق الورثة ،إضافة إلى الشروط العامة للميراث، والواجب توافرها في الفروع المستفيدين من التنزيل والمتمثلة في: حياة الوارث، وفاة المورّث، عدم وجود مانع من موانع الميراث سواء في جانب الفرع أو أصله الذي مات في حياة جده، فإنّه لابّد من توافر مجموعة من الشروط حتى يستفيد الفرع من التنزيل، سنحاول ان شاء الله في مبحثنا هذا الاحاطة بها من خلال المطالب الاتية :

المطلب الأول : مقدار نصيب الحفدة

المطلب الثاني : عدم ميراث الحفدة من الأصول

المطلب الثالث : عدم استفادة الحفدة من اصولهم بهبة او وصية اثناء حياته

المطلب الاول :مقدار نصيب الحفدة

لضمان استحقاق الحفدة من تركة جدهم في حالة العوز والفاقة والحاجة ايضا ،وبقدار يتناسب ومراكزهم المالية بالنظر الى المراكز المالية الخاصة بمن معهم من الورثة الشرعيين ،اشترطت المادتين 171 و 172 شروطا معينة لاستحقاقهم هذا الحق بالتنزيل ، وهذه الشروط تتعلق بوقائع وتصرفات قانونية تفرضها طبيعة تأصيل التنزيل .

ولان التنزيل وصية بموجب القانون لفائدة الحفدة ،وليس ارثا يستحقونه في جميع الحالات ،فانه يخضع لضوابط الوصية الشرعية وأهمها قاعدة :"الثلث الجائز لغير الورثة "

ومعنى ذلك ثلث تركة الموصي فلا يجوز أن يوصي شخص مسلم بأكثر من ثلث تركته ،لأن حقه في الايصاء محدود بهذا الحد ، حتى لا يحرم ورثته الشرعيين ، وهم اصحاب حق عليه ،وهم اقرب الناس اليه ، فلا يجوز حرمانهم ولو بإرادة المورث نفسه .

ومعناه ان لا تكون الوصية للوارث ،لأن الوارث له حق يأخذه بالميراث ، وحقه مقدر تقديرا دقيقا وبضوابط شرعية توخاها العلي القدير .(1)

وما زاد عن الثلث جاء في الكتاب الرابع من كتاب التبرعات الفصل الأول المادة 185 :

" تكون الوصية في حدود الثلث وما ازد عن الثلث يتوقف عن إجازة الورثة " حيث صححها القانون 84/11 قانون الأسرة الجزائري ، وتجدر الإشارة إلى أن التنزيل يطبق من الناحية القانونية دون النظر إلى تاريخ وفاة والد المنزل لأن العبرة بتاريخ وفاة الجد بعد صدور قانون الأسرة بتاريخ 09 جوان 1984.

وهنا تثار مسألة ان تجتمع الوصية الاختيارية مع التنزيل ،ففي هذه الحالة ما مقدار نصيب الحفدة من الميراث؟

اختلف الفقهاء والقانونيون في هذه المسألة ،وقد وضح الشيخ محمد الصادق الشطي في كتابـــــه لباب الفرائض ان الواجب في هذا المقام محاذاة عبارة المنزل القائل :"ان منزله يرث منه ما يرثه ابوه ان لو كان حيا " ومقدار ميراث ابيه الذي يقدر حيا ،ليعلم به ما ينوب المنزل بنسبته من الفريضة انما يكون بعد اخراج

---

(1) – صالح جيجيك الورثلاني ، المرجع السابق ،ص117.

الثلث ، لاسيما اذا كانت وصيته بالثلث مقدمة على التنزيل ، فيكون القدر الموصى به للمنزل نسبة ماينوبه من الفريضة بوصيتها .ومثاله هالكة تركت زوجا وابنا وبنتا ومنزلا منزلة ابن ووصية بثلث .

(الجدول). **5** **1** **10** **4**

	4	20	3	30	4	24
زوج	1	5	2	5	1	4
ابن	3	6	/	6	2	8
بنت	/	3	/	3	1	4
منزل	/	6	/	6	/	3
موصى له بالثلث	*	*	1	10	/	5

وبيانه ان الفريضة على تقدير حياة المنزل منزلته صحت من عشرين وبوصيتها صحت من ثلاثين ،فالذي ينوب المنزل منها ستة من ثلاثين وهي خمس ،فيكون موصى له بخمس ،فلنا حينئذ وصيتان ، وصية بخمس واخرى بثلث ،واصل الفريضة من اربعة ، ومقام الثلث والخمس من خمسة عشر ، فاخذنا خمسها ثلاثة ،وثلثها خمسة، فكانت الجملة ثمانية وهي حصاص الموصيين فضربناها في مقام الثلث لتكون الوصية خارجة من الثلث ، والخارج اربعة وعشرون هو المقام الاكبر للخمسة عشر ،التي هي المقام الاصغر ، ثم الباقي من المقام الاكبر بعد طرح الحصاص التي هي ثمانية ،كان مقسوما على الفريضة .فقد خرجت الوصيتان من الثلث عملا بقول خليل ،ثم وصاياه من ثلث الباقي ، واخرج مناب المنزل بالفريضة التقديرية عملا بقوله ايضا(أو الحقوه به فزائد) ووقعت محاذاة عبارة المنزل حيث كان مايرثه المنزل منزلته ، انما يعلم بعد تصحيح الفريضة بوصيتها وقد نزلت مثل هاته ، وسئل عنها نابغة الفن العلامة النحرير شيخنا سيدي محمد رضوان مفتي الحنفية رحمه الله وقسمها على هذا الوجه .(1)

1- الشيخ محمد الصادق الشطي ،لباب الفرائض ،دار المغرب الاسلامي ،ط 21988،ص150 ،ص151

المطلب الثاني :عدم ميراث الحفدة من الاصول :

تنص المادة 171 ق .أ.ج " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل ان كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة..."(1)

ما يفهم من هذا النص أنه من شروط التنزيل أن لا يكون فرع الولد مستحقا للتركة بطريق الإرث ،كأن يكون الحفدة من بين و رثة المتوفي – الجد – (صاحب التركة).

فمثلا توفي شخص عن بنت ، بنت ابن أخ شقيق ، فان بنت الابن لا تستحق التنزيل لأنها ترث السدس من التركة فرضا مع أنه لو فرض أبوها حيا كان له ثلث التركة ولو كانت مستحقة للتنزيل استحقت ثلث التركة.

ومنه يتضح :أن لا يكون فرع الولد مستحقا في التركة بطريق الارث ،لأن التنزيل تعويض عما يفوت الفرع من الميراث بسبب حجبه عنه .فاذا كان وارثا ولو قليلا ،لا يجب له التنزيل.(2)

كما ننوه الى إن المشرع الجزائري وفق في اشتراطه لهذا الشرط لأنه يتماشى مع السبب والحكمة التي شرع من أجلها التنزيل والمتمثلة في تعويض الحفدة عما فاتهم من الميراث إن كانوا وارثين لا يستحقون التنزيل وان كانوا غير وارثين من أصولهم يستحقون التنزيل لتوفر هذا الشرط فيهم .

