

❖ التنزيل (الوصية الواجبة) أحكامه

وضوابطه القانونية : دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري المقارن مدعماً باجتهادات المحكمة العليا

د. عبد القادر رحال

أستاذ محاضر "أ" بكلية العلوم الإسلامية

جامعة الجزائر - 1



الملخص:

لقد أقامت الشريعة الإسلامية العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع عموماً، وبين الأفراد الذين تربطهم رابطة النسب والنكاح على وجه الخصوص فأعطت لكل ذي حق حقه، مراعية في ذلك قاعدة الأقرب إلى الميت درجة وقرابة، كما حض الإسلام على الوصية للذوي القربى والأجانب، واعتبرها لوناً من ألوان التكافل الاجتماعي.

لكن سرعان ما تحولت هذه الوصية الاختيارية إلى وصية واجبة بقوة القانون نظراً لمجموعة دواعي وظروف دعت إلى إيجابها قانوناً، فحاول الفقه القانوني البحث عن مستند شرعي يبرر للتشريعات الوضعية الصيغة الإلزامية لهذا النوع من الوصايا، والتي اقتضت فيها على أحفاد المورث الذين مات أبوهم في حياة جدهم أو جدتهم. فكان التشريع المصري أول تشريع عربي سنّ الوصية الواجبة للأحفاد وتلتها جل التشريعات الوضعية - بما فيها التشريع الجزائري في الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة.



وقد اقتصر الحديث في هذا البحث عن مدلول التنزيل - الوصية الواجبة -

والمستند الشرعي الذي ادعاه فقهاء القانون، ومناقشته وبيان الراجح من الأقوال، ثم دراسة الضوابط القانونية للتنزيل التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة مع التطبيقات المبينة لحالات التنزيل، وختتمته بمبحث تزام الوصايا وكيفية البحث عن حل لفك التزاحم وتنفيذ الوصايا مراعاة لقاعدة الأولويات .

Summary ;

Islamic Law has established social justice among members of the society in general, and individuals who are associated with the Association of descent and marriage in particular, Taking into consideration that the base closest to the dead degree and near, as urged Islam on the commandment of relatives and foreigners, and considered a color of social solidarity.

However, this optional commandment was soon transformed into a commandment due to the force of law due to a set of reasons and circumstances called for by law. The jurisprudence attempted to search for a legal document that would justify the positive form of this type of will, which was limited to the descendants of the deceased whose father died in the life of their grandfather Or their grandmother.

The Egyptian legislation was the first Arab legislation to make the due will of the grandchildren followed by most of the legislation of the situation - including the Algerian legislation in Order No. 05-02, which includes the amendment of the Family Code.

The discussion in this research is limited to the meaning of the download - the obligatory commandment - and the legitimate document claimed by jurists, and the discussion and the most correct statement of the words, and then study the legal controls of the download that the Algerian legislator in the Family Code with the applications listed for download cases, The search



for a solution to dismantle the contention and implement the commandments in accordance with the priority rule.

تمهيد :

إن موضوع التنزيل - أو ما يسمى بالوصية الواجبة - من المواضيع التي استحدثتها التشريع المصري في أربعينيات القرن الماضي وهي متعلقة بالفروع فقط الذين توفي أصلهم في حياة أبيه أو أمه، بدعوى مراعاة هؤلاء الأحفاد بعد فقد العائل، وكان هؤلاء اليتامى فقراء ضعاف لا حول لهم ولا قوة، ليس لهم ما يرتزقون منه، ويمكن أن يكون المال الذي تركه جدهم قد ساهم أبوهم في زيادته، ولكن القوانين والأحكام المتعلقة بالتركة تحرمهم من الحصول على أي قدر ولو قليل من هذا المال، خاصة عند وجود أعمام لا يبالون بهم، ولا حتى لحاجتهم الضرورية بعد فقدهم لأصلهم، وهذا ما يوّد في نفوس أولئك الأبرياء الصغار نوعاً من الحرمان والعُبن في حياتهم اليومية، فيصبحون عالة على المجتمع .

فقد كان هذا 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 .

والوصية الواجبة بهذا الشكل سنّها المشرع الجزائري - وكذا جل التشريعات العربية - بالأمر رقم 02-05 المتعلق بقانون الأسرة، وهي بالضوابط التي وضعها القانون ليس لها نظير في الشريعة الإسلامية مطلقاً - كما سيأتي بيانه -

لكن المتبادر إلى الأذهان، إن 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، على اعتبار أن الوصايا من قبيل الصدقات فينبغي النظر في حاجة الموصى له؟.

المبحث الأول: أحكام الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي :

المطلب الأول: القاعدة العامة في الوصية :

الأصل المقرر عند جماهير الفقهاء أن الوصية اختيارية مندوب إليها، قال الإمام أبي الوليد ابن رشد رحمه الله: "وقد تعلق من أوجب الوصية بظاهر هذا الحديث¹، وقال إن لفظة الحق تقتضي الوجوب، وهذا غير صحيح، لأن لفظ الحق إذا قيل فيه عليه فهو محتمل للوجوب والندب. وأما إذا أضيف إليه وجعل له فقيلاً فيه من حقه أن يفعل كذلك أو كذا وكذا، فالأظهر فيه الندب لا الوجوب. ومما يدل على أن المراد بالحديث الحض والندب لا الوجوب، أن بعض رواته يقول فيه: له مال يريد أن يوصي فيه، وتعليق الوصية بإرادة الموصي نص في سقوط وجوبها"². وقال الإمام الباجي رحمه الله: "وفي الجملة أن الوصية لمن لا دين عليه، ولا حق لأحد عنده ليست بواجبة، وإن كانت مندوباً إليها مع اليسار، وعلى هذا جماعة الفقهاء..."³.

وعليه فليست ثمة أي سلطة تشريعية تجبر الشخص المالك على إخراج جزء من ماله إلى غير ورثته، لأن الأصل فيها أن يتم إخراجها على سبيل الاختيار، ذلك أنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، وهي من قبيل الصدقات، وإن كان بعض الفقهاء من قال بوجوبها. حيث ذهب الإمام ابن حزم رحمه الله إلى القول بوجوب الوصية، قال رحمه الله: "الوصية فرض على كل من ترك مالا، لحديث مالك، قال ابن عمر: ما مررت على ليلة مذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك إلا وعندي وصيتي .



وبه قال عبد الله بن أبي أوفى، وطلحة بن مطرف، وطاوس، والشعبي، وغيرهم، وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا⁴.

المطلب الثاني: حكم الوصية الواجبة شرعاً :

إن الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم، ليست هي التي تكلم عنها فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً، وتنازعوا في وجوبها من عدمه، وإنما هي الوصية التي وجبت بإيجاب القانون لها لا الشرع.

هذه الوصية بوضعها الجديد لا يوجد لها نظير من كل وجه عند الفقهاء قديماً، وإنما هو اجتهاد من الفقهاء المعاصرين، بحيث بحثت التشريعات الوضعية عن سند شرعي تقوم عليه الوصية الواجبة، معتمدين في ذلك على بعض الآيات والأحاديث النبوية وكذا بعض ما وجد من القواعد الفقهية، وآراء بعض الفقهاء وعلى رأسهم ابن حزم رحمه الله .

والذي دعاهم إلى ذلك أنهم وجدوا أن الشخص الذي يموت في حياة أبيه أو أمه قد يحرم أولاده من الميراث الذي كان يستحقه لو عاش إلى ما بعد وفاة أحد والديه، وهذا بسبب وجود من يحجبهم عن الميراث - وهم إخوته - فيؤول أمرهم إلى الحاجة وسؤال الناس هذا من جهة، ومن جهة أخرى، قد يكون الميت مساهماً في التركة بنصيب كبير، ويبقى أولاده في رعاية الجد والجددة فإذا ماتوا انقطعت الرعاية، فلهذه الأسباب وغيرها أورد القانون الوصية لهم على سبيل الوجوب، وسميت بالتنزيل في التشريع الجزائري - أي أنهم ينزلون منزلة أصلهم على ما نبيّنه بالتفصيل في موضعه -

قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: "أجمع كل من يحفظ من أهل العلم على أن الوصية للوالدين الذين لا يرثان المرء، وللأقرباء الذين لا يرثونه جائزة"⁵. وقد اختلف العلماء في



استمرار ذلك الوجوب الوارد في الآية الذي يحتم الوصية للأقارب، هل هو وجوب محكم، أم طراً عليه النسخ، فالجمهور على أن الآية منسوخة، خلافا لابن عباس في إحدى الروايتين عنه وطاووس والضحاك وأهل الظاهر القائلين بأنها محكمة في من لا يرث، منسوخة فيمن يرث.

