

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري تيزي وزو
كلية الحقوق نظام ل.م.د.
حملات

مذكرة

لنييل شهادة الماستر
تخصص : القانون الخاص

العنوان

التنزيل

في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

أعضاء المناقشة :

الأستاذة: أعمارة نبيلة (رئيسة)
الأستاذ : بويصري سعيد (مشرف و مقرر)
الاستاذ : لخضاري أعمر (ممتحن)

من إعداد الطالب :

حيرش مهدي

1436 هـ / 2015 م

الإهداء

إلى أصحاب القلوب الطاهرة ، و النفوس العامرة بالإيمان و الإخلاص ، أتقدم
بجزيل الشكر لكل يد حانية قدمت لي العون و غرست في نفسي الجد و الإجتهد
و المثابرة و أخص بالذكر :

إلى روح والدي الذي لطالما كان ينتظر هذا اليوم بشغف

إلى والدي الكريمة حفظها الله

إلى كل عائلتي

إلى أستاذي و مشرفي ،

إلى أساتذتي الأكارم

إلى زملائي و زميلاتي الأكارم.

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث إلى النور .

إلى المسلمين كافة في كل مكان .

أهدي لهم هذا البحث المتواضع

شكر و تقدير

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف الأنبياء و المرسلين نبينا
محمد و على آله و صحبه أجمعين أما بعد ،

فإنني أشكر الله العلي التقدير أولا و أخيرا على توفيقه بإتمام هذا البحث ، فهو
عزوجل ، أحق بالشكر و الثناء و أولى بهما ، و انطلاقا من قوله صلى الله عليه و سلم (لا
يشكر من لا يشكر الناس) ، فإنني أتوجه بالشكر و التقدير لأستاذي القدير / بوزيرى سعيد
الذي أشرف على هذه المذكرة و وقف معي و أرشدني بتوجيهاته و نصائحه حتى وصلت
بالبحث إلى ما عليه ، فجزاه الله عني كل خير و بارك فيه .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة أعمارة نبيلة و الأستاذ لخضاري أعمار اللذين
قبلا بمناقشة مذكرتي هذه المتواضعة ، و ما يقدمانه من ملاحظات و اقتراحات ثري و
تنير هذه المذكرة ، فبارك الله فيهما .

كما أتقدم بجزيل الشكر و التقدير لكل من مد يد العون و أسدى لي النصيحة و
الإرشاد لإنجاز هذا العمل .

و أخيرا أسأل الله عزوجل أن يجعل هذا العمل مقبولا ، و أن ينتفع به ، و أن يكون
خالصا لوجهه الكريم إنه نعم المولى و نعم البصير .

تمهيد

تعد الوصية من المسائل الهامة و المرتبطة بالميراث ، و التي أولاها الشارع الحكيم اهتماما بالغا ، لقوله تعالى : " **كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين** " (1) ، و لقوله تعالى : " **من بعد وصية يوصي بها أو دين** " (2) .

تعتبر الوصية نظاما قائما على الحق و العدل و الرحمة ، مؤسس على فرض و جود أقارب المتوفى ، أو غيرهم ، لم يكتب لهم نصيب من ميراثه ، فيوصي لهم الشخص قبل وفاته بقدر معين من أمواله ، و هذا على غرار الحفدة فيما يعرف بالوصية الواجبة ، أو التنزيل .

كما كان الميراث عند الأمم القديمة مختلف الأحوال ، مضطرب الأوصال ، لا يراعى فيه الحقوق ، و لا يلتصق فيه مواضع الحق و العدالة ، و لا يميزون بين القريب و الأقرب ، و البعيد و الأبعد ، و النسب و الأجنبي ، و من هو حق بالميراث من سواه ، فالميراث عندهم إن كان جاريا بينهم ، و متعارفا فيهم كان على حسب هواهم ، و كان تصرفهم فيه و فق ميولهم فيعطوه لمن شاءوا و يمنعونه عن أرادوا ، فيحرمون من يستحقه و يأخذه من لا يستحقه .

كان الميراث عند الرومان ، كان يتم عن طريق الوصية ، أو ما يعرف ب الإرث بالوصية (Succession Testamentaire) بأن يوصي الموصي (المالك) قبل وفاته لمن يشاء ، و غالبا ما تكون الوصية لأكبر أفراد الأسرة و يضيف هذه الوصية إلى ما بعد الموت ، و إن لم يوص المورث فإن التركة تنتقل إلى وراثته من الأقارب وفقا لنظام الإرث بدون وصية لجميع أولاد المتوفى بالتساوي ، بما فيهم الولد المتبني (3) .

1 - سورة البقرة ، الآية 180

2 - سورة النساء ، من الآية 7

3 - الدكتور بلحاج العربي ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد ، ديوان المطبوعات الدامعية ، الطبعة الرابعة ، سنة 2010 ، ص 33 .

كما أن قانون الألواح الإثني عشرة (12) يعتبر المرأة مساوية للرقيق و مملوكة مثله لرب الأسرة و ليس لها ذمة مالية مستقلة ، بل الأكثر من ذلك لزوجها الحق في أن يبيعهها و يتم الإرث بموجب تصريح من الموصي الذي يعين الوارث أو الورثة علنا أمام الناس .

يعتبر قانون حمو رابي 1728 - 1676 قبل الميلاد المرأة كالماشية مملوكة لصاحبها ، محرومة من الميراث و لا يستفيد من هذا الحق إلا الذكور و في حال عدم وجود أحدهم تؤول التركة إلى أخ المتوفى و هد طبقا للمواد 170 ، 171 ، 178 ، 180 منه 1 .

كما نجد العرب قبل الإسلام (الجاهلية) لا يرثون النساء ، بحيث كانت البنت تدفن و هي حية أي حديثة الولادة ، و التي كانت تشكل بالنسبة لهم عار لا مفر منه ، و بالتالي لا ميراث للزوجات و لا حتى الأمهات و كذا الصغار و مع الواقع الجغرافي لشبه الجزيرة العربية من جهة ، و تقاليد العرب و أعرافهم من جهة أخرى ، يجعل نظامهم لإرثي يقارب نظام الرومان مع اختلافات بسيطة ، فالعرب كانوا يرثون الفرسان أو الابن الأكبر ، دون غيرهم ، فلا إرث لصبي و لا لأنثى ، و هما الأولى بالرعاية بعد وفاة الوالدين ، ليكون سبب توارث بينهما متى توفي أحدهما (2) .

فسبب الإرث عندهم هي القدرة على حمل السلاح ، و حماية العشيرة و كذا الدفاع عن القبيلة و لهذا كانوا يقصرون الميراث على الذكور الكبار فقط (3) .

فحق المرأة في الحياة لم يكن محترماً أو مصوناً فقد كان للأب أن يئد ابنته أنفة واستكباراً، كما كان له أن يقتل أولاده خشية الإملاق أما حق الميراث فقد كانت الحالة الحربية السائدة في المجتمع العربي إذ ذاك تحرم البنت من حقها في الميراث،

إن الدافع الذي يجعل الشخص يكد و يجد للحصول على الأموال و تنميتها هو تأكده من رجوع تلك الأموال و ما تبقى منها بعد موته إلى أولاده و ذوي أقرباء الدين يعتبرهم إمتدادا لوجوده و حياته من بعده (4) ، و عليه فإن مع اختلاف الديانات فقد اختلفت طريقة توزيع

1 - / محمود الأمين ، شريعة حمو رابي ، دار الوراق للنشر المحدودة ، الطبعة الأولى ، لندن ، سنة 2007 ، ص 49 ، 52 ، 53 .
2 - أ. صالح جبنيك الورثاني ، الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، ص 8 .
3 - د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 36 .
4 - د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 29 .

هذه الأموال فيمن تؤول إليه ، فحب اليهود للمال و شغفهم به جعلهم يصنعون قواعد للميراث ، لا تخضع لمنطق العقل ، و كطبيعة الأشياء ، فتجميع المال في يد الأسرة مبدأ مقدس عندهم فالهالك عندهم يرثه أبناءه الذكور دون الإناث ، خوفا من توزيع مال الأسرة على من يحتمل خروجهم منها و لو كانت بنت الهالك و هي أقرب الناس إليه ، و أولى الناس بماله و لئن كان لها الحق في العيش من مال أبيها ، إلا أن هذا الحق مجرد لا يخضع لحساب و لا تقييم (1) .

فنظام الإرث في الشريعة اليهودية ، فقد كان يقوم على حرمان الإناث من الميراث مطلقا في حالة وجود الذكر ، كما أنه يعطي للولد البكر حظ الأنثيين من أخوته الصغار ، و لو ولد من زواج غير مشروع ، و أن الزوج يرث زوجته ، بينما الزوجة لا حق لها في إرث زوجها بالرغم من أنها تساهم في تكوين الثروة كما أن الأم لا تترث أحدا من أبناءها ، و إذا ما توفيت يرثها ابنها دون ابنتها فإن لم يوجد يكون لابنتها و إن لم يوجد يكون لأبيها ، فإن لم يكن له درية و لا أصول ، يكون الميراث للحواشي يقدم الأقرب فالأقرب (2) ، و لعل نظاما كهذا لا نستعرضه للنظر فيه ، بقدر ما نستعرضه لمجرد الإطلاع .

و الميراث عند المسيحيين ، فلم يتعرض له الإنجيل و لذا اتبع المسيحيون القدامى في تنظيم موارثهم ما كان يجري عليه العمل في شريعة اليهود و بعض ما جاء في القانون الروماني و الشرائع الأخرى ، فإن الديانة المسيحية اتجهت للروحانيات ، و لم تتعرض للموارث و لذلك اتبعت ما كان يجري عليه العمل في الشريعة اليهودية (3) .

لما جاء الإسلام أبطل حكم الهوى ، و منع الظلم ، و ثبت أركان العدل و وضع نظاما حكما للميراث ، و قد جرى على نظام التدرج و حتى يسهل على النفوس فهم و استيعاب الأحكام الخاصة بالموارث (4) .

1 - أ/ صالح ججيك الورتلاني ، المرجع السابق ، ص 8
2 - د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 34
3 - د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 35
4 - د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 37 .

يدخل نظام الميراث في الشريعة الإسلامية ضمن تنظيم اقتصاد الأسرة و المجتمع ، و يدخل في عمق الروابط الأسرية ، و صلة الرحم ، فيعتمد على توزيع المال بما يكفل تماما الحفاظ على مختلف الروابط الأسرية خاصة .

و لهذا كان في بادئ الأمر موكول قسمة التركة إلى الميت يوزعها في الوالدين و الأقارب ، من غير تعيين لمراتب الاستحقاق و لا تحديد لمقادير الأنصبة لقوله تعالى : **" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين "** (1) . و لما استقر الأمر على ذلك الحال ، برهنة من الدهر نزل قوله تعالى : **" للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون ... "** (2) ، و هي أول سورة نزلت أعطت للنساء الحق في الإرث بصفة عامة ، و لما استقرت النفوس و اطمأنت القلوب و خيف أن يميل المورث عن الوصية خطأ ، أو أن يبتعد عن الحق عمدا ، جاء تفصيل الوارثين ، و انصباؤهم كخطوة جوهرية في تدرج تشريع الميراث ، فكان ذلك إتاما للنظام و مراعاة للعدالة و الإنصاف و قطعا للنزاع عن أفراد الأسرة الواحدة ، و منعا لحقد الوارثين و صونا للعلاقات الاجتماعية (3) .

إن الشريعة الإسلامية كل لا يتجزأ ، و أحكام الميراث فيها إحدى أعمدة هذا البناء المقام على أسس عقائدية ، أخلاقية و اقتصادية شاملة ، فالشريعة الغراء تحافظ على الروابط الاجتماعية ، و أولها الروابط الأسرية فتوزع المال بين أفرادها بما يضمن تماسكها دون الإخلال ببنيتها الاقتصادية و قواعد الميراث و أحكامه في الشريعة تعكس ذلك بدقة متناهية (4) .

1 - سورة البقرة ، الآية 180

2 - سورة النساء الآية 7

3 - د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 37

4 - أ/ صالح جبنيك الورثلاني ، المرجع السابق ، ص 11 .

يعد نظام الميراث أحسن النظم المالية إككاما التي وضعتها الشريعة الإسلامية ، إذ به قررت الشريعة الإسلامية ملكية الإنسان للمال ذكرا أم أنثى ، و انتقال ما يملك الشخص في حياته إلى وراثته بعد وفاته حقيقة أو حكما ، بحيث لم يترك للإرادة البشرية قسمة المال ، بل تكفلت به الشريعة بما يبعث على الاطمئنان من الحيف و المحاباة و ترضى الأنفس بحكم الله .

و تحصيلا للمصلحة الإنسانية ، أسست الشريعة الإسلامية نظام الإرث على مبدئين ، الأول عدم الاختيار ، إذ جعل الإسلام توزيع الميراث جبرا على المورث و الوارث ، بمعنى أنه ليس للمورث أن يحرم أحدا من ميراثه مادام مستحقا له ، كما أنه ليس للوارث أن يرد إرثه لأنه خليفة المتوفى في هذا المال و قد قيل أنه " لا يدخل شيء في ملك جبرا عنه سوى في الميراث " ، أما الثاني فهو ملاحظة الحاجة في توزيع الأنصبة بين مستحقيها ، فكلما كانت الحاجة أشد كان مقدار الإرث أكبر ، فنجد نصيب الآباء رغم تساوي الدرجة و كذلك الحال بين الذكور و الإناث حسب كل مسألة ، حكمة من الله و تقديرا .

و من جهة أخرى فقد حظي نظام الإرث في القانون الجزائري برعاية و حماية و تفصيل إذ عد المشرع الجزائري القواعد الآمرة لأحكام الميراث من النظام العام حصانة قانونية ، ففي القانون المدني عرض المشرع في بيان طرق اكتساب الملكية الإستلاء و الملكية في المادتين 773 و 774 ، و الوصية في المواد 775 ، 776 ، 777 . كما منع التعامل في تركة الإنسان على قيد الحياة و لو برضاه (المادة 92 الفقرة 2) و في عقد البيع وضع قواعد تتعلق ببيع ملك الغير (المادة 397) و ببيع الحقوق المتنازع عليها المادة (400 و 407) و ببيع التركة (404 و 407) و البيع في مرض الموت (المادتين 408 و 409) (1) ، أما جزائيا فقد جرم الإستلاء على جزء أو كل التركة بطريق الغش من قبل الشريك في الميراث أو المدعي بحق فيها (المادة 363 الفقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري) (2) ، أما في قانون الأسرة فقد حاول المشرع تبيان الأحكام التفصيلية للميراث وفق منهج التقنين الفقهي للأحكام الشرعية في ثمانية و خمسين (58) مادة تحت عنوان " الميراث " .

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ : 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 09 غشت سنة 1980 ، و المعدل و المتمم بالقانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983 ، المعدل و المتمم بالقانون 87-17 المؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1987 ، القانون 88-14 المؤرخ في 03 مايو سنة 1988 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 89-01 المؤرخ 07 فبراير سنة 1989 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007

بل الشريك في الميراث أو المدعي بحق فيها (المادة 363 الفقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري) (2)، أما في قانون الأسرة فقد حاول المشرع تبيان الأحكام التفصيلية للميراث وفق منهج التقنين الفقهي للأحكام الشرعية في ثمانية و خمسين (58) مادة تحت عنوان " الميراث " مشدد على إتباع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركة و الفصل في موضوعها فيما يتعلق بالمواعيد و طرق الطعن في أحكامها (المادة 183 من قانون الأسرة) .

و يؤمن نظام الميراث الخلافة في المال بشقيها ، الخلافة الإجبارية وفق أنصبة و فروض المحددة شرعا و قانونا لمستحقي الإرث ، و الخلافة الاختيارية و التي تتم بالوصية أين مكن بها الشرع و القانون المورث في تعيين من يخلفه في ماله بعد وفاته وفق ضوابط و أحكام شرعية متعلقة بمقدار المال المتصرف فيه و أخرى متعلقة بالشخص المتصرف إليه .

فالوصية ككل أحكام الإسلام لها نظام دقيق قائم على الحق و العدل و الرحمة و نشر الخير لتحقيق المصلحتين الخاصة و العامة ، و على ضوء ذلك فقد يحرم من الميراث من هم أهم أقرب المقربين إلى المتوفى ، كوالديه أو أقاربه لأي سبب كان ، و قد يكون الموصي لم يوص لهم شيئا مما خلفه من أموال فيكونوا في حالة الفقر و الحاجة ، بينما الورثة يعيشون في رغد من العيش أل إليهم مورثهم .

إلا أن القوانين الوضعية فقد تدخلت و أوجبت للحفدة ما يسمى بالوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل مما خلفه جدهم أو جدتهم من تركة ، بمقدار معين و شروط خاصة مستندة في ذلك بنصوص من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و كذا أقوال العلماء ، و انطلاقا من القاعدة الشرعية أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة و متى أمر به و جب طاعته ، بل أن أمره ينشئ حكما شرعيا عند بعض الفقهاء .

1- أمر رقم 156-66 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ، معدل و متمم بالأمر رقم 74-69 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 و الأمر رقم 48-73 المؤرخ في 25 يوليو 1973 ، و الأمر رقم 47-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 و القانون رقم 04-82 المؤرخ في 13 فبراير 1982 و القانون رقم 26-88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 و القانون رقم 05-89 المؤرخ في 25 أبريل 1989 و القانون رقم 02-90 المؤرخ في 6 فبراير 1990 و القانون رقم 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 و الأمر رقم 10-97 المؤرخ في 06 مارس و القانون رقم 09-01 المؤرخ في 26 يوليو 2001 و القانون رقم 15-04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 و الأمر رقم 06-05 المؤرخ في 23 أوت 2005 و القانون رقم 01-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلقة بالوقاية من الفساد و مكافحته و القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 و القانون رقم 01-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 .

يعتبر التنزيل مسألة مستحدثة في القانون الجزائري ، إذ لم يعرف إلا بعد صدور قانون الأسرة في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م و قد خصه بالمواد 169-170-171-172 ، (1). و هو تنزيل الحفيد منزلة أبيه المتوفى في حياة الجد عند تحرير الفريضة في تركة هذا الأخير ، و ذلك بشروط معينة على سبيل الحصر و قد استنبطه المشرع الجزائري من الفقه الحديث للشريعة الإسلامية

فهو ضمن الموضوعات المهمة جدا التي يجب الاعتناء بها و هذا لمساسه بفتة كبيرة من المجتمع و ذلك لما يمتاز به المجتمع الجزائري من تركيبة اجتماعية توصف بالأسرة الممتدة ، فنجدها تحتوي علو الجد و الإبن ، و ابن الابن ، فتكون الذمة المالية مشتركة و المتصرف الوحيد في ذلك كله هو الجد ، فعندما يتوفى أحد أبنائه يحرم الأحفاد بعدها من الميراث نتيجة موت مورثهم قبل أبيه . و إن لم يقرر التنزيل وفق القواعد العامة من الميراث لابد من حجب الأبعد بالأقرب ، و عليه فلا يستحق إبن الابن شيئا و تؤول التركة إلى الأبناء الصليبيون المباشرون و باقي الورثة

و يعتبر تقرير القانون لهذا النظام استجابة لحالات كثيرة مؤلمة و لشكاوي متعددة ممن يموت أبائهم قبل موت الجد أو الجدة أو مع أي منهما . حيث وفاتهما مع تمنعها من الميراث من بعضهما لحصول الشك في السبق . وفاة الأب قبل وفاة الجد معدمة أصلا لقيام علاقة الميراث لعدم توافر الأركان و الشروط و على هذا جاءت النصوص القانونية لمعالجة مثل هذه الحالات و الأوضاع ، ذلك أن الذي مات لو عاش إلى حين وفاة والده ينال مالا كثيرا ، لكنه بموته يرث إخوته دون أولاده ، فيصبح الأولاد في فقر مدقع و اجتمع لهم مع اليتيم و فقد العائل و الحاجة و مذلة السؤال ، الشيء الذي أدى إلى اضطراب داخل الأسرة الواحدة حيث نجد أثر النعمة ظاهرا على البعض منهم مما وصلهم من ميراث و نرى الآخر في فقر و حرمان .

و بالرغم من تقرير أحكام التنزيل ، إلا أنه بقي موضوعا شائكا عند المطبقين له ، الدين ينفذون أحكامه بالكثير من الحذر و التباين ، ذلك أن القانون و بطبيعته جاء بأحكام عامة من جهة و اختلاف الفقه حوله من جهة أخرى ، زيادة على الجهل بأحكامه بالنسبة لعدد من العامة ، مما أدى إلى عدم الوصول لهدف المشرع عند النص به في القانون و تقرير وجوبه

و لكل ما سبق قوله سوف نتطرق إلى موضوع التنزيل لكي نساهم بعون الله و حفظه بإزالة الغموض المفترض الذي يدعي به على أحكامه و الوصول بذلك إلى الإلمام بقواعده و بالتالي توحيد تطبيق نصوص المواد كما أرادها المشرع في الميدان التوثيقي و القضائي و لكي نوفق في ذلك كان علينا أن ندرسه من زاويتين ، الفقه و القانون ذلك كل المتكامل الذي يساعدنا على ضبط نظام التنزيل ، مع العلم أنه قد استحدثت عند أغلب الدول العربية و بما فيها الجزائر ، بعد مناداة من الفقهاء لضرورة الأخذ به .

