مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة محكمة متخصصة تعنى بالدراسات القانونية تصدر دوريا

عدد

26

مدير النشر
أ.قارة وليد
رئيس التحرير
د نبيلة بن يوسف
ن.رئيس التحرير
د محمد فيصل ساسي

ISSN 2392-5175

EL NADWA JOURNAL OF LEGAL STUDIES
REVUE EL NADWA D'ETUDES JURIDIQUES

Site web/ revuenadwa.jimdo.com email/ revue.nadwa@gmail.com

N°

26

Directeur
De La Publication
Kara Oualid
Redacteur En Chef
Nabila Ben Youcef
Vice , Redacteur En Chef
Mohamed Faycal Sassi

ISSN 2392-5175

مجلة الندوة للدراسات القانونية

مجلة علمية محكمة تصدر الكترونيا

الترقيم الدولي : ISSN2392-5175

لمراسلة المجلة :

الموقع الرسمي للمجلة: revuenadwa.jimdo.com

البريد الإلكتروني للمجلة revue.nadwa@gmail.com

العدد (26) – جوان– جويلية/ 2019

التعريف بالمجلة

هي مجلة علمية مستقلة محكمة من طرف هيئة علمية رفيعة المستوى حيث تضم أكبر الدكاترة في مجال القانون و العلوم الانسانية ذات الصلة على الصعيدين الوطني و الدولي.

تحوز على الترقيم الدولي ، تصدر إلكترونيا كل ثلاثة أشهر(بالاضافة الى أعداد خاصة) .

تديرها مجموعة من الاستاذة و الباحثين بعيدا عن وصاية أي مؤسسة عمومية ، تهدف المجلة لنشر البحوث العلمية بغية تدعيم المراجع الالكترونية و مساعدة الباحث في الجزائر و الوطن العربي كمثيلاتها من المجلات الدولية . تنخرط المجلة في الاتحاد العالمي للمؤسسات العلمية ، كما يربط المجلة بالمؤسسات التي تعنى بالنشر الالكتروني عدة اتفاقيات بغية نشر البحوث المقدمة لها في قواعد بيانات عربية و دولية ، قصد المساهمة الفعالة في نشر البحث العلمي بين أقطار الدول العربية و العالم بأسره في مجال البحث القانوني.

مدير المجلة :أ. قارة وليد

رئيسة التحرير : د. بن يوسف نبيلة

اعضاء هيئة التحرير

د.مقراني ريمة– د. ساسي محمد فيصل

أ.شيباني نضيرة – د.ثوابتي ايمان ريمة سرور –د.سويح دنيا

التدقيق اللغوي : أ. مسعودي صليحة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د السيد أبو الخير– استاذ محاضر في القانون الدولي بعدد من الجامعات– عضو نقابة المحامين– مصر

أ.د فوزي أوصديق–رئيس المنتدى الاسلامي للقانون الدولي الانساني– استاذ زائر في عدة جامعات / قطر

أ.د بوضياف عمار–استاذ التعليم العالي– مدير مخبر دراسات البيئة و التنمية المستدامة–كلية الحقوق و العلوم السياسية –جامعة تبسة – الجزائر

أ.د بوحنية قوي – استاد التعليم العالي – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة ورقلة – الجزائر

أ.د . بو بكر عبد القادر – استاذ التعليم العالي –كلية الحقوق . بن عكنون – الجزائر

أ.د . بوعزة ديدن – استاذ التعليم العالي–كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تلمسان – الجزائر

أ.د . بموسات عبد الوهاب – استاذ التعليم العالي – كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر

د . ماهر عبد الله العربي – استاذ القانون الجنائي – كلية حقوق القاهرة – فرع الخرطوم . السودان– مصر

د . زواقري الطاهر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور– خنشلة – الجزائر

د . اسعد حورية – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . إرزيل كاهنة – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو– الجزائر

د . نهاد أحمد – استاذة بالأكاديمية العربية المفتوحة بالدانمارك و بجامعة الملك سعود(السعودية) – مصر

د . الدياب حسن عز الدين – استاذ محاضر – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة المنار– تونس

د . بوزيان راضية – استاذة محاضرة – عميدة سابقة لكلية علم الاجتماع – جامعة الطارف – الجزائر

د . زياد علي محمد الكايد – استاذ محاضر– قسم إدارة الأعمال– –جامعة شقراء– المملكة السعودية

د . بن حملة سامي – أستاذ محاضر –كلية الحقوق – جامعة قسنطينة 1. قسنطينة – الجزائر

د . بلقاسم سعودي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاقتصادية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . حسن عالي – استاذ محاضر –كلية العلوم الاجتماعية – جامعة وهران – الجزائر

د . الشيماء محمد – عضو هيئة التدريس بجامعة تبوك – المملكة السعودية – مصر

د . عبد السلام بني حمد – عضو هيئة التدريس بالجامعة الأردنية – الأردن

د . خلف الله عبد السلام محمد– استاذ محاضر–كلية الاقتصاد و العلوم السياسية – جامعة الزيتونة – ليبيا

د . خضراوي الهادي– استاذ محاضر – عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة الأغواط – الجزائر

د . نبيلة بن يوسف – استاذة محاضرة – كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة تيزي وزو – الجزائر

د . بخوية ادريس – استاذ محاضر–كلية الحقوق و العلوم السياسية – الجامعة الافريقية . أدرار – الجزائر

د . منصور لخضاري – عضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة مسيلة – الجزائر

د . خنفوسي عبد العزيز – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة سعيدة – الجزائر

د . رياض التميمي – استاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة العربي بن مهيدي– الجزائر

د . السبتي وسيلة – استاذة محاضرة –كلية العلوم الاقتصادية و التجارية – جامعة محمد خير– الجزائر

د . عثامنية كوسر – استاذة محاضرة –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عباس لغرور – الجزائر

د . حساني خالد – أستاذ محاضر –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة عبد الرحمان ميرة – الجزائر

ا . محديد حميد – اعضو هيئة التدريس –كلية الحقوق و العلوم السياسية – جامعة زيان عاشور – الجزائر

ا . ليلى زيد الراشد – عضو جمعية المحامين – الكويت

قواعد النشر في

مجلة الندوة للدراسات القانونية :

* أن تتسم المقالات بالأصالة و الحداثة و الاسهام العلمي الجاد.
* تتوفر على الشروط العلمية و المنهجية.
* يقدم صاحب المقال سيرته الذاتية .
* يرسل المقال إلى هيئة التحرير عبر بريد المجلة الالكتروني .
* تقديم الملخص إلزامي باللغة العربية و لغة أجنبية أخرى
* يكتب في أول المقال إلى اليسار اسم ولقب الباحث و اسفله رتبته العلمية و المؤسسة العلمية و الدولة .
* لا يتجاوز عدد الصفحات في المقال (30) ثلاثون صفحة ، و لا يقل عن (10) عشر صفحات من مقياس 21- 29 ، إلا استثناء .
* يكتب المقال باللغة العربية بحجم 14 و بخط Arabic traditionnel. و باللغة الأجنبية بحجم 12 غليظ و بخط times new romain
* التهميش : يذكر في أخر كل فكرة مقتبسة رقم يدل على المؤلف، الذي يشار اليه في أسفل الصفحة التي وردت بها الفكرة بالطريقة التالية: **لقب و اسم المؤلف ،عنوان المؤلف، الجزء ،الطبعة، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم أو عدد الصفحات المقتبسة منه.**

* يكتب الهامش بنفس الخط و بحجم 11 عربي و حجم 10 غليظ أجنبي .
* تكتب في نهاية المقال قائمة المراجع المستعملة، و ترتب ترتيبا أبجديا، باحترام الترتيب المعتمد ضمن المقال.
* تخضع المقالات المقدمة للتحكيم العلمي، من قبل اللجنة العلمية للمجلة، قبل نشرها، و تحتفظ اللجنة بحقها في ابداء التحفظات.
* على صاحب المقال احترام تحفظات اللجنة العلمية للمجلة.
* يحق للجنة العلمية تأخير نشر المقالات أو رفضها كلية، اذا خالفت قواعد النشر في المجلة.
* المقالات و البحوث المنشورة في المجلة تعبر عن رأي صاحبها .
* لا يكون المقال موضوع طلب النشر، قد نشر سابقا في أي مجلة أخرى .
* المقال المقبول للنشر يصبح ملكا للمجلة .

*** لا يجوز إعادة نشر مواد المجلة إلاّ بعد موافقة كتابية من هيئة التحرير**

*** ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي صاحبه، ولا يعبر بالضرورة على وجهة نظر المجلة**

مجلة الندوة للدراسات القانونية
Revue El nadwa d'études juridiques
ISSN . 2392-5175

فهرس البحوث و الدراسات

01- التحقيق الجنائي الرقمي في ضوء قوانين حماية البيانات الشخصية

Digital Forensic in the light of data protection laws

المحامي. رضوان اسخيطة - ماجستير في القانون جامعة يوهانس غوتنبرغ - ألمانيا ص003

02- "الجرائم المستحدثة و أثرها على الأمن القومي"

"The Modernistic Crimes and its Impact on National Security"

د.خالد عبدالقادر منصور التومي - المركز القومي للبحوث و الدراسات العلمية.- طرابلس - ليبيا ص018

03- دور القاضي الاستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

د.نرجس صفو - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد لمين دباغين-سطيف- الجزائر ص044

04- إشكالية الهجرة غير الشرعية في المنطقة الأورومغاربية: دراسة في المفهوم والأسباب

أ.قادة بن عبد الله عائشة - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان- الجزائر ص067

05- نحو ضمان أفضل لحق المحضون في النفقة.

أ.قرماش كاتية - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2- الجزائر ص089

06- تحقيق المساواة بين الجنسين في الجزائر على ضوء أحكام إتفاقية "سيداو"

(الوفاء بالالتزامات الدولية مع الحفاظ على مبادئ الشريعة الإسلامية)

د.مختاري فتيحة - كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان ص114

07- إشكالات التنفيذ الوقتية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الادارية

أ.موفق نور الدين - كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة لمين دباغين سطيف2- الجزائر ص130

ملاحظة : ليست هناك معايير محددة في ترتيب المقالات

تخلي المجلة كامل مسؤوليتها عن أي اخلال بالملكية الفكرية من خلال المقالات المنشورة بها

الافتتاحية

بسم الله الرحمان الرحيم

التحقيق الجنائي الرقمي في ضوء قوانين حماية البيانات الشخصية

Digital Forensic in the light of data protection laws

المحامي رضوان اسخيطة – ماجستير في القانون جامعة يوهانس غوتنبرغ ألمانيا

Radwan Eskhita LL.M, Master of Laws (Legum Magister)
Johannes Gutenberg University – Mainz-Germany
reskhita@students.ui-mainz.de; radwanesk@gmail.com

ABSTRACT

This research aims to discuss the digital forensic and evidences, and how it is differing from the traditional forensic. It is discussed and suggested recommended methods to maintain a balance between the digital forensic and the data protection laws, also discussed the digital forensics and the mechanism of collecting digital personal data without violating the privacy of the personal data.

The relationship between General Data Protection Regulation (GDPR) and the digital forensic was one of the main points of discussion. The research suggested some recommendation about how to deal with the data during the collecting of the digital evidence to reach the level of acceptance in the courts and to avoid violating the data protection laws at the same time.

Keywords: Data protection laws, Digital forensics, Digital evidence, Data Privacy.

ملخص الدراسة

تهدف الدراسة لبحث ماهية التحقيقات والأدلة الرقمية التي تتمتع بخصائص مختلفة عن مثيلتها التقليدية وكذلك بحث آليات جمع هذه الأدلة، كذلك يحاول البحث توضيح خصائص الأدلة الجنائية الرقمية في المخدمات السحابية وبحث مصادر الوصول إليها والتبعات القانونية لهذه المصادر، كما يتطرق البحث للمحاذير المتعلقة بالتعدي على خصوصية الأفراد في هذا الإطار والتمادي الحاصل بين عملية جمع المعلومات للتحقيق الرقمي من جهة ومراعاة قوانين حماية البيانات من جهة أخرى.

يتناول البحث أيضاً العلاقة ما بين نصوص اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية والتحقيقات الجنائية الرقمية واقتراح التوصيات بهذا الشأن.

الكلمات المفتاحية: التحقيق الجنائي الرقمي، اللائحة الأوروبية لحماية البيانات، قوانين حماية البيانات، المخدمات السحابية، الأدلة الرقمية.

1. المقدمة

أصبح التحقيق الجنائي الرقمي موضوع هام في صلب التحقيقات الجنائية والأبحاث القانونية نظراً لما له من طبيعة مختلفة عن نظيره التحقيق الجنائي التقليدي وطريقة جمعه للأدلة الرقمية وخصوصاً مع تعاظم دور التقنيات في جميع مناحي الحياة. إذ يكاد لايخلو تحقيق جنائي اليوم من عمليات جمع لأدلة رقمية ضمن الحواسيب أو الأجهزة النقالة أو وسائط التخزين. على الطرف الآخر تتعاظم النداءات التي تتحدث عن أهمية حماية الخصوصية والبيانات الشخصية للأفراد وكيف أن خصوصية الأفراد أصبحت عرضة للتداول نظراً لضعف القوانين الناظمة لحماية البيانات من جهة والتمادي في التعامل مع خصوصية الأفراد في معرض التحقيقات الجنائية أو الإجراءات الحكومية من جهة أخرى.

يحاول البحث أيضاً توضيح ماهية هذه النوع من التحقيقات وأهمتها المتعاظمة مع تعاظم دور التقنية في كل مناحي الحياة ويبحث آليات جمع الأدلة الجنائية الرقمية لضمان قبولها كدليل له صفة الاعتماد أمام المحاكم. يتطرق البحث لعملية جمع البيانات السحابية وكذلك كيفية التعامل مع البيانات الرقمية لتجنب سوء استعمالها في معرض التحقيقات الجنائية عن طريق وضع إطار للتحقيق الجنائي الرقمي وكذلك أفضل التوصيات لضمان استخلاص المعلومات بشكل لا يتعارض مع بقية القوانين.

يتناول البحث اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية أيضاً، حيث يبحث العلاقة والبنود الواردة فيها والمتعلقة بالتحقيقات الجنائية ويستخلص توصيات بخصوص مستقبل تطوير هذه اللائحة فيما يتعلق بالتحقيق الجنائي الرقمي

2. البحث

2.1 أهداف البحث

يهدف هذا البحث لمناقشة طبيعة التحقيق الجنائي الرقمي وأساليب عمله والعوائق التي تقف امامه. بالإضافة إلى بحث اختلاف عملية التحقيق الجنائي الرقمي عن التقليدي من حيث طرق الطبيعة وطرق جمع الأدلة ويتمثل الهدف الأساسي للبحث تبيان مواضع الخلل وتقديم توصيات في التعامل مع البيانات الرقمية، في المخدمات السحابية أيضاً، في معرض تناولها ضمن إجراءات التحقيق الجنائي لضمان حسن سير هذا التحقيقات. من النقاط المهمة بالبحث وضع اللائحة الأوروبية لحماية البيانات تحت المنظار فيما يخص التحقيقات الجنائية وبحث ما تضمنته في هذا الخصوص.

2.2 مشكلة البحث

إن التوسع في التحقيقات الجنائية وخصوصاً الرقمية منها قد يتعارض مع مبدأ حماية البيانات الشخصية الذي تصونه القوانين والدساتير والذي تطور أيضاً في نهاية العقد الحالي خصوصاً مع بدء الدول بسن قوانين خاصة تفند هذه الحماية، هذا الأمر يشكل مشكلة متعاظمة خصوصاً مع التشديد الوارد في القوانين الخاصة بحماية البيانات والتي تجعل مهمة التحقيق الجنائي الرقمي أكثر صعوبة في الإبقاء على الموازنة مابين سير التحقيق والوصول للعدالة من جهة والحفاظ على حقوق الأفراد على بياناتهم الخاصة وعدم تعريضها للانتهاك أو سوء الاستعمال. هذا الأمر يستدعي بحوثاً تضع آليات وحدود قانونية تضمن الاستمرار الآمن للتحقيقات وعدم خرق خصوصية الأفراد.

3. تعريفات

3.1 التحقيق الجنائي الرقمي

التحقيق الجنائي الرقمي هو العلم الذي يجمع ما بين القانون وعلوم الحاسب الآلي لجمع وتحليل البيانات من الأنظمة والشبكات والاتصالات اللاسلكية ووسائط التخزين بهدف جمع الأدلة بشكل يمكن اعتمادها كدليل مقبول في المحكمة وبشكل يساعد في الوصول لهدف التحقيق1.

وتهدف التحقيقات الجنائية الرقمية لجمع الأدلة المستخلصة من خلال تحليل المعلومات الموجود على الأنظمة الحاسوبية بالطرق العلمية لاستخدامها كأدلة إثبات أمام المحاكم 2.

من الأمور التي تميز عمليات التحقيق الجنائي الرقمي هو أنه لا يتطلب أن يكون هناك فاعل للجريمة. هذا نجده في حالات شائعة مثل مراقبة الالتزام بالقوانين والتعليمات الأمنية في منظمة معينة للتأكد من امتثالها لقواعد الأمن الرقمي، هنا يمكن أن يتم استعمال السجلات الرقمية في المخدمات الحاسوبية كدليل لإثبات الالتزام بهذه المعايير، كما يمكن للتحقيق الجنائي الرقمي أن يساعد من خلال فحص هذه الأنظمة في تبيان نقاط الضعف والخلل الأمني في هذه الأنظمة ليتم العمل على تأمينها [3].