---

(1)-: المادة 171 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ج ر ج ج ، ص 92 .

(2) – بلحاج العربي ،أحكام المواريث ،المرجع السابق ،ص360.

المطلب الثالث : عدم استفادة الحفدة من اصولهم بهبة او وصية اثناء حياته:

طبقا لنص المادة 171 ق.أ.ج والتي جاء فيها : " لا يستحق هؤلاء الأحفاد ..... أو كان أوصى لهم ، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقه بهذه الوصية ، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة "(1)

يتضح لنا من هذه المادة شرط آخر لاستحقاق الأحفاد للتنزيل وهو " ألاّ يكون المتوفى قد أعطى الفرع بغير عِوض ما يساوي مقدار الوصية الواجبة، كأن يَهَبَ له بدون عوض"

فإن أعطاه أقلّ ما يساوي الوصية الواجبة، وجبت له الوصية بما يُكمل المقدار الواجب فيها، وإن كان قد أعطاه بالهبة نصيب الأب، فلا وصية له، وفي حالة إعطائه قيمة أقلّ من نصيب الأب أكمل له بالوصية نصيبه.

ولا يشترط في التنزيل ان يتم في عقد رسمي ،أي لا يحتاج الى شكل رسمي ، وتقبل فيه شهادة الاقارب ومن ثم ،فان قضاة الموضوع بإبطالهم لعقد التنزيل لصالح الورثة ، بحجة انه غير رسمي ،أخطأوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تشترط أي شكل للتنزيل .-قرار المحكمة العليا رقم 80388 بتاريخ 1991/10/29 . (2)

1 - المادة 171 من قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ج ر ج ج ، ص 92 .

2 - - بلحاج العربي ،أحكام المواريث ،المرجع السابق ،ص360.

ملخص الفصل الاول

- على كل شخص ان يوصى لأولاد ولده الذي مات في حياته ،وترتب على ذلك حرمانهم من الميراث لحجبهم منه بالابن او البنت او كليهما .
- فان مات ولم يوص ناب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من راي بعض فقهاء الشريعة كالظاهرية .
- تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الاحفاد ان كانوا اولاد ابن ، ونصيب والدتهم ان كانوا اولاد بنت ،

ولكن لكون هذا النصيب في حقيقته وطبيعته وصية تسري عليه احكام الوصية ، ومن احكامها ان لا تزيد عن ثلث التركة الا بإجازة الورثة ، بشرط ان تكون هذه الاجازة بعد وفاة المورث والمجيز يكون اهلا للتبرع .

- في حالة توزيع التركة يعتبر المتوفى لا يزال على قيد الحياة ويعد من الورثة ويحسب حساب الوارث الحي فيتقرر نصيبه في ضوء ذلك ، ثم يتحول تلقائيا الى اولاده ،فكانه مات بعد اخذ نصيبه .
- ومن شروط التنزيل ان لا تزيد نسبة التنزيل عن ثلث التركة ، وان لا يكون الاحفاد وارثين ، اذ لا يجتمع الميراث مع التنزيل ، وان لا يكون الاحفاد قد استفادوا بهبة او وصية اثناء حياة مورثهم .
- اذا كان النصيب الذي ينتقل الى الاحفاد اقل من الثلث ، فلا يرفع الى الثلث ،لان المشروط ان لا تزيد الحصة عن الثلث ، لا ان لا تقل عنه ، لانهم يستحقون مايستحقه المتوفى .

الفصل الثاني

التنزيل في القانون الجزائري

والتشريع الاسلامي

مدخل :

رأينا في الفصل الاول من هذه المذكرة ما للمواضيع المتعلقة بالميراث من أهمية بالغة في حياة الناس، لما لها من تأثير على الحقوق المالية للأفراد، سيما حق الملكية. ولعل قواعد الميراث من أكثر القواعد حاجة للتفصيل والتدقيق، حتى تبسط ويسهل فهمها .

كما تطرقنا الى مفهوم التنزيل والذ ي يسمى أيضا الوصية الواجبة أو وصية القانون ، وبحثنا في دليل مشروعيته وما توصل اليه الفقهاء والقانونيون حول هذا الموضوع الذي تباينت أفكارهم حوله ، مما ترك نوعا من التخبط والاختلاف القانوني سيما فيما يتعلق بالاجراءات التطبيقية له .

هذه الإشكالية التي من خلال الإجابة عنها سنحاول أن نزيح الغموض أو سوء الفهم ، الذ ي يكتنف قواعد التنزيل، وسنعتمد في ذلك على مقارنة نصوص قانون الأسرة الجزائري بما تناوله علماء الشريعة الإسلامية في هذا الفصل من خلال الخطة التالية :

المبحث الأول : التنزيل في القانون الجزائري

المطلب الأول : قبل صدور قانون الاسرة

المطلب الثاني : بعد صدور قانون الاسرة

المبحث الثاني :التنزيل في التشريع الاسلامي

المطلب الأول :شروط التنزيل ومن يجب لهم

المطلب الثاني : مقدار التنزيل وطريقة استخراجه

المبحث الثالث : أوجه التشابه واوجه الاختلاف بين التنزيل في قانون الاسرة والتنزيل في التشريع الاسلامي

المطلب الأول : أوجه التشابه

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف

المبحث الأول : التنزيل في القانون الجزائري

التنزيل أو الوصية الواجبة صناعة قانونية جاء بها المشرع لحل مشاكل واقعية تتعلق بالأسرة، خاصة هؤلاء الأحفاد الذين يفقدون أباهم أو أمهم في حياة الجد ويجدون أنفسهم محجوبين من الإرث فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت وقد يكونون في عياله يمونهم وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك ظروف وقتية.

ففي الجزائر و قبل صدور قانون الأسرة كان القضاة يعتمدون في أقضيتهم على اجتهادات مختلفة لائمة المذاهب الفقهية و كان على القاضي أن يبحث على أرجح الأقوال في حين لا يكون مرجحا عند آخرين ، الأمر الذي أدى الى اختلاف أحكام المحاكم , استجابة لهذا الأمر الذي عانى منه القضاة دهورا ،صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 م معالجا مسالة التنزيل اخذا بأرجح الآراء التي تحقق المصلحة الاجتماعية تماشيا مع الدين الإسلامي الحنيف .

وقد افرد المشرع لهذا الغرض , تحت الكتاب الثالث المعنون بالميراث ,الفصل السابع منه المكون من أربع مواد تعالج أحكام التنزيل هي المادة 169 والمادة 170 والمادة 171و المادة 172.