و سوف نستهل دراستنا هذه بالتعرض لمفهوم التنزيل الفقهي و القانوني و ما يحتويه من مبادئ و خصوصيات الذي سينير لنا الغوص في تطبيقاته ، و ما ينتج عنها من إشكاليات و موقف القضاء منه بصفة عامة .

الفصل الأول : ماهية التنزيل

يعتبر التنزيل مسألة مستحدثة لم تعرف من قبل لدى المذاهب الأربعة ، و لما قررت فيما بعد من طرف البعض من الفقه الحديث استنبطها القانون ، لضرورة الأخذ بها نظرا للإشكالات التي طرأت في الميدان حينها و للإلمام بأحكامه و فهم نظامه ، سوف نتطرق في هذا الفصل إلى بيان ماهيته طبقا لمفهومه القانوني في مبحث أول ، ثم نتطرق فيما بعد في المبحث الثاني لرأي الفقه بصفة عامة ، و الحكمة التي أدت إلى تقريره مع إبراز أصله الشرعي الذي استنبط منه ، و استخراج خصائصه انطلاقا منه في مبحث ثاني .

المبحث الأول : مفهوم التنزيل

سوف نتعرض في هذا المبحث إلى تبيان مفهوم التنزيل من خلال بيان تعريفه اللغوي و الإصطلاحي ، و كذا القانوني لنصل بعدها إلى تبيان مشروعيته و أساسه القانوني ، و هذا في المطلبين التاليين .

المطلب الأول : تعريف التنزيل

لقد أدرج المشرع الجزائري الوصية الواجبة ضمن أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري و ذلك من المادة 169 إلى المادة 172 ، و أطلق عليه تسمية " التنزيل " و لم يسمه " الوصية الواجبة " ، كما هو الحال في القانون المصري و الكويتي و اللبناني و السوري ، على اعتبار أن الميراث يقوم على الإيجاب و ليس على عنصر الاختيار، كما هو عليه الحال في الوصية الاختيارية

و سنتعرض لتعريف التنزيل : لغة و اصطلاحا ضمن الفروع التالية .

الفرع الأول : تعريف التنزيل لغة

التنزيل لغة مشتق من نزل الشيء إذ أقام مقامه .

الفرع الثاني : تعريف التنزيل اصطلاحا

التنزيل هو إنزال شخص منزلة الولد ، كأن يقول المنزل فلان في منزلة ولدي ، أو يكون له ابن ابن قد مات أبوه ، فيقول ورثوه مكان أبيه ، و العبرة هنا بوفاة الجد و ليس بوفاة الأب (1) ، و التنزيل مسألة استحدثها الفقه الإسلامي الحديث ، لمعالجة مشكلة الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم في حياة جدهم ، ثم يموت الجد أو الجدة ، فهؤلاء الأحفاد قد لا يرثون شيئا من تركة الجد أو الجدة لحجبهم بوجود أعمامهم أو عماتهم ، و قد يكون هؤلاء الأحفاد في فقر و حاجة و أعمامهم و عماتهم في غنى و ثروة (2) .

الفرع الثالث : تعريف التنزيل قانونا

لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل، بل نص على أحكامه مبينا المستحقين له و شروط استحقاقهم و كذا المقدار المحدد في ذلك ، و لقد نصت المواد 169-170-171-172 من قانون الأسرة الجزائري (3) على ما يلي :

المادة 169 : من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه ، و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية :

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

1- د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 356 .

2- د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 356 ، 357 .

3- قانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 يوتنبر سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 .

المادة 171 : لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل ، جدا كان أو جدة ، أو كان قد أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية ، فإن أوصل لهم أو لأحدهم بأقل 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 .
و يكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين .
نلاحظ في صياغة المادة 169 أمرين :

الأمر الأول : كلمة أحفاد : الحفيد لغة هو : فرع الفرع من أولاد الأبناء و أولاد البنات على السواء ، أما الحفدة اصطلاحا فإنه فرع الإبن دون فرع البنت ، و هذا تحديد مهم جدا ، و قد أحسن المشرع الجزائري حين حصر من يستحق التنزيل في مجموعة أولاد الأبناء دون أولاد البنات ، الذين يسمون لغة و اصطلاحا الأسباط " ، و ترجمة هذه المادة إلى النص الفرنسي ، واضح أيضا بما تتطلبه اللغة الفرنسية من دقة في التعبير عن أولاد الأبناء دون أولاد البنات في جملة : « Des Descendants d'un fils »
لأن أولاد البنات ليسوا فروعا للهالك ، بدليل أن أولاد البنات لا يحجبون زوجة المتوفي (جدتهم لأم) و لا أب المتوفى الذي هو جد أمهم لأم ، و لا أم المتوفى ، التي هي جدة أمهم الأم ، حجب نقصان .
بخلاف المشرع المصري الذي يرتب أولاد الأبناء و الطبقة الأولى من أولاد البنات ضمن المستحقين بالتنزيل ، و ذلك في المواد 69 – 77 – 78 – 79 ، من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 ، و بالمقابل يورث الطبقات الأربع الأخرى من ذوي الرحم بطريق الدفع .

الأمر الثاني : " وجب تنزيلهم منزلة أصلهم "

كلمة وجب هي الكلمة التي حلت بها إرادة المشرع محل إرادة الجد أو الجدة ، حيث أنها جاءت بصيغة الوجوب ، فلا خيار لأي كان في التنزيل ، و لا مجال للاجتهاد أو التأويل .

أما عبارة " تنزيلهم منزلة أصلهم " ، فإنها تحدد موقعهم و حقهم بمناب و حصة مورثهم من أبيه و أمه ، أي أن المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري تقرر الأخذ بنظام التنزيل (1) .

1- أ/صالح ججيك الورثاني ، الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، ص 96 ، 97 ، 98 .

أما المادة 170 فإنها تحدد مناب الحفدة بمناب أبيهم ، على تقرير أن أباهم لا يزال حيا وقت وفاة أصله ، الذي هو جد أو جدة الحفدة ثم توفي أبوهم – على إفتراض فقط – بعد أبيه أو أمه ، بشرط ألا يتجاوز هذا المناب ثلث التركة ، طبقا لأهم شرط في الوصية ، و هذا دليل آخر أن التنزيل وصية و ليس ميراثا (1).

إن أحكام التنزيل التي أوردها القانون الجزائري في المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري لمعالجة مشكلة الأحفاد الفقراء ، لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المعروفة ، و لكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب متفرقة ، قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها (2).

المطلب الثاني : مشروعية التنزيل و أساسه القانوني

إن الباعث في تشريع التنزيل أنه في حالات غير قليلة يموت الشخص في حياة أبيه أو أمه ، و تحرم ذريته من الميراث الذي كان سيستحقه المتوفى لو عاش إلى ما يعد وفاة والديه و أحدهما .

و بذلك قد يصير أولاده في فقر مدقع ، مع أن أعمامهم يكونون في سعة و رغد من العيش ، فيجتمع لأولئك اليتامى مع اليتيم و فقد العائل القسوة و الحرمان ، و يصبح هناك خلل في توزيع الثروة في الأسرة الواحدة ، و قد يكون المال الذي تركه الجد قد ساهم في تكوينه هذا الفرع الذي أدركته المنية ، و لا ذنب لأولاده في الحرمان من هذا المال ، سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مشروعية التنزيل و كذا إلى أساسه القانوني .

1- أ/صالح ججيك الورثاني ، الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، ص 96 ، 97 ، 98 .

2- د/بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 357 .

الفرع الأول : مشروعية التنزيل

إن الأخذ بمشروعية الوصية أو التنزيل مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين (1) و من بعدهم من أئمة الفقه و الحديث و من هؤلاء سعيد بن المسيب و الحسن البصري و طاووس و الإمام أحمد و داوود و الطبري و إسحاق بن راهوية و ابن حزم و قد استندوا إلى قوله تعالى : " **كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين** " (1).

فإن ما يدل على الوجوب و الفرض في الآية الكريمة حسب الفقهاء المذكورين أعلاه قول الله تعالى : ...كتب ... " فكلما : كتب في القرآن الكريم تعني الوجوب و فرض ذلك الحكم المذكور بعده ، و ختمت بعدها بمعنى مؤكدا للوجوب بعبارة " حقا على المتقين " و الذي يعتبر من أساليب بلاغة القرآن الكريم في التأكيد بعد النص على وجوب الحكم .

و قد اختلف العلماء في استمرار هذا الوجوب و ذلك بعد أن اتفقوا على معنى الآية ، وهذا بعد نزول آية الميراث في قوله تعالى : " **يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك و إن كانت واحدة فلها النصف و لأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين أبواؤكم و أبناءكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا ، فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما** " (2) .

فإنه رتب الميراث على وصية كلمة " وصية " في الآية نكرة فلو كانت الوصية للوالدين و الأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكر الإرث بعد الوصية المعرفة ، لأنها وصية ثابتة معهودة (3).

1- سورة البقرة ، الآية 180 .

2- سورة النساء ، الآية 11

3- أ/ ريم عادل الأزعر ، الوصية الواجبة ، دراسة فقهية مقارنة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، سنة 2008 ، ص

الفرع الثاني : الأساس القانوني للتنزيل

إن القانون الجزائري فإنه يحدد المستحقين بالتنزيل بأولاد الأبناء دون أولاد البنات الذين يشكلون مجموعة ذوي الأرحام طبقاً لنص المادة : 169 من قانون الأسرة الجزائري و لكي يستحق هؤلاء الأحماد (أولاد الأبناء) ، دون أولاد البنات (الذين يسمون اصطلاحاً الأسباط و مفرده سبط) ، يشترط فيهم شرط أساسي و هو أن يكونوا محجوبين بالابن (أي عمهم) ، فإن لم يكونوا محجوبين بالابن فهم عندئذ وريثة شرعيون يرثون حقهم وفق قواعد الشرع في الميراث ، و يسمون في هذه الحالة فروعا للهالك ، يرثون تعصيباً إن كان منهم ذكر (ابن ابن) ، و بالفرض إن كانت أنثى ، أو إناثا و يسمين : بنت الابن أو بنات الإبن .

فهم في هذه الحالة وريثة بالنص القرآني و بصفتهم عصبية بالنفس و بالغير ، أو بالفرض كما ذكرنا ، و ليسوا حفدة ، يستحقون حقا بموجب الوصية الواجبة أي التنزيل و قد جرت العادة في المجتمع الجزائري ، بتنزيل هؤلاء الأحماد من قبل جدهم في عملية يطلق عليها عامة الناس : " الغرس " أو " المغارسة " ، أي أن الجد يغرس أولاد ابنه في موقع أبيهم ، المتوفى ، كي ينوب أباهم مع أعمامهم حين وفاة جدهم " المنزل " (1)

المبحث الثاني : تكييف التنزيل

لقد نصت أغلب التشريعات الإسلامية على أحكام التنزيل أو ما يسمى عند أغلبها بالوصية الواجبة ، فمنهم من أدرجها ضمن أحكام المادة الواقعة في قسم الميراث كالمشرع الجزائري الذي نص عليها في الكتاب الثالث (الميراث) الفصل السابع التنزيل ، و هو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع المغربي .

بينما نص القانون المصري عليها ضمن أحكام قانون الوصية ، و أطلق عليها تسمية الوصية الواجبة و قد حذا حذوه المشرع الكويتي و اللبناني و السوري ، هذا ما يطرح تساؤلا ، هل تعتبر بذلك ميراثا أو وصية .

و قد ثار الجدل بين الفقهاء حول ذلك ، فمنهم من اعتبرها ميراثا و أسس حججه على ذلك ، و منهم من أقر أنها وصية و برر كذلك موقفه ، و لما كان تكييف أهمية في تحديد طريقة استخراج فيما بعد للوصول إلى الحل الأجدر لابد علينا أن نتطرق إلى معرفة ما إذا كان التنزيل ميراثا في المطلب الأول أم التنزيل وصية في المطلب الثاني و إلى الرأي الراجح في المطلب الثالث

المطلب الأول : التنزيل ميراث

يعتبر الميراث من أهم و أدق المواضيع التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية ، فهو منعم بأدق التفاصيل التي تبين نصيب كل وارث سواء كان ذكرا أم أنثى .

إذا تكلمنا عن أحكام الميراث ، فهذا يقودنا إلى مصطلح المورث ، أي توضيح الحقوق المتعلقة بمال الإنسان بعد وفاته ، و كيفية توزيع هذا المال على باقي أفراد الأسرة التي ينتمي إليها ، فالقرآن الكريم جاء مفصلا لأحكام الميراث تفصيلا دقيقا لا يمكن الطعن فيه ، فهو نوع من التكامل و التجانس فيما بين أنصبة كل وارث . و إنطلاقا من هذه النقطة فسوف نقوم ببيان جملة من المعايير التي تفسر لنا ما إذا كان التنزيل ميراثا أم لا .

الفرع الأول : تعريف الميراث

يعتبر سببا من أسباب انتقال ملكية الأموال بعد موت المالك إلى ورثته ، و قد عرفته أمم المعمورة قديما و حديثا ، و قد وضع له الإسلام نظاما من أحسن النظم المالية و أعدلها على وجه الأرض ، بل هو أحسنها و أعدلها .

أولا : الميراث فى اللغة

مصدر لفعل واحد هو : ورث ، يرث ، يرثا و ميراثا ، لقوله تعالى : " **وورث سليمان داوود.....** " (1). و الوارث هو إسم من أسماء الله الحسنى الذي يعنى الباقي بعد فناء خلقه .

مصدر فعله ورث ، أصله موارث ، انتقلت الواو ياء لسكونها و كسر ما قبلها (2) و يأتي الميراث بمعاني أخرى و هي :

1- الإرث الفطري : و هو انتقال الخصائص و الصفات البدنية و الطابع النفسي و

الأحوال الصحية من الآباء إلى الأبناء ، فهذا يرث من والديه تقاسيم الوجه أو القامة أو لون البشرة و غيرها ، و هذا يرث الذكاء أو البلادة ، و آخر يرث أحوالا صحية أو سيئة .

2 - الإرث المعنوي : لقوله (صلى الله عليه و سلم) : " **العلماء ورثة الأنبياء** " (3) أي يرثون عنهم العلم يتعلمون شرائعهم و يقومون بالدعوة إلى الله نيابة عنهم .

3 - الإرث المادى : بمعنى انتقال المال، و يسمى المال المتنقل ميراثا ، أي انتقال تركة الميت

1- سورة النمل ، من الآية 16 .

2- الدكتور شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث فى قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2008 ، ص6

3- رواه الترميذي و غيره و صححه الألباني .

ثانيا : الميراث فى الإصطلاح

عرفه الفقهاء بأنه " قواعد من الفقه و الحساب يعرف المستحقين للتركة نصيبهم" (1) فهو عند الفقهاء إسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية .
أما علم الميراث أو علم الفرائض فهو علم من العلوم الشرعية ، يحتوي مجموعة من القواعد الفقهية و الحسابية التي يعرف بها حق أو نصيب كل وارث شرعي من التركة ، و يسمى علم الفرائض ، ذلك أن الفريضة مأخوذة من الفرض أي التقدير و هو النصيب المقدر للوارث ، قال تعالى : " ما فرضتم " (2) ، أي ما قدرتم ، و لذلك يسمى العلم بها : علم الفرائض .

الفرع الثانى : شروط الميراث

لثبوت الإرث لابد من توافر شروط الاستحقاق ، و هي فى قانون الأسرة الجزائري ثلاثة شروط مجتمعة لا يقوم أحدهما مقام الآخر ، " لأن الميراث فى حقيقته هو خلافة شرعية للحي فى أموال الميت " (3) .

و شروط استحقاق الميراث هي كالآتي :

أولا : تحقق موت المورث حقيقة أو حكما :

أما حقيقة فيتعلق الأمر بالوفاة الحقيقية المعلومة و التي عادة ما تثبت بشهادة الوفاة الدالة على تلك الحقيقة (4).

1-د/ شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 74 .

2-سورة البقرة ، من الآية 237 .

3-د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 103 .

4-د/ شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 79 .

فالموت الحقيقي ، هو توقف القلب و الدورة الدموية عن العمل و الرئتين عن التنفس ،
توقفا تاما لا رجعة فيه ، مما سيؤدي حتما إلى توقف جميع وظائف الدماغ . فهو انتقال
المورث إلى جوار ربه بخروج روحه من جسده ، و استقبال الآخرة (1) لقوله تعالى : " و
لن يؤخر الله نفسا إذا جاء أجلها " (2) و قوله سبحانه و تعالى : " كل نفس ذائقة
الموت " (3).

و أما حكما فيتعلق الأمر بالمفقود ، أي الوفاة الافتراضية التي تصدر في حقه بعد
مرور المدة الكافية التي نص عليها القانون ، و هنا تثبت الوفاة بحكم من القضاء ، و تسجيل
هذا الحكم في سجل الوفيات بالحالة المدنية (4).

لا يعقل أن يورث شخص مازال على قيد الحياة ، لأنه قادر على إدارة أمواله و قد
نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 113 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري
على أنه : " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع
سنوات بعد التحري . " و يصدر الحكم بوفاته ، بطلب من له مصلحة و هو ما نص عليه
في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري علو أنه : " يصدر الحكم بفقدان أو موت
المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة " . و متى صدر الحكم
بذلك اعتبر ميتا و وجب على زوجته أن تعتد و تقسم تركته (5)

إذا مات الشخص انعدمت أهليته للتملك ، فيزول ملكه إلى من يخلفه فيه ملكية
استخلافية ، لأنه لا سائبة و لا ضوائع في الإسلام . و موت المورث هو الواقعة القانونية
التي تؤدي إلى إفتتاح التركة ليتحدد نصيب كل وارث فيها (6) . فإنه من المقرر شرعا و
قانونا إن التركة لا تفتح إلا بعد موت المورث (7) .

1-د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 103 ، 104 .

2- سورة المنافقون ، من الآية 11 .

3- سورة آل عمران ، الآية 185. و سورة العنكبوت ، الآية 57 . و سورة الأنبياء ، من الآية 35 .

4-د/ بن شويخ ، المرجع السابق ، ص 79 .

5- أ/ فشار عطاء الله ، أحكام المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الطبعة الثانية ، 2008 ، الجزائر ، ص 24

6-د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 103 .

7- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 28-09-1993 ، ملف رقم 93703 ، إ.ق.غ.أ.ش ، ص 332 .

ثانياً: تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه :

فالشرط الثاني من شروط الميراث المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري هو ضرورة وجود الوارث وقت موت مورثه ، و هذا ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري بأن يكون حيا بعد موت مورثه ، لأنه لا توارث بين الأموات .

فالحياة الحقيقية هي الوجود الحقيقي للوارث عند موت مورثه ، لا قبله و لا معه ، و هي الثابتة بسجلات الحالة المدنية ، و شهادة الشهود و هي النية المقبولة شرعا بالمشاهدة و المعاينة التي تثبت تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه (1)

أما الحياة التقديرية أو الحكمية فهي تتعلق بالحمل (L'enfant conçu) ما دام في بطن أمه ، فحياته تقديرية أو حكمية ، و ليست محققة ، و هو يستحق الميراث باتفاق الفقهاء و إن لم تتحقق حياته بعد ، فيوقف له ما يستحق على فرض حياته ، فإن ظهر حيا أخده و إلا فلا شيء طبقا للمواد (128 ، 134 ، 173 ، 174 ، 187 من قانون الأسرة الجزائري) (2).

ثالثاً: إنعدام مانع من موانع الميراث L'indignité successorale :

يقصد بموانع الإرث الأوصاف التي توجب حرمان الوارث من الإرث (3) فهي عبارة عن أوصاف شرعية ، تلحق بمن هو أصلاً أهلاً للإرث من غيره ، فتمنعه من الميراث في تركته ، و لو كانت أركان الإرث و أسبابه و شروطه متحققة (4)

1-د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 108 .

2-د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 109 .

3-د/ بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 84 .

4-د/ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 113

و قد ألحق القانون من باب القياس أشخاصا آخرين اعتبرهم من ضمن الممنوعين من الميراث نص عليهم في المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على ما يلي : " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

- 1 - قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا .
- 2 - شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه .
- 3 - العالم بالقتل و تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية . "

و تنص المادة 136 من قانون الأسرة الجزائري ، بأن الممنوع من الإرث لأسباب المذكورة أعلاه لا حجب غيره ، كما أن المادة 137 من نفس القانون و التي تقضي بأنه يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض .

لقول النبي (صلى الله عليه و سلم) " لا يرث القاتل " (1) ، و السبب في ذلك أن القاتل قد استعجل الشيء قبل أوانه ، و لذلك يعاقب بالحرمان منه كما تقول القاعدة الفقهية (2) .

و العبرة بالقتل العمدى العدوانى هو توفر القصد الإجرامى ، أى عن قصد ، و من مكلف من غير عذر (سواء بالمباشر أو التسبب أو التحريض) ، و هنا تكفى نية الاعتداء بإزهاق الروح ظلما و عدوانا ، سواء حصلت الوفاة توا عند الاعتداء أو بعد مدة ، من مادام قد ارتكب بقصد إحداث الموت (3) .

