أحكام التنزيل في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

تاريخ استلام المقال: 20 أوت 2017 تاريخ القبول النهائي: 19 جانفي 2018

الباحث محمد بشير
طالب دكتوراه في الحقوق
تخصص القانون الإجرائي - كلية الحقوق
جامعة وهران 2 (الجزائر)
moh47bac@gmail.com

الملخص:

تم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 دون أن يمس الأحكام المتعلقة بالتنزيل سواء بالتعديل أو الاستحداث أو الإلغاء، ويطبق التنزيل حصريا على الحفدة (الأحفاد الذكور والحفيدات الإناث) مع العلم أن الأصل المتعلق بهم يشمل الأب والأم على حد سواء، وذلك استنادا إلى الشروط المبينة في المواد 170، 171، 172 من قانون الأسرة، وهذا بالرغم من مناشدة الفقهاء بامتداد هذه الأحكام إلى الأقرباء الآخرين ما عدا الوارثين كأولاد الإخوة مثلا، وبتفحص مضمون قرارات المحكمة العليا نلاحظ توافق هذه الأخير مع النصوص القانونية في مادة الأحوال الشخصية. ذلك أن كلاهما يستمد أحكامه من مختلف المذاهب الإسلامية مراعاة لأحوال المجتمع وباعتبار الفقه مرآة للقانون كما يقول أحد الفقهاء.

الكلمات المفتاحية: قضـــــاء، تنـــــزيل، جـــــــد، حفـــــدة، وارث، أســـــــرة.

Résumé:

Le Rôle de la doctrine et de la jurisprudence pour déterminer les notions relatives aux dispositions de l’héritage par substitution du code algérien de la famille. le code de la famille est amendé par l’ordonnance 05-02 du 27/02/2005 mais sans aucune modification ni insertion ni abrogation des dispositions de l’héritage par substitution, ce dernier qui est exclusivement appliqué aux descendants(les petits-fils et les petites-filles) sachant que la descendance concerne les deux parties père ou mèreen empruntant des conditions prévues par les articles 170, 171, 172 du code de la famille, malgré que les légistes ont quémandé l’extension de ces dispositions afin soutenir les autres proches hormis les héritiers tels que les descendants des frères et sœurs, et si on examine le contenu des arrêts de la cour suprême on remarque la correspondance de celles-ci avec les textes juridiques en matière des affaires familiales, car les deux inspirent leurs dispositions de différents doctrines islamiques en respectant les circonstances de la société et d’après l’expression d’un juriste « la doctrine est le miroir du droit ».

Mots clés:

jurisprudence, descendants, Héritage, grand-père, Famille.

مقدمة:

لقد تعددت أوجه البر وبات لزاما على المؤمن السعي إليها تقربا إلى الله تعالى جبرا لما فاته من الثواب ودرءا لما هو مقرر من العقاب ومن جملة هذه القربات نظام الوصية، هذه الأخيرة التيكانتتدرج قبلاالإسلام ضمن التصرفات العادية للمالك فله الحرية المطلقة في صرفها لمن يشاء من أقربائه أو الغير دون قيد حتى ولو حرم أهله[1]، وقد أحاطتها الشريعة الإسلامية بهالة من القيود سواء من حيث الأشخاص المقررة لهم أو من حيث القدر الموصى به.

ودليل مشروعية الوصية من الكتاب قوله جل وعلا[2]:"كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"[3]، ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام:"ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"، وغيرها من الآيات والأحاديث وأقوال الصحابة، ويرى ابن حزم بوجوبها استنادا إلى الآية السالفة الذكر، ويذهب رأي آخر إلى أنها واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون وهذا مستنبط من الآية ذاتها، في حين يتفق الأئمة الأربعة والزيدية على أنها لا ترقى إلى درجة الفرض وإنما يختلف حكمها بحسب الحال فقد تأخذ حكم الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة أو الإباحة[4] وسندهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام :"إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم".

ومن هذا المنطلق تكون الوصايا من حيث المبدأ اختيارية، بيد أنها تأخذ حكم الوجوب ويعبر عنها الفقهاء بمصطلح التنزيل ذلك أن الشخص المتلقي لها ينزل منزلة الوارث في التركة، وقد ورد النص على أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري[5] ضمن المواد 169 إلى غاية 172، غير أن تعديل قانون الأسرة[6] لم يشملها بالرغم من النقص الذي يعتري صياغتها.

إن نقص التدقيق في صياغة هذه المواد جعل النص يحتمل أكثر من معنى، وتبعا لهذا أصدرت المحكمة العليا قرارات في هذا الشأن لتجلية الغموض الذي يعتري هذه النصوص مسترشدة بالراجح من الأقوال المعتمد في الفقه الإسلامي فهل يعتبر هذا كافيا لمعرفة توجه

---

[1] – دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2009، ص 27.

[2] – نشير إلى أنه ليس كل مصطلح وصية وارد في القرآن الكريم يفيد معنى الوصية ذاتها وإنما إذا كان الأمر من الأعلى إلى الأدنى كانت ميراثا كما قال تعالى:" يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ" الآية 11 من سورة النساء.

[3] – الآية 180 من سورة البقرة.

[4] – السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، سنة 1981، ص 416-417.

[5] – القانون رقم 84/-11 المؤرخ في 1984/06/90 المعدل والمتمم.

[6] – الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة.

التشريع والقضاء الجزائريَيْن – في ظل الإحتدام الفقهي بشأن مسائل التنزيل – في الانتهال من أحكام الشريعة الإسلامية على اتساع نطاقها؟ خاصة وأن قانون الأسرة الجزائري منذ تعديله سنة 2005 أصبح مطعما بمختلف آراء المذاهب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن تشير إلى مذهب معين(المذهب المالكي حسب ما يراه بعض الفقه) كما هو جار به العمل في التشريع المغربي الذي يحيل صراحة إلى أحكام الفقه المالكي أو التشريعات العربية الأخرى[1] التي تحيل إلى أحكام الفقه الحنفي.

