قوائم المحتويات متاحة على ASJP المنصة الجزائرية للمجلات العلمية
الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
الصفحة الرئيسية للمجلة: www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/552

إشكاليات الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري
دراسة تحليلية مقارنة في ضوء الفقه الإسلامي

Problems of the Mandatory bequest in Algerian family law: A critical analytical study in light of Islamic jurisprudence

ليلى إبراهيم العدواني [1] *
[1] جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، الجزائر.

Key words:
Family Law
Mandatory bequest
inheritance by substitutions
Grandchildren.

Abstract

The Mandatory bequest, since its inclusion in the Algerian Family Code and many Arab family legislations, has sparked controversy, especially given the ambiguity surrounding it and the variation in legislations in regulating many of its issues, which makes its practical application difficult and causes legal disputes. Therefore, this study aimed to clarify its most prominent problems in terms of its legitimacy, its beneficiaries, their conditions, and the method of exclusion, adopting the inductive, analytical, and comparative method. The study concluded that this bequest was called "Inheritance by substitutions" by the Algerian legislator and became mandatory after the issuance of the Algerian Family Code. They differed on its legitimacy due to the lack of a legal basis for it, and its mandatory nature made it similar to inheritance. Family legislations agreed on limiting it to grandchildren but differed in defining who they are. The Algerian legislator overlooked the case of conflicting bequests if the grandfather bequeathed to non-heirs who are not grandchildren.

معلومات المقال
تاريخ المقال:
الإرسال :2024-10-06
القبول : 2026-02-03
الكلمات المفتاحية:
قانون الأسرة
الوصية الواجبة
التنزيل
الأحفاد.

ملخص

أثارت الوصية الواجبة منذ النص عليها في قانون الأسرة الجزائري والعديد من التشريعات الأسرية العربية جدلا، خاصة مع ما اكتنف النصوص المنظمة لها من غموض، وتباين التشريعات في تنظيم العديد من المسائل المرتبطة بها، مما يصعب تطبيقها عمليا ويتسبب في نزاعات قضائية بشأنها، لذا هدفت هذه الدراسة إلى استجلاء أبرز الإشكاليات التي تطرحها هذه الوصية إن من ناحية مشروعيتها أو مستحقيها وشروطهم وطريقة الحجب فيها، معتمدة في ذلك على المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن، وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها؛ أنّ هذه الوصية أطلق عليها المشرع الجزائري "التنزيل" وأصبحت إجبارية بقوة القانون بعد صدور قانون الأسرة الجزائري، كما أنّ الاختلاف حول مشروعيتها مرده إلى انعدام الأساس الشرعي لها والقول بإجباريتها جعلها تشبه الميراث وهي ليست كذلك، وقد اتفقت التشريعات الأسرية على خصّها في الأحفاد فقط واختلفت فيمن هم هؤلاء الأحفاد، ومن المسائل التي أغفلها المشرع الجزائري حالة تزاحم الوصايا فيما إذا أوصى الجد (ة) لغير الوارثين من غير الأحفاد.

* Corresponding author at : University of Mohamed Boudiaf, Msila . ALGERIA.
Email : leila.brahimladouani@univ-msila.dz

1. مقدمة

يرتبط موضوع الوصية الواجبة أو كما أطلق عليها المشرع الجزائري التنزيل بالمال الذي يحظى بأهمية كبيرة سواء في القانون أو في الشريعة الإسلامية، حيث يعتبر من المقاصد الضرورية التي لا تستقيم حياة الناس دونه، وكذلك يرتبط بالمواريث والتي نظمها الشارع الحكيم بآيات محكمات بيّنت الورثة وطريقة إرثهم ونصيبهم في الميراث، وهي أحكام لا تقبل التغيير بالنقصان أو الزيادة أو الإلغاء وهي ليست مجالا للاجتهاد، ويتعيّن على الانسان أن يتحرى أخذ نصيبه المشروع ويبتعد عن أخذ ما ليس حقا له لما فيه من اعتداء على حقوق غيره، والوصية الواجبة رغم أنها لا تعتبر ميراثا إلا أنها تشبهه خاصة في جانب انتقال المليكة فيها إلى مستحقيها جبرا عن الميت، ومستحقيها محصورين قانونا في الأحفاد في حال لم يكونوا وارثين، وكذلك لا يمكن تكييفها على أنّها وصية رغم أنها تحمل بعضا من خصائصها والتي منها إخراجها قبل قسمة التركة على الورثة، وبذلك يمكن القول أنّها نظام مستقل يحمل بعضا من خصائص الميراث وبعضا من خصائص الوصية.

وقد كانت ومازالت الوصية الواجبة أو التنزيل بحسب تسمية المشرع الجزائري من القضايا الخلافية والمثيرة للجدل، والتي تحتاج إلى مزيد من الدراسات والأبحاث لا سيما مع كثرة الاختلافات حولها إن من ناحية مشروعيتها وطرق حلها وإن من ناحية مستحقيها وشروط استحقاقها وتزاحم الوصايا وكيفية الحجب فيها، لذلك تحاول هذه الدراسة تسليط الضوء على هذه الإشكاليات.

مع السعي لتحقيق جملة من الأهداف تتمثل فيما يلي:

- إظهار الإشكاليات التي تطرحها الوصية الواجبة.

- بيان موقف الفقهاء من هذه الوصية.

- الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين التشريعات الأسرية لا سيما قانون الأسرة الجزائري في تنظيمها للوصية الواجبة.

- بيان مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في الجزائر في توضيح المسائل الغامضة وسدّ النقائص الواردة في نصوص قانون الأسرة الجزائري المنظمة للوصية الواجبة.

وقد نظم المشرع الجزائري موضوع الوصية الواجبة في أربع مواد 169، 170، 171، 172 من قانون الأسرة، والتي انطوت على إشكاليات عدة والتي سيتم التطرق إليها من خلال الإجابة على التساؤل الآتي: فيما تتمثل الثغرات التي تكتنف تنظيم الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري؟ وما موقف الفقه الإسلامي من هذه الوصية؟

وقد استدعى البحث اعتماد المنهج الاستقرائي في تتبع الآراء المختلفة حول الوصية الواجبة لا سيما أراء الفقهاء المعاصرين، وكذلك القرارات القضائية التي تناولت الوصية الواجبة (التنزيل)، واعتماد المنهج التحليلي خاصة فيما يخص تحليل النصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري وكذا النصوص القانونية بالنسبة للتشريعات التي أخذت بالوصية الواجبة حتى تتضح فكرة الوصية الواجبة بشكل أفضل وما تثيره، وكذا اعتماد المنهج المقارن من خلال مقارنة ما ورد في قانون الأسرة الجزائري وما نصت عليه التشريعات الأسرية والاختلافات بينها كلما كان الأمر ضروريا، مع الحرص على بيان موقف الفقه الإسلامي.

ومن الدراسات التي تناولت الوصية الواجبة أو التنزيل بحسب تعبير المشرع الجزائري، دراسة لإقروفة زبيدة تحمل عنوان:" الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني"، سنة 2017، حيث بينت أهمية الوصية الواجبة بالنسبة للأحفاد وركزت على إبانة جوانب القصور والإصابة في تنظيمها في قانون الأسرة الجزائري، وخلصت إلى ضرورة توسيع دائرة المستحقين لها من الفئات غير الوارثين، والتسوية في استحقاقها بين أولاد الابن وأولاد البنت.

وكذلك دراسة لعبد القادر رحال تحمل عنوان:" التنزيل (الوصية الواجبة) أحكامه وضوابطه القانونية: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري المقارن مدعما باجتهادات المحكمة العليا"، سنة 2017، حيث ركزت هذه الدراسة على مناقشة مدلول الوصية الواجبة وأدلة الفقهاء القائلين بها والرد عليهم، وبيان ضوابطها في قانون الأسرة الجزائري، كما تناولت إشكالية تزاحم الوصايا، وخلصت إلى أنّ المشرع الجزائري لم يضبط من خلال تنظيمها الباعث عليها، كما اقترحت ضرورة تقديم الوصية الواجبة على الاختيارية في حال التزاحم.

ودراسة لدليلة تريكي وآيت شاوش تحمل عنوان:" الوصية الواجبة في التشريعات العربية وضرورة تعديل المادة 169 من تقنين الأسرة الجزائري"، سنة 2021، حيث ركزت هذه الدراسة على فهم المراد بالأحفاد في المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري مع التطرق إلى مستحقيها في التشريعات العربية، وخلصت إلى ضرورة تعديل نص المادة بالنص صراحة على تنزيل أولاد البنت وأولاد الابن.

