

التأطير القانوني لمسائل الأحوال الشخصية في الجزائر إبان العهد الاستعماري *Legal framing of personal status issues in Algeria during the colonial period*

هيشور أحمد*

جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، ahmed.hichour@univ-saida.dz

تاريخ القبول: 2021/09/26

تاريخ الإرسال: 2021/07/25

ملخص:

تعتبر مسائل الأحوال الشخصية للأهالي الجزائريين من بين المجالات التي اقتحمتها السلطات الاستعمارية بقوة، بهدف زرع التفرقة والنيل من الهوية الثقافية للمجتمع بغية احتوائه والسيطرة عليه، مع أن المستعمر قدم نفسه أول الأمر كحامي للأديان - وعلى رأسها الإسلام - التزاماً بما قطعه على نفسه بمقتضى اتفاقية 1830م، لكنه سرعان ما باشر تدخله هذا على نحو متدرج باستخدام الوسائل التشريعية في محاولة لتقنين الأحكام الأسرية تقنياً شاملاً أكثر من مرة، وبعد فشل مساعاه في ذلك لجأ إلى تنظيمها بنصوص متفرقة، كما أطلق يد القضاء لاسيما الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية التي لعبت دوراً مهماً في سد الفراغ التشريعي بواسطة الاجتهاد، فكانت سنداً للمشرع في صناعة القاعدة القانونية عن طريق السوابق القضائية في المسائل التي لم يتصد لها هذا الأخير بالتنظيم، معتمداً في ذلك على مبدأ النظام العام وفكرة تحسين شروط وحالة المرأة باستبعاد أو تعديل الأحكام الفقهية والعرفية.

الكلمات المفتاحية: الأحوال الشخصية للأهالي؛ المشرع الاستعماري؛ الاجتهاد القضائي؛ القاضي الشرعي؛ الغرفة الاستئنافية للمسائل الشرعية.

Abstract:

The personal status issues of the Algerian people are among the areas that the colonial authorities have forcefully invaded, with the aim of sowing discrimination and undermining the cultural identity of the community to contain and control it, though the colonizer presented himself at first as a protector of religions - especially Islam - in compliance with what he pledged to himself under the 1830 A.D. convention. However, he soon began his intervention in a gradual manner using legislative means in an attempt to codify family rulings comprehensively more than once. After his efforts failed to do so, he resorted to organizing them in separate texts, and also released the hand of the judiciary, especially the Appeals Chamber for legal issues that played an important role in filling the Legislative void through diligence. It was a support for the legislator in making the legal base through judicial precedents in issues that the latter did not address with regulation, relying on the principle of public order and the idea of improving the conditions and status of women by excluding or amending jurisprudence and customary provisions.

Keywords: Personal status of the people; Colonial legislator; Jurisprudence; Legal judge; Appeals Chamber for legal issues.

* المؤلف المراسل

مقدمة:

حين استولت فرنسا على الجزائر سنة 1830م، وجدت الطائفة التركية - في الجزائر العاصمة خاصةً - على مذهب الإمام أبي حنيفة، وإلى جانبها أغلبية على مذهب الإمام مالك، وأقلية على المذهب الأباظي في ميزاب، وقلّة من اليهود والمسيحيين على شرائعهم، بالإضافة إلى الأعراف في منطقة القبائل، فكيف تعامل الاستعمار مع هذه الأنظمة في مجال العلاقات الأسرية؟ لاسيما وأن هذه الروابط تكتسي بالنسبة لمعتنقيها بعداً تعبدياً بالإضافة إلى صبغتها المعاملاتية، وهو ما يحصنها من الانتهاك، لكنها تصدرت - في الآن ذاته - انشغالات المستعمر باعتبارها وجهاً من أوجه الهوية الثقافية التي حرص هذا الأخير على خلخلتها لتيسير هيمنته وبسط نفوذه على مقدرات المجتمع ككل.

وهي الجدلية التي سنحاول من خلال شطرها الثاني تقفي أثر تدخل المستعمر في تأطير الأحوال الشخصية للجزائريين باستعراض السبل التي سلكها في ذلك سواء عن طريق التشريع (المبحث الأول) أو الاجتهاد القضائي (المبحث الثاني) معتمدين على المنهجين التاريخي والتحليلي.

المبحث الأول: تدخل المشرع

يمكننا تقسيم هذا التدخل تاريخياً إلى فترتين زمنيّتين، تمتد أولاهما من بداية احتلال الجزائر إلى غاية اندلاع حرب التحرير (المطلب الأول) في حين تغطي ثانيهما فترة الثورة التحريرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الفترة ما قبل حرب التحرير

وهي الفترة التي عكفت فيها السلطات الفرنسية على فهم واستيعاب الابعاد الثقافية للمجتمع الجزائري، ومن ثمة تبني الأساليب المناسبة لاحتوائها (الفرع الأول) وكذا أدوات هذا الاحتواء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: فلسفة تدخل المشرع الاستعماري

ما إن وطد الاستعمار الفرنسي أرجله على الأرض، حتى باشر حملةً تشريعيةً استهدف بموجها الحد من ولاية النظم القانونية المحلية¹ في حكم علاقات الأفراد، حاصراً إياها في مجال تنظيم الأحوال الشخصية²، التي لم تفلت بدورها - ولو على نحوٍ متدرج - من عملية الاحتواء، مع أن المستعمر قدم نفسه أول الأمر كحامي للأديان - وعلى رأسها الإسلام - التزاماً بما قطعه على نفسه

بمقتضى اتفاقية 1830م، التي سرعان ما أولها القضاء تأويلاً ضيقاً، حيث استبعد من نطاق تطبيقها اليهود الجزائريين، وأخضعهم لولاية القضاء الفرنسي بحجة إلغاء المحاكم الحاخامية مع احتفاظهم بقانون ملتهم كما قررت ذلك محكمة الجزائر، إلى غاية صدور مرسوم 1870م الذي منحهم صفة المواطنين الفرنسيين، فكان من آثاره خضوعهم الكلي للتشريع الفرنسي حتى فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية³.

والحاصل أن المستعمر الفرنسي حاول الظهور بمظهر النظام الذي يتسع لتعايش أنظمة الدولة العلمانية المحتلة من جهة، والقواعد الشرعية والعرفية للأهالي من جهة أخرى، غير أن المشهد استقر انتهاءً على توليفة اجتماعية مركبة من طائفة الفرنسيين كاملي المواطنة، وطائفة الأهالي كرايا للدولة الاستعمارية.

لتعكف الإدارة الاستعمارية في مرحلة ثانية على العبث بالأنظمة القانونية المحلية، وسلك المشرع الفرنسي - في تنظيمه للأحوال الشخصية للأهالي - سبيلين مختلفين ومتكاملين، أولهما شكلي إجرائي جسد بمقتضى قانون الحالة المدنية، وثانيهما موضوعي استهدف من خلاله تجزئة الأحوال الشخصية للأهالي، وإخضاع بعض مسائلها لاختصاص القاضي الفرنسي والتشريع الفرنسي⁴.

وقد تبنى المشرع الاستعماري في مسلكه الثاني استراتيجية تركز على النيل من القوانين المحلية، مراهناً في ذلك على مواطن التناقض بين الأعراف والفقهاء الإسلاميين من جهة، وما يعتري هذا الأخير من اختلافات بين مذاهبه من جهة أخرى، غير أنه سرعان ما تفاجئ بحقيقة مُعقّدة ومُقاومة لكل ما من شأنه أن يمس بالأسرة فضاء كل المحظورات⁵، ناهيك عما يتسم به الفقهاء الإسلاميين - بوصفه منهلاً مباشراً للأحكام - من قداسة، إذ عادةً ما يقع الخلط بينه وبين الدين نفسه في مستويات معينة.

في خضم ذلك، تأرجح موقف السلطة الاستعمارية بين أمرين، أحدهما توحيد القانون الأسري بتقنينه⁶، أو الإبقاء على تعدديته بتطبيق أكثر من قانون، وبفشلها في طمس واقتلاع الأنظمة المحلية من جذورها، اتجهت صوب وضعها تحت سلطة وسمو القانون الفرنسي، مع تطلعها إلى اندماج الأهالي المسلمين وتخليهم طوعاً عن حالتهم المدنية المحلية بانقضاء النصف الأول من القرن العشرين على أقصى تقدير، من أجل ذلك بادرت السلطة الاستعمارية بإصلاحات عن طريق

التشريع توخياً لتحقيق ما أسمته بالعدالة، مرتكزة على فكرة النظام العام وترشيد المرأة القبائلية على وجه الخصوص ورفع الحجر عنها في البداية، ثم المرأة المسلمة بعدها بصفة عامة. غير أن الفرنسية الجزئية لقانون الأسرة لم تقتصر على التدخل المباشر للمشرع الاستعماري فحسب، بل تعزى في قدر غير يسير منها لقضاة المحاكم الكبرى أيضاً (محكمة النقض والمحاكم المنشأة في الجزائر بعد 1830م) لأن المشرع وبإحجامه عن تنظيم بعض المسائل القطعية والشائكة (كالمراث، والتبني...)، يكون قد أخضعها بالضرورة لسلطة القاضي الذي يتمتع - عند النظر فيها - بخيار الارتكاز إما على أحكام الشريعة الإسلامية أو الأعراف.