كما نجد البعض من الفقهاء يعتمدون على النص الوارد في النسخة الفرنسية لتفسير المصطلحات ومن ثم معرفة نية المشرع فما مدى صحة هذا الأسلوب المعتمد؟، وسوف نعمد إلى بيان كل هذه الأحكام ضمن دراسة تحليلية تأصيلية للمواد الأربع المتعلقة بالتنزيل وما يعتريها من لبس، هذا الأخير الذي تسعى الاجتهادات القضائية بفضل تجليته إلى تنوير فكر المشرع ومن ثم إعادة صياغة النصوص القانونية وفق رؤية سليمة تيسر المهمة على القضاة للبت في الدعاوى المتعلقة بالتنزيل، وعليه نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين نعالج في الأول مفهوم التنزيل وبيان شروطه في قانون الأسرة الجزائري، ثم نعكف في المبحث الثاني على بيان إسهام الفقه والقضاء في تقديم الحلول بشأن المآخذ المتعلقة بمسائل التنزيل.

المبحث الأول: مفهوم التنزيل
وبيان شروطه في قانون الأسرة الجزائري

قبل التطرق إلى الاجتهادات القضائية الصادرة في بخصوص مسائل التنزيل يتعين الوقوف عند بيان ماهيته للتعرف على كنهه ومدى كفاية الشروط الواجب توافرها للقول بصحة الوصية الواجبة في حق من أوصي له، وعلى هذا الأساس نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول المقصود بالتنزيل وبيان طبيعته القانونية، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تحديد شروطه وبيان مدى دقة صياغتها لبلوغ الغاية التي يبتغيها المشرع من وراء إقراره لنظام التنزيل.

المطلب الأول: تعريف التنزيل وتحديد طبيعته القانونية

نبين في هذا المطلب المقصود بالتنزيل نظرا لتعدد التعريفات بشأن هذا المصطلح، ثم نبين طبيعته القانونية كونه يشترك مع نظامي الإرث والوصية في نقاط وفي ذات الوقت يختلف عنهما في أمور، ونبين موقف المشرع الجزائري في هذا الخصوص.

[1] – نجد مثلا التشريع المصري والأردني والفلسطيني وغيرها تحيل إلى مذهب أبي حنيفة.

الفرع الأول: المقصود بالتنزيل

يطلق عليه الفقهاء اسم الوصية الواجبة، وعليه نعرف الوصية على إطلاق لفظها ثم نبين المقصود بالتنزيل، فلفظ الوصية يطلق لغة على فعل الموصي وعلى ما يوصى به من مال أو غيره من عهده ونحوه فوصيت الشيء إذا أوصلته[1]، وأما اصطلاحا فهو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[2]، وهو نفس التعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 184 من ق.أ[3].

ويرى المالكية وبعض الحنابلة أن الوصية والإيصاء مسميان لمعنى واحد، في حين يذهب الحنفية والشافعية أن الوصية أعم من الإيصاء[4]. وعرفها البعض بأنها العهد بالنظر في شيء أو التبرع بالمال بعد الوفاة، وحسب هذا التعريف تنقسم الوصية إلى قسمين حيث يتعلق الأول بالوصية إلى من يقوم بتسديد دين أو إعطاء حق أو النظر في شأن أولاد صغار إلى غاية بلوغهم، ويخص النوع الثاني بما يصرف إلى الجهة الموصى لها به[5]، وتثبت الوصية للحي دون الميت فمن أوصى لميت وهو يظن أنه على قيد الحياة بطلت الوصية اتفاقا وإن أوصى له بعد علمه بموته صحت وكانت لورثة الموصى له[6].

وأما بخصوص التنزيل فلم يورد المشرع الجزائري تعريفا له غير أننا نستشف من المادة 169 من قانون الأسرة تعريفا مطابقا لما ورد في كتب الفقه القانوني التي عرفته بأنه إحلال الأحفاد الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم محل والدهم في تركة الجد (أو الجدة) بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا بالشروط القانونية[7]، ويعرفه الدكتور بلحاج العربي بأنه جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة[8]، وقد عرفه المشرع المغربي في المادة 315 من مدونة الأسرة بأنه إلحاق شخص غير وارث وإنزاله منزلته. وأمـــام هـــذا النقص الذي يعتري

---

[1] – محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثاني، دار الفضيلة،القاهرة، مصر، دون تاريخ النشر، ص 483.

[2] – السيد سابق، مرجع سابق، ص 414.

[3] – ق.أ: قانون الأسرة

[4] – محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ص 483.

[5] – أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، دون بلد النشر، 1981، ص 419.

[6] – أبو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب،ليبيا– تونس، سنة 1982، ص 410.

[7] – نقلا عن دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 114.(وهو تعريف للأستاذ الموثق جمال ليشاني).

[8] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 2007، 184.

أحكام التنزيل في قانون الأسرة يتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة.

وتبعا لما سبق فإن التنزيل لم يرد بشأنه نص صريح لا في الكتاب ولا في السنة، والراجح عند جمهور الفقهاء استحباب الوصية كأصل عام كما تقدم، وما يمكن قوله عن الوصية وفقا للصورة المعروفة في قانون الأسرة أنها حالة مستحدثة عند الفقهاء المتأخرين لا سيما بن حزم الظاهري في كتابه المحلى الذي يرى بوجوبها على الأقربين غير الوارثين[1].

وقد شرع نظام التنزيل لعلاج مشكلة حجب الأحفاد – بأعمامهم و/أو عماتهم– الذين توفي أبوهم في حياة جدهم ثم يموت الجد وحالتهم تنبئ بالفقر والعوز ولا يمكنهم أن يستأثروا بحصة من التركة في حين أن من يحجبهم يكون مليئا[2]، ولهذا وجب رعاية شؤونهم تحت لواء قاعدة مؤداها المصلحة المفوضة لولي الأمر باعتبار أن الحفدة أولى الأقارب بالعطاء من مال الجد أو الجدة وجوبا[3].

