

الإطار المرجعي لنظام التنزيل في ظل قانون الأسرة الجزائري

أ. يامنة حواسي

جامعة المدية

الملخص

إن التنزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة صناعة قانونية جاء بها المشرع العربي الحديث ، لما لولي الأمر من سلطة ، ولما يفرضه عليه الواجب من بحث في مصلحة الجماعة وحل مشكلات الواقع وفي مقدمتها مسائل الأسرة ، ولعل الباعث في تشريع هذا النظام في قانون الأسرة الجزائري هو تعويض الحفدة عما كان سيأخذه أصلهم من تركة مورثه لو بقي حيا أثناء موته ، ليصله نصيب أصلهم هذا عن طريق التلقي ميراثا ، و هذا طبقا لما تنص عليه المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري ، و لكن رغم ذلك فإن شدة الاحتياج هي الأخرى لها مكانتها في تشريع نظام التنزيل وهو ماتقضي به المادتان 171 ، 172 من قانون الأسرة الجزائري .و الجدير بالذكر هو أن الاختلاف قائم بين الفقهاء حول مدى مشروعية هذا النظام فهناك من يجيزه ، وهناك من يمنعه ، و لكل فريق أدلته وشواهد من القرآن الكريم و السنة النبوية ، إلا أننا رجحنا فريق المانعين لهذا النظام لما معهم من الأدلة الراجحة .و من أهم الإشكالات التي يثيرها هذا النظام غموض طبيعته القانونية فهل هي ارث مستتر في شكل وصية ؟ أم أنها مجرد وصية بحكم القانون ؟والراجح تكييفه على أنه وصية قانونية واجبة .

RESUME

Based on the guardian authority , and what the obligation dictates towards the good and profit of a group , and is addition to finding suitable solutions to different family problems , the modern Arab legislator has brought into existence a juridical term known as “TENZEEL” ,the idea consists of , as the Algerian code of family mention through the article № 169 , the compensation of a grand child about what his parents would inherit from his grand parents , as they die (parents) , and then he would get what his parents were supposed to if they were alive , inspite of that the urgent need for a financial support also led to the presence of the articles 171 and 172 of the same code , it means for the favor of the grand children .

We should focus on the fact that there have been different opinions holding opposite ideas on whether it's legal or not , all of them were based on many arguments whatever from the holy book (Qur'an)or the proplet speech (Hadith) -peace be upon him –some were for and others against .

We objectively share the same point of view with those opposing this idea because of possessing persuasive proofs as they doubt on its juridical nature and its ambiguity .Then , we have to wonder “is it an invisible heritage shaped as a testament or a testament based on law??”

Surely , it seems more convincing to de duce that it's a sort of an obligatory juridical testament .

لقد قسم الشارع مال الشخص بعد وفاته إلى قسمين :قسم تولى الله سبحانه تقسيمه بين مستحقيه بحسب الفرائض التي أنزلها في كتابه ،فخلافه الوارث فيه إجبارية بحكم الشارع لادخل للوارث ولا للمورث فيها فهي مستثناة من حرية التملك والتملك حيث قيل بأنه لايدخل شئ في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث ، وقسم آخر أوكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصية فهي خلافة اختيارية من الموصي حدد الشارع مقدارها الذي يجوز فيه ولمن تجوز وشروطها لان الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ،ولكن مراعاة للمصلحة ولكي يتدارك الإنسان ما فرط فيه حال حياته من الواجبات المالية أجاز له الشارع أن يتصرف في قدر معين من ماله يختار من يخلفه فيه في حدود ما شرعت له الوصية ، واحتاط لتنفيذها بوجوب تقديمها على الميراث في الإخراج وحتى لا توزع التركة على الورثة ولا يبقى منها شئ لإخراج الوصية واختلفت تعاريف الفقهاء المسلمين للوصية حيث أن أصحاب المذهب الواحد تعددت تعاريفهم و اختلفت ،فقد عرفها بعضهم بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع وبعضهم بأنها : تبرع مضاف إلى ما بعد الموت وعرفها الكاساني : بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت ، وإذا كان الأصل أن الوصية اختيارية منشؤها إرادة الموصي إلا أن هناك حالات تصبح فيها الوصية واجبة فيستحقها أشخاص معينون وإن لم يوص بها لهم و هي حالة التزير في قانون الأسرة الجزائري المواد (169 إلى 172 ق أ ج) ، و استحدث هذا الأخير أو ماسمته جل القوانين العربية بالوصية الواجبة لمعالجة مشكلة من مشكلات الأسرة التي كانت الآراء متفقة على وجوب معالجتها و إيجاد حل لها ، إلا أنه يثير العديد من الإشكالات من بينها مشكلة تأصيله وتحديد طبيعته القانونية؟؟ ومن هنا نطرح الإشكالية التالية : ما حقيقة التزير في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟؟ و التي تتفرع عنها التساؤلات التالية :

*المقصود بالتزير في قانون الأسرة الجزائري -أو ما يعرف بالوصية الواجبة - و ماالحكمة المرجوة من تشريع أحكامه ؟ وهل لأحكامه مستند فقهي؟ كيف يمكن تكييف التزير أو ما علاقته بكل من الميراث والوصية الاختيارية؟وما موقف الفقه المعاصر في هذا الشأن ؟ وما موقف المشرع الجزائري منها ؟

ولحل هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الاستقرائي - التحليلي - المقارن - من خلال :

*استقراء نصوص الفقهاء ونصوص القانون وشروحها .

*تحليل النصوص وفق منهج البحث العلمي بتصوير المسألة وذكر الأقوال منسوبة لأصحابها ثم الاستدلال بها وبيان وجه الدلالة فيها ثم مناقشتها .

*إجراء المقارنة بين آراء الفقه الإسلامي في التزير بما جاء به القانون الجزائري واستنتاج الرأي الراجح . وذلك وفق الخطة التالية :

المبحث الأول : تأصيل نظام التتيريل

المطلب الأول : تعريف التتيريل والحكمة من تشريعه

المطلب الثاني : الأسس المنهجية لنظام التتيريل

المطلب الثالث : مدى مشروعية نظام التتيريل

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لنظام التتيريل

المطلب الأول : علاقة التتيريل بالميراث

المطلب الثاني : علاقة التتيريل بالوصية

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري

خاتمة

المبحث الأول : تأصيل نظام التتيريل

إن التتيريل أو ما يعرف بالوصية الواجبة صناعة قانونية جاء بها المشرع العربي الحديث ، بما لولي الأمر من سلطة وبما يفرضه عليه الواجب من بحث في مصلحة الجماعة وحل مشكلات الواقع وفي مقدمتها مسائل الأسرة ، ولا شك أن الأحفاد الذين يفقدون أباهم أو أمهم في حياة الجد أو الجدة و يحذفون بذلك من قائمة الورثة كانت مشكلة اجتماعية بالفعل لاسبيل إلى تجاوزها بالقواعد العامة للميراث ، لأن من شروط استحقاقه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث . ولقد كان التتيريل معروفا لدى فقهاء المالكية المتأخرين و طبقه الفضاء لغاية صدور قانون الأسرة سنة 1984 ، غير أنه لم يكن إجباريا بل كان اختياريا ، ولقد استند واضعو نظام التتيريل (الوصية الواجبة) على الطرح الذي جاء به الإمام ابن حزم رحمه الله ، وسنحاول في هذا المبحث التعرض إلى تعريف التتيريل والحكمة من تشريعه (المطلب الأول) ، الأسس المنهجية لنظام التتيريل (المطلب الثاني) ، مدى مشروعية نظام التتيريل (المطلب الثالث)

المطلب الأول : تعريف التتيريل والحكمة من تشريعه

نظم المشرع الجزائري أحكام التتيريل في نصوص المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري ، وسنحاول التعرض في هذا المطلب إلى تعريفه وبيان الحكمة المتوخاة من تشريعه من خلال الفرعيين الآتيين :