وقد بدأ القضاء الفرنسي هذه المهمة على استحياء، حيث تردد أول الأمر في المبادرة بالاجتهاد لانعدام القاعدة التشريعية من جهة، وضيق نطاق اختصاصه من جهة أخرى، لكنه سرعان ما تبوأ مكانةً معتبرةً ولعب دوراً مهماً في ذلك، ويعزى هذا التطور في الأساس إلى اعتبار الجهات القضائية الفرنسية مدعوةً قانوناً لمراقبة عمل القاضي الشرعي "la judicature du cadi" في الأحوال التي لا تقوم فيها بمنافسته أو الحلول محله، ناهيك عن اضطلاعها فوق ذلك، بالفصل في المنازعات على أساس الأنظمة المحلية ذات الطبيعة المرنة لكونها غير مقننة.

كما أسهم المشرع والقاضي الفرنسيين كل من جهته وفي حدود اختصاصه وتقنياته بإدخال بعض قيم وقواعد التشريع الفرنسي في المنظومة القانونية المحلية، مستبعدين بذلك الكثير من القيم والقواعد المحلية، بمخالفة المبادئ التي قطعها المشرع على نفسه حين ألزم القاضي بمراعاة الأعراف والعادات الأهلية وأخذها بعين الاعتبار، لاسيما وأنه أنزلها منزلة القانون بمنحه إياها - دون قواعد الشريعة - عين قوته وقيمتها، لكنهما لم يتوانيا في خرقها واستبعادها إذا تعارضت مع القانون الفرنسي بحجة مبدأ سمو هذا الأخير، والاستعاضة عنها بأحكام القانون المدني في الغالب، أو بعض قواعد الشريعة الإسلامية حال اتفاقها مع الغايات التي يتوخاها من وراء تنظيم المسألة المعنية، أو البت فيها⁷.

الفرع الثاني: أدوات تدخل المشرع

يعتبر قانون 23 مارس 1882م⁸ - إلى حد ما - النص الأول في مسار تقنين المستعمر للأحكام الأسرية، من حيث استحداثه لبعض القواعد الإجرائية والتقنيات القانونية التي تلامس مسائل الأحوال الشخصية، فهو وإن استهدف في الأساس ضبط هوية الأهالي المسلمين - لضرورات

عسكرية، سياسية واقتصادية... من خلال وجوب التسمي بلقبٍ والحصول على بطاقة تعريف - فلا ريب في استهدافه معها تأطير الأحداث والوقائع التي تمس حياة هؤلاء، لأنهم مجبرون بمقتضاه على التصريح بمواليدهم ووفياتهم وزيجاتهم وطلاقهم، وإلا وقعوا تحت طائلة الجزاءات المقررة في قانون العقوبات الفرنسي وقانون الأهالي⁹.

وفيما عدا هذا النص لم تبادر سلطات الاحتلال بسن أي قانونٍ آخر لتنظيم الأحوال الشخصية إن على المستوى الموضوعي أو الشكلي، ومن ثمة استمرت مسألتها خاضعةً لولاية الأنظمة المحلية إلى غاية عام 1902م، حيث شكلت منطقة القبائل أول مختبرٍ لتقنينها بمقتضى المرسوم الصادر في الفاتح من شهر أوت 1902م المنظم للصياغة على القصر وغير الراشدين في منطقة القبائل حصراً، بدعوى سد الفراغ القانوني نتيجة عدم دقة الأعراف وخلوها من أحكامٍ محددة في مسألة الحال، ومع ذلك اعتمد النص عليها وعلى الفقه الإسلامي في تنظيمه لبعض المسائل¹⁰، كالوصاية التي رصد لها مزيجاً من قواعد الأنظمة المحلية، إلا أنه خرج عنها في مسائل أخرى مستلهماً أحكامه من القانون المدني مباشرةً، كتعديده لسن الرشد بثمانية عشر سنة لكلا للجنسين.

غير أن فكرة التقنين الشامل لقواعد الشريعة الإسلامية لم تطرح فعلاً إلا في سنة 1905م عندما أقدمت السلطات الاستعمارية بتاريخ 6 سبتمبر 1905م على إنشاء لجنةٍ كُلفت آنذاك بدراسة الأنظمة المطبقة على الأهالي المسلمين وإعداد تقنين بشأنها، وقد توج عمل هذه اللجنة الذي امتد بين سنتي 1905م و1914م بمسودة مشروع عرفت بتقنين موراند (Code Morand) تضمنت 781 مادة تناولت تنظيم مسائل الأحوال الشخصية، التركات، الأحوال العينية العقارية، وقواعد الإثبات، إلا أن النص لم ير النور نتيجة عدم المصادقة عليه، ومع ذلك ألهم رجال القضاء الفرنسي الذين لم يتورعوا في الاحتجاج به، بل وألهم القضاة الشرعيين أنفسهم في الكثير من المناسبات، بعكس الغرفة الإستئنافية للمسائل الشرعية (Chambre de révision musulmane) التي اعتبرته مجرد مصنفٍ فقهيٍ محضٍ خالٍ من أية قوةٍ شرعية، ومن ثمة يمتنع تطبيقه¹¹.

إلا أن فشل تقنين موراند (Code Morand) لم يثن سلطات الاحتلال عن المضي قدماً في اتجاه إدخال التشريع الفرنسي لمنطقة القبائل قصد إلغاء أو تعديل الأعراف الأهلية، ففي سنة 1925م قام الحاكم العام بإنشاء لجنةٍ أوكلت لها مهمة إعداد إصلاحات لتحسين حالة المرأة القبائلية، وانتهى عملها بالمصادقة على قانون 2 ماي 1930م¹² الذي حدد السن الأدنى للزواج بخمسة عشر

سنة مع إمكانية الإعفاء من هذا الشرط لأسباب جدية، ووجوب التصريح بالخطبة لدى السلطات قبل إبرام النكاح، كما انطوى على قواعد إجرائية وموضوعية غريبة كل الغرابة عن الأنظمة المحلية، بل أكثر من ذلك رصد عقوبات جزائية تراوحت بين الحبس والتغريم، وعقوبة مدنية تمثلت في إبطال الزواج المنعقد بمخالفة شرط السن أو عدم التصريح بالخطبة، ولم تتردد المحاكم لحظة في إعمال شقه الجزائي على نحو صارم بإدانة الأزواج - الذين استهلكوا النكاح قبل خمسة عشر سنة - للاغتصاب أو العنف.

ثم أعقبه مرسوم 19 ماي 1931م¹³ المتعلق بتحسين حالة المرأة القبائلية بتنظيم قواعد الطلاق والميراث، حيث تخطى الأعراف - لاسيما تلك الخاصة بحق الزوج في طلب "اللفدي" - مستلهماً بعض أحكامه من الفقه الإسلامي بتقريره في المادة الثانية منه لسلطة الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وإن حاول تحديده، وإمكان افتداء الزوجة نفسها بمالٍ على ألا يتجاوز مقدار الصداق، وحققها - على النقيض مما توجه الأعراف - في طلب الطلاق كما ورد في المادة الثانية منه التي حددت خمسة أحوال متأثراً في بعضها بالفقه المالكي وفي بعضها الآخر بالقانون المدني، وهي الإساءة والهجران لأكثر من ثلاث سنوات وعدم كفاية النفقة والحكم بعقوبة شائنة والغيبه لأكثر من سنتين، وقد طبّق هذا النص بأثر رجعي وفق ما أكدته محكمة الجزائر¹⁴، أما بخصوص التركات، فقد وضع هذا القانون حداً لحرمان النساء من الميراث الذي أقرته جمعية عروش القبائل الكبرى في 1748م "بجمعة صريح"، حيث لطف من شدة هذا العرف مقررراً لبعض النسوة من أقرباء المتوفى (الزوجة، البنت، بنت الابن) الحق في الميراث على سبيل الانتفاع لا الملكية في حصص تتراوح بين السدس والنصف بالنظر لصفة وعدد الوارثات.

وفي 2 أبريل 1930م عدل قانون الحالة المدنية للأهالي المسلمين لسنة 1882م بمقتضى نص جديد تسري أحكامه على كافة الإقليم الوطني بما في ذلك منطقة القبائل، ممدداً العمل بما ورد في النص المعدل من وجوب التصريح بالطلاق النهائي¹⁵، وبناءً عليه أصبحت بطاقة التعريف الوطنية إلزامية، باعتبارها أهم وثيقة في ملف هذا التصريح، كما قرر وجوب قيد عقود الحالة المدنية ومنها عقد الزواج بناءً على تصريح لدى السلطات، ويشار إليها في هوامش عقود ميلاد الزوجين، ويتعين أن يرفق التصريح بملخص لعقد الزواج أو لفييف اعتراف به محرر من قبل القاضي على ورق

عادي، وبدون مصاريف في أجل خمسة أيام من إبرام القران، وقرر هذا النص عقوبات جزائية ضد الزوج الذي لم يصرح بنكاحه أو يقدم اعتراف به في الأجل المحددة. وبتاريخ 12 أوت 1936م¹⁶ صدر مرسوم يتناول تنظيم الوصاية على القصر المسلمين، ولكنه استثنى من مجال تطبيقه القبائل ومسلمي أقاليم الجنوب، حيث حدد سن الرشد باثني عشرين سنة في حق الرجال والنساء المتزوجات، وخمسة وعشرون سنة بالنسبة للنساء العازبات، كما احتفظ بنظام الولاية على النساء في النكاح. ثم ما لبثت ظروف الحرب العالمية الثانية أن جمدت مسعى المستعمر في محاولته لتقنين أحكام الأسرة.