وقد ذهب الرأي القائل بوجوب الوصية إلى الاستدلال بقوله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"[4] وقد اختلف الفقهاء في مقدار الخير فذهب بعضهم إلى القول بأنه الخمس وقيل الربع وقل آخر بالثلث حيث روي عن مالك والشعبي والنخعي أن قوله تعالى "بالمعروف" يعني بالعدل لا وكس فسه ولا شطط[5]، بيد أنهم اتفقوا على وجوب الوصية على من كان عليه دين أو عنده وديعة[6]، والراجح ما ذهب إليه المتأخرون بأن لا تزيد قيمتها على الثلث وألا يتم الإيصاء لملىء بل يلزم صرفها إلى الفقراء[7].

كما اختلف الفقهاء بشأن الآية الكريمة في كونها محكمة أو منسوخة ؟ فذهب رأي إلى أنها محكمة ودليلهم في ذلك أنها تخصيص لآيات المواريث حيث يقصد بالوالدين من لا يرث، ورجح غالبية أهل العلم بأن هذه الآية منسوخة بقوله عليه الصلاة والسلام : "لا وصية لوارث"،

---

[1] – أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء الثامن، بيروت، لبنان، 2003، ص349–355. (مسألة الوصية فرض على كل من ترك مالا).

[2] – بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 184.

[3] – المؤلفون جمع من العلماء (فيصل مبارك، ابن باز، ابن عثيمين)، المجموع النفيس في فقه المواريث، دار الجوزي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2006، ص 573.

[4] – الآية 180 من سورة البقرة.

[5] – أي لا زيادة فيه ولا نقصان.

[6] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت لبنان، 2008، ص 115.

[7] – محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الطبهة الخامسة، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1990، ص 119.

يقول ابن عباس رضي الله عنه أنها نسخت بقوله تعالى"للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون"، وأخرج عنه من وجه آخر أنها منسوخة بآية المواريث، ورد البعض على هذا القول بأنه نسخ الوجوب ونفي الندب[1]، كما أن آية المواريث جاءت لاحقة في نزولها لآية الوصية.

واشترط الفقهاء في إخراج الوصية ألا يكون المال يسيرا مصداقا لقوله تعالى:"إن ترك خيرا"، وقد أخرج البيهقي عن عائشة أن رجلا قال لها: أريد أن أوصي قالت: كم مالك؟ قال ثلاثة آلاف، قالت كم عيالك؟ قال: أربعة، قالت قال الله "إن ترك خيرا" وإن هذا شيء يسير فاتركه لعيالك فهو أفضل[2].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التنزيل

وأما من حيث الطبيعة القانونية للتنزيل فقد اعتبره البعض من قبيل الوصايا فيتعين إخراجه قبل أن تقسم التركة ويكيفه آخرون بأنه إرث، ويذهب فريق ثالث إلى اعتباره نظاما مستقلا يشترك في البعض من خصائصه مع الوصية كتحديده بالثلث وفي البعض الآخر مع الإرث[3] ذلك أنه يقسم قسمة ميراث ولا يحتاج إلى قبول.

وقد درجت التشريعات العربية على تسميته بالوصية الواجبة على خلاف المشرع الجزائري الذي سماه بالتنزيل وأدرجه ضمن أحكام الميراث في الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالميراث وقد قرر للأحفاد المقدار المقرر في علم الفرائض أي للذكر مثل حظ الأنثيين لا كما هو مقدر للموصى لهم في حال تعددهم كما تنص على ذلك المادتان 187 و194 من قانون الأسرة[4]، وهو المعتمد في الفقه الإسلامي يقول بن جزي"...وإن كان لأكثر من واحد قسم بينهم على المحاصة"[5].

وقد أورد المشرع المغربي أحكام التنزيل في مدونة الأسرة في صيغتها المحينة بتاريخ 25 يناير 2016 ضمن القسم الثاني من الكتاب الخامس بعنوان "الوصية"، حتى أن المادة 316 تأكد هذا المنحى بنصها"ينعقد التنزيل بما تنعقد به الوصية ...وهو كالوصية تطبق عليه

---

[1] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مرجع سابق، ص 115-116. أحمد الصاوي المالكي، حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، المجلد الأول، دار الفكر، دون مكان النشر، 1977، ص 82.

[2] – محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نفس المرجع، ص 116.

[3] – دغيش أحمد، مرجع سابق، ص 115.

[4] – تنص المادة 187 من قانون الأسرة على ما يأتي:"تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس. كما "تنص المادة 194 من ذات القانون على ما يلي:"إذا أوصي لشخص ثم أوصي لثان يكون الموصى به مشترك بينهماً، وتنص المادة 187 من ذات القانون على ما يأتي:"تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"

[5] – بن جزي، مرجع سابق، ص 413.

أحكامها..." وتضيف المادة 320 من مدونة الأسرة أنه كل ما لم يرد النص عليه في أحكام التنزيل يرجع فيه لأحكام الوصية، وأما بخصوص المقدار فقد نصت المادة 319 من ذات المدونة على ما يأتي:" إذا كان المنزل-فتحا- متعددا وفيهم ذكورا وإناثا وكان المنزل قد قال يعطون ما كان يرثه أبوهم لو كان حيا أو قال أنزلوهم منزلته قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين".