الفرع الأول: أدلتهم من الكتاب :

استدلوا بقوله تعالى : ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا

الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [١٨٠] .⁶ فقد دلت الآية

على وجوب الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، قال الإمام ابن جرير الطبري رحمه الله: "القول في تأويل الآية يعني: فُرض عليكم أيها المؤمنون الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، وذلك بالمعروف الذي أذن الله تعالى فيه وأجازته في الوصية، مما لم يُجاوز الثلث، ولم يتعمد الموصي ظلم ورثته، فهذا حق واجب على من اتقى. فإن قال قائل: أو فرض على الرجل ذي مال أن يوصي لوالديه و أقربيه الذين لا يرثونه؟ قيل: نعم .

فإن قال: فإن هو فرط في ذلك فلم يوص لهم، أيكون مضيعاً فرضاً يجرح بتضييعه؟

قيل: نعم"⁷. وقد ساق الإمام الفخر الرازي رحمه حجج القائلين بوجوب الوصية وأنها محكمة بأدلة، فقال رحمه الله: "وحجة هؤلاء من وجهين :

الحجة الأولى: أن هذه الآية دالة على وجوب الوصية للقريب ترك العمل به في حق الوارث القريب، إما بآية الموارث، وإما بحديث: "لا وصية لوارث" أو بالإجماع على عدم الوصية



للوارث، وها هنا الإجماع غير موجود مع ظهور الخلاف فيه قديماً وحديثاً، فوجب أن تبقى الآية دالة على وجوب الوصية للقريب الذي لا يكون وارثاً.

الحجة الثانية: قوله عليه الصلاة والسلام: "ما حق امرئ مسلم له مال يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"، وأجمعنا على أن الوصية لغير الأقارب غير واجبة، فوجب أن تكون هذه الوصية الواجبة مختصة بالأقارب، وصارت السنة مؤكدة للقرآن في وجوب هذه الوصية⁸.

وقد أجب عن القول بوجوبها بأجوبه منها :

أولاً: أن الآية منسوخة بآية الموارث وهو الصحيح⁹، قال يحيى بن يحيى رحمه الله: "سمعت مالكا يقول في هذه الآية إنها منسوخة. قول الله تعالى (إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين) نسخها ما نزل من قسمة الفرائض في كتاب الله"¹⁰. وقال الإمام الألويسي رحمه الله: "أن الحكم بالوجوب كان في أول الإسلام ثم نسخ بآية الموارث، قاله ابن عباس، ومجاهد، وقتادة، وشريح، وغيرهم، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله قد قسم لكل إنسان نصيبه فلا وصية لوارث"¹¹. وروي أيضاً في حجة الوداع، وهذه الأحاديث لتلقي الأمة لها بالقبول انتظمت في سلك المتواتر في صحة النسخ بها عند أئمتنا قدس الله أسرارهم... على أن النسخ في الحقيقة بآية الموارث والأحاديث مبيّنة لجهة نسخها، وبين فجر الإسلام، وذلك بوجهين :

الأول: أنها نزلت بعد آية الوصية بالاتفاق، وقد قال تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فرتب الميراث على - وصية - منكرة، والوصية الأولى كانت معهودة فلو كانت تلك



- الوصية - باقية لوجب ترتيبه على المعهود، فلما لم يترتب عليه، ورتب على المطلق، دلّ على نسخ الوصية المقيدة، لأن الإطلاق بعد التقييد نسخ، كما أن التقييد بعد الإطلاق كذلك لتغاير المعنيين .

والثاني: أن النسخ نوعان، أحدهما ابتداء بعد انتهاء محض، والثاني بطريق الحوالة من محل إلى آخر كما في نسخ القبلة، وهذا من قبيل الثاني، لأن الله تعالى فرض الإيصاء في الأقرين إلى العباد بشرط أن يراعوا الحدود، ويثبتوا حق كل قريب بحسب قرابته، وإليه الإشارة بقوله تعالى (**بالمعروف**) أي بالعدل...¹² .

فهذه النصوص بيّنت أن الميراث الذي أعطي لكل وارث هو كل حقه، وأنّ الوصية قد ارتفعت وتحول حق الوارث فيها إلى الميراث، فلا يبقى مجال للحديث عن حقه في الوصية، وهذا معنى النسخ بطريق الحوالة أو التحويل.

ثانياً: أن الله تعالى ربّها حقاً على المتّقين، وهو ما يدل على انتفاء وجوبها، لأنها لو كانت فرضاً لكان على جميع المسلمين، فليس يحكم على كل أحد أن يكون من المتّقين، فلمّا خصّ الله تعالى من يتقي، أي يخاف تقصيراً، دلّ على أنه غير لازم.

ولكن أجيب عن دعوى أنه لما قيل فيها بالمعروف وأنها على المتّقين دل على أنّها غير واجبة بأجوبة، منها ما ذكره الإمام أبي بكر الرازي - المعروف بالجصاص - حيث قال رحمه الله: "ولا دلالة فيما ذكره هذا القائل على نفي وجوبها، لأن إيجابها بالمعروف لا ينفي وجوبها، لأنّ المعروف معناه العدل الذي لا شطط فيه ولا تقصير، كقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ولا خلاف في وجوب هذا الرزق والكسوة. بل المعروف هو الواجب، قال تعالى (وأمر بالمعروف) فذكره في الوصية يؤكد على وجوبها إذ كان جميع أوامر الله تعالى معروفاً، ومعلوم أن ضد المعروف هو المنكر، وأن ما ليس بالمعروف



هو منكر، والمنكر مذموم. وأما قوله (حقاً على المتقين) ففيه تأكيد لإيجابها، لأنّ على الناس أن يكونوا متقين، قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله) ولا خلاف بين المسلمين أنّ تقوى الله فرض، فلمّا جعل تنفيذ هذه الوصية من شرائط التقوى فقد أبان عن إيجابها، وأما تخصيصه المتقين بالذكر فلا دلالة فيه على نفي وجوبها، وذلك لأن أقل ما فيه اقتضاء الآية وجوبها على المتقين وليس فيه نفيها عن غير المتقين، كما أنّ قوله تعالى (هدى للمتقين) نفي أن يكون هدى لغيرهم، وإذا وجبت على المتقين بمقتضى الآية وجبت على غيرهم، وفائدة تخصيصه المتقين بالذكر، أن فعل ذلك من تقوى الله، وعلى الناس أن يكونوا كلهم متقين...¹³.

رابعاً: أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصايا، ولم ينقل نكير لذلك، ولو كانت الوصية واجبة لم يخلوا بذلك الواجب، ولنقل عنهم حكم الوجوب والعمل به نقلاً ظاهراً، وأن الوصية هي من قبيل العطايا، وهي ليست بواجبة في الحياة، فلا تجب بعد الوفاة.

الفرع الثاني: أدلتهم من السنة النبوية :

استدل من قال بمشروعية الوصية الواجبة بحديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته عنده مكتوبة"¹⁴. قال الإمام ابن حزم رحمه الله: "فرض على كل مسلم أن يوصي لقرباته الذين لا يرثون، إما لرق وإما لكفر وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي..."¹⁵. لكن نوقش قوله وقول من قال بوجوبها، بأن الحديث لا يدل على الوجوب، قال الحافظ ابن عبد البر رحمه الله: "في هذا الحديث الحض على الوصية والتأكيد في ذلك، وهذا على النذب لا على الإيجاب عند الجميع، لا يختلفون في ذلك، وقد أجمع العلماء على



أن الوصية غير واجبة على أحد إلا أن يكون عليه دين، أو تكون عنده وديعة، أو أمانه، فيوصي بذلك، وقد شذت طائفة فأوجبت الوصية لا يعدون خلافاً على الجمهور...¹⁶. وتقييد وجوبها في هذه الصور هو الذي رجحه الإمام الصنعاني رحمه الله حيث وضع ضابطاً في محل وجوبها بقوله: "ومحل الوجوب فيمن عليه حق ومعه مال، ولم يُمكنه تخليصه إلا إذا أوصى به، وما انتفى فيه واحد من ذلك فليس بواجب"¹⁷. كما علق الإمام القرطبي رحمه الله على الحديث مبيناً أنه لا يفيد الوجوب بقوله: "عبارة الحق إذا وردت فإنه يراد بها في الشرع ثبوت الحكم فيه، ثم الحكم الثابت في الشريعة يكون: واجبا، ومنذوباً، ومباحا، لكن إطلاق الحق على المباح قلّ ما يقع في الشريعة، وإنما يوجد بمعنى الواجب والمنذوب، فإن اقترن به (على) أو ما في معناها، ظهر فيه قصد الوجوب، وإن لم يقترن به ذلك، كان محتملاً للأمرين، كما قد جاء في هذا الحديث. وعلى هذا فلا حجة لداود في التمسك بحق الذي في هذا الحديث على وجوب الوصية، لأنه لم يقترن به قرينة تنزيل إجماله، بل قال بعض أصحابنا: إنه قد اقترن به ما يدل على الندب، وهو إضافته للمسلم، وتعليق الوصية على الإرادة. ولو سلمنا أن ظاهره الوجوب، فيكون لمن كانت عليه حقوق للناس يخاف ضياعها عليهم، أو كانت له حقوق عند أناس يخاف تلفها على الورثة، فهذا تجب عليه الوصية...¹⁸.