وهذا ماسنبحثه في هذا المبحث كالتالي :

المطلب الأول : قبل صدور قانون الاسرة

المطلب الثاني :بعد صدور قانون الاسرة

المطلب الاول : قبل صدور قانون الاسرة :

اختلفت التشريعات في كيفية تنظيم أحكام التنزيل، حيث ذهب المشرّع المصري في قانون الأحوال الشخصية إلى وجوبها لصنف معين من الورثة، هم فرع من يموت في حياة أحد أبويه. فإذا أبرمها الشخص كانت نافذة، وإلا كانت واجبة بحكم القانون؛ فينزل الفروع منزلة أصلهم المتوفى من غير حاجة إلى وثيقة منشئة لهذا الحق(1).

أمّا التنزيل في التشريع الجزائري فقد كان يعرف حتى قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، تحت مصطلح "الغرس" أو الغراسة، حيث يقوم الجد بغرس أحفاده مكان والدهم، أي تنزيلهم منزلة أبيهم في الميراث، يأخذون مقدار ما كان سيأخذه والدهم لو كان حيا (أي يوصى لهم بمقدار ما كان سيأخذه والدهم). أمّا إذا لم يقم الجد بهذا الغرس، فإنّهم يحجبون بمن هم أقرب درجة(2).

وهو اتجاه مخالف لما ذهب إليه ابن حزم القائل بالتنزيل وجوبا .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الوضع في قرار لها جاء فيه : من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا.

ومتى نتبين –في قضية الحال–أن الجد قام بتنزيل أحفاده بواسطة الشهود وعن طريق التوثيق قبل صدور قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بأحقية الأحفاد في تركه جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون . ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

---

(1) – بدران أبو العينين بدران ،المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ،مؤسسة شباب الجامعة ،ط سنة 1975 ،ص167.

(2) – صالح ججيك، مرجع سابق، ص91.

المطلب الثاني : بعد صدور قانون الاسرة :

نص المشرع في قانون الاسرة وفي الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالميراث أربع مواد تعالج أحكام التنزيل من المادة 169 الى المادة 172 وهي :

المادة 169: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية.

المادة 170: " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أنّ لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 171: "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 ، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقلّ من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة.

المادة 172: أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين .

شرح المواد :

يقصد بالتنزيل المنصوص عليه بالمادة 169 وما بعدها تنزيل وارث منزلة الوارث وهذا تعبير مجازي من قانون الأسرة الجزائري، لأنّ القوانين العربية الأخرى عبرت عنه بالوصية الواجبة، وكلاهما واجب بالقانون .

فَنَصُ المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري هو عبارة عن تعريف لقضية التنزيل .

ونَصُ المادة 170 من القانون نفسه يتضح من خلاله أنّ أنصبة المستحقين في التنزيل لا تتعدى ثلث التركة ، فإذا كان مجموع أسهم أصول المستحقين للتنزيل يساوي الثلث أو أقل، كان هو مقدار أسهم الأحفاد، وإذا زاد عليه استحقوا الثلث فقط، وهذا الزائد لا يدخل في التنزيل حتى ولو أوصى به المتوفى للمستحقين، والوصية بالزائد هي وصية اختيارية، ولو أعطاه لهم الورثة من تلقاء أنفسهم فهو هبة .

أما نص المادة171 من هذا القانون أيضا يُقرّ بأنّ الفرع المستحق للتنزيل يجب ألا يكون وارثا لأنّ التنزيل تعويض له.

وفيما يخص المادة 172 فيستفاد منها بأن لا يكون الأصل جدا أو جدة قد أعطى حال حياته للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية كالهبة.

ومن خلال ما تقدم من نصوص قانونية يتضح لنا ان الوصية الواجبة اصبحت تنفذ بقوة القانون من غير حاجة لإثباتها بكتابة او بينة ، حيث لم يشترط المشرع الجزائري في عقد التنزيل أن يكون عقدا رسميا وهذا ما قررته المحكمة العليا في قضائها .

ومن هنا نلمس ان المشرع الجزائري وفق لحد ما في ضبطه لشروط التنزيل و التي من خلالها ترجم حكمة الشارع من تشريعه هذا وهي تعويض الحفدة عن ما فاتهم من الميراث ولتغطية عوزهم وفقرهم خاصة وهم في حالة اليتم وهذا ما يتفق وروح الشريعة السمحاء .

الا ان الشروط التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية سابقة الذكر على المستوى النظري تبدو واضحة وبسيطة لكنها على المستوى التطبيقي يجد الأشخاص المطالبون بإعداد فريضة التنزيل صعوبات في تطبيقها وخاصة إثبات الهبة أو الوصية ،

كذلك قد يتطلب الأمر شهود يشهدون على أن الجد أو الجدة لم يهبا شيئا للحفدة في حياتهم.

وقد يحتاج المنزلون لشهود يشهدون على أن المورث المباشر الذي هو الأم أو الأب لم يكن لو تركة شرعية ورثها هؤلاء الحفدة وهذا الشرط نصت عليه المادة 172 ق.أ .ج.

ان عدم الدقة في صياغة مضمون المواد التي عالجت موضوع التنزيل أوجدت عدة اشكالات في التطبيق ،ارهقت الموثقين وأرقت القضاة وما زالت تنتظر أجوبة شافية كافية من المشرع .ومن هذه الاشكالات :

- لم يفصح النص القانوني بصورة جلية عن الحفدة المستحقين للتنزيل هل هو مطلق الفروع من الجهتين (اولاد الابناء واولاد البنات) ام ان الامر يقتصر على اولاد الذكور فقط ،ومرد الخلاف في هذه المسألة هو علة المشرع من تشريعه هذا هل هو الحاجة او التعويض ؟
- يرى الأستاذ صالح ججيك (1) بأن المقصود بالأحفاد حسب المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري هم أولاد الذكور فقط دون أولاد البنات، مستندًا في ذلك إلى الترجمة الفرنسية للمادة 169 من قانون الأسرة الجزائري، والتي قابلت عبارة مورّثهم "بعبارة " Des descendant d' un Fils " والتي تعني تنزيل أولاد الذكور فقط.

---

(1) – صالح جيجك، الميراث في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 91.

والملاحظ ان تفسير العبارة بهذا الشكل خاطئ لأن العبرة بالنص العربي ، فاذا ما وجد تناقض بين النصين العربي والفرنسي اخذنا بالنص العربي. والذي تفيد فيه عبارة – مورثهم- الاب والام على حد سواء ،كما ان المادة 172 ق أ ج تنص على اشتراط الا يكون الاحفاد قد ورثو من ابيهم او امهم – بهذه العبارة الواضحة –للتعبير عن المورث ،وعليه فالحفدة المقصودين هم اولاد الابناء واولاد البنات .

وفي هذا الصدد نسجل ما ذكره الشيخ "حماني" رحمه الله في كتابه "فتاوى الشيخ حماني "إذ تمنى لو أن القانون الأسرة جعل للأخذ بالتنزيل أثرا رجعيا ليعود إلى 1954،لأن كثيرا من شهداء الواجب تركوا أبناء عاشوا في حرمان وأعمامهم يقتسمون الهكتارات والأموال، ولا ذنب لهؤلاء الأحفاد سوى أن أباءهم ضحوا في سبيل أن تنعم الجزائر بالحرية والاستقلال حيث قال :" ومن الحق أن يجعل له اثر رجعي الى سنة 1954م ،ليشمل كثيرا من ابناء الشهداء الذين ماتوا فداء للوطن في حياة والدهم ،فلما فتح أبناؤهم أعينهم وجدو الاباء ماتوا ، ثم لحق بهم الجد ، والاعمام يشحون عليهم بالأرض والميراث .

