

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

الرقم التسلسلي:

إعداد الطالب: حملاوي ياسين

يوم: 2020/09/15

أحكام التنزيل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ دبابش عبد الرؤوف
مشرفا ومقررا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ مساعد - أ -	د/ عمارة علي
ممتحنا	جامعة محمد خيضر بسكرة	أستاذ محاضر - ب -	د/ مدور جميلة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
قال الله تعالى:

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ
لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾

الآية 180 من سورة البقرة

الإهداء

إلى روح والدي الزكية - طيب الله ثراه - وفاءً وإكراماً لذكراه العطرة.

إلى من تعجز الكلمات عن حصر فضلها عليّ والدي الغالية حفظها
المولى .

إلى سندي في الحياة إخوتي رعاهم الله.

إلى زوجتي الفاضلة أم يحي أعزها الباري.

إلى أساتذتي الأكارم وكل من مدّ لنا يد العون

إلى كل الزملاء و أخص بالذكر أخي وليد رحموني

إليكم أهدي هذا العمل.

ياسين حملاوي

شكر و عرفان

أول الشكر لله سبحانه وتعالى على ما منّ به من نعم لا تحصى ولا تعد، ومن فضل لا ينكر ولا يرد، و بعد: وعملا بقول النبي ﷺ من «لا يشكر الناس من لا يشكر الله» أتقدم بكل عبارات الشكر، وأسمى معاني العرفان والتقدير، إلى أستاذنا الفاضل الدكتور علي عمارة، على إشرافه على هذا العمل توجيها ومراجعة وإفادة، لا سيما وأنه الأستاذ الوحيد في الكلية المتخصص في قانون الأسرة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأساتذة المحترمين؛ أعضاء اللجنة المناقشة، إذ جعلوا لهذه المذكرة حظا وافرا من عنايتهم نقداً وتصويماً.

وأشكر كل أساتذتي الكرام الذين درست لديهم، وتخرجت على يديهم، خصوصا أستاذة مقياس الملتقى الأستاذة الكريمة بوسطة شهرزاد.

و أشكر أخي وزميلي ورفيق دربي في الدراسة الأستاذ المحامي وليد رحموني، صاحب الفضل بعد الله في عودتي طالبا في الجامعة، بعد انقطاع ثلاث عشر سنة، ودعمه لي حسيا ومعنويا.

ولا يفوتني أن أشكر مدير متوسطة محمد خيضر السيد دادي يوسف أمدته الله بموفور الصحة والعافية، على التسهيلات والدعم الذي قدمه لشخصي في سبيل مواصلة الدراسة، ومن خلاله أشكر زملاء المهنة الذين قاموا بمهامي وتحملوا غيابي.

كما أشكر زوجتي الفاضلة أم يحي بما بذلت من جهود، في إعانتني على التحصيل العلمي والتفرغ له، وفي ترتيب البحث وتنقيحه.

قائمة أهم الرموز

ط: طبعة.

ج: الجزء.

د ت ن: دون تاريخ النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د ر ط: دون رقم الطبعة.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ح ر: حديث رقم.

ذ م ح أ: للذكر مثل حظ الأنثيين.

ب ع: الباقي تعصيبا.

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

م: المادة.

م ع: المحكمة العليا.

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية.

م ق: المجلة القضائية.

م ر: ملف رقم.

م م ع: مجلة المحكمة العليا.

إ ق غ أ ش: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية.

مقدمة

مقدمة:

من الأصول المقررة في الإسلام، ومقاصد الشريعة، حفظ الضروريات الخمس، الواجب على المجتهد مراعاتها - قاضيا كان أو مفتيا - ومن تلك الضروريات " حفظ المال " الذي أولاه الشارع الحكيم اهتماما بالغا، فجعله قوام الحياة وزينتها، وسبب سعادة الخلق فيها، بل خصه بميزة عظيمة، حين جعله ركناً من أركان الإسلام، من خلال فريضة الزكاة، فضلا عن دخوله في كثير من الأحكام الشرعية العملية كالبيوع والوصايا.

الأمر الذي يؤكد أهمية المال ومحوريته في الإسلام، وعليه وضع الشارع من الأحكام والضوابط، ووسائل التحصيل وسبل الاستمرار، ما يحفظ المال ويقيه من الضياع والتعدي .

فحرّم العقود والمعاملات، المنطوية على الظلم والإجحاف بطرف من الأطراف، ومنع أكل أموال الناس بالباطل، وحظر الإسراف والتبذير وتمكين السفهاء منه، وأوجب الزكاة، ورغب في الصدقات، والهبات والوصايا، وسائر عقود التبرع، لما لها من أجر عظيم، وتأثير بالغ في تقوية الروابط والأواصر .

ومن أهم تلك المواضيع أحكام الفرائض، والتي تكفل الله تعالى بنفسه ببيان أنصبتها، وتفصيل مستحقيها، ولم يترك ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، كما هي العادة في بيان مجمل سائر الأحكام، الواردة في القرآن الكريم، كالصلاة والصيام والحج، وما ذاك إلا لعظيم أهميتها، وكبير أثرها على حياة الأفراد، وحقوق الغير .

وباعتبار أنّ الإنسان مستخلف في الأرض إلى حين، فإذا مات انقطعت حاجته للمال، كان من الضروري أن يخلفه مالك جديد، ولأن الإنسان مجبول على حب المال، كان من الحكمة تشريع ما من شأنه ضمان انتقاله إلى مستحقيه، بدون استيلاء أو تغلب أو تنازع، فتعدوا الملكية حينها سببا للشقاق والتدابير، من أجل ذلك حكم الشارع بأحقية مال المتوفى لمن تربطه به رابطة قوية، من نسب أو زوج، فقسمه الله تعالى بالعدل مراعاة للأقرب فالأقرب.

لكن قد يموت الابن في حياة أصله المؤرث، فينفرد إخوته بالميراث ويحرم أولاده، وقد يكونون في أمس الحاجة وأشد الفقر .

و بالمقابل الوصية تكون بإرادة الموصي وطواعيته، فيوصي لمن يشاء، بما يشاء في حدود الثلث، إلا إذا كانت هذه الوصية لوفاء دين، أو ابراء ذمة، فتكون حينها واجبة في حق الورثة قبل قسمة التركة، وإن أدت لاستغراق المال جميعا. والوصية للأحفاد لا تخلوا من حالين: إما أن يكون الحفيد وارثا، أو غير وارث. فإن كان وارثا وليس محجوبا بالابن، فإنه لا حق له في الوصية، لأن الوصية للوارث ممنوعة شرعا.

وإن لم يكن وارثا؛ قالوا كان على الجد أن يوصي لهؤلاء الأحفاد بشيء، فإذا نسي أو قصر أو أهمل، نفترض أنه قد أوصى، فننزل الأحفاد منزلة أبيهم في أخذ نصيبه على ألا يتعدى الثلث وهذه هي الوصية الواجبة.

بناء على ما سبق، وبغض النظر عن طبيعة التنزيل، كطريق استثنائي للإرث، تثار لدي الإشكالات التالية:

الإشكال الرئيسي:

ما مدى موافقة أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية ؟
الإشكالات الفرعية:

- كيف يمكن تكييف التنزيل الوارد في قانون الأسرة من الناحيتين الشرعية والقانونية ؟
- إلى أي مدى ساهمت أحكام التنزيل في حل حالات حرمان الأحفاد ؟
- ماهي الإغفالات والنقائص التي اعترت موضوع التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ؟
- هل الاجتهاد القضائي كان وفق منطق واحد أم أنّ التضارب قد اعترى أحكامه ؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية موضوع التنزيل في النقاط التالية:

أولاً: كون التنزيل يتعلق بعلم الفرائض، وهو من أجل العلوم وأشرفها، لذا وجب خصه بمزيد من الدراسة والبحث، في عصر يناهز بالتجديد والاجتهاد، فضلا عن كونه من موضوعات الفقه الإسلامي، ذات الصلة بواقع الناس في حياتهم اليومية.

ثانياً: ارتباط مسألة التنزيل بأحد الكليات الخمس، التي جاءت الشريعة بحفظها، ألا وهي حفظ المال.

ثالثا: هذه المواضيع المستجدة، تسهم في بيان أصالة التشريع الإسلامي، وصلاحيته لكل زمان ومكان.

رابعا: تتجسد أهمية الموضوع في كونه لا يزال محل نقاش ونظر، بين مجيز ومانع، مما أوقع الخلاف والتضارب، فضلا عن وجود كثير من الناس على قدر لا بأس به من الثقافة، لكن يجهلون مسألة التنزيل بالمرّة، مما يستدعي إعادة الطرح والتبسيط .

خامسا: تجدد المشاكل المثارة بشأن تطبيقه واقعيا، والخلاف الحاصل بين القضاة والموثقين، قد تكشف عن قصور فادح في التشريع الخاص بالتنزيل، ومن ثم تعديل نصوصه، وإعادة صياغة أحكامه.

سادسا: موضوع التنزيل متعلق بقضية حساسة، تعني الأسرة الواحدة، لذا وجب الحفاظ على تماسكها، وردء الصدع والشقاق، الذي قد يحصل نتيجة الخلاف على قسمة التركة.

سابعا: تكمن أهمية الموضوع أيضا في معرفة موقف المشرع الجزائري، ومدى موافقته للشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الأساسي الذي تستمد منه أحكام قانون الأسرة.

أهداف الدراسة:

1. كشف حقيقة نظام التنزيل، وبيان طبيعته القانونية، هل هو ميراث بالتنزيل أم وصية بقوة القانون؟

2. الوقوف على مدى موافقة نصوص التنزيل لأحكام الشريعة الإسلامية، واستقراء مواقف الفقهاء منه ورأيهم فيه.

3. إبراز الإختلالات التي وقع فيها المشرع الجزائري في صياغته لأحكام التنزيل.

4. إظهار الصعوبات العملية والواقعية أثناء تطبيق نظام التنزيل.

5. تبيان موقف القضاء من التنزيل، ومدى مسايرة أحكامه للنصوص التشريعية، وهل

اجتهاداته تسير على نفس النحو، أم اعترها التضارب والاختلاف؟

المنهج المستخدم:

قامت الدراسة على المنهجية العلمية، القائمة على المنهج الإستقرائي والتحليلي والمقارن وفقا

للخطوات التالية:

1- استقراء نصوص الكتاب والسنة، وما قرره الفقهاء حول الموضوع، وكذا النصوص القانونية وشروحها، مدعمة بالقرارات القضائية، وكل ما له علاقة بمسألة البحث ويوصلنا للمراد، في حدود ما اطلعنا عليه.

2- تحليل النصوص وفق منهج البحث العلمي، بتصوير المسألة وذكر الأقوال منسوبة إلى أصحابها، والإستدلال لها وبيان وجه الدلالة فيها، ثم مناقشتها وإجلاء ما لها وما عليها.

3. المقارنة الضمنية بين أحكام التنزيل المقررة قانونا، وبين أحكام الشريعة الإسلامية.

4- استنتاج الآراء الراجحة مع بيان أسباب ذلك.

سبب إختيار الموضوع:

كل ما ذكرته من أهمية تعد سببا لاخنياري للموضوع، ويمكن إجمال ذاك في:
أولا: الرغبة في خوض غمار هذا الموضوع، لما له من علاقة بالأسرة الواحدة وأفرادها، وما قد يترتب عن ذلك من آثار.

ثانيا: لا يزال هذا لموضوع إلى اليوم محل نقاش بين القانونيين أنفسهم، فضلا عن فقهاء الشريعة الإسلامية، فتجد فيهم الموافق والمخالف، ومن ثم يثار حكم هذا الكسب المتأرجح بين المشروع والممنوع، مما يضع المستحق له في حيرة من أمره، وهذا يستلزم العناية البالغة بدراسة نظام التنزيل.

ثالثا: جهل أغلب الناس بالأحكام الشرعية والقانونية بموضوع التنزيل، ومن ثم تضييع حق أو أخذ باطل.

رابعا: تبيان أحكام التنزيل في بحث متكامل، يعالج المسألة بمختلف جوانبها الشرعية والقانونية. الدراسات السابقة:

يعد نظام التنزيل أو الوصية الواجبة من المسائل المستجدة، لذا فإن فقهاء السلف لم يتعرضوا لها بشكلها الحالي، فكان من البديهي أن تلقى عناية ودراسة من فقهاء الشريعة والقانون المعاصرين، فأصلوها وفصلوها، خاصة شراح القانون المصري، و والمعتنين بالمذكرة التفسيرية.

من أبرز تلك الجهود ما قام به:

1/ الإمام محمد أبو زهرة في كتابيه (شرح قانون الوصية) (وأحكام التركات والمواريث) وتحدث فيهما عن المستند الشرعي للوصية الواجبة، الوارد في قانون الوصية المصري، و المستحقون لها وشروط استحقاقها، وخلافه مع المفتي حول شرعيتها.

2/ وممن خصّ الوصية الواجبة بالدراسة الدكتور هشام قبلان في كتاب (الوصية الواجبة في الإسلام) فاستدل لأصل مشروعيتها، وتوسّع في شرح آية الوصية ورجّح نسخها، وردّ على مؤيديها، وهو من أشدّ المعارضين لها بوضعها الحالي، إذ يرى ضرورة تعديلها، لتعم الوالدين والأقربين، ولا تقتصر على الأحفاد دون غيرهم.

وهؤلاء الأساتذة لم يتعرضوا لأحكام التنزيل الواردة في قانون الأسرة الجزائري.

3/ الدكتور أحمد دغيش في كتاب خاص بالمسألة عنوانه (التنزيل في قانون الأسرة الجزائري) أصله أطروحة دكتوراه، وهو من أهم ما أُلّف في هذا الباب، إذ قسّم بحثه إلى أربعة فصول رئيسية، جعل الفصل الأول: للتطور التاريخي للوصية وأنواعها، والثاني: تعريف التنزيل وأصله التشريعي، وحكمة مشروعيتها وطبيعته القانونية، والثالث: لأركانها وشروط استحقاقه، والرابع: خصّه للأحكام التطبيقية، وما لاحظته عليه صعوبة ألفاظه وقلة ترتيبه في بسط للمسائل. أمّا بخصوص الدراسات الأكاديمية فتوجد العديد من الرسائل الجامعية، التي خصّصت بحثها في هذا الموضوع، رغم اختلاف الطرح والعرض، والقوانين المدروسة، إلاّ أنّه في مجملها اكتفت بالسرد والتجميع، وأهملت بيان المقابلة بين أحكام الشريعة الإسلامية وتشريع القانون الخاص بها، وما صاحب ذلك من تخبط في بيان الراجح من الأقوال.

لهذا حاولت جاهدا بما استطعت إليه سبيلا أن أجلي أحكام التنزيل بوضوح فقها وقانونا، وأجري التقابل الضمني فيما بينها، لنصل إلى المقصود والمراد، ويكون القارئ على بصيرة من أمره. **الصعوبات المعترضة في الدراسة:**

واجهني في صدد إعداد هاته الدراسة عدد من الصعوبات يمكن إجمالها في نقطة واحدة تمخض عنها عدد من المعوقات:

الظرف الصحي الذي مرت ولا تزال تمر به البلاد جراء تفشي (جائحة كوفيد 19 الوبائية) والتي تسببت في غلق المؤسسات الجامعية وبالتالي:

- عدم التمكن من الإطلاع على عدد من المراجع التي تُعنى بأحكام التنزيل، خاصة من الناحية الفقهية، وعليه اعتمدت على كثير من المقالات العلمية، المنشور أغلبها على البوابة الجزائرية للمجلات العلمية (asjp) .

- الحرمان من التواصل المباشر مع الأستاذ المشرف، وليست المشافهة والمعاناة عن قرب كالتواصل عن بعد في متابعة العمل البحثي.

- إمتناع مواصلة مقياس (الملتقى) ولا يخفى أهميته في الدراسة، خاصة من الناحيتين المنهجية والشكلية.

بالرغم من كل ذلك؛ حاولت بما استطعت إليه سبيلا، تجاوز كل هاته الصعوبات، وعليه قامت الدراسة على التقسيم التالي:

خطة البحث:

كانت خطة البحث كالتالي:

مقدمة:

المبحث التمهيدي: مفهوم التنزيل (الوصية الواجبة)

المطلب الأول: تعريف التنزيل

الفرع الأول : تعريف التنزيل لغة

الفرع الثاني: تعريف التنزيل اصطلاحا

المطلب الثاني: المستند الشرعي لمسألة التنزيل.

الفرع الأول: الأدلة النقلية.

الفرع الثاني: الأدلة العقلية.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتنزيل.

الفرع الأول: حقيقة التنزيل والاختلاف فيه.

الفرع الثاني: تمييز التنزيل عما يشابهه.

المطلب الرابع: أركان التنزيل.

الفرع الأول: أركان التنزيل باعتباره وصية.

الفرع الثاني: أركان التنزيل باعتباره ميراث.

الفصل الأول: أحكام التنزيل في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: الحكم الشرعي للتنزيل.

المطلب الأول: المؤيدون للتنزيل.

الفرع الأول: أدلة المؤيدين.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المؤيدين.

المطلب الثاني: المعارضون للتنزيل.

الفرع الأول: أدلة المعارضين.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المعارضين.

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم.

المطلب الأول: المستحقون للتنزيل شرعا.

الفرع الأول: الوالدان المحرومان.

الفرع الثاني: الأقارب غير الواثين

المطلب الثاني: شروط استفادتهم فقها

الفرع الأول: شرط القرابة.

الفرع الثاني: شرط الفقر والحاجة.

الفرع الثالث: شرط كثرة التركة.

المبحث الثالث: مقدار الوصية الواجبة (التنزيل).

المطلب الأول: الوصية في حدود ثلث التركة.

الفرع الأول: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث.

الفرع الثاني: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن للموصي وارث.

المطلب الثاني: وقت اعتبار ثلث التركة.

الفرع الأول: العبرة بالثلث يوم موت الموصي

الفرع الثاني: العبرة بالثلث: يوم قسمة التركة

الفصل الثاني: التنزيل في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من التنزيل

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور قانون الأسرة

الفرع الأول: الوضع التشريعي قبل 1962

الفرع الثاني: الوضع التشريعي بين 84/62

المطلب الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة 1984

الفرع الأول: التنزيل من الناحية التشريعية.

الفرع الثاني: التنزيل من الناحية القضائية

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم وفق قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: المستحقون للتنزيل.

الفرع الأول: الجانب النظري.

الفرع الثاني: الواقع العملي.

المطلب الثاني: شروط استفادتهم

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالأصل

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالفرع.

المبحث الثالث: مقدار التنزيل واستخراج النصيب.

المطلب الأول: مقدار التنزيل.

الفرع الأول: تساوي مقدار التنزيل لنصيب الأصل.

الفرع الثاني: مقدار تنزيل الحفدة لا يتجاوز ثلث التركة.

المطلب الثاني: استخراج التنزيل.

الفرع الأول: طرق استخراج النصيب.

الفرع الثاني: المسائل المشتملة على التنزيل والوصية الاختيارية.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي: مفهوم التنزيل

المطلب الأول: تعريف التنزيل.

المطلب الثاني: المستند الشرعي للتنزيل.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتنزيل.

المطلب الرابع: أركان التنزيل.

تمهيد:

تعتبر مسألة التنزيل مزيجا من الأحكام الشرعية والقانونية، فالمشرع الوضعي وفي مجال الوصية، أتى بحكم لم يسبق له مثيل في المذاهب الفقهية المعروفة، والمشتهرة في البلاد الإسلامية، ذلك أن الأصل في الوصايا أنها اختيارية، لا أنها واجبة بحكم القانون، وتنفذ بحكمه، سواء بإرادة المورث، أو من دونها، فهي لا تحتاج إلى إنشاء من أحد، هاته الوصية تكون لفرع من يموت في حياة أحد أبويه، حقيقة، أو حكما.

وسأتناول في هذا المبحث التمهيدي (المفاهيمي) تعريف التنزيل لغة واصطلاحا، ومستنده الشرعي، ومن ثم بيان طبيعته القانونية، وتمييزه عما يشابهه، وبعدها تحديد أركانه على التفصيل وشروطه على الإجمال.

المطلب الأول: تعريف التنزيل (الوصية الواجبة)

جرت العادة في استهلال كل تعريف، أن نعرج على المعنى اللغوي للفظ أولاً، ثم دلالة ذلك عند أهل الاصطلاح ثانياً.

الفرع الأول: تعريف التنزيل لغة

التنزيل اسم مفعول، جذر نَزَلَ، والوزن : تفعيل، والتنزيل: إنزال الشيء مرتباً شيئاً بعد شيء. قال تعالى: (وَالْكِتَابِ الَّذِي نَزَّلَ عَلَى رَسُولِهِ وَالْكِتَابِ الَّذِي أَنْزَلَ مِنْ قَبْلُ) النساء¹136 والتنزيل: ظهور القرآن بحسب الاحتياج بواسطة جبريل، على قلب النبي ﷺ، والفرق بين الإنزال والتنزيل أن الإنزال يستعمل في الدفعة، والتنزيل يستعمل في التدرج.² والتنزيل الترتيب، والمنزلة المرتبة، واستنزل فلان أي حطَّ عن مرتبته.³ وأهل التنزيل في الفرائض؛ الذين ينزلون المدلى من ذوي الأرحام، منزلة المدلى به في الاستحقاق.⁴

و النُّزُول: الحلول، قال سيبويه: وكان أبو عمرو يفرق بين نَزَّلَتْ وأَنْزَلَتْ ولم يذكر وجه الفرق؛ قال أبو الحسن: لا فرق عندي بين نَزَّلَتْ وأَنْزَلَتْ، إلا صيغة التكثر في نَزَّلَتْ في قراءة ابن مسعود: (وَأَنْزَلَ الْمَلَائِكَةَ تَنْزِيلاً)؛ أَنْزَلَ: كَنْزَلَ؛ وقول ابن جني: المضاف والمضاف إليه عندهم وفي كثير من تَنْزِيلَاتِهِمْ كَالِاسْمِ الْوَاحِدِ، إِنَّمَا جَمَعَ تَنْزِيلاً هُنَا لِأَنَّهُ أَرَادَ لِلْمُضَافِ وَالْمُضَافِ إِلَيْهِ تَنْزِيلَاتٍ فِي وَجْهِ كَثِيرَةٍ مِنْزِلَةٌ الْاسْمِ الْوَاحِدِ، فَكُنِيَ بِالتَّنْزِيلَاتِ عَنِ الْوَجْهِ الْمُخْتَلَفَةِ.
أَنْ ذَكَرْتُكَ الدَّارُ مَنْزِلَهَا جُمْلُ بَكَيْتَ فَدَمْعُ الْعَيْنِ مُنْحَدِرٌ سَجْلُ؟

و في قوله عز وجل: (جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها نُزُلًا من عند الله)؛ قال: نُزُلًا مصدر مؤكد لقوله خالدين فيها، لأنَّ خلودهم فيها إنزالهم فيها. وقال الجوهري: جناتُ الفردوسِ نُزُلًا؛ قال الأخفش: هو من نُزولِ الناسِ بعضهم على بعض. و(النزل) بوزن القفل ما يهيا للنزيل والجمع (الأنزال) .

¹ نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، ج10، ط1، بيروت: دار الفكر المعاصر، 1999 ص 65.

² الجرجاني الشريف أبي الحسن علي بن محمد الحنفي، التعريفات، ط1، مصر: دار الطلائع، 2012، ص 75.

³ زين الدين محمد بن أبي بكر الرازي، مختصر الصحاح، بيروت: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، 1999، ص 308.

⁴ المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، ج9، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009 ص 103.

وَأَنْزَلَهُ غَيْرُهُ وَاسْتَنْزَلَهُ بِمَعْنَى وَنَزَّلَهُ تَنْزِيلاً، وَ التَّنْزِيلُ: النَّزُولُ فِي مُهْلَةٍ.
 وفي الحديث: " إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى وَتَقَدَّسَ يَنْزِلُ كُلَّ لَيْلَةٍ إِلَى سَمَاءِ الدُّنْيَا "، وَنَزَلَ مِنْ عُلُوِّ إِلَى سُفْلٍ،
 وَالنَّزِيلُ: الضَّيْفُ؛ وَقَالَ: نَزِيلُ الْقَوْمِ أَعْظَمُهُمْ حُقُوقاً وَحَقُّ اللَّهِ فِي حَقِّ النَّزِيلِ.
 وَنَزَلَ الْقَوْمَ: أَنْزَلَهُمُ الْمَنَازِلَ. وَنَزَّلَ فُلَانٌ عَيْرَهُ: قَدَّرَ لَهَا، وَالْمَنْزِلَةُ: الرُّتْبَةُ، لَا تَجْمَعُ.
 وَالْمَنْزِلُ: الدَّرَجَةُ. قَالَ سَيَّبِيُّهُ: وَقَالُوا هُوَ مَنِي مَنْزِلَةُ الشَّعَافِ؛ أَيُّ هُوَ بَتَلِكِ الْمَنْزِلَةِ، وَفِي حَدِيثِ
 مِيرَاثِ الْجَدِّ: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ أَنْزَلَهُ أَبَا، أَيُّ جَعَلَ الْجَدَّ فِي مَنْزِلَةِ الْأَبِّ، وَأَعْطَاهُ نَصِيبَهُ مِنَ الْمِيرَاثِ.¹
 فَالْتَنْزِيلُ التَّرْتِيبُ وَالتَّدرِيجُ، وَإِحْلَالُ الشَّيْءِ مَحَلَّ غَيْرِهِ.²

الفرع الثاني: تعريف التنزيل اصطلاحاً

أولاً: التنزيل في اصطلاح الفقهاء

التنزيل في اصطلاح جمهور الفقهاء هو « وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله أو
 الآدمي، من تركته بعد وفاته، عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته ». ³
 وفي اصطلاح بعض الفقهاء هي: « الوصية للوالدين والأقربين، الذين لا يرثون لمانع أو
 لحاجب »⁴

¹ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج4، ط1، بيروت: دار الفكر، 2008، ص 815.

والحديث رواه محمد بن إسماعيل البخاري في الصحيح، فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ ابن حجر أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي وخرّج أحاديثه محب الدين الخطيب، ج12، د ر ط، القاهرة: دار الريان للتراث، 1986، (كتاب الفرائض، باب ميراث الجد مع الأب والأخوة)، ح ر: 6357، ص 24.

² محمد رواس قلججي، محمد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، ط2، الأردن: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988، ص 148.

³ أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الداني شرح رسالة ابن أبي يزيد القيرواني، ج3، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، 2011، ص 1210.

ينظر: ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقي ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج6، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009، ص 414. محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج2، د ر ط، مصر: مطبعة الواعظ، د س ن، ص 741.

. عبد الله الشنشوري، فتح القريب المجيب شرح كتب الترتيب، د ر ط، مصر: مطبعة التقدم العلمية، 1345 هـ ص 212

⁴ أبو محمد علي بن احمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد شاكر، ج8، بيروت: دار الكتب العلمية، 2008، ص 353.

و عند بعض المتأخرين المالكية: « أن ينزل الإنسان غير وارث، منزلة وارث، وهو من باب الوصايا، يخرج قبل قسمه التركة »¹

وعرّفه بعضهم أيضاً بأنه «عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقد يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعد موته»²

ويعرفه بعض الحنفية المتأخرين بأنه: « تنزيل الهالك غير الوارث، منزلة وارث معين، كأن ينزل ابن ابن غير وارث، منزلة ابن، أو ينزل ابن بنت منزلة بنت»³

الملاحظ أنّ التعاريف التي سبق ذكرها اتفقت على أنّ الوصية الواجبة تكون إما إيجاباً و إنشاءً من الموصي في حياته، وإما لقضاء دين عليه، على ورثته إبراءه، يُستشف ذلك من قولهم: "وصيه الشخص بتوفية ما عليه..". وقولهم: " أن يُنزل الإنسان غير وارث..". وقولهم: "عقداً يوجب حقاً في ثلث مال عاقد..". وقولهم: " تنزيل الهالك..". وقولهم: "حق الله أو الآدمي" وقولهم: "يوجب نيابة عنه بعد موته..".

و المصطلح المستعمل لدى الفقهاء عموماً، والمالكية الأوائل خصوصاً، هو الوصية⁴، وهي اختيارية تخضع لارادة الموصي (المُنزِل) صاحب التركة، ولا سلطان للقانون عليه، وشاملة غير محصورة في الأحفاد أو غيرهم من غير الوارثين، ولو كانوا أجنباً عن الأسرة، ولم يعرف مصطلح التنزيل إلاّ عند الفقهاء المتأخرين، كالمجاصي وسيدي بومدين والشيخ أبي الحسن العلمي، صاحب كتاب النوازل، وكذا سيدي محمد القسطيني، ويعتبر التنزيل عند هؤلاء في حكم الوصية، وتطبق عليه قواعدها⁵، وفي ذلك يقول القاضي سيدي محمد المجاصي:

¹ محمد الصادق الشطي، لباب الفرائض الكامل للفقهاء والحساب والعمل، در ط، بيروت: دار الدرب الإسلامي، 1988، ص 148.

² عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003، ص 277.

³ محمد الصادق الشطي، مرجع سابق، ص 154.

⁴ الوصية لغة مأخوذة من وصيت الشيء إذا وصلته، فسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، كأنّ الموصي وصل ما كان له في حياته بعد موته في نفوذ التصرف. ابن منظور، مرجع سابق، ج15، ص 461. واصطلاحاً عرفها المشرع الجزائري في المادة 184 من ق.أ.ج أنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ".

⁵ لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، در ط، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 27.

« أنّ التنزيل عند الفقهاء وصية، فتجري عليه أحكامها، وهذا هو المنصوص في مسألة، أنّ المُنْزَل يعد زائداً على الورثة، فإن نابه في تنزيه الثلث فأقل فيُعطاه، وإن نابه أكثر فيتوقف الزائد على إجازة الورثة»¹.

لذا كان المقرر عند الفقهاء في التنزيل، أنّه من باب الوصية، يجب أن يجري العمل فيه على أصولها، و من أصولها أنّه يجب إخراجها قبل الميراث، كما نصّ عليه الكتاب العزيز، في غير ما آية².

يقول الأستاذ محمد محدة رحمه الله: " إنّ التنزيل يجد سنده الشرعي في أدلة وأسانيد الوصية الواجبة، لأنّ الفقهاء جميعاً يعدون التنزيل من باب الوصايا³.

ثانياً: التنزيل في اصطلاح القانون

لم يعرف المشرع الجزائري التنزيل تعريفاً مباشراً من خلال قانون الأسرة، واكتفى بتحديد مستحقيه وشروط ذلك، تاركاً التعريف للفقهاء والقضاء، ورغم أنّ التشريع نادراً ما يتطرق للتعريف إلا أنّ بعض التشريعات عرفتة كي لا تدع مجالاً للبس أو التأويل، كما فعل المشرع السوداني⁴ والمغربي⁵، وسنكتفي في هذا المقام بذكر أهم ما ورد في تعريفه لدى الشراح وفقهاء القانون، واجتهاد القضاء:

- فعرف الأستاذ محمد أبو زهرة الوصية الواجبة بأنها: « وصية تنفذ بحكم القانون، سواء أراد المورث أو لم يرد، تكون لفرع من يموت، في حياة أحد أبويه حقيقةً أو حكماً، وهو المفقود، أو يموتان معاً كالحرقى والهدمي والغرقى»⁶.

- وعرفها سليمان الأشقر بأنها: « تملك نصيب معلوم من التركة، جبر الفرع الولد الذي مات في حياته بشروط مخصوصة»¹.

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 27.

² محمد الصادق الشطي، مرجع سابق، ص 154.

³ محمد محدة، مرجع سابق، ص 304. وسيأتي تفصيل طبيعته القانونية في المطاب الثالث ص 29.

⁴ عرفه المشرع السوداني في المادة 315 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 م بقوله « التنزيل هو وصية بإلحاق شخص غير وارث، بميراث الموصي وبنصيب معين في الميراث»، مجلة العدل، السنة التاسعة، العدد 22، ص 210.

⁵ عرفه المشرع المغربي في المادة 315 من مدونة الأسرة « إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته».

⁶ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، د ر ط، القاهرة: دار الفكر العربي، 1963، ص 244

- وعرفه الدكتور أحمد حجي الكردي على أنه: «جزء من التركة، يستحقه أبناء الابن المتوفى قبل أبيه، إذا لم يكونوا وارثين، وذلك بمقادير وشروط خاصة، على أنه وصية وليس إرثاً»².
- وعرف الأستاذ محمد محده التنزيل على أنه: «إنزال غير وارث، منزلة الوارث في الميراث، وأخذ النصيب»³.
- وعرف التنزيل أيضاً بأنه: «جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم، في تركه الجد أو الجدة»⁴.
- وقيل أنّ «التنزيل عبارة عن وصية واجبة، مفروضة بحكم القانون لصنف معين من الأقربين الذين حرّموا من الميراث لوجود من يحجبهم، بشروط خاصّة وبمقدار معين»⁵.
- أو هو «إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل -كسرا- الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته»⁶.
- أو هو «حلول غير الوارثين من الحفداء، محل أصولهم الوارثين -قصراً- أباءً كانوا أو أمهات، على فرض حياتهم عند موت مورثهم، في أخذ منابهم من تركة الجد أو الجدة، وفي حدود ثلث التركة»⁷.

أما قضاءً فقد ورد تعريف التنزيل في اجتهاد للمحكمة العليا بقولها: «تنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى قبل الأصل، ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون والشرع»⁸.
جل التعاريف التي سبق ذكرها سواء في تعريفها للوصية الواجبة أو التنزيل تدل على أنهما شيء واحد رغم اختلاف الاصطلاح، كما تبدو هاته التعاريف قاصرة، لم تستوفي جميع الأركان

¹ نقلا عن الشيخ عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، د ر ط، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2006، ص 183

² أحمد حجي الكردي، الأحوال الشخصية، ط4، دمشق: مطبعة خالد بن الوليد، 1989، ص 183.

³ محمد محده، مرجع سابق، ص 294.

⁴ العربي بلحاج، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ج 2، د ر ط، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 184.

⁵ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 3، الجزائر: ديوان المكبوعات الجامعية، 2004، ص 65.

⁶ صالح جحيك الورتلاني، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مقال نشر على موقع المكتبة القانونية العربية بتاريخ:

2018/05/07 تاريخ التصفح: 2020/03/12، الرابط: https://www.bibliotdroit.com/2018/05/blog-post_7.html

⁷ أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الجزائر: دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، 2010 ص 74.

⁸ المجلة القضائية، قرار بتاريخ: 1994/03/22، رقم 95385 العدد 1، السنة 1995 الجزائر: دار الهدى، ص ص: 254 . 258 .

والشروط، التي يبني عليها التنزيل، وبعضها لم يشمل الحفدة من جهة الإناث، وبعضها الآخر اقتصر على ذكر الآباء دون الأمهات، وبعضها اقتصر على تحديد المستحقين للتنزيل دون الوقوف على مقدار حقهم في التركة، وبعضهم علل استحقاقه بالحرمان من الميراث دون ذكر الاحتياج أو التعويض، مع ما فيه من خطأ في التكييف، والمقصد الذي شرع التنزيل من أجله. وعليه نرى أن التعريف الموفق هو الذي يتضمن ما يلي:

أ. أن ينفذ التنزيل بنص القانون، وليس بإرادة الموصي، حيث لا يحتاج في تنفيذه إلى إنشاء، ولا يتوقف على إيجاب الموصي قبل موته، وقبول الموصى له بعد الموت.

ب. ذكر المستحقين للتنزيل، وهو فرع الولد الميت المحبوبين من الميراث.

ج. الإشارة إلى مقدار التزويل وأنه مناب أصلهم مالم يتجاوز ثلث التركة، إلا أن يجيزها الورثة.

د. ذكر طبيعته القانونية أو وصفه الشرعي.

وهو ما نجده في تعريف الأستاذ بدران أبو العينين إذ عرّفه على أنه: «وصية واجبة للأحفاد الذين يموت أبائهم أو أمهاتهم في حياة أبيهم أو أمهم، ولا يرثون شيئاً بعد موت جدهم أو جدتهم، لوجود من يحجبهم من الميراث، فإن لم يفعل ذلك كان تاركاً للواجب، يقوم القاضي مقامه، فيعطيه نصيب ولده ولو بقي حياً، بشرط أن لا يزيد عن الثلث»¹. بعد تناولنا للتعريف اللغوي والاصطلاحي، حري بنا بيان وجه العلاقة بينهما، وهي علاقة ظاهرة لا تحتاج لكثير من التأمل، وهي أنّ حلول الشخص محل غيره، أو قيامه مقامه، كما جاء في اللغة حكم عام، والتنزيل في الاصطلاح ما هو إلا مثال تطبيقي، أو صورة من صورته المتعددة.

ومما يجب التنبيه عليه، أنّ استعمال المشرع الجزائري لمصطلح التنزيل بدلاً من الوصية الواجبة أنسب لأسباب:

الأول: التنزيل مصطلح يتوافق مع عملية إعطاء الأحفاد منزلة والدهم من الميراث.

الثاني: استعمال مصطلح الوصية الواجبة يثير جدلاً حول وجوب وعدم وجوب ترك وصية من الجد تقيد تنزيل الأحفاد¹، وهذه مسألة لها أهميتها².

¹ بدران حسين أبو العينين، أحكام التركات والموارث، ط 1، القاهرة: مؤسسة شباب الجامعة، 1998، ص 334.

الثالث: أنّ مصطلح الوصية الواجبة واسع ولا يشمل صنف معين من الأقربين، وهذا التوسع في المصطلح، قد يؤدي إلى ضياع أحكام المواريث، فإذا قلنا بهذا إلى أولاد الابن، احتجّ أولاد الأخ المتوفى قبل أخيه، وأولاد العم المتوفى قبل أخيه، لعدم وجود الفارق بينهم، ولو حصل ذلك لضاعت أحكام المواريث بالكلية.³

الرابع: إضافة إلى أن القصد من التنزيل توريث الأحفاد مع الأبناء، وأن تسميتها وصية واجبة مجرد تغطية ومغالطة، لأنّ العبرة بالحقائق والمعاني، لا الألفاظ والمباني، لذا أحسن المشرع حين أطلق عليها لفظ التنزيل بدلاً من لفظ الوصية الواجبة.⁴

المطلب الثاني: المستند الشرعي لمسألة التنزيل

التنزيل كما هو عليه الحال اليوم، ابتكار قانوني، استمد وجوده من اجتهادات فقهية، بناء على فهم بعض الفقهاء للنصوص العامة في تقرير الوصية، والتي جاءت نصوص الكتاب والسنة فيها على مشروعيتها، وعلى ذلك انعقد الإجماع.

وتعتبر (الآية 180 من سورة البقرة)، العمدة في هذا الباب، والأساس الذي اعتمد عليه موجبوا الوصية، مع الخلاف المشهور في تطبيق أحكامها، لاحتمال النسخ بآية الميراث، وبناءً على ذلك سنتكلم عن أدلة مشروعية التنزيل - الوصية الواجبة - بحكم عام، وسأرجئ التفصيل في الأدلة وفقاً للفقهاء المقارن في الفصل الأول، الخاص بأحكام التنزيل في الشريعة الإسلامية.

¹ بشور فتيحة ، " التنزيل في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري "، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة التاسعة، العدد 2015، 18، ص 128.

² فإذا كانت للجد حرية الإيصاء بالتنزيل، وجب إعطائه الحرية في وضع شروط تنزيل أحفاده، وهذا ليس ممكناً، فلو اطلعنا على القانون المصري سنة 1946، الذي ينص على الأخذ بالوصية الواجبة التي يتركها الجد، فإنه ينص على تعديلها إن كانت مخالفة للقانون، أي حرية الإيصاء مقيدة، فما بالك بقانون الأسرة الجزائري الذي لا ينص على هذه الحرية أصلاً، ثم بعد ذلك إذا كانت الوصية الاختيارية متاحة، حيث يمكن للجد أن يوصي لحفدته بما يشاء، وإن تجاوز مقدار ما كان سيرته والداهم، وتكون في هذه الحالة نافذة لا تعيقها قاعدة " لا وصية لوارث " باعتبارهم محجوبين أصلاً، أي لا يرثون فلماذا توجد ازدواجية في الإيصاء؟!، و بالتالي نلاحظ أن ذلك المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري وقاعدة إلزامية التنزيل كلاهما في محله. عن بشور فتيحة، مرجع سابق، ص 128.

³ أحمد حجي الكردي، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 191

⁴ أسماء مكي، " التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، د ت ن، ص 82.

الفرع الأول: الأدلة النقلية

أولا القرآن الكريم:

1/ قال الله تعالى: { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } البقرة: 180.

وجه الدلالة قوله: " كتب عليكم " أيها المؤمنون الوصية، وقوله: " حقا على المتقين " يعني فرض عليكم هذا و أوجبه، وجعله حقا واجبا على من اتق الله فأطاعه أن يعمل به، وهذا كقوله: " كتب عليكم الصيام " البقرة 183، ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو قادر عليه مضيع بتركه فرضاً لله عليه، فكذلك هو بترك الوصية لوالديه وأقربيه، وله ما يوصي لهم فيه، مضيع فرض الله عزوجل.¹ فالآية في وجوب الوصية، والنسخ في الوصية للوالدين والأقربين الوارثين فقط، وبقي العمل بالوصية لغير الوارثين.

قال الشيخ السعدي: " ويبقى الحكم فيمن لم يرثوا من الوالدين الممنوعين من الإرث وغيرهما، ممن حجب بشخص أو وصف، فإن الإنسان مأمور بالوصية لهؤلاء، وهم أحق الناس ببره".² وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط، بل لا يوصي للأغنياء ويترك الفقراء، وأن لا يقتصر على الأبعد دون الأقرب، بل يرتبهم على القرب والحاجة، حقا لازماً على المتقين لله تعالى.³

2/ قال الله جلّ وعلا: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ النساء/8

قال ابن كثير: " وإذا حضر هؤلاء الفقراء من القرابة الذين لا يرثون، واليتامى والمساكين قسمة مال جزيل، فإن أنفسهم تتوق إلى شيء منه، إذا رأوا هذا يأخذ وهذا يأخذ، وهم يائسون

¹ الطبري أبي جعفر بن جرير، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، سورة البقرة، الآية 180، ج2، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2013، ص ص: 126، 127.

² عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن اللويحق، ط2، المملكة العربية السعودية: دار السلام للنشر والتوزيع، 2002، ص82.

³ الخازن علاء الدين علي بن محمد البغدادي، لباب التأويل في معاني التنزيل، ج1، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، د س ن، ص 109.

لا شيء يعطون، فأمر الله تعالى- وهو الرؤوف الرحيم - أن يُرضخ لهم شيء من الوسط، يكون براً بهم وصدقة عليهم، وإحساناً إليهم، وجبراً لكسرهم¹.

فهذه الآية والتي قبلها، توجب على كل مسلم أن يوجب لقربته الذين لا يرثون، إمّا لرق، وإمّا لكفر، وإمّا لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حدّ في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي، فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاءه، والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي يُعرف به إذا نُسب، ومن جهة أمه كذلك أيضاً؛ هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه.² فبنص الآيتين تجب الوصية للأحفاد، وهم أخصّ الأقربين وأقربهم درجة للهالك، فهم أبناء ابنه، قرابة قريبة، ولأنهم فقراء ويتامى، فقد اجتمع عليهم اليتيم والفقير والحرمان، وقد كان على الجدّ أن يتدارك هذا، أن يوصي لهم بشيء في حدود الثلث، وهذا ما كان ينبغي أن يفعله الجد، فإن كان الجدّ مقصراً، كان على الأعمام أن يتداركوا هذا التقصير، ويُعطوا هؤلاء . الأحفاد . لأنهم أقرب أولي القربى، والمقصود بذلك أنها مفروضة فرضاً³.

فالوصية للأحفاد يُلزم بها الموصي في حياته وبعد مماته، فإذا لم يُوص انتقل هذا الفرض إلى ورثته، بنصيب لا ضرر فيه عليهم، فإن أبوا أُخرجت الوصية من تركته جبراً عليهم، وهذا ما يصطّح عليه أهل الظاهر الوصية الواجبة ديانةً وقضاءً.