غير أن المادة 171 من قانون الأسرة تكيفه بأنه وصية من خلال صياغتها "أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية"، وأمام هذا التباين الواضح بين مسألة الترتيب والتبويب وطريقة صياغة المواد يصعب إعطاء تكييف قانوني جلي للتنزيل إذ يتعين على المشرع أن يحدث اتساقا بين الأمرين في التعديلات اللاحقة، وأملنا كبير في أن يساير الأحكام المتفق عليها في التشريعات العربية ألا وهي اعتباره من قبيل الوصايا ومن ثم إدراجه ضمن الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات.

للإشارة فقد كيف القضاء التنزيل بأنه وصية وذلك في قرار للمحكمة العليا ملف رقم 526179 المؤرخ في 2009/12/10 وقضى بالمبدأ التالي:"يعد تنزيل ابن الأخ منزلة الابن من الصلب، طبقا للشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث" (المادتان 169- 222 من ق.أ)[1].

وتجدر الإشارة إلى أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا ولا يحتاج إلى شكل رسمي وتقبل فيه شهادة الأقارب طبقا للمذهب المالكي[2]، وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا[3]، وعليه أصبح تنزيل الأحفاد بحكم القانون تلقائيا[4].

ولم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تكييف نظام التنزيل من حيث كونه ميراثا أو وصية غير أننا نستشف هذا الحكم من خلال تبوبهم لهذا النظام ضمن فهارس كتبهم التي قلما تتناوله، فنجد مثلا السيد سابق يعرض إلى إحكام الوصية ثم علم الفرائض وبعدها الوصية الواجبة[5]، وهذا يقودنا إلى القول بأن التنزيل نظام مستقل عن أحكام الميراث وكذا أحكام الوصية فهو يتفق معهما في نقاط ويختلف في أخرى كما سنبينه في مقامه.

---

[1] – مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010.

[2] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 173556، قرار منشور بتاريخ 1997/11/25، عدد 1، ص 46، مستمد من كتاب قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، بلحاج العربي، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010، ص 499.

[3] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 94719، قرار بتاريخ 1993/09/28، عدد خاص، ص318، قرار مستمد نفس المرجع، ص 498.

[4] – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 309029، قرار منشور بتاريخ 2006/01/04، عدد 1، ص 443، مستمد من المرجع نفسه ، ص501.

[5] – السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص 458.

المطلب الثاني: شروط التنزيل وفق قانون الأسرة الجزائري

تنص المادة 169 من قانون الأسرة على ما يلي:"من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه ينزلون منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية". وقد ذكرت هذه الشروط في المواد 170، 171، 172 من قانون الأسرة ونتطرق إليها في الفرع الأول، ثم نوضح العلاقة القائمة بينها وبين الطبيعة القانونية للتنزيل.

الفرع الأول : الشروط القانونية للتنزيل

أولا: ألا يكون الحفدة مستحقين في التركة بطريق الإرث(م 171 من ق.أ).

ثانيا : ألا يكون صاحب التركة قد أوصى لأحفاده مقدار ما يستحقونه بالتنزيل(م 171).

ثالثا: ألا يكون صاحب التركة قد أعطى حال حياته للأحفاد بلا عوض مقدار استحقاقهم بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية(م 171 من ق.أ).

رابعا: ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من مورثهم (الأب أو الأم) ما لا يقل عن منابه من تركة الجد أو الجدة على أن يكون مقدار التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين(م 172 من ق.أ)، وقد أكدت المحكمة العليا هذا الحكم في قرار لها، ملف رقم 403828 بتاريخ 2007/11/14 ومفاده أن حق الأحفاد المنزلين منزلة أبيهم مشروط بأن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه[1]، حيث جاء في حيثياته:"حيث أن المادة 172 من قانون الأسرة تنص بأن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه وأمه.

وحيث إنه بذلك يتبين بأن حق الأحفاد المنزلين منزلة أبيهم مشروط بأن يكونوا قد ورثوا عن أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه.

وحيث أنه كان على قضاة المجلس التأكد من ذلك قبل التطرق إلى تركة المرحوم (ص.ب.ع) وقسمتها حسب الفريضة المؤرخة في 2001/04/30.

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين". ويتجلى من خلال مضمون هذا القرار أن القضاء ساير التشريع في ثبوت هذا الشرط ومن ثم يتعين التأكد من أن الحفدة قد ورثوا من أصلهم ما يقل عن حصته من تركة الجد أو الجدة.

خامسا: أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا على أن لا تتجاوز الثلث(م 170 من ق.أ).

[1] – مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2011.

الفرع الثاني: علاقة الطبيعة القانونية للتنزيل بالشروط المقررة له

غني عن البيان أن تحديد طبيعة نظام التنزيل يفيد في معرفة الشروط التي يتعين تطبيقها عليه إضافة إلى الشروط الخاصة به كنظام مستقل، أهي الشروط المتعلقة بالميراث أو الوصية نظرا للتباين بينهما حيث اشترط الفقه الإسلامي العقل والبلوغ والإسلام لصحة الوصية[1]، غير أن المشرع الجزائري نص على صحة الوصية مع اختلاف الدين في المادة 200 من قانون الأسرة وخلافا لما هو مقرر في نظام الإرث. كذلك الشأن بالنسبة لخلو الحفيد من موانع الإرث[2].

ثم إن حصر التنزيل على الحفدة دون غيرهم فيه إجحاف بحق الأقرباء غير الوارثين الآخرين الذين هم في حاجة إلى من يعولهم ويرعى مصالحهم كفروع الإخوة مثلا[3]، ومادام أن المشرع قد أدرج التنزيل تحت نظام الإرث فالأجدر أن يستأثر من ثبت التنزيل في حقهم بمناب مورثهم حتى ولو تجاوز الثلث مادام التعدد في التنزيل هو الغالب وقسمة المال بين من يتم لصالحهم تضعف حصتهم فيه، ولهذا يبدو من الأفضل عدم تكييف التنزيل بأنه وصية حتى نستبعد قيد مقدار الثلث، ولا اعتباره ميراثا حتى نتخلص من مسألة الحجب، ذلك أن الغاية من الوصية الواجبة عند بن حزم أن يتسع نطاقها حيث قال:" وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق أو لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه لأحد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولابد ما رآه الورثة أو الوصي"[4].