و من هنا ، فإن القتل المانع من الإرث فى القانون الجزائرى هو القتل العمدى و بغير حق و لا عذر قانونى ، أما القتل الخطأ (Homicide involontaire العدوانى) فإنه لا يمنع من الميراث ، لأن القاتل خطأ ليس له فيه القصد الجنائى (4)

1- رواه الإمام مالك و أحمد .
2- د/ بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 84 .
3- د/ بلحاج العربى ، المرجع السابق ، ص 114 .
4- د/ بلحاج العربى ، المرجع نفسه ، ص 115

المطلب الثاني : التنزيل وصية

تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية ، لذا فإن المشرع الجزائري نص في المادة 775 من القانون المدني الجزائري على سريان قانون الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بها عليها ، و ذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية ، كما أنه لم يخص الوصية بقانون خاص بها كما فعلت بعض التشريعات كالتشريع المصري (1) ، بل أورد أحكامها في قانون الأسرة الجزائري ، بالمواد من 184 إلى غاية المادة 201 منه

الفرع الأول : تعريف الوصية

اختلفت و تنوعت تعريفات الفقهاء المسلمين للوصية ، فهي تعد من المسائل الهامة و المرتبطة بالميراث ، إضافة إلى ذلك أنه قد اختلفت التعريفات في قوانين الدول الإسلامية ، لأي حسب المذهب الذي يستوقد منه كل مشرع للأحكام المنظمة للوصية في بلده ، و على إثر ذلك فسوف نتناول فيما يلي تعري الوصية في اللغة و في الإصطلاح مبينا بما أخذ به المشرع الجزائري من تعريف للوصية في قانون الأسرة الجزائري .

أولا : الوصية في اللغة

الوصية مصدر وصى ، ووصى بالتشديد و التخفيف و أوصى و يوصي ، و الوصية هي الوصل من وصيت الشيء و صلته ، و أرض و اضية ، أي متصلة النبات من باب وعد و الإسم الوصاه و الوصاية و الوصية (2) .
و تطلق الوصية على إسم المصدر ، و يراد بها فعل الموصي (3) و منه قول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية..... " (4) .
و تطلق الوصية على إسم المفعول ، و يراد به الموصي به (5) و منه قول الله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين..... " (6) .

كما أنه تطلق الوصية على فعل الموصي ، و على ما يوصي به من مال أو تصرف ، و قد اصطلح على إطلاق لفظ الوصية أو التوصية على التملك ، و لفظ الإيصاء إقامة الشخص غيره وصيا على ماله و أولاده بعد موته (7) .

-
- 1- قانون الوصية المصري ، الصادر بالقانون رقم 81 سنة 1946 .
 - 2- أ/ محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الفجر الجديد ، الطبعة الأولى ، 1447 هـ ، ص 302 .
 - 3- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع السابق ، ص 3
 - 4- سورة المائدة ، من الآية 106 .
 - 5- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع نفسه ، ص 3 .
 - 6- سورة النساء ، من الآية 11
 - 7- الدكتور كمال حمدي ، المواريث و الهبة و الوصية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ص

ثانيا : الوصية فى الإصطلاح الشرعى

لقد عرف العلامة علاء الدين الكاسانى الوصية بأنها : إسم لما أوجبه الموصي فى ماله بعد موته (1) .

و قال الكرفى بأنها ما أوجبه الموصي فى ماله تطوعا بعد موته أو فى مرضه الذى مات فيه (2) ، كما أننا نجد أن قانون الأسرة الجزائرى قد عرف الوصية من خلال نص المادة 184 منه كما يلى : " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " .

و يستخلص من العبارات المستعملة فى هذا التعريف ما يلى :

- إن استعمال مصطلح " تمليك " يجعل هذا التعريف جامعا و شاملا لكل أنواع الوصايا ، سواء كانت واجبة أو مندوبة ، و سواء كانت بالمال أو بغيره ، فهى بذلك تشمل التمليك و الإسقاط ، و تقرير مرتبات ، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض و الوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات .
- إن المقصود بعبارة " مضاف إلى ما بعد الموت " هو أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي ، و بالتالى يخرج من هذا التعريف الهبة .
- يستخلص من مصطلح " تبرع " إخراج الوصايا التى تنبنى على بيع أو إيجار لشخص ما ، و ذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي فى ماله تطوعا بعد موته .
- فإذا رجعنا إلى الفقه الإسلامى ، نجد بأن هذا التعريف قال به الحنفية (3) و لقد تعرض إلى انتقاد من وجوه عدة أهمها : أن هذا التعريف قاصر لكونه يحصر الوصية فى كل ما يعتبر تمليكا فقط ، ثم أنه " لا يضيف التمليك إلى التركة أو إلى جزء منها " (4) . و رغم أن هذا التعريف منتقد على النحو السالف الذكر ، إلا أن البعض يرى بأنه موفق .

1- د/بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 6 .
2- الدكتور محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربى ، مصر ، 1978 ، ص 11 .
3- د/ عابدين محمد بن عبد العزيز ، رد المختار على در المختار ، شرح تنوير الأبصار ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1325 هـ ، الجزء الخامس ، ص 427 .
4- الدكتور زهدور محمد ، الوصية فى القانون المدنى الجزائرى و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1991 ، ص 31 .

و لا غرابة ألا يسلم هذا التعريف من النقد ، فجميع التعاريف الأخرى لم تسلم أيضا من ذلك ، هذا بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي يتبنى تعريف المذهب الحنفي ، في حين المذاهب الأخرى عرفت الوصية كما يلي :

أ - في المذهب المالكي :

عرفها ابن عرفة بأنها في عرف الفقهاء لا الفرائض " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده " كما عرفها بعض المالكية الآخرون حسبما جاء في بداية المجتهد الوصية هي بالجملة هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به " (1) .

و للإشارة ، فإن مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، قد أخذت بتعريف المالكية الأول الذي ذكرناه و ذلك تبعا للمذهب المالكي الشائع في المغرب .

ب - في المذهب الشافعي :

عرفها صاحب " مغني المحتاج " بقوله : " تبرع مضاف و لو تقديرا إلى ما بعد الموت " (2)

ج - في المذهب الحنبلي :

" الوصية بالمال شرعا بأنها هي التبرع به بعد الموت " (3)

1- الدكتور الشيخ محمد مصطفى شلبي ، في احكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعية للطباعة و النشر ، الطبعة الرابعة ، 1982 ، ص 22 و كذلك :

- الشيخ يوسف ابن الحاج فرح بن يوسف ، المواريث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية ، دار الميزان للنشر ، سوسة ، تونس ، ص 356 .

2- الدكتور أحمد الحصري ، التركات و الوصايا و القضايا المتعلقة بهما في الفقه المقارن ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1992 ، ص 634 و كذلك :

- د/ الشيخ محمد شلبي ، المرجع نفسه ، ص 22

3- د/ أحمد الحصري ، المرجع نفسه ، ص 635 .

من خلال النظر في التعريفات نجد أن تعريف الحنفية و الشافعية اقتصر على الوصية بمعنى التبرع بالمال إذا أضيف إلى ما بعد الموت و لا يشمل الإيحاء كجعل الغير وصيا على أولاده من بعده .

أما تعريف المالكية و الحنابلة فيشمل الوصية و الإيحاء و يجمع بينهما (1) .
و على ضوء هذا الإختلاف في التعريفات و تفاوتها شمولاً و قصوراً ، يرى الشيخ علي الخفيف بأن تعريف الوصية هي " تصرف يستوجب في التركة ابتداء حقا بعد الوفاة " (2)

الفرع الثاني : شروط الوصية

لكي تصح الوصية لابد من توفر مجموعة من الشروط بعضها في الموصي و الموصي له ، و البعض الآخر في الموصى به ، فلا يمكن أبداً أن نكون أمام وصية إلا بتوفر هذه الشروط ، و التي سوف نقوم بتوضيحها بالقدر الممكن و هي كالآتي :

أولاً : الموصى :

تنص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل " .
يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه ، أن يكون الموصي سليم العقل ، أي أن لا يكون مجنوناً ، لأنه لا تصح وصية المجنون لعدم اعتبار تصرفاته القولية التي تعتمد على العقل و التمييز ، و لكن إذا كان جنونه متقطعاً فتصح وصيته حال الإفاقة (3) .

كذلك يجب على الموصي أن يكون بالغاً من العمر تسع عشرة سنة على الأقل ، هذا ما أشارت إليه المادة المذكورة أعلاه أي بلوغ سن الرشد ، و هذا ما أكدته لنا المادة 40 من القانون المدني الجزائري : " و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " (4)

1- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع السابق ، ص 7 .
2- الشيخ علي الخفيف ، في أحكام الوصية ، بحوث مقارنة ، جامعة الدول العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ص 4 و كذلك :
- د/ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 22 .
3- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع نفسه ، ص 31 .
4- القانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق . .

كما أنه تبطل وصية الموصي إذا كان فاقدا للأهلية ، باستثناء حالة ما إذا كان هذا الموصي محجورا لسفه أو لغفلة ، و بلغ سن الرشد أي تسعة عشرة سنة جازت وصيته و هذا بإذن من المحكمة ، مع مراعاة أحكام المادة 42 من القانون المدني الجزائري ، و التي تنص على : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن ، أو عته ، أو جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة " .

فوصية السفهية ، سواء أكان محجورا عليه أم غير محجور ، عليه صحيحة ، هذا لأنه بالغ عاقل مكلف بالأحكام الشرعية و الطاعات ، و أن الوصية ليس فيها تضييع لماله ، فهي تصرف مضاف لما بعد الموت .

إلا أن هناك استثناء و هو وصية الصغير المميز الخاصة بأمر تجهيزه و دفنه مادامت في حدود المصلحة ، فإذا كان له ورثة و أجازوا وصيته نفدت ، و إذا لم يجيزوها نفدت أيضا و ذلك في حدود الثلث كما أنها تبطل و صيته حال جنونه إذا إتصلت بالموت (1)

ثانياً: الموصي له :

تنص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد و فاة الموصي " فيتضح من نص المادة المشار إليها أعلاه ، أن هناك قاعدة عامة و إستثناء فالقاعدة العامة هو أنه لا وصية لوارث ، و هذا ما ذهب إليه الحنفية و المالكية في قول و الشافعية في الأظهر و الحنابلة في الراجح إلى أن الوصية للوارث تنعقد موقوفة على إجازة الورثة بمثابة عطية مبتدأه (2) و هذا هو الاستثناء أي إجازة الورثة للوصية للوارث (الموصي له)

كما أنه يشترط في الموصي له أن يكون معلوما ، و ذلك بذكر اسمه أو صفته ، و أن يكون موجودا عند الوصية ، و إضافة إلى ذلك يجب أن يكون معينا ، كالوصية للأولاد فلان يشترط أن يكون موجودا عند الوصية و لا و قت موت الموصي (3)

1- أ/ فشار عطاء الله ، المرجع السابق ، ص 69 .

2- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع السابق ، ص 34 .

3- أ/ فشار عطاء الله ، المرجع نفسه ، ص 69 .

ثالثاً: الموصى به :

تنص المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري على : " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " .
فيشترط في الموصى به أن يكون بعد موت الموصي قابلاً للتمليك بأي سبب من أسباب الملك ، و تصح الوصية بكل مال منقول من الأعيان و من المنافع و تصح الوصية بما يثمره الشجر و بما في بطن بقرة على سبيل المثال ، لأنه يملك بالإرث (1)
كذلك يجب أن يكون بما هو حلال ، فلا تصح الوصية بما هو حرام ، كالخمر ، الخنزير ، لأنهما غير متقومة في حق المسلم .

الفرع الثالث : حكم الوصية

المراد بحكم الوصية ، الوصف الشرعي لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك أو التخيير بين الفعل و الترك (2) .
اتفق الفقهاء على أن الوصية كانت في بداية الإسلام واجبة بكل المال للوالدين و الأقربين (3) لقوله الله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين " (4) .
لكن بعد نزول آيات المواريث ، اختلف الفقهاء في حكم الوصية ، و ذلك على عدة أقوال :

القول الأول :

و هو ما ذهب إليه جمهور العلماء (5) ، من الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعية إلى أن الوصية مستحبة حسب الأصل و تجب على من عليه دين أو عنده وديعة و لا بينة عليه أو عليه حق مستحق لله كالزكاة (6) .

1- أ/ فشار عطاء الله ، المرجع السابق ، ص 69 .
2- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع السابق ، ص 13 .
3- المرجع نفسه ، ص 13 .
4- سورة البقرة ، الآية 180 .
5- الدكتور الشاطبي أبو إسحاق بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي ، ت - 790 هـ ، الموافقات ، شرح و تخريج أحاديث : عبد الله دراز ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، و كذلك :
- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع نفسه ، ص 12 .
6- المرجع نفسه ، ص 14 .

القول الثاني :

ذهب داود الظاهري و مسروق و طاوس و قتادة إلى أن الوصية واجبة للأقربين الذين لا يرثون (1) ، أنها لم تنسخ لقول الله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين " (2) . حيث قالوا أن الوصية باقية مفروضة واجبة غير منسوخة ، بدليل آخر ، حيث قال تعالى : " ... حقا على المتقين " و هذا يدل على النذب لأنها لو كانت فرضا لوجبت على جميع المسلمين و ليس المتقين منهم فقط أما آية : " من بعد وصية يوصي بها أو دين " فهذه طلبت أداء الدين و تنفيذ الوصية إن وجدت (3) .

القول الثالث :

ذهب ابن حزم من الظاهرية إلى أن الوصية فرض على كل من ترك مالا (4) لقوله تعالى: " **من بعد وصية يوصي بها أو دين.....** " (5) ، إن الله أوجب الميراث في أول الآية و أوجب الدين و الوصية قبل الميراث فالمفرق بينهما مبطل بلا دليل و إنما يبطل من الوصية ما أبطله الله و حيث إن الله تعالى لم يبطل شيئا فيبقى الوجوب على إطلاقه دون تقييد (6)

المطلب الثالث : الرأي الراجح

لقد استند الرأي القائل باعتبار التنزيل ميراثا بورود أحكامه تحت الكتاب المتعلق بالميراث ، و كذا نص المادة 169 باللغة الفرنسية ، و تحديد نصيب الأحفاد بنصيب مورثهم في تركة أصله ، و توزيع النصيب فيما بينهم توزيع الميراث ، كل هذه النقاط التي تثير الشك في كون التنزيل ميراثا أنشأه الشارع ، لكن هذا الشك لا يمكن أن يرقى إلى اعتباره ميراثا بل هو إيحاء في نظر أغلب الفقهاء ، و أن التنصيب عليه في القانون يعتبر إحلالا لإرادة المشرع محل إرادة المنزل الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته

1- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع السابق ، ص 14

2- سورة البقرة ، الآية 180 .

3- أ/ عبد الله الجبوري و عبد الحق حميش ، أحكام المواريث و الوصايا في الشريعة الإسلامية ، جامعة الشارقة ، الطبعة الأولى ، الإمارات العربية المتحدة ، 1428 هـ - 2007 م ، ص 160 .

4- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع نفسه ، ص 14 .

5- سورة النساء ، من الآية 11 .

6- أ/ ريم عادل الأزعر ، المرجع نفسه ، ص 16 ، 17

و لعل أول دليل اعتمدوا عليه هو صياغة آيات المواريث التي جاءت بصيغة الأمر و القطع في محوري التركة ، و قد قصدوا في ذلك تحديد الورثة و أنصبتهم بدقة لا تقبل الاجتهاد و التأويل ، فلا يسوغ لأي كان أن يخالف قواعده في مجتمع مسلم نسا و روحا .

و استندوا أيضا على حجج أخرى مستمدة من أحكام التنزيل المنصوص عليها في القانون ، ويتعلق الأمر بما يلي :

- التنزيل يخالف الميراث في كونه لا ينفذ إذا كان الميت قد أعطى مستحقيها بغير عوض قدر ما يجب لهم ، و هذا أقرب منه إلى الوصية ، و قد ورد هذا الحكم في المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري إذ حدد استحقاق الأحماد للتنزيل إذا كانوا وارثين أو أعطوا بطريق التبرع نصيبا بقي بمقدار مورثهم في تركة أصله مع إستعراض حالة عدم كفاية النصيب المتبرع به لهم . إذ تنص " لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إذ كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية " .

و بالتالي فإن التنزيل يختلف تماما عن الميراث الذي يستحقه صاحبه دون هذه القيود - وروود كلمة "....بهذه الوصية...." في نص المادة 171 ، و التي تعني بهذا التنزيل فهي صريحة لاتحتمل أي تأويل ، إذ يمكن تعويض " بهذه الوصية كلمة بهذا التنزيل " هو وصية في أنه قد تم تحديد حده الأقصى بثلت التركة لا أكثر عند كل القوانين التي تقر به . و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري على : " ...على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة" و بالتالي فإن هذا هو الحد المسموح به في مادة الوصية و التي لا تكون لوارث أصلا .

- إن المستحقين في التنزيل ليسوا ورثة كما هو مقرر في الوصية أصلا ، إذ هو محصور على الحفدة عندما يجتمعون مع من يحجبهم من الورثة ، و تبعا لذلك ، فإن الحفدة في هذه الحالة ليسوا ورثة كما هو مقرر في نظام الميراث بل يحملون صفة الموصي لهم . فالعلاقة بين المورث و حفدته هي علاقة موصي بالموصى لهم بموجب القانون ، فالتنزيل وصية بموجب القانون لفائدة الحفدة و ليس إرثا .

و على ضوء ذلك فإن الطبيعة القانونية للتنزيل هو اعتباره وصية ، و هي وصية قانونية واجبة في تركة المورث الذي لم يوص لأولاد ابنه الذي توفي قبله أو معه ، تنفذ على أساس أنها وصية و ليست ميراثا .

و يترتب في ذلك أننا نأخذ بنفس القواعد في تحديد الوصية و استخراجها من التركة قبل قسمة الميراث ، فهي تقدم عليه و حتى على سائر الوصايا الاختيارية (1) .

و هذا ما ذكره الشيخ محمد الصادق الشطي في دراسة أحكام التنزيل : " التنزيل من باب الوصايا ذلك أنه يخرج قبل قسمة التركة فيدخل ضرره على عامة الورثة كما نص على ذلك الشيخ التسولي في شرحه على التحفة من باب الوصايا . " (2)

و من ثم أمكن تحديد الطبيعة القانونية للتنزيل بأنه وصية و لا يمكن القول بخلاف ذلك استنادا إلى احتمال ، فوجود أحكام التنزيل في الكتاب الخاص للميراث لا يغير من الأمر شيئا و ترجمة كلمة التنزيل غير دقيقة و متجاوزة للنص العربي لا تؤخذ بعين الإعتبار . فإن تطبيق بعض قواعد الميراث على هذه الوصية كتحديد النصيب بمقدار نصيب الوارث الذي توفي في حياة أصله و توزيع النصيب للذكر مثل حظ الأنثيين قصد منه المشرع تعويض المحرومين من الميراث بنصيب لا إحفاف فيه بتوزيعه فيما بينهم توزيعا لا يخرج عن الإطار العام للميراث .

و هذا ما ذكره الدكتور زكريا البري : " قسمتها بينهم للذكر ضعف الأنثى و تلك بعض أحكام المواريث ، فليس في ذلك دلالة على أنها ميراث لوجود الفارق بينهما " (3) .

و لقد وصل الدكتور إلى قوله : " هذه الوصية ليست وصية خالصة ، كما و أنها ليست ميراثا على الحقيقة ، و لكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية ، اجتمعت فتخرج منها ما يسمى في عرف القانون بالوصية الواجبة " (4) .

1- أ/ جمال ليشاني ، مجلة الموثق عدد 07 جويلية 1999 ، ص 42 .
2- الشيخ محمد الصادق الشطي ، باب الفرائض شامل الفقه و الحساب و العمل ، دار الغرب الإسلامي ، ص 148 .
3- الدكتور زكريا البري ، الوسيط في أحكام التركات و المواريث ، دار النهضة العربية ، ص 299 .
4- الشيخ مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 238 .

المبحث الثالث : الحكمة من التنزيل و خصائصه

لقد وصلنا إلى اعتبار التنزيل و المعروف بمصطلح الوصية الواجبة عند أغلب الفقهاء هو جعل الأحفاد في منزلة أصلهم المتوفى في تركة الجد أو الجدة و ذلك قبل القسمة على الورثة و حتى قبل استحقاق الوصايا الأخرى إلا أنه للتنزيل حكمة شرعية عظيمة و خصائص مقتصرة على فئة معينة مما استوجب علينا الأمر بمعرفتها و كذا تحليلها من الباب العلمي و الفقهي لذلك فقد خصصنا المطلب الأول لمعرفة الحكمة من التنزيل و المطلب الثاني لخصائص التنزيل و الذي سيتم تبينه كالاتي .

المطلب الأول : الحكمة من التنزيل

لعل الحكمة من التنزيل ، أن قد يموت الولد في حياة أبيه أو أمه و لو كان قد عاش لورث منهم مالا ، و عند موت المورث ينفرد حينها بالميراث إخوة المتوفى ، حاجبين أولاده ، فيصبحون في فقر ، و ما هذا إلا لسبب موت أبيهم المبكر ، و من العدل أن توجب في حقهم الوصية و كان من الواجب على الأب أن الأم أن يوصوا الأولاد ولدهم المتوفى .

