الوصية الواجبة في التشريعات العربية وضرورة تعديل المادة 169 من تقنين الأسرة الجزائري

Inheritance by substitution in Arab legislation and the need to modify article 169 of the Algerian family code

د. دليلة تريكي/ آيت شاوش[1*]،

[1]كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر

تاريخ الاستلام: 2021/11/23 تاريخ القبول للنشر: 2021/12/06 تاريخ النشر: 2021/12/31

ملخص:

أخذ المشرّع الجزائري كغيره من المشرعين العرب بالوصية الواجبة في القانون 84-11 وسمّاها تنزيلا. ونصّ في المادة 169 على استفادة الأحفاد الذين توفي أصلهم في حياة أصله، منها دون تحديد لهؤلاء الأحفاد، هل هم أولاد الأبناء والبنات، أم أولاد الأبناء فقط؟

هذا التساؤل هو الذي أدّى إلى تضارب الأحكام و القرارات في ما يخصّ تنزيلهم من عدمه. لهذا سنبحث في هذا الموضوع على ضوء السبب والحكمة من تشريع الوصية الواجبة من الأساس، مقارنة ذلك بما ورد في تقنين الأسرة الجزائري وما ذهبت إليه مختلف التشريعات العربية، والوصول إلى ضرورة حسم الخلاف شكليا بتعديل المادة 169 بتوضيح الأحفاد المعنيين بالتنزيل، بعد حسمه من طرف المحكمة العليا بالقرار رقم 932349 المؤرّخ في 12-11-2015.

الكلمات المفتاحية: تنزيل، الوصية الواجبة، قانون الأسرة، الميراث، الأحفاد، التشريعات العربية، المادة 169.

Abstract :

Along other Arab legislators, the Algerian legislator recognized the inheritance by substitution in the term of the law number 84-11. Article 169 of the family code provides that the direct descendants of the second degree, who have lost their deceased parent while the deceased was still alive, without indicating whether these descendants benefiting from this inheritance by substitution are the sons and daughters of the son and the daughter of the deceased, or just the descendants of the son of the deceased only who are beneficiaries?

This questioning has led to a divergence in the judgments and rulings handed down by the judicial authorities with regard to the benefit of this substitution. This is

* **المؤلف المراسل:** dalila.aitchaouche@univ-bejaia.dz

why we have chosen to spread out during this study and in the light of the reasons which led to the recognition of inheritance by substitution at the origin, in comparison between what was recognized in the Algerian family code, with what has been recognized by Arab legislators, in order to end the need to resolve the dispute by amending article 169 by specifying the descendants concerned by the substitution, after this litigation had been resolved by the Supreme Court in a judgment bearing number 932349 dated 12-11-2015.

Keywords: inheritance; substitution; family code; law number 84-11; Arab legislators.

* **المؤلف المراسل:** dalila.aitchaouche@univ-bejaia.dz

مقدمة

لم يكن العمل بالوصية الواجبة في الجزائر قبل صدور قانون الأسرة، بالوضع الذي هو عليه الحال الآن، إنّما كان العمل بالتنزيل الذي كان يخضع لإرادة الإنسان قبل وفاته.

إنّ الأصل المقرّر في الوصايا عند جمهور الفقهاء أن تكون الوصية اختيارية رغم حثّ المشرع عليها، لأنّها في حقيقتها تعزّز بناء اجتماعيا قويا هدفه حماية الضعفاء ونشر خلق التعاون والبرّ. وقد أجاز الشارع للمورث حق التصرف في ثلث ماله ليتدارك به ما فاته من أعمال الخير قبل وفاته، وذلك مصداقا لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 180:

"كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ".

أمّا عن الوصية الواجبة فلم تكن تُعرف في التشريعات العربية كما هي عليه الآن، وإنّما كان العمل بالتنزيل الذي يخضع لإرادة المورّث قبل وفاته وكان يدخل في باب الوصايا ويُنفّذ قبل قسمة التركة، أي أنّ ضرره يدخل على كافة الورثة وتكون القسمة بين المنزَّلين للذكر مثلُ حظ الأنثيين.

لقد أخذ المشرّع الجزائري بالوصية الواجبة منذ صدور قانون الأسرة في سنة 1984 في نص المادة 169، غير أنّ الجانب التطبيقي لها أظهر خلافا حول المستفيد من هذه الوصية، لهذا فإنّ إشكالية هذا البحث ستتمحور حول الآتي: هل قصد المشرّع الجزائري بالأحفاد المذكورين في المادة السابقة كل الأحفاد مهما كان جنس أصلهم أم أنّه قصد أولاد الابن فقط؟ وما هو موقف التشريعات العربية من ذلك.

المبحث الأوّل

مفهوم الوصية الواجبة مشروعيتها وشروط استحقاقها

إنّ الإشكال الأساسي المطروح في هذه الدراسة هو معرفة المستفيد فعلا من الوصية الواجبة هل هم أولاد الأبناء فقط أم أولاد الأبناء والبنات على حدّ سواء، لهذا وجب علينا قبل التحقق من هذا أن نتعرض أوّلا لمفهوم الوصية الواجبة بما شابهها من مصطلحات ثم لمدى مشروعيتها وشروط استحقاقها.

المطلب الأوّل: مفهوم الوصية الواجبة

قبل التعرض للوصية الواجبة وأحكامها ينبغي التعرض لمفهوم الوصية الاختيارية حتى يتسنى لنا معرفة سبب تسميتها بالوصية الواجبة وكذا إمكانية مقارنتها بها وبما شابهها من مصطلحات.

الفرع الأوّل: الوصية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

إنّ من الوصايا النافذة بإجماع الفقهاء الوصية لغير وارث بما لا يزيد عن الثلث، فهذه لا تحتاج إلى إجازة الورثة. ولا ينفّذ الجزء الزائد عن الثلث إلاّ بإجازة الورثة وهذا كذلك باتفاق فقهاء المسلمين. وموضع الخلاف بين جمهور الفقهاء وبعض فقهاء الشيعة هو الوصية لوارث في حدود الثلث[1].