3/ قال تعالى: « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان نوا عدل منكم وآخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض ».المائدة 106

اشتملت هذه الآية الكريمة على حكم عزيز، قيل إنّه منسوخ، وقال آخرون وهم الأكثرون بل هو محكم، ومن ادعى نسخه فعليه البيان، "قاله ابن جرير رحمه الله تعالى".⁴ وأمر الله تعالى بالإشهاد على الوصية والنّدب إليها دليل على مشروعيتها.

¹ ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج2، در ط، الرياض: دار طيبة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، سورة النساء، الآية 08، ص 221.

² ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ص ص: 314، 315.

³ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، دون رقم الطبعة، دون بلد النشر، مكتبة وهبة، دون سنة النشر، ص ص: 809 . 816.

⁴ ابن كثير مرجع سابق، ج3، سورة المائدة، الآية 106 ص 216.

ثانياً: السنة النبوية

- 1/ روى الشيخان عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « وما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»¹.
- والمراد في " ما حق امرئ " الحزم والإحتياط بكتابة الوصية، لأنّ الوقت قد يفاجئه وهو على غير وصية،² وفي رواية " لا يحل لامرئ " ونفي الحل يدل على تحريم ترك الواجب الذي هو الوصية.
- قال نافع كما في البخاري تحت حديث الترجمة: سمعت عبد الله بن عمر يقول: " ما مرّت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك إلاّ وعندي وصية مكتوبة ".
- 2/ قال النبي ﷺ لأبي طلحة «أرى أن تجعلها في الأقربين، فقال: أفعل، فقسمها في أقاربه وبني عمه»³.
- 3/ عن طلحة بن مصرف قال: سألت عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنه هل كان النبي ﷺ أوصى؟ فقال: لا، فقلت كيف كتب على الناس الوصية أو أمروا بالوصية؟ قال: أوصى بكتاب الله⁴.
- 4/ عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: « المحروم من حرم وصيته»⁵ استدلوها بهاته الأحاديث على وجوب الوصية عموماً والأقربين غير الوارثين خصوصاً. وسيأتي الكلام على هاته الأدلة بالتفصيل في الفصل الأول: التنزيل في الشريعة الإسلامية وسنذكر مالها وما عليها.
-
- ¹ مسلم بن الحجاج، الصحيح، ج2، ط1، القاهرة: مكتبة الصفا، 2004، (كتاب الوصية، ح ر: 1628) ص 156.
- . البخاري محمد بن إسماعيل، الصحيح، مع فتح الباري، ج5، د ر ط، مرجع سابق، (كتاب الوصايا باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده)، حديث رقم: 2587، ص 418.
- ² ابن حجر أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، ج5، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 422.
- ³ البخاري، الصحيح مع الفتح، مرجع سابق، ج7، حديث رقم: 998، ص 69. ومسلم في صحيحه، مرجع سابق، ج1، حديث رقم 1738. ص 462.
- ⁴ البخاري، الصحيح مع الفتح مرجع سابق، ح ر: 2589، ص 425.
- ⁵ ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، السنن، ج2، د ر ط، الرياض: بيت الأفكار الدولية، 2019، (كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية)، حديث رقم 901، ص 27.

الفرع الثاني: الأدلة العقلية

أولا الإجماع :

قال ابن المنذر: " وأجمعوا أنّ الوصية للوالدين الذين لا يرثان المرء، والأقرباء الذين لا يرثون جائزة ".¹

قال ابن قدامة: " أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية ".²
قال الكاساني: " وأما الإجماع فإنّ الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك ".³

ثانيا: المعقول

قد يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه، ويُحرم هو وذريته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع، مع أنّ أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش، فيجتمع لأولئك اليتامى مع اليتيم وفقد العائل الحرمان، ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة، ويصير بعضهم في مرتبة بسبب موت أبيهم المبكر، وكثيرا ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى في حياتهم.⁴
كما أنّ الإنسان يحتاج إلى أن يختم عمله بالقربة، زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث، أو تداركه لما فرّط منه في حياته وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلاّ لحوائج العباد إليها، فإذا مسّت الحاجة إلى الوصية، وجب القول بجوازها.⁵
كما أنّه في كثير من الأحيان يكون الولد الذي مات في حياة أبيه سبباً في وجود ونماء المال المورث، لذا تقتضي العدالة أن يُعطى هؤلاء الأحفاد ما يُصلح حالهم.⁶

¹ ابن المنذر أبي بكر محمد بن ابراهيم المنذري النيسابوري، الإجماع، تحقيق أبو حامد صغير أحمد بن محمد بن حنيف، ط2، عجمان الإمارات العربية المتحدة : مكتبة الفرقان، ، 1999، ص100.

² ابن قدامة المقدسي، مرجع سابق، ج7، ص 495.

³ الكاساني، أبوبكر مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1986، ص 331.

⁴ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 244.

⁵ الكاساني، مرجع سابق، ص 330.

⁶ رأفت محمود حمبوظ، " الوصية الواجبة "، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، قسم الدراسات العليا، ص2.

ثالثاً: السياسة الشرعية

وتخص الوقائع التي لم يُنص على حكم قطعي فيها، من مصادر الفقه الأصلية، فيمكن بالسياسة الشرعية أن يصل ولي الأمر إلى مسايرة التطورات الاجتماعية، وذلك باستتباب الأحكام الجديدة على وجه يحقق مصلحة الأمة، ويتفق في الوقت ذاته مع الشريعة ومقاصدها، وتنطوي السياسة الشرعية على عنصرين:

أ/ **تقييد المباح:** والمقصود به أنّ لولي الأمر أن يضع قيود للمباح، بما يراه محققاً للمصلحة العامة، ويتوافق مع مصالح العباد والبلاد لتحقيق مقاصد الدين، كما يمكنه الإلزام بشيء، فمتى أمر به وجبت طاعته، بناء على القاعدة الفقهية " تصرف ولي الإمام على الرعية منوط بالمصلحة " ¹.

ولمّا كان ولي الأمر المسلم في معظم البلاد العربية والإسلامية قد تبني الرأي القائل بوجوب الوصية للأحفاد غير الوارثين، فإنّه يكون اجتهاداً ملزماً لا يسع المسلم إلاّ العمل به، وذلك بناءً على أنّ اختيار ولي الأمر المسلم في المسائل الاجتهادية يرفع الخلاف ².

ب/ **التلفيق** ³: وهو الأخذ بالأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب، في أبواب متفرقة، أو باب واحد أو في أجزاء الحكم الواحد ⁴.

ومسألة التنزيل لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة، أو غير المشهورة، ولكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية، وردت في مذاهب فقهية متفرقة، فقام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها ⁵، فمنهجية التقنين تتجاوز مذهبية الفقه إلى لا مذهبية التشريع، وهو ما فعله مشرع أحكام التنزيل، اعتماداً على أسس منهجية التقنين الثلاثة " السياسة الشرعية، والتلفيق في التشريع والمصلحة المرسلة " ⁶.

يتضح أنّه أنيط للحاكم مهمة عظيمة، تحتاج إلى حرية كبيرة، وسلطة وقدرة على اتخاذ القرار، ولإسقاط ذلك على مسألة التنزيل نقول: إن الأحفاد الذين مات أصلهم قبل مورثه، اجتمع لهم

¹ جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1983، ص 122.

² مولود مخلص الراوي، ميراث الأحفاد المحجوبين بطريق الوصية الواجبة، دم ن، د دن، د س ن، ص 6.

³ اختلف أهل العلم في الأخذ بالتلفيق فمنعه جمهور الحنفية والشافعية، وأجازته المالكية والحنابلة في المشهور عنهم.

⁴ الميمان أحمد ناصر بن عبد الله، النوازل التشريعية، ط1، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، 1430هـ، ص 14.

⁵ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 469.

⁶ يامنة حواسي، " الإطار المرجعي لنظام التنزيل في ظل قانون الأسرة الجزائري "، كلية الحقوق، جامعة المدية، ص 217.

مع اليتيم وفقد العائل الحرمان والفقر، بسبب موت أبيهم المبكر، فكانوا أولى وأجدر بالرعاية القانونية.¹

. المصلحة المرسلّة:

وهي المصلحة التي لم يأتِ النَّصُّ على اعتبارها أو إلغائها، والجمهور على حجبتها، وفي تشريع التنزيل جلب مصلحة للأحفاد الذين لا يرثون، ودفع مفسدة عنهم، بأن لا يجمع عليهم مصيبة اليتيم ومصيبة الحرمان.²

ومن خلال ما جاء في المذكرة الإيضاحية، نجد أنّ واضعي أحكام الوصية الواجبة، استندوا في وضعهم لهذه الأحكام إلى فوائد ومنافع عامة، تنتج من خلال تطبيق التنزيل، وذكرها منها ما يلي:

1. أنّ ذلك كان استجابة لحالات كثرت فيها الشكوى، وعمّت فيها البلوى، من حرمان الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة جدهم من الميراث.³
 2. تخفيف المعاناة قدر المستطاع عن اليتامى، كي لا يجتمع عليهم مع اليتيم وفقد العائل الكالئ الحرمان والفقر، وفي ذلك حماية لهم من الضياع.
 3. تحقيق التواد والتآلف بين أفراد الأسرة، وصلة الأرحام، وإزالة الضغائن والأحقاد.⁴
- قال الشيخ أحمد إبراهيم بك (أستاذ أبو زهرة): " ولقد أحسنت اللجنة التي أعدت مشروع القانون فيما صنعت كل الإحسان، للسبب المبين في المذكرة الإيضاحية، كما أحسنت فيما وضعت من الأحكام على ضوء المصلحة الرَّاجحة الرَّاهنة، والتي اعتبرها المشرع، وأخذ بها عند وضع القانون"⁵.

ويقول الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: " ومن مميزات تقوية آصرة القرابة، أحكام النفقة على الآباء والأبناء.. وجعل القرابة سبب ميراث على الجملة"⁶.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، د ر ط، الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2013، ص 469.

² عارف أبو عيد، مرجع سابق، ص 187.

³ بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 167.

⁴ ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 52.

⁵ عزاه مهمل فؤاد ستيتي، مرجع سابق، ص 209 للأستاذ محمد أبو زهرة في كتابه أحكام التركات والموارث، ولم أجده فيه.

⁶ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، د ر ط، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د س ن، ص 163.

كل هذه الأسباب تحقق مصالح عامّة، لها مستندها من الأدلة الشرعية.

أجيب على ذلك بأن الأدلة التي سبق ذكرها أدلة عامّة لا ترقى للقول بوجوب الوصية (التنزيل) للأحفاد غير الوارثين، وإنّما هي نصوص تقرر المشروعية والندب فحسب.

أمّا التلفيق فلم يعرف في كتب الأئمة، ولا في مصنفاتهم، بل هو حادث في القرن الخامس حين اشتد التعصب، ودخلت السياسة في التمذهب، فضلا على ذلك فحقيقة ما يسمى بالتلفيق ما هو إلاّ تتبع الرخص المذموم¹.

قال الشاطبي: "فإذا صار المكلف في كل مسألة عنت له يتبع رخص المذاهب، وكل قول وافق فيها هواه، فقد خلع ربة التقوى، وتمادى في متابعة الهوى، ونفض ما أبرمه الشارع، وآخر ما قدمته"².

وقال الإمام أحمد: "لو أن رجلا عمل بقول أهل الكوفة في النبيذ، وأهل المدينة في السماع، وأهل مكة في المتعة، كان فاسقا"، وقال الأوزاعي: "من أخذ بنوادر العلماء خرج عن الإسلام"³. وقال الأستاذ عبد العظيم فياض: "إنّ هذا القانون حدث في الإسلام، مخالف لما أجمع عليه المسلمون، من لدن رسول الله ﷺ إلى أن جاء الزمن الذي وُجد فيه من وضعوا هذا القانون، فلفقوه تلفيقا لا يتفق مع عدالة التشريع الإسلامي في توزيع التركات، التي تولاها الله بنفسه، ولم يكملها أحد من خلقه، فهو قانون زيادة على فرائض الله تعالى، وإلزام بما لم يلزم به نص من كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله"⁴.

واستدلّهم بالمصلحة المرسلّة، دليل على انتقادهم النص، وافتقارهم للدليل النقلّي الصّحيح الصّريح الموجب، وكفى بذلك رداً.

¹ جمال الدين القاسمي الدمشقي، الفتوى في الإسلام، ج6، د ر ط، دمشق: مجلة المقتبس، 2017، ص ص: 67 ، 68 . ينظر : محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج2، ط2، دمشق: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص374 وما بعدها.

² الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة، شرح وتخريج عبد الله دراز، ج1، بيروت: 2018، ص 250.

³ ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، فتاوى الإمام ابن رشد الجد، تحقيق محمد العزازي، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2020، ص 19.

⁴ عبد العظيم جودة فياض، نظام الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة مع شرح قانون الوصية الواجبة، ط3، القاهرة: دار الكتاب العربي، 1995، ص ، ص 291.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتنزيل

التكييف القانوني للتنزيل، يتردد بين الوصية والميراث، وهذه المسألة لها أهمية بالغة، لأنه تنبني عليه معظم الإشكالات التطبيقية في منازعات التنزيل، وسيأتي تفصيل ذلك كل في موضعه.

الفرع الأول: حقيقة التنزيل والاختلاف فيه

لم يتطرق فقهاء الشريعة¹ إلى طبيعة التنزيل، لكن بالاطلاع على فهارس مؤلفاتهم نجدهم يجعلونه ضمن كتاب الوصايا، ونادراً ما يلحقونه بأحكام المواريث. أما المشرع الجزائري وبالرجوع لنص (م 171) ق أ ج فيصطح على التنزيل بالوصية، حيث جاء فيها ما يلي: "... او اعطائهم في حياته بلا عوض، مقدار ما يستحق بهذه الوصية " وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا في اجتهادها: " يعد تنزيل ابن الأخ من الصلب طبقاً للشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث طبقاً للمادة (169-222).² رغم الاتفاق بين القانون والقضاء على اعتبار التنزيل وصية إلا أن الملاحظ تناقض المشرع من وجهين:

الأول من حيث التبويب: إذ ضمّن المشرع أحكام التنزيل في باب المواريث، وليس في باب التبرعات والأنسب إيرادها بما يوافقها تكييفاً.

الثاني من حيث الصياغة: نصّت المادة (172) ق أ ج، على أن النصيب المستحق في التنزيل يقسم على أساس الميراث، للذكر مثل الأنثيين، وهذه الطريقة من مسلمات الفرائض، ولا علاقة لها بالوصايا، لأن الوصايا تقسم على أساس التساوي طبقاً للمادة (194) ق أ ج، حيث جاء فيها: " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان، يكون الموصى به مشتركاً بينهما " وهذا هو الذي عليه الفقهاء، يقول ابن جزري: " وإن كان لأكثر من واحد، قسم بينهما على المقاصة ". في ظل هذا التناقض بين التبويب والتتصيص، وجب على المشرع استدراك هذا الخلل بإلحاق التنزيل بالكتاب الرابع الخاص بالوصايا، كما هو الحال في سائر التشريعات العربية، أو إعادة صياغة النصوص القانونية بما يتناسب مع طبيعة التنزيل.

¹ إلا ما سبق ذكره عن المجاصي وغيره من متأخري المالكية، واعتبارهم التنزيل وصية، ص 17.

² مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2009/02/10، ملف رقم 526179، العدد 1، 2010، ص 231.

والسبب في ذلك أن عنوان الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالتنزيل، لا يدل حقيقة على ما يحتويه كمصلح شرعي قانوني، ولأن مدلول النصوص القانونية الواردة في هذا الفصل تختلف عن محتوى ومضمون هذا المصطلح من حيث استعماله الأصلي من طرف الفقهاء والفرضيين، فكيف يستساغ بأن يكون المتن وصية واجبة وعنوانه التنزيل!!؟
واستنادا الى ما سلف؛ رجّح البعض أنّ الطبيعة القانونية للتنزيل حسب ما هو وارد في قانون الأسرة عندنا يعتبر وصية قانونية واجبة،¹ أو إيصاء وليس إرثا، والتتصيص عليه في مواد قانونية هو إحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل . كسرا . الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته.²

هذا الأمر لا يعني بالضرورة أنّ التنزيل وصية على الإطلاق، كون التنزيل يشترك مع نظام الإرث أيضا في كثير من مسائله.

الترجيح: على ضوء هذا التشابه والاختلاف، تباينت وجهات النظر في حقيقته، ومن ثمّ في الاصطلاح عليه، فسماه بعضهم " الميراث القانوني "، وبعضهم أسماه " الوصية القانونية "، وعلى هذا الأساس تجد بعض القوانين العربية قد نظمت أحكام التنزيل في باب الوصايا كالقانون المصري، وبعضها قد نظّمها ضمن المواد التي تخصّ أحكام الميراث، كالقانون المغربي والجزائري.

والتفسير: أنّ من غلب حكم الوصايا سماها وصية، ومن غلب حكم الميراث سماها ميراثاً. يقول الإمام محمد أبو زهرة بعد نهاية شرحه لأحكام الوصية الواجبة في القانون المصري: " وخالصة هذه الأحكام في غايتها ومرامها، وفي الغرض منها، والسبب الباعث عليها تتحو نحو الميراث، فالقانون جعل هذه الوصية لأولاد من يموت في حياة أبويه ميراثاً مفروضاً، وهو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله، على أن لا يتجاوز الثلث، وإذا كان ذلك غاية القانون فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثاً ".³

¹ أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر: دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، 2010، ص 121.

² صالح جحيك، أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، موقع ويب: المكتبة القانونية العربية.

³ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، ط2، القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، 1950، ص 220.

لكن أبا زهرة تراجع فيما يبدو في حقيقة طبيعة الوصية الواجبة، فرجّح أنّها من باب الوصايا لا من باب الميراث، فقال: " بيد أنّ استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثاً لمخالفة ذلك لنصوص القرآن والسنة المتضافرة، بل يستحقه على أنّه وصية، تنفذ من التركة كلها، وفي دائرة الثلث"¹.
و هناك من الباحثين من يذهب إلى أنّ التنزيل ليس بوصية خالصة، كما أنّه ليس ميراثاً خالصاً، وأصحاب هذا الرأي يرجحون أنّ التنزيل آلية مستقلة، تدور بين فقه الوصايا والميراث، وعلى هذا أفرد بمبحث خاص، كما فعل سيد سابق في فقه السنة².

ومهما يكن فالتنزيل -عند بعضهم- لا يمكن أن يكون ميراثاً، لأنّ الذي يورث هو الخالق سبحانه، أمّا المشرع فإنّ له الحق في إعطاء حقوق لمن يشاء، بنص القانون، بشرط أن لا يخالف القانون الشريعة، لأنها المصدر في الأحوال الشخصية، والقانون في مواد التنزيل يكرس الشريعة، فيقرر إسناد الوصية للحفدة طبقاً لشروط الوصية، والفرق جوهرى بين أن يكون التنزيل ميراثاً أو وصيةً، سواء على مستوى الفهم العميق لروح نظام الميراث في الشريعة من جهة، أو على مستوى التطبيق العملي من جهة أخرى³.

وعليه نقول أنّ التنزيل الشرعي الاختياري، مثله مثل التنزيل القانوني الإجباري، فكليهما يدخلان في باب الوصايا، إلا أنّ الأول استمد قوته من إرادة المُنْزِل، والثاني استمدّها من قوة القانون فاختلفاً، لذا كُيفَ على أنّه وصية قانونية واجبة⁴، والذي أميل إليه أنّه ميراث قانوني، لأنّه يجب من غير إيجاب، وإن وجب صار لازماً، لا يقبل عدم التنفيذ⁵.

الفرع الثاني: تمييز التنزيل عما يشابهه

من خلال ما سبق، ومن أجل تمييز التنزيل عما يشابهه، فإنّ المقام يقتضي البحث عن نقاط الاتفاق والاختلاف، بين التنزيل والوصية من جهة، وبين التنزيل والميراث من جهة أخرى.

¹ مرجع سابق، ص 220.

² سيد سابق، فقه السنة، ج3، ط1، بيروت: دار الرسالة ناشرون، 2008، ص 353.

³ صالح جحيك الورتلاني، الميراث في القانون الجزائري، ط2، دم ن، د د ن ص 92.

⁴ يامنة حواسي، مرجع سابق، ص 225.

⁵ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 120.

التمييز بين التنزيل والميراث:

أولاً: التشابه بين التنزيل والميراث:

- 1- التنزيل يجب وإن لم ينشئه المتوفي.¹
- 2- التنزيل لا يحتاج إلى قبول، شأنه شأن الميراث، ولو كان وصية محضة لتوقف على القبول²، لأن الموصى له (المُنزَّل) بمعين يتصور منه القبول بنفسه، أو من له الولاية عليه، وإن لم يكن أهلاً. أي أنّ التنزيل خلافة إلزامية يدخل في ملك المُنزَّل دون توقف على قبوله، لأنّه يثبت بقوه القانون كالميراث، الذي يثبت بنص شرعي، فإن لم يقبله تنتقل بعده إلى ورثته.³
- 3- تثبت الملكية في التنزيل بمجرد الوفاة كالميراث.
- 4- قتل المُنزَّل له للمُنزَّل، مانع من موانع التنزيل كالميراث.
- 5- يحجب الأصل فيه فرعه، كما هو الشأن في الميراث، وإن كان لا يحجب فرع غيره.⁴

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التنزيل والميراث

- 1- لا ينفذ التنزيل إن كان الحفيد استحقّ من الجد بغير عوض قدر ما يجب له شرعاً، وفي الميراث لا يغني.⁵
- 2- التنزيل لا بد فيه من طلب، بينما الميراث لا يحتاج إلى طلب.⁶
- 3- التنزيل يجب في ثلث المال، فإن زاد عن الثلث رُدّ إلى الثلث، وهذا لا يكون في الميراث.⁷

¹ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط2، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص174.

لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق ص 21.

أحمد محمد علي، مرجع سابق، ص 174.²

³ رأفت محمود عبد الرحمن حمبوظ، مرجع سابق، ص 19. أحمد محمد علي، مرجع سابق ص 174. أحمد دغيش، مرجع سابق ص 116.

⁴ لحسين آث ملويا، مرجع سابق ص 21.

⁵ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 116.

⁶ رأفت محمود حمبوظ، مرجع سابق، ص 19.

⁷ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 116. لحسين آث ملويا، مرجع سابق ص 21. رأفت محمود حمبوظ، مرجع سابق ص 19.

- 4- في التنزيل كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، أمّا الميراث فيحجب الأصل فرعه وفرع غيره، ممّن هو أبعد منه.¹
- 5- التنزيل وجب عوضاً للحفدة عمّا فاتهم من ميراث أصلهم، والميراث ثبت ابتداءً من غير أن يكون عوضاً عن حق ضائع.²
- 6- التنزيل ينفذ قبل قسمه التركة، عند من يعتبره وصية.

تمييز التنزيل عن الوصية الاختيارية

أولاً: التشابه بين التنزيل والوصية الاختيارية

- 1- كلاهما يكون في حدود ثلث التركة.³
- 2- كلاهما يُقدّم على الميراث.⁴

ثانياً: الاختلاف بين التنزيل والوصية الاختيارية

- 1- التنزيل يكون بقوة القانون، وإن لم ينشئه المُنزِل، والوصية الاختيارية تكون بإرادة الموصي وفي حياته، أي أنّ الوصية الاختيارية تنشأ بإنشاء الموصي، والتنزيل ينشأ بوفاة المورث.
- 2- الوصية الاختيارية تُسترد بالرد، أمّا التنزيل فلا يُرد.⁵
- 3- عند تزام الوصايا، يُقدم التنزيل على سائر الوصايا.
- 4- الوصية الاختيارية يمكن فيها للموصي تحديد مقدارها، بما لا يتجاوز الثلث، أمّا التنزيل فحدد القانون مقداره " مناب أصله " على أن لا يتجاوز ثلث التركة.
- 5- الوصية الاختيارية تُقسّم حسب شرط الموصي وإرادته، بينما التنزيل يقسم قسمة الميراث.⁶

¹ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 116.

² فؤاد سنتي، " الوصية الواجبة دراسة مقارنة "، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، كلية الشريعة الخليل، فلسطين، العدد 28، 2012، ص 225. أحمد دغيش، مرجع سابق ص 116.

³ أحمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ص 175. فؤاد سنتي، مرجع سابق، ص 225.

رأفت محمود حمبوظ، مرجع سابق، ص 19.

⁴ أحمد علي داود، مرجع سابق ص 175.

المرجع نفسه، ص 175.⁵

⁶ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، در ط، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 199.

6- الوصية تحتاج إلى قبول إن كانت لمعين، بينما التنزيل لا يحتاج إلى هذا القبول.¹
 7- الوصية لم يحدد المشرع مستحقيها (مطلقة)، أما في التنزيل فالمستحقون مقيدون و محددون (الحفدة).

8- يقدم التنزيل على الوصية الاختيارية عند التنفيذ.²

من خلال ما سبق؛ فإنّ التنزيل أقرب إلى الميراث منه إلى الوصية، وهو بذلك يأخذ حكم الأقرب، فهو واقعة قانونية، شأنه شأن الميراث، وليس تصرفاً قانونياً، لأنّ هذه الأخيرة إرادية، وهو شيء لا يتحقق في التنزيل، لأنّه إلزامي التنفيذ، ولو لم يوص به المتوفى أثناء حياته، فالقانون يسلب إرادة المورث، و يحل محله عندما يكون له ورثة يستحقون التنزيل، وينوب عنه جبراً في الإيضاء لهم، ولذا أطلق عليه بعض الفقه وصية القانون، في مقابل وصية الله في الميراث، لقول الله تعالى: «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين..» سورة النساء/11. وهو في هذا الجانب - إلزامية الوصية لغير الوارث في الأقارب - يتفق مع مذهب ابن حزم، الذي قال: " فمن مات ولم يوص، ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد ; لأنّ فرض الوصية واجب "، وقال أيضاً: " فرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون , إمّا لرق , وإمّا لكفر , وإمّا لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه , لا حدّ في ذلك , فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة , أو الوصي".³
 يعني حلول إرادة الوصي أو الورثة محل إرادة المتوفى، وفي حال عدم استجابتهم يتدخل القضاء ويجبرهم على ذلك.

وهو أقرب للوصية من حيث مقدار التنزيل، الذي لا يجب أن يتجاوز الثلث، وينفذ قبل

قسمة التركة، ويقدم على الوصايا العادية عند تراحمها.⁴

وإن اعتبرناها وصية؛ فإنّها لا تتوفر على مقومات الوصية الاختيارية، لعدم الإيجاب من الموصي، والقبول من من الموصى له، فهي أشبه بالميراث، فيسلك فيها مسلك الميراث، فيُجعل

¹ أحمد علي محمد، مرجع سابق ص 175.

² أحمد دغيش مرجع سابق ص 150.

³ ابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ص 353.

⁴ عيسى معيزة، " تنزيل أولاد البنات " ، مجلة آفاق علمية، جامعة تمنراست، المجلد 11، العدد 2، سنة 2019، تاريخ نشر المقال: 2019/06/07، ص 95.

لذكر مثل حظ الأنثيين، ويحجب الأصل فرعه فقط دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.¹

إذا فحقيقة التنزيل توريث الميت، وحجز نصيب من التركة لفروعه، كأنه ورث وهو ميت!.

المطلب الرابع: أركان التنزيل

لم يتناول الفقهاء في الشريعة الإسلامية، ولا في التشريعات الوضعية، أركان التنزيل، أو الوصية الواجبة، وهذا راجع لاختلافهم في التكييف القانوني للتنزيل، على الشكل الذي جاء به القانون، فمنهم من رأى أنه لنظام الوصية أقرب، وأطلق عليه اسم الوصية القانونية الواجبة، ومنهم من رأى أنه لنظام الميراث أقرب، وسمي بذلك ميراثاً قانونياً.² ولأن الخلاف في التكييف له أثره على بعض مسائل التنزيل.

مثل: عند وجود المانع، كاختلاف الدين مثلاً بين الجد وابنه الأصل المورث، فإننا لو اعتبرنا التنزيل ميراثاً وطبقنا قواعده، فإن الحفدة لا يستحقون الميراث، لأنه لو عاش بعد موت الجد، لم يرث أصلاً، لوجود المانع، ونفس الشيء لو كان الفرع المُنزَل مختلف الدين عن أبيه وجده. أما لو اعتبرنا التنزيل وصية، فإنه لا يضر فيها اختلاف الدين، وبالتالي يرث، خاصة إذا علمنا أن السند التشريعي للتنزيل دليله نصوص الوصايا، ولأن العلة من تشريع التنزيل تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث أصلهم.

لذا نلجأ إلى تطبيق القواعد العامة للميراث على بعض أحكام التنزيل، مع الأخذ أيضاً ببعض أحكام الوصية العادية في المسائل المشابهة، والتي لا تتناقض مع مقاصد التنزيل، باعتبار أن التنزيل موجود جديد، نصف أحكامه من الميراث، والنصف الآخر من الوصية العادية.³ هذا ما دفعنا إلى لزوم بيان أركان التنزيل باعتباره وصية، ومن ثم أركانه باعتباره ميراثاً، للتباين والإختلاف بينهما.

الفرع الأول أركان التنزيل باعتباره وصية:

أركان الوصية عند جمهور الفقهاء أربع¹:

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ط9، دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 7565.

² أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 132.

³ المرجع نفسه، ص 137.

. الركن الأول: الموصي.

. الركن الثاني: الموصى له.

. الركن الثالث: الموصى به.

. الركن الرابع: الصيغة.

أما الحنفية فركن الوصية عندهم الصيغة " الإيجاب والقبول " فقط، وعدوا الباقي شروط نفاذ.²

الموصي (المنزل):

وهو الشخص الذي ينشئ الوصية، بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية إلى من يرغب في نقلها إليه بعد موته، أو هو الشخص الذي يباشر التملك مضافا لما بعد الموت³.

واتفقوا على أنه يشترط في الموصي ما يلي:

1/ أن يكون الموصي أهلا للتبرع.

2/ أن تكون عن رضا.

3/ أن يكون قاصدا للوصية.

4/ أن لا يكون عليه دين يستغرق الوصية.

5/ أن يكون مالكا لما أوصى.

واختلفوا في هاته الشروط⁴:

1/ أن يكون حرا: فإن كان عبدا لم تصح وصيته، وهذا مذهب الحنفية والمالكية والشافعية، أما الحنابلة فذهبوا لصحة وصية العبد في غير مال.

2/ أن يكون بالغا: وهو مذهب الحنفية، والمشهور في مذهب الشافعية، لأن الصبي ليس من أهل التبرع، أما المالكية والحنابلة ورواية عن الشافعي فذهبوا إلى صحة وصية الصبي المميز، لأنه لا ضرر فيها، إذ لا تتعقد إلا بعد الموت وفيها منفعة له.

3/ أن يكون قادرا على النطق: إلا الأخرس، فإنها تصح وصيته بالإشارة، والكتابة إجماعا.

¹ ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009، ص500.

² الكاساني، مرجع سابق، ص: 331 ، 332.

³ محمد علي محمود، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس ، فلسطين، 2010 ص 45.

⁴ عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 280.

وجود ركن الموصي لا يمكن تصوره إلا إذا نزل حفدته منزلة أصلهم في حياته، وهذا ما يمكننا اعتباره وصية عادية اختيارية، وليست وصية واجبة قانونية، كما أن الشروط المذكورة لا تستقيم مع طبيعة التنزيل القانونية، فاشتراط أهلية الموصي للتبرع، والرضى، والقصد، تخالف حقيقة التنزيل، الذي لا علاقة له بعقود التبرع أصلاً، على أساس أنه يكون بقوة القانون، كما أنه لا مجال للحديث عن اشتراط الملكية في الموصي، لانتقالها بعد موته للورثة والمستحقين.

الموصى له (المنزل):

هو الشخص أو الجهة التي تنتقل إليه ملكية الموصى به بعد موت الموصي، أو هو الذي جرى له التملك مضافاً لما بعد الموت¹.

واشترط فيه لصحة الوصية ونفاذها ما يلي²:

1/ أن يكون موجوداً (الحياة) عند إنشاء الوصية، ومعلوماً غير مجهول (معين).

2/ أن يكون الموصى له غير وارث من التركة.

3/ أن يكون غير قاتل للموصي صاحب التركة.

نلاحظ أن الفقهاء لم يشترطوا إتحاد الدين في كلا من الموصي والموصى له، حيث يمكن للمسلم أن يُوصي لغير المسلم والعكس، وهذا ما يُعدّ فارقاً جوهرياً بين الوصية والإرث، مع الاختلاف في اشتراط أهلية الصبي الموصي.

الموصى به:

وهو الشيء الذي جرى تملكه مضافاً إلى ما بعد الموت، على وجه التبرع³، أو هو محل الوصية الذي يظهر أثرها فيه، ويكون جزءاً من التركة التي يجري فيها الميراث، فيشترط فيه أن يكون بعد موت الموصي قابلاً للتمليك⁴، وبناءً على ذلك تصح الوصية بالأعيان المالية بجميع أنواعها عقاراً أو منقولاً، سواء كانت في يد الموصي أم كانت تحت يد غيره، كما تصح بالمنافع سكنى الدار، وزراعة الأرض، وثمر البستان، الذي سيحدث مستقبلاً، وتصح كذلك بالحقوق

¹ محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 45.

² هاني الطعيان، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، ط2، الأردن: دار الشروق للنشر والتوزيع، 2007، ص: 238، 239.

³ محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 45.

⁴ سيد سابق، مرجع سابق، ص 323.

العينية التي ليست في ذاتها مالا، ولكنها تُقوم بمال كحق الارتفاق، أما ما لا يعدّ مالا شرعا كالميتة، والدّم، فلا تصح الوصية به، كما لا تصح بالأموال المباحة غير المملوكة، كالطير في الهواء، والسّمك في الماء، لأنها لا تورث، ولا تصلح أن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته¹.

الصيغة:

وهي الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، أو هي ما يُنشئ به الموصي وصيته من عبارة، أو كتابة، أو إشارة، وتنعقد الصيغة بالإيجاب من الموصي، كقوله: أوصيتُ بكذا، أو ادفعوا إليه، أو اعطوه بعد موتي، والقبول من الموصى له المعين، ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت².

من خلال ما سبق يتبين أن الوصية العادية - الاختيارية - تتنافى مع الوصية الواجبة، من حيث أن هذه الأخيرة، لا علاقة لها بعقود التبرعات، وذلك بإيجاب الشريعة لها (حسب الظاهرية) وإلزام مختلف التشريعات لها كذلك، لا سيما عندما يموت الشخص صاحب التركة دون أن يوصي بها.

وهذا ما أنتج التباين بين الوصية العادية الاختيارية والوصية الواجبة (التنزيل) في المفهوم والأركان والشروط.

وباعتبار أن التنزيل واقعة قانونية، وليس تصرفا قانونيا، فلا مجال للحديث عن الصيغة (الإيجاب والقبول)، ولا الحديث عن الإرادة، على أساس أن التنزيل وإن لم يوجد المُنزّل فإن القانون سيحل محله، ويفترض إرادته، لأن التنزيل خلافة إجارية مصدرها حكم القانون، بمقتضى نصوص التنزيل، وبناء على ذلك سنتطرق لأركان التنزيل وفقا لأحكام الفرائض.

الفرع الثاني: أركان التنزيل باعتباره ميراثا

أركان الإرث ثلاثة:

1/ المورث (المُنزّل): وهو الميت، أو الملحق به كالمفقود.

2/ الغير وارث (المُنزّل) منزلة وارث: وهو الحي بعد المورث، أو الملحق به كالجنين.

¹ هاني الطعيان، مرجع سابق، 244.

² محمد علي محمود يحي، مرجع سابق، ص 46.

3/ الحق الموروث (المحل): وهو المال الذي يخص الميت المُنزَل.

الركن الأول: المُنزَل (المورث)

وهو الميت المورث الذي تؤول تركته من بعد موته إلى ورثته، والمقصود به هنا "الجد أو الجدة" ولا اعتبار لأهليته وإرادته، ذلك أن التنزيل في قانون الأسرة خلافة إجبارية مصدرها حكم القانون بمقتضى نصوص التنزيل، فالقانون إذا يحل محل المنزل في تنفيذ التنزيل بعد مماته في تركته، فكأن القانون هو المنزل بالنسبة لأركان التنزيل.¹

أي أن القانون أوجب على الموصي (المُنزَل) أن يوصي (يُنزل)، فإذا لم يفعل، أو عاجلته المنية قبل أن ينفذ ما هم به، أو غفل عنها، فأصاب ضرر أحفاده، أعتبر كأنه أوصى فعلا، وإن كانت بالقوة، لا بالفعل، فالوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف، بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون، كما ينقل الميراث،²

وقد اتفق الفقهاء على أن موت المورث، وتحقق حياة الوارث بعد موت المورث، هي أساس الميراث، والموت على ضربين: موت حقيقي وموت حكمي.

أ/ الموت الحقيقي:

ويتحقق بخروج الروح عن الجسد، وتوقف القلب عن النبض، والرئتين عن العمل، وتعطل جميع وظائف الدماغ، بشرط حكم الأطباء بذلك.³ ويثبت ذلك بالمشاهدة، والمعاناة، أو البيئة الشرعية، كما هو مقرر في إجراءات الحالة المدنية.⁴

¹ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 134.

² محمد أبو زهرة، شرح الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 198. 139، ص 299.

³ راجع ما جاء في بيان منظمة المؤتمر الإسلامي، المؤتمر الثالث، عمان الأردن، سنة 1986 م.

⁴ المادلتان (78، 79) من الأمر 20/70 المؤرخ في 13 دي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 معدل ومتمم بالقانون رقم: 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت 2014 (ج ر: 2014/49) وبالقانون 03/17 المؤرخ في 11 ربيع لبتاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017 (ج ر 2017/02) من قانون الحالة المدنية.

ب/ الموت الحكمي:

ومتعلقه بالمفقود¹، وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته، ولا يعتبر مفقوداً إلا بحكم قضائي²، بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة بذلك أو بناء على طلب النيابة³.

والأصل في حكم المفقود استصحاب حال حياته، ولا يحكم بوفاته، ولا تقسم تركته، إلا بعد حكم الوفاة، فاليقين لا يزول بالشك، كما هو مقرر في قواعد استصحاب الحال. كما أن جل التشريعات ميزت بين حالة فقد الغائب في الظروف العادية، التي تغلب فيها السلامة، وبين الظروف الإستثنائية التي يغلب فيها الهلاك، مثل الحروب، والكوارث، والأوبئة، إذ قضت هاته التشريعات⁴؛ بجواز الحكم بوفاته في هاته الحالة، بعد مضي مدة توحى بعدم بقاءه حياً، بعد البحث و التحري، أما الحالات التي تغلب فيها السلامة؛ ففوضت القوانين الأمر للقاضي لتقدير المدة المناسبة، بناء على الأدلة المتوفرة لديه⁵.

ولا يستفيد من الحكم القاضي بوفاة المفقود إلا من كان حياً من الورثة، بعد صدوره، أما من مات منهم قبل النطق به فليس بوارث، ما دام المفقود لم يُحكم بوفاته بعد، وعليه فحياة المُنْزَل المفقود من حين الحكم بفقده، إلى وقت الحكم القاضي بموته مشكوك فيها، فلا يُحكم بإرثه، لأن الميراث لا يُبنى على الشك بل على اليقين⁶. أما إن ظهر المُنْزَل المفقود حياً بعد الحكم بموته، فإنه يسترجع ما بقي عيناً من أمواله، أو قيمة ما بيع منها⁷، وهو بذلك يوافق ما قرره الفقهاء⁸.

¹ نظم المشرع الجزائري أحكام المفقود في المواد 109-115 من قانون الأسرة.

² المادة: 109 من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

³ المادة: 114 من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

⁴ المشرع المصري المادة 21 من القانون رقم 140 لسنة 2017 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتعلق بالأحوال الشخصية. . المادة (205) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953. المادة (177) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم 61 لسنة 1976.

⁵ المادة: 113 من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

⁶ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 133.

⁷ المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري 02/05.

⁸ محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ج3، د ر ط، القاهرة : دار محمود، 2018، ص537.

الركن الثاني: الغير وارث (المُنزَّل) منزلة وارث

المُنزَّل هو كل شخص غير وارث، ممن يصح تملكه للمال الموصى به، عن طريق التنزيل شرعا، حالا أو مآلا¹، أو هو الشخص الحي الذي ينقل إليه جزء من تركة كان يستحقها أصله المورث، عن طريق القانون. وعلى أساس أن المُنزَّل استحق التنزيل تشريعا، نجد مجمل التشريعات القانونية تشترط فيه الشروط التالية²:

1/ أن يموت والد الأحفاد قبل جدهم، أو معه ولو حكما.

2/ أن لا يكون الأحفاد من الورثة المستحقين.

3/ أن لا يكون الميت " جد الأحفاد " قد أوصى لأحفاده بما هو مكلف به قانونا.

4/ أن لا يكون قد أعطاهم في حياته من المال، ما يساوي نصيبهم من الوصية الواجبة.

5/ أن لا يكون المنزل ممنوعا من الميراث، كأن يكون قاتلا لأصله، أو مختلف الدين عنه.

هذا الشرط لم يذكره المشرع صراحة، ولكن على اعتبار أن أحكام التنزيل جاء تفصيلها في باب الميراث، ووجب تطبيق أحكام الميراث عليه، و على أساس أن كل مالم يرد ذكره في قانون الأسرة، يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية.

أما الوارث المفقود، فحقه في التركة ثابت لاستصحاب حال حياته، إلا إذا حُكم بوفاته.

فإذا كان المنزل مفقودا، ولم يُحكم بموته يعتبر حيا، حيث يجب حفظ حصته من التركة، وحال رجوعه حيا يُسلم ما أوقف له، وإذا لم يعد وحكم بموته، وزع ما أوقف له على ورثته.

أما الحمل فصور ثلاث:

- الحمل الذي يبقى في بطن أمه، لا يوقف له شيء من التركة متى كان غير وارث، أو كان محجوبا بغيره على جميع الاعتبارات.

- وتوقف التركة كلها إلى أن يولد الحمل، إذا كان وارثا ولم يكن معه وارث أصلا، أو كان معه وارث محجوب به باتفاق الفقهاء.

- وتوقف كذلك؛ إذا وجد معه ورثة غير محجوبين به، ورضوا جميعا، صراحة أو ضمنا بعدم قسمتها، بأن سكتوا ولم يطالبوا بها¹.

¹ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 135.

² مهند فؤاد سنتي، مرجع سابق، ص 215.

ويشترط في الحمل ما يلي²:

أولاً: أن يكون الحمل حياً وموجوداً، وقت وفاة مورثه.

ثانياً: استهلال الجنين، ويكون الاستهلال بكل ما يدل على ولادته حياً، كصراخ وعطاس، ولو مات بعدها بدقائق، وعند الجمهور: لا تتحقق إلا بولادته كاملاً، أي كامل الأعضاء. خلافاً للحنفية؛ الذين اعتبروا شرط ولادته حياً تتحقق بخروج أكثره حياً، لأن للأكثر حكم الكل عندهم.

أما مدة الحمل؛ فأقله عند الجمهور ست أشهر، واختلفوا في أكثره، أرجح الأقوال ما ذهب إليه الظاهرية، بكمال تسعة أشهر، وهو الموافق للواقع العلمي.