أما عن هذه الدراسة فإنها تختلف عما سبقها من الدراسات في كونها ركزت على إظهار المسائل التي أثارت الجدل فيما يخص تنظيم الوصية الواجبة حتى يتسنى دعمها بمزيد من الدراسات، وكذا مناقشة الثغرات التي انطوت عليها في قانون الأسرة الجزائري مع الأخذ في الحسبان موقف الفقه الإسلامي والاستناد أيضا إلى التشريعات الأسرية التي أخذت بالوصية الواجبة من أجل بيان الخلافات حول هذه الوصية بغية الاستفادة منها، كما تتبعت هذه الدراسة معظم القرارات الصادرة عن المحكمة العليا والتي لم تتناولها الدراسات السابقة.

2.إشكالية الوصية الواجبة من حيث تعريفها ومشروعيتها

حظيت الوصية الواجبة شأنها شأن الميراث بالاهتمام خاصة وأنّها تتعلّق بأخذ جزء من التركة جبرا عن المورِّث وعن الورثة رغم أنّ من يأخذها غير وارث والميت لم يوص له في حياته، لذلك غالبا ما تُثار إشكاليات حول مسألة مشروعيتها، خاصة مع عدم اتفاق أقوال الفقهاء حول وجود أصل شرعي لها، وكذلك لا يوجد تعريف دقيق لها فهناك تباين بين التشريعات الأسرية التي أخذت بها في بيان المراد بها وفي المصطلحات التي استخدمتها لتعريفها، مما يجعل بيان هذه الإشكاليات ضروريا.

2. 1. إشكاليات الوصية الواجبة من حيث تعريفها

تناول فقهاء المذاهب الأربعة كل ما يتعلق بالوصية، وقد ذهبوا إلى أنّ حكمها الندب أي أنها اختيارية، بمعنى أنّ الشخص له أن يوصي كما له أن لا يوصي، وقد عرّفوها بأنها تصرف أو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا التعريف يشمل التوصية بالمال وغيره، أما بالنسبة للوصية بالمال فقط فهي عقد يستحق بموجبه الموص له ثلث مال الموصي بعد موته، فهي من قبيل التبرع بالمال بعد الموت (**التسولي**، 1418**هـ** 1998م، **صفحة** 511)، إلا أنّ ذلك لا يعني أنّ الموصي ملزم بالتوصية بثلث ماله وإنما يمكن أن يوصي بأقل أو أكثر من ذلك، ولكنّ التعريف أراد بيان أنّ حدّها الأقصى الثلث، وما زاد عنه يخضع لإجازة الورثة.

وقد خالف ابن حزم الظاهري ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة حيث اعتبر أن الوصية فرض؛ أي واجبة على كل مسلم، فإن مات ولم يترك وصية وجب على ورثته إخراج شيء من ماله (**حزم**، 1425**هـ** 2003م، **صفحة** 349 **وكذلك** 351).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم الوصية الاختيارية في الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات في الفصل الأول المعنون بالوصية من المادة 184 إلى المادة 201 من قانون الأسرة أما الوصية الواجبة فقد أطلق عليها تسمية التنزيل ونظمها في الكتاب الثالث المعنون بالميراث في الفصل السابع تحت عنوان التنزيل في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة، وللإشارة فإنّ المواد المنظمة للوصية الواجبة (التنزيل) لم يمسها تعديل منذ صدور قانون الأسرة الجزائري 11/84 سنة 1984، وما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري نظمها ضمن الكتاب الذي نظم أحكام الميراث رغم أنها ليست ميراثا، وكان الأولى أن ينظمها منفصلة عنه نظرا للاختلاف البيّن بينهما ولا يمكن بأي حال اعتبار الوصية للأحفاد ميراثا ولا يستقيم أن يطلق عليها ميراث الأحفاد لأنّ في هذا إضافة لم يرد بها دليل من الشرع، كما أنّ المصطلح أي التنزيل الذي استخدمه المشرع الجزائري ورد ذكره في كتاب البهجة في شرح التحفة وعرّفه بأنّه: أن ينزل الشخص أولاد ولده الميت منزلة أبيهم، وتأخذ حكم الوصية (**التسولي**، 1418**هـ** 1998م، **صفحة** 514)، وهذا التعريف ينطبق على تعريف الوصية الواجبة المطبّقة في قوانين الأحوال الشخصية في كونها خاصة بأولاد الولد، ولكنّها تعتبر وصية غير واجبة وإنما اختيارية إذ لا بد للمنزِّل أن يوصي بتنزيلهم وإلا فلا شيء لهم.

كما ورد ذكر مصطلح التنزيل أيضا في كتاب الشرح الصغير للدردير في باب الوصية حيث جاء عنه: أنّ الموصِي يمكنه أن ينزّل آخر منزلة ابنه فيقول: اجعلوا فلانا منزلة ابني، أو ألحقوه به، أو أنزلوه منزلته، أو اجعلوه وارثا معه، أو في عداد ولدي، فإن كان للموصي ابن واحد وأجاز قسمت التركة نصفين فإن لم يجز فللموصى له الثلث، فإن كان له ابنان فللموصى له الثلث أجاز أم لا، وإن كان له ثلاثة أبناء فهو كرابع، وإن كان مع الذكور إناث فهو كذكر، وإن كانت الوصية لأنثى كان لها مثل نصيب أنثى من بناته (**الدردير**، **الصفحات** 597-598)، فهنا لم يخصّ التنزيل بالأحفاد فقط ولا يوجد في التعريف ما يدل على ذلك، كما أنّ التنزيل اختياري وليس إجباري أو واجب كما ذهب إليه المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الأسرية العربية.

أما عن الوصية الواجبة بشروطها التي وضعتها التشريعات الأسرية -بما فيها قانون الأسرة الجزائري- فلم يرد ذكرها في أي مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة (**الخطيب**، 1991، **صفحة** 228)، وخاصة المذاهب الأربعة المعروفة، وقد أكد ذلك أبو زهرة حيث جاء عنه أنّ قانون الوصية- ويقصد بذلك قانون الوصية المصري لسنة 1946- جاء بحكم لم يسبقه إليه أي من المذاهب الإسلامية المشهورة، وهي أن تكون الوصية واجبة بحكم القانون وتنفذ في مال المورِّث أراد ذلك أو لم يرد، فلا عبرة برضاه (**أبوزهرة**، **صفحة** 244)، وذهب إلى ذلك أيضا محمد مصطفى شلبي حيث اعتبر أن الوصية الواجبة نوع جديد من الوصايا خاصة من ناحية إلزاميتها، فهي تستمد وجوبها من القانون حتى وإن لم يوص بها، وكذا من ناحية شروطها ومستحقيها إذ لم يسبق لفقهاء السلف أن قالوا بهكذا وصية، وليس لها نظير من أي وجه في كلامهم (**شلبي**، 1382**هـ** 1963م، **صفحة** 236).

وقيل أنّ أول من قال بها هو القانون المصري من خلال سنّ قانون الوصية 71 لعام 1946م الصادر بتاريخ 1946/6/24م وبدأ سريانه بتاريخ 1946/7/1م، ثم بعد ذلك سارت على نهجه العديد من التشريعات الأسرية العربية حيث أخذت بالوصية الواجبة منها قانون الأحوال الشخصية السوري عام 1953م والقانون الأردني وكذلك الكويت واليمن والسودان والجزائر –وقد أطلق المشرع الجزائري عليها تسمية التنزيل- وتونس والعراق والإمارات العربية المتحدة واليمن (**الغليفي**، **صفحة** 5). وبذلك يمكن القول أنها اجتهاد معاصر.

أما عن المراد بها فقد عرّفها محمد الزحيلي بأنّها جزء من التركة خصّ به أولاد الابن الذي توفي قبل أصله أو معه، في حال لم يكونوا وارثين، وبشروط ومقدار معيّن ويأخذونه وصية لا ميراثا، وسميّت بالواجبة لأنه لا عبرة برضا الموصي وإرادته، فقد أوجبها القانون ويلزم القاضي بتنفيذها (**الزحيلي**، 1422**هـ** 2001، **صفحة** 858)، والملاحظ أنّ هذا التعريف حصر

مستحقيها في أولاد الابن دون أولاد البنت.