ان قانون (الوصية الواجبة) في قانون الاسرة من خير ما جاء فيه ،لولا هذا النقص ، واننا لنرجو من أولي الامر ، ومن الولاة أن ينظروا الى مثل هذه الحالات بعين العطف والتبصر ، وجبر الحالات الشاذة التي غفل عنها القانون ."(1)

وأصل وجوب التنزيل كما يرى جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم أئمة الفقه والحديث هو آية الوصية، التي رأيناها والمذهب القائل بالتنزيل هو المذهب الحنفي.

وعلى الرأي القائل بشمول لفظ الحفدة لفروع الابن والبنت ،يطرح اشكال اخر يتمثل فيما يلي :

هل التنزيل يسري على الطبقة الاولى من ابناء البنت ام على سائر الطبقات مهما نزلت ؟

ونفس الاشكال يطرح بالنسبة لبنت الابن هل تنزل وان نزلت طبقتها كأبناء الابن ؟ أم أن الأمر يتوقف على الطبقة الاولى فقط دون فروعها لانهم من اولاد البطون الذين يتصلون بالميت بأنثى ؟

---

(1)- الشيخ احمد حماني ، المرجع السابق ، ص282.

والجواب ان النص القانوني صريح والقاعدة المعهودة هي التقيد بما نص عليه القانون دون مجاوزة أو توسع ، والنص مطلق من غير تخصيص لفئة دون اخرى .

وما دام القانون قد استند الى مذهب ابن حزم في القول بالوصية الواجبة ،كان الأصوب للمشرع أن يسير برأيه جملة كاملا غير مبتور ،فينص على شمول الوصية للحفدة من جهة الأبناء والبنات على السواء حتى يزول التردد في تفسير لفظة الأحفاد. وفي كل الحالات فقد جاءت قرارات المحكمة العليا في مجملها مؤيدة لهذا الاتجاه .

وسوف نتطرق في المبحث الثاني من هذا الفصل الى اقوال واراء فقهاء التشريع الاسلامي فيما يخص مسائل التنزيل ومدى حجيتهم في ذلك .

المبحث الثاني : التنزيل في التشريع الاسلامي

القائلون بوجوب التنزيل، أو الوصية الواجبة استدلوا ببعض نصوص القرآن الكريم، والسنّة النبوية، إضافة إلى القواعد الفقهية ، ومن هذه القواعد قاعدة : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة ،

ومعنى القاعدة هو أنّ نفاذ تصرف الراعي على الرعية ولزومه عليهم شاؤوا أو أبوا معلّق ومتوقف على وجود الثمرة والمنفعة ضمن تصرفه.

وذلك لأنّه يُخوّل لولي الأمر أن يتصرف فيما هو مباح قصد تحقيق المصلحة العامة وهي مصلحة الأحفاد، فتصرف ولي الأمر مقيّد بالمصلحة، وإن كان غير ذلك فلا يصح تصرفه

وقضية الوصية الواجبة تدخل ضمن هذه القاعدة، لأنّ القاضي يتدخل ويوصي للأحفاد في حالة ما إذا لم يوص الجد لهم مراعاة لمصلحتهم، وتصرفه نافذ (1).

وبعد مابيناه في الفصل الاول من هذا البحث فيما يخص الادلة الشرعية التفصيلية التي استند عليها القائلون بالوصية الواجبة سوف نقتصر في هذا الفصل على الاجراءات التطبيقية التي توصل اليها اجتهاد علماء الشريعة في هذا الباب وسوف نوضح ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول :شروط التنزيل ومن يجب لهم

المطلب الثاني : مقدار التنزيل وطريقة استخراجه

(1) – مجموعة من العلماء ، المجموع النفيس في فقه المواريث ، دار ابن الجوزي ، القاهرة ، ط2007 ، ص 573.

المطلب الأول :شروط التنزيل ومن يجب لهم

سبق الحديث أن جذور التنزيل من حيث المبدأ مؤسسة انطلاقا من قوله تعالى قوله تعالى:

"كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حضَرَ أَحَدَكُم الموت إن تركَ خيراً الوصية للوالدينْ والأقْرَبِين بِالمعْرُوف حقا عَلَى المتَّقِينْ ". البقرة 180 ، ومن عموم نصوص وقواعد ومقاصد الشريعة الاسلامية .

حيث أن القول بإعطاء جزء من مال المتوفي لِلْأقربين غير الوارثين على أنه وصـــية وجبت في ماله إذا لم يوصّ لهم مذهب ابن حزم ، واختيار ابي بكر عبد العزيز من الطبقة الثالثة من فقهاء الحنابلة، وقول داود، وحكي عن مسروق وطاووس وإياس وقتادة وابن جرير. ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين، ورواية في مذهب الإمام أحمد، وهو والله أعلم اختيار أبي بكر عبد العزيز صاحب الخلال .

لما كان ذلك وكان الثابت مما تقدم أن القائلين بوجوب الوصـــية للأقربين الذين لا يرثون فقيه الحنابلة وشـــيخهم في عصـره أبو بكر عبد العزيز كما نقله ابن قدامة في "المغني في شـرح مختصـر الخرقي" ، وكما هو منقول عنه في "شـرح المقنع" وفي كتاب "الفروع" لابن مفلح.

الا أن تفريعاته وشروطه اجتهاد عصري في ظل القواعد العامة للميراث والوصية .

فللتنزيل مجموعة من الشـــروط لابد أن تتوفر فيه تحقيقا للعدل في توزيع التركة دون غمط أو اجحاف في حق الورثة سواء كانوا ورثة الجد المقربين أو الحفدة الايتام وهي :

* وفاة المورث قبل أصله (أبا أو أما) ويلحق به :

– من توفي مورثه مع أصـــله في وقت واحد كالغرقى والهدمى والقنبلة في الحروب والحوادث التي تأتي على حياة اثنين فأكثر .

– فروع المحكوم بموته بسبب فقدانه.

* أن لا يكون الحفدة وارثين للجد أو الجدة مهما قل أو كثر نصيبهم بالارث

* أن لا يكونوا قد ورثو من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. (1)

1- اقروفة زبيدة ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ،المجلد 10، العدد1(2017)،ص39،ص40.

*** – من يجب لهم التنزيل :**

جاء في المحلى : فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق واما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم من الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه لا حد في ذلك ، فإن لم يفعل أعطوا ولا بدّ ما رآه الورثة أو الوصيّ.

فإن كان والداه، أو أحدهما على الكفر، أو مملوكا ففرض عليه أيضا أن يوصي لهما، أو لأحدهما إن لم يكن الاخر كذلك، فإن لم يفعل أعطي، أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصي فيها شاء بعد ذلك

فإن أوصي لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه .

والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي يعرف به إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضا: هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه لأن هؤلاء في اللغة أقارب، ولا يجوز أن يوقع على غير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان.

برهان ذلك من قوله تعالى:﴿ الوصية للوالدين والأقربون بالمعروف حقا على المتقين﴾فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم﴾﴿ البقرة 180-181 ، فهنا فرض كما نسمع، فخرج به الوالدان والأقربون الوارثون، وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض.

وإذ هو حق لهم واجب فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض إخراجه لمن وجب له إن علم هو، ولم يأمر بإخراجه، واذا أوصى لمن أمر به فلم ينه عن الوصية لغيرهم ، فقد أدى ما أمر به وله أن يوصي بعد ذلك بما أحب.

ومن أوصى لثلاثة أقربين فقد أوصى للأقربين، وهذا قول طائفة من السلف: روينا من طريق عبد الرزاق بن معمر وابن جريج كلاهما عن عبد الله بن طاوس عن أبيه ، قال: من أوصى لقوم وسماهم وترك ترك ذوي قرابته محتاجين أنتزعت منهم وردت على ذوي قرابته ، فإن لم يك في أهله فقراء فلأهل الفقر من كانوا ومن طريق عبد الرزاق معمر عن قتادة عن الحسن قال: إذا أوصى في غير أقاربه في بالثلث جاز لهم ثلث الثلث وردّ على أقاربه ثلثا الثلث.

ومن طريق الحجاج بن المنهال أبو هلال عن قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال فيمن أوصى لثلاثة في غير قرابته فقال للقرابة الثلثان ولمن أوصى له الثلث.

ومن طريق اسماعيل بن اسحاق القاضي نا علي بن عبد الله–هو ابن المديني– نا أبو معاوية الضرير نا الأعمش عن مسروق أنه قال: إن الله قسم بينكم فأحسن القسمة، وإنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضل، أوص لقرابتك ممن لا يرث، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه

ومن طريق اسماعيل سليمان بن حرب نا حماد بن سلمة عن عطاء بن أبي ميمونة قال سألت سالم بن يسار، والعلاء بن زياد عن قول الله :﴿ إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة 180 فدعوا بالمصحف فقرأ هذه الآية فقالا هي للقرابة.

ومن طريق اسماعيل نا علي بن عبد الله نا معاذ بن هشام الدستوائي، حدثني أبي عن قتادة عن عبد الملك بن يعلى: أنه كان يقول فيمن يوصي لغير ذي القربى وله ذو قرابة ممن لا يرثه: أنه يجعل ثلثا الثلث لذوي القرابة وثلث الثلث لمن أوصى له به.

ومن طريق اسماعيل نا محمد بن عبيد نا محمد بن ثور عن معمر عن قتادة في قول الله تعالى::﴿ إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين﴾ البقرة 180 قال نسخ منها الوالدان، وترك الأقارب ممن لا يرث.

ومن طريق اسماعيل نا الحجاج بن المنهال نا حمّاد بن سلمة عن اياس بن معاوية قال: هي للقرابة يعني الوصية. وبوجوب الوصية للقرابة الذين لا يرثون يقول اسحاق وأبو سليمان.

*- وقال أخرون: ليس ذلك فرضا، بل له أن يوصي لغير ذي قرابته.

وهو قول الزهري، وسالم بن عبد الله بن عمر، وسليمان بن يسار وعمرو بن دينار ومحمد ابن سيرين، وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي وسفيان الثوري ومالك والشافعي.

واحتجوا بحديث الذي أوصى بعتق الستة الأعبد، ولا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة فقالوا هذه وصية لغير الأقارب.

وقال أبو محمد لا حجة لهم فيه ، لأنه ليس فيه بيان أنه كان يعد نزول الآية المذكورة، ونحن لا نخالفهم في أن قبل نزولها كان للمرء أن يوصي لمن شاء، فهذا الخبر موافق للحال المنسوخة المرتفعة بيقين لا شك فيه قطعا، فحكم هذا الخبر المنسوخ بلا شك والآية واقعة لحكمه ناسخة له بلا شك.

ومن ادعى في الناسخ أنه عاد منسوخا، وفي المنسوخ أنه عاد ناسخا بغير نص ثابت وارد بذلك فقد قال الباطل وفقا ما لا علم له به، وقال على الله تعالى ما لا يعلم وترك اليقين وحكم بالظنون وهذا محرم بنص القرآن.

ونحن نقول: إن الله تعالى قال: ﴿ تِبيانا لِكُلِ شَيْءٍ﴾ النحل 89 فنحن نقطع ونبت ونشهد أنه لا سبيل الى نسخ ناسخ، ورد حكم منسوخ دون بيان وارد لنا بذلك، ولو جاز غير هذا لكنا من ديننا في لبس، ولكننا لا ندري ما أمرنا الله تعالى به مما نهانا عنه، حاشا لله من هذا- فظهر لنا بطلان تمويههم بهذا الخبر.(1)

---

1 -ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، تحقيق أحمد شاكر، ج9 – 2010، دار التوثيقية للطباعة ، ص390.

المطلب الثاني : مقدار التنزيل وطريقة استخراجه

جاء في المحلى: ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث–كان له وارث او لم يكن له وارث أجاز الورثة أو لم يجيزو– صح من طرق سعد بن أبي وقاص أنه قال: ((عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : أوصي بماله كلّه؟ قال:لا قلت: فالنصف: قال: لا، قلت: فالثلث، قال: نعم، والثلث كثير)).

وقال مالك ان زادت وصيته عن الثلث بيسير كالدرهمين، ونحو ذلك جازت الوصية في كل ذلك– وهذا خلاف الخبر، وخطا في تحديد ما ذكر دون مازاد أو نقص، ولا تخلو تلك الزيادة– قلت أو كثرت– من أن تكون من حق الموصي أو حق الورثة، فإن كانت من حق الموصي فما زاد على ذلك فمن حقه أيضا، فينبغي أن ينفذ، وإن كانت من حق الورثة فلا يحل للموصي أن يحكم في مالهم.

وقال مالك وابن شبرمة، والأوزاعي، والحسن بن حي، والشافعي، وأحمد وأبو سليمان ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث، كان له وارث أو لم يكن.

قال أبو محمد: احتج المجيزون لذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد:((الثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)).

قالوا: فإنما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم العلة في أن لا يتجاوز الثلث في الوصية أن يغني الورثة فإذا لم تكن له ورثة فقد ارتفعت العلة فله أن يوصي بما شاء؟.

وقالوا: هو قول ابن مسعود ولا يعرف له من الصحابة مخالف؟.

وقالوا: فلما كان مال من لا وارث له انما يستحقه المسلمون، لأنه مال لا يعرف له ربّ، فإذا هو هكذا ولم يكن فيه لأحد حق فلصاحبه أن يضعه حيث شاء؟

وقالوا: كما للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء فكذلك لصاحبه؟ ما لم نعلم لهم شيئا يشغبون به غير هذا وكله لا حجة لهم فيه.