استدلوا أيضاً بحديث أبي هريرة رضي الله عنه، أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنّ أبي مات ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه، قال: "نعم".¹⁹ وبحديث عائشة رضي الله عنها، أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم إنّ أمي أفتُلتت²⁰ نفسها، وأنها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها يا رسول الله؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نعم تصدّق عنها"²¹.



قال ابن حزم رحمه الله: "في الحديث دلالة على إيجاب الوصية، ولأن يتصدق عن من لم يوص ولا بد، لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب، فبين عليه الصلاة والسلام أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه ذلك، بأن يتصدق عنه، وهذا ما لا يسع أحد خلافة"²². وقد أوجب بأن ترك النبي صلى الله عليه وسلم إنكار فعل المرأة التي افتلتت نفسها حين ماتت ولم توص، دليل على أن تارك الوصية غير عاص لله، إذ لو كان فرضاً لأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنها قد تركت فرضاً"²³.

القول الراجح في الموضوع :

بعد عرض الأدلة وأقوال الفقهاء في حكم الوصية بصفة عامة والواجبة منها بصفة خاصة يتبين رجحان قول الجمهور من أئمة المذاهب الأربعة وجل أتباعهم القول بعدم مشروعية الوصية الواجبة، وهذا لأدلة تعضده أهمها :

أولاً: أن الآية التي استدلت بها القائلين بمشروعية الوصية الواجبة، قد خالفوها من ثلاثة أوجه

1. في قوله تعالى: (إن ترك خيراً) فإن فيه تقييد للأمر بالوصية فلا يؤمر بالوصية إلا من ترك خيراً، وهو المال الكثير، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصية بأكثر من الثلث بقوله: (أَنْ تَدَرَ وَرَثَتَكَ أَعْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ). فهذا القيد (إن ترك خيراً) شرط للوجوب كما هو ظاهر، والقانون أهمل هذا الشرط، وأعطاهم جزءاً من التركة سواء ترك الميت مالاً كثيراً أم قليلاً.

2. قوله تعالى: (والأقربين) عام في جميع الأقربين، فيشمل الأحفاد والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال وأولادهم وغيرهم من الأقارب، فتخصيصه بالأحفاد مخالفة لنص الآية،



وقد يتوهم أن هذا مذهب ابن حزم، وليس الأمر كذلك، لأنه رحمه الله عندما قال بوجوب الوصية على الأقربين، فإنه لم يخصص الأحفاد دون غيرهم، فمن أين لهم بذلك؟؟؟.

3. 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، بل يكمل له نصيب أبيه الذي لو فرض أنه كان حياً لأخذه، بشرط ألا يزيد على الثلث، وهي مخالفة لصريح نص الآية، كما أن ابن حزم رحمه الله لم يحدد الجزء من المال الموصى به بمقدار معين - كما حدده القانون - بل بما يشاء الميت، فإن لم يوص فالثلاثة أو الوصي هم الذين يحددون مقدار ما يخرجونه من المال للأقارب.

ثانياً: أن هذه الوصية - وإن كانوا هم يسمونها وصية - إلا أنها في حقيقة الأمر تعتبر ميراثاً.

قال الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله: "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 تنحى إلى جعل هذه الوصية ميراثاً، ولذا تجب من غير إيجاب، وإذا وجبت صارت لازمة، لا تقبل عدم التنفيذ، وبذلك تشابهت مع الميراث"²⁴.

وإذا تقرر اعتبار الوصية الواجبة ميراثاً، فإن تصوير باطلة بطلانا قطعياً، لأن الله تعالى قد تكفل بقسمة الموارث بنفسه وبيّنها في كتابه بيانا شافياً مفصلاً، ثم قال: ﴿لِكُلِّ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِغِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ



خَلِيدِينَ فِيهَا^{٢٥} وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ ﴿١٣﴾ وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِمٌّ ﴿١٤﴾^{٢٥}.

كما أن 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 صلى الله عليه وسلم يقول: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَجْمَعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ" ²⁶.

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 .

ثالثاً: أن سبب تشريع القانون للوصية الواجبة كما في المذكرة التفسيرية - في التشريع المصري - 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 بوجود الوصية، يجب أن نعتبر الاحتياج، لأن الأصل في الوصايا أنها من باب الصدقات، وقد شرعها الله تعالى رحمه بعباده، والوصايا شرعت لأجل الصدقات، فيجب أن تكون كذلك، ولا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية الواجبة للأقارب من فقرائهم دون أغنيائهم...²⁷".



رابعاً: 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 قال ابن حزم رحمه الله: "فمن مات ولم يوص: ففرض أن يتصدق 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 عما وجب إخراجه من ماله ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة، أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة" إلى أن قال: "وفرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك...²⁸ . فهذا ابن حزم رحمه الله يصرح أنه لا حد لهذه الوصية.

المبحث الثاني: الوصية الواجبة في التشريعات العربية :

المطلب الأول: نشأة قانون الوصية الواجبة:

يعتبر القانون المصري هو أول قانون جعل الوصية الواجبة تقع بقوة القانون، ودون حاجة لتدخل إرادة المورث ولا قبول المستفيد منها، فلم يسبق بمثله، وقد وجدت الدواعي إليه، وذلك أنه في أحوال قليلة قد يموت الولد في حياة أبيه أو أمه، ولو كان قد عاش إلى موتهما لورث منهما، ولكنه لما حصلت وفاته قبل والديه أو أحدهما، فإن الميراث ينتقل إلى إخوته وأخواته، وصار أولاده دون ميراث، فجاء القانون وقرر وجوب الوصية لهؤلاء الأحفاد الذي مات أبوهم قبل وفاة جدهم، معتمداً في ذلك على بعض النصوص الواردة في الكتاب والسنة - التي سبق بيانها والإجابة عنها - فجعل من الواجب على الموصي أن يوصي لهؤلاء



الأحفاد، فإن مات ولم يوص لهم، كانت تلك الوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف، بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون، شأنها في ذلك شأن انتقال الميراث إلى الورثة.

جاء في قانون الوصية الصادر في 24 يونيو 1946 تحت رقم 71 في مادته 76 منه على أنه: "إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته، أو مات ولو حكماً، بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه، وجبت له وصية بقدر ما يملكه.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات، ولأولاده الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يُقسّم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ما توا بعده، وكان موثماً مرتباً كترتيب الطبقات"²⁹.

تبين من نص المادة 76 من قانون الوصية المصري، أن المشرع قد أوجب الوصية للأحفاد الذين مات أحد والديهم قبل موت جدهم، وهو بذلك يعتبر الأحفاد الذين تشملهم الوصية الواجبة أولاد الأبناء وكذا أولاد البنات، وهو الأمر الذي جرت عليه محكمة النقض المصرية على أن: "النص في المادة 76 من قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، على أن المشرع قرر وصية واجبة في حدود ثلث التركة



للأحفاد الذين يموت أبائهم في حياة أحد والديهم، طالما لم يوص المجد لفرع ولده بمثل نصيب ذلك الولد...³⁰.

ونصت المادة 77 من قانون الوصية على أنه: "إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه، وجب له ما يكمله، وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه...".

كما نجد بأن المشرع المصري بسنه لقانون الوصية الواجبة، فإنه قد اعتبرها مقدمة على الوصية الاختيارية³¹، وهو ما أورده في نص المادة 78 من قانون الوصية على أنه: "الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا.

فاذا لم يوصى الميت لمن وجبت لهم الوصية وجبت لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى، والا فمنه، ومما أوصى به لغيرهم".

فالملاحظ بأن المشرع المصري قد حدد مفهوم الأحفاد، وذلك بأن حصرهم في الطبقة الأولى من أولاد البنات، وكذا أولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلو.

كما أنه وضع قاعدة في الحجب، بأن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره - بخلاف ما هو مقرر في قواعد الميراث- وأن نصيب المتوفى في أي طبقة يأخذه أولاده، إلا إذا كان الأصل المتوفى ولد البنت فإن فروعه لا يأخذون، لأن أولاد البنات لا ينال منهم من



الوصية الواجبة إلا الطبقة الأولى بعد البنت - وهم أولادها فقط- فلا يستحق أولاد أولادها شيئاً منها.

