المرجعية الفقهية المعتمدة من القاضي الجزائري عند اجتهاده في قضايا الأحوال الشخصية -مسألة الحق في التنزيل أنموذجا-

Jurisprudence adopted by the Algerian judge in his case law in personal status cases -The question of the right of descent in the will is a model-

الدكتور: بوداوي كريم [1] *، الدكتور رنان عبد القادر سعيد[2]

الدكتور لبيض بوبكر [3] *، الدكتور دمانة الأزهاري [4]

[1] جامعة عمار ثليجي بالأغواط (الجزائر) karimboudoui26@gmail.com

[2] جامعة عمار ثليجي بالأغواط (الجزائر) as.rennane@lagh-univ.dz

[3] جامعة عمار ثليجي بالأغواط (الجزائر) Labiedbobaker@hotmail.com

[4] جامعة عمار ثليجي بالأغواط (الجزائر) l.demmana@lagh-univ.dz

تاريخ الإرسال: 2022/09/17 تاريخ القبول: 29/ 09/ 2022 تاريخ النشر: 15/ 10/ 2022

الملخص:

لم يحدد المشرع الجزائري في تنظيمه لقانون الأسرة المرجعية الفقهية التي هي أساس البنية الأولى للصياغة التشريعية، فأثناء سن المواد القانونية نجد أنها تبنى على مكونات القاعدة القانونية، والتي من لبناتها مراعات الجانب الثقافي والديني والتاريخي للمجتمع، والأسرة الجزائرية مسلمة تاريخيا ودينيا وثقافيا، بل يمكن القول أنها مالكية بامتياز في جميع حالاتها الاجتماعية، وهذا ما يجعلنا نبحث عن السبب الذي أدى بالمشرع فيه إلى عدم إعطاء المكانة الحقيقة للمذهب المالكي، بل إنه لم يراعه حتى في حالة عدم وجود النص والذي أحال في المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية عامة دون تبين مكانة المذهب المالكي، نتناول بالدارسة مسألة الحق في التنزيل وكيفية عمل المشرع فيها تنصيصا وقضاء، وهل روعيت فيها المرجعية الفقهية.

الكلمات المفتاحية: المرجعية الفقهية– القاضي الجزائري– الأحوال الشخصية– الحق في التنزيل.

* المؤلف المرسل

Abstract:

The Algerian legislator did not specify in his organization of the family law the jurisprudential reference that is the basis of the first structure of legislative drafting, during the enactment of legal articles we find that they are based on the components of the legal rule, which for its daughters take into account the cultural, religious and historical aspect of society, and the Algerian family is historically, religiously and culturally Muslim, but it can be said that it is possessive par excellence in all its social situations, and this makes us look for the reason why the legislator did not give the real status to the Maliki doctrine, and even did not take into account it. In the absence of a text which is referred in Article 222 to the provisions of Islamic law in general without indicating the status of the Maliki doctrine.

In the study, we address the question of the right to download, how the legislator works in it in terms of quotation and judgment, and whether the jurisprudential reference has been taken into account.

Keyword: Reference Jurisprudence - Algerian Judge - Personal Status- the right of descent in the will.

مقدمة:

مقدمة: إن الناظر في مواد قانون الأسرة الجزائري يجد أن المشرع لم يلتزم بمذهب البلد شهرة وهو المذهب المالكي ولا حتى بالمذهب الحنفي الذي اعتمد في قضاء الدولة العثمانية وتوارثه البعض، ولا بمذهب بعض الأقليات وهو المذهب الإباضي، بل نجده ينتقل من مذهب إلى مذهب بل حتى يخرج عن قول الجماهير من العلماء في بعض الأحيان، وقد أكد ذلك في المادة 222 والتي تلزم القاضي في حاله عدم وجود نص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولم تقيده بأي مذهب من المذاهب هذا ما يصعب عمل القاضي، الذي يلجأ في تعامله مع القضايا المطروحة أمامه بمبدأ تحقيق العدالة، وذلك بمحاولة فهم قصد المشرع من النصوص الموجودة أمامه أو مما

يسهل عليه الوصول إلى حل القضية، هذا إما لعدم وجود نص قانوني أو هناك عيب أو إشكال في تطبيق النص القانوني، فنكون هنا أمام اجتهاد القاضي وهذا الاجتهاد تزداد أهميته في مجال شؤون الأسرة التي كانت ومازالت البنية الاجتماعية الأولى في الحفاظ على كيان الإنسان حضاريا وفكريا.

الإشكال المطروح: إن اجتهاد القاضي في تفسيره للنص أو تطبيقه إياه قد راعى فيه العدالة والمصلحة بوجهها العام دون التحقيق في كيفية الوصول إلى ذلك، مما يفتح باب التساؤل أليس نصوص الأحوال الشخصية مصدرها الشريعة الإسلامية، لماذا لم تراعى أحكامها في اجتهادات القاضي؟

أما في حالة انعدام النص القانوني أحيل القاضي في المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون تقييده بمذهب ما، مما يدفعنا إلى التساؤل كيف يستطيع القاضي الوصول إلى حل القضية أمام أحكام الشريعة الواسعة، بل هل له الاطلاع الواسع حتى يصل إلى ما هو أقرب لحل القضية التي أمامه؟

ما الذي أدى بالمشرع الجزائري سواء في صناعته التشريعية أو في إحالة القاضي إلى إهمال مذهب البلد (المذهب المالكي)؟ ولماذا يؤخر أحيانا هل فيه نقص؟ وأين هو العمل القانوني في صياغة المواد التشريعية؟ وهل اعتبر القاعدة القانونية في جانبيها السلوكي الاجتماعي؟ وما هو المركز القانوني للمذهب الاباضي؟

كل هذه تساؤلات نحاول توضيحها وإعطاء نموذج تطبيقي على مسألة التنزيل (الوصية الواجبة)، في هذه الورقة تحت الخطة التالية:

مقدمة

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي والمرجعية الفقهية

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

المطلب الثاني: مفهوم المرجعية الفقهية

المبحث الثاني: تطبيق المرجعية الفقهية في مسالة الحق في التنزيل

المطلب الأول: المرجعية الفقهية لقاضي الاسرة في اجتهاداته

المطلب الثاني: المرجعية الفقهية لقاضي الاسرة في مسألة الحق في التنزيل

خاتمة

المبحث الأول: حقيقة الاجتهاد القضائي والمرجعية الفقهية

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي

أولا: تعريف الاجتهاد[1] القضائي[2] في الفقه الإسلامي

1: **التعريف اللغوي:** الجهد بالفتح الطاقة والوسع والتجاهل في بذل الوسع والمجهود كالاجتهاد افتعال من الجهد والطاقة والوصول إلى أمر من الأمور واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال[3]، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد للوصول إلى أمر من الأمور.