المطلب الثاني: إبان حرب التحرير

تميزت هذه المرحلة - على الرغم من قصرها - بإصرار المشرع الفرنسي على تقنين الأحوال الشخصية للجزائريين تقنياً شاملاً (الفرع الأول) إلا أنه عدل عن ذلك إلى فكرة التنظيم الجزئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محاولة التنظيم عن طريق التقنين الشامل

استأنف المشرع الاستعماري سعيه الدؤوب لتقنين الأحكام الأسرية زمن حرب التحرير، حيث أنشئت لجنة عمل فنية - أوكلت لها مهمة إعداد قانون للأحوال الشخصية - بمقتضى القرار الصادر في 27 أبريل 1957م عن أمانة الدولة للداخلية المكلفة بالشؤون الجزائرية بموافقة الوزير المقيم، وهي الخطوة التي استهدفت فصل منطقة القبائل عن بقية الإقليم الجزائري فصلاً جذرياً، وقد توج عمل هذه اللجنة بإعداد مسودة مشروعين، يتعلق الأول منهما بالمرأة المسلمة بينما يتناول الثاني المرأة القبائلية.

لقد استخلص المشروع الخاص بالمرأة المسلمة أحكامه من تقنين موراند "Code Morand" وقانون الأحوال الشخصية التونسي، والقانون المدني الفرنسي، وتناول إنشاء الزواج وانحلاله بحيث أدمجت فيه بعض قواعد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالمهر، ومركز الزوج كرئيس للأسرة، وانفصال أموال الزوجين، والأهلية القانونية للزوجة، في المقابل وعلى النقيض مما تقره الشريعة منع هذا المشروع نظام تعدد الزوجات وجعل منه جنحة يعاقب عليها القانون تماماً كما هو الشأن بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية التونسي والقانون المدني الفرنسي، وبدت بصمة

القانون المدني واضحةً فيه، حين أقر للزوجة بصفة رئيس العائلة في حالة عدم أهلية زوجها القانونية أو الشرعية، وألقى على عاتقها الالتزام بالمشاركة في نفقات البيت بنسبةٍ في حدود مداخيلها، واقتباسه للمادة 144 من القانون المدني الساري آنذاك حين حدد سن الزواج بثمانية عشر سنة بالنسبة للرجل وخمسة عشر سنة بالنسبة للمرأة.

هذا واعتمد بخصوص فك الرابطة الزوجية، ذات أسلوب التركيب بين قواعد النظامين القانونيين المختلفين، بحيث أصبح الطلاق في ظلّه قضائياً يمكن طلبه من قبل أيٍّ من الزوجين لأسبابٍ حصرها في المادة 44 منه، استوحى بعضها من القانون المدني والبعض الآخر من الفقه الإسلامي، كما أقر الطلاق بتراضي الزوجين دون الطلاق بالإرادة المنفردة، وظهرت فيه - ولأول مرةٍ بالنسبة للعلاقات الأسرية - بعض التعبيرات المدنية كالتعويض والنفقة الممنوحة بصفة مؤقتة أو نهائية، حيث خولت المادتان 6 و46 منه للقاضي سلطة الحكم بهما جراء التعسف في استعمال حق الطلاق، كما نظم الحضانة وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية مع اقرار الأولوية في ممارستها للقرابة الأموية، راسماً حدود انتهائها باثني عشر سنة في حق الابن وخمسة عشرة سنة في حق البنت، وهو سن الزواج بالنسبة لها، واعتبر الرضاعة حقاً وواجباً في مواجهة الأم.

وتميز المشروع الموجه للمرأة القبائلية بكونه يستهدف في ظاهره هدم الأعراف التي تصب في غير مصلحتها، بينما كان يبيت في باطنه عزلها والتمييز بينها وبين المرأة المسلمة في باقي الأقاليم، ومع أنه استنسخ نفس الأحكام المتعلقة بالحد الأدنى لسن الزواج المقررة في مسودة المشروع الأول (خمسة عشر سنة بالنسبة للأنثى وثمانية عشر سنة بالنسبة للذكر)، وأقر نظاماً ميراثياً أكثر قبولاً في حق المرأة بالاعتماد على أحكام الفقه الإسلامي، نجده قد خرج عن المؤلف حين نظم الخطبة وفقاً لقواعد القانون المدني الفرنسي وما يوجبه بشأنها من التزاماتٍ متبادلة في ذمة الزوجين المستقبليين.

الفرع الثاني: محاولة التنظيم عن طريق التقنين الجزئي

لقد لقي المشروعان السابقان نفس مصير تقنين موراند (Code Morand)، واعتمدت السلطات الاستعمارية بدلها خيار التقنين الجزئي، حيث تمت المصادقة على قانونين بتاريخ 11 جويلية 1957م¹⁷، يتعلق أولهما بالوصاية والحجر والغياب والفقدان، إذ أُلغى بموجبه مرسوم 1936م، وجاء بتعديلات جديدةٍ في مفهوم القصر، وتنظيم وتسيير الوصاية محدداً سن الرشد ب 21 سنة

لكلا الجنسين، بينما انصب القانون الثاني على تنظيم سن الزواج، مقتبساً أحكامه بخصوصه من مسودة المشروع السابق حيث حدده ب 18 سنة بالنسبة للرجل و15 سنة بالنسبة للمرأة، وركز هذا النص على مسألة اثبات الزواج المبرم في الجزائر وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، حيث نص في مادته الثامنة على وجوب قيد كل الزيجات غير المصرح بها والمبرمة قبل صدوره، في سجلات الحالة المدنية ضمن الشروط والإجراءات المقررة في المادتين 6 و7، كما نص في مادته السادسة على أنه: « أثناء حياة الزوجين، وبفوات أجل 5 أيام المحدد في المادة 3، ودون المساس بالعقوبات المقررة في المادة 9، يحتفظ الزوجان أو من يمثلهما، بخيار تسجيل زواجهم في سجلات الحالة المدنية ضمن الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، ولا يسري عقد الزواج المقيد في سجلات الحالة المدنية، وفق الشروط المقررة في الفقرة السابقة، فيما يتعلق بممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة الأولى، إلا من تاريخ قيده»، وقرر في مادته 7 أنه: « دون المساس بالعقوبات المقررة في المادة 9 يمكن أيضاً قيد الزواج غير مصرح به في أجل 5 أيام المقررة في المادة 3 - في سجلات الحالة المدنية - بناء على حكم يصدر ضمن الشروط التالية: يجوز لكل من الزوجين أو أحدهما في حالة وفاة الآخر، أو في حالة الطلاق، أن يوجه إلى رئيس المحكمة المدنية التي وقع في دائرة اختصاصها عقد القران، عريضة يلتمس من خلالها الاعتراف القضائي بزواجه ومنذ تاريخ إبرامه. يعين رئيس المحكمة - في الوقت الذي يحدد فيه تاريخ الجلسة للفصل في القضية - قاضياً مقراً يعطي ملاحظاته المسببة حول القضية، التي تبت فيها المحكمة بعد التحقيق وعلى وجه الاستعجال، في أجل 3 أشهر من إيداع العريضة. ولا يخضع هذا الحكم لأي وجه من أوجه الطعن، ويتم قيده في سجلات الحالة المدنية، ويسري عقد الزواج المثبت بأثر رجعي يعود إلى تاريخ إبرامه.».

وبعد أقل من سنتين تمت المصادقة على أمر متبوع بمرسوم تنفيذه¹⁸ يتعلقان بتنظيم الزواج وانحلاله، ولم يتضمن هذا الأمر سوى 13 مادة تسري في حق الأشخاص المنظمة حالتهم وأهليتهم وفق الأنظمة المدنية المحلية وعلى مجموع الإقليم الجزائري، ومع ذلك استبعد من نطاق تطبيقه الزيجات المبرمة وفق المذهب الأباظي¹⁹، وكغيره من النصوص السابقة حاول المزوجة بين قواعد الفقه الإسلامي وأحكام القانون المدني الفرنسي.

