إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري – دراسة تحليلية على ضوء اجتهادات المحكمة العليا–

أمينة مقدس: باحثة دكتوراه – عضو مخبر المرافق العمومية والتنمية

كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة جيلالي ليابس – سيدي بلعباس –

الملخص: تبنى المشرع الجزائري نظام التنزيل، وهو نظام يحمل خصائص كل من الميراث والوصية، يقوم على أساس إحلال إرادة المشرع محل إرادة الجد(ة) في إنزال حفدته الذين توفى أصلهم (الأب أو الأم) في حياته أو معه، ولا يتم التنزيل إلا بمقتضى حكم قضائي بعد تأكد القاضي من توافر الشروط التي ورد تنظيمها في نصوص المواد 169، 170، 171 و172 من قانون الأسرة الجزائري، وقد شهدت هذه النصوص جدلا ونقاشا لا يزال قائما ليومنا هذا، يحاول الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إزالته من خلال عدة قرارات.

الكلمات المفتاحية: التنزيل – الوصية الواجبة – الحفدة – الأجداد – الميراث – القانون الجزائري – الاجتهاد القضائي.

Résumé : Le législateur algérien a adopté le système de l'héritage par substitution, un système qui porte à la fois les caractéristiques l'héritage - et - le testament. Ce système est basé sur le remplacement de la volonté du législateur par la volonté du grand-père (grand-mère) pour remplacer les descendants dont les parents sont décédés dans sa vie ou avec lui.

L'héritage par substitution ne s'effectue qu'en vertu d'une décision judiciaire après que le juge a confirmé le respect des conditions prévues par les textes des articles 169, 170, 171, 172 de code de la famille algérien.

Ces textes ont connu un débat qui existe toujours à ce jour, La jurisprudence de la Cour suprême tente d'éliminer ce débat par plusieurs décisions.

Mots-clés : l'héritage par substitution - le testament obligatoire - les descendants - les grands parents - l'héritage - droit algérien - jurisprudence

Abstract : The Algerian legislator adopted the download system, this system carries out the features of both inheritance and will. By law, download includes grandchildren as beneficiaries to their grandparents'/ grandparent's will immediately upon the death of the parent(s), whether they (the parent(s)) be pronounced dead before the grandparent(s) or with them. However, The download is only carried out by a court ruling, after the judge has confirmed that the conditions set out in the provisions of articles 169, 170, 171, 172 of the Algerian law of domestic relations are met.

Moreover these articles have witnessed controversy and debates that continue to this day, which the Supreme Court's jurisprudence is trying to remove through several decisions.

Keywords: download - commandment of the law- granchildren - grandparents- legacy - algerian law–jurisprudence.

مقدمة

تولى الله جل جلاله بنفسه قسمة الميراث ففصل في أحكامه وأحسن تفصيله في القران الكريم.

في الشريعة الإسلامية لا يرث ابن الابن مع الابن، لان هذا الأخير يحجبه حجب حرمان، ذلك لان العصبة البعيد لا يرث مع العصبة القريب، كذلك أبناء البنت لا يرثون لأنهم من ذوي الأرحام[1]. غير أنه ذهب بعض الفقه الحديث للقول أنه يتعين على الجد(ة) أن يوصي لحفدته المتوفى مورثهم في حياة جدهم أو جدتهم، فإذا لم يوصي أعتبر وكأنه فعل، بشرط أن لا يزيد عن الثلث و لا على نصيب الورثة الأصليين، واستند هؤلاء لرأى بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري والطبري وابن بكر بن عبد العزيز من المذهب الحنبلي، الذين اعتبروا أن الوصية واجب ديني تجاه الوالدين والأقربين الذين لا يرثون[2]، واستند أصحاب هذا الاتجاه على قوله تعالى: *كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين *[3].

اجتهد بعض علماء العصر في مصر وأصدروا قانون الوصية الواجبة سنة1946[4] لمعالجة الحالة التي يحجب فيها أبناء الابن أو أبناء البنت الذين يتوفى آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم، أو يموتون معهم، وبعد اعتماد هذا النظام المستحدث تعرض المشرع المصري من قبل الدول الإسلامية لحملة من الانتقادات ولا زال لحد الساعة موضوع الوصية الواجبة محل جدل كبير وأحيانا محل استنكار من قبل رجال الدين. غير أن بعض الدول قد تخلت عن موقفها الرافض لهذا النظام، وأدرجته في قوانينها المتعلقة بالأحوال الشخصية، كذلك فعل المشرع الجزائري سنة 1984 وأطلق عليه تسمية التنزيل.

لم يكن نظام التنزيل معمولا به في القانون الجزائري لغاية صدور قانون الأسرة لسنة 1984، إذ أصبح واجبا بحكم القانون بعد هذا التاريخ[5]، معنى ذلك انه لم يكن إجباريا ولم يكن يوجبه المشرع، غير أنه كان معمول به في المجتمع الجزائر، وكان يعرف بالغرس بحيث يوصي الجد قبل وفاته بإحلال حفدته محل والدهم أو والدتهم الذي توفي(ت) في حياته. وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/09/28، والذي جاء فيه ما يلي: *من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان

---

[1] ذوي الأرحام في اللغة هم جميع الأقارب لا فرق بين أصحاب فروض وعصبات، أما اصطلاحا فهم الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ولا عصبا، انظر نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة، مكتبة الخدمات الحديثة، جدة، 1984، ص. 187.

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، تتمة الأحوال الشخصية الوصايا و الوقف و الميراث، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، سوريا، 1985، ص. 122.

[3] الآية (180) سورة البقرة.

[4] أخذ المشرع المصري برأي الفقه القائل بوجوب الوصية غير انه اقتصرها على فئة الأحفاد دون باقي الأقربون.

[5] وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم99186 صادر بتاريخ1992/05/02، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص. 323.

اختياريا، ومتى تبين أن الجد قام بتنزيل أحفاده وقد ثبث تنزيلهم بواسطة الشهود قبل صدور قانون التوثيق. فان القضاء بأحقية الأحفاد في التركة حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقو صحيح القانون. *[6]

وعليه فان القضايا التي رفعت لأجل تنزيل الأحفاد محل أصلهم في تركة الأجداد الذين توفوا بتاريخ سابق على صدور قانون الأسرة جميعها آلت للرفض، وهو ما أكده اجتهاد المحكمة العليا من خلال المبدأ الآتي: *العبرة في التنزيل بعد صدور قانون الأسرة رقم 84- 11 بتاريخ وفاة الجد أو الجدة وليس بتاريخ وفاة والد أو والدة المستفيدين من التنزيل*[7]. ويعتبر تنزيل الحفيد قبل صدور قانون الأسرة مخالفا للقانون، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[8].

أهداف البحث:

– محاولة استعراض التساؤلات التي يمكن ان تعرض على القاضي، ومحاولة الإجابة عنها اعتمادا على الاجتهادات القضائية والنظم العربية المقارنة.

– البحث في موقف التشريعات المقارنة، وخاصة تلك السباقة في اعتماد هذا النظام ومحاولة اقتباس الحلول التي اعتمدتها في حل الإشكاليات التي تواجه القاضي خاصة وانه لا يمكنه البحث في الشريعة الإسلامية لتطبيقه أحكامها لان التنزيل هو قانون وضعي ليس من تنظيم الشريعة الإسلامية.

