جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الاجتهاد القضائي الجزائري

في أحكام التنزيل

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالب:

– السعدي سعودي

إشراف الأستاذ:

– عمارة عمارة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د.لجلط فواز أستاذ التعليم العالي	محمد بوضياف – المسيلة	رئيسا
د. عمارة عمارة أستاذ محاضر أ	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفا ومقررا
د. والي عبد اللطيف أستاذ محاضر أ	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية 2022/2021

استمارة معلومات

المعلومات الشخصية:

الاسم: السعدي اللقب: سعودي

اسم الاب: الطاهر اسم ولقب الأم: عائشة مرعون .

تاريخ الازدياد: 1974/12/18 مكان الازدياد: اولاد عدي لقبالة - المسيلة .

رقم الهاتف: 0673.88.82.77

البريد الالكتروني: saoudi74@hotmail.com

العنوان الشخصي: حي 40 مسكن اولاد عدي لقبالة - المسيلة .

الباكالوريا:

المعدل: 12,94 الشعبة/التخصص: علوم دقيقة سنة الحصول على شهادة الباكالوريا: 1992 .

ليسانس:

تخصص الليسانس: شريعة وقانون النفعة/ سنة التخرج: 1997 .

ماستر:

تخصص ماستر: قانون الاسرة . النفعة/ سنة التخرج: 2022

معدل تراكمي للماستر: (المعدل العام)

الوضعية المهنية:

موظف: [X] عاطل عن العمل: [ ]

في حالة موظف:

وصيف عمومي [X] قطاع خاص

المصلحة المستخدمة: مديرية التربية اسم المؤسسة / الشركة: ثانوية مركة قرن الكبش - تعليمية - برج بوعريريج .

رتبة في العمل: استاذ رئيسي في التعليم الثانوي .

الصيغة:

موظف - ة [X] موظف في اطار عقود: نوع العقد:

امضاء الطالب

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) سعودي السعدي

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 201404822

الصادرة بتاريخ 2017/04/05 عن دائرة/ بلدية المدعدي لمسيلة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام التنزيل

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 2022/06/19

إمضاء المعني

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

اهدي هذا المجهود إلى :

. كل أفراد عائلتي ، دون أن أنسى واحدا منهم .

. كل زملائي في العمل .

. كل زملاء الدراسة الذين تشرفت بالتعرف عليهم في فرصة لاحت في أفق الأمل .

. أبنائي حاثا إياهم على السعي في طلب العلم وتحمل مشاقه .

. كل مدرس علمني حرفا ، من أول يوم في مدرستي إلى أخر أستاذ في مقاعد الجامعة .

إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة هذا العمل.

السعدي سعودي

الشكر

الشكر أولا وأخيرا ودائما للمولى . عزوجل . الذي وفقني ويسر لي إتمام هذه الدراسة وهذا البحث وهو القائل "وإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ" إبراهيم 7.

وأيضا من لم يشكر الناس لم يشكر الله ، فلا يفوتني أن أتوجه بالشكر الجزيل إلى :

. الأستاذ المشرف الدكتور : عمارة عمارة ، الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة بصدر رحب وكان في الموعد بدفعي إلى إتمامها وكان يحثني كي لا أتراخى ، وإسداء ملاحظاته وتوجيهاته القيّمة .

. الشكر لكل عمال إدارة قسم الحقوق الذين يسهل عندهم كل عسير .

. إلى موظفي المكتبة الذين استقبلونا بوجه بشوش وأفادونا بما احتجنا إليه من مراجع وتفاعلوا معنا بالدعم والتأييد والدعاء والتيسير .

. وأخيرا الشكر موصول لكل من ساهم في هذا العمل بفكرة أو ملاحظة أو مرجع أو دعاء أو كلمة طيّبة مشجعة أو أي جهد مهما كان نوعه .

السعدي سعودي

مختصرات البحث

د ط : دون رقم طبعة

د س : دون سنة طبع

ق ج : القانون الجزائري

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام التنزيل

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسوله الكريم والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، هذا البحث: " الاجتهاد القضائي الجزائري في أحكام التنزيل " يتناول دور القضاء في حل إشكالات التنزيل، ومساهمته في توحيد المسلك لكل الجهات القضائية ودفعا للاختلاف الذي قد يقع بينها.

لطالما كان المال عصب الحياة وبه تدار شؤونها، وأولته الشريعة الإسلامية عناية فائقة إذ جعلته أحد مقاصدها الضرورية الخمسة، وأمرت باكتسابه بالأوجه المشروعة، وحرّمت تداولها بك طريق فيه شبه أو إضرار أو عداوة بين الإنسان وأخيه الإنسان ومن طرق انتقاله ما شرعه الله عزوجل بعد وفاة الإنسان من ميراث أو وصية وكل ما تفرع عنهما ممّا فيه تقوية لصلة الرحم أو تكافل بين أفراد المجتمع ابتغاء للأجر والثواب.

جاءت القوانين مهما كان مصدرها لتنظيم حياة الناس والقضاء على الفوضى وحفظ الحقوق وبيان الواجبات، فلما كانت هذه الحياة تمتاز بالتغيّر وعدم الثبات كانت أيضا القوانين التي تحكمها وتنظمها خاضعة لكل ما يطرأ عليها من جديد حتى يحدث التواكب والتوافق المنشود.

إنّ قانون الأسرة الجزائري يستمد مادته القانونية من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، من ضمن تشريعاته في نظام المال داخل الأسرة "التنزيل" الذي بموجبه يحق للأحفاد الذين توفي مورثهم قبل أو مع أصلهم الاستفادة من تركة هذا الأصل بشروط محددة في هذا القانون، الذي جاءت مواده قليلة مقتضبة لم تكف لحل النزاعات المختلفة المعروضة أمام القضاء حول التنزيل ممّا فتح الباب واسعا للاجتهاد القضائي لحسم الإشكالات المثارة حوله ورسم منهج ثابت لجهاز القضاء بكل درجاته وإرساء لقواعد العدالة في حصول الإنسان على حقوقه وحمايتها.

أهمية موضوع البحث

تتجلّى أهمية هذا البحث في الإطلاع على مختلف الاجتهادات القضائية بيان مدى اختلافها أو ثباتها في موضوع التنزيل الذي لا تزال إلى اليوم الرؤى والأحكام متضاربة بشأنه وبتفسير المواد الذي تنظمه بين الفقهاء والقضاة وحتى بين القضاة أنفسهم.

أسباب اختيار موضوع البحث

هناك أسباب دعتني إلى البحث في هذا الموضوع منها الأسباب العلمية المتعلقة بطبيعته كونه " التنزيل" في حد ذاته اجتهاد موضوعه يكاد يكون مستحدثا أملته ظروف معيّنة وواقع معاش لفئة معيّنة من المجتمع، فهو اجتهاد يحتاج إلى اجتهاد.

وأسباب شخصية أو واقعية من خلال الإشكالات التي يعاني منها أطراف النزاع ورجال القضاء والموثقون، ففي حديث دار مع أحد الزملاء أراد استخراج فريضة لتسوية بعض الممتلكات مع الورثة وفي الفريضة تنزيل لأحد الحفدة، فقال أنّه سأل عن الأمر موثقين مختلفين حول الفريضة وأحقية الحفيد في التركة، فكان الرأيان مختلفان تماما، فأدهشني الأمر وجالت في خاطري الأسئلة التالية: أليس هناك قانون يحسم الأمر؟ ألا يخضع محررو الفرائض إلى القانون نفسه؟ أتصل درجة الاختلاف إلى وجود الحق من عدمه؟ ألم يستطع القضاء إلى اليوم الفصل في نزاعات التنزيل؟

أهداف موضوع البحث

أسعى من خلال هذا المجهود الوصول إلى تسليط الضوء على دور القضاء في إجلاء الغموض عن المواد المنظمة للتنزيل ومساهمته في حل إشكالاته وفض نزاعاته.

إشكالية موضوع البحث

تتمحور إشكالية البحث حول السؤال التالي:

كيف ساهم الاجتهاد القضائي في حل النزاعات المثارة حول التنزيل وتطبيق أحكامه؟

وتتفرع عنه الإشكاليات التالية :

- ما المقصود بالاجتهاد القضائي ؟ وما علاقته بأحكام التنزيل ؟.
- أين تكمن أهمية الاجتهاد القضائي في تطبيق أحكام التنزيل؟.
- هل الاجتهادات القضائية الموجودة كافية لحل إشكالات التنزيل؟.

المنهج المعتمد للبحث

اعتمدت في هذا البحث على منهج رئيسي هو المنهج التحليلي الذي اقتضته طبيعة البحث الذي يحتاج إلى تحليل المواد القانونية والأحكام والقرارات القضائية وتفسيرها، ثم في مرتبة ثانية على المنهج المقارن الذي فرضه أيضا النظر في القوانين الأخرى وملاحظة نقاط الالتقاء والاختلاف مع القانون الجزائري.

الدراسات السابقة في موضوع البحث

هناك دراسات عديدة تتقاطع مع موضوع البحث وتفارقه في أخرى، ففي موضوع الاجتهاد القضائي الجزائري ارتكزت على رسالة دكتوراه بعنوان "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي

وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري" جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2009/2008، من خلال الإشكالية التالية: . ما المقصود بالاجتهاد القضائي الأسري؟ ما قيمة قرارات المحكمة العليا التي تمثل مبادئ الاجتهاد القضائي الوضعي الأسري؟ وهل تعتبر كافية في سد العجز التشريعي؟

واعتمد عل عدة مناهج هي: الاستقرائي، الوصفي، المقارن، التحليلي.

ومن أهم النتائج التي خلص إليها:

- يختلف مفهوم الاجتهاد القضائي الشرعي عن مفهومه في التشريع الجزائري في أحكام الأسرة، إذ لا يعدو هذا الأخير أن يكون مجرد مراقبة وتصحيح للأحكام القضائية الصادرة عن إحدى درجات التقاضي والحكم عليها بالتطبيق الصحيح أو المخالف للقواعد الشرعية أو القانونية.
- إن الاجتهاد القضائي في مجال القانون لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، وليست له أية قوة ملزمة إلا في القضية التي يصدر فيها، على الرأي الغالب والمعمول به في التشريع الجزائري.

أوردت هنا فقط الإشكالية والنتائج التي تتقاطع مع موضوع بحثي، أمّا أوجه الاختلاف فتتمثل أساسا في الجانب التطبيقي الذي اعتمدته الدراسة في الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة الذي اقتصر على مسائل الزواج وآثاره ومسائل انحلال الزواج وآثاره وخلا من تطبيقاته على أحكام التنزيل.

- الدراسة الثانية وهي رسالة ماجستير خاصة بأحكام التنزيل بعنوان:

"الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري" جامعة الجزائر سنة 2010/2009 من خلال الإشكالية التالية:

- هل الوصية الواجبة (التنزيل) في قانون الأسرة الجزائري تختص بالذكور دون الإناث أم بهما معا؟

- ما هي ضوابط تطبيق الوصية الواجبة (التنزيل) في قانون الأسرة الجزائري ؟

وقد اعتمدت على المنهج الاستقرائي المقارن ومن أهم النتائج المتوصل إليها:

- الوصية الواجبة أو التنزيل نوع من الوصية التي نص عليها القانون في حالات معيّنة لأشخاص معينين بشروط معيّنة.
- نص القانون الجزائري عل أنّ التنزيل يكون للأحفاد فقط (أبناء الابن و أولاد البنت)، ولم ينص على تقديمه على الوصية الاختيارية.
- أدرج القانون التنزيل في قسم الميراث الأولى إدراجه مع الوصية لأنه يدخل ضمنها.

هذه النتائج تلتقي مع موضوع هذا البحث، لكن هناك أمران أساسيان مفترقان فيه:

الأول هو التأصيل الشرعي للتنزيل، وقد رأيت النأي بهذا البحث عن الخوض فيه مطلقا وانطلقت من كونه موجود ومعتمد في قانون الأسرة الجزائري.

أمّا الثاني فهو تفرد البحث بالحديث في شقه التطبيقي عن الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل الذي لم تتطرق إليه هذه الدراسة السابقة.

الصعوبات والعوائق من الصعوبات التي واجهتني:

- أنه لا توجد أرضية سابقة لموضع البحث في جزئية الاجتهاد القضائي الخاص بأحكام التنزيل.
- صعوبة في الحصول على القرارات القضائية باستثناء ما هو منشور في مجلة المحكمة العليا.
- كان الأمل أن يتدعم البحث بإحصائيات حول قضايا التنزيل من بين قضايا الأسرة ثم في التنزيل أين كان الإشكال الغالب هل حول شروطه مثلا، أو زمن سريانه، أو

مستحقيه أو تكييفه وبعد سريان العمل به أو قبله وهكذا، ولكن بعد الاتصالات التي قمت بها خلصت في هذه النقطة إلى أمرين:

أولهما أن الحصول على ذلك يحتاج إلى إذن رخصة والثاني أنّه لا توجد وللأسف إحصائيات خاصة بالتنزيل لأنه مدرج إمّا في قضايا الميراث أو الوصية والبحث عنه وفرزه يحتاج إلى وقت وإلى جهد، كما أخبرت بذلك.

الخطة العامة لموضوع البحث:

ينقسم البحث إلي فصلين في كل فصل مبحثين على النحو التالي:

الفصل الأول: مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم وطبيعة التنزيل.

المبحث الثاني: مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.

الفصل الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في أحكام التنزيل.

المبحث الثاني: أهمية وتطبيقات الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل.

الفصل الأول:

مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول:

مفهوم وطبيعة التنزيل

المبحث الثاني:

مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.

الفصل الأول :مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل

يكتسي الاجتهاد القضائي أهمية بالغة في تطبيق النصوص القانونية على القضايا المطروحة أمام جهاز القضاء، فهو يمثل الجانب العملي للقانون لأن القاعدة القانونية تبقى جامدة حبيسة بين ثنايا الكتب والتشريعات ما لم يرى لها أثر في حل النزاعات وفض الخصومات بين الأطراف، وكلما تطورت حياة الإنسان وتشعبت زادت حاجته إلى الاجتهاد ليواكب القانون هذه المتغيرات ويجد الحلول المناسبة لكل نازلة، لكن الفهم السليم لنصوص القانون يتطلب إدراكا واسعا ومهارة فائقة ونظرا ثاقبا لذلك كان لزاما على من يتولى عملية الاجتهاد أن يكون ممن تتوفر فيه شروطه ويمتلك المؤهلات العلمية والصفة القانونية التي تجعل عمله ملزما يؤتي ثماره.

ولما كانت الأسرة في مجتمعنا لها ضوابط خاصة من حيث إنشاءها وطبيعة العلاقات بين أفرادها والآثار المترتبة عن ذلك أوجد المشرع نصوص قانونية تحكم هذه الروابط وتبيّن والحقوق والواجبات حماية وصيانة لعدم الاعتداء عليها، ومن أبرز هذه الحقوق الأموال التي دائما ما تكون محلا للنزاع وسببا في انهيار الأسرة وتفككها، وقد لا تكون هذه النصوص القانونية كافية لذلك ممّا يستدعي فهما صائبا لها وحسن تطبيق من رجال القضاء يضمن حلا للخصومة وفق قواعد العدالة.

ومن بين القضايا في هذا الباب أحكام التنزيل التي طالما كانت مثارا للخلاف والجدل الذي يستلزم وجود من يفصل في نزاعاته وينهي خلافاته، لذلك سنتناول في هذا الفصل مبحثين هما:

- . مفهوم وطبيعة التنزيل.
- . مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته.

المبحث الأول: مفهوم وطبيعة التنزيل

عرف مصطلح التنزيل في أحكام المواريث لدى فقهاء الشريعة في ميراث ذوي الأرحام وفي كيفية توريثهم بالتنزيل، ومفاده تنزيل الفرع الوارث من ذوي الأرحام منزلة أصله فينظرون إلى من أدلى به من أصحاب الفروض و العصبات فيعطونه نصيب أصله الذي أدلى به مثل لو مات شخص عن: بنت بنت وابن أخت شقيقة وبنت أخ لأب، يعتبرون كأنّه مات عن: بنت وأخت شقيقة وأخ لأب.[1]

اعتمد المشرع الجزائري مصطلح التنزيل خلافا لما جاء في معظم القوانين العربية التي أسمته " الوصية الواجبة " حاسمة في ذلك طبيعته القانونية باعتباره وصية بينما تركه المشرع الجزائري جامعا بين الوصية والميراث من حيث الخصائص التي تشمل حكمه ومقداره وجهة استحقاقه وزمن هذا الاستحقاق لذلك سنتناول في هذا المبحث تعريف التنزيل لغة واصطلاحا ثم نتعرض لطبيعته القانونية من خلال عرض أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين الميراث والوصية.

وقد جرت العادة في المجتمع الجزائري، بتنزيل الأحفاد الذين يتوفى أبوهم قبل جدهم من قبل جدهم ويطلق عليه عامة الناس " الغرس" أو " الغراسة" أي أن الجد يغرس أولاد ابنه في موقع أبيهم المتوفى قبله، كي ينوبهم ما كان ينوب أباهم مع أعمامهم حين وفاة جدهم المنزل.[2]

أفرد له المشرع الجزائري فصلا مستقلا اقتناعا منه على أن الحفيد سواء كان ذكرا أو أنثى له حق في الذمة المالية لجده أو جدته بمقدار نصيب مورثهم لو كان حيا.[3]

المطلب الأول: تعريف التنزيل

[1] . محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث ، القاهرة ، (د ط)، (د ت ن)، ص 184.

[2] . صالح جبيك ، الميراث في القانون الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، ط 1، 2002 ، ص 74.

[3] . محمد بن سالم ، "التنزيل على ضوء قانون الأسرة الجزائري "، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2006 ، ص 41.

الفرع الأول . تعريف التنزيل لغة: نزل النزول أي الحلول والتنزيل أيضا الترتيب ونزل من علو إلى سفل انحدر.[4]

ونزّل بالتشديد بمعنى رتّب ومنه المنزلة تعني المرتبة .[5]

فالتنزيل هو حلول شخص مكان آخر، وهو ما ينطبق بالفعل على موضوع التنزيل في صفة الحفدة الذين ينزلون منزلة أصلهم في التركة .[6]

الفرع الثاني . تعريف التنزيل اصطلاحا:

التنزيل هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة » وهذا لمعالجة مشكلة الأحفاد الذين يتوفى أبوهم أو أمهم في حياة جدهم أوجدتهم ولا يرثون شيئا لحجبهم بوجود أعمامهم أو عماتهم .[7]

" الوصية الواجبة هي إحلال الحفدة الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا بالشروط القانونية " .[8]

" إحلال الحفدة الذين توفي أصلهم سواء كان أبوهم أو أمهم في حياة أو مع جدهم أو جدتهم في تركة الجد(ة) بمقدار حصة أصلهم على أن لا يتجاوز ثلث التركة وبشروط أخرى حّددها القانون الجزائري".[9]

---

[4] . ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل (ت 711 هـ)، لسان العرب ، تحقيق عبد الله علي الكبير "وآخرون "، دار المعارف ، القاهرة ، (د ط)، (د ت ن)، ج4399,1.

[5] . الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت 660هـ)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ،بيروت،(د ط)، 1986، ص 519.

[6] . أحمد دغيش ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ط2 ، 2010 ، ص69.

[7] . العربي بلحاج ، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد ، دار هومة ، الجزائر ،(د ط)، 2013 ، ص 468.

[8] . جمال ليشاني ،"نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة "، مجلة الموثق ،عدد 7 ، ص42 ، نقلا عن احمد دغيش ، ص 51.

[9] . أمينة مقدس ، "إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، كلية الحقوق ، المجلد 5 ، العدد 2 ، 2019 ، ص 111 وما بعدها.