ومما ورد فيه، تمديده العمل بأحكام القانون رقم 57-778 المتعلقة بالحد الأدنى لسن الزواج، وتمييزه بين الزواج والوعد به مقررأ أن الثاني لا يحمل أي التزام بإبرام الأول، كما اعتبر رضا

الزوجين حجر الزاوية في إبرام النكاح، بحيث يتوجب التعبير عنه شفهيًا علانيًا وشخصيًا، صريحاً لا لبس فيه، مما يعني استبعاده للولاية على المرأة الرشيدة، أما القاصر فينبغي أن يرافق رضاء الولي رضاه، لا أن يحل الأول محله بالكلية، كما ألغى نظام الإجماع، ولم يتطرق إلى المهر كشرط من شروط تكوين الزواج، ورتب البطلان على النكاح المبرم بمخالفة أحكامه، ومتابعة مرتكب هذا الفعل جزائياً، ووجوب إبرام الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي، مما يعني عدم شرعية مباشرته بالطريقة العرفية، ويشكل المحرر المتمثل في العقد الصادر عن السلطة المختصة والمقيد بدفاتر الحالة المدنية الاثبات الوحيد على الزواج، ولا يعتد بالحكم القضائي إلا في حالة عدم وجود عقد زواج بفعل ضياع أو تلف سجلات الحالة المدنية أو نتيجة القوة القاهرة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 9 منه على أنه: « لا تمس مقتضيات المواد 1، 2، 3، 5 من هذا الأمر بصحة الزيجات المبرمة سابقاً...»، كما استبقى مرسوم تطبيقه رقم 59-1082 المؤرخ في 17 سبتمبر 1959م على أحكام المادة 7 من قانون 57-777 سارية المفعول، لمواجهة فرض قيد العقود العرفية المبرمة قبل تاريخ صدور الأمر السالف الذكر، والتي لم تسجل بعد دخوله حيز التنفيذ، أما العقود العرفية التي تمت بعد إصداره، فلم يفسح المشرع مجالاً لترسيمها، وهو ما يستفاد من نص المادة 9 من المرسوم 59-1082 القاضي بأنه: « لا يمكن إثبات زيجات الأشخاص المذكورين في المادة الأولى من أمر 4 فبراير 1959م المبرم في العمالات المشار إليها في نفس المادة، ابتداء من دخول هذا الأمر حيز التطبيق، حتى فيما يتعلق بممارسة الحقوق الخاضعة لتطبيق نظام أحوالهم الشخصية المحلي، إلا بتقديم عقد زواج محرر أو مقيد في سجلات الحالة المدنية...»، واستثنت المادة 10 من المرسوم السالف الذكر، العقود الضائعة، المتلفة وتلك التي حالت دون استخراجها قوة القاهرة، من الخضوع لمقتضيات المادة 9، إذ يمكن إثباتها ضمن الشروط المحددة في المادة السابعة من القانون 57-777 المؤرخ في 11 جويلية 1957م.

أما في شأن انقضاء الزواج، فقد قرر هذا النص أن انحلاله يكون بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق، بالإضافة إلى حالات أخرى حددتها المادة 11 منه، وقد بدا تأثير الفقه الإسلامي واضحاً فيه، من خلال إقراره للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي والطلاق بمبادرة أي من الزوجين، غير أنه تأثر أيضاً بالقانون المدني الفرنسي حينما استنسخ منه حالة انحلال الزواج

بطلبه من قبل أحد الزوجين مع الأسباب الموجبة له عطفاً على أسبابٍ أخرى مصدرها الفقه الإسلامي.

كما استبقى على فكرة التعويض والنفقة الغذائية المتضمنة في مسودة مشروع 1957م، حيث يسوغ للزوج أو الزوجة في ضوءه، طلب انحلال النكاح بناءً على الأسباب المحددة، وللقاضي سلطة الحكم بالتعويض والنفقة لمصلحة الزوج المتضرر من جراء هذا الانحلال، وراعى في شأن الحضانة مصلحة المحضون وحدها، وهو ما يعني الاستبعاد الضمني لفكرة أولوية القرابة الأموية كمعيارٍ لإسنادها، ولا يقع واجب نفقة الأبناء على عاتق الأب فقط، بل تلزم الأم بذلك في حدود قدرتها ومصادرها عندما لا تكون صاحبة الحق في حضانتهم.

ونظراً لمبدأ عدم الاعتداد بغير الطلاق القضائي كما قرره نصوص 1959م، كان من البديهي أن يقحم المشرع بموجبها قواعد إجرائية غير معروفة بالنسبة للأنظمة المحلية مثل المثل الشخصي، والاختصاص الإقليمي للجهة القضائية المكلفة بالبت في المنازعة، والصلح الإجماعي، وإجراءات التحقيق المحتملة ونحو ذلك.

المبحث الثاني: التدخل القضائي

قبل الحديث عن تنظيم مسائل الأحوال الشخصية للأهالي الجزائريين عن طريق الاجتهاد القضائي (المطلب الثاني) ينبغي الوقوف على تطور تنظيم الجهاز القضائي في الجزائر إبان الفترة الاستعمارية (المطلب الأول).

المطلب الأول: التنظيم القضائي

لقد اتسم هذا التنظيم بنوعٍ من الازدواجية، بحيث يمكننا التمييز في كنفه بين القضاء الفرنسي (الفرع الأول) والقضاء الأهلي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القضاء الفرنسي

عقب استسلام 5 جويلية 1830م تعهد الماريشال (de Bourmont) باحترام الدين الإسلامي، وهو ما يعني إلى حد ما، التزام سلطات الاحتلال الضمني بترك الأهالي لقانونهم وقضائهم، وهو ما تحقق لبعض الوقت، حيث أفلت الجزائريون من الخضوع للقانون والقضاء الفرنسيين حتى من الناحية الجزائرية²⁰ إلا إذا كان الضحية أوروبياً أو أحد الأطراف من غير الأهالي، حينها فقط يقع المسلم تحت طائلة القانون الفرنسي ويخضع لاختصاص المحاكم الفرنسية²¹.

ويعتبر الأمران المؤرخان على التوالي في 28 فبراير 1841م و26 سبتمبر 1842م، أول مساسٍ بولاية الأنظمة المحلية، حيث أخضع الأهالي في مادة الجنايات والجرح والمخالفات لاختصاص القانون الفرنسي والمحاكم الفرنسية، وشيئاً فشيئاً بدأت الشريعة تنحسر ليقصر دورها بمقتضى قانون 16 جوان 1851م على تنظيم التصرفات بين المسلم والمسلم، وانحسر معها القضاء الشرعي الذي لم ينج على مر التاريخ الاستعماري من التقويض والاحتواء، ولعل قرار 20 أوت 1848م الذي فصل بين القضاء الفرنسي والقضاء الشرعي يعتبر خير دليلٍ على ذلك، حيث وضع الأول تحت وصاية وزير العدل وأخضع الثاني لسلطة وزير الحربية المكلف بالإدارة العامة للجزائر.

ثم ما لبث أن صدر بعد ذلك مرسوم 19 أوت 1854م الذي أنشأ قضاء الصلح باختصاصٍ موسع، ونظم المحاكم الجنائية المنعقدة بدون محلفين، ليعقبه مرسوم 15 ديسمبر 1858م الذي أنشأ غرفة اتهام لدى محكمة الجزائر، ثم مرسوم 24 أكتوبر 1870م الذي أدخل إلى الجزائر نظام المحلفين في مادة الجنايات وأنشأ أربع محاكم جنائية بكلٍ من وهران والجزائر وقسنطينة وبونة، ليصدر بتاريخ 30 أوت 1883م قانوناً ألحق القضاء الجزائري بالقضاء الفرنسي نهائياً، وصنفت على إثره المجالس والمحاكم القضائية ضمن محاكم "البلد الأم"، وأخيراً صدر مرسوم 8 فبراير 1900م المتعلق بتنظيم هيئة المحلفين على منوال النموذج الفرنسي والمتمم بمقتضى قانون 30 ديسمبر 1902م، لتكتمل عشية الحرب العالمية الأولى 1914م صورة التنظيم القضائي الفرنسي بمحكمة استئناف على مستوى الجزائر، وأربع محاكم جنائية بكلٍ من وهران والجزائر وقسنطينة وبونة، وسبعة عشر محكمة ابتدائية، و128 هيئة قضاء صلح.

الفرع الثاني: القضاء الأهلي

ينبغي التمييز ابتداءً بين القضاء الجزائي والقضاء المدني، حيث أخضع الأهالي في نطاق القضاء الأول لولاية القوانين الجزائية الخاصة عن طريق لوائح الضبط، ولإختصاص الجهات القضائية الفرنسية الخاصة - الأكثر تضارباً وإثارةً للجدل - متمثلة في المحاكم الجزائية والمجالس القضائية الجنائية المنشأة على التوالي في 1902م و1903م والتي أصبحت مختصةً بنظر الجنايات والجرح المرتكبة من قبل الأهالي المسلمين - بدل المحاكم الجزائية والجنائية العادية - لقمع بعض الأفعال المجرمة بقانون الأهالي الصادر في سنة 1881م وما انطوى عليه من عقوبات خاصة مثل الاحتجاز

والغرامة الجماعية الموقعة من قبل الحاكم العام كقاضي جزائي، مع ما في ذلك من خرق لمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والإدارية.

في حين أوكلت مهمة النظر في المسائل المدنية الخاصة بالأهالي للقضاء الشرعي الذي تعرض للتقويض باستمرار حتى وإن كان الماريشال (*de Bourmont*) قد تعهد بقرار 22 أكتوبر 1830م لتمديد العمل به في المواد المدنية والجزائية على السواء، إلا أنه فقد بموجب الأمر المؤرخ في 28 فيفري 1848م اختصاصه الجزائي، ليتم إخضاعه أكثر فأكثر مع بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر للقضاء الفرنسي، حيث انحسر اختصاصه شيئاً فشيئاً لصالح قاضي الصلح باعتباره قاضي القانون العام، ولم يعد القاضي الشرعي مختصاً سوى بنظر المسائل فيما بين المسلمين، دون تلك التي يكون أحد أطرافها غير مسلم أو فقد حالته الشخصية الأصلية بقبوله كمواطن فرنسي، في هذه الأحوال يتوقف اختصاص القاضي الشرعي حتى وإن كانت المسألة محل النزاع من صميم اختصاصه الموضوعي.