3.2 قوانين حماية البيانات الشخصية

هي القوانين التي تُعنى بحماية البيانات الشخصية للأفراد وخصوصيتهم بما يمنع استعمالها بشكل مباشر أو غير مباشر في غير الغرض الذي تم جمعها لأجله. بالطبع توجد في هذا المجال قوانين لها صفة الزامية مثل اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية والتي تتمتع بصفة الإلزام على كافة الحالات التي تطبق عليها وبين إرشادات ليس لها صفة الإلزام كما هو الحال في الإرشادات المتعلقة بحماية البيانات الشخصية **EC/46/95** والتي تم العمل بها حتى بدأ سريان اللائحة الأوروبية المشار إليها آنفاً 4. على الطرف الآخر ماتزال التشريعات الخاصة بحماية البيانات الشخصية تقتصر في الكثير من الدول على ما تضمنته الدساتير من قواعد عامة تشمل حماية كل ما يمس بضرر بالإنسان ولا تختص بحماية البيانات بشكل خاص إنما يتم العمل بها حسب القاعدة الشهيرة في القانون المدني: كل خطأ سبب ضرر للغير يلزمه التعويض.

---

[1] Computer Forensics, US-CERT (10.03.2019) https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/forensics.pdf
[2] Ähnlich Stein (2008), 8 Die Computer-Forensik.
[3] etwa Eckert (2012) s., 729. Log-Files.
[4] EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (20.04.2018) https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en

4. المعلومات بين الخصوصية والتحقيقات الجنائية

4.1 التعامل مع المعلومات حسب الخصوصية والضرورة الجنائية

تختلف درجات الخصوصية التي تتمتع بها المعلومات حسب نوعها وطبيعتها. تعتبر كل البيانات الشخصية، حسب الدراسات المتعلقة بالتحقيقات الجنائية الرقمية، بيانات خاصة وبالتالي بحاجة للحماية من خلال تشفيرها أو أي طريقة حماية أخرى، إن تصنيف البيانات إلى مجموعات يعتمد على عدة عوامل مثل درجة خصوصيتها وعلاقتها بالأشخاص، هذه المعلومات ذات الخصوصية تفقد خصوصيتها في معرض التحقيقات الجنائية والتي لايبقى لأصحابها الحق في الاعتراض على فقدانهم لخصوصيتهم إذا كان هذا الوصول إلى البيانات الشخصية قد تم في معرض التحقيقات الجنائية الرقمية والمتعلقة بحدث جرمي. هذا الأمر يفضي إلى تناقض مابين خصوصية الأفراد ومشروعية سير التحقيقات الجنائية، إلا أن هذا الأمر ليس مفتوحاً على مصراعيه حيث يحق لصاحب البيانات الاعتراض على انتهاك خصوصية بياناته في حال كانت البيانات ليست متعلقة بمجريات الجريمة وللمحقق الحق بالاعتراض في حال كانت وفقاً لمسار التحقيقات مهمة وتقوم شكوك حول صلتها بالجريمة.[1]

هذا التصنيف يخضع لآليات معينة حيث يتم تقسيم البيانات أثناء التحقيقات إلى بيانات ذات خصوصية وبيانات لاتتمتع بالخصوصية، حيث تعتبر البيانات بداية كلها ذات خصوصية إلى أن يتم تصنيفها إلى بيانات خاصة وغير خاصة من قبل المحققين، وعندما يقرر المحقق أن البيانات غير خاصة فإنها لاتحتاج لأي إجراء مسبق لجمعها، هذا ينطبق على المعلومات المتوفرة للعموم مثل الكتب والأخبار، في نهاية التحقيق يقف المحقق أمام أربع أنواع من البيانات: بيانات غير خاصة وغير شخصية، بيانات غير خاصة ولكن شخصية، بيانات خاصة وغير شخصية وبيانات خاصة وشخصية.

هذا التصنيف له تبعات على طرق التعامل مع هذه البيانات، ففي حالة كانت البيانات موضوع التحقيق الجنائي مصنفة على أنها غير شخصية (لا تخص أشخاص معينين) سواء كانت خاصة أو عامة فإنه ليس للمحقق هنا الحق في التعامل مع البيانات وجمعها من حيث المبدأ في حين يحق له جمع البيانات الشخصية الغير خاصة، أما إذا كانت البيانات شخصية وخاصة فإن للشخص موضوع هذه البيانات أن يسمح بجمع هذه البيانات والتعامل معها بشكل مباشر أو يقيد ذلك من أضافة شرط المحافظة على خصوصيتها.[2]

[1] **Waleed Halboob, (2015), 372, Procedia, Privacy Levels for Computer Forensics.**
[2] **Waleed Halboob, (2015), Procedia, Privacy Levels for Computer Forensics, 373.**

4.2 الخطوات الموصي بها في التحقيق الجنائي الرقمي

لا يمكن اعتبار التحقيق الجنائي الرقمي متماثل من حيث الخطوات مع ما يتم اتباعه في معرض التحقيق الجنائي الرقمي نظراً لاختلاف طبيعة الأدلة. يُعنى التحقيق الجنائي الرقمي بالمعلومات والمواد الرقمية والتي توجد عادة في الأجهزة الذكية بشكل الكتروني. هذا الأمر يستتبع انتهاج طرق معينة لحفظ هذه الأدلة والمعلومات من الضياع، هذا الأمر يتم بطرق ومنهجيات مختلفة تختلف حسب ما يراه المحقق مناسباً. علمياً يوجد الكثير من المنهجيات والنظريات المتبعة في عمليات التحقيق الرقمي والتي تهدف بالمقام الأول لحفظ المعلومات الرقمية سهلة الضياع وتقديمها بصيغة مقبولة أمام المحاكم لتكون على مستوى من الثبات والموثوقية مما يجعلها ملائمة للاعتداد بها.[1] إن طرق الإستقصاء لايمكن وضعها بشكل جامد ومسبق حيث تختلف الإجراءات المطلوبة حسب الحالة الجرمية ومعطيات القضية، إلا أن هناك مراحل عامة تتبعها تقريبا كل النظريات الخاصة بالتحقيقات الرقمية وهي:

عملية حفظ الأدلة، وهذا يقودنا للتمييز ما بين نوعين رئيسيين من الأدلة، الساكنة والتي لايتغير فيها الدليل كالمعلومة المثبتة على قرص تخزيني متحرك **USB**, والأدلة المخزّنة على وسائل لحظية قد يُخشى ضياعها كمعلومات التي لم يتم حفظها بعد وإنما توجد على الذاكرة العشوائية لجهاز الكومبيوتر وتختفي بمجرد إطفائه. إن التمييز بين هذين النوعين مهم في هذه المرحلة لضرورة اتخاذ إجراءات فورية في حالة كون الدليل غير ساكن. كما أنه من المستحسن أخذ صورة من البيانات أو الأنظمة لتفادي تغييرها من قبل المستخدم لاحقاً حتى وإن كانت ثابتة.

عملية تحليل المعطيات، يتم في هذه المرحلة تحليل البيانات الرقمية والتي تحوم حولها شبهات بأنها قد تكون على صلة بالواقعة الجرمية أو من الممكن من خلالها فك لغز الجريمة. التحليل يتم يدويا في الحالات الغير معقدة ويمكن في حال كون البيانات ضخمة ومعقدة اللجوء لاستخدام برامج متخصصة في ذلك. عملية البحث والتحليل في هذا النوع من البرامج تجري وفقاً لمعايير ونظريات مختلفة تختلف حسب طبيعة البيانات والحالة الجنائية. إن استخدام البرامج المتخصصة بالتحقيق الجنائي الرقمي يعتبر ضرورة لابد منها نظراً لضخامة البيانات الرقمية التي عادة ماتكون موضع البحث الجنائي وتأتي هذه البرامج الحاسوبية بنتائج سريعة لاغنى عنها خصوصاً في بعض الحالات التي تكون فيها البيانات ضخمة ومتشعبة[2] .

[1] **Casey, (2011), Casey, 11.**
[2] **Wang/ Jajodia/ Wijesekera, (2007), 12.**

المرحلة الأخيرة تسمى العرض وهي مرحلة عرض الدليل أمام المحكمة ويجب أن يكون الدليل في حالة يمكن للمحكمة تقييمه والأخذ به حسب معطيات القضية. هذا العرض عادة يكون بشكل خطي في حال تم أخذ الدليل الرقمي وتقييمه لدى محكم أو خبير مختص ويكون هنا الدليل أمام المحكمة عبارة عن التقرير الصادر من الخبرة الجنائية حول ماهية الدليل والمراحل التي مرت لاستحصال هذا الدليل 1. هذا الأمر يستلزم استعمال برمجيات خاصة أيضا يعتبر Encase أحد أشهرها ويتم الاعتماد عليه في عملية تحليل وعرض الأدلة [2].

4.3 الأحكام المتعلقة بالمعلومات الرقمية

بدأت المحاكم تدريجياً بالأخذ بالأدلة الرقمية كأدوات يمكن استعمالها كدليل ضمن المحاكمات وأعطتها صفة مماثلة في بعض الحالات للأدلة التقليدية من حيث القبول ومن ناحية الإثبات وتصل بعض الأدلة الرقمية التي تستحوذ على الشروط المطلوبة من قبل المحاكم لدرجات عالية من الحجية. حيث تنظم التشريعات الحديثة معايير معينة تسمح للدليل الرقمي ان يأخذ مكانه في القضايا إذا ماتوافرت فيه الصفات المطلوبة. فالشهادات الرقمية يمكنها التحقق من هوية المستخدم بشكل قاطع إلا في حالات نادرة وهذا يجعل المستندات الموثقة من خلال شهادات رقمية قابلة للاعتداد بها كأدلة رقمية موثوقة. لم تتردد التشريعات الأوروبية في اعتماد هذه الأدلة حيث نجد القانون الألماني في المادة 371 الفقرة الأولى يعتد بالمستندات الالكترونية التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة كأدلة 3. هذا الأمر يفتح الباب أمام مشروعية جمع الأدلة الرقمية وماله من تعارض مع الأحكام العامة لجمع الأدلة، إن قانون العقوبات الأردني ينص في مادته 356 على عدم جواز افضاء أسرار المخابرات التلفونية واعتبار الأدلة المستحصلة عن طريق فعل معاقب عليه باطل ولايمكن الاعتداد به، هذا الأمر لايمكن الأخذ به على إطلاقه حيث تباينت التشريعات الدولية ما بين متحفظ على مشروعية آلية جمع الدليل وبين من يأخذ بالدليل بالرغم من بطلان طريقة استحصاله4.

---

[1] **Dennis Heinson, Mohr Siebeck, (2014), IT Forensik**

[2] التحقيق الجنائي الرقمي, جميل حسن طويله, صفحة 55

[3] قانون المحاكمات الألماني **https://dejure.org/gesetze/ZPO/371.html, (20.04.2019)**

[4] د. هلالي عبدالله أحمد – التزام الشاهد في الجرائم المعلوماتية – 16 :
دراسة مقارنة – النسر الذهبي – القاهرة – (2000) – ص 52

تعود محكمة الولايات العليا الألمانية للحكم بمشروعية أحد الأدلة المقدمة بالرغم من كون مصدر الحصول عليها مخالف للقانون ولكن الموازنة ما بين المخالفة في الحصول على الدليل والنتيجة التي يمكن أن يفضي إليها الاعتداد بالدليل رجحت الأخير ولذلك تم الاعتداد بالدليل في الحكم لما فيه من مصلحة للعدالة [1].

4.4 الأدلة الجنائية الرقمية في مخدمات الحوسبة السحابية **Cloud**

يمكن للدليل الرقمي أن يتواجد في حواسيب محلية أو أدوات تخزينية في متناول اليد ولكن يمكن كذلك أن يتواجد ضمن الحواسيب السحابية والتي بالطبع تختلف من حيث طبيعتها عن التخزين المحلي إن صح التعبير، حيث يمكن للدليل التابع لأحد القضايا في دولة ما أن يكون مخزناً ضمن مخدمات التخزين السحابي في دولة أخرى دون إعلام صاحب المعلومة عن مكان التخزين، بالإضافة إلى تعقيدات أخرى من حيث الاتفاقيات الخاصة بمزودي هذه الخدمة وقواعد حماية البيانات الخاصة بكل مزود.

4.4.1 مصادر الأدلة الجنائية في المخدمات السحابية

من حيث المبدأ يمكن الحصول على الدليل الرقمي المخزن في المخدمات السحابية من خلال ثلاث مصادر: المستخدم، الوسيط الذي يبيع الخدمة أو من المزود. من الشائع الحصول على الدليل الرقمي المخزن في المخدمات السحابية من خلال التخزين الاحتياطي للمعلومة والذي يقوم به المزود بشكل تلقائي ودوري، هذا لايمنع استعمال التخزين المباشر للمعلومة والتي يتم نقلها مباشرة من الذاكرة الحية للمخدم إلى قرص خارجي، هنا لابد للمحقق الجنائي الاختيار مابين المصادر الثلاثة المذكورة آنفاً (المستخدم – الوسيط – المزود). هذا الأمر يتم مراعاة الأمور القانونية فيه حيث يمكن أن يشكل الحصول على الدليل من المزود مباشرة في بعض الحالات خرقاً لخصوصية المستخدم. هنا على المحقق توخي الحذر بهذا الشأن.

الوصول عن طريق مزود خدمة التخزين السحابي: يمكن لمزود الخدمة الوصول للمعلومة من خلال تجميع مكونات الدليل من أماكن تخزينه المتعددة لاستخراجها على قرص خارجي أو بشكل يصلح لتقديمه للمحكمة. من ميزات هذه العملية أنها تعطي الإمكانية لجمع الدليل وهي قيد العمل من خلال خاصية **Snapshot** والتي تحفظ المعلومة ليس فقط بحالتها المخزنة على القرص وإنما بحالتها الفعلية أثناء العمل عليها. هذا يعطي إمكانية أكبر للمحققين من خلال الحصول على المعلومة بحالتها الفعلية والمحدثة 2. هنا لمزود الخدمة طلب الاطلاع على سبب الحصول على الدليل وفيما إذا كانت هناك شكوك كافية حول صلة

[1] قرار المحكمة الفيدرالية العليا في ألمانيا **BGHSt** 27, 355.

[2] **Dennis Heinson, Mohr Siebeck (IT Forensik), Page 160, IT Forensik.**

الدليل الالكتروني المخزن لديه بالواقعة الجرمية ويمكنه الدفع بعدم القبول في حال لم تكون هناك ضرورة ملحة يقدرها عادة القضاء تستدعي اختراق خصوصية المعلومة الالكترونية واعطاءها لجهة التحقيق الجنائي الرقمي 1 .

الوصول من خلال وسيط الخدمة (المؤجر): هنا ليس للوسيط القدرة على الوصول الكامل للمعلومات مثلما هو الحال بالنسبة لمزود الخدمة حيث تخضع إمكانية الوصول الخاصة بالوسطاء أو مؤجري الخدمة لضوابط وحدود معينة لايمكن الوصول إلى كافة المعلومات في المخدمات السحابية التي يعملون معها. اما بالنسبة لطرق حفظ الدليل الرقمي فيمكن أن يكون من خلال الحفظ المباشر أثناء العمل على المعلومة أو من خلال استخلاص الدليل من النسخة الاحتياطية التي يقوم مؤجر الخدمة بحفظها بشكل دوري.

الوصول من خلال المستخدم: يعتبر وصول المستخدم للأدلة والمعلومات على مخدمات الحوسبة السحابية الأكثر محدودية حيث لديه الحق بالوصول لمعلومات معينة له الحق حسب الصلاحيات الخاصة بهذه المعلومات والأكثر من ذلك فإن وصوله يقتصر على المعلومة بحال السكون وليس كما هو الحال لدى مزود الخدمة حيث لمزود الخدمة القدرة على الوصول للمعلومة بكافة حالاتها وليس فقط بحالتها الساكنة من خلال النسخة الاحتياطية Snapshot والذي يعطي الامكانية بالحصول على المعلومة حسب الحاجة من حيث الوقت والحالة.

4.4.2 الاختصاص المكاني في المخدمات السحابية

تنطبق القواعد الخاصة بالتحقيقات الجنائية الرقمية على المعلومات المخزنة في المخدمات السحابية ولكن المعلومات الموجودة ضمنها لايمكن تحديد موقعها الجغرافي ليُصار إلى تحديد الجهة القضائية المسؤولة عن ملاحقة الجريمة أو جمع الأدلة حسب اختصاصها المكاني. بعض القوانين المحلية تعتبر مقر مزود الخدمة السحابية الرئيسي هو الذي يحدد الاختصاص المكاني. هذا الأمر طبعا لايمكن الاعتماد عليه في حال كان مخدم الحوسبة السحابية هو مخدم عالمي وبالتالي لايوجد مقر رئيسي واحد بل في كل دولة.

هنا يتم تقديم طلب لمزود الخدمة لتزويد المحققين أو المحكمة الناظرة بالقضية بمكان تخزين البيانات المطلوبة ليصار إلى تحديد الاختصاص المكاني بشأنها [2].