الفرع الأول : تعريف التتيريل

أولا / التعريف اللغوي :

التتيريل اسم مفعول مشتق من يتزل و نزولا ومتزلا -فتحاً - ومتزلا - كسراً - ونزله و أنزله و نزله وهو يعني الحلول. وفي هذا الصدد قال سيبويه : كان أبو عمر يفرق بين نزلت - بالتشديد - و أنزلت و لم يذكر وجه الفرق بينهما ، وقيل كلمة نزال معدول من المنازلة فقال عليها لا بمعنى النزول إلى الأرض¹ ، فتزل تأتي بمعنى حل وقيل أيضا تأتي نزل المنفعة من نزولا ومتزلا و متزلا بالتخفيف بمعنى انحدر من أعلى إلى أسفل . أما

نزل بالتشديد وهي محل القصيد تأتي بمعنى (رتب) ومنه المترلة تعني المرتبة². فيقال نزله جعله يتزل ، وذلك بأن يجعل الشيء أن يأخذ حكم من أخذ محله في جميع الخصائص والصفات الأساسية له ، ومنه حل الشخص محل شخص آخر، وهو ما ينطبق بالفعل على موضوع التزليل باعتبار أن الحفدة يتزلون مترلة أصلهم في التركة³.

ثانيا/التعريف الاصطلاحي

لم يعرف المشرع الجزائري التزليل من خلال قانون الأسرة وإنما ترك ذلك للفقهاء وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال ، لذا فهناك من عرفه على أنه : " إحلال الأحماد في تركة الجد والجددة محل أصلهم المالك سلفا أبا أو أما فيرثون نصيبه بشروط " ⁴ وهناك من رأى بأن⁵ : التزليل إيضاء وليس إرثا والتنصيب عليه في مواد قانونية هو إحلال إرادة المشرع محل أرادة المترل ، الذي لم يعبر عن إرادته في ذلك أثناء حياته ، واستدلوا في ذلك أن صيغة آيات الموارث التي جاءت بصيغة الأمر والقطع ، أي أن تحديد الورثة وأنصبتهم جاء بدقة لا يقبل الاجتهاد والتأويل فلا يسوغ لأي كان أن يخالف قواعده في مجتمع مسلما نصا و روحا ، فضلا على أن القوانين التي تقرر التزليل تحدده بالحد المسموح به في مادة الوصية (أي الثلث) ، والوصية لا تكون لوارث أصلا ، فهي مقررة للحفدة عندما يجتمعون مع من يحجبهم من الورثة (أي عند اجتماعهم مع الأبناء). وتبعا لذلك فان الحفدة ليسو ورثة ولكنهم يخلون صفة " الموصى لهم قانونا " فالعلاقة بين المورث وحفدته إذن هي علاقة "الموصى والموصى لهم بموجب القانون"و حتى معنى كلمة "التزليل"في اللغة فإنها تحمل ضمنا ، فاعلا ومفعولا لأجله وهما : المشرع والحفدة . و بمقتضى هذا الفهم فان التزليل لايمكن أن يكون ميراثا لأن الذي يورث هو الخالق سبحانه ، وأما المشرع فان له الحق في إعطاء حقوق لمن يشاء بنص في القانون بشرط ألا يخالف القانون الشريعة ، لأن الشريعة مصدر للقانون و القانون في مواد التزليل يكرس الشريعة فيقرر إسناد الوصية للحفدة طبقا لشروط الوصية ن ومن يقول أن التزليل ميراث فانه يقرر ضمنا أن المشرع خالف الشريعة . ولقد كان التزليل معروفا لدى فقهاء المالكية المتأخرين و طبقة القضاء لغاية صدور قانون الأسرة ، غير أنه لم يكن إجباريا أو بقوة القانون بل كان اختياريا و المستفيدين منه هم الأحماد لكنهم لا يخلون محل أبيهم في الميراث إلا إذا قام جدهم بالتصريح بذلك ، فالتزليل عندهم وضع غير وارث في مترلة وارث ، و التزليل كما يكون للأقارب الممثلين في الأحماد غير الوارثين فانه يجوز أن يكون لغير الأحماد و غيرهم من الأجانب ، وكان المصطلح المستعمل لدى فقهاء المالكية الأوائل هو الوصية ولم يعرف مصطلح " التزليل " إلا عند الفقهاء المتأخرين كالمجاصي و سيدي بومدين و الشيخ أبي الحسن العلمي صاحب كتاب النوازل و كذا سيدي محمد القسمطيني ، ويعتبر التزليل عند هؤلاء في حكم الوصية⁶ . و قد عرفه الشيخ محمد الصادق الشطي على أنه : " هو أن يتزل الإنسان غير وارث مترلة وارث وهو من باب الوصايا يخرج قبل قسمة التركة " ⁷. و الملاحظ على هذا التعريف أنه ورد عاما بحيث لم يحدد مقدار التزليل كما أنه لم يحدد أشخاص التزليل إلا أنه أجازه لغير الوارثين كما أن إرادة المترل - كسرا - محل اعتبار فمصدر التزليل هو إرادة الإنسان ولا

دخل للمشرع في ذلك. و على هذا فان التزويل هو جعل حفدة الشخص متزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة و نظام التزويل هذا استحدث في الفقه الإسلامي الحديث لمعالجة مشكلة الحفدة الذين يموت أصولهم في حياة جدهم أو جدتهم ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك فلا يرث الحفدة بذلك من تركة الجد أو الجدة شيئا إما لحجبهم من الميراث من طرف أعمامهم لأنهم أقرب درجة للميت أو قد يكونوا غير وارثين أصلا كما هو الحال في أولاد البنات لأنهم من ذوي الأرحام يرثون في مرتبة متأخرة بعد أصحاب الفروض والعصيات .

ومما سبق يمكن تعريف التزويل وفق قانون الأسرة الجزائري كالاتي⁸ : التزويل هو حلول غير الوارثين من الحفداء محل أصولهم الوارثين قسرا ، آباءا كانوا أو أمهات ، على فرض حياتهم عند موت مورثهم في أخذ مناهم من تركة الجد أو الجدة في حدود ثلث التركة . و استنادا لنص المادة 169 قانون الأسرة الجزائري يتضح طابع الإلزام في هذا التزويل بحيث ينفذ قسرا في تركة المتوفى في حالة إذا لم يوص به ، وهذا بحكم القانون باعتباره وصية قانونية واجبة ، ومعنى هذا أن القانون هو الذي يتكفل بتزويلهم متزلة أصلهم في التركة باعتبار ذلك أمرا وحبويا و لازما ، ولا خيار للمتوفى أو ورثته في حجه عن مستحقه و هذا لم يعد لإرادة صاحب التركة أي اعتبار لأن التزويل ينفذ رغما عن إرادته ، وكما أنه لا يرد بالرد أي ينفذ رغم عدم قبول من وجب لهم التزويل لذا يشبه بالميراث⁹ . من هذا الجانب اعتبر صاحب التركة إذا لم يوص لحفدته ظالما فيقوم القاضي مقامه بفرضها في تركته بعد وفاته بقدر نصيب هذا الولد على أن لا يزيد عن ثلث التركة ولو كان نصيبه ميراثا أكثر من ذلك. و لقد عرفت المحكمة العليا في قرارها التزويل و نصه كالاتي : إن التزويل يحجر لفائدة أحفاد من مات مورثهم قبلهم وأنهم في هذه الحالة يرثون مقدار أصلهم و الوصية تكون في حدود ثلث التركة¹⁰ . نلاحظ من خلال قراءة هذا القرار أنه مستنبط من نص المادتين 169 و 170 قانون الأسرة إلا أنه لم يعطنا أي تفسير آخر بالإضافة إلى ما ورد في نصوص التزويل إلا أنه استعمل لفظ (يرثون) في مقابل التزويل و يكون بذلك قد شبه التزويل بالميراث ، في حين أنه أطلق عليه اسم الوصية وذلك بقوله : " الوصية تكون في حدود ثلث التركة " و بالتالي أكسبه طابع الوصية .