الركن الثالث: الحق الموروث (المحل)

ويشمل كل ما يخلفه الشخص المُنزَّل من أموال، وحقوق، متعلقة بنفسه أثناء حياته، ومن هنا فإن التركات تشمل جميع ما كان للميت من أموال وحقوق، ما عدا تلك الحقوق المتعلقة بشخصه³، والتي يرى جمهور الفقهاء أنها لا تدخل في عناصر التركة، وهذه الأخيرة قد تضيق وتتسع لنوع المذهب، خاصة بين الحنفية والظاهرية من جهة، وجمهور الفقهاء من جهة أخرى، حيث لا يقر الظاهرية والحنفية الميراث إلا للأعيان، والحقوق التابعة لها، فعلى حسب رأي الحنفية لا تورث إلا الأموال المحوزة، والمحركة ذاتياً، والمنفعة بها انتفاعاً عادياً، وإن كانت عقارات أم منقولات، تحت يد المالك أو نائب عنه، وكذلك الحقوق العينية المقومة بمال، أو المتصلة بعين من أعيان التركة، كحق الارتفاق، وبعض الخيارات المالية المقدرة بنصيب أصل الحفدة، كما لو كان حياً، أثناء موت مورثه، وفي حدود ثلث التركة⁴، وعليه فالمحل في هذه الحالة يشمل كل ما يصلح تملكه، من الأموال المباحة، والمشروعة قانوناً، وما يلحق بها من الحقوق المالية⁵.

¹ سيد سابق، مرجع سابق، ص: 345 ، 346.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص: 7881 ، 7882. سيد سابق، مرجع سابق، ص: 354 . 356. محمد محدة، مرجع سابق، ص 361.

³ وهي الحقوق التي ترجع لصفة المورث، وهي غير داخلة في عناصر محل التنزيل قياساً على الميراث كما هو مذهب المالكية ، أنظر: القرافي، الفروق، ج3، د ر ط، مصر: مطبعة البابي الحلبي، 1962، ص: 275، 276.

⁴ محمد محدة ، أحكام التركات والموارث ، د ر ط، باتنة: مطبوعات قرفي، 1994، ص: 15، 16.

⁵ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 150

- المشرع الجزائري لم يتطرق للمحل، وإنما اكتفى بذكر مقداره، وعليه فمحل التنزيل كمحل الإرث ولا فرق، فأسهم الحفدة تكون بمقدار حصة أصلهم حيا، في حدود الثلث. إذا اتفقت مختلف التشريعات في مسألة مقدار التنزيل على أمرين¹:
- ربط نصيب الحفيد المستحق بنصيب أصله، وعلى الخلاف القائم بين القانون السوري والمغربي مع باقي القوانين، حيث أن نصيب الحفيد في القانون السوري والمغربي، هو ما يستحقه من الميراث من أصله، على اعتبار وجود ورثة غيره، كزوجته، أو أبيه، أو أمه، أو اخوته، أو جده، أو جدته، وأما في القوانين الأخرى فنصيبهم جميع نصيب أصله.
- أن لا يزيد هذا النصيب عن ثلث التركة، وبطريق القياس على الوصية الاختيارية، جاء الحكم على نصاب الوصية الواجبة.
- يصلح أيضا أن يكون محلا للتنزيل ما ينتج عن عقد الإيجار، حيث يعد من مكونات التركة، فإذا ما توفي المنتفع انتقل حق الإستمرار في هذا العقد إلى ورثته من بعده، لإكمال المدة المتبقية من الأجل المحدد في عقد الإيجار².
- إن كان المال مشاعا بين الحفدة فيتخرجون فيما بينهم، بأن تقدر قيمة المال بنصيب آبائهم لو بقي حيا بعد موت مورثه، أو يكون مساويا لثلث التركة، إذا كان حظ أصلهم كذلك.
- المنافع التي هي جزء من المال الموصى به عن طريق التنزيل، مذهب الجمهور انتقالها للورثة حيث تعتبر عنصرا من محل التركة، خلافا للحنفية والظاهرية، الذين يعتبرونها ليست جزءا منه، لأنها ليست لها قيمة ذاتية، فهي بذلك غير تابعة له.
- يخضع محل التنزيل لأحكام الميراث فيما يتعلق بالتقادم المنصوص عليها في القانون المدني (م899)، بالنسبة لحقوق الميراث، حيث بعد 33 سنة من تاريخ الوفاة، وعدم المطالبة به، مع علم ذلك الحفيد بنصيبه في التنزيل يسقط حقه فيه³.
- ذهب بعض الباحثين إلى أن الإستعانة بأحكام الميراث وتطبيقها على مسائل التنزيل لا يحقق أهداف ومقاصد تشريعه، وذلك لأن التنزيل يعالج وضع القريب الذي لا يرث لأي سبب

¹ مهند فؤاد ستييني، مرجع سابق، ص 220.

² نصت على ذلك المادة 510 من القانون المدني الجزائري.

³ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 156.

كان، سواء حجب بغيره، أو لم يكن أصلاً من الورثة، بحيث لا يجوز من ناحية التأصيل الشرعي للتنزيل باعتباره وصية واجبة، أن نطبق قواعد الميراث بشأنه، لأن ذلك فيه تعطيل للعمل بآية الوصية، ونفقدنا بذلك المقصد الشرعي لها، فلو فرضنا أن الابن قتل أباه عمداً، فإنه يحرم من الميراث، ويعاقب على فعله، فكيف نحرم أولاده الصغار من الوصية الواجبة، دون أن يكون لهم علاقة في الجريمة.¹

ما يمكن قوله هنا؛ أن أركان التنزيل أشبه وأقرب بأركان الميراث منها لأركان الوصية، على اعتبار أن التنزيل واقعة قانونية، شأنه شأن الإرث، بخلاف الوصية التي هي تصرف بإرادة الموصي، لذا اشترطوا فيها الأهلية الكاملة، والتنزيل لا يحتاج إلى إيجاب، لأنه يقع بقوة القانون، ولا مجال للحديث عن الأهلية، كما يشترط في المورث والمُورث اتحاد الدين، خلافاً للوصية، وانتفاء موانع الميراث المنصوص عليها شرعاً، وكلها من مسلمات الميراث.

والموصى له في الوصية عام، يشمل كل من أراده الموصي، قرب أو بعد، بشرط أن لا يكون وارثاً، لأن الله أعطى لكل ذي حق حقه، بخلاف التنزيل - الوصية الواجبة - فالمستحقون محددون شرعاً (الوالدين والأقربين)، وقانوناً الأحفاد.

أما محل التنزيل فالأمر فيه سياتي، إلا ما تعلق بالمقدار، فالموصي؛ عليه أن لا يتعدى ثلث التركة، وفي التنزيل؛ مقدار الاستحقاق هو مناب الأصل لو كان حياً، على أن لا يتجاوز الثلث.

أعتقد أن حداثة التنزيل من جهة، والاختلاف في طبيعته القانونية من جهة أخرى، جعلت العديد من الباحثين يعضون الطرف عن بيان أركانه.

¹ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 140.

الفصل الأول: أحكام التنزيل في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: الحكم الشرعي للتنزيل.

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل فقها وشروط استفادتهم.

المبحث الثالث: مقدار التنزيل.

تمهيد

سيأتي معنا أنّ التنزيل متى توفرت شروطه؛ استحق الحفدة نصيب أصلهم المتوفى قبل أبيه أو أمه، وتنفذ هاته الوصية بقوة القانون، على أن لا تتجاوز ثلث التركة.

ورغم أنّ هذا النظام ابتكار قانوني بامتياز؛ إلا أنّ مشرعوه استندوا في القول بوجوبه بأدلة شرعية، وتقريرات فقهية، لعدد من الأئمة الأعلام.

فمسألة التنزيل من المسائل القليلة في أحكام الميراث (الواردة في قانون الأسرة الجزائري) التي استمدت أساسا من القانون المقارن، إضافة إلى مسألتين الرد والعول، اللتين استفاد منهما المشرع من الفقه الحنفي، إذ أنّ أغلب مسائل كتاب الميراث، متطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومتوافقة مع مذهب الإمام مالك رحمه الله.

وعلى اعتبار تكامل شريعة الإسلام « ما فرّطنا في الكتاب من شيء » وصلاحيّة أحكامه لكل زمان ومكان، حرّينا بنا اسنقراء تلك النصوص الشرعية وتحليلها، لندرك حقيقة القول بوجوب التنزيل، ومدى موافقة تعليلاته للأدلة النقلية، ومن ثم بيان المستحقين له وشروط استفادتهم منه، ومقدار استحقاقهم له وفق الفقه الإسلامي.

وعليه قسمنا هذا الفصل لثلاث مباحث:

المبحث الأول: الحكم الشرعي للتنزيل.

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل فقها وشروط استفادتهم.

المبحث الثالث: مقدار استحقاق التنزيل.

المبحث الأول: الحكم الشرعي للتنزيل

باعتبار أنّ التنزيل بصورته الحالية من المسائل المستجدة، فإنّ فقهاء السلف لم يتعرضوا له في مؤلفاتهم، خلا المدرسة الظاهرية، وعلى رأسها ابن حزم وجماعة من المتقدمين والمتأخرين، غير أنّ تناولهم للمسألة لم يخرج عن بيان ثلاث مسائل هي: الحكم الشرعي للوصية الواجبة (التنزيل) ، و المستحقون لها، وكذا النصاب الذي تجب فيه الوصية. ويقصد بحكم الوصية بهذا المعنى هو الوصف الشرعي لها، من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك، أو ما يعرف بالحكم التكليفي، وهو محل خلاف بين الفقهاء.

و سينصب بحثنا في هذا المبحث ببيان الحكم الشرعي للوصية الواجبة، وعرض الخلاف حوله، مع بسط أقوال الفقهاء بين مؤيد و معارض، مع شفع ذلك بفتاوى الهيئات الرسمية. وعليه نقول؛ أنّ الفقهاء المتقدمون، اختلفوا في حكم الوصية، على ثلاث مذاهب، وإذا أضفنا الاجتهاد الفقهي المعاصر للتنزيل صارت أربعة، إجمالها كالتالي:

المذهب الأول: يرى وجوب الوصية على كل من ترك مالا، بشرط أن يكون الموصى له غير وارث للموصي، وهو قول ابن حزم وابن شهاب الزهري، غير أنّ ابن حزم يوجبها ديانةً وقضاءً.

المذهب الثاني: يرى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، لسبب من الأسباب، وهو قول داود الظاهري وأبو بكر عبد العزيز من الحنابلة¹، ومروي عن عدد من التابعين كسعيد بن المسيب ومسروق والضحاك وقتادة والحسن البصري و طاووس وغيرهم.

المذهب الثالث: وجوب الوصية للأحفاد - الوصية القانونية بشكلها الحالي - بتنزيلهم منزلة الفرع الهالك قبل أصله المورث، بقوة القانون، وهو اجتهاد فقهي معاصر، قال به عدد من الفقهاء منهم: الشيخ علي طنطاوي (مقترح المشروع) والعضو مصطفى الزرقا، والشيخ الإمام أحمد إبراهيم بك، ويوسف القرضاوي والزحيلي.

¹ نسبت المذكرة التفسيرية هذا القول للإمام أحمد على أنّه رواية عنه، وهذه مجازفة من معديها، إذ مذهب الحنابلة كمذهب الجمهور، عدا قول أبو بكر عبد العزيز الحنبلي وهو خلاف المشهور من المذهب، راجع مهند فؤاد ستيتي، مرجع سابق، ص 214.

المذهب الرابع: يقول باستحباب الوصية لا وجوبها، إلا إذا كان للموصي حقوق لله تعالى، أو حقوق للعباد، فتكون حينها واجبة، وهو مروى عن جماعة من السلف، كالشَّعبي، والنَّخعي، والثَّوري، وغيرهم من السلف، وهو الذي عليه جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة، ومن ثم ذهب عدد من المعاصرين إلى بطلان القول بوجوبها القانوني للأحفاد، كالشيخ أبي زهرة، وعبد العزيز بن باز، وعبد الرحمن العدوي، وعبد العظيم فياض، وأحمد حجي الكردي وغيرهم. وعلى أساس أن الأقوال الثلاث الأولى تقرر وجوب الوصية - وإن اختلفت في مواضع - فإن أدلتهم واحدة، وهي خادمة لمن قال بتشريع الوصية الواجبة، لذا سنجعلهم كفريق واحد مقابل ومعارض للفريق الذي يرى استحبابها.

المطلب الأول: المؤيدون للتنزيل (الوصية الواجبة)

القول بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، مروى عن بعض الصحابة والتابعين والفقهاء والمفسرين وغيرهم.

فمن الصحابة عمر بن الخطاب، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وعن عائشة، وعلي وابن عباس، أنها تجب في المال الكثير.¹

أما فقهاء التابعين، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، فهم جمع غفير، منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وطاوس، وقتادة، وجابر بن زيد، وعبد الرحمن بن أبي بكر والشافعي في القديم، والإمام أحمد، وإسحاق بن راهويه، وداود الظاهري، وأبو عوانة الإسفراييني، وابن جرير الطبري، وابن حزم.²

¹ م م رائد فتبخان الزبيدي، " حق الحفيد المحجوب عن إرث جده بوصيته أو ما تسمى بالوصية الواجبة دراسة فقهية قانونية مقارنة"، الأنبار: كلية المعارف الجامعة، د ت ن، ص 215.

² أحمد بن أحمد بن مختار الجكني الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج4، بيروت: دار الكتب العلمية، 2004، ص 427.

ينظر: ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص 303. / الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ضبط: سالم محمد هاشم، ج5، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2001، ص 37.

هذا الوجوب في أصله معهود لذمة صاحب المال، حال حياته بإرادته، أمّا القول بإعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين، على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوصى له فمذهب ابن حزم، ويؤخذ من أقوال بعض التابعين.¹

وعليه استند مقترحوا الوصية الواجبة، كما جاء في المذكرة التفسيرية في تأصيلها الشرعي لهذه الوصية.²

بناءً على ذلك يمكن تقسيم القول بالوجوب إلى اتجاهين اثنين أو مذهبين:

الاتجاه الأول وجوب التنزيل ديانةً وقضاءً:

وهذا الاتجاه؛ يرى أنّ الوصية فرض على كل من ترك مالا، فيجب أن يوصي للوالدين والأقارب غير الوارثين، ثم يوصي بعد ذلك لمن يشاء، وإن لم يفعل ذلك اعتبر آثماً، تجب في تركته بعد مماته، ووجب على الورثة أو الوصي إن وجد إخراجها، بالفقر الذي تطمئن له النفوس، فهي وصية واجبة ديانةً وقضاءً، وعلى رأس هذا الإتجاه الإمام ابن حزم.³

وعليه؛ فالأقارب المحجوبون، يأخذون مقداراً معيناً من التركة، ولو لم يوص لهم المتوفى بشيء، على اعتبار أنّها تجب قضاءً، فإذا لم يوص الجد، وجب على الورثة أو الوصي أن يُخرج من التركة مقداراً معيناً لأقاربه.

يقول ابن حزم: " وإذا قُسم الميراث؛ فحضر قرابة الميت، أو الورثة، أو يتامى، أو مساكين، ففرض على الورثة البالغين وعلى وصي الصغار، وعلى وكيل الغائب، أن يعطوا من ذكرنا ما طابت به أنفسهم، ممّا لا يجحف بالورثة، ويجبرهم الحاكم على ذلك الأمر، لقوله تعالى:

«وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً».⁴

¹ الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق، ص 37.

² أنظر محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها.

³ عيسى معيزة، مرجع سابق، ص 92.

⁴ ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ج8، ص 346.

قال طاوس: " ما من مسلم يموت ولم يوص، إلا وأهله محقون أن يوصوا عنه، ومن أوصى وترك ذا قرابته محتاجين، انتزعت منهم وردّ على ذي قرابته ".¹

وقال الحسن البصري وابن المسيب: " إذا أوصى في غير أقاربه بالثلث، جاز لهم ثلث الثلث، وردّ على قرابته ثلثا الثلث ".²

وقال مسروق: " إن الله قسم بينكم فأحسن القسم، وإنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضل، أوص لذي قرابتك ممن لا يرثك، و دع المال على قسمة الله ".³

على هذا؛ جاز للأقارب المستحقين التوجه للقضاء، لإثبات أحقيتهم، وعلى الورثة الإذعان لذلك أو إثبات العكس، كأن لا تتوفر شروط استحقاقها أو وجوبها.

وقد احتج بعض الفقهاء بما ثبت عن أبي هريرة: " أن رجلاً قال لنبي ﷺ إن أبي مات ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال : نعم ".⁴

فاستدلوا بما سبق على جواز إنشاء الوصية، إذا لم يوص الميت، وهذا الشيء وان كان غير صحيح، إلا أنه يستدل به على جواز التصرف في التركة، على هذا النحو قالوا بوجوبها القضائي.⁵

قال ابن حزم: " وفرض على كل مسلم، أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إمّا لكفر، وإمّا لأنّ هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنّهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت نفسه، لا حدّ في ذلك ، فإن لم يفعل، أعطوا ولا بد ما رآه الورثة ، أو الوصي ".⁶

¹ عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، (كتاب الوصايا، باب وجوب الوصية، حديث رقم: 16693)، ج9، بيروت: دار الكتب العلمية، 2010، ص 5.

² المرجع نفسه، (حديث رقم : 16744) ص 24.

³ سعيد بن منصور، السنن، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي كتاب الوصايا، باب هل يوصي الرجل من ماله بأكثر من الثلث، ج3، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 113.

⁴ مسلم بن الحجاج، الصحيح، ج2، مرجع سابق، (ح ر 1630) ص 158.

⁵ رائد فتبخان الزبيدي، مرجع سابق ص 232.

⁶ ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ج8، ص 249.

وإذا أوصى للأجانب وترك الأقارب؛ فلفقهاء رأيين أجملهما الرّازي في تفسيره فقال: " .. منهم من قال كانت الوصية للأقارب واجبة عليه، فإذا لم يفعل وصرف الوصية إلى الأجانب، كان ذلك الأجنبي أحق بها، ومنهم من قال ينتقص من ذلك ويُرد للأقربين " ¹.

قال الشيخ محمد أبو زهرة: " الرأي الأول بلا ريب لا يؤيد القانون، أمّا الرأي الثاني فيؤيده، إذ هو الذي يجعل القاضي أو الوصي المنفذ للوصايا سلطان الإنشاء و التغيير، أي جواز إنشاء وصية لم ينشئها، و جواز تغييرها، فيجعلها في الأولى بالعطاء من الأقارب. ²

واستدلوا بحديث أبي هريرة السابق؛ على جواز إنشاء وصية في ماله إذا لم ينشئها، قال ابن حزم بعد أن ساق الأدلة: " قد وجب لهم جزء من ماله، مفروض إخراجها، لمن وجبت له، إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجها".

واستدل بجواز تغيير الوصية من قول الله تعالى: « فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم ». البقرة/182.

وأي جنف أو إثم، أعظم من أن يترك ذوي رحمة محتاجين، في عوز ومخمصة، ويوصي للأجانب؟! ³

فتوى الأزهر الشريف:

وأيد هذا الإنجاه الأزهر الشريف في فتوى له، إجابةً على سؤال وجه لسماحة المفتي؛ حسنين محمد مخلوف بعنوان (الوصية الواجبة) جاء فيه ما يلي:

المبادئ:

- 1- الوصية حق للموصى له في التركة، يؤدي منها قبل توزيعها بين الورثة.
- 2- الوصية الواجبة التي أوجبها القانون، خاصة بالفرع غير الوارث.
- 3- حدّد القانون مقدار الوصية الواجبة، فجعلها مقدار نصيب الأصل الذي كان يستحقه لو بقي حياً عند وفاة المورث، بشرط ألا تزيد عن ثلث التركة الباقية، بعد تنفيذ حقي الدين والتجهيز.

¹ محمد الرّازي فخر الدين، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، ج12، در ط، بيروت: دار الفكر، 1981، ص 65.

² محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 223.

³ المرجع نفسه، ص 224.

4- قانون الوصية لم يغير حكماً من أحكام الميراث، الثابتة في الكتاب والسنة، ولم يوجب الوصية إلا للفرع غير الوارث.

السؤال:

في موضوع الوصية الواجبة، عن منشور مطبوع بعنوان (وصية واجبة) وبتوقيع أحد أهالي مصر القديمة، تضمن أخطاء كثيرة في موضوع الوصية الواجبة، وطلب من العلماء افتاءه بما يقر الحق في نصابه، فرأينا قطعاً للشبهة؛ أن نكشف له الغطاء، حتى يقف على محجة الصواب بتوفيق الله وهدايته.

الجواب:

1- أن الوصية والإرث أمران مختلفان حقيقةً وحكماً، فالوصية النافذة حق للموصى له في التركة، يؤدي منها قبل حق الورثة، كما يشير إليه قوله تعالى في سورة النساء، بعد بيان فرائض الموارث: { من بعد وصية يوصى بها أو دين } ، { من بعد وصية يوصين بها أو دين } ، { من بعد وصية توصون بها أو دين } فكل من الوصية والدين؛ حق واجب الأداء من التركة، قبل حق الإرث، وما يبقى من التركة بعدهما هو حق الورثة شرعاً.

2- ومن الوصايا ما أوجبه الشارع في التركة لغير الوارث في سورة البقرة، كما يشير إليه قوله تعالى: { كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين } حيث جعل الوصية لهم حقاً واجباً، والمراد بهم كما ذهب إليه بعض السلف غير الوارثين، لنسخ الوجوب للوارثين منهم بآية الموارث.

وهذا هو أصل (الوصية الواجبة)، التي نصّ عليها قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، وخصّها بالفرع غير الوارث، وحددها بمثل نصيب أصله، الذي كان يستحقه لو بقي حياً عند وفاة المورث، بشرط أن لا تزيد في جميع الأحوال عن ثلث التركة الباقية، بعد تنفيذ حقيّ الدين والتجهيز.

فإذا كان للمتوفى أولاد لصلبه، ذكوراً وإناثاً، وأولاد ابن أو بنت، توفياً في حياته، وجب لهؤلاء شرعاً وصية في تركته، بالشروط التي نصّ عليها القانون، وهم غير وارثين لحجبهم بالأولاد الصليبين.

أمّا إذا كان الفرع وارثاً؛ كما إذا توفى عن بنات، وابن ابن، مات في حياته، فإنّ ابن الابن لا تجب له وصية في التركة، اكتفاءً بإرثه.

3- وبهذا ظهر الفرق بين الفرع الوارث، والفرع غير الوارث، حيث تجب الوصية للثاني دون الأول.

ويجب أن يُعلم أن قانون الوصية، لم يغير حكماً من أحكام الميراث الثابتة في الكتاب والسنة، ولم يوجب الوصية إلا للفرع غير الوارث، وأن الوصية تخرج من التركة قبل حق الورثة، ويوزع الباقي ميراثاً بين مستحقيه، كما شرع الله تعالى في كتابه، وعلى لسان رسوله ﷺ.

4- ففي الحادثة التي استفتى عنها السائل؛ وهي وفاة امرأة عن ثلاث بنات، وعن بنت ابن، توفي في حياتها، وعن ابني أخوين شقيقين، أو لأب، لا ميراث لبنت الابن لحجبها بالبنات الصليات، ولكن لها وصية واجبة في التركة بمثل ما كان يستحقه أبوها، لو كان حياً عند وفاة المورث، بشرط ألا يزيد عن الثلث.. والله تعالى أعلم.¹

الإتجاه الثاني: وحب التنزيل ديانة لا قضاءً

يعتبر أصحاب هذا المذهب الوصية واجبة ديانة لا قضاءً، تجب للأقربين الذين لا يرثون، فإذا لم يفعل ذلك صاحب التركة في حياته، لا تجب على الورثة بعد موته، وإنما يلحقه الإثم والعتاب في الدنيا، وسوء العاقبة في الآخرة، وهذا مذهب داود الظاهري والحنابلة في أحد أقوالهم، فالمالك إذا توفي دون أن يوصي لقربته، فلا يأخذون من التركة شيئاً ويكون الهالك آثماً.

ينبني على ذلك؛ أن على الشخص القيام بالوصية لمن يستحقها بضوابطها الشرعية حال حياته، فإن لم يوص كان آثماً، وفي ذمته حقاً ثابتاً.

قال الضحاك: " من أوصى لغير قربته، وترك قربته، فقد ختم عمله بمعصية ".²

وقال مالك الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم والأوزاعي و أحمد بن حنبل: " من أوصى لغير قربته، وترك قربته محتاجين؛ فبئس ما صنع ".¹

¹ فتاوى الأزهر، الوصية الواجبة، المكتبة الشاملة عن موقع وزارة الأوقاف المصرية، ج2، ص348. المفتي: حسنين محمد مخلوف، جمادى الثانية 1371هـ - 19 مارس 1952 م.

² الضحاك، تفسير الضحاك، جمع وتحقيق محمد شكري أحمد الزيتي، (تفسير الآية 180 من سورة البقرة)، ط1، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 1999، ص 171.

وعليه ففي مثل هذه الحالة؛ على الورثة أن يرضخوا لمستحقيها من التركة قبل اقتسامها، فإن لم يفعلوا أثموا جميعاً، وإذا أعطى بعضهم من حصة خرج عن الإثم، وثبت الإثم على الباقين، الذين لم يفعلوا.²

الفرع الأول: أدلة المؤيدين للتنزيل

سبق سرد بعض أدلة مشروعية الوصية، وهي نفس الأدلة التي يستدل بها على وجوب التنزيل " الوصية الواجبة "، وسنتكلم عليها ها هنا بشيء من التفصيل، خاصة آية الوصية.

1/ قال تعالى: { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } البقرة/180.

فظاهر الآية؛ يفيد وجوب الوصية للوالدين والأقربين، لأنه عبّر عن شرعية الوصية بقوله: " كُتِبَ " وهي تدل على الفرض.

والآية محكمة غير مخصصة ولا منسوخة، إذ يجمع للوارث حصتان، عطية الله من الإرث، وعطية من حضره الموت، بوصية له، وهو أحد قولي أبي مسلم الأصفهاني.

والقول بعدم النسخ؛ مروى عن جماعة من التابعين، وهو اختيار ابن جرير الطبري والفخر الرازي والضحاك ومسروق والشعبي والحسن وطاووس.³

قال الإمام الطبري في تفسيره: " فاعلم أنه قد كتبه علينا وفرضه، كما قال « كتب عليكم الصيام».. إلى أن قال " فإن قيل أن جماعة من أهل العلم قالوا: الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآية الميراث، قيل له: وخالفهم جماعة غيرهم فقالوا: هي محكمة غير منسوخة، وإذا كان في نسخ ذلك تنازع بين أهل العلم، لم يكن لنا القضاء عليه أنه منسوخ، إلا بحجة يجب

¹ القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن،(تفسير الآية 180 سورة البقرة)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج3، د ر ط، بيروت: مؤسسة الرسالة،2006 سابق ، ص 102.

² رائد فتخان الزبيدي، مرجع سابق، ص 230.

³ النحاس أبو جعفر أحمد بن محمد، الناسخ والمنسوخ، تحقيق سليمان إبراهيم اللاحم، ج1، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1412، ص 484.

التسليم لها، إذ غير مستحيل اجتماع حكم هذه الآية، وحكم آية المواريث في حال واحدة، على صحة بغير مدافعة حكم إحداهما حكم الأخرى، وكان النَّاسخ والمنسوخ هما المعنيان اللذان لا يجوز اجتماع حكمهما على صحة في حالة واحدة، لنفي أحدهما صاحبه، وبما قلنا في ذلك جماعة من المتقدمين والمنتأخرين¹.

ومن أهل العلم من حكم بنسخها الجزئي (نسخ الوالدين)، أمّا الأقراب غير الوارثين؛ فالحكم لا يزال ثابتاً وباقياً وقائماً، إذ تجب لهم الوصية².

قال ابن عباس في تفسير آية الوصية: "نُسخت الوصية للوالدين بالفرض في سورة النساء، وثبت للأقربين الذين لا يرثون"، وهذا مذهب الشافعي وأكثر المالكيين، وجماعة من أهل العلم³.

والرّاجح عدم النسخ حتى في الوالدين، إذ يبقى الحكم فيمن لم يرثوا من الوالدين الممنوعين من الإرث وغيرهما، من حجب شخص أو وصف، فإنّ الإنسان مأمور بالوصية لهؤلاء، وهم أحقّ النَّاس ببره، وهذا القول تتفق عليه الأمة، ويحصل به الجمع بين القولين، لأنّ كلا القائلين بهما، كل منهم لحظ ملحظاً واختلف المورد، فبهذا الجمع يحصل الإتفاق بين الآيات، فإنّ أمكن الجمع؛ كان أحسن من ادعاء النسخ، الذي لم يدل عليه دليل صحيح⁴.

وهذا ما ذهب إليه ترجمان القرآن عبد الله بن عباس (رضي الله عنه) في المشهور عنه، إذ ورد عنه أنّه قال: "هي محكمة غير منسوخة"، وفي رواية قال: "أنّ أناساً يزعمون أنّ هذه الآية نسخت، لا والله ما نسخت، ولكنّها مما تهاون بها"⁵.

وقال: "أمر الله المؤمنين عند قسمة ميراثهم، أن يصلوا أرحامهم وأيتامهم ومساكينهم من الوصية، فإن لم تكن وصية وصل لهم من الميراث".

¹ ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ص 121.

محمد علي محمود، مرجع سابق، ص 93.

³ القرطبي، مرجع سابق، ج2، ص 123.

⁴ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص ص: 217، 218.

⁵ البخاري، مرجع سابق، ج5، حديث رقم: 2608، ص 454.

قال النّحاس: " هذا أحسن ما قيل في هذه الآية."¹

وقال قتادة: " ثلاث آيات محكمات تركهنّ النَّاس، هذه الآية، وآية الاستئذان، وقوله تعالى: يا أيها الناس إنّ خلقناكم من ذكر وأنثى.." ²

لهذا كان القول بوجوب الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة، لأنّ الآية صريحة، والنسخ ليس بالأمر الهين أن يدعى مع هذه الصراحة، ومع إمكان الجمع بين هذه الآية و آية المواريث، والجمع أنّ آيات المواريث صريحة في أنّها بعد وصية، وكيف تلغى هذه الأوصاف العظيمة (كتب)، (حقاً)، (على المتقين)، مع إمكان العمل بآيات المواريث وهذه الآية، ولأنّه لا دليل على النسخ.³

2/ قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ سورة النساء / 8

قال القرطبي: "بين الله تعالى أنّ من لم يستحق شيئاً إرثاً، وحضر القسمة، وكان من الأقارب واليتامى والفقراء الذين لا يرثون، أن يكرموا ولا يحرموا، إن كان المال كثيراً، والإعتذار إليهم إن كان عقاراً، أو قليلاً لا يقبل الرضخ".

ثمّ قال: " فالآية محكمة، قاله ابن عباس وامتل ذلك جماعة من التابعين: عروة بن الزبير وغيره، وأمر به أبو موسى الأشعري، قال ابن جبير: "ضيع النَّاس هذه الآية"، وقال الحسن: "ولكن النَّاس شحوا".

وروي عن ابن عباس القول بنسخها بآية المواريث، وبه قال سعيد بن المسيب، وأبو مالك وعكرمة، والضحاك.

قال القرطبي: " والقول الأول أصح، فإنّها مبينة استحقاق الورثة لنصيبهم، واستحباب المشاركة لمن لا نصيب له ممن حضرهم، واستدلالاً بهذه الآية؛ ذهب طائفة أنّ هذا واجب،

¹ القرطبي، مرجع سابق، ص 151.

² ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ج3، ص 606.

³ صبري سلامة شاهين، ترجيحات الحنابلة واختياراتهم الفقهية، ج2، ط1، الرياض: العبيكان للنشر والتوزيع، 2019 ص 196.

في أن يعطي الورثة لهذه الأصناف، ما طابت به نفوسهم، كالماعون والثوب وما خفّ، وحكى هذا القول ابن عطية والقشيري.¹

فالمقرر إذاً أنّ الوصية عامة في تناولها للوالدين والأقربين، لكن خرج من عمومها الوالدان والأقربون الوارثون، بدلالة آيات المواريث، وبيان تفسير السنة " لا وصية لوارث "، وبقي منها ما عدا ذلك، كمن مُنِع من الإرث لسبب، أو لم يدخل في آية المواريث.

مبررات القول بالوصية الواجبة:²

أولاً: أنّ مسألة الوصية الواجبة تبقى اجتهادية، داخلة تحت قواعد الاجتهاد، وليست مخالفة لنص لا مناص من الوقوف عنده، فقد نصّ القانون على أنها وصية، وهي مذكورة في باب الوصايا، وليس في باب المواريث،³ وهي فوق ذلك مشروطة بعدم إيذاء الجد للحفيد، أو هبته له ما يساوي الوصية في حياته من غير مقابل، وهذا شرط مهم يغفل عنه منتقدوا القانون، وهي مخرّجة على قواعد بعض فقهاء المسلمين، وليس على القواعد الوضعية للقوانين، وقد أقرّها وأيدها جمهرة من علماء العصر، الذين لا يُشك في دينهم، وقد مضى على العمل بها في مصر والشام قرابة ثمانين عاماً، وانتشر العمل بها في كثير من الدول الإسلامية بعد ذلك، فهي ليست قراراً سياسياً لدولة معينة، أو حاكم، أو حزب، ولم يبق إلا كونها اجتهاداً يرفضه بعض العلماء، فإذا علمنا أنّ الاجتهاد وإن كان ضعيفاً، يعمل به إذا حكم به القضاء عند جمهور الفقهاء، مادام اجتهاداً مخرجاً على قواعد الاجتهاد، وإذا علمنا أنّ حكم القاضي يرفع الخلاف في المسألة من الناحية العملية، ويبقى الأمر متعلقاً بالترجيح الفقهي، ولا مانع من أن يتمسك كل فريق بما يراه صواباً، ويُقيم الدليل على ذلك وفق مناهج أهل العلم.

ثانياً: أنّ غالب المستحقين لهذه الوصية، وفق القانون هم من الصغار الأيتام المحتاجين، وفي حكم القضاء لهم بهذه الوصية حقّ، أو شبهة حقّ إذا سلمنا بضعف دليلها، وفي حال وجود

¹ القرطبي، مرجع سابق، ج6، ص83.

² رأي الأستاذ الشيخ عبد القادر الخطيب (خطيب جامع بني أمية الكبير، المحكم لدى المحاكم الشرعية بدمشق، وأستاذ العلوم الشرعية بمعاهده)، نشره: وليد المهدي، بغية السائل من أوابد المسائل، د ر ط، د ب ن، دار الرف، 2008، ص ص: 3391، 3392.

³ يقصد التشريعات العربية الأخرى، لأنّ المشرع الجزائري ضمنه في كتاب الميراث كما سيأتي بيانه ص 98.

هذه الشبهة لا يحل الإفتاء للأعمام بحرمان أولاد أخيهام منها، فعند النزاع مع الأيتام فإنه ينبغي الخروج من الخلاف لا الهجوم عليه، والله تعالى يقول: (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً). النساء/10.

وإذا لاحظنا ما آلت إليه أحوال المسلمين في هذا العصر، من ضياع جلّ أحكام الإسلام، وخصوصاً أحكام بيت المال ونفقاته، التي تحمل جميع الضعفاء والمحتاجين، أدركنا مدرك الفقهاء الذين وضعوا القانون وأقروه، وهم يرون هؤلاء المحرومين من الميراث، لا معيل لهم ولا شفيق عليهم، فكانت الوصية بالشروط السالفة مخرجاً شرعياً، ساقهم إليه الاجتهاد، وقد رأوا أنفسهم في موقع التشريع لسدّ هذه الحاجة .

إنّ هذا يذكرنا بما أفتى به فقهاء الشافعية، بعد القرن الرابع الهجري، بتوريث ذوي الأرحام - وهم من لا يرث بالفرض ولا بالتعصيب كالخال - إذا لم يوجد وارث سواهم، مع أنّ حكم المذهب عدم توريثهم، وجعل التركة في بيت مال المسلمين، وذلك لما استقر من الخلل في إدارة بيت المال، ممّا اقتضى تغيير الاجتهاد للحفاظ على مقاصد الشرع، ودفعاً لمفسدة أكبر من أختها، وهذا اختلاف عصر وأوان، وليس اختلاف حجة وبرهان، والمسلمون اليوم لا يملكون إلاّ قانون الأحوال الشخصية - في جل العالم الإسلامي - لتحقيق المصالح ودفع المفسدات .

ثالثاً: إن إفتاء الشيوخ الأفاضل بمقتضى مذاهبهم خلافاً للحكم القضائي في هذه المسألة وغيرها، ينشئ خلافاً كبيراً في المجتمع وصراعاً بين أفراد الأسرة الواحدة، كما أنّه يحدث إرباكاً من الناحية التنفيذية، فالذي يفتي بعدم الاستحقاق هل يملك محكمة وسلطة تنفيذية لإمضاء الحكم؟! أم أنّه يغري الناس بعضهم ببعض، بين حكم القاضي الشرعي في المحكمة وإفتاء الشيخ في المسجد؟! .

رابعاً: إنّ الاجتهاد داخل في العديد من مسائل الموارث المحتملة، وبعضه أظهر من بعض، ومن أهمها الجد مع الإخوة، والمسألة المشتركة وغيرها، حتى العول الذي ذهب إليه الجمهور عند زيادة السهام على التركة، فقد ذهب ابن عباس إلى عدم القول به أصلاً، مما يؤسس لمذهب إرثي مخالف لما ذهب إليه الجمهور.

فهل يسوغ للجد الذي شركه القانون مع الإخوة في التركة - كما هو مذهب الجمهور - أن يعتصم بفتاوى الحنفية، ويرمي الإخوة بأنهم يتناولون ما لا حراماً لا يحل لهم؟!، والإخوة بدورهم هل سيسلكون هذا المسلك في حال اعتماد قول الحنفية قضاءً، ساعين للعمل بمذهب الجمهور الذي يورثهم مع الجد؟!!

إنّ في هذا خلافاً واضحاً، لأنّ القضاء لا يأخذ إلا بقول واحد في كل مسألة، بعكس الفتاوى التي تتعدد بعدد الأقوال .

خامساً: أنّ القائلين بوجوب الوصية ديانةً، فد لا يعترضون لتحول ذلك الوجوب قضاءً، تأكيداً لنفي الضرر عن الناس، وطريق هذا التحويل يتأتى من سلطة ولي الأمر، وعليه فكثير من الالتزامات الديانية يمكن أن يشرع لها ولي الأمر أحكاماً تنفذ بسلطة القضاء، إذا أهمل الناس رعايتها لضغف وازع الدين، وترتب على ذلك ضرر يتعدى إلى الغير، اعتماداً على أصل مقرر في الدين (لا ضرر ولا ضرار) ومن هنا ندلل للقانون تحويل الوجوب الدياني إلى الوجوب القضائي، فضلاً عما سطره فقه ابن حزم¹.

لذا يرى أصحاب هذا القول؛ عدم جواز منازعة المستحقين للوصية الواجبة، بالشروط التي نصّ عليها القانون عموماً، وخصوصاً إذا كانوا أيتاماً أو محتاجين، ما دام القضاء الشرعي يحكم لهم بذلك، وهذا بغض النظر عن الترجيح الفقهي في المسألة، فما يذكر في حلقات الدروس ومدركات الجامعات شيء، وما يصدر حكماً قضائياً شرعياً واجب الاتباع شيء آخر.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المؤيدين للتنزيل

وأجاب عليهم الجمهور: بأنّ الله تعالى أوجب الوصية للوالدين والأقربين بأدلة متقدمة، ولكن هذا الوجوب نسخ بنزول آيات المواريث، بقوله تعالى: «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» فنسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت مشروعيتها لغير الوارثين، قال السرخسي: " الوصية عقد مندوب إليه مرغب فيه ليس بفرض ولا واجب عند جمهور الفقهاء².

¹ مهدي فؤاد ستيقي، مرجع سابق، ص 227.

² السرخسي أبي بكر محمد بن أحمد، المبسوط في الفقه الحنفي، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، ج 27، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2016، ص 144.

وهو مذهب إمام دار الهجرة مالك بن أنس رحمه الله، ففي الموطأ عن يحيى الليثي قال سمعت مالكا يقول في هذه الآية أنها منسوخة، قال نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله عز وجل¹.

قال الباجي: "وقول مالك نسختها آية الفرائض قوله تعالى « الوصية للوالدين والأقربين » يريد والله أعلم، أنه نسخ من ذلك الوصية للوالدين و للورثة من الأقربين، دون من لا يرث، وذلك أن آية الفرائض قد استوعبت لكل وارث حقه من تركة الميت، فليس للموصي أن ينقص أحدهم من حقه، ولا يزيد فيه بوصية أو غيرها، وقد روى في ذلك عن النبي ﷺ أن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"².

وبارتفاع الوجوب تحول حق الوارث من الوصية إلى الميراث، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: " كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والرابع، وللزوج الشطر والرابع"³.

معناه: «كان المال للولد» أي: كان مال الشخص إذا مات للولد، وقوله «وكانت الوصية للوالدين» أي كانت الوصية في الإسلام لوالدي الميت دون الأولاد، على ما يراه من المساواة والتفضيل، وقوله «نسخ الله في ذلك ما أحب» أي: ما أراد، يعني كانت الوصية للوالدين والأقربين، ثم نسخ منها من كان وارثا بآية الفرائض.

¹ مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ برواية يحيى الليثي، د ر ط، بيروت: دار إحياء العلوم العربية، 1994، ص 582.

² أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، ج8، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009 ص 132.

والحديث رواه الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي، السنن أو الجامع الصحيح، تحقيق محمد علي ومحمد ومحمد عبد الله، ط1، القاهرة: دار ابن الهيثم، 2004، ص 538. (كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، ح ر: 2120)، ص 538، حديث صحيح.

³ البخاري، مرجع سابق، ج5، (ح ر: 2596)، ص 437.

وبقوله «لا وصية لوارث» و أبقى حق من لا يرث من الأقربين بالوصية على حاله.¹

كما أنّ فحوى الآية يدل على عدم وجوب الوصية، فقوله " كتب " لا يقتضي الوجوب.

وقوله تعالى: " على المتقين " يدل على النّدب، لأن الوجوب لازم في حق المتقين وغيرهم، فلما خصّ المتقين، دلّ على أنها ليست واجبة، كما أن التقوى تختلف من شخص لآخر، ومبنى الأحكام الشرعية لا يكون على صفة خاصة بثلة من الناس، فخصّ المتقين تشريفاً لهم ليتبادر الناس إليها.²

أما آية ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾

فالصحيح أنّها على النّدب، لأنّه لو كان فرضاً لكان استحقاقاً للتركة، ومشاركة في الميراث لأحد الجهتين معلوم، وللآخر مجهول، وذلك متناقض للحكمة، وسبب للتنازع والتقاطع.³ قال النّحاس: " فهذا أحسن ما قيل في الآية، أن يكون على النّدب والترغيب في فعل الخير والشكر لله عزوجل"⁴.

كذلك لو وجب للأقارب في هذه الحالة شيء، لوجب لليتامى والمساكين أيضاً، لأن الحكم واحد في آية واحدة، فإذا علم أنه لا يجب إعطاء الفقراء والمساكين واليتامى من التركة على الصحيح فكذلك لا يجب لأولي القربى، لذا فالآية لا تصلح للاستدلال على مشروعية الوصية الواجبة، وإنما هي في الأقارب الذين لم يوص لهم المورث واليتامى والمساكين، والخطاب فيها موجه للورثة ليتصدقوا من أنصبتهم¹.

¹ بدر الدين بن أبي محمد محمود بن أحمد العيسى، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج14، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2018، ص 54.

² ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن ، ج1، ط1، بيروت: دار الكتب العمية، 2003، ص 104.

³ القرطبي، مرجع سابق، ج6، ص 84.

⁴ النحاس، مرجع سابق، ج1، ص 484.

أما استدلالهم بحديث عبد الله بن عمر: " وما حق امرئ مسلم، له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".²

فقد أجاب عنه الجمهور بأن كون الوصية مكتوبة، ليس فيه ما يدل على الوجوب، فقوله: " ما حق " للحزم والإحتياط، لأنه قد بفضؤه الموت وهو على غير وصية، وقيل الحق لغة الثابت، ويطلق على المباح قليلا، قال القرطبي: " وأيضا تفويض الأمر إلى إرادة الموصي يدل على عدم الوجوب"، وأما رواية (لا يحل لامرئ مسلم..) فإنه يحمل أن راويها ذكرها بالمعنى، وأراد بنفي الحل ثبوت الجواز بالمعنى الأعم، الذي يدخل تحت الواجب والمندوب والمباح.³

قال الكاساني: " وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب ; لأن فيه تحريم ترك الإيصاء عند إرادة الإيصاء، والواجب لا يقف وجوبه على إرادة من عليه كسائر الواجبات.⁴

قال الخطابي: " وفيه دليل على أن الوصية غير واجبة، وهو قول عامة الفقهاء، وقد ذهب بعض التابعين إلى إيجابها وهو قول داود"⁵.