إشكالية الدراسة:

تنصب الدراسة بموجب هذا البحث في الإجابة عن الإشكالية التالية: كيف عالج المشرع الجزائري نظام التنزيل، وهل يقتصر التنزيل على الحفدة الذكور أم يتعداه لتنال البنات منه نصيبا؟

كما يثير نظام التنزيل عدة إشكالات سيتم إثارتها و الإجابة عنها في صلب الدراسة.

اعتمادا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية المتعلقة بالتنزيل، ستتم دراسة الموضوع من خلال مبحثين، يتناول المبحث الأول: أحكام التنزيل، ويعالج المبحث الثاني: كيفية التنزيل.

---

[6]قرار صادر عن المحكمة العليا، ملف 94719رقم بتاريخ 1993/09/28، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص. 318.

[7]قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، ملف رقم 0739029 صادر بتاريخ2013/04/11.

[8]انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، ملف رقم 273177، الصادر بتاريخ2001/11/14، مجلة المحكمة العليا، العدد2، 2002، ص. 448.

المبحث الأول: أحكام التنزيل.

نظم المشرع الجزائري في قانون الأسرة موضوع التنزيل في الفصل السابع من الكتاب الثالث الموسوم بالميراث، وهو نفس النظام الذي عرف لأول مرة في مصر التي قننته في سنة1946، كما أخذت به أغلب الدول العربية المسلمة كسوريا و المغرب وتونس. . ، وأطلق عليه الوصية الواجبة أو الوصية بالقانون لأنها تستمد قوتها من القانون.

ولدراسة الأحكام العامة لهذا النظام المستحدث والذي مرده الفقه المعاصر الحديث واستنادا على أحكام قانون الأسرة الجزائري والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا و مواقف التشريعات المقارنة ارتأينا تحديد مفهوم التنزيل في المطلب الأول ومن تمة تبيان شروطه وتحديد الجهة المختصة بمراقبة شروطه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التنزيل – الوصية الواجبة– .

لتحديد مفهوم التنزيل يتعين البحث في تعريفه وتحديد الأشخاص الذين يستحقون التنزيل، وتحديد مقداره و طبيعته وهو ما سنتعرض إلى دراسته من خلال هذا المطلب على التوالي.

الفرع الأول تعريف التنزيل.

التنزيل في لغة : مشتق من نزل الشيء مكان الشيء أي جعله مكانه.

ويقصد به اصطلاحا: إنزال شخص منزلة الوارث ويجري به العمل في صورة تنزيل منزلة الولد[9].

التنزيل – أو الوصية الواجبة– هو اجتهاد معاصر تبناه التشريع الوضعي، يراد به حل لأوضاع ومعطيات اجتماعية حديثة[10]، تتمثل في رفع الحرمان و الفقر عن الحفدة [11].

ولم يتعرض مشرعنا الجزائري لتعريفه واكتفى بتحديد شروطه من خلال المواد 169، لغاية 172 من قانون الأسرة الجزائري. غير أنه يمكن تعريفه من خلال استقراء نصوص هذه المواد بأنه إحلال الحفدة الذين توفي أصلهم سواء كان أبيهم أو أمهم في حياة أو مع جدهم أو جدتهم في تركة الجد (ة)

[9] أحمد دكار، مساءل محلولة في التركات و المواريث، دار الجائزة، طبعة أولى، 2013، ص. 277.

[10] اقروفة زبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، خميس مليانة، الجزائر، المجلد4، العدد3، 2017، ص. 16.

[11] بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري(مقارنا بالشريعة الإسلامية و القانون المصري)، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، العدد16، السنة2015، ص. 124.

بمقدار حصة أصلهم على أن يتجاوز ثلث التركة، وبشروط أخرى حددها القانون الجزائري واتفقت جل التشريعات العربية بشأنها.

والتنزيل في القانون الجزائري هو نفسه الوصية الواجبة، تبناها المشرع بنفس الشروط والمقدار غير انه منح لها اسما مغايرا، وعرفها البعض بأنها وصية أوجبها القانون لفئة معينة من الأقارب وهم بالتحديد الأحفاد الذين حرموا من الإرث لوجود حاجب كالحالة التي يحجب العم ابن أخيه المتوفي، وتجب هذه الوصية سواء أنشأها المورث، أم لم ينشأها، فهي وصية بمقتضى القانون الذي حدد مقدارها ووضع شروط استحقاقها[12]. وهو ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي نص بأن تنزيل الأحفاد أصبح بقوة القانون تلقائيا بعد قانون الأسرة سنة 1984[13].

وبخلاف المشرع الجزائري الذي يعتبر التنزيل و الوصية الواجبة نظام واحد فان المشرع المغربي فرق بينهما، إذ يعتبر بان التنزيل هو إلحاق غير وارث بوارث وإنزاله منزلته، كما جعل التنزيل مساويا للوصية الاختيارية و ينعقد بما تنعقد به، ويتم عن طريق تصريح الموصي بكل قول يفيد انه يبتغي إلحاق وتوريث شخص في ماله، ولم يقتصر التنزيل على الأحفاد إنما يمكنه الإيصاء بتنزيل وإلحاق أي شخص[14]، كما اخضع المشرع المغربي التنزيل لأحكام الوصية الاختيارية[15].

أما الوصية الواجبة وفقا للقانون المغربي فهي ما يعرف في قانوننا بالتنزيل، وقد حدد مفهومها في نص المادة 369من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت على : *من توفى وله أولاد ابن أو أولاد بنت، ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته*، ويلاحظ أن صياغة نص المادة جاء واضحا مقارنة بالغموض الذي يعتري نص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري التي لم تحدد فيما إذا كان المقصود بالأحفاد إذا ما كانوا أولاد ظهور فقط أم أن أولاد البطون كذلك يستحقون الوصية الواجبة ويتم تنزيلهم منزلة أمهم المتوفاة في حياة أبيها أو أمها، غير انه سنتطرق للإجابة عن الإشكالات التي تثيرها نص المادة 169من قانون الأسرة من خلال تحليل نص المادة 172من نفس القانون، واستعراض حكم الاجتهاد القضائي في هذه المسالة.

[12] علاء رضوان، الوصية الواجبة وكيفية استخراجها، صوت الأمة، مجلة الكترونية، تاريخ زيارة الموقع 2019/05/28، التوقيت: 15: 07.

[13] أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 309029، صادر بتاريخ 2006/01/04، العدد الأول، 2006، 443.

[14] انظر المادة 135و136 من مدونة الأسرة المغربية.

[15] انظر المادة 320 من مدونة الأسرة المغربية.

الفرع الثاني: من يجب له التنزيل –الوصية الواجبة –.