الفرع الثاني:الحكمة من تشريع التزويل:

بعدما تطرقنا إلى تعريف التزويل و اصطلاحا في الفرع السابق ، سنحاول التعرض فيما يلي إلى الحكمة أو الدافع من وراء تشريع نظام التزويل بالشكل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري .و على هذا يمكن القول بان الإسلام يسعى إلى التداول المستمر للثروة في ثنايا المجتمع و الحيلولة دون تراكمها أو تضخمها في أيد قليلة منه و ذلك من خلال تشريع الإرث الذي كرسه العدل القرآني في المجتمع الإسلامي و الذي لايسمح بعد وفاة الشخص أن تظل ثروته مجمدة أو محتكرة بيد جهة واحدة بل على العكس يعمل على تفتيتها وإعادة توزيعها بالعدل والإنصاف دون محاباة أو تجاهل ، حتى تعم أكبر عدد ممكن من الأصول والفروع كما أن نظام الإسلام وهو يحرص على تحقيق عدالة التوزيع وتقسيم الثروة أو التركة بين الورثة تقسيما عادلا لا يشوبه جنف ولا يعتريه ظلم ، وبثها في كل جيل من الأجيال ، لاعلى جمعها في يد وواحدة فتصبح ثروة الأمة محتكرة فقد أخذ

بعين الاعتبار معيار الحاجة و جعلها أحد أسس التفاضل في توزيع الميراث بحيث كلما كانت الحاجة إلى المال أشد كان النصيب أكبر¹¹. لذا فإن القول بعدم التزيل قد يؤدي في بعض الأحيان إلى تكديس الأموال في يد طبقة واحدة من الأقارب دون الآخرين ، وهو ما يؤدي في كل الحالات إلى التحاقه و انتشار الضغائن وروح الانتقام مما يؤدي إلى تفكيك روابط الأسرة الجزائرية . و من هنا جاء نظام التزيل (الوصية الواجبة) بمثابة الدواء الشافي لجراح وآلام بعض الفئات في المجتمع وهم الحفداء ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم ، فحرموا من ميراث ذلك الأصل طبقا لقواعد الميراث¹². و من هنا نطرح التساؤل : هل الحكمة من تشريع نظام التزيل في قانون الأسرة الجزائري هي تعويض الحفدة عما فاتهم من ميراث أصولهم ؟ أم الحكمة من ذلك هي شدة احتياجهم للمال بغض النظر عن التعويض ؟؟

و الإجابة عن هذا التساؤل تترتب عليها عدة آثار قانونية منها :

أولا :إذا كان الباعث أو الحكمة من نظام التزيل هو التعويض فيعني ذلك أن بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورت من صاحب التركة ثم مات بعد ارثه فان فرعه المخالف له في الدين لا يرثه و حينئذ ينتفي الباعث على التشريع لأنه لم يفته شئ من الميراث حي يعوض عنه بالوصية فلو قلنا بعدم وجوب هذه الوصية في هذه الصورة لكان لنا سند من روح القانون وهدف التشريع ، وبخاصة إذا لاحظنا بأن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل في الميراث فلا يتوسع فيه بل يقتصر على ما يتقن منه . كما أن القول بأن الباعث هو التعويض يؤدي إلى تضيق نطاق تطبيق التزيل فلا يشمل بذلك أولاد البنات باعتبارهم من ذوي الأرحام ، وهم بذلك لم يفتهم شئ عن طريق الميراث حتى يعوضوا عنه بطريق التزيل¹³. ثانيا : يرى الشيخ محمد أبو زهرة أن الباعث على التشريع هو الاحتياج و السبب في ذلك حسب رأيه ، لأن الوصايا شرعت من باب الخير و الصدقات ليتمكن كل من فاته خيرا أن يتداركه عن طريقها بحيث يجب أن تكون الوصية الواجبة متلائمة مع غرض الشارع في باب الوصايا و لا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم وهي مقدمة على غيرها فوجب أن تكون القرية فيها أوضح ويستدل بأقوال ابن مسعود رضي الله عنه بحيث يقول : << فابن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية للأفقر فالذي يليه من الأقارب غير الوارثين >>، ويضيف كذلك << وعن طاووس أنه قال : إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب و ردت إليهم >>¹⁴. كما أن الباعث على تشريع التزيل أنه في أحوال كثيرة قد يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه و يحرم هو و ذريته من ميراثه الذي يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع¹⁵. وهذا ما جاء في المذكرة التوضيحية حيث ورد فيها : " إن الولد الذي يموت في حياة أبيه و أمه و لو كان قد عاش إلى موتهما لورث منهما و آل ميراثه إلى أولاده ولكنه مات قبلهما أو قبل أحدهما أو مع أحدهما ، و انفرد بالميراث إخوته وصار أولاده في فقر مدقع و اجتمع لهم مع اليتيم و فقد العائل الحرمان والستر واضطرب بذلك ميزان التوزيع في الأسرة فأصبح بعضهم في يسر و نعمة بسبب الميراث و بعضها في فقر و عوز بسبب الحرمان نتيجة موت أبيهم أو أمهم قبل جدهم أو جدتهم مع أن أباهم هذا الذي حرمه الموت من نصيب كان

ينتظره قد يكون هو الذي شارك الجد في بناء الثروة التي تركها .¹⁶ و يترتب عن القول بأن الباعث عن تشريع التزويل هي الحاجة أو درجة الاحتياج اتساع مجال تطبيق التزويل بحيث يشمل الحفدة من جهة الإناث أي أولاد البنات ويشمل أيضا الحفدة من جهة الذكور أي أولاد الأبناء و عليه يدخل الولد الكافر باعتبار أنه يأخذ حكم الوصية العادية وهي تصح مع اختلاف الدين . و التزويل بهذا الشكل الذي جاء به القانون في حقيقته هو استجابة لحالات كثيرة في المجتمع الجزائري و لعدة شكاوى من يموت أبائهم أو أمهاتهم قبل موت الجد و الجدة أو مع أي منهما حيث وفاتهما معا تمنعها من الميراث من بعضهما لحصول الشك في الأسبق و هي أحد شروط الميراث و لأن عدم إعطاء هؤلاء الحفدة نصيبا من تركة الجد أو الجدة سيؤدي بهم إلى الحاجة و مذلة السؤال أو بانحراف بعضهم عن جادة الصواب و الوقوع في الخطيئة بسبب العوز والحاجة . و على هذا فقد يكون هؤلاء الآباء أو الأمهات ممن توفوا في حياة مورثهم قد شاركوا في جمع تركة المتوفى بنصيب ملحوظ و بذلوا جهودا معتبرة من أجل الحصول على تلك الأموال و الثروات التي هي بيد ورثة المتوفى دون مشاركة أولادهم فيها و عليه جاء نظام التزويل لحل هاته المشاكل الاجتماعية و الإنسانية و بخاصة و أن نظام العائلة في الجزائر يعتبر من نمط الأسر الممتدة التي تجدد فيها الجد و الابن وابن الابن والجد على قيد الحياة و الأملاك بدون قسمة . و ما يمكن استخلاصه في الأخير و من خلال تفحص نصوص التزويل الواردة في المواد (169 إلى 172) قانون الأسرة الجزائري أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري من خلال الباعث على التشريع هو التعويض بالدرجة الأولى ، أي فرض التزويل قانونا تعويضا للحفدة عما كان سيأخذه أصلهم من تركة مورثه لو بقي حيا أثناء موته ، ليصله نصيب أصلهم هذا عن طريق التلقي ميراثا و هذا طبقا لما تنص عليه المادة 169 قانون الأسرة الجزائري و لكن رغم ذلك فإن شدة الاحتياج هي الأخرى لها مكانها في تشريع نظام التزويل وهو ما تقضي به المادتان 171 ، 172 قانون الأسرة الجزائري ، وهو ما يدل على أن المشرع قد مزج بين المعيارين ، التعويض و درجة الاحتياج لكن الأول أرجح و سهل الإثبات في الواقع العملي بخلاف الثاني يكلف المطبقين في الواقع العملي ، مشقة في الحصول على الأدلة و صعوبة الإثبات و الوصول إلى الحقيقة لمعرفة درجة الاحتياج لهؤلاء الحفدة¹⁷ .