كما عرفته المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث في اجتهادها القضائي بأنه « تنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون والشرع ".[10]

وفي تعريف أخر: " هو جعل أحفاد المتوفي في منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة " .[11]

وجاء تعريفه في قانون الأحوال الشخصية لكل من قطر" المادة 235" وموريتانيا " المادة 231" والسودان المادة 315 " باللفظ نفسه " التنزيل وصية بإلحاق شخص غير وارث بميراث الموصي، وبنصيب معيّن في الميراث ".[12]

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 .[13]

الوصية الواجبة وصية تنفذ بحكم القانون سواء أراد المورث أم لم يرد تكون لفرع من يموت في حياة أحد أبويه حقيقة، أو حكما، وهو المفقود، أو يموتان معا، كالحرقى والهدمى الغرقى.[14]

وجاء في تعريف آخر: " هي نصيب معيّن من التركة لصنف من الأقربين الذين حرما من الميراث لوجود من يحجبهم عنه، وهي لا تحتاج إلى إنشاء لأنها تستمد قوتها من القانون ".[15]

---

[10] . قرار رقم:95385 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية ، العدد 1، 1995 ، ص 134.

[11] . يعقوبي عبد الرزاق ، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومة ، الجزائر ، (د ط) ، 2018 ، ص 221.

[12] . محمد أحمد عقلة ، الوصية الواجبة ، دار الحامد ، عمان ، ط1 ، 2014 ، ص 176 وما بعدها.

[13] . علاء رضوان، "الوصية الواجبة وكيفية استخراجها "، صوت الأمة، مجلة الكترونية، الحلقة الرابعة ، سلسلة المواريث ، تاريخ زيارة الموقع،2022-03-08 التوقيت:.16:45.

[14] . محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (د ط)، (د ت ن) ، ص 244.

" نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أصله أو معه إن لم يكونوا وارثين، بضوابط خاصة يأخذونه إلزاما بحكم القانون ".[16]

" هي افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معا على أن لا تزيد عن ثلث التركة ".[17]

بعد استعراض هذه التعريفات نخلص إلى ما يلي:

- مصطلح التنزيل الذي اعتمده المشرع الجزائري هو نفسه " الوصية الواجبة " التي عرفت عند فقهاء الشريعة وفي قوانين جل الدول العربية.
- التنزيل يكون بإحلال الحفدة الذين توفي أصلهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم، مع وجود من يحرمهم من ميراث هذا الجد أو الجدة، ووفاة أصلهم سواء كانت حقيقية أو حكمية.
- مقدار حصة أصلهم يساوي الثلث في أقصى حالاته.
- هناك شروط وضعها المشرع الجزائري تحدد مستحقي التنزيل وشروطهم.

وبالتالي يمكن أن نختار التعريف التالي " جعل الأحفاد الذين توفي أبوهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم منزلة أصلهم في التركة " .[18]

وإن كان هذا التعريف لم يذكر حالة وفاة الأب أو الأم مع الجد أو الجدة التي تدخل أصلا في موانع الميراث وهي الشك في أسبقية الوفاة كما لم يتطرق إلى شروط استحقاق التنزيل أو يشير

---

[15] . محمد علي محمود يحي ، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ،2010 ، ص 92.

[16] . ريم عادل الأزعر ، الوصية الواجبة ، رسالة ماجستير ، الفقه المقارن ، الجامعة الإسلامية غزة ، كلية الشريعة والقانون، 2008 ، ص 41.

[17] . مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والمقارن والقانون ، دار نشر إحسان ، طهران ، ط1 ، 2014 ، ص 241.

[18] . محمد الطاهر بلموهوب، "أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد11 ، 2018، ص 140.

إلى وجودها وبالتالي وعطفا على هذا التعريف يمكن القول أن: "التنزيل هو جعل الأحفاد الذين توفي أبوهم أو أمهم مع أو في حياة جدهم أو جدتهم منزلة أصلهم في التركة وفق شروط حددها القانون ".

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتنزيل

إنّ الوصية الواجبة كما عرفت منذ وضعها لأول مرة في مصر سنة،1946أو كما يطلق عليها مشرعنا التنزيل هو نظام ذو طبيعة خاصة يحمل خصائص كل من الإرث و الوصية[19]، جاءت أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري في الكتاب الثالث تحت عنوان الميراث في الفصل السابع منه وقد وضم أربع مواد من المادة 169 إلى غاية المادة 172.

لم يحدد المشرع الجزائري الطبيعة القانونية التنزيل، فلم يحدد إذا ما كان تعتبر إرثا 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 إرثا ؟

وفي الوقت ذاته حدّد مقدار التنزيل بألا يتجاوز الثلث تماما مثل الوصية فهل اعتبره من هذا المنظور وصية ؟ هذا ما سنعرضه في هذا المطلب.

الفرع الأول: التنزيل والميراث

التنزيل ليس ميراثا، بل هو يشبه الميراث في وجوه ويخالفه في وجوه أخرى.

[19] . أمينة مقدس ، المرجع سابق ، ص 115.

لم يعرفه المشرع الجزائري الميراث تعريفا صريحا لكنه نص على أسبابه وشروطه وموانعه والورثة المستحقين له وأحكام كثيرة جاءت بها الشريعة الإسلامية، لذلك سنكتفي بتعريف هؤلاء العلماء ونقيس عليه، " هو حق قابل للتجزئة يثبت لمستحقه بعد من كان له ذلك الحق بسبب القرابة أو النكاح أو الولاء.[20]

وقانونا يمكن القول أنّه: " حق يثبت لمستحقه بعد من كان له ذلك الحق بسبب القرابة أو النكاح ".

أولا: أوجه التشابه:

يشبه التنزيل الميراث في الوجوه التالية:

1 . التنزيل لا يحتاج إلى صيغة من المورث ولا يتوقف على قبول من المستحقين له فلا دخل لإرادة الوارث أو المورث ولا لإيجاب من الموصي بل ينفذ من ثلث التركة جبرا – متى توفرت شروطه– دون أن ينشا منه تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت وهذا شان الميراث الذي لا يحتاج إلى إيجاب المتوقي بل ينفذ جبرا، " فقد أوجبها(الوصية الواجبة) القانون كالميراث ولذلك فهي لا تتوقف على إجازة الورثة ".[21]

2 . التنزيل ينفذ من تركة الميت ولو صرح قبل موته بمنعه أو حرمان الأحفاد منها فلا يؤخذ بقوله وهذا شأن الميراث الذي ينفذ من تركة المتوفى ويأخذ كل وارث نصيبه حتى لو أراد حرمان احد ورثته من الميراث فكلامه يعتبر لغوا ولا يؤخذ ولا يتعد به.

3 . التنزيل لا يرد فلا يرتد بردهم فهو تدخل في ملك الفرع جبرا دون قبوله ولا يعتد برده وهذا شان الميراث الذي لا يحتاج إلى قبول من طرف الوارث ولا يرد برد الوارث.

[20] . عبد السلام محمود أبو ناجي ، الوسيط في أحكام الميراث والوصية ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، ط1، 2000، ص 11.

[21] . نصر فريد محمد واصل ، فقه المواريث والوصية ، المكتبة التوفيقية ، مصر ، (د ط)، (د ت ن)، ص 124.

" لا يتوقف على قبول المستحقين له، ولا يرتد بردهم، حتى ليمكن القول بأن الملكية في الوصية الواجبة تثبت بالخلافة الجبرية كما هو الحال بالنسبة للملكية في الميراث ".[22]

4 . التنزيل يقسم قسمة الميراث جاء في قانون الأسرة الجزائري "... ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين "[23]، عند تعدد مستحقيها، للذكر مثل حظ الأنثيين حتى ولو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه الموصي لكل واحد يوفي بنصيبه من التنزيل وهذا شان الميراث الذي يقسم بين الورثة من الذكور والإناث وفقا لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

" يقسم قسمة الميراث حتى لو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه ".[24]

5 . القتل العمد العدوان مانع من الميراث بنص المادة 1/135 من قانون الأسرة الجزائري وقياسا عليه هو كذلك مانع من استحقاق التنزيل،أي الحفيد الذي يقتل جده أو جدته ليستعجل موته حتى يحصل على التنزيل وهذا شان الميراث، فان القتل مانع من موانع الميراث ومانع من موانع التنزيل.

" قتل المنزل له المنزل مانع من التنزيل مثل الميراث، لأن قتل الوارث مورثه مانع من الإرث".[25]

6 . تثبت الملكية في التنزيل بمجرد الوفاة، مثل الميراث تماما.

ورغم وجود أوجه تشابه كثيرة بين التنزيل والميراث إلا أن هذا لا يمنع من وجود فروق بين كل من التنزيل والميراث.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

---

[22] . إبراهيم عبد الرحيم ، أحكام الوصية والميراث ، دار النصر ، القاهرة ، (د ط) ، (د ت ن)، ص 365.

[23] . المادة 172 قانون الأسرة الجزائري.

[24] . محمد مصطفى شلبي ،أحكام الوصايا والأوقاف ، الدار الجامعية ، بيروت ، ط 4 ، 1982 ، ص 238.

[25] . لحسن بن شيخ آث ملويا، التنزيل (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2011.،ص 58.

ويختلف معه في:

1 . في التنزيل تعويض فهو للفرع الذي مات أبوه أو أمه في حياة جده أو جدته تعويضا عما فاته بينما يثبت الميراث ابتداء فهو فريضة من الله دون النظر لأي اعتبار أو تعويض.

الوصية الواجبة (التنزيل) وجبت عوضا عن للفرع عمّا فاته من ميراث أصله بموته قبل أن يرث من أصله، بخلاف الميراث فإنه وجب ابتداء من غير أن يكون عوضا عن حق ضائع.[26]

فيسقط التنزيل وحق الأحفاد فيه بما يعطيه الجد لهم من عوض بينما الميراث لا يغني عنه أي تبرع.

2 . في التنزيل كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره وفي الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه.[27]

3 . مقدار التنزيل لا يتجاوز الثلث في كل الحالات بينما في الميراث قد يحصل على أكثر من ذلك.

يشترط ألا يزيد النصيب عن الثلث، فإن زاد عن الثلث لم ينفذ إلا من غير إرادة الورثة إلا في الثلث ويقدر بالأقل من القدرين: الميراث الذي كان يستحقه الفرع الذي توفي في حياة أصله والثلث، فإن كان الميراث هو الأقل قدرت به، وإن كان الثلث هو الأقل قدرت به.[28]

4 . التنزيل مقدم على الميراث في التنفيذ، فهي (الوصية الواجبة) تقدم على الميراث بل على سائر الوصايا الاختيارية .[29]

---

[26] . عبد الودود محمد السريتي ، الوصايا والأوقاف والمواريث في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، (د ط)، 1997 ، ص 150.

[27] . محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 239.

[28] . محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 203.

[29] . محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص 239.

الفرع الثاني: التنزيل والوصية

هناك من يرى بأن التنزيل وصية بإحلال إرادة المشرع محل إرادة المنزل التي لم يعبر عنها أثناء حياته، فالحفدة لا يحملون صفة الورثة ولكنهم يحملون صفة الموصى لهم فالعلاقة بين المورث وحفدته هي علاقة الموصي بالموصى لهم.[30]

جاء تعريف الوصية في قانون الأسرة الجزائري على أنها " الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ".[31]

وفي مقدارها نص: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة ".[32]

وفي مقدار التنزيل قال " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة ".[33]

أولا: أوجه التشابه:

1 . كلاهما لا يثبت إلا في الثلث.

2 . يتقدمان على الميراث في التنفيذ، لأنهما يعتبران من الحقوق المتعلقة بالتركة التي يجب أن تخرج منها قبل تقسيم التركة، فبعد تجهيز الميت ومصاريف تكفينه ودفنه ثم قضاء ديونه تأتي الوصايا بجميع أنواعها الواجبة والاختيارية، لم ينص فالمشرع الجزائري صراحة على مرتبة التنزيل

[30] . صالح ججيك ، مرجع سابق ، 75.

[31] . المادة 184 من قانون الأسرة.

[32] . المادة 185 من قانون الأسرة.

[33] . المادة 170 من قانون الأسرة.

من هذه الحقوق حينما رتبها في المادة 180 من قانون الأسرة، لكن إذا اعتبرناه وصية فهو يدخل ضمنها في المرتبة وأخذا بوجوبه قانونا فهو مقدم عليها.

ثانيا: أوجه الاختلاف:

1 . التنزيل يتم بإرادة الموصي وبدونها أما الوصية فلا تكون إلا بإرادة الموصي فركن الإيجاب منعدم في التنزيل، هذه الوصية (التنزيل) لا تحتاج في وجودها إلى ذكر العبارة المنشئة لها بل القانون أنشأها وينفذها وإن لم تكن عبارة من المتوفى تدل على إنشاء التصرف .[34]

2 . التنزيل (الوصية الواجبة)لا يتوقف على قبول الفرع المنزل وإنما يدخل في ملكيته جبرا عنه ولا يمكنه رده بينما الوصية(الاختيارية) تتوقف على قبول الموصى له ويمكنه ردها.[35]

3 . التنزيل لا يثبت إلا لفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه أي أحفاد المتوفى بينما تكون الوصية للأقارب كما للأجانب.

4 . التنزيل يقسم قسمة الميراث على مستحقيه، تقسم الوصية الواجبة (التنزيل) كالميراث للذكر مثل حظ الأنثيين وما يخص كل أصل يقسم على فرعه[36]، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 172 كما سبق ذكره.

ويقسم عند تعدد الفروع بقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ويحجب الأصل فرعه، بينما في الوصية يكون الموصي حرا في تقسيم المال المقدر بالثلث من التركة على حسب إرادته.

5 . التنزيل ينشأ بعد وفاة الجد الذي مات ابنه في حياته بقوة القانون وإن لم يوصي بها، إذا توافرت شروطها. والوصية يستحيل أن تثبت بعد وفاة الموصي.

---

[34] . محمد أبو زهرة ، المرجع سابق ، ص 203.

[35] . شفيقة حابت ، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير، قسم الشريعة ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية ، 2010/2009، ص 184.

[36] . محمد مصطفى شحاتة الحسيني ، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف ، دار التأليف ، مصر ، (د ط) ، 1976 ، ص 98.

6 . يتقدم التنزيل على الوصية في التنفيذ باعتباره واجبا بقوة القانون.[37]

وهناك رأي آخر يمكن أن يستمد دلالته من المادة 77 من قانون الأسرة " تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة على الاحتياج ودرجة القرابة في الإرث ".[38]

"والتنزيل قد يخرج مخرج الواجب في الحياة من الإنفاق على الحفدة المعوزين من حيث أنه يجب على الجد أن ينفق عليهم باعتبارهم فروعا له محتاجين فإن لم يعطهم ما ينفقون به على أنفسهم في حياته ولم يوص لهم بعد موته فيكون بهذا قد ترك واجبا يعتبر دينا في رقبته ".[39]

فيكون القانون بذلك قد اعتبر التنزيل أو الوصية الواجبة بمثابة النفقة الواجبة للأقارب حيث أوجبها لصالح الفروع المحتاجين دون غيرهم .[40]

من خلال ما سبق ذكره في الطبيعة القانونية للتنزيل يمكن القول أنه نظام ومصطلح تبناه المشرع الجزائري يجمع فيه من خصائص الميراث أنه ينشأ جبرا بقوة القانون ولا يمكن رده ويقسم قسمته ويستحق الملكية فيه بعد الوفاة والقتل من موانعه، ورغم ذلك فهو ليس بميراث محض لأنه يخالفه في كونه نتج تعويضا لحق فات، وحجب الأصل لفرعه فقط ومقداره الذي لا يتجاوز الثلث في أقصى حالاته وأنّه مقدم عليه، ويدحض اعتباره ميراثا كون قواعد الميراث جاء بها القرآن الكريم ومنها أن تتحقق حياة الوارث بعد موت المورّث وهنا مات الأب قبل الجد فإن مات معه فمانع الميراث هو الشك في أسبقية الوفاة وبالتالي لا نصيب له ولا لفرعه، ومنها قاعدة الحجب فمن المعروف أن الابن يحجب ابن الابن.

---

[37] . شفيقة حابت ، المرجع سابق ، ص 184.

[38] . المادة 77 من قانون الأسرة الجزائري.

[39] . مسعود الهلالي ، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط1 ، 2008 ، ص 189.

[40] . المصري مبروك ، "الوصية الواجبة" ، مجلة المعيار ، الجزائر ، عدد 9 ، ج5 ،2004 ، ص 411.

أمّا كونه وصية كذلك لا يمكن الجزم بذلك لأنهما يلتقيان في المقدار (الثلث) وتقدمه عليها في التنفيذ ويختلفان في جهة الاستحقاق وفي وإمكان الرد في الوصية واشتراط الإيجاب والقبول.

وقد يكون للنفقة حظ في بعض خصائصه من حيث الوجوب وجهة الاستحقاق "أصول مع فروع".

أما موقف القضاء فقد جاء ما نصه ضمن أحد قرارات المحكمة العليا: "... وحيث أن التنزيل ليس بتصرف في حق عيني بل هو وصية ".[41]

وفي قرار أخر اعتبره وصية بمثل نصيب وارث: " يعد تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب، طبقا للشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث ".[42]

ولعل تكييفه 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 ويقدم على الوصايا العادية عند تزاحمها ".[43]

استنادا إلى ما سبق يكيّف التنزيل بأنه وصية قانونية واجبة أو وصية بموجب القانون.[44]

لكن في اجتهاد للمحكمة العليا جاء في نصه " لكن حيث أن التنزيل في حقيقته وصية وأنّ الأصل فيه الاختيار وأنّ التكييف الشرعي والقانوني له أنّه لا يعد وصية محضة ولا يعدّ ميراثا وإنما هو خليط به خصائص الميراث وخصائص الوصية ممّا يعني أنّ الموصي بإمكانه الايصاء لابن ابنته ولو كان مستحقا للتنزيل وتكون الوصية الإرادية (الاختيارية) . في هذه الحالة . مقدمة

---

[41] . قرار رقم: 80388 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ: 1991/10/29 ، المجلة القضائية ، العدد 1، 1993 ، ص 36.

[42] . قرار رقم:526179 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2009/12/10 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 2010 ، ص 231.

[43] . عيسى معيزة، "تنزيل أولاد البنات "، مجلة آفاق علمية، المجلد 11 ، العدد2 ،. 2019 ، ص 95.

[44] . عيسى معيزة ، المرجع نفسه ، ص 96.

على التنزيل، ولا يعد الموصى له وارثا ولو كان مستحقا للتنزيل، ولا يشترط فيها إجازة الورثة وفقا لنص المادة 189[45] من قانون الأسرة ".[46]

المبحث الثاني: مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته

اختلفت مفاهيم الاجتهاد القضائي وتعددّت الآراء بشأنه وهو في قضايا الأسرة بصفة خاصة، لا يكاد ينفك عن المفهوم الفقهي عند علماء الشريعة الإسلامية لسبب واحد وهو أن قانون الأسرة الجزائري يستمد نصوصه من الشريعة الإسلامية ويحيل إلى أحكامها ومبادئها في حالة عدم وجود النص، ولتطبيق نصوص قانون الأسرة قد يحتاج القاضي إلى أن يعمل فكره وذهنه لأن النص يحتاج إلى تكييف مع القضية المعروضة أمامه وإلي نظر بين السطور لاستنباط الحكم المناسب لها.

ولمعرفة ماهية الاجتهاد القضائي وبيان أهميته سنتناول ذلك في مطلبين هما:

- تعريف وطبيعة الاجتهاد القضائي.
- علاقة الاجتهاد القضائي بمسائل الأسرة.

المطلب الأول: تعريف وطبيعة الاجتهاد القضائي

نتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي للاجتهاد القضائي وكذلك التعريف الاصطلاحي من خلال بيان معاني "الاجتهاد" و"القضاء" باعتباره لفظا مركبا، ثم طبيعة الاجتهاد القضائي في فرعين هما:

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

[45] . تنص المادة 189 من قانون الأسرة على:" لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

[46] . قرار رقم: 1074175 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، ، بتاريخ: 2017/12/6، مجلة الحكمة العليا ، العدد 2، 2017 ، ص 71.70.