أوجب المشرع الجزائري الوصية الواجبة لأحفاد المتوفي فقط، غير أنه لم يحدد فيما إذا كان المقصود بالأحفاد أولاد الظهور[16](أبناء الابن)، أم أولاد البطون[17](أبناء البنت). وهو ما أثار جدلا خاصة في ظل صياغة نص المادة 169من قانون الأسرة التي ورد فيها ما يلي: *من توفى وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم. *

أثار نص المادة جدلا بخصوص تفسير مصطلح –أصلهم–، وهو ما يفسره الأغلبية بأن التنزيل ينحصر في الأحفاد من الابن واستبعاد أبناء البنت بحجة أنهم من ذوي الأرحام، ولا يستحق هؤلاء من التركة شيئا إلا في حالة عدم وجود أصحاب الفروض طبقا لنص المادة 180من قانون الأسرة[18].

غير أن الكثير ممن يفسر أن المادة 169من نفس القانون تقصد أولاد الابن، خاصة والذين اعتمدوا في تفسيرهم على ترجمة النص بالفرنسية الذي ذكر –des descendants d'uns fils– والتي تعني – أبناء الابن – قد أغفلوا نص المادة 172من نفس القانون التي ورد فيها ما يلي: *أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه*فنص المادة ذكرت نوعين من الحفدة أبناء الابن وأبناء البنت، فالأحفاد الذين اشترطت أن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم هم أولاد الابن، والأحفاد الذين يشترط أن لا يكونوا قد ورثوا من أمهم هم أولاد البنت. فاستقراء نص 172 بتمعن يوضح صراحة مقصود المشرع من الأحفاد في نص المادة 169من نفس القانون.

كما أكد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا من خلال القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث رقم 0759763 الصادر بتاريخ 2013/09/12[19] ان كلمة أصلهم الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة)، تعني الأب والأم، وحدد المقصود بالأحفاد بأنهم أبناء الابن وأبناء البنت.

يعتبر هذا القرار من أهم الاجتهادات القضائية الفاصلة في تنزيل أولاد البنات، حيث قد أغنانا عن الخوض في أي جدل بخصوص عدم استحقاق أبناء البنت للوصية الواجبة.

---

[16] أولاد الظهور : هم أولاد الابن.

[17] أولاد البطون : هم أولاد البنت.

[18] صالح جبيك، أحكام التنزيل في القانون الجزائري، مقال منشور في موقع المحامي، https: //elmouhami. com. تاريخ زيارة الموقع 2019/05/04، توقيت الزيارة 10: 00.

[19]قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم 0759763، صادر بتاريخ 2013/09/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014، ص. 327.

ويطرح تساؤل فيما إذا كان ينفرد الأحفاد من الدرجة الأولى بهذه الوصية أم أنه يستحقها الأحفاد وان نزلوا مثلا ابن ابن الابن، ابن ابن البنت؟.

في الحقيقة لم يتعرض لا المشرع ولا الاجتهاد القضائي الجزائري لحكم هذه المسألة،

غير أنه قد صدرت فتوى شرعية عن وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف الجزائرية تفيد أن التنزيل يكون لأولاد البطون أي أبناء البنت من الطبقة الأولى فقط، وبالنسبة لأولاد الظهور أي أبناء الابن فيستحقون التنزيل مهما كانت طبقتهم[20]، وهو الرأي السائد في قانون الوصية المصري الذي كان له الفضل في تنظيم الوصية الواجبة[21].

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي الذي خص بالوصية الواجبة أولاد الابن وان نزلوا ويحجب كل أصل فرعه دون فروع غيره، فمثلا لو توفي شخص وترك ابن ابن ابن، وابن ابن ابن فيحجب هذا الأخير أصله يعني والده أما اذا كان ليس أصلا له بمعنى ليس والده فانه لا يحجب ويتم تنزيل كلاهما، ويأخذ كل فرع نصيب أصله، في حين اقتصرها على أولاد البنت دون فروعهم، فلا يستحقها ابن ابن البنت[22].

غير أن المشرع السوري اقتصر الوصية الواجبة على الأحفاد من الطبقة الأولى سواء كانوا أولاد الابن أو أولاد البنت[23]، وهو ما أخذ به المشرع التونسي[24].

الفرع الثالث: مقدار الوصية الواجبة.

فصل المشرع الجزائري في مقدار الوصية الواجبة على غرار التشريعات العربية المقارنة [25]، إذ يحدد مقدارها بما لا يجاوز ثلث التركة، وهو ما عبر عليه صراحة من خلال نص المادة 170 من قانون الأسرة.

---

[20] فتوى شرعية حول مسالة التنزيل، لجنة الفتاوى، مديرية التوجيه الديني و التعليم القراني، الجزائر.

[21] انظر المادة 76من قانون الوصية المصري.

[22] أنظر المادة 372من مدونة الأسرة المغربية.

[23] بعد أن كان قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59لسنة 1953 يقتصر الوصية الواجبة على أولاد الابن ذكورا وإناثا دون أولاد البنت فقط جاء من خلال القانون رقم 4لسنة 2019المتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري ليساوي أولاد البنت بأولاد الابن في استحقاق الوصية الواجبة.

[24] انظر الفصل192من مجلة الأحوال الشخصية التونسي.

[25] حدد القانون المصري الوصية الواجبة في حدود ثلث التركة، انظر المادة 76من قانون الوصية المصري، وكذلك فعل المشرع المغربي في المادة 369 مدونة الأسرة المغربية، والمشرع التونسي في نص المادة191 مجلة الأحوال الشخصية التونسي. والمشرع السوري في نص المادة257من قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل سنة2019.

يطرح تساؤل حول حكم الحالة التي يتبين فيها أنه سيؤول للحفيد بعد تنزيله منزلة أبيه أكثر من ثلث التركة؟.

بالنسبة للحالة التي يتم استخراج الوصية الواجبة بتنزيل الحفيد منزله أصله ويتبين أنها تتجاوز الثلث، فانه يتم تخفيضها لثلث التركة، أما إذا تبين بعد تنزيل الحفيد منزلة أصله أنها لا تتجاوز الثلث فتمنح للحفيد دون أن نزيدها للثلث أو ننقص منها.

غير أنه إذا تبين بعد استخراج الوصية الواجبة أنها تتجاوز ثلث التركة، وأجازها أحد الورثة فإنها تمنح كاملة للمنزل أو المنزلون ويتم اقتطاع ما تجاوز الثلث من نصيب الوارث الذي أجازها.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية لنظام التنزيل أو الوصية الواجبة.

لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة الوصية الواجبة، فلم يحدد إذا ما كانت تعتبر ارثا أم وصية؟

أول ملاحظة أن المشرع الجزائري أدمج المواد المتعلقة بتنظيم التنزيل ضمن الكتاب الثالث من قانون الأسرة المعنون بالميراث، في حين تعرض للوصية الاختيارية من خلال الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات، كما أنه قرر في تنزيل الأحفاد للذكر مثل حظ الأنثيين أي المقدار الوارد في الشريعة الإسلامية، فهل يعني هذا أن المشرع الجزائري يعتبر التنزيل ارثا ؟

ذهب الاجتهاد القضائي الجزائري لتكييف التنزيل بأنه وصية بمثل نصيب وارث وذلك من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/12/10والذي قضى بالمبدأ: *يعد تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب، طبقا للشريعة الإسلامية، وصية بمثل نصيب وارث*[26]. ولعل تكيفه التنزيل بأنه وصية راجع لكونه أقرب من الوصية من حيث المقدار الذي لا يتجاوز في كليهما الثلث، وكل منهما أي التنزيل و الوصية ينفذ قبل قسمة التركة[27].