فضلاً عن ذلك تميز اختصاص القضاء الشرعي بكونه استثنائياً واختيارياً، فهو استثنائي بحكم اضطراره بنظر جملة من المسائل على سبيل الحصر مقابلةً مع قضاء الصلح صاحب الولاية العامة أو قضاء القانون العام للمسائل الشرعية، وهو الأمر الذي نص عليه المرسوم المؤرخان على التوالي في 10 سبتمبر 1886م و17 أبريل 1889م من استمرار خضوع الأهالي المسلمين - القاطنين بالجزائر وغير المتمتعين بحقوق المواطن الفرنسي - لقوانينهم وأعرافهم فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية وتركاتهم وعقاراتهم غير المثبتة ملكيتها طبقاً لقانون 26 جويلية 1873م بواسطة سند فرنسي إداري توثيقي أو قضائي، أما المسائل غير المنصوص عليها سابقاً فيخضعون بشأنها للقضاء الفرنسي.

وهي المقتضيات التي اقتبسها قانون 20 سبتمبر 1947م المتعلق بالمساواة بين كل المواطنين الفرنسيين في المقاطعات الجزائرية في التمتع بالحقوق المرتبطة بصفة المواطن الفرنسي والخضوع لنفس الالتزامات دون تمييز بسبب الأصل أو العرق أو اللغة أو الدين، حيث نص في المادة الثالثة منه على أن كل المواطنين الذين لم يتخلوا صراحة عن حالتهم الشخصية يستمرون في الخضوع لأنظمتهم القانونية وأعرافهم فيما يخص حالتهم وتركاتهم وفيما يتعلق بعقاراتهم غير المثبتة ملكيتها

طبقاً للقوانين الفرنسية حول النظام العقاري في الجزائر أو بمقتضى سند إداري أو توثيقي أو قضائي.

ثم ما لبث أن قُوض عمل القاضي الشرعي، إذ لم يعد صاحب اختصاصٍ بالضرورة كلما تعلق الأمر بتطبيق الشريعة، لأنه لا يكون كذلك إلا في شأن المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية والموارث، أما ما عداها من المنازعات الأخرى، لاسيما تلك المتعلقة بالعقارات غير المفروسة، فهي تابعة لولاية قاضي الصلح، ويعتبر عدم اختصاص القاضي الشرعي هنا من النظام العام، هذه الوضعية المنشأة بموجب مرسوم 1886م طبقت بصرامة إلى غاية سنة 1889م عندما كان القاضي الشرعي يصدر أحكامه داخل قاعة محكمته.

غير أن مرسوم 1889م أعاد للقاضي الشرعي ولو على نحو ضيق اختصاصه في المسائل الشخصية والعقارية بالنسبة للجلسات المتنقلة التي يتم عقدها في الأسواق²² بالبلدات المحددة بنص الفقرة السادسة من المادة السابعة من مرسوم 17 أبريل 1892م، حيث يمكن للحاكم العام أن يرخص للقاضي الشرعي بالانتقال إلى الأسواق المقامة في البلدات المعنية للقضاء بين الأهالي المسلمين وبطلبٍ منهم في الخصومات الشخصية والعقارية التي لا تتعدى قيمتها 2000 فرنك فرنسي في المجمل.

أما كونه قضاءً اختيارياً، فمرده إلى إمكان تخطي الأهالي المسلمين له حتى بالنسبة للمنازعات ذات القيم البخسة الواقعة في الأسواق، بل وحتى في مادة الموارث ومسائل الأحوال الشخصية نفسها، واللجوء إلى قاضي الصلح صاحب الولاية الموسعة والشاملة للاختصاصات المنعقدة للقاضي الشرعي أصلاً في الأحوال التي يطرح فيها النزاع أمامه²³.

في مقابل ذلك تميزت بلاد القبائل قبل دخول المستعمر بنظامها القضائي الخاص إن في بنيته أو حركته، وهي الوظيفة التي انفردت بممارستها مؤسسة "تجموعة" أو "الجماعة"، أي مجلس الشيوخ باختصاصات موسعة، فإلى جانب القضاء اضطلع بدور تشريعي وإداري، أي أنه وحده من يتكفل بإدارة "التدار" أو القرية في كل جوانبها، وقد تميز نشاطه القضائي بإجراءات بسيطة للغاية، حيث ينعقد المجلس دورياً ودون أسباب، ويتم اللجوء إليه دون مصاريف، ويتولى رئيسه إدارة جلساته بضبط النظام فيها وسير المحادثات، هذا وتقيد أحكام المجلس التي تعتبر نهائيةً من قبل كاتب "الجماعة"، وهي المنظومة التي أقرها المستعمر بادئ الأمر، ولكن تمرد 1871م عجل بإلغائها كلياً

حيث قررت السلطات الفرنسية الحاق المناطق الخاضعة لولاية "الجماعة" التشريعية والقضائية بتنظيم البلديات المختلطة، وهو ما تكفل بتجسيده على أرض الواقع المرسوم المؤرخ في 29 أوت 1874م الذي استبدل "الجماعة" والمحكمين كأجهزة قضائية محلية بالجهات القضائية الفرنسية ممثلةً في قاضي الصلح ومحاكم الدوائر، ومع ذلك احتفظ القبائل بنظامهم القانوني المشكل من الشريعة والأعراف المحلية في حكم العلاقات المدنية والتجارية فيما بين الأهالي²⁴.

المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي

تجسد هذا الدور في تدخل القاضي الشرعي كدرجة أولى (الفرع الأول) وغرفة الاستئناف للمسائل الشرعية كجهة استئنافية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: دور القاضي الشرعي

لقد لعبت الجهات القضائية الفرنسية دوراً مهماً في سد الفراغ التشريعي بواسطة الاجتهاد، فكانت سندا للمشرع في صناعة القاعدة القانونية عن طريق السوابق القضائية في المسائل التي لم يتصد لها هذا الأخير بالتنظيم، معتمدةً في ذلك على مبدأ النظام العام وفكرة تحسين شروط وحالة المرأة باستبعاد أو تعديل الأحكام الفقهية والعرفية.

من هذا المنطلق لم تترد هذه الجهات في التصدي لقواعد الفقه الإسلامي وأحكامه بالتأويل مستثمرةً الاختلافات الموجودة بين مذاهبه، دون أن تتعداه إلى المصادر القطعية للشريعة الإسلامية لاسيما القرآن الكريم، وبذلك قدمت نفسها على أنها حريصة على احترام تعاليمه، وقد اتسم اجتهادها على وجه العموم بعدم التجانس وبالتناقض أحياناً حتى وإن عكفت غرفة الاستئناف للمسائل الشرعية (Chambre de révision musulmane) ومحكمة النقض²⁵ على توحيد.

هذا ويقع القاضي الشرعي - الذي جُرد من مهامه التقليدية - في أدنى هرم التنظيم القضائي، وأُخضع علاوةً على ذلك إلى رقابة الجهات القضائية الفرنسية الأعلى فيما تبقى له من اختصاصٍ بنظر منازعات مسائل الأحوال الشخصية والتركات والأراضي غير المفرنسة²⁶، والمزاحم فيها أصلاً من قبل القاضي الفرنسي كما سبق القول، ناهيك عن عدم اختصاصه - من باب أولى - بولاية النظر في كل نزاعٍ ذو صلةٍ بعملٍ منعقدٍ للقاضي الفرنسي بموجب التشريع أو الاجتهاد القضائي، أو أي عملٍ آخر يكون أحد أطرافه أوروبياً (زواج أو ميراث مختلط)²⁷، ويقع باطلاً كل حكمٍ يصدر عن

القاضي الشرعي بمخالفة ذلك، غير أن أحكامه الصادرة داخل نطاق اختصاصه تتمتع بقيمة رسمية ولا يمكن الطعن فيها بالبطلان إلا عن طريق التزوير²⁸.

وقد تقيّد هذا القضاء في أحكامه بالمذهب المالكي على وجه الخصوص، حتى وإن ارتكب بعض قضاة أخطاءً أساسها التكوين الناقص، وتأثر البعض الآخر بالوسط الاجتماعي وبمآل المنظومة القانونية المعتمدة في تطورها أكثر فأكثر على التشريع والاجتهاد القضائي للجهات القضائية الفرنسية²⁹.

الفرع الثاني: دور غرفة الاستئناف للمسائل الشرعية

باعتبارها جهة أعلى، لم تترد غرفة الاستئناف للمسائل الشرعية (Chambre de révision musulmane) في إلغاء القرارات والأعمال الصادرة عن القاضي الشرعي في حالات معينة، وتأييدها في حالات أخرى، تبعاً لمدى اتفاقها وروح المنظومة القانونية للدولة المستعمرة من عدمه، لكونها هي نفسها خاضعة لمنطقين، منطق القانون الفرنسي من جهة، ومنطق الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، وترتيباً عليه قامت هذه الجهة القضائية بإلغاء بعض القرارات التي قدرت أنها متجاوزة، ومنطوية على غيب في حق المرأة، لاسيما في مسائل الولاية والطاعة والحضانة والوقف الذري.