أولا: تعريف الاجتهاد

1. لغة:

الجهد بفتح الجيم وضمها الطاقة وقرئ بهما قوله تعالى: "والذين لا يجدون إلاّ جهدهم" والجهد بالفتح المشقة يقال: جهد دابته وأجهدها إذا حمل عليها في السير فوق طاقتها وجهد الرجل في كذا أي جد فيه وبالغ والتجاهد بذل الوسع والمجهود.[47]

الجَهد بفتح الجيم وضمها الطاقة، وقرأ الجُهد في قوله تعالى:"والَّذينَ لاَ يجدون إِلاَّ جُهدُ هم " سورة التوبة، الآية " 97.

والجهد بالفتح: المشقة وبالضم الوسع والطاقة، وجهد يجهد جهدا واجتهد كلاهما: جدّ.

وجهد دابته جهدا وأجهدها: بلغ جهدها، وحمل عليها في السير فوق طاقتها .[48]

والاجتهاد صيغة للمبالغة في الفعل، ومنه نخلص إلى أن الاجتهاد في اللغة هو:" بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد فيقال: اجتهد في حمل حجر الرحى، ولا يقال: اجتهد في حمل خردله".[49]

والجهد الطاقة ويضم المشقة، قال تعالى:" جهد أيمانهم" المائدة 53، أي بالغوا في اليمين واجتهدوا.

والتجاهد: بذل الوسع كالاجتهاد.[50]

نجد أن لفظ الاجتهاد لا يطلق إلا فيما فيه كلفة ومشقة ومبالغة في الجد.

---

[47]. الرازي: مرجع سابق ، ص 48.

[48] . ابن منظور، مرجع سابق ، ص 708.

[49] . الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد (505 هـ) ، المستصفى من علم الأصول ، تحقيق حمزة بن زهير حافظ ، شركة المدينة المنورة للطباعة ،(د ط)، (د ت ن)، ج 4، ص 4.

[50] . الفيروز آبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817 هـ)، القاموس المحيط ، تحقيق أنس محمد الشامي و زكريا جابر أحمد ، دار الحديث ، القاهرة، د ط ،2008 ،ص 304.

2. اصطلاحا:

عند علماء أصول الفقه:" بذل المجتهد وسعه في طلب العلم بالأحكام الشرعية بطريق الاستنباط".[51]

" هو إعمال الرأي أو بذل الجهد العقلي للتعرف على الحكم" .[52]

" الاجتهاد بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني ".[53]

وفي تعريف بعض العلماء المعاصرين هو" استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع، إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها".[54]

من خلال هذا التعريف يتضح أن الاجتهاد يكون في أمرين:

- استنباط الأحكام من أدلتها.
- تطبيق الأحكام.

" بذل الطاقة في تحصيل حكم شرعي عقليا كان أو نقليا قطعيا كان أو ظنيا ".[55]

وإذا نظرنا إلى العلاقة بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي نجد أن الاجتهاد يكون فيه بذل ومشقة وجد كبير من أجل إدراك حكم من الأحكام الشرعية والقانونية استنادا على مصادرها ولا يتأتى ذلك إلا لمن هو أهل لذلك من المجتهدين أو القضاة، وإن بينهما عموم وخصوص

[51]. عبد الكريم زيدان ،الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة قرطبة ، مصر ، ط 6 ، 1976،ص401.

[52] . محمد سامر عاشور ، مدخل إلى علوم القانون ، ،منشورات الجامعة الافتراضية السورية ، سوريا ، 2018 ، ص 143.

[53] . محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي ، مسلم الثبوت ، المطبعة الحسينية المصرية ، د ط ،(د ت ن) ، ج 2 ، ص 318.

[54] . محمد أبو زهرة ،أصول الفقه ،دار الفكر العربي ،(د ط) ، (د ت ن) ، ص 379.

[55] . نادية شريف العمري ، الاجتهاد في الإسلام ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، ط 2 ، 1984 ، ص 27.

فاللغوي عام وهو مطلق الكلفة والمشقة أمّا الاصطلاحي فمختص ببذل الوسع لاستنباط الحكم الشرعي [56]، وفي مجال القانون بذل الوسع لاستنباط الحكم القانوني.

ثانيا: تعريف القضاء

1. لغة: وردت معاني لغوية كثيرة لكلمة "قضاء" منها:

القضاء: الحكم ومنه قوله تعالى: " وقضى ربك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه وبالوالدين إحسانا"، الجمع الأقضية، وقد يكون بمعنى الفراغ نقول قضى حاجته، وقد يكون بمعنى الأداء والإنهاء نقول قضى دينه.[57]

يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل.[58]

والقضاء الفصل في الحكم ومنه قوله تعالى:"ولولا كلمة سبقت من ربك إلى أجل مسمى لقضي بينهم" الشورى 14، أي لفصل الحكم بينهم .[59]

ورد في القرآن الكريم لكلمة قضاء ومشتقاتها عديد المعاني:[60]

- العمل قال تعالى: " فاقض ما أنت قاض " طه 72.
- الخلق والتقدير قال تعالى: " فقضاهن سبع سماوات " فصلت 12.
- الأمر قال تعالى: " وقضى ربك ألاّ تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا " الإسراء 23.

---

[56] . نادية شريف العمري ، المرجع نفسه ص 33.

[57] . الرازي ، المرجع السابق ، ص 226.

[58] . ابن منظور ، المرجع السابق ، ج 5 ص 3665.

[59] . الأزهري: أبي منصور محمد بن أحمد ت (370 هـ)، تهذيب اللغة ، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة ، ،(د ط)، 1964، ج 9 ، ص 211.

[60] . خالد رشيد الجميلي ، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون ، مطبعة أنوار دجلة ، بغداد ، د ط ، 2015 ، ص 455.

- العهد و الإيصاء قال تعالى:" إذ قضينا إلى موسى الأمر " القصص 44.
- الإتمام والأعمال قال تعالى: " فلما قضى موسى الأجل" القصص29، وقوله:" أيما الأجلين قضيت " القصص 28.
- الوجوب والوقوع قال تعالى:" قضي الأمر الذي فيه تستفتيان " يوسف 44.

2. اصطلاحا:

عرّفه ابن خلدون بقوله: "وأمّا القضاء فهو من الوظائف الداخلة تحت الخلافة فهو منصب الفصل بين الناس في الخصومات حسما للتداعي وقطعا للتنازع إلا أنه بالأحكام الشرعية المتلقاة من الكتاب والسنة"[61]، "الحكم بين خصمين فأكثر بحكم الله ".[62]

أما مفهوم القضاء في القانون فهو لا يخرج عن أحد المعاني التالية:

- السلطة القضائية أي الجهاز الفني الذي يقوم على مرفق العدالة، والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها.[63]
- "مجموعة المبادئ العامة التي تتلخص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون فيما يعرض عليها من منازعات للفصل فيها".[64]

وخلاصة القول في مفهوم القضاء أنه لا يخرج عن أحد المعاني الثلاث؛ الأول: مجموعة المحاكم الموجودة في الدولة والتي تقوم بتطبيق القانون على المنازعات المعروضة عليها والثاني:

---

[61] . ابن خلدون: ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، (ت 808هـ)، المقدمة، تحقيق عبد الله محمد الدرويش ،دار يعرب ، دمشق، ط1، 2004 ، ص 402.

[62] . الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (977 هـ)مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج ، تحقيق على محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت، د ط ، 2000 ، ج 6 ، ص 257.

[63] . جعفور محمد سعيد ، مدخل الى العلوم القانونية ، الوجيز في نظرية القانون ، دار هومة ، الجزائر ، ط 16 ،2008م ، ص 208.

[64] . أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة ،دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ، د ط ، 2005، ص 158.

الأحكام التي تصدر من هذه المحاكم والثالث يفيد استقرار المحاكم باتجاه معين بصدد مسألة معيّنة واطراد قضاءها طبقا لهذا الاتجاه ".[65]

ويبدو أن المعنى الجامع للقضاء أنّه الأحكام المستقرة المتتابعة التي تصدرها مجموعة المحاكم المتواجدة في الدولة.

خلاصة هذا الفرع في تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي وبعد معرفة المعنى اللغوي والاصطلاحي لكل من الاجتهاد والقضاء يمكن معرفة المصطلح المركب منهما فالاجتهاد القضائي هو:

" استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الوقائع تنزيلا محكما يفضي إلى الفصل بين المتخاصمين، وصيانة الحقوق العامة ".[66]

وقياسا عليه يمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون على أنه:

" بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية ومصطلح الاجتهاد القضائي يقصد به غالبا الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية الذي يقضي به ".[67]

والقاضي ليس في حاجة إلى أن يجتهد في كل حكم يصدره، بل إن عمله يقتصر في كثير من القضايا على مجرد تطبيق نصوص التشريع الصريحة الواضحة.[68]

---

[65] . يحى قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، كوميت للتوزيع القاهرة ، ط 1، 1997 ، ص 120.

[66] . قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر – ضرورته ووسائل النهوض به– دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط،2007، ص 11 نقلا عب بن صغير محفوظ ' ص 79.

[67] . محفوظ بن صغير،الاجتهاد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، دكتوراه تخصص فقه وأصوله ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008. 2009 ، ص 231.

[68] . حبيب إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2006،8 ، ص 102.

ولذا فإن كلمة القضاء لا يقصد بها هنا جميع أحكام المحاكم، وإنما الأحكام التي تتضمن اجتهادات قضائية فيما يعرض للقاضي من منازعات يستوجب عليه الفصل فيها فحسب، فإذا كان عمله تطبيق النص القانوني لا يعتبر ذلك اجتهادا لوجود النص ووضوحه.

"ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القضائية أن رأي محكمة التمييز (محكمة النقض)(المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحدا معروفا" .[69]

ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية .[70]

فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو: مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيه والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على إتباعها .[71]

والاجتهاد في عرف القضاء " المنهج الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء تعلق منها بنصوص القانون أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم وجود النص" .[72]

ويطلق على " الحل الذي تتخذه الجهات القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق، أو غموضه، أو عدم كفايته.[73] "

---

[69] . مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام،،دار القلم، دمشق، ط.2 ، 2004 ، ص 316.

[70] . محفوظ بن صغير ، المرجع السابق، ص 233.

[71] . محمد عبد الجواد محمد، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص.164-163، نقلا عن بن صغير محفوظ ،ص 231.

[72] . غوتي بن ملخة ، "أفكار حول الاجتهاد القضائي "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ج 34 ،عدد 3 ،1997، ص 619.

[73] . بوبشير محند أمقران ، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ،جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ج 41 ، عدد 2 ،2004 ، ص 155.

ومن خلال هذا السرد للمفاهيم المتعددة للاجتهاد القضائي نخلص إلى تعريف يجمع بين كل ما سبق منها:

"الحل الذي تتخذه الجهات القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتي عدم وجود النص القانوني واجب التطبيق، أو غموضه، أو عدم كفايته.[74] "

الفرع الثاني: طبيعة الاجتهاد القضائي

هناك ثلاثة مذاهب فقهية تجاه الاجتهاد القضائي كمصدر للقواعد القانونية، فهناك من يرى أن القضاء يمكن اعتباره مصدرا رسميا للقواعد القانونية، وأن دوره في خلقها لا يقل أهمية عن دور السلطة التشريعية، وهناك من يرى بأنه لا يمكن الاعتراف به كمصدر رسمي للقواعد القانونية، ولكنه يقوم بدور كبير في خلق هذه القواعد من الناحية الواقعية أو الفعلية، يرى جانب آخر من الفقه أن دوره لا يتعدى أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية وهذا هو الاتجاه الغالب.

يعتبر القضاء مصدر تفسيري للقانون فهو لا ينشئ القاعدة القانونية في النظام القانوني اللاتيني كما هو الحال في القانون الجزائري، فدوره يقتصر على تفسير القانون الموجود مسبقا، وذلك لأسباب منطقية وعلمية من أهمها انعدام صفة العمومية والتجريد والإلزام في أحكام القضاء، لأن القاضي مطالب بالفصل في خصومات محددة بذاتها دون أن تتعدى أحكامها إلى غيرها، ومن حيث الإلزام لا يوجد ما يلزم محكمة بحكم محكمة أخرى ولو كانت أعلى منها درجة، لكن هذا لا يمنع من أن يكون له دور في التشريع إنشاء أو تعديلا، فلا يمكن إغفال دوره في التشريع إضافة إلى تفسير القانون الذي يدخل في صميم عمل القاضي وهذا ما سنتناوله تاليا.

أولا: دور الاجتهاد القضائي في وضع القواعد القانونية

[74] . بوبشير محند اومقران ، المرجع نفسه ، ص 154.

من المعروف قانونا أن القاعدة القانونية من خصائصها أنها قواعد عامة ومجردة وهو ما لا يتوافق أصلا مع الأحكام القضائية التي تصدر في قضية معيّنة خاصة بذاتها فالقاضي من هذا المنظور يطبق القاعدة القانونية بإسقاطها على النزاع المعروض أمامه، لكن المفهوم الواسع والدقيق للاجتهاد القضائي يشمل الاتجاه المعيّن الذي يسلكه القضاة ويستقرون في تطبيقه على المسائل المشابهة ممّا يضفي عليه نوعا من العموم والتجريد كما أن لاستقرار العمل بهذا الحكم يعطيه صفة الإلزام، ولو كان ذا صبغة أدبية. كل هذا يمهد لأن يصلح كقاعدة قانونية، لأن التشريع نفسه قابل للتعديل والقديم منه ما هو إلاّ آخر اجتهاد قضائي في الزمن الذي وضع فيه ذاك التشريع وهكذا تكون الدورة من أجل السعي وراء تحقيق العدالة.

إن المهمة الأساسية للقضاء هي الحكم بالعدل بين المتنازعين وفقا للقانون الساري، فوظيفة القاضي هي تطبيق القانون لا إيجاده ولكن ذلك لا يلغي دوره في صنع القواعد القانونية لأن التشريع لا يحتوي حتما على كل الحلول للنزاعات التي تثار بين المتخاصمين ولا يمكنه أن يلم بها أو يتصور وقوعها مسبقا كلها مهما بلغت درجة استشرافه لها، وهذا النقص في التشريع صفة طبيعية ملازمة للنقص الطبيعي الموجود في الإنسان وبالتالي لا بد من وجود ما يكمل هذا النقص.

للاجتهاد القضائي في مجال القانون دور بالغ الأهمية والأثر، لا يكاد يقل في أهميته عن دور التشريع نفسه فالاجتهاد القضائي هو الذي يضفي على القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يحدد مداه وأبعاده.[75]

ففي البلاد التي تطبق النظم الانجلوسكسونية مثل انجلترا يعتبر القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون، فالقانون أصلا تكوّن في حضن القضاء، أمّا في النظم اللاتينية. كما سبقت الإشارة إليه. فقد انحصر دور القضاء في حدود التفسير لكن ذلك لا يعدم دوره في التشريع وصناعة القاعدة القانونية فمن الوجهة العملية لا يمكن أن يقتصر دور القاضي على التطبيق

[75] . محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 235.

الحرفي الآلي للنص القانوني بل يقع عليه أيضا واجب تطوير القانون فعملية إسقاط القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع تدفعه إلى التوسع في الفهم وإلى تعديل معناه ليواكب الظروف والمستجدات، كما أنّه له قوة إلزامية من الناحية الأدبية رغم عدم إلزاميته القانونية النظرية ويستمد الاجتهاد القضائي هذه القوة من عاملين أساسيين هما:

- حرص المحاكم على أن تلتزم في القضايا المماثلة نفس الاجتهاد وأن تتجنب تعديل هذا الاجتهاد بصورة مستمرة لكي لا توصم بالتردد وعدم الاستقرار بل وبالتحيّز في بعض الأحيان.
- وجود تسلسل بين أنواع المحاكم ووجود محكمة النقض (المحكمة العليا) بصورة خاصة تتولى توحيد الاجتهاد القضائي في البلد الواحد مما يدفع سائر المحاكم على مختلف أنواعها أن تتقيّد بما يصدر عن محكمة النقض هذه من اجتهادات وأن تتوافق معها في أحكامها لئلا تكون هذه الأحكام عرضة للنقض والرد .[76]

وبالعودة إلى القانون الجزائري وبالضبط في دور المحكمة العليا نجده قد نص على: " تمثل المحكمة العليا في جميع مجالات القانون الهيئة المقوّمة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم، تضمن المحكمة العليا والمجلس الأعلى توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون ".[77]

[76] . محمد سامر عاشور ، المرجع السابق ، ص 144.

[77] . المرسوم الرئاسي رقم 96. 438 المؤرخ في : 7 ديسمبر1996يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، الجريدة الرسمية العدد76 المؤرخ في 8 ديسمبر1996 المصادق عليه في استفتاء، 28 نوفمبر 1996، ص 103.

والأمر ذاته أكّده المرسوم التنفيذي رقم 90/141 المؤرخ في 19 ماي 1990م، " إنّ موضوع مجلة المحكمة العليا هو التعريف بتطبيق القانون بهدف توحيد الاجتهاد القضائي للمجالس القضائية والمحاكم".[78]

فالأحكام القضائية التي تصدر من المحاكم مجرد قرارات فردية تصدر تطبيقا للقواعد القانونية لهذا لا يتصور أن يكون القضاء مصدرا للقانون بهذا المعنى فالأحكام تطبق القواعد القانونية ولا تخلقها.[79]

إنّ المانع الأساسي من عدم اعتبار القضاء مصدرا للتشريع هو المبدأ المعمول به في الفصل بين السلطات لاسيما التشريعية والقضائية، وكذلك مبدأ الحجية للأمر المقضي الذي يقصد به اقتصار الحكم الصادر في قضية معيّنة على أطراف نزاعها فقط دون أن يتعدى إلى غيرها، لكن ذلك لا يلغي دوره المهم في استقرار الأحكام القضائية لأنها تشكل ثروة قانونية حقيقية يعبر عنها بالمبادئ القضائية يعتمد عليها فيما بعد المحامون والقضاة أنفسهم، فقضاة محاكم الدرجة الأولى يحرصون على عدم الخروج عمّا قررته المحاكم الأعلى منها درجة حتى لا يعرضوا أحكامهم للنقض، وهذا ما يضفي على المبادئ القضائية المستقرة صفة القواعد الملزمة مع أنّه بإمكان دوائر النقض العدول عن اجتهاداتها السابقة...[80]

يمارس القضاء سلطة واسعة في التفسير نظرا لعمومية القواعد القانونية وتجريدها، والقضاء تحت ستار تفسير النصوص يساهم في خلق قواعد قانونية... ورغم ذلك فهو لا يعد مصدرا رسميا للقانون.[81]

---

[78] . مرسوم تنفيذي رقم 90/141 المؤرخ في 19 ماي 1990.

[79] . حبيب إبراهيم الخليلي ، المرجع السابق ، ص 164.

[80] . محفوظ بن صغير، المرجع السابق ، ص 242.

[81] . حبيب ابراهيم الخليلي ، المرجع نفسه ، ص 165.

لكن القضاء يساهم في خلق قواعد قانونية سدا للثغرات في النصوص التشريعية أو تحقيقا لملائمة هذه النصوص للظروف الاجتماعية اللاحقة على وضعها .[82]

ومنهم الفقهاء من يرى أن الاعتراف بالقضاء كمصدر للقانون هو تقرير لأمر واقع، فالقاضي في سعيه لإيجاد حل عادل للنزاع فهو يستوحيه من قاعدة قانونية وتكرار الأخذ بهذا الحل في المنازعات المشابهة من شأنه أن يخلق قاعدة قانونية قضائية هي القاعدة التي اكتشفها وطبقها على الحكم الأول. [83]

وخلاصة القول في هذا الأمر أن القضاء في بلاد القانون غير المكتوب " النظم الانجلوسكسونية " يعتبر مصدر رسمي للقانون لكنه لا يعتبر كذلك في النظم اللاتينية نظريا فقط لأنه يجب الاعتراف بدوره في التشريع على الأقل من الوجهة العملية وهي الأهم.