بعيدا عن حكم الشريعة الإسلامية و أراء العلماء الأفاضل الذين انقسموا إلى مؤيد ومعارض بشأن الوصية الواجبة، برأيي أن الوصية الواجبة كما عرفت منذ وضعها لأول مرة في مصر سنة 1946، أو كما يطلق عليها مشرعنا التنزيل هو نظام ذو طبيعة خاصة يحمل خصائص كل من الإرث و الوصية، غير انه لا يمكن اعتباره ارثا لأنه لم تنظمه الشريعة الإسلامية من الكتاب و السنة النبوية، ولا يمكن

[26]قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، رقم الملف 526179، صادر بتاريخ 2009/12/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 201. ، ص. 231.

[27]عيسى معيزة، تنزيل أولاد البنات–تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث ملف رقم759763 المؤرخ في 2013/09/12المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا2014 العدد الأول–، مجلة آفاق علمية، تمراست، الجزائر، المجلد11، العدد2، السنة2019، ص. 95.

اعتباره وصية التي هي كذلك من تنظيم الشريعة الإسلامية، لأن الوصية تكون باختيار الموصي، ولا تفرض بإرادة غيره او عن طريق القانون. إنما هو نظام مستحدث حاولت من خلاله مختلف التشريعات حماية الأحفاد الذين توفي والدهم أو والدتهم في حياة الجد(ة) والغير وارثين إما لأنهم محجوبين بالعم أو لأنهم أولاد بطون (أولاد).

المطلب الثاني: شروط التنزيل والجهة المختصة بمراقبة الشروط.

حددت المواد 169 الى غاية 172 من قانون الأسرة شروط لإعمال نظام التنزيل قررها المشرع حماية لحقوق الأحفاد. وهو ما سنفصل فيه، ومن ثم سنتطرق للبحث في الجهة أو الشخص المخول له قانونا مراقبة مدى توافر الشروط في الحفدة لتنزيلهم منزلة أصلهم.

الفرع الأول: شروط استحقاق التنزيل.

أولا- **أن يتوفى أصل الأحفاد سواء كان أبيهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم، أو أن تتزامن وفاة أصلهم (أبيهم أو أمهم)مع وفاة جدهم أو جدتهم.** بحيث لا يعلم من توفي منهم أولا كالغرقى و الحرقى و الهدمى، لأن هؤلاء لا يتوارث بعضهم من بعض[28]. فإذا توفي الأب وابنه مثلا في حادث ولا يعلم أيهما هلك أولا فلا يرث كل منهما في تركة الأخر[29]، وفي هذه الحالة يستحق أبناء الابن طبقا لنص المادة 169من قانون الأسرة الوصية الواجبة إذا توافرت باقي الشروط الأخرى، ويثور تساؤل حول مدى جواز تنزيل أبناء المفقود؟

لم يتعرض المشرع الجزائري لتنزيل أبناء المفقود[30]، غير أن البعض يرى وجوب تنزيل الأحفاد الذين توفي أصلهم حقيقة (الوفاة)، أو حكما كالمفقود الذي حكم بموته[31]، ومن خلال الرجوع لأحكام المفقود المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري فيمكن القول ان يمكن تنزيل الأحفاد الذين صدر الحكم بفقدان أو موت أبيهم قياسا على نص المادة 115من نفس القانون التي أجازت أن يورث وتقسم أموال المفقود إذا صدر الحكم بموته[32]، وفي حالة رجوعه له استرجاع ما بقي من أمواله أو قيمة ما بيع

[28]للمزيد من التفاصيل، انظر نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، 1984دار الأصفهاني للطباعة، جدة، ص. 243.

[29]نصت المادة 129من قانون الأسرة على ما يلي: *إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا. *

[30]المفقود طبقا لنص المادة 109من قانون الأسرة هو : الشخص الغائب لمدة 4 سنوات والذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم، وحدد المشرع الحالات التي يحكم فيها بموت المفقود في نص المادة 113من نفس القانون.

[31]وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 123.

[32]نصت المادة 114من قانون الأسرة على ما يلي: *يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة. *

منها، وبالتالي فالقاضي يحكم بتنزيل أولاده في تركة جدهم الذي توفى من بعد صدور حكم موت المفقود أبيهم او أمهم.

ثانيا- أن لا يكون الأحفاد قد استحقوا شيئا من الطريق عن طريق الميراث، فإذا كان الحفيد وارثا فانه لا يستحق الوصية الواجبة.

ورد هذا الشرط في نص المادة 171 من قانون الأسرة. فلو توفي شخص وترك بنتين وابن ابن، فللبنتين ثلثين2/3 التركة ولابن الابن الباقي عصبة، فالحفيد في هذه الحالة وارث لذا لا يستحق الوصية الواجبة

كذلك لو توفي عن زوجة، بنت، بنت ابن. فللزوجة 1/8 لوجود الفرع الوارث، للبنت 1/2، لبنت الابن 1/6 تكملة للثلثين مع البنت. ففي هذه الحالة لا تنزل بنت الابن منزلة أبيها لأنها وارثة.

أما الحالة التي يترك فيها المتوفي ابن وابن ابن فان الابن (العم)يحجب ابن الابن.

ومثلا لو توفي شخص وترك ورثة ذوي فروض، وترك أولاد بنات، فهؤلاء لا يستحقون شيئا من الميراث لأنهم ذوي الأرحام[33]، ووفقا لما جاء في قانون الأسرة فان ذوي الأرحام لا يرثون إلا إذا لم يوجد للمورث ورثة ذوي فروض[34]. ففي هذه الحالة ولأن أولاد البنت(المتوفاة في حياة أبيها أو أمها) لا يستحقون الميراث لوجود أصحاب الفروض فانه يتم تنزيلهم منزلة أصلهم الوارث(الأم) إذا توافرت الشروط المنصوص عليها [35].

ثالثا- أن لا يكون الجد (ة) قد أوصى(ت) لهم، أو وهب(ت) لهم في حياته (ها)ما يساوي مقدار التنزيل بغير عوض: فإذا أوصي أو وهب الجد أو الجدة للأحفاد بما يعادل مقدار الوصية الواجبة (ثلث التركة)فانه لا يستحق التنزيل، أما إذا كانت أقل من الثلث وجب التنزيل في حدود استكمال الثلث[36]، غير أنه لم يتطرق للحالة التي يوصي أو يهب الجد أو الجدة للأحفاد ما يجاوز ثلث التركة، ففي هذه الحالة يقتضي المنطق أنه لا يستحق التنزيل [37]، و تخفض الوصية أو الهبة في حدود الثلث، إلا إذا أجازها

[33]ذوي الأرحام، جمع رحم، والرحم هو موضع تكوين الجنين.

[34]انظر المادة 180من قانون الأسرة.

[35]انظر المادة 171، 172من قانون الأسرة الجزائري.

[36]نصت المادة 171من قانون الأسرة على انه: *لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل ان كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فان أوصي لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب احدهم من التركة*.

[37]للمزيد من التفاصيل انظر، علي فخر، أمين الفتاوى بدار الإفتاء المصرية-الوصية الواجبة-برنامج قناة الناس، قناة الناس، الحلقة منشورة على اليوتيوب.