المبحث الثاني: إسهام القضاء في تقديم الحلول بشأن المآخذ المتعلقة بمسائل التنزيل

إن صياغة المادة 169 من قانون الأسرة تستدعي الوقوف عند مصطلحات لمعرفة مدلولها ذلك أنها عرضت على القضاء وفصل في الالتباس الذي بدر للبعض من المتقاضين ثم إيجاد الحل المناسب للمسألة المراد معرفة حكمها، وسوف نطرح هذه الإشكالات وبالموازاة نعرض الحلول التي أوردها القضاء بحكم القضايا المعروضة عليه هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لإحالة قانون

---

[1] – أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص 420.

[2] – عددت المادة 135 من قانون الأسرة موانع الميراث غير أنها أغفلت أخرى، ومن باب تعميم الفائدة موانع الميراث يجمعها قولك "عش لك رزق"، العين: عدم الاستهلال، الشين : الشك في أسبقية الموت، اللام: اللعان، الكاف: الكفر، الراء: الرق، الزاي: ابن الزنا لا يرث إلا من أمه، القاف: القتل (القتل العمد وفقا للمذهب المالكي).

[3] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 189.

[4] – المجموع النفيس في فقه المواريث، المرجع السابق، ص 574.

الأسرة لأحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم ورود نص بشأن المسألة التي يراد معرفة حكمها، فهنا يصعب إيجاد هذا الحكم نظرا لعدم تحديد المشرع لمذهب معين ذلك أن الشريعة الإسلامية واسعة النطاق، وتبعا لهذا تتعدد الأحكام بشأن الواقعة الواحدة مما يستوجب تدخل القضاء لتوحيد الاجتهاد.

وبناء على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول ضرورة التدقيق في صياغة النصوص القانونية الخاصة بالتنزيل، ثم نبين في المطلب الثاني اعتماد القضاء على الراجح من الأقوال في الشريعة الإسلامية لتنزيل أحفاد البنات دون اقتصاره على أحكام الفقه المالكي.

المطلب الأول: ضرورة التدقيق في صياغة النصوص القانونية الخاصة بالتنزيل

هناك بعض المسائل التي طرحت على القضاء وتضمنت إشكالات نظرا لاحتمال النص أكثر من معنى، وأمام هذا الطرح يتعين تدخل القضاء لكشف اللبس عن كل مبهم وهذا حتى يكون القضاة في منأى عن إصدار أحكام متباينة يصعب على المحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي بشأنها، وسوف نعالج هذا الإشكال في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: إزالة اللبس بشأن المدلول اللغوي لمصطلح "أحفاد"

يثور الإشكال بين المقصود بمصطلح "أحفاد" في المادة 169 من قانون الأسرة والوارد في صيغة الجمع المذكر السالم كما تم عرضه على القضاء، فهل ينصرف المعنى إلى الحفيد الذكر والحفيدة الأنثى على حد سواء أم أنه يقتصر على الذكر فقط استنادا إلى حرفية النص، فالتزاما بما ورد في المادة 169 من قانون الأسرة يتضح حسب بعض الفقهاء[1] أن التنزيل يقع حصرا على أبناء المتوفى الذكر دون أبناء بنت المتوفى، فما مدى صحة هذا القول أمام الرأي الآخر الذي يتمسك بأن المعنى ينصرف إلى الجنسين؟

إجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأنه لا يمكن الاعتماد على النص الوارد في النسخة الفرنسية ذلك أن النص العربي هو الأصل خاصة وأن الحكم يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية التي لا تجد أساسها في التشريع الفرنسي بل في الشريعة الإسلامية الغراء وخير دليل على ذلك نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إليها، ومن هذا المنطلق بالإمكان تحديد من يجب له التنزيل وهم فرع الولد[2] المتوفى حقيقة أو حكما (المفقود)، وينصرف مصطلح الولد إلى الأب والأم معا. كما تجب الوصية الواجبة في حـــق فرع (الحفيد أو الحفيدة) الولـد (الأب أو الأم)

---

[1] – انظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 186.

[2] – نعني بالولد الذكر والأنثى على حد سواء قال تعالى: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ".

المتوفى مع أبيه (الجد أو الجدة) في آن واحد كحالة الغرقى والهدمى والحرقى و غيرهم ولم يعرف أيهما مات أولا[1].

الفرع الثاني: دور الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي في تفسير المصطلحات الغامضة

أجاب على الطرح السابق المتعلق بمصطلح "الأحفاد" أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، ملف رقم 258898 قرار بتاريخ 2001/02/21 والذي ورد فيه "...إذ لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة التي توجب تنزيل الأحفاد[2] أصلهم في تركة الجد والنعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور وحدهم مردود عليه لغة وقانونا، فاللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة أما من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلي الغموض المفتعل من طرف الطاعن إذ تنص على أن التنزيل يكون على قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أما القول بإعمال الشريعة الإسلامية فالقانون مستمد منها وعليه فالوجه غير مؤسس مما يتعين رفضه ودون التعرض للوجه الثاني لتشابههما"[3].

وقد صدر مؤخرا القرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2013/09/12 ملف رقم 0759763 [4] وقضى بمبدأين يقضي أحدهما ببيان مدلـــول مصطلح "الأحفاد" ومفاده مـــــا يلي: "تعني كلمة

---

[1] – سعيد بوزيري،أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص 163.