و لذلك فقد أقر الفقهاء أن الوصية في حق الأحفاد واجبة ، فعلى الشخص أن يوصي لفرع ولده المتوفى الذي لا يرث شيئا مهما ينزل الفرع ، و بالتالي يفهم من هذا أن الأصل في وجودها هو أن يموت الفرع قبل أن يستحق الميراث ، فتجب عندها الوصية بما يعوض أبناءه على ما فاتهم من ميراث أبيهم لو بقي حيا بعد وفاة أصله ، ذلك على ألا يتجاوز الحصة ثلث التركة .

فالوصية الواجبة واجب قضائي واجبة التنفيذ لا تقبل عدم التنفيذ ، فإذا لم يوص الجد لحفدته وجب على الورثة أو المشرف على التركة إخراج شيء غير محدد بمقدار حسب البعض من مال الميت و إعطاؤه للوالدين و الأقربين غير الوارثين (1) .

1- الشيخ مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 266 .

فهي مقررة لصنف الأقربين الذين حرّموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه ، و ذلك بمقدار معين و شروط معينة ، فلا تحتاج الوصية إلى إنشاء من أحد ، فإذا فعلها الكلف بها نفذت و إن تركها كانت واجبة عليه تنفذ كما لو أنه أوصى بها .

و ما يمكن ملاحظته أن الفقه قد إشتراك في إسقاط مصطلح الوصية الواجبة على ما هو معروف لدينا بالتنزيل ، و أجمع أنها واجبة على الأقربون غير الوارثين و الذين تم حصرهم على الحفدة باعطاءهم جزء من مال الشخص بعد وفاته بمثل ما كان يستحقه أصلهم من الميراث ، و ذلك في حدود الثلث من التركة و تقسم بعدها على المستحقين قسمة الميراث .

و لعل المثال المتكرر الذي نجده في أغلب كتب الفقه الدراسة لأحكام لوصية الواجبة هو حالة الشخص الذي يموت في حياة أبيه أو أمه و بعد وفاتهم بعده يحرم ذريته من الميراث ، و بذلك يصير أولاده في فقر مدقع مع أن أعمامهم يكونون في سعة من العيش و حتى أنه قد يكون المال الذي خلفه الجد من صنع الولد المتوفي أو قد ساهم في تنميته بنصيب ملحوظ ، و بالتالي فلا ذنب لأولاده من حرمانهم من هذا المال إلا بعد موت أبيهم المبكر ، فيجتمع عليهم ذل الحاجة و فقد الولد (1) .

و قد يكون الأحفاد تحت عناية جدهم و يكونون أحب شيء إلى نفسه و لكن قد تعاجله المنية فلا يوصي لهم بشيء من ماله ، و ما الحل بين ذلك سوى مسألة زمنية ، و يكونون حينها أولى الناس بمال الجد ، لقوله تعالى : **" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين "** (2) .

فيكون هؤلاء الحفدة في فقر و حاجة ، و يكون أعمامهم كما سبق و ذكرنا في غنى و ثروة ، ذلك أنه في نظام الإرث الإسلامي لا يستحق الحفدة شيئا من ميراث الجد بوجودهم ، و إن لم يستحقوا الوصية الواجبة كان من غير العدل و الإنصاف الذي يتجسد في اضطراب بالموازن التوزيع في الأسرة .

1- د / بدران ابو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 67 .

2- سورة البقرة ، الآية 180

المطلب الثاني : خصائص التنزيل

من التعريف المحوصل و الملم بأراء أغلب الفقهاء المتفق عليه حول التنزيل ، يتضح لنا جليا أن هناك عدة خصائص مستنبطة منه يتميز بها نظام الوصية الواجبة ، و التي لا بد لنا أن نتطرق إليها حتى تمكننا من الإلمام بمفهوم نظام التنزيل وفقا لأحكام الفقه كما هو منصوص عليه .

الفرع الأول : إقتصار إستحقاق الوصية على الأحفاد

لقد اقتصر الآخذون بنظام الوصية الواجبة على اعتبار أو تقرير استحقاقها على الحفدة دون غيرهم من القارب غير الوارثين أو الأولياء الذين لا يرثون ، و هذا ما يبرر الحكمة من وراء تقريره ذلك أنه غالبا ما يموت الشخص في حياة أبيه و أمه و أن ذريته قد تحرم من الميراث الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه بسبب ما يحجبهم من الميراث .

و خاصة أن المال الذي خلفه الجد يكون من صنع الولد المتوفى أو يكون قد ساهم في تنميته بنصيب ملحوظ فلا ذنب لأولاده في الحرمان من هذا المال إلا موت أبيهم المبكر ، فيجتمع عليهم ذل الحاجة وفقد الولد (1) وبالتالي فيكون الأحفاد أولى من الأقربين للإستفادة من نظم الوصية الواجبة .

1 - د/ بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 167 .

الفرع الثاني : تنفيذ الوصية الواجبة دون إنشاء

إن الوصية الواجبة تنفذ على التركة و تزول لمستحقيها و إن لم تصدر عن الموصي قبل وفاته ، سواء عاجلته المنية قبل صياغتها أو أن إرادته لم تتجه لإحداثها فإذا توفى الجد دون أن يترك وصيته لأبناء ولده المتوفى استحق الأحفاد نصيب أبيهم كما لو كان على قيد الحياة عند القسمة ، على أن لا تتجاوز ذلك ثلث التركة .

فالوصية الواجبة لا تحتاج لإنشاء فهي مقررة للأحفاد بشروط نافذة بحقهم ، و لو بغير إرادة المورث ، فهي تحمل في طبي أحكامها صيغة الوجوب و لزوم التنفيذ بمجرد توفر شروطها في الواقعة التي تستدعي تطبيق قواعدها و الحكمة من تقريرها .

و كذلك هو الحكم إذا أنشأ الجد الوصية لأحفاده ناقصة عن القدر المطلوب و نص على الحصة التي أرادها لهم محددة ، فإنها تكتمل وجوبا حتى تصل إلى المقدار المحدد في أحكام الوصية الواجبة ، و هو كما سبق ذكرنا يمثل نصيب أبيهم المتوفى على أن تتجاوز الثلث .

الفرع الثالث : دخول الوصية الواجبة لملك الأحفاد

إن الوصية الواجبة بمجرد وفاة المورث تدخل إلى ملك المنزل و ذلك من غير الحاجة إلى القبول و هذا ما يستفاد من ظاهر الأحكام المتعلقة بذلك و القواعد العامة للميراث التي تقضي أنها تدخل في ملك الورثة دون الحاجة إلى قبوله ، و بما أن الوصية الواجبة لازمة بمجرد صدورها بتنفيذها على التركة بدون إنشاء ، فهي إذا ليست بحاجة إلى قبول .

الفرع الرابع : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على توزيع الميراث

تنفذ الوصية الواجبة بعد تقريرها على المستحقين الذين تتحقق فيهم شروط الاستفادة بها على التركة قبل قسمتها ، فبمجرد وفاة الجد أو الجدة توجب الوصية للأحفاد المتوفى والدهم فيؤخذ المقدار المستحق لهم و المقدر بنصيب الوالد في الميراث إذا كان حيا ، و ذلك من التركة كلها ، فهي تتأثر بالنقص في الأنصبة و ذلك في فرائض كل الورثة لا بعضهم عندها تكون التركة مهيأة لتوزيعها على الورثة (1) ، بعد استخراج حصة المتوفى لو فرض حيا .

و ذلك ما ذهب إليه أغلب الفقهاء ليكون المقدار الذي يخرج من جميع التركة لا يتأثر به نصيب بعض الورثة دون البعض الآخر ، و قد رأى في هذا الصدد الدكتور بدران أبو العينين بدران و الذي يتفق مع أمور ثلاثة هي : أن نفرض الولد الذي مات في حياته أصله حيا ، ثم تقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه ، ثم نوازن بين هذا النصيب و ثلث التركة بين الورثة و نجعل أقلها هو مقدار الوصية ، فتعطيه لأولاده ثم تقسم باقي التركة على أنها كل التركة بين الورثة الحقيقيين على حسب الفريضة الشرعية .

1 - الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 181 .

الفرع الخامس : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على كل الوصايا

أقر الفقهاء بوجوب تقديم الوصية الواجبة على كل الوصايا مستندين في ذلك على أقوال طاووس بن كسيان و مما نقله بن مفلح (1) ، و كل ذلك في نطاق الثلث المقرر ، فإذا ضاق الثلث عنها جميعا نفذت الوصية الواجبة و أوصى لغيرهم نفذت الوصية القدر الواجب أولا ، و الباقي من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية كل ما يقابله نصيبه ، فيقسم بينهم بالنسبة الأنصبة بعد أن تنفذ الوصية الواجبة .

و كذلك إذا ترك الموصي الوصية الواجبة و أوصى لغيرهم نفذت الوصية الواجبة أيضا أولا كما ذكرناه فهي تحتاج في تنفيذها لإرادته ، و بعد تنفيذها إن بقي من الثلث شيء قسم بين أصحاب الوصايا الاختيارية بنسبة حصصهم (2) .

و لعل الحكمة من ذلك هو من وراء تقرير الوصية الواجبة التي تفضل على الوصية الاختيارية عند القسمة و ذلك لتقدم الأقارب غير الورثة (الأحماد) بالاستحقاق على الأجانب لمصدق قوله تعالى : **" والأقربين بالمعروف حقا على المتقين.... "** (3)

1- الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 198 .

2- الإمام أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 183 .

3- سورة البقرة ، الآية 180 .

الفصل الثاني : أحكام التنزيل و تطبيقاته

تعتبر دراستنا لمفهوم التنزيل في الفصل السابق توضيح لنظامه بصفة عامة و إبرازاً لمبادئه التي يركز عليها و تمهيداً لهذا الفصل الذي نتطرق فيه إلى كيفية تطبيق أحكامه في الميدان العملي لكي نتمكن من الإلمام بنظامه بكل ما يحتويه وفقاً لما نصت عليه أحكام قانون الأسرة في تشريعنا و مقارنة ذلك بالتشريعات العربية الأخذة به و ما فسره باختلاف آراءهم

و ذلك سوف نتطرق في هذا الفصل إلى دراسة أحكام التنزيل و تطبيقها ببيان المستحقين و شروط استحقاقهم في المبحث الأول و نتناول في المبحث الثاني مقدار التنزيل و كيفية استخراجها و في المبحث الثالث تطبيقات التنزيل و منازعاته .

المبحث الأول : أصحاب الحق في التنزيل و شروط استحقاقهم

يعتبر التنزيل نظاماً يسمح لفئة معينة من الأقارب غير الوارثين و المتوفرة في حقهم شروط معينة ، من استحقاق تركة الجد بمقدار معين ، و هذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المبحث في مطلبين يبين فيها أصحاب الحق في التنزيل و شروط استحقاقهم .

المطلب الأول : أصحاب الحق في التنزيل

لم يقتصر رجال الفقه و المشرعون على تحديد فئة الأقراب المستفيدين من تركة الجد بالأحفاد كلهم بل وضعوا لذلك حالات يكون فيها البعض منهم مستحقا وفقا لشروط معينة تحت طائلة الحرمان من نظام التنزيل .

لقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري : " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه ، و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية :

من هذه المادة يتضح لنا أن أحفاد المورث ، جدا كان أو جدة ذكورا أو إناثا من إبنه الذي توفي قبله أو هم المعنيون عند تطبيق أحكام التنزيل .

فالابن الذي يستحق أولاده التنزيل هو الذي توفي قبل والده في تاريخ معلوم أو بحكم بعد فقدان أو توفي معه في وقت واحد لا يعلم أيهما سبق في الوفاة .

فهؤلاء الأحفاد يستحقون تنزيلا في تركة جدهم أو جدتهم (الأب أو أم الأب) أما بالنسبة لتركة جدهم أو جدتهم (أب أم – أم الأم) فإنهم لا ينزلون في تركتها باعتبارهم أولاد بنت توفيت قبل والدها أو والدتها .

ذلك أن المشرع الجزائري قصر التنزيل على أولاد الإبن دون أولاد البنت و يستشف ذلك من المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري مطبقا بذلك رأي الإمامين أحمد إبن حبل و إبن حزم و الفقهاء التابعين من العصر الحديث ، و اعتبر أولاد البنات من ذوي الأرحام ، فالمعتبر عند هؤلاء بالدين يدلون إلى الميت بذكر و ليس بأنثى .

و حتى بالنظر إلى المادة نجد أنها تضمنت عبارة "و قد مات مورثهم ... " و لم ينص "مورثهم أو مورثتهم " و كذلك نص المادة 171 " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة " و المعروف أن الذين قد يرثون عنه الجد أو الجدة هم أولاد الظهور ، أي أبناء الابن و ليس أولاد البطون ، أبناء البنت ، فلا يتصور أنه قد يرث ابن البنت من الجد باعتبارهم من ذوي الأرحام كما سبق ذكره ، و بالتالي فإن المشرع الجزائري قد قصد في نصه بعبارة " الأحفاد " بأبناء الابن لا غيرهم .

و قد أخذ المشرع المغربي و السوري و الكويتي نفس الاتجاه باقتصار التنزيل على أولاد الأبناء دون أبناء البنات ، و قد استندوا في تبريرهم باعتبار أولاد البنات من ذوي الأرحام و لا يرثون في نظام الإرث وجود أصحاب فروض أو عصابات .

أما المشرع المصري فإنه على خلاف المشرع الجزائري أعطى الحق في الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات و لأولاد الأبناء مهما نزلت درجة أبيهم ، و انتقدوا الاتجاه الآخر بالقول أن التنزيل قد قرر و شرع لمن حجب من الميراث من الأقارب المباشرين للمورث .

و ما يجدر ذكره أيضا حول نص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري أنها إكتفت بذكر الأحفاد – أولاد الإبن – دون أن تذكر أولاد لأبناء الأبناء ، في حين نص المشرع المصري صراحة في نص المادة 76 : " و تكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات و لأولاد الأبناء من أولاد الظهور و إن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره " .

و لكن و رغم ذلك فإن عبارة " الأحفاد " و عبارة " الجد أو الجدة " قد تعني أبناء الأبناء و إن نزلوا مع أن هذه المسألة نادرة الوقوع .

عندما يتعدد الفروع و يكونوا من أصل واحد ، و قد يتعدد أصولهم كأولاد إبنين أو أولاد ابن و بنت قسمت أولا قسمة الميراث بين تلك الأصول ثم يعطي لكل فرع ما كان يستحقه أصله إن كان واحدا ، و إلا قسم بينهم قسمة الميراث .

و إذا تعددت الفروع بتعدد أصولها ، و اختلفت قربا و بعدا من صاحب التركة فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعا له و لا يحجب فرع غيره ، لأن الوصية تجب لمستحقيها من الطبقة الأولى ثم تنتقل منه إلى أولاده ماداموا أهل لها ، فلو ترك المتوفى من فروع ابن ابن و بنت ابن آخر و كان لابن الابن بنت فإنه يحجب بنته فقط لأنها لا تستحق مع وجوده و لا يحجب بنت ابن عمه لأنها من فرع آخر ، بل تأخذ نصيبا مساويا له ، لأن مقدار الوصية يقسم أولا على إبنى صاحب التركة ثم يعطي ما يخص كلا منهما حسب الميراث لأولاده المستحقين في الوصية للذكر مثل حظ الأنثيين .

فقد صدر بهذا الشأن قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم ملف 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 تعيين الموثق الأستاذ كركوب رشيد الكائن مقره 7 شارع بوخصومة حسين للقيام بإجراءات لتسجيل المسكن (...) باسم جميع الورثة و ذلك تبعا للفريضة المؤرخة في : 1997/03/29 .

- حيث استند الطاعن في طلبه على وجهين .
- حيث أن المطعون ضدهم طلبوا رفض الطعن .
- حيث التمسست النيابة العامة نقض القرار المطعون فيه .

عن الوجه الأول : المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون ، بدعوى أن المجلس أيد الحكم ذاكرا " بأن 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 بذلك لا يتعلق بالبنات و حدهن و عليه لا تنطبق هذه المادة على الحفيدات في غياب وريث ذكر معهن و في غياب نص صريح فإن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

حيث بالرجوع إلى 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 المادة 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 لتشابههما .

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارد 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 (1) .

و على العموم و من كل ما سبق ذكره يمكن حصر الأحماد الذين يحجب تنزيلهم وفق أحكام القانون الجزائري فيما يلي :

- 1- فرع الولد الذكر الذي مات في حياة أبيه أو أمه .
- 2- فرع الولد الذكر الذي مات في حياة المورث حكما بأن فقد حياة أبيه أو أمه و حكم القاضي بموته بعد التحريات اللازمة .
- 3- فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه في وقت واحد أو لا يعلم من مات أولا كالذي يموت مع أبيه أو أمه في حادث واحد كغرق أو حرق أو هدم أو حوادث متعددة ، و سوف نتناولهم بشيء من التفصيل :

الفرع الأول : فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في

حياة أبيه و أمه :

و هذا ما سنستنبطه من أحكام المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري بنصها " من توفي و له أحماد و قد مات مورثهم قبله " .

و ذلك إذا توفي شخص في تاريخ معلوم في حياة أصله ، أبيه أو أمه يكون موته حقيقيا ، و يكون قد ترك أولادا ، فإنهم يستحقون وصية في تركة جدهم أو جدتهم ، كأن يموت " أحمد " في حياة أبيه " عمر " و يترك أبناء ثم يموت الجد ، فإن هؤلاء الأحماد يستفيدون بحصة أبيهم أحمد في تركة جدهم " عمر " كما لو كان حيا على أن لا يتجاوز ذلك الثلث ، و لعلها الحالة الغالبة في مسائل التنزيل .

الفرع الثاني : فرع الولد الذكر الذي مات في حياة الوارث موتا

حكما :

لم يشر المشرع الجزائري على تنزيل أولاد المتوفين حكما في حياة أصلهم ، فلم ينص على ذلك صراحة في المواد المقررة لأحكام التنزيل المادة 169 من القانون الأسرة الجزائري : " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم " على عكس المشرع المصري الذي نص في المادة 76 من قانون الوصية المصري : " إذا لم يوص الميت الفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه و لو حكما" و الذي تبعه في ذلك المشرع الكويتي و اللبناني أو السوري .

و بالتالي فإن المشرع الجزائري بعدم نصه صراحة قد ترك الأمر للقياس و الاجتهاد بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول في تدرج البحث في القاعدة القانونية إلا أنه بالرجوع للقواعد القانونية نجد أن اللفظ المنصوص عليه " و قد مات مورثهم " في المادة السابقة الذكر تشمل الموت الحقيقي أو الحكمي .

إذ أنه إذا حكم القاضي بموت شخص في حياة أحد أبويه بعدما كان مفقودا من قبل ، فإنه يعتبر قد توفي و لو حكما ، فحكم القاضي بموته له نفس الأثر الذي يترتب عن موته الحقيقي من قسمة التركة ، و بالتالي و جب أن ينزل أولاده في تركة الجد بعد و فاته .

و قد ذهب الدكتور " شلبي " عند دراسته لهذه الأحكام إلى القول في هذا الصدد : " إن أولاد المفقود تجب لهم الوصية باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله و لا إرث له من ذلك الأصل و ذلك لأن المفقود بعد حكم القاضي بموته يعتبر ميتا من يوم الحكم بالنسبة لتركته ، فيستحقها و رثته الموجودون وقت الحكم .

و من مات قبل الحكم لا يستحق شيئا و يعتبر من حين فقده بالنسبة لإرثه هو من غيره ، لأن من شروط الإرث أن يكون الوارث حيا حياة محققة وقت وفاة المورث و حياة المفقود حين فقده إلى وقت حكم القاضي بموته مشكوكا فيها فلا يحكم بإرثه من شخص مات في هذه الفترة ، فيتحقق شرط استحقاق الأولاد للوصية الواجبة (1) .

1 - د/ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 232 .

و مثال هذه الحالة كأن يفقد أبناء أبيهم في الحرب في حياة مورثهم مدة 04 سنوات من تقرير الفقد ثم قضى القاضي بموته نزل أولاده في تركة الجد المتوفى بعد حكم القاضي .

الفرع الثالث : فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه في

وقت واحد

و هذا ما نصت عليه المادة 169 من القانون الأسرة الجزائري : " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم من قبله أو معه فعبرة "معه...." تؤدي المعنى ، أنه إذا مات شخص في وقت واحد مع أصله أبيه أو أمه كأن يتهدم عليهما بناء كما يقع في كوارث الزلازل ، أو حرقا مع في حادث أو غرقا معا في البحر ، فلا نعلم أيهما مات أولا ، و كان للشخص أولاد تركهم حينها ، ينزل الأحفاد منزلة الشخص في الميراث أبيه ، فيجب التنزيل لانتفاء الإرث بين المتوفين ، إذ لا يرث الشخص أصله ، كأن يكون "مصطفى" مع أبيه " أحمد" يستقلان سفينة غرقت بهما فمات ، عندها يستحق أولاد مصطفى نصيبا في تركة جدهم أحمد حسب نظام التنزيل ، أو ماتا في ساحة القتال ، و لو يعلم السابق منها بأي دليل و هنا وجب التنزيل لانتفاء الإرث بين المتوفين حيث أنه لا يرث الشخص أصله .