أما قولهم: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل العلة في أن لا يتجاوز الثلث غنى الورثة فباطل من قولهم؟ ما قال عليه الصلاة والسلام:((الثلث والثلث كثير)) فهذه قضية قائمة بنفسها، وحكم فصل غير متعلق بما بعده ثم ابتدأ عليه الصلاة والسلام قضية أخرى مبتدأة قائمة بنفسها، غير متعلقة بما قبلها، فقال:((إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)).

برهان صحة هذا القول: أنه لا يحل أن ينسب ال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه علّل علّة فاسدة منكرة، حاش له من ذلك، ونحن نجد له عشرة من الورثة فقراء ولم يترك إلا درهما واحدا فإن له بإقرارهم أن يوصي بثلثه، ولا يترك لهم ما يغنيهم من جوع غداء واحدا، عشاءا واحدا، ونحن نجد من لا يترك وارثا إلا

واحدا غنيا موسـرا أو مكثرا ولا يخلف إلا درهما واحدا، فليس له عندهم ولا عندنا أن يوصـي إلا بثلثه وليس له غنى فيما يدع له؟ ولو كانت العلة ما ذكروا، لكان من ترك ابنا واحدا، وترك ثلاثمائة ألف دينار، يكون له أن يوصي بالنصـف، لأن له فيما يبقى غنى الأيد، فلو كانت العلة غنى الورثة لروعي ما يغنيهم على حسـب كثرة المال وقلته–وهذا باطل عند الجميع.

فصـحّ أنّ الذي قالوا باطل، وأنّ الشـريعة في ذلك إنما هو تحديد الثلث فما دونه فقط–قلّ المال أو كثر، كان فيه للورثة غنى أو لم يكن–.(1)

ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المرجع السابق ، ص393.

طريقة استخراج التنزيل من التركة :

اختلفت النظم التشريعية العربية في طريقة استخراج التنزيل من التركة وسنقتصر على طريقة المصريين وطريقة الجزائريين في استخراج التنزيل .

1- الطريقة المصرية :

لم ينص القانون على طريقة استخراج الوصية الواجبة من التركة صراحة، واختلفت دوائر المحاكم الشرعية، وبعض الجهات العلمية في طريقة استخراجها في أول العمل بقانون الوصية الواجبة.

والقانون المصري وان لم ينصص على الطريقة تصريحا، لكنه أرشد الى ما يجب مراعاته عند استخراجها في المادة71 ونصها:" إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات معه ولو حكما يمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا لو كان حيا بعد موته وجبت للفرع التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث.

فهذا الجزء من المادة يبين:

1- أن مقدار الوصية هو ما كان يستحقه هذا الولد المتوفى في حيات أبيه من ميراث لو كان حيا فلا يتجاوزه.
2- أن هذا المقدار لا يزيد عن ثلث التركة كلها مهما زاد نصيب الولد المتوفى على معنى أننا نوازن بين نصيب هذ الولد المتوفى وثلث التركة، ونجعل أقلهما هو مقدار الوصية.
3- أن التنفيذ يكون على أساس أن الخارج وصية لا ميراث، ومعنى هذا أن يخرج من جميع التركة حتى لا يتأثر به بعض الورثة دون البعض الآخر.

ولعل الحل الوحيد الذي يتمشى مع الأمور السابقة الثلاثة هو أن نفرض الولد الذي مات في حياة أصله حيا، ثم نقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه، ثم نوازن بين النصيب، وثلث التركة، ونجعل أقلهما هو مقدار الوصية فنعطيه لأولاده، ثم نقسم باقي التركة على أنه كل التركة بين الورثة الحقيقيين على حسب الفريضة الشرعية.

والحل الذي يفيده افتراض وجود ولد صاحب التركة هو الذي تفيده المادة (76) من قانون الوصية اذ نصها: إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات في حياته، أو مات معه ولو حكما، يمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته: وجبت للفرع الوارث في التركة وصية بقدر هذا النصيب.

هذه الطريقة التي يجب اتباعها في استخراج الوصية الواجبة لأنها تتفق مع القواعد التي وضعها القانون وتستفاد من بعض عباراته.

ولا يعلمن فيها أنها لا تحقق المساواة بين فرع الولد المتوفى، ومن يستحق الاولاد الموجودين فعلا، لان القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى، ومن يستحق من الاولاد الموجودين، وانما اشترط القانون المماثلة بين ما كان يستحقه الولد المتوفى، وما يعطى بالوصية الواجبة، وهذه المماثلة ثابتة وقائمة في هذه الطريقة.(1)

1 - الطريقة الجزائرية :

لاستخراج مقدار الوصية الواجبة لابد من اتباع ثلاث خطوات اساسية وهي :

1- تحل المسالة على فرض حياة أصل صاحب الوصية الواجبة ومعرفة نصيبه .

2- يطرح نصيب هذا الاصل من التركة اذا كان في حدود الثلث 1/3 ، فاذا زاد عنه طرحنا الثلث 1/3 من التركة واعطيناه لصاحب الوصية الواجبة .

3- يقسم الباقي من التركة على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر الى أصل صاحب الوصية الواجبة .

1- بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها ، مؤسسة شباب الجامعة ، ط سنة1975 ،ص 177.

المثال :

توفي عن زوجة ، وابن،وبنت ،وابن بنت توفيت في حياة ابيها . والتركة 192هكتارا .

الورثة : زوجة ، ابن + بنت

الفروض : 1/8 الباقي الاصل : 8

السهام : (1) (7) قيمة السهم : 8/192 = 24

نصيب الزوجة : 1*24 =24 هكتارا

نصيب الابن والبنت : 7*24 =168 هكتارا

تقسيم 3/168= 56 هكتارا فيكون هو نصيب البنت، فيعطى لابنها وصية واجبة لانه لا يزيد على الثلث 1/3 التركة ،بل اقل من الثلث الذي هو 64 هكتارا .

ثم نقسم الباقي وهو (192-56)=136 هكتارا على كل من الزوجة والابن .

الورثة :	زوجة	وابن الاصل :8
الفروض :	1/8	الباقي قيمة السهم الواحد
السهام :	(1)	(7) 8/136=17
الانصباء	(17)	(119) .....(1)

1- بلحاج العربي، أحكام المواريث ، المرجع السابق ،ص362 ،ص363.

المبحث الثالث : أوجه التشابه واوجه الاختلاف بين التنزيل في قانون الاسرة والتنزيل في التشريع الاسلامي

شرّع الله عزّ وجلّ كل من الوصية والميراث للحفاظ على أموال الناس بعد وفاتهم، ووضع أحكام تضبط هذين النظامين، أما الوصية الواجبة أو التنزيل للأحفاد فهو مشرع قانونا مراعاة لحالتهم بعد فَقْد أصلهم، وفيما يلي سنتعرف على العلاقة بين والوصية الواجبة (التنزيل) والميراث.

