النقص التشريعي في أحكام طلاق القاصر في القانون الجزائري

Legislative deficiency in the provisions of divorce of minors in Algerian law

رجاء بوطار*
Radja Boutar
جامعة سوق أهراس -الجزائر-
مخبر الحقوق والحريات في الانظمة المقارنة
University of Soukahras-Algeria-
r.boutar@univ-soukahras.dz

محسن شدادي
Mohcen Chedadi
جامعة سوق أهراس -الجزائر-
مخبر القانون المقارن والدراسات الإجتماعية والاستشرافية
University of Soukahras -Algeria-
m.chedadi@univ-soukahras.dz

تاريخ النشر | تاريخ القبول للنشر | تاريخ الاستلام
Publication date | ***Acceptance date*** | ***Submission date***
31/05/2023 | ***18/03/2023*** | ***13/12/2022***

ملخص:

يعتبر القاصر من بين الأشخاص المسموح لهم بمباشرة بعض التصرفات القانونية بأنفسهم أو بالنيابة ،والتي من خلالها أخضعهم المشرع الجزائري للأحكام الولاية والوصاية أو القوامة وفق ضوابط قانونية وإجرائية ، و من أهم القرارات التي لها خطورة كبيرة على الأسرة والمجتمع الطلاق وهو حق الزوج في حل عقد الزواج بإرادته المنفردة ، يكون وفق اجراءات قانونية حددها القانون، وباعتبار الأهلية شرط لمباشرة دعوى الطلاق وابتغاء لهذه الحماية تدخل المشرع الوضعي بمنح إيقاع الطلاق إلى قاضي شؤون الأسرة وإسناد حق اللجوء للقضاء إلى نائبه الشرعي ،غير أنه ولخصوصية مسألة الطلاق التي تستوجب حضور كلا من الزوجين أمام القضاء ظهرت عدة إشكاليات خصوصا على المستوى الإجرائي وأمام النقص التشريعي أين لم يتناول المشرع في طلاق القاصر بالإرادة المنفردة إلا مادة قانونية واحدة ، وأمام ووجود فراغ تشريعي واضح استوجب الأمر دراسته وتسليط الضوء عليه .

الكلمات المفتاحية: أحكام ؛ طلاق ؛ القاصر ؛ القانون الجزائري ؛ النقص التشريعي.

Abstract:

The minor is among the persons allowed to conduct some legal actions themselves or on behalf of them, through which the Algerian legislator subjected them to the provisions of guardianship, or guardianship in accordance with legal and procedural controls. one of the most important decisions that have a great danger to the family and society is divorce, which is the husband's right to dissolve the

* المؤلف المراسل

marriage contract of his own will, it is in accordance with legal procedures specified by law, and as eligibility is a condition for initiating a divorce lawsuit and in order to protect this provision, the positive legislator intervened by granting the rhythm of divorce to a judge Family affairs and the assignment of the right to resort to the judiciary to his legitimate deputy, however, because of the specificity of the issue of divorce, which requires the presence of both spouses before the judiciary, several problems have emerged, especially at the procedural level and in front of the legislative deficiency, where the legislator did not address the divorce of the minor by unilateral will except one legal article, and in front of the existence of a clear legislative vacuum that had to be studied and highlighted.

***Key words**: Provisions; divorce; minor; Algerian law; legislative deficiency*

مقدّمة:

خلق الله تعالى الإنسان وفطره على الزواج الذي جعله وسيلة لاستمرار الحياة البشرية وذلك لأهداف ومقاصد عظيمة أسس من خلالها قواعد شرعية تضمن استمراره، وتحمي حقوق الزوجين والأولاد من الضياع ،ولقيام عقد الزواج صحيحا لابد أن يستوفي أركانه وشروطه التي حددها الشارع الحكيم في القرآن والسنة النبوية، وكرسها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري ، وتتمثل في الرضا ككن وحيد لعقد الزواج ، والصداق، والولي، والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية والأهلية كشروط لانعقاده ، إلا أن الشرط الأخير المتمثل في الأهلية قد يتخطاه القضاء من خلال ما يعرف بسلطة القاضي في منح الإذن بزواج القاصر ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق و التزامات"[1]. ومع انتشار قضايا الطلاق في المجتمع رسمت القوانين الوضعية ، وكذا المشرع الجزائري إجراءات معينة لفك الرابطة الزوجية ، إلا أنه فيما يتعلق بمسألة طلاق القاصر هناك نقص التشريعي واضح في الموضوع خصوصا أن مسألة الطلاق من أهم المسائل المرتبطة بهدم أساس الأسرة ، حيث وبالنظر لأهمية هذا الموضوع في مجال الدراسات القانونية خاصة ، ارتأيت دراسته ومعالجة هذا الموضوع من عدة جوانب، لأطرح الإشكالية الآتية: هل وفق التشريع الجزائري في تنظيم مسألة طلاق القاصر ؟