وقد احتجّ من يرون ذلك بزيادة في الحديث ظنوها صحيحة، وذلك في حديثه عليه الصلاة والسلام عن حدّ الثلث في الوصية، فجمهور الفقهاء يرون الحديث كالآتي: "إنّ الله أعطى لكلّ ذي حقّ حقّه فلا وصية لوارث". أمّا الشيعة فيرون الحديث صحيحا كالآتي: "إنّ الله أعطى لكلّ ذي حقّ حقّه فلا وصية لوارث بأكثر من الثلث"[2].

فهم يرون أنّ حديث النبي عليه الصلاة والسلام "لا وصية لوارث"، حسب تعبيرهم، "حديث باطل مصنوع، ولم يثبت عند نقاد الآثار وكتاب الله أولى من الحديث، والحكم به على الأخبار أولى من الحكم بالأخبار عليه، ولا تجوز الوصية للوارث ولا غيره بأكثر من الثلث ويستحبّ أن يوصي الرجل لقرابته ممّن لا يرث مع ورثته الذين يحجبونه عن الميراث"[3]. لهذا فإنّ الوصية لوارث جائزة في القانون الإيراني[4] وقد أخذ بها كذلك المشرّع المصري[5] والمشرّع العراقي[6].

فالإجازة عندهم تثور فقط عند تجاوز الثلث، أي أنّ إرادة الورثة لا تتدخل في أصل الوصية وإنّما تتدخل فقط في مقدارها وهذا عكس ما أخذت به باقي التشريعات العربية قيد البحث.

الفرع الثاني: تعريف الوصية الواجبة وعلاقتها بالتنزيل

---

[1]– د. رمضان علي الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 189 وما يليها.

[2]– الإمام محمد أبو زهرة، الميراث عند الجعفرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 47.

[3]– محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي، المقنعة للشيخ المفيد، عقائد الشيعة الإمامية، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر، نقلا عن:
http://www.aqaedalshia.com/mofid/masader/moqnaa/0027waseyya.htm?fbclid=IwAR0bIMt6H21aNIvARQwQ_5T0ENm4UfU1OskmFQ03lnRw6eU2ElqC7uYg734 بتاريخ: 1 نوفمبر 2021.

[4]– نقلا عن بدران أبو العينين بدران، الحقوق المتعلقة بالتركة، دار الكتاب العربي، 2009، ص 137.

[5]– تنص المادة 37 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 في الفصل الثاني منه "الوصية للوارث وبما زاد عن الثلث" على الآتي: "تصحّ الوصية للوارث وغيره وتنفّذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفّذ في الزيادة إلاّ إذا أجازها الورثة".

[6]– تنص المادة 1108 من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 على الآتي: "يجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلاّ بإجازة الورثة".

التنزيل هو جعل حفدة الشخص في منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدّة[1]. والمعنى الأصّح للتنزيل هو أن ينزّل صاحب التركة قبل وفاته أحفاده غير الوارثين منزلة أصلهم الوارث على فرض حياته بعد موته هو (المورث وهو الجد) وذلك لأخذ نصيبهم المفروض لهم ميراثا وفي حدود ثلث التركة.

هذا هو التنزيل الذي جاء به الفقه الإسلامي الحديث لمعالجة مشكلة الحفدة الذين يموت أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم. هذا التعريف يختلف في عنصر أساسي مع تعريف التنزيل الوارد في التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري، والذين أطلق غالبيتهم عليه اسم الوصية الواجبة، وهو تنزيل غير الوارثين من الحفدة محلّ أصلهم الوارث وذلك قسرا سواء كان المتوفى أبا أو أما على فرض حياتهم في أخذ منابهم من تركة الجد أو الجدّة وفي حدود ثلث التركة وبشروط محدّدة.

إنّ الاختلاف الوارد بين التعريفين هو أنّ التنزيل وفقا للفقه الإسلامي يتم بإرادة المورّث وفي حياته. أي أنّه في حالة عدم تصريح الجد بتنزيل الحفدة محلّ أبيهم أو أمهم المتوفاة فإنّ الحفدة بعد وفاة جدهم أو جدتهم سيحجبون من الأبناء في الميراث.

ومثال التنزيل الذي سلف ذكره انفرد بذكره التشريع المغربي ضمن التشريعات قيد الدراسة وذلك من المادة 315 إلى المادة 320 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة[2]. كما أنّه لم يخص به الأحفاد غير الوارثين بل أي شخص غير وارث وهذا ما يظهر من المادتين:

- 315: "التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته".
- 316: "ينعقد التنزيل بما تنعقد به الوصية مثل قول المنزِّل –كسرا– فلان وارث مع ولدي أو مع عدد أولادي إو ألحقوه بميراثي أو ورثوه في مالي أو يكون له ولد ابن أو ولد بنت فيقول ورثوه مع أولادي، وهو كالوصية تطبق عليه أحكامها ماعدا التفاضل". نستنتج من هذه المادة أنّ التنزيل في هذه الصورة، وكما نصّ عليه المشرّع المغربي، يتسع حتى لغير الأحفاد وهذا ما يجعله يشبه الوصية.

أمّا ما جاءت به قوانين الأحوال الشخصية فيوجب تنزيل الحفدة مكان أصلهم سواء قرّر الجد ذلك في حياته أم لا، وهذا ما جعلها تسمى بالوصية الواجبة لأنّها مفروضة بالقانون[3].

ومن أمثلة التشريعات العربية التي تنصّ على تطبيق الوصية الواجبة:

---

[1]– د. دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، 2009، ص 73.

[2]– قانون رقم 03– 70 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22. 04. 1 بتاريخ 3 فبراير 2004.

[3]– د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 438.

1- التشريع الجزائري في المادة 169 من تقنين الأسرة والتي تنص على الآتي:

"من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزله أصلهم في التركة بالشرائط التالية".

2- التشريع المغربي في المادة 369 تنص على الآتي: "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية".

وسيتسنى لنا معرفة طبيعة الوصية الواجبة بعد معرفة الفرق بينها وبين الميراث ومدى اقترابها من مفهوم الوصية الاختيارية.