فهل الوصية الواجبة ميراث أم وصية أم مزيج بين كليهما ؟

المطلب الأول : أوجه التشابه

التنزيل كيان قانوني مستقل عن الوصية الاختيارية، وإن أخذ بعض أحكامها، كما أنه ذو طبيعة مستقلة عن الإرث وإن ورد ضمن أحكامه

أولا :التنزيل والميراث

* وتتميز التنزيل عن الميراث بأن مصدرها القانون لا إرادة الموصي،

* وأن نصابها يتحدد مبدئيا في المقدار الذي كان سيرثه موروث الأحفاد أو الأسباط عن أصله المتوفى على أن لا يتجاوز الثلث،

* كلاهما واجب، فلا يتوقف كل منهما على إجازة الورثة .

* أنهما لا يتوقفان على قبول وأنهما لا يردا برد أحد وأن قسمة التنزيل كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وأن كل فرع يحجب فرعه،

* وبالتالي ينطبق على التنزيل أحكام الميراث أثناء عملية التقسيم .

إذن قانون الأسرة الجزائري يعتمد على قواعد الميراث في حل مسائل التنزيل ، فهو لم يبتكر طريقة جديدة، إضافة إلى أنّ استحقاق الميراث لا أحد ينكره ، ولا دخل فيه لا للورثة ولا للميت، كذلك التنزيل ، إذا لم يوص الجد للأحفاد فإنّ القاضي له سلطة الإيصاء، وبالتالي فقانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي يتفقان من هذه الناحية

* و كما أنّه معلوم لدينا أنّ القتل يعد مانعا من موانع الميراث ،كذلك في التنزيل لابد للفرع ألا يكون قاتلا للمورث .

ثانيا :التنزيل والوصية

* التنزيل يأخذ أحكام الوصية بخصوص النصاب.

المطلب الثاني : أوجه الاختلاف

أولا :التنزيل والميراث

* التنزيل ليس ميراثا

* التنزيل يثبت تعويضا للفرع عما فاته بموت أصله في حياة أبيه أو أمه ، أما الميراث فيثبت ابتداءً .

* يُغني عن التنزيل ما يعطيه الجد لفرع ولده بدون عوض، أما الميراث فلا يغني عنه شيء.

* في التنزيل كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، أما في الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه.

*** فواضع قانون التنزيل انطلق من فكرة توريث الأحفاد مع وجود أعمامهم، ولما صَعُبَ عليه إقرار ذلك ، لجأ إلى ما سمّاه التنزيل مادامت تحقق ما يحققه الإرث كي يتجنّب مخالفة الشرع .

***** ومنه نستنتج أنّ قانون الأسرة الجزائري يختلف عن الفقه الإسلامي في أحكام التنزيل، لأنّ القانون جعل التنزيل خلافة إجبارية مثلها مثل الميراث، في حين أنّ الخلافة الإجبارية الوحيدة في الفقه الإسلامي هي الميراث ولا وجود لغيرها، فهو نظام عادل يحفظ الأموال بعد موت أصحابها

ثانيا :التنزيل والوصية

* التنزيل وصية واجبة بحكم القانون تمييزا له عن الوصية الاختيارية الواجبة ديانة ،

* ينحصر محل التنزيل في تركة الأجداد دون سواهم،

* يتميز التنزيل بانه لا يصح إلا لأبناء الابن وأبناء البنت حصرا عكس الوصية الاختيارية التي تصح للقريب والبعيد ولمن يوجد ولمن سيولد .

* وتتميز بأنها لا تتوقف على قبول، وتثبت لمستحقيها بمجرد الوفاة. فليس للقبول فيها موضوع وليس للرد فيها محل.

* وإن ردها أصحابها كانت تبرعا منهم.

خاتمـــة

خاتمـــــــــة

اتينا الى نهاية بحثنا هذا بتوفيق الله ومنته ،فلله الحمد والشكر على توفيقه وتيسيره لنا مراحل هذه المذكرة .

فقد تطرقنا الى موضوع من أهم المواضيع التي كثر فيها الجدل بين علماء الامة قديما وحديثا وبين قانونييها ومفكريها ،وبعد ان تطرقنا الى مختلف الآراء والاتجاهات في موضوع التنزيل يمكننا أن نخرج بخلاصة شاملة نجملها فيما يلي :

- التنزيل اجتهاد فقهي معاصر تلقته الأمة بالقبول واعتمدته الدول في قوانينها ،وذلك استنادا على كتاب الله سبحانه وحديث رسوله صلى الله عليه وسلم وعلماء الأمة عبر العصور وليس لاحد أن ينتقص من أهمية هذا الموضوع أو يرفضه . فهو ليس ميراثا وان كان يأخذ بعض أحكامه كما أنه ليس وصية وان كان يستند الى أحكامها .
- يستند التنزيل مع ماذكرنا على طاعة أولي الأمر فيما لا يتعارض مع النصوص الشرعية ، وفي ذلك اهتماما ورعاية لفئة من الناس هي اقرب للميت من غيرها ،وبالتالي فطاعته واجبة ،خاصة وانها في سياق عمل خيري يهدف الى صلة الرحم وبرها ، ورعاية اليتيم والعطف عليه ،ونشر الألفة والمحبة بين أفراد العائلة الواحدة ،وكل ذلك مشروع ومرغوب فيه .
- لما كان التنزيل اجتهاد فقهي ، وأنه ليس ميراثا ، فلا يمكن أن نقول بحرمان أبناء البنات منه ،بل هم من أولي الأرحام الذين أمر الله بصلتهم ، والقول بانهم يرثون بالتنزيل وبأنهم قد يرثون بكونهم من أولي الارحام أيضا قول مردود ،لان المشرع اشترط عدم ميراثهم حتى يستفيدوا من التنزيل .
- لم ينص المشرع على طريقة توريث الأحفاد مما سبب اختلافات في تطبيق هذه النصوص المتعلقة بالتنزيل ،فحبدا لو وضع المشرع موادا تنظيمية يتبعها الفراض والموثقون في تطبيقات التنزيل .
- من الواجب نشر تعاليم ديننا الحنيف وما يتعلق بكتابة الوصية ابتداءا حتى لا يلجأ القضاء الى تطبيق التنزيل لأن ذلك أكثر برا وصلة ، وأجدى في نشر المودة والرحمة بين القلوب ، وتحصين المجتمع والاسرة من الانشقاق والتمزق .
- اللهمّ إننا بك امنا واليك انبنا واليك المصير، وهذا جهدنا ضعيف بين يديك ، فما كان منا من تقصير فاجبره بسعة عفوك، واقبل منا ماكان صالحا، وأصلح لنا ما كان فاسدا، واجعل خوفنا كله منك، ورجاءنا كله فيك .واخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

الملاحق

القرار رقم 258898 بتاريخ 2001/02/21

حيث أن المدعو (ب- ز) يطلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ 1999/11/21 و القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة عنابة بتاريخ 1998/11/16 و القاضي بقبول الاعتراض شكلا و في الموضوع تعين الموثق الأستاذ كركوب رشيد الكائن مقره 7 شارع بوخصومة حسين للقيام بإجراءات لتسجيل المسكن (...) باسم جميع الورثة وذلك تبعا للفريضة المؤرخة في 1997/03/29.