2: التعريف الاصطلاحي: عرفه كل من:

- ابن الحاجب بـ" أنه استفراغ الجهد في الفقه الوسع للحاق إلى حكم شرعي"
- البيضاوي بـ" استفراغ الجهد في إدراك الأحكام الشرعية"[4].
- وعرف أيضا بـ" استفراغ القاضي وسعه وطاقته لتحصيل ظن بحكم شرعي فاصل في الخصومة في واقعة متنازع عليها وملزم لأطرافها"[5].

ثانيا: تعريف الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي:

هو مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها سواء في المادة أو فرع من فروع القانون فيقال مثلا الاجتهاد القضائي دون تخصيص[6]، ما يدل عليه هذا التعبير الاصطلاحي هو أنه دراسة قانونية أو بحث قانوني يقوم على المقارنة بين قانونين أو أكثر ويعرفه كل من الأستاذان (لومبير وصالي): "بأنه العلم الذي يبحث في القواعد المشتركة بين الشريعة والنظم المختلفة"[7].

الفرع الثاني: مجالات الاجتهاد القضائي:

إن التكلم على مجال القاضي في اجتهاده يكون في الوقائع المعروضة عليه وهذه الوقائع قد تتناسب مع ما وجد من نصوص أمامه فتكون تحت تطبيق هذه النصوص عليها، كما قد لا يوجد نص يرجع إليه فيكون القاضي أمام واقعة لا نص فيها وعليه يكون مجال القاضي على حسب الواقعة ووجود النص وعدم وجوده.

أولا: اجتهاد القاضي مع وجود النص:

اجتهاد القاضي هنا يكون إما في فهمه للنص أو في تطبيقه للنص.

1-اجتهاد القاضي في فهمه للنص:

تستعصي الصياغة القانونية في نصوصها على القاضي في بعض الأحيان مما تدفعه للاجتهاد في تفسير مضمون النص لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق على الواقعة الموجودة أمامه، وعمل القاضي يكون بالبحث في النصوص القانونية عن القاعدة القانونية التي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه، وهذا الأمر ليس بالسهل حيث قد لا تتضح جميع النصوص للقاضي وذلك لوجود خطأ مادي يشوب النص أو وجود غموض وابهام فيه أو أن النص مشوب بنقص أو تناقض، وعليه نحاول أن نبين الحالات التي يلجأ القاضي فيها إلى الاجتهاد.

أ/اجتهاد القاضي في نص به خطأ مادي: يكون النص القانوني مشوبا بالخطأ المادي إذا كانت عبارته تتضمن خطأ في الصياغة أو أن ألفاظها لا تستقيم مع معنى النص[8].

مثال: نص مادة 84 ق أ: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، ول الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك"[9]، حيث أن عبارة جزئيا أو كليا غامضة لأنها تنصرف إلى التصرف وليس إلى المال الذي يتصرف فيه القاصر المميز ومراد المشرع هو التصرف في كل المال أو جزء منه.

ب/اجتهاد القاضي في نص به غموض: إذا كانت عبارة النص غير واضحة حيث تحتمل عند تفسيرها عدة معان فهنا يكون على القاضي أن يختار من هذه المعاني معنا واحدا هو الأقرب في نظره على تحقيق العدالة.

ج/اجتهاد القاضي في نص به نقص: يكون النص القانوني ناقصا إذا خلت عباراته من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها وهذا ما يستدعي من القاضي تقدير المحذوف حتى يصبح النص صحيحا أثناء التطبيق[10].

مثال نص المادة 103ق أ ج: "يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر" يتبين من النص أن المشرع منح الحق للقاضي المختص بالاستعانة بالخبرة لإثبات أسباب الحجر دون التفريق بين أسباب الحجر التي تستدعي الخبرة والتي لا تستدعي الخبرة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر سنة 2002 والتي قضت بـ: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود "[11].

د/اجتهاد القاضي في نص فيه تناقض: إذا وجد نصان يمكن تطبيقهما على واقعة واحدة ولكنهما يتناقضان في حكميهما فهنا مهمة القاضي في هذه الحالة أن يحاول التوفيق بين النصين فإذا تعذر ذلك رجح أحدهما على الآخر[12].

2/اجتهاد القاضي في تطبيقه للنص: لا يطبق القاضي النصوص القانونية تطبيقا آليا، بل يجتهد في دراسة الوقائع التي يريد تطبيق النص عليها، ثم ينزل النص الواجب التطبيق حتى لا يقع في خطأ قد يتأذى منه أحد أطراف القضية.

ثانيا: اجتهاد القاضي في حالة عدم وجود نص: في حالة عدم وجود نص قانوني ينظم بعض الوقائع، وذلك راجع لكثرتها وصعوبة الإحاطة بها، ولتسهيل عملية التقاضي وحل مشاكل الناس وضع المشرع الجزائري نصا في المادة 222ق أ ج والذي جاء فيه: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، من هذه المادة يمكن فهم بعض النقاط والتي نلخصها فيما يلي:

- إعطاء الحق للقاضي في شؤون الأسرة للاجتهاد فيما لا نص فيه.
- تقييد القاضي في اجتهاده بأحكام الشريعة الإسلامية.
- عدم إحالة القاضي على مذهب معين وهذا ما يفتح أمام القاضي الباب البحث في جميع المذاهب.
- هذا ما يجعلنا نتساءل عن حال القاضي وتكوينه العلمي هل يسمح له بالتبحر في جميع المذاهب الفقهية ومعرفة أحكامها واختيار الرأي الأحسن حتى يطبق على الواقعة التي أمامه.
- عدم تقييد القاضي بمذهب معين يوحي بخلل في تطبيق القاعدة القانونية والتي من عناصرها أن تكون اجتماعية سلوكية والمجتمع الجزائري جله مجتمع سني مالكي وبه بعض الإباضية فهل نظر المشرع إلى هذه الزاوية أم أهملها وقلد بعض التقنينات العربية.