حيث قطعت هذه الجهة في شأن الولاية، بعدم إمكان ممارستها في مواجهة المرأة على نحو مطلق، وأنه لا يمكن للولي أن يلغي رضا موليته ويحل محلها في النكاح لاسيما إذا كانت رشيدة، ولا يسوغ له بحالٍ عضلها بشأنه، وأن للولاية حدوداً إذا تخطاها الولي حق للقاضي أن يتصدى له ويقوم مقامه في مباشرة عقد الزواج³⁰، بل واتجهت غرفة الاستئناف إلى اقتناص الحل في غير مذهب المالكية، حين أقرت صحة زواج امرأة دون حضور ولها³¹.

وأما الطلب في بيت الطاعة، فقضت بعدم تأسيسه³² إذا جاء مخالفاً لبنود عقد الزواج، كأن تشترط الزوجة في هذا الأخير أن تقيم بمكان معين، فيطلبها الزوج في مكان غيره³³، أو أن تشترط عليه تطبيقها في حالة إعادته للزواج³⁴.

كما تصدت لإيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة دون ضابط بقولها: « من الخطأ الاعتقاد أن الطلاق - كما يعتبره المسلمون بصفة عامة - حق يمكنهم استعماله حسب أهوائهم.»، وقولها: « الواقع أنه إذا كان محمد يبيحه فإنه لا يأمر به. » لهذا فإن الزوجة المطلقة لها الحق في المتعة³⁵، والحقيقة أنه منذ المصادقة على مرسوم 1931م الخاص بالمرأة القبائلية، لم تتردد الجهات القضائية

الفرنسية في الاستناد للفقهاء الإسلامي والتنقيب في أغواره من أجل التطبيق الصارم لهذا النص³⁶، لكنها قامت حتى قبل دخوله حيز التنفيذ بقبول دعاوى طلاق رفعها نساء، كما جاء في قرار لمحكمة تيزي وزو³⁷: « من الضروري قبول طلب الطلاق الخاص بالمرأة القبائلية عندما يكون مؤسساً على أسباب جدية.» منها هجر الزوج لبيت الزوجية مدةً طويلة كما ذهبت إلى ذلك محكمة الجزائر أيضاً³⁸، وهو سبب من الأسباب التي ابتدعتها القضاء بالاستناد إلى الفقهاء الإسلامي، وتلقفها المشرع بالتقنين في مرسوم 1931م.

هذا واتجهت غرفة الاستئناف للمسائل الشرعية في مادة الحضنة إلى كبح ميل القضاة الشرعيين بشأن حرمان المرأة من حقها في ممارسة الحضنة استناداً إلى أسباب جملة، منها إعادة زواجها، وبعدها مكان إقامتها، وطريقة التربية في بيت أهلها³⁹.

ونظراً للدور الذي لعبته مؤسسة الحبس أو الوقف الذري⁴⁰ إما في حصول المرأة على حصة عادلة في تركة مورثها أحياناً، أو في حرمانها من حق الميراث بالكلية أحياناً أخرى، لاسيما حين يستند الواقف فيها على المذهب الحنفي الذي يستبعد البنات⁴¹، تدخلت غرفة الاستئناف بموجب هذه المؤسسة لمصلحة المرأة غالباً⁴²، مستغلةً في ذلك تنازع الأعراف والشريعة الإسلامية من جهة والاختلافات فيما بين المذاهب الفقهية من جهة أخرى، على العكس مما يميل إليه القضاة الشرعيون من تأييد فكرة استبعاد المرأة⁴³، حيث قامت في بعض الحالات بإلغاء أحكام الجهات القضائية الدنيا بحجة مخالفتها للاجتهاد القضائي، فتحصلت بعض النساء جراء ذلك على بطلان أحباس أقصين بمقتضاها من الميراث⁴⁴، كما قدرت غرفة الاستئناف في إحدى القضايا أن الوقف طالما صار يستعمل في بلاد القبائل أكثر فأكثر لتصحیح بربرية الأعراف التي تحرم المرأة بصفة تكاد تكون كلية من الميراث، ثمة أسباب إنسانية توجب دفع المحاكم الفرنسية إلى قبوله في حدود الكيفيات التي لا تنتهك بأي شكلٍ من الأشكال الشريعة الإسلامية⁴⁵.

وقد قامت بتحكيم الشريعة أيضاً لإبطال قرار محكمة الجزائر - التي صرحت بصحة حبس على أملاك مستقبلية - باعتباره معيباً بحرمان النساء جراء الاستياء منهن المعبر عنه بوضوح، لخرق ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية⁴⁶، كما ارتكزت على الشريعة الإسلامية دون أن تهمل العادات المحلية، حين أقرت قبول بطلان حبس يحرم النساء، بسبب عدم الإشارة إلى الغرض الخيري وكذا الخلط بين المذاهب الفقهية⁴⁷، واستندت إلى قواعد الفقهاء الإسلامي عندما أقرت: « أن الحبس يشكل

خروجاً عن قواعد الميراث المقررة في القرآن، ونتيجة لذلك يتعين أن تكون القواعد المتضمنة لهذه المؤسسة محل تأويل ضيق.⁴⁸

وعلى النقيض من ذلك رفضت غرفة الاستئناف دعوى امرأة طعنت في وقف بعلة عدم الإشارة إلى المذهب، مسببة قرارها بأن ذلك (أي المذهب المعتمد) يستخلص من أحكام الحبس، وأن أعراف "بني خلفون" التي تقضي بحرمان البنات يجب أن تحظى بالأولوية⁴⁹، بل وعملت هذه الجهة القضائية على تأمين حماية النساء باستعمال بعض الحيل القانونية⁵⁰ حتى وإن كان بطلان الأحباس يبدو حتمياً لمخالفته أحكام الشريعة الإسلامية، حيث قررت سيادة الأعراف على آراء الفقهاء المسلمين حين أكدت صحة الحبس المنشأ من قبل امرأة في الجلسة المتنقلة لمحكمة الجزائر ببوفاريك أمام عدلين، بقولها: « صحيح أن إنشاء الأحباس وفقاً للمذهب الحنفي لا يكون إلا بمقتضى عقد أمام القاضي، فإنه في الجزائر، حيث للأعراف وحدها قوة القانون وليس آراء الفقهاء المسلمين، ليس ثمة ما يوجب إلزام منشئي الأوقاف بمباشرة شكلية من هذا القبيل. » وأضافت: « حيث أنه ومنذ فترة ما قبل الاحتلال، ولأسباب عملية، تقرر أن تكوين الأحباس يمكن أن يثبت بكافة الوسائل، حتى بالشهود والقرائن، وأن الاجتهاد القضائي قد استقر منذ ذلك الوقت على العمل بحرية الاثبات في هذا الصدد.⁵¹ كما سوغت لفرنسة الأعيان المحبوسة بافتراضها إمكانية حبس أرض مفرنسة⁵²، ومن ثمة فإن فرنسا أرض محبوسة لا يشكل أي مساسٍ بوقفيتها⁵³، وبذلك بررت لعلمنة مؤسسة لها طابعها الديني المقدس (تنشأ من أجل غاية مقدسة) أكثر من طابع دنيوي (كاستعمالها لتلبية مصالح، أو لحل مشاكل الميراث).

هذا وتشبّثت غرفة الاستئناف في مسائل متفرقة بحرفية أحكام الفقه الإسلامي كما في الأشهاد على النكاح، حيث قامت بإبطال قرار اعتمد في اثباته للزواج على شهادة شاهد واحد⁵⁴، وبالمثل قررت عين المصير لدعوى أمام القاضي الشرعي من قبل الأب بالتبني ضد زوج ابنته، باعتبار ألا وجود للتبني في الشريعة الإسلامية⁵⁵، كما حكمت بخلاف ما ذهب إليه القاضي الشرعي، مؤكدةً حقوق المرأة على مهرها⁵⁶، وأيدت قرارات القضاة الشرعيين الذين سلطوا الضوء على الطبيعة الباتة للطلاق الثلاث، من أجل تحرير المرأة من رباط الزوجية⁵⁷.

وفي مادة الوصاية، وقبل دخول مرسوم 12 أوت 1936م حيز التنفيذ، قررت هذه الجهة، أن القاضي الشرعي هو الوصي الشرعي الوحيد⁵⁸، فغلبت بذلك الشريعة الإسلامية، وهو ما قرره

محكمة الجزائر بدورها في أحد قراراتها بالقول: « طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، هناك واجب من النظام العام الذي لا يمكن للقاضي التخلي عنه أو التنصل من مسؤوليته (...) يختار المقدم من قبل القاضي لكي يمارس الوصاية فعلياً مكانه، ولكن تحت رقابته، مع الاستمرار في كونه مجرد وكيل عن القاضي دون أن يكون الممثل الشرعي للقصر»⁵⁹، لكنها سرعان ما غيرت موقفها بأن عقدت هذا الدور كاملاً للمقدم، بدل دوره كوكيل للقاضي⁶⁰، واعترفت للأُم بإمكان تعيينها كمقدم⁶¹.