وعرّفت كذلك بأنها مقدار من المال الواجب للأحفاد المحرومون من الميراث في تركة جدهم أو جدتهم، وقد توفي أصلهم قبل أصله أو معه حقيقة أو حكما (**التاويل**، 1430هـ 2009، **صفحة** 9)، هذا التعريف استخدم مصطلح الأحفاد وهو مصطلح لا يوضح فيما إذا كان يراد به أولاد الابن وأولاد البنت معا أم أولاد الابن فقط.

وعلى العموم فإنّ تعريف الوصية الواجبة غالبا ما يستمد من التشريعات الأسرية.

ويمكن أن نفهم المراد بها في التشريع الجزائري من خلال نص المادة 169 من قانون الأسرة (الأمر 05- 02، 2005)، وهي أن يتم تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم الذي توفي قبل أصله أو معه بشروط، لأنّ أصل الاحفاد لم يتوفر فيه شرط الميراث وهو حياته عند موت مورثه ولو بلحظة، لكن نص المادة أعلاه لم يوضح المقصود بالأحفاد هل هم أولاد الابن وأولاد البنت أم أولاد الابن فقط، على خلاف النص باللغة الفرنسية فقد حصرهم في أولاد الابن فقط، ولم يوضح أيضا هل تختص بها الطبقة الأولى أم يأخذونها وإن نزلوا، كما أن نص المادة لم يبيّن المراد بموت أصل الأحفاد هل يراد به الموت الحقيقي أم الحكمي أيضا، بحيث يأخذها أولاد المفقود الذي حكم بموته قبل موت أصله، كما فعل المشرّع الكويتي الذي بين صراحة في المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1971 في شأن الوصية الواجبة أنه ينزل الأحفاد الذين مات أصلهم حقيقة أو حكما ويتعلق الأمر بالمفقود (**الوصية**، **قانون رقم** 5 **لسنة** 1971).

من خلال تعريفها نجد أنها تشبه الميراث في ناحية إلزاميتها فتنفيذها يكون جبرا عن المتوفي، والوصية عند المذاهب الأربعة اختيارية، وتشبه الوصية في أنها تخرج قبل قسمة التركة على الورثة، ومقدارها محدد.

2. 2. إشكاليات الوصية الواجبة من حيث مشروعيتها

ثار جدل ولازال حول مشروعية الوصية الواجبة (التنزيل في القانون الجزائري)، ذلك أنّ الورثة وأنصبائهم وطريقة إرثهم محددة بنصوص ثابتة من الكتاب والسنة والاجماع، ولا يمكن أخذ مال المورث إلا بوجود دليل شرعي من الكتاب أو السنة، أما في كتب السلف فلم يقل بها أي من الفقهاء حتى في معرض حديثهم عن الوصية، لذلك وقف الفقهاء من سنّها في القوانين الأسرية بين مجيز لها ورافض، وبعضهم قال بجوازها ولكن بشروط تختلف عن الشروط التي جاءت في القوانين الأسرية.

ومن القائلين بجوازها علي الطنطاوي الذي ورد عنه أنه أمضى ساعات في مناقشة القاضي العالم (عضو اللجنة) محمد فرج السنهوري في وزارة العدل في القاهرة، وكذلك في داره في حي السيدة، وقال له: إنّ الله لم يعطهم شيئا فكيف نعطيهم نحن؟ لكنه أردف قائلا أنّه فيما بعد شرح الله صدره للقول بها (**الطنطاوي**، 1405هـ 1985م، **صفحة** 267).

وكذلك أجازها محمد أبو زهرة فعلى الرغم من إقراره بأنه ليس لها أصل في الفقه الإسلامي فلا يوجد في مصادر الفقه الإسلامي من أخذ بها على الوجه الذي نصت عليه القوانين، إلا أنّه بذل جهدا في نقد قانون الوصية المصري وحاول إيجاد حلول تتفق وما جاء في القواعد العامة للميراث لا سيما فيما يتعلّق بكيفية استخراجها، خاصة وأنّ قانون الوصية المصري وكذلك التشريعات الأسرية بما فيها قانون الأسرة الجزائري نصت على أحكامها لكنها لم تبين طريقة أو كيفية استخراجها (أبوزهرة، شرح قانون الوصية)، وأجازها وهبة الزحيلي (**الزحيلي**، **الفقه الإسلامي وأدلته**، 1405هـ - 1985م، **الصفحات** 122 -123)، وكذلك محمد الزحيلي الذي قال بأن هذه الوصية بصورتها المطبقة في قوانين الأحوال الشخصية لم يرد ذكرها في المذاهب الفقهية المعروفة، ولا دليل صريح في القرآن والسنة ينص عليها، وإنما قال بها الفقهاء في العصر الحاضر، معتمدين في ذلك على آراء بعض الفقهاء كابن حزم، وعلى قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها (**الزحيلي**، **الفرائض والمواريث والوصايا**، 1422هـ 2001، **صفحة** 590).

ولم يعترض أحمد حماني على الوصية الواجبة حينما أقرّها المشرع الجزائري لأوّل مرّة في قانون الأسرة 11/84 تحت مسمى التنزيل، فقد جاء عنه في فتاويه أنّ المنزّل إن أغفل التنزيل فإنّ قانون الأسرة قد جعله حقا مكتسبا للحفدة وسمي بالوصية الواجبة (**حماني**، 1433هـ 2012م، **صفحة** 498)، على الرغم من أنّه يفرق بين التنزيل والوصية الواجبة التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري والتي أطلق عليها تسمية التنزيل، إذ ذهب إلى أنّ التنزيل يتم بإرادة الجد وفي حياته وأمام الموثق أو بشهادة شاهدين عدلين أو أكثر، فقد استفتي في مسائل عدّة تتعلق بالأبناء توفي أبوهم قبل جدهم ومعهم أعمامهم فكان جوابه في إحدى الفتاوى أنّه لا حق في الميراث لابن الابن بوجود الابن وأنه كان ينبغي لجد أبناء الابن الذين توفي أبوهم قبل أبيه أن ينزلهم في حياته منزلة أبيهم أو يوصي لهم بشيء من التركة، فإن كانت لهؤلاء بيّنة من رجلين من ذوي العدل فأكثر يشهدان أنّ جدهم أوصى بتنزيلهم منزلة أبيهم في الإرث، استحقوا نصيب أبيهم على أن لا يتجاوز الثلث (**حماني**، 1433هـ 2012م، **صفحة** 489).

وجاء في فتوى أخرى عنه أنّ الابن إن توفي قبل أبيه وترك أبناء وكانوا محجوبين فإنهم لا يستحقون شيئا من التركة إلا إن تم تنزيلهم في الميراث منزلة أبيهم لدى الموثق ويأخذون ما لا يتجاوز الثلث، وإلا فإنهم لا يستحقون شيئا (**حماني**، 1433هـ 2012م، **صفحة** 488).

والتنزيل عنده لا يختص بالأحفاد وإنما يمكن تنزيل غيرهم ممن لا يرثون، فقد أفتى بصحة تنزيل أحد الأشخاص لابن أخته، وقال أنّ التنزيل يعامل معاملة الوصية فيخرج قبل قسمة التركة وفي حدود الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة (**حماني**، 1433هـ 2012م، **صفحة** 495).

وقد وافق الاجتهاد القضائي فتاوى أحمد حماني في اعتبار التنزيل قبل صدور قانون الأسرة 11/84 اختياري وليس واجبا أو إجباريا، فقد نص الاجتهاد القضائي صراحة في القرار الصادر بتاريخ 1995/05/2 ملف رقم: 99186 أنّ التنزيل قبل صدور قانون الأسرة اختياري وليس واجبا، أي حتى يطبق لا بد أن يوصي به المنزِّل (**غرفة الأحوال الشخصية**، 2001، **صفحة** 321)، وأكد ذلك الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 2001/11/14 ملف رقم: 273177 حيث جاء أنّ القضاء بتوريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون، لأنّ التنزيل في هذه الحال تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية ولا يرث الأحفاد بالتنزيل إلا إذا أوصى الجد بأن أولاد أولاده يحلون محل أبيهم ويأخذون نصيبه من الميراث (**غرفة الأحوال الشخصية**، 2002، **صفحة** 448).