و قد ذكر الدكتور وهبة في هذا السياق ".....أوجبها أيضا لفروع من مات أبيه أو أمه في حادث واحد و لا يدري أيهم سبقت إليه المنية ، كالغرقى و الحرقى و نحوهم لأن جهل وقت وفاتهم لا يرث فقها أحدهم الآخر ، فلا يرث أصله في تلك الحالة فتجب الوصية لذريته ذلك الفرع قانونا (1)

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المصري و الذي يعتبر أول من قام من قنن أحكام التنزيل و أوجب تنفيذها ، كان أدق في تحديد المستحقين منه ، مما لا يجعل معه مجالاً للريب حول ذلك على خلاف المشرع الجزائري الذي تبنى نظام التنزيل و قننه في المواد بصيغة عامة تثير الإختلاف عند تطبيقها أو تفسيرها كما سنرى ذلك في موضع آخر من هذه الدراسة .

المطلب الثاني : شروط التنزيل

لم يكتف المشرع الجزائري بتحديد الأحماد كمستفدين من تركة جدهم أو جدتهم بل إنه أضاف شروطاً لذلك ، حيث و بعد أن قصر الحفدة من الأقربين و خصهم بآبن الآبن ، فلا يعتبر كل الأحماد الدين توفى أبوهم قبل أو مع جدهم معنيون بذلك لأن التنزيل وصية بموجب القانون كما توصلنا إليه لفائدة الحفدة و ليس إرثاً يستحقونه في جميع الحالات (1) بل لابد من استفاء الشروط المحددة في المادتين 171- 172 من قانون الأسرة الجزائري و المتمثلة فيما يلي :

المادة 171 : " 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 بهده الوصية ، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك و جب التنزيل بمقدار ما يتم نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة "

المادة 172 : " أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه و أمه "

يمكن لنا من هاتين المادتين إستنباط الشروط التالية :

1- أ/ ججيك صالح الورثاني ، مجلة مارس 1998 عدد 02 ، ص 34 .

الفرع الأول : أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبيه حقيقة أو

حكما أو مات معه

إشترط المشرع في نص المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري شرطا يتعلق بوالد الأحماد ، و هو أن يكون قد توفي في حيا الجد سواء حقيقة أو حكما ، كما سبق التعرض إليه سابقا ، أي سواء في تاريخ معلوم أو بموجب حكم القاضي بعد تقري فقدانه ، أو أن يكون قد مات معه سواء أثناء حادث مرور أو حريق أو حرب أو تهدم بناء أو غير ذلك من الحوادث ، إذ لا يعرف من توفي قبل الآخر ، و هي الحالة التي لا يتوارث أحدهما الآخر طبقا لقواعد الميراث .

و يستخلص بمفهوم المخالفة أن التنزيل لا يستحق و لا يجب في حق من توفي أبوه بعد وفاة جده ، فإذا بقي المال في حالة شيوع و لم يقسم إلا بعد فترة استحق الولد المتوفى بعد أبيه حصته من التركة ، و التي يستفيد منها الأحماد بصفتهم وارثي عن أصلهم طبقا لأحكام الميراث لا لأحكام التنزيل ، و بالتالي فلا تطبق قاعدة عدم تجاوز الثلث من التركة، لأن الحصة التي إستفادوا منها من ميراث جدهم تعتبر حصة أبيهم كوارث من تركة أصله

كأن يتوفى الجد و يترك إبنين و تبقى التركة في حالة شيوع و خلال ذلك يتوفى أحد أبناءه عن أولاد ، حينها هؤلاء الحفدة ليسوا ورثة لأنهم محجوبين بالعم ، لكنهم لا يستفيدون من نظام التنزيل ، لأن والدهم توفي بعد جدهم ، و بالتالي عند قسمة التركة يأخذون حصة والدهم في تركة الجد و هي النصف و تقسم فيما بينهم طبقا لقواعد الميراث ، و لا تنقص حينها من هذه الحصة إلا الثلث لأنهم استفادوا منها طبقا لقواعد الميراث لا نظام التنزيل .

الفرع الثاني : ألا يكون الأحفاد وارثين للجد كان أو جدة

نص المشرع الجزائري على عدم وجوب التنزيل و تطبيقه في حق الورثة الذين يكونون ورثة في تركة جدهم أو جدتهم ، إذ أنهم يستحقون من تركة الجد بالميراث دون الحاجة إلى الاستحقاق طبقا لأحكام التنزيل ، كأن يتوفى الجد عن بنت و أحفاد أو توفيت الجدة عن بنتين و أحفاد ، ففي هاتين الحالتين يكون الأحفاد عسبة يرثون الجد فلا يستحقون عندها التنزيل و لا خيار لهم في ذلك بينهما .

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع لم يأخذ بعين الاعتبار مقدار الإرث إن كان قليلا أو كثيرا ، بل العبرة بالاستفادة منه بوصفهم ورثة ولو كان نصيبهم أقل مما كانوا يستحقونه لو طبقنا عليهم أحكام التنزيل .

الفرع الثالث : أن لا يكون الأحفاد تلقوا من جدهم أو جدتهم

وصية أو عطية بلا عوض

أضاف المشرع شرط عدم تلقي الأحفاد من جدهم في حياته وصية أو هبة ، و هنا تطرح مسألة البيوع الصورية التي يجريها الجد لأحفاده و التي تكون فيها الهبة مستترة ببيع و هنا يتوقف الأمر على مسألة الإثبات .

أما إذا تلقى الحفدة مالا من جدهم بعوض ، أي أنه قد باع لهم شيئا وفق الأحكام و الشروط العامة في ذلك فإنهم يستحقون أن يطبق في حقهم أحكام التنزيل .

و الملاحظ أن المشرع في هذه الحالة و على خلاف الشرط السابق في الميراث أخذ بالاعتبار مقدار الوصية أو الهبة التي تلقاها الحفدة من الجد ، و هي أن تساوي مقدار ما يستحقونه من التنزيل ، و بالتالي فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم المستحق في حدود الثلث دائما .

الفرع الرابع : ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم

قد يرث الأحفاد عند موت أبيهم في حياة جدهم مالا ، أي يكون هؤلاء قد استفادوا من تركة أبيهم مباشرة ، ثم بعد مدة يتوفى الجد ، ففي هذه الحالة نص المشرع على عدم استحقاقهم التنزيل إذا كان هذا الميراث لا يقل عن حصة ابيهم المتوفى من تركة جدهم إن كان حيا .

أي لا يقل عن نصيبهم في التنزيل ، أما إذا كان أقل من مناب مورثهم في تركة الجد فيستحقون حصتهم بالتنزيل .

و نلاحظ أن المشرع الجزائري رغم أخذه بعين الاعتبار قيمة المال الذي ورثه الحفدة بالنظر إلى حصة مورثهم في التركة ، إلا أنه لم ينص على تكملة الفارق بين ما أخذوه و ما يستحقونه كما نص على ذلك في حالة تلقيهم وصية من جدهم ، و بالتالي فإنهم يستحقون نصيب والدهم المتوفى في تركة الجد كاملا دون أن يتجاوز الثلث .

و يلاحظ من هذه الشروط أن المشرع جعل من التنزيل تعويضا عن الحرمان من الميراث ، فإذا كان الأحفاد وارثين للجد أو الجدة أو حصلوا على مقدار يساوي نصيبهم بطريق آخر كالميراث من أبيهم أو أمهم أو هبة من جدهم أو جدتهم تفي بمقدار ما يستحق لهم ، لم يعد هناك مجال لوجوب تطبيق أحكام التنزيل ، و بالتالي أصبحوا غير مستحقين في تركة الجد أو الجدة .

و لذلك يجب الحذر و الحيطة في تحرير مثل هذه الفرائض التي على فريضة التنزيل ، كما يجب النص في الفريضة على عدم وجود مجموع هذه الشروط أو أن أحدها موجود حسب تصريحات الأطراف حتى يتمكن الموثق من تحرير فريضة صحيحة سليمة طبقا لأحكام قانون الأسرة .

المبحث الثاني : مقدار التنزيل و كيفية إستخراجه

لقد حدد المشرع الجزائري مقدار التنزيل في نص المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري بنصها " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة " .

و بالتالي فإن حصة الأحفاد طبقا لنظام التنزيل هي حصة أصلهم الذي توفي في حياة الجد صاحب التركة ، ذلك أن القانون عندما أوجبها وحددها جعل منها عوضا عما كانوا يستحقونه بالإرث عن أصلهم لو لم يمت قبل مورثه ، فنص على قدر معلوم حتى لا تكون موضوع نزاع بين الورثة . و عليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول سوف نتطرق إلى مقدار التنزيل و المطلب الثاني إلى كيفية استخراج مقدار التنزيل .

المطلب الأول : مقدار التنزيل

لم يكلف المشرع بتقدير حصة الأحفاد طبقا لنظام التنزيل بل جعل له حدا أقصى لا يتجاوزه و هو ثلث التركة ، ذلك أن هذه الحصة ليست ميراثا خالصا بل قررت لحرمان الحفدة من نصيب من تركة الجد عند اجتماعهم بمن يحجبهم ، فهي وصية وجبت عوضا عن هذا الميراث الذي فاتهم (1) ، و لأن مجال تنفيذ الوصايا شرعا طبقا للقواعد العامة جبرا على الورثة هو ثلث التركة نص المشرع عند تنزيلهم منزلة أصلهم أن تكون في حدود الثلث ، فلا تنفذ فيها زاد عليه إلا بإجازتهم .

1 - أ/ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 243 .

و قد نص المشرع المصري على نفس القاعدة في قانون الوصية ، و هو ما كان يستحقه الولد الذي توفي ميراثا في تركة أصله لو كان هذا الأصل قد توفي أثناء حياته و هذا طبقا للمادة 76 منه التي نصت : "وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث"

فإذا أوصى الجد قبل وفاته لأحفاده المتوفى والدهم في حياته بمقدار أقل مما هو منصوص عليه أي يكون أقل من نصيب أصلهم لو كان حيا في تركة الجد .

يضاف إليهم إلى أن يصل إلى النصاب المقررة في المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري ، ثم يقسم بين الحفدة للذكر مثل حظ الأنثيين على أن لا يتجاوز ذلك دائما ثلث التركة .

أما إذا أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل نصيب فرعه المتوفى قبله لأحفاده و كان مساويا لثلث التركة أو أقل منها ، نفذت هذه الوصية في حقهم و استحقوا هذا النصيب من التركة على أساس هذه الوصية الاختيارية لا طبقا لنظام التنزيل ، و يكونون غير معينين بأحكامه طبقا للشروط التي سبق لنا و رأيناها للإستفادة أصحاب الحق في التنزيل ، أما إن كانت الوصية أكثر من الثلث ، فإنها و طبقا للقواعد العامة تنفذ في حدود الثلث و الباقي يتوقف استحقاقه على إجازة الورثة ، و يكون دائما الأحفاد غير مستحقين لنصيب طبقا لقواعد التنزيل .

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يذكر هذه الحالة في أحكام التنزيل المنصوص عليها في قانون الأسرة ، فإكتفى عند سرده لشروط الاستفادة من حصة في التركة أن لا يكون الجد أو الجدة قد أوصلوا للحفدة في حياتهم بأقل من حصة الأب المتوفى و جب عندها التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة .

أما المشرع المصري فقد نص على ذلك صراحة في المادة 77 من قانون الوصية : " إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية و إن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له بما يكمله "

و قد سرد الإمام أبو زهرة أمثلة عن كل ذلك ، كأن يموت شخص عن ابن و بنتين و أولاد ابن متوفي في حياة أبيه ، فإن الحفدة يأخذون نصيب أبيهم طبقا لأحكام التنزيل و هو هنا ثلث التركة فيستحقون ذلك لمطابقتها مع ما هو مقرر لذلك .

أما إن مات شخص عن ابن و أولاد ابن توفي في حياته ، فإنه طبقا للقدر المحدد لحصتهم و التي هي حصة أبيهم المتوفى من ميراث الجد و هي هنا النصف ، و بقاعدة عدم تجاوز الثلث المحددة للنصيب يستحقون حينها ثلث التركة لا نصفها .

و نفس التقدير إن توفي شخص عن بنت و ابن و أولاد ابن مات في حياته ، فإن الذي كان يستحقه الابن المتوفى في حياة أبيه هو خمسا 5/1 التركة ، و هنا تكون أكثر من الثلث فلا يأخذ أولاده 5/2 بل يقسم فيها بينهم قسمة الميراث (1) .

و قد نص المشرع الجزائري بعد تحديده لمقدار التنزيل في المادة 170 في قانون الأسرة الجزائري على حصة الحفدة فيما بينهم عند استخراجها من التركة كما سيأتي بيانه و هي أن تقسم عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين .

و بالتالي و من كل ما سبق ذكره لحساب المقدار الواجب فيه التنزيل علينا أن نميز بين حالتين استنبطناها من المواد المقررة لأحكام التنزيل في قانون الأسرة .

الحالة الأولى :

إذا لم يحصل الأحفاد على أي مقدار بطريق الإرث أو التبرع فقد حددت ذلك المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري فنصيبهم كما يلي : " أسهم الأحفاد بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة " .

فهذه المادة حددت النصاب المستحق للأحفاد بنصيب مورثهم على فرض أنه حي و لذلك فإنه عند حساب هذا المقدار في تركة الجد أو الجدة يفرض لأصل المنزليين على أساس أنه حي ، و هذا الحكم الذي أوردته المادة صراحة – على افتراض الحياة – و هذا مهم عند حساب النصيب و استخراجها كما سيأتي بيانه .

الحالة الثانية :

إذا حصل الأحفاد عن طريق الميراث من والدهم أو والدتهم أو عن طريق التبرع من جدهم أو جدتهم مقدار مما يستحق لهم في تركة جدهم أو جدتهم ، و لهذه الحالة عدة صور :

الصورة 1 : إذا ورث الأحفاد من أبيهم أو أمهم أو منهما معا مقدارا أقل ما يستحق لهم ينزلون و تكون حصتهم هي تكميل الفرق بين ما ورثوه و ما يستحقونه أصلا طبقا لقواعد التنزيل وفق القاعدة العامة .

الصورة 2 : إذا حصل الأحفاد بطريق التبرع من جدهم أو جدتهم أقل ما يستحق لهم يكمل عندها الفارق أيضا و يأخذونه كحصة في تركة الجد بصفتهم منزليين .

الصورة 3 : إذا حصل أحدهم أو بعضهم عن طريق التبرع على مقدار يفي أو يفوت مقدار ما يستحق لهم ، فإن هؤلاء لا يستحقون في التركة ، و يستحق غيرهم ممن لم يحصلوا على شيء ، و إذا كان الذين حصلوا على وصية أخذوا أكثر مما يستحقون في التركة ، فإن الزائد على نصيبهم يعتبر وصية اختيارية طبقا للقواعد العامة ، فلا تنفذ إلا بعد إجازة الورثة .

الصورة 4 : إذا حصل أحدهم أو بعضهم عن طريق التبرع على مقدار أقل مما يستحق لهم ، فإن هؤلاء يستحقون مقدار ما يفي بنصيبهم ، و يستحق الآخرون غير المتبرع لهم مقدارهم كاملاً .

و في كل الأحوال ، و ما يمكن استخلاصه هو أن الأحفاد يأخذون نصيب مورثهم في حدود ثلث التركة ، فإن كان النصيب أكثر من ذلك رد إلى الثلث و يكون توزيع النصيب بين الأحفاد للذكر مثل حظ الأنثيين .

المطلب الثاني : كيفية استخراج مقدار التنزيل

لم تبين قوانين الدول العربية كيفية استخراج مقدار الأحفاد بنظام التنزيل بنصوص صريحة ، إذ اكتفى المشرع الجزائري بوضع الخطوط العريضة أو المبادئ العامة التي يركز عليها ، حيث بين معالمه و ذكر أن مقداره هو حصة والد الأحفاد المتوفى في تركة الجد كما لو كان حياً و اشترط أن لا يتجاوز الثلث في ذلك .

و بالنظر إلى ما توصلنا إليه عند دراستنا لتكييف التنزيل و الذي اعتبرناه وصية ، كان علينا إذا أن نخضعه لأحكامها عند استخراج مقداره من التركة ذلك أن الوصايا تخرج قبل قسمة التركة ، و بالتالي فإن الحصة المستحقة للحفدة المنزليين منزلة أصلهم تخرج من جميع التركة حتى لا يتأثر نصيب بعض الورثة دون البعض الآخر و بالتالي فإن القانون و إن لم ينص على الطريقة صراحة إلا أنه أرشد إلى ما يجب مراعاته عند استخراجها .

و قد ذكر في هذا الصدد الدكتور أبو زهرة أن القانون كشأن كل قانون عام في نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطرق الحسابية بل بين القاعدة و الأصول التي تبنى عليها المسائل ، و ترك للمطبقين له طريق الاستخراج بالطرق

الحسابية ، فالمهم أن يكون الاستخراج مطابقا تمام المطابقة لألفاظ القانون و قواعده و مقاصده (1) ، و على هذا الأساس سوف نتطرق إلى كيفية استخراج النصيب من التركة حسب دراسة الفقه و ما استنبطوه من القانون ، لنصل بعدها إلى الإلمام بالطريقة المطابقة لما أقرته المواد .

لقد اتفقت التشريعات الآخذة بنظام التنزيل – أو الوصية عند أغلبها – على أسس لها أهمية في هذا المجال ، لابد لنا أن نذكرها أولا لتتضح لنا معالم نظام التنزيل في طريقة استخراج مقدار التنزيل ، و هي كما رأينا :

1- أن مقدار التنزيل هو ما كان يستحقه الولد المتوفى في حياة أبيه من ميراث لو كان حيا فلا يتجاوزه .

2- إن هذا المقدار لا يزيد عن ثلث التركة كلها ، مهما زاد نصيب الولد المتوفى

3- إن التنفيذ يكون على أساس أن الخارج وصية لا ميراث ، و معنى هذا أن يخرج من جميع التركة حتى لا يتأثر به بعض الورثة دون البعض الآخر(1) .

أما عن الفقه فقد ذكر الإمام أبو زهرة " أنه لكي نصل إلى استخراج مقدار التنزيل – الوصية الواجبة – في التركة لابد أن نخطو الخطوات الآتية :

الخطوة الأولى : أن نفرض الولد الذي مات حيا و يقدم نصيبه كما لو كان موجودا ، فإذا كان الميت قد ترك بنت ابن قد توفي في حياة أبيه و بنتين و ابنا و أبا و أما ، فإنه في هذه الحالة يفرض الابن الذي توفي في حياة أبيه حيا ، و يقدر نصيبه على فرض الحياة و تخرج الأنصبة على هذا الأساس ، فيكون للأُم السدس ، و للأب مثلها أي السدس و الباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، و يكون الباقي و هو الثلثان بين ابن الحي و الابن المتوفى الذي فرض حيا و البننتين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون الابن الذي فرض حيا ثلث الثلثين و ينظر إن كان في حدود الثلث و إلا أخذ الثلث و هو هنا دونه .

الخطوة الثانية : يخرج من التركة ثلث ثلثها ، فإن كانت 360 سهم في إحدى الشركات

فإنها تستخرج هكذا : $80 = 360 \times \frac{3}{1} \times \frac{3}{1}$ و هذا هو مقدار الوصية الواجبة –

التنزيل – و يخرج من التركة و يعطى لمستحقيها و هو هنا لبنت الابن المتوفى .

الخطوة الثالثة :- يقسم باقي التركة بين الورثة الحقيقيين على حسب فرائضهم الشرعية ، فيعطى للأب سدسه و للأم مثله و الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين و لقد أضاف لهذا أمثلة لما سبق :

1- توفيت امرأة عن زوج و بنت بنت توفيت أمها في حياة الجدة(1) ، و التركة تكون 300 فيكون الحل كمل يلي :

الخطوة الأولى: للزوج $\frac{1}{4}$ و للبنت المتوفاة الباقي فرضا و ردا ، و الإخوة لأم محجوبان

الخطوة الثانية: يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فتأخذ البنت المفروضة حياتها الثلث و هو $\frac{1}{4} \times 300 = 100$ ف .

الخطوة الثالثة: يعتبر باقي التركة و هو 200 ف بين الزوج و الأخوين لأم ، فيكون للزوج النصف و لأخوين لأم الباقي فرضا و ردا .

2 - توفيت امرأة عن زوج و بنت ماتت في حياة المورثة و التركة 450 ف .

الخطوة الأولى : يكون للزوج $\frac{1}{4}$ و بنت الإبن $\frac{6}{1}$ و البنت المتوفاة المفترض حياتها $\frac{1}{2}$ و الباقي يرد على غير الزوج .

و بما أن النصيب أكثر من الثلث تكون الوصية هي الثلث فتحسب $\frac{450}{3/1} = 150$ و الباقي هو 300 يقسم بين الورثة على الفريضة الشرعية فيكون للزوج الربع 75 ف فرضا و الباقي لبنت الإبن فرضا و ردا .

3 - توفي شخص عن بنتين و بنت ابن توفي في حياة أبيه و أخت شقيقة و التركة 180 ف يفرض الإبن حيا و يكون له بين الورثة نصف التركة و نصف التركة أكثر من الثلث فيكون $\frac{180}{3/1} = 60$ ف و هو مقدار الوصية الواجبة ، و يكون الباقي هو 120 تركة بين الورثة تكون لبنتين الثلثان و للأخت الباقي .