المطلب الثاني: المرجعية الفقهية والقاعدة القانونية:

أولا: المرجعية الفقهية:

1: تعريف المرجعية الفقهية: مفردتان ركبتا تركيبا وضعيا وصارتا بمنزلة اسم واحد هو لقب يدل على معنى معين وتحديد معناه يقتضي فك الكلمتين وإبراز معنى كل منهما ثم النظر للمعنى بعد تركيبهما تركيبا وضعيا

باعتبارها مركبا وضعيا.

أ: المرجعية: لغة: أصله رجع والرجوع العود إلى ما كان منه البدء أو تقدير البدء مكانا كان أو فعلا أو قولا فالرجوع العود والرجع الإعادة[13]، ولفظ المرجعية يفيد العود إلى أصل ثابت أو عودة الشيء إلى الشيء أو العودة إلى حال أو مكان وهذا هو الأكثر استعمالا[14].

اصطلاحا: فالواضح من كتب العلماء المتقدمين أنهم يستعملوا هذا المصطلح وإنما شع بكثرة في كتب المعاصرين وتعتبر الشيعة الإمامية أكثر استعمال له، وهم يقصدون به الأئمة المجتهدين المعصومين، والمرجعية هي الأصول الشرعية المختارة في فهم الدين وتطبيقه والهيئات العلمية المخبرة بأحكامها[15].

كما يطلق المعاصرين من الباحثين مصطلح المرجعية ويقصدون به **مرجعية الفكرة** (الاختيارات الفقهية أو العقائدية أو السلوكية) **ومرجعية الأفراد** المتمثلة في الفقهاء والعلماء الذين يرجع إليهم في معرفة وفهم أحكام الشرع وفق المذهب المختار.

ب: الفقهية: نسبة إلى الفقه:

والفقه لغة: أصل مادته (فقه) بكسر القاف وضمها وأشهر معانيه العلم بالشيء والفهم له والفطنة قال ابن فارس (الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح بدل على إدراك الشيء والعلم به[16].

والفقه اصطلاحا: بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية[17].

تعريف اللقبي للمرجعية الفقهية: يقصد بها الاختيار المذهبي الذي تمارس في إطاره المحكمة وظيفتها الاجتهادية أو هو الإطار الذي يتم فيه تنظيم الممارسة الفقهية حينما تستمد المحكمة العليا حكم المسألة المنظورة أمامها من الاجتهادات الفقهية المذهبية[18].

ثانيا: القاعدة القانونية:

1: تعريف القاعدة القانونية:

هي النواة أو الخلية الأولى التي يقوم عليها القانون، أو هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها القانون، إذن فهي تقوم بتنظيم الروابط الاجتماعية عن طريق إنشاء الحقوق وفرض الواجبات.

2: من خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة سلوك اجتماعي:

القانون وليد البيئة الاجتماعية: القانون باعتباره مجموعه قواعد سلوك اجتماعي لا يتصف بالجمود بل ان سمته التطور لأنه يرتبط دوما ببيئة اجتماعية معينة يتطور بتطور الجماعة ليسير حاجاتها ويواكب مقتضيات العصر المتجددة ويتحكم في مضمونه عاملا المكان والزمان وعليه فهو يختلف في المكان من دولة إلى اخرى ويختلف في الزمان في داخل نفس الدولة من زمن إلى اخر ولذلك نرى المشرع يتدخل من حين إلى اخر لتعديل النصوص التشريعية القائمة حتى تتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع[19].

المبحث الثاني: تطبيق المرجعية الفقهية في مسألة الحق في التنزيل:

المطلب الأول: المرجعية الفقهية لقاضي الأسرة في اجتهاداته:

إن صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 يرجعنا بالبحث عن حال قضايا الأسرة قبل صدوره وكيف كانوا يتقاضون.

أولا: المرجعية الفقهية لقاضي الأسرة قبل صدور 1984:

منذ دخول الإسلام إلى الجزائر أصبح هو القانون المعمول به والسائد في تنظيم حياة الناس إلى عهد الاحتلال الفرنسي[20]، امتازت هذه المرحلة بهيمنة المذهب المالكي على مصدر التقاضي ما عدا اتباع المذهب الاباضي فقد كان لهم قضاتهم[21]، وهذا الوضع تخلله دخول العثمانيين إلى الجزائر والذين قد جعلوا المذهب الحنفي مذهب رسميا دون تدخلهم في المذاهب الأخرى وعليه أصبحت هناك محكمتين حنفية ومالكية ومجلس أعلى شرعي مشترك كان ينعقد أسبوعيا في الجامع

الكبير بالعاصمة للنظر في النوازل وغيرها[22]، هذا الوضع استمر حتى بداية الاحتلال الفرنسي، أما منطقه ميزاب فقد بقى القضاء فيها يتبع المذهب الإباضي، أما سكان زواوة القبائل فكانوا خاضعين إلى العرف المحلي[23].

أما المراجع المعتمدة في القضاء آنذاك مختصر خليل ورسالة أبي زيد القيرواني وتحفة الحكام والتي اعتمد عليهم أيضا المحاكم الفرنسية والقضاة الفرنسيون بعد أن ترجم بعضها إلى الفرنسية[24].