وأخيراً ظل الاجتهاد القضائي في مسائل الميراث وفيما لقواعد الشريعة الإسلامية، مقررأ أن كل تركة واقعة على عقارات مفرنسة لا تدخل في اختصاص القاضي الشرعي ولا تستلزم تحرير فريضة، وأن كل قسمة لتركة مسلمة لا يمكن إجراؤها دون فريضة محررة من قبل القاضي الشرعي⁶²، وهي القاعدة التي حرصت غرفة الاستئناف على احترامها، حيث ألغت أحكام القاضي الشرعي⁶³ وقرارات المحاكم الصادرة بمخالفتها⁶⁴، ومن تطبيقات ذلك إبطالها لتصرف تم من قبل امرأة لأخيها على تركة أبيهما⁶⁵، مرتكزة على قول "ابن عاصم المالكي" الذي يرى استحالة كل تصرف طالما لم تتسن معرفة أنصبة الميراث.

من جهتها قضت محكمة "فرندة" - خلافاً لما تقره الأعراف - بأحقية النساء في ميراث أراضي "العرش" أو "السبقة" طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية⁶⁶، كما نهت محكمة الاستئناف قضاء شرعيين حاولوا استلهاهم قواعد القانون المدني، حيث قضت بإمكانية إثبات الملكية العقارية المسلمة بدون كتابة⁶⁷، وأن الشريعة الإسلامية لا تقبل التنزيل في الميراث، وأنه لا يمكن حلول أبناء الابن محل الابن المتوفى بواسطة عقد لدى المحكمة أو عن طريق وصية معدة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية⁶⁸.

في المقابل ألزم الاجتهاد القضائي - في حالة عدم وجود أحكام خاصة في الشريعة الإسلامية أو الأعراف الأهلية - القاضي الشرعي بتطبيق القانون الفرنسي لحل النزاع المعروض عليه.

خاتمة:

نخلص مما سبق عرضه إلى أن الإدارة الاستعمارية حاولت جاهدةً من خلال التدخل في تنظيم الأحوال الشخصية للجزائريين التلاعب بالمفاهيم والقيم الراسخة أخذة بعين الاعتبار فقط المنظورات السياسية المتمثلة في السعي لتحقيق أقصى درجات الاستيعاب والاحتواء، دون مراعاة المنطق والعواقب القانونية لمشاريعها، ومع أنها لم تفلح إلى حدٍ كبير في تجسيد مسعاها على أرض الواقع، تمكنت على وجه العموم من توطين بذور التفرقة، وهو ما يترجم إلى حدٍ ما حالة الشد والجذب التي شهدتها الفترة الممتدة ما بين نهاية 1979م وبداية 1984م بمناسبة اقتراح مشاريع لقانون الأسرة ومحاولات تقنينه، حملت في ثناياها صراعاً أيديولوجياً بين تيارين، أحدهما تحرري يناضل من أجل مدنية هذا القانون، وإبعاده ما أمكن عن الدين بمنح المرأة مركزاً مماثلاً لمركز الرجل، من خلال الإقرار لها بحرية أكبر، وإلغاء نظام تعدد الزوجات، وعدم اشتراط الولي في النكاح، والمساواة في الميراث، واستبعاد فكرة القوامة ورئاسة الزوج للأسرة وما ينفك عنها من مخرجات، والاعتراف بالأطفال المولودين خارج العلاقة الزوجية، وتيار محافظ يؤكد على ضرورة التقيد الصارم بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يزال هذا الصراع مستمراً إلى يومنا هذا رغم التعديلات التي أدخلها المشرع على قانون الأسرة سنة 2005.

الهوامش والمراجع:

1 المراد بالأنظمة المحلية، الشريعة الإسلامية والأعراف، واستعملنا وصف محلي للتفرقة بينها وبين قوانين السلطات الاستعمارية الشاملة والمهيمنة آنذاك بحكم الواقع.

2 امتد نطاق الأنظمة المحلية لحكم الأحوال الشخصية بالمفهوم الضيق، مسائل الزواج، التركات، وكذا الأراضي غير المفروسة، دون الأراضي المفروسة والعقارات الخاضعة للقانون الفرنسي بحكم تجنس مالكيها، أو بالنظر لأحكام التشريع والاختصاص القضائي، أما الأراضي والعقارات المملوكة للأهالي المسلمين تخضع لقواعد الفقه الإسلامي والأعراف الأهلية.

³ P. ARMINJON, *Systèmes juridiques complexes, Recueil Des Cours, Académie de droit international, la Haye, volume 74, 1949, p.174.*

⁴ F.Z. SAI, *Le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie, thèse de doctorat d'état, Droit, Université d'Oran, 2007, p.88.*

⁵ N. ARNAUD-DUC, *Le droit et les comportements, la genèse du titre V du livre III du code civil: les régimes matrimoniaux, in La famille, la loi, l'état. De la Révolution au code civil, Paris, Imprimerie G. Pompidou, 1989, p.194.*

⁶ « Codifier c'est certainement modifier le droit mais c'est aussi limiter par l'abstraction de son énonciation les risques d'interprétations divergentes. » B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Mutations dans le système juridique du Moyen Orient, Paris, Karthala, 1993, p.19.*

⁷ *Cour d'Alger (Ch. de révision musulmane), 06/V/31, 33. 202. Cité par J. P. CHARNAY, La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la 1^{ière} moitié du XX^{ème} siècle, Paris, PUF, 1964, p.291.*

⁸ *Loi du 2 mars 1882 portant état civil des indigènes musulmans, Sirey, lois, 1881-1885, LGDJ, p.346-348.*

9 من بين المخالفات الخاصة بالأهالي: إغفال أو التأخر في تقديم التصريحات المنصوص عليها في قانون عام 1882، وعدم الامتثال لمقتضيات هذا القانون فيما يتعلق باستخدام اللقب العائلي.

¹⁰ F.Z. SAI, *Le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie*, op, cit, P.88.

¹¹ Cette juridiction ne cesse de rappeler que « le Code Morand non promulgué, demeure un ouvrage de pure doctrine sans force légale, qu'il est interdit de l'appliquer par autorité et en contradiction avec le corpus des règles malékites. » Cf. RM, 9/XII/22, 28.47; RM/II/31, 33.131, Trib. d'Alger (1ière ch.) 1932, RA 33.50.

¹² Loi du 2 mai 1930 concernant la déclaration des fiançailles et l'âge du mariage des Kabyles, J.O.A., 23 mai 1930.

¹³ Décret du 19 mai 1931 relatif à la condition de la femme kabyle, R.E.I, 1931, Cahier I.

¹⁴ Trib. Civil Alger (Ch. des appels musulmans), 16/06/1931, RATM, 1932, tome XLVIII. « Le décret doit recevoir une immédiate application en vertu du principe général admis que les lois qui régissent l'état des personnes doivent s'appliquer rétroactivement, en ce sens qu'elles saisissent l'individu au moment où elles deviennent obligatoires. Le dit décret étant muet sur les effets du divorce, il y a lieu de s'en référer, sur ce point, aux principes généraux du droit musulman et des coutumes kabyles. ».

¹⁵ Loi du 2 avril 1930 portant modification de la loi du 23 mars 1882 sur l'état civil des indigènes musulmans de l'Algérie, J.O.A. n°16, 18 avril 1930, p. 259-260.

¹⁶ J.O.A., 21 août 1936, R.A., 1937.3.77.

¹⁷ Loi n°57-777 du 11 juillet 1957 portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman J.O.F., 30 juillet 1957, p.1722; loi n°57-778 du 11 juillet 1957 fixant l'âge du mariage, J.O.F., op. cit.

¹⁸ Ordonnance n° 59-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté par les personnes de statut civil local, Jorf N°35 de 11/02/1959 Page 1860; Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959 portant réglementation d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 février 1959, Jorf n° 217 de 19/09/1959 Page 9139.

¹⁹ Article 10.

²⁰ Arrête du général en chef du 22 octobre 1830, article 1er. décret du 10 aout 1834, articles 38 et 39.

²¹ Arrête du général en chef du 15 octobre 1830, article 1er. Arrête du général en chef du 22 octobre 1830, article 14. ordonnance du 10 aout 1834, articles 27, 32 et 37.

²² G. RECTENWALD, *De la compétence des cadis en matière personnelle et mobilière*, R.A, 1911, I, P.149 et s.

²³ E. LARCHER, *Traité élémentaire de législation algérienne*, t.II, P.161 et s.

²⁴ E. LARCHER, Op. cit, P. 212-219; J. BOUVERESSE, *Un parlement colonial: les délégations financières algériennes 1898-1945, l'institution et les hommes*, publication des universités de Rouen et du Havre, 2008, P.741 et s. P. ARMINJON, Op. cit, p.174.

²⁵ La Cour de cassation n'est saisie que dans des cas limités. C. Cass.29/12/1925, RATM, 1926, tome XLII, p. 169-170. «Si le pourvoi en cassation est autorisé en Algérie contre les décisions en matière musulmane, en étant d'ailleurs limité au cas d'incompétence ou d'excès de pouvoir, il était interdit, d'une manière absolue, pour la Kabylie, région à laquelle appartient le tribunal de Tizi Ouzou». D'autres arrêts de cette juridiction sont intervenus dans le même sens : C. Cass. 26/05/1894, RA, 1894-2-362; C.Cass. 2 mai 1910, RA 1911-2-113.