الورثة[38]. وهو ما أخذ به المشرع المغربي بنصه على أنه لا يستحق الأحفاد الوصية الواجبة اذا أوصي أو أعطى الجد أو الجدة في حياته(ها) لهم أكثر من ثلث التركة، ويتوقف الزائد عن الثلث على إجازة الورثة[39]. كذلك تبنى المشرع التونسي نفس الموقف[40].

رابعا- أن يتم تنزيلهم في حدود ثلث التركة: وهو ما أكدته نص المادة 170من قانون الأسرة، وقد اتفقت أغلب التشريعات المقارنة على هذا المقدار.

خامسا- أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من والده او والدته ما لا يقل عن نصيب هذا الأخير في تركة أبيه أو أمه أي (الجد أو الجدة): ورد هذا الشرط في نص المادة 172من قانون الأسرة، وهو كذلك ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا من خلال القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية رقم 403828 الذي أكد من خلال المبدأ

الذي ورد فيه أن حق الأحفاد المنزلين منزلة أبيهم، مشروط بألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم، من أبيه[41]، فان ورث الحفيد أقل مما سيستحقه بالتنزيل، نزل في تركة جده لاستكمال نصيبه [42].

قد انفرد المشرع الجزائري بوضع هذا الشرط، خلافا للتشريعات المقارنة، وفي الحقيقة هو شرط يتلاءم و يتوافق تماما مع الحكمة من التنزيل، التي تتمثل في تجنيب المحجوبين من الميراث الفقر والحرمان بسبب وفاة أصلهم في حياة أبيه أو أمه[43].

هذا عن الشروط التي حددها المشرع الجزائري، فان لم تتوفر إحداها اعتبر مانعا من موانع التنزيل، غير أنه قد شغل فكري وأنا بصدد دراسة هذا الموضوع إشكال لم أجد له حكما في القانون الجزائري ولا الاجتهاد القضائي، وقد يطرح على القاضي الجزائري، ويتمثل هذا الإشكال في ما يلي: هل يخضع التنزيل لموانع الميراث؟.

[38]نصت المادة 185من قانون الأسرة على ما يلي: *تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة. *

[39]انظر المادة 371 من مدونة الأسرة المغربية.

[40]انظر الفصل191(2) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[41]قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 403828، صادر بتاريخ 2007/11/14، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص241.

[42]بشور فتيحة، المرجع السابق، ص. 331.

[43]بشور فتيحة، المرجع السابق، ص. 331.

من خلال الرجوع للأحكام العامة للإرث سنحاول الإجابة عن هذا الإشكال، ولا يقصد بالبحث في مدى تطبيق موانع الإرث على التنزيل أننا نعتبر هذا الأخير ارثا ولكن باعتبار الحفيد سيستحق جزءا من تركة الهالك.

وقبل الإجابة عن التساؤلات يتعين الإشارة أن موانع الميراث في الشريعة الإسلامية هي كالآتي: عدم استهلال الجنين صارخا، الشك في أسبقية الوفاة، اللعان، الكفر، الردة، الرق، ابن الزنا، القتل[44].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد ذكر بعض موانع الميراث من خلال نص المواد 134الى 138من قانون الأسرة غير أنه قد أغفل بعضها، لذا يجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة[45].

وعليه ومن خلال الاعتماد على بعض موانع الميراث سنحاول البحث فيما إذا كانت تنطبق موانع الميراث هذه على التنزيل ؟

من موانع الميراث عدم استهلال الجنين صارخا أو عدم بدو علامات الحياة، فلو توفي شخص في حياة أبيه وترك زوجة حامل، وبعد فترة توفي الأب فهل يمكن تنزيل الحمل ؟، نصت المادة 134من قانون الأسرة على : *لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت علامة ظاهرة بالحياة*، تفيد المادة التي تستند على أحكام الشريعة الإسلامية أن الحمل يستحق الميراث، متى ولد حيا.

كذلك تنص المادة 187من قانون الأسرة على صحة الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا كان الحمل توائم وبغض النظر عن الجنس فانه يستحقونها بالتساوي.

استنادا لنص المادتين وبغض النظر عن طبيعة التنزيل إذا كان ارثا أو وصية فانه يستحق الحمل الذي توفي أبوه قبل جده أوجدته التنزيل متى ولد حيا. ومتى توافرت فيه الشروط الأخرى. أما إذا لم يولد حيا فلا مجال عن الحديث عن التنزيل.

بالنسبة للحفيد الذي قتل جده أو جدته، فالطبيعي أنه لا يستحق التنزيل، لأن القتل من موانع الإرث، فيمنع من الميراث، قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا، كذلك

[44]وقد اختصر المذهب المالكي موانع الميراث في العبارة الآتية: *عش لك رزق*، منقول عن النسائي في (السنن الكبري)، باب توريث القاتل، ص 6367.

[45]انظر المادة 222 من قانون الأسرة.

يمنع الشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، والعالم بالقتل، أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية[46]. إعمالا للقاعدة الفقهية *من تعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه*.

وبمناسبة الحديث في هذه النقطة يطرح تساؤل آخر هل يحجب الابن قاتل أبيه ابن أخيه؟.

وردفي نص المادة 136من قانون الأسرة انه لا يحجب الممنوع من الإرث(بسبب قتله للمورث أو المشاركة في قتله) غيره. فمثلا لو توفي شخص قتل عمدا من طرف ابنه، وكان له أحفاد من ابن اخر، فلا مجال للحديث عن تنزيل الأحفاد إذا لم يكن لهم عم أخر غير القاتل يحجبهم، إنما يرثون في التركة لأنهم لا يحجبون بعمهم لأنه قاتل المورث ولا يحجب غيره.

الفرع الثاني: المخول له قانونا مراقبة شروط التنزيل.

المعلوم عند عامة الناس، أنه إذا توفى مورثهم يلجأون للموثق لإعداد الفريضة وهي عقد يختص بإعداده الموثق يتم بموجبه تحديد عدد أسهم كل وارث، وعلى الموثق عند تحرير الفريضة الرجوع للقران الكريم الذي اعتمده المشرع الجزائري في تحديد فروض الورثة، كما يتعين عليه التأكد من صحة البيانات التي يتقدم بها طالب الفريضة فقد يتعمد عدم إدراج بعض الورثة وإخفاءهم[47]. وفي حالة وجود نزاع بين الورثة كما لو رفض بعضهم الفريضة، يجوز لمن له مصلحة اللجوء للقضاء عن طريق رفع دعوى الزام بعقد فريضة من أجل إلزام الورثة المتعنتون بإعدادها، ويطلب من خلال هذه الدعوى تعيين موثق من أجل إعداد فريضة، فالقاضي الفاصل في هذه الدعوى ليس من اختصاصه إعداد الفريضة، بل يحيل إعدادها إلى الموثق. ويفصل قاضي شؤون الأسرة فيها ويحدد بمقتضى الحكم الموثق المكلف بإعداد الفريضة.