[2] – يثور الإشكال بشأن مصطلح القاصر الوارد في صيغة المفرد فهل يشمل الذكر والأنثى على حد سواء كما يعتمده المشرع الفرنسي في المادة 388 من القانون المدنيّ «Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis » أم يشمل الذكر دون الأنثى؟ وتبدو جدية هذا الطرح حين نجد أن المشرع قد استعمل لفظ القاصرة بالتأنيث في بعض النصوص القانونية مثل المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة ونص المادة 336 معدلة من قانون العقوبات وهذا يؤدي إلى القول بأن مصطلح قاصر بالتذكير يقتصر على الذكر دون الأنثى في حين أن هذا اللفظ لا يعدو أن يكون وصفا، هذا الأخير الذي يشمل الجنسين، فنجد مثلا المادة الأولى من القانون التجاري تعرف التاجر ومعلوم أن هذا المصطلح يعم الجنسين باعتباره وصفا، ويزيد المشرع المسألة تعقيدا في التعديل الذي أجراه على نص المادة 2/336 من قانون العقوبات التي تختص بجريمة الاغتصاب (هتك العرض قبل التعديل) وذلك بمقتضى القانون 14-01 الصادر بتاريخ 2014/06/08 حيث استبدل مصطلح القاصرة بالقاصر فهذا لا يعني أن القاصرة مستبعدة من هذا النص وإنما كلاهما معني به، إلا أنه وقع تداخل مع نص المادة 2/335 من قانون العقوبات التي تتعلق بجريمة الفعل المخل بالحياء المقترفة ضد القاصر حيث يصعب التكييف ذلك أن العقوبة تختلف من جريمة إلى أخرى. وعليه يتعين على المشرع أن يبين بأن مصطلح القاصر أو الطفل يعم الجنسين في المادة الثانية من القانون 15-12 المؤرخ في 2015/07/15 المتعلق بحماية الطفل.

[3] – قرار غير منشور مقتبس من مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2006، ص 47 وما بعدها، ورد كملحق لمقال بعنوان "التنزيل على ضوء قانون الأسرة الجزائري" للمستشار محمد بن سالم المحامي العام لدى المحكمة العليا.

[4] – قرار منشور ، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014، ص 327 وما بعدها.

"أحفاد" أبناء الابن (الأب) أو أبناء البنت(الأم). وما جاء به هذا القرار هو عين الصواب ذلك أن اجتهاد القضاء في هذه المسألة مرجعه أحكام الشريعة الإسلامية[1].

وقد نص الفصل 191 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي:"من توفي وله أولاد ابن ذكر أو أنثى ..." فاستعمال المشرع التونسي للفظ "أولاد" في المادة يقصد به الذكور والإناث على حد سواء دون حاجة للتوضيح ذلك أن مصطلح الولد يشمل الجنسين كما سبق بيانه. وقد قصر المشرع السوري الوصية الواجبة صراحة على أولاد الإبن دون أولاد البنت[2]، كما تنص المادة 316 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي:"...أو يكون له ولد ابن أو ولد بنت فيقول ورثوه مع أولادي...".

ونشير إلى أن قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 جاء بصياغة دقيقة مضمونها كالآتي:" إذا لم يوص الميت(الجد أو الجدة) لفرع(الحفيد و/أوالحفيدة)[3] ولده(المورث الذكر والأنثى)الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما...). وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذه المادة أن القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وطاووس، والإمام أحمد، وداود، والطبري، وإسحق بن راهويه، وابن حزم..."، وما ذهبت إليه المادة 71 من قانون الوصية المصري لسنة 1946 في مقدار الوصية الواجبة إنما هو اجتهاد قوامه المصلحة وفي نطاق القدر الذي يجوز الوصية به وتنفذ دون توقف على موافقة الورثة[4].

ونجد أيضا عبارة "من توفي" الواردة في نص المادة 169 من قانون الأسرة فهل ينصرف معناها اللغوي إلى الأصل الذكر أي الجد دون الأنثى أي الجدة (توفيت) أم يشمل الحكم الجنسين معا. بطبيعة الحال لم تختلف المذاهب في هذه المسألة لهذا نختصر القول بشأنها ونقول بأن الحكم يعني الجد والجدة معا أي الأصل الذكر والأنثى على حد سواء[5].

---

[1] – ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ما مفاده:"...لأن الولد يشمل الذكر والأنثى، ...". انظر عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، المجلد الثالث، ص 338.

[2] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة الجزء الأول، الطبعة الثانية، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص 693.

[3] – ميز المشرع المصري بين أولاد البنات وأولاد الأبناء، فقرر في الحالة الأولى الوصية لأهل الطبقة الأولى، وقرر للحالة الثانية غير ذلك أي قصد أولاد الأبناء مهما نزلوا. انظر السيد سابق، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص 458.

[4] – المجموع النفيس في فقه المواريث، مرجع سابق، ص 576.

[5] – سعيد بوزيري، المرجع السابق، ص 163.

المطلب الثاني: اعتماد القضاء على الراجح من الأقوال في الشريعة الإسلامية لتنزيل أحفاد البنات

إن إحالة المادة 222 من قانون الأسرة إلى إحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة يخلق صعوبة في الأخذ بالقول الراجح[1]، ففي مصطلح آخر وهو "مورث" وذلك في عبارة "وقد مات مورثهم" هل يعني الأصل الذكر أي الأب أم يشمل الأب والأم على حد سواء وبالتالي ينصرف الحكم إلى فرعيهما؟ وقع نزاع بين الفقهاء في هذه النقطة حيث اعتبر بعض الفقه[2] أن التنزيل مقصور على أبناء ولد المتوفى الذكر دون أبناء بنت المتوفى، في حين يرى آخرون أن التنزيل يشمل أبناء الأصل الذكر والأنثى معا ولا عبرة بالنص الوارد في النسخة بالفرنسية "Fils"[3].