ثانيا: دور الاجتهاد القضائي في تفسير القانون

إنّ النصوص القانونية تكون عادة مختصرة ممّا يعرضها للبس والغموض من جهة وعدم الكفاية للإحاطة بكل القضايا التي تعرض أمام المحاكم، من جهة أخرى، فالقضاء هو من يتولى بيان ذلك ويكشف هذا الإبهام أو النقص، فلا بد للقاضي من عملية التكييف القانوني وهي: "إعطاء النزاع المعروض عليه الوصف القانوني الذي يسمح بتطبيق قاعدة قانونية معيّنة على النزاع ".[84]

في النظم التي لا يجوز فيها للقضاء وضع قواعد عامة وملزمة وإنما يرجع إلى اجتهاداته على سبيل الاستئناس كما هو الحال في القانون الفرنسي المعمول به اليوم وبعض القوانين العربية

[82] . حبيب ابراهيم الخليلي ، مرجع نفسه ، ص 165.

[83] . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، شركة آلات ولوازم المكاتب ، الإسكندرية ، (د ط)، (د ت ن) ، ص 502.

[84] . غوتي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 634.

التي تأثرت به ومنها الجزائر، فيعد الاجتهاد القضائي فيها من المصادر غير الرسمية للقانون أي من المصادر التفسيرية .[85]

إن تفسير النص القانوني يعدّ من صميم عمل القاضي لأنه مطالب بالفصل في أي نزاع يعرض أمامه، فقبل تطبيق القانون يجب تفسيره أولا من خلال تكييف الوقائع وفقا للقانون وهذا العمل يتطلب مهارة وخبرة لأن فيه إخراجا للقانون من قالبه النظري إلى إسقاطه عمليا على القضية محل النزاع.

الأصل في سلطة القاضي تقييده بالنص القانوني، وإطلاقها فيما لم يرد فيه نص قانوني صريح، وعليه فقد يجتهد إما من خلال النصوص التشريعية التي يلتزم بتطبيقها أو من خارج هذه النصوص، فإذا حصل الإجتهاد منه فلا يعدو أن يكون في حالتين:

- عند غموض النص أو إبهامه من جهة.
- وعند النقص في النص أو سكوته عن بعض المسائل من جهة ثانية.

1 . في حالة غموض النص أو إبهامه:

لا يجوز للقاضي أن يجتهد في وجود نص قانوني واضح وكما يقول الفقهاء لا اجتهاد مع النص، والأمر ذاته نصت عليه المادة من القانون المدني الجزائري " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ".[86]

فالقاضي ملزم بالبت في أي قضية تعرض عليه وإلا اعتبر منكرا للعدالة، بل لا يجوز له حتى أن ينسى أن يفصل في أحد مطالبها الأساسية إذا تعددّت، فاجتهاده عموما لا يخرج عن حالتين:

[85] . نادية فوضيل ، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)،1999 ، ص 78.

[86] . قوانين وأوامر ، أثار القوانين وتطبيقها ، أمر رقم 75. 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.، ص 990.

وذلك من خلال تفسير النص القانوني الموجود أمامه إن كان غامضا أي أنه لا يحتمل معنى واحد واضح، فواجب حينها على القاضي البحث عن المعنى المناسب لقضية النزاع المعروض أمامه ويحدد حكمها الأقرب للحق والصواب.

2 . في حالة نقص في النص أو سكوت:

ويمكن أن يكون هناك نقص في النص من خلال إغفال بيان أحكام بعض المسائل أو سكوته عن بعضها الآخر، وفي هذه الحالة يحاول القاضي أن يستخلص من نصوص التشريع أو التشريعات النافذة الحلول المناسبة للمسائل التي سكت عنها المشرع مستعينا في ذلك بطرائق التفسير المتاحة له ولاسيما طرائق الاستنتاج المختلفة والمقصود به التفسير التشريعي أي الصادر عن المشرع لاحقا .[87]

ويسمى نقصا في النص في حالة إغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم إلا به [88]، مثل سقوط كلمة " خطأ" في المادة 124 من القانون المدني " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه التعويض ".

في كلتا الحالتين لا يقتصر عمل القاضي قد يعمد القاضي، وهو يفسر القاعدة القانونية إلى تعديلها وضبطها حتى تتوافق مع القضية المطروحة للنزاع، فالقضاء له دور بارز في التوفيق بين نصوص القانون الثابتة وظروف المجتمع المتغيّرة.

3 . أمّا الحالة الثالثة وهي عند عدم وجود النص في التشريع فإنه ملزم بالبحث في مصادر القانون الأخرى التي أحالته عليها المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري " إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "[89]وتفصيلها كالآتي:

---

[87] . محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 234.

[88] . عمار بوضياف ، ، المدخل إلى العلوم القانونية ، دار ريحانة ، الجزائر، ط2، 2000،، ص 208 .

[89] . القانون المدني الجزائري.

- مبادئ الشريعة الإسلامية والمقصود بها قواعدها العامة مثل مبدأ نفي الحرج ومبدأ الضرورة والمصلحة وغيرها لأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية ككل يجعل منها مصدرا أساسيا لا مصدرا احتياطيا .[90]
- العرف وهو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معيّنة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا.[91]
- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة وهي المبادئ التي يكشف العقل الإنساني ويسلم بحاجته إليها لضبط سلوكه... والكفيلة بتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع.[92]

وخلاصة القول أن الاجتهاد القضائي في النظم التي تأخذ بالقانون المكتوب وهي الدول اللاتينية وتتبعها الدول العربية ومنها الجزائر فإن القضاء فيها يعد مصدرا تفسيريا يستأنس به القاضي في تفسير القواعد القانونية، غير أنه من الملاحظ أنه إذا استقرت أحكام القضاء الأعلى (المحكمة العليا) على اتجاهات معيّنة ترتب على ذلك أن المحاكم الأدنى درجة تلتزم بهذه الاتجاهات القضائية وهذا نظرا لما تتمتع به المحاكم العليا من نفوذ أدبي .[93]

فيعتبر الاجتهاد القضائي في هذه الدول من المصادر غير الرسمية للقانون أو من المصادر التفسيرية، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يصدر أحكاما عامة ملزمة، لأنّه في هذه النظم لا يملك القوة الملزمة إلاّ في القضية التي يصدر فيها الحكم.

وهذا هو الاتجاه الغالب الذي يرى أن الدور الذي يقوم به الاجتهاد القضائي حاليا لا يعدو أن يكون مصدرا تفسيريا للقواعد القانونية، فالعمل الأساسي للقضاء هو تطبيق القانون لا خلقه.

---

[90] . محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 251.

[91] . حبيب إبراهيم الخليلي ، المرجع السابق ، ص 143.

[92] . مجمد سعيد جعفور ، المرجع سابق ، ص 201.

[93] . نادية فوضيل ، المرجع سابق ، ص 78.

إذا لم يجد القاضي في نصوص التشريع قاعدة يقضي بموجبها كان لا بد له من البحث عن القاعدة خارج هذه النصوص، وذلك بالرجوع إلى مصادر القانون الرسمية الأخرى.

ومن هنا يتبين الدور الحقيقي الذي يقوم به الاجتهاد القضائي في النظام القانوني الجزائري من إرساء لقواعد القانون، فرغم أنه لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر القانون، إلا أنه يصنع القانون، ولكن تبقى هذه القواعد القانونية التي يبتكرها القضاء مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي، فإذا اطردت المحاكم على مقتضى مبادئ الاجتهاد أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا.[94]

" فالقاضي ملزم بإيجاد القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه وإن لم يجد نصا في التشريع أو الشريعة الإسلامية أو العرف، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني ".[95]

يتحدد عمل المحكمة العليا بحسب الأصل كهيئة قضائية مقوّمة لأعمال الهيئات القضائية الدنيا (المحاكم والمجالس القضائية) حيث أنها لا تحكم في الدعاوى بل في الأحكام محل الطعن، فهي ليست درجة ثالثة في للتقاضي، وإنما مهمتها تقتصر في التحقق من إعمال قاضي الموضوع للقانون دون النظر للوقائع [96]، فإن طبقه تطبيقا سليما رفضت الطعن، وإن تبين لها أن القاضي قد أخطأ في هذا التطبيق نقضت الحكم وبينت وجه هذا الخطأ.

تحتل المحكمة العليا قمة الهرم في التنظيم القضائي الجزائري، ووفقا لنص المادة الثالثة من القانون العضوي رقم 12.11 فهي تعد محكمة قانون: " المحكمة العليا محكمة قانون، ويمكن أن تكون محكمة موضوع في الحالات المحددة في القانون".

---

[94] . بن صغير محفوظ ، المرجع سابق ، ص 238 و239.

[95] . عمار بوضياف المرجع السابق ، ص 194.

[96]. عادل مستاري ، "الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمان محاكمة عادلة "، مجلة الاجتهاد القضائي ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،العدد 13 ، 2016، ص 124.

تمارس المحكمة العليا الرقابة على الأوامر والأحكام والقرارات القضائية من حيث تطبيقها السليم للقانون واحترامها لأشكال وقواعد الإجراءات.[97]

يقتصر دورها على مراقبة الأحكام القضائية الصادرة من الجهات القضائية الدنيا من حيث قانونيتها لا وقائعها، فإذا قبلت الطعن المقدم فإنها لا تنظر في موضوع النزاع وإنما تحيل الدعوى إلى الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المنقوض، فالمبدأ المعمول به في الجزائر هو مبدأ التقاضي على درجتين.

فالاجتهاد القضائي هو الذي يمنح للقانون المرونة التي تجعله يواكب التغيرات التي تحدث داخل المجتمع، فما وضعه المشرع من قواعد قانونية في زمن معيّن وفي ظروف قد تكون خاصة يبقى ثابتا ردحا من الزمن لكن حياة الناس وقضاياهم ومصالحهم سريعة التغيّر والتبدل ممّا يستوجب إيجاد حلول سريعة لمشاكلهم ونزاعاتهم وهو ما يمنح الفرصة ويفتح المجال أمام القضاء للاطلاع بهذه المهمة التي لا تخرج عن صميم عمله.

المطلب الثاني: علاقة الاجتهاد القضائي بمسائل الأسرة ومنها التنزيل

[97] . القانون العضوي رقم: 11. 12 المؤرخ في: 26 جوان ، 2011 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا واختصاصاتها ، الجريدة الرسمية ، العدد 42 ، المؤرخ في: 31 جوان 2011.

الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة مرتبط ارتباطا وثيقا بأحكام الشريعة الإسلامية ولا ينفك عنها مطلقا لأمرين أساسيين أولهما قدسية العلاقة الأسرية في الإسلام وفي نفوس أفراد المجتمع المسلم بصفة عامة و ثانيهما أن الأحكام التي تنظمها مصدره الأساسي هو الشريعة الإسلامية وإن وضعت أحكامها في شكل قواعد قانونين وسميت تشريعا أو قانونا للأسرة، وفي بعض النظم قانون الأحوال الشخصية، لكن تبقى النصوص . مهما كانت طبيعتها . محدودة منتهية وتحتاج دائما إلى التفسير والاجتهاد من أجل استخراج كل معانيها الكامنة ضمنها، ولما كانت حياة الناس متغيرة وعلاقاتهم متجددة كانت الحاجة إلى الاجتهاد أكثر وفي قضايا الأسرة ربما أشد حاجة إليه للحفاظ على كيانها وصيانة حقوق كل أطرافها وكان لزاما على القاضي أن يجد الحلول المناسبة والعادلة لفض كل نزاع يطرح عليه في قضاياها.

إن قواعد تفسير النصوص أو الدلالات أو طرق الاستنباط واحدة بين العلماء في أصولها وقد تختلف المصطلحات أو التقسيمات، وهذه القواعد تطبق على نصوص الشرع وعلى نصوص القوانين والمراسيم والقرارات[98]، فالاجتهاد صار أمرا لازما من أجل إيجاد الحلول لكل نازلة مستجدة ولكل مشكل عويص يعترض الأسرة ويحول دون تأديتها لدورها داخل المجتمع ممّا لا يوجد فيه نص واضح صريح أو ممّا لا يوجد فيه نص أصلا.

فالاجتهاد هو الوسيلة الوحيدة للوصول إلى الحلول للمشكلات والنزاعات المستجدة المتعلقة بالأسرة ووجوب الفصل فيها من طرف القضاة المختصين فيها وتسهيل الحياة وضمان ديمومتها بأفضل الطرق وأعدلها، وفي مجال الأسرة هناك تراث فقهي غزير متعدد بتعدد المذاهب والآراء الفقهية التي عرفتها الأمة الإسلامية وتناولها علماؤها بالتفصيل والبيان ولذلك نتناول هذا المطلب من خلال معرفة أهمية الاجتهاد القضائي ودواعيه في قانون الأسرة الجزائري.

[98] . محمد محمود الزحيلي ، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي ، دار الخير ، بيروت ، ط 2 ، 2006 ، ج 2 ، ص 7.

الفرع الأول: أهمية الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة

يلعب القاضي دورا مهما في مجال قانون الأسرة لأنه يتطلب اجتهادا دائما متواصلا، ونحن بصدد الكلام عن الاجتهاد القضائي في مجال قضايا الأسرة لابد أن نشير إلى الاجتهاد القضائي فيها يستمد طبيعته وقوته من نصين هما:

الأول جاءت به المادة الأولى من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية:"إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ".

والثاني ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".

من خلال هذين النصين فالقاضي أمام مفهومين إما مبادئ أو أحكام الشريعة الإسلامية، قبل التزامه بداية بتطبيق نص القانون الموجود في قانون الأسرة ثم بعد ذلك إمّا إلى:

– أحكام الشريعة الإسلامية دون تقييده بأي مذهب من المذاهب كما جاء في تشريعات دول عربية أو إسلامية أخرى، فهناك من يرى أن في ذلك حرية للقاضي للبحث والاجتهاد في التراث الفقهي الإسلامي الواسع فبالنسبة لقانون الأسرة تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا.

نلاحظ أن القانون أعطاه سلطة ومجالا للتدخل في الكثير من المسائل المتعلقة بالإثبات والتقدير فهو يمارس اجتهاده في قضايا كثيرة مثل تقدير التعويض الناتج عن العدول عن الخطبة والمصلحة والضرورة في سن الزواج والمبرر الشرعي ونية العدل في تعدد الزوجات وفي النفقة ومقدارها والحضانة ومصلحة المحضون واثبات أسباب التطليق الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري والكثير من المسائل غيرها.

وتظهر أهميته في قضايا الأحوال الشخصية جلية لأن حياة الناس متغيّرة ومصالحهم متجددة وغير متناهية بينما النصوص القانونية التي تحكمها ثابتة متناهية وبمنظور العقل لا يمكن للمتناهي أن يضبط غير المتناهي ومنه أصبح الاجتهاد ضرورة لا مفر منها، كما أن القانون أعطى للقاضي مجالا واسعا.

" لكن المشرع لم يتصوّر عند إصداره للقانون النزاعات والمشاكل التي قد تثور عند تطبيق القانون وفي ذلك على الاجتهاد القضائي أن يبحث عن الحل المناسب."[99]

ويظهر ذلك من خلال قراءة وتحليل مواد قانون الأسرة الجزائري وبيان سلطة القضاء واجتهاداته فيها على النحو التالي:

– السلطة التقديرية للقاضي في الكثير من المسائل مثل جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة كما نصت عليه المادة 5 من قانون الأسرة، العدول عن إتمام الزواج من المقرر قانونا أنّه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها... ولمّا ثبت في قضية الحال أنّ الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني فلا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك. [100]

– والترخيص بالزواج قبل تمام سن الأهلية المحدد في المادة 7 ب19 سنة لمصلحة أو ضرورة.

– في السماح بتعدد الزوجات للقاضي تقدير وجود المبرر الشرعي ونية العدل وحرصه على موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها كما جاء في المادة الثامنة، مع تمكين القاضي من فسخ الزواج الجديد إذا لم يحصل الزوج على ترخيص منه بنص المادة 8.

---

[99] . غوتي بن ملحة ، المرجع سابق ، ص 620.

[100] . قرار رقم:927114 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1993/7/13 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1995 ، ص 128.

– سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب كما جاء في المادة 2/40

جاء في القرار: يمكن طبقا للمادة 40 إثبات النسب عن طريق الخبرة الطبية (الحمض النووي (DNA ولا ينبغي الخلط بين إثبات النسب في الزواج الشرعي المادة 41من نفس القانون، وبين إلحاق النسب في حالة العلاقة غير الشرعية.[101]

فاللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب يكون في حالة وجود زواج شرعي.

– اجتهاد القاضي في الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعاوى الطلاق واثبات أسباب التطليق العشرة الواردة في المادة 53، وتقدير التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي الذي نصت عليه المادة 52.

جاء في قرار المحكمة العليا: عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق.[102]

وفي قرار آخر : للمطلقة، في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين، الحق في التعويض عن كل طلاق، واقع بإرادة الزوج المنفرد.[103]

– تقدير مصلحة المحضون في ترتيب الحاضنين وتوفر الشروط فيهم وإسقاط الحضانة عنهم كما جاء في المواد 64 و 66 و67 سلطته في تمديد مدتها للذكر حسب المادة 65.

---

[101] . قرار رقم: 355180 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ 2006/3/5، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2006 ، ص 469.

[102] . قرار رقم: 356997، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، 2006 ، ص 441.

[103] . قرار رقم: 345709 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2005/10/12 ، مجلة المحكمة العليا العدد 2 ، 2005، ص 419 ، جمال سايس.ج 3 ص 1305.

فقد جاء في القرار: لا يسقط حق الأم في الحضانة بمجرد السفر والتردد على الخارج لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر، يمكن للأم الحاضنة إشراك من تثق فيهم من الأقارب لرعاية المحضون دون أن تكون ملازمة له لمباشرة شؤونه .[104]

– في تقدير النفقة يراعي فيها القاضي حال الطرفين وظروف المعاش المادة 79 وكذلك بين الفروع والأصول والعكس حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة المادة 77.

جاء في القرار: من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مض سنة من الحكم... وأن المجلس لما قضى بتحديد النفقة دون أن يقدر ظروف الزوج و مدخوله ووسعه والمدة الزمنية التي مرّت بها القضية وطول المرافعات يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية .[105]

– في الأحكام العامة للنيابة الشرعية يرجع الأمر للقاضي في تقدير النفع أو الضرر في تصرفات من لم يبلغ سن التمييز المادة 82 وتقدير النفع والضرر في تصرفاته في حالة النزاع المادة 83.

جاء في القرار: " وحيث يتبيّن من مراجعة القرار المطعون فيه ومن الإطلاع على وثائق الملف أن القضية تتعلق بقاصرين ولا يجوز قبول تنازل الولي على حقوقهم على فرض وجوده إلا بإجراءات خاصة ومن بينها مصادقة المحكمة عليه هذا وبالإضافة إلى ما تقدم فأنّ التنازل يكون

[104] . قرار رقم: 1265504 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2018/6/6 ، مجلة المحكمة العليا ،العد 2 ، 2018 ، ص 85.

[105] . قرار رقم: 51715 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 1989/1/16 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1992، ص 55 ، نقلا عن جمال سايس ج 2 ، ص 552.

بمقابل وإنّ الحكم الجزائي المتضمن ذكر التنازل لم يتعرض لهذا المقابل ومن هنا يتأكد أن التنازل كان في الدعوى فقط لا في طلب التعويض.[106]

– في الولاية إعطاء الإذن للولي في التصرف في أموال القصر مع مراعاته الضرورة والمصلحة في الحالات التي حددتها المادة 88 وسلطته في تعين متصرف إذا حدث تعارض بين مصالح الولي والقاصر بنص المادة 90.