و من خلال دراسة موضوع النقص التشريعي في أحكام طلاق القاصر في القانون الجزائري اتبعت المناهج التالية:

-المنهج التحليلي الاستقرائي وكذلك المنهج الوصفي من خلال تحليل واستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري

ومن خلال الإشكالية نطرح الإشكالات الفرعية التالية:

-ماذا يقصد بالقاصر ؟

-فيما تتمثل إجراءات دعوى طلاق القاصر في القانون الجزائري ؟

-ماهي ضوابط أهلية التقاضي بالنسبة للقاصر ؟

ومن بين الأهداف المتوخاة من دراستي لهذا الموضوع ما يلي:

-بيان الأحكام المتعلقة بإجراءات فك الرابطة الزوجية لفئات المجتمع من القصر.

-الوقوف على النقص التشريعي الخاص بإجراءات طلاق القاصر، وبيان أهم المشاكل الناتجة عن ذلك.

-تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات، والتي يمكن أن يستفيد منها المشرع مستقبلا عند تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المبحث الأول:

مفهوم القاصر

لم يعرف المشرع الجزائري القاصر على عكس القوانين العربية المقارنة التي نصت عليه غير أنه وبالنسبة للأحوال الشخصية منح له أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ،أما بالنسبة لطلاق القاصر فقد ترك المشرع فراغ تشريعي وفي اطار ذلك سأتطرق إلى هذا الموضوع في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بالقاصر:

يعتبر القاصر بالطلاق من بين المواضيع المهمة التي تناولها المشرع الجزائري خصوصا أهلية التقاضي بالنسبة لهذا الأخير .

الفرع الأول: : تعريف القاصر

أولا: لغة : يقال في اللغة قَصَرتُ عن الشَّيءِ قصورًا أي بمعنى : عجزت عنه ولم أصل إلى ما أريد.[2]

ثانيا : تعريف القاصر في الفقه الإسلامي : عرفه الإمام أبو زهرة القاصر "هو من لا يقدر على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها" [3] ، وعرفه أيضا الدكتور وهبة الزحيلي أنه " العاجز عن تدبير شؤونه المالية من استثمار وتصرف وحفظ وإنفاق" [4].

الفرع الثاني: تعريف القاصر في القانون الجزائري : لم يعرف المشرع الجزائري القاصر ، لكون التعاريف أصلا من مهمة الفقه ، ومن بين التعاريف المختارة " أنه من لم يستكمل أهلية الأداء ، سواء كان فاقدا لها كغير المميز أم ناقصها كالمميز ،وبالتالي فمصطلح القاصر مرتبط بالأهلية ، حيث يطلق على كل إنسان لم يستكمل أهليته سواء أكان ذلك بسبب صغر السن أو بسبب عارض من عوارض الأهلية كالسفه والعته" [5].

وقد عرف الدكتور مُحَمَّد صبري السعدي الأهلية بأنها: "صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك"[6].

المطلب الثاني: ضوابط أهلية التقاضي بالنسبة للقاصر

لأهلية التقاضي ضوابط سوف أتطرق إلى أهم النقاط المتعلقة بها ،و أهمها معيار السن وكذلك أنواع القاصر في القانون الجزائري بالإضافة إلى اشكالية طلاق القاصر في القانون الجزائري .