الفرع الأول: فتوى وزارة الشؤون الدينية طبقا لأحكام الفقه المالكي

وقد صدرت في هذا الخصوص فتوى شرعية حول مسألة التنزيل عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بتاريخ 2002/04/23 بمقتضى مراسلة موجهة إلى السيد نقيب الغرفة الجهوية لموثقي الوسط نلخص مضمونها كالآتي (بناء على رسالتكم الموجهة إلينا بتاريخ 2002/03/23 والمتعلقة بموضوع التنزيل الوارد في قانون الأسرة الجزائري وفق المواد 169-170-171-172، فقد نصت المادة 169 منه على ما يلي:"من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة".

نشير إلى أن هناك من يطبق النص حرفيا حسب مفهومه اللغوي إذ يورث الأحفاد من الذكور وكذا أبناء البنت، وهناك من يطبق كلمة أحفاد حسب المفهوم الشرعي الاصطلاحي إذ يورث ابن الابن فقط أما أبناء البنت فلا، لأنهم يعتبرون من ذوي الأرحام، وعلى هذا الأساس ثار الإشكال أي الأمرين أصح؟

وأجيب على هذا التساؤل ضمن الفتوى بأن هناك قاعدة مفادها أن المدلي إلى المورث عن طريق الأنثى لا يرث ولا يضيع حقه ذلك أنه يرث من أبيه وجده من أبيه وعليه فإن التنزيل الخاص بالأحفاد يكون من الأبناء لا من البنات، والأمر الثاني أن الحفدة يرثون بمجرد توافر الشروط القانونية الواردة في المواد 170-171 من قانون الأسرة، والمسألة الثالثة تتعلق بتوقف

---

[1] – حتى ولو كنا بصدد الفقه المالكي فإن اعتماد المشهور فيه عند المالكية ليس بالأمر الهين، ذلك أنه يتعين دراسة كل الأقوال وتمحيص الأدلة للخروج بأرجح الأقوال وهذا لا يكون إلا من اختصاص الفقهاء الجهابذة.

[2] – انظر بلحاج العرب، المرجع السابق، ص 186.

[3] -Article 169 du code de la famille : « Si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du de cujus selon les conditions ci-après définies ».

الفريضة إلى غاية فصل القاضي في حق الحفدة لأنه يملك سلطة التقدير). فهل هذه الفتوى ملزمة للقضاة أم يمكن الاستئناس بها إلى غاية صدور اجتهاد قضائي يكون مرجعا في القضايا اللاحقة أو يدون ما ورد بمضمونه من مبدأ في صيغة نص قانوني.

الفرع الثاني: مخالفة الاجتهاد القضائي للمشهور في المذهب المالكي

لقد حسمت المحكمة العليا نزاع الفقهاء القائم حول معنى كلمة "الأصل" الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة وخالفت الفتوى السالفة البيان وذلك في اجتهاد لها ملف رقم 075763 قرار بتاريخ 2013/09/12 قضية (ح.ع) ضد ورثة (ح.س) ومن معهم بحضور النيابة العامة- وهو القرار المشار إليه في الطرح الأول- ويقضي المبدأ بما يلي:" كلمة"أصلهم" الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة) تعني الأب والأم.

وملخص القرار كما يلي:

" حيث أن الطاعن يعيب على قضاة الموضوع قضاءهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي برفض دعواه الرامية إلى إلغاء فريضة المرحوم (ح.أ) المحررة بتاريخ 2005/01/25 المتضمنة تنزيل المطعون ضدهم منزلة والدتهم (ح.م) بالرغم من أن المادة 169 من قانون الأسرة تقتصر بشأن الحق المذكور على أولاد الذكر فقط دون أولاد الأنثى.

لكن حيث أن المادة 169 من قانون الأسرة التي استند إليها الطاعن في تأسيس طعنه تنص صراحة على أنه:"من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة..." ومن ثم فإن كلمة أصل المشار إليها في المادة المذكورة تعني الأب أو الأم، ولا تقتصر فقط على الأب مثلما يعتقد الطاعن خطأ، وهو الأمر الذي تؤكده كذلك الفقرة الأولى من المادة 172 من القانون المذكور وبالتالي فإن الفرع الأول من الوجه المذكور غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به...".

هذا القرار يخالف ما جاء به قانون الوصية الواجبة المصري الذي يوجب الوصية لأولاد الأبناء من أبناء الظهور- الذين لا يدلون إلى الميت بأنثى- وإن نزلوا وكذا الطبقة الأولى من أولاد البنات بينما يقررها الاجتهاد القضائي الجزائري لأولاد[1] الأولاد[2] وإن نزلوا وهذا دون قيد من حيث الطبقات.

خاتمة:

نخلص مما تقدم إلى أن التنزيل في التشريع الجزائري نظام هجين مستقل في أحكامه عن نظامي الوصية والإرث، وهذا يجعل الأمر عسيرا على القاضي حين تعترضه مسألة ولا يجد

[1] - الذكر والأنثى على حد سواء.

[2] - مهما كان جنسهم.

لها حكما في قواعد التنزيل فهو مضطر إلى الاستعانة إما بنظام الوصية أو نظام الإرث على الرغم من التباين بين أحكامهما، ذلك أن الوصية هي خلافة اختيارية تتم بإرادة الموصي ضف إلى ذلك أن التنزيل مقدم عليها في التنفيذ على التركة في حين أن الميراث هو خلافة إجبارية لا دخل لإرادة المورث في إنشائها.

ثم إن حصر التنزيل على الحفدة دون غيرهم فيه إجحاف بحق الأقرباء الآخرين غير الوارثين الذين هم في حاجة إلى من يعولهم ويرعى مصالحهم كفروع الإخوة مثلا، ومادام أن المشرع قد أدرج التنزيل تحت نظام الإرث فالأجدر أن يستأثر من ثبت التنزيل في حقهم بمناب مورثهم حتى ولو تجاوز الثلث مادام التعدد في التنزيل هو الغالب وقسمة المال بين من يتم لصالحهم تضعف حصتهم فيه.