- أن تقسيم الوصية الواجبة بين مستحقيها يكون كتقسيم الميراث، بأن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين، وهذا باعتبارها تعويضاً عما كان يناله أصلهم من الميراث، قد فوته عليهم الموت السابق له على موت جدهم.

المطلب الثاني: الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري (التنزيل) :

الفرع الأول: تشريع الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري :

أورد المشرع الجزائري موضوع الوصية الواجبة تحت عنوان (التنزيل)³² في الفصل الثالث من الكتاب الرابع المتعلق بالميراث، في المواد 169 إلى 172 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة.

حيث نص في المادة 169 من قانون الأسرة على مشروعية التنزيل على أنه: "من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في الشركة..."³³.

الملاحظ أن المشرع الجزائري - على غرار معظم التشريعات العربية وبالأخص التشريع المصري - قد أوجب نوعاً جديداً من الوصايا تحت مسمى التنزيل، فأوجب الوصية لصنف



من الأقربين الذين حرّموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه، وبمقدار معين لا يتجاوز نصيبهم، وشروط محددة .

يتبيّن من خلال تشريع المشرع الجزائري للتنزيل مجموعة من الملاحظات :

أولاً: أن المشرع الجزائري قد حصر المستفيدين من التنزيل في **الأحفاد دون غيرهم من أهل القرابة**، وجاء النص على إطلاقه، وسواء كان الحفيد ذكراً أم أنثى، على أنه لا يمكن قصر الاستفادة لحفيد دون آخر . وبناء عليه، فإنه من حق الأبناء والبنات الذين توفي والدهم قبل جدّهم أو جدّتهم الاستفادة من تنزيلهم منزلة مورثهم بقوة القانون .

ثانياً: أن التنزيل إن كان لأكثر من حفيد، فإنه يتم تقسيمه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، كما هو مقرر في قواعد الإرث، وهو ما ورد في نص المادة 172 من قانون الأسرة على أنه: "... يكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين". وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/05/25 على أنه: "من المستقر عليه فقهاً وقضاء أن التنزيل جائز شرعاً وقانوناً ولا يجوز مخالفته، ولما ثبت - من قضية الحال - أن عقد التنزيل صحيح ولم يطعن فيه بالتزوير، فإن حفدة المرحوم (ع ب م) المنزلين منزلة أبيهم (م) المتوفى قبل الأول، فإنهم يأخذون من مناب أبيهم في المنزلة، ويقتسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين، خلافاً لما قضى به قضاة الموضوع في قرارهم - المطعون فيه - مما يستوجب نقضه"³⁴.

لأن القانون جعل هذا التنزيل عوض لهم عمّا كانوا يستحقونه من ميراث أصلهم الذي فاتهم بسبب موته قبل موت صاحب التركة.

هذا إذا كان الأحفاد كلهم من أصل واحد، كأولاد ابن واحد، أما إن تعددت أصولهم، بأن كانوا أولاد ابنين فأكثر، فإنه ينبغي تقسيم التركة بين تلك الأصول، ثم يعود



نصيب كل أصل على أولاده، فيقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين - إن وجد ذكور وإناث - وإلا يقسم المال بالسوية إن كانوا ذكوراً فقط، أو إناث فقط.

ثالثاً: المقصود بالأحفاد : يقصد بهم هنا أولاد الابن ذكورا كانوا أم إناثاً، وعليه فلا يمكن تنزيل أولاد البنت لأهم ليسوا بأحفاد للميت، وإنما هم أسباط، والدليل على أنهم لا يرثون بالتنزيل، أن المشرع الجزائري قد خصص لهم ميراث ذوي الأرحام، وهو ما ورد في نص المادة 168 من قانون الأسرة على انه: " يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنت وإن نزلوا وأولاد بنت الابن وإن نزلوا...".

لكن عند تتبع نص المادة 169 بالصيغة العربية نجد أن المشرع الجزائري لم يفصح عن تحديد مدلول الأحفاد، فقد تركها مبهمة لتتناول أولاد الابن والبنت معا ، بخلاف ما ورد في النص نفسه بالصيغة الفرنسية³⁵. وعند البحث عن موقف القضاء الجزائري من تحديد مدلول الأحفاد، نجده يعبر عنهم بأولاد الأبناء وأولاد البنات معا³⁶، وهو ما أيدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/12/25 التي اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أولاد الابن وكذا أولاد البنت، وهو الذي قضت به المحكمة الابتدائية في مدينة تلمسان، بينما تم إلغاء الحكم المطعون عند جهة الاستئناف بمجلس قضاء تلمسان، وفسرت لفظ الأحفاد بأولاد الأبناء فقط. وبعدها أيدت المحكمة العليا حكم المحكمة الابتدائية باعتبار الأحفاد يشمل أولاد الأبناء والبنات على السواء، وبالتالي نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان.

وبررت المحكمة العليا قرارها بأن نص المادة 171 من قانون الأسرة تنص صراحة على شمول لفظ الأحفاد لهما معاً طبقاً لنص المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة³⁷.



والناظر إلى المواد 169 إلى 172 المتعلقة بالتنزيل في قانون الأسرة، لا يجد

أن المشرع الجزائري قد صرح باعتبار الأحفاد الذين يشملهم التنزيل هم أولاد الابن وكذا أولاد البنت، وبناء عليه، فتبرير المحكمة العليا بصراحة نص المادة 171 غير صحيح مطلقاً، لأن نص المادة ورد مجملاً يحتاج إلى بيان، بخلاف ما ورد في نص المادة 169 بالنسخة الفرنسية - كما سبق بيانه -

ومما ينبغي بيانه، أن ثمة خيارين لا ثالث لهما، إما أن تعدل المحكمة العليا عن قرارها الذي يعتبر الأحفاد الذين يشملهم التنزيل هم أولاد الأبناء والبنات على حد سواء، والإبقاء على القرار السابق واعتماده تفادياً للتعارض بين النص نفسه باللغتين .

وإما أن يتدخل المشرع لتعديل نص المادة وإزالة الغموض الذي يكتنفها لحل الإشكال الذي أرقّ الموثقين بشكل كبير جداً، وكذا قضاة الموضوع عند التنازع.

رابعاً: في حالة وجود أحفاد بعضهم أنزل من بعض، فلا تطبق قاعدة الحجب المعمول به في الفرائض، ذلك أن القاعدة تنص على أن كل أصل يحجب فرعه وفرع غيره، فلو وجد الابن مثلاً فأبناء الابن وكذا بنات الابن لا يرثون سواء كانوا أولاده أم أولاد أخيه. بخلاف التنزيل، فإن الحجب تطبق فيه قاعدة كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره.

فلو كان لشخص ابنين أحدهما اسمه محمد والثاني عبد الله، ولهما أولاد ذكور وإناث، وتوفي محمد قبل أبيه، ثم توفي أبوه فإن أولاد محمد ينزلون منزلة أبيهم، ويرثون مع عمهم عبد الله.



على أن أولاد عبد الله لا يرثون لأنه حججوا بأبيهم، ولكنه لا يمكن له أن يحجب أولاد أخيه محمد، لأنهم ليسوا فرعاً له، فهذا هو معنى الحجب في التنزيل. وهو على خلاف ما هو متعارف عليه في الحجب في المواريث - كما سبق بيانه -

تنبيه: هذه التنزيل (الوصية الواجبة) بهذا الشكل الذي أورده القانون لم يوجد لها نظير في الشرع من كل وجه، ولا حتى من كلام الفقهاء، ولكن القائمين على التشريع حاولوا أن يجدوا لها سنداً ملفقاً من مذاهب الفقهاء، وكذا بعض القواعد الفقهية.

وبما أن التنزيل يستمد قوته بقوة القانون، فإنه لا يحتاج إلى إنشاء من أحد، كما أنه لا يشترط بالمقابل قبول المستفيد لذلك التنزيل، وهو ما يجعل التنزيل من قبيل الميراث. كما أن التنزيل لا يحتاج إلى قبول كالميراث، كما أنه يقسم قسمة الميراث.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/01/04 والذي لم تشترط فيه حصول التنزيل بعقد، بمعنى تدخل إرادة المورث على اعتبار أن التنزيل يقع بقوة القانون: "حيث بالفعل وبالإطلاع على القرار المطعون فيه، يتبين منه أن الطاعنين طالبوا بقسمة تركة جدتهم المرحومة (ب، ج) ذاكرين بأنهم أبناء ابنتها المتوفى قبلها، باعتبارهم منزلين منزلة أصلهم... وقضاة الموضوع رفضوا هذا الطلب على اعتبار أنهم لم يثبتوا ما يفيد تنزيلهم منزلة أصلهم في تركة جدتهم، مخالفين بذلك نص المادة 169 من قانون الأسرة، التي تنص على أنه: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيلهم... " ومادام أن الجدة توفيت بتاريخ 1999/06/16 والابن (خ، ح) توفي في 1995/07/11 أي في قانون الأسرة، فإنهم يستحقون بذلك التركة عن طريق التنزيل، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"³⁸.