– في الوصاية حال تعدد الأوصياء للقاضي اختيار الأصلح منهم المادة 92 وله السلطة في تثبيتها أو رفضها المادة 94.

– في الحجر وأحكامه للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر المادة 103 وله سلطة تعيين مقدم لرعاية شؤون المحجور عليه أذا لم يكن له وصي أو ولي المادة 104.

جاء في القرار: يتم توقيع الحجر، استنادا إلى خبرة طبية من طبيب مختص في الأمراض العقلية.[107]

وفي قرار أخر: يراعي القاضي عند تعيينه المقدم لرعاية شؤون المحجور عليه الشخص الأصلح.[108]

– في أحكام المفقود والغائب للقاضي السلطة في حصر أمواله وتعيين مقدم عليها المادة 111 وفي تحديد المدة المناسب للحكم بموته في الحالات التي تغلب فيها السلامة المادة 113.

---

[106] . قرار رقم: 39593 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1985/1/23 ، المجلة القضائية ، العدد 4 ، 1989 ، ص 26 .

[107] . قرار رقم: 365226 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2006/7/12 ، مجلة المحكمة العليا ، العد 2 ، 2006 ، ص 477.

[108] . قرار رقم:577743 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2010/10/14 ، مجلة المحكمة العليا ، العد 2 ، 2010 ، ص 285.

جاء في القرار: إن احتساب القضاة لمدة الفقدان من تاريخ النطق بالحكم رغم ثبوت ظروف فقدان المفقود دون إجراء تحقيق لمعرفة ذلك هو خطأ في تطبيق القانون.[109]

– وفي الكفالة إذا لم يكن المكفول مميزا لا يسلم إلى أبويه إلا بإذن القاضي الذي يقدر مصلحته حسب المادة 124.

– وفي قسمة التركات أذا كان بينهم قاصر تكون أمام القضاء المادة 181 وللقاضي السلطة في وضع الأختام وإيداع النقود والأشياء ذات القيّمة والفصل في طلب تصفية التركة وتعيين مقدم بنص المادة 182.

– وفي أحكام التنزيل ترك للقاضي الاجتهاد في بيان مستحقيه وشروطهم وكيفية حساب مقداره وبيان طبيعته القانونية وما يترتب عن ذلك ممّا سيأتي الكلام عنه لاحقا وعن المواد المنظمة له من قانون الأسرة، والقرارات المتعلقة به أهم الاجتهادات القضائية الصادرة فيه.

الفرع الثاني: دواعي الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

لا شك أن المجتمع الجزائري والأسرة بالذات ليست بمنأى عمّا يحدث في العالم من تغيّرات اجتماعية وأخلاقية وثورة علمية كان لها الأثر الكبير عليها ممّا يستدعي ضمانات أكبر ومفاهيم أوسع تستوعب هذا الكم الهائل من الانعكاسات المهمة الماسة بهذا الكيان من أجل حمايته من جهة وتجديد وإيجاد الحلول لأي مشكل يعترض بقاءها أو يحد من أداء دورها من جهة أخرى، فقضايا مثل التلقيح الاصطناعي أو البصمة الوراثية أو الاستنساخ كلها تفرض نفسها ولها تأثيرها

[109] . قرار رقم: 290808 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) ، بتاريخ: 2002/4/10 ، المجلة القضائية ، العد 1 ، 2003 ، ص 372.

المباشر الذي يمس بالأسرة، فمجاله واسع جدا والدواعي للاجتهاد القضائي والتي ساعدت في تطوره عديدة منها:

أولا: الأبحاث الطبية والابتكارات العلمية ونقصد ما كان مرتبطا بالأسرة وعلى سبيل المثال إثبات النسب بالبصمة الوراثية وقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة معدلة في فقرتها الثانية " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".[110]

فلا يوجد نص يحدد الطرق العلمية المقصودة ولم يفصل في شروط الأخذ بها والحالات التي يمكن اللجوء فيها لهذه الطرق وإلزام الأشخاص بها وبنتائجها ممّا يفتح المجال واسعا للقاضي في تقدير كل ذلك جاء قرارات المحكمة العليا : لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان بطلب من الزوج.[111]

– إذا ثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بحكم قضائي فإنه لا يقبل النفي بالوسائل العلمية .[112]

– يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " مقررة لإثباته وليس لنفيه .[113]

– عدم قيام الزوج بنفي نسب بنته المولودة أثناء العلاقة الزوجية بالطرق المشروعة يحول دون اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب .[114]

---

[110] . المادة 40 من قانون الأسرة عدلت بالأمر 02.05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، ص 21.

[111] . قرار رقم:828820 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2012/12/13 ، مجلة المحكمة العليا، عدد1 ، 2014 ، ص 323.

[112] . قرار رقم:0944691 ، ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2015/9/10 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 2 ، 2015 ، ص 166.

[113] . قرار رقم: 690718 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2012/3/15 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، 2013 ، ص 268.

[114] . قرار رقم: 704222 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2012/3/15 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1، 2013 ، ص 262.

. ثانيا: الأوضاع والظروف الاجتماعية وأنسب مثال التنزيل الذي هو محل البحث فما هو إلا استجابة للظروف الاجتماعية التي يعيشها الأحفاد الذين توفي أصلهم قبل جدهم أو جدتهم وحرموا من الميراث لوجود من يحجبهم فبقوا بلا معيل.

والباعث على ذلك أنّه في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع مع أن أعمامهم في سعة ورغد من العيش يجتمع لأولئك اليتامى مع اليتم وفقد العائل الحرمان ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة، ويصير بعضهم في متربة بسبب موت أبيهم المبكر، وكثيرا ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى في حياتهما.[115]

فالغاية إذا من تشريع التنزيل واضحة جلي وهي لمشكل أملته الظروف الاجتماعية وقد تكون فرضته العادات والأعراف لرفع الفقر والحرمان عن الحفد.

ومن أمثلة الاجتهاد القضائي فيه ما جاء في القرار:

كلمة أصلهم الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة، تعني الأب أو الأم، تعني كلمة أحفاد أبناء الابن (الأب) وأبناء البنت (الأم) .[116]

والوضع الاجتماعي أعطى للقاضي سلطة تقديرية في قيمة النفقة جاء في القرار:

من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش...[117]

في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي جاء القرار :

---

[115] . محمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (د ط)، (د ت ن) ، ص 244.

[116] . قرار رقم: 0759763 ، المحكمة العليا ، (شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ:2013/9/12، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، 2014 ، ص 327.

[117] .قرار رقم: 51715، المجلس الأعلى ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1989/1/16، المجلة القضائية ، العدد 2 1992 ، ص 55.

- تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم .[118]
- تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها جاء في القرار:

من المقرر قانونا أنّه في تقدير النفقة يراعي فيه القاضي حال الطرفين وظروف المعاش ولمّا كان ثابتا . في القضية الحال . أنّ القرار المطعون فيه أيّد الحكم المستأنف الذي قدّر النفقة حسب حال الطرفين وأجاب على أنّ النفقة على الابن واجبة على الأب تجاه ابنه المحضون وأنّ عدم الأخذ بشهادة عدم العمل الصادرة عن البلدية تصادق فقط عن إمضاء الشاهدين وعليه فإنّ القضاة بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون .[119]

. ثالثا: التأثر بالأفكار والقوانين الأخرى فالأسرة الجزائرية ليست بمنأى عما يحدث في العالم و المتغيرات التي فرضتها العولمة بدعوى أنها مشترك إنساني والضغوط التي تمارسها الحركات المختلفة باسم الحريات الشخصية تارة وأخرى بشعار المساواة بين الجنسين والتمكين للمرأة وكان لهذه الأفكار الأثر البالغ على قانون الأسرة الجزائري تعديلا أو إلغاء وتبعه حتما أثر على الاجتهاد القضائي من أجل حماية للأسرة من كل الأفكار والقوانين الوافدة من الغرب بدعاوى متعددة وباسم الحرية أو التقدم والتحضر وحتى تحت مظلة حقوق الإنسان و التي تتنافى مع ثقافة المجتمع وتقاليده التي يستمدها أصلا من دينه الحنيف.

بقضايا الأسرة ليحقق النتائج الإيجابية المنتظرة منه، لأن فيه ثراء قانونيا مواكبا لتطورات الحياة و مستجداتها وتحقيقا للمقاصد التي وجدت الأسرة لأجلها وفيه محافظة على مرونة القانون القادر على إيجاد الحلول الملائمة لكل مشكل ونزاع، كما يحمي القانون ويحافظ عليه من الفكر الدخيل الوافد من الحضارات والأمم الأخرى من خلال التقيّد بالمصادر المرتبطة بالدين وبعرف

---

[118] . قرار رقم: 368660 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2 ، 2006 ، ص 486.

[119] . قرار رقم: 216886 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1999/3/15 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 203

المجتمع حتى لا تخرج عن نطاقه فيما قد يتعارض ويتنافى معهما، وفي قانون الأسرة بالذات سعة ومجال للأخذ من كل المذاهب والآراء الفقهية فمن جهة تعتبر ايجابية وخصلة ربما يحمد عليها المشرع لأن فيها حدا لظاهرة التعصب المذهبي ورحمة في التوسيع على الأمة ورفع الحرج والضيق والمشقة وعدم إلزامهم برأي واحد في الأمور المختلف فيها بين العلماء المجتهدين، وفتح المجال أيضا أمام الباحثين والمختصين لإبراز طاقاتهم وقدراتهم ورفع الجمود وإعادة الدور الريادي للاجتهاد بما يخدم الأسرة والمجتمع والأمة.

الفصل الثاني:

أهمية الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل

ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول:

دور قاضي شؤون الأسرة في أحكام التنزيل

المبحث الثاني:

أهمية وتطبيقات الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل

كما سبق وأن ذكرنا أن الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة له أهميته ومجاله وترك له المشرع الجزائري سعة وسلطة تقديرية كبيرة يستطيع من خلالها قاضي شؤون الأسرة أن يدلي بدلوه فيها و أن يمارس صلاحياته المخولة له قانونا إسهاما منها في حل مشكلاتها وفض نزاعاتها باعتباره المسؤول الأول عن ذلك، وقضايا التنزيل هي أحد هذه الأمور التي وجب عليه أن يحفظ حقوق أطرافها ويجسد عدالة القانون على ضوئها لما كانت النصوص القانونية قليلة ومختصرة وفيها من عدم الوضوح ما فيها جاء هذا الفصل كتطبيق لدور القاضي في أي جهة كانت درجته ليصدر الأحكام والقرارات التي تفي بالغرض، من أجل بيان الجهة القضائية المختصة في النظر في المنازعات المثارة حول التنزيل ومن لهم الحق في رفع هذه وكيف تكون طبيعتها ثم في مبحث ثاني نعرض لأهم قرارات المحكمة العليا في هذا الباب.

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في أحكام التنزيل

لا شك أن لرجل القضاء الدور البارز في تجسيد العدالة من خلال إعطاء كل ذي حق حقه استنادا إلى التشريع المعمول به والمتفق عليه وفي أحكام التنزيل المدرجة ضمن قانون الأسرة فإن الأمر في فض نزاعاتها موكول بالدرجة الأولى والأكبر لقاضي شؤون الأسرة، ومن أجل ذلك لا بد من تفصيل الأمر وبيان الجهة القضائية المختصة ومن هم الأشخاص المؤهلون قانونيا لرفع دوى التنزيل دائما بالاستناد إلى القانون الذي ينظم هذه الإجراءات.

المطلب الأول: الجهة القضائية المختصة والمؤهلون لرفع دعوى التنزيل

في هذا المطلب ارتأينا أن نوضح الأطراف التي تكون أثناء سير أي قضية فيها تنزيل، أولا الجهة القضائية التي يرفع أمامها هذا النوع من الدعاوى إقليميا ونوعيا حتى لا يحدث التضارب وتطول الإجراءات أو تضيع الحقوق بسبب غياب ثقافة قانونية بسيطة ثم من هم الأشخاص المؤهلون لرفعها وما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيهم.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة

يقصد بالاختصاص القضائي قسمين : اختصاص إقليمي واختصاص نوعي .

أولا . الاختصاص الإقليمي : وهو تحديد الرقعة الجغرافية للمحاكم التي تمارس فيها نشاطها القضائي ، وبالنسبة لقضايا شؤون الأسرة فقد أشارت المادة 426 من ق إ م أ ، فإذا أقيمت دعوى بشأن أي قضية أمام محكمة غير تلك التي منحها القانون صلاحية الاختصاص بالفصل فيها ودفع المدعى عليه بعدم الاختصاص الإقليمي للمحكمة ، فإنّه من واجب القاضي أن يناقش هذا الدفع فيرفضه أو يقبله .[120]

قواعد الاختصاص الإقليمي وضعت لمصلحة الأطراف بغرض تقريبهم من العدالة، وبالتالي يجوز لهم اللجوء لأي محكمة يرونها مناسبة وقريبة لهم " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام

[120] . تلمساني،" محاضرات : إجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة" ،جامعة احمد بن بلة ، وهران ، محاضرة 1، ص2. .

القاضي ، وحتى ولو لم يكن مختصا إقليميا"[121]، فيفهم من ذلك أنها ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، لكن المادة 40 من ق إ م إ حصرت الاختصاص الإقليمي للمحاكم في بعض المواد " فضال عما ورد في المواد 37،38،46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها...–في مواد الميراث،دعاوى الطالق أو الرجوع،الحضانة ،النفقة الغذائية و السكن،على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى،مسكن الزوجية،مكان ممارسة الحضانة،موطن الدائن بالنفقة،مكان وجود المسكن "، ومنه فهي في هذه المواد من النظام العام .

فإذا كانت قواعد الاختصاص الإقليمي متعلقة بالنظام العام فهنا يجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يجب على المحكمة أن تقضي به تلقائيا حتى و لو لم يتمسك به الخصوم.

جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما نصه:" ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبيّنة أدناه دون سواها... في مواد الميراث... أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى ".[122]

وفي المادة 498:" يؤول الاختصاص في دعاوى التركة إلى المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفى، حتى وإن وجدت بعض أملاك التركة خارج دائرة الاختصاص الإقليمي لهذه المحكمة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".[123]

وفي المادة 499: " يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لا سيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة ".[124]

---

[121] . المادة 46 من ق إ م إ

[122] . المادة 40 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[123] . المادة 498 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

والتنزيل يأخذ حكم الميراث في إجراءاته واختصاص القضاء به، وعلى هذا وجب اعتماد نفس الإجراءات القانونية المطبقة في مسائل الميراث فيما يتعلق بالتقاضي[125]، أمّا إذا اشتملت التركة على عقار فإن الاختصاص الإقليمي، يعود للمحكمة التي يقع العقار بدائرة اختصاصها هذا العقار.[126]

ثانيا . الاختصاص النوعي : يقصد به تحديد المنازعات التي يعود الفصل فيها لقسم شؤون الأسرة نظرا لموضوع الدعوى وطبيعة النزاع ، والقاعدة العامة أنّه من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته ويمكن أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ،وهي القضايا المحددة في قانون الأسرة ، لكن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو من حدّد بعض المواضيع التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها من خلال المادة 40 سابقة الذكر .

أمّا الاختصاص النوعي فإنّه لقسم شؤون الأسرة للفصل في دعاوى التركة، وقد يشاركه في ذلك القسم المدني لأنه صاحب اختصاص عام لكل الدعاوى المدنية وكما يقال من ملك الكل ملك الجزء ، وأيّيد ذلك قرار المحكمة العليا " .. إنّ القرار عندما قضى بعدم الاختصاص النوعي قد خالف نص المادة 1 من ق إ م التي تنص على أنّ المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام ، وهي تفصل في جميع القضايا المدنية والتجارية أو دعاوى الشركات ،والتقسيم الداخلي الموجود في كل محكمة هو مجرد تقسيم للمحل وليس تقسيما للاختصاص النوعي ... وللمجالس القضائية الاختصاص العام بالنظر في جميع الاستئنافات المرفوعة ضد أحكام المحاكم ، حتى لو وجد خطأ في وصفها "[127]

---

[124] . المادة 499 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[125] . أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص 218.

126 . المادة 40 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[127] . قرار رقم: 204999، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ: 1998/10/20 ، المجلة القضائية ، العدد 2، 2000 ، ص 177.نقلا عن جمال سايس ،الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج 2 ، ص 966.

وأيضا القسم العقاري إذا كان محل التركة عقارا فله يؤول الاختصاص في النظر في الدعاوى التي تخص العقارات فقد جاء في النص القانوني: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا التالية... في القسمة وتحديد المعالم ".[128]

" في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا ".[129]

أمّا قانون الأسرة فقد نص على:" في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم، ولرئيس المحكمة، أن يقرر وضع الأختام، وإيداع النقود والأشياء ذات القيمة، وأن يفصل في الطلب".[130]

ونشير أيضا إلى أنّ الإجراءات تأخذ الوصف الاستعجالي في المسائل المتعلقة بالتنزيل تبعا لمسائل الميراث، " يجب أن تتبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها، وطرق الطعن في أحكامها".[131]

ومن ثمّ فهي تدخل ضمن اختصاصات قاضي الأمور المستعجلة، ولكن في بعض موضوعاتها فقط[132]، فقضاء الاستعجال يمتاز بالسرعة وبساطة الإجراءات، الهدف منه تحقيق حماية قانونية سريعة للحقوق والمراكز القانونية التي يهددها خطر محدق[133]، فرؤساء الأقسام مختصون بالنظر في الأمور الاستعجالية المطروحة أمامهم، ولا شك أنّ مسائل التنزيل ضمنها للحكمة التي شرع التنزيل لأجلها وهي حاجة فئة الحفدة إلى المال والتعويض عن الحرمان الذي ميّز حالتهم الاجتماعية وأصبغ عليها الفقر والاحتياج، ولأجل الحصول على الحماية القانونية

[128] . لمادة 9/512 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[129] . المادة 32 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[130] . المادة 182 من قانون الأسرة الجزائري.

[131] . المادة 183 من قانون الأسرة الجزائري.

[132] . أحمد دغيش ، مرجع سابق ، ص 218.

[133] . زهير سعودي ، "القضاء الاستعجالي العادي" ، مجلة صوت القانون ، المركز الجامعي مرسلي عبد الله ، تيبازة ، معهد الحقوق والعلوم السياسية ، ج 7،عدد1 ،2020، ص 1.

العاجلة التي لا تتحقق إلا بإتباع إجراءات خاصة وفي ظروف خاصة قد تتضمن ضررا يتعذر تداركه أو إصلاحه، وفي هذه الألفاظ العامة سعة ومجال للاجتهاد القضائي في تقدير ما هو مستعجل وما هي الضرورة والمصلحة التي يجب حمايتها بهذه الإجراءات.

ومنه فإنّ الإجراءات العادية أمام المحاكم الابتدائية قد لا تؤدي الغرض المقصود من تشريع قانون الأسرة للتنزيل لأنّ التركة عموما قد تحتوي على أموال تكون بطبيعتها غير قابلة للانتظار لمدة طويلة دون التصرف فيها بمختلف التصرفات القانونية .[134]

سواء كانت ديونا أو وصايا أو تنزيلا، فقد يطالها الاعتداء أو التغيير في هيئتها والإنقاص من قيمتها مهما كانت طبيعتها، عقارات أو منقولات ممّا يؤدي حتما إلى الإضرار بكل من له حق فيها، إذن كل هذه الأسباب وغيرها تجعل من قضاياها ذات طابع استعجالي يستدعي السرعة في بعض الإجراءات والأحكام المتعلقة بها.