واستمر هذا الوضع حتى سنه 1905 حيث صدر مرسوم الحاكم العام الذي نص على تكوين لجنه لتقنين الفقه الإسلامي والتي انتهت من عملها سنة 1914 بإصدار مجلة الاحكام الإسلامية (مجموعة موران) في 781 مادة (فيها أربع كتب: الأحوال الشخصية، الوقف، العقارات، البينات).

وكان غرض الفرنسيين دمج ما بقي من اختصاص المحاكم الإسلامية في القانون الفرنسي، ولم يتقيد واضعوا هذه المجلة بفقه الامام مالك بل استعانوا بفقه الامام أبي حنيفة والشافعي ومن القانون الفرنسي أيضا ولم تكن ملزمة للقضاة.

لم يبقى الوضع على حاله إذا عمل المقنن الفرنسي إلى سن مجموعة من القوانين لتنظيم الأحوال الشخصية بغرض سيطرته على الأسرة الجزائرية منها:

- القانون 57 /778 الصادر بتاريخ 1/ 7 /1957 المتضمن احكام الولاية والوصاية والقوامة والحجر والمفقود واثبات الزواج.
- الأمر 59 /244 الصادر في 4/ 2 /1959 المتضمن بعض احكام الزواج والطلاق.
- المرسوم رقم 59 /782 الصادر في 1959/9/17 الذي حدد شروط تطبيق أمر 1959[25].

هذه النصوص استمر العمل بها بعد الاستقلال بمقتضى القانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31، الذي أبقى على التشريع القديم ملم يمس بالسيادة الوطنية داخليا وخارجيا أو كان مستوحي من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية أو يمس بالحريات الديمقراطية، وعليه تكون النصوص التشريعية الثلاثة السابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية إطارا قانونيا يحكم قضايا الأحوال الشخصية إلى غاية 1975/07/05، إذ أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية القانون المطبق وحده في مجال قضايا الأحوال الشخصية بمقتضى المادة 2/1 من القانون المدني[26].

ثانيا: المرجعية الفقهية لقاضي الأسرة بعد صدور قانون 1984:

صدر الأمر رقم 84/ 11 المؤرخ في 05 رمضان عام 1404 هجري الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة والذي استمد مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية وخاصة المذهب المالكي باعتباره مذهب أهل المغرب العربي ومع ذلك فإنه قد رجع إلى المذاهب الثلاثة الأخرى (الحنفية الشافعية الحنابلة) وإلى مذهب الظاهرية[27].

أما المذهب الإباضي فيبقى التساؤل مطروح أين دوره في قانون الأسرة الجزائري؟

ومنه فإن صياغة قانون الأسرة كان هجينا بين أحكام المذاهب الفقهية وفي مقدمتها المذهب المالكي هذا في نصوصه أما ما لم ينص عليه القانون فقد ألزم القاضي فيه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ولم يحدد للقاضي أي مذهب يرجع إليه، هذا بنص المادة 222 منه، وهذا ما يفتح التساؤلات والإشكالات؟

ثالثا: المعتمد ظاهرا من القاضي في اجتهاده في قانون الأسرة: (الميول إلى المذهب المالكي)

يظهر من اجتهادات القضاة خاصة قضاة المحكمة العليا اعتمادهم على المذهب المالكي والالتزام بأحكامه والدليل على ذلك ذكر بعض المسائل منها ما أخذت فيها المحكمة العليا بالمذهب المالكي صراحة ومنها ما وافقت فيه المذهب ومنها ما اجتهدت فيه وفق قواعد المذهب.

أ: ما أخذت به المحكمة العليا من المذهب صراحة:

مثال: مسألة الاحتياط في إثبات النسب استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن النسب يتبين بالإقرار لقول خليل "ولزم الاقرار لحمل في بطن امرأة..." فقررت ثبوت النسب بالإقرار متى توافرت شروط دون حاجه للتحقق من مدى صدقه[28].

ب: ما وافقت فيه المحكمة العليا المذهب المالكي:

مثال: اختلاف الزوجين في قبض الصداق، قضت المحكمة العليا بـ: "من المقرر شرعا وقانونا انه في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين او ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع يمينها، وإن كان بعد البناء فالقول للزوج وورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية"[29]، هذا الاجتهاد موافق لرأي المالكية، قال خليل: "وفي قبض ماحل، فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما"[30].

ج: ما اجتهدت فيه المحكمة العليا وفق قواعد المذهب المالكي:

مثال: ميراث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت، لا يوجد نص في قانون الأسرة لهذه المسألة[31]، مما يتعين على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 ق أ ج، وبعد الاجتهاد القضائي من المحكمة العليا قضت بوقوع الطلاق في مرض الموت واستحقاق المطلقة الإرث سواء خرجت من عدتها أم مازالت، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود[32]، أسست المحكمة العليا حكمها على قاعدة: "المعاملة بنقيض المقصود الفاسد" والتي أوردها المقري في قواعده[33].

المطلب الثاني: المرجعية الفقهية لقاضي الأسرة في مسألة الحق في التنزيل:

الفرع الأول: مفهوم التنزيل في قانون الأسرة الجزائري وطبيعته القانونية:

أولا: مفهوم التنزيل

1: تعريف التنزيل:

لغة: مشتق من نزل شيء مكان الشيء أي جعله مكانه[34].

اصطلاحا: إنزال شخص منزلة الوارث ويجري به العمل في صوره تنزيل منزلة الولد[35]، ويمكن تعريفه من خلال استقراء نصوص المواد من المادة 169 إلى 172بأنه: "إحلال الحفدة الذين توفي أصلهم سواء كان أبيهم أو أمهم في حياة أو مع جدهم أو جدتهم في تركة الجد (ة) بمقدار حصة أصلهم على أن يتجاوز ثلث التركة وبشروط أخرى حددها القانون الجزائري واتفقت جل التشريعات العربية بشأنها[36].