[1] . Anm. Hoeren, (2013), 185 MMR -Multimedia & Recht Magazine.
[2] Obenhaus, NJW (2010), 651.

5. التحقيق الجنائي الرقمي وقوانين حماية البيانات

5.1 اللائحة الأوروبية والاستثناءات الخاصة بالمعلومات الجرمية

إن حماية البيانات الشخصية أصبحت الشغل الشاغل للقوانين والتشريعات الحالية تزامناً مع انتشار البيانات الشخصية وتناقلها عبر الأجهزة الالكترونية وتخزينها في المخدمات السحابية، هذا الأمر حذا بالمشرعين وخصوصاً في السنوات الخمس الأخيرة بالإسراع بإصدار تشريعات مخصصة لضمان حماية البيانات الشخصية للافراد، هذا الأمر يظهر جلياً في منطقة الخليج العربي حيث صدر القانون 13 في قطر والمتعلق بحماية البيانات الشخصية، وكذلك قانون حماية تبادل البيانات في إمارة دبي بهدف تمكين الإمارة من تحقيق رؤيتها وإدارة بيانات دبي وفق منهجية واضحة ومحددة 1.

كما صدر القانون الرقم 30 في البحرين والخاص بحماية البيانات الشخصية وتعتزم باقي دول المنطقة على سن مشاريع لمثل هذه القوانين قريبا. هذا بالنسبة للمنطقة العربية فيما شهدت سنة 2018 اصدار اللائحة الأوربية لحماية البيانات الشخصية والتي شهدت أكبر تغيير في مجال حماية البيانات الشخصية في أوروبا منذ 20 سنة والتي تحمي بيانات قاطني دول الاتحاد الأوروبي داخل وخارج حدود بلادهم.

هذا الأمر يسترعي الانتباه لنقطة مهمة وهي كيف يمكن للتحقيقات الجنائية الرقمية العمل في ظل هذه القوانين التي تحمي خصوصية الأفراد بشكل صارم؟

تم ملاحظة هذا الأمر من خلال إضافة استثناءات في صلب هذه التشريعات تُخرج التحقيقات الجنائية من حظر التعاطي مع البيانات الشخصية مادام هذا التعاطي والمعالجة تنضوي تحت الإجراءات الجنائية وفي صلب التحقيقات وتقدم ضمانات لأصحاب هذه البيانات بعدم معالجة بياناتهم خارج إطار هذه التحقيقات او لأغراض أخرى.

حيث تنص المادة العاشرة من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR على السماح بمعالجة البيانات الشخصية المتعلقة بإدانات جرمية أو الجرائم أو التدابير الأمنية ذات الصلة ولكن فقط بمعالجتها تحت رقابة السلطات الحكومية أو على النحو المنصوص عليه في قانون الاتحاد أو قانون أحد الدول الأعضاء الذي ينص على ضمانات كافية للحقوق والحريات الخاصة بالأشخاص المعنيين. لا يجوز إبقاء السجل الكامل للإدانات الجرمية إلا تحت إشراف السلطات الرسمية 2. كذلك فإن شرط تقييد كل مراقب او مفوض عنه أن يحتفظ بسجل لجميع نشطات المعالجة المسؤول عنها تم استثناءه في المادة ثلاثون

[1] رضوان اسخيطة, إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية, دار نور للنشر, 2018.

[2] اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية **GDPR (16.01.2019), https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/** .

من اللائحة. ذلك ضمن عدة استثناءات تخول الجهات المختصة الوصول للبيانات الشخصية دون الالتزام باجراءات الخصوصية وذلك تبعاً لضرورة سير العدالة وتلاصق البيانات الشخصية في بعض الأحوال باجراءات التحقيق الجنائي الرقمي.

من الاستثناءات المهمة والتي يجب التعامل معها بحذر هي ماورد في المادة 9 الفقرة 2 F حيث استثنت حظر التعامل مع البيانات الحساسة، والتي تفسرها اللائحة بأنها البيانات التي تتضمن معلومات عن الأفراد كالحالة الصحية أو الميول الجنسي ومالى ذلك، في حال كانت هذه البيانات ضرورية في معرض ممارسة أو الدفاع عن الدعاوى القانونية أو إجراءات المحاكم في إطار نشاطها القضائي [1].

5.2 تداخل التحقيق الجنائي الرقمي مع البيانات الشخصية

في ظل التطور الرقمي الهائل وتوافر الأجهزة المحمولة والالكترونية على الكثير من البيانات الشخصية في مكان واحد أصبح خطر وصول التحقيقات الجنائية الرقمية لكم كبير من البيانات الشخصية في ظل البحث والتحقيق الجنائي كبير جداً مما يفتح الباب أمام وصول المحقق الجنائي لبيانات قد لاتكون مطلوبة في التحقيق إنما تتواجد على نفس الحافظة الالكترونية مع بيانات أخرى متعلقة بالتحقيق.

لهذا السبب حرصت التشريعات على وضع ضوابط لعمليات التحقيق الجنائي الرقمي للحفاظ ما أمكن على خصوصية الأفراد. وفقاً للباحث Kerr فإن المحقق عليه أن يتقيد بالتعديلات الأربع الواردة بالدستور الأميركي والمتعلقة بالحفاظ على الخصوصية وإن كانت هذه المبادئ تتعلق بالأصل بالتحقيقات الفيزيائية وليس الرقمية 2. هذا يقود للقول بان المحقق لابد من أن يتوخى الحذر بشأن خصوصية الأفراد وأن لايشمل بتحقيقاته إلا المواد الرقمية التي توحي الظروف المحيطة بعلاقتها بالتحقيق. من التوصيات بهذا الشأن هو اعتماد التشفير بشأن البيانات المستحصل عليها في التحقيقات ضماناً لمنع سوء استعمالها او ضياعها، هذا الشرط ورد بشكل مباشر بالنسبة لمعالجي البيانات الشخصية ويمكن تأويله بالنسبة لمعالجة البيانات في غضون التحقيقات الجنائية حيث نصت المادة 32 ضمن غيرها من المواد على الزامية اتباع كل معالج للبيانات لقواعد الأمان والسرية بشكل يضمن معالجة سليمة للبيانات دون تعريضها لخطر الضياع أو إساءة الاستعمال. هذا يتم من خلال أدوات متعددة وورد التشفير كأحدها حيث فسرت القواعد القانونية اللاحقة الأدوات المقصودة في هذه المادة بالتشفير كأحد أهم وسائل ضمان معالجة آمنة للبيانات، هذا الأمر ورد كإلزام لمعالج البيانات بمعناه المطلق إلا أنه هنا يسري على المحقق الجنائي الرقمي والذي يجمع

[1] رضوان اسخيطة, إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية, دار نور للنشر, 2018

[2] **Orin S. Kerr, (2006) Searches and Seizures in a Digital World. Harvard Law Review, Vol. 119, GWU Law School Public Law Research Paper No. 135.**

البيانات ويعالجها عن طريق التحليل أو النقل وهذا حسب المادة الرابعة من اللائحة في فقرتها الثانية، كما أن الحذف بعد الفروغ منها يمكن أيضاً يندرج تحت مستلزمات التحقيق الجنائي الرقمي، وإن كان الحذف لايعتبر كافياً بحد ذاته نظراً لإمكانية الاسترجاع مما يوجب اتباع الحذف وفقاً لمعايير معينة تحيل عملية الاسترجاع إلى عملية مستحيلة [1].

5.3 البيانات الرقمية المتناقلة عبر الدول

تختلف المادة الجرمية في التحقيقات الجنائية الرقمية عنها في التقليدية، حيث ان المعلومات يتم تناقلها بسرعة هائلة بين البلدان المختلفة وبالتالي تخضع حسب المكان الذي تم جمعها به إلى القوانين التي تتبع لها حسب الاختصاص المكاني مما يجعل عمليات جمع الأدلة الرقمية أكثر حساسية منها في حالة الأدلة المادية الملموسة. إن اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR تتطرق لهذه القضية من خلال المادة 27 الفقرة 2 أ حيث استثنت من عدم جواز نقل البيانات لدول لاتتوفر فيها مستويات كافية من قوانين حماية البيانات، البيانات المتعلقة بتحقيق جنائي رقمي بشرط ضمانات خاصة بهذا الخصوص لمنع إساءة استعمالها. وهذا الأمر لم يتم تشريعه على إطلاقه بل إنه يُقيد استعمال هذه البيانات حصراً لأغراض التحقيق الجنائي [2].

6. النتائج

يخلص البحث إلى أن التحقيقات الجنائية الرقمية في توسع مستمر نتيجة لثورة المعلومات وستستحوذ على حصة كبيرة من عمليات التحقيق الجنائي نظراً لاتجاه سلوكيات الأشخاص للتعامل مع البيانات الرقمية في كل مناحي الحياة، لذلك لابد من ابتاع سبل وطرائق مختلفة في عمليات جمع المعلومات والتعامل مع البيانات لاسيما البيانات الشخصية التي أصبحت عرضة أكثر للاختراق والتداول الذي قد يكون غير مسؤول ويستلزم مراعاة الخصوصية والقوانين الناظمة. هذه التحقيقات من المفيد لها أن تتبع سياسة التفريق بين ماهو شخصي وماهو عام وبناء عليه أن تفرق ما بين البيانات في طريقة الجمع والحفظ والمعالجة. إن هذه الطرق تهدف بالنهاية لتفادي جمع بيانات شخصية قد لاتمس للجرم بصلة وبالتالي تجعل من التحقيق الجنائي عرضة لخرق القوانين الخاصة بخصوصية الأفراد لذلك لابد من التقيد بطرق جمع تميز مابين أنواع البيانات وتعامل كل حسب مقتضيات سير التحقيقات مع المراعاة الشديدة لضرورة حفظ حقوق الأفراد

[1] **E.Casey. (2004), Digital Evidence and Computer Crime. Elsevier, 2nd edition.**
[2] **GDPR Art. 24**

على بياناتهم الشخصية. إن عملية جمع الأدلة الرقمية لابد أن تتبع أساليب علمية تجعل من المعلومات التي تم جمعها قابلة للعرض أمام المحاكم كدليل له حجية وليست فقط مجرد معلومات لايمكن إثبات حجيتها. إن تعاظم دور قوانين حماية البيانات الشخصية في المجتمعات في الخمس سنوات الأخيرة جعل من المحتم وضع ضوابط تمنع تعدي التحقيقات الجنائية الرقمية على خصوصية الأفراد بدون مبرر، هذا الأمر يجب أن يتبعه تطوير آليات تستطيع ضبط هذه التحقيقات من خلال إطار عمل محدد يمنع أي تجاوزات بحجة جمع معلومات رقمية جنائية، هذا الأمر لايزال طور البحث والتطوير ويحتاج إلى تكاثف الأبحاث لوضع آليات محددة قانوناً.

من الضروري اتباع قواعد ناظمة للأدلة الجنائية المتواجدة في المخدمات السحابية حيث الوصول إليها يختلف باختلاف المصدر وبالتالي لابد من التقيد بالمصدر المناسب للوصول وعدم التوسع بدون مبرر في جمع هذه البيانات، ناهيك عن أن خطورة التعدي على خصوصية الأفراد أكبر في البيانات السحابية ويزيد على ذلك التوسع الحاصل في استخدام المخدمات السحابية في التخزين بشكل مطرد.

على الجهة الأخرى تعتبر اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية قفزة في مجال حماية بيانات مواطني دول الاتحاد الأوروبي حيث تطرقت هذه اللائحة لوضع استثناءات مقيدة بقدرها متعلقة بمعالجة بيانات تتعلق بجرم جنائي أو ملاحقة قضائية، هذه الاستثناءات تحتاج لتفسير وتطوير لتكون قابلة للتطبيق ضمن القوانين المعمول بها محلياً في هذه الدول وكذلك عند التعاطي مع بيانات مواطني الاتحاد الأوروبي خارج حدود الاتحاد، لاسيما عندما يتم التعاطي مع بيانات حساسة 1.

إن البحث يشدد على أهمية العمل المشترك لوجود أطر ومحددات قانونية لعمليات جمع الأدلة الرقمية ويرى في جمع الأدلة الجنائية من المخدمات السحابية خطورة أكبر على خصوصية الأفراد. إن التشفير يعتبر آلية لاغنى عنها في سياق عمل المحققين لضمان أمن وسلامة معالجة البيانات التي تم جمعها. إن اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية هي قفزة كبيرة نحو الامام في حماية خصوصية الأفراد ولكن البحث يوصي بتطوير تشريعات اللائحة لتأمين التناغم في العمل مع التحقيقات الجنائية بما يكفل حسن سير التحقيقات من جهة وحماية الخصوصية من جهة أخرى فاللائحة ماتزال تفتقد لإطار عمل متكامل مع المعلومات الجنائية الرقمية وتحتاج للمزيد من الأبحاث والتطوير اللاحق.

[1] انظر 5.1

المراجع:

1- دينيس هاينسون, مراجعة علمية لكتاب التحقيق الجنائي الرقمي, مجلة جيل البحث العلمي, العدد 29, 2019.

2- رضوان اسخيطة, إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية, دار نور للنشر, 2018.

3- رضوان اسخيطة, مراجعة علمية لكتاب التحقيق الجنائي الرقمي, مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة – العدد 29 ديسمبر.

4- ياسر علام, قانون حماية البيانات في الإمارات, it governance gulf, 2018.

5- جميل حسن طويله، التحقيق الجنائي الرقمي.

6- هلالي عبدالله أحمد – التزام الشاهد في الجرائم المعلوماتية، النسر الذهبي – القاهرة – 2000

1- Ähnlich Stein 2008, 8: „Die Computer-Forensik

2- Ashcroft/Daniels, BSI-Leitfaden, SWGDE, 2011, 88.

3- BGHSt 27, 355, decision the federal court of justice, Germany.

4- Casey, in: Casey, 11, 2011.

5- Computer Forensics https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/forensics.pdf

6- Engl. Log-Files, s. etwa Eckert 2012, 729

7- Hoeren, MMR -Multimedia & Recht Magazine, 2013, 185.

8- Orin S. Kerr, Searches and Seizures in a Digital World. Harvard Law Review, Vol. 119, 2006; GWU Law School Public Law Research Paper No. 135.

9- Roßnagel, RTM 2013, § 371a ZPO Rn. 46, 35 ff.

10- Sander, CR 2014, 292 (294 f.)

11- Schroth, Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren – Überblick, Strukturen und thesen zu einem umstrittenen Thema, in: JuS 1998, 969 969.

12- Waleed Halboob, Procedia computer science, Privacy Levels for Computer Forensics, 372, 2015

13- Wang/ Jajodia/ Wijesekera 2007, 12.

"الجرائم المستحدثة و أثرها على الأمن القومي"

"The Modernistic Crimes and its Impact on National Security"

أ. م. د. : خالد عبدالقادر منصور التومي.

باحث بالمركز القومي للبحوث و الدراسات العلمية.

طرابلس – ليبيا.

ملخص البحث :

تقوم هذه الدراسة على عرض ثلاثة محاور أساسية؛ بمنهجية التأصيل لموضوع الدراسة؛ ذلك مع الأخذ بالاعتبار المنهج الوصفي و التحليلي الخاص بوضعية الجرائم المستحدثة و أثرها على الأمن القومي، و ذلك من حيث التعرف على ماهية الجرائم المستحدثة، و كذلك إمكانية التصدي لها، و الاستعانة بكل الوسائل العلمية المتاحة للقضاء عليها أو التقليل من مخاطرها، لذلك يجب علينا أن نقف على حقيقتها و حجمها و أبعادها و نقلها من ظلال الضبابية إلى ضوء الحقيقة، الأمر الذي يحثنا في إيجاد الوسائل المناسبة لمواجهتها.

الكلمات المفتاحية : الجرائم المستحدثة، عمليات غسيل الأموال، البُعد الاقتصادي، الأمن القومي.

Research Summary :

This study presents three main approaches; the methodology of rooting up the subject of the study; taking into consideration the descriptive and analytical approach to the status of the modernistic Crimes and their impact on national security, in terms of the identification of the modernistic Crimes and the possibility of addressing them. The scientific means available to eliminate or reduce the risks, and therefore we must stand on the reality and size and

dimensions and transfer from the shadows of fog to the light of the truth, which urges us to find the appropriate means to address them.

Keywords: Modernistic Crimes, Money Laundering, Economic Dimension, National Security.

مدخل تمهيدي : المقدمة

حيث أن الجريمة تشكل عبئاً اقتصادياً هائلاً، بالإضافة إلى الجوانب و الأعباء المتعددة لتكلفتها على المستوى الاجتماعي؛ حيث تمثل هذه الأعباء بدورها تأثراً ملحوظاً على الأمن القومي للدول.

و أن ارتفاع معدلات الجريمة في أي مجتمع تقابل دائماً بردود أفعال تتمثل في التوسع في الأجهزة القضائية و الأمنية، مما يشكل حملاً يصعب النهوض به في كثير من دول العالم؛ لتنعكس آثار ذلك سلباً على كافة أبعاد الأمن القومي؛ اقتصادياً و اجتماعياً و ثقافياً و سياسياً، و أيضاً على التنمية التي تحتاج في استمرارها إلى المزيد من النفقات و الخدمات، بل وحتى تلك النفقات التي تحتاجها أجهزة العدالة الجنائية، و المتصلة بنشاطهم و قيامهم بواجباتهم الوظيفية، و حتى لو نظرنا للجريمة من جهةٍ أخرى، نجدها ذات خطورة أكبر على المجتمع، و ذلك نظراً لنتائجها السلبية و آثاراها الاقتصادية و الاجتماعية المدمرة على مستوى الفرد و الأسرة و المجتمع بأسره.