الفرع الثاني: المؤهلون لرفع دعوى التنزيل

إنّ حق التقاضي كفله القانون " يجوز لكل شخص يدّعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته "[135]، فهو يجيز لكل مدع حق التوجه إلى القضاء المختص من أجل استعادة حقه أو حمايته، ويمتد حق التقاضي ليشمل الدعاوى أمام محكمة أول درجة وجهة الاستئناف وجهة النقض[136]، فمن شروط رفع الدعوى الصفة والمصلحة، "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون[137]"، والصفة

[134] أحمد دغيش ، الرجع نفسه ، ص 219.

[135] . المادة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 2.

[136] . عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي للطباعة والنشر، الجزائر ، ط 2، 2009 ، ص 21.

[137] . المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ص 2.

هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتشترط في المدعي والمدعى عليه أي من ذي صفة على ذي صفة سواء تعددوا أو انفردوا.

جاء في قرار المحكمة العليا:".. حيث أنّه من الشروط الواجب توافرها قانونا لإقامة الدعوى توافر شرط الصفة في المدعي بأن يكون هو صاحب الحق أو المركز القانوني موضوع الدعوى...".[138]

أمّا المصلحة فهي المنفعة التي يبتغي رافع الدعوى تحقيقها،وهي سبب لجوءه إلى القضاء سواء كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة بشرط أن تكون قانونية، فالمنازعات المتعلقة بالتركة قد تكون من وارث وقد تكون من أي صاحب مصلحة أخر كالخزينة أو إدارة الضرائب مثلا أو أي دائن أخر أو الموصى له، وهنا يدخل الأشخاص المستحقين للتنزيل (الحفدة)[139]، وفي بيان صفتهم لا بد عليهم أن يقدموا وسائل الإثبات من وثائق و مستندات تثبت نوع ودرجة قرابتهم من المتوفى.

في كلامنا عن الأشخاص المستحقين للتنزيل استنادا إلى قانون الأسرة هم :

. فرع الولد الذي توفي حقيقة في حياة أصله (أبيه أو أمه).

. فرع الولد الذي توفي وفاة حكمية كالمفقود في حياة أصله (أبيه أو أمه).

. فرع الولد الذي توفي مع أصله (أبيه أو أمه)، ولم يعرف أيهما مات أولا .

فإذا كانت الدعوى قد رفعت من بعض الورثة أو كلهم ، يكون لهم ذلك بعد حصرها والتأكد من استيفاء أصحاب الحقوق حقوقهم ، وتقسم حسب أنصبتهم الشرعية ، إذا لم يترتب على هذه القسمة أي ضرر ، وإلا وجب التخارج أو بيعها بالمزاد العلني ، ويدخل في التركة الورثة والأحفاد

[138] . قرار رقم: 0965517 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، ، بتاريخ: 2016/5/4 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1، 2016 ، ص 140.

[139] . أحمد دغيش ، مرجع سابق ، ص 218.

المستحقين للتنزيل ، فإذا كان بين الورثة أو هؤلاء الأحفاد قصرا يجب أن تقسم عن طريق القضاء " ... وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء " .[140]

جاء في قرار للمحكمة العليا : " إنّ إجراء قسمة تركة مع وجود قاصر بين الورثة تستدعي اللجوء إلى القضاء وإلا اعتبرت باطلة "[141]

فإن لم يكن لهم ولي ولا وصي وجب على القاضي أن يعيّن مقدما على أموال القصر يتصرف فيها لحسابهم ويديرها وفق مصلحتهم ويتحمل مسؤولية ذلك " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه ، أو ممّن له مصلحة ، أو من النيابة العامة ".[142]

كما يمكن للنيابة العامة بطلب تصفية التركة في الحالة نفسها " ... في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم ...".[143]

المطلب الثاني: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في قضايا التنزيل

[140] . المادة 181 من قانون الأسرة .

[141] . قرار رقم: 112773 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ: 1995/1/31 ، نشرة القضاة، العدد 50، 1997 ، ص 90.نقلا عن جمال سايس ،المرجع السابق ، ج 2 ، ص 851.

[142] . المادة 99 من قانون الأسرة .

[143] . المادة 182 من قانون الأسرة .

" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة".[144]

كما سبق ذكره في الاختصاص الإقليمي فإن منازعات التركات عهد بها إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى حتى لو وجدت له بعض الأملاك خارج نطاق اختصاص المحكمة المذكورة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

الفرع الأول . الفريضة وتسجيل العقود :

أولا. الفريضة : إذا عرض على قاضي شؤون الأسرة قضية تتعلق بالتنزيل فسيكون أمام قضية طلب تنزيل وهي رفع الدعوى من قبل الأحفاد للمطالبة بحقهم في التنزيل، وتكون في حالة ما إذا لم تكن الفريضة التي حرّرها الموثق بها تنزيل لهؤلاء الأحفاد لسبب من الأسباب، كعدم توفر شرط من شروطها مثلا فيهم وفق الشرائط التي نص عليها القانون كاستفادتهم بلا عوض من الجد أو الجدة واستحال عليه إثبات استحقاقهم للتنزيل، أو حتى تقدير نصيبهم لأن هذه الأمور غالبا تحتاج إلى الاستعانة بالخبراء، الأصل في الفريضة أن يحررها الموثق، فإذا كانت تحتوي على تنزيل وجب عليه التأكد من استحقاق الحفدة له بتوفر الشروط التي حدّدها القانون والتأكيد على ذلك من طالب الفريضة والشهود، لكن الأمر غالبا ما تكون فيه صعوبة بالغة، وقد استفسرت أحد الموثقين عن الأمر فأجابني أنّه يحرر هذه الفريضة بتراضي الأطراف وإلا أحالهم على القضاء تفاديا لأي مشكلة.

إذا كان تحرير الفريضة من قبل الموثق لا يجد فيها أية مسألة مستعصية فله أن يحرر تلك الفريضة أمّا إذا كان يجد صعوبة فيها كعدم معرفة استحقاق الحفيد للتنزيل فهو يمتنع عن تحرير الفريضة ويوجه الأطراف إلى القضاء.[145]

[144] . المادة 425 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وفي حالة وجود فريضة بها تنزيل وثار حولها نزاع فللقاضي سلطة الرقابة عليها وله أن يلغيها إذا ثبت له مخالفتها للشروط الواجب توافرها في الحفدة المطلبين للتنزيل، ويأمر بتحرير فريضة جديدة وفقا للمعطيات التي توافرت لديه استنادا لتقارير الخبراء الذين عيّنهم لغرض بيان حق الحفدة وتحديد نصيبهم.

قرار إلغاء الفريضة:"... فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد فريضة المرحوم (ق.أ) المحررة من طرف الموثق، وكل النتائج المترتبة عنها قد طبقوا صحيح القانون، وأن العبرة هنا بتاريخ وفاة الجد وليس بوفاة الأب ".[146]

النزاع "... حيث أن الحكم المستأنف القاضي بإلغاء الفريضة موضوع النزاع... قد طبق قواعد الميراث على وجه صحيح .[147]

وله أيضا الأمر بتصحيح الفريضة إذا حدث فيها إسقاط لصاحب حق وارثا كان أو منزلا قياسا عليه "... والثابت في قضية الحال أنّ نصيب الأب أهمل فعلا في الفريضة المقدمة من طرف الموثق والمصادق عليها من المحكمة... فكان عليهم الأمر بإجراء فريضة أخرى تشمل كافة ورثة الهالك...".[148]

ثانيا: تسجيل العقود: وقد يكون تدخل القاضي في تسجيل العقود فيختص قاضي شؤون الأسرة في بعض مسائل الحالة المدنية، وفيما يتعلق بالميراث وبالتنزيل تحديدا فإن لقيد الوفيات في سجلات الحالة المدنية أثر كبير وتحديد تاريخ وفاة الشخص تترتب عنه صفات ومراكز قانونية جديدة وحقوق مالية معتبرة شرعا وقانونا لا خلاف في ذلك، وقد نجد في أرض الواقع

---

[145] . باسين عبد الحليم ، مشكل التطبيق القضائي لأحكام التنزيل ، مذكرة تخرج ماستر، تخصص أحوال شخصية ،جامعة زيان عاشور الجلفة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017/2016، ص 37.

[146]- قرار رقم: 1365850 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2020/10/7، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2020 ، ص 83..

[147] . قرار رقم: 163414 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1997/6/10، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001 ، ص 339.

[148] . قرار رقم: 200213 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) ، بتاريخ: 1998/7/21، مجلة القضائية، عدد 2، 2000 ، ص 168.

إهمالا وأحيانا تعمدا، ومع طول الزمن يشتد الخلاف بين الورثة وأصحاب الحقوق، ومن فتقديم أو تأخير تاريخ وفاة مورث أو وارث منزِّل أو منزل له تأثير على الاستفادة من الميراث أو التنزيل من عدمه وقد يختلف المقدار فوفاة أحدهما قبل الآخر، فتكون مثلا استفادة الأحفاد من ميراث أبيهم أو أمهم أحضى من استفادتهم من التنزيل في تركة جدهم أو جدتهم في حالة الخلاف حول وفاة مورثهم وأصلهم وهكذا، وهنا يظهر دور القاضي في تسجيل العقود والصلاحية التي منحها له القانون بإجراء التحقيق قبل قيد الوفاة بسماع الشهود وأداء اليمين القانونية وأجاز المشرع شهادة الأقارب في إثبات حالة الأشخاص حين استثناهم بقوله "... يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق ".[149]

وللقاضي فتح التحقيق في الوفاة التي تؤول إلى المال إذا كان الهدف منها الوصول إلى التركة، وقد جاء قرار المحكمة العليا في هذا الصدد "... حيث وإن كانت شهادة الأقارب مقبولة في مسائل الحالة كالولادة وكالوفاة و الزواج والطلاق، إلا أنّ في الوفاة التي تؤول إلى المال لأنّ الهدف والمقصود هو الوصول إلى التركة كما في دعوى الحال المتعلق بوفاة المرحوم(زع)،

فإنها لم تعد مسألة حالة بل أصبحت تتعلق بالمال فكان على قضاة الموضوع أن يفتحوا الباب للتحقيق".[150]

الفرع الثاني : الدفع بانعدام الصفة والمصلحة وحماية التركة

أولا: الدفع بانعدام الصفة أو المصلحة: من شروط رفع الدعوى وجود الصفة وللقاضي أيضا الدفع بانعدامها " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه "[151]، ومعنى

[149] . المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[150] . قرار رقم: 169557 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1998/3/17، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001 ، ص 163،164.

[151] . المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق.

الصفة الشخص الذي له حق إقامة الدعوى أو رفعها بحيث إذا رفعت من غيره عدّت غير مقبولة.[152]

ويمكن للقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى ولو لم يدفع بها المدعى عليه، طبعا إذا ثبت له ذلك.

والصفة هنا هم الحفدة الذين لهم الحق في التنزيل فيثبت مركزهم القانوني متى توفرت فيهم الشروط فإذا رفعوا الدعوى بهذه الصفة جاء دور القاضي بإجراء تحقيق وتعيين الموثق الذي يحدد أنصبتهم، فللقاضي دور في إثبات صفتهم من خلال هذا التحقيق.

فيجب التمييز بين الأشخاص الذين يدّعون صفة الإرث والذين يدّعون صفة الحق في التنزيل، فالأولى لا تثبت للحفدة إذا وجد من يحجبهم من أعمامهم أو عماتهم، أمّا الثانية فقد تثبت لهم إذا توافرت فيهم شروطها.

فإذا رفع الأحفاد الدعوى بصفتهم ورثة لاستحقاق التنزيل فيكون الحكم برفض الدعوى لانعدام الصفة، أمّا إذا رفعوها بصفتهم مستحقي تنزيل فهنا بعد قبول الدعوى في الشكل يلجأ القاضي إلى التحقيق.[153]

أمّا المصلحة فهي المنفعة المراد تحقيقها من وراء اللجوء إلى القضاء وهي الباعث لرفع الدعوى، فلا يجوز مثلا لغير وارث أن يرفع دعوى قسمة تركة لأنّه لا مصلحة أو استفادة لديه وقياسا عليه الحفدة المستحقين للتنزيل فلا يجوز لغيرهم المطالبة بهذا الحق، واشترط القانون أن تكون قائمة أي موجودة وقت رفع الدعوى، أو أن تكون محتملة أي إمكانية قيامها مستقبلا.

---

[152] . عبد العزيز مقفولجي ،"شروط قبول الدعوى"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة لونيسي علي، البليدة 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ج 3،عدد2 ، 2013 ، ص 114.

[153] . باسين عبد الحليم ، مرجع سابق2017، ص 38.

الشيء ذاته بالنسبة للدفع بانعدام المصلحة مادامت من النظام العام، فإنّ انعدامها يثيره أيضا القاضي من تلقاء نفسه " يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام...".[154]

ثانيا . الأمر بالحراسة القضائية : بالرجوع إلى نص المادة 499: " يجوز لقاضي شؤون الأسرة، وعن طريق الاستعجال، أن يتخذ جميع التدابير التحفظية، لا سيما الأمر بوضع الأختام، أو تعيين حارس قضائي لإدارة أموال المتوفى إلى غاية تصفية التركة ".[155]

بتحليل هذه المادة نجد أنّه يدخل ضمن اختصاصات قاضي شؤون الأسرة ما يلي:

اتخاذ تدابير تحفظية ، الأمر بوضع الأختام ، تعيين حارس قضائي والغرض منها المحافظة على التركة وحقوق أصحابها ،جاء في قرار المحكمة العليا :" من المقرر قانونا أنّه تجوز الحراسة القضائية على الأموال التي تركها المتوفي في حالة قيام نزاع بين الورثة وذلك لحفظ حقوق ذوي الشأن وتنتهي الحراسة بزوال سبب قيامها ..".[156]

[154] . المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[155] . المادة 499 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[156] . قرار رقم: 58504، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ: 1990/3/19 ، المجلة القضائية ، العدد 1، 1991 ، ص 42.نقلا عن جمال سايس ،المرجع السابق ، ج 1، ص 446.

المبحث الثاني: أهمية وتطبيقات الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل

كما سبقت الإشارة إليه في أن المواد المنظمة للتنزيل شابها غموض أحيانا وإبهام وعدم توضيح أو تفصيل ممّا استدعى تدخل رجل العدالة (القاضي) في إزالة هذا الغموض وتفسير ما أشكل منه وبيان ما جاء مجملا ، فبين النص النظري والتطبيق الواقعي بون شاسع فما لم يتصوره ذهن المشرع الذي وضع القاعدة القانونية واجهه القاضي من خلال الواقعة المعروضة عليه التي تستدعي حلا عاجلا وعادلا .

المطلب الأول: من يجب له التنزيل "المستحقون للتنزيل "وشروطهم

نعرض في هذا المطلب لأمرين مهمين في التنزيل انطلاقا من النص القانوني وتعريجا على الإشكالات المثارة فيه وتدخل القضاء لحسم الأمر في ما اختلف فيه من خلال بيان من يستحق التنزيل وما هي الشروط الواجب توافرها فيه على ضوء قرارات المحكمة العليا .

الفرع الأول: استحقاق التنزيل

أو الأمر الذي تجب معرفته هو قانونية التنزيل ثم الأشخاص المستحقون له ، فقد اعتمد التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وهو جائز لا تجوز مخالفته إذا توفرت شروطه والحكم بغير ذلك مخالف للقانون والشرع جاء في قرار المحكمة العليا:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن التنزيل جائز 04/05/2016شرعا وقانونا ولا يجوز مخالفته ".[157]

[157] - قرار رقم: 94685، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1993/5/25،عدد1، المجلة القضائية ، العدد 2، 1995 ، ص 82.

وفي قرار آخر: " أصبح تنزيل الأحفاد،بعد صدور قانون الأسرة (9يونيو 1984)، بحكم القانون تلقائيا".[158]

" يكون تنزيل أبناء الابن بقوة القانون بعد صدور قانون الأسرة" .[159]

نص المشرع الجزائري على:" من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية ".[160]

يستفاد من هذه المادة أن التنزيل خاص بفئة الأحفاد دون غيرهم،لكن أثير إشكال في مفهوم كلمة " أحفاد " ما المقصود بهم هل هم أولاد الذكور فقط ؟ أم يشمل كذلك أولاد البنات ؟ وهذا ما استدعى تخل القضاء واجتهاد القضاة، الذي جاء على النحو التالي:

- التنزيل حق ثابت بين للفروع والأصول فقط وبهذا جاء في قرار المحكمة العليا:" تكييف التنزيل على انه وصية خاطئ ولا يتم التنزيل إلا بين الفروع والأصول ".[161]

كما أن القضاء لم يعتبر غير الفروع مستحقين للتنزيل ولو أوصى لهم الميت بمقدار التنزيل أو أمر بتنزيلهم منزلة أحد الورثة، " يعد تنزل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب، طبقا للشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث ".[162]

وجاء في قرار آخر:" التنزيل ببطلان شرط فاسد وصية عادية يستحق بموجبها الموصى له ثلث التركة... فالمطعون ضده ليس ابن لأصل وارث لا من جهة أمه ولا من جهة أبيه...".[163]

---

[158]- قرار رقم: 309029، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2006/1/4، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1، 2006 ، ص 443.

[159]- قرار رقم: 978258، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ:، 2016/05/04 21/ 5/ 2022 الساعة 16:05.

[160] . المادة 169 قانون الأسرة الجزائري ص 19

[161] . قرار رقم: 95385 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1994/3/22،عدد1، المجلة القضائية ، العدد 1، 1995 ، ص 134.

[162] . قرار رقم: 526179 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2009/12/10، مجلة المحكمة العليا ، عدد1، 2010 ، ص 231.

الأمر الثاني يتعلق بالمصطلحات التالية: الأحفاد، أصلهم، مورثهم وبيان ذلك على ضوء قرارات المحكمة العليا كما يلي:

فالحفيد لغة فرع الفرع من أولاد الأبناء وأولاد البنات، جاء في قرار المحكمة العليا.

"... أصبح تنزيل الحفدة منزلة أصولهم بحكم القانون وفي قضية الحال ما دامت الجدة قد توفيت خلال سنة 1987 فالطاعن يعد حفيدا لها (ابن ابنتها) ويستحق جزء من تركتها بواسطة التنزيل.."[164].

اعتبرت المحكمة أنّ لفظ الأحفاد يشمل الذكور والإناث أي أبناء الذكور ويسمون " أولاد الظهور" وأبناء البنات ويسمون " أولاد البطون "، وأيّد ذلك ما جاء في القرار:".. تعني كلمة أحفاد، أبناء الابن (الأب) وأبناء البنت (الأم).[165]

وما جاء أيضا في قرار آخر:" يشمل مصطلح الأحفاد أبناء الجنسين و يحقق الهدف من التنزيل و هو تمكين بعض الأقربين من ذوي الأرحام و هم أبناء البنت من استحقاق نصيب والدتهم الذي كانت تستحقه من تركة أصلها لو بقيت على قيد الحياة.[166]"

و يشمل التنزيل أبناء البنات مثل أبناء الابن، تحقيقا للمساواة بين الجنسين.[167]

لم يفرق اجتهاد المحكمة العليا بين أبناء الابن و أبناء البنت في التنزيل.[168]

---

[163] . قرار رقم: 0840878 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2015/1/15، مجلة المحكمة العليا ، عدد1، 2015 ، ص 227. 229.

[164] . قرار رقم: 335503 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2005/12/14، المجلة القضائية ، العدد 2، 2005 ، ص 387.

[165] . قرار رقم: 0759763 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 9/12 2013/، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1 2014 ص 327.

[166]- قرار رقم: 932349 ، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015 ، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:40.

[167] . قرار رقم: 937361 ، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015 ، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:45.

يستحق أبناء البنت التنزيل لأن مصطلح الأحفاد يشمل أولاد البنت مثل أولاد الابن تحقيقا للمساواة بين الجنسين.[169]

يشمل التنزيل الفئتين من الأحفاد أبناء الابن و أبناء البنت تحقيقا للمبدأ الدستوري و هو المساواة بين الجنسين.[170]

يكون القضاء الجزائري قد حسم الأمر في توريث الأحفاد من أبناء الذكور والإناث في قرارات يؤكد بعضها البعض بثبات وإزالة للغموض الذي اكتنف لفظ الأحفاد، وبالرغم من ذلك ومع سكوت المشرع يبقى اللبس في استفادة طبقات هؤلاء الأحفاد من التنزيل لأن القوانين العربية اختلفت في ذلك فمنهم من قصره على أبناء الأبناء مهما نزلوا والطبقة الأولى من أبناء البنات فقط مثل المشرع المصري.