2: أصحاب الحق في التنزيل:

من خلال نص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبلهم أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بشرائط التالية" نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب الوصية بقوة القانون للأحفاد الذين مات أصل مورثهم (الجد أو الجدة أو كلاهما) بعد أصلهم المباشر أو معه، كما يلاحظ أن المشرع لم يحدد المقصود بالأحفاد من أي الطبقات هم، ومن حيث نوع جنسهم ذكور أو إناثا، وهذا الغموض الموجود في الصياغة القانونية أدى إلى اختلاف في تحديد مدلول الأحفاد بين القانونيين ممن عرض لشرح أحكام التنزيل في قانون الأسرة والموثقين والشؤون الدينية[37].

إذن هناك ثلاث آراء نبينها كما يلي:

الرأي الأول: المستحقون للتنزيل هم الحفدة من جهة الذكور فقط:

من نص المادة 169 جاء فيها كلمة أحفاد والحفيد اصطلاحا فرع الابن دون فرع البنت لأن أولاد البنات يسمون لغة واصطلاحا بالأسباط[38]، وهذا الرأي تبنته وزارة الشؤون الدينية والاوقاف في الجزائر بمناسبه فتوى شرعيه حول مسألة التنزيل.

الرأي الثاني: المستحقون للتنزيل هم الحفدة من الطبقة الأولى: أبناء الذكور والإناث وهذا ما مال إليه مبروك المصري بقوله: "أما قانون الأسرة لم يحدد الطبقات من أي جهة بل ورد فيه ما

يفهم منه صراحه أنها (الوصية الواجبة) للطبقة الأولى من الأحفاد أما الطبقة الثانية فتختص بأولاد الذكور مهما نزلوا[39].

الرأي الثالث: المستحقون للتنزيل هم الحفدة من أولاد الظهور وأولاد البطون مهما نزلوا على السواء: فهم البعض من نص المادة 169 أنها أوجبت التنزيل للأحفاد مطلقا ذكورا وإناثا على السواء لأنهم داخلون تحت مصطلح الحفدة الذي أشار إليه النص صراحه[40].

الترجيح: مما سبق من الآراء الثلاثة تبين لنا أن الرأي الأصوب إنما هو الرأي الأول الذي ذهب إلى اعتبار لفظ الأحفاد في المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري يشمل الاحفاد من أولاد الظهور وإن نزلوا دون أولاد البطون.

3: شروط وجوب التنزيل:

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام التنزيل أو الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري المادتان 172/171وكذا التنزيل في التشريعات العربية المقارنة نجد أنها تشترط ما يأتي:

- ألا يكون الأحفاد قد استحقوا شيئا من الميراث إن كانوا ورثوا ولو شيئا قليلا فإنهم لا ينزلون.
- ألا يكون المورث الجد أو الجدة قد أوصى للأحفاد أو أعطاهم في حياته بلا عوض ما يساوي مقدار التنزيل.

أضاف المشرع الجزائري في المادة (172 /1) من قانون الأسرة ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أصلهم ما لا يقل عن نصيب مورثهم من تركة أصله (الجد او الجدة).

4: إثبات استحقاق التنزيل في التشريع الجزائري:

مرحلة 1: المرحلة السابقة لصدور قانون الأسرة (اختيارية التنزيل):

قبل سنة 1984(صدور قانون الأسرة) كان القضاة يرجعون في أحكامهم بما تعلق بمسائل شؤون الأسرة إلى الأحكام الفقهية الإسلامية وعلى رأسها الفقه المالكي وعليه فإن مسألة الحق في التنزيل أن يقيم الدليل أمام القضاء على أن أصل مورث الاحفاد قد قام بتنزيلهم[41].

مرحلة 2: مرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة (إجبارية التنزيل):

بعد صدور قانون الأسرة أصبح موضوع التنزيل يحمل معنى الوصية الواجبة التي تحكمها المواد من 169إلى 172وعليه أصبح تنزيل الاحفاد واجبا قانونيا لا يحتاج إلى وصية من الجد او الجدة ولا إجازة بل يكتفي بتوفر الشروط التي حددها القانون[42].

ثانيا: الطبيعة القانونية للتنزيل (الوصية الواجبة) وتمييزها عن الوصية الاختيارية:

1: الطبيعة القانونية لتنظيم التنزيل:

لم يحدد المشرع الجزائري طبيعة الوصية الواجبة فلم يحدد إذا ما كانت تعتبر إرثا أو وصية، أما اجتهاد القضاء الجزائري فقد ذهب من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2019/12/10 والذي قضى بمبدأ يعد التنزيل ابن الاخ بمنزله الابن من الصلب طبقا للشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب وارث[43].

ولعل تكيفه التنزيل بأنه وصية راجع لكونه أقرب من الوصية من حيث المقدار الذي لا يتجاوز في كلاهما الثلث وكل منهما أي التنزيل والوصية ينفذ قبل قسمة التركة[44].

2: التمييز بين التنزيل (الوصية الواجبة) والوصية الاختيارية:

يتشابه كلا الوصيتين في أنهما تمليك مضاف لما بعد الموت فالتنزيل الوصية الواجبة لا يوجبها القانون إلا بعد وفاة الجد أو الجدة، كذلك الوصية تكون بوفاة الموصي، وكلاهما يقدم على الميراث[45]، إذ يتم استخراجهما قبل تقسيم التركة على الورثة وتتحد الوصيتين في المقدار، وهو ثلث التركة وفقا للشرع، والتنزيل وصية قانونية يفرض بموجب القانون، ولا يشترط فيها سلامة عقل

الموصي لأنها وصية مقررة بمقتضى القانون، وليس للإرادة دخل فيها بخلاف الوصية الاختيارية تنشأ بإرادة الموصي، ويشترط لصحتها سلامة عقل الموصي وبلوغه سن الرشد.

وتقدم الوصية الواجبة في التنفيذ على الوصية الاختيارية، فإذا لم يتسع الثلث للوصيتين تسقط الوصية الاختيارية ولا يستحق الموصي له شيئا، ويثبت التنزيل (الوصية الواجبة) بموجب القانون أما الاختيارية فتثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بها وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم.