إلا إننا نتناول هنا في موضوع هذا البحث موضوع الجرائم المستحدثة، و التي اتخذت من التطور الذي طرأ على المجتمعات العربية و أساليبها الإنتاجية و اتساع رقعة النمو الحضري و التغيرات في المجالات الاقتصادية و المالية و الصناعية والمواصلات و الاتصالات، إلى ظهور جديد للجريمة و تغير صورها التقليدية، و بالتالي تُعد الجرائم المستحدثة من أهم العوامل السلبية التي تعوق الجهود التي تبذلها الدول في سبيل تحقيق التنمية لمجتمعاتها، الأمر الذي أوجد تعدد لأساليب الجرائم المستحدثة من حيث أنواعها، و هنا في هذه الدراسة نُركز على أحد تلك الأنواع، ألا و هو .. غسيل الأموال .. الذي أصبحت معدلاته في ارتفاع مستمر في مجتمعنا، و خاصةً في ظل دخول العالم عصر المعلومات، العصر الذي أصبح فيه عمل مثل هذه الجرائم عابراً للحدود.

أهمية الدراسة : تكتسي هذه الدراسة في حُلتها جانباً كبيراً من أهمية مضاعفةً في موضوع الجرائم المستحدثة، و ذلك من واقع التساؤلات المرتبطة بمستقبل اقتصاديات في ظل وجود الجرائم المستحدثة، و على رأسها غسيل الأموال القذرة، و تأثيرها على المجتمعات، و أثر ذلك على التنمية الاقتصادية، و هذا الأخير يُعد بُعداً حيوياً من أبعاد الأمن القومي للدول، والمتصل بالمتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و السياسية، و التي يفرزها النظام العولمي الجديد؛ فتُثير اهتمام الدول، فضلاً عن كون الموضوع أصبح محل جدل و اهتمام على نطاق واسع في الأوساط الأكاديمية و البحثية.

أهداف الدراسة : تأتي هذه الدراسة استكمالاً لدراسات سابقة؛ تناولت الجرائم المستحدثة، لقياس تأثير عملية غسيل الأموال على التنمية، و ما يكون له من تأثير بالغ الأهمية على الصعيد القومي، و أيضاً معرفة مدى تأثيرها المباشر و الغير المباشر على الاقتصاد، و مدى إمكانية الاستفادة من هذه الأموال في عمليات التنمية.

إشكالية الدراسة : هذه الدراسة تطرح الحاجة إلى الإجابة عن المتطلبات الجديدة التي نحتاجها لتصدي لمثل هذه الجرائم، الأمر الذي أضحى يشكل هاجساً للعالم بأسره، فضلاً عن مجتمعاتنا العربية، ليكون عائقاً يحد من سرعة تحقيق أهدافه، فتؤرقه ليلاً و تُعكر صفو يومه نهاراً، لهذا فإن هذه الظاهرة هي .. مشكلة البحث .. و بذلك يمكننا صياغة المشكلة بمحاولة توضيح الآثار التي تنجم عن الجرائم المستحدثة، فتكون سبباً في زعزعة الأمن القومي للدول.

منهجية الدراسة : تقوم هذه الدراسة على عرض ثلاثة محاور أساسية؛ بمنهجية المنهج الوصفي و التحليلي، مع الأخذ بالاعتبار مبدأ التأصيل في الشرح، و الخاص بوضعية جريمة غسيل الأموال و أثرها في العملية الاقتصادية للدول، و المراحل و الآليات التي تنتج عنها في تأثيرها على الأمن القومي لتلك الدول.

و بقصد إيجاد رؤية موضوعية شاملة لهذه الدراسة؛ سنتناوله من ثلاثة محاور رئيسية، و التي يأتي سردها تباعاً:

المحور الأول : الجرائم المستحدثة بين التعريف و السمات و الخصائص.
المحور الثاني : الجرائم المستحدثة المتمثلة في غسيل الأموال.
المحور الثالث : الجرائم المستحدثة و آثارها على الأمن القومي.

المحور الأول : الجرائم المستحدثة بين التعريف و السمات و الخصائص

إن من نتاج التطور الذي حصلت عليه المجتمعات خلال الحقبة الأخير من الزمن، سواءً كان ذلك على المستوى الاجتماعي أو الاقتصادي، و قيام الصناعات، بأن وجدوا الأفراد أنفسهم في مجتمعات جديدة، قوامها المصالح المادية و الإنتاجية والاستهلاكية، و لكون أبرز سمات هذا التطور؛ هما السرعة و التغيير، فقد برزت أنماط من السلوك المنحرف خرجت بالإنسان عن الإطار التقليدي للجريمة إلى إطار الجرائم المستحدثة في أساليبها و غاياتها و ضحاياها، مما أوجد مشكلات ذات أبعاد اجتماعية و إنسانية و اقتصادية تجاوزت أطر الانحراف العادية، لتمس كيان المواطن و الدولة بما تحمله من أخطار يهدد كيانها.

أولاً : التعريف بالجرائم المستحدثة :

حيث إن الظواهر الإجرامية المستحدثة هي ما ظهر على الساحة في الفترة الأخيرة من نوعيات حديثة للإجرام، أو أساليب حديثة لارتكاب جرائم معروفة من قبل، و كذلك كيفية الفرار من العدالة عن طريق تلك الأساليب، و لقد أصبحت هذه الظواهر الإجرامية المستحدثة هاجساً أمنياً ليس فقط في الدول العربية فحسب، و إنما طال الأمر حتى أصبح يمس الأمن القومي للدول العربية أيضاً؛ حيث بدأت تطفو على السطح فيها بعض من هذه الظواهر الإجرامية.

و ذلك أن معظم هذه الظواهر الإجرامية ليست محلية الطابع، و إنما هي بطبيعتها عابرة للدول، أو أن التقنية الحديثة جعلتها كذلك، مما جعل أثرها في أكثر من دولة، و يكمن ذلك في أنها ظاهرة دولية الملامح، و الشكل قد أعطاها بُعداً جديداً بالاهتمام؛ مما يتطلب التعاون الإقليمي و الدولي إن لزم الأمر؛ في التصدي لها، و بما أنها أصبحت تمثل خطراً داهماً للجميع، فقد أصبحت تؤرق المجتمع الدولي مما استعى الاهتمام في البحث العلمي عنها و أسبابها و مظاهرها و كيفية التصدي لها بشكل جماعي.

و ما يسترعي الانتباه و يدعو للتفكير العميق و الجدي بأزمة الإجرام، أنه بقدر ما يحرزه الإنسان من تقدم في ميادين العلم و النمو الصناعي أو الاقتصادي، و بقدر ما يحرزه من انتصارات على قوى الطبيعة لتحقيق الرفاهية له و لأقرانه، بقدر ما يتضخم حجم هذه الأزمة .. الجريمة المستحدثة .. و كأنها إحدى السلبيات التي يتمخض عنها التقدم و التطور، أو إحدى القوى التي يولدها الاندفاع التقني و الصناعي، فتعمل على هدم ما يبنيه الإنسان و على تشويه ما يبدع، و لهذا نجدها في مجتمعنا أصبحت تتنامى للحد

الذي ينتاب المواطن فيه الخوف على حياته و ماله و بنيه و مركزه الاعتباري، مما يمزق الروابط الإنسانية و الثقة المفترضة أن تكون متبادلة بين أفراد المجتمع الواحد، فيجعل من ذلك الكائن الاجتماعي أصلاً كائن أنانياً يركز حياته حول ذاته غير مكترث بأقرانه، مما يقطع أواصر الصلة بينه و بين ما تفرضه عليه الحياة الاجتماعية من تعاون و تعاضد و تضحية ذاتية، في الوقت الذي يكون هنالك ضرورة إلى وجود توازن اجتماعي للوجود المتكامل، هذا بالإضافة إلى انقلاب المعايير الأخلاقية و السلوكية و الضميرية إلى معاير مادية متجددة عن كل ما هو يتعلق بالإنسانية.

و من هذا كله نستطيع القول إن ما يُقصد بـ .. الجرائم المستحدثة .. بأنها الجرائم المخطط لها، و التي استفاد المجرمون عند تنفيذها من معطيات العلم الحديث.

و أيضاً في .. الجرائم المستحدثة .. بأنها أنماط من الجرائم التي لم يختبرها المجتمع في السابق، أو أن حجمها قليل جداً، ولا يستحق الإشارة إليه، و هذا بكونها جرائم جديدة في نوعها و نمطها و حجمها .. أي بمعنى .. الأنماط الجرمية التي ظهرت حديثاً و لم تكن معروفةً من قبل، نتيجة التوسع في استخدام التقنية المتطورة بجانب الأساليب الحديثة لارتكاب الجرائم التقليدية، و هناك عدة معايير لتصنيف الجرائم التقليدية، و اعتبارها جرائم مستحدثة، و الآتي سردهم تباعاً :

1. المعيار الاجتماعي : فتُعد الجريمة المستحدثة إذا ما كانت هذه الجريمة جديدة على النظام الاجتماعي السائد في المجتمع، بحيث إن ظهور هذا النمط من الجريمة مرده التغيير و التطور الاجتماعي في بنية المجتمع.

2. المعيار القانوني : فالسلوك الجديد الذي يمثل خرقاً للأعراف و القيم السائدة في المجتمع؛ يُعد جريمة مستحدثة إذا انعدم وجود النص القانوني الذي يُجرمه و يُعاقب عليه.

3. المعيار الإجرائي : فالجريمة تُعد مستحدثة إذا تم استخدام أساليب و أدوات جديدة في ارتكابها، أو في إخفائها، أو في التهرب من الملاحقة القضائية لها.

و في مجتمعنا اليوم أصبحت هذه الظاهرة تتفاقم و تتسع لتظهر على السطح؛ فمنها ما جعل الأرض مسرحاً لنشاطها الإجرامي، و منها ما قرب من الساحة بحذر، و أخذ يدق أبوابها، لذلك صار الزاماً علينا الاهتمام بها، و ذلك من حيث دراستها و معرفة حجمها و الوقوف على أسبابها.

حيث أن الظواهر الإجرامية المستحدثة أصبحت تتعدد وتتبدل بحيث أصبح من العسير السيطرة الكاملة على عددها وأنواعها أو حجمها، ولكن هذه الظواهر التي لفتت الانتباه إليها منها ما هو قديم بوجه حديث، ومنها ما هو حديث في ظهوره، ومن تلك الظواهر الإجرامية التي جعلت من أرضنا اليوم مسرحاً لها، والتي يأتي سردها تباعاً :

1. تزوير بطاقات الائتمان والاحتيال المالي الالكتروني.
2. تهريب المهاجرين غير الشرعيين.
3. جرائم الحاسب الآلي و شبكة الانترنيت.
4. الاتجار بالأسلحة في السوق السوداء.
5. الأبعاد الحديثة لظاهرة الإرهاب.
6. الاتجار في أعضاء الجسم البشري.
7. الشكل الحديث للتعامل و ترويج المخدرات.
8. سرقة السيارات و تغيير معالمها و تهريبها خارج البلد.
9. الجريمة المنظمة و أسلحتها التقنية الحديثة.
10. المتاجرة في التحف الفنية و الآثار.
11. الجرائم الاقتصادية المستجدة.
12. اختطاف رجال الاعمال و الابتزاز.
13. جرائم تلوث البيئة و علاقتها بالتصنيع.
14. الكسب غير المشروع من توفير الحماية.
15. المتاجرة غير المشروعة.
16. القرصنة في البرامج الكمبيوترية و الأقراص المدمجة.
17. استغلال النساء و الأطفال في ظاهرة التسول.
18. غسيل الأموال الناتجة عن الجرائم.
19. الاحتيال في الملكية الفكرية.

عليه .. فإن الاتجاه الفقهي العام يقوم على تحديد مجالات المسؤولية الجنائية، نتيجة حصره للجرائم المستحدثة بالجرائم الاقتصادية و المخالفات، و يعدها مجرد أعمال ضد الإرادة، و سمى البعض منهج الجرائم التنظيمية بأنها أضرار مجردة من القيمة الأخلاقية .. أي بمعنى .. أنها اعتداء على قواعد لا تنطوي على مضمون أخلاقي، بخلاف الجرائم العقابية، فهي أفعال تستحق اللوم من الناحية الأخلاقية.

إلا إنه لا تغيب عن البال هنا، إن هناك التزام أخلاقي، يقع على أفراد المجتمع، و ذلك بإطاعة سائر الأوامر التي تصدر عن سلطات الدولة، فعندما يقرر القانون تجريم سلوك اجتماعي مُعين، فإنه ينظر إليه بوصفه مهدداً للمجتمع بخطر مُعين، و ذلك بداعي أن الخطورة الإجرامية تتحدد بمدى استعداد الشخص لارتكاب الجريمة في المجتمع، و بغض النظر عن نوع الجريمة، و ما إذا كانت تجابه الظروف التقليدية في المجتمع كافة، أم تجابه فقط ظروفاً خاصة في مفهوم الأمن بالنسبة للسلطة التشريعية، دون مراعاة ما إذا كان الرأي العام قد تجاوب مع التجريم أم لا، و لا يتصور أن تقاس خطورة الشخص في مجتمع حديث مُعين على ضوء ما يمكنه أن يرتكبه من جرائم في أي مجتمع أخر.

ثانياً : سمات المنفذ للجرائم المستحدثة :

إن المرتكب للجرائم المستحدثة، بوصفه شخص استطاع أن يسخر التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات وصولاً لهدفه، و لهذا نجده يتسم ببعض السمات، و التي نأتي على سردها تباعاً :

1. التخصص النوعي النمطي :

من خلال العديد من الدراسات التي أجريت في السابق مع الكثير من الأشخاص المرتكبين للجرائم المستحدثة، نجد أنهم ينفردون بنوعية معينة من الجرائم التي يرتكبونها، و هذا يعود إلى علمهم و ثقافتهم السابقة و الخاصة بطبيعة و مكونات المادة التي يقع عليها الفعل المجرم.

كما أنهم أيضاً؛ يتميزون بأسلوب محدد في ارتكاب الجريمة، و هذا يعود إلى عوامل كثيرة تتعلق بثقافة ذاك الشخص وعلمه و خبرته السابقة، و التي أعطت لشخصيته أسلوباً ينفرد به عن غيره.

2. الذكاء و الاحتراف :

يتمتع المرتكب للجرائم المستحدثة بقدر كبير من الذكاء، حيث يستخدم وسائل التقنية الحديثة من كمبيوتر و أجهزة اتصال و غيرها، كوسائل مساعدة لتنفيذ الجرم، حيث يتميز بالاحتراف أثناء استخدامه لتلك الوسائل بطريقة تفوق الأشخاص العاديين المستخدمين لهذه الوسائل.

3. لا يميل إلى العنف و لا يستخدمه :

لا يلجأ مرتكب الجرائم المستحدثة إلى العنف في ارتكاب الجريمة، خاصة أنه لا يواجه عند ارتكابه هذه الجرائم شخصاً حقيقياً، بل يتعامل مع وسائل و أدوات تقنية متطورة يسخرها لتنفيذ فعله.

4. يغلب عليه طابع التكيف الاجتماعي :

حيث إن هذا النوع يرتكب الجريمة من خلال استخدامه لتلك الوسائل التقنية الحديثة، فهو لا يكون ظاهراً في الغالب، ويتعايش مع الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، و لا يظهر لهم العداء و لا يشعرون منه ذلك، حيث أن هذا التكيف لا يقلل من خطورته الإجرامية، بل قد تزداد إذا زاد تكيفه الاجتماعي مع توافر الشخصية الإجرامية لديه.

ثالثاً : أسباب تكمن في ارتكاب الجرائم المستحدثة :

1. ضعف الوازع الديني : لقد كانت و لاتزال العقيدة الإسلامية متعلقة بحياة الفرد المسلم النفسية و الخُلقية، و كافة مناحي الحياة الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية و العلمية، فكانت الجريمة في عمومها نادرة الوقوع، و إن وقعت فإن آثارها سرعان ما تتلاشى و تنتهي نظراً لقوة تماسك المجتمع بعقيدته الإسلامية، و من البديهي أن أفراد المجتمع يختلفون عن بعضهم البعض؛ فهنالك فروقات فردية تميزهم، فيكون منهم العامل بجد، و المتكاسل، و العاجز، والعاطل عن العمل، كما لا يخلو المجتمع من اللذين لا يتورعون عن الكسب المحرم نتيجة للجشع أو للحرمان أو للفقر اللذان يقفان وراء الكثير من الجرائم.

2. الفساد : يُعتبر الفساد من أهم الأدوات التي تستعين بها جماعات الجريمة المستحدثة، لبث أنشطتها الإجرامية، ولضمان حمايتها، كما يُعتبر من أخطر أنواع الفساد ذاك الذي إذا ما صاب

بعضاً من أجهزة العدالة الجنائية، والمتمثلة في الشرطة و النيابة و القضاء، كما أن فساد السلطات الحكومية الأخرى أحد الوسائل التي تتمكن من خلالها المنظمات الإجرامية تطوير علاقاتها مع الحكومات و تهديد السلطة الشرعية بالدولة، و الفساد من هذا النوع، يُعتبر أكثر انتشاراً في الوقت الحاضر، ليشمل هذا الفساد بعضاً من المسؤولين الحكوميين و الأنظمة الحاكمة و الأحزاب السياسية، و من أنواعه .. اختلاس المال العام و الرشوة و غسيل الأموال.