المطلب الثاني : الأسس المنهجية لتشريع نظام التزويل

إن أحكام التزويل التي أوردها المشرع الجزائري في المواد من 169 إلى 172 قانون الأسرة الجزائري لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة أو غير المشهورة و لكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب فقهية متفرقة ، قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها¹⁸ . فمنهجية التقنين تتجاوز مذهبية الفقه إلى لا مذهبية التشريع ، و هو ما فعله مشرع أحكام التزويل اعتمادا على أسس منهجية التقنين الثلاثة : السياسة الشرعية ، التلفيق في التشريع ، المصلحة المرسلة وهو ما سنعالجه فيما يلي¹⁹ :

الفرع الأول: السياسة الشرعية

تستوعب السياسة الشرعية²⁰ كل الوقائع التي لم ينص على حكم قطعي لها في مصادر الفقه الأصلية الكتاب والسنة والإجماع و عن طريقها يصل ولي الأمر إلى مساندة التطورات الاجتماعية و ذلك باستنباط الأحكام الجديدة على وجه يحقق مصلحة الأمة و يتفق في الوقت ذاته مع قواعد الشريعة ومقاصدها. و تنطوي السياسة الشرعية على عنصرين هما :

العنصر الأول : وجوب طاعة ولي الأمر إذا أمر بمباح أو نهي عنه و طاعة أوامره و نواهيه واجبة ما لم تكن معصية متيقنة و متى كان الباعث عليه مصلحة الأمة .

العنصر الثاني : سلطة ولي الأمر في تخصيص القضاء بالزمان و المكان و الحوادث ، فله أن يمنع القضاء من سماع بعض القضايا و له أن يدرج في ولايتهم ما يشاء ، ويقطع منها ما يشاء ، متى كانت مصلحة الأمة تقتضي ذلك . و جاءت أحكام الترتيل في التشريع الجزائي تعبيراً عن ذلك .

ثانياً / التلفيق في التشريع

التلفيق لغة : لفقت الثوب ألفقه لفقا ، وهو أن تضم شقة إلى أخرى فتخيطنهما ولفق الشفتين يلفقهما لفقا ، ولفقهما : ضم إحدهما إلى الأخرى فحاطهما ، والتلفيق أعم ، وتلافق القوم تلاءمت أمورهم ، وأحاديث ملفقة أي أكاذيب مزخرفة²¹.

ويعتبر مصطلح التلفيق من المصطلحات التي ظهرت متأخرة في علم أصول الفقه فقال العلامة جمال الدين القاسمي : >> لم يسمع لفظ التلفيق في كتب الأئمة، ولا في موطأهم ولا في أمهاتهم ولا في كتب أصحابهم ، ولا يبعد أن يكون حدوث البحث في التلفيق في القرن الخامس أيام اشتد التعصيب و التخريب و دخلت السياسة في التمدد << . هذا من الناحية الاصطلاحية ففي الواقع كان موجوداً من عهد الصحابة . و التعريف الصائب للتلفيق هو : " الأخذ في الأحكام الفقهية بقول أكثر من مذهب في أبواب متفرقة ، أو باب واحد أو في أجزاء الحكم الواحد " ²².

و أول من أضاف التلفيق في التشريع هو الأستاذ محمد أحمد فرج السنهوري في بحثه ' التلفيق بين أحكام المذاهب ' و المقدم للمؤتمر الأول لعلماء المسلمين في القاهرة 1924 م ، ويعرف على أنه : تخير ولي الأمر أحكاماً من مختلف المذاهب ليجعل قانوناً تسير عليه البلاد الإسلامية ، وقد اختلف فيه العلماء اختلافاً كبيراً ²³. فالتلفيق في التشريع يعني تركيب المادة القانونية أو المجموعة التشريعية من أكثر من رأي سواء كان الرأي المختار راجحاً أو مرجوحاً في مذهبه ، لأن المصلحة تقويه ، وولي الأمر يلزم به ، بناءً على قاعدة أن حكم ولي الأمر يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية ²⁴

ثالثاً / المصلحة المرسله :

إن البحث في حقيقة المصلحة المرسله يتطلب البحث في هذا المصطلح باعتبارين : الأول : باعتباره مركباً من جزأين هما (المصلحة) و (المرسله) . و الثاني : باعتباره مصطلحاً واحداً يدل على معنى مخصوص .

أ- تعريف المصلحة المرسله باعتبارها مصطلح مركب من جزأين :

1-تعريف المصلحة لغة واصطلاحا :

لغة:من الفعل صلح و الصلاح ضد الفساد و المصلحة واحدة المصالح ، ويراد بها المصدر أي الصلاح ، كالمصلحة تطلق و يراد بها النفع فهي بهذا المعنى كالمصلحة في المبنى و المعنى²⁵

اصطلاحا:هي " كل منفعة قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم و نفوسهم و نسلهم و أموالهم أو كانت ملائمة لمقصوده وفق شروط معينة²⁶

3 - تعريف المرسله لغة واصطلاحا : لغة :الإرسال هو الإطلاق و منه قولهم : أرسلت الناقة إذا أطلقته²⁷. أما اصطلاحا: فان الدارس لمعنى الإرسال عند الأصوليين يجد أنه قد اقترن بالمصالح و لم يعرف الإرسال باعتباره مصطلحا يدل على معنى مخصوص ، و عليه يكون المعنى الاصطلاحي للمرسله هو عين المعنى اللغوي أي : المطلقة²⁸.

ب-تعريف المصلحة المرسله باعتبارها مصطلح واحد يدل على معنى مخصوص :

تعرف المصلحة المرسله على أنها كل مصلحة لم يرد فيها دليل معين من الشرع على اعتبارها أو إلغاؤها ، ولكن يحصل من ربط الحكم بها و بنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة²⁹. والعمل بالمصلحة المرسله مقيد بجملة من الشروط والضوابط التي يمكن إجمالها فيما يأتي³⁰:

1-أن تكون معقولة في ذاتها جارية على الأوصاف المناسبة بحيث إذا عرضت على العقول تلقته بالقبول أي أن يتحقق من بناء الحكم عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة و هو الثابت في التزير أو الوصية الواجبة من حيث إقرار المصلحة المرسله لمعالجة مشكلة الأحفاد الذين مات والدهم قبل موت جددهم أو جدتهم و لا تغطي مصالحه الطارئة قواعد علم الميراث .

2-أن لا تعارض تلك المصلحة نصا أو إجماعا أو قياسا صحيحا لأن معارضتها لأي من ذلك يترع عنها وصف الإرسال و ينعتها بوصف الإلغاء .

3-أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشريعة بحيث تندرج تحت أصل كلي شهد الشارع له بالاعتبار حتى يتحقق بذلك شهادة الشارع بعينها . و الوصية الواجبة - أو أحكام التزير - كتشريع اعتمدت على هذه الأسس المنهجية للتقنين بقصد تجنب الكثير من الشكاوى المتعلقة بوفاة الآباء قبل الأحفاد و بقاء الأحفاد دون عائل كما سبق بيانه.