الفرع الثاني: مناقشة مسألة التنزيل واجتهادات القضاة:

1: نقد المشرع في تشريعه لمواد التنزيل من حيث أصولها التشريعية:

نظم المشرع الجزائري التنزيل (الوصية الواجبة) في المواد 172/170/170/169 من ق أ ج وسماه التنزيل مخالفا في ذلك التشريعات العربية التي أطلقت عليه اسم الوصية الواجبة والتي لم تعتبر ميراثا بحسب القوانين العربية، أما التنزيل فيفهم منه أنه ميراثا وليس وصية واجبة بحكم القانون[46].

فالأصول التي اعتمدها المشرع في المادة هي خروج صريح على المعتمد من المذاهب الإسلامية حيث اعتمد كما ذكر بعض الشراح قانون الأسرة أقوال ابن حزم رحمه الله في مسألة التنزيل فيكون قد خالف جماهير العلماء.

أما المسألة فتبحث تحت ميراث ابن الابن مع وجود الابن كان أو عما، أجمع العلماء على أن أبناء الابن وبنات الابن لا يرثون مع بني الصلب[47]، ونص إبن حازم في المحلى: "ولا يرث بنو الابن مع الابن شيئا أباهم كان أو عمهم..."[48] ، ومن هذا الإجماع اختلفوا في الوصية لمن حرم من الميراث لحجب أو لغيره فيرى ابن حزم أن الوصية هنا حكمها الوجوب حيث قال: "وفرض على كل مسلم أن يوصل قرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر، وإما أن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون"[49].

أما الجمهور فالوصية عندهم على الاستحباب لا الوجوب[50]، وهذا الأصل هو المقرر عند جماهير الفقهاء لأنه ليس من المعقول أن يجبر الشخص على إخراج جزء من ماله إلى غيره، فالتصرف في الأموال وخاصة في باب العطايا يكون الانسان فيه حر.

حكمها شرعا (الوصية الواجبة أو التنزيل): الوصية الواجبة المطبقة اليوم ليست هي التي تكلم عليها فقهاؤنا قديما واختلفوا فيها فهي وصية أوجبها قانون التنزيل[51].

2: نقد المشرع في تشريعه لمواد التنزيل من حيث الصياغة القانونية:

إن عدم الدقة في الصياغة والذي شاب مضمون المواد التي تحكمت عن التنزيل أحدث عدة اشكاليات والذي جعل مصير الحفدة غير واضح من بين أهم هذه الاشكاليات نذكر ما يلي:

أ: تعيين المستحقين للورثة:

لم ينص المشرع في المادة 169من ق أ ج صراحة عن الحفدة المستحقين للتنزيل وهذا ما سبب الخلاف بين الفقهاء والقضاة وسبب الخلاف مرجعه علة تشريع التنزيل هل هو الحاجة ام العوض؟

ب: شروط التنزيل:

هذه الشروط اجتهادات عصرية في ظل القواعد العامة للميراث والوصية فلتحقيق التنزيل يجب توفر مجموعة من الشروط تحقيقا لمبدأ العدل في توزيع الشركة دون غمط او اجحاف في الورثة سواء كانوا ورثة الجد المقربين او الحفدة الايتام ولتطبيق هذه الشروط وجد القضاة صعوبة فيها...

ج: الطبيعة القانونية والفقهية للوصية الواجبة:

التكييف الفقهي للوصية الواجبة (التنزيل) يتردد بين الوصية والميراث فتعتبر ميراثا لوصية وهذا ما يظهر من نصوص المشرع جاء في المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري "لا يستحق هؤلاء الاحفاد التنزيل ان كانوا وارثين للأصل..." وأعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه

الوصية مما يعني أنها تتضمن أحكام الوصية وأحكام الميراث وإن كان أصل تشريعها ميراثا لأن المشرع أدرج أحكامها ضمن مباحث كتاب الميراث[52].

د: اجتماع الوصية الواجبة مع الوصية الإدارية أيهم أحق بالتقديم في حال ضيق الثلث:

لم يفصل القانون في ترتيب الوصايا أيهما أولى الواجبة أم الإرادية، إلا أن الفقهاء يغلبون الواجبة بقوة القانون والارادية بإرادة الموصي، والواجب بالقانون أولى بالتقديم من الواجب بإرادة الموصي، ولأن تقديم الوصية الاختيارية على الواجبة نقض لما أوجبه القانون وهذا مخالف لما جاء به التأصيل الشرعي والمرجعية الفقهية لأن الوصية المذكورة في الكتاب والسنة، ألا وهي الوصية الإرادية فهي قطعية الثبوت والدلالة أما الوصية الواجبة ماهي إلا اجتهاد وضعي استندا على بعض المفاهيم التي تبنته ظاهرا على بعض اجتهادات مرجوحة من الأئمة منهم ابن حزم رحمه الله[53].

ومن المعلوم أن الحكم المستنبط من القطعي المتفق عليه أولى بالتقديم من الظني المختلف فيه فإن عمل بالوصية الواجبة كان من باب أولى تأخيرها على الإرادية وكان على المشرع الجزائري حسم هذا الأمر وتوضيحه[54].

خاتمة:

وفي ختام هذه الورقة البحثية نبين أهم النتائج المتوصل إليها:

- عرف الاجتهاد القضائي بأنه استفراغ الجهد في الفقه الواسع للحاق إلى حكم شرعي، وفي القانون بأنه مجموع الحلول التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة عليها
- اجتهاد القاضي قد يكون مع وجود النص فهما أو تطبيقا، وقد يكون في حالة عدم وجود النص.
- يقصد بالمرجعية الفقهية اختيار المذهب الذي تمارس المحكمة وظيفتها في إطاره.

- من سمات القانون التطور لأنه مرتبط ببيئة اجتماعية تختلف باختلاف الزمان والمكان.
- تميزت الفترة الزمنية قبل الاحتلال الفرنسي بوجود محكمتين حنفية ومالكية.
- من المراجع المعتمدة آنذاك مختصر خليل ورساله ابي زيد وتحفة الحكام.
- صدور قانون الاسرة الجزائري 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والذي يتصف في صياغته التشريعية بعدم اعتماده على المذهب المالكي فقط بل هو مزيج بين المذاهب الأخرى دون مراعاة المذهب الإباضي.
- عرف التنزيل بأنه إنزال شخص منزلة الوارث، وقد مر بمرحلتين إختيارية التنزيل قبل تشريع قانون 1984 وإجبارية التنزيل بعد صدور القانون.
- تقديم الوصية الواجبة على الاختيارية في التنفيذ، وهذا ما يخالف كل أحكام الشريعة الإسلامية.