²⁶ « les terres de propriété privée (elles-mêmes subdivisées en "terres francisées" terres non francisées " ou melk: ces dernières sont des propriétés privées souvent possédées par une famille a l'état d'indivision (...) enfin les terres arche ou sebga appartenant collectivement a une tribu, qui en partage l'exploitation entre ses différents membres... » M. LAUNAY, *Paysans algériens: 1960-2006, Troisième édition revue augmentée*, Edition Karthala, 2007, P.239.

²⁷ Trib. Bône, 15/12/1896, RATM, 1921, tome XXXVI/ XXXVII: « Si un indigène musulman naturalisé décède laissant des héritiers indigènes musulmans, la dévolution des biens sera régie par la loi française et, par suite, la part héréditaire des filles du de cujus sera égale à celle des garçons contrairement au droit musulman. ».

²⁸ Cf. Cour Alger, 21/VII/1869, 1869.2; RM, 7/II/20, 23.247; RM, 30/X/20, 1921.17. Cité par J. P. CHARNAY, Op. cit.

²⁹ J. P. CHARNAY, Ibid.

³⁰ C. Cass.18/VII/23, 24.239.

³¹ Ch. de Révision, 28/11/1925, RATM, 1926, tome XLII, p.244-245. Elle a rappelé que « les docteurs musulmans admettent la possibilité d'un changement de rite, soit pour l'ensemble de la vie d'un individu, soit pour tel ou tel acte déterminé de son existence». Aussi, «lorsqu'une femme s'est mariée sans ouali, un tribunal a le devoir de conclure qu'elle avait entendu, pour cet acte particulier, suivre la doctrine hanafite, qui, plus humaine et plus éclairée que le rite malékite, autorise la femme à donner elle-même son consentement au mariage.».

³² RM, 15/XII/24, 28.107; J.P de Bougie, 25/VI/27, 28.63; RM, 6/I/25, 28.197.

³³ RM, 23/VII/28, 29.155; RM, 25/V/29, 31.120.

³⁴ RM, 9/IV/27, 30.110.

³⁵ Ch. de Révision, 10/11/1924, RATM, 1925, tome XVII, p.128-132.

³⁶ Voir la décision du Tribunal d'Alger du 16/06/1931, op.cit.

³⁷ Trib. Tizi Ouzou 26/01/1922, RATM, 1926, tome XLII, p.216-218. «Attendu que, malgré le maintien de la législation coutumière spéciale aux Kabyles et notamment celle analysée ci-dessus, dont il est superflu de souligner le caractère barbare, parce que primitive, le juge français a néanmoins la faculté d'appliquer, dans certains cas, non pas précisément comme l'a dit la loi française, mais bien la loi coranique dont l'application éventuelle aux Kabyles est rationnelle puisqu'ils ont adopté la religion islamique; - Attendu, d'ailleurs que le droit musulman s'applique aux Kabyles, à défaut de la coutume; or celle-ci ne paraît pas avoir autorisé le cas d'abandon de la femme par le mari.».

³⁸ Cour Alger, 18/11/1922, RA 1922/1923.2.81.

³⁹ RM, 10/VII/20, 22.87; RM, 16/VI/28, 29.153; RM, 28/I/30, 32.170.

⁴⁰ La loi du 4 août 1926 a rattaché le habous au statut personnel alors qu'il faisait partie, jusqu'alors, du statut réel. Le habous privé relève de la compétence exclusive du cadî. En droit musulman, il fait partie du droit réel.

⁴¹ J. P. CHARNAY, La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la Ière moitié du XX^{ème} siècle, Op. cit, P.95.

⁴² RM, 26/I/29, 31.18.

⁴³ RM, 4/II/30, 30.143. RM, 24/III/23, 27.82.

⁴⁴ RM, 277/II/31, 33.106; RM, 14/VI/30,32.

⁴⁵ « puisque le habous «est de plus en plus employé en Kabylie pour corriger la barbarie des coutumes qui déshéritent à peu près complètement la femme, une raison d'humanité doit donc pousser les tribunaux français à le considérer comme valable toutes les fois que les modalités ne violent pas d'une façon indiscutable le droit musulman» RM, 11/VI/21, 22.187.

⁴⁶ Ch. de révision, 06/04/1925, RATM, 1926, tome XLII, p.185.

⁴⁷ RM, 28/VI/30, 33.42; RM, 14/VI/30, 32.142.

⁴⁸ « attendu que le habous constitue une dérogation à la loi successorale du Coran, que par suite, les règles relatives à cette institution doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.» RM, 28/VI/30, 33.42.

⁴⁹ Cour Alger (Ch. de révision), 29/06/1929, RATM 1932, p.21-22.

⁵⁰ RM, 24/XII/27, 29.49.

⁵¹ « s'il est vrai que, suivant le pur rite hanéfite, les constitutions de habous ne peuvent être faites que par acte de cadî, il y a lieu de considérer qu'en Algérie où seules les coutumes et non les textes des jurisconsultes musulmans ont force de loi, il n'y a pas lieu d'obliger les constituants à procéder à une formalité de ce genre (...) Attendu que dès avant la conquête, et pour des raisons pratiques, il a été décidé que les constitutions de habous peuvent se prouver par tous moyens, même par témoign et présomptions, et qu'une jurisprudence constante a toujours appliqué depuis ces prescriptions libérales ...» RM, 6/VI/31, 32.202; RM, 9/XII/22, 28.137; RM, 15/XII/24, 28.106.

⁵² RM, 9/XI/25, 30.82.

⁵³ RM, 12/VII/27, 30.210.

⁵⁴ RM, 20/I/28, 28.202.

⁵⁵ RM, 12/XI/21, 22.86.

⁵⁶ Cour Alger (Ch. de révision) 22/07/1929, RATM, 1932, tome XLVIII, p.26-27. « La femme musulmane administre les biens qui constituent sa dot, en jouit et en dispose dans les mêmes conditions et suivant les mêmes règles que pour ses autres biens. Par application de ces principes, le trousseau, dit djehaz, et les bijoux, deviennent propriété exclusive de la femme, et le mari ne peut prétendre à aucun des objets mobiliers qui en font partie, bien que ces objets aient été acquis des deniers qu'il a fournis. Et si le mari s'empare,

pendant l'union conjugale de tout ou partie du trousseau de sa femme, celle-ci a le droit de le poursuivre et de le faire condamner, soit à la restitution des objets, soit au paiement de leur valeur. C'est donc à tort qu'un jugement, en condamnant une femme à réintégrer le domicile conjugal, la condamne, en même temps, à rapporter son trousseau en nature ou à en payer la valeur au mari.».

⁵⁷ RM, 29/V/22, 24.101; RM, 29/XII/28, 30.178; RM, 28/X/35, 37.128.

⁵⁸ RM, 28/V/27,30.215. Ibid, P 277.

⁵⁹ « conformément à la loi musulmane, un devoir d'ordre public dont le cadi ne saurait ni se démettre, ni répudier la responsabilité (...), le Moqadem commis et choisi par le cadi pour exercer effectivement la tutelle à sa place, mais sous sa surveillance, continuant à n'être que le mandataire du cadi sans être le représentant légal des mineurs» Trib. Alger (2ième ch.), 22/III/38, 38.176..

⁶⁰ RM, 15/XII/28, 29.146; RM, 18/I/32, 34.181.

⁶¹ RM, 18/I/32, 35.50.

⁶² RM, 23/III/29, 31.118; RM, 16/XI/29, 32.54; RM, 14/VI/30, 32.127; RM,22/II/32, 33.136.

⁶³ RM, 16/XI/29, 32.54; RM, 27/VI/32, 37.119. Ibid. P 280.

⁶⁴ Cour Alger (Ch. de révision), 14/06/1930, RATM, 1932, tome XLVIII, p.127-128. « Dans la coutume musulmane, c'est par l'établissement d'une frédha que s'administre légalement la preuve des droits successoraux. Cette formalité constitue la mesure préliminaire à toute opération de partage de biens provenant d'une succession, pour déterminer la capacité et les droits de chacun des héritiers. Une frédha ne peut être opposée à un prétendant droit à la succession si elle a été établie hors de sa présence » Elle ajoute : « attendu que le jugement du tribunal d'Alger, en rejetant des débats une frédha dressée par le cadi qui a fixé la quotité des droits de la donation et en attribuant à l'héritier donataire une part qui excéderait cette quotité, a violé les principes de la loi musulmane, qu'il échet de l'annuler ».

⁶⁵ RM, 23/III/29, 31, p.117.

⁶⁶ Trib. Freneda, 22/02/1924, RATM, 1925, tome XVII, p.171-174 : « Attendu que les indigènes méconnaissent les théories administratives qui ne peuvent briser leurs habitudes et coutumes séculaires, les principes du droit musulman qui font de la femme une successorale dont les droits sont reconnus par toutes les écoles (Verset 12, Sourate IV, Verset 14 Sourate IV). Attendu que c'est à tort qu'on a prétendu que selon la coutume islamique, en matière de terres sabga, la femme n'hérite pas ».

⁶⁷ RM, 12/IV/30, 32.112.

⁶⁸ RM, 23/VII/29, 29.95; RM, 9/III/36, 37.171; RM, 24/XII/26, 29.52.