الفرع الأول: معيار السن لتحديد أهلية التقاضي

أهلية التقاضي حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري هي 19 سنة "كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوق المدنية، وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة"، وكذا نص م 78 من نفس القانون "كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" [7]، ويكون الطفل غير مميز من وقت ولادته إلى غاية بلوغه سن ثلاثة عشرة (13) سنة، وهي سن التمييز في القانون الجزائري ، وبالتالي فأهلية الأداء لديه معدومة هنا وتنص المادة 83 ق أج "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، لكونها معاملات تفقر القاصر ويشترط فيها القانون أهلية التبرع، والولي لا يستطيع التبرع بما ليس ملك له [8].

إلا أن " أهلية التقاضي" تثير إشكالا و تناقضا بحق كلا من القاضي و المتقاضي فقانون الأسرة هو من القوانين الموضوعية و قد منح القاصر متى كان متزوجا أهلية التقاضي في حدود معينة

الفرع الثاني: أنواع القاصر في القانون الجزائري

يمكن القول أن القاصر نوعان قاصر مميز و يعتبر ناقص الأهلية وهو الوارد في المادة 85 من قانون الأسرة " تعتبر تصرفات المجنون ، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه " [9] و المادة 43 القانون المدني "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد، وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون ، و قاصر عديم التمييز يعتبر عديم الأهلية وهو المنصوص عليه في المادة 82 قانون الأسرة "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنة طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة" و المادة 42 القانون المدني "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن...يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة"[10]،وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/05/19 ،تحت رقم 189324 جاء فيه :"إن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد إهانتها من الزوج لا يعتبر نشوزا. ومتى تبين في-قضية الحال- أن المطعون ضده قد سبق وأن رفع دعوى طالق الطاعنة على اعتبار أنها مريضة عقليا، ثم تراجع عن ذلك وطلب رجوعها من جديد، ليتجنب مسؤولية الطالق ..."[11]كما أنه يتولى مباشرة التصرفات نيابة عن الصغير من يمثله قانونيا وهو الولي أو الوصي، وهو ما نصت عليه م 81 ق أ ج بنصها على أنه "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "[12]

وتنص المادة 65 ق إم إ: "يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية..." وبالتالي فالمادتين بينا اتجاه المشرع الجزائري حيث جعل الأهلية من النظام العام و رتبت عليها أثر و هو بطلان الإجراءات من حيث الموضوع [13]

وتجدر الإشارة أن محور دراستي هو القاصر من حيث السن لأن القصْر نوعين قصر من حيث العقل و قصر من حيث السن ، فالأولى تشمل المجنون و المعتوه و هي تخرج عن دراستنا و الثانية تشمل كل شخص لم يبلغ سن الرشد القانوني.

الفرع الثالث: اشكالية طلاق القاصر في القانون الجزائري

يمكن القول أن المشرع الجزائري أسند مهام عديدة لقاضي شؤون الأسرة متعلقة أساسا بحماية مصالح القاصر، وخاصة عند وفاة الأبوين وعدم وجود من يتولى شؤونهم، إذ يتكفل بهم حينئذ قاضي قسم شؤون الاسرة من خلال السهر على حماية مصالحهم ،وهذا ما تضمنته

المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تنص على ما يلي: "يتكفل قاضي شؤون الاسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر" [14].

وتنص المادة 1/07 ق أ ج على أنه "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" أما بالنسبة لإبرام عقد الزواج دون السن القانونية فيمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكد من وجود مصلحة أو ضرورة، ومن قدرة الطرفين على الزواج. وذلك عن طريق ما يعرف بالزواج العرفي الذي أقرته المادة 22 ق أ ج صراحة [15].

وفي هذا الصدد يطرح تساؤل حول الوضعية القانونية للمرأة القاصر التي تتزوج زواجا عرفيا وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية، وبعد أن تحمل وتلد أولادا يقع طلاقها بطريقة عرفية وشرعية، فتتزوج مع رجل ثاني، ويسجل زواجهما في سجلات الحالة المدنية بالبلدية، ثم بعد ذلك تأتي إلى المحكمة وتطالب بتسجيل زواجها مع الرجل الأول بأثر رجعي، وهي لا تزال في عصمة الرجل الثاني، فإنها تكون قد أنشأت وضعية لامرأة متزوجة مع رجلين في آن واحد من الناحية الإدارية، ولا يمكن الحكم بعد ذلك بطلاقها من الرجل الأول بأثر رجعي، ورفض المحكمة تسجيل هذا العقد العرفي الذي تلاه طلاق عرفي وزواج رسمي، فإن ذلك قد يلحق ضررا بالأطفال الناتجين عن هذا الزواج العرفي سواء من حيث نسبهم أو من حيث نصيبهم من تركة أبيهم [16].