لم يوفق المشرع في مسألة التنزيل لا تشريعا ولا صياغة، لمخالفته أحكام الشريعة ومتابعة بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري.

المصادر والمراجع

- ابن المنذر الاجماع، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- ابن حزم، المحلى، الجزء 09، دار التراث، القاهر، 2005.
- ابن فارس احمد بن زكريا ابو ابن فارس احمد بن زكريا ابو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر، 1399/، 1997
- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1988.
- أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري مجله القانون والاعمال قانون مقارن

- أحمد بن رجب طيبغا، شرح نظم اللآلئ، الدار الإسلامية، السعودية، 2008.
- أحمد دكار، مسائل محلولة في التركات والمواريث، دار الجائزة، الطبعة01، 2013
- اسماعيل الشيخ، الاشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، ماجستير، وهران 2013.
- إقروفة زبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات م10، 2017.
- أمينة مقدس، إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري المحكمة العليا، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مجلد05، العدد 2، 2019.
- بن شويخ رشيد الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة1، 2008
- بوعلالة عمر، المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية "قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 11، العدد 01.
- البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
- تاج العروس، مرتضى الزبيدي، بيروت، ط01، 1999
- خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري.
- الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عنياني، ط01، بيروت، دار المعرفة، 1998.
- الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في اصول الفقه، تحقيق: محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.
- سعد الله أبو القاسم، تاريخ الجزائر الثقافي، طبعة خاصة، الجزائر، دار البصائر، 2007
- سعيد بن ناصر الغامدي، المرجعية معناها وأهميتها وأقسامها، مجلة جامعة القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 50، رجب 1431

- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، 2012.
- صالح ججيك الورثلاني، الميراث في القانون الجزائري، ط02، ددن الجزائر، دون تاريخ.
- عبد الرحمن الجيلالي تاريخ المدن الثلاث، الجزائر، المدية مليانة، الطبعة 01، الجزائر دار الأمة 2007.
- عبد القادر رحال، الوصية الواجبة أحكامه وضوابطه القانونية، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري المقارن، مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الصراط، عدد 36، 2017 ص 137.
- عياش رتيبة، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، لطلبة سنة أولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة البليدة 02، لونيسي علي، كلية الحقوق، 2021/2020.
- عيسى معيزة، تنزيل أولاد البنات تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر الأسرة والمواريث، ملف رقم759763 المؤرخ في 2013/09/12 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا 2014 العدد 01، مجله أفاق علميه تمنراست الجزائر المجلة 11 العدد 2 السنة 2019، ص95.
- فركوس صالح، مختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم
- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العرب.
- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط 1990
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب الغربي دمشق ط1999ج2ص205.
- محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 20، دار هومه
- مسعود هلالي، اثبات الحق في التنزيل في قانون الأسرة الجزائري على ضوء قرارات المحكمة العليا، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، 2019، العدد1.
- مسعود هلالي، المستحقون للتنزيل في قانون الأسرة الجزائري بين موسع ومضيق، زيان عاشور، الجلفة، 2018.

- المصري مبروك، الوصية الواجبة التنزيل، دراسة تأصيليه، مجله المعيار جامعه الأمير عبد القادر، ع09، 2004.
- المقري محمد، القواعد، قاعدة رقم: 638، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404، ط01
- موسى عبود المغربي، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي، مجلة المحاماة، العدد 03، سنه 1969

قوانين وقرارات

- القانون رقم 84-11،المؤرخ في 1984/6/9المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية 1984،242ص910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 6-2 المؤرخ في 2005/3/27الجريدة الرسمية، عدد 15س2005
- القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخيصة، بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم (179696)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص
- قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث رقم الملف: 9 7 1 6 2 5 صادر بتاريخ 2009/12/10 المحكمة العليا عدد 1
- قرار بتاريخ 2002/2/13ملف رقم 273529المجلة القضائية ع1سنة2003.

الهوامش:

[1] الاجتهاد: لغة: الاجتهاد والتجاهد بذل الوسع والمجهود في طلب الأمر وهو افتعال من الجهد والطاقة، محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، دار الفكر بيروت لبنان،2008ط1ج2ص102.

والجهد بفتح الجيم وضمها الطاقة وقيل الجهد المشقة والجهد الطاقة، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ط1990ص48ج1.

اصطلاحا: عرفه الشوكاني بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الكتاب الغربي دمشق ط1999ج2ص205.

وعرفه من المعاصرين أبو زهرة بأنه استفراغ الجهد وبذل غاية الوسع إما في استنباط الأحكام الشرعية وإما في تطبيقها، محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص379.

[2] القضاء: لغة: الحكم وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت والجمع الاقضية والقاضي في اللغة القاطع للأمور المحكم بها واستقضي فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس يقال قضى يقضي قضاء فهو قاضي إذا حكم وفصل، ابن منظور، المرجع السابق، ج6ص476.

اصطلاحا: من تعريفات الحنفية تعريف ابن همام: هو الإلزام وهو مأخوذ من المعنى اللغوي كما عرفه الكاساني: "بأنه الحكم بين الناس بالحق".

المالكية: تعريف ابن فرحون بأنه الاخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام والاخبار عن حكم شرعي يشترك فيه القضاء مع الإفتاء، لكن قيد أن يكون ذلك على سبيل الإلزام تمييزا للفتوى عن القضاء لأن الفتوى اخبار عن حكم شرعي لكن ليس على وجه الإلزام.

الشافعية: فصل الخصومة بين خصمين أو أكثر بحكم الله تعالى وقد قيد أن يكون فصل الخصومة بحكم الله تعالى للدلالة على أن الحكم بغير حكم الله لا يعد قضاء بالمعنى الشرعي.