ولكن التساؤل المتداول الذي يطرح في العديد من البرامج القانونية أو الدينية أو صفحات الاستشارة القانونية أو للمحامين، أنه في حالة توفي الابن او البنت في حياة أبيهم (الجد)أو أمهم (الجدة)، وترك أبناء يعني حفدة فهل يتم إدخال الحفدة في عقد الفريضة وهو ما يظنه عامة الناس؟أم يتعين اللجوء للقضاء ؟.

وبعبارة أخرى هل الشخص المخول له قانونا مراقبة شروط التنزيل هو نفسه المسؤول عن تحرير الفريضة؟.

[46]انظر المادة 135 من قانون الأسرة. تستند هذه المادة علة المذهب المالكي، انظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 38.

[47]حسين طاهري، دليل الموثق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 46.

ليس من صلاحيات الموثق إجراء التنزيل، إذ يتم تنزيل الأحفاد منزلة والدهم أو والدتهم بموجب حكم قضائي من قاضي شؤون الأسرة، الذي يعمل على التحقق من توافر الشروط المطلوبة لاستحقاقهم هذه الوصية القانونية، وهو ما أكدته هيئة الموثقين من خلال تعليمة جاء فيها أنه يتعين على الحفدة المستحقين للتنزيل التوجه للقضاء لاستصدار حكم قضائي يقضي بأحقيتهم في التنزيل في تركة الجد (ة)، حتى يتمكن الموثق تحرير فريضتهم بناء على حكم القضاء[48].

فالتنزيل يتم بموجب دعوى قضائية أمام قاضي شؤون الأسرة الذي ينزل الأحفاد منزلة أصلهم المتوفى أو المتوفاة قبل جدهم أو جدتهم في تركة الجد أو الجدة. ترفع هذه الدعوى وفقا للشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فترفع من ذوي صفة (وهم الأحفاد سواء أكانوا أبناء ابن او أبناء بنت)، ومصلحة.

يقدم المدعي في دعوى التنزيل دعواه عن طريق عريضة افتتاحية تتم وفقا للأشكال المقررة قانونيا[49]. يطلب في موضوعها تنزيل القاضي الحفدة منزلة الأب او الأم المتوفى في حياة أو مع جده أو جدته. فإذا أصدر القاضي حكما بتنزيل الحفدة عين الموثق المختص، وأحال اليه أطراف النزاع لتحرير فريضتهم بناء على حكم التنزيل.

المبحث الثاني: كيفية التنزيل.

من خلال هذا المبحث سنتعرض لطريقة تنزيل الحفيد منزله أصله، من خلال تقديم أمثلة لمساءل سيتم من خلالها استخراج نصيب المنزل في (المطلب الأول).

ومن تمة سنتطرق للبحث في حكم الحالة التي تجتمع فيها وصيتين إحداهما إجبارية و الأخرى اختيارية، وتبيان كيفية استخراجهما من التركة قبل تقسيم التركة على باقي الورثة وذلك من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طريقة استخراج مقدار التنزيل.

لم ينص المشرع الجزائري على طريقة التنزيل، غير أنه ومن خلال تحديد مقداره الذي لا يتجاوز الثلث، ولأنه يستخرج قبل تقسيم التركة بين الورثة، فان الطريقة تتمثل في أنه يتم افتراض الابن المتوفي في حياة أو مع والده حيا، ويعطى نصيبه على أن لا يتجاوز الثلث، ثم يخرج النصيب من التركة،

[48] منقول عن صالح حجيك، المرجع السابق.

[49] انظر المادة 14-15من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ويعطى للأحفاد الذين تتوفر فيهم الشروط للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم يقسم ما تبقى من التركة بين الورثة[50].

مثال : توفي عن أب، أم، ابن، بنتين، ابن ابن. وترك أرضا 17280 هكتار.

سأحاول من خلال هذا المثال الشرح بطريقة مفصلة عن كيفية استخراج الوصية الواجبة، ثم تقسيم التركة على الورثة بعد طرح مقدار الوصية الواجبة التي يشترط عدم تجاوزها الثلث من المقدار الإجمالي لتركة المتوفى.

أصل المسألة[51] (6)

الأب[52] 1/6 (لوجود الفرع الوارث المذكر)

الام[53] 1/6

الابن

ع – حالة التعصيب بالغير – يعصب الابن البنتين وللذكر مثل حظ الأنثيين.

البنتين

بنت ابن محجوبة بالابن[54] –حجب حرمان–

---

[50]وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الأحوال الشخصية، الوصايا و الوقف و الميراث، الطبعة2، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1985، ص. 125.

[51]اصل المسألة: يتم استخراج أصل المسألة من مقام الفروض، **إذا كانت المسألة فيها فرض واحد:** فان أصل المسألة من مقام ذلك الفرض، في **حالة تعدد** الفروض : **إذا كانت الفروض في حالة ثماثل** (كل المقامات متشابهة)مثلا كل الفروض 6/. فنأخذ احدهما (6)أصل المسألة.

في حالة التداخل فيكون مقام أحد الفروض من مضاعفات المقام الاخر، وفي هذه الحالة نأخذ المقام الأكبر ونجعله أصل المسألة مثلا فرض1/2و 6/، 1 فالعدد(6)يقبل القسمة على (2)قسمة صحيحة، نأخذ المقام (6)اصل المسألة.

في حالة التوافق بين مقامات الفروض، لا يقبل المقام الأكبر القسمة على المقام الأصغر نضرب نصف أحدهما في كامل الاخر مثلا 8/1و 6/1 نضرب وفق6وهو(3)×كامل المقام الاخر 8=24، او نضرب وفق 8وهو(4)في كامل المقام الاخر 6=24.

في حالة تباين المقامات تكون مقامات الفروض لا تتفق في أي نسبة كسرية فنضرب المقامات في بعضهم، مثلا 1/3و1/4، ويكون اصل المسألة بضرب 3×4=12.

إذا كان الورثة كلهم عصبات ليسو أصحاب فروض، فيتم استخراج أصل المسألة من جمع عدد الرؤوس، فاذا كانون كلهم ذكورا، يحسب كل منهم على أنه رأس فقط، على فرض مات وترك 3أبناء فعدد الرؤوس 3، أما إذا **كان بينهم إناث فيحسب كل ذكر على أنه أنثيين** (للذكر مثل حظ الأنثيين). ففرضا لو توفي عن بنتين و3اولاد فلكل أنثى(1)، ولكل ذكر (2)ويكون عدد الرؤوس (2)للبنتين و(6)للذكور، ومجموع الرؤوس(8)وهو أصل المسألة فتقسم التركة على عدد الرؤوس (8) وللذكر حظين وللأنثى حظ واحد للمزيد عن أصول المسائل، انظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 366وما بعدها.

[52]الأب يرث السدس فقط إذا كان للهالك فرع وارث مذكر، ويرث السدس+الباقي عصبة في حال وجوده مع الفرع الوارث المؤنث، قال تعالى: *ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد* الآية(11)، سورة النساء.

[53]انظر الآية(11)، سورة النساء.