الفرع الثاني : مدى مشروعية التزير في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء قديما و حديثا في مدى مشروعية التزير (الوصية الواجبة) ، و كان هذا الاختلاف واضحا بينهم قديما و حديثا و لقد ذهب كل فريق إلى عرض أدلته و شواهد من القرآن الكريم والسنة النبوية و الإجماع و القواعد الشرعية و من المعقول و بيان الاعتراضات عليها ، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولا /مشروعية التزير عند المجيزين :

من القائلون بمشروعية التزويل (الوصية الواجبة): "طاوس ، قتادة ، جابر بن زيد ، سعيد بن المسيب ، و الحسن البصري و رواية عن أحمد بن حنبل ، داود الظاهري ، ابن حزم الأندلسي ، القرضاوي ، بدران أبو العينين ..."³¹ ، و استدلو بما يلي :

1- القرآن الكريم : قوله تعالى >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين <<³². أي فرض الله عليكم ، يا معشر المؤمنين 'إذا حضر أحدكم الموت " أي أسبابه كالمرض المشرف على الهلاك و حضور أسباب المهالك ، وكان قد " ترك خيرا " (خيرا : أي مالا) و هو المال الكثير عرفا ، فعليه أن يوصي لوالديه و أقرب الناس إليه بالمعروف على قدر حاله من غير سرف ، ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب بل يرتبهم على القرب و الحاجة و لهذا أتى فيه بأفعال التفضيل ، و قوله : " حقا على المتقين ' دل على وجوب ذلك لأن الحق هو الثابت ، و قد جعله الله من موجبات التقوى و بعضهم يرى أنهما في الوالدين والأقربين غير الوارثين ، ولقد قال ابن حزم رحمه الله " لقد خصص في هذه الآية الكريمة من يرثون منهم والذين لا يرثون تنطبق عليهم الآية الكريمة وهي واجبة في حقهم واستدل على ذلك بقوله تعالى : >> وإذا حضر القسمة أولو القربى و المساكين فارزقوهم منه و قولوا لهم قولوا معروفا <<³³، هذه الآية لم تنسخ أيضا بقول عبد الرحمن بن أبي بكر³⁴ . ويرد عليهم بأن هاته الآية التي استدلو بها فيها خلاف كبير بين المفسرين فمنهم من قال بنسخها بآيات الميراث فقال ابن كثير أن³⁵ : >> اشتملت هذه الآية الكريمة على الأمر بالوصية للوالدين و الأقربين ، وقد كان ذلك واجبا على أصح القولين قبل نزول آية الموارث ، فلما نزلت آية الفرائض نسخت هذه و صارت الموارث المقدرة فريضة من الله ، يأخذها أهلها حتما من غير وصية ، ولهذا جاء الحديث في السنن و غيرها عن عمرو بن خارجة قال : " سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب وهو يقول : " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " ، وقال الإمام أحمد : حدثنا إسماعيل بن إبراهيم بن علي بن يونس بن عبيد ، عن محمد بن سيرين ، قال : جلس ابن عباس فقرأ سورة البقرة حتى أتى على هذه الآية : (إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين) فقال : نسخت هذه الآية <<

2 / السنة النبوية :

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : >> ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده <<³⁶. ووجه الاستدلال إلى ما ذهبوا إليه قول النبي صلى الله عليه وسلم : " ما حق امرئ مسلم له " دل على فرض الوصية على كل من ترك مالا ، و أولى الناس بذلك أقاربه الذين لم يرثوا ، ويرد على هذا الدليل بأن ليس فيه ما يدل على الوجوب و أنه كل ما اشتمل عليه الحديث هو الحث على المبادرة بالوصية خوفا أن يفاجئه الموت وهو على غير وصية و مثل ذلك لا يلزم منه الوجوب ، و أن قوله : ' وله شيء يريد أن يوصي فيه " فقد فوض الأمر في الوصية إلى إرادة الموصي فدل ذلك على عدم الوجوب³⁷ .

المعقول، أولاً: أن الولد الذي مات في حياة أبيه قد يكون سبب وجود المال الموروث . ثانياً : أن الابن المتوفى قد يترك خلفه أولاداً من غير معيل و لا مال لهم فاقتضت العدالة أن يعطى هؤلاء الأبناء ما يصلح حالهم .

الفرع الثاني : عدم مشروعية التزيل عند المانعين :

إن التزيل أو ما يعرف بالوصية الواجبة بصورته المطبقة اليوم لم يرد دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ولم يقل بهذه الصورة أحد من المذاهب المعروفة و لكنها من اجتهاد علماء الشريعة في العصر الحالي فحاول واضعوا قانون الوصية الواجبة - كما ذكرنا سابقاً - أن يرجعوا كل حكم من أحكام الوصية الواجبة إلى سند شرعي ، يقوم عليه فاعتمدوا في أصل الوجوب على رأي ابن حزم الظاهري و بعض الصحابة و التابعين القائل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ، و استدلوا بالكتاب و السنة النبوية و القواعد الفقهية إلا أن المعارضين لهذا القانون يستدلون :

1- أن النبي صلى الله عليه وسلم توفي ولم يوص و أيضاً - الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين توفوا ولم ينقل عن واحد منهم أنه أوصى بوصية واجبة ، ولو كانت الوصية واجبة لما تركها النبي صلى الله عليه وسلم و لا الصحابة من بعدهم . قول النبي صلى الله عليه وسلم : <> أن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب >>³⁸ ، هذا الحديث يدل على أن الابن أقرب من ابن الابن فلا يورث لأن الحديث ينص على أن الوصية تكون للأقرب فالأقرب و لكن يأخذون تفضلاً و إحساناً من الورثة .

2- قانون الوصية الواجبة (مخالف للشرع و غير موجب للطاعة لأن فيه مشاركة لله تعالى في التشريع وتعدياً على حقوق الورثة ، وقد نسبوا هذا القول لابن حزم - رحمه الله - وهو محض تقوّل عليه ، لأن ابن حزم قد أوجب الوصية للأقارب الذين لا يرثون ، وهذا يشمل العم والخال و جميع الأقارب ، وهم لا يجعلون هؤلاء نصيباً في التركة و أيضاً لم يوجب ابن حزم نسبة معينة أو نصيب مفروضاً وهم قد فعلوا ذلك بإعطائهم نصيب أمهم أو أبيهم ، وأيضاً فإن ابن حزم يرى أنهم يعطون في حال أن يوصي الجد وهم يجعلون هؤلاء الأحفاد نصيباً و لو لم يوص الجد فاختلف ما قاله ابن حزم عما نسبوه إليه ، وقد اعترض كثير من علماء الأزهر على قانون الوصية الواجبة و أفتوا بخلافه ، ونشرت أبحاث في مجلة الأزهر و غيرها في الرد على هذا القانون و بيان مخالفته للشرع³⁹ .

3- إن الأحاديث التي استدلت بها على وجوب الوصية لا تدل على الوجوب بل الاستحباب إضافة إلى أنه لم يقل أحد من أصحاب المذاهب الأربعة بوجوب الوصية بل باستحبابها ، فالوصية عمل خير و أعمال الخير لا وجوب فيها و إنما الإباحة⁴⁰ . ويرد على هذا القول أنه غير دقيق فهناك من خالف هذا الإجماع كسعيد ابن المسيب و ابن حزم الأندلسي وداود الظاهري . و لقد وردت أحاديث تدل على وجوب الوصية ومن ضمنها حديث ابن عمر رضي الله عنهما : " ما حق امرؤ مسلم ... " و لقد سبق ذكره في أدلة المجيزين .