خامساً: أن المشرع الجزائري لم يشترط في التنزيل أن يتم بعقد رسمي، كما أنه لم يشترط شكلاً رسمياً له، فتقبل فيه شهادة الأقارب. وعليه فقد قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1991/10/29 على أن: "قضاة الموضوع بإبطلهم لعقد التنزيل لصالح الورثة، بحجة أنه غير رسمي، أخطأوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، التي لا تشترط أي شكل للتنزيل"³⁹.

سادساً: أن تطبيق أحكام التنزيل إنما تتم بناء على تاريخ وفاة الجد أو الجدة بعد صدور قانون 84-11 وليس تاريخ وفاة أحد أبوي المستفيد من التنزيل. وهذا تطبيقاً لقاعدة عدم رجعية القوانين التي أكدته المادة الثانية من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي..."⁴⁰. وفي ذلك صدر من المحكمة العليا قرار بتاريخ 2013/04/11 ما يؤكد على أن العبرة بتاريخ وفاة الجد أو الجدة بعد صدور قانون 84-11 ولا يتعلق الأمر مطلقاً بتاريخ وفاة أحد أبوي المستفيد من التنزيل، حيث قررت أن: "العبرة في التنزيل، بعد صدور قانون الأسرة (قانون رقم 84-11) بتاريخ وفاة الجد أو الجدة وليس بتاريخ وفاة والد أو والدة المستفيدين من التنزيل"⁴¹.

الفرع الثاني: الضوابط القانونية لصحة التنزيل :

من خلال تتبع النصوص الواردة في باب التنزيل في قانون الأسرة، نجد بأن المشرع الجزائري - على غرار سائر التشريعات العربية - وضع مجموعة ضوابط وشروط لصحة التنزيل تتحلى فيما يلي :



أولاً: أن يكون مورث الأحماد قد توفي قبل الجد أو الجدة أو معه :

حصول وفاة مورث الأحماد قبل أبيه أو أمه أو وفاته أثناء وفاة أحدهما شرط أساسي وجوهري لاستحقاق تنزيل الأحماد منزلة أصلهم، وهذا الشرط يقتضي وجود ثلاث صور تتبين كالآتي:

1. إذا مات الشخص موتاً حقيقية ذكرًا كان أو أنثى في حياة أبيه أو أمه، وترك أولاد فإنهم ينزلون منزلته وكأنه حيّ.

2. إذا مات الشخص موتاً حكماً، ككونه مفقوداً مضى على فقده أربع سنوات فأكثر في حال يغلب عليه الهلاك، فيصدر القاضي حكماً بوفاته، وتسري عليه أحكام الميت، فإن كان له أولاد ينزلون منزلته في الميراث⁴².

3. إذا مات الشخص مع أصله في وقت واحد ولم يعلم من مات منهم أولاً، كما إذا ماتا غرقاً، أو تحت الهدم، أو في حادث مرور، فبنشأ التنزيل وجوباً للأحماد، لأن أصلهم ممنوع من الميراث لاختلال شرطه، وهو التحقق من حياة الوارث، ومادامت الوفاة قد حصلت لهما معاً فلا توارث بينهما.

ثانياً: ألا يكون الأحماد وارثين للأصل جداً كان أو جدة :

وهو ما ورد في نص المادة 172 من قانون الأسرة على أنه: " أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه ".



ذلك أنه إن كان وارثاً بالفرض كبنت الابن مثلاً أو بالتعصيب كابن الابن، فلا ينزل أي منهما منزلة أصله، سواء كان هذا الميراث كثيراً أم قليلاً، لأن التنزيل وجب بقوة القانون تعويضاً عما فاته من ميراث أصله لو بقي حياً، فلو كان وارثاً ولو مقداراً قليلاً لا يجب له التنزيل، كمن يموت عن زوجة وبنت وبنت ابن توفي في حياة أبيه، فإن بنت الابن تأخذ السدس فرضاً، ولا يمكن أن تنزل منزلة أبيها، لأن لها نصيب بطريق الفرض.

أما لو استغرقت الفروض التركة ولا يبقى للأحفاد شيئاً، فإنه ينبغي تنزيلهم منزلة أصلهم، مثل توفي شخص عن أب، أم، بنتين، بنت ابن، ابن ابن ابن، فإن للأب السدس، والأم السدس، والبنتين الثلثين، والباقي لبنت الابن مع ابن ابن ابن، ولكن التركة استغرقت بطريق الفرض فقط، فهنا ينزل الأحفاد منزلة الأصل.

ثالثاً: ألا يكون المتوفى - جد أو جدة - قد أعطى الأحفاد بغير عوض: وهو ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 171 من قانون الأسرة على أنه: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جداً 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". يتبين من خلال النص:

أن من أعطى للأحفاد مقدار ما يستحقونه بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية كأن يكون وهبهم أو باعهم بغير ثمن بيعاً صورياً، وإذا كان قد أعطاه بذلك الطريق أقل من نصيبه، وجب تنزيله في التركة بما يكمل به نصيبه. فيشترط إذن أن يكون النصيب الموصى به



أو المتبرع به لهم مساو لمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يزيد عن ثلث التركة، على أنه إن جاوز الثلث فإنه يبقى موقوفاً على إجازة بقية الورثة طبقاً لما هو منصوص عليه في نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري⁴³، وبعدها لا يمكن للأحفاد الاستفادة من التنزيل، بخلاف ما لو كانت أقل من نصيبهم في التنزيل، فإنه يزداد لهم في ذلك بطريق التنزيل لتكميل النصيب الواجب لهم قانوناً.

وقد أكدت على هذا الشرط المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/12/14 على أنه: "حيث بالفعل وبالنظر لقانون الأسرة الصادر بتاريخ 1984/06/09 وبمقتضى المادة 169 منه، أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون، وفي قضية الحال، مادامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987، أي بعد صدور القانون، فالطاعن يعد حفيداً لها - أي ابن ابنتها - ويستحق جزءاً من تركتها بواسطة التنزيل، بالشروط المنصوص عليها في المادة 171 من قانون الأسرة، وما دام الطاعن قد آل إليه جزء من تركة جدته عن طريق التنزيل، فلا حق له في أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية، لأن المادة 171 من قانون الأسرة تمنع ذلك"⁴⁴.

رابعا: أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم عن أبيه أو أمه :

وهو ما ورد في نص المادة 172 من قانون الأسرة الجزائري، ذلك أن الغاية التي لأجلها تم تشريع التنزيل - وفقاً لما أوردوه من حجج - للأحفاد إنما خشية فقرهم واحتياجهم،



التنزيل - الوصية الواجبة -

ولهذا لو ثبت أنهم ورثوا من أبيهم أو أمهم شيئا من المال لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، فإنهم لا يستحقون التنزيل بقوة القانون .

وشرط عدم استحقاقهم التنزيل إذا كان النصيب الذي آل إليهم يساوي أو أكثر من مناب مورثهم من أبيه أو أمه، أما إذا كان أقل فيجب أن ينزلوا بقوة القانون لتكميل النقص من دون أن يتجاوز ذلك التكميل ثلث التركة.

وهو ما أورده المشرع الجزائري في نص المادة 170 من قانون الأسرة على أن: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".
يتبين من تقدير التنزيل (الوصية الواجبة) بألا تتجاوز ثلث التركة، على أنها ليست ميراثاً خالصاً، لأن الشرع منعهم من الإرث لوجود من هو الأولي بها، وإنما اعتبرت وصية وجبت كعوض عن ما فاتهم من الميراث .

خامساً: ألا يكون الحفيد المراد تنزيله قاتلاً لمورثه عمدا وعدوانا :

وهو ما يستشف من نص المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

الفرع الثالث: تزام الوصايا :

أولاً: مفهومه : معنى تزام الوصايا أن تتعدد، ولا يتسع الثلث لها كلها، إن لم يجز الورثة، أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعها، فعندئذ يكون التزام، إذ لا يمكن تنفيذها كلها⁴⁵.



وعليه فالتزاحم لا يحصل إذا كان ثلث التركة يسعها، أو التركة تسعها إذا حصلت إجازة الورثة على ذلك، مما يسهل عملية تنفيذها .