[54]إعمالا للشريعة الإسلامية فان بنت الابن من جملة النساء الوارثات، ولكنها تحجب من الميراث حجب حرمان في موضعين: 1– عند وجود ابن أعلى منها، أي أقرب للميت منها، فيحجبها الابن حجب حرمان لكونه أقرب للميت منها. 2– إذا استغرق البنات الثلثين، أي عند وجود بنتين أعلى

يتم تنزيل بنت الابن منزلة الابن عملا بالوصية الواجبة فتصبح المسألة كالآتي:

أصل المسألة 6

نصحح أصل المسألة 6 ضرب عدد الرؤوس 6=36 (مجموع سهام الورثة)

الأب1/6 1/6 ÷ 6 = 1× 6 (عدد الرؤوس)=6

الأم 1/6 1/6 ÷6 = 1× 6 (عدد الرؤوس)=6

الابن 2

البنتين 2 ب. ع للذكر حظين وللبنتين حظ لكل واحدة، وللابن المنزل حظين اذن عدد الرؤوس 6

ابن منزل 2 الباقي عصبة نطرح أصل المسألة من نصيب الأب و الأم فيكون كالتالي 6−2 = 4

إذا قسمنا 4 على عدد رؤوس الأبناء 6 فلا يمكن اذن نصحح أصل المسألة فنضرب أصل المسألة في عدد الرؤوس، و نضرب كل السهام في عدد الرؤوس.

4× 6= 24 مجموع سهام الأبناء 24 يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. 24÷6= 4 سهم كل رأس(4)، لكل بنت اسهم4، وللابن 4 × 2=8 وللابن المنزل مثل الابن الصلبي.

لاستخراج الوصية الواجبة نقوم بتقسيم التركة على أصل المسألة فنقسم 17280 على أصل المسألة المصحح وهو 36.

17280 ÷ 36 = 480

ثم نضرب الحاصل في سهام الابن المنزل، 480 × 8 = 3840 هكتار ونتأكد إذا نصيبه في حدود الثلث، بإحدى الطريقتين : إما أن نقسم أصل المسألة على 3 فتكون العملية كالتالي: 36 ÷ 3= 12 وبالتالي مجموع أسهم الابن المنزل هو 8 مما يعني أنه أقل من الثلث 12.

أو نقسم مقدار التركة على 3، فتكون العملية 17280 ÷ 3= 5760. وبالتالي نصيب الابن المنزل هو3840 هكتار وهو أقل من الثلث.

وبعد استخراج الوصية الواجبة، نقوم بطرح مقدارها من مجموع التركة.

17280−3840 = 13440 هكتار (وهو ما بقي من التركة بعد استخراج الوصية الواجبة). نعود لتقسيم التركة دون احتساب الابن الذي فرض أنه حي وفقا لمقدار التركة الجديد فتكون العملية كالآتي:

منها فأكثر، ولم يوجد من يعصبها ابن ابن في مرتبتها أو أنزل منها، فتسقط حينئذ لاستغراق البنات الثلثين لأن الله تعالى جعل للجمع من البنات الثلثين، وقد نفد الثلثان للبنات ولم يبق لبنت الابن شيء.

أصل المسألة 6

مقدار التركة بعد استخراج الوصية الواجبة 13440 هكتار.

أب 1 /6 1/6 ÷ 6 =1

أم 1 /6 1/6 ÷ 6 =1

ابن(حظين)

بنتين(حظ لكل منهما) ع[55] عدد الرؤوس 4

لاستخراج أسهم الأبناء: أصل المسألة – سهام الأب و الأم، 6-2= 4

4 (أسهم الأبناء) تقبل قسمة على عدد الرؤوس (4) = 1 لكل رأس.

إذن للابن 2 و لكل بنت سهم.

نقسم ما بقي من التركة على أصل المسألة، 13440 ÷ 6 = 2240

اذن لكل سهم 2240. نضربه في سهام الورثة

الأب (سهم)، 1 × 2440 =2240 هكتار.

الأم (سهم)، 1 × 2440 =2240 هكتار.

الابن (سهمين)، 2 × 2440 = 4880 هكتار.

البنتين سهمين بينهما 2 × 2440 = 4880 هكتار لكل منهما 2240 هكتار.

المطلب الثاني: تزاحم الوصايا(اجتماع التنزيل – الوصية الواجبة– و الوصية الاختيارية).

قبل تبيان الطريقة التي تحل بها المساءل التي تشمل كل من الوصية الواجبة والوصية الاختيارية وقبل تحديد أيهما التي تتقدم عن الأخرى، سنتطرق لتعريف الوصية الاختيارية، والبحث في نقاط التشابه والاختلاف بينها وبين التنزيل.

الفرع الأول: تعريف الوصية الاختيارية.

الوصية في *اللغة من الايصاء، بمعنى التعهد للغير بالقيام بفعل أمر، ، حال حياته أو بعد وفاته، و يقصد بها في اصطلاح الفقهاء : تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المملك عينيا أم منفعة*[56]

[55] ع اختصار عصبة، يعصب الابن البنات ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

[56] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص. 8

ورد تنظيمها في مواضع كثيرة في الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى : *ولكم في نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد، فإذا كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين*[57].

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم : * إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم. *

عرف المشرع الجزائري الوصية من خلال نص المادة184 من قانون الأسرة بأنها: * تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع *

وحدد مقدارها في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة [58].

كما حدد شروط صحتها وإثباتها وأحكامها[59].

الفرع الثاني: التمييز بين التنزيل(الوصية الواجبة) و الوصية الاختيارية.

يتشابه كلا الوصيتين في أنهما تمليك مضاف لما بعد الموت، فالتنزيل(الوصية الواجبة) لا يوجبها القانون إلا بعد وفاة الجد أو الجدة [60]، كذلك الوصية تكون بوفاة الموصي[61].

وكلاهما يقدم على الميراث[62]، إذ يتم استخراجهما قبل تقسيم التركة على الورثة.

و تتحد الوصيتين في المقدار[63]، فالوصية الاختيارية تحدد وفقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم بالثلث، فقد تبث عنه أنه قال لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما سأله وهو مريض : هل يتصدق بثلثي ماله؟، فقال له صلى الله عليه وسلم : لا، فقال سعد : فالشطر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا، فقال سعد: فالثلث، فقال صلى الله عليه وسلم : الثلث و الثلث كثير انك أن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس*[64]. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، إذ

[57]الآية (12)، سورة النساء.

[58]انظر المادة 185من قانون الأسرة.

[59]انظر المواد من 184 لغاية 201 من قانون الأسرة.

[60]انظر المادة 196من قانون الأسرة.

[61]راجع المادة 185 من قانون الأسرة.

[62]نبيل كمال الدين طاحون، المرجع السابق، ص. 245.

[63] انظر المادتين170، 185من قانون الأسرة.

[64]رواه البخاري.

حددها في حدود ثلث التركة، فان أوصى الموصي بأكثر من ذلك ترد إلى الثلث إلا إذا أجازها الورثة[65]، وهو نفس المقدار الذي حدده المشرع بشأن التنزيل.

ورغم التشابه بين الوصيتين، إلا أنهما يختلفان في نقاط عدة، فالتنزيل أو كما يعرف الوصية الواجبة تقتصر على الأحفاد الذين مات أصلهم(ويقصد بالأصل كما سبق توضيحه من خلال الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الأب أو الأم) في حياة أو مع جدهم أو جدتهم، بخلاف الوصية الاختيارية التي تكون لأي شخص، فالأصل أن تكون لأجنبي بمعنى من غير الورثة، كما يمكن أن تكون لأحد الورثة إذا أجازاها الورثة[66].