4- يرى بعض السلف أن الآية المستدل بها محكمة لكنهم قلة لا تقوم أبداً أمام الكثرة من أهل التفسير الذين أقرروا بأن الآية منسوخة و على قول من قال : أنها محكمة و ليست منسوخة ، لا يوجد في أي قول من أقوالهم

أن الأحفاد يرثون كما لو أن آبائهم على قيد الحياة ، كما يقول أصحاب (الوصية الواجبة) ، كل ما في الأمر أنهم يرجحون قول من أوجب على الوالدين أن يفرض لهم شئ من التركة قل أو كثر في حدود لا تتجاوز الثلث لكن ماذا نصنع لو لم يفرض الجدل لهم ، هل من دليل على أنهم يأخذون نصيب الآباء فرضا و جبرا .

وأما عن رأينا ، فبعد استعراض أدلة كل من المجيزين للتزويل و المعارضين له نجد أنفسنا نميل إلى المعارضين للتزويل وذلك لأنه لم يوجب أحد من علماء الإسلام على مر العصور على طريقة معينة لازمة في الوصية وقسمتها ، كهذا الذي حصل في عصرنا من سن قانون الوصية الواجبة ، كما أن القائلين بعدم وجوب الوصية مع ما معهم من الأدلة الراجحة هم جماهير أهل العلم و منهم المذاهب الفقهية الأربعة المتبعة في العالم الإسلامي ، فأبي الفريقين أحق أن يأخذ بقول الآخر ؟!! كما أنه لا يعقل أن تجتمع الأمة من لدن النبي صلى الله عليه وسلم إلى عصرنا هذا على تضييع الحق و تفويت هذه الحكمة و المصلحة و قد قال النبي صلى الله عليه وسلم : <إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة>>⁴¹

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لنظام التزويل

إن الطبيعة القانونية للتزويل تدور بين فقه الوصايا و فقه الميراث ، حيث يتشابه معهما إلا أنه ليس وصية بالمعنى الخالص ، كما أنه ليس ميراثا خالصا ، لذا سنتعرض في هذا المبحث إلى علاقة التزويل بالميراث من خلال بيان أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بينهما و ذلك في المطلب الأول ، ثم نتعرض في المطلب الثاني إلى علاقة التزويل بالوصية الاختيارية من خلال بيان أوجه الاتفاق و الاختلاف بينهما محاولين بذلك تحديد طبيعته القانونية . ثم نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري في المطلب الثالث .

المطلب الأول : علاقة التزويل بالميراث

بتفحص أحكام التزويل نجد بأنه يشبه الميراث من وجوه و فيما يلي أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين التزويل و الميراث :

الفرع الأول / أوجه الشبه بين التزويل و الميراث :

1- يشبه الميراث في أنه يوجد و إن لم ينشئه المتوفى⁴² ، و لذا فإنه يجب من غير إيجاب ، وإذا وجب صار لازما ، لا يقبل عدم التنفيذ⁴³ .

2- التزويل لا يحتاج إلى قبول⁴⁴ ، شأنه شأن الميراث ، فيدخل في ملك الفرع (المتزول) جبرا عليه دون حاجة إلى قبوله ، وقد قال الفقهاء : <> لا يدخل شئ في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث ، فإنه يدخل في ملك الوارث من غير إرادته⁴⁵ .

3- لا يرد بعدم القبول ، و الميراث كذلك ، فكلاهما خلافة اجبارية⁴⁶ ، وينفذ من تركته الميت و لو صرح قبل موته بمنعه فلا يسمع قوله من المنع و هذا شأن الميراث⁴⁷ .

4- يقسم قسمة الميراث - للذكر مثل حظ الأنثيين - و لو شرط المتزل تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من مقدار التزويل⁴⁸ .

5- يشترط في استحقاق الفرع للتزويل ألا يكون وارثا بنفسه حتى لا يجتمع له الميراث مرتين ، إحداهما بما يسمى " التزويل " ، و الأخرى ميراثه بسبب قرابته للمورث⁴⁹ .

الفرع الثاني /أوجه الاختلاف بين التزويل و الوصية الاختيارية :

يختلف التزويل عن الميراث في الأمور التالية :

1- الميراث يثبت ابتداء دون أن يكون تعويضا عن حق ضائع ، بينما التزويل يثبت تعويضا للفرع المتزل عما فاتته بموت أصله في حياة أبيه و أمه⁵⁰ .

2- يغني عن التزويل ما أعطاه المتزل في حياته للفرع المتزل ، و لا يغني عن الميراث مع من يرث⁵¹ .

3- في التزويل كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، و في الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه⁵² . مع الإشارة أن المشرع الجزائري ترك هاته النقطة مبهمة من دون توضيح

4- لا ينفذ التزويل كالميراث في جميع المال تماما ، بل ينحصر مقداره بثالث التركة⁵³

المطلب الثاني : علاقة التزويل بالوصية الاختيارية

إن أحكام التزويل تشبه أحكام الوصية الاختيارية في وجوه وتختلف عنها في وجوه أخرى و فيما يلي بيان لأوجه الشبه و الاختلاف بينهما .

الفرع الأول /أوجه الشبه بين التزويل و الوصية الاختيارية :

يتفقان في الأمور التالية :

1- التزويل لا يثبت و لا ينفذ إلا في حدود الثلث و كذلك الوصية الاختيارية .

2- التزويل يقدم على الميراث بل على سائر الوصايا الاختيارية⁵⁴ .

الفرع الثاني /أوجه الاختلاف بين التزويل و الوصية الاختيارية :

يختلف التزويل عن الوصية الاختيارية في الأمور التالية⁵⁵ :

1- التزويل مقيد فهي لا تجوز إلا للأقربين و بالتحديد لفرع الولد غير الوارث الذي توفي أصله في حياة والديه و الوصية الاختيارية مطلقة تثبت للأقربين و للأباعد .

2- الوصية الاختيارية لا توجد إلا بإرادة الموصي ، في حين أن التزويل يوجد و إن لم ينشئه المتزل .

3- الوصية الاختيارية تحتاج إلى قبول إذا كان لمعين ، و يمكن ردها ، بخلاف التزويل لا يحتاج إلى قبول و لا يمكن رده .

4- التزويل ينشأ بعد الموت بحكم القانون ، في حين أن الوصية الاختيارية يستحيل وجودها بعد وفاة الموصي ، لزوال ملكه بالوفاة . و على ضوء هذا التشابه و هذه الاختلافات بين التزويل و كل من الميراث و الوصية الاختيارية تباينت وجهات النظر في حقيقتها ، فوجد أن بعضهم قد سمى هذا التشريع ب " الميراث القانوني "

و بعضهم الآخر سماه " بالوصية القانونية " و من هنا نجد بعض القوانين العربية قد نظمت تشريع الوصية الواجبة في القانون الخاص بالوصية كالقانون المصري و ، بعضها الآخر قد نظمها ضمن المواد التي تختص بأحكام الميراث كالقانون المغربي و الجزائري ، وتفسير ذلك أن من غلب حكم الوصايا سماها بها . و لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن التزويل أشبه بالميراث فسلك مسلك الميراث في قسمة التركة⁵⁶. و منه قول الإمام أبو زهرة : " و هذه الأحكام في غايتها و مرماتها و في الغرض منها و السبب الباعث عليها تنحو نحو الميراث ، فالقانون جعل بهذه الوصية لآولاد من يموت في حياة أبويه ميراثا مفروضا ، هو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله على أن لا يتجاوز الثلث ، و إذا كان ذلك غاية القانون فكل الأحكام تنجّه إلى جعل هذه الوصية ميراثا " ⁵⁷.