3. الفقر : الذي يحدث نتيجة للانخفاض الفظيع في مستويات الدخل الوطني، المديونية، و الازمات المالية، و كل هذه المؤثرات من شأنها أن تكون سبب في فتح الأبواب لتنامي الجرائم المستحدثة؛ لسد الحاجة و العوز.

4. البطالة : بسبب انخفاض فرص العمل، و التي ينتج عنها انعدام الاستقرار الاجتماعي في إحدى صوره، حيث تؤكد العديد من الدراسات على وجود علاقة وطيدة بين البطالة و الجريمة، و ذلك أن تنوع الاتجاهات و القيم والعادات و قلة التماسك و الترابط الأسري للأفراد أدى إلى حالات من الفوضى، و الذي يؤدي بدوره إلى الاختلال في التوازن بين الجانبين المادي و المعنوي في كثير من العائلات داخل المجتمع الواحد، فيكون سبباً رئيسياً في زيادة معدل الجريمة.

5. العولمة : إن ازدياد التطور و التقدم التكنولوجي الذي شجع على زيادة كمية و خطورة الجرائم المستحدثة، و واقع سوء استخدام هذه التقنية العالمية، و هذا ما نتج عنها في عالمنا اليوم تذبذب في الضوابط و الولاءات الاجتماعية، كما أن العولمة بحاجة إلى ضبط، لأنها تنتج شروخاً اجتماعية كبيرة، و العولمة و إن كانت عامل تقدم مهم، إلا أنها تُثير مخاطر جديدة ينبغي التفكير فيها جدياً ، و نذكر بعضاً من هذه المخاطر، و التي يأتي سردها تباعاً :

- ✓ في أنها تزيد من ظاهرة الاقصاء الاجتماعي.
- ✓ في أنها تُنمي الجرائم المستحدثة محلياً، و إقليمياً، و دولياً.
- ✓ في أنها تهدد انظمتنا الاقتصادية.

رابعاً : خصائص الجرائم المستحدثة :

تختلف الجرائم المستحدثة عن الجرائم العادية، في أنها صعبة الاكتشاف في غالب الأحيان، و ذلك بأن ارتكابها لا يأتي إلا بعد التخطيط المحكم الذي من شأنه أن يكفل لها النجاح، و بالتالي يصعب على جهات الاختصاص اكتشافها و القبض على مرتكبيها، و بهذا يمكن لنا أن نستخلص هذه الخصائص، و التي يأتي سردها تباعاً :

1. التخطيط : و ذلك بما يتطلبه الأمر من قدر عال من الذكاء و الخبرة، و ذلك لضمان استمرار الأنشطة الإجرامية بعيداً عن رقابة و ملاحقة هيئات تنفيذ القانون.

2. التعقيد : يلجأ مرتكب الجريمة المستحدثة إلى أساليب معقدة بقصد إخفاء أثرها و تمويهها في إضفاء صبغة المشروعية عليها، و ذلك ليتجاوز القانون، و أيضاً في الإفلات من العدالة.

3. السرية في الاقتراف : إن طابع السرية يُعتبر من أهم خصائص الجريمة المستحدثة، سعياً لنجاح و ديمومة نشاطها بعيداً عن رقابة الهيئات القانونية المختصة.

4. الكسب المادي : حيث أن الهدف الأساسي من ارتكاب الجرائم المستحدثة، هو تحقيق الأرباح بغض النظر عن الآثار الخطيرة الناتجة عنها.

خامساً : الصعوبات في حصر حجم نشاط الجريمة المستحدثة :

يلاحظ أن أكثر الظواهر الإجرامية المستحدثة؛ مرتبطة بالجريمة المنظمة .. العصابات المنظمة .. و لكن هنالك صعوبات بالغة في حصر دقيق لنشاطات الجريمة المنظمة، و ذلك للأسباب الآتية :

1. إن نشاطات الجريمة المنظمة هي نشاطات غالباً ما تكون سرية، و تعتمد كليةً على الثقة بين المتعاملين داخل المنظمة، كما توجد قوانين داخلية صارمة تفرض عقاباً لمن يحاول خيانة المنظمة أو

إفشاء أسرارها، و قد يصل القعاب إلى حد القتل، و نتيجة لهذا كان من الصعب معرفة أسرار المنظمات أو زرع مرشدين داخلها لمعرفة حجم نشاطهم.

2. إن نشاطات الجريمة المنظمة لا تقتصر على نوع واحد أو أكثر من أنواع الإجرام، و لكنها تتشعب و تتوزع على جرائم لا تربطها ببعضها البعض صلات مباشرة؛ فمجالات الجريمة المنظمة متعددة، و منها :

- ✓ الجرائم الاقتصادية.
- ✓ الاتجار بالنساء و الأطفال.
- ✓ الاتجار بالمخدرات.
- ✓ جرائم الشركات المتعددة الجنسيات.
- ✓ الأعضاء البشرية.
- ✓ الاتجاربالأسلحة داخلياً و خارجياً.
- ✓ الاحتيال الدولي.
- ✓ سرقة و تهريب السيارات.
- ✓ غسيل الأموال.

و من هنا يأتي اختلاف التقديرات، لأن لمثل هذه الجرائم المنظمة، عادةً ما تكون على مستوى عالي من الحرفية و السرية، و التي تتمتع بالحماية من تألف شركات كبرى، أو من شخصيات حكومية نافذة في الدولة، أو حتى من دول كبرى تجعلها بمنأى عن المساءلة القانونية، و كل هذا يكون السبب الرئيسي في جعل تقدير حجم ونشاطات المنظمة غير دقيق وصعب.

3. إن الجريمة المنظمة عادةً ما تقوم بجرائم عابرة للدول .. أي بمعنى .. من الداخل إلى الخارج و بالعكس، و لذلك تتفرع أنشطتها على نطاق واسع على المستوى المحلي أو الإقليمي، لذلك يصعب الإلمام بدقة بتفاصيل تلك الجرائم.

4. إن الجريمة المنظمة تنتهز الفرص العالمية لزيادة نشاطاتها بطريقة إضافية على أجهزة الأمن، و ذلك لأنها طريقة مبتكرة أو غير معروفة .. مثال ذلك .. عندما تُشب الحروب الأهلية في بلدنا؛ تزدهر تجارة السلاح، و أيضاً عندما تيم إسقاط بعض الأنظمة الحاكمة؛ تُنهب و تُسرق أموال الدولة؛ عندها يزدهر غسيل الأموال، و كذلك في ظل غياب الأمن؛ يزدهر الخطف و الابتزاز لرجال الاعمال

و أصحاب الأرصدة الكبيرة، و لهذا يصعب أرشفت مثل هذه الحلات، لأنها تتم في حالٍ من الفوضى و عدم الاستقرار الأمني.

5. إن عملية غسيل الأموال من شأنها أن تعمل على إخفاء العائدات المالية الحقيقية الناجمة عن الجريمة المنظمة؛ فيتم إخفاء مصادر النقود، و يتم تحويلها إلى طرق شرعية، و بذلك يصعب تتبع و حصر الإمكانيات المالية للجريمة المنظمة.

المحور الثاني : الجرائم المستحدثة المتمثلة في غسيل الأموال

هي عملية تنظيف الأموال القذرة المتأتية عن طريق الجريمة، مع عدو الكشف عن المصدر الغير مشروع لتلك الأموال، ويتم تنظيفها عن طريق إدخالها في القنوات المصرفية العادية، ثم استخدامها في عمليات مالية، و الدخول في مجالات مشروعة للاستثمار، و بالتالي تندمج في تلك المشروعات، و يتعذر الرجوع إلى أصلها.

و قد زاد حجم الأموال القذرة المدفوع بها في السوق، لأجل غسيلها عن طريق تغلغلها في السوق المشروع بإنشاء الشركات و الفنادق و المصانع و الأسواق التجارية، و قد ظهر غسيل الأموال مع ظاهرة الاتجار بالمخدرات، و لكن غسيل الأموال فيما بعد شمل أكثر من نشاط إجرامي زيادة على الاتجار بالمخدرات، و ظهر ذلك النشاط كأخطبوط تتعدد أطرافه، وذلك ليس فقط أن النشاط الإجرامي مصدر المال يظل خفياً، و كذلك ليس فقط أن المال المغسول يظهر على السطح كمال شرعي بعد أن يتم تنظيفه من القذارة، و لكن أيضاً لأن ذلك المال في بعض الحالات أصبح يستخدم بأرباحه الطائلة في رشوة و إفساد الجهاز الإداري و السياسي و المؤسسات المالية، و هذا زيادةً على استغلال هذا المال في المزيد من النشاطات الإجرامية الأخرى.

حيث أن عملية غسيل الأموال كما يُشار إليها؛ تبقى هي نظافة للأموال القذرة التي تم الحصول عليها بواسطة الجريمة، وهي بطبيعتها نشاط اقتصادي تحت الأرض، لذلك هو نشاط خفي، و أول عملياتها هي إخفاء المصدر غير المشروع للأموال، و إدخال تلك الأموال في قنوات مشروعة، ثم استثمارها، بحيث يتم تغيير صورة تلك الأموال؛ لتكون معلومة ومعلنة المصدر.

أولاً : الجرائم التي ينتج عنها أموال يتم غسلها :

1. المخدرات : و هي أول مصدر غير مشروع لفت الانتباه لعملية غسيل الأموال، و هي الطريقة الأكثر انتشاراً.

2. الجريمة المنظمة : زيادة على المخدرات، فهناك المتاجرة في النساء و الأطفال بغرض التسول، و فرض ضرائب على الأفراد و المؤسسات بغرض توفير الحماية، و الخطف و التهديد بغرض الابتزاز.

3. تجارة الأسلحة غير المشروعة : نجد أن الجماعات المسلحة لديها فائض من الأسلحة، و كذلك الحركات المسلحة الأخرى، و نسبة لوجود قيود لشراء السلاح دولياً، فإن هنالك سوقاً رائجة للأسلحة، و يتم ذلك بقنوات غير معترف بها دولياً تعمل في الخفاء مع الدول المصنعة للسلاح.

4. السمسرة في المشتريات الحكومية : و يتمثل ذلك في الأسلحة، و الطائرات، و السفن، و عقود البناء، و البنيات التحتية؛ حيث أن لمثل هذه الصفقات و المشروعات يكون لها عمولات توضع في حسابات في أماكن بعيدة عن مكان التعامل.

5. الفساد الإداري : استغلال السلطة و الوظيفة في تحقيق مكاسب .. مثال ذلك .. توقيع عطاءات و قبولها نتيجة للمحسوبية و العلاقات فتُعطى الأسبقية و الأفضلية، و أيضاً مشتريات بأسعار عالية أكثر من السوق مع تقاسم الفروق، و كذلك التخفيضات و التسهيلات المصرفية و القروض الميسرة بدون ضمان.

6. الفساد السياسي : احتكار السلطة و النزوة في النظام الشمولي؛ حيث يسهل الاستيلاء على المال العام، والحصول على امتيازات منه، و إيداعه في الخارج.

7. جرائم أخرى : الاتجار بالأعضاء البشرية، و المتاجرة في العملة بطريقة غير مشروعة.

ثانياً : طُرق غسيل الأموال :

1. تقليدية : التحويل و الإيداع عن طريق النظام المصرفي، بأن يتم إحضار الأموال من دولة و يتم إيداعها في دولة أخرى، و هذا الأمر يتم بعدة طرق، و التي يأتي سردها تباعاً :

- ✓ حمل الحقائب النقود مباشرة من دولة إلى أخرى.
- ✓ التحويل المصرفي أو التحويل الالكتروني من عدة مصارف.
- ✓ الإيداع تحت اسم وهمي أو حساب رقمي للإفلات.
- ✓ اختيار مصارف في دول لا تعاقب على الغسيل، مع أحقية المودع بالتمتع بسرية الحساب، و يُسهل هذا النوع طريقة التحويل الالكتروني، و أيضاً حرية انتقال رؤوس الأموال حيث لا رقابة على النقد، و كذلك الاستفادة من نظام السرية للمصارف، و خصوصاً أن الكثير من هذه المصارف يهمها المزيد من الإيداعات لتحقيق أعلى نسبة من أرباح التشغيل.

2. استخدام النظام المالي غير المصرفي : و يتمثل ذلك في مؤسسات الصرافة، و الشركات الاستثمارية، و شركات الادخار، و شركات التأمين، و صناديق المعاشات، و شراء و بيع الأوراق المالية و الأسهم و السندات.

3. الدخول في السوق المشروع مباشرة : و ذلك عن طريق شراء عقارات، أو ذهب و مجوهرات، أو لضعف اقتصاد بعض الدول فإن مثل هذه النشاطات قد تدخل في الاقتصاد الرسمي في التعامل.

4. الاحتيال في الإعلان عن كمية المبالغ عن منافذ الدخول : و ذلك بأن يقوم المسافر بالإعلان أن بحوزته مليون دولار، و لديه 100 ألف نقدية فئات صغيرة؛ مؤملاً أن لا يقوم موظف الجمارك بعدها، فإذا تم اكتشاف ذلك؛ حينها يُظهر صك مصرفي بقيمة 900 ألف، و إذا لم يُكشف أمره، فيدخل و يتحصل على مستحقاته من النشاط الإجرامي، و يغادر و بحوزته مليون دولار على أساس أن الصفقة لم يتم إنجازها.

5. إنشاء شركات وهمية : بغرض إنشاء مظلة لتغطية على حالة الثراء و الحركة المالية التي تطرأ على صاحب المال المراد غسيله.

6. عالم الميسر : استبدال النقد بقسائم القمار، ثم تحويلها بعد فترة لأوراق نقدية.

7. شراء المؤسسات المفلسة : و يتمثل ذلك في الفنادق و المطاعم، و إعادة تشغيلها، يتم ضخ أموال لها؛ فتدر أرباحاً، ثم تصبح أموال مشروعة.

8. المضاربة الصورية في العقارات : بأن يتم شراء عقار بأقل من ثمنه الحقيقي في مستندات التوثيق، ثم إعادة بيعه بثمنه الحقيقي.

9. عالم التحف و المقتنيات الأثرية : بأن يُحول المال في شراء تحف و أحجار كريمة و لوحات زيتية لكبار الرسامين.

المحور الثالث : الجرائم المستحدثة و آثارها على الأمن القومي

أولاً : تأثير الجرائم المستحدثة على الدخل القومي :

يتمثل أثر الجرائم الاقتصادية في صورها المختلفة في حجم الخسائر التي تعرضه دورة المتغيرات الرئيسية في دورة النشاط الاقتصادي، حيث التأثير على عرض عناصر الإنتاج .. مثال ذلك .. رأس المال الذي يتم توجيه جزء منه و بطريقة غير مشروعة في العمل في مجال المخدرات و في غسيل الأموال، مما يُسبب إهدار موارد الدولة و انخفاض الناتج القومي الإجمالي.

في الوقت الذي تمثل فيه قيمة الدخل غير المشروع نسبة من الناتج المحلي الإجمالي و تُعد استنزافاً للأموال الموجهة للتنمية الاقتصادية، و بعد استقطاع ما ينفق على المخدرات، و ما يتم تهريبه من أموال لغسلها، و جرائم الائتمان المصرفي، وغيرها من الجرائم الاقتصادية، يتدنى نصيب الفرد من الخل القومي، و من المدخرات المحلية الأساسية في تكوين رأس المال.

كما أن تعاطس المخدرات مثلاً يؤدي إلى نقص في الكفاءة الإنتاجية للفرد و تدهورها و هو ما يسبب انخفاضاً في الناتج القومي الإجمالي و في المعروض من السلع و الخدمات بالإضافة إلى تراجع الدخل المتاح للإنفاق على السلع و الخدمات المشروعة و هو ما يوضح لنا الخروج عن دورة النشاط الاقتصادي لكونه لا يتجه إلى السلع و الخدمات التي ينتجها القاع الإنتاجي و بالتالي يعد نقصاً في الإنفاق العام الذي قد يؤدي بدوره إلى حالة كساد في الاقتصاد، و من جانب أخر فإن تدهور القوة الشرائية للعملات المحلية يساهم بشكل كبير في ارتفاع معدلات الجريمة في عمومها، حيث أثبتت الدراسات أن الكساد الاقتصادي يقاس بارتفاع معدلات البطالة و حالات الإفلاس التجاري و تدهور القوة الشرائية لعملة الدولة.

ثانياً : تأثير الجرائم المستحدثة على الاستثمار :

في ظل انتشار الفساد بكافة أشكاله يفضل المستثمرون البعد عن الدخول في الاستثمارات الإنتاجية و الميل إلى الأنشطة الخدمية على حساب الإنتاجية فعندها يتوقع المستثمرون عدم الالتزام بالقواعد و الإجراءات المعلنة و عجز الدولة عن تطبيق القوانين و أن البيروقراطية الفاسدة هي الحاكم و المسيطر في كل شيء في الدولة، فإن كل ذلك يدفع المستثمر الملتزم إلى الرغبة في تحقيق أرباح من خلال الاستثمارات

الخدمية كبديل عن الاستثمار الإنتاجي، و قد تؤدي الأوضاع السائدة إلى هروب المستثمر، من أجل الاستثمار في أنشطة تحقق عائد أقل برأس مال أقل.