وقالوا أن الوصية واجبة في حق من كان عنده أمانة أو وديعة، وغير موثقة، فوجب عليه توثيقها بالوصية، حفظا للحقوق وصيانة لها، وتحمل على الندب والحث على كتابة الوصية في غير ذلك من الأمور"⁶.

¹ نبيل سليمان، مسائل الخلاف في الموارث والتركات دراسة فقهية قانونية مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية - تخصص الشريعة والقانون - كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2016/2017، ص 93.

² سبق تخريجه، ص 24.

³ الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق،، ص 37.

⁴ الكاساني، مرجع سابق، ص 331.

⁵ الخطابي أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، معالم السنن، ج4، ط1، حلب: المطبعة العلمية، 1932. ص 82.

⁶ رأفت نعمود حمبوظ، مرجع سابق، ص 5.

واستدلال أهل الظاهر ومن معهم بحديث أبي هريرة، وعائشة رضي الله عنهم، في الصدقة عن الميت، ليس فيه ما يدل على الوجوب، وأن سؤال الرجل للنبي ﷺ عن الصدقة لأبيه، الذي لم يوص، إنما هو من باب استحباب الصدقة للميت، ووصول ثوابها إليه والبر به.

قال النووي: "لا يجب على الوارث التصدق عن ميتة صدقة التطوع، بل هي مستحبة".¹

أما الآثار التي وردت عن الصحابة في الأمر بالوصية، فتحمل على الندب أو النسخ، ساق ابن أبي شيبة بسنده: "أنهم كانوا يكرهون أن يموت الرجل قبل أن يوصي، قبل أن تنزل المواريث".²

ومن جهة النظر فإنّ التبرع بعد الوفاة مثل التبرع في الحياة، وكلاهما مندوب إليه، فالوصايا كالعطايا والهبات، ولو كانت الوصية واجبة لأجبر عليها، وأخذت من ماله إن امتنع كالزكاة والديون.³

كما أن المشرعين للوصية الواجبة قد خالفوا ابن حزم في أمور كثيرة منها:

أولاً: ابن حزم لم يقدر الحد الأدنى للوصية الواجبة، وترك أمر تقديرها إلى الميت والورثة والموصي، وذلك نزولاً عند إطلاق الآية الكريمة التي يستدل بها لمنهجه، ولا دليل مطلقاً على هذا التحديد كما سيأتي بيانه.

ثانياً: ابن حزم لم يخص الوصية الواجبة بأولاد الأولاد، ولكنه أطلقها في الآباء والأقرباء من غير الورثة جميعاً، ولا دليل لهذا التخصيص، غير الادعاء لمعالجة قضية حرمان الحفدة من ميراث جدهم أو جدتهم.⁴

¹ يحيى بن شرف الدين النووي الدمشقي الشافعي، شرح صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج11، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 71.

² ابن أبي شيبة أبي بكر بن عبد الله بن محمد الكوفي العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق، محمد عبد السلام شاهين، ج6، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 230.

³ السرخسي، مرجع سابق، ج27، ص 142.

⁴ أحمد حجي الكردي، "الوصية الواجبة"، مجلة هدى الإسلام، الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأعداد الثالث والرابع والخامس،، المجلد 19، لعام 1975 نقلاً عن ابراهيم راشد الشريفات، علم الميراث التطبيقي، د ر ط، عمان: دار يافا للنشر و التوزيع، 2007، ص 156.

أما الاستدلال ببعض الآثار عن التابعين في وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، فإنها في غير محل الاستدلال، ذلك لأنها لم توجب هذا التنزيل الذي ورد في القانون، وإنما وردت في وجوب الوصية لهم بالمعروف على ما يراه الموصي وما يقتضيه الحال، وهذا يختلف باختلاف اليسار والعوز، وقلة الورثة وكثرتهم.¹

وبهذا يتبين أنه لا صلة إطلاقاً بين ما نسبته المذكرة التفسيرية للقانون إلى ابن حزم ومذهبه، وما هي إلا مجرد إجتهد للجنة التي وضعت القانون.²

المطلب الثاني: المعارضون لوجوب التنزيل - الوصية الواجبة -

روي أصل هذا القول يعني - عدم وجوب الوصية - عن ابن عباس، وابن عمر، ومجاهد وعكرمة، والزهري، والشعبي، والنخعي، والثوري، ومحمد بن سيرين، والأوزاعي، وسالم بن عبد الله بن عمر، وسليمان بن يسار، وعمرو بن دينار، وأبو حنيفة، ومالك، والإمام أحمد، والشافعي،³ قال ابن عبد البر: "وأجمع الجمهور على أن الوصية ليست واجبة على أحد، إلا أن يكون عليه دين، أو كون عنده ودیعة أو أمانة، فيوصي بذلك"⁴، وقال أيضاً: وأجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وأمانة بغير إلهاد، إلا طائفة شذت فأوجبتها للأقربين الذين لا يرثون ولا يعدون خلافاً على الجمهور.⁵

قال أبو بكر: "والوصية غير واجبة إلا على رجل عليه دين، أو قبله أمانة، فإن على من كان عنده مال لقوم أن يكتب وصيته، ويخبر بما عليه، ولأن الله قد أوجب أداء الأمانات إلى أهلها."⁶

¹ نبيل سليمان، مرجع سابق، ص 93.

² مهند فؤاد سنتي، مرجع سابق، ص 214.

³ الكاساني، مرجع سابق، ص 331.

⁴ ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله النميري القرطبي، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، علق عليه سالم محمد عطا و محمد علي معوض، ج7، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2002، ص 260.

⁵ ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله النميري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق سعيد أحمد أعراب، المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج14، 1984، ص 292.

⁶ ابن المنذر محمد بن إبراهيم التيسابوري، الإقناع، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997، ص 343.

فالمعتمد عند جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة، أنّ الوصية مستحبة، رغب الشارع في فعلها وعدّها من سبل البر، وليست فرضاً على كل من ترك مالا، وليست واجبة للأقربين غير الوارثين، وإنّما هي مندوبة، خاصة إذا وجدت صلة قرابة.

وخصّوا وجوبها بمن تعلق بذمته حقوق، وعلى أنّ وجوبها فيما ذكر ليس لذاتها، وإنّما لكونها طريق للخروج من عهدة ما تعلق بذمته من هذه الحقوق الواجبة عليه أدائها، فتكون واجبة لهذا السبب.

قال الحافظ ابن حجر: " وحاصله يرجع إلى قول الجمهور، أنّ الوصية غير واجبة بعينها، وإنّما الواجب لعينه الخروج من الحقوق الواجبة للغير، سواء كانت تنجيز أو وصية، ومحل وجوب الوصية إنّما هو إذا كان عاجزاً عن تنجيزه، ولم يعلم بذلك غيره، ممن يثبت الحق بشهادته، فأما إذا كان قادراً أو علم بها غيره فلا وجوب."¹

وقال أبو ثور: " ليست الوصية واجبة إلا على رجل عليه دين أو عنده مال لقوم، فأما من لا دين عليه ولا وديعة، فليست بواجبة عليه إلا أن يشاء."²

وتفصيل ما جاء في المذاهب الأربعة المعتمدة ملخصه كالتالي:

الحنفية: قالوا الوصية غير واجبة، بل هي مستحبة، فإذا كان الورثة أغنياء، والمال كثير فيستحب الإيصال، أما إذا كان الورثة فقراء، وكانوا لا يستغنون بأنصبتهم، والمال قليل، فلا يستحب الإيصال.³

¹ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص 304.

² القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 94.

³ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية، الإختيار لتعليل المختار، ج5، د ر ط، بيروت: دار الخير، 1998، ج5، ص552 . ينظر أيضاً: محمد بن ولي بن رسول الإزميري الحنفي، كمال الذرابة وجمع الرواية والذرية، ج11، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص54.

. شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار . تكملة شرح فتح القدير لابن همام الحنفي . ج10، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 442.

قال ابن مودود الموصلي: " وهي مندوبة - أي الوصية - دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.¹

وتعترى عندهم الوصية الأحكام الأخرى، فتكون واجبة إذا كان على الموصي حق لله تعالى كالحج والزكاة، وتكون محرمة إذا أوصى بقصد الاضرار بالورثة، وتكون مكروهة إذا أوصى لأهل الفسق لصرافها فيما لا يجوز.

المالكية: المتقرر عند المالكية أنّ الوصية ليست واجبة لذاتها، فحكمها يختلف باختلاف نوع الوصية، فيكون حكمها الوجوب إذا كان على الموصي دين ونحوه، أو وديعة إذا لم يتقدم الإشهاد فيها، وكذلك في الغصب والتعدي، وحقوق الله تعالى، كالزكوات والكفارات، التي فرط فيها، ويكون حكمها النذب إذا كانت لقربة غير واجبة، ويكون حكمها الحرمة إذا كانت بنحو النياحة، وحكمها الكراهة إذا كانت بمكروه أو في مال قليل.²

يقول الحطّاب: " وحكم الوصية قال ابن رشد في كتاب الوصايا حكمها النذب على الجملة".³

الشافعية: قالوا أنّ الوصية مستحبة، واستحبابها يكون في الثلث فأقل، لغير وارث، وإن قلّ المال وكثر العيال، والأفضل تقديم القريب غير الوارث، وتكون الوصية واجبة على من عليه حق لله تعالى كالزكاة والحج، أو حق الأدميين كوديعة ومغصوب، إذا لم يعلم بذلك من يثبت بقوله، بخلاف ما إذا كان به يثبت بقوله، فلا تجب الوصية به، قال الأذرعي: " إذا لم يخش منهم كتمانها كالورثة والموصى لهم".⁴

¹ ابن مودود الموصلي، مرجع سابق، ج5، ص 552.

² محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، ج9، د ر ط، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2018، ص 272.

. ينظر أيضا: أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الزكاري الفاسي، حاشية ابن خياط على شرح الخرشي لفرائض مختصر العلامة خليل، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003، ص31.

³ الحطّاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيبي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، ط3، بيروت: دار الفكر، 1992، ص 364.

. ينظر: ابن رشد، مرجع سابق، ج2، ص 502.

⁴ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، بيروت: دار المعرفة، 1997، ص 52.

قال كمال الدين بن أبي الشريف الشافعي: " .. وكانت أول الإسلام - أي الوصية - واجبة بآية البقرة، ثم نسخ وجوبها بآيات المواريث، ومن ثمّ قدّموا بابها عليها، وإن كانت الوصية مقدمة على الإرث، وبقي استحبابها في الثلث فأقل لغير الوارث".¹

الحنابلة: قالوا أنّ الوصية لا تجب إلاّ على من عليه دين، أو عنده وديعة، أو عليه واجب يوصي بالخروج منه، لأن الله تعالى فرض أداء الأمانات، فتكون مفروضة عليه.

قال ابن قدامة: " فأما الوصية بجزء من ماله، فليست واجبة على أحد في قول الجمهور، ولنا أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك، فكيف لو كانت واجبة لم يخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا "، وقال أيضا: " ولا تجب الوصية إلا لمن عليه دين، أو عنده وديعة، أو عليه واجب يوصي بالخروج منه".²

خلاصة ما عليه أصحاب المذاهب الفقهية التي عليها العمل:

أنّ الأصل في الوصية النّدب والاستحباب، وتعترتها بقية الأحكام تبعا للمقاصد والنوايا، على اعتبار أنّ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وأن الوسائل لها أحكام المقاصد.

وأن الوجوب عندهم لا يكون إلا على من عليه حق لله تعالى، أو حق للعباد، وأن وجوبها ديانة لا قضاء، ومن قال بالندب استحباب غنى الموصي، وكثرة المال، وعدم افتقار الورثة واستغنائهم بأنصبتهم، كما قال الحنفية، وبمثل ذلك نصّ المالكية، ويتأكد الاستحباب عندهم في ذي قرابة، وفصل الشافعية تقديم القريب غير الوارث (المحجوب) على القريب من ذوي الرحم.

هيئة كبار العلماء السعودية: أفتى رئيسها السابق الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز ببطلان الوصية الواجبة، إذ يقول: (وقد بحثنا الموضوع بحضرة جماعة من الأساتذة، منهم فضيلة الشيخ محمد الأمين الشنقيطي، وفضيلة الدكتور تقي الدين الهلالي، وفضيلة الشيخ

. ينظر أيضا : حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لشرح المنهاج، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، ج8، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2015، ص 431.

¹ كمال الدين بن محمد بن أبي الشريف المقدسي الشافعي، الإيساعاد بشرح الإرشاد لابن المقرئ، ج4، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2019، ص520.

² ابن قدامة المقدسي، المغني على مختصر الخرقي، مرجع سابق، ج7، ص 496.

عبد القادر شيبه الحمد، وقرأنا النسخة المرفقة بخطابكم، فأجمع الجميع؛ على أنّ هذا القانون منكر، مخالف لشرع الله، لا يجوز إقراره بوجه من الوجوه، لأنّ سبحانه لم يشرع في الوصية بالثلث أن توزع على ما ذكر في القانون،..وكل من له أدنى بصيرة بشرع الله إذا تأمل المقام، ونظر في الأدلة، علم يقينا أنّ هذا القانون من أبطل الباطل).¹

وبهذا أيضا أفتى الشيخ سيد عبد الله علي حسين²، في مقارنة له بعنوان: (نظرية التمثيل الإسلامي) فقال: " هذه النظرية غير معمول بها في التشريع الإسلامي، لأن الشفقة على الولد أكثر من الشفقة على ولد الابن، ولهذا كان توريث الولد لا يحتاج لتوكيد، فالقانون فرض جزئية فيها من غير نص، لأن الشفقة على ولد الابن بعدت عن المورث، فلكي يرث يجب أن ينص على ذلك بإرادة صريحة من المورث - وهي الوصية - فإذا أراد المورث توريث ولد ابنه فعليه إظهار رغبته صراحة في وصية لهم، ولو كانوا وارثين بالفعل فلا تصح لهم الوصية، لأنه لا وصية لوارث.

وأما أنه يقال: لا يكون موت مورثهم سببا في حرمانهم من الميراث، فلا يصح أن يكون علة للتمثيل، لأن التوريث مبني على قواعد منها: أن الأقرب للمتوفى يحجب الأبعد، فيرث الأقرب فقط متى كان من العصابة، وإلا فكان من الواجب إطاراد هذه العلة في كل فرع وارث، أو أصل أو حواشي، وهو غير معقول، لأن معناه خرم قواعد عامة مقررة بشيء لم يردده المورث، ولو أراد لنصّ عليه في وصيته، وعلى هذا فالابن يحجب ابن الابن، والأخ يحجب ابن الأخ، قاعدة عامة بلا استثناء، وقد عمل الآن في ديارنا المصرية بوجوب الوصية لولد الابن وولد البنت الموجود من يحجبهم من أولاد المتوفى.⁴

¹ فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، ج16، ط5، الرياض: دار المؤيد 2003، ص ص: 529،530. الفتوى رقم: (11483)، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز (الرئيس)، عبد الرزاق عفيفي (نائب الرئيس)، عبد الله بن غديان (عضو).

² من علماء الأزهر الشريف، ومتحصل على الليسانس في الحقوق الفرنسية.

³ التمثيل مرادف للتنزيل حسب اصطلاح الشيخ رحمه الله.

⁴ سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي - مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه - ، دراسة وتحقق مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية: محمد

الفرع الأول: أدلة المعارضين للتنزيل (الوصية الواجبة):

استدل الجمهور على عدم وجوب الوصية بـ:

1/ أنّ آية الوصية منسوخة كلية بآيات الفرائض، قال الشوكاني: " وكان الناس يتوارثون بالوصية، ثم نسخت الوصية وفرضت الفرائض، وعمل المسلمون بها"¹، والنسخ في جملة معناها وأحكامها، ومن أحكامها الوصية للأقارب.

2/ أنّ النبي ﷺ قال: " إن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب"²، وهذا الحديث يدل على أنّ الابن أقرب من ابن الابن فلا يورث، لأنّ الحديث ينص على أنّ الوصية تكون للأقرب فالأقرب، ولكن يأخذون تفضلا وإحسانا من الورثة³.

3/ أنّ النبي ﷺ لم يوص، ولو كانت واجبة ما تركها، قال النخعي: " مات رسول الله ﷺ ولم يوص، وقد أوصى أبو بكر، فإن أوصى فحسن، وإن لم يوص فلا شي عليه"⁴.
وعن ابن عباس قال: " مات رسول الله ﷺ ولم يوص"⁵.

4/ أنّ أصحاب النبي ﷺ لم ينقل عنهم وصايا، ولم ينقل نكير لذلك، ولو كانت واجبة لما بخلوا بها، و لنقل عنهم العمل بها، قال ابن قدامة: " ولنا أن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم بخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا"⁶.

أحمد السراج وعلي جمعة محمد و أحمد جابر بدران، ج4، ط1، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2001، ص 1399.

¹ الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج2، د ر ط، بيروت: دار الفكر، 2000، ص90.

² الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، د ر ط، القاهرة: مكتبة القدسي، 1994، ص303.

³ رأفت محمود حمبوظ، مرجع سابق، ص 3.

⁴ عبد الرزاق الصنعاني أبي بكر بن همام بن نافع، المصنف، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهرى، ج9، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2010، ص6.

⁵ ابن أبي شيبة، مرجع سابق، ص 230.

⁶ ابن قدامة المقدسي، المغني في الفقه، مرجع سابق، ص 496.

5/ أن الوصية عطية، والعطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الممات كعطية الأجنبي.

6/ حديث ابن عمر: " لا يحق لامرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه.. " دليل على أن الوصية غير لازمة، إذ لو كانت واجبة لم يجعل ذلك إلى إرادة الموصي.¹

كما استدل الجمهور بآية الوصية ذاتها التي استدل بها الموجبون « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت.. » فقالوا: أن النسخ للآية يسمى النسخ بطريقة التحويل من محل إلى آخر، فلم يبق في الوصية وجوب في حق كافة الوارثين، لتحوله إلى الميراث، وبقي الورثة المحجوبون والممنوعون في حكم الوصية لهم النذب.²

كما أن قوله تعالى " بالمعروف حقا للمتقين " فالمعروف التطوع بالإحسان، وقالوا: والواجب يستوي فيه المتقون وغيرهم من أهل الدين.³

7/ الوجوب الذي ذهب إليه ابن حزم في غير حال الدّين باطل، ليس له دليل قوي يعتمد عليه، هذا بالإضافة إلى أنه مخالف لإجماع الفقهاء السابقين على ابن حزم، حيث لم يرد عن أحد غيره القول بالوجوب القضائي في هذه الحال، والإجماع حجة قاطعة لا يجوز مخالفتها.⁴

8/ الإستحسان: إنّ الحالة التي تذرع بها الذين أصدروا القوانين لأجل الميراث بالوصية الواجبة لم تظهر فجأة في هذا العصر، حتى تستدعي المعالجة بما عالجهها به أهل القانون، فهي حالة كانت معروفة في عهد الرسالة، وكانت أمام أعين الفقهاء بعد عهد الرسالة، ولقرون خلت، وقد عالجتها الشريعة كما يلي:

أ- أنّ الحفدة إن كانوا صغاراً فقراء، فإن نفقتهم على جدهم مادام حياً وذا مال.

ب - إن مات الجد وله أولاد " أعمام الحفدة " فهم مكلفون بالإنفاق عليهم، إن لم يترك لهم أبوهم شيئاً يذكر من المال، ما داموا قادرين على الإنفاق.

¹ ابن المنذر، مرجع سابق، ص 344.

² م م رائد فتبخان الزبيدي، مرجع سابق، ص 225.

³ ابن عبد البر، الإستنكار، مرجع سابق، ص 361.

⁴ أحمد حجي الكردي، الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 156.

ج - في حالة عدم وجود من يجب عليهم الإنفاق، من جد، أو أعمام، فإن بيت المال " الخزينة العامة في زمننا المعاصر " هو المسؤول عليهم ماداموا صغاراً بدون مورد.

د - إذا كان الأحفاد كباراً ذوي عافية، فيتوجب عليهم العمل لكسب عيشهم.

مما سبق بيانه من أدلة، يتضح قوة أدلة القائلين ببطلان الوصية الواجبة، لذا يرجح استحساناً هذا القول، وهذا استحسان يستند إلى أدلة فقهية (نصوص) وعقلية كما سبق بيانه، لذا فهو استحسان بالنص واستحسان بالقياس الخفي، والله تعالى أعلم.¹

مؤاخذات على الوصية الواجبة:

باعتبار أنّ نظام التنزيل أو الوصية الواجبة، لم يُعرف في المذاهب الإسلامية، فقد تعرّض تقنين ذلك لجملة من الانتقادات:²

الانتقاد الأول: وهذه الوصية - وإن كانوا هم يسمونها "وصية" - إلاّ أنّها في حقيقة الأمر "ميراث" ولذلك قال الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن ذكر أحكام الوصية في القانون قال: "هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة، وهذه الأحكام في غايتها ومرامها، وفي الغرض منها والسبب الباعث عليها، تنحو نحو الميراث، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد من يموت في حياة أبويه ميراثاً مفروضاً، هو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله، على ألا يتجاوز الثلث، وإذا كان هذا غاية القانون، فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثاً، ولذا تجب من غير إيجاب، وإذا وجبت صارت لازمة، لا تقبل عدم التنفيذ، وبذلك تشابهت مع الميراث".³

¹ راسم محمد عبد الكريم، الإستحسان في الشريعة الإسلامية موقعه بين أصول التشريع و تطبيقاته الفقهية المعاصرة ، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2012، ص ص: 456 - 458.

² رأي الأستاذ محمد صالح المنجد (المشرف على موقع الإسلام سؤال وجواب) نشره: وليد المهدي، مرجع سابق ص 3395 وما بعدها. ينظر أيضاً:

. عبد العظيم جوده فياض، مرجع سابق، ص 290.

. عبد الرحمن العدوي، الوصية الواجبة نظامها وما يؤخذ عليها، د ر ط ، القاهرة: المكتبة الأزهرية للتراث، 1996، ص ص: 39 ، 40.

³ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مرجع سابق، ص 220.

وإذا كانت ميراثا فهي باطلة بطلانا قطعيا ، لأن الله تعالى قد قسم المواريث بنفسه وبينها في كتابه تفصيلا ، ثم قال : (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِغِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ * وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ) النساء/13-14 .

فهذه الوصية الواجبة ما هي إلا استدراك وتعديل على حكم الله تعالى، وكفى بهذا إثما وضلالا مبينا، فإنه لا أحد أحسن حكماً من الله عز وجل (أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ) المائدة/50.

الانتقاد الثاني: أن الآية التي استدلو بها على مشروعية هذه الوصية؛ قد خالفوها من ثلاثة أوجه .

- الوجه الأول : قوله تعالى : (إن ترك خيرا) فهذا تقييد للأمر بالوصية، فلا يؤمر بالوصية إلا من ترك خيرا، وهو المال الكثير.

قاله علي وابن عباس رضي الله عنهم ، وقد اختلف العلماء في مقداره ، واختار ابن قدامة رحمه الله أن المراد بذلك المال الكثير، الذي يفضل منه شيء بعد إغناء الورثة، لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بأكثر من الثلث بقوله : (أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ).¹

فهذا القيد (إن ترك خيرا) شرط للوجوب كما هو ظاهر، والقانون أهمل هذا الشرط، وأعطاهم جزءاً من التركة سواء ترك الميت مالا كثيراً أم قليلاً.²

- الوجه الثاني : قوله تعالى : (والأقربين) عام في جميع الأقربين، فيشمل الأحفاد والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال وأولادهم، وغيرهم من الأقارب، فتخصيصه بالأحفاد مخالفة أخرى للآية .

- الوجه الثالث : الآية لم تحدد الوصية بقدر معين، لا نصيب الأب ولا غيره، فإذا أوصى الرجل مثلاً لحفيده بالسدس فقد امتثل الأمر الوارد في الآية، غير أن القانون لا يكتفي بهذا،

¹ مسلم بن الحجاج، الصحيح، ج2، ، مرجع سابق، (ح ر 1628) ص 157.

² سيأتي تفصيل ذلك في شروط استحقاق الوصية الواجبة عند الفقهاء، ص 84.

بل يكمل له نصيب أبيه، الذي لو فرض أنه كان حياً لأخذه، بشرط ألا يزيد على الثلث، وهذه مخالفة الثالثة للآية .

الانتقاد الثالث: سبب تشريع القانون كما في المذكرة التفسيرية؛ تكرر الشكوى عن حالة موت الأب في حياة أبيه، ويترك أولاده صغاراً فقراء محتاجين، ثم يموت الجد ويأخذ أعمامهم الميراث كله، ويبقى هؤلاء الأحفاد فقراء، في حين أن أباهم لو كان حياً، لكان له نصيب من الميراث . فإن كان هذا هو سبب تشريع القانون، فلماذا أعطى القانون الأحفاد جزءاً من التركة ولم يشترط فقرهم؟! بل أعطاهم ولو كانوا أغنياء، وكان الواجب الاقتصار على حالة الحاجة .

قال الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : " والحق أننا إن أخذنا بالوجوب (يعني وجوب الوصية) يجب أن نعتبر الاحتياج، لأن الوصايا من باب الصدقات، فيجب أن تكون للفقراء، ولأن الوصية الواجبة تقدم على غيرها فيجب أن تكون القرية فيها أوضح".¹

كما قصر القانون الأقارب الذين يستحقون هذه الوصية على الأحفاد فقط، وأعطاهم نصيب أبيهم، وقد يفهم من القانون أن هذا مذهب ابن حزم رحمه الله، وليس هذا مذهبه ، فابن حزم رحمه الله لا يخص الوصية بالأحفاد، بل تكون لجميع الأقارب غير الوارثين، ويوجب على الموصي أن يوصي لثلاثة من أقاربه على الأقل، لأن هذا هو أقل الجمع، ثم إن ابن حزم رحمه الله لم يحدد الجزء من المال الموصى به بمقدار معين ، بل بما يشاء الميت، فإن لم يوص فالورثة أو الوصي هم الذين يحددون مقدار ما يخرجونه من المال للأقارب .

الانتقاد الرابع: هذه الوصية بهذا التفصيل الوارد في القانون ، لم يقل بها أحد من علماء الإسلام قاطبة، على مدار أربعة عشر قرناً من الزمان، وكفى بهذا دليلاً على بطلان هذا القانون ، لأن النبي ﷺ يقول : (إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ)². فلو كانت هذه الوصية بهذا التفصيل حقاً، لما تركت الأمة بأسرها العمل بها، حتى يأتي هؤلاء المتأخرون، وينصفون من ظلمه الأئمة والعلماء والمسلمون، على مدار أربعة عشر قرناً !!

¹ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مرجع سابق ، ص 224.

² الترمذي، مرجع سابق ، (باب ما جاء في لزوم الجماعة) ج4 ، ح ر: 2167، ص 604.

الانتقاد الخامس: هناك حالات كثيرة إذا تأملها الإنسان المنصف تبين له بطلان هذا القانون ، ومنها :

أ- قد يكون الأحماد أغنياء وأعمامهم (أولاد الميت) فقراء، والقانون في هذه الحالة أيضاً يعطي الأحماد جزءاً من التركة تحت مسمى "الوصية الواجبة!"، مع أن أعمامهم أولى بهذا المال، لأنهم أقرب إلى الميت منهم، ولحاجتهم إليه .

ب - لماذا يراعي القانون الأحماد ولا يراعي الأجداد والجدات غير الوارثين، مع أنهم في الغالب أشد حاجة ويكونون مرضى، وعاجزين عن العمل، ويحتاجون إلى علاج ونفقات، فلماذا يعطي القانون بنت بنت ولا يعطي أم الأب مثلاً، مع أنها من ذوي القرية؟!!

ج - أن بنت بنت قد تأخذ أكثر مما ترثه بنت الابن، فلو مات شخص عن بنت، وبنت بنت متوفاة، وبنت ابن ، وترك 30 فدانا مثلاً ، فإن مقدار الوصية الواجبة لبنت بنت هنا هو ثلث التركة، وهو 10 أفدنة، نصيب أمها لو كانت حية، وتأخذ البنت وبنت الابن الباقي فرضاً ورداً بنسبة 3/1، فيكون نصيب بنت الابن خمسة أفدنة ، أي نصف ما أخذته بنت بنت !! مع أن بنت الابن أحق منها، ولذلك انعقد إجماع العلماء على أن بنت الابن ترث، وأن بنت بنت لا ترث، فكيف يُعطى غير الوارث أكثر من الوارث، مع أنهما في درجة قرابة واحدة؟!!

د - أن بنت الابن قد تأخذ أكثر من البنت، وذلك فيما إذا مات شخص عن: (بنتين، وبنت ابن متوفى، وأخت شقيقة)، وترك 18 فدانا مثلاً، فإن مقدار الوصية لبنت الابن ثلث التركة وهو 6 أفدنة، أما الباقي فيقسم بين البننتين والأخت الشقيقة، فتأخذ البنتان الثلثين 8 أفدنة ، لكل منهما 4 أفدنة ، وتأخذ الأخت الشقيقة الباقي وهي 4 أفدنة !! وهذا الشذوذ والاختلاف دليل على نقص البشر، وتصديق لقوله تعالى: (ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً) النساء/82 .

وأقوى الاعتراضات على قانون الوصية الواجبة :

أولاً : أن هذه الوصية صارت في حقيقة الأمر ميراثاً، ولذلك يأخذ الأحماد هذا النصيب وإن لم يوص الميت لهم بشيء، ويأخذونه سواء ترك مالا كثيراً أو قليلاً، سواء كانوا فقراء أم أغنياء، وهذه كله يدل على أنها ميراث، وهذا اعتراض منهم على حكم الله تعالى وتغيير له .

ثانياً : وأما الحالة التي زعموا أنهم وضعوا هذا القانون علاجاً لها، وهي "فقر الأحفاد" فيمكن حلها بطرق لا تتعارض مع الشرع .

الطريقة الأولى : أن يُعَلَّم الأغنياء أنه يجب عليهم أو على أقل تقدير يستحب أن يوصوا لأقاربهم الفقراء بجزء من أموالهم .

الطريقة الثانية : إذا لم يوص فإن الورثة إذا كانوا أغنياء ينبغي لهم أن يعطوا الأحفاد أو غيرهم من الأقارب الفقراء جزءاً من هذا المال ، ويكون صدقة منهم وصلة للرحم .
فبهاتين الطريقتين يمكن علاج تلك المشكلة من غير الوقوع في مخالفة الشرع .

ثالثاً: أما أخذ المال بهذه الوصية، فهو حرام، لقول الله تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) النساء/30 .

وأكل المال بالباطل هو أخذه من غير سبب شرعي يبيح ذلك .

ولقول النبي ﷺ : (إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ بَيْنَكُمْ حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا) رواه البخاري (67) ومسلم (1679) .أهـ

يقول الأستاذ محمد سمارة؛ وهو من أبرز المعارضين للوصية الواجبة، بل ذهب للقول ببطلانها لعدة أوجه من بينها:

أ/ للوصية أركان ثلاثة: الموصي، والموصى له، والموصى به، وعليه فإن الموصي يوصي في حياته، وتنفذ بعد موته، وباعتبار أن الموصي ركن الوصية، فإذا مات الموصي انتفت الوصية كلية، فلا وصية بدون موصي لسببين:

- أولهما: أن من له حق الإيضاء قد مات.

- ثانيهما: أن مال المتوفى يتحول منذ لحظة موته الأولى ملكاً للورثة، حسب الترتيب الشرعي، فلم يعد له فيها أي حق تصرف، والوصية بعد وفاته أصبحت تصرف بمال الورثة، وليس بمال الميت.

ب/ الوصية الواجبة مقدمة في القانون على الوصية التي أوصاها الميت خلال حياته، أي أن إرادة الموصي لا اعتبار لها!!

ج/ أن الله عز وجل عندما شرع المواريث، كان يعلم يقينا أنه ستحدث حوادث يموت فيها أحد الأبناء في حياة أبيه ويترك أبناءه، والله سبحانه أرحم الراحمين، وأحكم الحاكمين، وهو الملك العدل.

د/ أن الإنصاف لا يكون بتوريث من لا ميراث له باسم الوصية، وإنما يكون بتطبيق النظام الإقتصادي الإسلامي، وبإيجاد بيت المال، ثم قال: ولا يقال إن هذا اجتهاد، لأنه لا اجتهاد في مقابل نص، ولذا فلا محل له.¹

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المعارضين للتنزيل (الوصية الواجبة):

أجاب المؤيدون على الجمهور بما يلي:

- قولهم أن النبي ﷺ لم يوص، يجاب عنه بأن الأنبياء لهم أحكام خاصة في التركات.

- قولهم أن الصحابة لم يوصوا، و يجاب على ذلك بأنه قد ثبت النقل عن بعضهم القول بوجود الوصية، من ذلك ما ثبت نقله عن مالك عن نافع: أن ابن عمر لم يبيت ليلة منذ سمع خبر إيجاب الوصية،² كما أن الوصية لا تكون واجبة دائماً، لأن من تجب عليه ومن تجب له لهم شروطاً وأحكاماً سيأتي ذكرها، فهي غير مطلقة الوجوب، حتى يقال لم يرد عن بقية الصحابة إنكار على عدم فعلهم.³

أما ادعاء الإجماع الذي نقله ابن عبد البر فلا يعول عليه، لأن ابن عبد البر ورغم سعة اطلاعه، إلا أنه يجازف كثيراً في نقل الإجماع، ذكر ذلك عدة شيوخ من المالكية، كالحطّاب، وعليش، وابن القطان الفاسي، و زروق، وغيرهم.⁴

¹ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، 423/1، نقلا عن ابراهيم راشد الشريقات، مرجع سابق، ص 154.

² سبق تخريجه ص 24.

³ م م رائد فتبخان الزبيدي، مرجع سابق، ص ص: 225 . 227.

⁴ يراجع في ذلك شرح الرسالة للزروق 130/1. ومواهب الجليل 41/1 .

- قالوا إنها عطية لا تجب في الحياة فلا تجب بعد الموت، كعطية الأجنب، ويجاب على ذلك أنها ليست عطية، فالنفقة واجبة بين الأقارب، ويمتد ذلك إلى ما بعد الموت، فلا يقاس الأقارب بالأجنب.

الرأي المختار:

لاحظنا مما سبق الاختلاف القائم بين الفقهاء حول مدى مشروعية هذا النظام . التنزيل . بين من يجيزه وبين من يمنعه، ولكل فريق أدلته وشواهد من نصوص القرآن والسنة، إلا أننا نرجح ما ذهب إليه الجمهور (المانعون لهذا النظام)، لما معهم من الأدلة الراجحة.

قال الأستاذ أحمد حجي الكردي: وأخيراً فإني أقرر أنّ الحق الذي لا مندوحة عن الانصياع إليه؛ هو وجوب إلغاء الوصية الواجبة من أصلها في هذه القوانين، لعدم قيام دليل معتبر عليها، ولإجماع الفقهاء من صحابة وتابعين وأئمة مجتهدين على عدم اعتبارها، خلا ابن حزم، وهو ليس من الأعلام، الذين يجوز تقليدهم، على الرغم من مخالفة جميع الفقهاء لها.¹

وقال الأستاذ عبد العظيم فياض: " إن هذا القانون حدث في الإسلام، مخالف لما أجمع عليه المسلمون، من لدن رسول الله ﷺ إلى أن جاء الزمن الذي وُجد فيه من وضعوا هذا القانون، فلفقوه تلفيقاً لا يتفق مع عدالة التشريع الإسلامي في توزيع التركات التي تولاها الله بنفسه، ولم يكملها أحد من خلقه، فهو قانون زيادة على فرائض الله تعالى، وإلزام بما لم يلزم به نص من كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله.²

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: " إن هذا القانون زيادة على فرائض الله سبحانه، وإنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم، ولا مأثور عن السنة النبوية الشريفة، ولم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء، اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم، وأطبنا في البيان، لكي نخرج من الربقة، ولا نتحمل التبعة، والله على ما أقول شهيد...".³

¹ أحمد حجي الكردي، الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 157.

² عبد العظيم جودة فياض، مرجع سابق، ص 291.

³ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 219.

لذا قيل أن التنزيل الإجباري الوارد في القانون لا يصلح تطبيقه، ولا يجوز شرعا، ومخالف لأصول وقواعد الميراث الإسلامي في الحجب، والتوارث بالدرجة والإدلاء وأسبابه، فضلا عما أحدثه من خلل في تقسيم الميراث.¹

ومن حيث المبدأ ليس الإشكال في تنزيل الأحفاد وغيرهم من طرف الهالك، وإنما في وجوب تنزيلهم القضائي باسم الوصية، جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم قال: " قلت، أ رأيت إن أوصى رجل لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وله ثلاثة بنين، قال: سمعت مالكا، وسئل عن الرجل يقول عند موته: لفلان مثل نصيب أحد ورثتي ويترك نساء ورجالا، قال مالك: أرى أن يقسم ماله على عدة من ترك من الورثة، الرجال والنساء سواء، لا فضل بينهم، الذكر والأنثى فيه سواء، ثم يؤخذ حظ واحد منهم، ثم يدفع إلى الذي أوصى له به، ثم يرجع من بقي من الورثة، فيجمعون ما ترك الميت بعد الذي أخذ الموصى له، فيقتسمون ذلك على فرائض الله، للذكر مثل حظ الأنثيين، قال: فأرى أن يكون للموصى له الثلث في مسألتك وهو رأيي. قاله أشهب كله"².

فإذا جاز ذلك في سائر الأقربين فالأحفاد المحجوبون المحرومون بالوصية أولى.

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم وفق الشريعة الإسلامية

اختلفت آراء الفقهاء حول تفسير آية وجوب الوصية، وبالخصوص حول مستحقيها، فهناك من رأى وجوب الوصية للوالدين والأقربين، دون تحديد إن كانوا وارثين أم لا، وهناك من رأى وجوبها للأقارب غير الوارثين فقط، مع استبعاد الوالدين والأقربين الوارثين، ولأن أقوال الفقهاء متضاربة سنذكر الوجهين.

المطلب الأول: المستحقون للتنزيل شرعا

حسب آية الوصية؛ فإن فحوى خطابها يوجب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين المحرمون لمانع، أو الأقارب غير الوارثين لحاجب:

¹ نبيل سليمان، مرجع سابق، ص 95.

² سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، ج4، ط1 بيروت: دار الكتب العلمية، 1995، ص 376.

الفرع الأول: الوالدان والأقربون

تجب الوصية للوالدين¹ والأقربين² الذين لا يرثون، وهو مذهب مسروق وإياس وقتادة وابن جرير الطبري والزهري³، وابن حزم وغيرهم، يرون أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين، الذين لا يرثون لحجبهم عن الميراث، أو لمانع يمنعهم من الإرث؛ كاختلاف الدين، فإن لم يوص الميت للأقارب شيئاً، وجب على الورثة أو على الوصي إخراج شيء غير محدد المقدار من مال الميت، واعطاه لغير الوارثين من الأقارب، ودليلهم آية الوصية.

و عليه المختار وجوب الوصية في حقهم بالشرطين السابقين، لأن الأصل عدم النسخ، وليس بين آية الوصية وآية الميراث تعارض، إذ ما حملت على الجمع، "والجمع أولى من النسخ الإجمالي" على الراجح من أقوال الأصوليين.

ووجه التوفيق؛ أن تحمل آية الوصية على من لا يرث كالأبوين الكافرين والأقربين، ما عدا الورثة منهم، وآية الميراث مع ضمنية حديث " لا وصية لوارث " تحملان على الورثة من الوالدين والأقربين، وبذلك يتم إعمال الدليلين معاً، وهو أولى من إهمالها أو إهمال أحدهما⁴. ونفس التعليل عندهم يقال في حديث " لا وصية لوارث " فيحمل على التخصيص لا على النسخ.

قال ابن حزم: " فإن كان والده أو أحدهما على الكفر أو مملوكا، ففرض عليه أن يوصي لهما أو لأحدهما، فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا لابد"⁵.

قال ابن جرير الطبري في تأويل قول الله تعالى « للوالدين والأقربين » " الذين لا يرثونه، فإن قال قائل: أوفرض على الرجل ذي المال أن يوصي لوالديه وأقربيه الذين لا يرثونه؟ قيل: نعم، فإن قيل: فإن هو فرط فلم يوص لهم، أكون مضيعا فرضا يخرج بتضييعه؟ قيل: نعم،

¹ الوالدان الأب والأم، ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص 277.

² سيأتي شرح اصطلاح القرابة قريبا.

³ سيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 319.

⁴ محمد علي فركوس، فتاوى المعاملات المالية، الميراث، الفتوى رقم: (407)، موقعه على الويب، تاريخ الاطلاع:

<https://ferkous.com/home/?q=fatwa-407>، الرابط: 2020/03/12

⁵ ابن حزم الأندلسي، المحلى، مرجع سابق ج9، ص ص: 314، 315.

فإن قال: وما الدلالة على ذلك؟ قال: قول الله تعالى « كتب عليكم إن حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا للوالدين والأقربين ».. إلى أن قال: " فاعلم أنه قد كتبه علينا وفرضه، كما قال: " كتب عليكم الصيام "، ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو عليه قادر مضيع بتركه فرضا لله تعالى، فكذاك هو بترك الوصية لوالديه وأقربيه، وله ما يوصي لهم فيه مضيع فرض الله عزوجل..وبما قلنا في ذلك قال جماعة من المتقدمين والمتأخرين.¹

كذلك سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاووس وداود الظاهري وابن جرير الطبري والشافعي في القديم، ورواية عن الحنابلة، فمذهبهم وجوب الوصية للقربة غير الوارثين لوجود مانع أو من يحجبهم من الميراث²، لكن تجب عندهم ديانة لا قضاء، أي يأثم المتوفى صاحب التركة، ولا يجب على الورثة إخراج شيء من ماله بعد موته.

الفرع الثاني: الأقارب غير الوارثين

يرى عدد من الفقهاء كالشعبي، وطلحة بن مطرف، هو مروى عن ابن عمر وطلحة، والزبير، وعبد الله بن أبي أوفى، وهو قول أبي سليمان³، يرون أن ضربا من الوصية لا يزال واجبا بعد نزول آية الموارث، وأن النسخ لا يعم جميع أحكام الآية، حيث أن آية الوصية خصت الوالدين والأقربين بوجوب الوصية، وبعد نزول آية الميراث تم تحديد نصيب الوارثين في التركة، ولهذا قال النبي ﷺ " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث "⁴ فكان ذلك مانعا من نفاذ الوصية للوارثين جبرا، ورعاية لحق بقية الورثة، وبقي من لم تتعرض له آيات الموارث، وأحاديث الوصية للقريب غير الوارث و الوالدين.

قال ابن عباس و الحسن في آية الوصية: " نسخ الوالدين وأثبت الأقربين الذين يحرمون فلا يرثون "⁵.

¹ ذكر الطبري في تفسيره أثارا عن الضحاک ومسروق والشعبي وعبد الله بن معمر وأبي مجلز واللاحق بن حميد. تغيد وجوب الوصية للوالدين والأقربين.

² المذكرة الإيضاحية من القانون المصري رقم 71، لسنة 1946 م نقلا من شرح قانون الوصية ص 221.

³ سيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 319.

⁴ سبق تخريجه ص60.

⁵ ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ص 123.

وقد سبق القول أن وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين؛ مروى أيضا عن جمع عظيم من الفقهاء، كسعيد بن المسيب والحسن البصري، وداود الظاهري، وابن جرير الطبري، وإسحاق بن راهويه، وابن حزم، قالوا بإعطاء جزء من مال المتوفى لقريبه غير الوارث، على أنه وصية وجبت في ماله إذا مات، ولم يكن أوصى لهم بشيء.