ويرى الدكتور سعد عبد العزيز في هذا الموضوع أنه يجب تسجيل كل عقود الزواج غير المسجلة، ولا يجب ترك أي مواطن جزائري يتخبط خارج التنظيم الإداري المفروض بالقانون، فيكفي ان يتضمن منطوق الحكم الذي تصدره المحكمة بشأن تقييد عقد الزواج عبارة تشير إلى أن هذا العقد قد تلاه طلاق عرفي بتاريخ كذا، وذلك استنادا إلى ما يصرح به المعنيون أو الشهود [17].

المبحث الثاني:

إجراءات دعوى طلاق القاصر في القانون الجزائري

للقاصر الحق في اللجوء إلى القضاء بغرض طلب الحكم بطلاق وذلك بواسطة ممثله الشرعي وذلك عن طريق إجراءات عامة وأخرى خاصة سأتناولها في مطلبين: الأول يتناول الإجراءات العامة لدعوى الطلاق، والثاني يخصص للإجراءات الخاصة بطلاق الزوج القاصر.

المطلب الأول: الإجراءات العامة لدعوى الطلاق

عندما يقرر الزوج رفع دعوى الطلاق عليه أن يخضع للأوضاع و الأشكال المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك وفق الشروط والأحكام المنصوصة عليه.

الفرع الأول: شروط دعوى الطلاق

الأصل لقبول دعاوى الطلاق بشكل عام توفر بعض الشروط لدى المدعي وهي الأهلية والصفة والمصلحة ، وقد نظم المشرع الجزائري وفق قواعد إجرائية أهم شروط قبول الدعاوى في الكتاب الأول تحت عنوان الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وأهمها ما نصت عليه المادة 13 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". بالإضافة إلى الشروط الشكلية المتعلقة بعريضة افتتاح الدعوى وبالبيانات المتعلقة بها [18].

ويرى الدكتور سعد عبد العزيز أنه يقصد بالمصلحة في دعوى الطلاق أن يكون الهدف منها هو الحصول على حكم حماية لمصلحة مشروعة وشرعية مقررة وإلا لن تقبل الدعوى المتمثلة في الطلاق [19].

أما بالنسبة للأهلية فنجد أن المشرع الجزائري قد حددها بسن الرشد المدني، وهو ما نصت عليه المادة 40 ق م ج "كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه" ،وكذا نص المادة 78 ق م ج "كل شخص أهل للتعاقد، ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون" ،كما نصت المادة 2/38 من القانون نفسه على أنه "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها [20].

الفرع الثاني: الاختصاص المحلي

ويقصد بالاختصاص المحلي حدود ونصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها [21] ، كما يقصد بالاختصاص الإقليمي ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي ، أي أنه يخضع التقسيم القضائي للإطار الجغرافي الذي يحدده المشرع والذي تمارس فيه المحكمة اختصاصها القضائي ضمن حدوده بشرط عدم تجاوزه [22].

وتنص المادة 426 "تكون المحكمة مختصة إقليميا :

3- في موضوع الطلاق أو الرجوع فالقاضي المختص إقليميا هو القاضي الذي يوجد في دائرة اختصاصه مكان وجود المسكن الزوجي [23].

غير أن المادة 38 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05- 10 اعتبرت أن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عليهم قانونا [24]، كما تنص المادة 37 قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه " لأطرح السؤال في حالة طلاق القاصر هل يؤخذ بموطن المدعى عليه أم بموطن من ينوب عنه قانونا أم حسب هذه المادة ؟ أم بموطن مكان وجود المسكن الزوجي حسب نص المادة 3/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما يثير إشكال حسب رأيي من خلال التناقض على مستوى المنظومة القانونية داخل الدولة الواحدة مما يستوجب التعديل وضبط المصطلحات القانونية

ومسألة الاختصاص رغم بساطتها إلا أنها تثير العديد من المشاكل فكثيرا ما يتقدم إلى القاضي زوجان لم يستقرا منذ زواجهما في مكان معين بل غيرا مكان إقامتهما عدة مرات، ففي هذه الحالة ما هو المسكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار لتحديد الاختصاص المحلي؟ والرأيي في هذه الحالة هو المسكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى، وإن لم يرغبا في الذهاب إلى تلك الجهة فالمشرع ترك لهما المجال والذي يكمن في أنه لم يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام [25].