ولكنه حصر التنزيل حتى قبل صدور قانون الأسرة بين الفروع والأصول دون غيرهم وهو عكس ما أفتى به أحمد حماني من جواز تنزيل غير الأحفاد ممن لا يرثون، فقد جاء في الاجتهاد القضائي بتاريخ 1993/03/22 ملف رقم: 95385، أنّ التنزيل يكون بين الأصول والفروع فقط الذين توفي أصلهم قبل أصله، وأنّ قضاة المجلس عندما كيّفوا عقد التنزيل المحرر في 1975/11/20 لصالح بنت غير صلبية وصية قد جانبوا الصواب (**غرفة الأحوال الشخصية**، 1995، **صفحة** 134).

وذهب الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 1993/09/28 ملف رقم: 94719 أن تنزيل الأحفاد يتم عن طريق الشهود والتوثيق قبل صدور قانون الأسرة وأنّ قضاة الموضوع بحكمهم بأحقيتهم في التركة عن طريق التنزيل صحيح (**غرفة الأحوال الشخصية**، 2001، **صفحة** 318)، ونص الاجتهاد القضائي كذلك في القرار الصادر بتاريخ 11/25/ 1997 ملف رقم: 173556، أنّ التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا ولا يحتاج إلى شكل رسمي، كما تقبل فيه شهادة الأقارب (غرفة الأحوال الشخصية، 1997، صفحة 46)، والشهادة المقبولة في التنزيل قبل صدور قانون الأسرة هي شهادة المعاينة؛ أي أن يكون الشاهد قد سمع بنفسه المنزِّل وهو يقرأ مضمون التنزيل أو رأى عقد التنزيل أو سمع ورأى معا، أما الشهادة السماعية التي يسمع فيها الشاهد عن عقد التنزيل من غيره من الناس فلا تقبل لإثبات أحقية الأحفاد في التنزيل وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2018/06/6 ملف رقم 1198577 (**غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، 2018، **صفحة** 80).

وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري 11/84 أصبح التنزيل الذي هو الوصية الواجبة إجباري، حيث جاء في الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2006/01/04 ملف رقم: 309029 أن التنزيل أصبح بعد صدور قانون الأسرة بحكم القانون تلقائيا (**غرفة الأحوال الشخصية**، 2006، **صفحة** 443).

أما عن العبرة في تطبيق الوصية الواجبة والقول بأحقية الأحفاد فيها تلقائيا وبقوة القانون بعد صدور قانون الأسرة فقد بيّنها الاجتهاد القضائي، وهو تاريخ وفاة الجد، فإن كان توفي قبل صدور قانون الأسرة فلا حق لهم في التنزيل إلا إذا أوصى بذلك، أما إن توفي بعد صدور قانون الأسرة فلهم الحق في التنزيل حتى وإن لم يوص المنزِّل بذلك، فقد ذهب الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 1998/03/17 ملف رقم: 186769 إلى أنّ العبرة في التنزيل إجباريا والحكم بأحقية الأحفاد في التنزيل تكون بتاريخ وفاة الجد وليس بتاريخ وفاة أصل الأحفاد أي أبوهم أو أمهم، والجد توفي سنة 1995 أي بعد صدور قانون الأسرة (غرفة الأحوال الشخصية، 2001، صفحة 328)، وأكد على ذلك أيضا القرار الصادر بتاريخ 2013/04/11 ملف رقم: 0739029 (**غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، 2013، **صفحة** 273)، وهو ما أكده أيضا القرار الصادر بتاريخ 2020/10/07 ملف رقم1365850 (**غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، 2020، **صفحة** 81).

أما بالنسبة للقائلين بعدم جواز الوصية الواجبة فقد ذهب إلى ذلك محمد التاويل، وقد جاء عنه في سبب عدم إجازته لها أنّ هذه الوصية بالشكل الذي نص عليها القانون المعمول به مخالفة للكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستصحاب والأثر والنظر، وقد فنّد من خلال كتابته حول هذه الوصية أدلة القائلين بها (**التاويل**، 1430**هـ** 2009، **صفحة** 11).

وقال بعدم جوازها أيضا عبد الله بن محمد الغليفي حيث جاء عنه أنّ سبب عدم إجازتها هو أنّه لم يقل بها أحد من علماء الإسلام قاطبة على مدار أربعة عشر قرنا من الزمان، وهذا يعتبر أكبر دليل وأقواه على بطلان قانون الوصية الواجبة، إذ أنّه لو كانت هذه الوصية بهذا التفصيل حقا، لما تركت الأمة قاطبة العمل بها، إلى أن يلتفت إليها المتأخرون وينصفون من ظلمه الأئمة والعلماء والمسلمون على مدار أربعة عشر قرنا، كما فنّد أدلة القائلين بجوازها (**الغليفي**، **صفحة** 11).

أما أحمد حسن الخطيب فقد أجازها ولكن بشروط مختلفة عما جاء به قانون الوصية المصري لسنة 1946، بحيث ذهب إلى ضرورة عدم قصرها على الأحفاد وتوسيعها لتشمل الأقارب غير الوارثين والمحتاجين، وأن لا يكون مقدارها مساويا لنصيب أصل المنزَّل لو كان حيا، وينبغي تحديد مقدارها بحيث لا تبلغ الثلث بأي حال مع الأخذ بعين الاعتبار مقدار التركة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير (**الخطيب**، 1991، **صفحة** 237).

3. إشكاليات الوصية الواجبة من حيث استحقاقها وطريقة الحجب

اتفقت التشريعات الأسرية في مقدمتها قانون الأسرة الجزائري التي أخذت بنظام الوصية على أنها تنفذ في مال الجد أو الجدة بقوة القانون دون الحاجة إلى أن يوصي بها، ولكنّ الأمر يتطلب إلى جانب ذلك معرفة مستحقيها وشروط استحقاقهم لها، وكيفية الحجب وما يكتنف هذه المسائل من غموض وثغرات

ونقائص، ينبغي تداركها.

3. 1. إشكاليات الوصية الواجبة من حيث مستحقيها

ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 169 من قانون الأسرة إلى أنّ مستحقي الوصية الواجبة هم الأحفاد الذين توفي أصلهم قبل أصله وذلك بشروط نص عليها في المواد التي تلي هذه المادة، وأنّ تنزيلهم واجب، وقد سبق القول بأن المادة يكتنفها غموض من حيث عدم بيانها المراد بالأحفاد هل هم أولاد الابن فقط أو يشمل أيضا أولاد البنت، وقد استدرك الاجتهاد القضائي ذلك وأوضح أنّ المراد بهم أبناء الابن وأبناء البنت معا وذلك في القرار الصادر بتاريخ 2013/9/12 ملف رقم: 0759763 (**غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، 2014، **صفحة** 327)، ومع ذلك لم توضح المادة أعلاه وحتى الاجتهاد القضائي فيما إذا كان التنزيل أو الوصية الواجبة تقتصر على الطبقة الأولى من أولاد الابن وأولاد البنت أم يستحقونه وإن نزلوا، خاصة وأنّ الاجتهاد القضائي اكتفى بالقول بأنّ مستحقيها هم أبناء الابن أو أبناء البنت.

أما بالنسبة للتشريعات الأسرية فلا يوجد اتفاق فيما بينها حول الأحفاد المستحقين للوصية الواجبة، فنجد أنّ المشرع المصري في المادة 76 من قانون الوصية ذهب إلى أنها تنصرف إلى الأحفاد والذين هم أولاد الأبناء وأولاد البنات، حيث تقتصر على الطبقة الأولى من أولاد البنات أي ابن البنت وبنت البنت، فيما يستحقها أولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا ويقصد بأولاد الظهور وإن نزلوا من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقتهم وهم: ابن الابن وإن نزل وبنت الابن وإن نزل، وقد أخذ المشرّع الكويتي برأي المشرع المصري حيث نص في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1971 في شأن الوصية الواجبة أنها تجب للطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاده الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا (**الوصية، قانون رقم** 5 **لسنة** 1971).

ونص المشرّع التونسي صراحة في قانون عدد 77 لسنة 1959م المؤرخ في 19 جوان 1959 يتعلق بقواعد الرد في الميراث وبالوصايا، في الفصل 191 من الباب الخامس المعنون بالوصية الواجبة أن مستحقي الوصية الواجبة هم أولاد الابن وأولاد البنت الذين توفي أصلهم في حياة مورثه، كما نص صراحة في الفصل 192 أنّ هذه الوصية لا تنصرف إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا وإناثا (1959م، **قانون عدد** 77 **لسنة** 1959م، **المؤرخ في** 12 **ذي الحجة** 1378**هـ الموافق ل** 19 **جوان** 1959 **يتعلق بقواعد الرد في الميراث وبالوصايا**).