ثانيا: كيفية حل التزاحم بين الوصايا : لم يرد في التشريع الجزائري نص يبين مسألة تزاحم الوصية الواجبة مع الاختيارية، بخلاف جل التشريعات العربية، وعليه قررت معظم هذه التشريعات على كيفية حل هذا التزاحم إن ضاق الثلث عن استيعابها تتمثل فيما يلي :

1. إذا حصل التزاحم بين الوصية الواجبة والوصايا الاختيارية، سواء كانت هذه الأخيرة قد تعلقت بحق الله تعالى أو بحق الآدمي، أو تجاذبها الحقان معا، فإن القاعدة تقضي بتقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا الاختيارية⁴⁶، لأنها أكد منها بقوة القانون، كما أن لها مطالب للعباد، وسواء أوصى لهم أم لم يوص فإثم يأخذونها، وهو ما يستشف من النصوص الواردة في التنزيل، وإن لم يصرح المشرع بذلك، كما هو مبين في نص المادة 169 و 170 و 171 من قانون الأسرة الجزائري .

فإن كان نصيب الأحماد عند تنزيلهم قد استغرق ثلث التركة فإنه لهم كاملا، وليس لأحد من أوصى لهم باختياره نصيب من ذلك الثلث، إلا إذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث فلهم مازاد يشتركان فيه.

أما إن كان نصيب الأحماد عند تنزيلهم قد استغرق أقل من ثلث التركة، فإثم يأخذون حصتهم كاملة، وما بقي عن الثلث يتزاحم فيه ممن أوصى لهم باختياره.

واعلم أن تقديم الوصية الواجبة على الوصايا الاختيارية مطلقا محل نظر، ذلك أن الوصية الاختيارية حتى ولو كانت واجبة ديانة فقط، إلا أنها ثبتت بدليل قطعي في قوله



تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين" بخلاف الوصية الواجبة فإنها ثبتت باجتهاد مضطرب تعاقبت عليه الأزمنة حتى اكتسب قوته بصريح القانون .

2. إذا كانت الوصايا التي حصل التزاحم فيها كلها اختيارية، هنا ننظر في الحق الذي شملته تلك الوصية، وهو على أنواع :

أ. التزاحم في الوصايا المتعلقة بحقوق العباد :

الحكم في هذه الحالة إذا تجاوز مقدار الوصايا الثلث ولم يميزوا الورثة الزائد، قسم ذلك الثلث بين الموصي إليهم بالمحاصة⁴⁷، وذلك بحسب حصة كل واحد منهم، قال الإمام ابن قدامة رحمه الله: "إذا أوصى بأجزاء من المال، أخذتها من مخرجها، وقسّمت الباقي على الورثة، وإن لم يميزوا، قسّمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم، في حال الإجازة، وقسّمت الثلثين على الورثة، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا، هذا قول الجمهور، منهم الحسن والنخعي، ومالك، وابن أبي ليلى، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة، وأبو ثور، وابن المنذر: لا يضرب الموصى له في حال الردّ بأكثر من الثلث، لأن ما جاوز الثلث باطل، فكيف يضرب به؟"⁴⁸. وعن تعليل أبي حنيفة في ذلك قال الإمام القدوري رحمه الله: "أن الوصية فيما زاد عن الثلث لا تجوز، والمنع من جوازها يمنع من تعلق الأحكام بها، وهذا بخلاف الخبر ولأنه أوصى فيما لم يجعل له في الأحكام أن يوصي به، فلم يجز للموصي أن يضرب بما لا يجوز الوصية به .

ولأن الورثة إذا تعاولوا - أي دخل العول في المسألة المتعلقة بهم - لم يضرب كل واحد منهم إلا بما قدر له الشرع من السهم المستحق، كذلك أصحاب الوصايا لا يضرب كل واحد منهم بأكثر مما قدر له الشرع"⁴⁹.



أما مسألة تزام الوصايا الاختيارية قانوناً، نجد أن المشرع الجزائري⁵⁰ قد تمسك بمذهب الجمهور، وهو ما ورد في نص المادة 194 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان، يكون الموصى به مشتركاً بينهما". والملاحظ أن نص المادة جاء عاماً يشمل الوصية بالثلث أو بأكثر مع الإجازة.

فإذا كان أحدهما موصى له بالثلث والآخر بالربع والثالث بالسدس مثلاً، قُسم ثلث التركة بينهم بنسبة نصيب كل واحد منهم إلى الآخر، والطريق إلى ذلك أن نخرج المضاعف الأصغر لمقام هذه الكسور.

مثال: إذا أوصى شخص في ثلث ماله لمحمد بالثلث، ولعبد الله بالربع، ولزكرياء بالسدس تكون المسألة كالاتي:

09	12		
04	04	1/3	محمد
03	03	1/4	عبد الله
02	02	1/6	زكرياء

مجموع سهام الوصية للموصى إليهم هي 09 ولكل واحد منهم نصيبه المبين في الجدول.



ب. التزاحم في الوصايا المتعلقة بحقوق الله تعالى :

لم يرد في التشريع الجزائري صراحة ولا حتى ضمناً ذكر لمسألة تزاخم الوصايا المتعلقة بحقوق الله تعالى، بخلاف ما استقرت عليه بعض التشريعات العربية، وفي مقدمتها التشريع المصري الذي أقر قاعدة في نص المادة 81 من قانون الوصية على أنه: "إذا كانت الوصية بالقرابات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية، فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق، وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات⁵¹، والواجبات على النوافل". وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 286 على أنه: "إذا كانت الوصية بقرابات متعددة، ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية :

أ. فإن كانت القرابات متحدة الدرجات، كان التوزيع بينها بالتساوي .

ب. إن كانت مختلفة الدرجات، قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل، بالطريقة السابقة"⁵².

يتبين من خلال هذه النصوص، أن الوصية إن كانت للقرابات، وكانت متحدة في الرتبة ككونها فرائض كالحج مع الزكاة، أو تطوعات كالوصية للفقراء والجمعيات الخيرية، أن الوصية تكون لها جميعها بالتساوي، هذا إذا لم ينص الموصي بين هذه الوصايا في المقدار، فإن نص اتبع ما رتبته ونص عليه، فيصرف الثلث فيما نص عليه أولاً ويكون أولى من غيره، فإن بقي من الثلث شيء فممن يليه من الوصايا. والشأن نفسه إن عين مقادير هذه الفرائض فيجب أن تتبع كما عينها وقدرها.



أما إن كانت الوصايا مختلفة في الترتيب بين كونها فرائض وأخرى مندوبات ومستحبات، فإنه يُقدم الأقوى أداءً على غيره إن ضاق الثلث عن استيفائها جميعها.

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله: "وما لله تعالى: فإن كان كله فرائض كالزكاة والحج، أو واجبات كالكفارات والندور وصدقة الفطر، أو تطوعات كالحج التطوع، والصدقة للفقراء، يبدأ بما بدأ به الميت، وإن اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو آخرها، ثم بالواجبات.. ولأن الفرض أهم من النفل، وإن تساوت الفرائض في القوة قُدم ما قدمه الموصي، وقيل تقدم الزكاة على الحج، وقيل بالعكس، والقول بتقديم بعض الفرائض على بعض غير معتمد، والقائل بذلك الإمام الطحاوي، وبالأول الإمام الكرخي، وذكر أنه قول الكل..."⁵³ وقال الإمام العِمْراني رحمه الله: "إن أوصى أن يُقضى دينه أو يُحجَّ عنه حجة الإسلام من الثلث، وأوصى بتبرعات لم يحتملها الثلث.. ففيه وجهان :

أحدهما: يُقدم الدين أو الحج في الثلث، فإن فضل من الثلث شيء بعد

ذلك.. صُرف إلى وصايا التبرعات. وإن لم يفضل شيء.. سقطت الوصايا بالتبرعات، لأن الدين أو الوصية بحجة الإسلام فرض، والتبرعات تطوع، والفرض أكد، فقدم .

والوجه الثاني: يُقسِّطُ الثلث على قدر الدين أو على قدر أجرة المثل، وقدر الوصية

بالتبرع، ثم يُتمم الدين أو أجرة المثل من رأس المال، لأن الدين وأجرة المثل على حجة الإسلام من رأس المال، فإذا جعلهما من الثلث، فقد قصد الرفق بالورثة، فقسَّط الثلث على الجميع، وتم الواجب من رأس المال، لأنه لا بد منه.."⁵⁴



واعلم أن الأصل في قضاء الواجبات من حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى إن لم يوص بها إنما تكون من رأس المال لا من ثلث التركة، قال الإمام أبي اسحاق الشيرازي رحمه الله: "وأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة، فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث، لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون فلم تعتبر من الثلث، وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث وعُلم أن قصد التوفير على الورثة ...⁵⁵".

ج. التزاحم في الوصايا المشتملة على الحقين معا :

قال الإمام ابن عابدين رحمه الله: "وما جمع فيه بين حقه تعالى وحق العباد، فإنه يقسم الثلث على جميعها، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ولا تجعل كلها جهة واحدة، لأنه وإن كان المقصود بجمعها وجه الله تعالى، فكل واحدة منها في نفسها مقصودة فتتفرد كوصايا الآدميين، ثم تُجمع فيقدم فيها الأهم فالأهم، فلو قال ثلث مالي في الحج والزكاة ولزيد والكفارات .