الفرع الثالث: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنظر في نوع محدد من الدعاوى، أي توزيع القضايا على أساس نوع الدعوى حيث تباشر فيه كل جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لموضوع الدعوى [26]

تنص المادة 32 من ق إ م إ على أن: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام ..". وتنص الفقرة 3 منها " تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا"[27].

وحسب نص المادة 423 /1من ق إ م إ" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية : الدعوى المتعلقة بالخطبة والزواج ، والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...."، من الملاحظ أن المشرع نص على عبارة (على الخصوص) وهوما يعني أنه تناول صلاحيات محكمة شؤون الأسرة على سبيل الحصر مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع بعدم الاختصاص [28].

المطلب الثاني: الإجراءات الخاصة بطلاق الزوج القاصر

الأصل العام أن الطلاق حق إرادي للزوج يوقعه بإرادته المنفردة حيث تنص المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" وبالتالي فإرادة المشرع في مسألة اثبات الطلاق تتجه نحو القضاء مباشرة أي أن من له حق رفع دعوى الطلاق هو الزوج أو الزوجة [29]، وبالرجوع إلى نص المادة 436 من ق.إ.م.إ نجدها تنص على أنه: "ترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى"[30].

الفرع الأول: إجرات رفع دعوى الطلاق أمام القضاء

بالنسبة لإجراءات رفع دعوى الطلاق الخاصة بالقاصر فقد نصت المادة 437 من نفس القانون أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة "، أي أنه :

1- ترفع دعوى طلاق القاصر أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة بواسطة وليه أو مقدمه القائم بشؤونه و ذلك وفقا للأوضاع و الأحكام المقررة للولاية أو القوامة

2- تودع العريضة بأمانة الضبط أمام قسم شؤون الأسرة من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بالمحكمة المختصة محليا، وفقا لأحكام المواد 14 و15 و 36 و 37 من هذا القانون

أما بالنسبة للطلاق بالتراضي فتنص المادة 432 "لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوج تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته . يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص [31] "

أي أنه إذا كان أحد الزوجين ناقص الأهلية ففي هذه الحالة يتعين أن يرفع الطلب باسمه، أي باسم ناقص الأهلية باعتباره المعني بطلب الطلاق على أن يتولى ذلك الولي، أو المقدم، حسب الحالة المتوفرة في حينه، والولي إما أن يكون الأب وهو يحكم علاقة الأبوة التي تربطه بأبنائه ومن ثم واعتبارا لهذه الرابطة فالأب له حق ممارسة كافة الصلاحيات والتصرفات الخاصة بابنه القاصر أو ناقص الأهلية، دون رقابة من أحد في الحدود التي يسمح بها القانون، ودون حاجة إلى إضفاء الشرعية عليه فهي إذا أصيلة تماما وإما أن تكون الأم وهي تأتي في الدرجة الثانية بعد الأب[32]، وفي حالات خاصة منها :

-حالة ما إذا كان الأب متوفيا

-حالة ما إذا حصل مانع ما للأب، (كالغياب القسري، أو الفقدان، أو الطلاق).

أما بالنسبة للمقدم فهو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود (ولي أو وصي) على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، بناء على طلب:

1- من أحد الأقارب وهو الأقرب إلى ناقص الأهلية كالأخ أو العم أو الخال

2- ممن له مصلحة وقد يكون أحد الغرباء عنه، غير أن له مصلحة اتجاه ناقص الأهلية، كأن يكون دائنا لمورثه، ومن مصلحته وجود ولي يتولى الحفاظ على أموال الهالك التي بين يدي ناقص الأهلية كي لا تضيع ومن ثم يحصل على حقوقه.