قال ابن حزم: " فرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم، أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعلوا أعطوا".¹

وقال أيضا " فمن مات ولم يوص؛ ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد، لأن فرض الوصية واجب، ولا حد في ذلك، إلا بما يراه الورثة أو الوصي، مما لا إجحاف فيه".²

قال ابن قدامة³: " الأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون، إذا كانوا فقراء في قول عامة أهل العلم، وذلك لأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين، فخرج منه الوارثون، وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم، قال تعالى « **وَأْتِي الْمَال عَلَى حبه ذوي القربى** » البقرة / 177 فبدأ بهم، ولأن الصدقة عليه في الحياة أفضل، فكذاك بعد الموت، فإن أوصى لغيرهم وتركهم صحّت وصيته، وفي قول أكثر أهل العلم ينزع عنهم ويرد إلى قرابته".⁴

من هم الأقارب؟

القرباة لغة: تطلق القرباة في اللغة على القريب ضد البعيد للواحد والجمع.

وذو القرباة هم أقرباء الرجل، أي ذو عشيرته الأندون منه، قال تعالى: (وأندر عشيرتك الأقربين) الشعراء/214، والقرباة القرب في الرحم، قربت أو بعدت، سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم.⁵

¹ ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ص 353.

² المرجع نفسه، ص 351.

³ وإن كان ابن قدامة لا يرى وجوب الوصية كما هو مذهب الجمهور إلا أنه يرى تخصيص الوصية بالقرباة غير الوارثة عملا بنص الحديث " لا وصية لوارث".

⁴ ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج7، ص 510.

⁵ بطرس البستاني، مرجع سابق، ص 238.

القربة في الشرع: ذوي الرحم، ذو القربة مطلقاً، سواء كانوا من العصابات، أو من أصحاب الفروض، أو لم يكن أحدا منهم،¹ استدلالاً بحديث " من أحب أن يبسط له في رزقه وينسأ له في أثره فليصل رحمه".²

وعليه فالقربة تشمل:

1/ العصبية: في اللغة هم قرابة الذكور الذين يدلون بالذكور، لأنهم عصبوا نصب البيت، أي أحاطوا به، فالأب طرف، والابن طرف، والعم جانب، والأخ جانب.³

في الاصطلاح: هم من يدلي للميت بأنثى، ويأخذ المال عند انفراده، أو يأخذ الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فرضهم.⁴

2/ أصحاب الفروض: الفروض في اللغة التقدير.

وإصطلاحاً: هم أصحاب السهام المقدرة شرعاً، أو هم كل من يرث بنفسه من ذي النسب جزءاً من الميراث، مقدر بالكتاب والسنة والإجماع.⁵

3/ ذو الأرحام: الأرحام في اللغة جمع رحم، وإذا أطلق في اللغة يقصد به إما موضع تكوين الجنين، ووعائه في البطن، أو القرابة والصلة،⁶ فتكون تسمية القرابة من باب المجاز.

وفي الاصطلاح: يطلق على من يجمع بينك وبينه نسب، ويطلق في الفرائض على الأقارب من جهة النساء⁷، فهم من ليسوا بعصابات ولا أصحاب فروض من الأقارب، والقرابات تطلق على كل قريب سواء من أصحاب الفروض، أو لم يكن واحداً منه.¹

¹ موفق الدين أبو البقاء يعيش بن علي الموصلي، شرح المفصل للزمخشري، ج2، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2001، ص 158.

² مسلم بن الحجاج، مرجع سابق، ج4، (باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها)، ح ر: 2557، ص 982.

³ حسين المصطفي، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ج 8، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009، ص 173. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، تحقيق يوسف الشيخ محمد، ط2، القاهرة: المطبعة العصرية، 1418 هـ، ص 214.

⁵ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، مرجع سابق، ص 580.

⁶ ابن منظور، مرجع سابق، ج 5، ص 162.

⁷ المرجع نفسه، ص 162.

ومنه قول الله تعالى: « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله » الأنفال/75

الأقارب في اصطلاح فقهاء المذاهب:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن القرابة للشخص كل ذي رحم، فتشمل الأب والأم .

وذهب صاحبي أبي حنيفة أبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، إلى أن القرابة تشمل إلى أقصى أب في الإسلام.²

القول الثاني: ذهب المالكية إلى أن القرابة هم العصابات غير الوارثين، ويبدأ بفقراهم دون غيرهم من الأغنياء، وعند استوائهم في الحاجة يسوى بينهم في العطاء.³

القول الثالث: ذهب الشافعية إلى أن القرابة هم من ينسبون إلى الموصي، ولا يرثون لرق أو لغيره، سواء من كان منهم غنيا أو فقيرا، ويسوى بين الذكور والإناث، ويدخل فيهم من لا يرث من الآباء والأبناء.⁴

القول الرابع: ذهب الحنابلة إلى أن قرابة الشخص من ولده من جهة أبيه، فلا يدخل فيها من كانوا من جهة أمه، إلا إذا كان عُرف بلد الموصي تقتضي دخولهم.⁵

القول الخامس: ذهب الظاهرية إلى أن الأقربين من يجتمعون مع الميت في الأب، الذي يُعرف به النسب، و من جهة أمه كذلك أيضا هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه، لأن هؤلاء في اللغة أقارب.⁶

بناء على ما سبق: هل تصرف الوصية الواجبة لكل الأقارب الذين لا يرثون!؟

¹ مصطفى الجن، الدكتور مصطفى البغا، علي الشرنجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5، ط4. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992، ص190.

عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج3، ص 296.²

³ محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، در ط، بيروت: دار إحياء الكتب العلمية، 2010، ص 332.

⁴ علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج8، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 204.

⁵ ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافعي على المقنع، ج6، در ط، بيروت: دار الفكر، 2018، ص 1878.

⁶ ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق، ج8، ص 353.

روي عن بعض التابعين عدم التعيين، ولعلمهم تركوا أمر بيان المستحق للوصية للوصي والموصي نفسه، وتحريه ما يكون فيه مصلحة للأسرة، وما يتفق مع ما يقضي به العرف والأخلاق الفاضلة.¹

المطلب الثاني: شروط استفادتهم فقها

يشترط الفقهاء القائلون بوجوب الوصية - التنزيل - أن يكون المُنزَّل من القرابة غير الوارثة، كما اشترط بعضهم الفقر والحاجة، أما الذين يقولون أن الوصية الواجبة على كل من ترك مالا، فلا يشترطون هذا الشرط، طالما أنه قريب غير وارث، وزاد بعضهم كثرة التركة التي خلفها المورث، كشرط لاستفادتهم منها.

الفرع الأول: شرط القرابة

والمقصود بالقرابة²؛ أن تكون هناك صلة بين صاحب التركة، ومن وجب له الوصية، وخرج من حكم وجوب الوصية الأقارب الوارثين، وذلك بنزول آيات الموارث التي بينت نصيب كل وارث، وبقي الحكم بالنسبة للقرابة غير الوارثة، إلا الشيعة فلم يفرقوا بين الوارث وغير الوارث إذ أجازوا الوصية لكليهما.³

قال طاووس: " كانت الوصية قبل الميراث للوالدين والأقربين، فلما نزل الميراث نسخ من يرث وبقي من لا يرث، فمن أوصى لقرابته لم تجز وصيته"، وفي رواية عن الحسن نسخ الوالدين وأثبت الأقربين الذين يحرمون فلا يرثون.⁴

وروي عن مسروق أنه حضر رجلا فأوصى بأشياء لا تنبغي فقال له: " إن الله قسم بينكم فأحسن القسم، وإنه من يرغب برأيه عن رأي الله يضل، أوص لذي قرابتك ممن لا يرثك، ودع المال على قسمة الله".⁵

¹ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص ص: 224، 225.

² سبق شرح القرابة بالتفصيل آنفا.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، مرجع سابق، ص 7477.

⁴ ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ص 123.

⁵ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني، مرجع سابق، ص 113.

وهذا يتفق مع رأي ابن حزم؛ الذي أفتى أنه من من أوصى لثلاثة من أقاربه، فقد أوصى للأقربين.

الفرع الثاني: شرط الفقر والحاجة

اشترط بعض الفقهاء المؤيدين لوجوب الوصية (التنزيل) الفقر والحاجة، فعن قتادة قال " انظر قرابتك الذين يحتاجون ولا يرثون، فأوصي لهم من مالك بالمعروف " ¹.

ولقول النبي ﷺ لرجل أراد أن يوصي : اجعله لفقراء أقاربك،² ولحديث " أن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب " ³.

نقل عن ابن مسعود أنه جعل الوصية الواجبة للأفقر فالأفقر، فالذي يليه من الأقارب غير الوارثين⁴، وعن طاووس أنه قال " إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت إليهم " ⁵.

قال البغوي في قوله " بالمعروف " يريد يوصي بالمعروف ولا يزيد على الثلث، ولا يوصي للغني ويدع الفقير، قال ابن مسعود: الوصية للأهل فالأهل، أي الأحوج فالأحوج.⁶

والحق أننا إن أخذنا بالوجوب يجب أن نعتبر الاحتياج، لأن الأصل في الوصايا أنها من باب الخير والصدقات، وقد شرعها الشارع رحمة بعباده، ليتمكن كل من فاته خير لا يستطيع تداركه من الوصية به، فإذا كانت هناك وصية واجبة، يجب أن تكون متلائمة مع غرض الشارع من الوصايا غير مائلة عنه، والوصايا شرعت لأجل الصدقات، فيجب أن تكون كذلك، ولا يتم ذلك

¹ عبد الرزاق الصنعاني، مرجع سابق، ج9، ص 68.

² البخاري مرجع سابق، ج2، كتاب الوصايا، باب إذا وقف أو أوصى لقرابته، ح ر: 2627، ص190.

³ سبق تخريجه، ص69 .

⁴ تفسير الفخر الرازي، ج5، ص 68.

⁵ سبق تخريجه ص 50.

⁶ البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود، معالم التنزيل أو تفسير البغوي، تحقيق محمد عبد الله النمر و عثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، ج1، د ر ط ، الرياض: د ل ر طيبة، 1989، ص 154.

إلا إذا جعلنا الوصية الواجبة للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم، لأنّ الوصية الواجبة للأقارب تقدم على غيرها، فيجب أن تكون القرية فيها أوضح¹.

وعليه إذا أوصى صاحب التركة لأجانب، وترك أقاربه محتاجين، ردّ ثلثا الثلث للقرابة .

قال جابر بن زيد " يرد ثلثا الثلث عليهم، وثلث الثلث لمن أوصى له به " .²

وقال سعيد بن المسيب " للقرابة الثلثان، ولمن أوصى له الثلث " .³

الفرع الثالث: شرط كثرة التركة

قال أبو بكر: " لم يختلف السلف ممن روي عنه أن قوله (خيرا) أراد به مالا، لكن اختلفوا في المقدار المراد بالمال، الذي أوجب الله الوصية فيه، حين كانت الوصية فرضا، (أو تنزلا لقول الموجبون)، فروي عن علي رضي الله عنه أنه دخل على مولى له في مرضه، وله سبعمائة درهم أو ستمائة درهم فقال: ألا أوصي؟ قال: إنما قال الله تعالى (إن ترك خيرا) وليس لك كثير مال، وروي عنه أيضا أنه قال: أربعة آلاف درهم وما دونها نفقة.

وقال ابن عباس: " لا وصية في ثمان مائة درهم "، وقالت عائشة رضي الله عنها لامرأة أرادت الوصية فمنعها أهلها، وقالوا لها مال يسير فقالت: " كم ولدها؟ قالوا: أربعة، فقالت كم مالها؟ قالوا: ثلاثة آلاف، فكأنها عذرتهم وقالت: ما في هذا المال فضل " .

وقال ابراهيم النخعي: " ألف درهم إلى خمس مائة درهم "، وروي عن قتادة (إن ترك خيرا) قال: " كان يقال خير المال ألف درهم فصاعدا "، وقال الزهري: " هي في كل ما وقع عليه اسم المال قليل وكثير " .⁴

¹ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مرجع سابق ، ص 224.

² ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ج2، ص 122.

³ ابن حزم الأندلسي، مرجع سابق ، ج8، ص354.

⁴ الجصاص أبي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، عبد السلام حمد علي شاهين، ج1، د رط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 1999 ، ص199.

ينظر: ابن جرير الطبري، مرجع سابق ص ص: 126، 127.

نلاحظ أن الصحابة وفقهاء السلف لم يتفقوا على نصاب محدد في مقدار الخير، الذي تركه المتوفى، مما يدل على أنّ ما قالوه ليس بنص له حكم الرفع للنبي ﷺ ، وإنما هو من باب الاجتهاد، ولو عملنا بإطلاق اللغة لقلنا أن من ترك درهما يقال عنه أنه ترك خيراً، وقد سبق وأن أشرنا أنّ الحقائق إن لم يكن لها ما يفسرها شرعاً، أو لغة، فإنها تفسر على حقيقة العرف والعادة، وعليه فإنّ وصف الخير يفسر بناء عليه، وتقدير الفصل فيه عن طريق الاجتهاد، بناء على ذلك فإنّ القدر اليسير لا يلحقه هذا الوصف، يستفاد ذلك من قول النبي ﷺ: " الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر أولادك أغنياء، خير من أن تتركهم عالة يتكفون الناس أعطوهم أو منعوهم"¹، فقوله: (تذر أولادك أغنياء) فيه إشارة لترك المال الكثير، الذي يغني الورثة عن السؤال، وعليه فالمال اليسير لا وصية فيه البتة.

كل هؤلاء الذين سبق النقل عنهم؛ إنما تأولوا المقدار على وجه الاستحباب لا على وجه الإيجاب للمقادير المذكورة.²، إلا ما روي عن بعضهم، فقد روى ابن حزم بإسناده عن عمران بن حدير قال: (قلت لأبي مجلز: الوصية على كل مسلم واجبة؟ قال: على من ترك خيراً)³.

المبحث الثالث: مقدار التنزيل (الوصية الواحبة) شرعاً

المطلب الأول: الوصية في حدود الثلث:

المعتبر عند الجمهور جواز الوصية بالثلث، ولا تجوز الزيادة عليه، والأولى أن ينقص عنه، وقد استقر الإجماع على ذلك⁴.

فعن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه قال: قلت: يا رسول الله أنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: (لا) قلت: أفأصدق بشطره؟ قال: (لا) قلت: أفأصدق بثلثه؟ قال: (الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس) متفق عليه⁵.

¹ سبق تخريجه ص 72.

² الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج1، ص199.

³ ابن جرير الطبري، مرجع سابق، ج2، ص122.

⁴ سيد سابق، مرجع سابق، ج ص323.

⁵ سبق تخريجه ص 72.

لذا لم يرد في الشريعة الإسلامية تحديد مقدار للوصية الاختيارية، فضلا أن يرد في التتزيل، وإنما جاءت الوصية مطلقاً عن التنفيذ، بمقدار معين، ولكن قام الدليل على تقييدها بالثلث¹.

حيث أن ألفاظ تشريعها جاءت مطلقة، وأصولها المطلق يبقى على إطلاقه، إلا إذا ورد دليل يقيده بمقدار، أو فرض، كما في المواريث، عدا ضابط العرف الذي يمكن أن يكون محددًا، دليل ذلك قوله تعالى " **بالمعروف** " أي جعل مرد التصرف إلى العرف بضوابط العدل والإنصاف الذي ينفع الموصى له ولا يضر بالورثة².

فقوله " **بالمعروف** " تقدير ما يوصى به، و تمييز من يوصى له، ووكل ذلك إلى نظر الموصي، فهو مؤتمن على ترجيحه، من هو أهل للترجيح في العطاء.

والمراد من قوله " **بالمعروف** " هنا العدل الذي لا مضارة فيه، ولا يحدث منه تحاسد بين الأقارب، بأن ينظر الموصي في ترجيح من هو الأولى، بأن يوصي إليه لقوة قرابته، أو شدة حاجته، فإنه إذا توخى ذلك استحسن فعله الناس، ولم يلوموه، ومن المعروف في الوصية ألا تكون للإضرار بوارث أو زوج أو قريب³.

يقول السعدي: " **بالمعروف** " : أي على قدر حاله، من غير سرف، ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب، بل يرتبهم على القرب والحاجة، ولهذا أتى فيه بأفعل التفضيل⁴

وفي قوله تعالى: « **وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً** » قيل نزلت في أرباب الأموال، يقسمونها عندما يحضر الموت، في وصية وجهات يختارونها⁵.

¹ أحمد حميد سعيد النعيمي، إبراهيم شحادة جاسم السلامي، أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون . دراسة مقارنة ، ط1، عمان: دار المعتر للنشر والتوزيع، 2016، ص 184.

² عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق ، ص 85.

³ محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج2، ط1، بيروت: مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع، 2000، ص146.

⁴ عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص 85.

⁵ محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ج3، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 184.

مع مراعاة حجم التركة، وكثرة أو قلة الورثة، وحالة الورثة والمحجوبين المادية، والعلاقة بين الورثة ومستحقي الوصية من جهة، والعلاقة بين صاحب التركة ومستحقي التركة من جهة أخرى.

على أن يكون ذلك في حدود الثلث قياساً على الوصية الاختيارية، وهذا قول أكثر المفسرين لقول تعالى " **بالمعروف** " .

و ابن حزم رحمه الله لم يحدد أيضاً مقداراً معيناً ، بل بما يشاء الميت، فإن لم يوص، فالورثة أو الوصي هم الذين يحددون مقدار ما يخرجونه من المال للأقارب.

قال ابن حزم: " وإذا قسم الميراث؛ فحضر قرابة الميت، أو الورثة، أو يتامى، أو مساكين، ففرض على الورثة البالغين، وعلى وصي الصغار، وعلى وكيل الغائب، أن يعطوا من ذكرنا ما طابت به أنفسهم، مما لا يجحف بالورثة، ويجبرهم الحاكم على ذلك الأمر، لقوله تعالى «**وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً**»¹.

وقال أيضاً: " فمن مات ولم يوص؛ ففرض أن يُتصدق عنه بما تيسر، ولا بد، لأن فرض الوصية واجب كما أوردنا ، فصح أنه قد وجب أن يخرج شيء من ماله بعد الموت ، فإذا ذلك كذلك فقد سقط ملكه عمّا وجب إخراجه من ماله، ولا حدّ في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي، ممّا لا إجحاف فيه على الورثة .." إلى أن قال : " وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون ، إما لرقٍ ، وإمّا لكفر ، وإمّا لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه ، لا حدّ في ذلك ، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة ، أو الوصي"²، فهذا ابن حزم يصرح أنه لا حدّ لهذه الوصية مخالفاً الجمهور، وهذا ما يوجب علينا الوقوف على ما قرره الفقهاء، فنقول:

الفرع الأول: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث

اختلف الفقهاء حول جواز الوصية بأكثر من الثلث، إذا كان للموصي وارث على قولين:

¹ ابن حزم الأندلسي ، مرجع سابق، ج8، ص 346.

² المرجع نفسه، ص 351.

القول الأول: جوازها متوقف على إجازة الورثة؛ ذهب الجمهور إلى أن جواز الوصية بأكثر من الثلث متوقف على إجازة الورثة، فإن أجازوها جميعا نفذت، وإن لم يجيزوها جميعا بطلت في القدر الزائد، وإن أجازها البعض نفذت في حصة المجيز، وبطلت في حق من لم يجز¹، وتكون عند المالكية عطية منهم ابتداء، لا تنفيذًا لوصية الميت.

ودليل ذلك عندهم حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: « جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله بن العفراء قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال (لا) قلت: فالشطر قال (لا) قلت فالثالث قال: فالثالث والثالث كثير، إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس²».

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة لأجل الوارث، فإن أجازوها جازت³.

القول الثاني: بطلان الزيادة على الثلث، ذهب الظاهرية إلى أن الزيادة على الثلث باطلة بطلانًا مطلقًا، سواء أجازها الورثة أم لم يجيزوها.

دليلهم أيضا حديث سعد السابق: "يرحم الله بن العفراء قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال لا. قلت فالشطر قال لا. قلت فالثالث قال: فالثالث والثالث كثير، إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس".

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى سدا أن يتصدق بالزيادة على الثلث، وفي ذلك دلالة على أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة، عملا بظاهر الحديث⁴.

الراجح: نرى أن قول أهل الظاهر ببطلان ما زاد عن الثلث في الوصية، سواء أجاز الورثة ذلك أم لم يجيزوه أرجح، وذلك لقوة دليلهم، ولسد ذريعة تحيل بعض الورثة في طلب الإجازة، مستغلين حياء أخواتهن مثلا⁵.

¹ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق ص 230.

² سبق تخريجه ص 72.

³ ابن عرفة، مرجع سابق، ج4، ص 427.

⁴ الشرييني، مرجع سابق، ج3، ص 46.

⁵ محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 128.

الفرع الثاني: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن للموصي وارث.

اختلف العلماء في الوصية بالزائد على ثلث التركة، في حال عدم وجود وارث للموصي على قولين.

القول الأول: جواز الزيادة على الثلث؛ تجوز الزيادة على الثلث إذا لم يكن للموصي وارث، وهو قول الحنفية ووجه للمالكية ورواية عن الحنابلة.

دليلهم أيضا حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه السابق الذكر.

ووجه الدلالة فيه أن المنع من الزيادة لتعلق حق الورثة، أمّا من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله¹.

القول الثاني: بطلان الزيادة عن الثلث؛ الوصية بما زاد عن الثلث باطلة، وإن لم يكن

للموصي وارث، وإلى هذا ذهب بعض المالكية، والشافعية، ورواية عن الحنابلة، والظاهرية.

دليلهم حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم²**».

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ ما أجاز إلا الثلث فقط.

والراجح القول الأول، وذلك أن المنع من الزيادة كان لأجل الورثة، فأما من لا وارث له فتجوز الوصية بجميع ماله³.

المطلب الثاني: وقت اعتبار الثلث

اختلف فقهاء المذاهب في وقت اعتبار ثلث الوصية على قولين:

الفرع الأول: اعتبار وقت الوصية بالموت، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، وهو قول علي بن

أبي طالب رضي الله عنه، وجماعة من التابعين⁴، واختاره الشوكاني⁵، وذلك لاعتبارين:

¹ ابن عرفة، مرجع سابق، ج4، ص 427.

² ابن ماجه القزويني، السنن، مرجع سابق،، كتاب الوصايا،، باب الوصية بالثلث، (ح ر: 2709)، ج2 ص 904.

والحديث حسنه الهيثمي، مجمع الزوائد، مرجع سابق، ج4، ص 215.

³ محمد علي محمود يحي، مرجع سابق، ص ص: 129، 130.

⁴ ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ج5، ص 369. الشريبي، مرجع سابق، ج3، ص 47.

⁵ محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ج4، ط1، بيروت:

دار الكتب العلمية، 1405هـ، ص 486.

1/ لأن الوصية تمليك بعد الموت، فلو أوصى بعبد ولا عبد له، ثم ملك عند الموت عبداً، تعلق الوصية به.

2/ لأن الموت هو حال لزوم الوصية، فيعتبر قيمة المال فيه¹.

القرع الثاني: اعتبار ثلث الوصية عند القسمة، وهو مذهب الحنفية، والمالكية، وذلك لأن حق الموصى له في الثلث بمنزلة حق الورثة في الثلثين، وإنما يتم سلامة الثلثين للورثة عند القسمة، فكذلك سلامة الثلث للموصى له².

ويوجد قول ثالث للظاهرية يروى عن مالك³، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز: وهو اعتبار الثلث يوم الوصية، فإن أوصى بثلث ماله فإنه يعتبر يوم الوصية، لا يوم الموت.

و الثلث يحسب من جميع المال الذي تركه الموصي، وعند مالك يحسب الثلث ممّا علمه الموصي، دون ما خفي عليه أو تجدد له ولم يعلم به⁴.

ومهما يكن فإن ابن حزم لم يجعل حداً لمقدار الوصية، طالما طابت نفس الموصي بذلك، مع اعتبار ضابط عدم الإضرار بالورثة، ومؤيدوا الوصية الواجبة لم يأخذوا بهذا الإطلاق فوافقوا الجمهور بتحديد أقصاه بالثلث، مع تقريرهم أيضاً استحقاق ما كان سيأخذه أصلهم المورث لو بقي حياً، وهو ما لم يرد في فقه ابن حزم، الذي استند عليه مشرعو الوصية الواجبة أو التنزيل.

¹ محمد الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص 47.

² محمد عليش، مرجع سابق، ج9، ص 513.

³ كذا قال سيد سابق، وأعتقد أن ذلك سهواً منه فالمالكية مذهبهم اعتبار الثلث حال القسمة لا عند الوصية، أنظر: ابن عرفة، مرجع سابق، ج4، ص 439. ومحمد عليش، ج9، ص 513.

⁴ ابن حزم الظاهري، مرجع سابق، ج8، ص 362.

سيد سابق، مرجع سابق، ص 324.

الفصل الثاني: أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: موقف المشرع من التنزيل

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم

المبحث الثالث: مقدار التنزيل و استخراج النصيب.

تمهيد:

انفرد ابن حزم الظاهري بالقول أنّ المورث إذا مات ولم يوص لأقاربه غير الوارثين، قام القاضي مقامه في إعطاء جزء من تركته لهم، على أنه وصية واجبة، غير أنّ ابن حزم لم يحدد من تجب لهم الوصايا من الأقارب غير الوارثين ولم يحدد مقدارها.

و بقيت فكرة ابن حزم مجردة في الكتب، إلى أن جاهد في سبيلها الشيخ علي الطنطاوي، واستطاع أن يقنع البرلمان المصري بجعل الحفدة يستحقون حق أبيهم في تركة جدهم، على أن لا يتجاوز هذا الحق ثلث التركة، لأنّ هذا العطاء وصية، وحد الوصية الثلث، فصدر القانون المصري متضمنا هذا الحق باسم "الوصية الواجبة" لأول مرة في تاريخ التشريع المقارن.¹

وقد لاقى هذا القانون قبولا واسعا في سائر التشريعات العربية، وذلك بالتصميم عليه، مقتنعين بضرورة إنصاف هاته الشريحة، على غرار المشرع السوري سنة (1953) والمغربي (1958) و الأردني (1976) فالسوداني (1991) تلاه اليمني سنة (1996) وأخيرا الإماراتي سنة 2005. أما المشرع الجزائري؛ ورغم أنه نصّ في المادة (184) من قانون الأسرة على أن الوصية تمليك إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، أخذ بما جاء عن الجمهور في استحبابها، إلاّ أنّه أوجب التنزيل في فرع من مات قبل والده، على أنه وصية واجبة، فأورد أحكامه في أول قانون خاص بالأسرة سنة 1984، بالأمر رقم 84 - 11 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في المواد (169-172).

ومن خلال هذا الفصل سأتناول أحكام التنزيل وفق ما قرره المشرع الجزائري، مقسما الفصل لثلاث مباحث:

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من التنزيل.

المبحث الثاني: مستحقوا التنزيل وشروط استفادتهم منه.

المبحث الثالث: مقدار التنزيل و استخراج النصيب.

¹ صالح جحيك الورتلاني، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مرجع سابق، موقع ويب: المكتبة القانونية العربية.

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من التنزيل

لمعرفة موقف المشرع من التنزيل، لابد من الرجوع للحال التشريعي للجزائر في مجال الأحوال الشخصية، وإدراك المرجعية الفاعلة، وما كان معمولاً به حسب الأوضاع الدينية، والسياسية، والاجتماعية، السائدة آنذاك، لذلك قسمنا المبحث لمطلبين، الأول: عن موقف المشرع من التنزيل، قبل صدور قانون الأسرة، وهي الفترة الممتدة من حقبة الاحتلال 1830 إلى غاية 1984، وتم تفريع المطلب إلى فرعين؛ جعلنا من تاريخ إسترجاع السيادة فاصلاً بينهما، والمطلب الثاني: موقف المشرع من التنزيل بعد صدور قانون الأسرة 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر: 02/05 المورخ في: 2005/02/27.

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور قانون الأسرة

الفرع الأول: الوضع التشريعي قبل الاستقلال 1962:

كان التنظيم القضائي في الجزائر إبان الاحتلال الفرنسي 1830 يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، والأعراف المحلية، في جميع الحياة العامة، ومنها نظام الأسرة، فكان المذهب المالكي هو السائد، والأكثر انتشاراً، كما كانت توجد طائفة تركية بالجزائر على مذهب الإمام أبي حنيفة، وانتشر المذهب الإباضي بواد ميزاب (غرداية ونواحيها)، بالإضافة إلى الأعراف القبائلية التي كانت تطبق في منطقة القبائل، ووجود قلة من اليهود، فعمد الاستعمار إلى محاولة دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام الفرنسي، لأغراض استعمارية وأيديولوجية لتفكيك وحدة الجزائريين.

فحاول عن طريق مشروع العميد (مارسيل مورد) الذي تناول جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فاحتوى على 263 مادة متعلقة بالزواج، والطلاق، وآثارهما، و226 مادة متعلقة بالهبة والميراث والوصايا، و79 مادة متعلقة بالاثبات، ورغم أنه لم يصدر كقانون إلا أن بعض الفقهاء كانوا يستنبطون أحكامهم منه، ثم صدر بعد ذلك قانون مكتوب للأحوال الشخصية رقم 778/57 الصادر في: 1957/07/11، نظمت من خلاله الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، وبعد اندلاع الثورة التحريرية صدر الأمر رقم: 274/59 المؤرخ في:

1959/02/04 الذي تضمن اثني عشرة مادة تعلقت بأركان الزواج، تلاه صدور المرسوم رقم: 7082/59 الذي تناول توضيح الأمر 274/59 بتنظيم الزواج وانحلاله.¹

وعلى الرغم من كل هذا التدخل السافر، إلا أنّ الشعب الجزائري بقي بعيدا عن التدخل الأجنبي، محافظا على عقيدته وأصالته، مطبقا قواعده المستمدة من الفقه الإسلامي، في تلك الفترة لم تثر أبدا مشكلة تنزيل الأحفاد، ولا استحقاقهم مناب أبيهم، ولا وجوب الوصية لهم، سواء من الناحية التشريعية، أو القضائية، أو العرفية.

الفرع الثاني: الوضع التشريعي 1984/1962

في السنوات الأولى من الاستقلال، بادر المشرع الجزائري للتخلص من الإزدواجية والتبعية القضائية، وإنشاء جهاز قضائي يتلائم مع الأوضاع الجديدة، محاولا تغطية بعض الفراغات، فصدر القانون رقم: 244/63، المؤرخ في: 1963/06/29 الذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج، ثم صدور الأمر رقم: 72/69 المؤرخ في 1969/09/16 الذي عدل بموجبه القانون رقم: 63/224 المتعلق باثبات الزواج، ثم تلاه الأمر الصادر في: 1973/07/05 ألغى بمقتضاه القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من: 1975/07/01 حيث برزت وضعية قانونية تتمثل في ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف، وهو ما نستخلصه من الفقرة الثانية من نص المادة الأولى للقانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26: "حيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية، يستلزم على القاضي تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال"، لذا كان المرجع في الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الفقه الإسلامي، وعلى وجه التحديد المذهب المالكي، باعتباره المذهب السائد منذ قرون بشمال إفريقيا.²

ونظرا لكون فقهاء المالكية القدامى لا يُقرّون بوجود الوصية للأحفاد، فقد تركوا ذلك لإرادة الهالك، وبسبب بروز جيل هائل من الأيتام نتيجة استشهاد عدد كبير من الآباء، ممن خلفوا أحفادا يحتاجون للرعاية؛ خاصة من أصولهم، فظهر تنزيل الأحفاد من قبل جدهم - هاته

¹ دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في علم إجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الاجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2003/2004، ص 65 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 70 وما بعدها.

العملية يطلق عليها عامة الناس (الغرس أو الغراسة)، فالجد يغرس أبناء ابنه في موقع ابنه المتوفى¹، كي يأخذوا ما كان يأخذه أباهم مع أعمامهم، حين وفاة جدهم المُنزّل.

وإذا حدث أنّ الجد لم ينزل أو (لم يغرس) أحفاده، فإنّهم يحجبون بالأبناء، الذين يقفون في مركز أقوى علاقة بالمورث، الذي هو أبوهم، وهذه القاعدة الشرعية لا اختلاف فيها، ومنصوص عليها في آيات المواريث²، وهو مذهب مالك والجمهور.

وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا في الموضوع، والذي جاء فيه:

".. من حيث أنّ القرار المنتقد قد خالف أو أساء تطبيق القانون، وذلك لأن قضية الحال لا يطبق بشأنها قانون الأسرة الصادر في 09 جوان 1984، وذلك لكون جد المطعون ضدها توفي خلال سنة 1973، ووالدها توفي خلال سنة 1962، وعليه فالنزاع في قضية الحال تطبق عليها مبادئ الشريعة الإسلامية، التي كانت تطبق في هذه القضايا قبل صدور قانون الأسرة، وخاصة المذهب المالكي، وبناء عليه فقد كان القضاء الجزائري لا يورث الأحفاد في تركات أجدادهم، إلاّ إذا أوصى الجد بذلك، أي بأنّ أحفاده يحلون محل والدهم في مخلفاته، ويأخذون نصيبه من الميراث، وسواء حرر في ذلك عقدا توثيقيا، أم أشهد على رغبته جمعا من الناس، وفي هاته الحالة فقط يحق للأحفاد المطالبة بنصيب والدهم من تركة جدهم"³.

فالتنزيل إذاً كان اختيارياً، وهذا ما أكده أيضا القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1993/09/28 حيث جاء فيه " من المقرر شرعا أنّ التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا، ومتى تبين أنّ الجد قام بتنزيل أحفاده، وقد ثبت تنزيلهم بواسطة الشهود قبل صدور

¹ محمد زيدان، "تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، د ت ن، ص 296.

² صالح جحيك الورتلاني، الميراث في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 91. عائشة كعباش، "التنزيل كسبب من أسباب الملكية"، جامعة قسنطينة 1، د ت ن، ص 445.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 2001/11/14، ملف رقم: 273177، المجلة القضائية، العدد 2، 2002، ص 448.

قانون التوثيق، فإنّ القضاء بأحقية الأحماد في تركة جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون".¹

فالتنزيل كان معروفا لدى فقهاء المالكية المتأخرين، وطبقه القضاء لغاية صدور قانون الأسرة، غير أنّه لم يكن إجباريا أو بقوة القانون، ولا يحلّون محل أبيهم في الميراث إلاّ إذا قام جدهم بالتصريح بذلك.

يتبين أنّ التنزيل الشرعي الوارد في الفقه الإسلامي، والمالكي على وجه الخصوص، غير ملزم، يخضع لإرادة المنزل صاحب التركة، ولا سلطان للقانون عليه، وامتسع؛ إذ يجوز تنزيل أشخاص غير وارثين، ومن غير الأحماد، حتى ولو كانوا أجانب عن الأسرة، وعليه يعامل التنزيل الشرعي على أنّه وصية في جميع الأحكام، هذا ما كان عليه الحال قبل صدور أول قانون أسرة 1984.

المطلب الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة

بصدور قانون الأسرة الجزائري²، بتاريخ 09 جوان 1984 تحت رقم: 11/84 تضمن الكتاب الثالث منه المعنون بالميراث، الفصل السابع أحكام التنزيل المواد:

(169-170-171-172)، و بموجب الأمر 02/05 المورخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم، لم يطرأ عليها أي جديد سواء بالتعديل، أو الإستحداث، أو الإلغاء.

وبعد صدور قانون الأسرة المتضمن للتنزيل، أصبح ينفذ بقوة القانون، من غير حاجة لإثباته بالكتابة، أو البينة، إذ أصبح تنزيل الأحماد تلقائيا.³

فكلمة **وجب تنزيلهم**: هي الكلمة التي حلت بها إرادة المشرع محل إرادة الجد أو الجدة، حيث أنّها جاءت بصيغة الوجوب، فلا خيار لأي كان في التنزيل.

¹ مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 1993/09/28، ملف رقم: 94719 عدد خاص، ص 318.

² القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بموجب الأمر: 02/05 المورخ في: 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1984/06/12، العدد 24.

³ زبيدة أقروفة، " الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني "، مجلة الواحات والدراسات، المجلد 10، العدد 1، 2017، ص 430.

وبذلك فإن التنزيل واجب بحكم القانون، ولا يحتاج إلى إنشاء من الهالك، ومنه فلا ينشأ التنزيل بإرادة الموصي، وهذا من المستحدثات التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري 1984¹.

الفرع الأول: التنزيل من الناحية التشريعية

عالج المشرع الجزائري أحكام التنزيل في قانون الأسرة، من خلال النصوص التالية:

المادة 169: « من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية ».

فالمادة أقرت نظام تنزيل الأحفاد، وكشفت عن فحواه، وهو إحلال فروع الأولاد منزلة مورثهم الذي عاجلته المنية، قبل جدهم أو جدتهم، أو توفي معه، في حادث أو زمن واحد، وتكون حصة المستحق تعادل حصة أصلهم لو كان حيا، على أن لا يتجاوز ثلث التركة، بنص المادة 170.

شرح مصطلحات المادة:

من توفى: هل ينصرف معناها اللغوي إلى الأصل الذكر - أي الجد دون الجدة - أم يشمل الحكم الجنسين معا؟، بطبيعة الحال؛ لم تختلف المذاهب في هذه المسألة، لهذا نختصر القول بشأنها، ونقول بأن الحكم يعني الجدّ والجدة معا، أي الأصل الذكر والأنثى على حد سواء².

وجب تنزيلهم: أي استعمال هذا اللفظ، وربطه بمصطلح التنزيل، يدل على أن التنزيل واجب قانوني³.

الأحفاد: وهم أولاد الابن الذي توفى قبل مورثه، وسيأتي شرحه بالتفصيل في ذكر المستحقين وبيان إمكانية شموله لأبناء البنت من عدمه.

¹ عائشة كعباش، مرجع سابق، ص 441.

² محمد بشير، " أحكام التنزيل في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون " ، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16، مارس 2018 ، كلية الحقوق جامعة وهران 2 ، تاريخ النشر 2018/01/19، ص272.

³ يامنة حواسي، مرجع سابق، ص 224.

مات مورثهم: أي الأب والأم، أو الأب دون الأم، على قول من جمد على ظاهر اللفظ، بحجة أن المشرع لم يقل (مورثته)؛، ورُدَّ عليه بأنّه لو عنى المشرع ذلك لقال " وله أولاد ابن وقد مات أبوهم " وهذا العموم معروف في اصطلاح اللغة، وفي علم الفراض¹.

وعليه نقر بوجود خلاف حتى بين الفقهاء أنفسهم، حيث اعتبر بعض الفقه أنّ التنزيل مقصور على أبناء ولد المتوفى الذكر، دون أبناء بنت المتوفى، في حين يرى آخرون أن التنزيل يشمل أبناء الأصل الذكر والأنثى معا، ولا عبرة بالنص الوارد في النسخة الفرنسية (Fils)، وسيأتي ذكر ما ورد في ذلك من فتاوى رسمية، واجتهادات قضائية، في مبحث المستحقين للتنزيل.

وبقصد بمات مورثهم قبله: أن يكون تاريخ وفاة الأب سابقا لتاريخ وفاة الجد أو معه.

وجب: وهي عبارة الإلزام، يعني إحلال إرادة المشرع محل إرادة الجد المتوفى، فينفذ تنزيل الحفدة منزلة أصلهم بحكم القانون، ولا يحتاج إلى عقد مكتوب، وفقا لنص المادة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا كما سيأتي بيانه.

ولا يسري هذا القانون إلا على ما وقع في المستقبل - تاريخ صدور قانون الأسرة - ولا يكون له أثر رجعي كما هو مقرر في " مبدأ عدم رجعية القانون " وهو ما تنص عليه المادة 2 من القانون المدني الجزائري².

و أكده المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ: 1987/02/23 جاء فيه:

" حيث أن الدعوى رفعت قبل صدور قانون الأسرة، وأنّ الحكم الذي صدر فيها صدر بدوره قبل نشره، وعملا بالمبدأ المقرر قانونا، (عدم رجعية القانون) إلا بالتنصيص على ذلك، وهو ليس منصوصا عليه في قانون الأسرة، وفي هذه الحالة؛ فتطبيق قانون صدر بتاريخ 1984

¹ زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص 435.

² القانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 03/05/1988، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 30/09/1975، العدد 87.

على حكم صدر بتاريخ 23 أبريل 1983 هو تطبيق على قضية بأثر رجعي، وذلك أمر لا يجوز..¹.

تنزيلهم : أي وضعهم في موقع أبيهم المتوفى قبل أبيه، فينوبونه في حصته التي كان سيأخذها لو بقي حيا.

أصلهم: الأصل في الميراث الأب والجد، دون الأم والجدة، لكن سياق (المادة 171) تدل أنّ لفظ الأصل يستوعب الأم أيضا: " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة " فالمشرع في هذا النص؛ أطلق صراحة لفظ الأصل على الجد والجدة معا.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في اجتهاد لها بقولها " ..ومن ثم فإن كلمة الأصل المشار إليها في المادة المذكورة تعني الأب أو الأم، ولا تقتصر فقط على الأب، مثلما يعتقد الطاعن خطأ، وهو الأمر الذي تؤكد الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المذكور..²

أما المادة -170- 171-172 فذكرت بقية شروط إستحقاق التنزيل.

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

حصة أصلهم: سبق شرح الأصل.

ثلث التركة: الحد الأقصى لحصة الحفدة جميعهم، ولو كانوا من فروع عديدة، لأن التنزيل وصية، ولا يمكن أن تتجاوز الوصية ثلث التركة.

وفي اشتراط المشرع عدم تجاوز مقدار التنزيل لثلث التركة، دلالة على أنّ التنزيل ينفذ في صورة وصية، باعتبار أنّ الوصايا في أصلها تنفذ في حدود ثلث التركة، طبقا للمادة 185 ق.أ.ج و نصّها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، لسنة 1992، ص 69 وما بعدها.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2013/04/11، ملف رقم 0739029، العدد1، 2013. ص 273.

الورثة"، وعليه يكون التنزيل من خلال المادتين 169 و 170 من قانون الأسرة واجبا قانونيا ينفذ على شكل وصية.¹

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 بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك، وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم، أو نصيب أحدهم من التركة».

هذه المادة جاءت لتؤكد منحى المشرع في تكييف هذا التنزيل، على أنه وصية قانونية واجبة من خلال قوله: (ما يستحق بهذه الوصية).²

ونص المادة وإن كان يحدد شروط التنزيل في ظاهرها، إلا أنها تتضمن وقائع مادية تتطلب إجراءات خاصة، كحصر تركة الجد والأب، مما يستوجب الاطلاع على المستندات والعقود، وقد يتطلب الأمر تدخل القضاء للتمكن منها، وكذلك التأكد من وصية الجد والجدة لحفدهما.

المادة 172: «أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم، مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين».

فكلمة أمهم الواردة في المادة، المقصود بها زوجة ابنه، وليس بنت المتوفى، لأن هاته الأخيرة تكون عمة الحفدة وليست أمهم.³

وآخر المادة يقرر كيفية قسمة حق الحفدة من التنزيل، وهي قاعدة (للذكر مثل حظ الأنثيين)، وبهذا القيد يتضح أنّ القانون قصد من التنزيل؛ مصلحة الأحماد، الذين قد لا يجدون من أين ينفق عليهم، والحال أنّ أصلهم يكون قد ساهم في تكوين تركة جددهم.⁴

¹ يامنة حواسي، مرجع سابق، ص 224.

² المرجع نفسه، ص: 224 ، 225.

³ صالح جحيك الورتلاني، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مرجع سابق، موقع ويب: المكتبة القانونية العربية.

⁴ مبروك المصري، " الوصية الواجبة (التنزيل) دراسة تأصيلية"، جامعة أدرار، د ت ن ، ص 415.