الفرع الثالث: الوصية الواجبة ومقارنتها بالميراث والوصية الاختيارية

للوصية الواجبة شبه بالميراث كما لها شبه بالوصية الاختيارية، وهذا ما جعل البعض يعتبرها ميراثا والبعض الآخر يعتبرها وصية.

1- أوجه الشبه بين الوصية الواجبة والميراث:

- تُفرض الوصية الواجبة بقوة القانون مثل الميراث.
- لا تحتاج إلى قبول.
- لا ترتدّ بالرد كالوصية الاختيارية.
- تُقسّم قسمة الميراث.

2- أوجه الاختلاف بين الوصية الواجبة والميراث:

- لا تُستحق إذا أوصى الجد للأحفاد أو وهبهم مقدارها.
- عكس الميراث كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره.
- وجبت للتعويض عن حق فائِت عكس الميراث.

3- أوجه الشبه بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية:

تتشابه الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية في نقطتين أساسيتين تتمثلان في الآتي:

- تجب في حدود الثلث.
- تُقدّم على الميراث وحتى على باقي الوصايا[1].

4- أوجه الاختلاف بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية

- إنّ الاختلاف الأساسي بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة يتمثل في اعتبار هذه الأخيرة تفرض بالقانون عكس الأولى والتي تخضع لإرادة الموصي كما تدلّ على ذلك تسميتها.

[1]- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 441.

المطلب الثاني: مدى مشروعية الوصية الواجبة وشروط استحقاقها

إنّ الإشكال المطروح في هذه الدراسة ليس مدى شرعية الوصية الواجبة وإنّما من هو المستفيد من الوصية الواجبة، هل هم الأحفاد دون استثناء والذين توفي أصلهم في حياة مورثهم، أم هم فقط أولاد الأبناء دون أولاد البنات؟ لكنّنا عندما نتعرض لمبررات الأخذ بالوصية الواجبة والمقاصد الشرعية لذلك سنجد ما نستدلّ به على توريث جميع الأحفاد بما فيهم أولاد البنات.

الفرع الأوّل: مدى مشروعية الوصية الواجبة

الأصل أنّنا قبل الخوض في من هم المستفيدون من الوصية الواجبة أن ننظر أوّلا في مدى مشروعيتها وعلى ماذا اعتمد من أخذ بها ومن اعترض عليها.

أوّلا- الرأي القائل بعدم مشروعية الأخذ بالوصية الواجبة:

استند الرأي القائل بعدم شرعية الوصية الواجبة على الأدلّة الآتية:

أوّلا- إنّ الله عندما شرّع المواريث وبيّنها رسوله صلى الله عليه وسلم قال بحجب الأبناء لأبناء الأبناء، وأنّ الله عندما شرّع ذلك كان يعلم يقيناً أنه ستحدث حوادث يموت فيها أحد الأبناء في حياة أبيه ويترك أبناءه، والله سبحانه وتعالى أرحم الراحمين وأعدل العادلين رغم ذلك كله لم يستثن حجب الأبناء لأبناء الأبناء فالبشر ليسوا بأرحم ولا أعدل من الله تعالى.

ثانيا- أنّ العدل والإنصاف لا يكون بتوريث من لا ميراث له، وإنّما يكون بتطبيق النظام الاقتصادي الإسلامي الذي يفرض على الأعمام النفقة عليهم.

ثالثا- وإن كان الأعمام فقراء فيتكفل بيت المال بالإنفاق عليهم وهذا واجب الدولة.

رابعا- أنّ توزيع الثروة في الأسرة لا يكون بإعطاء أولاد الأبناء ما لا يستحقون خوفاً عليهم من الفاقة والعوز، فقد يكون هؤلاء الأحفاد صغاراً أو كباراً ولكن يملكون الأموال وهم أغنى من أعمامهم. وغيرها من الاعتبارات[1].

يمكننا الردّ على هذه الاعتبارات بالآتي:

أولا- لا أحد ينكر قدرة الله تعالى على ما ذكر في الاعتبار الأوّل، وهذا يدحض ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي لأنّ الله تعالى لعلمه بذلك أوجب الوصية عند قسمة الميراث لليتامى وذوي القربى والأحفاد المحجوبين من الأبناء.

[1]- ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2008، ص 51، 52.

ثانيا- نتساءل عن مدى وجود الاقتصاد الإسلامي في عصرنا هذا ومدى تطبيقه، وأين الأعمام الذين يتكفلون بالإنفاق على أولاد الإخوة، لكي نذكره كاعتبار ومبرر لعدم تطبيق هذه الوصية.

ثالثا- اعتبار وجود بيت مال المسلمين للإنفاق على الأحفاد اليتامى أمر بعيد عن واقعنا.

رابعا- إمكانية كون الأحفاد أغنياء أكثر من الأعمام قد يتحقق استثناء، لأنّهم في هذه الحالة قد تلقوا إمّا وصية أو هبة من المورّث وهو الجد، أو ميراث سواء كان من الأب أو الأم، وفي كل هذه الحالات لن يستفيدوا من الوصية الواجبة، وهذا ما تنصّ عليه التشريعات العربية وعلى رأسها قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا- الرأي القائل بمشروعية الوصية الواجبة

تنصّ التشريعات العربية وعلى رأسها القانون الجزائري على الأخذ بالوصية الواجبة. ولم يقل بها من الفقهاء المشهورين إلاّ الفقيه الظاهري ابن حزم والذي يرى الآتي: "وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إمّا لرق أو لكفر وإمّا لأنّ هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنّهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لاحدّ في ذلك، فإن لم يفعل، أعطوا ولا بدّ ما رآه الورثة أو الوصيّ، فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر أو مملوكا، ففرض عليه أيضا أن يوصي لهما أو لأحدهما...."[1].

وقد استند هذا الرأي إلى مجموعة من النصوص استدلّوا بها على وجوبها ومن أبرزها آيات الوصية:

أ- قوله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ"[2].

ب- وقوله كذلك: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ"[3].