- حيث استند الطاعن في طلبه على وجهين .

- حيث أن المطعون ضدهم طلبوا رفض الطعن .

- حيث التمست النيابة العامة نقض القرار المطعون فيه .

عن الوجه الأول : المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون , بدعوى أن المجلس أيد الحكم ذاكرا " بان الإرث عن طريق التنزيل لا يفرق بين البنات أن كانت وحدهن دون الذكور أو البنات مع الذكور "رغم أن المادة 169 من قانون الأسرة تستعمل المصطلح "أحفاد"و هذا يعني الذكور لوحدهم أو الذكور و البنات معا و بدلك لا يتعلق بالبنات وحدهن و عليه لا تنطبق هذه المادة على الحفيدات في غياب وريث ذكر معهن و في غياب نص صريح فان الشريعة الإسلامية هي التي تطبق وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

حيث انه بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون و صريحه إذا لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة التي توجب تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة الجد و النعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور وحدهم مردود عليه لغة و قانونا 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 الطاعن إذا تنص على أن التنزيل يكون على قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أما القول بأعمال الشريعة الإسلامية فقانون الأسرة مستمد منها و عليه فالوجه غير مؤسس مما يتعين رفضه و دون التعرض للوجه الثاني لتشابهما .

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بقبول الطعن شكلا و رفضه موضوعا مع إلزام الطاعن بالمصاريف القضائية

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد و العشرين من شهر فيفري من سنة ألفين وواحد ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتكونة من السادة

عنوان الموقع : http://www.ingdz.net/vb/archive/index.php/t-18993.html

التاريخ والساعة : الجمعة 04مايو2018 على الساعة 08 و30 دقيقة.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : قائمة المصادر

1	القران الكريم
2	البخاري ، صحيح البخاري: (كتاب الفرائض / باب ميراث الزوج مع الولد وغيره .
3	مسلم بن الحجاج ،صحيح مسلم ،دار المغني ،الرياض ،ط1، 1998.
4	مالك ، الموطأ : (كتاب الوصية / باب الأمر بالوصية ،ج 2.
5	ابي الفضل جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر بيروت ،بدون طبعة ، المجلد11،
6	أبي محمد علي بن احمد ابن حزم : المحلى ،تحقيق محمد شاكر ،المكتبة التوثيقية .
7	محمد الزرقاني ،شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك ، طبعة 1987 ،دار المعرفة ، بيروت لبنان.
8	قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة ، ج ر ج ج ،
9	محمد الصادق الشطي ،لباب الفرائض ، دار المغرب الاسلامي ط. 2، س. 1988، ص148.

ثانيا	قائمة المراجع
1	أحمد حماني ،فتاوى الشيخ احمد حماني –راجع اصولها وصححها الاستاذ احمد صابر،عالم المعرفة –الجزائر،الطبعة 1-2012 ،الجزء 4.
2	بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة والقانون ونصوص القوانين الصادرة بشأنها ، مؤسسة شباب الجامعة ، ط سنة1975 ،
3	بلحاج العربي ،أحكام المواريث ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط4 2010
4	دغيش احمد :التنزيل في قانون الاسرة الجزائري ،دار هومة ،الجزائر ،ط 2 ، 2010.
5	صالح جيجيك الورثلاني : الميراث في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الثانية 2008.
6	عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم ،مؤسسة الرسالة ،ط3 سنة2000،الجزء 10 .
7	محمد ابو زهرة ،أحكام التركات والمواريث ،دار الفكر العربي، القاهرة ،دون طبعة ولا سنة النشر ،
8	محمد علي السايس –كلية الشريعة – تفسير آيات الاحكام ، مطبعة محمد علي صبيح ، مقرر السنة الاولى ،بدون طبعة ولا سنة الطبع.
9	محمد محدة ،التركات والمواريث ، دراسة مدعمة بالأحكام والقرارات القضائية ، دار الفجر،الجزائر ،ط1 ،2004.

10	مصطفى ابراهيم الزلمي :احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ،دار النشر احسان للنشر والتوزيع ،2012،
11	مجموعة من العلماء ، المجموع النفيس في فقه المواريث،الطبعة الأولى ،2007.
ثالثا	**قائمة المجلات والرسائل الجامعية**
1	اقروفة زبيدة ، مجلة الواحات للبحوث والدراسات ،المجلد 10 ،العدد1ا (2017).
2	بشور فتيحة ، مجلة معارف – قسم العلوم القانونية ،السنة التاسعة ،العدد 18 ،جوان 2015.
3	محمد علي محمود يحي ،أحكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بجامعة النجاح ، نابلس فلسطين ،2010 .

الفهرس

الفهرس

فهرس المحتويات	الصفحة
الاهداء	
شكر وتقدير	
المقدمة	6-2
الفصل الأول : ماهية التنزيل وأركانه وشروطه	32-8
تمهيد	8
المبحث الأول : مفهوم التنزيل ودليل مشروعيته	9
المطلب الأول : تعريف التنزيل لغة واصطلاحا	9
المطلب الثاني : دليل مشروعية التنزيل	12
أولا : من القران الكريم	15-12
ثانيا : من السنة النبوية الشريفة	19-16
ثالثا : في القانون الجزائري	21-20
المبحث الثاني :أركان التنزيل	22

المطلب الأول :المنزل (الموصي)وخصائصه	23
المطلب الثاني :المنزل (الموصى له)	25-24
المطلب الثالث : محل التنزيل	26
المبحث الثالث : شروط التنزيل	27
المطلب الأول : مقدار نصيب الحفدة	29-28
المطلب الثاني : عدم ميراث الحفدة من ا/الأصول	30
المطلب الثالث :عدم استفادة الحفدة من أصولهم بهبة أو وصية اثناء حياتهم	31
ملخص الفصل الأول	32
الفصل الثاني :التنزيل في القانون الجزائري والتشريع الاسلامي	51-34
مدخل الفصل الثاني	34
المبحث الأول : التنزيل في القانون الجزائري	35
المطلب الأول : قبل صدور قانون الأسرة	36
المطلب الثاني : بعد صدور قانون الأسرة	40-37
المبحث الثاني :التنزيل في التشريع الاسلامي	41
المطلب الأول : شروط التنزيل ومن يجب لهم	44-42
المطلب الثاني : مقدار التنزيل وطريقة استخراجه	49-45

المبحث الثالث : أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين التنزيل في قانون الأسرة والتنزيل في التشريع الاسلامي	**51-50**
الخاتمة	53
الملاحق	60-55
المصادر والمراجع	64-62
الفهرس	68-66