أمّا كلمة مورثهم فهي أيضا لفظ عام يشمل الأب والأم وهو ما يدعم تنزيل أو أبناء البنات مثل أبناء الأبناء تماما، فالمشرع لو قصد أبناء الذكور لكان قد خص اللفظ بذلك وقال أبناء الابن كما فعل المشرع المغربي مثلا.

وكلمة أصلهم تعني أيضا الجد والجدة معا فلا يمنع استحقاق أحد الأحفاد من تركة جده أن يستحق بالتنزيل جزءا من تركة جدته، جاء في القرار:" لا يمنع تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة جدهم من تنزيلهم في تركة جدتهم ".[171]

---

[168]- قرار رقم: 1040102 ، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015 ، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:50.

[169] - قرار رقم: 1082925، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015 ، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:55.

[170] . قرار رقم: 1107766، المحكمة العليا ، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015 ، 21/ 5/ 2022 الساعة 16:00.

[171] . قرار رقم: 1269567 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2019/2/6، مجلة المحكمة العليا ، العدد 1، 2019 ، ص 69.

وأيّد ذلك بالقرار الذي جاء فيه: كلمة أصلهم الواردة في المادة 169من قانون الأسرة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة،) تعني الأب أو الأم، و تعني كلمة أحفاد، أبناء الابن (الأب) أو أبناء البنت(الأم.).[172]

وجاء في القرار: يمكن للموصي الإيصاء لابن ابنته ولو كان مستحقا التنزيل.[173]

وفي قرار آخر: "... والنعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور وحدهم مردود عليه لغة وقانونا فاللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة، أمّا من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلي الغموض المفتعل من طرف الطاعن إذ تنص على التنزيل يكون بقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين..".[174]

الفرع الثاني: شروط استحقاق التنزيل

لم يترك المشرع الجزائر استحقاق التنزيل للأحفاد على إطلاقه بل قيّده بشروط تبدو واضحة نظريا صعبة الإثبات عمليا , جاء في نص المادة 171:" لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة ".[175]

أول الشروط التي نص عليها المشرع ألا يكون فرع الولد مستحقا في التركة بطريق الميراث ولو كان شيئا قليلا لأن الحكمة من التنزيل تعويض عمّا فاته بسبب الحجب فإن لم يكن محجوبا

---

[172] . قرار رقم: 0759763 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 9/12 2013/، المجلة القضائية ، العدد 1، 2014 ، ص 327.

[173] . قرار رقم: 1074175 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2017/12/6، المجلة القضائية ، العدد 2، 2017 ، ص 69.

[174] . قرار رقم: 258898 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 20012/21، المجلة القضائية ، العدد 1، 2006 ، ص 48.

[175] . المادة 171 قانون الأسرة الجزائري .

وورث،فقد زال المسبب بزوال سببه، ومثاله ميراث بنت الابن (حفيدة)مع البنت (عمتها) في قواعد الميراث ترث البنت النصف وبنت الابن السدس تكملة للثلثين فهنا بنت الابن حفيدة لكنها غير محجوبة فلا يشملها التنزيل، وهذا الشرط واضح لا غموض فيه ولا يحتاج إلى أي اجتهاد والقاضي هنا مطالب بتطبيقه فإن كان الحفيد وارثا غير محجوب فلا حق له في التنزيل.

وثاني الشروط أن لا يكون الأصل (الجد أو الجدة) قد أوصى للفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل، فإن كان أوصى لهم أو لأحدهم بما هو أقل من نصيبه بالتنزيل وجب إكمال نصيبهم بما يستحقونه بالتنزيل.

وثالثا أن لا يكون الأصل كان قد أعطى حال حياته للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية (كالهبة أو البيع الصوري مثلا) .[176]

وفي هذا الشرط بالذات يطرح مشكل الإثبات، جاء في قرار المحكمة العليا:" "... بالرغم من أنّ هذه الأخيرة (حفيدة) قد أعطاها جدها في حياته بلا عوض الأرض المسماة: إغيل قفري، وأوصى لها بالبيت الكائن بقرية مقدول... ومع ذلك فإنّ الطاعن لم يقدم ما يثبت أنّ جد المطعون ضدهم قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض شيئا من هذا القبيل...ويتعيّن عدم الإعتداد به"[177]

ورابعا ما نصت عليه المادة 172:" أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين ".[178]

جاء في قرار المحكمة العليا:" حق الأحفاد المنزلين منزلة أبيهم، مشروط بألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم، من أبيه... و المطعون ضدهم يملكون عقارا هو

---

[176] . العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 473.

[177] . قرار رقم: 0759763 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 9/12 2013/، مجلة المحكمة العليا ، عدد 1 2014 ،.مرجع سابق ص 330.

[178] . المادة 172 من قانون الأسرة.

عبارة عن فيلا تفوق قيمتها قيمة الفيلا موضوع النزاع، و أضاف الطاعن بأن المطعون ضدهم قد ورثوا فضلا عن ذلك عن والدهم المرحوم (ص. ب. ن) فيلتين بالجمهورية التونسية و شقة توجد في باريس و لم ينكر المطعون ضدهم ذلك، وحيث أنّه كان على قضاة المجلس التأكد من ذلك قبل التطرق إلى تركة المرحوم (ص.ب.ع) و قسمتها حسب الفريضة المؤرخة في: 2001/04/30. و عليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض القرار المطعون فيه".[179]

إنّ تطبيق هذه الشروط على الوقائع يتطلب التحري الجيّد، وتحميل المسؤولية على كل من يطلب إنجاز فريضة بها تنزيل، ولزوم الشاهدين على أنّ الجد أو الجدة لم يمنحا في حياتهما شيئا من ذلك القبيل لحفدتهما، وإشهادهما أيضا على أنّ الموّرث المباشر للحفدة، وهي الأم والأب لم يكن له تركة شرعية وزعت بالإرث على هؤلاء الحفدة.[180]

المطلب الثاني: سريان استحقاق التنزيل ، الشكلية ،الوصية ،التقادم

الفرع الأول: سريان استحقاق التنزيل

لم يكن معمولا بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري إلا بعد تعديله وصدور قانون 1984 الذي نص صراحة على وجوبه في نص المادة 169 منه السابقة الذكر، فقبل صدور هذا القانون كان التنزيل اختياريا بإرادة المتوفى، جاء في قرار المحكمة العليا:" من المقرر شرعا أنّ التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا ومتى تبيّن . في قضية الحال . أنّ الجد قام بتنزيل أحفاده بواسطة الشهود وعن طريق التوثيق قبل صدور قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بأحقية الأحفاد في تركة جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون ".[181]

---

[179] . قرار رقم: 403828 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2007/11/4 ، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011 ، ص 241 . 243..

[180] . صالح جيجيك ، مجلة الموثق عدد 2 ج 2 ص 34.

[181] . رقم: 94719 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1993/9/28، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001 ، ص 318..

وفي قرار آخر:" من المقرر شرعا أنّ التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا، ومن المقرر أيضا أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ مورث الطاعنين قد توفي قبل والده، وأنّ الطاعنين لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم أحقيتهم في إرث جدهم قد طبقوا صحيح القانون ".[182]

" إنّ القضاء بتوريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قانون الأسرة يعدّ مخالفة للقانون لأنّ قضية الحال لا ينطبق عليها قانون الأسرة بل تنطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية التي كان القضاء الجزائري يطبقها ومن ثم لا يورث الأحفاد في تركات أجدادهم إلا إذا أوصى الجد بأنّ أولاد ولده يحلون محل أبيهم ويأخذون نصيبه من الميراث " .[183]

ولكن أثيرت مشكلة جزئية حول اعتبار التنزيل زمنيا هل يؤخذ بالاعتبار تاريخ وفاة الأصل (الجد أو الجدة) أم تاريخ وفاة مورث الحفدة(الأب أو الأم) وجاء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كما يلي:"... ومتى تبيّن في قضية الحال أنّ الجد توفي عام 1995 والأب توفي عام 1982 فإن القضاة بقضائهم بحق الأحفاد في التنزيل في تركة الجد طبقوا صحيح القانون، فالعبرة هنا بوفاة الجد وليس بوفاة الأب".[184]

وأكد ذلك القرار:" العبرة في التنزيل، بعد صدور قانون الأسرة(قانون رقم 84-11) بتاريخ وفاة الجد أو الجدة و ليس بتاريخ وفاة والد أو والدة المستفيدين من التنزيل".[185]

---

[182]. قرار رقم: 99186 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1995/5/2، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001 ، ص 321.

[183] . قرار رقم: 273177 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) ، بتاريخ: 2001/11/14، المجلة القضائية، عدد 2، 2002 ، ص 448..

[184] . قرار رقم: 186769 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1998/3/17، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001 ، ص 328..

[185] . قرار رقم: 0739029 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث) ، بتاريخ: 2013/4/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 202013 ، ص 273..

ثم القرار الذي جاء فيه: " يعتد للتمسك بالحق في التنزيل، بعد صدور قانون الأسرة، بتاريخ وفاة الجد لا بتاريخ وفاة الأب،... كون وفاة أب المطعون ضدها في 1964 وجدها توفي سنة 1995 وأنّ القانون لا يسري إلا على ما يسري في المستقبل... وأنّ العبرة في قضية الحال بوفاة الجد وليس بوفاة الأب..".[186]

الفرع الثاني: الشكلية والوصية والتقادم

. أولا :إثبات التنزيل قبل صدور قانون الأسرة: لا يشترط فيه أي عقد رسمي جاء في قرار المحكمة العليا:" من المستقر عليه فقها وقضاء أنّه لا يشترط في التنزيل أن يتم في عقد رسمي، ومن الثابت . في قضية الحال . أنّ قضاة الموضوع بإبطالهم لعقد التنزيل لصالح الورثة بحجة أنّه غير رسمي أخطأوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تشترط أي شكل للتنزيل ".[187]

كما يمكن إثبات التنزيل بشهادة الأقارب لأنّه من أعمال التبرع فلا تشترط فيه الرسمية جاء في قرار المحكمة العليا:"..ومتى تبيّن . في قضية الحال . أنّ تنزيل الأحفاد قد وقع من الجد شفويا وبحضور شهود من الأقارب فإنّه يعتبر صحيحا طبقا للشريعة الإسلامية التي لا تشترط الرسمية في أعمال التبرع كالتنزيل وعليه فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة والقضاء من جديد برفض دعوى التنزيل قد خالفوا القانون ".[188]

أمّا الشهادة السماعية التي تناقلها الناس ولم يسمعوها مباشرة من صاحبها حول التنزيل فلا يعتد بها في إثباته جاء في قرار للمحكمة العليا:" الشهادة السماعية، التي تستمد ممّا تسامعه

---

[186] . قرار رقم: 1365850 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2020/10/7، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2020 ، ص 82. 83..

[187] . قرار رقم: 80388 ، المحكمة العليا ، (الغرفة المدنية) ، بتاريخ: 1991/10/29، المجلة القضائية ، عدد 1، 1993 ، ص 35..

[188] . قرار رقم: 173556 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1997/11/25، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص، 2001 ، ص 325..

الناس، لا تعد طريقا لإثبات التنزيل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فالعبرة في الإثبات بالشهادة هي الشهادة المباشرة التي يدلي بها الشاهد على التنزيل ".[189]

ثانيا. التقادم في التنزيل:المقصود بالتقادم مضي المدة ، فهو إمّا يؤدي إلى سقوط الحق وإلا إلى اكتسابه ، التنزيل حق مقرر قانونا وشرعا ولا يسقط بالتقادم مثل التركة جاء في القرار:".. بخصوص سقوط الحق بالتقادم واعتبروها في حيثيات قرارهم بأنها دفوع غير مبررة مؤكدين أن التنزيل حق مقرر قانونا وشرعا ولا يسقط بالتقادم شأنه شأن التركة ".[190]

ثالثا. التنزيل والوصية :

1 . الوصية للمستفيد من التنزيل: قررت المحكمة أنّ المستفيد من التنزيل بمثابة الوارث ومن المقرر شرعا وقانونا أنّه لا وصية لوارث، " لا يحق للحفيد المستحق جزء من تركة الجدة، بواسطة التنزيل، أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية،... فالطاعن يعدّ حفيدا لها (ابن ابنتها) ويستحق جزء من تركتها بواسطة التنزيل بالشروط المنصوص عليها في المادة 171 من قانون الأسرة وما دام الطاعن قد آل إليه جزء من تركة جدته عن طريق التنزيل فلا يحق له أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية لأنّ المادة 171 تمنع ذلك ".[191]

لكن الغريب في الأمر أنّ هناك قرارا آخر يناقض هذا القرار تماما:" يمكن للموصي الإيصاء لابن ابنته ولو كان مستحقا للتنزيل، أنّ الموصي بإمكانه الإيصاء لابن ابنته ولو كان مستحقا للتنزيل ".[192]

---

[189] . قرار رقم: 1198577، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2018/06/06، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2، 2018 ، ص 80.

[190] - قرار رقم: 1034319، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 12/7/ 2016 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2، 2016 ، ص 196.

[191] - قرار رقم: 335503، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2005/12/14، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2، 2005 ، ص 387. 390.

[192] . قرار رقم: 1074175 ، مرجع سابق.

السؤال الذي يطرح نفسه هل هناك تضارب بين القرارين أم هو تغير في الاجتهاد ؟

وللإجابة على ذلك وبالنسبة للقرار الأول الذي لم يسمح بالوصية للمستفيد من التنزيل، أليس من شروط التنزيل " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم..." الوصية هنا مانعة لاستحقاق التنزيل إذا كانت بمقداره، وإذا كانت أقل استكملت لتساويه، وإذا كانت أكثر نفذت في حدود الثلث، إلا إذا أجازها الورثة، وهذه الحالة التي تقدم فيها الوصية على التنزيل (إذا كان كلاهما للشخص ذاته) مستحق للتنزيل وموصى له، والرأي أن القضاء قد تدارك الموقف بالقرار الثاني، لأن المتأخر ينسخ المتقدم والله أعلم.

2. تكييف التنزيل كوصية لغير الأحفاد:

" التنزيل لا يتم إلاّ بين الأصول والفروع . المطعون ضدها ليست بنت صلبية (مربية)(القصد أنها مكفولة) . تكييف التنزيل على أنّه وصية خرق صارخ لأحكام الشرع والقانون "[193].

"يعد تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب، طبقا للشريعة الإسلامية، وصية بمثل نصيب وارث "[194].

وفي قرار لاحق:"... فبطلان الشرط الفاسد يصبح التنزيل وصية عادية يستحق بموجبها الموصى له ثلث التركة..."[195].

السؤال الذي نطرحه هنا لماذا اعتبرت المحكمة العليا في القرار الأول أنّ تكييف التنزيل على أنّه وصية مخالف لأحكام الشريعة والقانون، وفي القرار الثاني اعتبرته وصية والتسبيب في

[193] . قرار رقم: 95385، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 1994/3/22، المجلة القضائية ، عدد 1، 1995، ص 134.

[194] . قرار رقم: 526179 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، بتاريخ: 2009/12/10، مجلة المحكمة العليا ، عدد1، 2010 ، ص 231.مرجع سابق

[195] . قرار رقم: 0840878 ، المحكمة العليا ، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث) ، بتاريخ: 2015/1/15، مجلة المحكمة العليا ، عدد1، 2015 ،مرجع سابق. ص 229.

كليهما منسوب إلى الشريعة الإسلامية، فالبنت (المربية) وابن الأخ ليسا فرعا للأصل ويجوز أن يوصى لهما، فهل هناك تعارض . وهو ما يبدو عليه الحال . أم أنه تغيّر في الاجتهاد، إنّ الاستقرار على الاجتهادات القضائية يعطي للمحكمة العليا القوة ويضمن الأخذ بها من الجهات القضائية الدنيا، لكن في حالة التغيير لا بد من إتباع إجراءات معيّنة لمنع اهتزاز الثقة في جهاز القضاء و البعد عن الشبهات وتتم هذه الإجراءات على مرحلتين الأولى بانعقاد الغرفة المختلطة التي تتشكل من غرفتين، وفي المرحلة الثانية تحال القضية إلى الغرفة المجتمعة وبحضور خمس وعشرين عضوا على الأقل[196]، لكن القرار اللاحق جاء ليؤكد تكييف التنزيل على أنّه وصية ليعيد نوعا ما الثبات لاجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

إنّ خلاصة القول في هذا الفصل أنّه لقاضي شؤون الأسرة دور كبير في المحافظة على حقوق الورثة بصفة عامة وحقوق الأحفاد المستفيدين من التركة عن طريق التنزيل سواء في الإجراءات التحفظية التي يأمر بها أو بيان من له الحق من عدمه وفي بسط رقابته على الفريضة ، وإجراء التحقيقات وتعيين الخبراء وفحص الوثائق والتأكد من صحتها .

والأمر الثاني يظهر جليا دور اجتهادات القضاة وعلى رأسهم قضاة المحكمة العليا في توضيح وتفسير وحسم معظم الإشكالات المتعلقة بالتنزيل ، سعيا منهم في توحيد المسلك الذي ينتهجه فيما بعد قضاء المحاكم والمجالس في فض النزاعات المختلفة حول التنزيل .

[196] . بوبشير محند أمقران ، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ،جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ج 41 ، عدد 2 ،2004 ، ص 165. 166.مرجع سابق.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ،بهذا القدر وبحمد من الله وعونه قد اكتمل هذا المجهود الذي خلص إلى النتائج والتوصيات التالية :

نتائج البحث

- . فيما يخص الاجتهاد القضائي في مجال قانون الأسرة ما هو إلاّ مجموع القرارات التي توصلت إليها المحاكم واستقرت عليها سواء في تفسير المواد القانونية أو في الرجوع لمبادئ الشريعة وأحكامها فيما سكت عنه المشرع.
- . التنزيل في قانون الأسرة الجزائري نظام خاص فيه من الشبه ما يجمع بين الميراث والوصية من جهة الاستحقاق والمقدار والقسمة ويتعدى شبهه حتى إلى النفقة.
- . المواد القانونية المنظمة للتنزيل غير كافية لحل الإشكالات العملية في تطبيقه.
- لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة في بيان استحقاق التنزيل من عدمه وله سلطة الرقابة على أهم وثيقة لإثبات التنزيل تعديلا أو إلغاء وهي " الفريضة ".
- . للاجتهاد القضائي دور كبير في إزالة الغموض السائد حول التنزيل خاصة من حيث سريان العمل به ومستحقيه وشروطهم.

التوصيات والمقترحات

- . لا بد للمحكمة العليا أن تسير بثبات دون تذبذب في رسم مسلك موحد تنتهجه كل الجهات القضائية، وإذا كان هناك تغيير في الاجتهاد فلا بد أن يستوفى كل إجراءاته.
- . من الضروري على المشرع الجزائري أن يتدارك العجز الحاصل في المواد القانونية المنظمة للتنزيل خاصة فيما يخص مستحقيه تضيقا أو توسيعا سب ما يراه مناسبا اقتداء بالتشريعات الأخرى وحسما للاختلافات في تحديدهم فإن أراد التوسيع ضم إلى الحفدة غيرهم من الأقارب وإن أراد التضييق بيّن من الحفدة منهم هذا الحق صراحة وعند أي طبقة تتوقف استفادتهم.
- . الدعوة إلى الكف عن تحرير الفرائض التي بها تنزيل إلاّ بناء على طلب من القاضي ووفق المعطيات والتقرير الذي يعده بعد التحقيق الذي يجريه.
- . إذا كانت هناك تعديلات فلا بد من الأخذ بعين الاعتبار السوابق القضائية وما توصل إليه الاجتهاد القضائي والتزم بالسير عليه مرفق القضاء.
- . لا تزال هناك أمور تستدعي الاجتهاد القضائي والبحث العلمي فيما يخص التنزيل من حيث المقدار وترتيب المستحقين ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة، وغيرها من المسائل التي سكت عنها المشرع الجزائري.
- . خروجا من الخلاف حول مشروعية التنزيل وإزالة للبس وتنزيها عن الشبهة التي قد تلاحق الإنسان وتجعله في حيرة أو اضطراب نوصي بأن يكون التنزيل في حياة الأصل (الجد أو الجدة) وبتوثيق رسمي.