وقد جاء في تفسير الظلال لسيد قطب رحمه الله لهذه الآية الآتي: "...وقد نزلت آيات المواريث بعد نزول آيات الوصية هذه، وحدّدت فيها أنصبة معيّنة للورثة، وجعل الوالدان وارثين في جميع الحالات، ومن ثمّ لم تعد

[1]- أبو محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن، ص314.

[2]- الآيتين 180،181، 182 من سورة البقرة.

[3]- الآية 106 من سورة المائدة.

لهما وصيّة لأنّه لا وصية لوارث، لقوله عليه الصلاة والسلام: (إنّ الله قد أعطى لكلّ ذي حق حقّه، فلا وصيّة لوارث)[1].

أمّا الأقربون فقد بقي النصّ بالقياس إليهم على عمومه، فمن ورّثته آيات الميراث فلا وصيّة له، ومن لم يرث بقي نصّ الوصيّة هنا يشمله. وهذا هو رأي بعض الصحابة والتابعين نأخذ به. وحكمة الوصية لغير الورثة تتضح في الحالات التي توجب فيها صلة القرابة البرّ ببعض الأقارب على حين لا تورثهم آيات الميراث لأنّ غيرهم يحجبهم. وهي لون من ألوان التكافل العائلي العام في خارج حدود الوراثة. ومن ثمّ ذكر المعروف وذكر التقوى (بالمعروف حقا على المتقين)، فلا يظلم فيها الورثة ولا يهمل فيها غير الورثة"[2].

الفرع الثاني: شروط استحقاق الوصية الواجبة

تنص مواد الوصية الواجبة أو التنزيل، كما فضّل المشرّع تسميتها رغم اختلاف المصطلحين كما سبق الذكر، من قانون الأسرة الجزائري على الآتي:

المادة 169: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية".أمّا عن الشروط فقد وردت في المواد الآتية:

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

المادة 171: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة".

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

قبل أن نتحدث عن الأحفاد الذين يستحقون الوصية الواجبة، هل هم أولاد الأبناء فقط أم أبناء البنات كذلك؟ سنتكلم عن شروط استحقاق الأحفاد بصفة عامة للوصية الواجبة.

لكي يستحق الحفدة الوصية الواجبة، حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري وباقي التشريعات العربية، لا بدّ من تحقق الآتي[3]:

1. وفاة أصل الأحفاد في حياة المورّث (الجد أو الجدة).

---

[1]– صحيح البخاري، باب لا وصية لوارث الحديث 2596، ج 3، ص 1008.

[2]– سيد قطب، في ظلال القرآن، ط 16، دار الشروق، 1990، ص 166، 167.

[3]– الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 230؛ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 168.

2. أن لا يكون الأحفاد قد استحقّوا شيئا من الميراث حتى وإن كان أقلّ من قيمة مناب أصلهم فيه.
3. أن لا يكون المورّث (الجد أو الجدة) قد أوصى للأحفاد أو وهبهم في حياته ما يساوي مقدار التنزيل.
4. أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أصلهم ما لا يقلّ عن مناب هذا الأخير في تركة أصله.
5. انتفاء موانع الميراث بالنسبة لأصلهم في تركة المورث، حيث يُشترط في الموصى له (المنزّل) أن يكون أصله مات وهو مستحقا للميراث، وهذا ما يفهم بمفهوم المخالفة للمادتين 169 و170 من تقنين الأسرة الجزائري. لأنّه لو عاش بعد موت الجد أو الجدة لما حصل على ميراث، لأنّ الحكمة التشريعية للتنزيل هي التعويض وبالتالي لا حق لفرعه في الوصية الواجبة، ولكنّه قد يستحق الميراث من الجد مباشرة إذا كان أهلا له.

إذا تأملنا في هذا الشرط نجد أنّ تطبيق أحكام الميراث على الوصية الواجبة يخرجها من الحكمة من تشريعها لأنّها تعالج وضع القريب الذي لا يرث لأيّ سبب كان، سواء كان من المحجوبين أو كان من غير الورثة أصلا، فكيف نحرم أبناء القاتل من الوصية الواجبة لجرم لم يرتكبوه.

كما يُطرح التساؤل حول الحفيد الذي يختلف في الدين مع الجد أو الجدة أو مع الأصل فهذا أمر سكت عنه المشرّع الجزائري. فإذا اعتبرنا التنزيل يدخل في باب الوصايا لوجدنا نص المادة 200 من تقنين الأسرة ينصّ على الآتي: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، ويؤكد هذا ما ذهب إليه الفقيه ابن حزم بقوله: "وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إمّا لرق وإمّا لكفر"[1].

لكن لو تأملنا في حكمة تشريع الوصية الواجبة والتي هي تعويض الحفدة عمّا فاتهم من ميراث أصلهم لتغير الحكم بتغير الحكمة.

كما تؤكد المادة 128 من تقنين الأسرة الآتي: "يُشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث". وبالتالي الأولى هنا هو تغليب شبَه الوصية الواجبة بالإرث على شبهِها بالوصية، لأنّ أصل مشروعيتها لتعويض المستحقين لها عن ما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل مورثه. ولو كان حيا ومات وهم (أي الأولاد) يخالفونه في الدين لما ورثوا شيئا وما فاتهم شيء[2].

في الأخير وبعد التأكد من الشروط السابقة يجب أن ينزّل الأحفاد بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا بشرط عدم تجاوز ثلث التركة.

[1]– نقلا عن د. دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 138.

[2]– د. رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص443.

المبحث الثاني

الأحفاد المستحقون للوصية الواجبة

اختلفت القوانين في تحديد من يستحق الوصية الواجبة وتشكّل بذلك فريقان، فريق يذهب إلى توريث أولاد الأبناء والبنات، وفريق خصّ الوصية الواجبة بأولاد البنات، سنتعرض لهما ولموقف المشرّع الجزائري في الموضوع.

المطلب الأوّل: التشريعات التي تورِّث أولاد الأبناء والبنات

ذهب القانون المصري والكويتي والتونسي والإماراتي والمغربي إلى تحديد المستحقين للوصية الواجبة بفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه سواء أكان هذا الولد ابناً أو بنتاً.