التنزيل هو وصية قانونية تفرض بموجب القانون، ولا يشترط فيها سلامة عقل الموصي لانها وصية مقررة بمقتضى القانون، تقرر بعد وفاة الجد أو الجدة، وليس للإرادة دخل فيها، بخلاف الوصية الاختيارية تنشأ بإرادة الموصي، ويشترط لصحتها سلامة عقل الموصي وبلوغه سن الرشد[67].

تقدم الوصية الواجبة في التنفيذ على الوصية الاختيارية، فإذا لم يتسع الثلث للوصيتين تسقط الوصية الاختيارية، ولا يستحق الموصى له شيئا.

يثبث التنزيل– الوصية الواجبة– بموجب القانون، أما الاختيارية فتثبث بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بها، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبث الوصية بحكم [68].

يتم تنزيل الأحفاد للذكر مثل حظ الأنثيين[69]. أما بالنسبة للوصية الاختيارية إذا تعدد الموصى لهم ولم يحدد الموصى نصيب كل منهم، فتقسم بينهم بالتساوي بغض النظر عن جنس الموصى لهم.

الفرع الثالث: حكم المسائل التي تجتمع فيها تنزيل وصية اختيارية.

لحل المساءل المشتملة على تنزيل وصية اختيارية، فانه يجب إتباع الخطوات التالية:

بعد إخراج مصاريف تجهيز ودفن الهالك ودفع ديون العباد، يقسم ما بقي من التركة على فرض حياة الفرع المتوفى لمعرفة نصيبه لو بقي حيا وقت وفاة المورث، و يطرح مقدار التنزيل– الوصية الواجبة –من ثلث التركة كلها، فإذا كان مقدار الوصية الواجبة مساويا للثلث، فلا يعطى شيئا لصاحب الوصية

[65]انظر المادة 185 من قانون الأسرة.

[66]انظر المادة 189 من قانون الأسرة

[67]انظر المادة 186من قانون الأسرة.

[68]انظر المادة 191من قانون الأسرة.

[69]الفقرة الأخيرة من نص المادة 172من قانون الأسرة الجزائري.

الاختيارية، لان الوصية الواجبة استغرقت الثلث وهي مقدمة في التنفيذ على الوصية الاختيارية إلا إذا أجازها الورثة، وإذا كان مقدار الوصية الواجبة أقل من الثلث التركة، فان الباقي من الثلث يمنح للموصى له بموجب وصية اختيارية [70].

يقسم الباقي من التركة على الورثة الشرعيين بعد تنزيل الحفدة واستخراج الوصية الاختيارية، بحيث لا يزيد مجموعهما على ثلث التركة.

في الحقيقة أن المشرع لم يتعرض لحكم الحالة التي يجتمع فيها التنزيل و الوصية الاختيارية.

واستناد للنصوص المتعلقة بالتنزيل وللتشريعات المقارنة فانه يمكن التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى: أن تكون الوصية الاختيارية للحفيد: إذا وصى الجد لحفيده الذي توفي عنه والده في حياته فهل يتم تنفذ الوصية الاختيارية أم يتم تنزيله؟ أي منها يقدم؟ لا يثير الأمر إشكال إذا كانت الوصية الاختيارية للحفيد، فمن شروط استحقاق التنزيل أن لا يكون الجد قد أوصى لحفدته. فان كان أوصى فيتم تنفيذ الوصية ولا مجال لإعمال التنزيل، غير أنه إذا كان قد أوصى بأقل من ثلث التركة فانه يتم تقديم الوصية الاختيارية وينزل بقدر ما يتم به الثلث[71].

الحالة الثانية: أن تكون الوصية الاختيارية لغير الحفدة.

تقدم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا الاختيارية عند تنفيذها في الاستفاء من ثلث التركة، فان كان في المسألة تنزيل ووصية اختيارية و اتسع الثلث لكلاهما تم استخراجهما معا، وان لم تتسع الثلث للتنزيل –الوصية الواجبة– خرجت هذه الأخيرة دون الوصية الاختيارية، وتبطل الوصية الاختيارية. ما لم يجزها الورثة لزوال محلها وهو الثلث من التركة، وان اتسع الثلث للتنزيل، وبقي منه شيء كان للوصية الاختيارية في حدود ما بقي من الثلث[72]. وهو ما أخد به قانون المشرع المصري الذي نص صراحة على انه: *الوصية الواجبة مستحقة من غيرها من الوصايا. *[73].

[70] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 125.

[71] انظر المادة171من قانون الأسرة.

[72] بلحاج العربي، أحكام التركات و المواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2012، ص. 324.

[73] انظر المادة 78من قانون الوصية المصري رقم 71لسنة 1946.

وهو ما ذهب إليه التشريع السوري من خلال أخر تعديل له لقانون الأحوال الشخصية السوري، حيث نصت آخر فقرة من المادة 257 منه على أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستفاء من ثلث التركة، وهو نفس ما نص عليه المشرع التونسي. [74]

الخاتمة:

توصلت الدراسة المتواضعة لموضوع التنزيل لمجموعة من النتائج أهمها:

– يثير نظام التنزيل العديد من الإشكاليات، خاصة وأنه منذ وضع قانون الأسرة لسنة 1984 لم يتدخل المشرع بتعديله.

– لا يندرج نظام التنزيل ضمن الإرث ولا الوصية، رغم أنه يحمل خصائص كل منهما.

– التنزيل آلية تبناها المشرع لحماية مصالح الحفدة المحجوبين أو الغير وارثين (أولاد البنت).

– لا يتم التنزيل إلا بعد مراقبة قاضي شؤون الأسرة لمدى توافر الشروط المقررة قانونا، كما تطبق موانع الإرث على التنزيل.

– يتم التنزيل بموجب حكم قضائي.

– شارك الاجتهاد القضائي في توضيح بعض الإشكالات التي يثيرها التنزيل.

– لم يوضح المشرع كيفية استخراج مقدار التنزيل.

– يخرج مقدار التنزيل من جميع التركة قبل تقسيمها حتى لا يتأثر به نصيب بعض الورثة دون البعض.

– يقدم التنزيل على الوصية الاختيارية، ويتم التنزيل في حدود ثلث التركة، فإذا اتسع الثلث خرجت الوصية الواجبة ثم الاختيارية، وإذا لم يتسع خرجت الوصية الواجبة وسقطت الوصية الاختيارية.

التوصيات:

– تعديل أحكام المواد التي نظمت التنزيل بهدف توضيح الغموض الذي يشوبها والذي خلق جدلا ونقاشا كبيرا، واستحداث نصوص قانونية تعالج الإشكالات التي يثيرها التنزيل.

[74] انظر الفقرة الأخيرة من الفصل 191من مجلة الأحوال الشخصية التونسي.

– حبذا لو أن كل جد(ة) له حفدة توفى عنهم أصلهم (ابنه أو ابنته)، أن يوصي لهم في حدود ثلث التركة، ليتفادى بذلك النزاع الذي قد يثور من بعد موته بين أبناءه وحفدته، ويجنبهم الخوض في نزاعات قضائية.