3- من النيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع تحافظ على سلامته الجسمية والمالية عبر السهر على تطبيق القانون، وكل هذا ليتولى كافة أمور هذا القاصر أو ناقص الأهلية شأنها في ذلك شأن الولي [33].

أما الوصي فوفقا لأحكام قانون الأسرة، هو من تتولى المحكمة تعيينه بطلب من الأب أو الجد في حالة وفاة الأم أو ثبوت عدم أهليتها على تولي شؤون ابنها ناقص الأهلية، ومنه فإن نظام الوصاية يلجأ إليه في حالة فقدان الأم أو عدم أهليتها على ممارسة شؤون ابنها متى كان ناقص الأهلية، على أن ذلك مرتبط بطلب الأب أو الجد لا غير[34].

إلا أن مسألة الطلاق في حد ذاتها لها خصوصيتها إذ أنها حق شخصي للزوج ، وأن الحجر يقع على ممارسة الحقوق المالية فقط، لذلك فإنه في الشريعة الإسلامية يجوز للزوج المحجور عليه طلاق زوجته.

الفرع الثاني: ضرورة إجراء محاولة الصلح

عرّف الأستاذ عمر زودة الصلح بقوله : " يقصد بمحاولة الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجيين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه للطلاق "[35]

وعرفه الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا:"هي تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق، وإرجاع الزوجين إلى بعضهما هو السبيل المنشود ويكون للزوج حق مراجعة زوجته [36]

وقد اعتبر المشرع الجزائري الصلح في قانون الأسرة من الإجراءات الوجوبية التي يلتزم القاضي بها قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى بحيث تنص على ما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03)

أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.." [37]، وكذا نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الطلاق بالتراضي، والتي تنص: " يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور ، و من قبول العريضة و يحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا .."وبصفة عامة في صور فك الرابطة الزوجية في المواد (439) وما يليها، كما يتعين علي القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقع من طرفه وكاتب الضبط والزوجين[38].

وقدخص المشرع الصلح بطابع الجوب، آليا بمجرد رفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة حيث تهدف محاولات الصلح إلى الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة أثناء فترة عدة الطلاق الرجعي غير أنه بالنسبة للقاصر وحسب المادة 437 من نفس القانون أنه: "عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة ".

غير أن التناقض والتعارض و الغموض في نصوص قانون الأسرة وأحكام قانون الاجراءات المدنية يطرح عدة إشكالات في طلاق القاصر حول إمكانية حضور ولي الزوجة جلسة الصلح التي لا تتم قانونا إلا بين الزوجين؟ وهل للقاضي سماع الزوجة دون حضور وليها؟، وبالتالي على المشرع أن يفصل في الأمر من خلال توحيد النصوص القانونية

كما أن حكم الطلاق حكم نهائي لا يجوز استنافه ويترتب على ذلك أنه لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف إلا في جوانبه المادية حسب المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري لغرض استقرار العلاقات الأسرية مما جعله يستغني على درجة من درجات التقاضي، رغم أن المشرع الجزائري نص بموجب نص المادة 57 من قانون الأسرة على عدم جواز الطعن بالاستئناف في حكم الطلاق، إلا أنه وطبقا للقواعد العامة فإن جميع الأحكام قابلة للطعن فيها بالمعارضة والاستئناف، ما لم ينص القانون خلاف ذلك، وعليه فإنه يجوز الطعن بالمعارضة في الحكم القاضي بالطلاق غيابيا ذلك أن القاضي ملزم بالقيام بمحاولة الصلح التي يستدعي فيها الأطراف عدة مرات[39].

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على طرق الطعن في أحكام طلاق القاصر خصوصا إذا ما بلغ سن الرشد وأراد الرجوع عن قراره ،كما أنه لاتوجد مادة قانونية تبين أن الولي هو الذي يقوم بالطعن في أحكام طلاق القاصر.