الفرع الأوّل: موقف المشرّع المصري والكويتي

يستحق الوصية الواجبة حسب التشريع المصري فروع الأبناء مهما نزلوا أمّا أولاد البنات فتكون الوصية الواجبة لأهل الطبقة الأولى فقط.

تنصّ المادة 76 من قانون الوصية المصري على الآتي" إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقة هذا الولد ميراثا في تركته أو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وان لا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما تجب وله وإن كان ما أعطاه أقلّ منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله. وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يُقسّم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزلوا قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات"[1].

وقد نصّ المشرع الكويتي في المادة الأولى من قانون الوصية الواجبة[2] على ما ورد في نص المادة 76 في القانون المصري نفسه.

[1]– قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946، مؤرخ في 24 يونيو 1946، جمهورية مصر العربية.
http://ar.jurispedia.org/index.php

[2]– قانون رقم 5 لسنة 1971 في شأن الوصية الواجبة، دولة الكويت.
http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?opt&country=1&LawID=1020

الفرع الثاني: موقف المشرّع التونسي

ذهب المشرّع التونسي إلى نفس الأمر في الفصل 191 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث نصّ على الآتي:

"من توفي وله أولاد ابن ذكر أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك باعتبار موته إثر وفاة أصله المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة ولا يستحق هؤلاء الأحفاد الوصية المذكورة :

1. إذا ورثوا أصل أبيهم جد أو جدة.

2 . إذا أوصى لهم الجد أو الجدة في حياته أو أعطاهم بلا عوض مقدار الوصية الواجبة فإن أوصى لهم الجد بأقل وجبت تكملة الناقص وإن أوصى بأكثر فتطبق على الزائد القواعد العامة للوصية. والوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية والوصايا الاختيارية متساوية و إن تزاحمت تقسم على التناسب".

لقد ذكر المشرّع التونسي أنّ المعني بالوصية الواجبة هم أولاد الولد سواء كان ذكرا أو أنثى وأكّد ذلك في الفصل 192 حيث نصّ على الآتي: "لا تنصرف هذه الوصية إلاّ للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو إناثا وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين"[1].

الفرع الثالث: موقف المشرّع الإماراتي

أمّا المشرّع الإماراتي فقد نصّ في المادة 272 من قانون الأحوال الشخصية على الآتي:

"1- 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 بالمقدار والشرائط الآتية :

أ – الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم اثر وفاة أصله المذكور على ألاّ يجاوز ذلك ثلث التركة.

ب – لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصيةً إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جداً كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة،

– فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية اختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه.

[1]– قانون عدد 77 لسنة 1959 مؤرخ في 19جوان 1959، يتعلق بالوصية، مجلة الأحوال الشخصية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2008، تونس، ص 34.

ج – تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت وإن نزلوا واحداً كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين. يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط. 2- الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.

3- يحرم القاتل والمرتد من استحقاق الوصية الواجبة وفق أحكام هذا القانون في الوصية[1].

أكّد المشرع الإماراتي على توريث أولاد الأبناء وأولاد البنات مهما نزلوا بالوصية الواجبة وحدّد لذلك شروطا، فإذا لم تتحقق لم يستفيدوا منها.

الفرع الرابع: التشريع المغربي

أدرج المشرّع المغربي بعد تعديله لقانون الأسرة وإصداره لمدونة الأسرة المغربية الجديدة المواد الآتية:

المادة 369: "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية".

المادة 370: "الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

المادة 371: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية، إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر".

المادة 372: تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط".

الفرع الخامس: التشريع العراقي

تناول المشرع العراقي الوصية الواجبة بموجب أحكام المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المضافة إلى نصوص القانون المذكور بموجب قانون التعديل الثالث رقم 72 لسنة 1979، و قد نصّت في فقرتها الأولى على الآتي: "إذا مات الولد ذكرا كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنّه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكورا كانوا أم إناثا حسب الأحكام الشرعية" .

[1]- شبكة المعلومات القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي،
http://www.gcc-legal.org/DisplayLegislations.aspx?country=2&LawTreeSectionID=6145

يظهر من خلال النصوص السابقة أنّ مشرعي مصر والكويت وتونس والإمارات والعراق لم يحصروا الوصية الواجبة في أولاد الأبناء فقط وإنّما وسّعوها إلى أولاد البنات كذلك، وكانت النصوص القانونية في ذلك صريحة.

لكنّ المشرّع المصري وكذلك الكويتي والمغربي اكتفوا بالطبقة الأولى من أولاد البنات دون أن يمتدّ ذلك إلى فروعهم. أمّا الإماراتي فخصّ بها أولاد الأبناء وفروعهم والبنات وفروعهم مهما نزلوا.

أمّا المشرّع التونسي فقد خصّ بها الطبقة الأولى من الفريقين أي من أولاد الأبناء وأولاد البنات على حدّ سواء. ولم يحدّد المشرّع العراقي ذلك وقد يُفهم أنّه خصّ الطبقة الأولى فقط منهما لأنّه لم يشر من الأساس إلى ذلك.

المطلب الثاني: التشريعات التي لا تورِّث أولاد البنات بالوصية الواجبة

ذهب القانون السوري والأردني إلى تحديد المستحقين للوصية الواجبة بأولاد الابن الذكر فقط، وكذلك فعل المشرّع الليبي قبل تعديل 2015. فيستحق، حسبهم، أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزلوا ويحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ويستحق كل فرع حصة أصله فقط.

الفرع الأوّل: موقف المشرّع الأردني

نصّ المشرّع الأردني في المادة 279 على الآتي: "إذا توفي أحد وله أولاد ابن، وقد مات ذلك الابن قبله أو معه: وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته الشرعية وصية بالمقدار والشروط الآتية:
أ- الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

ب-لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته، وإن أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بقدر نصيبه.
ج- تكون الوصية لأولاد الابن، ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.
د- هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة"[1].