1 - القانون المصري يجيز تنزيل أبناء البنت الطبقة الأولى كما رأينا سابقا .

و هذا ما وصل إليه الدكتور بدران أبو العينين بدران ، أن التنفيذ يتفق مع أمور ثلاثة :

1 - هو إن نفرض الولد الذي مات في حياة أصله حيا ، ثم نقسم التركة على الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه .

2 - ثم نوازن بين هذا النصيب و ثلث التركة ، و نجعل أقلها هو مقدار الوصية فنعطيه لأولاد المتوفى .

3 - ثم نقسم باقي التركة على أنه كل التركة بين الورثة الحقيقيين على حسب الفريضة الشرعية ، فلا يدخل في قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته و لم ينجبوا أو كان من أنجبوا أحفاد الا يستحقون الوصية .

و من مات أبوه و جده في حياة صاحب التركة و كان مستحقا للوصية يأخذ ما كان يستحقه جده لو كان حيا عند وفاة صاحب التركة لا ما كان يأخذه أبوه لو كان حيا .

و لعل ما تقدم هو الحل الذي يراه البعض متفقا مع ما نص عليه القانون – طبقا لما نص عليه قانون الوصية المصري -

و لقد أضاف المشرع المصري حالة اجتماع الوصية الواجبة – التنزيل – مع وصية اختيارية في نص المادة 1/78 : " الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا "

و بالتالي فإن اجتمعت مع وصية اختيارية نفذت الإلجبارية و نكون حينها أمام فرضيتان :

الأولى : أن تستغرق الوصية الواجبة كل الثلث و هنا يكون حكم الوصايا الاختيارية الباقية هو البطلان (1) .

الثانية : أن لا تستغرق الوصية الواجبة كل الثلث و إنما يتبقى منه شيء ، فإن الوصايا الاختيارية تتزاحم فيما بينها بصدد هذا الجزء المتبقي .

و قد ذكر الإمام أبو زهرة في هذا الصدد أن الوصية الواجبة مقدمة على كل الوصايا ، فإذا ضاق الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية كل ما يقابله نصيبه فيقسم بينهم بنسبة الأنصبة بعد أن تنفذ الوصية الواجبة على الوجه الذي سنه القانون(1) .

أما المشرع الجزائري فكان على غيره من المشرعين الآخذين بنظام التنزيل ، قد نص على القواعد العامة و المبادئ التي يركز عليها دون أن يحدد طريقة لاستخراج النصيب ، و للوصول لذلك نستنبط الحل من طبيعته القانونية و من كونه وصية ، و بالتالي فهو يستخرج قبل قسمة التركة ، يكون بمثل نصيب الولد المتوفى المفترض حيا في التركة على أن لا يتجاوز ذلك الثلث و إلا رد إليه ، ثم يوزع على أبنائه للذكر مثل حظ الأنثيين ، و تعاد القسمة بين الورثة الحقيقيين على ما تبقى من التركة بعد إنقاص حصة الإبن المتوفى و فقا للشروط .

و ما تجدر الإشارة إليه أن حالة اجتماع وصية اختيارية حررها الجد بحصة التنزيل لم ينص عليها المشرع في المواد المقررة له ، على خلاف المشرع المصري الذي نص عليها صراحة كما سبق و رأينا ذلك ، إلا أنه و رغم عدم النص عليه ، فإنه باعتبارنا التنزيل وصية بقوة القانون تسبق كافة الوصايا و بالتالي فإذا استغرقت الثلث كاملا لا تنفذ الوصايا الأخرى إلا بإجازة الورثة ، و هذا الحكم نجده متققا على ما قاله " طاووس بن كسيان " و مما نقله ابن مفلح عن الإمام " أحمد " باعتبار الوصية للأقربين غير وارثين ، أسبق منها للأجانب لقوله تعالى : " **الأقربون أولى بالمعروف.....** " (2) .

و مع ذلك نجد في الميدان العملي من يقدمون الوصية الاختيارية على التنزيل بتبرير أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة ، إلا أن هذا القول مردود عليه لأنه لا يمكن أن يذكر كل تفاصيل النظام في التقنين و مع ذلك فإننا نستنبط ذلك من القواعد العامة المذكورة فيه و المبادئ التي يحتويها راجعين دائما إلى الشريعة الإسلامية و ما أخذ به الفقهاء .

و بالتالي من كل ما سبق يمكننا استخلاص ما يلي :

1- الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 183 .

2- سورة البقرة ، من الآية 180 .

عند وفاة الجد صاحب التركة عن أبناء ابن متوفى في حياته ورثة ، يلجأ هؤلاء إلى الموثق لتحرير الفريضة ، و يتضح عندها أن أحفاد المتوفى قد يستحقون من التركة بنظام التنزيل ، فيؤكد الموثق من صفتهم و من توفر شروط وجوب التنزيل المنصوص عليها قانونا ، فإن لم يقع نزاع أو أي إشكال في الإثبات تستخرج قيمة النصيب المقرر للحفدة من التركة ، أما إن وقع نزاع أو خاصة صعب على الموثق إثبات الشروط التي قيد بها المشرع للاستفادة من أحكام التنزيل يلجأ الأطراف إلى القضاء بدعوى قسمة التركة ليتحقق حينها القاضي من أحقية الأحفاد للتنزيل و يفصل في النزاع .

أما الفرائض التي لم يقع بشأنها نزاع ، فنجد الورثة يقرون بحق الأحفاد بالتنزيل و ينفون استحقاق المنزليين لأي وصية من الجد أو لأي تركة من أصلهم تساوي حصة مورثهم من التركة ، و عادة ما يقوم الموثقون بتحرير تصريحات الورثة و يمضون عليها .

عندها يقوم بجرد التركة و تقويمها ثم تخفض منها مصاريف التجهيز و الدفن و جميع الرسوم و الديون المستحقة للأفراد و الدولة ، ثم يفترض أصل الأحفاد الذي مات في حياة صاحب التركة حيا ، و يدخل ضمن الورثة الحقيقيين ، فنقسم عليهم التركة و تستخرج حصة الأصل المتوفى بعد التحقق من أنها لا تتجاوز الثلث ، إذ يكون مجموع أسهم أصول المستحقين كلهم تساوي ثلث التركة أو أقل ، أما إذا زاد عليه كانت أسهم الأحفاد هي الثلث فقط ، و ما زاد عليه لا يدخل في التنزيل ، حتى إن كان المتوفى قد أوصى به للمستحقين له فإن وصيته بما زاد عن المقدار المحدد تكون وصية اختيارية ، و لو أعطاه لهم الورثة من تلقاء أنفسهم كان ذلك هبة منهم .

و يمكن تجسيد ما سبق في الأمثلة التالية : توفي عن أب ، و أم و بنتين ، و بنت ابن ، و ترك وصية قدرها 300 دج و التركة 1500 دج .

هذه المسألة اشتملت على وصيتين ، إحداهما وصية واجبة لبنت الإبن بمقدار نصيب أصلها – أبيها – في حدود الثلث $3/1$ و الأخرى اختيارية بخمس التركة $5/1$.

نخرج أولا مقدار الوصية الاختيارية و هو 300 دج ثم نطرحه من التركة ، فيكون الباقي $1500 - 300 = 1200$ دج ثم نقسمه على الورثة بما فيهم الأصل الذي لفرعه وصية واجبة .

قيمة السهم الواحد = 200 دج

ثم نقسم نصيب الإبن و البننتين عليهم فينتج نصيب الإبن و هو 400 دج و هو أقل من ثلث التركة ، لأن ثلث التركة 1500 دج هو 500 دج .

ثم نطرح مقدار التنزيل من التركة ، فيكون الباقي من الثلث 100 دج فيقسط باقي الوصية الاختيارية فلا ينفذ إلا 100 دج و ما زاد عليه يستحق إلا بإجازة الورثة .

و أخيرا يقسم الباقي من التركة من جديد بعد تنفيذ التنزيل و الوصية الاختيارية على الورثة الشرعيين و هم :

يكون للأب 6/1 ، و للأم 6/1 و للبنتين 3/2 .

و ما يمكن ملاحظته في هذه المسألة أننا مررنا على الخطوات التالية :

1 - طرح مقدار الوصية الاختيارية من كل التركة ما لم تتجاوز الثلث ، فإذا تجاوزه فإنها لا ينفذ بما زاد عليه إلا بإجازة الورثة .

2 - يقسم الباقي من التركة على الورثة و على فرض حياة المتوفى لمعرفة نصيبه لو بقي حيا وقت وفاة المورث ، و بعد معرفته يعطي لفرعه إن كان في حدود ثلث التركة كلها و يقسم عليهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين .

3 - يطرح مقدار التنزيل من ثلث 3/1 كل التركة ، فإذا كان مقدارها مساويا للثلث فلا يعطي لصاحب الوصية الاختيارية شيء لأن مقدار التنزيل قد استغرق الحد الأقصى المحدد للوصايا في القواعد العامة ، و تعتبر مقدمة في التنفيذ على الوصية الاختيارية فلا يستحق إلا بإجازة الورثة ، أما إن كان مقدار التنزيل أقل من ثلث التركة فإن الفرق بين ما هو أقل إلى الثلث يعطي لصاحب الوصية الاختيارية .

4 - يقسم الباقي من التركة بعد تنفيذ التنزيل و الوصية الاختيارية بحيث لا يزيد مجموعهما على ثلث 3/1 التركة كلها على الورثة الشرعيين فقط من جديد .

توفي شخص و ترك : زوجة و ست بنات ، و بنت إبن توفي قبل وفاة مورثه و أخت شقيقة .

نقوم في المرحلة الأولى بافتراض الإبن المتوفى حيا و ندخل ضمن الورثة في قسمة التركة فتكون المسألة :

للزوجة (الثمن) فرضا : 1 ، و للبنات الست مع الإبن المتوفى : الباقي تعصيبا ، و الأخت الشقيقة : محجوبة .

فيكون أصل المسألة 08 ثم يصحح إلى 64 فيكون للزوجة = 8 ، و البنات الست مع الابن المتوفى الباقي تعصيبا = 56 ، لكل بنت = 07 و الإبن = 14

فيكون عندها حصة بنت الابن المنزلة منزلة الأب هي 14 و هي أقل من الثلث و بالتالي تستحقه .

ثم تنتقل إلى المرحلة الثانية بعد استخراج مقدار التنزيل ، و هي أن نعيد قسمة ما تبقى من التركة بعد إنقاص حصة الإبن المتوفى المفترض حيا فيها على الورثة الحقيقيين .

- للزوجة 8/1 (الثمن) = 3

- للبنات الست 3/2 (الثلثان) = 16

- الأخت الشقيقة الباقي تعصيبا = 05

أصل المسألة 24 و الذي يبقى من السهام هو 50 بعد خصم حصة بنت الإبن المنزلة و عليه فيكون 64 - 14 = 2.0833

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة
زوجة	8/1	3×2.0833	6.2499 دج
البنات الست	3/2	16×2.08333	33.333 دج
الأخت الشقيقة	الباقي تعصيبا	5×2.0833	10.4160 دج

- توفي شخص فترك : زوجة - أم - بنت - ابن ابن توفي في حياته و ترك مبلغا ماليا قدره 240000 دج .
 فيكون للزوجة 8/1 فرضا لوجود الفرع الوارث المؤنث و المذكر .
 و للأم 6/1 السدس فرضا لوجود الفرع الوارث المؤنث و المذكر .
 بنت ، ابن الابن المتوفى المفترض هي : الباقي تعصيبا .

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة
زوجة	8/1 الثمن	15×2000	30000 دج
الأم	6/1 السدس	20×2000	40000 دج
بنت ، ابن الابن المتوفى	الباقي تعصيبا	85×2000	170000 دج

فيكون للإبن 68000 دج و الابن المتوفى المفترض هي في أصل المسألة و للبنت 34000 دج

- أصل المسألة 24 ثم صحح فأصبح 120 ، و قيمة التركة 240000 دج و بتقسيمها على الأصل بعد التصحيح تكون قيمة السهم الواحد 2000 دج
 - في هذه الحالة يكون نصيب ابن الابن المنقول هو حصة أبيه المتوفى في حياة جده و التي تقدر ب 68000 دج و هي لا تتجاوز ثلث التركة التي قدرت ب 24000 دج .
 - ثم نمر بعدها إلى إعادة المسألة و قسمة ما بقي من التركة بعد إنقاص حصة المنزل على الورثة الحقيقيين .

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة
زوجة	8/1 الثمن	9×2388.88	21499.99-دج
الأم	6/1 السدس	12×2388.88	2866.66-دج
بنت ، ابن	الباقى تعصيبا	للبنات 17×2388.88 للإبن 34×2388.88	81222.15-دج

أصل المسألة 24 و صححت إلى 72 .

$$172000 = 68000 - 240000 \text{ - قيمة الشركة بعد الخصم}$$

$$2388.88 = \text{قيمة السهم الواحد} =$$

و قد نستنتج الفارق بين المرحلة الأولى و الثانية ، أنه في الأولى دخل الضرر على الأولاد دون غيرهم من الورثة ، بينما في المرحلة الثانية بعدها خصمنا نصيب المنزل و أعدنا قسمة الشركة على الورثة من جديد بما بقي منها ، لحق الضرر بهم جميعا .

توفي شخص و ترك : زوجة ، ابن ، و ابن ابن منزل و مبلغ مالي قدره 144000دج .

- في المرحلة الأولى : نفترض الإبن المتوفى حيا و ندخله استخراج نصيبه في الشركة مع الورثة الحقيقيين .

- فيكون للزوجة 8/1 (الثمن) فرضا لوجود الفرع الوارث

- ابن الابن المتوفي المفترض هي : الباقي تعصيبا .

و في هذه المسألة يلاحظ أن نصيب الابن المتوفي هو أكثر من الثلث و بالتالي لا يحق لإبنه أن ينزل بهذه الحصة ، و منه وجب تخفيضها إلى 3/1 التركة .

أصل المسألة 08 ثم صحح إلى 16 ثم إلى 48 .

- و ثلث التركة إذ هو = 16

- فتكون للزوجة 8/1 الثمن : 6 .

- الابن المتوفى 3/1 الثلث = 16

- الابن الباقي تعصيبا = 26 .

و بقسمة التركة : 144000 / 48 = 3000 قيمة السهم الواحد

و يكون نصيب ابن الابن المنزل المستحق الثلث : 16 × 3000 = 48000 دج

- بعد أن استحق الحفيد المنزل من حصة في التركة ، نمر إلى الثانية و هي أن نعيد قسمة التركة على الورثة الحقيقيين من جديد بعد خصم الحصة المستحقة للحفيد .

144000 - 48000 = 96000 و هذا هو الباقي .

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة

زوجة	8/1 ثمن	1×12000	12000-دج
الإبن	الباقى تعصيبا	7×12000	84000-دج

أصل المسألة : 08

قيمة السهم الواحد : 12000دج

- و نلاحظ أيضا في هذه المسألة أن الضرر قد دخل على جميع الورثة في المرحلة الثانية ، بعدها دخل الضرر إلا على الإبن في المرحلة الأولى ، لذلك وجب أن تعاد قسمة التركة من جديد على الورثة بعد استخراج نصيب التنزيل .

- توفي شخص عن : زوجة ، و أب و إبن و ابن الابن توفي والده قبل وفاة مورثه و كان الجد قد أعطى هبة لإبن الابن بمقدار بمقدار 6000 دج أثناء حياته و تركته تقدر ب : 72000 دج

- في هذه المسألة يكون الحل كالآتي :

في المرحلة الأولى : استخراج نصيب المنزل بفرض حياة ابنه و تقدير حصته في الميراث .

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة
----------	--------	--------	---------

9000-دج	6×1500	8/1 الثمن	زوجة
12000-دج	8×1500	6/1 السدس	الأب
25500-دج	17×1500	الباقى تعصيبا	ابن الإبن المتوفى

- أصل المسألة 24 و يصحح 48

$$1500 = 48 / 72000 \text{ قيمة السهم الواحد}$$

للإبن المتوفى المفترض حى حصته من الميراث هي 25500 و هذا النصيب المقرر لإبنه عند تنزله منزلة أبيه و بما أن الجد قد أعطاه في حياته بدون عوض فإنه و جب خصم المبلغ من الحصة التي توصلنا إليها $25500 - 6000 = 19500$ دج .

و تكون هي نصيب إبن الابن المنزل من التركة .

و نمر إلى المرحلة الثانية : و هي إعادة قسمة التركة على الورثة الحقيقيين بعد خصم نصيب المنزل منها .

$$72000 - 19500 = 52500 \text{ باقى التركة .}$$

الوارثون	الفروض	السهام	الأنصبة
الزوجة	8/1 الثمن	3×2187.5	6562.5 دج
الأب	6/1 السدس	4×2187.5	8750 دج
الإبن	الباقي تعصيا	17×2187.5	37187.5 دج

أصل المسألة : 24

- قيمة السهم الواحد = 2187.5

- و كذلك نلاحظ أثر التنزيل على أنصبة الورثة ، فالزوج قبل المرحلة الثانية كان نصيبه 9000 دج و بعد إدخال الضرر على الجميع أصبح 6562.5 دج و للأب كان قد أخذ 12000 دج و في المرحلة أخذ 8750 دج ، أما الإبن و الذي كان في الأول متحملا للضرر و حده كان نصيبه 25500 دج .

- و بعد مشاركة باقي الورثة له في تحمل عبء التنزيل صار نصيبه 37187.5 دج .

– فالتنزيل وصية بقوة القانون متى توفرت شروط استحقاقها تستخرج قبل قسمة الميراث ليدخل على جميع الورثة و تنفذ قبل الوصية اختيارية ، فإن استغرقت ثلث المقرر بطلت جميع الوصايا

المبحث الثالث : تطبيقات التنزيل و منازعاته

إن تنفيذ أحكام التنزيل على المستحقين ليس بالأمر الهين ، خاصة و أن المشرع الجزائري لم يأخذ به إلا بعد صدور قانون الأسرة الجزائري في سنة 1984 و التي تضمنتها المواد 169 – 170 – 171 – 172 و قد جاءت بصفة عامة و لم تنطرق إلى كافة القواعد بصفة دقيقة ، مما نجم عن ذلك تطبيقات التنزيل لدى الموثقين الذين يعتبرون مختصين في إعداد الفريضة التي تحتوي على تنزيل الأحماد ، و لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة هذه التطبيقات فيما هو معمول به ميدانيا ، و مقارنتها بما أقرته المواد المتعلقة بذلك في المطلب الأول لنختم بعدها في المطلب الثاني ، تبيان موقف القضاء و فعاليته في تطبيق أحكام التنزيل .

المطلب الأول : تطبيقات التنزيل

يعتبر مسألة مستحدثة في النظام القانوني الجزائري مما نجم عند تطبيقه إشكالات و تباينات ، سواء لسوء فهم نصوص المواد أو فهمها مقارنة بما تنص عليه قوانين بعض الدول الأخذة بالتنزيل ، و كذا في بعض الجزئيات التي لم ينص عليها القانون صراحة فظهرت تباينات عند المطبقين له ، و سوف نتناول هذه المسائل فيما يلي :

الفرع الأول: إشكالات التنزيل

لقد نصت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري : " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم"

- المادة 170 : " أسهم الأحفاد تكون"

- المادة 171 : " لا يستحق هؤلاء التنزيل"

و ما يمكن ملاحظته عند قراءتنا لنصوص المواد الملمة بأحكام التنزيل أنها للتعبير عن المنزليين بكلمة " الأحفاد " ، فلم تنص كالتشريع المغربي عند تطرقه لهذا في الفصل 266 : " من توفي و له أولاد ابن" و التشريع المصري الذي أعطى الحق لأبناء الإبن و إن نزلوا وأبناء البنت الطبقة الأولى من أولاد البنت و لأولاد الأبناء من أولاد الظهور و إن نزلوا " . و كذا التشريع التونسي فقد نص في الفصل 191 : " من توفي و له أولاد إبن ذكر أو أنثى ، مات والدهم أو ماتت والدتهم قبله أو معه" ، و قد نحى عن تطبيق أحكام المواد الناصة على استحقاق الأحفاد عدة تباينات ، فمن الموثقين من فسر ذلك أن المشرع قد شمل أحكام التنزيل على أبناء الابن و أبناء البنت ، و قد استدلوا بأن كلمة الأحفاد شاملة لهم ، و إن كان قصد المشرع تنزيل أولاد الابن دون أولاد البنت لنص على ذلك صراحة كغيره من القوانين التي نصت على ذلك .

و هذا هو الخطأ الذي وقع فيه بعض المطبقين لأحكام التنزيل ، ذلك أن كلمة أحفاد لغة حقيقة تشمل أبناء الإبن و أبناء البنت لكننا في باب المواريث نبحت عن معنى الأحفاد إصطلاحا و بلغة الفرائض فهي تعني أولاد الإبن فقط أما أولاد البنت فهم يدعون بالأسباط

زيادة على المشرع الجزائري و ضح ذلك بنص المادة 171 : " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة" ، و من المعلوم أن أبناء الإبن هم الذين يفترض فيهم أن يرثوا عن جدهم أو جدتهم في حين أبناء البنت يعتبرون من ذوي الأرحام .