غير أن الإمام أبو زهرة استدرك على هذا التعبير بقوله : " بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثا لمخالفة ذلك لنصوص القرآن و السنة المتضافرة ، بل يستحقه على أنه وصية تنفذ من التركة كلها و في دائرة الثلث " ⁵⁸. ويقول هذا من باب تسمية الأشياء بغير أسمائها . و لذلك نجد فضيلته في موضع آخر يقول بصراحة : " إن هذه الوصية ما دامت لازمة في ذاتها ، و أنها كالميراث ، أو هي ميراث قانوني ، و إن لم يكن شرعيا فالملكية تثبت كالميراث بمجرد الوفاة ، و إذا ثبتت بمجرد الوفاة ، لم يكن للقبول من بعد موضع ، و لم يكن للرد محل ، لأن الميراث لا يرد " ⁵⁹.

المطلب الثالث : موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة من خلال المواد (169 ، 170 ، 171) منه نجد ما يلي : 1-تنص المادة 169 على أنه : >> من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه و جب تزويلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية <<⁶⁰.

فهنا استعمل المشرع لفظ (و جب) و ربطها بمصطلح التزويل فدل ذلك على أن التزويل واجب قانوني من خلال هذا النص . -و تنص المادة 170 منه : >> أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة << .

فهنا اشترط المشرع في هذه المادة عدم تجاوز مقدار التزويل ثلث التركة فدل ذلك من خلال هاتين المادتين على أن التزويل ينفذ في صورة وصية باعتبار أن الوصايا في أصلها تنفذ في حدود ثلث التركة طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة بنصها : >>و تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة <<⁶¹. وعليه يكون التزويل من خلال المادتين 169 و 170 قانون الأسرة واجبا قانونيا ينفذ على شكل وصية.

3-و تنص المادة 171 قانون الأسرة على أنه : >> لا يستحق هؤلاء الأحفاد التزويل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض ، مقدار ما يستحق بهذه الوصية ... << . فهذه المادة جاءت لتؤكد بذلك منحى المشرع في تكييف هذا التزويل على أنه وصية قانونية

واجبة من خلال كلمة (ما يستحق بهذه الوصية) ، فكان ذلك بصريح العبارة . و عليه اختلف التزويل هذا عن التزويل الشرعي الوارد في الفقه الإسلامي و السبب في ذلك هو الطبيعة القانونية لكل منهما فالتزويل في الشريعة الإسلامية اختياري يخضع لإرادة المزل صاحب التركة ، ولا سلطان للقانون عليه . كما أن التزويل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري في المواد (169 إلى 172) جاء ضيقا من جهة الأشخاص المستفيدين منه و هم الأحماد في حين أنه في التزويل الاختياري يجوز تزويل أشخاص غير وارثين و من غير الأحماد حتى و لو كانوا أحماد عن الأسرة⁶² . و عليه فالتزويل الشرعي اختياري و يعامل على أنه وصية في جميع الأحكام و في ذلك يقول القاضي سيدي محمد المحاصي⁶³ : >> إن التزويل عند الفقهاء وصية فتجري عليه أحكامها و هذا هو المنصوص في مسألة... << و في هذا الاتجاه يذهب الدكتور محمد محدة إلى القول : >> إن التزويل يجد سنده الشرعي في أدلة و أسانيد الوصية الواجبة و هذا لأن الفقهاء جميعا يعدون التزويل من باب الوصايا << . و في نفس المسار يقول الأستاذ الموثق صالح جيجيك : >> و بمقتضى هذا الفهم ، فان التزويل لا يمكن أن يكون ميراثا لأن الذي يورث هو الخالق سبحانه ، و أما المشرع فان له الحق في إعطاء حقوق لمن يشاء بنص في القانون بشرط أن لا يخالف القانون الشريعة لأنها مصدر للقانون ، و القانون في مواد التزويل يكرس الشريعة فيقرر إنشاء الوصية للحفدة طبقا لشروط الوصية ، و من يقول أن التزويل ميراث فانه يقرر ضمنا ، و أن المشرع قد خالف الشريعة ، و الفرق بين أن يكون التزويل ميراثا أو يكون وصية ، فرق جوهري على مستوى الفكر النظري المجرد ، وعلى مستوى الفهم العميق لروح و نظام الميراث في الشريعة الإسلامية من جهة ، و على مستوى التطبيق العملي من جهة ثانية... <<⁶⁴ . و نجده يقول في موضع آخر : >> و أختتم قولي بقول من قال : أن التزويل وصية فيه رائحة الميراث ، و الله أعلم . <<⁶⁵ و ما يمكن قوله - مما سبق - هو أن قانون الأسرة قد خلط بين المفهومين ، التزويل من جهة الشكل و الوصية بحكم القانون من جهة المضمون ، وكان عليه أن يسلك ما سلكته التشريعات العربية حيث اعتبرتها وصية واجبة أو بحكم القانون زيادة على أن النصوص القانونية المنظمة للموضوع يجب أن تدمج ضمن أحكام الوصية و ليس ضمن قواعد الميراث كما يجب أن يفهم على أن الوصية الواجبة أيضا تخرج عن القواعد العامة في أحكام الوصية التي هي اختيارية من حيث الأصل و لا يجبر على إعطاء أو تقرير وصية للغير إلا بإرادته⁶⁶ .

و ختاماً ، فكل من التزويل الشرعي ، والتزويل المنصوص عليه في قانون الأسرة يعتبران من باب الوصايا ، إلا أن الأول استمد قوته من إرادة المزل ، والثاني استمدّها من قوة القانون ، فاختلفا ، لذا كيفناه على أنه وصية قانونية واجبة .

خاتمة:

من خلال ما سبق توصلنا إلى النتائج التالية :

أولا / لم يعرف المشرع الجزائري التزويل في قانون الأسرة من قانون الأسرة و ترك ذلك للفقه و أحكام الشريعة الإسلامية ، هناك من عرفه على أنه إحلال إرادة المشرع محل إرادة المزل ، الذي لم يعبر عن إرادته و

ذلك أثناء حياته ، هذا مع الإشارة إلى أن هذا المصطلح << التتيريل >> لم يعرف لدى فقهاء المالكية الأوائل بل كانوا يستعملون مصطلح : " الوصية " و خلصنا إلى أن التتيريل حسب ماهو مأخوذ به في قانون الأسرة أصبح بمثابة وصية واجبة بحكم القانون فهي تنشأ بمجرد وفاة الجد .

ثانيا/ أن المشرع الجزائري مزج بين معياري التعويض و الحاجة في تحديد الباعث على تشريع التتيريل ، مع الإشارة إلى أن الأول أرجح و سهل الإثبات في الواقع العملي بخلاف الثاني ، إذ يصعب فيه الوصول إلى معرفة درجة احتياج هؤلاء الحفدة .

ثالثا/ في محاولة إيجاد سند شرعي لما يعرف بالتتيريل في قانون الأسرة الجزائري ، وجدنا له سند في باب الوصايا ، و ذلك من خلال آية الوصية السابق ذكرها ، و الأحاديث النبوية ، وآراء الفقهاء حول حكم الوصية ، و بالتحديد مذهب ابن حزم الظاهري ، و هو قول محض لأن ابن حزم قد أوجب الوصية للأقارب الذين لا يرثون ، و هذا يشمل العم و الخال و جميع الأقارب ، وهم أوجبوا ذلك بحيث حددوه بالثلث ، كما أن ابن حزم يرى بأنهم يعطون في حال أن يوصي الجد و هم يجعلون هؤلاء الأحفاد نصيبا ، ولو لم يوص الجد لهم .

رابعا/ المشرع الجزائري خلط بين نظام التتيريل الذي كان سائدا قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، و المستمد من المذهب المالكي و بين نظام الوصية الواجبة المستمدة من مذهب ابن حزم الظاهري كما يدعون ، فالتتيريل من جهة الشكل و الوصية بحكم القانون من جهة المضمون و كان عليه أن يعتبر وصية بحكم القانون من جهة المضمون ، و كان عليه أن يعتبر وصية بحكم القانون ، و يدرجه ضمن أحكام الوصية و ليس ضمن قواعد الميراث . مع الإشارة إلى أنه لا يجبر على إعطاء و تقرير وصية للغير إلا بإرادته .