[1]- قانون رقم 36 لعام 2010 يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، منشور في الجريدة الرسمية رقم 5061 تاريخ 2010/10/17، تاريخ النشر في الموقع 2011/9/17،
http://www.farrajlawyer.com/viewTopic.php?topicId=153

الفرع الثاني: التشريع السوري

وقد أورد المشرّع السوري نفس المواد التي نصّ عليها التشريع الأردني وذلك في المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء في الفقرة "ج" من هذه المادة الآتي: "تكون هذه الوصية لأولاد الابن، ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط"[1].

الفرع الثالث: التشريع الليبي

كان المشرّع الليبي يأخذ بالوصية الواجبة منذ صدور القانون رقم 7 لسنة 1994م بتاريخ 1994/1/29، وتمّ العمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، بتاريخ 1994/3/21. وكانت المادتان 37 – 39 من هذا القانون تفيدان أنّ من توفى وله أولاد ابن وإن نزل غير وارثين له توفى أبوهم قبله أو معه، ولم يوص لهم بمثل ما كان يستحقه ذلك الابن، بما لا يزيد على الثلث يستفيدون من نصيب أبيهم من التركة، إلاّ إذا أعطاهم في حياته ما يساوي نصيبهم، فيما يستحقونه بالوصية الواجبة، فإن نقص ما أوصى لهم به استوفوا ما نقص. واستمر تطبيق قانون الوصية هذا إلى تاريخ صدور القانون رقم 12 لسنة 2015م، بتاريخ 2015/9/29م، والذي ألغى العمل بالوصية الواجبة دون إيضاح لسبب ذلك[2].

يظهر من خلال ما سبق أنّ غالبية التشريعات العربية تنص على استحقاق أولاد البنات الوصية الواجبة، والقلّة منهم حرموهم منها وأعطوا الحق لأولاد الأبناء فقط.

المطلب الثالث: الاختلاف حول موقف المشرّع الجزائري من المستفيد من الوصية الواجبة

يرى البعض، وخلافا للتشريعات السابقة التي تعرّضنا إليها، فإنّ المشرّع الجزائري هو الوحيد الذي ترك الأمر غامضا، أو بالأحرى لم يحدّد ما إذا كان الأحفاد المقصودين هم أولاد الأبناء فقط أم أولاد الأبناء والبنات. وحسب رأيي فإنّ القول أنّ المشرّع الجزائري ترك الأمر غامضا بعيد عن الصواب، لأنّ الأمر يستدعي التحديد إذا كان هناك استثناء، أمّا إذا كان المقصود هو كل الأحفاد ففي الحقيقة لا يستدعي الأمر ذلك. وفي كل الحالات وجب علينا البحث في الموضوع لإزالة اللبس خاصة أمام ما شهده القضاء الجزائري من تناقض في الأحكام والقرارات التي تخصّ الموضوع.

---

[1]– محمد إبراهيم الكويفي، قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الإيضاحية، دار الملاح، دمشق، 2006، ص78.

[2]– د. جمعة محمود الزريقي، تعليق على القانون رقم (12) لسنة 2015م بإلغاء الوصية الواجبة، منشور بتاريخ 2015/12/12، http://www.libya-al-mostakbal.org/news/clicked/86330

الفرع الأوّل: مبررات من قال بعدم تنزيل أولاد البنات

لقد استند من رأى تنزيل أولاد الابن فقط على صيغة المواد الواردة في تقنين الأسرة على أساس أنّها واضحة وأنّ المقصود بالأحفاد أولاد الأبناء فقط، لأنّ أولاد البنات يسمون بالأسباط، والمشرّع الجزائري ذكر الأحفاد فقط وهذا في المادة 169. وأنّ عبارة مورثهم يُقصد بها الابن فقط، ولولا هذا لقال المشرّع مورثهم ومورثتهم. وكذلك عبارة وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة، فحسبهم الأصل هو الأب لأنّه مذكر.

كما استند أصحاب هذا الرأي على الاعتبارات الموضوعية الآتية:

أوّلا– إنّ أولاد البنت من ذوي الأرحام ويعتبرون محرومين من الميراث لوجود أخوالهم وخالاتهم، ورغم قرابتهم من المتوفى (الجد أو الجدة) إلاّ أنّها قرابة بعيدة تجعلهم لا يرثون في الأصل لوجود ذوي الفرائض والعصابات.

ثانيا– استحقاق حصة من تركة الجد أو الجدة من طرف أبناء الذكور إنّما هي وجوب النفقة على الحفدة المعوّزين من حيث يجب على الجد أن ينفق عليهم[1].

ثالثا– إنّ أولاد البنت التي توفيت قبل أبيها لهم أب ينفق عليهم ويتولّى رعايتهم.

رابع– إنّ الحكمة من تشريع الوصية الواجبة حل مشكلة أولاد الابن المتوفى في حياة أبيه ليتمهم وفقرهم وهذه العلة غير موجودة في أولاد البنات الذين ينعمون في الغالب بحياة أبيهم.

خامسا– ولد البنت لا يعتبر من العاقلة يغرم بجنايات الخطأ مع جده وأخواله وإنّما يغرّم أولاد الأبناء[2].

الفرع الثاني: الردّ على مبررات من رآى عدم تنزيل أولاد البنات

أوّلا– الردّ على المبررات العامة:

1– اعتبار أنّ أولاد البنت من ذوي الأرحام فلماذا نورثهم بالوصية الواجبة، نجيب عنه بالقول أنّه إذا كان في هذا مخالفة لأحكام الميراث أليس في توريث أولاد الابن المحجوبين بأعمامهم مخالفة له كذلك؟ فأولاد الابن لا يرثون لحجبهم وأولاد البنت لا يرثون لأنهم من ذوي الأرحام.

2– إنّ اعتبار أنّ سبب استحقاق حصة من تركة الجد أو الجدة من طرف أبناء الذكور يعود سببه إلى واجب النفقة عليهم من طرف الجد، نقول فيه أنّ واجب النفقة مازال مستمرا بوفاة الجدّ وسوف يُلقى شرعا على

[1]– مسعود هلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، 2008، ص192.