أما المشرّع الأردني فخصّ بها أولاد الابن فقط دون أولاد البنت وهذا في المادة 279 من قانون رقم 15 لسنة 2019 قانون الأحوال الشخصية المؤرخ في 2019/6/2، وتنصرف هذه الوصية إلى أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزل واحدا أو أكثر (**قانون رقم** 15 **لسنة** 2019 **قانون الأحوال الشخصية، المؤرخ في** 2019/6/2).

وذهب المشرع الإماراتي في المادة 272 من قانون اتحادي إلى أنّ مستحقيها هم أولاد الابن وأولاد البنت ذكورا وإناثا وإن نزلوا واحدا كانوا أو أكثر (**قانون اتحادي رقم** (28) **لسنة** 2005 **في شأن الأحوال الشخصية**).

في حين فرّق المشرع المغربي بين الوصية الواجبة التي نظمها في المواد 369، 370، 371، 372، وبين التنزيل الذي نظمه في المواد من 315 إلى 320، ونصت المادة 372 من مدونة الأسرة المغربية أنّ الوصية الواجبة يستحقها أولاد الابن أي ابن الابن وبنت الابن، ويستحقها أولاد البنت أي ابن البنت، وبنت البنت، وكذلك أولاد ابن الابن وإن نزل، وبذلك فإنّه خصها في الطبقة الأولى بالنسبة لأبناء البنت وبنات الابن، أما أبناء الابن فإنهم يرثونها وإن نزلوا، أما التنزيل فهو إنزال غير وارث منزلة وارث ولابد للمنزِّل أن يقول أنزلت فلانا منزلة ولدي، فالتنزيل غير مقتصر على الأحفاد وإنما يشمل غيرهم ممن لا يرثون، ولا بد للمنزَّل أن ينص صراحة على تنزيله للشخص المنزَّل (**ظهير شريف رقم** 22. 04. 1، **صادر في** 12 **ذي الحجة** 1424**هـ الموافق لـ** 3 **فبراير** 2004**م بتنفيذ القانون رقم** 03. 70 **بمثابة مدونة الأسرة**).

والملاحظ أنّ المشرع الموريتاني لم يأخذ بالوصية الواجبة وإنما أخذ بالتنزيل في المادة 231 من مدونة الأحوال الشخصية ولم يخصّ بها الأحفاد كما فعل المشرع الجزائري؛ بل نص على تنزيل كل شخص غير وارث، ونصت المادة ذاتها في الفقرة الثانية منها أنّ المنزَّل يأخذ مثل حصة المنزّل منزلته في حدود الثلث، وإذا زادت عن الثلث فإن ما زاد ينفذ في حصة من أجازها من الورثة الراشدين. (**قانون رقم** 2001 – 052**بتاريخ** 19 **يوليو** 2001 **يتضمن مدونة الأحوال الشخصية**، .)

والاختلاف حول مستحقيها راجع إلى عدم وجود أصل شرعي لها، إضافة إلى ضعف الاجتهاد خاصة فيما يتعلق بالناحية التطبيقية لها.

وما يمكن ملاحظته حول مسألة الأحفاد المستحقين للوصية الواجبة هو أنّ الغاية من تشريع هذه الوصية حماية الأحفاد غير الوارثين في حال كانوا فقراء وليس لهم معيل يغنيهم عن السؤال، ولكن بالنسبة لأولاد البنت فإنّ لهم أب وهو المسؤول عن نفقتهم وإعالتهم وليست أمهم، ولهم أجداد من جهة أبيهم، كما أنّهم ليسوا ورثة أصليين كأولاد الابن وإنما هم من ذوي الأرحام ولا يرثون إلا في حال انعدام أصحاب الفروض ما عدا الزوجين وانعدام العصبات، وفي نص بعض التشريعات الأسرية ومنها قانون الأسرة الجزائري على استحقاقهم للوصية الواجبة مساواة لهم بأولاد الابن الذين هم ورثة أصليين، لأنّه لو لم يوجد أعمامهم أي أبناء الميت لورثوا، وبهذا فإنّ هذه المساواة لا تبدوا عادلة، أما القول بأن في خصهم بالوصية الواجبة تعويض لهم عن نصيب أبيهم أو أمهم الذي توفي قبل جدهم أو جدتهم، فهو قول لم يقم عليه دليل شرعي ولم يقل به أي من الفقهاء المتقدمين، ولو أخذنا به لاستدعى الأمر أن نعوض لأولاد باقي الورثة من غير أولاد الأبناء وأولاد البنات،

كما أنه قول يتنافى وأحكام الميراث.

وقد ذهب أحمد حسن الخطيب إلى أنّه لا دليل شرعي على ربط الوصية الواجبة بالأحفاد فقط دون غيرهم من الأقربين غير الوارثين، وكذلك قول القانون بأن يأخذ الأحفاد نصيب مورثهم لو كان حيا على ألا يتجاوز الثلث هو اجتهاد من اللجنة التي وضعت القانون (**الخطيب**، 1991، **الصفحات** 236ـ 237). وبما أنّ هذا اجتهاد فإنه ينبغي الأخذ بعين الاعتبار مقدار التركة عند إخراج الوصية الواجبة حتى لا يتضرر الورثة الأصليون، ولا يحدث بسبب ذلك نزاع.

أما الاعتماد على رأي ابن حزم الظاهري في الأخذ بالوصية الواجبة المعمول بها في القوانين الأسرية، فإنّ ابن حزم ذهب إلى أنّ الوصية فرض على كل من ترك مالا وهي بذلك واجبة عنده، فإن لم يوص وجب على ورثته التصدق عنه بما تيسّر مما يراه الورثة (**ابنحزم**، 1425هـ 2003م، **صفحة** 349)، وهذا على خلاف ما ذهب إليه فقهاء المذاهب السنية الأربعة من أنّ الوصية اختيارية، ولكنه مع قوله- أي ابن حزم- أنّ الوصية واجبة لم يقصرها على الأحفاد فقط سواء كانوا أولاد الابن أو أولاد البنت حيث جاء عنه ما نصه:" وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة، أو الوصي" (**ابنحزم**، 1425هـ 2003م، **صفحة** 353)، وبذلك فإنّه يمكنه أو يوصي لأبويه إن كانا غير وارثين لوجود مانع الكفر مثلا، ويمكن أن يكونا عاجزين وغير قادرين عن العمل وليس لهما من يعيلهما، خاصة مع كبر سنّهما، كما أنّه لم يجعلها في حدود الثلث.

وقد ذهب الطبري كذلك إلى القول بأنّ الوصية واجبة للأقربين غير الوارثين وذلك في حدود الثلث مستدلا بنص الآية 180 من سورة البقرة وقال:" فإن قال قائل: أوفرض على الرجل ذي المال أن يوصي لوالديه وأقربيه الذين لا يرثونه؟ قيل: نعم.

فإن قال: فإن هو فرّط في ذلك فلم يوص لهم، أيكون مضيّعا فرضا يَحرَجُ بتضييعه؟ قيل: نعم" (**الطبري**، 1422هـ ـ 2001، **الصفحات** 123 ـ124)، وهو بذلك يعتبر أنّ الوصية واجبة لكنّه لم يقصرها على الأحفاد، وإنّما تشمل الأقربين غير الوارثين.

وما يؤخذ على المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري أيضا أنها لم توضح المقصود بأصلهم أي أصل الأحفاد هل يقتصر على الأب فقط أو يشمل الأم أيضا، وقد أوضح الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2013/9/12 ملف رقم: 0759763 بأن المراد بأصلهم هي الأم والأب؛ أي الأحفاد الذين توفي أبوهم أو أمهم.