و قد ذكر في هذا الصدد الأستاذ " صالح ججيك " أن المشرع الجزائري قد أحسن حيث حصر التنزيل في مجموعة أولاد الأبناء دون أولاد البنات و الذين يسمون الأسباط و أضاف أن ترجمة المادة 169 إلى النص الفرنسي واضح بما تتطلبه اللغة الفرنسية من دقة في التعبير عن أولاد الأبناء دون أولاد البنات

« Si une personne décidé en laissant des descendants d'un
fils »

و أن أولاد البنات لا يعتبرون فروعاً للهالك بل ذوي رحمه .

– حتى بالنظر إلى الحكمة التي سبق و أن تطرقنا لها بالأخذ بالتنزيل و المتمثلة في علاج الذمة المشتركة بين الجد و الإبن ، الذي توفي في حياة أصله و خاصة إعانة الأحفاد الذين يصبحون بعد موت أبيهم و جدهم في فقر و أعمامهم في غنى و بالتالي فإن البنت التي تتوفى في حياة أصلها تاركة أولاد غير معنية ، ذلك أنه نتصور أن لأولادها أبا و له أصل ، فغالبا لهم من يعيلهم .

– و بالتالي فإن المشرع الجزائري كان صريحا عند ذكره أن المنزليين هم الأحفاد أي أبناء الإبن ، فلا يكمننا الإعتداد بالمعنى اللغوي للكلمة و نحن في لغة الفرائض ، و لا يمكننا القياس على ما أخذت به القوانين التي شملت على تنزيل أبناء الإبن و أبناء البنت في موادها لأن المادة في قانوننا لا توحى بأي شك أو غموض .

الفرع الثاني : إثبات التنزيل

إن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين العرب الآخذين بنظام التنزيل ، قد نص على شروط قيد بها الأحفاد في حال توفرها يكونون مستفيدين من تركة الجد بالتنزيل ، و هي أن لا يكون الجد قد أوصى لهم أو أعطاهم بلا عوض مقدار ما كانوا سوف يستحقونه من التركة كمنزليين و أن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مقدار ما كان يستحقونه بالتنزيل ، و أن لا يكونوا وارثين للجد أو الجدة .

و هنا نقع في مشكلة الإثبات ، ما عاد حالة الأحفاد الذين يرثون الجد أو الجدة ، فيكونون غير مستحقين لنصيب بالتنزيل ، و إن كان مقدار الإرث أقل من مقدار حصتهم بالتنزيل .

مما جعل الموثقين يتباينون في طريقة تعاملهم مع قضايا التنزيل و كيفية توجيهها فمنهم من يعتمد في الإثبات على تصريحات الأطراف التي يحررها و يمضون عليها و قد ذكر الأستاذ بوحلاسة عمر : " أنه يجب الحذر و الاحتياط في تحري هذه الفرائض التي تشمل على التنزيل ، كما يجب النص في الفريضة على عدم وجود مجموع هذه الشروط أو أحدهما موجود حسب تصريحات الأطراف حتى يتمكن الموثق من تحرير فريضة سليمة طبقا لأحكام قانون الأسرة" .

فإن ترك الإبن المتوفى في حياة أبيه مالا ظاهرا أو ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية المملوكة لأبيه أو أعطاهم في حياته بلا عوض ، فإننا نعرف ذلك بالتحري و التقويم و إجراء موازنة بين التركتين أو بين حصة المنزل و بين ما اكتسبه من جده سواء بوصية أو عطية بلا عوض .

و بالتالي فإن بعض الموثقين يقومون عند تلقيهم فريضة تحتوي على تنزيل بالتحقيق بأنفسهم على استقاء الشروط اعتمادا على تصريحات الأطراف و مقارنتها مع محتويات التركة .

أما أغلب الموثقين فإنهم بمجرد تلقيهم فرائض تحتوي على التنزيل يوجه الأطراف إلى القضاء خوفا من المسؤولية في إنجاز هذا النوع من الفرائض لصعوبة الإثبات ، و لقد وصل البعض إلى رفض تلقي مثل هذه المسائل أصلا بدعوى أنه لا يقوم بتحريرها ، و لقد ذكر في هذا الصدد الأستاذ " صالح ججيك " عند دراسته لهذه الإشكالات " أن تطبيق أحكام التنزيل في الميدان و التأكد من شروطها يتطلب حذرا يصل إلى الحد السؤال عن ذلك و تحميل المسؤولية على من تطلب إنجاز فريضته بها وصية واجبة ، فإعطاء الجد لحفدته شيئا في حياته بالوصية أو الهبة أو إرثهم من أصلهم المباشر أبا كان أو أما ، كلها وقائع مادية و تصرفات قانونية بعيدة المنال ، فلا يبقى أمام المطبق في الميدان – الموثق – سوى السؤال عن ذلك و التتويه في صلب الفريضة ، عن مسؤولية طالبها و الشاهدان على أن الحد لم يكن قد أعطى أو وهب أو أوصى لحفدته المنزلين فيها شيئا في حياته و أن المورث المباشر للحفدة لم تكن له تركة وزعت بالإرث عليهم وفق أحكام الشريعة(1) .

و أضاف بشأن الفئة من الموثقين الذين يحيلون الأطراف مباشرة إلى القضاء " و ما قيل في الميدان من أن هذا النوع من الفرائض من اختصاص القضاء أولا ، للنظر في أحقية الحفدة من عدم أحقيتهم ثم تحرير الفريضة باستحقاقهم أو بعدم استحقاقهم بناء على حكم القضاء على أساس أن القضاء هو المختص بالنظر في الوقائع المادية ، قول مردود عليه بأن القانون واجب التطبيق بإصداره دون تعليق له ، و دون استشارة أي جهة كانت أو أي إجراء مادام القانون نفسه لا ينص على ذلك " .

1 - أ/ صالح ججيك الورثاني ، المرجع السابق ، ص 89 .

فالمسألة مسألة اختصاص نوعي و ليس نزاع سابق و عمل قانوني لاحق فيصعب على الحفدة استحقاقهم بإحالتهم على القضاء و ما يتطلبه ذلك من جهد و وقت و مصاريف هم في غنى عنه ، فكيف نطلب منهم و هم الضعاف الذين جاء القانون لحمايةهم فهذه الإحالة غير المؤسسة تعطل و أكاد أقول تصادر التشريع (1) .

و في نظرنا فإن مسألة الإثبات تكون من إختصاص الموثق عند لجوء الأطراف إليه وديا ، أين يقوم بإجراء عملية الجرد و التقويم و التصفية و توزيع باقي التركة بعد إجراء الموازنة فيما نص عليه القانون لاستحقاق الأحفاد للتركة اعتمادا على تصريحات الأطراف ، و لا يمكننا اللجوء إلى القضاء إلا في حالتين :

1 - و جود نزاع بين الأطراف خاصة أو في حالة عدم لجوء الورثة أصلا لتقسيم التركة ، فيكون للأحفاد اللجوء إلى المحكمة بدعوى قسمة التركة و استحقاقهم لنصيبهم فيها كمنزليين .

2 - و إذا كان المنزلون قصرا عند وفاة الجد لا يملكون أهلية التصرف فينبغي في هذه الحالة جرد مخلفات الإبن و أبيه و تعيين الخبراء للتقويم و التصفية و الباقي يوزع على المستحقين لها بعد إجراء عملية الموازنة بين تركة الإبن و تركة أبيه بين الأحفاد و الورثة و هذا لا يمنع الموثق من المشاركة في العملية خاصة في تحرير الجرد و الفرائض ، أما القسمة و التوزيع فيدخل ضمن اختصاص القضاء و حده طبقا لأحكام المادتين 181 و 183 من قانون الأسرة الجزائري ، حيث تجرى العملية أمام القضاء الإستعجالي

المطلب الثاني : منازعات التنزيل

لم تقرر أحكام التنزيل في الجزائر ، إلا بعد صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 و الذي نص على و جوبه و إلزام تنفيذه بعدما كان قبل ذلك اختياريا ، إن نزل الجد قبل وفاته أحفاده منزلة ابنه المتوفى استحقوا حصة من التركة بموجبها ، و إن لم يفعل حجبوا بالأعمام و لا يكون استحقاقهم بالتنزيل واجبا .

ذلك أن القضاء قبل سنة 1984 كان يستند على الشريعة الإسلامية كمصدر لهذه الأحكام و يطبقها على هذه الوقائع حتى في مسألة الإثبات لم يشترط القضاء الكتابة بل اكتفى بشهادة شهود يقرون واقعة التنزيل الجد لأحفاده قبل موته .

و بعد صدور قانون الأسرة الجزائري طرحت إشكالية عدم رجعية القانون على ما سبقه من وقائع فأراد البعض من الأحفاد الذين لم ينزلهم جدهم الذي توفي قبل صدوره أن يستفيدوا من أحكام الشريعة الإسلامية ، و لما أقر القانون بأحكامه استنبط ذلك أيضا من نفس الأصل ، فطالبوا عند قسمة التركة بدعاوى رفعت بعد سنة 1984 بتطبيق أحكام التنزيل عليهم و استحقاقهم بالتالي لنصيب من التركة .

إلا أن القضاء طبق أحكامه بقاعدة سريان النص بأثر فوري و عدم رجعيته على ما وقع قبل سريانه و طبقها على الأحفاد الذين توفي جدهم بعد صدور القانون ، إذ اعتدت بواقعة وفاة الجد لا وفاة الأب ، فإذا توفي الأب قبل صدور القانون في حياة الجد الذي توفي بعد صدوره و لم ينزل أبناء ابنه المتوفى استحق هؤلاء حصة من التركة بأحكام التنزيل ، و إن توفي الجد قبل ذلك لا تطبق عليهم أحكامه .

و قد تضمنت قرارات صادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا هذه الأحكام و التي فرقت بين ما كان عليه الأمر قبل سنة 1984 إذ كان عندها التنزيل اختياريا مستندة في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية مستنبطة من مذهب الإمام مالك في غياب النص من جهة ، و بين التنزيل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري بعد سنة 1984 و الذي ينفذ حق من غير إنشاء ، و سنتعرض لأهم قرارات المحكمة العليا التي تعطي لنا فكرة عن موقف القضاء من هذا النظام و ذلك بالتطرق إلى المرحلتين اللتين مر بهما نظام

التنزيل قبل و بعد صدور قانون الأسرة و النزاعات التي كانت تصل إلى العدالة و كيف كانت تقرر بشأنها .

الفرع الأول : التنزيل قضاء قبل سنة 1984

لم يعرف التنزيل بمفهومه الإلزامي و تنفيذه الجبري دون إنشاء قبل صدور قانون الأسرة في سنة 1984 ، إلا أنه كان يؤخذ به اختياريًا ، فكانت تعرف بالغراسة أين كان الجد قبل وفاته يغرّس أبناء ابنه المتوفى في حياته مكانه في التركة ، و ذلك بإشهاد جمع من الناس أو أقارب أو يحزر لهم و وثيقة تنزيل ، و عند وفاته تقسم التركة على الورثة و تنفيذ الوصية التي تركها الجد لأحفاده غداً لم يشترط حينها الكتابة و لا الرسمية في الإثبات ، ذلك أنه كان يستند على مبادئ الشريعة الإسلامية .

أما بالنسبة للمقدار الذي كان يستحقه الأحفاد ، فإذا أوصى الجد بمقدار معين أخذوه – مع قاعدة عدم تجاوز الثلث دائماً – أما إذا لم يوص بمقدار محدد ، إكتفى بتنزيلهم منزلة أصلهم أخذوا مقدار ما كان يستحقه هذا الأصل في تركة الجد لو كان حيا ، و كان هذا هو الحال الغالب المعمول به لدى العامة و أقر به القضاء .

و ما تجدر الإشارة إليه أنه في هذه المرحلة لم يكد يصل القضاء من هذه النزاعات غلا القليل ، ذلك أن أغلب التركات كانت على الشيوع ، و عندما شرع الورثة في قسمتها دخل قانون الأسرة ، فثارت عدة إشكالات لما أراد الورثة استبعاد الأحفاد من استحقاقهم في التركة ، مثيرين مسألة الإثبات و كان الأحفاد غير المستفيدين من النظام لعدم إيصاء الجد لهم قبل وفاته يطالبون بالاستفادة من هذا القانون باعتبار التنزيل كان منصوصا عليه من قبل ، و الذي لم يكن أمام القضاء حينها مصدر غير الشريعة الإسلامية .

و في هذه المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية أضافوا أن القانون أقر بما كان موجودا و ألزم تنفيذ التنزيل فقط بعدما كان اختياريًا .

إلا أن القضاء و على رأسه المحكمة العليا لم يساير هذا التبرير ، أين تمسك بتطبيق أحكام المادة 02 من القانون المدني التي تنص على عدم رجعية القوانين ، و ذكر أن التنزيل و لو كان فعلا مجسدا قبل صدور القانون فإنه كان اختياريًا و هو عكس ما جاء به القانون لما جعله إلزاميا .

و قد صدر في هذا السياق قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ
1993/09/28 (1) ملف رقم 94719 و الذي تتلخص وقائعه فيما يلي :

توفي جد سنة 1963 تاركا ورثة و أبناء ابن توفي في حياته ، فرفعت دعوى أمام
محكمة " مروانة " من طرف الورثة لقسمة التركة التي بقيت في حالة شيوع فاعترض
الأحفاد و طالبوا بأحقيتهم بنصيب من تركة جدهم الذي قام بتنزيلهم قبل وفاته مثبتين ذلك
بشهادة الشهود ، فقضت المحكمة بقبول الإعتراض شكلا و رفضه موضوعا ، فاستأنف
الأحفاد أمام مجلس قضاء " باتنة " الذي قضى بالمصادقة المبدئية على الحكم مع تعديله
بأحقية الأحفاد في تركة جدهم حسب المناب الذي يستحقه والدهم لصحة التنزيل ، فطعن
الورثة أمام المحكمة العليا ضد هذا القرار مستندين على عدة أوجه منها خرق القانون طبقا
للمادة 169 من قانون الأسرة بدعوى أن هذه المادة و المتعلقة بالتنزيل لم تصدر إلا بعد
سنة 1984 ، فلا يمكن أن يكون لها مفعول رجعي لأن الجد توفي سنة 1963 .

إلا أن المحكمة العليا قضت برفض الطعن بالنقض مؤسسة في حيثيات القرار : " و
لكن حيث أن مسألة التنزيل منصوص عليها في الشريعة الإسلامية قبل صدور قانون
الأسرة ، و أن المادة 169 من نفس القانون قد اعتبرت أن التنزيل أصبح بقوة القانون مع
أن مبدأ التنزيل كان موجودا و لكن بصفة اختيارية و أن المطعون ضدهم قد أثبتوا بواسطة
الشهود وقوع التنزيل المدعى به من طرف جدهم و قبل صدور قانون التوثيق ، و عليه
فهذا الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن " .

و ما يمكن استخلاصه من هذا القرار أن القضاء قد اعتبر أن التنزيل قبل صدور قانون
الأسرة (قبل سنة 1984) كان موجودا إلا أنه كان اختياريا ، و قد أستند في ذلك عل
الشريعة الإسلامية "مع أن مبدأ التنزيل كان موجودا و لكن بصفة اختيارية"

و ما يمكن ملاحظته أن قرار المجلس ذكر أنه قد حدد استحقاق الأحفاد بالمناب الذي
كان يستحقه والدهم و لم يذكر بالقدر الذي أوصى به جدهم و هو الأمر الذي أقرته المحكمة
العليا باعتبار أن المجلس قد طبق صحيح القانون ، و بالتالي فإن التنزيل قبل سنة 1984
كان ينظر إليه من زاويتين من جهة كان يأخذ من الوصية الاختيارية في عدم إجبارية
تنفيذه إن لم يوصي به ، و قد أخذ من جهة أخرى من التنزيل مقداره إن لم يحدده صاحب
التركة و اكتفى باستحقاق أحفاده له .

و بالتالي فالمطبق حينها أن الجد يوصي قبل وفاته بتنزيل أحفاده منزلة إبنه عند قسمة التركة ، فإن فعل ذلك استحقوا نصيبا من التركة ، و إن لم يفعلوا حرموا من ذلك و يكفي أن يثبت الأحفاد شرط توصية صاحب التركة لهم بشهادة الشهود فلم يقيدوا بالرسمية في ذلك لتقرير استحقاقهم .

و قد استبعدت المحكمة العليا أيضا الوجه الذي أثير في عدم رجعية القانون ذلك أن قانون الأسرة الجزائري لما جاء بأحكام التنزيل أضاف فقط مسألة الوجوب و التنفيذ دون إنشاء مما جعل البعض يعتقد أن أحكام التنزيل المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري تطبق حتى على الوقائع التي حدثت قبلها ، في أن القانون لم يأت بجديد فمصدره الشريعة الإسلامية و المصدر الذي اعتمد عليه قبل صدوره هو الشريعة أيضا .

لكن بعد هذا صدر قرار أزاح هذا الغموض من المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ : 1995/05/02 تحت رقم 99186 (1) ، الذي جاء فيه " عن الوجه الثالث ، المأخوذ من مخالفة القانون و القصور في الأسباب بدعوى أن المادة الثانية من القانون المدني تقضي بأنه لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ، و قبل صدور قانون الأسرة كانت التركة تحكمها الشريعة الإسلامية ، و قانون الأسرة الجزائري لم يأت بشيء جديد . لكن و حيث أن قضاة الموضوع قد اعتبروا بأن مورث الطاعنين قد توفي قبل وفاة والده و لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم المتوفى سنة 1981 بينما والدهم توفي سنة 1979 .

حيث أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 كان اختياريا في المذهب المالكي ، و بعد صدور قانون الأسرة أصبح التنزيل واجبا و بحكم القانون طبقا للمادة 169 منه و بذلك فقضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا و عليه فالوجه غير مؤسس .

و قانون الأسرة الجزائري لم يأت بشيء جديد ، لكن و حيث أن قضاة الموضوع قد اعتبروا بأن مورث الطاعنين قد توفي قبل وفاة والده و لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم المتوفى سنة 1981 بينما والدهم توفي سنة 1979 .

حيث أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 كان اختياريًا في المذهب المالكي ، و بعد صدور قانون الأسرة أصبح التنزيل واجبا و بحكم القانون طبقا للمادة 169 منه و بذلك فقضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا و عليه فالوجه غير مؤسس .

" من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريًا و بعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا ، و من المقرر أيضا أنه لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل – و متى تبين في قضية الحال – أن مورث الطاعنين قد توفي قبل والده و أن الطاعنين لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم أحقيتهم في إرث جدهم طبقوا صحيح القانون "

و بالتالي فالقضاء حينها لم يطبق أحكام التنزيل المنصوص عليها في المواد 169 – 170 – 171 – 172 من قانون الأسرة الجزائري على الوقائع التي وجدت قبل صدوره رغم وجوده اختياريًا قبل ذلك .

أما بالنسبة لمسألة الإثبات في هذه المرحلة فقد كانت تقتصر على واقعة تنزيل الجد للأحفاد فقط قبل وفاته ، إذ اعتبر الأمر وصية عادية إن وصى بها الجد أخذت بها و إن لم يفعل يحرمون من ذلك ، فلا يثبتون الشروط التي قيدت بها أحكام التنزيل في القانون إستحقاق الأحفاد ، و بالتالي يقتصر الأحفاد على إثبات أن الجد قد قام فعلا بتنزيلهم قبل موته ، و كانت حينها هذه المسألة غير مقيدة إذ لم يصدر قانون التوثيق بعد ، فكانوا يكتفون بشهادة الشهود ، و قد نرى تبرير القضاء لذلك في القرار الصادر بتاريخ : 1997/11/25 تحت رقم 173556 (1) .

أين اعتبر التنزيل كعقد تبرع الذي لا يشترط الرسمية شرعا .

و تتلخص وقائعه في أنه توفي شخص سنة 1958 و قد قام بتنزيل أحفاده أمام شهادة الشهود شفويا يوم وفاة والدهم في حياته سنة 1950 ، و قد رفع الأحفاد دعوى أمام المحكمة و التي قضت بحقهم في التركة كمنزولين ، فاستأنف الورثة الحكم أمام مجلس قضاء بجاية بتاريخ 1996/05/27 فألغوا الحكم و قضى من جديد برفض دعوى التنزيل ، فطعن الأحفاد عن طريق النقض أمام المحكمة العليا ضد القرار و التي قضت بنقض القرار المطعون فيه و بدون إحالة ، و قد بررت ذلك في حيثيات القرار .

" - و حيث جاء في القرار المنتقد بأن حكم : 1990/12/25 لم يفصل في دعوى التنزيل و أنه ليس بنهائي و أن شهود الطاعنين من الأقارب و دون أن يقدموا عقد بذلك رغم أن الحكم المشار إليه قد قضى بالتنزيل المدعى به كما أن شهادة الأقارب تقبل في عقد التنزيل باعتباره عقد تبرع و لا يحتاج فيه إلى شكل رسمي .