[2]– "العاقلة من يحمل العقل وسميت عقلا وهي الدية لأنّها تعقل لسان وليّ المقتول وقيل: إنّها سميت العاقلة لأنّهم يمنعون عن القاتل والعقل هو المنع، ولا خلاف في أنّ العاقلة هم العصبات وأنّ غيرهم كالإخوة لأم وسائر ذوي الأرحام والزوج ليسوا من العاقلة". نقلا عن عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة ناشرون، 2005، ص 575.

عاتق الأعمام، إذن ما الفائدة من إعطائهم هذه الحصة في الميراث؟ وهل سنأخذ بهذا الاعتبار كذلك إذا توفى الأعمام فنعطي حصة من الميراث لأولاد أخيهم المتوفى كون أنّهم مسؤولون على نفقتهم؟

3- ومن يقول أنّ أولاد البنت الذي توفت أمهم لهم أب ينفق عليهم أمر افتراضي وليس بالضرورة صحيح، ولا يمكن أن نبني عليه حكما، لأنه قد يُورّث ابن الابن بالوصية الواجبة وتكون أمّه وحيدة أبيها الغني فترث التركة فرضا وردا. ويُترك ابن البنت دون تعويض عن ميراث أمه المتوفاة وقد يكون الأب معدما أو يتوفى دون أن يترك له ما يعيله ويكفيه.

ثانيا- الردّ على مبرّر صياغة المادة 169 من تقنين الأسرة:

يمكننا الردّ على من اعتمد على صياغة المادة 169 من تقنين الأسرة الجزائري كمبرّر لعدم توريث أولاد البنات كالآتي:

- من المستحيل أن نتصور أنّ المشرّع الجزائري قصد بالأحفاد أولاد الابن وأنّه كان سيستعمل كلمة الأسباط للحديث عن أولاد البنت. لم يفعل هذا أحد من المشرّعين حتى يفعلها هو.
- الحفيد لغة هو ولد الولد والولد يقصد به الذكر والأنثى وهذا ثابت لغويا.
- كلمة أصلهم الواردة في المادة 169 و المادة 170 ليس المقصود بها الأصل الذكر وهو الأب فقط، والدليل جاء بشهادة المادة 171 :" لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة" فالمشرع أطلق لفظ الأصل على الجد والجدة "ذكر وأنثى" ورغم أنهما غير مباشرين فمن باب أولى إطلاق نفس اللفظ على الأم والأب كذلك.
- كذلك لفظ مورثهم لا يقصد به الأب فقط ودليل ذلك أنّ علماء الميراث يقولون أنّ من أركان الميراث وارث ومورث ولم يذكروا التأنيث. فالمورث يشمل الذكر والأنثى.

و الدليل موجود في تقنين الأسرة وبالتحديد في المادة 127 منه والتي تنصّ على الآتي: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي". فالمشرّع الجزائري أطلق لفظ مورّث على المرأة والرجل ولم يقل مورث ومورثة.

- و ما يؤكد ما ذهبنا إليه كذلك المادة 172 والتي ذكرت شرط التنزيل : "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه". فإذا كان المشرّع يقصد أن لا يكونوا ورثوا من أصلهم الذي هو فرع مورثهم، فهذا يعني أنّه شمل أولاد الابن وأولاد البنت، أمّا إذا كان اشتراط عدم ميراث الفرع من والديه وكفى كشرط لاستحقاقه الوصية الواجبة، فيصلح هذا الشرط كذلك لتطبيقه على أولاد البنات لندحض الحجة التي يعتمد عليها البعض في قولهم أنّ أولاد البنت قد يكونون أغنياء وقد يرثون من جهة أبيهم. فإذا اشترطنا لاستحقاقهم الوصية الواجبة من جهة أمهم أن لا يرثوا منها ومن الأب نكون قد استبعدنا هذا المبرر، إذا كان الوحيد، ولا حجة لهم بعد ذلك.

- و ما يؤكد كذلك رأينا ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأسرة في شرح موضوع الوصية الواجبة: "إنّ نظام التنزيل الذي وقع الاتفاق عليه يسمح للأولاد ذكورا وإناثا الذين توفى والدهم أو والدتهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم من أصلهم الهالك باعتبار موته إثر وفاة أصلهم المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة"[1].
- ومن أجل كل الاعتبارات السابقة قرّرت المحكمة العليا في قرارها رقم 932349 المؤرّخ في 12-11-2015 تنزيل أولاد الأبناء والبنات وفق الاعتبارات المذكورة في نص القرار[2].

---

[1]- نقلا عن د. دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 148.

[2]- القرار رقم 932349 بتاريخ 12-11-2015.

"...**المبدأ** : يشمل مصطلح الأحفاد أبناء الجنسين و يحقق الهدف من التنزيل و هو تمكين بعض الأقربين من ذوي الأرحام و هم أبناء البنت من استحقاق نصيب والدتهم الذي كانت تستحقه من تركة أصلها لو بقيت على قيد الحياة.

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ :عن الوجه الوحيد المأخوذ من خرق المادة 169 من قانون الأسرة حيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين ...(أنه من المقرر قانونا أنه لا يجوز تنزيل أبناء البنت منزلة والدتهم لأن التنزيل يقع فقط لأبناء الابن طبقا لنص المادة 169 من قانون الأسرة، ولأن أبناء البنت يعدون من ذوي الأرحام). وحيث إن المادة 169 من قانون الأسرة تنص على أن: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط ..." وهي الشروط التي تضمنتها المواد 170- 171- 172 من نفس القانون، ليكون المستحقون للتنزيل وفقا للنص العربي هم الأحفاد دون تحديد المقصود بمصطلح الأحفاد.