ويفهم من نص المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري أنه يمكن أن ينزل الأحفاد في تركة جدهم وكذلك في تركة جدتهم، لكن لم توضح المادة فيما إذا كانوا قد استفادوا من التنزيل في تركة جدهم هل ينزلون أيضا في تركة جدتهم أم لا، وقد أوضح الاجتهاد القضائي هذه المسألة في القرار الصادر بتاريخ 2019/2/06 ملف رقم: 1269567 الذي أفاد بأنّ تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة جدّهم لا يمنع من تنزيلهم في تركة جدتهم (**غرفة شؤون الأسرة والمواريث**، 2019، **صفحة** 69)، والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة ألا يصبح الأحفاد بهذا وكأنّهم ورثة لا موصى لهم، كما أنّ المال الذي يستفيدونه من جدهم إن مات أولا يغنيهم عن الاستفادة من مال جدتهم إن ماتت بعده والعكس صحيح، خاصة وأنّ الغاية من الوصية الواجبة هي مساعدة الأحفاد الفقراء الذي لا عائل لهم أو الذين يعانون من الحرمان والفقر.

3. 2. إشكاليات الوصية الواجبة من حيث شروط استحقاقها

حتى يتم تنزيل الأحفاد في تركة جدهم أو جدتهم منزلة أصلهم الذي توفي قبل أصله فإنّه لا بد من توافر جملة من الشروط، والمتمثلة في؛

- أن لا يكون الأحفاد وارثين في تركة جدهم أو جدتهم، واشترط هذا الشرط كل من المشرع الجزائري المادة 171 من قانون الأسرة، والمشرع التونسي في الفصل 1/191، والمشرع المغربي المادة 371 من مدونة الأسرة، والمشرع الكويتي في المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1971، والمشرع الإماراتي في المادة 272 من القانون الاتحادي رقم: (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، ولا يكون ذلك؛ أي لا يكونون ورثة إلا إن كان لجدتهم أو جدهم أبناء ذكورا فيحجبونهم من الميراث، أما عن أولاد البنت ذكورا وإناثا فإنهم لا يعدّون من الورثة الأصليين وإنما هم من ذوي الأرحام ولا يرثون إلا إذا لم يوجد أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ولم توجد العصبة النسبية، وبذلك فإنّه على فرض أنّ أولاد الابن كانوا ورثة ووجد أولاد البنت في التركة فإنّه يتم تنزيلهم، وأضاف المشرع الأردني في المادة 279/ب أنهم يستفيدون من الوصية الواجبة وإن كانوا وارثين لجدهم أو جدتهم ولكن استغرقت الفروض التركة فسقطوا من الميراث، وهذا لا يحدث إلا إن كان الأحفاد يرثون بالتعصيب إما بالنفس أو بالغير.

- وأن لا يكون أوصى لهم وإن كان أوصى لهم أو لأحدهم بأقل مما يستحقونه بالتنزيل ويقصد بذلك أقل من الثلث وجب إكمال ما تبقى ليتم نصيبهم أو نصيب أحدهم في التركة، وقد نص على هذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 171 من قانون الأسرة، غير أنّ المشرع الجزائري لم يوضح ما ينبغي فعله فيما إذا كان قد أوصى لهم بأكثر من الثلث هل تطبق عليه قواعد الوصية الاختيارية بحيث أنّ الزائد يتوقف على إجازة الورثة، أم يرد إلى الثلث تلقائيا بغض النظر عن موقف الورثة، ونص على هذا الشرط أيضا المشرع التونسي في الفصل 2/191 على أنه أضاف أنّه إن أوصى لهم بأكثر من الثلث فإنّ الزائد تطبق عليه القواعد العامة للوصية، ونص عليه المشرع المغربي

في المادة 371 من مدونة الأسرة وأضاف أنه إن أوصى لهم بأكثر من الثلث فإن الزائد يخضع لإجازة الورثة وكذلك إن أوصى لأحدهم وجب كذلك للآخر أو الآخرين نفس ما أوصى له وهو نفس ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 279/ج من قانون الأحوال الشخصية، وكذلك نص عليه المشرع الإماراتي في المادة 272/ب من القانون الاتحادي رقم: (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية ، والمشرع الكويتي في المادة الثانية من القانون رقم: 5 لسنة 1971 المتعلق بتنظيم الوصية الواجبة.

وما يمكن فهمه من هذا الشرط أنّ الأحفاد على الرغم من استفادتهم من التنزيل بقوة القانون إلا أنّ هذا لا يمنع من أن يوصي لهم الجد أو الجدة، وفي هذه الحالة تؤخذ هذه الوصية الاختيارية بعين الاعتبار حيث تقدم على التنزيل سواء في التشريعات الأسرية السابقة الذكر أو في قانون الأسرة الجزائري، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي في القرار الصادر بتاريخ 2017/12/6 ملف رقم: 1074175 حيث ذهب إلى أنّ استحقاق الأحفاد التنزيل لا يمنع من الإيصاء لهم، وفي هذه الحالة تقدم الوصية الاختيارية على التنزيل إن كانت الوصية للأحفاد (**غرفة شؤون الاسرة والمواريث**، 2017، **صفحة** 69)، ومع ذلك نجد أن اجتهادا آخر في القرار الصادر بتاريخ: 2005/12/14 ملف رقم: 335503 ذهب إلى أن الحفيد الذي أخذ جزءا من تركة جدته بواسطة التنزيل ليس له أخذ جزء منها بواسطة الوصية (**غرفة الأحوال الشخصية**، 2005، **صفحة** 383)، وهذا الاجتهاد يخالف الاجتهاد الذي صدر سنة 2017، كما يخالف نص المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص صراحة على أنّ الوصية الاختيارية للأحفاد تقدم على التنزيل فإن كان أوصى لهم بالثلث فلا يستحقون التنزيل، أما إن أوصى لهم بأقل من الثلث يكمل لهم الباقي عن طريق التنزيل، فيكونون بذلك قد أخذوا جزء من التركة بالوصية وجزء بالتنزيل.

فإن أوصى لهم بأقل من الثلث كمل لهم حتى يستوفي مقدار الثلث وإن أوصى لهم بأكثر من الثلث نصت التشريعات الأسرية سابقة الذكر ما عدا التشريع الأسري الجزائري أنها تخضع لإجازة الورثة فإن لم يجيزوها ترد الوصية إلى حدود الثلث.

والملاحظ أنّ جميع التشريعات الأسرية حددت مقدار الوصية الواجبة بالثلث في حال ما إذا أوصى لهم جدهم أو جدتهم في حياته بأقل من الثلث، أو إن أوصى لهم بأكثر من الثلث فإنها ترد إلى حدود الثلث في حال عدم إجازة الورثة، رغم ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّ الوصية تكون في حدود الثلث والثلث كثير، ولم تأخذ بعين الاعتبار هذه التشريعات حجم التركة من حيث القلة والكثرة، خاصة وأنّ هذه المسألة تؤثر في الورثة وتضر بهم، فإن كانت التركة قليلة فإن الورثة يتضررون من الثلث الذي يخرج من التركة على أساس الوصية الواجبة رغم أنها ليست ميراثا، والمورّث لم يوص لهم بشيء، ولذا غالبا ما نجد أنّ الوصية الواجبة تثير نزاعات وتؤدي إلى القطيعة بين الورثة أبناء الميت والأحفاد، كما أنه في بعض الأحيان يأخذ الأحفاد نصيبا أعلى من نصيب الوارث الأقرب درجة إلى الميت منهم، مثال ذلك كمن مات وترك: زوجة- ابنين- بنت- بنت ابن توفي أبوها قبله.

حل المسألة على فرض حياة أصل بنت الابن المنزلة منزلته

		أصل المسألة 8
زوجة	8/1	1
ابن		2
ابن	الباقي	2
ابن متوفي	عصبة	2
بنت	بالغير	1

نلاحظ أنّ نصيب أصل بنت الابن المتوفي الربع (4/1) وهو بذلك لا يتجاوز حدود الثلث، لذا نعطي بنت الابن سهمان من أصل ثمانية، ونستخرج الوصية الواجبة بقسمة مجموع التركة على أصل المسألة 8، ثم نضرب حاصل القسمة في سهام بنت الابن المنزلة وهو سهمان لنحصل على نصيب بنت الابن من التركة، وبعدها نطرح مجموع التركة من نصيب بنت الابن لنحصل على ما تبقى من التركة لنقسمه على باقي الورثة.

حل المسألة على فرض موت أصل بنت الابن المنزلة منزلته

		أصل المسألة 8× 5	أصل المسألة بعد التصحيح 40
زوجة	8/1	1× 5	5
ابن	عصبة بالغير	5 × 7	14
ابن			14
بنت			7

بعد أن أخرجنا نصيب بنت الابن نعيد حل المسألة بين باقي الورثة دون الأخذ بعين الاعتبار الابن المتوفى قبل أبيه، وما تبقى من التركة بعد استخراج الوصية الواجبة نقسمه على أصل مسألة باقي الورثة ثم الناتج نضربه في سهم كل وارث.