- حيث لا مجال لتطبيق المادة 169 من قانون الأسرة بمفعول رجعي لوقائع سابقة و التي كرست التنزيل على المذهب الحقيقي الذي يقول بالوصية الواجبة بخلاف المذهب المالكي المطبق قبل صدور قانون الأسرة لا يقول بالوصية الواجبة بل يعتبر التنزيل مسألة اختيارية و لا يحتاج فيها إلى شكل رسمي كما تقبل فيها شهادة الأقارب كما سبق و عليه فالوجه غير مؤسس "

و بالتالي كان يكفي إثبات واقعة تنزيل الجد للأحفاد بشهادة شهود و لو من الأقارب و ذلك يعكس طبيعة التنزيل و الذي كان قبل صدور قانون الأسرة غذ كان وصية غختيارية ، فلا تطبق أحكام مواد قانون الأسرة عليهم من تنفيذ دون إنشاء و إثبات شروط الإستحقاق بما أن الجد قد توفي قبل صدورها .

الفرع الثاني : التنزيل قضاء بعد صدور قانون الأسرة الجزائري (بعد سنة 1984)

لقد نصت المواد 169 - 170 - 171 - 172 من قانون الأسرة الجزائري على أحكام التنزيل فنصت على وجوبه ، إذ ينفذ و لو لم ينشئه صاحب التركة و يكون مستحقا للأحفاد الذين تتوفر فيهم شروطا حصرها و ذكرها ضمن هذه النصوص في أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم أو أوصى لهم جدهم أو جدتهم أو اعطائهم بلا عوض مقدار ما كانوا يستحقونه وفق نظام التنزيل ، و أن لا يكونوا وارثين في تركة الجد .

و قد طبق القضاء هذا القانون على الوقائع التي حدثت بعد صدوره ، و قد طرح تساؤل حول الواقعة التي تؤخذ بعين الإعتبار ، هل واقعة موت الوالد الذي توفي في حياة الجد و الذي كان سببا لهذا التنزيل أم واقعة وفاة الجد صاحب التركة الذي يستحق فيها الأحفاد نصيبا بموجب هذا التنزيل .

و قد صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ : 1998/03/17 تحت رقم : 186769 (1) في هذا الصدد حيث اعتبر أن نص المادة 169 من قانون الأسرة بذكرها : " من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم.. " يعني واقعة وفاة الجد صاحب التركة التي ستقسم و ليس بوفاة الأب و قد جاء في حيثيات القرار :

" حيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه المؤيد للحكم المعاد و الذي يتبنى أسبابه يبين أن الفريضة صحيحة لاستفاءها الشروط المطلوبة قانونا طبقا للمادة 169 من القانون رقم 84-11 و المؤرخ في 09 من رمضان عام 1414 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الذي يوجب تنزيل الأحفاد منزلة أبيهم و المادة 171 من قانون الأسرة تنطبق على قضية الحال ، التي يطبق عليها قانون الأسرة باعتبار الجد توفي عام 1995 " .

أما بالنسبة لإثبات شروط الاستحقاق المنصوص عليها في المواد ، فقد أثارت العديد من الجدل و التباين بين المطبقتين حول الجهة المختصة في ذلك و التي تطرقنا إليها سابقا و نلاحظ في هذا الصدد أن القضاء يبيث في هذه القضايا مادامت تحتوي على نزاع بين الورثة و الأحفاد الطالبين لحقهم في التنزيل ، خاصة عندما يرفض الورثة قسمة التركة أو يحررون فريضة ، دون ذكر أحفاد يستحقون التنزيل فيكون لقاضي الأحوال الشخصية التحقيق في أحقية الأحفاد لنصيب الجد في تركته و ذلك بتحقق شروط الاستفادة من النظام و انعدام القيود التي تحرمهم من ذلك فيكون للأحفاد إثبات صفتهم بأنهم أبناء ابن صاحب التركة و أن أبوهم توفي قبل جدهم و يبقى للورثة المدعى عليهم أن يثبتوا عكس ذلك ، كأن يكون صاحب التركة قد أوصى للحفدة بمقدار يساوي نصيبهم من التركة بالتنزيل ، ذلك أن البيئة على من ادعى عكس ذلك يثبت توفر الشروط المنصوص عليها قانونا المانعة ، و يبقى للقاضي دور التحقق من ذلك بالاستعانة بالخبراء لجرد التركة أو بسماعه لأقوال الشهود و التحري على كل ذلك .

و هذا ما تأخذ به المحاكم في مسألة الإثبات ، إذ تخضع عبء الإثبات على المدعى عليهم عندما ينفون عدم توفر الشروط المقيدة لاستحقاق الأحفاد ، و قد جاء في حيثية حكم صادر عن فرع الأحوال الشخصية بمحكمة غرداية بتاريخ : 2002/03/04 حول دعوى تنزيل و قسمة تركة رفعها أحفاد المتوفى ضد الورثة " - حيث أن موضوع الدعوى يتعلق بالتنزيل و حصر تركة يزعم المدعون أن والدهم قد توفي قبل جدهم : إلا أن إجراءات التنزيل لم تتم مما أدى إلى حرمانهم من نصيب والدهم في تركة جدهم .

- حيث أنه و من المقرر قانونا أنه من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه و جب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط القانونية .

- حيث ثبت من المحكمة بعد اطلاعها على فريضة مورث المدعي و شهادة وفاته أنه توفي بتاريخ : 1995/01/17 في حين أن جدهم لأبيهم المسمى (ب، م) و طبقا لما تثبته الفريضة المحررة بتاريخ : 1997/06/09 من طرف الأستاذ (م ، ب) أنه توفي بتاريخ : 1997/03/20 .

- حيث ثبت للمحكمة من خلال فحصها الفريضة أنها لم تتضمن والد المدعي كورثة الأمر الذي يتعين معه الاستجابة لطلبهم خصوصا و أنه لا يوجد بملف الدعوى ما يفيد قيام الشروط المانعة من التنزيل " فالحكمة في هذه القضية سببت استحقاق الأحفاد لنصيب من تركة الجد بموجب التنزيل بذكرها " خصوصا و أنه لا يوجد بملف الدعوى ما يفيد قيام شروط مانعة من التنزيل " ، فهذه الصياغة نفهم أن المدعى عليهم هم الذين يضعون في الملف ما يثبت عدم استحقاق الأحفاد بالتنزيل يتوفر الشروط التي تحرمهم من نظامه ، فلا يمكننا أن نتصور أن الأحفاد يضعون بالملف ما ينفي أحقيتهم بنصيب وفق لأحكام التنزيل و بالتالي فإن القضاء قد طبق أحكام التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري باعتباره وصية اختيارية ، لا تنفذ إلا إذا أوصى بها الجد قبل وفاته ، و بالمقدار الذي أوصى به ، لكن في أغلب الأحيان عندما يريد أن يوصي لأحفاده يذكر أن ينزل أبناء ابنه منزلة ولده المتوفى في التركة ، فلا يقدر النصيب نقدا أو عينا محددة ، فيستحقون ذلك حينها مع عدم تجاوز الثلث دائما و كان ذلك غير مقيد بالرسمية .

- أما بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 ، أصبح ينفذ في حق الأحفاد و لو لم ينشئه الجد ، و أصبح الإثبات يقع على من ينفي شروط الاستحقاق المنصوص عليها على سبيل الحصر في المواد المتضمنة لأحكامه ، بعدما كان يقع على الأحفاد إثبات وصية لهم ، و قد طبق القضاء هذه الأحكام بأثر فوري و لم تسر على ما وقع قبل صدور ها أخذا بواقعة وفاة الجد لا وفاة الأب .

الخاتمة

و تباعا لكل ما سبق يعتبر التنزيل إحلالا لأحفاد الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك الثلث ، فهو حلول قانوني واجب في التركة للأحفاد الذين تتوفر فيهم الشروط المحددة لاستحقاقهم .

و لم يؤخذ بهذا النظام في التشريع الجزائري إلا بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984 و مع ذلك عرف قبل هذا التاريخ كوصية اختيارية لا واجبة إن أوصى بها الجد أو الجدة استحقها الأحفاد و إن لم يفعل يحرموا من نصيب في التركة ، و كانت هذه الأخيرة هي أغلب الحالات التي عمت حينها ، الأمر الذي جعل معه المشرع يتبناه من الآراء الفقهية الشرعية التي تقر بوجوبه ، و كذلك الحال بالنسبة للتشريعات العربية أين يعتبر المشرع المصري هو الرائد في ذلك .

و تجدر الإشارة أن واضعي هذه التشريعات لم يكونوا منشئين لتنزيل من حيث المبدأ ، بل كانوا منظمين فقط لكيفيات تطبيقه ، الأمر الذي جعل النصوص الموضحة له متباينة في أحكامها غير محكمة و لا ملزمة بكافة جوانبه ، مما انعكس على الواقع العملي من اختلافات في فهم هذه المواد و كيفية تطبيقها .

و مع ذلك نرى أن القاعدة القانونية بحد ذاتها تأتي عامة و مجردة ، فهي قد تضع القواعد العامة التي تحكم هذا النظام ، و تترك التفاصيل بما توحى به صياغتها و كذا أصول المبدأ الذي أقرت به ، إلا أن المشرع الجزائري و في تقريره للتنزيل بث الشك و الاختلاف في تفسير كلمة الأحفاد بمعناها اللغوي أو الإصطلاحي و لم يذكر في نصوص المواد كيفية استخراج هذا النصيب ، خاصة و أنه قد نص عليه ضمن أحكام للميراث لا الوصية ، مما نرى عند المطبقين له تباين ظاهر و خطير .

و عليه كان على المشرع الجزائري إزالة الشك الذي قد توحيه كلمة الأحفاد بمعناها اللغوي ، بالتوضيح صراحة أنه قصد بذلك قصر المنزليين بأبناء الإبن كالمشرع المغربي و خاصة يبين أن استخراج مقدار التنزيل يتم قبل قسمة التركة

مما يتضح من طبيعته القانونية باعتباره وصية القانون بعد إدراجه ضمن أحكام الوصايا لا المواريث ، و النص بتقديمها على غيرها من الوصايا .

و يحدث بذلك التطبيق السليم لأحكام التنزيل كوصية واجبة كما نادى بها بعض الفقهاء المؤيدين لوجوبها في الواقع العملي عند الموثقين و رجال القضاء للوصول للحكمة من تقريره .

المراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً: الكتب الفقهية

- 1- الإمام أبو زهرة ، أحكام التركات و المواريث ، مطبعة دار الفكر 1946 .
- 2- الإمام أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي 1978 .
- 3- الدكتور بدران أبو العينين بدران ، المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة 1985 .
- 4- الدكتور أحمد فراج حسين ، نظام الإرث في التشريع الإسلامي .
- 5- أ/ محمود الأمين ، شريعة حمو رابي ، دار الوراق للنشر المحدودة ، الطبعة الأولى ، لندن ، سنة 2007
- 6- الدكتور بلحاج العربي ، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية .
- 7- الدكتور كمال حمدي ، المواريث و الهبة و الوصية 1998
- 8- الأستاذ محمد زهدور - الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب 1991
- 9- د/ عابدين محمد بن عبد العزيز ، رد المختار على در المختار ، شرح تنوير الأبصار ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، 1325 هـ ، الجزء الخامس
- 10- الأستاذ صبحي نجم ، محاضرات في المواريث و التركات و الوصايا ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1996 .
- 11- الأستاذ محمد الحبيب الشريف ، مجلة الأحوال الشخصية ، دار الميزان للنشر .
- 12- الأستاذ محمد العمراني ، الميراث في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية لاتصال و النشر و الإشهار 2000 .

- 13 - الدكتور وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي أدلته ، الجزء الثامن ، دار الفكر ، الطبعة الأولى ، 1991 .
- 14 -الدكتور وهبة الزحيلي ، الفرائض و المواريث و الوصايا ، دار الكلم الطيب ، الطبعة الأولى ، دمشق .
- 15 - الأستاذ فشار عطاء الله ، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الطبعة الثانية ، الجزائر .
- 16- الأستاذ صالح ججيك الورثلاني ، الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية
- 17- الأستاذ زكريا البدري ، الوسيط في أحكام التركات و المواريث ، دار النهضة العربية ، 1989.
- 18- الشيخ محمد الصادق الشطي ، باب الفرائض شامل الفقه و الحساب و العمل ، دار الغرب الإسلامي .

ثالثاً: القـانون

- 1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 . .
- 2- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ : 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 80-07 المؤرخ في 09 غشت سنة 1980 ، و المعدل و المتمم بالقانون رقم 83-01 المؤرخ في 29 يناير 1983 ، المعدل و المتمم بالقانون 87 -17 المؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1987 ، القانون 88-14 المؤرخ في 03 مايو سنة 1988 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 89-01 المؤرخ 07 فبراير سنة 1989 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 ، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 .
- 3- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 ، معدل و متمم بالأمر رقم 69-74 المؤرخ في 16 سبتمبر 1969 و الأمر رقم 73-48 المؤرخ في 25 يوليو 1973 ، و الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975 و القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 و القانون رقم 88-26 المؤرخ في 12

يوليو 1988 و القانون رقم 89-05 المؤرخ في 25 أبريل 1989 و القانون رقم 90-02 المؤرخ في 6 فبراير 1990 و القانون رقم 96-22 المؤرخ في 09 يوليو 1996 و الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06 مارس و القانون رقم 01-09 المؤرخ في 26 يوليو 2001 و القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 و الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 و القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2001 و القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 .

4- القانون الوصية المصري رقم 81 الصادر في 24 يونيو 1946 .

5- مجلة الأحوال الشخصي التونسية ، الأمر 13 أوت 1956 .

6- مدونة الأحوال الشخصية المغربية 1958

رابعاً: المذكرات

1- الأستاذة ريم عادل الأزعر ، الوصية الواجبة ، دراسة فقهية مقارنة ، رسالة ماجستير ، الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2008 .

خامساً: المجالات

- 1- مجلة الموثق ، العدد 01 نوفمبر ، 1997 .
- 2- مجلة الموثق ، العدد 02 مارس ، 1998 .
- 3- مجلة الموثق ، العدد 06 أبريل 1999 .
- 4- مجلة الموثق ، العدد 07 جويلية ، 1999 .
- 5 - مجلة الأحوال الشخصية ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، العدد الخاص لسنة 2001 .

الفهرس

أ.....مقدمة

الفصل الأول :

ماهية التنزيل

المبحث الأول : ماهية التنزيل1

المطلب الأول : تعريف التنزيل.....1

الفرع الأول : تعريف التنزيل لغة2

الفرع الثاني : تعريف التنزيل اصطلاحا2

الفرع الثالث : تعريف التنزيل قانونا2

المطلب الثاني : مشروعية التنزيل و أساسه القانوني4

الفرع الأول : مشروعية التنزيل5

الفرع الثاني : الأساس القانوني للتنزيل6

7.....	المبحث الثاني : تكييف التنزيل
7.....	المطلب الأول : التنزيل ميراث
8.....	الفرع الأول : تعريف الميراث
8.....	أولا : الميراث في اللغة
9.....	ثانيا : الميراث في الاصطلاح
9.....	الفرع الثاني : شروط الميراث
9.....	أولا : تحقق موت المورث حقيقة أو حكما
11.....	ثانيا : تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه
11.....	ثالثا : انعدام مانع من موانع الميراث
12.....	رابعا : القتل العمدي
13.....	المطلب الثاني : التنزيل وصية
13.....	الفرع الأول : تعريف الوصية
13.....	أولا : الوصية في اللغة
14.....	ثانيا : الوصية في الاصطلاح
16.....	الفرع الثاني : شروط الوصية
16.....	أولا : الموصي
17.....	ثانيا : الموصى له
18.....	ثالثا : الموصى به
18.....	الفرع الثالث : حكم الوصية
19.....	المطلب الثالث :

- المبحث الثالث : الحكمة من التنزيل و خصائصه.....23
- المطلب الأول : الحكمة من التنزيل23
- المطلب الثاني : خصائص التنزيل24
- الفرع الأول : اقتصار استحقاق الوصية على الأحفاد.....24
- الفرع الثاني : تنفيذ الوصية الواجبة دون إنشاء25
- الفرع الثالث : دخول الوصية الواجبة لملك الأحفاد25
- الفرع الرابع : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على توزيع الميراث.....26
- الفرع الخامس : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على كل الوصايا27

الفصل الثاني :

أحكام التنزيل و تطبيقاته

- المبحث الأول : أصحاب الحق في التنزيل و شروط استحقاقهم28
- المطلب الأول : أصحاب الحق في التنزيل29
- الفرع الأول : فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه أو أمه33
- الفرع الثاني : فرع الولد الذكر الذي مات في حياة الوارث موتا حكما34
- الفرع الثالث : فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه في وقت واحد35
- المطلب الثاني : شروط التنزيل36
- الفرع الأول : أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبيه

37.....	حقيقة أو حكما أو مات معه
38.....	الفرع الثاني : ألا يكون الأحفاد وارثين للجد كان أو جدة
	الفرع الثالث : أن لا يكون الأحفاد تلقوا من جدهم أو جدتهم
38.....	وصية أو عطية بلا عوض
39.....	الفرع الرابع : ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم
40.....	المبحث الثاني : مقدار التنزيل و كيفية استخراجة
40.....	المطلب الأول : مقدار التنزيل
44.....	المطلب الثاني : كيفية استخراج مقدار التنزيل
59.....	المبحث الثالث : تطبيقات التنزيل و منازعاته
59.....	المطلب الأول : تطبيقات التنزيل
60.....	الفرع الأول : إشكالات التنزيل
62.....	الفرع الثاني : إثبات التنزيل
65.....	المطلب الثاني : منازعات التنزيل
66.....	الفرع الأول : التنزيل قضاء قبل سنة 1984
	الفرع الثاني : التنزيل قضاء بعد صدور قانون الأسرة
71.....	الجزائري (بعد سنة 1984)
74.....	خاتمة
76.....	قائمة المراجع
80.....	الفهرس

مقدمة..... أ

الفصل الأول :

ماهية التنزيل

- 1.....المبحث الأول : ماهية التنزيل
- 1.....المطلب الأول : تعريف التنزيل
- 2.....الفرع الأول : تعريف التنزيل لغة
- 2.....الفرع الثاني : تعريف التنزيل إصطلاحا
- 2.....الفرع الثالث : تعريف التنزيل قانونا
- 4.....المطلب الثاني : مشروعية التنزيل و أساسه القانوني
- 5.....الفرع الأول : مشروعية التنزيل
- 6.....الفرع الثاني : الاساس القانوني للتنزيل
- 7.....المبحث الثاني : تكييف التنزيل
- 7.....المطلب الأول : التنزيل ميراث
- 8.....الفرع الأول : تعريف الميراث
- 8.....أولا : الميراث في اللغة
- 9.....ثانيا : الميراث في الاصطلاح

9	الفرع الثاني : شروط الميراث
9	أولا : تحقق موت المورث حقيقة أو حكما
11	ثانيا : تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه
11	ثالثا : انعدام مانع من موانع الميراث
12	رابعا : القتل العمدي
13	المطلب الثاني : التنزيل وصية
13	الفرع الأول : تعريف الوصية
13	أولا : الوصية في اللغة
14	ثانيا : الوصية في الاصطلاح
16	الفرع الثاني : شروط الوصية
16	أولا : الموصي
17	ثانيا : الموصى له
18	ثالثا : الموصى به
18	الفرع الثالث : حكم الوصية
19	المطلب الثالث :
23	المبحث الثالث : الحكمة من التنزيل و خصائصه
23	المطلب الأول : الحكمة من التنزيل
24	المطلب الثاني : خصائص التنزيل
24	الفرع الأول : اقتصار استحقاق الوصية على الأحماد
25	الفرع الثاني : تنفيذ الوصية الواجبة دون إنشاء

25..... الفرع الثالث : دخول الوصية الواجبة لملك الأحفاد

26..... الفرع الرابع : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على توزيع الميراث

27..... الفرع الخامس : تقديم تنفيذ الوصية الواجبة على كل الوصايا

الفصل الثاني :

أحكام التنزيل و تطبيقاته

28..... المبحث الأول : أصحاب الحق في التنزيل و شروط استحقاقهم

29..... المطلب الأول : أصحاب الحق في التنزيل

الفرع الأول : فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة

33..... أبيه أو أمه

الفرع الثاني : فرع الولد الذكر الذي مات في حياة

34..... الوارث موتا حكما

الفرع الثالث : فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه

35..... في وقت واحد

36..... المطلب الثاني : شروط التنزيل

الفرع الأول : أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبيه

37..... حقيقة أو حكما أو مات معه

38..... الفرع الثاني : ألا يكون الأحفاد وارثين للجد كان أو جدة

الفرع الثالث : أن لا يكون الأحفاد تلقوا من جدهم أو جدتهم

38..... وصية أو عطية بلا عوض

39..... الفرع الرابع : ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم

40.....	المبحث الثاني : مقدار التنزيل و كيفية استخراجہ
40.....	المطلب الأول : مقدار التنزيل
44.....	المطلب الثاني : كيفية استخراج مقدار التنزيل
59.....	المبحث الثالث : تطبيقات التنزيل و منازعاته
59.....	المطلب الأول : تطبيقات التنزيل
60.....	الفرع الأول : إشكالات التنزيل
62.....	الفرع الثاني : إثبات التنزيل
65.....	المطلب الثاني : منازعات التنزيل
66.....	الفرع الأول : التنزيل قضاء قبل سنة 1984
	الفرع الثاني : التنزيل قضاء بعد صدور قانون الأسرة
71.....	الجزائري (بعد سنة 1984)
74.....	خاتمة
76.....	قائمة المراجع
80.....	الفهرس