هذا و تمثل عمليات غسيل الأموال نحو 25% من إجمالي التعاملات في أسواق المال العالمية التي يجد فيها غاسلي الأموال فرصتهم بإعادة تدوير الأموال دون الاهتمام بالتوظيف الجيد أو بالجدوى الاقتصادية، مما يشكل عبئاً على مناخ الاستثمار.

كما تشوه الجرائم الاقتصادية الشروط التنافسية المفترضة في المناقصات حيث تفترض المنافسة توفر المعلومات و حرية الدخول للجميع، و لكن الفساد بطبيعته السرية يجعل المعلومات غير متاحة بل يستطيع الحصول عليها من يدفع الرشوة أو العمولة، كما أن الحصول على العقود بهذه الطريقة يسهم في زيادة الأسعار و زيادة تكلفة السلعة أو المشروع المتعاقد عليه و تمكين أشكال الانحراف عن قيام الشركات المملوكة لأحد المسؤولين أو ذويهم بتولي المناقصات أو تدخل أحد المسؤولين لإرساء العطاءات على شركة بيعها بالإضافة إلى ما يترتب عليه من إدخال المدفوعات ضمن بنود التكاليف.

ثالثاً : تأثير الجرائم المستحدثة على الإرادات العامة و الحد من التراكم الرأسمالي :

تؤدي جرائم الرشوة مقابل دخول سلع دون تحصيل رسومها الجمركية إلى خسارة الاقتصاد و ضياع موارد الدولة بالإضافة للأثر المترتب على اعتياد الموظف على السلوك الفاسد و يميل الموظفون الفاسدون إلى الاحتفاظ بالمخدرات الناجمة عن أعمال الفساد بأرصدة سرية بالمصارف الأجنبية، مما يحد من تراكم رؤوس الأموال المتاحة للاستثمار محلياً.

و تمثل الأنشطة المرتبطة بعمليات غسيل الأموال أنشطة لا تحتمل أية أعباء ضريبية، و عليه تقل الموارد السيادية للدولة، وتتزايد الديون العامة و يستمر العجز في الموازنة العامة و تسهم ضآلة الموارد المالية للدولة في تخفيض حكم الإنفاق العام الذي يمس قطاعات حيوية كالإسكان و الصحة و التعليم و البحث العلمي و الضمان الاجتماعي، و قد يدفع هذا الوضع إلى الإصدار النقدي الجديد أو الاقتراض الداخلي و الخارجي و ما ينجم عن ذلك من تزايد حجم الذين و فوائده.

و مع إلغاء الحواجز و الحدود أصبح أمام رأس المال أن يتحرك في مختلف أنحاء العالم بحرية كبيرة، بل أصبح يفرض على الدول التي ترغب في أن يستثمر فيها شروطه الخاصة التي تستهدف تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب مبادئ العدالة الاجتماعية و الحرية و الديمقراطية و أحياناً حتى على حساب السيادة الوطنية، كما اضطرت الدول إلى تبني سلسلة من الإجراءات و التدابير التي دعت إليها المنظمات الاقتصادية الدولية مثل صندوق النقد الدولي و منظمة التجارة العالمية وأبرزها تفويت معظم المشاريع التي كانت تديرها الدول و تشرف عليها إلى القطاع الخاص بالإضافة إلى تخلي الدولة عن التزاماتها بتوفير العدالة الاجتماعية لمواطنيها على أساس أن مصلحة رأس المال تتقدم على جميع الاعتبارات الأخرى، و لو أدى ذلك إلى الزيادة في نسبة البطالة و إلى تخفيض الأجور و تدني القوة الشرائية و انتشار الأمية و يزعم دعاة العولمة أن التنظيم الذاتي للسوق العالمية سيوفر قدر كبير من الفوائد للأفراد على أساس قدراتهم الشخصية و مساهمتهم في الإنتاج.

رابعاً : تأثير الجرائم المستحدثة على الإنفاق العام :

تنفق الحكومات كثيراً من المال و الجهد لمكافحة الجرائم المستحدثة، و منها الجرائم الاقتصادية حيث تزداد تكاليف هذه المواجهة مع تزايد حجم الظاهرة الإجرامية و تتضمن هذه التكاليف التدابير الوقائية و الأجهزة الأمنية و القضائية والقانونية و تكاليف العلاج، و تنفق الأموال على أجهزة الإعلام المختلفة و المؤسسات التربوية و القافية و العلمية و وزرات الشباب و الرياضة و تمتد النفقات المالية التي تتحملها موازنات الدولة إلى مجال السجون و الإصلاح و أجور العاملين و المباني والإعاشة و الرعاية الصحية و غيرها و تأمين المصحات و المتابعة و إعادة التأهيل للمدمنين.

و من أخطر الجرائم المؤثرة على خطط التنمية، جرائم العدوان على المال العام التي تمثل إساءة استخدام المال العام، حيث أن سوء التصرف، و الاخلال بالثقة التي أولتها الدولة لحائز المال العام فهؤلاء عدما يتعدون على المال العام يكونوا خائنين للأمانة و الاخلال بثقة المواطن في الدولة التي عهد إلى الموظف بحفظه الأموال المخصصة لتسيير الموافق العامة، حيث يرون أن هذه الأموال تأخد طريقاً بعيداً عما خطط لها، بل تحقق مصالح شخصية، و هذا يعتبر كسباً غير مشروع و يدفع الغير إلى المحاكاة بمحاولة الحصول على دخل إضافي من الوظيفة العامة عن طريق اختلاس المال العام أو الحصول على الرشوة.

خامساً : تأثير الجرائم المستحدثة على البُعد الاقتصادي :

يتبين لنا من خلال الدراسة أن الهدف الأساسي الذي تعسى الجرائم المستحدثة إلى تحقيقه يتمثل في الحصول على الكسب المادي و مضاعفة الأرباح، و يعد رأس المال القوة الاقتصادية و الشريان الذي يغدي المنظمة الإجرامية بأسباب الوجود والبقاء، و تسعى المنظمات الإجرامية إلى غسل أموالها لإضفاء صفة الشرعية عليها بهدف ابقائها بمنأى عن السلطات المختصة بفرض القانون من جهة، و إعادة توظيف جزء منها لإدامة مشاريعها الإجرامية من جهة أخرى.

إن غسيل الأموال شأنه شأن باقي أنشطة الجريمة المنظمة يلحق آثاراً خطيرة سياسية و اقتصادية و اجتماعية، و نظراً لضخامة العائدات الإجرامية التي تستخدم في عمليات غسل الأموال فمن الأهمية بمكان بيان مخاطر ذلك على الاقتصاد الوطني، و لنا هنا أن نذكر أهم تلك المخاطر، و التي يأتي سردها تباعاً :

1. قيام المنظمات الإجرامية بعمليات غسيل الأموال دون رقيب، مما يساعد تلك المنظمات لتوسيع نطاق أنشطتها الإجرامية و انتشار نفوذها الاقتصادي، فيتطلب انفاق مبالغ ضخمة للحد من تلك الأنشطة و إزالة آثارها.

2. تركيز كميات كبيرة للأموال القذرة في أيدي المنظمات الإجرامية، و إعادة تدويرها و استثمارها في مشاريع مشروعة تدر أرباحاً عالية، فيؤدي لاحتكار السلع و القضاء على نظام المنافسة المشروعة، فيُلحق ضرراً بحرية التجارة.

3. يتسبب غسيل الأموال بضرر كبير بقيمة العملة الوطنية، إذ تقوم المنظمات الإجرامية التي تمارس عمليات غسل الأموال بتحويل العملة الوطنية المراد تهريبها إلى عملة أجنبية، و بذلك يزداد عرض العملة الوطنية، مما يؤدي إلى انخفاض قيمتها مقارنة بالعملة الأجنبية التي تزداد قيمتها نتيجة لزيادة الطلب عليها.

4. لا تقتصر مخاطر غسيل الأموال على الدولة المحولة منها فحسب، بل تمتد إلى الدولة المحولة إليها تلك الأموال، وذلك من خلال دخول الأموال غير المشروعة إلى مؤسساتها التجارية، و بث الفساد فيها.

5. زيادة الفجوة في الدخل القومي الحقيقي، مما يضاعف من صعوبة مهمة السلطات المختصة بالتخطيط القومي، من وضع خطط أو برامج فعالة للتنمية الاقتصادية و الاجتماعية، خاصة في ظل تضارب البيانات بين الهيئات الحكومية، و ذلك لوجود ارتباط بين الاقتصاد الخفي و عمليات غسيل الأموال.

6. ارتفاع الانفاق العام الحكومي، سواءً لمحاربة و مكافحة الظاهرة الإجرامية المنتشرة أو للتغلب على الاستنزاف المستمر الذي يسببه انتشار الجريمة المنظمة في الأجهزة المختلفة مع انخفاض حصيلة الدولة من الضرائب.

7. تأثير غسيل الأموال على معدل التضخم، الذي يُعتبر من أهم المشاكل الاقتصادية التي تواجه معظم دول العالم، و بصفة خاصة الدول النامية، و يعرف بأنه الزيادات المتوالية في المستوى العام للأسعار، و يرتبط غسيل الأموال بزيادة الانفاق غير الرشيد، مما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار المحلية و حدوث ضغوط تضخية في الاقتصاد القومي، وإذا اضيف إلى ذلك نقص معدل الادخار و نقص إيرادات الدولة من الضرائب و الرسوم و تفشي الفساد السياسي و الإداري المتمثل في تعاطي الرشاوي و منح القروض الدولية فإن ذلك يساهم في زيادة عجز الموازنة وبالتالي ارتفاع الأسعار.

8. تأثير غسيل الأموال على نمط الاستهلاك، و ذلك نظراً لعدم مشروعية الدخل الذي يخضع لعملية غسيل الأموال و لا تنتج لعمل أو جهد انتاجي حقيقي جاد لإصحابها، حيث أنهم لا يقدرونه حق قدره، و بالتالي لا يحرصون على تحقيق التعادل فيما بين المنفعة الحدية للأموال و المنفعة الحدية للسلع و الخدمات المستهلكة .. أي بمعنى .. أنه ينعدم ترشيد الاستهلاك؛ حيث تتسم التصرفات الاستهلاكية و أنماط الانفاق بالسفه و البذير و المجالات المحرمة و الضارة الأخرى.

9. تأثير عملية غسيل الأموال على قيمة العملة الوطنية، و التي بدورها تأثر سلباً على قيمة العملة الوطنية، و ذلك نظراً للارتباط الوثيق بين العملة الوطنية و تهريب الأموال إلى الخارج، و ما يعني ذلك من زيادة عرض العملة الوطنية مع زيادة الطلب على العملات الأجنبية؛ حيث يتم تحويل الأموال المهربة بقصد إيداعها في الخارج، سواءً في أحد المصارف أو بغرض الاستثمار في الخارج، و غيرها من الطُرق، و مما لا شك فيه أن النتيجة الحتمية لذلك؛ هي انخفاض قيمة العملة الوطنية مقابل العملات الأجنبية .. أي بمعنى .. أن عملية غسيل الأموال بهذه الكيفية تساهم في تدهور قيمة العملة الوطنية، و هذا ما يساعد بدوره على زيادة التضخم؛ مما يُعرض أسواق المال وأيضاً بورصة الأوراق المالية لأزمات قد تؤدي إلى انهيارها، مما يوجب التصدي لها لحماية هذه العملية.

مخرج ختامي

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الأمن القومي للدول أصبح يواجه تحديات كبيرة تفرزها الجرائم المستحدثة بشكليها .. المباشر و غير المباشر .. و بمظاهرها المختلفة الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و السياسية، نتيجة تسارع تدفق مسارات العولمة في شبكة العصابات المنظمة.

و بهذا نجد أنه قد تزايد الاهتمام في الآونة الأخيرة بالجرائم المستحدثة، و لا سيما بعد أن ظهرت أنماط جديدة منها لم تُعرف من قبل، كما أن بعض الجرائم التقليدية ظهرت بأساليب حديثة في طُرق ارتكابها و باستعمالها تقنيات متطورة في سبيل الوصول إلى أهدافها الإجرامية، و قد أظهرت الاحصائيات أعداداً متزايدة من هذا المد الإجرامي.

و كان من طبيعة هذه الجرائم؛ إنها معقدة في طُرق ارتكابها، و في وسائل كشفها، مما جعل المجتمعات تعيش حالةً من الأرق و القلق إزاء هذا الخطر الداهم الذي ينبغي التصدي له.

ختاماً .. نخلص إلى حقيقة قائمة، أن تطور الزمن و ظهور التكنولوجي و العولمة و التقدم، قد أوجد أنماطاً مستحدثة من الاعتداءات، و التي من شأنها أن تمس جانباً من جوانب الحياة اقتصادياً و اجتماعياً و ثقافياً، و حتى سياسياً، لتصبح بذلك الجريمة و أركانها في تقدم ملحوظ، بل و اتخذت أبعاداً جديدة لم تكن موجودة من ذي قبل، حيث لم تكن الحدود الوطنية حاجزاً أمامها، بل تجاوزتها لتعبر بذلك الحدود، لتصبح دولية النفوذ و السيطرة، و لذلك يكون إلزاماً تضافر الجهود محلياً و إقليمياً، و حتى دولياً للتصدي لهذه التحديات التي تمثلها الجرائم المستحدثة، لأنها أضحت تهدد العلم في أمنه وسلمه، لِما لها من آثار سلبية عميقة، و في دراستنا هذه استطعنا التعرف على الجرائم المستحدثة و خصائصها، و إلقاء الضوء على أحد عناصرها المتمثل في غسيل الأموال القذرة، و منها إلى تبيين الآثار المترتبة من جرائها على الأمن القومي من خلال أبعاده على المجتمعات، لتصبح عامةً على مستوى الدول.

حيث أن الجرائم المستحدثة، و لا سيما تلك المتصلة بالحاسب الآلي، و شبكة الأنترنت، و الجرائم المنظمة و التي على رأسها عمليات غسيل الأموال القذرة، بيد أن أنماط الجريمة التي ترتبط بالتطور و

بالتحولات الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية التي تمر بها المجتمعات البشرية، فإنه من المتوقع أن تتنوع أنماط الجرائم المستحدثة في أشكال جديدة، و ذلك نظراً لِما يمر به مجتمعنا العربي من تغيرات و تقلبات اقتصادية و اجتماعية و سياسية، و هذا ما يستدعي ضرورة التوسع في انتهاج سياسية حديثة .. سياسية وقائية .. لتُحاكي حجم التطور التقني للجرائم المستحدثة.

كما أود أن أنوه للإخوة الباحثين بأن لموضوع هذا البحث من الأهمية بمكان؛ حيث ينبغي أن تتوجه إليه الجهود و يحظى بالعناية و الاهتمام .. فبهذا نوصي في جُملة التوصيات التي تلي في نهاية هذه الدراسةِ سرداً.

النتـائـج

1. إن الدخل الناتج عن الجرائم المستحدثة، يؤدي إلى افساد المناخ الاستثماري، و احتكار أصحابها للسوق؛ فلا تقوى المشروعات الناتجة عن مصدر مشروع على الصمود و المنافسة أمامها.

2. إن اشتهار دولة أنها متساهلة مع المال القذر، من شأنه أن يفقدها باقي الاستثمارات الجادة، و ذلك نظراً لخشيان الشركات متعددة الجنسيات ما قد يلحق بسمعتها من أضرار إذا استثمرت في تلك الدولة.

3. الأضرار بسمعة الدولة التي تمارس فيها تلك العمليات غير المشروعة من الجرائم المستحدثة، من شأنه أن يكون سبباً لانعدام ثقة الأفراد و المؤسسات في الجهاز المصرفي المتعامل مع المال غير المشروع، فيجبوا عن التعامل معها.

4. إن اتجاه أصحاب المال غير المشروع إلى تهريب الأموال خارج البلاد لإتمام عملية غسيل الأموال، من شأنه أن يؤدي إلى كساد الاقتصاد الوطني، بدلاً من رواجه.

5. إن عملية غسيل الأموال تُحدث اضطراباً بالأسواق العالمية، و ذلك من خلال المضاربات و غيرها من الوسائل، مما يؤثر على الكيان الاقتصادي العالمي، الأمر الذي يضر بالدول الصغيرة النامية و باقتصادها، مما يدفع الدول الكبرى إلى وضع قيود و عقوبات على الدولة التي تعج بمثل هذه الجرائم المستحدثة "غسيل الأموال"، و ذلك بفرض قيود على صادراتها و وارداتها، و قد يصل مستوى تلك العقوبات إلى مرحلة تجميد ارصدتها لديها.

التـوصـيـات

1. تعريف و توصيف الجرائم المستحدثة، و التأكد من سد الفراغ التشريعي (إن وجد) في مجال الجرائم المستحدثة.

2. التأكيد على أهمية التوعية الوقائية بجميع الوسائل الممكنة الرسمية و غير الرسمية.

3. الاستخدام الأمثل لوسائل الإعلام المختلفة؛ بطرية تضمن و تحقق رفع الوازع الديني لأفراد المجتمع لتسمو بالأخلاق، و تحقق ردعاً عاماً بنشر مخاطر الجرائم المستحدثة و اضرارها.