يتضح من خلال ما سبق أن موقف المشرع الجزائري بعد صدور قانون الأسرة أضحى التنزيل فيه إجبارياً، وواجباً قانوناً، وإن لم ينشئه الموصي، لكنه جاء ضيقاً من جهة الأشخاص المستفيدين منه وهم الأحفاد.¹

الفرع الثاني: التنزيل قضاء²

بعد الإطلاع على النصوص القانونية الخاصة بالموضوع، والتي توجب التنزيل صراحة وبقوة القانون، من المناسب الوقوف على بعض قرارات المحكمة العليا، لنرى مدى مساهمة القضاء للتشريع، وسيقتصر إيرادنا لها على المتن، الذي يفهم منه الموقف، بدون ذكر الحثيات ومنطوق الحكم، مع إرجاء ذكر بعض القرارات والاجتهادات لما يناسبها في موضعه. وتجدر الإشارة أنّ المسائل التي طرحت على القضاء تضمنت في مجملها إشكالات، نظراً لاحتمال النص أكثر من معنى، لذا تعين تدخل القضاء، لكشف اللبس عن كل مبهم، حتى يكون القضاء في منأى عن إصدار أحكام متباينة، إذ يصعب على المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي بشأنها³:

1- " من المستقر عليه فقهاً وقضاً أنّ التنزيل جائز شرعاً وقانوناً ولا يجوز مخالفته "

م.ع، غ.أ.ش، 1993/05/25، ملف رقم: 94685، م.ق، 1994، عدد 2، ص 82.

2- " استحقاق التنزيل بحكم القانون تلقائياً "

م.ع، غ.أ.ش 2006/01/04 ملف رقم: 309029، م.م.ع، 2006 العدد 1، ص 443.

3- "حيث كان القضاء لا يورث الأحفاد في تركات أجدادهم، إلا إذا أوصى الجد بذلك، أي بأن أحفاده يصلون محل والدهم في ممتلكاته، ويأخذون نصيبه من الميراث، سواء حرر في ذلك عقداً توثيقياً، أم أشهد على رغبته هذه جمعاً من الناس،.. غير أنّه وبعد صدور قانون الأسرة ، أصبح الحفيد يحل محل أبيه بحكم القانون .

¹ لحسين أث ملويا، مرجع سابق، ص 24.

² تم اختصارها من العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 - 2010، ط4، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012، ص: 498 . 504.

³ محمد بشير، مرجع سابق، ص 270.

والجدير بالذكر أنّ الأصل في الوصايا أنّها اختيارية، والوصية الواجبة لا تقل بها المذاهب الإسلامية المشهورة، ومن قال بالوصية الواجبة فقد تعلق بنصوص القرآن، وآراء بعض الفقهاء التابعين، وخاصة رأي ابن حزم الأندلسي، وهو ما أشار إليه محمد أبو زهرة في كتابه أحكام التركات والمواريث..".

م.ع، غ.أ.ش، 1991/10/29، ملف رقم: 80388، م.ق، 1993، عدد1، ص35.

4- " من المقرر قانوناً وشرعاً؛ أنّ التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع، ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل، ليأخذ المنزلون مناب المتوفى، في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك ".

م.ع، غ.أ.ش، 1994/03/22، ملف رقم: 95385، م.ق، 1995، عدد1، ص 134 .

5- " من المقرر شرعاً وقانوناً؛ أنّ أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة ".

م.ع، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم: 201022، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 343.

6- "من المقرر شرعاً وقانوناً؛ أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة (م185 ق.أ.ج) ".

م.ع، غ.أ.ش، 1991/02/24، ملف رقم: 75598، م.ق، 1993، عدد2، ص 26 .

7- " من المستقر عليه فقهاً وقضاءً؛ أنّه لا يشترط في التنزيل أن يتم في عقد رسمي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يُخالف هذا المبدأ، يعد خطأً في تطبيق القانون، لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا تشترط أي شكل للتنزيل ".

م.ع، غ.أ.ش، 2001/11/14، ملف رقم 273177، م.ق، 2002، عدد2، ص 541 .

8- " لا يحق للحفيد المستحق جزءاً من تركة الجدة، بواسطة التنزيل، أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية ".

" لا يتم اشتراط وجود عقد للتنزيل بتدخل من إرادة المورث، بل يتم تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون "

م.ع، غ.أ.ش، 2005/12/14، ملف رقم: 335503، م.م.ع، 2005، عدد 2، ص 387.

9- " أحقية التنزيل للحفدة الذين يموت مورثهم قبلهم، فيرثون مقدار أصلهم، في حدود ثلث التركة "

م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم: 40651.

10- " التنزيل قبل صدور قانون الأسرة، كان اختياريًا، ولا يحتاج إلى شكل رسمي، وتقبل فيه شهادة الأقارب طبقًا للمذهب المالكي، ولا مجال لتطبيق المادة 169 ق.أ.ج بأثر رجعي "

م.ع، غ.أ.ش، 1997/11/25، ملف رقم: 173556، م.ق. 1997، عدد 1، ص 46.

11- " قبول شهادة الأقارب في إثبات أعمال التبوع كالتنزيل، طبقًا للشريعة الإسلامية التي لا تشترط فيها الرسمية "

م.ع، غ.أ.ش، 1997/11/25، ملف رقم: 173556، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 325.

12- " العبرة في تنزيل الأحفاد باعتبار تاريخ وفاة الجد، وليس بوفاة الأب "

م.ع، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم: 186769، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص 328.

من خلال الاطلاع على هاتاه الأحكام؛ يمكن إدراك موقف القضاء، وأنه يتطابق مع ما جاء في قانون الأسرة، مع اعترافه بأن التنزيل لم يُعرف لدى المذاهب المتبعة، وأنه اجتهاد ابن حزم الظاهري، دليله نصوص قرآنية، وآثار عن عدد من التابعين، رغم ذلك فالقضاء وافق القانون وأخذ بهذا الرأي، فأوجب التنزيل بقوة القانون، وقضى بعدم جواز مخالفته، وأن استحقاقه تلقائي، أي ينفذ من دون الحاجة إلى كتابة أو بيعة، وأنه يخص الفرع وأصله، فيما كان سيستحقه ابنه لو كان حيا، في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، وأن العبرة بتاريخ وفاة الجد لا الأب، والتفسير فرع عن التصحيح، وعلامة عليه، كما يقول الفقهاء.

المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول: المستحقون للتنزيل:

يجب التنزيل قانوناً لفرع الولد، الذي يموت في حياة أبيه أم أمه، حقيقةً أو حكماً.¹

جاء تقرير ذلك في نص (م169) من قانون الأسرة الجزائري: " من توفى وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية "

فحسب نص المادة؛ فإنّ التنزيل يخصّ الأحفاد دون غيرهم، ولم يحدددهم، فجاء الأمر مطلقاً، ممّا أدّى إلى إرباك في تحديدهم من قبل شراح القانون.

فإطلاق لفظ الأحفاد من المشرع دون بيان، أثار الكثير من الإشكالات القضائية، بسبب أن المشرع لم يتناول أحكامه بالتفصيل.²

لذلك اختلفوا في مصطلح الأحفاد، فذهب بعض الفقهاء إلى اقتصاره على الأحفاد أولاد الذكور (أبناء الظهور)، بينما ذهب أكثر الشراح إلى أنّ لفظ الأحفاد يشمل أيضاً الأحفاد من جهة الإناث (أبناء البطون)، لأنّ المشرع لم يضع أي قيد في نص (م169) أعلاه، فالنص على إطلاقه، وبالتالي لا يمكن قصر الاستفادة على حفيد دون آخر، مهما نزلت درجته³، وباعتبار أنّ الحقائق تنقسم إلى حقائق لغوية وشرعية وعرفية، كان ولا بد معرفة حقيقة الحفيد بالرجوع إلى أرباب اللغة والشريعة.

الفرع الأول: الجانب النظري

الحفيد لغة: حفدة الرجل هم بناته أو أولاد أولاده، أو الأصهار، ويأتي بمعنى الإسراع في الحركة و الخدمة، وسمي حفيد لأنه يسرع في خدمة جده⁴.

¹ سبق بيان الموت الحقيقي والموت الحكمي في المبحث النمهيدي ص ص: 39،40.

² عيسى معيزة، مرجع سابق، ص 89.

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 39.

⁴ الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن محمد، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، ج2، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2015، ص 596.

الحفيد شرعا: قال القرطبي " ما قاله الأزهري من أنّ الحفدة أولاد الأولاد هو ظاهر القرآن بل نصّه، ألا ترى أنّه قال " وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة " أنّ البنين أولاد الرجل لصلبه والحفدة أولاد ولده، وليس في قوة اللفظ أكثر من هذا"¹.

وقيل الحفيد ولد البنت وإن سفل، وهو ظاهر التعليل بقولهم، لأن عيسى من ذرية إبراهيم وهو ولد بنت.²

ومنهم من قال أنّ الحفيد ولد الابن، نكراً كان أو أنثى، وولد البنت كذلك.³

وأطلق على الأعوان وأولاد الأولاد، لأنهم كالخدام.⁴

يتضح مما سبق؛ أنّ التعاريف اللغوية، وتآويل المفسرين، لم تتفق على قول، وإن كان أرجحها أن الحفدة أولاد الأولاد، وهم بذلك على إطلاق اللفظ، فلم يخصوهم بالذكر ولم يستثنوا أولاد البنت من شمول لفظ الحفدة، وعليه لا يصح أن نقول أن أهل اللغة متفقون على أن الحفدة أولاد الأولاد الذكور.!!

رغم ذلك الشمول إلا أنّ الخلاف حاصل، وهو ما فتح المجال لوجود العديد من الآراء، نجلها في هاذين الاتجاهين:

الاتجاه القائل بحصر الحفدة بأولاد الابن الذكور:

حسب هذا الاتجاه فإنّ المقصود بالأحفاد من خلال نص (م169) من قانون الأسرة هم أولاد الذكور فقط، دون أولاد البنات، الذين يسمون أسباطاً، ويشكلون مجموعة ذوي الأرحام.

. القاضي محمد ثناء الله العثماني الحنفي المظهري الياني البتي، التفسير المظهري، ج4، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2007، ص 184.

- أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، تحقيق محمد السيد عثمان، ج4، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2014، ص 480.

¹ القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر، مرجع سابق، ص 380.

² أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017، ص 379.

³ سليمان بن عمر العجيلي الشافعي الشهير بالجمال، الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجلالين للحقائق الخفية، ج4، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2018، ص 248.

⁴ أحمد بن محمد الفيومي، مرجع سابق، ص 77.

فأولاد البنت ليسوا فرعاً للهالك، وليسوا من صلبه، كما أنّ الولد لا ينسب لأمه، فهي صلة رحم، وصلة الرحم لها سبب آخر في الميراث، وهو سبب الرحم، والوارثون يسمّون بذوي الرحم، وطريقهم إلى الميراث عن طريق الدفع، وليس طريق التنزيل، والدفع منصوص عليه في قانون الأسرة، في مادة واحدة؛ هي (م168)¹، أمّا التنزيل فمنصوص عليه في أربع مواد من (168) إلى (172).²

ولأنّ تنزيل أولاد البنات يعتبر خروجاً عن إجماع المسلمين، القاضي بعدم توريث ذوي الأرحام عند وجود ذوي فرض أو عسبة.³

وحجتهم أيضاً في ذلك؛ ما جاء في النصّ الفرنسي،⁴ إذ نجد أنّ لفظ الأحفاد المطلق في النصّ العربي المختلف في تفسيره (م169) قد خصصتها بأولاد البنت، وهي أدق في التعبير عن مدلول مصطلح الأحفاد، مما يزيل اللبس والاختلاف.⁵

ويفهم أيضاً عدم اعتبار العموم من عبارة (مورثهم) فالمقصود بها الأب دون الأم، لأنّ الأنثى في هذا الموقع تسمى " مورثة " ، لذا فنص المادة لا يشمل أيضاً أولاد البنات.

وقد صدرت فتوى عن الشيخ أحمد حماني رحمه الله (رئيس المجلس الإسلامي الأعلى ورئيس جمعية العلماء المسلمين الجزائريين سابقاً) بتاريخ 19 أبريل 1992 رداً على استشارة أرسلها أحد المحامين، حول تنزيل أولاد البنت مكان أهم لميراث جدهم، لأن الموثق عند تحريره فريضة الجد، حدّد فيها المستحقين للإرث، واعتبر البنت غير وارثة لجدها، فرفض تنزيلهم.

فأجاب رحمه الله جواباً مفصلاً طويلاً، لا يتسع المقام لسرده، وإنما نستل منه ما له علاقة بهاته الجزئية، فقال رحمه الله: " فإحداث هذا النصّ في قانون الأسرة، لم يكن أبداً يُراد به مصادمة أحكام الشريعة، إنّما أريد به حماية هذا الصنف من أبناء المسلمين، إستناداً لآية قرآنية،

¹ نص المادة: " يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن وإن نزلوا، فأولادهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة..".

² صالح جحيك الورتلاني، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مرجع سابق، موقع ويب: المكتبة القانونية العربية .

³ محمد زيدان، مرجع سابق، ص 292.

⁴ (Des descendant d un fils)

⁵ زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص 436.

فقد أجمع العلماء أنّ ابن الابن يعصب جده لأبيه، ويستحق عند انفراده كل ما له، لأنه ابنه، أمّا ابن البنت فلا يرث مال جده لأمه بنفسه، وإنّما قد يصل إليه بواسطة أمه إذا كانت بالحياة، يوم وفاة أبيها، فهو وراث لها لا لجده، كما أنّه لا يحق له أن يرث نسب جده، لأن الولد لأبيه لا لأمه ولا لجده لأمه، وهذا مفهوم من اصطلاح العرب، قرره الشاعر الإسلامي:

بنونا بنوا أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأبعاد

وقد سبق المشرع الجزائري فعل القانون المصري، فأدخل اعتبار الوصية الواجبة في حالة موت الابن قبل أبيه، وجعل أحفاد الرجل ينالون الحق في وصية هي واجبة، لأنها تصون حقا لهم في مال جدهم وهم أبنائه، وأبناء البنت لا يشملهم مثل النصّ إن وجد منهما أو مجملا أو موهما، لسبب واضح هو أنّهم لا يرثون جدهم لأهم، ولا يصلون إليه إلا بسبب حياة أمهم يوم وفاته، وهم إنّما يرثونها هي، هذا هو حكم الإسلام، وكل أحكامه عدل..والخلاصة أن لا حق لابن البنت في إرث جده لأمه، ولا يشملهم ما في نص التنزيل، فإن كانوا يطلبون حقا فلا حق لهم، وإنّما كان ينفعهم أن يقبلوا الإحسان من أحوالهم، فإن الله أوصى بالإحسان مع ذوي القربى فليحافظوا على ذكرى أمهم، والله أعلم¹

ونذكر أصحاب هذا الاتجاه عددا من الفوارق، بين أولاد الابن، وأولاد البنت، فمن حيث:

التسمية: أولاد الابن حفدة (أولاد صلب وأصل)، وأولاد البنت أسباط (قرابة رحم).

الانتساب: أولاد الابن (أولاد عائلة المتوفى)، وأولاد البنت (أولاد عائلة أجنبية عنه).

الصفة والتأصيل: أولاد الابن (موصى لهم بالقانون) وأولاد البنت ورثة (ميراث بالدفع).

المركز القانوني: أولاد الابن (لا يحجبون وحقهم ثابت)، وأولاد البنت (محجوبون بالورثة جميعا ويرثون بالدفع قانونا).

¹ فتوى صادرة بتاريخ: 16 شوال 1412 هـ الموافق لـ 19 أفريل 1992 م، أنظر: فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج2 " الميراث الوصية الوقف"، د ر ط ، الجزائر: منشورات قصر الكتاب، 1993، ص 276 وما بعدها.

اللبس والواقع: أولاد الابن (الحفدة) يستحقون بالتنزيل في جميع القوانين التي أخذت بوصية القانون، بينما الاختلاف واقع في أولاد البنات، الأمر الذي أوقعهم في خطأ تشريعي، فيورث ذوي الرحم مرتين بالتنزيل والدفع.¹

وأبرز من تبني هذا الاتجاه الدكتور العربي بلحاج، والأستاذ الموثق صالح جحيك، والموثق جمال ليشاني.

وقد تمّ الردّ على هذا الرأي، بأنّ تفسير (م169) من قانون الأسرة، لا سيما عبارة "مورثهم" استنادا إلى النص الفرنسي تفسير خاطيء، وذلك أنّه متى وجد تناقض بين النص العربي والفرنسي، فالأصل الأخذ بما ورد في النصّ العربي، لأنّ الحكم يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، التي لا تجد أساسها في التشريع الفرنسي، بل في الشريعة الإسلامية، مستند ذلك نص (م 222) ق.أ.ج التي تحيل إليها.²

كما أنّ (م 172) ق.أ.ج نصّت على أنّه يشترط في التنزيل أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم..، وقابلها النصّ الفرنسي الذي جاء موافقا للنصّ العربي.³

أمّا تخصيصهم للحفيد بأنّه ولد الذكر، على أساس أنّ ولد الأنثى يسمى سبطا، فهو مجرد عرف طارىء على أصل اللغة، فأولاد الأولاد هم أولاد البنين ذكورا كانوا أم إناثا، وأولاد البنات كذلك، وكل من المضاف والمضاف إليه لما هو معلوم، أنّ لفظ ولد يشمل الذكر والأنثى خلافا للفظ الابن⁴، وأوضح دليل قول الله تعالى في آيات المواريث « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فأطلق لفظ الولد، ثم فصلّ شموله للولد الذكر والولد الأنثى..فكذلك هو لفظ الحفيد ولفظ مورثهم، كما سيأتي بيانه.

حتى أنّ أهل اللّغة اختلفوا في معنى السبط، فقال ابن سيده: " السبط ولد الابن والابنة، ..وقيل الأسباط أولاد الأولاد، وقيل أولاد البنات، قال أبو العباس: " سألت ابن الأعرابي

¹ صالح جحيك الورتلاني، الميراث في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 92.

² محمد بشير، مرجع، سابق، ص 270.

³ عيسى معيزة، مرجع سابق ص 98 بشور فتيحة، مرجع سابق ص 134.

⁴ أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، مرجع سابق، ص 480.

ما معنى السبط في كلام العرب؟ قال: السبط والسبطان والأسباط: خاصة الأولاد، والمُصاص منهم. وقال غيره: الأسباط أولاد الأولاد، وقيل أولاد البنات.¹

قال الزبيدي: " قلت؛ وهذا القول الأخير هو المشهور عند العامة، وبه فرقوا بينهما وبين الأحفاد، لكن كلام الأئمة صريح، في أنه يشمل ولد الابن والابنة"².

وهذا الاتجاه - قصر الحفدة على أبناء الذكور - تبنته المحكمة العليا سابقا، فقد جاء في قرارها الصادر في 1994/03/22: (أنّ التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع، ويكون تنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل، ليأخذ المنزلون مناب المتوفى، في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك).³

وبناء على ذلك تكون الوصية الواجبة لأولاد الابن، ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره⁴، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط على أن لا يتجاوز ثلث التركة.⁵

الاتجاه القائل بشمول الأحفاد لأبناء البنت:

يرى هذا الاتجاه أنّ المقصود بالأحفاد أولاد الابن وأولاد البنت، وذلك للاعتبارات التالية:

1/ أجمع الصحابة وأهل اللغة، وفقهاء الأصول، على إجراء ألفاظ القرآن والسنة على عمومها، لذا فلفظ الأحفاد في النص القانوني يشمل أولاد الابن وأولاد البنت، ولا يوجد في علم الفرائض من يقول بأن الحفدة هم أولاد الابن فقط، دون أولاد البنت.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج 3، ص 486.

² الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 19، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2011، ص 173.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 1994/07/21، ملف رقم 95385، العدد 1، ص 134.

⁴ هذه قاعدة جديدة محدثة في الحجب، فالمعهود أن الأصل يحجب من دونه من الفروع سواء كان منه أو من غيره، وفي ذلك مخالفة للإجماع. أنظر مهند فؤاد ستيتي، مرجع سابق، ص: 224، 225.

⁵ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 474.

فلفظ الأحفاد في نص المادة جاء عاما، يشمل كل ما ينطوي تحته من دلالات، والعام عند علماء الأصول يحمل على عمومته، مالم يرد ما يخصصه.

2/ جاء في المادتين: (169،170) من ق أج كلمة " أصلهم " أي أصل الحفدة، والأصل في علم الفرائض يطلق على الأصل الذكر، وهو الأب والجد لأب، كما يطلق الأصل على الأنثى، وهي الأم والجددة لأب.

كما جاء في المادة (171) من ق أج " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل، إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة " فالمشرع في هذا النص أطلق صراحة لفظ الأصل على الجد والجددة معا، وما دام أنّ الأصل يصدق على الجد والجددة، وهم أصول غير مباشرين، فمن باب أولى أن يصدق لفظ الأصل على الأم وهي أصل مباشر، فيقال أصل الرجل أبوه وأمه، وهذا باتفاق أهل اللغة والشريعة.

3/ أما قولهم أن لفظ " مورث " يشمل الذكر دون الأنثى في علم الفرائض، فهذا غير صحيح، باعتبار أن الفرضيين من فقهاءنا المتأخرين يذهبون إلى أنّ أركان الميراث ثلاثة "وارث ومورث والمال الموروث"، ولا يقولون (ومورثته)، ويطلقون لفظ الهالك على الذكر والأنثى، وكلها تطلق لغة على الجنسين، ولا تصرف عن معناها الأصلي، وهذا ما قد أبدته المحكمة العليا.

4/ قد ثبت أيضا أن أصحاب علم الفرائض أنفسهم، نزلوا أولاد البنات منزلة أمهاتهم، وعلى هذا قضى صاحب كتاب لباب الفرائض، فنجده يقول: " وكثير ما يقع السؤال في بلادنا عن كيفية العمل به في مسألة التنزيل، وهي التي ينزل فيها الهالك غير الوارث منزلة وارث معين، كأن ينزل ابن غير وارث منزلة ابن، أو ينزل ابن بنت منزلة بنت"¹، وهو ما ذهب إليه العلامة الشيخ إسماعيل التميمي رحمه الله.²

¹ محمد صادق الشطي، مرجع سابق، ص 154.

² أحمد دغيش، مرجع سابق، ص ص : 143 . 150 باختصار وتصرف. ينظر أيضا: عيسى معيزة، مرجع سابق، ص

ولهذا رجّح الأستاذ محمد محدة القول بتنزيل أولاد البنات منزلة أمهاتهم، إذ يقول: " أما لو توفى شخص وترك بنتاً، وابن بنت، وزوجة، وأخاً شقيقاً، فهنا يكون التنزيل لابن البنت منزلة البنت الصلبة المباشرة، وهذا لكون ابن البنت غير وارث أصلاً"¹.

وحسب ما ورد في مشروع قانون الأسرة 1984 (أنّ نظام التنزيل الذي وقع الاتفاق عليه، يسمح للأولاد ذكورا أو إناثا، الذين توفى والدهم، أو والدتهم، قبل أو مع جدهم، أو جدتهم، بوصية على نسبة حصة ما يرثه والدهم، أو والدتهم، من أصلهم الهالك، باعتبار موته اثر وفاة أصلهم دون أن يتجاوز ذلك الثلث)².

5/ ثمّ إنّ الحكمة والمقصد من تشريع التنزيل هو رفع الغبن، ودفع الفاقة عن الحفدة، الذين لم يترك لهم أصلهم مالا، وهذا المقصد متحقق في فرع الميت أولاد البنت.

واعترض عليه بالقول أنّ هؤلاء الفروع أولاد البنات؛ لا يتشردون لوجود عائلة أبيهم، وأجيب على هذا الاعتراض بافتراض عدم وجود عائلة أبيهم، أو كانت موجودة ولكن فقيرة، أو لم تقم بحقهم، وتركتهن لنوائب الدهر. هل تقولون بتنزلهم؟!³

وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/02/21 رقم 258898 ومما جاء فيه: (حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، يتبين أنّ قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون و صريحه، إذ لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة، التي توجب تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة الجد، و النعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور وحدهم مردود عليه، لغة و قانونا، فاللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة، أما من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلي الغموض المفتعل من طرف الطاعن، إذ تنص على أن التنزيل يكون على قاعدة

¹ محمد محدة ، مرجع سابق، ص 301.

² نقلا عن عيسى معيزة، مرجع سابق ص 99.

³ زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص 434.

للذكر مثل حظ الأنثيين، أمّا القول بإعمال الشريعة الإسلامية فقانون الأسرة مستمد منها، وعليه فالوجه غير مؤسس، مما يتعين رفضه، و دون التعرض للوجه الثاني لتشابههما).¹

وأكدته أيضا في القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث المؤرخ في 2013/09/12 إذ جاء فيه: (.. وعلى أساس عدم وجود أي مخالفة للقانون، وأنّ قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون، لأنّ التنزيل لا يستفيد منه أولاد الابن فقط، بل أبناء البنت أيضا، ذلك أن كلمة أحفاد تشمل الاثنيين، وأن مصطلح أصلهم في نص المادة 169 من قانون الأسرة يعني الأب والأم..)²

ثم صدر مؤخرا قرار آخر عن المحكمة العليا فصل في الأمر، مفاده: ".. من حيث أنّ المادة 169 من قانون الأسرة توجب التنزيل للأحفاد وأنّ اجتهاد المحكمة العليا انتهى إلى تفسيره مصطلح الأحفاد بأنه يشمل أولاد الابن وأولاد البنت، تماشيا في ذلك مع التفسير الظاهر للنص، وما يتفق بما جرى به العرف، من أنّ مصطلح الأحفاد يشمل أبناء الجنسين، تحقيقا بذلك لمبدأ المساواة والغاية من التنزيل، وأن قضاة الموضوع بانتهائهم تنزيل أبناء البنين منزلة والدتهم قد طبقوا صحيح القانون".³

يظهر من خلال القرارات السابقة، أنّ المحكمة العليا متجهة لتكريس نظام التنزيل بالنسبة لأولاد البنات، كما هو الحال مع أبناء الذكور، بهدف تحقيق المساواة من خلال التفسير الظاهري للنص، وخلق الانسجام وتقوية الروابط الأسرية، وتجنب تكديس المال في يد طبقة واحدة من الأقارب.

الترجيح:

¹ مقتبس عن مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، بتاريخ 2006/01/21 الملف رقم 258898، (غير منشور) نقلا عن محمد بشير، مرجع سابق، ص 271.

² المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ: 2013/09/12، ملف رقم 759763 العدد 2014، ص 331-327.

³ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ: 2015/11/12، ملف رقم: 332349، منشور على موقع المحامي.

مما سبق ندرك مما لا مجال فيه للشك، أنّ لفظ الحفيد الوارد في نص (المادة 169) يستوعب ولد البنت (نكرا كان أو أنثى)، مثله مثل ولد الذكر (نكرا أيضا كان أم أنثى)، وذلك للاعتبارات التالية:

أولاً: القول بشمول لفظ الحفيد لأولاد الذكور وأولاد الإناث، يوافق ما عليه أكثر أهل اللغة. ثانياً: يتماشى مع قواعد أصول الفقه، القاضية بحمل العام على عمومه، ما لم يرد التخصيص. ثالثاً: قول أكثر المفسرين.

رابعاً: يتوافق مع روح القانون، القاضي بتعويض الفئة المحرومة من إرث أصلهم.

خامساً: هو اجتهاد المحكمة العليا الذي استقر عليه حكم القضاء.

سادساً: يحقق العدل والمساواة بين الفروع، سواء كانوا أولاد الأبناء، أو أولاد البنات.. وبالتالي يقضي على الخصومات التي تقع على التركة، نتيجة التفرقة بين من يجمعهم أصل مشترك.

سابعاً: القول باقتصار التنزيل على أولاد الذكور، قول ضعيف الحجة.

ثامناً: يؤدي القول باقتصار لفظ الحفيد على أولاد الذكور، إلى حرمان شريحة لا يستهان بها من الأخذ بحق التنزيل.

رغم استقرار القضاء على تنزيل أولاد البنت، إلا أنّ من الناحية العملية فالموثقون لا يعترفون بتنزيل أولاد البنات، تجسد ذلك من خلال:

الفرع الثاني: الواقع العملي

أولاً: موقف الموثقين

لا تزال هيئة الموثقين متحفظة على تحرير فرائض الورثة، في حالة وجود أولاد البنات، وعليه؛ تحرر الفريضة من دونهم، بناء على عدم استحقاقهم للتنزيل - حسبهم -

هذا الموقف سببه إلزام الموثقين بالمرجعية الفقهية للجزائر، يظهر ذلك في محاولة الغرفة الجهوية لموثقي الوسط، بمراسلة وزارة الشؤون الدينية للاستفتاء حول تنزيل أولاد البنات، وهو

ما تحصلت عليه بمراسلة رسمية، جعلت كسند عند أغلب الموثقين في تطبيق الفرائض التي تحوي أولاد بنت.¹

ثانيا: موقف وزارة الشؤون الدينية:

حسب المراسلة رقم: 17/2002 المؤرخة في: 2002/04/23 الصادرة من مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني، موجهة إلى السيد: نقيب الغرفة الجهوية لموثقي الوسط، كان السؤال كالتالي: هل التنزيل (الوصية الواجبة) تطبق من طرف الموثق مباشرة، إذا توافرت الشروط بمجرد تصريح أحد الورثة؟ أم يحرم الحفدة في الفريضة، ويحيلها على القضاء لتوريثهم بحكم قضائي بعد التحقيق في صحة التنزيل الشرعي، الوارد في التصور المذكور أعلاه؟

الجواب: أيها السائل المحترم؛ يشرفنا أن نتقدم إليك بالأجوبة التالية:

أولاً: هناك قاعدة فقهية تقول أن المدلى إلى المورث، عن طريق الأنثى لا يرث، فما دامت أمه قد ماتت قبل أبيها، فلا يرث ولدها من جده، لأنه ليس مضطراً إلى التنزيل، بحيث لو لم ينزل فهو يرث من أبيه وجده من أبيه.

أما الحفيد الذي هو ابن الابن، فهو وإن لم نورثه مكان أبيه، ولم يرث شيئاً يأخذه من أبيه، فإنه يضيع، وعليه لجأ الأحناف إلى الوصية الواجبة، وهو ما ينص عليه قانون الأسرة في المادة 169، وهو التنزيل الخاص بأحفاد من الأبناء، لا من البنات.

ثانياً: توقف الفريضة إلى أن يصدر حكم القاضي في حق الحفدة، لأنه يملك سلطة التقدير. والله أعلم.

إمضاء مدير التوجيه (د. محمد عيسى)

استناداً لهاته الفتوى وفتوى الشيخ أحمد حماني، صار الموثقون يتفادون تنزيل أولاد البنات مباشرة، في الفرائض التي يحررونها، بل يوجهونهم للقضاء، الذي استقر على تنزيلهم متى ثبتت صحة علاقة القرابة.

¹ محمد زيدان، مرجع سابق، ص 203.

و مع احترامنا لمديرية التوجيه الديني، إلا أنها ليست هي الجهة المخولة لإصدار الأحكام الشرعية، و إنما المجلس العلمي للإفتاء التابع لوزارة الشؤون الدينية هو الجهة الرسمية الوحيدة.

بعد سنوات صدرت فتوى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بتاريخ: 2017/07/10 إجابة عن مسألة تنزيل الأحفاد في الشريعة الإسلامية، بين حصره في أولاد الابن، أو تعميمه على أولاد الابن والبنات على السواء، لكنها لم تأت بكثير جديد، فكانت الفتوى كالتالي:

أولاد: الأحفاد الذين خصتهم قواعد الميراث بنصيب من تركة جدهم أو جدتهم، هم أولاد الابن وإن نزلوا، بشرط عدم وجود أحد من أبناء الجد، سواء كان هذا الابن الموجود أباهم أو أحد أعمامهم، فإن وجد من أبنائه الذكور أحد، فإنهم لا يرثون، سواء كان أبوهم حيا أو ميتا، أما أولاد البنات فهم من ذوي الأرحام، وذوي الأرحام لا يرثون، إلا إذا انعدم أصحاب الفروض والعصبات.

ثانيا: للحاكم تقييد الحكم الشرعي بهدف تحقيق مقصد شرعي، فله إعمال الوصية الواجبة التي يقرها بعض الفقهاء، وللقاضي الفصل في تحديد الأحفاد المستحقين للميراث، عن طريق الوصية الواجبة، لأنه المخول الأول للنظر في القضايا التي تُعنى بالحقوق المشتركة، مثل التركات، وهو الذي يملك السلطة التقديرية.¹

نلاحظ على هذه الفتوى، أنها لا تعتبر أولاد البنات فرعا للوارث، وإنما هم ذوي رحم، ومنه نستخلص أنّ الحفيد حسب اجتهادهم يختص بأولاد الذكور، لكنهم أحوالوا إلى القضاء، بصفته المختص بالنظر في مثل هذه المسائل، من وصايا وتركات، وتحديد المستحقين فيها بناءً على التشريع الصادر من جهة ولي الأمر، فهم بذلك لم يضيفوا شيئا يعول عليه من الناحية العملية، ذلك أنّ القضاء لم يأخذ بهذه الفتوى، مراعيًا أحوال المجتمع، وتحقيق المساواة بين أولاد الأبناء وأولاد البنات.

في ظل بقاء هذا التناقض بين الفقه والقضاء، صار من اللازم وجود حكم واحد موحد متوافق، يزيل الخلاف ويدفع الشقاق، أو تعدّل المادة ذاتها، وذلك بأن يفصح النص القانوني

¹ نص الفتوى نقلا عن أسماء مكي، مرجع سابق، ص 87.

وبصورة جلية عن الحفدة المستحقين للتنزيل، هل هو مطلق الفروع من الجهتين (أولاد الأبناء وأولاد البنات) أي أولاد الظهور وأولاد البطون، أم أنّ الأمر يقتصر على الصنف الأول فقط، وهم فروع الميت من جهة الابن؟ كما هو الحال في سائر التشريعات.

وعلى المشرع إيضاح الحكمة من تشريع التنزيل بجلاء، لأنها لو كانت التعويض؛ فإنّ ذلك يؤدي إلى تضيق نطاق التنزيل، فلا يشمل بذلك أولاد البنات، باعتبارهم من ذوي الأرحام، وهم بذلك لم يفهم شيء عن طريق الميراث، حتى يعوضوا عنه بطريق التنزيل، ولو كانت الحكمة من التنزيل الاحتياج؛ لدخل في استحقاقها أولاد البنات أصالة، خاصة مع ترجيحنا أنّ التنزيل من باب الوصايا، وهو باب خير و صدقة، ليتمكن كل من فاته خيرا أن يتداركه عن طريقها، فيتسع بذلك مجال تطبيقه.¹

المتأمل في مواد التنزيل، يستشف منه أنّ الباعث من تشريع التنزيل هو التعويض بدرجة أولى، حسب (م169)، لكن رغم ذلك، فإنّ شدة الاحتياج هي الأخرى لها مكانتها في تشريع نظام التنزيل حسب المادة (م172)، وهو ما يدل أنّ المشرع قد مزج بين المعيارين.²

المستحقون للتنزيل بين الفقه والقانون:

القائلون بإيجاب الوصية شرعا، جعلوا ذلك عاماً في الأقارب غير الوارثين، ولم يخصّوه بأحفاد المتوفى كما ذهب إليه قانون الوصية المصري، الذي امتدت منه باقي القوانين الوصية الواجبة - التنزيل - واستند القائلون إلى أقوال من أوجب الوصية من السلف وإلى قول ابن حزم، والحق أنّ المتقدمين من السلف لم يقصروا الوصية على الأحفاد، والدافع الذي ذكرته المذكرة التفسيرية لا يقتصر تحققه على الحفدة، خاصة أنّ الدليل الذي استندوا إليه لوجوب الوصية لا يخصّص الأحفاد، ولأنّ قصرها عليهم ينفي وجوب الوصية للوالدين غير الوارثين، مع أنهما مذكوران بالنص في آية الوصية³!!

فلفظ الأقربين عام يشمل الأحفاد والإخوة وأولادهم، وكذا الأعمام والأخوال وأولادهم، وغيرهم من الأقارب، فتخصيصه بالأحفاد مخالفة للآية.

¹ يامنة حواسي، مرجع سابق، ص 216.

² أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 128.

³ مهند فؤاد ستيتي، مرجع سابق، ص 219.

وقصر القانون للمستحقين للتنزيل على الأحماد دون غيرهم من الأقارب، ليس لهم في ذلك حجة، ثم قد يفهم منه أن هذا مذهب ابن حزم رحمه الله، والحق أن هذا ليس مذهب، فهو لم يخص الوصية بالأحماد، بل تكون لجميع الأقارب غير الوارثين، ويوجب على الموصي أن يوصي لثلاثة من أقاربه على الأقل، لأن هذا هو أقل الجمع.

ومن المؤاخذات التي يمكن نكرها على اقتصار قانون الأسرة على الأحماد دون ما سواهم من الأقارب، أنه قد يوجد من الأقارب غير الوارثين من لا يقل حاجة عن الأحماد، وهؤلاء لم يعتبرهم قانون الأسرة.

مثال: إذا مات رجل عن (أم، اخوة لأم، الجدة - أم الأب -) فإن الجدة في هذا المثال محبوبة بالأم، وقد تكون محرومة لا عائل لها.

وقد أجاب المؤيدون للتنزيل عن ذلك بقولهم:

1/ أن تخصيص الأحماد بالتنزيل دون غيرهم؛ إنما هو لقوة صلة القرابة بين الأحماد والميت، فضلا عن ضعفهم وشدة احتياجهم للتزاحم عن غيرهم.

2/ القول أن حصر التنزيل بالأحماد لم يقل به أحد، لا نسلم به على الاطلاق، فإذا علمنا أن القول بوجود الوصية للأقربين مذهب الظاهرية، وكثير من التابعين والفقهاء، نستنتج أن المؤيدون للتنزيل لم يخرجوا عن الإطار العام، بل أدخلوا على هذا المذهب تعديلاً بالتخصيص، فقصروه على الأحماد دون غيرهم من سائر الأقربين، وبهذا التعديل تظهر الشخصية الفقهية والقانونية التي جمعت بين المذهبين في استقلالية فريدة، تؤكد إعلاء المصلحة فوق التبعية المذهبية، حيث ترك المؤيدون للتنزيل مذهب الجمهور الذي يرى استحباب الوصية لغير الوارثين مطلقاً، فاستثنى منهم الأحماد وأجرى عليهم مذهب المخالفين، كما ترك مؤيدوا التنزيل المذهب المقابل للجمهور القائل بوجود الوصية للأقارب غير الوارثين مطلقاً ووافقهم على حق الأحماد.¹

¹ سعد الدين الهلالي، الوصية الواجبة 3، مقال منشور في صحيفة اليوم السابع على الويب بتاريخ 2014/12/02، تم

الإطلاع عليه يوم: 2020/04/05، <https://www.youm7.com/>

3/ ولأنّ حالات حرمان الأحماد تكررت بها الشكوى، تدخل المشرع وقصر التنزيل على الأحماد، وهذا من باب معالجة الحالة الأكثر شيوعا، والأكثر استهجانا في مجتمعنا المعاصر.¹

4/ اقتصار القانون على الأحماد؛ سنده القاعدة الفقهية (أنّ لولي الأمر أن يقيد المباح) بما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته، فالمستحب يصير واجبا إذا اقترن بأمر من تجب طاعته، فجعل للأحماد حصة أصلهم على أنه وصية واجبة فقهاً وقانوناً.²

وأجيب على هذا بأنّ فرض الوصية الواجبة ليست من الأمور المباحة، وعليه فتدخل ولي الأمر ينشئ حكماً شرعياً، وقد يعدّ تدخله محظوراً، لاقتطاعه جزء من حق الورثة، الذين تحصلوا عليه بكتاب الله تعالى³، إذ يمكن لولي الأمر أن يأمر بالوصية للأقارب غير الوارثين، والفقراء منهم، دون تغيير لأحكام الميراث الثابتة شرعاً.

المطلب الثاني: شروط استحقاقهم وفق قانون الأسرة

يُفيدنا تحديد طبيعة نظام التنزيل في معرفة الشروط التي يتعين تطبيقها، أهى الشروط المتعلقة بالميراث أو الوصية؟ نظراً للتباين بينهما، حيث يشترط الفقه الإسلامي العقل والبلوغ والإسلام لصحة الوصية⁴، غير أنّ المشرع الجزائري نصّ على صحة الوصية مع اختلاف الدين⁵، خلافاً لما هو مقرر في نظام الإرث، كذلك الشأن بالنسبة لخلو الحفيد من موانع الإرث الأخرى، إضافة إلى الشروط الخاصة به كنظام مستقل.⁶

لو سلطنا هذا المسلك لطل بنا الكلام، وعليه سنكتفي بالشرح الوجيز للشرائط التي نصّ عليها المشرع من خلال قانون الأسرة، وقد قسمناها إلى فرعين أحدهما خاص بشروط الأصل، والآخر بشروط الفرع المستحق للتنزيل.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالأصل

¹ مهند فؤاد ستيّتي، مرجع سابق، ص 213.

² العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص ص: 346، 347.

³ أحمد حجي الكردي، مرجع سابق، نقلا عن ابراهيم راشد الشريقات، مرجع سابق، ص 156.

⁴ راجع وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7458 وما بعدها.

⁵ المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري " تصح الوصية مع اختلاف الدين ".

⁶ محمد بشير، مرجع سابق، ص 269.

الشرط الأول: أن لا يكون الجد أو الجدة، قد أعطيا للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل (م171)، والمقصود: عدم منح الأصل لهم هبة أو وصية في حياته.

ومثالها: أن يهب الجد بلا عوض للأحفاد مقدارا محددًا من المال، يساوي المقدار الواجب لهم بالتنزيل، أو أن يبيعهم بيعا صوريا بلا ثمن، أو يوقف لهم في حياته عينا يستفيدون من منافعها على التأييد، مقدار منافعها يساوي أو يزيد عن حصتهم بالتنزيل.¹

ويلاحظ أنّ القانون لم يحدد فيما لو أنّ الجدّ أعطى للأحفاد في حياته أقلّ ممّا يستحقونه بحكم هذه الوصية، هل ينزلون بمقدار ما يتم به نصيبهم؟ إلاّ أن شراح القانون والفقهاء تولوا تفصيل هاته النقطة، وميزوا بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى: وهي ما إذا كانت هذه الوصايا أو العطايا تعادل نصيب مورثهم، فهنا لا حديث عن التنزيل، وذلك أنّ العلة والحكمة التي من أجلها قيل بالتنزيل قد تحققت بإرادة الجد نفسه.²

الحالة الثانية: يكون فيها مقدار الأصل المتوفى أكبر من ثلث التركة، فهنا تكون أسهم الحفدة ثلث التركة فقط، وما زاد عليه لا يدخل في التنزيل، حتى ولو كان المتوفى قد أوصى به للمستحقين له، فإن وصيته بما زاد تكون وصية اختيارية، ولو أعطى لهم الورثة من تلقاء أنفسهم كان ذلك هبة لهم.³

الحالة الثالثة: إذا كانت هذه الوصايا أو العطايا أقل من نصيب مورث المنزلين، ففي هذه الحالة يكون التنزيل بما نقص من النصيب فقط.⁴

والمقصود أنّ التبرع أو العطايا إذا كان أقل من مناب مورثهم في تركة الجد، وجب تكملته من التركة، وفي هذه الحالة يجب على القاضي ندب خبير لتقويم المنابات، والمقارنة بينها من حيث القيمة، خاصة إذا كان عقارات، إلاّ أنّ التساؤل الذي يثور هنا هو: هل تقدير قيمة مناب ما ورثه الأحفاد من والدهم أو والدتهم - وليكن عقارا مثلا - يكون على أساس سعره وقت وفاة

¹ عيسى معيزة، مرجع سابق، ص 97.

² محمد محدة، مرجع سابق، ص 302.

³ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفقا لقانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 474.

⁴ محمد محدة، مرجع سابق، ص 302.