الخاتمة:

في نهاية هذا المقال ومن خلال دراسة موضوع النقص التشريعي في أحكام طلاق القاصر في القانون الجزائري توصلت إلى عدة نتائج وبعض التوصيات وسوف أذكرها على النحو التالي:

أولا : النتائج

1. لم يعرف المشرع الجزائري القاصر غير أن مصطلح القاصر مرتبط بالأهلية ، حيث يطلق على كل إنسان لم يستكمل أهليته.
2. أحكام القاصر بصفة عامة متفرقة بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما أدى إلى خلق نوع من التعارض أو ما يعرف بالفراغ التشريعي بينهما.
3. يعتبر طلاق القاصر من بين الإشكاليات الإجرائية في القانون الجزائري.
4. يشترك القاصر في دعوى الطلاق مع غيره في بعض الإجراءات ،كما ينفرد بإجراءات خاصة به.
5. حكم الطلاق حكم ابتدائي نهائي لا يمكن الطعن فيه بالاستئناف إلا في جوانبه المادية

ثانيا: التوصيات

1. على المشرع وضع قواعد قانونية صارمة تقف حاجزا أمام ظاهرة الطلاق العرفي، والتي أصبحت تنهش الأسر وتهدد وكيانها وتشديد الردع بصفة أكثر إذا ما لمس الموضوع فئة القصر.
2. تدارك النقص التشريعي من خلال استحداث نصوص قانونية إجرائية تتعلق بطلاق القاصر.
3. توحيد النصوص القانونية القائل بمنح أهلية التقاضي للأزواج القصر على إطلاقه سواء في الطلاق أو في الزواج.
4. تدارك القصور التشريعي فيما يخص أحكام الصلح في طلاق القاصر باعتباره اجراء وجوبي وتبيان مدى الزامية الولي في حضور جلسات الصلح .
5. الإشارة إلى طرق الطعن في أحكام طلاق القاصر خصوصا إذا ما بلغ سن الرشد وأراد الرجوع عن قراره.

الهوامش:

1 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة، ج ر، عدد 24 ، الصادرة سنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، ج ر ، العدد 15 ، الصادر بتاريخ:2005/06/27.

2 - أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ، ج 2، لبنان ، 1968 ، ص 97_99.

3 - الإمام مُحَمَّد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، مصر ، 1957 ، ص 464 .

4 - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر المعاصر ، الجزء 9 ، سوريا ، 1997 ،ص6691.

5 - أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأحوال الشخصية في الإمارات العربية المتحدة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص 393

6 - مُحَمَّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والارادة المنفردة ، دار الهدى، الجزائر، 2012 ، ص 152.

7 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، المتضمن القانون المدني، ج. ر.ع 78 ، الصادر في الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 (المعدل والمتمم).

8 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .

9 - المرجع نفسه .

10 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، مرجع سابق .

11 قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/05/19،ملف رقم 189324 ،إ.ق، عدد خاص، ص 147.

12 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .

13 - قانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 يتضمن قانون بالإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادر بتاريخ 22 أفريل 2008.

14 - بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009 ، ص 329.

15 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .

16 - سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث ، ط 2، الجزائر، 1989، ص 30.

17 - المرجع نفسه ، ص31.

18 - قانون رقم 08 – 09 ، مرجع سابق. .

19 - سعد عبد العزيز، مرجع سابق ، ص31.
20 - الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، مرجع سابق .
21 - فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ، ص 35.
22 - بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 83
23 - قانون رقم 08 – 09 ، مرجع سابق.
24 - الأمر رقم 58/75 ، مرجع سابق.
25 - عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية ، الحقوق، جامعة الجزائر،2007/2006 ،ص 246.
26 - سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية، نصا وتعليقا وشرحا ، دار عين مليلة، الجزائر، 2001 ، ص 9.
27 - قانون رقم 08 – 09 ، مرجع سابق.
28 - شويخة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 08 09 ، (الدعوى، الاختصاص، الخصومة، طرق الطعن ، دار أسامة، الجزائر، 2009 ، ص 128.
29 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .
30 - قانون رقم 08 – 09 ، مرجع سابق.
31 - المرجع نفسه .
32 - شتوان بلقاسم، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 223.
33 - بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ص 437.
34 - سائح سنقوقة، مرجع السابق، ص 600.
35 - زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الموسوعة للنشر الجزائر ، 2003 ، ص 108.
36 - بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار دهومه، الجزائر، 2005 ، ص254.
37 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .
38 - قانون رقم 08 – 09 ، مرجع سابق.
39 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، مرجع سابق .