نسأل الله الكريم رب العرش العظيم أن يتقبل منا هذا العمل وأن يجعله في ميزان الحسنات .

ملحق قرارات المحكمة العليا الخاصة بالتنزيل

هذه كل القرارت المنشورة في مجلة المحكمة العليا مصنفة حسب موضوعاتها ، لعلّلها تسهل على الباحث وتكفيه عناء البحث وتوفر عليه الجهد والوقت.

رقم القرار	تاريخ صدوره	الموضوع	المرجع
1365850	07/10/2020	التنزيل بعد صدور قانون الأسرة	عدد 2 : 2020 ص 81
95385	22/3/1994	المستحقون	عدد1 :1995 ص 134
335503	14/12/2005		عدد 2: 2005ص 387
526179	10/12/2009		عدد1 :2010 ص 231
0759763	12/9 2013/		عدد 1 :2014 ص 327
932349	2015/11/12		موقع المحكمة العليا
937361	17/12/2015		موقع المحكمة العليا
1040102	04/01/2017		موقع المحكمة العليا
1082925	2017/05/03		موقع المحكمة العليا
1107766	2017/10/04		موقع المحكمة العليا
1269567	06/02/2019		عدد 1: 2019 ص 69
94685	25/5/1993		عدد 1: 1994 ص 82
309029	4/1/2006		عدد 1: 2006 ص 443
978258	04/05/2016	إجبارية التنزيل	موقع المحكمة العليا
94685	25/5/1993	حكمه	عدد 1: 1994 ص 82
309029	4/1/2006		عدد 1: 2006 ص 443
80388	29/.10/1991	إثبات التنزيل ، الرسمية	عدد 1 :1993ص 35
173556	25/11/1997	شهادة الأقارب	عدد خاص 2001ص 325
1198577	06/06/2018	الشهادة السماعية	عدد 2 :2018 ص 80
335503	14/12/2005	الوصية للمنزل	عدد 2 :2005ص 387
1074175	6/12/2017		عدد2: 2017 ص 69

1034319	7/12/ 2016	التقادم	عدد 2 :2016 ص 193
0840878	2015/01/15	يصبح التنزيل ببطلان شرط فاسد وصية عادية	عدد 1 :2015 ص 227
403828 1074175	4/11/2007 6/12/2017	شروط التنزيل	عدد 1: 2011 ص 241 عدد2: 2017 ص 69
95385 526179	22/3/1994 10/12/2009	الطبيعة القانونية	عدد1:1995ص 134 عدد1: 2010 ص 231
94719 99186 273177 0739029 186769 1365850	28/09/1993 02/05/1995 14/11/2001 11/4/2013 17/03/1998 7/10/2020	سريان التنزيل تاريخ وفاة الجد	عدد:خاص 2001 ص 318 عدد:خاص2001 ص 321 عدد2: 2002 ص 448 عدد 1: 2013 ص 273 عدد خاص 2001 ص 328 العدد 2 : 2020 ص 81

قائمة المصادر والمراجع

أولا . الكتب:

. ابن خلدون: ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، (ت 808هـ)، المقدمة، تحقيق عبد الله محمد الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط1، 2004.

2. ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل (ت 711 هـ)، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير "وآخرون "، دار المعارف، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ج1.

3 . أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط2، 2010.

4 . الأزهري: أبي منصور محمد بن أحمد ت (370 هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة،،(د ط)، ج 9، 1964.

5 . الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (ت 660هـ)، مختار الصحاح، مكتبة لبنان،بيروت،(د ط)، 1986.

6 . الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (977 هـ) مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، تحقيق على محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، ج 6، 2000.

7. الغزالي: أبو حامد محمد بن محمد (505 هـ)، المستصفى من علم الأصول، تحقيق حمزة بن زهير حافظ، شركة المدينة المنورة للطباعة،(د ط)، (د ت ن)، ج 4.

8. الفيروز آبادي : مجد الدين محمد بن يعقوب (ت 817 هـ)، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي و زكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة، د ط،2008.

9 . مصطفى الزرقا ،المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط.2، 2004.

0 . أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، د ط، 2005.

1 . جعفور محمد سعيد، مدخل الى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ط16 ،2008.

2 . حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط8 2006.

3 . خالد رشيد الجميلي، المدخل في دراسة الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة أنوار دجلة، بغداد، د ط، 2015.

14. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، مصر، ط 6، 1976.

15 . محمد سامر عاشور، مدخل إلى علوم القانون،،منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018.

15 . محب الله بن عبد الشكور البهاري الهندي، مسلم الثبوت، المطبعة الحسينية المصرية، د ط،(د ت ن)، ج 2.

16 . محمد أبو زهرة،أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د ط)، (د ت ن).

17 . نادية شريف العمري، الاجتهاد في الإسلام، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 2، 1984.

18. يحى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، كوميت للتوزيع القاهرة، ط 1، 1997.

19 . قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر – ضرورته ووسائل النهوض به– دار ابن حزم، بيروت، لبنان، دط،2007 .

20 . سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، شركة آلات ولوازم المكاتب، الإسكندرية، (د ط)، (د ت ن).

21. نادية فوضيل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د ط)،1999.

22. محمد محمود الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير، بيروت، ط 2، ، ج 2، 2006.

23 . عمار بوضياف،، المدخل إلى العلوم القانونية، دار ريحانة، الجزائر، ط2، 2000.

24 . محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).

25. محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).

26 . صالح ججيك، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2002.

27 . العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر،(د ط)، 2013.

28 . يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2018.

29. محمد أحمد عقلة، الوصية الواجبة، دار الحامد، عمان، ط1، 2014.

30 . مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والمقارن والقانون، دار نشر إحسان، طهران، ط1، 2014.

31 . عبد السلام محمود أبو ناجي، الوسيط في أحكام الميراث والوصية، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ط1، 2000.

32 . محمد مصطفى شلبي،أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1982.

33 . إبراهيم عبد الرحيم، أحكام الوصية والميراث، دار النصر، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).

34 . لحسن بن شيخ آث ملويا، التنزيل (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2011.

35 . عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، (د ط)، 1997.

36. محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، دار التأليف، مصر، (د ط)، 1976.

37 . مسعود الهلالي، أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.

38 . عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر، الجزائر، ط 2، 2009.

39 . جمال سايس،الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات كليك ،الجزائر ، ط 1 ، 2013،ج 3,2,1.

ثانيا . المقالات :

1. بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ج 41، عدد2 2004.

2 . غوتي بن ملخة، "أفكار حول الاجتهاد القضائي "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ج 34،عدد 1997،3.

3. عادل مستاري، "الدور الرقابي للمحكمة العليا لضمان محاكمة عادلة "، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،العدد 13، 2016، ص 124.

4 . محمد بن سالم، "التنزيل على ضوء قانون الأسرة الجزائري "، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006.

5. جمال ليشاني،"نظرة حول بعض جوانب قانون الأسرة "، مجلة الموثق،عدد 7.

6 . أمينة مقدس، "إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، كلية الحقوق، المجلد 5، العدد 2، 2019.

7. محمد الطاهر بلموهوب، "أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري "، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، 2018.

8. المصري مبروك، الوصية الواجبة، مجلة المعيار، عدد 9، 2004.

9. عيسى معيزة، "تنزيل أولاد البنات "، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد2،. 2019.

10 . زهير سعودي، "القضاء الاستعجالي العادي"، مجلة صوت القانون، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ج 7،عدد2020،1.

11- صالح جيجيك، مجلة الموثق عدد 2 ،ج 2.

12 . تلمساني،" محاضرات : إجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة" ،جامعة احمد بن بلة ، وهران ، محاضرة 1، ص2.

ثالثا . البحوث الأكاديمية :

1 . محفوظ بن صغير ،الاجتهاد في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دكتوراه تخصص فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، 2008. 2009.

2 . محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،2010.

3. ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 2008.

4 . شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2010/2009.

5. باسين عبد الحليم، مشكل التطبيق القضائي لأحكام التنزيل، مذكرة تخرج ماستر، تخصص أحوال شخصية،جامعة زيان عاشور الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية' 2017/2016.

رابعا . النصوص القانونية :

. المرسوم الرئاسي رقم 96. 438 المؤرخ في : 7 ديسمبر 1996يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور ، الجريدة الرسمية العدد76 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996 المصادق عليه في استفتاء، 28 نوفمبر 1996.

4 . قانون رقم 09.08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية عدد: 2008/21 .

3 . الأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في:9 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية عدد .**2005 15**

2 . الأمر رقم 75. 58 المؤرخ في :26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم القانون رقم 05-10 المؤرخ في :20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في : 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد : 44 /2005.

6. مرسوم تنفيذي رقم 90/141 المؤرخ في 19 ماي 1990.

5 . القانون العضوي رقم: 11. 12 المؤرخ في: 26 جوان، 2011 المتعلق بتنظيم المحكمة العليا واختصاصاتها، الجريدة الرسمية، العدد 42، المؤرخ في: 31 جوان 2011.

8 . قرار رقم:927114، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1993/7/13، المجلة القضائية، العدد 1، 1995.

9 . قرار رقم: 355180، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 2006/3/5، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006.

10 . قرار رقم: 356997، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006.

11. قرار رقم: 345709، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2005/10/12، مجلة المحكمة العليا العدد 2، 2005،

12 . قرار رقم: 1265504، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2018/6/6، مجلة المحكمة العليا،العد 2، 2018،.

13. قرار رقم: 51715، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ 1989/1/16، المجلة القضائية، العدد 2، 1992،

14 . قرار رقم: 39593، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1985/1/23، المجلة القضائية، العدد 4، 1989.

15. قرار رقم: 365226، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا، العد 2، 2006.

16 . قرار رقم:577743، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2010/10/14، مجلة المحكمة العليا، العد 2، 2010.

17. قرار رقم: 290808، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث)، بتاريخ: 2002/4/10، المجلة القضائية، العدد 1، 2003.

19. قرار رقم:828820، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2012/12/13، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2014.

20. قرار رقم:0944691،، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2015/9/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2015.

21. قرار رقم: 690718، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2012/3/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2013.

22. قرار رقم: 704222، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2012/3/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2013.

23. قرار رقم: 0759763، المحكمة العليا، (شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ:2013/9/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2014.

24 . قرار رقم: 51715، المجلس الأعلى، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1989/1/16، المجلة القضائية، العدد 2، 1992.

25 . قرار رقم: 368660، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2006.

26 . قرار رقم: 216886، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1999/3/15، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

27. قرار رقم:95385، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1994/03/22، المجلة القضائية، العدد 1، 1995.

28. قرار رقم: 80388، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)،، بتاريخ: 1991/10/29، المجلة القضائية، العدد 1، 1993.

29 . قرار رقم:526179، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2009/12/10، المجلة القضائية، العدد 1، 2010.

30 . قرار رقم: 1074175، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)،، بتاريخ: 2017/12/6، مجلة الحكمة العليا، العدد 2، 2017.

31 . قرار رقم: 0965517، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)،، بتاريخ: 2016/5/4، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2016.

32 . قرار رقم: 1365850، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2020/10/7، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2020.

33 . قرار رقم: 163414، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1997/6/10، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

34 . قرار رقم: 200213، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث)، بتاريخ: 1998/7/21، مجلة القضائية، عدد 2.

35 . قرار رقم: 169557، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1998/3/17، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

36 . قرار رقم: 94685، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1993/5/25،عدد1، المجلة القضائية، العدد 2، 1995.

37 . قرار رقم: 309029، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2006/1/4، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2006.

38. قرار رقم: 978258، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ:، 2016/05/04 21/ 5/ 2022 الساعة 16:05.

39 . قرار رقم: 95385، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1994/3/22،عدد1، المجلة القضائية، العدد 1، 1995.

40 . قرار رقم: 526179، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2009/12/10، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2010.

41 . قرار رقم: 0840878، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2015/1/15، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2015.

42. قرار رقم: 335503، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2005/12/14، المجلة القضائية، العدد 2، 2005.

43 . قرار رقم: 0759763، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 9/12 /2013، مجلة المحكمة العليا، عدد 1 ’2014.

44 . قرار رقم: 932349 ، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:40.

45 . قرار رقم: 937361 ، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:45.

46 . قرار رقم: 1040102 ، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:50.

47 . قرار رقم: 1082925، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015، 21/ 5/ 2022 الساعة 15:55.

48 . قرار رقم: 1107766، المحكمة العليا، موقع المحكمة العليا، بتاريخ: 12/11/2015، 21/ 5/ 2022 الساعة 16:00.

49 . قرار رقم: 1269567، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2019/2/6، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2019.

50 . قرار رقم: 0759763، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 9/12/ 2013، المجلة القضائية، العدد 1، 2014.

51 . قرار رقم: 1074175، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2017/12/6، المجلة القضائية، العدد 2، 2017.

52. قرار رقم: 258898، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 20012/21، المجلة القضائية، العدد 1، 2006.

53 . قرار رقم: 403828، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2007/11/4، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2011. 243.

54 . رقم: 94719، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1993/9/28، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

55 . قرار رقم: 99186، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1995/5/2، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

56 . قرار رقم: 273177، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث)، بتاريخ: 2001/11/14، المجلة القضائية، عدد 2، 2002.

57 . قرار رقم: 186769، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1998/3/17، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

58 . قرار رقم: 0739029، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث)، بتاريخ: 2013/4/11، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2013.

59 . قرار رقم: 1365850، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2020/10/7، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2020.

60. قرار رقم: 80388، المحكمة العليا، (الغرفة المدنية)، بتاريخ: 1991/10/29، المجلة القضائية، عدد 1، 1993.

61 . قرار رقم: 173556، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1997/11/25، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

62 . قرار رقم: 1198577، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 2018/06/06، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2018.

63 . قرار رقم: 1034319، المحكمة العليا، (غرفة شؤون الأسرة والمواريث)، بتاريخ: 12/7/ 2016، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2016.

64 . قرار رقم: 335503، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2005/12/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2005.

65 . قرار رقم: 95385، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 1994/3/22، المجلة القضائية، عدد 1، 1995.

66. قرار رقم: 526179، المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية)، بتاريخ: 2009/12/10، مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2010.

67 .قرار رقم: 58504، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ:

1990/3/19 ، المجلة القضائية ، العدد 1، 1991 .

68 . قرار رقم: 204999، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ:

1998/10/20 ، المجلة القضائية ، العدد 2، 2000.

69 . قرار رقم: 112773 ، المحكمة العليا ، (غرفة الأحوال الشخصية) ، ، بتاريخ:

1995/1/31 ، نشرة القضاة، العدد 50، 1997 .

خامسا . المواقع الالكترونية :

. علاء رضوان، "الوصية الواجبة وكيفية استخراجها "، صوت الأمة، مجلة الكترونية، الحلقة الرابعة، سلسلة المواريث، تاريخ زيارة الموقع،2022-03-08 التوقيت:.16:45.

2 . موقع المحكمة العليا الجزائرية زيارة الموقع في :21. 05. 2022 التوقيت 20:00

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ–و
الفصل الأول. مفهوم وطبيعة الاجتهاد	**8**
المبحث الأول: مفهوم وطبيعة الاجتهاد القضائي في مسائل الأسرة وأهميته	**9**

المطلب الأول: تعريف وطبيعة الاجتهاد القضائي	**10**
الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي	**10**
الفرع الثاني: طبيعة الاجتهاد القضائي	**10**
المطلب الثاني: علاقة الاجتهاد القضائي بمسائل الأسرة و منها التنزيل	**13**
الفرع الأول: أهمية الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة	**14**
الفرع الثاني: دواعي الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة	**17**
المبحث الثاني: مفهوم وطبيعة التنزيل	**21**
المطلب الأول: تعريف التنزيل	**22**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتنزيل	**38**
الفرع الأول: التنزيل والميراث	**39**
الفرع الثاني: التنزيل والوصية	**45**
الفصل الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل	**50**
المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في أحكام التنزيل	**51**
المطلب الأول: الجهة القضائية المختصة والمؤهلون لرفع دعوى التنزيل	**51**
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة	**51**
الفرع الثاني: المؤهلون لرفع دعوى التنزيل	**55**
المطلب الثاني: صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في قضايا التنزيل	**58**
المبحث الثاني: أهمية وتطبيقات الاجتهاد القضائي في أحكام التنزيل	**63**
المطلب الأول: من يجب له التنزيل: المستحقون للتنزيل وشروطهم	**63**

الفرع الأول: استحقاق التنزيل	**63**
الفرع الثاني: شروط استحقاق التنزيل	**67**
المطلب الثاني: سريان استحقاق التنزيل وأحكام مختلفة	**69**
الفرع الأول: سريان استحقاق التنزيل	**69**
الفرع الثاني: أحكام مختلفة	**71**
خاتمة	**75**
ملاحق	**77**
قائمة المصادر والمراجع	**79**
فهرس الموضوعات	**93**
ملخص	**95**

ملخص

نص قانون الأسرة الجزائري على التنزيل الذي يعني إعطاء الأحفاد نصيبا من تركة جدهم أو جدتهم تعويضا لهم عمّا فاتهم من ميراث والدهم أو والدتهم الذين توفيا في حياة هذا الجد أو الجدة وحجبوا بأعمامهم أو عمّاتهم بقوا في فقر وحاجة، وهذا الاستحقاق يكون بشروط محددّة، وبمقدار معيّن يساوي في الأصل نصيب مورثهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز هذا النصيب في أقصى حالاته ثلث التركة، لكن النصوص القانونية ليست كافية وفيها عجز تشريعي أثار الكثير من المشاكل في تطبيق أحكام التنزيل عمليا ممّا استدعى تدخل القضاء لفض هذه النزاعات من خلال اجتهاداته في تفسير هذه المواد وحتى من خارجها من أجل إحقاق الحق وتحقيق العدالة المنشودة وحماية المراكز القانونية لكل إنسان، استنادا لمصادر الاجتهاد الرسمية، وبيان دور مؤسسة والقضاء ممثلة في شخص القاضي في حل النزاعات المتعلقة بالتنزيل وحسم الكثير منها حسما نهائيا.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي . التنزيل . الميراث . الأحفاد . الوصية.

summary

The Algerian family law stated the “Tenzil“(mixture between the commandment and the legacy) which means giving the grandchildren a share of their grandfather’s or grandmother’s inheritance in compensation for what they missed from the inheritance of their father or mother who died in the life of this grandfather or grandmother and were withheld by their uncles or aunts who remained in poverty and need.This entitlement depends to specific conditions and it is defined to certain amount that originally equal to what they bequeathed if their parents were still alive provided that this amount, in its most extreme case, does not exceed a third of the estate.

But the legal texts are not enough and there is a legislative deficit that raised many problems in practical applying of the Tenzil provisions. This obstacle necessitated the intervention of the judiciary to resolve these disputes through its jurisprudence in the interpretation of these articles, even from other sides, in order to implement the right, to achieve the desired justice, and to protect every human being legally. The official sources of jurisprudence work side by side of the legislative institution represented by the judge in order to resolve disputes related to the Tenzil and put an end to them as well.

Keywords: Judicial Jurisprudence - Tenzil - Inheritance - Grandchildren - commandment.