الأب - وهو تاريخ انتقال التركة إليهم - أم عند قسمة تركة الجد؟ وهي من بين الاشكالات التي تطرح على القضاة، ولها طابع تقني.¹

الشرط الثاني: أن يكون والد الأحفاد في حياة الجد أو الجدة مستحقا للميراث، وغير ممنوع منه، أما إذا قام به مانع من موانع الإرث كالكفر مثلا، فالتنزيل لا يجب لأولاده، لأنهم لم يفهم شيء حتى يعوضوا عنه، وهذا الشرط نصت عليه (م 135) من قانون الأسرة²، وهذا الرأي يتماشى مع القول بأن الحكمة من التنزيل هي تعويض الأحفاد عما فاتهم من أصلهم لا الاحتياج³. مع هذا فإنه إذا أوصى لهم الميت بشيء استحقوه على أنه وصية اختيارية، وطبقت عليهم أحكامها، وهذا الشرط غير مشار إليه لا من قريب ولا من بعيد في قانون الأسرة الجزائري.

والقانون إذا صمت عن حكم هذه المسألة، وجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، و القواعد التي تحكم الوصية الواجبة، وعليه نجد أنها تثبت للأقارب والوالدين غير الوارثين لأي سبب من الأسباب.⁴

فالمعتبر في استحقاق الإرث هو صلاحية الوارث في ذاته لخلافة المورث في ماله، دون النظر إلى الوساطة بين الوارث و المورث، فلو أن مسلماً مات عن ابن ابن مسلم فإن هذا الأخير يستحق الإرث من جده، ولو كان أبوه كافراً، فإذا كان هذا في الميراث المتفق عليه شرعا وقانونا، فمن باب أولى قول ذلك في الوصية الواجبة التي هي محل اجتهاد واختلاف.⁵

¹ عيسى معيزة، مرجع سابق، ص 97.

² نصت المادة على أنه يمنع من الميراث: - قاتل المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا - شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه - العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

وقد أضافت المادة 222 من قانون الأسرة إضافة إلى كل شرط لم ينص عليه القانون وتناولته أحكام الشريعة الإسلامية.

³ يامنة حواسي، مرجع سابق، ص 206.

⁴ محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، د ر ط، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2009، ص 110.

⁵ زوييدة أقروفة، مرجع سابق، ص 442.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالأحفاد

الشرط الأول: أن يكون الفرع مستحقاً للميراث في تركة المتوفى (جداً كان أو جدة) يقصد بعبارة الاستحقاق للميراث: أن يكون الفرع محجوباً بمن هو أعلى درجة، كأن يُحجب ابن الابن بالابن، أو تستغرق التركة ولا يرث منها شيئاً، (م171).

فإذا كان وارثاً ولو قليلاً، لا يجب له التنزيل.¹

مثال: توفى عن (أب، أم، بنتين، ابن ابن مات أصله في حياة مورثه)، فتكون الأنصبة والسّهام كالآتي:

الورثة	6
أب 6/1	1
أم 6/1	1
بنتان ب.ت. ذ م ح أ ابن ابن	4

فابن الابن ليس محجوباً، لعدم وجود من يحجبه وهو الابن، فهو يرث باقي التركة بعد أصحاب الفروض، لكن بسبب استغراق التركة لم يرث شيئاً، بينما لو كان والده حياً لأصاب شيئاً من الميراث، والحل في هذه الحالة يكون كالآتي:

سيكون للابن لو كان حياً سهماً من أصل ستة، فالفرق واضح بين المسألتين²

وإن كانوا وارثين فإنهم لا ينزلون، مهما كان نصيبهم من الإرث، لأنّ التنزيل يثبت للفرع تعويضاً له عمّا يفوت أصله من ميراث جده أو جدته، ولما كان وارثاً لم ينل بالتنزيل.³

مثال: توفى وترك (زوجة، أم، ابن ابن).

للزوجة: الثمن (8/1) فرضاً، لوجود الفرع الوارث/الأم: السدس 6/1 فرضاً لوجود الفرع الوارث.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 473.

² فتحة بشور، مرجع سابق، ص ص: 129، 130.

³ محمد صبحي نجم الدين، محاضرات في الموارث والتركات والوصايا، ط2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص 72.

ابن ابن: له ما بقي تعصيباً.

أمّا لو توفي شخص وترك: (بنتاً، ابن بنت، زوجة، أخ شقيق)، ومبلغاً من المال قدره 48000 دج فهنا يكون التنزيل لابن البنت منزلة البنت الصلبية المباشرة، وهذا لكون ابن البنت غير وارث أصلاً، وعليه فإنّ: . للزوجة: الثمن 8/1 لوجود الفرع الوارث المؤنثة.
. البنت وابن البنت الثلثان 3/2 فرضاً بينهما.

. الأخ ش: له الباقي تعصيباً.¹

وما يمكن استخلاصه من هذا الشرط أنّه يوافق ويتمشى تماماً مع الحكمة التي من أجلها شرع التنزيل بهذا الشكل، وذلك أنّ المشرع الجزائري في قانون الأسرة كما بينا، جعل من التنزيل تعويضاً في هاته الحالة عن الحرمان من الميراث، بسبب موت الأب أو الأم قبل موت الجد أو الجدة أو معاً.²

ويثار تحت هذا الشرط اشكال قيام مانع بالحفيد- دون مورثه - يمنعه من استحقاق الوصية الواجبة؟

اتفق الجميع أنّ المانع إن كان قتلاً وعدواناً، قائماً بواحد من الحفدة، فلا يستحق التنزيل، سواء كيفناه ميراثاً أو وصية، لأن القانون يمنع قاتل المورث من الميراث (م135) ق.أ.ج وقاتل الموصي (م188) ق.أ.ج، أما لو كان المانع اختلاف الدين فالأمر فيه تفصيل.

إذا كيفنا التنزيل وصية فالوصية تصح للمخالف في الدين شرعاً وقانوناً م200 ق.أ.ج وهو الرأي الأقوى لأنّ ابن حزم يوجبها لمن حرّموا من الميراث بسبب الكفر أو غيره، ولأنّ هذه المخالفة المانعة من الميراث هي سبب القول بالوصية إذا عدنا لتأصيلها الفقهي، وإذا كيفناه ميراثاً فلا يستحق الفرع التنزيل، لأنّه لا يستحق شيئاً من تركة مورثه الأول، فما بالك أن يأخذ

¹ محمد محده، مرجع سابق، ص ص: 300، 301.

² أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 168.

حصة مورثه من أصله الجد أو الجدة ، وما يمنع من الإرث يمنع الوصية الواجبة لأنها تأخذ حكمه.¹

الشرط الثاني: أن تكون أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حياً في حدود الثلث (م170)

فالقانون جعل مقدار الوصية الواجبة هو ما كان يستحقه الفرع المتوفى لو بقي حياً، حتى مات أصله، في حدود ثلث التركة، وعلى هذا كان مقدار الوصية الواجبة هو الأقل من الثلث وممّا كان يستحقه هذا الفرع .

وإنما اقتصر قانون وجوب الوصية على الثلث، لأنّ مجال تنفيذ الوصايا شرعاً جبراً على الورثة هو ثلث التركة، فلا تنفذ الوصية فيما زاد عليه إلاّ بإجازة الورثة.

وسنتكلم عن مقدار التنزيل أكثر تفصيلاً في المبحث الثالث الخاص بمقدار التنزيل.

الشرط الثالث: أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من مورثهم (الأب أو الأم) ما لا يقل عن منابه من تركة الجد أو الجدة (م172 ق.أ.ج)، على أن يكون مقدار التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين (م2/172 ق.أ.ج)، لأنّ الهدف من التنزيل هو تقادي وقوع الأحفاد في حالة فقر واحتياج، وعلى هذا فإن ورثوا من أبيهم أو أمهم، ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، فإنهم لا يستحقون التنزيل بقوة القانون.

أمّا إذا كان النّصيب الذي آل إليهم بموجب الميراث من أبيهم أو أمهم، أقلّ من مناب مورثهم فإنهم يستحقون التنزيل في حدود الجزء المكمل لنصاب مورثهم، دون أن يتجاوز الثلث.²

وأكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها (ملف رقم 403828 بتاريخ 2007/11/14) جاء فيه: " .. ويتجلّى من خلال مضمون هذا القرار: أنّ القضاء ساير التشريع في ثبوت هذا الشرط، ومن ثمّ يتعين التأكّد من أنّ الحفدة قد ورثوا من أصلهم ما يقل عن حصته من تركة الجد أو الجدة".³

¹ زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص442.

² لحسن آث ملويا، مرجع سابق، ص 47.

³ مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2007/11/14، ملف رقم: 403828 ، العدد 1، 2011، ص243.

وهذا الشرط انفرد به المشرع الجزائري، حيث أنّ نص (المادة 172): " أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو وأمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه ". فتدل عبارة مالا يقل عن نصاب مورثهم من أبيه أو أمه، على ضرورة التنزيل في حال كان ما ورثوه أقل ممّا يستحقونه بالتنزيل، وذلك بمفهوم المخالفة.

ونجد أنّ هذا الشرط يتماشى مع منطق التنزيل والحكمة منه، المتمثلة في تجنب الفقر والعيالة للورثة، الذين حجبوا من ميراث جدهم بسبب وفاة أصلهم، في حياة جده أو جدته، فإن لم يكونوا واقعين في هذا الفقر، بأن ورثوا من أصلهم مقدار ما يستحقونه بالتنزيل فلما تنزّلهم؟¹

إضافة إلى الشروط العامة للميراث، الواجب توافرها في الفروع المستفيدين من التنزيل، والمتمثلة في حياة الوارث ووفاة المورث، وعدم وجود مانع من موانع الميراث، سواءً في جانب الفرع أو أصله الذي مات في حياة جده، فإنّه لا بد من توفر مجموعة من الشروط حتى يستفيد الفرع من التنزيل.²

كما اعتبر الأستاذ أحمد حجي الكردي الوصية الواجبة بالشروط المتقدمة تبرع، و لم يقل أحد بوجود التبرع على الحي، فكذلك على الميت لعدم الفارق المؤثر.³

شروط استحقاق التنزيل بين الفقه والقانون:

1/ اشترط المشرع أن يكون المستحق للتنزيل فرعاً للميت، وهذا التقييد والحصر مخالف لإطلاق الشريعة الإسلامية التي تشمل الأقارب، إذ قد يكون فيهم من هو أولى من الحفيد، ففي عديد من الحالات يكون الأحماد أغنياء وأعمامهم فقراء، والقانون في هذه الحالة يعطي الأحماد جزءاً من التركة تحت مسمى (الوصية الواجبة أو التنزيل) !! مع أنّ أعمامهم أولى بهذا المال منهم، ولأنهم أقرب إلى الميت ولحاجتهم إليه، وهذا ما يجرنا للحديث عن نقطة أخرى وهي:

2/ شرط الفقر والحاجة الذي اشترطه الفقهاء؛ لم يذكره المشرع الجزائري أصلاً وكل التشريعات العربية، إذا ما استثنينا المشرع اليمني.¹

¹ فتحة بشور ، مرجع سابق، ص 131.

² المرجع نفسه، ص 128.

³ أحمد حجي الكردي، الوصية الواجبة، مرجع سابق، ص 156.

فهب أنّ الأحفاد كانوا أغنياء، بسبب ما تركه لهم والدهم من الثراء مثلاً، وأعمامهم كانوا من الفقراء، ويترك الجد قليلاً من المال، فدخلوا الأحفاد ضمن المستحقين لتركته الجد من جهة التنزيل سيقبل من نصيب أعمامهم، الذي هو قليل بالأصل، والنتيجة أنّ أخذهم لهذا المال لا ينسجم مع علة تشريع الوصية الواجبة².

وقد يستغني الحفدة عن نصيب أصلهم من جدهم أو جدتهم بالتكسب والسعي والتجارة، فلا وجه حينذاك لمزاحمة الأقربين درجة لأصل مورثهم " الأعمام والعمات والأخوال والخالات " لانتفاء العلة والمقصد من تنزيلهم، خاصة على مذهب من يرى العلة في القول بالتنزيل هي الحاجة³.

فلا يعقل منحهم التنزيل وهم أغنياء!! لأنّ ذلك يتنافى مع روح التنزيل الذي أتى به التشريع، وهو رفع الغبن عن الفروع، إلا أنّ اشتراط عدم إرثهم من أبيهم أو أمهم نصيباً معيناً (م172)، وكذا شرط عدم إيذاء الجد أو الجدة لهم (م171)، فيهما دلالة على أنّ تشريع التنزيل هو الحاجة والعوز⁴.

3/ كثرة التركة ؛ وهذا القيد شرط كما هو ظاهر عند الفقهاء، والقانون أهمل هذا الشرط وأعطاهم جزءاً من التركة، سواء ترك الميت ما لا كثيراً أم قليلاً، على غرار المشرع الجزائري وغيره من التشريعات، عدا المشرع اليمني كما سبق بيانه⁵، فلا يعقل أن يزاحم الأقارب أو الحفدة الورثة في المال اليسير.

4/ القول بحرمان الحفدة من الميراث لمانع لصق بأصلهم ليس بسديد، لأننا لسنا بصدد الميراث أو عدمه، بل في صدد تطبيق آية الوصية، البعيدة كل البعد عن قواعد الميراث.

¹ نصت المادة 259 من قانون الأحوال الشخصية اليمني ما يلي: " إذا توفي أي من الجد أو الجدة عن ولده أو أولاده الوارثين وعن أولاد ابن أو أبناء الأبناء ما نزلوا وكانوا فقراء وغير وارثين لوفاة آباتهم في حياته وقد خلف خيراً من المال ولم يقصدهم فيرضخ لهم مما خلف بعد الدين " .

² مهند فؤاد ستيّتي، مرجع سابق، ص 210.

³ زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص 443.

⁴ المرجع نفسه، ص 424.

⁵ المادة 259 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، سبق ذكرها قريباً قبل هاته الصفحة.

وبالتالي لا يجوز تطبيق أحكام الميراث على التنزيل، لأنه بذلك يعطل العمل بأية الوصية.¹ فضلا على هذا؛ فما ذنب الأحفاد في منعهم من التنزيل بسبب مانع في أصلهم؟!، فذلك تحميل لهم لتصرف لم يكن لهم فيه لا حول ولا قوة، والله تعالى يقول: « ولا تزر وازرة وزر أخرى» الأنعام/ 164.

لذا فالصحيح أنّ قتل الأصل لمورثه، واختلاف الدين عنه، لا ينبغي أن يكون مانعاً مؤثراً في استحقاق الفرع للتنزيل، باعتبار أننا بصدد وصية بقوة القانون ولسنا بصدد الميراث.

المبحث الثالث: مقدار التنزيل واستخراج النصيب

المطلب الأول: مقدار التنزيل

تنص (المادة 170) من ق أ ج على ما يلي « أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة ».

من خلال هذه المادة يتضح أنّ مقدار التنزيل يندرج تحته شرط واستثناء:

1/ فالشرط: أن يكون مقدار التنزيل مساويا لنصيب الأصل.

2/ والاستثناء: أن لا يتجاوز مقدار الحفدة الثلث.

الفرع الأول: تساوي مقدار التنزيل لنصيب الأصل

معنى هذا أنّ مقدار التنزيل هو نفسه حصة أصل الفرع في حياته ، حيث أنّ القانون حين أوجب التنزيل، جعله عوضا عما فات الأحفاد من إرث أصلهم الذي مات قبل مورثه، فقدّر له قدرًا معلومًا حتى لا يكون مثار نزاع بين هؤلاء وبين الورثة²، وعليه فالحفدة ينزلون منزلة أصلهم، في أخذ حصته المقدره شرعاً، على افتراض بقاءه حيا أثناء موت مورثه³، ذلك لأنّ

¹ شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص: الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010م، ص 203.

² أسماء مكي، مرجع سابق، ص 85.

³ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 158.

التنزيل ليس مغنماً، وإثماً هو علاج جيء به لغرض دفع ذل الحاجة والمسألة من جهة، وإيجاد نوع من العدل بين أفراد الأسرة الواحدة في التوزيع من جهة أخرى.

و القانون عندما نصّ على هذا الشرط في (م 170 من ق أ ج) بين بأن يأخذ المُنزّل ما كان يأخذه أصله لو كان حياً دون زيادة.¹

و في هذا التقدير إشارة إلى أنه ليس ميراثاً خالصاً، لأنّ الشارع حرّمهم منه، وإثماً هي وصية وجبت عوضاً عن الميراث الذي فاتهم.²

الفرع الثاني: مقدار الحفدة في التنزيل لا يتجاوز ثلث التركة

واضح من نص (المادة 170 ق أ ج) أنّ أنصبة المستحقين في التنزيل لا تتعدى ثلث التركة، فإذا كان مجموع أسهم أصول المستحقين، يساوي ثلث التركة، أو أقل، كان هو مقدار أسهم الأحفاد.³

إنّ عدم الزيادة عن حظ المورث، تقتضيه قواعد الميراث العامة، ذلك لأنّ الأحفاد أصلاً أدلوا إلى المورث وهو الجد و الأب، فلا يعقل أن يكون لمن أدلى بشخص نصيباً أكثر ممن أدلى به.

. فإذا أوصى المورث لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه، كانت الزيادة وصية اختيارية، فإن أجازها الورثة نفذت، وإن ردها بطلت، وإن أجازها البعض وردها البعض نفذت في حق من أجاز.

. وإن أوصى لمن وجبت له الوصية بأقل مما كان يستحقه من والده لو كان حياً، كمل له نصيبه الذي يستحقه (وهنا نكون بصدد وصية واجبة).

. وإذا لم يوص لهم بشيء، وجب لهم مثل نصيب أصلهم، ما دام في حدود الثلث⁴

¹ محمد محدة ، مرجع سابق، ص ص: 296،297.

² أسماء مكّي، مرجع سابق، ص 85.

³ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 474.

⁴ محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق ص 230.

فالتزويل يقدر بالأقل من القدرين، أي الميراث الذي كان يستحقه الفرع الذي توفي في حياة أصله والثلث، فإن كان الميراث هو الأقل قَدِّرت به، وإن كان الثلث هو الأقل قَدِّرت به¹.

فإذا توفي رجل عن: (ابنين، وابن ابن) مات في حياة المورث، فمقدار الوصية الواجبة لابن الابن الثلث، نصيب أصله لو كان حياً وقت وفاة المورث.

ولو توفي عن: (ثلاثة أبناء، وابن ابن توفي في حياة المورث) فالوصية الواجبة تكون بمقدار الربع ($\frac{1}{4}$) الذي هو نصيب الأصل لا بمقدار الثلث.

ولو توفيت امرأة عن: (بنت، وأولاد بنت ماتت في حياة أمها المورثة)، فالوصية الواجبة لهؤلاء الأولاد تكون بمقدار الثلث لا النصف، الذي هو نصيب أمهم لو كانت على قيد الحياة، فيقتسمون الثلث قسمة الميراث فيما بينهم.

ولو توفي شخص عن: (ابن، وبنيتين، وبنت ابن) استحققت بنت الابن وصية واجبة بمقدار حصة أبيها لو كان حياً، وهو هنا الثلث، فتأخذ بنت الابن الثلث، وتأخذ البنات الثلث، ويأخذ الابن الموجود الثلث.

ولو توفي شخص عن: (ابن، وبنت، وبنت بنت) كان لبنت البنت وصية واجبة تعادل حصة أمها لو كانت على قيد الحياة، وهو الربع ($\frac{1}{4}$) ، وتأخذ البنت الصلبية الربع ($\frac{1}{4}$) والابن النصف ($\frac{2}{1}$).²

وهذا الحكم ينطبق أيضاً إذا أوصى صاحب التركة لبعض المستحقين وترك الآخر، فإنه يعطى لمن تركه نصيبه في الوصية كاملاً من باقي الثلث، إن كان فيه متسع لذلك، وإن لم يكن باقي الثلث كافياً كمل نصيبه لما أوصى به لغيره.³

ينظر أيضاً: العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 474.

¹ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 180.

² ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، مذكرة تخرج لاستكمال شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008، ص ص: 64 ، 65.

³ أسماء مكي، مرجع سابق، ص 85. وذلك ما قرره المشرع المصري في قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 المادة 77.

مقدار التنزيل بين الفقه والقانون: فقهاء الشريعة المؤيدين للوصية الواجبة لم يحصروا مقدارها بنصيب الأصل على أن لا يتجاوز الثلث، كما فعل مشرعوها، وإنما جعلوا مرد ذلك التصرف للهالك أو الوصي أو الورثة، فيوصي بما جادت به نفسه وطاب به خاطره، على أن يكون موافقا للعرف، بضوابط العدل والإنصاف، الذي ينفع الموصى له ولا يضر بالورثة.

قال القرطبي: " ذهب طائفة أن هذا واجب، في أن يعطي الورثة لهذه الأصناف، ما طابت به نفوسهم، كالماعون والثوب وما خفّ، وحكى هذا القول ابن عطية والقشيري.¹"

يقول ابن كثير: " يُرضخ لهم شيء من الوسط، يكون برا بهم وصدقة عليهم، وإحسانا إليهم، وجبرا لكسرهم²."

حتى ابن حزم لم يقدر الحد الأدنى للوصية الواجبة، وترك أمر تقديرها إلى الميت والورثة والوصي، وذلك نزولاً عند إطلاق الآية الكريمة.

المطلب الثاني: استخراج النصيب

الفرع الأول: طرق استخراج النصيب

قانون الأسرة الجزائري لم يضع طريقة محددة يتم من خلالها استخراج نصيب التنزيل، لذلك لا بد من ذكر الطرق التي وضعها الفرضيون المعاصرون، مع بيان أفضل طريقة وأسلمها.

الطريقة الأولى:

وتتمثل في إعطاء المستحق للتنزيل مثل النصيب الذي كان سيأخذه أصله، فيما لو بقي حياً إلى ما بعد موت مورثه، وذلك باتباع الخطوات التالية:

. إدخال الأصل الذي توفي في حياة مورثه، في عملية تقسيم التركة.

. تقسيم التركة على الجميع (الأحياء والأموات)، بشرط استحقاق الإرث.

¹ القرطبي، مرجع سابق، ج6، ص83.

² ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج2، د ر ط، الرياض: دار طيبة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، سورة النساء، الآية 08، ص 221.

. يُنظر إلى نصيب الميت الذي فرض في عملية تقسيم التركة، فإن كان أكثر من الثلث، ردّ ما زاد عن الثلث إلى الورثة.

. يطرح مقدار التنزيل من أصل التركة، ويوزع الباقي على الورثة، حسب فرائضهم الشرعية.

مثال: توفي عن زوجة، ابن، بنت ابن وترك 240 دينار.

. الزوجة: $8/1$ الثمن فرضا، لوجود الفرع الوارث.

الباقي تعصيبا للذكر مثل حظ الأنثيين.

الابن وبنت الابن المنزلة: الباقي تعصيبا (ذ م ح أ)

ومن ثم نقسم أصل التركة على أصل المسألة: $30 = 8/240$.

فيكون أنصبة الورثة كالتالي:

. الزوجة: $30 = 30 \times 1$ دينار.

. الابنين: $210 = 30 \times 7$ دينار.

وبعد قسمتها على الابن وبنت الابن المنزلة، تحصل بنت الابن على 105 دينار وهي أكثر من الثلث، فيرد إلى الثلث وهو 80 دينار، وهي مقدار التنزيل ونصيب بنت الابن المنزلة.

ومما انتقد على هذه الطريقة، أنها تتعارض مع إرادة المشرع من التنزيل والغرض منه، وهو تعويض الحفدة عمّا فاتهم من تركة أبيهم، وهذا الحل من شأنه إثارة المشاكل في الأسرة الواحدة

باعتبار أنّه عامل الحفدة بأن لهم حق في الميراث، بينما هو وصية بقوة القانون، واستنادا إلى ذلك رفض الفرضيون وفقهاء الشريعة المتأخرين هذا الحل.¹

الطريقة الثانية:

وفيها يفرض المنزل مثل نصيب أحد الورثة، لأن القانون فرض أنه إذا كان يوجد ابن متوفى في حياة أبويه فإن نصيبه كنصيب أخيه.

أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 202. بتصرف.¹

مثال: توفيت امرأة عن (زوج، ابن، بنت ابن توفي والدها) وتركت 360 هكتار.

4	اصل المسألة / الورثة
1	الزوج
3	الابن والبنت
2 للابن	
1 للبنت	

. الزوج: $\frac{1}{4}$ الربع فرضا لوجود الفرع الوارث.

. الابن والبنت: ب ت. ذ م ح أ

ثم تمنح بنت الابن مثل نصيب الابن 2.

ثم يضاف سهم الابن المتوفى فتصير المسألة من 6 كما هو موضح على الجدول.

وتصير قيمة السهم الواحد كما يلي: $60 = 6/360$.

فتصير الأنصبة كالتالي: . الزوج: $60 = 60 \times 1$ هكتار /

البنت: $60 = 60 \times 1$ هكتار.

. الابن: $120 = 60 \times 2$ هكتار / بنت الابن المنزلة: $60 \times 2 =$

120 هكتار.

6	اصل المسألة / الورثة
1	الزوج
5	الابن والبنت
الابن 2	وبنت الابن المنزلة
البنت 1	
بنت الابن	
2	

اعتبر البعض أنّ هذه الطريقة هي الأمثل، لأنّ كل واحد من الورثة الآخرين يتحمل الخسارة الناتجة عن أخذ بنت الابن لنصيبها بالتنزيل، ولكونها تتوافق مع قصد المشرع في - حد قوله - في (م 169 من ق أ ج) ، وحسبهم أنّهم بصدد تنزيل منزلة الأصل بقوة القانون، ولسنا بصدد وصية بقوة القانون.¹

لكن يلاحظ من خلال هذا الحل أنّ بنت الابن أخذت مثل

نصيب عمها، وهو مقدار التنزيل بمثل نصيب وارث (120 هكتار)، وأخذت أكثر من نصيب البنت الصلبية، بل أخذت ضعفها!! وهذه الطريقة تكرر الظلم والإجحاف.²

¹ لحسين آث ملويا، مرجع سابق، ص 51.

² رأفت محمود حمبوظ ، مرجع سابق، ص 22.

بل قد تأخذ أحيانا أكثر من حصة أبيها، والتي كان سيأخذها لو كان حيا، وهذا أمر غريب مجاف لقواعد تفسير القوانين.¹

هاته المشكلة نجدها في كل المسائل التي يكون فيها استحقاق الفرع في حياة أبيه أو أمه، لا يتجاوز ثلث التركة إن كان حيا.²

مرد تلك الزيادة وسببها: أنّ نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبر التنزيل وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على الأولاد الموجودين فعلاً، فتكون للواحد حصة كبيرة من السهام يقابلها نصيب كبير من التركة.³

لذا طالب البعض بزيادة شرط في استحقاق التنزيل، وهو عدم تجاوز حصة المُنزّل حصة أقرب وارث إلى الميت، حتى تتفق أحكام التنزيل مع العدالة والإنصاف والمنطق.⁴

الطريقة الثالثة: افتراض الفرع الوارث حياً، وتقسم التركة على فرض وجوده، ويُعطى أولاده نصيبه، ولا يراعى مقدار الثلث.

مثال: توفي عن: (زوجة، ابن، بنت ابن) وترك 240 دينار.

الأنصبة:

8	اصل المسألة / الورثة
1	الزوجة
7	الابن بنت الابن
ب ع	

. الزوجة: الثمن 8/1 فرضا لوجود الفرع الوارث.

. الابن و بنت الابن: الباقي.

فيكون مقدار السهم الواحد بقسمة $8/240 = 30$ دينار.

وعليه يكون:

¹ هشام قبلان ، الوصية الواجبة في الإسلام ، ط1، بيروت: مكتبة الفكر الجامعي ، 1981، ص 61.

² محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، مرجع سابق ، ص 186.

³ أحمد دغيش ، مرجع سابق ، ص 204.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 476.

. زبيدة أقروفة، مرجع سابق، ص 418. وهو ما جاء في المادة 257 السوري، والمادة 267 المغربي.

. نصيب الزوجة: $30 = 30 \times 1$.

. نصيب الابنين: $210 = 30 \times 7$ دينار، وبقسمته عليهما يحصل الابن على 105 دينار، وبنت الابن على 105 دينار.

ويترتب على هذا ظلم وإجحاف بالابن، فكيف تأخذ بنت الابن إرثاً مساوياً له !!؟

كما أنّ هذا الحل في غالبه يلحق الضرر ببعض الورثة، وتحديدًا بالعصبة دون أصحاب الفرض، فهذا الحل لا يتوافق مع الطبيعة القانونية للتنزيل، لاعتبار أنّه من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة.¹

فضلاً على ذلك؛ فإنّ هذا الحل يُعامل الفرع المتوفى على أساس وجوده، ويُعطى حصته على هذا الفرض، والورثة كذلك يأخذون نصيبهم بناء على وجوده، وهذا ما يوقعنا في إشكال حجه لبعض الورثة المستحقين بالنّص كما سيأتي بيانه.

الطريقة الرابعة:

فرض الولد الذي مات في حياة أصله حياً، ثمّ تقسّم التركة على هذا الفرض، لنعرف مقدار ما كان يستحقه، ثمّ نوازن بين هذا النصيب وثلث التركة، ونجعل أقلهما هو مقدار التنزيل، فيعطى لأولاده، ثمّ يقسم باقي التركة على الورثة الحقيقيين، دون مراعاة للتنزيل، وكأنّها تركة جديدة بالنسبة لهم، مع عدم اعتبار للولد المنزل وكأنّه غير موجود نهائياً، حتى يمكن بذلك تقديم الوصايا على الميراث²، وعليه نذكر الفرضيون أن { الحل السليم أن يقسم التنزيل قسمة الميراث، للذكر مثل حظ الأنثيين، وما يخص كل أصل يقسم على فرعه كذلك، لذا لا بد من احترام واتباع الخطوات التالية:

1/ يفرض الولد الذي توفي في حياة أحد أبويه حياً وارثاً، وتقسم التركة عليه وعلى الورثة الموجودين، كما لو كان الجميع أحياء، ليعرف مقدار نصيبه كما لو كان حياً.³

¹ أحمد دغيش، مرجع سابق، ص 201.

² المرجع نفسه، ص 206.

³ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 202.

2/ نخرج هذا المقدار من أصل التركة، إن كان أقل من الثلث أو الثلث، وإن كان أكثر من الثلث نقتصر على إخراج الثلث، ويقسم هذا المقدار على أولاده قسمة الميراث، الذكر ضعف الأنثى.¹

3/ يقسم الباقي على الورثة الموجودين بعد ذلك، من غير نظر إلى الولد الذي فرض حيا، ويعطى كل وارث حقه، كما هو الشأن في قسمة التركات بعد إخراج الوصايا منها.²

وممن رّجح هذه الطريقة الشيخ محمد أبو زهرة،³ و الدكتور أحمد فراج حسين، بل عدّها الطريقة الأوحى فقال " وعلى ذلك لا يوجد لاستخراج مقدار الوصية الواجبة وتطبيقها لنص القانون وروحه إلا طريقة واحدة تتكون من ثلاث خطوات...".⁴ ولهذه الطريقة مرحلتين:

تطبيق المرحلة الأولى:

توفيت امرأة عن: (زوج، بنت، وابن، وبنت ابن توفي أبوها في حياتها)، وترك أرضا مساحتها 360 هكتارا.

20	4	اصل المسألة / الورثة
5	1	الزوج
15	3	الابن والبنت وبنت الابن المنزلة

فللزوج: الربع $\frac{1}{4}$ لوجود الفرع الوارث، والابن والبنت والبنت المنزلة للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون للزوج: 5 من 20 سهم/ وللبنت: 3 من 20 سهم.

وللابن: 6 من 20 سهم/ وبنت الابن المنزلة: 6 من 20 سهم.

360 هكتار / $18=20$ وعليه: الزوج : $18 \times 5 = 80$ هكتار.

البنت: $18 \times 3 = 54$ هكتار / الابن: $18 \times 6 = 108$ هكتار/ بنت

الابن (المنزلة): $18 \times 6 = 108$ هكتار.

¹ أحمد فراج حسين مرجع سابق ، ص202.

² أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص 175.

العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 480.

³ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 211.

⁴ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص202.

المرحلة الثانية:

تتمثل في أن تأخذ بنت الابن المنزلة، محل أبيها المتوفى قبل مورثه نصيبها، ثم يعاد قسمة

بقية التركة ما بين الورثة الباقين، ويكون ذلك كما يلي:

تأخذ بنت الابن المنزلة: ست 06 أسهم من أصل 20 سهم.

وقيمة السهم 18 كما سبق، فتكون الأنصبة $6 \times 18 = 108$ هكتار، وبعدها يطرح سهم بنت الابن من التركة ويكون الباقي: $360 - 108 = 252$ هكتار.

بعدها نقسم الباقي على الورثة الموجودين كما يلي:

الزوج: الربع $\frac{1}{4}$ وهو 63 هكتار.

الابن والبنت: الباقي تعصيبا، وهو 189 هكتار للذكر مثل حظ الأنثيين، فتأخذ البنت: 63

هكتار، ويأخذ الابن: ضعفها وهو 126 هكتار.

وبمقارنة الحلين؛ نلاحظ أن نصيب بنت الابن لم يتغير، على خلاف نصيب الزوج الذي نقص

من 90 هكتار إلى 63 هكتار، على خلاف نصيب الابن الذي ارتفع إلى 126 هكتار، وكذلك نصيب البنت إلى 63 هكتار.

في اعتقادنا الطريقة الأمثل هي الطريقة الأخيرة، باعتبار أن التنزيل من باب الوصايا، ولأنه محدد بالثلث، و تبعا لذلك فإنه من الأصح أن يخرج حق التنزيل أولا من أصل التركة، ثم يقسم الباقي على الورثة.

لأن لو اعتبرنا المنزل وارثا في منزلة مورثه، واكتفينا بذلك وقسمنا الأموال على هذه الكيفية فقط، فإننا نخالف الشرع ونناقضه تماما، وذلك لما يلي:

أولا: القرآن الكريم قدم الوصايا على الميراث، فإذا قدمنا التنزيل نكون قد جعلنا الميراث

والوصايا في مرتبة واحدة، وفي هذا مخالفة للنص، ومن ثم لا بد وأن تحل المسألة حلين.

ثانياً: أننا بهذا العمل قد نحجب أشخاصاً يثبت ميراثهم بنصوص الشرع .

مثال ذلك:

توفي شخص وترك: (زوجة، ست بنات، بنت ابن توفي والدها قبل وفاة مورثه، وأخت شقيقة).

فلو قلنا بتنزيل بنت الابن منزلة الابن وكفى، وحُلَّت المسألة على ذلك، دون أن نجعل مسألتين

لحجبنا الأخت الشقيقة، وهي وارثة بنص الشرع ببنت الابن
المنزلة منزلة الابن، وهي في حقيقتها ساقطة، لأن البنات قد
استنفذن النصيب المقدر للاناات لجهة واحدة وطريق واحد.

تطبيق ذلك:

64	اصل المسألة /الورثة
8	الزوجة
56 14 لبنت الابن	ست بنات + بنت الابن المنزلة منزلة الابن
07 لكل بنت	
0	الأخت ش محجوبة

- الزوجة: الثمن 8/1 فرضاً لوجود الفرع الوارث.

- ست بنات مع البنت المنزلة منزلة الابن: الباقي تعصيباً.

الأخت الشقيقة: محجوبة بالابن المعتبر حياً، والذي نزلت ابنته

منزلته، لأننا نعامل المُنزَّل عند التنزيل كأنَّ المُنزَّل حي تماماً، ثمَّ

يحول نصيبه إلى ورثته، والحل بهذه الكيفية مخالف للشرع

ولقواعد الميراث.¹

والحل السليم هو أن نحل المسألة أولاً؛ فنبين نصيب المُنزَّل، وبعد ذلك نخصمه من كامل

التركة، ثم نحل المسألة ثانية دون تنزيل، وبه نجمع بين التنزيل وعدم حجب من ثبت ميراثه

بنص الكتاب، فيكون الأمر كالتالي:

الزوجة: الثمن 8/1 لوحد الفرع الوارث.

ست بنات: الثلثان 3/2 فرضاً لعدم وجود الفرع الوارث المذكر (المعصب).

الأخت الشقيقة: التعصيب مع الغير لوجود البنات.

محمد محدة، مرجع سابق، ص 206.

نطرح نصيب بنت الابن الذي هو 14 سهماً من أصل السهام 64 سهم.

$$64 - 14 = 50 \text{ ثم نقسم } 24/50 \text{ أصل المسألة} = 2.0833$$

$$\text{الزوجة: } 2.0833 \times 03 = 6.2499$$

$$\text{البنات الست: } 2.0833 \times 16 = 33.3328$$

$$\text{الأخت الشقيقة: } 2.0833 \times 05 = 10.4165$$

24	أصل المسألة / الورثة
3	الزوجة
16	ست بنات
5	الأخت ش (عصبة مع الغير)

ثالثاً: لو قلنا بذلك الحل البسيط للتنزيل، فإننا نكون قد ألقينا الضرر ببعض الورثة، والأصل في الوصايا وما تابعها أن ضررها يلحق كل الورثة، لأنها تخرج من أصل التركة، وعليه كان لزاماً خصم حصة المنزل أولاً، ثم يقسم الباقي بين الورثة جميعاً بعد ذلك.¹

الفرع الثاني: المسائل المشتملة على التنزيل والوصية الاختيارية

قبل التطرق لمسألة تزام الوصايا، وطرق حل المسائل المشتملة على الوصية الواجبة والوصية الاختيارية، لابد أن نشير إلى أنّ المشرع الجزائري لم يذكر هاته المسألة، خلافاً للعديد من التشريعات العربية، على غرار المشرع المصري والمغربي.²

غير أنّ ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهادها، مرعاة الديون الممتازة، وهي الديون الثابتة للخرينة العامة، كالغرامات والرسوم والضرائب³، والنفقة المقررة شرعاً⁴، وحكمت بأفضلية أجور العمّال على جميع الديون، حتى التي تثبت للخرينة العامة⁵، وتُقدم الديون الممتازة على الديون المتعلقة بالأعيان، ثم يأتي بعد ذلك الديون المطلقة، التي تثبت في ذمته على العباد، ثم ديون

¹ المشرع المصري: المادة 68 من القانون رقم 71 لسنة 1946/ المشرع المغربي: المادة 302 من مدونة الأسرة .

² حسب الأستاذ لحسين آث ملويا فإن المشرع الجزائري تأسى بمدونة الأسرة المغربية في مسألة تزام الوصايا ، مرجع سابق، ص 60 وهذا غريب لم أجد سنداً له!!

³ المحكمة العليا، غ م ، قرار مؤرخ في 2002/07/24، ملف رقم: 257484، م ق، 2003، عدد2، ص91.

⁴ المحكمة العليا، غ أ ش، قرار مؤرخ في 1987/02/29، ملف رقم: 44630، م ق، 1990، العدد3، ص55.

⁵ المحكمة العليا، غ م، قرار مؤرخ 1981/11/18، ملف رقم: 21276، م ق، 1989، عدد1، ص215.

الله تعالى، وهذه الأقسام الأربعة تأتي بعد نفقات تجهيز الميت، وهو نفس الترتيب الوارد في نص المادة 180.¹

والملاحظ عدم تطرق المشرع لبيان تقدم التنزيل أو تأخره، إذا اجتمع مع غيره، رغم أنه واجب التطبيق بقوة القانون، وعليه؛ سنرى في ذلك ما جاء في الشريعة الإسلامية، وما قرره مشرعوا الوصية الواجبة وفقهاء القانون.

معنى التزام: هو حالة فعلية وقانونية، تقوم عن تعدد الوصايا، مع عدم كفاية المال المخصص للوفاء بها جميعاً²، أي تتعدد الوصايا ولا يتسع الثلث لها كلها، فإن لم يجزها الورثة، أو أجازوها وكانت التركة لا تتسع لها جميعاً، بحيث يضيق المال عن تنفيذها على الوجه الذي أراده الموصي، ففي هذه الحالة يكون التزاماً.³

والوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا الاختيارية الأخرى في الاستيفاء من ثلث التركة، فإذا استوعب الثلث جميع الوصايا الواجبة والاختيارية نفذت كلها، وإن لم يستوعبها نفذت الوصية الواجبة أولاً ثم بقية الوصايا.⁴

فرغم أن القانون أعطى صفة الوجوب للوصية المتعلقة بالأحفاد اليتامى، والفقهاء الذين اعتبر الوصية الواجبة متعلقة بالديون والودائع، وكل ما يشغل الذمة من حج وزكاة، إلا أنهما اتفقا على وجوب تقديم الوصية الواجبة على سائر الوصايا.

وقد جاء في المذكرة التفسيرية: أن تقديم الوصية الواجبة على الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح الحنبلي عن الإمام أحمد، وما روي عن طاووس أن الشخص الذي توفى وقد أوصى لغير قرابة أنها تؤخذ منهم وترد إلى الأقرب، وفي رواية أخرى عنه يرد إلى القريب ثلثها، ويبقى

¹ العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث، وفق قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 88 ص 96.

² محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، در ط، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1999، ص 167.

³ ريم عادل الأزعر، مرجع سابق، ص 58.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج10، ص7567.

هذا إن أجازها الورثة، فإن لم يجيزوها بطلت الوصية الاختيارية لأن التنزيل استغرق الثلث، راجع العربي بلحاج، الوجيز في التركات والموارث، ص 475.

للموصى له ثلثاها، وكذلك نقل الجصاص في كتاب أحكام القرآن عن طاووس قوله: " ترد الوصية كلها إلى ذوي القرابة " ¹.

لذا فإنّ عامّة أهل الفقه والقانون، يرجحون الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، لكونها مستحقة بقوة القانون، بينما الوصية الإرادية تستحق بإرادة الموصي، والواجب بالقانون أولى بالتقديم من الواجب بإرادة الموصي، ولأنّ تقديم الوصية الاختيارية على الوصية الواجبة نقض لما أوجبه القانون.

وما استدل به القائلون عن ابن مفلح وطاووس، لا يقوى على هذا التقديم، فهما يفيدان تقديم الوصية لذوي القرابة على الوصية لغير ذي القرابة، وليس تقديم ما أَرادَه القانون بتقديم الوصية الواجبة على جميع الوصايا. ²

وإذا نظرنا من زاوية التأصيل الشرعي، والمرجعية الفقهية، فالوصية الإرادية مشروعة بمقتضى نصوص الكتاب والسنة، فهي قطعية الثبوت والدلالة، ومن ثمّ واجبة الاحترام والتطبيق، في حين أنّ الوصية الواجبة مشروعة بموجب قانون وضعي، استند إلى اجتهاد ظني، تبنته ثلة يسيرة من أهل العلم، كابن حزم الظاهري، عارضه الأئمة الأربعة وغيرهم، فهو مضطرب لم يكن محط اتفاق بين أهل الفقه، ومعلوم أنّ الحكم المستنبط من القطعي المتفق عليه، أولى بالتقديم من الحكم المستنبط من الظني المختلف فيه، ³ بموجب هذا قالوا بتقديم الوصية الإرادية عن الواجبة.

ويوجد رأي آخر يرى أنّ الوصية الواجبة تكون في ثلث التركة، فإذا تزاومت مع الوصية الاختيارية في هذا الثلث، طبقت عليها أحكام المحاصة بين الوصايا بالتساوي، وعلى ذلك لا تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، إذا تمّ تكييف التنزيل على أنّه وصية حسب ما يظهر من اصطلاح (المادة 172)، وإذا سلّمنا بذلك فإنّه لا فرق بين التنزيل والوصية الاختيارية، وعليه يجب الرجوع للقاعدة المنصوص عليها في أحكام الوصية في (المادة 194)

¹ نقلا عن أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 199.

² مهند فؤاد ستيتي، مرجع سابق، ص 224.

³ الوصية الواجبة واجتماعها مع الوصية الإرادية والتنزيل وفق مدونة الأسرة، مقال منشور في التجديد يوم 2004/05/12

على الويب، تاريخ الاطلاع: 2020/07/13، الرابط:

<https://www.maghress.com/attajdid/15027>

من قانون الأسرة بقولها: " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان، يكون الموصى به مشتركا بينهما".¹

حل المسائل المشتملة على التنزيل (الوصية الواجبة) والوصية الاختيارية:

لحل ذلك يجب اتباع الخطوات التالية:

الخطوة الأولى: إخراج مقدار الوصية الاختيارية، وطرحه مبدئياً من التركة إذا كان في حدود الثلث، وإلا فالثلث.