وما يمكن ملاحظته هنا أن بنت الابن المنزلة منزلة أبيها أخذت

نصيبا أكبر من نصيب البنت رغم أنّ هذه الأخيرة أقرب درجة وأقوى قرابة للميت من بنت الابن كما أنها وارثة وبنت الابن محجوبة، ولو لم تكن بنت الابن محجوبة ووجدت معها بنت واحدة فقط لأخذت البنت النصف وبنت الابن السدس.

وقد اتفقت التشريعات الأسرية على أنّ الوصية الواجبة تستخرج قبل قسمة التركة، وتقسم بين الورثة للذكر مثل حظ الأنثيين، وطريقة القسمة هذه هي نفسها قسمة الميراث في حال وجد الذكور والإناث، لأنّ الوصية الاختيارية تقسم حسب رغبة الموصي وشروطه، وإلا تقسم بالتساوي بينهم.

وما يلاحظ أنه في حال تزاحم الوصايا؛ أي حين يوصي الجد أو الجدة لغير الأحفاد ممن لا يرثون، فهنا نكون بصدد الوصية الاختيارية والوصية الواجبة ومعلوم أنّ الوصية الواجبة حسب التشريعات الأسرية تكون في حدود الثلث، فأيّهما يقدّم الوصية الواجبة أم الاختيارية، والملاحظ أنّ كلا من التشريع التونسي والأردني والكويتي والإماراتي ذهبوا إلى تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، لكن المشرع الجزائري والمغربي لم ينصا على هذه المسألة.

- وأن لا يكون قد أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بالتنزيل أو الوصية الواجبة، كالوقف والهبة، وقد قال بهذا الشرط التشريع الجزائري والتونسي والمغربي والأردني والكويتي والإماراتي.

- وأن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم أو أمهم نصيبا أقل مما يستحقونه بالتنزيل، وبذلك إن ثبت أنهم ورثوا من أبيهم أو أمهم نصيبا مساويا لما يستحقونه بالتنزيل فإنه لا يجب تنزيلهم، هذا الشرط نص عليه المشرع الجزائري.

- وأن يكون نصيبهم بالتنزيل مساويا لنصيب أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز الثلث، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري والتونسي والمغربي المادة 370 من مدونة الأسرة، والمشرع الأردني المادة 279/أ، والمشرع الكويتي المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1971، والمشرع الإماراتي في المادة 272/أ.

- وقد أضاف المشرع الإماراتي بنص المادة 272/ 3 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي شرطا مهما في استحقاق هذه الوصية وهي الخلو من مانعين وهما القتل والردة، وكان الأفضل لو أنّ باقي التشريعات بما فيها التشريع الجزائري نصت على الموانع التي تحول دون استحقاق الوصية الواجبة لا سيما القتل والردة، وكذلك النص صراحة على مسألة الحمل فيما إذا كان يستحق الوصية الواجبة وشروط استحقاقها.

والملاحظ أن جل التشريعات بما فيها قانون الأسرة الجزائري لم تنص على ضرورة أن يكون الأحفاد فقراء ولا عائل لهم ولا يمكنهم التكسّب بعد وفاة أصلهم، لأنه بالشروط السابقة يمكن أن يستفيد الأحفاد من الوصية الواجبة وهم أغنياء أو ربما أغنى من أعمامهم وأخوالهم.

3. 3 إشكاليات الوصية الواجبة من حيث الحجب

الحجب من المسائل المهمة في الميراث، وقد عدّه الفقهاء أهم أبواب الميراث، فمن لا يعرف الحجب أو لا يجيده لا يمكنه الإفتاء في الميراث، والحجب شرعا يراد به منع من قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه، ويسمى الأول حجب حرمان أو إسقاط والثاني حجب نقصان.

ورغم ذلك لم ينص المشرع الجزائري على طريقة الحجب في التنزيل أو الوصية الواجبة وبذلك يمكن أن يفهم من عدم نصه على الحجب أن الوصية الواجبة تختص به الطبقة الأولى من أولاد الابن ذكورا وإناثا وأولاد البنت ذكورا وإناثا، خاصة وأنّ المشرع الجزائري لم يبين بالتفصيل الأحفاد المستحقين للوصية الواجبة، كما أنّ الاجتهاد القضائي وإن كان قد وضح بأنه يستحقها أولاد الابن وأولاد البنت لكنه لم يوضح هل يستحقونها وإن نزلوا أم تختص بها الطبقة الأولى، وهذه مسألة تحتاج لرفع الغموض عنها.

ولم ينص المشرع التونسي على الحجب في الوصية الواجبة لأنه نص صراحة على أنه يستحقها أولاد الابن وأولاد البنت ذكورا وإناثا من الطبقة الأولى فقط، ونص المشرع المغربي على أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، أما المشرع الأردني من خلال المادة 279/ د نص على أنّ الوصية الواجبة تكون فقط لأبناء الابن وإن نزل وأنّ كل أصل يحجب فرعه فقط دون فرع غيره، وكذلك نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنّ كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره المادة 272/ج، كما حددت المادة الأولى من القانون رقم 5 لسنة 1971 الكويتي على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره.

الملاحظ أنّ قواعد الحجب في الوصية الواجبة مختلفة عن قواعد الحجب في الميراث ففي الميراث يحجب الابن ابن الابن حتى وإن لم يكن أبوه، ويحجب ابن الابن ابن ابن الابن وإن نزل حتى وإن لم يكن أبوه، فعلى سبيل المثال لو توفي شخص وترك: ابن و ابن ابن توفي أبوه فإنّ هذا الابن يحجب ابن الابن رغم أنه ليس أبوه وإنما هو عمه، لكن في الوصية الواجبة يحجب كل أصل فرعه فقط فلو توفي وترك: ثلاثة أبناء ابن توفي أبوهم قبل أصله وترك أيضا ابن ابن ابن توفي أبوه فإنّ هذا الأخير يحجبه أصله فقط أي أبوه إن كان حيا لكن إن كان قد توفي كما في هذا المثال فإنّ ابن ابن الابن لا يحجب ويستحق التنزيل.

وما يمكن ملاحظته أيضا أنّ أبناء الابن لا يقدمون على أبناء البنت عند اجتماعهم وإنما ينزلون جميعا أو يستحقون الوصية الواجبة جميعهم رغم أنّ أبناء الابن أقرب إلى الميت درجة من أبناء البنت الذين يعتبرون من القرابة أي من ذوي الرحم وهم ليسوا ورثة أصليين، وذوي الرحم يرثون عند انعدام أصحاب الفروض ما عدا الزوجين، وانعدام العصبات بجميع أنواعها، وبذلك نجد أنه لم يتم مراعاة قواعد الحجب المعمول بها في الميراث بأن يحجب الأقرب درجة الأبعد فأبناء

الأخ الشقيق على سبيل المثال يقدمون في الميراث على أبناء الأخ لأب ولا يرثون كلهم عند اجتماعهم في التركة، مما يجعل من قواعد الحجب في الوصية الواجبة غير دقيقة ولا تستند إلى قاعدة مضطردة كما هو الحال في الحجب في الميراث كما نظمه الفقه الإسلامي.

4. الخاتمة

في ختام البحث يمكن القول أنّ الوصية الواجبة منذ سنّها في التشريعات الأسرية وهي مثار جدل، وقد حاولت هذه الدراسة الوقوف على أهم الإشكاليات التي تثيرها، سواء من حيث تعريفها ومشروعيتها، أو من حيث استحقاقها وكيفية الحجب فيها، وامتازت هذه الدراسة إضافة إلى ذلك بتركيزها على جل الاجتهادات القضائية التي وردت في الوصية الواجبة بغية بيان مساهمة الاجتهاد القضائي في سد الثغرات ورفع الغموض عن المواد المنظمة للوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري، ويمكن إجمال أهم النتائج المتوصل إليها فيما يلي:

- تعد مشروعية الوصية الواجبة أو كما اصطلح على تسميتها المشرع الجزائري التنزيل بالشروط التي ذهبت إليها التشريعات الأسرية من أبرز الإشكاليات التي يثيرها هذا النظام، حيث أنه لا يوجد لها أصل عند الفقهاء الأوائل ولم يرد ذكرها في أمات كتب الفقه الإسلامي، لذلك اختلف الفقهاء المعاصرون حول مشروعيتها.