4. تضمين المناهج الأمنية بالتحديثات اللازمة في مجال الجرائم المستحدثة في المراكز و المعاهد و الكليات الأمنية.

5. أهمية إنشاء أقسام حديثة و متخصصة في أجهزة الأمن القومي؛ تُعنى بالجرائم المستحدثة.

6. إنشاء استراتيجية عربية مشتركة من خلال السياسية الوقائية لمواجهة الجرائم المستحدثة.

المـــراجـــع

1. د. سيد شوربجي فضل المولى .. تأثير الجريمة على خطط التنمية الاقتصادية و الاجتماعية في الوطن العربي، المركز العربي للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض، 2006.

2. د. سيد شوربجي فضل المولى .. مواجهة الجرائم الاقتصادية في الدول العربية، اكاديمية نايف للعلوم الأمنية، ط1 2006.

3. د. عادل يوسف حاج علي .. أثر الوقت على التنمية و الأمن، 2010.

4. فريق شرطة د. عباس أبو شامة .. التعريف بالظواهر الإجرامية المستحدثة، حجمها و أبعادها و نشاطها في الدول العربية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999.

5. د. عطية السيد فياض .. جريمة غسيل الأموال في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، دار النشر للجامعات، القاهرة، 2004.

6. د. إبراهيم حسن عبد الرحيم الملا .. المواجهة الجنائية لجريمة غسل الأموال، دراسة مقارنة، دار القلم للنشر و التوزيع، الامارات العربية، ط1 2009.

7. د. أحمد سليمان الزغاليل .. الجهود الدولية لمكافحة الاتجار بالبشر، ورقة مقدمة لمؤتمر الاتجار بالبشر، أبوظبي 2005.

8. فريق شرطة، أحمد حسن محمد عثمان أبو هالة .. الجريمة المنظمة، و أسبابها تنظيماتها، و أنشطتها، و مكافحتها، ووضعها في السودان، حصاد للطباعة، 2006.

9. د. جمال مختار حمزة .. رؤية نفسية اجتماعية للجريمة الاقتصادية في مصر، المركز القومي للبحوث الجنائية و الاقتصادية، القاهرة.

10. د. جمال رجب سيدبي .. المخدرات و الأمن الاجتماعي، الآثار الاقتصادية و الاجتماعية للادمان، الندوة العلمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2009.

11. د. سامية حسن الساعاتي .. الجريمة و المجتمع، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ط1 1999.

12. الأمم المتحدة .. اتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المنعقدة في مدينة باليرمو الإيطالية، ديسمبر2000.

13. القانون الدولي .. وثائق الأمم المتحدة،
https://research.un.org/ar/docs/law/ga.

14. مجلس الأمن .. الأمم المتحدة،
https://www.un.org/securitycouncil/ar.

15. تقارير محكمة العدل الدولية .. محكمة العدل الدولية،
https://www.icj-cij.org/ar.

دور القاضي الاستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية

د/ نرجس صفو
أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة محمد لمين دباغين–سطيف– الجزائر

الملخص

أمام تنامي الأهمية الاقتصادية والقانونية للصفقات العمومية في الجزائر، لاسيما في ظل تشجيع سياسة الاستثمار التي تنتهجها الدولة؛ وبسبب الانتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة التي يفرضها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتي يصعب في الكثير من الأحيان كشفها أو تداركها. حذا المشرع الجزائري نحو محاولة إيجاد وسيلة وقائية يمكن استعمالها في مراحل مبكرة من إبرام العقود والصفقات العمومية، من خلال استحداثه للدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد لمواجهة المنازعات الناشئة عن الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة. وهو ما يدعونا إلى دراسة مجالها وآثارها للوقوف على مدى فعاليتها كوسيلة تصحيحية للرقابة ومكافحة كافة أشكال الفساد في مجال العقود الإدارية، بالنظر إلى توقيت استعمالها ونوع الصلاحيات المهمة الممنوحة للقاضي ألاستعجالي غير المألوفة في القضاء العادي.

الكلمات المفتاحية: الصفقات العمومية، القاضي ألاستعجالي، مبدأ المنافسة، العقود الإدارية.

Résumé :

Face au regain d'intérêt économique et juridique pour les marchés publics en Algérie -notamment à la lumière de l'encouragement de la politique d'investissement adoptée par l'Etat - et en raison des violations graves des règles de concurrence et du caractère public, édictées par le décret présidentiel n°15-247 portant

réglementation des marchés publics, qui sont difficiles à démasquer ou à rattraper dans la plupart des cas ; le législateur algérien s'est orienté vers la tentative de trouver un moyen préventif pouvant être employé à des étapes précoces de conclusions des contrats et marchés publics, en mettant au point l'instance de référé qui précède la conclusion du contrat, afin de parer aux litiges résultant des infractions aux règles de publicité et de concurrence. Ceci nous invite à étudier leurs domaine d'action et leurs effets, pour évaluer leur efficacité en tant que moyen de mise au point du contrôle et de la lutte contre toutes formes de corruption en matière de contrats administratifs, au vu du timing de leur utilisation et le type de prérogatives importantes dévolues au juge des référés qui sont pour le moins inhabituelles par rapport à la justice ordinaire.

Mots clés: les marchés publics, Juge des référés, Principe de concurrence, Contrats administratifs.

Abstract:

In order to meet the renewed economic and legal interest for (public) procurement contracts in Algeria - especially in the light of the encouragement of investment policy adopted by the State - and because of serious infringements to competition and public character rules, enacted by the Presidential Decree No. 15-247 carrying out the regulation of procurement contracts, which are difficult to uncover or to catch up in most of cases; the Algerian legislator is opting for the attempt to find a preventive mean which may be used at the early stages of conclusions of procurement contracts, through the institution of summary proceedings before the conclusion of the contract in order to counter the disputes arising from violation of the rules on advertising and competition. This leads us to study their field of action

and their effects, to evaluate to what extent are they effective as a mean for control remedial and for the fight against all forms of corruption relating to the field of administrative contracts, given the timing of their use and the type of important prerogatives assigned to the summary proceedings judge, that are unusual in ordinary justice.

Key words: Procurement contracts, proceedings judge, Principle of competition, administrative contracts

مقدمة

من أهم العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد الصفقات العمومية التي تكتسي أهمية كبيرة في مجال تنفيذ المشاريع العمومية وبرامج التنمية. وقد أولى لها المشرع الجزائري عناية خاصة باستحداثه قواعد قانونية تبرز إرادته في تدارك القصور الذي كان يشوب المنازعة الادارية في العديد من المواطن وعدم قدرة القاضي العادي على التحكم فيها.

وقد ترجم حرص المشرع الجزائري على توفير نظام قانوني خاص يحكم العمل التعاقدي، من خلال العديد من المراسيم الرئاسية والتنفيذية التي تتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والتي كانت تلغى وتعدل بين الحين والآخر بسبب التغيرات الاقتصادية والسياسية الطارئة التي تؤثر فيها بشكل مباشر الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تعديل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 في ظرف سنتين بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 ثم المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015.

وبما أن الصفقات العمومية تعد قسما مهما من أقسام العقود الادارية، يتطلب الأمر فرض منظومة قانونية متكاملة تكفل احترام قواعد الشفافية والنزاهة لتعلقها بالمال العام للدولة، من خلال حماية أهم المبادئ التي يفرضها قانون الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعاقد معها منعا للتمييز والمحاباة، وهما مبدأي العلانية والمنافسة.

ويقصد بمبدأ المنافسة فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام الصفقات العمومية وفق الشروط التي تضعها وتحددها مسبقا[1]. بمعنى أن تتعامل المصلحة المتعاقدة مع كل المتنافسين على قدم المساواة وأن تعطى ميزة تفضيلية لأحدهم على حساب آخر[2]. كما يتجسد مبدأ العلانية كمقدمة لفتح باب المنافسة العادلة في الدعوة إلى التعاقد من خلال الإعلان عن الصفقة في مختلف وسائل الإعلام.

---

[1] أنظر:

Gibal Michel, "Le Nouveau Code des Marches Publics, Une Réforme Composite " ***La Semaine Juridique, Juris Classeur Périodique,*** Edition générale, N°16-17, Paris, 2004, p.722.

[2] أقرت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 مغزى هذا المبدأ بقولها:

"إن المقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم إلى المناقصة العامة دون منع الإدارة لأحد أو حرمانه من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأي إجراء سواء كان عاما أ خاصا". راجع:

Lajoye Christophe, **Droit des Marches Publics**, Edition Berti, Alger, 2007, p.104

وعلى بينة من ذلك، وفي إطار الإصلاحات التي جاء بها كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 ومختلف القوانين التنظيمية المتعلقة بالصفقات العمومية [1]أكد المشرع الجزائري على احترام وحماية حرية المنافسة في هذا النوع من العقود الإدارية، مبررا دور القضاء الإداري الإستعجالي في هذا المجال، متداركا بذلك الفراغ التشريعي الذي كان سائدا باستحداثه دعوى جديدة تصحيحية وقائية سابقة على إبرام الصفقة كآلية لتفادي إنتهاك قواعد العلانية والمنافسة والمساواة التي يفرضها تنظيم الصفقات العمومية. من هذا المنطلق تبرز أهمية هذه الوسيلة المستحدثة والمتمثلة في الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي يحتم ضرورة البحث في آليات وإجراءات تكريس مبدأ حرية المنافسة إستنادا لهذه الدعوى. وهو ما يدعونا إلى التساؤل حول دور القضاء الاستعجالي في حماية مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية؟

للإجابة على هذه الاشكالية لا بد من معرفة النظام القانوني الذي يحكم الدعوى الاستعجالية استنادا إلى الإطار المفاهيمي للدعوى الاستعجالية في(النقطة الأولى)؛ نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية في (النقطة الثانية)؛ سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقد في (النقطة الثالثة)، وأخيراً مدى صحة الأمر الصادر في الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية (النقطة الرابعة).

[1] نصت على ذلك المواد 946 و947 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/23، والمواد 5، 61، 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 الصادر بتاريخ 2015/09/20.

أولا: الاطار المفاهيمي للدعوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

جاء قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 مؤكدا لدور القضاء الاداري الاستعجالي في الرقابة على اجراءات إبرام العقود الادارية والصفقات العمومية، نظرا لما يحيط بها من تجاوزات خطيرة لمبدأ حرية المنافسة في حالة وجود تعسف من جانب الادارة. كما سارع المشرع الجزائري في ظل الحركية الدائرة إلى سن العديد من القوانين التنظيمية لضمان حماية مبدأي العلانية والمنافسة في الصفقات العمومية، استنادا إلى الدعوى الاستعجالية الذي يستلزم الأمر البحث في مفهومها؛ مجال هذه الدعوى وأسباب تكريس المشرع الجزائري لها في هذه المرحلة بالذات، وأخيرا شروط إعمالها في مجال الصفقات العمومية.

1-تعريف القضاء الاستعجالي: أحجم المشرع الجزائري عن وضع تعريف محدد ودقيق للقضاء الاستعجالي معتمدا على تعاريف الفقهاء:

فقد عرفه الأستاذ مهند مختار نوح على أنه: "إجراء قضائي مستعجل من نوع خاص ذو أصل تشريعي أوربي، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الاجراءات القضائية العامة".[1]

وعرفه الأستاذ Merignhac بأنه: "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذها ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق".[2] فهو "الضرورة التي لا تحتمل تأخيرا، أو أنه الخطر المباشر الذي لا يكفي في إتقائه رفع الدعوى بالطريق المعتاد حتى مع تقصير المواعيد".[3]

ويعرف أيضا بأنه: "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتحقق من خلال اتباع الاجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطرا على حقوق الخصم أو تتضمن ضررا قد يتعذر تداركه وإصلاحه".[4]

---

[1] مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، دراسة مقارنة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص.841.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الاداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص.12.

[3] نفس المرجع، ص.13.

[4] بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة 1993، ص.32.

ويمكن تعريفه أيضا بأنه الفصل في المنازعة التي يخشى عليها من فوات الأوان فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين.[1]

فالقضاء المستعجل إذا هو قضاء مؤقت لا يمس بأصل الحق وفقا لما ورد في المادة 918 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص: "يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة، لا ينظر في أصل الحق ويفصل في أقرب الآجال". فهو مجموعة الاجراءات التي ترمي إلى الفصل بصورة مستعجلة وسريعة في المسائل المستعجلة أو في الحالات التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات عند مباشرة التنفيذ.[2]

2- مجال الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد: تجد الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد مصدرها في القانون الأوربي، حيث فرضت اللجنة الأوربية على الدول الأعضاء إيجاد دعوى قضائية فعالة تضمن بها احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية، في نطاق المنافسة والعلانية لصالح كل مرشح يتم إقصاءه بطريقة غير قانونية. فقد أدرج في التشريع الفرنسي بموجب القانون رقم 92-10 المؤرخ في 1992/01/04 المتعلق بالصفقات العمومية،[3] فيما اتسم التشريع الجزائري بفراغ وتهميش تشريعيين انعكسا سلبا على مبادئ العلانية والشفافية في مجال الصفقات العمومية.

فعلى مدى تعاقب النصوص القانونية التي سبقت قانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 لم يشر المشرع إلى هذا النوع من الطعن الاستعجالي،[4] إلى غاية صدور هذا القانون الأخير الذي نظم بموجب مادتيه 946 و947 الدعوى الاستعجالية تحت عنوان "الاستعجال في مادة العقود والصفقات" لمواجهة أي انتهاك للمبادئ المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية[5] الذي يحكمه المرسوم الرئاسي 15-247،

---

[1] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.12.

[2] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص.336.

[3] لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.268.

[4] تضمن قانون الإجراءات المدنية رقم 90-23 مادة وحيدة وهي المادة 171 التي نظمت أحكام القضاء ألاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم الاختلاف الكبير بينهما. ولم تتناول القوانين العضوية المنظمة لمجلس الدولة (98-01) والمحاكم الإدارية (98-02) ومحكمة التنازع (98-03) القضاء ألاستعجالي في المواد الإدارية إلى غاية صدور القانون رقم 08-09 المنظم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5] هذه المبادئ منصوص عليها في المواد 05،61،62،65 من القانون رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية.

حيث عرفها المشرع الجزائري في قوانين مختلفة،[1] كانت آخرها نص المادة 02 من هذا المرسوم وهي: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة". كماعرف المصلحة المتعاقدة في المادة 06 من المرسوم نفسه وهي "الهيئات والادارات العمومية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الاقليمية".

ويكمن إصرار المشرع على إعطاء تعريف دقيق للصفقات العمومية يميّزها عن باقي العقود الأخرى، في حرصه الشديد على إخضاعها لطرق إبرام خاصة وإجراءات معقدة؛ كما أنها تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية كونها تتيح لجهة الادارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات الاستثنائية مما يستلزم مجابهتها بوسائل قانونية ردعية سابقة للإبرام عن طريق تقنين الدعوى الاستعجالية.

3-**شروط رفع الدعوى الاستعجالية:** يجب أن تتوافر في الدعوى الاستعجالية الادارية الشروط التالية:

أ.**حالة الإستعجال:** رغم اعتبار الاستعجال كشرط رئيسي جوهري للاختصاص النوعي للتقاضي الاستعجالي،[2] إلا أن المشرع الجزائري لم يعرف لفظ الاستعجال، بل اكتفى بتعيين نوع الدعاوى التي يرتب لها حكما بوصفه بهذه الصفة.

وعليه، يملك القاضي الفاصل في الدعوى الاستعجالية سلطة تقدير حالة الاستعجال التي تستمد كيانها من الظروف المحيطة بالحق وبالدعوى المرفوعة من لأجل حمايته. وأية محاولة من المشرع لتعريف حالة

---

[1] وردت تعريفات الصفقات العمومية ضمن العديد من القوانين حسب التدرج الزمني التالي:

- الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات (المادة 01)
- المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي (المادة 03)
- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (المادة 03)
- المرسوم الرئاسي رقم 02-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (المادة 03)
- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (المادة 04)

[2] نص المادة 919 من القانون رقم 08-09: "...يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار".

الاستعجال وصياغتها بطريقة حصرية تعني تقييد سلطة القاضي، لأن هذا الأخير هو الأقرب لمعايشة الواقع من المشرع الذي لا يستطيع إحصاء جميع حالات الاستعجال.[1]

حيث تتغير حالة الاستعجال من قضية لأخرى وتتأثر بظروف الزمان والمكان، وتتلازم مع التطور الاجتماعي في الأزمنة المختلفة ولا يوجد معيار ثابت لتقديرها. ويستخلص القاضي حالة الاستعجال من وقائع الدعوى وظروفها، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا عند تقدير ثبوت الوقائع المستعجلة؛ حيث تقتصر الرقابة على مدى ربط الوقائع بالقانون.

ففي الدعوى الاستعجالية السابقة للتعاقد، يجب على القاضي الاداري التأكد من مدى وجود حق للمدعي يخشى ضياعه إن تم إبرام الصفقة وبدى في تنفيذها، يجب حمايته لأمن الخصوم ومن احتمال وجود مساس بالتزامات الاشهار والمنافسة طبقا لما قررته المادة 946 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ب.**عدم المساس بأصل الحق:** المقصود بأصل الحق هو كل ما يتعلق بالحق وجودا أو عدما، فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها المتعاقدان.