قسم على أربعة أسهم، ولا يُقدم الفرض على حق الآدمي لحاجته، وإن كان الآدمي غير معين، بأن أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم، بل يقدم الأقوى فالأقوى، لأن الكل يبقى حقاً لله تعالى إذا لم يكن ثم مستحق معين...⁵⁶".

فإن كان في الوصايا شيء معين أخذ حصته من ذلك الشيء المعين، قال الإمام ابن شاس رحمه الله: "إن ضاق الثلث قدم أكدها على ما دونه، فيقدم المدبر في الصحة على الزكاة المفطر فيها إن أوصى بها، إلا أن يعرف حلولها عليه، وإن لم يخرجها فيكون من رأس



المال، ثم الرقبة المبتولة في المرض معاً، ويُقدم الواجب على التطوع. ويقدم عتق العبد المعين على المطلق، ثم المكاتب، ثم الحج، والرقبة بغير عينها. واختلف في الوصية بعتق رقبة غير معينة، والوصية بدنانير ودراهم لرجل، فقال ابن القاسم: يتحصان. وقال عبد الملك يُبدأ العتق والذي ذكره .

قال في الكتاب: وإنما ينظر في هذه إلى الأوكد فيقدم في الثلث، ولا ينظر إلى لفظه إلا أن يكون أوصى فقال: بدأوا كذا، ثم كذا، فإنه يبدأ بما قال، وإن كان الذي لم يیده الميت هو آكد، فإنه لا يقوم في الثلث، لأن الميت قد قدم غيره، وهذا قول مالك .
هذا حكم ما تأكد بعضه على بعض من الوصايا، فإن استوت في الرتبة تحاصوا...⁵⁷ .

وقبل أن أختتم مسألة تزاحم الوصايا، ينبغي التنبيه إلى أن الإمام العلامة ابن حزم رحمه الله قد خالف ما ذكره الأئمة في رفع إشكالية التزاحم عند ضيق الثلث عن استيفاء جميع الوصايا، وهذا بناء على قوله في عدم مشروعية الزيادة على الثلث مطلقاً، فقال رحمه الله: "ومن أوصى بما لا يحمله ثلثه بدئ بما بدأ به الموصي في الذكر أي شيء كان حتى يتم الثلث، فإن تم بطل سائر الوصية، فإن كان أجمل الأمر تحاصوا في الوصية، وهذا مكان اختلف الناس فيه... - ثم أتى بالأقوال - وقال: فظاهرها الخطأ، لأنها دعاوى وآراء بلا برهان، وليس لأحد أن يموه ههنا بكثرة القائلين، لأنهم كلهم مختلفون.. وقال: ثم إن صح أن العتق أفضل من كل قرية، فمن أين لهم إبطال سائر ما تقرب به الموصي إلى الله تعالى إيثاراً للعتق الذي هو أقرب؟ وهذا تحكم لا يجوز... قال: إذن قد بطل قول من يرى تبديده بعض



التنزيل - الوصية الواجبة -

الوصايا على بعض، فلم يبق إلا قولنا، أو قول من رأى التخاص في كل ذلك، فنظرنا في ذلك، فوجدنا من فعل ذلك قد خالف ما أوصى به الموصي أيضا بغير نص، وهذا لا يجوز..

وإن لم يبدأ الموصي بشيء، لكن قال: فلان وفلان وفلان: يعطى كل واحد منهم كذا وكذا، فلم يحمل الثلث ذلك. فهنا يتحصون ولا بد، لأنه ليس لهم إلا الثلث فيجوز لهم ما أجاز الله تعالى، ويطلق لهم ما أبطله الله تعالى، وكذلك سائر القرب⁵⁸.

أمثلة تطبيقية عن التنزيل :

المثال الأول: توفي وترك زوجة، أخت ش، ثلاث بنات، بنت ابن، أخ لأب.

48		72	24		
06	1/8	09	03	1/8	زوجة
08	1/6	12	04	1/6	جدة
24	1/2	17			بنت
		24/34	17	ع	بنت ابن (منزلة)
10	ع	00	م	م	أخ لأب



في هذه المسألة أخذت بنت الابن (بعد تنزيلها) أكثر من ثلث التركة.

قيمة ثلث التركة = $72 \div 3 = 24$. وهي نصيبها 34 سهم.

فتعطي لبنت الابن 24 سهم وبعدها نقوم بحل المسألة من جديد من وجود الحفيد المنزّل

بعد طرح نصيب بنت الابن 24 من أصل المسألة 72 أصبح عدد الأسهم المتبقية هي 48 سهم.

تقسم على جميع الورثة الباقين 48 سهم:

نصيب الزوجة $1/8$ من 48 = 06 أسهم.

نصيب الجدة $1/6$ من 48 = 08 أسهم.

نصيب البنت $1/2$ من 48 = 24 سهم.

نصيب الأخ لأب الباقي عصابة من 48 = 10 أسهم.



المثال الثاني: توفي وترك: زوج، ابن، بنت ابن (توفي أبوها قبل جدها) جدة.

24	12		
06	03	1/4	زوج
04	02	1/6	جدة
07			ابن
07	07	ع	بنت ابن

في هذه المسألة تم تنزيل بنت الابن منزلة أبيها (الابن) وورثت مع الابن (عمها) مناصفة. أخذت بالتنزيل أقل من ثلث 1/3 التركة فكان لها النصيب 07 كاملاً.

خاتمة:

بعد عرض موضوع التنزيل أحكامه وضوابطه القانونية في التشريع الجزائري والمقارن، مع الإشارة إلى رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، خلصت إلى ما يلي:

1. أن الأصل في الوصايا أنها مندوبة ذات طبيعة اختيارية، وهذا الذي عليه جماهير العلماء من أئمة السلف والخلف، خلافاً لابن حزم رحمه الله ومن قال بذلك من التابعين.



2. أن الوصية الواجبة بقوة القانون للأقارب وبتحديد ذلك في الأحفاد فقط لم يقل به أحد من فقهاء المسلمين، حتى ابن حزم، لأنه قال بوجودها على الوالدين والأقربين من دون تخصيص في ذلك.

3. أن الباعث الذي استندت إليه التشريعات الوضعية في إيجاب التنزيل أو الوصية الواجبة بقوة القانون بدافع الشفقة على الأحفاد باعتبار أن ثمة احتمال أن يكون أصلهم مشارك في تركة جدهم، يتعارض تماماً مع النصوص التي أفروها، لأنها لم تضبط الباعث على التشريع في المحتاجين فقط، وإنما شمل التنزيل جميع الأحفاد بصرف النظر عن كونهم محتاجين أو أغنياء.

وأن هذا الباعث لا يعطيها الصفة الشرعية، لأنه لا ميراث لهؤلاء إلا بالنص، وقد انعقد الإجماع على عدم توريثهم إذا وجد أعمام لهم، وأن انتقال المال إليهم على سبيل الوجوب فيه زيادة على النص، فضلاً عن تعارضه مع مبدأ أن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه.

4. أن تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم الذي مات في حياة جدهم أو جدتهم على أن يأخذوا نصيبه من دون أن يتجاوز الثلث، فيه تعارض بين كونها وصية أو ميراث.

5. يمكن للجد أن يوصى للأحفاد وصية اختيارية برضا الورثة وإجازتهم لها إذا كانوا محتاجين إليها باعتبارهم أولى الأقربين، ونخرج بعد ذلك من الإشكال الذي أثاره وجوبها بقوة القانون.

6. أن عدم تحديد المقصود بالأحفاد في التشريع الجزائري وشمول العبارة أولاد الابن والبنات معاً يتناقض مع تشريعه لأولاد البنات باعتبارهم من ذوي الأرحام، وهو ما يقتضي أنهم يرثون بطريقتين (التنزيل، والدفع لهم باعتبارهم من ذوي الأرحام).



7. أنه في حال تزامن الوصايا، فإنها تقدم الوصية الواجبة على الاختيارية لأنها واجبة بقوله القانون ولها امتياز على الاختيارية.

الهوامش :

1 يريد الحديث الذي رواه مالك في الموطأ من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، بيت ليلتين، إلا ووصيته عنده مكتوبة" رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب الأمر بالوصية، رقم 2817، 1103/04.

2 أبي الوليد ابن رشد، المقدمات والممهديات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ، 1988م، 113/03.

3 أبي الوليد الباجي، المتتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ، 1999م، 76/08.

4 ابن حزم، المحلى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1422هـ، 2001م، 193/10.

5 ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، ط1، 1425هـ، 2004م، 403/04. انظر: الإجماع لابن المنذر أيضا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ، 1985م، 37.

6 سورة البقرة، الآية 180.