- لا يوجد تعريف جامع مانع للوصية الواجبة وذلك راجع للاختلاف حول مستحقيها.

- قبل سن قانون الأسرة الجزائري كان التنزيل اختياريا بمعنى يخضع لرضا وإرادة الجد أو الجدة ويمكن إثباته بالشهادة من الأقارب، والشهادة المقبولة هي شهادة المعاينة وليست السماعية عن الناس، وهو ما يتفق مع التنزيل الذي نص عليه الفقه الإسلامي، على أنّ التنزيل في الفقه يختص به الأحفاد وغيرهم، وبعد سن قانون الأسرة أصبح التنزيل تلقائيا بقوة القانون وخاصا بالأحفاد فقط.

- اختلفت التشريعات الأسرية في بيان الأحفاد الذين يستحقونها، فالمشرع الجزائري ذكر الأحفاد دون شرح بينما ذهب الاجتهاد القضائي إلى أنهم أولاد الابن وأولاد البنت لكنه لم يبين هل يستحقونها وإن نزلوا أم تختص بها الطبقة الأولى فقط، بينما خصتها بعض التشريعات في الطبقة الأولى من أولاد الابن وأولاد البنت على غرار التشريع المصري والتونسي، وخصها المشرع المغربي في الطبقة الأولى من أولاد البنت، والطبقة الأولى من أولاد الابن ذكورا وإناثا وأولاد ابن الابن وإن نزل، بنما ذهب المشرع الإماراتي إلى أنها تخص أولاد الابن وأولاد البنت وإن نزلوا، وخصها المشرع الأردني في أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزل.

- مقدار الوصية الواجبة في التشريعات الأسرية لا يتجاوز حدود الثلث، وقد نص التشريع المغربي والأردني والكويتي على أنّ الوصية الواجبة تقدم على الوصية الاختيارية إذا ما أوصى الميت لأشخاص غير أحفاده ومن غير ورثته، بينما المشرع الجزائري لم يبين هل تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، وأغفلت التشريعات الأسرية الأخذ في الحسبان مقدار التركة من حيث كثرتها وقلتها.

- لم يتطرق المشرع الجزائري إلى الحجب مما يوحي أن من يختص بالوصية الواجبة هم الطبقة الأولى من أولاد الابن والطبقة الأولى من أولاد البنت، بينما تطرقت بعض التشريعات إلى أنّ كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره وهذه المسألة تخالف الحجب المتعارف عليه في الميراث.

ومن التوصيات التي نشير إليها في نهاية البحث هي:

إعادة صياغة نص المادة 196 قانون أسرة جزائري بحيث توضح وفاة الجد(ة) حقيقة أو حكما، وتوضح المراد بأصل الأحفاد (الأم والأب) وبالأحفاد، وإضافة فقرة ثانية للمادة تبيّن الطبقة التي تستحقها من الأحفاد

النص على موانع استحقاق الوصية الواجبة وهي الردّة والقتل.

النص على تقديم أولاد الابن على أولاد البنت في استحقاق الوصية الواجبة إن اجتمعوا مثلما هو معمول به في الميراث، لأنّ أولاد الابن أقرب درجة وأقوى قرابة للميت من أولاد البنت الذين هم من ذوي الأرحام.

إضافة مادة في قانون الأسرة الجزائري تبيّن أيهما تقدم في التنفيذ الوصية الواجبة أو الاختيارية إن اجتمعتا أو عند تزاحم الوصايا.

إضافة شرط لاستحقاقها وهو أن لا يكون للأحفاد مصدر رزق كاف، ولا يوجد من ينفق عليهم.

التقليص من مقدار الوصية الواجبة وجعلها في حدود الربع أو الخمس حتى لا يتأثر الورثة من إخراجها وتفاديا للنزاعات، وحتى يمكن إخراج الوصية الاختيارية إن وجدت.

تضارب المصالح

يعلن المؤلف أنه ليس لديه تضارب في المصالح.

المصادر والمراجع:

أولا: الكتب

أ. المصادر

ابن حزم. (1425هـ- 2003م). المحلى بالآثار (ج8). بيروت: دار الكتب العلمية.

التسولي. (1418هـ- 1998م). البهجة في شرح التحفة (ج2). بيروت، لبنان: دار الكتب العلمية.

الدردير. (بلا تاريخ). الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك (ج4). القاهرة. مصر: دار المعارف.

الطبري. (1422هـ- 2001). تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن (ج3). القاهرة، مصر: دار هجر.

علي الطنطاوي. (1405هـ- 1985م). فتاوى علي الطنطاوي. جدة، المملكة

العربية السعودية: دار المنارة.

أحمد حماني. (1433هـ- 2012م). فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية (ج 4). الجزائر: عالم المعرفة.

بد المراجع:

أبو زهرة. (بلا تاريخ). أحكام التركات والمواريث. القاهرة، مصر: دار الفكر العربي.

أبو زهرة. (بلا تاريخ). شرح قانون الوصية. القاهرة: مكتبة الإنجلو المصرية.

التاويل. (1430هـ- 2009). الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي. المغرب: منشورات معهد الإمام مالك.

الخطيب. (1991). الفقه المقارن. القاهرة، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب.

شلبي. (1382هـ- 1963م) أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون. القاهرة. مصر: مطبعة دار التأليف.

الغليفي. (بلا تاريخ). حكم الوصية الواجبة. مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية: دار القرآن.

محمد الزحيلي. (1422هـ- 2001). الفرائض والمواريث والوصايا. دمشق، سوريا: دار الكلم الطيب.

وهبة الزحيلي. (1405هـ- 1985م). الفقه الإسلامي وأدلته (ج 8). دمشق، سورية: دار الفكر.

ثانيا: القانون والاجتهادات القضائية:

الأمر: 05- 02 (27 فيفري 2005). المتضمن قانون الأسرة الجزائري: الجزائر: الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 27/ 02/ 2005.

قانون عدد 77 (لسنة 1959م) المؤرخ في 12 ذي الحجة 1378ه الموافق ل 19 جوان 1959 يتعلق بقواعد الرد في الميراث وبالوصايا، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، 23 و 26 جوان 1959م.

ظهير شريف رقم 22. 04. 1 (صادر في 12 ذي الحجة 1424ه الموافق لـ 3 فبراير 2004م) بتنفيذ القانون رقم 03. 70، بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية المملكة المغربية، ع5184، س93، 14ذو الحجة 1424ه الموافق لـ 5 فبراير 2004م.

قانون رقم 2001 – 052(بتاريخ 19 يوليو 2001) يتضمن مدونة الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية 15 أوت 2001، ع1004.

قانون رقم 15 (لسنة 2019) قانون الأحوال الشخصية المؤرخ في 2019/6/2، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية، ع 5578.

قانون رقم 5 (لسنة 1971). في شأن الوصية الواجبة

قانون اتحادي رقم: 28 (لسنة 2005) في شأن الأحوال الشخصية، الرابط: https://uaelegislation.gov.ae/ar/legislations/1033/download تاريخ الإطلاع: 2025/11/13.

غرفة الأحوال الشخصية. (1995). المجلة القضائية، عدد 1، 134.

غرفة الأحوال الشخصية. (1997). المجلة القضائية. عدد1، 46.

غرفة الأحوال الشخصية. (2001). المجلة القضائية، عدد خاص، 318. 321. 328

غرفة الأحوال الشخصية. (2002). المجلة القضائية، عدد 2، 448.

غرفة الأحوال الشخصية. (2005). مجلة المحكمة العليا، عدد2، 383.

غرفة الأحوال الشخصية. (2006). مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 443.

غرفة شؤون الأسرة والمواريث. (2013). مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 273.

غرفة شؤون الأسرة والمواريث. (2014). مجلة المحكمة العليا. عدد1، 327

غرفة شؤون الاسرة والمواريث. (2017). مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 69.

غرفة شؤون الأسرة والمواريث. (2018). مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 80.

غرفة شؤون الأسرة والمواريث. (2019). مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 69.

غرفة شؤون الأسرة والمواريث. (2020). مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 81.

ـ كيفية الإستشهاد بهذا المقال حسب أسلوب APA

ليلى إبراهيم العدواني (2026)، إشكاليات الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري دراسة تحليلية نقدية في ضوء الفقه الإسلامي، المجلد 18، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، الصفحات: 25-35