وحيث إنه بالرجوع إلى مصدر التنزيل أو ما يعرف في الفقه بالوصية الواجبة وهو أولا: آية الوصية في سورة البقرة الآية 180 وثانيا: رأي الفقيه ابن حزم الظاهري الذي استنبط من الآية الكريمة وجوب الوصية، وقال أن الوجوب قانوني قضائي وليس دينيا أو أخلاقيا ويجبر الناس على فعله في حالة تركه وهو الرأي الذي استمدت منه بعض القوانين نظام التنزيل أو الوصية الواجبة، ومنها القانون الجزائري في المادة 169 المذكورة، بيد أن صاحب المصدر المذكور لم يحصر الأقربين في فئة معينة دون الأخرى،...وأنه بالرجوع إلى فقهاء اللغة والتفسير، يتبين أنهم لم يتفقوا على تفسير واحد لمصطلح الأحفاد فمنهم من أطلقه على أولاد الأبناء فقط دون أولاد البنات، ومنهم من قال أنه يقصد به لغةً أبناء الأبناء والأصهار والخدم والأعوان ومنهم من خص به أولاد الأولاد، خاصة بعض مفسري الآية الكريمة رقم 72 من سورة النحل: "وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة" ليدخل بذلك أبناء البنات ضمن مصطلح الحفدة لأن الولد في اللغة يشمل الذكر والأنثى مصداقا لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"، وهو التفسير الذي استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا الذي يتماشى وظاهر النص ويتفق مع ما جرى به العرف من أن مصطلح الأحفاد يشمل أبناء الجنسين ويحقق في ذات الوقت الغاية والهدف من التنزيل وهو تمكين بعض الأقربين من ذوي الأرحام وهم أبناء البنت من استحقاق نصيب والدتهم الذي كانت تستحقه من تركة أصلها لو بقيت على قيد الحياة وفقا للشروط المقررة، أسوة بأبناء الابن تحقيقا بذلك لمبدأ المساواة بين الجنسين، ليكون بذلك المستحقون للتنزيل وفقا لنص المادة169 المذكورة هو أبناء الظهور وأبناء البطون على السواء، وأن قضاة الموضوع بتفسيرهم نص المادة وحصرهم المستحقين للتنزيل في أبناء الذكور فقط قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض.

حيث أنه بذلك يصبح الوجه الوحيد مؤسساً ويتعين معه نقض القرار". https://droit.mjustice.dz/ar/

خاتمة

نخلص في الأخير إلى القول أنّه من الأولى الاعتقاد بعدم مشروعية الوصية الواجبة من أساسها على القول باستحقاقها من طرف أولاد الذكور وعدم استحقاقها من طرف أولاد البنات.

إنّ أنصار تنزيل أولاد الذكور يذكرون في استدلالهم أنّ الوصية الواجبة تعويض عن حجب الأعمام لأولاد أخيهم، وهذا غير محقّق في أولاد البنات لأنّهم غير محجوبين بهم لأنّهم من ذوي الأرحام ويرثون في مرحلة متأخرة. ولكنّها في الحقيقة ليست تعويضا عن الحجب وإنّما هي تعويض عن ما فات الأحفاد من ميراث أصلهم لأنّه توفي قبل جدهم أو جدتهم، وهذا كما ينطبق على أولاد الأبناء ينطبق على أولاد البنات، فهم كذلك فاتهم ميراث أمهم، فلولا موتها قبل أصلها لنابهم نصيبها.

ونتساءل في الأخير عن أنصار هذا الرأي، ألم يتساءلوا عن سرّ نص غالبية التشريعات العربية على استحقاق هذه الوصية من طرف كل الأحفاد دون تمييز، ومن ميّز حصر الوصية في الطبقة الأولى من أولاد البنات ولم يحرمهم منها.

ومن أجل ما سبق ينبغي التأكيد على ضرورة تعديل المادة 169 من تقنين الأسرة بإزالة عبارة الأحفاد والنص مباشرة على أولاد الأبناء والبنات كما فعلت كل التشريعات العربية قيد البحث، حتى يزول اللبس من جهة، رغم أنّ الأمر واضح، وحتى يتسنى للموثقين تنزيل كل الأحفاد سواء كانوا أولاد الابن أو البنت دون حرج ودون تحويل ملف التركة للقضاء.

كما يجب التعديل حتى يتماشى هذا مع قرارات المحكمة العليا والتي قرّرت إزالة هذا اللبس والحكم بتنزيل أولاد البنات مثلهم مثل أولاد الأبناء، وهذا في القرار رقم 932349 المؤرّخ في 12-11-2015.

قائمة المراجع

1- عبد الفتاح تقية، الوجيز في المواريث والتركات، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
2- العلامة الشيخ محمد الصادق الشطي، لباب الفرائض الكامل للفقه والحساب والعمل، تقديم محمد المنصف المنستيري، دار الغرب الاسلامي، بيروت 1988.
3- رمضان علي الشرنباصي، أحكام الميراث بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.
4- رمضان علي السيد الشرنباصي، د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
5- الإمام محمد أبو زهرة، الميراث عند الجعفرية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
6- بدران أبو العينين بدران، الحقوق المتعلقة بالتركة، دار الكتاب العربي، القاهرة، 2009.
7- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009.

8- ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، 2008.

9- سيد قطب، في ظلال القرآن، ط 16، دار الشروق، 1990.

10- أبو محمد علي ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، د.ت.ن.

11- محمد بن اسماعيل البخاري، كتاب صحيح البخاري، باب لا وصية لوارث الحديث 2596، ج 3، دار ابن كثير، لبنان، بيروت، سنة 2018.

12- امحمد لفروجي، مجموعة النصوص القانونية، العدد 11، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.

13- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، 2005.

14- محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي، المقنعة للشيخ المفيد، عقائد الشيعة الإمامية، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر، نقلا عن:
http://www.aqaedalshia.com/mofid/masader/moqnaa/0027waseyya.htm?fbclid=IwAR0bIMt6H21aNIvARQwQ_5T0ENm4UfU1OskmFQ03lnRw6eU2ElqC7uYg734
بتاريخ: 1 نوفمبر 2021

15- جمعة محمود الزريقي، تعليق على القانون رقم (12) لسنة 2015م بإلغاء الوصية الواجبة، منشور بتاريخ 2015/12/12، http://www.libya-al-mostakbal.org/news/clicked/86330

16- قانون رقم 48-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 مؤرخ في 04 ماي 2005، الجريدة الرسمية عدد43 الصادر في 22-06-2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، ج ر عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005.