- 1- الإمام ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، 1988، دار الإحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، : ص:114
- 2- الرازي محمد بن بكر ، مختار الصحاح ، من ضبط وتخريج الدكتور مصطفى دين البغا ، دون طبعة ، 1990، دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة ، الجزائر ، ص: 519 .
- 3 دغيش أحمد ، التزويل في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، 2010 ، دار هومه ، الجزائر ، ص : 69
- 4 عزة عبد العزيز ، أحكام التركات وقواعد الفرائض و الموارد في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثانية ، 2010 ، دار هومه ، الجزائر ، ص: 195 .
- 5 جيجيك صالح الورثاني ، الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الثانية ، 2010 ، ، دون دار النشر ، الجزائر ، ص : 92
- 6 بن الشيخ آث ملويا لحسين ، التزويل (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دون طبعة ، 2011 ، دار هومه ، الجزائر ، ص : 25، 27
- 7 الشطي محمد الصادق، لباب الفرائض الكامل للفقهاء والحساب والعمل ، دون طبعة ، 1988 ، دار الدرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ص : 148
- 8 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 73 .
- 9 الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته (الجزء الثامن) ، الطبعة الثانية ، 1984 ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ص:123 .
- 10 -الحكمة العليا ، غ أش ، القرار الصادر بتاريخ : 1998/07/21 ، ملف رقم :201022 ، اق غ أش : ص: 343
- 11 المرزوقي عمر بن فيحان ، اقتصاديات الميراث في الإسلام ، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي ، السنة الخامسة ، العدد 14 ، 1422هـ/2001 م ، جامعة الأزهر ، مصر ، ص : 129،138 .
- 12 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص: 123 .
- 13 شلي مصطفى ، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون ، دون طبعة ، 1962 ، مطبعة دار التأليف ، الإسكندرية ، مصر ، ص:240 ، 241 . 3--دغيش أحمد ، المرجع نفسه ، ص : 124 .
- 14 -أبو زهرة محمد ، شرح قانون الوصية ، دون طبعة ، 1978، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر، ص : 198
- 15 أبو زهرة محمد ، أحكام التركات والميراث ، دون طبعة ، 1963 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ص: 249
- 16 الجليدي محمد سعيد ، أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية ، دون طبعة ، دون سنة ، مطابع عصر الجماهير ، ليبيا ، ص:190 .
- 17 دغيش أحمد ، المرجع السابق ، ص : 128 .

- ¹⁸ . الهلالي المسعود ، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، 2008 ، جسر للنشر والتوزيع ، ص: 189 .
- ¹⁹ إمام محمد كمال الدين ، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد) ، الطبعة الأولى ، 1999 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ص: 98
- ²⁰ السياسة لغة : تدور في معناها اللغوي على تدبير الأمور و حسن رعايتها وإصلاحها .و تعرف السياسة الشرعية على أنها علم يبحث فيه عن الأحكام و النظم التي تدير بها شؤون الدولة الإسلامية و التي لم يرد فيها نص ، أو التي من شأنها التغير والتبدل ، بما يحقق مصلحة الأمة و يتفق مع أحكام الشريعة وأصولها العامة.
- ²¹ -الإمام ابن منظور ، المرجع السابق الجزء الخامس ، ص : 4056
- ²² الميمان أحمد ناصر بن عبد الله ، النوازل التشريعية ، الطبعة الأولى ، 1430 هـ ، دار ابن الجوزي ، الدمام ، السعودية ، ص : 14 .
- ²³ المرجع نفسه ، ص : 28 .
- ²⁴ إمام محمد كمال الدين ، المرجع السابق : ص : 98
- ²⁵ الإمام ابن منظور ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص: 462
- ²⁶ شلي مصطفى ، أصول الفقه الإسلامي ، دون طبعة ، 1986 ، دار النهضة العربية ، ص : 282
- ²⁷ الإمام ابن منظور ، المرجع نفسه ، ص: 1167
- ²⁸ - الكيلاني عبد الرحمن ، تطبيقات معاصرة في المجال الأسري ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد السابع والعشرون ، جمادى الثانية 2006 ، ص : 178 .
- ²⁹ الهلالي المسعود ، المرجع السابق ، ص : 191
- ³⁰ الكيلاني عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص : 185 و مابعدا
- ³¹ 1- خمبوت رأفت محمود عبد الرحمان، الوصية الواجبة، كلية الشريعة، جامعة الأردن،
www.naseemalsham.com
- ص : 01 .
- ³² سورة البقرة ، الآية : 180
- ³³ سورة النساء ، الآية : 08
- ³⁴ ابن حزم ، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، تحقيق : محمد منير الدمشقي، المحلي بالآثار (الجزء التاسع) ، دون طبعة ، 1351 ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر : ص : 212، 213 .
- ³⁵ ابن كثير ، اسماعيل بن كثير القرشي ، تحقيق : سامي بن محمد السلامة ، تفسير القرآن العظيم ، (الجزء الأول) ، دون طبعة ، 1999 ، دار طيبة ، ص : 492
- ³⁶ ابن حجر ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، رقم الحديث : 2587 ، ص : 419 ، 420 .
- ³⁷ الشوكاني محمد بن علي ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، الجزء الثالث ، كتاب الفرائض ، الطبعة الثانية ، 1993 ، دار الحديث ، رقم الحديث : ، ص : 144 .

- ³⁸ العسقلاني، المرجع السابق، أحمد بن علي الكناي، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، الطبعة الأولى، 1995، مؤسسة قرطبة، رقم الحديث: 5626، ص: 446
- ³⁹ النجار خالد، نقد قانون الوصية الواجبة في التشريع المصري و من سار على دربه،
www.alukah.net.shaha/0/49062: http، بتاريخ 2013/01/09، ص: 1.
- ⁴⁰ الشوكاني، المرجع السابق، ص: 144.
- ⁴¹ رواه الترمذي وصححه الألباني.
- ⁴² الجليدي سعيد محمد، المرجع السابق، ص: 297
- ⁴³ أبو زهرة محمد، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص: 220
- ⁴⁴ السريتي عبد الودود، المرجع السابق، ص: 419
- ⁴⁵ الشيخ حسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 642.
- ⁴⁶ إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص: 107
- ⁴⁷ بن الشيخ حسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص: 642
- ⁴⁸ شلي مصطفى، المرجع السابق، ص: 245.
- ⁴⁹ الشيخ حسين آث ملويا، المرجع السابق، ص: 643
- ⁵⁰ إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص: 107
- ⁵¹ -الجليدي محمد سعيد، المرجع السابق، ص: 297
- ⁵² -شلي مصطفى، المرجع السابق، ص: 244.
- ⁵³ الشافعي أحمد محمود، الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي دون طبعة، 1999، دون دار النشر، ص: 116.
- ⁵⁴ شلي مصطفى، المرجع السابق، ص: 245.
- ⁵⁵ إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص: 108.
- ⁵⁶ الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ص: 123
- ⁵⁷ أبو زهرة، المرجع السابق، ص: 220
- ⁵⁸ المرجع نفسه: ص: 220.
- ⁵⁹ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص: 119.
- ⁶⁰ قانون 11/84 المؤرخ في 09/يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، السنة 1984.
- ⁶¹ نفس المصدر
- ⁶² بن الشيخ حسين آث ملويا، التتيل (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص: 24
- ⁶³ -بن الشيخ حسين آث ملويا، المرجع نفسه، ص: 27
- ⁶⁴ جيجيك صالح، المرجع السابق، ص: 92
- ⁶⁵ المرجع نفسه، ص: 96.
- ⁶⁶ بن شويح الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية) دون طبعة، دون سنة، دار الخلدونية. ص: 95