7 ابن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل آي القرآن، دار هجر، القاهرة، ط1، 1422هـ، 2001م، 123/03، 124.



- 8 الفخر الرازي ، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر، بيروت، ط1، 1401هـ، 1981م، 67/05، 68.
- 9 ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ، 2003م، 102/01.
- 10 مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الوصية، باب الوصية للوارث والحيازة، رقم 2832، 1110/04، 1111.
- 11 رواه أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ماجاء في الوصية للوارث، رقم 2870، 196/03. والترمذي في سننه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم 2121، قال الترمذي: "حسن صحيح" 434/04.
- 12 الآلوسي: أبي الفضل شهاب الدين، روح المعاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (د،ط) (د،ت) 53/02، 54.
- 13 الجصاص: أبي بكر الرازي، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1412هـ، 1992م، 203/01.
- 14 رواه مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب الأمر بالوصية، رقم 2817، 1103/04. والبخاري، كتاب الوصايا، باب الوصايا، رقم 2738 286/02. ومسلم، كتاب الوصية، رقم 1627، 766/02.
- 15 ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 10 / 193.
- 16 ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، (د. ن.) 1404هـ، 1984م، 292/14.



- 17 الصنعاني: محمد بن إسماعيل، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، دار ابن الجوزي، جدة، ط2، 1421هـ، 272/02.
- 18 القرطبي: أبي العباس المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم، دار ابن كثير، بيروت، ط1، 1417هـ، 1996م، 439/04، 440.
- 19 رواه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت، رقم1630، 769/02.
- 20 معناه أخذت نفسها فجأة، أي ماتت فجأة، يقال: افلتت الشيء إذا أخذته فجأة.
- 21 رواه البخاري، كتاب الوصايا، باب ما يستحب لمن توفي فجأة، رقم 2720، 293/02. ومسلم، كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت، رقم 1004، 769/02، 770.
- 22 ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، 194/10.
- 23 ابن بطلال، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، الرياض، 179/08، 180.
- 24 أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط2، 1369هـ، 1950م، ص 220.
- 25 سورة النساء، الآية 13، 14.
- 26 رواه الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة، رقم 2167، قال الترمذي: "هذا حديث غريب من هذا الوجه" 466/04.
- 27 أبوهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 224.
- 28 ابن حزم، المحلى، بيت الأفكار الدولية، عمان، ص 1503، 1504.



29 القانون رقم 71 المؤرخ في سنة 1946 المتضمن قانون الوصية المصري.

30 طعن رقم 450 لسنة 51 قضائية، جلسة 1985/03/12.

31 وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 287 مكرر (ب).

32 لم يرد في التشريع الجزائري وضع مدلول للتنزيل، وإنما تركه للفقهاء، على اعتبار أن وضع التعاريف وتحديد المصطلحات غالباً ما يكون أمرها موكولاً للفقهاء، وليست هي من مهمة المشرع. بخلاف ما عليه التشريع المغربي في مدونة الأسرة، حيث استقر على تحديد مفهوم التنزيل في نص المادة 315 على أنه: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته".

33 القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

34 قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1993/05/25، ملف رقم 94685، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1994.

169: Si une personne décède en laissant **des descendants d un** 35
... **fils décédé** avant

36 من التشريعات العربية التي اعتبرت أن التنزيل يشمل الأحفاد أولاد الأبناء والبنات معاً، المشرع المصري في نص المادة 76 من قانون الوصية، وكذا المشرع الكويتي في نص المادة 287 مكرر/02 على أنه: "وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاده الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا...". وكذا المشرع الإماراتي في نص المادة 01/272 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "من توفي ولو حكماً وله أولاد ابن أو بنت وقد مات ذلك الابن أو تلك البنت قبله أو معه وجب لأحفاده



هؤلاء في ثلث تركته وصية...". وكذا المشرع العراقي في نص المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية على انه: "إذا مات الولد، ذكراً كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، ويتقل استحقاقه من الإرث.. باعتباره وصية واجبة".

أما من التشريعات التي صرحت باعتبار لفظ الأحفاد الذين يشملهم التنزيل هم أولاد الابن فقط وإن نزلوا، التشريع الأردني في نص المادة 279/د على أنه: "تكون الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحداً أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين بحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط". القانون المؤقت رقم 36 لسنة 2010 لقانون الأحوال الشخصية الأردني.

37 قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2002/12/25، ملف رقم 290934. وهذا القرار يتناقض مع ما قررته في قرارها السابق بتاريخ 1994/03/22 عندما اعتبرت أن لفظ الأحفاد الذين يشملهم التنزيل قانوناً هم أولاد الابن فقط، فجاء على أنه: "من المقرر شرعاً أن 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". انظر: قرار المحكمة العليا بتاريخه 1994/03/22، ملف رقم 95385، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1995، ص 134.

38 قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2006/01/04، غ، أ، ش، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2006، ص 443 وما بعدها.

39 قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1991/10/29، ملف رقم 80388.

40 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

41 قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، بتاريخ 2013/04/11، ملف رقم 0739029، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2013.



42 على أنه إن ظهر حيا بعد أن ينزل أولاده منزلته وياخذون المال، فإنه يرث ويأخذ نصيبه من التركة، ويبتطل التنزيل تبعاً لذلك، لأنها أنشأت خلفاً عن ميراث أصلهم، فلما ظهر الأصل لم يكن للخلف اعتبار، فيرجع عليهم بما بقي عندهم فقط، ولا ضمان عليهم فيما استهلكوه. لأنهم تصرفوا فيه باعتبارهم ملاك.

43 تنص المادة 185 من قانون الأسرة على أنه: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة " .

44 قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2005/12/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2005، ص 390.

45 أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط2، 1950، ص 263.

46 وهو ما أورده المشرع الكويتي في نص المادة 287 مكرر (ب) على أن: "الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا". القانون رقم 66 لسنة 2007 المعدل لقانون الأحوال الشخصية الكويتي، وازرة العدل، ط1، 2011. وكذا المشرع الإماراتي في نص المادة 2/272 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: " الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة " . والمشرع الأردني في نص المادة 279/ هـ على أنه: "الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة". انظر: القانون رقم 36 لسنة 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني .

47 معنى المحاصة بالمعنى اللغوي حاصّ ، مُحَاصَّةٌ وَحِصَاصًا ، فهو مُحَاصٌّ، والمفعول مُحَاصٌّ: حاصٌّ شريكه قاسمه ، فأخذ كلٌّ واحد منهما حصّته ألا وهو القسمة أو المقاسمة بالنسبة وعرفها بعض المعاصرين بأنها: "إعطاء حصة لكل دائن من تركة المدين بنسبة دينه". وأن المحاصة تقع في كل دين ثابت لازم في الذمة، وهو ما كان من عوض مالي، ولا تدخل الهبة وسائر التبرعات في المحاصة.



- 48 ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الرياض، 444/08.
- 49 القدوري، التحريد، دار السلام، القاهرة، ط1، 1424هـ، 2004م، 3993/08، 3994.
50. وكذا المشرع المصري في نص المادة 80 من قانون الوصية حيث نص على أنه: " ذا زادت الوصايا على ثلث التركة، وأجازها الورثة، وكانت التركة لا تفي بالوصايا، أو لم يجزوها، وكان الثلث لا يفي بها، قسمت التركة أو الثلث حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة... ". وكذا القانون العربي للأحوال الشخصية في صن المادة 233 منه على أنه: " إذا ضاق الثلث عن استيفاء الوصايا المتساوية رتبة، ولم يجز الورثة الراشدون مازاد على الثلث، يقسم على الموصى لهم قسمة غرماء، فإذا كانت إحداها بشيء معين تقع المحاصة بقيمته، فيأخذ مستحقها حصتها من المعين، ويأخذ غيره حصته من سائر الثلث". القرار رقم 105 - د 6 - 1988/04/04 .
51. التفرقة بين الفرض والواجب إنما هو جريا على أصول الحنفية رحمهم الله تعالى فقط، على اعتبار أنهم يفرقون بين الفرض والواجب، ويقولون أن الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني، أما الجمهور على أنهما متردافان، والخلاف بينهما لفظي... والناظر إلى نص المادة 81 يتبين أنها وضعت وفقا لما هو مقرر عند الحنفية.
- 52 القانون رقم 51 لسنة 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية.
53. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، ط خاصة، 1423هـ، 2003م، 10 / 354.
54. العِمْراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، بيروت، ط1، 1421هـ، 2000م، 199/08، 200.
55. أبي اسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ، 1995م، 345/02.



- 56 ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، 354/10.
57. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1415هـ، 1995م، 406/03، 407.
58. ابن حزم، المحلى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط2، 1422هـ، 2001م، 210/10، 215.