ولهذا يبدو من الأفضل عدم تكييف التنزيل بأنه وصية حتى نستبعد قيد مقدار الثلث ولا اعتباره ميراثا حتى نتخلص من مسألة الحجب، ذلك أن الغاية من الوصية الواجبة عند بن حزم أن يتسع نطاقها لصرفها في أوجه البر، واستقلالية أحكام التنزيل تحقق مصلحة راجحة بشرط التعديل في أحكامه تماشيا مع أحوال المجتمع التي يفصح عنها الفقهاء في كتباتهم وكذا الاجتهادات القضائية في مجلة المحكمة العليا.

إن الإشكال المطروح في معرض هذه الدراسة والمتعلق بتوجه التشريع والقضاء الجزائريين واعتبار التنزيل كنموذج في هذا الصدد يبين أن المشرع الجزائري أصبح يأخذ بالراجح من الأقوال في الفقه الإسلامي دون الاعتماد على أحكام الفقه المالكي كما هو الشأن في مسألة التنزيل التي تأسى فيها المشرع الجزائري بأحكام المذهب الظاهري ولعل الحكمة من ذلك مراعاة أحوال المجتمع[1]،ومن خلال معالجة مضامين قرارات المحكمة العليا يتضح جليا أن القضاء يساير التشريع، ولهذا لا يمكن الاعتماد على ما تتضمنه النسخة الفرنسية لتفسير المصطلحات الواردة في قانون الأسرة ومن ثم معرفة نية المشرع ذلك أن المادة 222 من قانون الأسرة وضعت

[1] – وليست في الحقيقة المسألة الوحيدة التي يأخذ فيها المشرع الجزائري بأحكام المذهب الظاهري، نذكر على سبيل المثال تقرير سن الرشد بتسع عشرة (19) سنة سواء في المادة 40 من القانون المدني أو المادة 7 معدلة من قانون الأسرة أو المادة 186 من ذات القانون فيما يتعلق بأحكام الوصية أو المادة 203 من نفس القانون فيما يخص أحكام الهبة أو المادة الرابعة من قانون الجنسية التي تحيل إلى القانون المدني، كذلك المادة 33 من قانون الحالة المدنية المعدلة بموجب القانون 14-08 المؤرخ في 2014/08/09 التي تنص على ما يلي:"يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، أن يكونوا بالغي سن (19) سنة على الأقل، سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس يتم اختيارهم من قبل الأشخاص المعنيين"، فالملاحظ أن المشرع الجزائري قد وحد سن الرشد في المسائل المدنية بتسع عشرة سنة وقد تفرد الظاهرية بهذا الحكم. انظر كتاب المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 2003، ص 103.

قاعدة مفادها أن ما لم يرد بشأنه نص في قانون الأسرة يرجع فيه إلى أحكامالشريعة الإسلامية على اتساع نطاقها.

ومهما يكن فإن القاضي لا يمكنه الإلمام بأحكام الفقه الإسلامي على اتساع نطاقه ودون تحديد مذهب معين فيقف عاجزا أمام المسائل التي تطرح عليه كما هو عليه الحال في مسألة تنزيل أولاد البنات منزلة أمهم في تركة جدهم أو جدتهم، وهل يتعلق الأمر بالجنسين معا أو بأحدهما؟ الحقيقة كما مر معنا أن الفتوى صدرت وفقا لما هو وارد في أحكام الفقه المالكي، والواقع أن القضاء لم يأخذ بهذه الفتوى مراعيا أحوال المجتمع وتحقيق المساواة بين أولاد الأبناء وأولاد البنات من جهة، ومن جهة أخرى أن التنزيل من قبيل المسائل المستحدثة عند الفقهاء المتأخرين وبناء عليه بإمكان الاجتهاد القضائي أن يفصح عن مبادئ تسهم في تعديل أو استحداث أو إلغاء أحكام متى كانت القواعد المقررة لا تفي بالغرض المطلوب الذي يبتغيه المشرع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر

1- القرآن الكريم

2- أبو القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب،ليبيا- تونس، سنة 1982.

3- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر،دون بلد النشر، 1981.

4- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي،المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، بيروت لبنان، 2003.

5-أحمد الصاوي المالكي، حاشية العلامة الصاوي على تفسير الجلالين، المجلد الأول، دار الفكر، دون مكان النشر، 1977.

6- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي،المحلى بالآثار دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 2003.

7- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، سنة 1981.

8- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت لبنان، 2008.

9- محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثاني، دار الفضيلة،القاهرة، مصر، دون تاريخ النشر.

10- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الطبعة الخامسة، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 1990.

ثانيا: قائمة المراجع

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 2007.

2- بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة

الرابعة، 2010.

3- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2009.

4- سعيد بوزيري،أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007.

5- فيصل مبارك، ابن باز، ابن عثيمين، المجموع النفيس في فقه المواريث، دار الجوزي، القاهرة، مصر، ط1، 2006.

6- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة الجزء الأول، الطبعة الثانية، بوزريعة، الجزائر، 2006.

ثالثا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

2- القانون رقم 84/-11 المؤرخ في 1984/06/90 المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

4- قانون الأحوال الشخصية التونسي.

5- قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

6- مدونة الأسرة المغربية بصيغتها المحينة بتاريخ 25 يناير 2015.

رابعا: الاجتهادات القضائية

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد الأول، ملف رقم 173556، قرار بتاريخ 1997./11/25

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، ملف رقم 94719، قرار بتاريخ 1993./09/28

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، العدد الأول، ملف رقم 3090029، قرار بتاريخ 2006./01/04

4- المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2011، قرار لها، ملف رقم 403828 بتاريخ 2007/11/14.

5- المحكمة العليا، العدد الأول، 2010، قرار للمحكمة العليا ملف رقم 526179 المؤرخ في 2009/12/10.