الخطوة الثانية: يُقسم الباقي من التركة على الورثة، وعلى فرض حياة المتوفى، لمعرفة نصيبه لو بقي حياً وقت وفاة المورث، وبعد معرفته يُعطى لفرعه إن كان في حدود ثلث التركة كلها، أي بما فيها مقدار الوصية الاختيارية، وإن زاد عنه أُعطى ثلثها جميعاً فقط.

الخطوة الثالثة: يُستنزَل مقدار التنزيل من ثلث التركة، وإذا كان مساوياً له فلا يكون للوصية الاختيارية شيء تنفذ فيه فتسقط، إلا إذا أجازها الورثة، وإذا كان مقدار الوصية الواجبة أقل من ثلث التركة، فإن الباقي منه يُعطى لصاحب الوصية الاختيارية.

الخطوة الرابعة: يُقسم الباقي من التركة بعد تنفيذ الوصيتين، على الورثة الحقيقيين.²

لا بد من القيام بهاته الخطوات، لمعرفة مقدار التنزيل والوصية الاختيارية، لأننا لو قمنا أولاً بإخراج مقدار التنزيل، فإنه يترتب على ذلك أخذ الحفيد الذي توفى والده في حياة جده، أكثر مما كان سيأخذه أبيه بطريق الميراث، وهذا غير منطقي، فلا يعقل أن يزيد الخلف بالتنزيل عن الأصل المستحق بالميراث، بأي حال من الأحوال.³

قال الأستاذ أحمد فراج حسين: " لو لم يخرج مقدار الوصية الاختيارية وي طرح من التركة أولاً، لزم أن يأخذ الفرع الذي وجبت له الوصية أكثر من نصيب أصله، إذا كانت التركة مشتملة على وصية اختيارية، لأن نصيب الأصل لو كان حياً وقت وفاة المورث، هو ما يستحقه في

¹ لحسين آث ملويا، مرجع سابق، ص ص 87 ، 88.

² أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص 206.

³ أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 202.

التركة بعد تنفيذ الوصية الاختيارية في الحد الذي تنفذ فيه، حيث دائماً حق الوصية يقدم على حق الورثة¹.

مثال عن اجتماع التنزيل بالوصية الاختيارية: مات عن: (زوج، أم، ابن، ابن ابن توفي في حياة المورث، وأخت شقيقة موصى لها بثالث التركة) والتركة 360 دج.

الحل: نجد هذه المسألة مشتملة على تنزيل ابن الابن، ووصية اختيارية بثالث التركة للأخت الشقيقة، وواضح أنهما يزيدان على ثلث التركة، فهذا نخرج من التركة ثلثها $120 = 3/360$ دج للوصية الاختيارية، ثم الباقي هو 240 دج نقسمه على الورثة، بمن فيهم الأصل الذي لفرعه التنزيل فتكون:

12	أصل المسألة/الورثة
3	الزوج
2	الأم
7	الابن+ابن الابن المنزل الباقي تعصيباً

للزوج: $1/4$ لوجود الفرع الوارث / الأم: $6/1$

الابن وابن الابن المنزل: ب ع. ذ م ح أ.

240 دج / 12 = 20 مقدار السهم.

وعليه: الزوج: $60 = 3 \times 20$ دج / الأم: $40 = 2 \times 20$ دج.

الابن وابن الابن المنزل: يقترض أن يتقاسما ما تبقى لهما وهو

140 دج / 2 = 70 دج لكل منهما، ولكن لاحتواء التركة على وصية اختيارية فإننا نقوم بـ:

مقدار التنزيل 70 دج نطرحه من ثلث التركة، الذي استخرجناه أولاً وهو 120 دج، فالباقي هو

50 دج نعطيه للأخت الشقيقة الموصى لها بثالث التركة.²

مثال آخر: توفي عن (أم، أب، بنتين، ابن، بنت ابن توفي في حياة المورث)، وترك 600

دج، وأوصى المورث بمبلغ ستين دينار لجهة خيرية.

¹ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 206.

² بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص ص: 347 ، 348.

الحل:

نخرج الوصية الاختيارية أولا من التركة: $600 - 60 = 540$ دج، ثم نقسم الباقي على الورثة الأحياء والأموات، وهو الابن الذي توفي في حياة المورث.

فالأم: السدس $6/1$ فرضا.

وللأب السدس $6/1$ فرضا لوجود الفرع الوارث.

ابن + البننتين + ابن متوفى ب ع. ذ م ح أ.

كما هو مبين في الجدول؛ وبعد تصحيح المسألة نقوم بقسمة ما تبقى من التركة، بعد أن خصمنا منها جزء الوصية، فالتبقي إذا 540 دج $36 = 15$.

فلأم إذا: $90 = 6 \times 15$ دج.

الأب: $90 = 6 \times 15$ دج.

الابن: $120 = 8 \times 15$ دج.

البنتان: لكل بنت $15 \times 4 = 60$ فمجموعهما 120 دج.

الابن المتوفى: 120 دج وهو (مقدار التنزيل)، تتقاسمها بنتي الابن بالتساوي 60 دج لكل بنت ابن. فيكون إذا مجموع الوصيتين الواجبة (التنزيل) والاختيارية $180 = 60 + 120$ دج، وهو أقل من ثلث جميع التركة، لهذا نخرج مقدار الوصيتين من التركة كلها، ثم نقسم الباقي بين الورثة الموجودين:

$180 / 6 = 30$ دج، وعليه يكون: للأم: $30 \times 1 = 30$ دج/ الأب:

$30 \times 1 = 30$ دج، بعد أخذ أصحاب الفروض أنصبتهم تبقى

120 دج، للابن ضعف البنت 60 دج للابن و 30 دج لكل بنت.

36	6	اصل المسألة / الورثة
6	1	الأم
6	1	الأب
24	4	ابن بننتين + الابن المتوفى
ب ع. ذ م ح أ	ب ع. ذ م ح أ	

6	اصل المسألة / الورثة
1	الأم
1	الأب
4 ب ع. ذ م ح أ	الابن والبننتين

وفي آخر هذا البحث المتواضع، أرى أنه من المناسب ختمه بما ختم به الشيخ محمد أبو زهرة حديثه عن الوصية الواجبة فقال: « إن هذا الجزء من قانون الوصية، قد وضعه المقنن المصري غير معتمد على أصل، أو رأي في مذهب من المذاهب الأربعة، بل على أي مذهب من المذاهب الإسلامية، إلا شيئاً تعلق به من رأى لابن حزم في جواز أن ينفذ القاضي بعض الوصايا من تلقاه نفسه، وينفذ ما يبينه له ولي الأمر.

فجاء المقنن واستأنس بذلك في تنظيم الوصية الواجبة؛ وعلى ذلك يصح لنا أن نقول في حق؛ إن ذلك التنظيم قانون وضعي يجري في تفسيره ما يجري في تفسير القوانين الوضعية مقيدين بأصول التفسير من القانون وقواعد الدلالات اللغوية، التي بينها اللغويون ونظمها الأصوليون بباب الدلالات في علم الأصول»¹.

تمت هاته المذكرة بعون الله وتوفيقه.

¹ محمد أبو وهرة ، شرح قانون الوصية ، ص ص: 214 ، 215.

الخاتمة

الخاتمة:

لقد تمّ هذا البحث بحمد الله بالسعة المتاحة، الضعيفة والمتواضعة، ولا يوجد كتاب كامل على وجه الأرض إلا كتاب الله العزيز الحكيم، ولا معصوم إلا من عصمهم الله من الأنبياء والمرسلين.

وبعد استعراض الدراسة وبيان أحكام التنزيل شرعاً وتشريعاً، توصلت إلى النتائج التالية:

1. المشرع الجزائري في تشريعه للتنزيل أخذ بما يراه راجحاً من الأقوال في الفقه الإسلامي، دون التقيد بأحكام الفقه المالكي، فاستفاد من أحكام المذهب الظاهري مراعاة لأحوال المجتمع.
2. القول أنّ مستند تشريع الوصية الواجبة بالنحو الذي جاء في مختلف التشريعات هو مذهب ابن حزم، قول لا يسوغ قبوله على الإطلاق، للفوارق التي ذكرت في محلها.
3. خلاصة التنزيل أنه ميراث قانوني مستند إلى رأي فقهي ضعيف.
4. آية الوصية التي هي عمدة مسألة التنزيل، أرجح أنها محكمة غير منسوخة خلافاً للجمهور فالنسخ لا يثبت بالاحتمال، مع إمكانية الجمع بين آية الوصية وآيات المواريث، فلا خلاف بينهما البتة، والقاعدة أن إعمال النصين أولى من طرح أحدهما.
5. آية الوصية أوجبتها للوالدين غير الوارثين والأقربين، والقانون تناسى الوالدين وقصر الأقربين على الحفدة، وفي ذلك إجحاف بحقهم، إذ قد يكونون في حاجة إلى من يعولهم ويرعى شؤونهم، فضلاً على أنّ هذا ليس مذهب ابن حزم، لذلك فخص الأحماد به تخصيص بدون دليل، وتضييق لدائرة المستحقين بغير حجة.
6. أرجح وجوب الوصية ديانة للوالدين الغير وارثين والأقربين، فإن لم يوص بإرادته تهاوناً آثم، ولا تجب الوصية من ماله قضاءً، لأنّ المال بموته صار ملكاً للورثة.
7. المشرع الجزائري لم يحدد بدقة الطبيعة القانونية للتنزيل؛ هل هي من باب الوصايا أم هي ميراث قانوني.

8. التنزيل حسب ما ورد في قانون الأسرة؛ أصبح وصية واجبة بحكم القانون، تنشأ بمجرد وفاة الجد، فلا دخل للإرادة في إنشائها، فهي خلافة إجبارية، وبذلك تعارض نظام الوصايا الذي أساسه إرادة الموصي.
9. المشرع الجزائري مزج بين معياري التعويض والحاجة؛ في تحديد الباعث على تشريع التنزيل.
10. نصوص تشريع التنزيل شابه واعتراها بعض الإطلاق والغموض، مما أدى الى التضارب والاختلاف في تفسير المواد القانونية، وأثر ذلك على التطبيقات العملية.
11. تشريع التنزيل بقدر ما كان وسيلة لمعالجة حالة الحفدة؛ بقدر ما أثار جدلا كبيرا حول المقصود بمصطلح الأحفاد، لذا وجب تجليته بوضوح.
12. لا تزال مسألة تنزيل أولاد البنات محل خلاف حتى اليوم بين الفقه و القضاء، وهو ما انعكس على المطبقين والفرضيين، إذ يأبى الموثقون إنزال أولاد البنات في الفرائض، على أساس فتاوى صادرة من المجلس الإسلامي الأعلى ووزارة الشؤون الدينية، مما يجعل موقفهم يصطدم مع موقف القضاء القاضي بتنزيلهم.
13. موقف القضاء تغير جذريا؛ إذ انتقل من موقف معارض لتنزيل أولاد البنات إلى موقف مؤيد لتنزيلهم، من خلال مختلف القرارات التي تناولت المسألة.
14. لم يرد في الشريعة الإسلامية تحديد مقدار التنزيل، فالنصوص جاءت مطلقة إذ يحق للموصي أن يوصي بما جادت به نفسه في حدود ثلث التركة، خلافا للمشرع الذي حصرها بمثل نصيب أصلهم المتوفى قبل أبيه أو أمه.
15. الكيفية التي شرع بها التنزيل لا نظير لها في الوصايا الشرعية، بل هي أشبه بالميراث منها للوصية، والسبب والدافع لتشريعها لا يعطيها صفة الشرعية، فهناك طرق أخرى لحماية هذه الفئة.

التوصيات:

1. لا بدّ من تدخل المشرع لتعديل المادة (169 ق أ.ج) لتوضيح مصطلح الأحماد بجلاء، فالصياغة الحالية يشوبها الغموض ممّا أدّى للخلاف والنزاع، فضلا على عدم انسجام النصّ العربي مع النصّ الفرنسي.
2. يقتضي التطبيق السليم للقانون ضرورة التنسيق بين المحكمة العليا وبين الجهة المصدرة للفتوى الشرعية، للوصول إلى حكم يتوافق مع الواقع الجزائري ومرجعياته الدينية، وهو ما يستلزم استقرار القضاء والزامية أحكامه.
3. على المشرع توسيع نطاق المستحقين ليشمل الوالدين والأقربين موافقة لمنطوق آية الوصية، وإلاّ لم يكن لاستدلالهم بها أي معنى، فإذا أوصى لثلاثة فقد حقّق المطلوب فهو أقلّ الجمع، فيرتبون حسب درجة القرابة وشدة الإحتياج، لذلك نوصي بضرورة إضافة شرط الفقر والحاجة بشكل صريح.
4. يوجد نوع من التناقض بين التبويب والتتصيص، لذا وجب على المشرع إمّا أن يلحق التنزيل بالكتاب الرابع الخاص بالوصايا، كما هو الحال في سائر التشريعات العربية، أو إعادة صياغة المواد بما يتناسب مع الطبيعة القانونية للتنزيل، والأول أنسب لأن مسائل الميراث توقيفية لا يسوغ فيها الاجتهاد، ولا يجوز فيها الاستدراك، لأنّ الله تعالى تكفّل ببيانها في كتابه العزيز.
5. المشرع الجزائري أدرج التنزيل تحت نظام الإرث، فإن كان الأمر كذلك؛ توجب أن يستأثر من ثبت التنزيل في حقهم بنصاب مورثهم وإن تجاوز الثلث، مادام أنّ التعدد في التنزيل هو الغالب، وقسمة المال بين من يتم لصالحهم تضعف به حصتهم فيه.
6. على المشرع حسم أمره في بيان كفية استخراج مقدار التنزيل، بإضافة مادة قانونية تتناول هذه المسألة، لتسهل عمل القضاء والموثقين ورجال القانون عموما، دون المساس بحقوق الورثة الثابتة في الفقه الإسلامي.
7. تعديل مقدار التنزيل الوارد في المادة (170 ق.أ.ج) بحيث يكون هذا المقدار لا يتجاوز ما يستحقه أقرب وارث من أصوله بطريق الإرث، فلا يعقل أن يأخذ أكثر ممن هو أقرب درجة للهالك، حتى تتفق أحكام التنزيل مع العدالة والإنصاف والمنطق.

8. على المشرع أيضاً أن ينص صراحةً عند اجتماع الوصايا أيهما أولى بالتقديم، وذلك بالتّصيص عليه في الفقرة الثالثة من المادة (180 ق.أ.ج).

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I قائمة المصادر:

أولاً: القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

ثانياً: كتب الحديث والآثار :

أ/ الصحاح والسنن:

1. ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني، السنن، ج2، د ر ط، الرياض: بيت الأفكار الإسلامية، 2019.
2. البخاري محمد بن إسماعيل، الصحيح، مع فتح الباري شرح صحيح البخاري، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي وخرج أحاديثه محب الدين الخطيب، د ر ط، القاهرة: دار الريان للتراث، 1986.
3. الترمذي أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي، السنن أو الجامع الصحيح، تحقيق محمد علي ومحمد ومحمد عبد الله، ط1، القاهرة: دار ابن الهيثم، 2004.
4. سعيد بن منصور، السنن، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، ج3، د ر ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.
5. مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الموطأ برواية يحيى الليثي، د ر ط، بيروت: دار إحياء العلوم العربية، 1994.
6. مسلم بن الحجاج النيسابوري، الصحيح، ج2، ط1، القاهرة: مكتبة الصفا، 2004.
7. الهيثمي نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، ج4، القاهرة: مكتبة القدسي، 1994.

ب/ الآثار:

1. ابن أبي شيبة أبي بكر بن عبد الله بن محمد الكوفي العبسي، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**، تحقيق، محمد عبد السلام شاهين، ج6، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.

2. عبد الرزاق الصنعاني أبي بكر بن همام بن نافع، **المصنف**، تحقيق أيمن نصر الدين الأزهري، ج9، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2010.

ثالثا: النصوص القانونية

1. الأحوال الشخصية للمسلمين لسنة 1991 م.

2. القانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 1988/05/03، المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1975/09/30، العدد 87.

3. القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بموجب الأمر: 02/05 المؤرخ في: 2005/02/27، المتضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 1984/06/12، العدد 24.

4. قانون الحالة المدنية: الأمر 20/70 المؤرخ في 13 دي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 معدل ومتمم بالقانون رقم: 08/14 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 الموافق 9 غشت 2014 (ج ر: 2014/49) وبالقانون 03/17 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1438 الموافق 10 يناير سنة 2017 (ج ر 2017/02)

5. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976.

6. قانون الاحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975.

7. القانون المصري رقم 140 لسنة 2017 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1929 المتعلق بالأحوال الشخصية.

8. قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

9. مدونة الأسرة المغربية بصيغتها المحينة بتاريخ: 2015/01/25.

II قائمة المراجع:

أولاً: كتب التفسير

1. ابن كثير أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج3، در ط ، الرياض: دار طيبة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002.
2. البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود، معالم التنزيل تفسير البغوي، تحقيق محمد عبد الله النمر وعثمان جمعة ضميرية وسليمان مسلم الحرش، ج1، در ط، الرياض: دالر طيبة، 1989.
3. الجصاص أبي بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، عبد السلام حمد علي شاهين، ج1، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 1999.
4. حسين المصطفوي، التحقيق في كلمات القرآن الكريم، ج8 ، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية ، 2009.
5. الخازن علاء الدين علي بن محمد البغدادي، لباب التأويل في معاني التنزيل، ج1، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2004.
6. الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر بن محمد، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ج2، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2015.
7. سليمان بن عمر العجيلي الشافعي الشهير بالجمال، الفتوحات الإلهية بتوضيح تفسير الجالين للحقائق الخفية، ج4، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2018.
8. الشوكاني محمد بن علي، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج2، در ط ، بيروت: دار الفكر، 2000.
9. الضحاك، تفسير الضحاك، جمع وتحقيق محمد شكري أحمد الزيتي، ط1، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 1999.
10. الطبري: أبي جعفر بن جرير، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن ،سورة البقرة، الآية 180، ج2، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2013.

11. عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن اللويحق، ط2، در ط ، المملكة العربية السعودية: دارالسلام للنشر والتوزيع 2002.

12. العربي أبو بكر محمد بن عبد الله الأندلسي، أحكام القرآن ، ج1، ط1، بيروت: دار الكتب العمية، د س ن.

13. القاضي محمد ثناء الله العثماني الحنفي المطهري الياني البتي، التفسير المظهري، ج4، در ط ، بيروت: دار الكمتب العلمية، 2007.

14. القرطبي أبي عبد الله محمد بن أحمد أبي بكر ، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، (تفسير الآية 180 سورة البقرة)، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج3، در ط ، بيروت: مؤسسة الرسالة، 2006.

15. محمد الرازي فخر الدين، التفسير الكبير أو مفاتيح الفيح، ج12، در ط ، بيروت: دار الفكر، 1981.

16. محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، ج2، ط1، بيروت: مؤسسة التاريخ العربي للطباعة والنشر والتوزيع، 2000.

17. محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، ج3، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.

ثانيا: شروحات كتب الحديث

1. ابن حجر أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، ج5، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.

2. ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق سعيد أحمد أعراب، در ط، المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج14، 1984.

3. ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله النميري القرطبي، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، علق عليه سالم محمد عطا و محمد علي معوض، ج7، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2002.
4. أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، ج8، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009.
5. بدر الدين بن أبي محمد محمود بن أحمد العيسى، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج14، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2018.
18. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1983.
6. الخطابي أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي، معالم السنن شرح سنن أبي داود، ج4، ط1، حلب: المطبعة العلمية، 1932.
7. الشوكاني محمد بن علي بن محمد، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ج4، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ.
8. الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، ضبط: سالم محمد هاشم، ج5، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2010.
9. يحيى بن شرف الدين النووي دمشقي الشافعي، شرح صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج11، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.

ثالثا: كتب الفقه

أ/ كتب الفقه المذهبي:

كتب الفقه الحنفي

1. السرخسي أبي بكر محمد بن أحمد، المبسوط في الفقه الحنفي، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، ج27، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2016.
2. شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار. تكملة شرح فتح القدير لابن همام الحنفي. ج10، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.
3. عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي، الإختيار لتعليل المختار، ج5، در ط، بيروت: دار الخير، 1998.

4. الكاساني، أبوبكر مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، لبروت: دار الكتب العلمية، 1986.
5. محمد بن ولي بن رسول الإزميري الحنفي، كمال الدرّاية وجمع الرواية والدرّاية، ج11، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2017.
6. محمد علاء الدين الحصفكي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج2، د ر ط ، مصر: مطبعة الواعظ، د س ن.

كتب الفقه المالكي

1. ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009.
2. أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر الزكاري الفاسي، حاشية ابن خياط على شرح الخرشني لفرائض مختصر العلامة خليل، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003.
3. أحمد بن أحمد بن محتار الجكني الشنقيطي، مواهب الجليل من أدلة خليل، ج4، د ر ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2004.
4. أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الداني شرح رسالة ابن ابي يزيد القيرواني، ج3، د ر ط ، القاهرة: مكتبة الثقافة الدينية، 2011 .
5. الحطاب محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج6، ط3، بيروت: دار الفكر، 1992.
6. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، ج4، ط1 بيروت: دار الكتب العلمية ، 1995.
7. محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، د ر ط ، بيروت: دار إحياء الكتب العلمية، 2010.
8. محمد عيش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، ج9، د ر ط ، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2018.

كتب الفقه الشافعي

1. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، ط1، بيروت: دار المعرفة، 1997.
2. عبد الحميد المكي الشرواني، أحمد بن قاسم العبادي، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج لشرح المنهاج، ضبطه وصححه محمد عبد العزيز الخالدي، ج8، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية ، 2015.
3. علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج8، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية ، 2017.
4. كمال الديم بن محمد بن أبي الشريف المقدسي الشافعي، الإسعاد بشرح الإرشاد لابن المقرئ، ج4، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2019.
5. مصطفى الجن، الدكتور مصطفى البغا، علي الشرنجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5، ط4. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، 1992.

كتب الفقه الحنبلي

1. ابن المنذر محمد بن إبراهيم التيسابوري، الإقناع ، تحقيق محمد إسماعيل الشافعي، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997.
2. ابن قامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني على مختصر الخرقى ومعه الشرح الكبير على متن المقنع، ج6 و7، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009.
3. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير المسمى بالشافعي على متن المقنع، ج6، در ط ، بيروت: دار الفكر، 2018.
4. صبري سلامة شاهين، ترجيحات الحنابلة واختياراتهم الفقهية، ج2، ط1، الرياض: العبيكان للنشر والتوزيع، 2019.

كتب الفقه الظاهري

1. أبو محمد علي بن احمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد شاكر، ج8، در ط، بيروت: دار الكتب العلمية، 2008 .

ب/ كتب الفقه العام:

1. سيد سابق، فقه السنة، ج3، ط1، بيروت: دار الرسالة ناشرون، 2008.
2. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2003.
3. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ط9، دمشق: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.

ج/ الفتاوى:

1. ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد، فتاوى الإمام ابن رشد الجد، تحقيق محمد العزازي، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية ، 2020.
2. أحمد حماني ، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج2 " الميراث الوصية الوقف"، در ط ، الجزائر: منشورات قصر الكتاب، 1993.
3. فتاوى الأزهر، الوصية الواجبة، المكتبة الشاملة عن موقع وزارة الأوقاف المصرية ، ج2.
4. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة، در ط ، دم ن، مكتبة وهبة ، د س ن.

رابعاً: أصول الفقه وقواعده

1. ابن المنذر أبي بكر محمد بن ابراهيم المنذري النيسابوري، الإجماع، تحقيق أبو حامد صغير أحمد بن محمد بن حنيف، ط2، عجمان الإمارات العربية المتحدة : مكتبة الفرقان، 1999.
2. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة ، شرح وتخرير عبد الله دراز، ج1، در ط ، بيروت: 2018.
3. راسم محمد عبد الكريم، الإستحسان في الشريعة الإسلامية موقعه بين أصول التشريع و تطبيقاته الفقهية المعاصرة ، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2012.
4. محمد جمال الدين القاسمي الدمشقي، الفتوى في الإسلام ، ج6، در ط ، دمشق، مجلة المقتبس، 2017.

5. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج2، ط2، دمشق: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.
 6. النحاس أبو جعفر أحمد بن محمد، الناسخ والمنسوخ، تحقيق سليمان ابراهيم اللاحم، ج1، ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1992.
- خامسا: كتب فقهية وقانونية متخصصة**
1. أحمد حميد سعيد النعيمي، ابراهيم شحادة جاسم السلامي، أحكام قوانين الأحوال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون . دراسة مقارنة . ط1، الأردن عمان: دار المعترف للنشر والتوزيع، 2016.
 2. أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر: دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، 2010.
 3. احمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، در ط، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 1997.
 4. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، ط2، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006.
 5. بدران حسين أبو العينين، أحكام التركات والمواريث، ط1، القاهرة: مؤسسة شباب الجامعة، 1998.
 6. بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ج2، ر ط، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
 7. بلحاج العربي، الوجيز في التركات والمواريث وفقا لقانون الأسرة الجزائري الجديد، در ط، الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2013.
 8. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 . 2010، ط4، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.
 9. حمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ج3، در ط، القاهرة: دار محمود، 2018.

10. سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي - مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه - ، دراسة وتحقق مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية: محمد أحمد السراج علي جمعة محمد أحمد جابر بدران، ج4، ط1، القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، 2001.
11. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الميراث، د ر ط ، الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع، 2006.
12. عبد الله الشنشوري ، فتح القريب المجيب شرح كتب الترتيب (في علم الفرائض والمواريث) ، د ر ط ، مصر: مطبعة التقدم العلمية ، 1345 هـ.
13. عبد العظيم جوده فياض، نظام المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة مع شرح قانون الوصية الواجبة، ط3، القاهرة: دار الكتاب العربي، 1995.
14. لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة ، د ر ط ، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2011.
15. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، د ر ط ، القاهرة: دار الفكر العربي، 1963.
16. محمد أبو زهرة، شرح الوصية الواجبة، ط2، القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية، 1950.
17. محمد الصادق الشطي، لباب الفرائض الكامل للفقه والحساب والعمل، د ر ط ، بيروت: دار الدرب الاسلامي، 1988.
18. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، د ر ط ، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، 1999.
19. محمد صبحي نجم الدين، محاضرات في المواريث والتركات والوصايا، ط2، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992.
20. محمد محدة ، أحكام التركات والمواريث ، ط2، باتنة: مطبوعات قرفي، 1994.
21. هاني الطعيمان، فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، ط2، الأردن: دار الشروق للنشر والتوزيع ، 2007.

22. هشام قبلان ، الوصية الواجبة في الإسلام ، ط1، بيروت: مكتبة الفكر الجامعي، 1981.

سادسا: السياسة الشرعية

1. أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1998.
2. أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، تحقيق محمد السيد عثمان، ج4، ط 1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2014.
3. الميمان أحمد ناصر بن عبد الله، النوازل التشريعية، ط1، المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، 1430هـ.
4. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ط 1 ، الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، د س ن.

سابعا: اللغة و المعاجم:

1. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج4، ط1، بيروت: دار الفكر، 2008.
2. أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق يوسف الشيخ محمد ، ط2، القاهرة: المطبعة العصرية، 1418 هـ.
3. الجرجاني الشريف أبي الحسن علي بن محمد الحنفي، التعريفات، ط1، مصر: دار الطلائع ، 2012.
4. الزبيدي محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 19، ط 1 ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2011.
5. زين الدين محمد بن ابي بكر الرازي، مختصر الصحاح، ط 1 ، بيروت: المكتبة العصرية، الدار النموذجية، 1999.
6. محمد رواس قلعجي ، محمد صادق قنبيي، معجم لغة الفقهاء، ط2، الأردن: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1988.

7. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، ج 7، 9، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2009.

8. موفق الدين أبو البقاء يعيش بن علي الموصلي ، شرح المفصل للزمخشري، ج2، در ط ، بيروت: دار الكتب العلمية، 2001.

9. نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، ج10، ط1، بيروت: دار الفكر المعاصر، 1999.

ثامنا: المجلات والمقالات

أ/ المجلات:

1. مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 1993/09/28، ملف رقم 94719 ، عدد الخاص.
2. المجلة القضائية، العدد1، السنة 1995 رقم 95385 بتاريخ 1994/03/22، الجزائر: دار الهدى.
3. مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ : 2013/04/11، ملف رقم 0739029، العدد1، 2013.
4. مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2009/02/10، ملف رقم 526179 ، العدد 1، 2010.
5. مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 2007/11/14، الملف رقم 403828، العدد1، 2011.
6. مجلة المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 1994/07/21، ملف رقم 95385، العدد1.
7. مجلة المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ: 2001/11/14، ملف رقم: 273177، المجلة القضائية عدد 2، 2002.
8. مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ : 2013/09/12، ملف رقم 759763 ، العدد1 ، 2014. ص327.

9. مجلة المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار بتاريخ: 2015/11/12، رقم: 0926150.

10. مجلة المحكمة العليا، قرار بتاريخ: 1987/02/23، ملف رقم: 44507، العدد 3، 1992.

ب/ المقالات:

1. أسماء مكي، " التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، حوليات جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، د ت ن.

2. بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مقارنة بالشريعة الإسلامية والقانون المصري) مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة 9، العدد 18، 2015.

3. زبيدة إقروفة، " الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني "، مجلة الواحات والدراسات، المجلد 10، العدد 1، 2017.

4. عيسى معيزة، " تنزيل أولاد البنات "، مجلة آفاق علمية، جامعة تمنراست، المجلد 11، العدد 2، سنة 2019، تاريخ نشر المقال: 2019/06/07.

5. فؤاد ستيتي، " الوصية الواجبة دراسة مقارنة "، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات، كلية الشريعة الخليل، فلسطين، العدد 28، 2012.

6. عائشة كعياش، " التنزيل كسبب من أسباب الملكية "، جامعة قسنطينة 1.

7. مبروك المصري، " الوصية الواجبة (التنزيل) دراسة تأصيلية "، جامعة أدرار.

8. محمد بشير، " أحكام التنزيل في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري دراسة

مقارنة بين الشريعة والقانون "، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 16، مارس 2018، كلية الحقوق جامعة وهران 2، تاريخ النشر 2018/01/19.

9. محمد زيدان، "، تنزيل أولاد البنات بين القانون والواقع "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

10. مولود مخلص الراوي، ميراث الأحماد المحجوبين بطريق الوصية الواجبة، دون مكان النشر، دون دار النشر، دون سنة النشر.

11. يامنة حواسي، " الإطار المرجعي لنظام التنزيل في ظل قانون الأسرة الجزائري "، كلية الحقوق، جامعة المدينة.
تاسعا: الرسائل الجامعية:

1. دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيو قانونية لقانون الأسرة المعدل والمتمم 2005، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في علم إجتماع القانوني، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإجتماعية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2004/2003.
2. ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة دراسة فقهية مقارنة، مذكرة تخرج لاستكمال شهادة الماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008.
3. شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص: الشريعة والقانون، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2010/2009.
4. محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين، 2010.
5. نبيل سليمان، مسائل الخلاف في الموارث والتركات دراسة فقهية قانونية مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية - تخصص الشريعة والقانون - كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2017/2016.

عاشرا: المقالات على شبكة الأنترنت

صالح جحيك الورتلاني، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مقال نشر على موقع المكتبة القانونية العربية بتاريخ: 2018/05/07 تاريخ التصفح: 2020/03/12، الرابط:
https://www.bibliotdroit.com/2018/05/blog-post_7.html
الوصية الواجبة واجتماعها مع الوصية الإرادية والتنزيل وفق مدونة الأسرة، مقال منشور في التجديد يوم 2004/05/12 على الويب، تاريخ الاطلاع: 2020/07/13، الرابط:

<https://www.maghress.com/attajdid/15027>

رأفت محمود حمبوظ، الوصية الواجبة، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، قسم الدراسات العليا.
رفع على موقع نسيم الشام بتاريخ 2011/05/15، تاريخ الاطلاع: 2020/03/07، الرابط:

<https://www.naseemalsham.com/subjects/view/12450>

محمد علي فركوس، حكم الوصية الواجبة (مسألة التنزيل) موقع على الويب، تاريخ الرفع
على الموقع: 2006/04/29، تاريخ الاطلاع: 2020/03/12، الرابط:

<https://ferkous.com/home/?q=fatwa-407>

فهرس المحتويات

أ	مقدمة:
13	المبحث التمهيدي: مفهوم التنزيل
14	تمهيد:
15	المطلب الأول: تعريف التنزيل (الوصية الواجبة)
15	الفرع الأول: تعريف التنزيل لغة
16	الفرع الثاني: تعريف التنزيل اصطلاحا
16	أولا: التنزيل في اصطلاح الفقهاء
18	ثانيا: التنزيل في اصطلاح القانون
21	المطلب الثاني: المستند الشرعي لمسألة التنزيل
22	الفرع الأول: الأدلة النقلية
22	أولا القرآن الكريم:
24	ثانيا: السنة النبوية
25	الفرع الثاني: الأدلة العقلية
25	أولا الإجماع :
25	ثانيا: المعقول
26	ثالثا: السياسة الشرعية
26	أ/ تقييد المباح
26	ب/ التلفيق
27	. المصلحة المرسله:

29	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للتنزيل
29	الفرع الأول: حقيقة التنزيل والاختلاف فيه
29	الأول من حيث التويب:
29	الثاني من حيث الصياغة: نصّت
30	الترجيح
31	الفرع الثاني: تمييز التنزيل عما يشابهه
32	التمييز بين التنزيل والميراث:
32	أولاً: التشابه بين التنزيل والميراث:
32	ثانياً: أوجه الاختلاف بين التنزيل والميراث
33	تمييز التنزيل عن الوصية الاختيارية
33	أولاً: التشابه بين التنزيل والوصية الاختيارية
33	ثانياً: الاختلاف بين التنزيل والوصية الاختيارية
35	المطلب الرابع: أركان التنزيل
35	الفرع الأول أركان التنزيل باعتباره وصية:
36	الموصي (المنزل):
37	الموصى له (المنزل):
37	الموصى به:
38	الصيغة:
38	الفرع الثاني: أركان التنزيل باعتباره ميراثاً
39	الركن الأول: المُنزِل (المُورِث)
39	أ/ الموت الحقيقي:
40	ب/ الموت الحكمي:

41	الركن الثاني: الغير وارث (المُنزَّل) منزلة وارث
42	الركن الثالث: الحق الموروث (المحل)
45	الفصل الأول: أحكام التنزيل في الشريعة الإسلامية
46	تمهيد
47	المبحث الأول: الحكم الشرعي للتنزيل
48	المطلب الأول: المؤيدون للتنزيل (الوصية الواجبة)
49	الاتجاه الأول وجوب التنزيل ديانةً وقضاءً
51	فتوى الأزهر الشريف:
53	الاتجاه الثاني: وحب التنزيل ديانةً لا قضاءً
54	الفرع الأول: أدلة المؤيدين للتنزيل
57	مبررات القول بالوصية الواجبة:
59	الفرع الثاني: مناقشة أدلة المؤيدين للتنزيل
64	المطلب الثاني: المعارضون لوجوب التنزيل - الوصية الواجبة -
65	الحنفية
66	المالكية
66	الشافعية
67	الحنابلة
67	هيئة كبار العلماء السعودية
69	الفرع الأول: أدلة المعارضين للتنزيل (الوصية الواجبة):
71	مؤاخذات على الوصية الواجبة:
76	الفرع الثاني: مناقشة أدلة المعارضين للتنزيل (الوصية الواجبة):
77	الرأي المختار:

- 78المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم وفق الشريعة الإسلامية
- 78.....المطلب الأول: المستحقون للتنزيل شرعا
- 79الفرع الأول: الوالدان والأقربون
- 80الفرع الثاني: الأقارب غير الوارثين
- 81من هم الأقارب؟
- 81القرباة لغة
- 82القرباة في الشرع
- 83الأقارب في اصطلاح فقهاء المذاهب:
- 84.....المطلب الثاني: شروط استفادتهم فقها
- 84الفرع الأول: شرط القرباة
- 85الفرع الثاني: شرط الفقر والحاجة
- 86الفرع الثالث: شرط كثرة التركة
- 87المبحث الثالث: مقدار التنزيل (الوصية الواحبة) شرعا
- 87.....المطلب الأول: الوصية في حدود الثلث:
- 89الفرع الأول: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث
- 90القول الأول: جوازها متوقف على إجازة الورثة
- 90القول الثاني: بطلان الزيادة على الثلث
- 91الفرع الثاني: حكم الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن للموصي وارث.
- 91القول الأول: جواز الزيادة على الثلث
- 91القول الثاني: بطلان الزيادة عن الثلث
- 91.....المطلب الثاني: وقت اعتبار الثلث
- 91الفرع الأول: اعتبار وقت الوصية بالموت

92	الفرع الثاني: اعتبار ثلث الوصية عند القسمة.....
93	الفصل الثاني: أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري
94	تمهيد:
95	المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من التنزيل
95	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري قبل صدور قانون الأسرة
95	الفرع الأول: الوضع التشريعي قبل الاستقلال 1962:
96	الفرع الثاني: الوضع التشريعي 1984/1962
98	المطلب الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة
99	الفرع الأول: التنزيل من الناحية التشريعية
99	شرح مصطلحات المادة:
103	الفرع الثاني: التنزيل قضاء
106	المبحث الثاني: المستحقون للتنزيل وشروط استفادتهم في قانون الأسرة الجزائري
106	المطلب الأول: المستحقون للتنزيل:
106	الفرع الأول: الجانب النظري
106	الحفيد لغة
107	الحفيد شرعا
107	الاتجاه القائل بحصر الحفدة بأولاد الابن الذكور:
111	الاتجاه القائل بشمول الأحفاد لأبناء البنت:
114	الترجيح
115	الفرع الثاني: الواقع العملي
115	أولا: موقف الموثقين
116	ثانيا: موقف وزارة الشؤون الدينية:

- 118..... المستحقون للتنزيل بين الفقه والقانون:
- 120..... المطلب الثاني: شروط استحقاقهم وفق قانون الأسرة.
- 121..... الشرط الأول: أن لا يكون الجد قد أعطيا للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل.
- 122..... الشرط الثاني: أن يكون والد الأحفاد في حياة الجد أو الجدة مستحقا للميراث.
- 123..... الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالأحفاد.
- 123..... الشرط الأول: أن يكون الفرع مستحقا للميراث في تركة المتوفى (جداً كان أو جدة).
- 125..... الشرط الثاني: أن تكون أسهم الحفدة بمقدار حظ أصلهم حياً في حدود الثلث.
- 125..... الشرط الثالث: أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من مورثهم ما لا يقل عن منابه من تركة الجد...
- 126..... شروط استحقاق التنزيل بين الفقه والقانون:
- 128..... المبحث الثالث: مقدار التنزيل واستخراج النصيب.
- 128..... المطلب الأول: مقدار التنزيل.
- 128..... الفرع الأول: تساوي مقدار التنزيل لنصيب الأصل.
- 129..... الفرع الثاني: مقدار الحفدة في التنزيل لا يتجاوز ثلث التركة.
- 131..... مقدار التنزيل بين الفقه والقانون.
- 131..... المطلب الثاني: استخراج النصيب.
- 131..... الفرع الأول: طرق استخراج النصيب.
- 131..... الطريقة الأولى:
- 132..... الطريقة الثانية:
- 134..... الطريقة الثالثة.
- 135..... الطريقة الرابعة:
- 139..... الفرع الثاني: المسائل المشتملة على التنزيل والوصية الاختيارية.
- 140..... معنى التزامم.

142.....	حل المسائل المشتملة على التنزيل (الوصية الواجبة) والوصية الاختيارية:
147.....	الخاتمة:
152.....	قائمة المصادر والمراجع:
152.....	ا قائمة المصادر:
154.....	ا ا قائمة المراجع:
166.....	فهرس المحتويات

الملخص:

تناولت في هذا البحث موضوعا قد أخذ حيزا كبيرا من النقاش والجدل، ألا وهو موضوع التنزيل، الذي استحدثه المشرع الجزائري مع أول قانون للأسرة 1984، متأثرا بمذهب ابن حزم في إيجاب الوصية، وعمدتهم في ذلك آية الوصية وآراء فقهاء التابعين الذين أوجبوا على كل من ترك ما لا أن يوصي للوالدين والأقربين، والأصل في الفقه الإسلامي أن الوصية تنشأ بإرادة الموصي، ومذهب الجمهور استحبابها لا وجوبها، ومن ثم لا تجب في مال الهالك إلا عن دين تبرأ به ذمته، لأن المال بموته صار حقا للورثة، بناء على ذلك ذهب الأئمة الأربعة إلى أن الأحفاد لا يستحقون شيئا من ميراث الجد أو الجدة لوجود من يحجبهم.

لكن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات العربية - وعلى رأسها قانون الوصية المصري بصفته أول من ابتكر هذا النظام - أوجب التنزيل وقصر استحقاقه على الأحفاد الذين يتوفى أصلهم قبل مورثه - الجد أو الجدة - تعويضا لهم عما فاتهم، ففرض لهم جزء من التركة، بقدر مناب أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز الثلث، واشترط لذلك عددا من الشروط، على أن ينفذ بحكم القاتون فلا يحتاج لعقد مكتوب.

وقد عرف مصطلح الحفيد اختلافا كبيرا بين موسع (شامل لأولاد البنات) وبين مضيق (قاصر للمستحق في أولاد الذكور) وما صاحب ذلك من تضارب بين الفتاوى الشرعية والأحكام القضائية والتطبيقات العملية لدى الفرضيين والموثقين، وبيننا طرق استخراج النصيب الواجب في التنزيل مفردا، والمسائل المركبة المشتملة على الوصية الواجبة والوصية الاختيارية، وأجلينا بالأمثلة أصوب وأسلم طريق.

الكلمات المفتاحية: التنزيل ؛ أحفاد ؛ ميراث ؛ وصية واجبة ؛ الشريعة الإسلامية ؛ قانون الأسرة ؛ خلاف بين الفقه والقانون ؛ المحكمة العليا.

Abstract:

In this research I dealt with a topic that has taken up a great deal of discussion and controversy, namely the topic inheritance by substitution (tenzil), which was introduced by the Algerian legislator with the first family law in 1984, influenced by Ibn Hazm's doctrine of requiring the will, and their orthodoxy in that is the verse of the will and the opinions of the followers' jurists who obligated everyone who left Money is not to recommend to parents and relatives, and the basic principle in Islamic jurisprudence is that the will is established by the will of the recommended, and the public doctrine is desirable, not obligatory, and then it is not required of the perished's money except for a debt that he has discharged from his responsibility, because the money by his death became a right for the heirs, based on that the four imams went to Grandchildren do not deserve anything from the inheritance of the grandfather or grandmother because of the presence of those who obscure them.

But the Algerian legislator, like the rest of the Arab legislation, headed by the Egyptian will law, in his capacity as the first to invent this system required redemption and limited its entitlement to the grandchildren whose ancestry died before his grandfather or grandmother as compensation for what they had missed, so he imposed for them a part of the estate, as much as their origin if he remained alive, Provided that it does not exceed one-third, and a number of conditions are stipulated for this, provided that it is implemented by virtue of the qatoon's ruling and does not require a written contract.

The term grandson has been defined as a great difference between extended (inclusive for girls' boys) and strait (a minor who is entitled to children of boys), and the accompanying conflict between Sharia fatwas, judicial rulings and practical applications of hypotheses and documenters, and we showed the methods of extracting the required share in the download separately, and the complex issues that include On the obligatory and optional will, and clear us with examples, the most correct and safest way.

Keywords:

Tenzil (Inheritance by substitution) ؛ Grandchildren ؛ Legacy ؛ The obligatory will ؛ Islamic law ؛ Family law ؛ The dispute between jurisprudence and law ؛ Supreme court.