الحنابلة: الإلزام والنظر بين المترافعين له للإلزام وفصل الخصومات ومنها تبين الحكم الشرعي والالزام به وفصل الخصومات، عبد المهدي أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، دراسة أصولية مقارنة دكتوراه في القضاء الشرعي.

[3] تاج العروس، مرتضى الزبيدي، بيروت، ط01، 1999، ص 15.

[4] البيضاوي، الابهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ج03، ص246.

[5] عياش رتيبة، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، لطلبة سنة أولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة البليدة 02، لونيسي علي، كلية الحقوق، 2021/2020، ص06.

[6] موسى عبود المغربي، الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي، مجلة المحاماة، العدد 03، سنه 1969، ص 16.

[7] أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري مجله القانون والاعمال قانون مقارن، ص5.

[8] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص28.

[9]القانون رقم 84-11،المؤرخ في 1984/6/9المتضمن قانون الأسرة الجريدة الرسمية 1984،242ص910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 6-2 المؤرخ في 2005/3/27الجريدة الرسمية، عدد 15س2005ص18.

[10] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص31.

[11] قرار بتاريخ 2002/2/13ملف رقم 273529المجلة القضائية ع1سنة2003ص289.

[12] مطروح عدلان، المرجع السابق، ص32.

[13] الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد خليل عنياني، ط01، بيروت، دار المعرفة، 1998، ص189.

[14] سعيد بن ناصر الغامدي، المرجعية معناها وأهميتها وأقسامها، مجلة جامعة القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد 50، رجب 1431، ص374.

[15] محاضرة بعنوان المرجعية الدينية في الجزائر، ص97.

[16]ابن فارس احمد بن زكريا ابو ابن فارس احمد بن زكريا ابو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، بيروت، دار الفكر، 1399/، 1997ج442/4.

[17]الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط في اصول الفقه، تحقيق: محمد تامر، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، ج01، ص22.

[18] بوعلالة عمر، المرجعية الفقهية المالكية في اجتهادات المحكمة العليا الجزائرية "قرارات غرفة الأحوال الشخصية عينة"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، المجلد 11، العدد 01، ص98.

[19]محمد سعيد جعفور، مدخل الى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، الطبعة 20، دار هومه، ج01، ص20.

[20] فركوس صالح، مختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم، ص 217.

[21] سعد الله أبو القاسم، تاريخ الجزائر الثقافي، طبعة خاصة، الجزائر، دار البصائر، 2007، جزء 1، ص394.

[22]عبد الرحمن الجيلالي تاريخ المدن الثلاث، الجزائر، المدية مليانة، الطبعة 01، الجزائر دار الأمة 2007، ص54.

[23]سعد الله، المرجع السابق، جزء 4، ص420.

[24] إسماعيل الشيخ، الاشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، ماجستير، وهران 2013، ص41.

[25] إسماعيل الشيخ، نفس المرجع، ص43.

[26] إسماعيل شيخ، مرجع السابق، ص43.

[27]سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، 2012 ص 11.

[28] بوعلالة عمر، مرجع سابق، ص 102.

[29] بوعلالة عمر، مرجع سابق، ص 103.

[30] خليل بن إسحاق، مختصر خليل، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص110.

[31] بوعلالة عمر، مرجع سابق، ص 108.

[32] القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخيصة، بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم (179696)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 98.

[33] المقري محمد، القواعد، قاعدة رقم: 638، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، 1404، ط01، ج01، ص212.

[34] ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1988، ج06، مادة (نزل)، ص 60.

[35] أحمد دكار، مسائل محلولة في التركات والمواريث، دار الجائزة، الطبعة01، 2013، ص 277.

[36] أمينة مقدس، إشكالات التنزيل في قانون الأسرة الجزائري المحكمة العليا، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، مجلد05، العدد 2، 2019 ص 111، 112.

[37] مسعود هلالي، المستحقون للتنزيل في قانون الأسرة الجزائري بين موسع ومضيق، زيان عاشور، الجلفة، 2018.

[38] صالح جحيك الورثلاني، الميراث في القانون الجزائري، ط02، ددن الجزائر، دون تاريخ، ص96.

[39] المصري مبروك، الوصية الواجبة التنزيل، دراسة تأصيليه، مجله المعيار جامعه الأمير عبد القادر، ع09، 2004 ص247.

[40] دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ص 142.

[41] مسعود هلالي، اثبات الحق في التنزيل في قانون الأسرة الجزائري على ضوء قرارات المحكمة العليا، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، 2019، العدد1، ص90.

[42] مسعود هلالي، المرجع السابق، ص92.

[43] قرار المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث رقم الملف: 9 7 1 6 2 5 صادر بتاريخ 2009/12/10 المحكمة العليا عدد 1، ص 231.

[44] عيسى معيزة، تنزيل أولاد البنات تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر الأسرة والمواريث، ملف رقم759763 المؤرخ في 2013/09/12 المنشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا 2014 العدد 01، مجله أفاق علميه تمنراست الجزائر المجلة 11 العدد 2 السنه 2019، ص95.

[45] نبيل كمال الدين طاحون، المرجع السابق، ص245.

[46] بن شويخ رشيد الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الطبعة1 2008 ص 56.

[47] ابن المنذر الاجماع، ط03، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص 90.

[48] ابن حزم، المحلى، الجزء 09، دار التراث، القاهر، 2005 ص400.

[49] ابن حزم، المرجع السابق، ص400.

[50] أحمد بن رجب طيبغا، شرح نظم اللآلئ، الدار الإسلامية، السعودية، 2008، ج02، 884.

[51] عبد القادر رحال، الوصية الواجبة أحكامه وضوابطه القانونية، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري المقارن، مدعما باجتهادات المحكمة العليا، مجلة الصراط، عدد 36، 2017 ص 137.

[52] إقروفة زبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات م10، 2017، ص443.

[53] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص444.

[54] إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص445.