فالقاضي الاستعجالي يتدخل لاتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية دون المساس بأصل الحق، فهو لا يتناول الحق المراد حمايته بالتفسير والتأويل ولا بقدر أسانيد الخصوم من حيث قيمتها القانونية، بل عليه فحص المستندات واستخلاص منها الطرف الأجدر بالحماية المؤقتة لحقوقه.[2] وإذا ما رفعت دعوى بطلبات موضوعية، فإنها تكون خارجة عن اختصاصاته.

ومع ذلك، فالقاضي الاستعجالي مكلف بالبحث عن منازعات الطرفين ليتوصل لتحديد اختصاصه، فإذا كان ممنوع من التعرض لأصل الحق فلا يمنع من تفحص الموضوع وأصل الحق ظاهريا لاتخاذ الإجراء الوقتي المطلوب منه. فهل تعد الأوامر التي يملك القاضي الاستعجالي توجيهها إلى المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية، من أجل الإمتثال لقواعد الاشهار والمنافسة بمثابة مساس بأصل الحق يضفي على الدعوى الاستعجالية طابعا موضوعيا أو شبه استعجالي؟

[1] مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.19.

[2] المادة 918 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: نطاق إختصاص القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية

بعد أن تأكد وجود فراغ تشريعي لدعوى تصحيحية وقائية سابقة على إبرام العقد، تدخل المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ليؤكد إختصاص القضاء الإداري الإستعجالي، رغبة منه في تأمين أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة عند إبرام الصفقة، حيث يمثل أي إخلال من جانب المصلحة المتعاقدة بالشروط المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية خرقا وتجاوزا لإلتزامات المنافسة بين المتعاملين يستحق مواجهته بالدعوة الإستعجالية وهو ما يحتم علينا معرفة موضوعها، أطرافها وإجراءاتها.

1-من حيث موضوع الدعوى: يقصد بالتزامات الاشهار هو إلتزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة، حتى يتسنى للمستثمرين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت والشكل المطلوب.[1] كما يقتضي مبدأ المنافسة فسح المجال أمام المرشحين دون تفرقة أو إقصاء لتقديم عروضهم.[2]

وقد وجدت الدعوى الإستعجالية للتصدي للتجاوزات الواقعة على إبرام الصفقات العمومية، ووضع قواعد فعالة في حالة وجود إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة بين المتعاملين الذي يتحقق في عدة صور منها:

أ. **الإخلال بقواعد الإعلان عن الصفقة:** تبرم الصفقة العمومية –كقاعدة عامة– وفق أسلوب التراضي أو أسلوب طلب العروض للحصول على أكثر عدد منها والتمكن من إختيار الأفضل، ويفرض هذا الأسلوب الأخير إحترام واجب الإشهار، أي إلزام المصلحة المتعاقدة بضرورة الإعلان عن الصفقة وعن المنح المؤقت لها –عندما يكون ذلك ممكنا– تحقيقا لمبدأ حرية المنافسة.

وقد نظم المشرع هذه العملية في المواد من 61 إلى 65 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/20 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، حيث ألزم أن يتم الإعلان عن الصفقة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، ويتم الأمر عمليا عن طرق الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ANEP المكلفة بعملية النشر في الصحف الوطنية، وفي جريدتين يوميتين

[1] عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.204.

[2] المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني أو المحلي أو الجهوي تطبيقا للمادة 65 من قانون الصفقات العمومية[1].

ويجب تضمين الإعلان البيانات الإلزامية للصفقة، أي كل ما يتعلق بموضوعها والهيئة التي أعلنت عنها وشروطها بحسب ما نصت عليه المادة 62 من نفس القانون، وكذا المعايير التي أختير على أساسها المترشح الفائز مع دعوة بقية المترشحين للإطلاع على النتائج المفصلة لتقييم العروض والمبينة في المواد 51 و65 من قانون الصفقات العمومية.

ومقارنة بالنصوص السابقة المنضمة للصفقات العمومية، جاءت بيانات الإعلان أكثر دقة ووضوحا في أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وعلى المصالح المتعاقدة إحترام الشروط المعلن عنها من حيث المدة والكيفية وإلا ترتب على ذلك بطلان طلب العروض.[2] حيث يعد الإعلان إجراء شكلي جوهري لتوفير مجال حقيقي للمنافسة، تلتزم المصالح المتعاقدة بمراعاته في كل أشكال طلب العروض المفتوح أو المحدودة، وكذلك لو رغبت في التعاقد بأسلوب إتباع الإستشارة الإنتقائية أو المسابقة.[3]

كما حرص المشرع على النشر الإلكتروني نظراً لأهميته من الناحية العملية، ومسايرة منه للتطور العلمي الحديث. فنص في المادتين 203، 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على تأسيس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية تسير بالإشراك بين وزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيا الإعلام والإتصال، وذلك لتمكين المصالح المتعاقدة من وضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية. دون إلزامها بذلك كما هو الوضع في الإعلان الصحفي والإعلان في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي. حيث لم يكتف المشرع بإلزام المصالح المتعاقدة باللجوء إلى أسلوب

---

[1] المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[2] لقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الشكليات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى انتهاك قواعد العلانية والمنافسة، والأشكال الثانوية التي لا تؤثر فعليا على العقد والتي يمكن تصحيحها دون اللجوء إلى القاضي الإستعجالي. وهنا لم يرتب مجلس الدولة الفرنسي البطلان إذا لم يتضمن الإعلان أحد البيانات التي تضمنها تشريع الصفقات العمومي. أنظر: محمد الصغير،ص.4

[3] تنص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على:

يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية:

- طلب العروض المفتوح.
- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا.
- طلب العروض المحدود.
- المسابقة.
- التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء

طلب العروض، بل فرض عليها نشر الإعلان ووجوب وصوله إلى المعنيين سواء عن طريق الإشهار الصحفي وحتى الإلكتروني.

ب. **الإخلال بطرق إبرام الصفقة**: حدد المشرع الجزائري كيفيات إبرام الصفقات العمومية التي تتم وفقا لأسلوب طلب العروض كقاعدة عامة، وطريقة التراضي إستثناءً، من المادة 39 إلى المادة 52 من قانون الصفقات العمومية رقم 15-247.

ونصت المادة 05 من نفس القانون أن الهدف من وضع هذه الآليات هو ضمان التوازن بين حماية المال العام ونجاعة الطلبات المقدمة، الذي يراعى فيه مبدأ حرية المنافسة الذي يتحقق بالمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات.

وبالتالي يؤدي سوء إستخدام تقنيات الإبرام أو إجراءاته إلى خرق قواعد المنافسة، كامتناع الإدارة عن تمكين المترشحين من بعض الوثائق الضرورية كدفتر الشروط، أو إستخدام أسلوب التراضي في غير الحالات المحددة على سبيل الحصر، أو إستبعاد بعض المترشحين دون وجه حق. وهو ما يطلق عليه المشرع الجزائري مصطلح "الإقصاء" ... وغيرها من الحالات التي تعطي الحق للمترشح برفع الدعوى الإستعجالية، إذا ما طبقت الإدارة إحدى هذه الإجراءات دون وجه حق.

ج. **الإخلال بقواعد إختيار المتعاقد**: وضع المشرع الجزائري معايير إختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة، في المواد من 53 إلى المادة 58 من قانون تنظيم الصفقات العمومية للتأكد من مؤهلات المترشحين. وتكريسا لمبدأي المنافسة والشفافية منعت المادة 80 من ذات القانون المصلحة المتعاقدة من التفاوض مع المتعهدين في مرحلة طلب العروض لإختيار الشريك المتعاقد، أو تعديل العروض في حالة الطلب من المتعهدين توضيح محتواها كتابيا.

2- من حيث أطراف الدعوى وإجراءاتها:

أ. **المدعي والمدعى عليه**: بإعتبار أن أطراف الدعوى الإستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية هم أطراف الصفقة، ولما كان موضوع الدعوى منصب على الإخلال بالتزامات العلانية والإشهار تجسيدا لمبدأ المنافسة، فذلك يعني أن الإخلال لا يكون إلا من جانب المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة المدعى عليها، والمدعي هو المتعامل المتعاقد المتضرر من هذا الإخلال وهو حتما من الأشخاص المترشحين الذين قدمو عروضا مادمنا في مرحلة الإبرام.

وباعتبار الصفقة عقد من عقود الإذعان، تخضع الدعوى الإستعجالية فيها لذات الشروط العامة في رفع الدعوى الإستعجالية الإدارية. حيث تنص المادتين 946 و947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 أنه يمكن لكل ذي مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر منه، إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات العمومية قبل إبرام العقد أو بعده.

وتعد الصفة من خصائص المصلحة التي يجب أن تكون شخصية ومباشرة في العلاقة التي تربط بين أطراف الدعوى وموضوعها. فلا تقبل الدعوى إلا إذا كان المدعي يدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه[1] في إبرام الصفقة، ليكتسي بذلك صفة لتحريك الدعوى الاستعجالية بناءً على المصلحة الخاصة أو بحكم القانون.

حيث تثبت الصفة بناءً على المصلحة لجميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام الصفقة العمومية، أي كل مترشح تضرر من الإخلال بقواعد الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام الصفقات العمومية طبقا للفقرة الثانية من المادة 946 من القانون رقم 08-09.[2] فالطاعن غير ملزم باثبات الضرر، بل يكفي أن يثبت تفويت الفرصة عليه للحصول على الصفقة لولا الاخلال بمبدأي العلانية والأشهار.

في حين تثبت الصفة بحكم القانون لكل جهة رسمية منح لها القانون صراحة الحق في تحريك الدعوى الاستعجالية حماية لشفافية الصفقة والمال العام ومكافحة الفساد. فقد خولت الفقرة الثانية من المادة 946 للوالي باعتباره ممثلا للدولة على مستوى الولاية إخطار المحكمة الإدارية في حال الإخلال بالتزامات الاشهار والمنافسة سواء قبل إبرام العقد أو بعده من طرف جماعة اقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

أما المدعى عليه في هذه الدعوى، فهو المصلحة المتعاقدة التي أخلت بالتزامات الإشهار والمنافسة، المحددة في المادة 6 من قانون تنظيم الصفقات العمومية وهي:

- الدولة.
- الجماعات الإقليمية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

[1] مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.19.

[2] تنص المادة 2/946 من القانون 08-09: "...يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد".

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

فيكون المشرع بذلك قد أزال اللبس الذي كان يعتري المادة 02 من المرسوم رقم 10-236 التي لم تكن تميز بين الصفقة المبرمة من طرف الإدارات العامة وتلك التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري، بإعتبار هذه الأخيرة لا تعد عقوداً إدارية إعمالا للمعيار العضوي الذي يطبقه المشرع الجزائري في إنعقاد الإختصاص للقضاء الإداري، هذا الأخير الذي سيحكم بعدم الإختصاص وهو ما أثر سلبا على إختصاصه كقاضي إستعجال.

ب.إجراءات الدعوى: يقتضي الطابع الوقائي للدعوى الإستعجالية، أن ترفع هذه الأخيرة قبل إبرام الصفقة العمومية من أجل تصحيح المخالفات التي تمس بمبدأي الإشهار والمنافسة في مرحلة متقدمة درءا للضرر غير القابل للإصلاح فيما بعد.

لكن لم ينص المشرع الجزائري على أجل محدد لرفع الدعوى، وإكتفى بالنص في الفقرة الثالثة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والادارية على جواز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.[1] وهو ما يؤكد أن المجال الزمني لرفع الدعوى الإستعجالية يجب أن ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية. فيضع بذلك هذا الشرط حدوداً لمنع التداخل بين إختصاص القاضي الإداري كقاضي إلغاء، وإختصاصه كقاضي إستعجال، وعدم تجاوزه لقاضي الموضوع الذي يثار الطعن أمامه لاحقاً إذا تم إبرام العقد.

إذ يهدف الطعن القضائي الإستعجالي إلى حماية وإصلاح المخالفات في قواعد إبرام الصفقات العمومية من خلال إلزام المصلحة المتعاقدة بإحترام قواعد المنافسة والعلانية قبل إتمام الصفقة، في إطار إجرءات تتسم بالسرعة والبساطة، فهو ليس إجراء علاجي يهدف إلى إلغاء قرار إداري، بل إجراء وقائي يتم قبل إبرام الصفقة، وإذا تم بعد ذلك يُرفض. لكن إذا أبرم العقد بعد تحريك القاضي للدعوى لا يقضي برفضها وإنما يقضي بألاوجه لإقامتها.

[1] يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "يجوز" التي كانت موجودة بالنص النص الفرنسي تم استبدالها بعبارة "يتم تحريك القاضي". راجع المادة 551 من الأمر رقم 515-2009 الصادر بتاريخ 07 ماي 2009.

وبالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والادارية، يلاحظ وجود تناقض بينها وبين الفقرة التي تليها مباشرة، لأنها تمنح لممثل الدولة على مستوى الولاية حق الطعن في العقود التي أبرمت أو ستبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. والثابث أن إختصاص قاضي الإستعجال يتوقف عندما يبدأ إختصاص قاضي الموضوع، وهو ما يثير التساؤل حول هذا المسلك.

وتمر الدعوى الإستعجالية بعدة مراحل تبدأ من التحقيق في الطلب المقدم الذي يكون أكثر صعوبة إذا ما تعلق الأمر بالإخلال بقواعد المنافسة.[1] حيث يقع على عاتق الطاعن رفع الدعوى عن طريق عريضة مؤرخة وموقعة من طرف محام، تتضمن البيانات الواردة في نص المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تبلغ للمصلحة المتعاقدة ويسمح بتبادل المذكرات والعرائض، لكن تكون الآجال قصيرة تناسبا مع الطبيعة الإستعجالية للدعوى.[2]

وبالنظر إلى السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي الإستعجالي، تكون الجلسة العلنية إجبارية، يمكن خلالها للأطراف أن يقدموا ملاحظاتهم الشفوية وكذا دفوعهم أو أي وثائق جديدة. ويفصل قاضي الإستعجال وفقا لإجراءات وجاهية كتابية أو شفوية،[3] ويجب إعلام الأطراف بطلبات الخصم وتبليغهم بكل المذكرات والوثائق الإضافية المقدمة من طرف هذا الأخير.[4]

وينتهي التحقيق بصدور القرار من طرف القاضي الإستعجالي الذي يتمتع بسلطات واسعة تتجاوز أحيانا سلطات قاضي الموضوع، قد تصل إلى إتخاذه تدابير نهائية تمكنه من تسوية النزاع في الموضوع وهي سلطات لا يتمتع بها القاضي الإستعجالي العادي الذي لا ينظر إلى أصل الحق، وهو ما يعزز الطابع الموضوعي لهذه الدعوى ويجعلها من طبيعة شبه إستعجالية. والذي سنقف عليه بعد عرض السلطات التي يتمتع بها القاصي الإستعجالي في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية في النقطة الموالية.

---

[1] أنظر :

Finalteri Christian, "La prévention de la Corruption dans les Marchés Publics", Examen des Moyens Juridiques et Institutionnelles, Thèse de doctorat, Université Di Corsica, 2000, p.355.

[2] المادة 928 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] المادة 923 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] المادة 931 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: سلطات القاضي الإداري في الدعوى الإستعجالية ما التعاقد:

يتمتع القاضي الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية بسلطات واسعة، تبرز في حالة تأكيد ثبوت المخالفة في حق الادارة العامة،[1] تمكنه من رقابة الإدارة العامة في مرحلة الإبرام، منحت له بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما المادة 946 منه والتي تتمثل في:

1-سلطة توجيه الأوامر: يعد الأمر القضائي في الدعوى الإستعجالية قبل التعاقدية إجراء قضائي مستعجل خاص ذو أصل تشريعي أوربي[2] يهدف إلى حماية قواعد الإشهار والمنافسة قبل إبرام العقد. وقد ظل القضاء الجزائري إلى وقت ليس ببعيد ممتنعا عن توجيه أوامر للإدارة،[3] إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذى أتى بأحكام جديدة في مجال تدعيم سلطات القاضي الإداري -بعد أن تبناه نظيره الفرنسي- وأكد على إمكانية توجيهه أوامر للإدارة في العديد من المواضيع، ومنها الأوامر الخاصة بموضوع الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 946 من القانون 08-09 والتي تنص: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالإمتثال لإلتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه".

وهو ما يعني أن القاضي الإستعجالي أصبح يملك مكنة توجيه أمر للإدارة موضوعها تعديل المصلحة المتعاقدة للإجراءات والعمليات المشوبة بإخلال قواعد العلانية والمنافسة، كأن يأمرها بالإعلان عن الصفقة أو إعادة نشرها مستوفية لبياناته الإلزامية. أو يوجه لها أمرا بقبول مرشح مقصى من دخول الصفقة دون وجه حق. وهو ما يسمح له بالتدخل في أصل الحق خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الإستعجالي؛ مما يؤكد الطبيعة "شبه الإستعجالية" لهذه الدعوى.

---

[1] عبد الكريم بودريوة، إشكالات القضاء الاداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع حول القضاء الاستعجالي الاداري، 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، ص. 08.

[2] المادة 918 من من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] يمنع المبدأ التقليدي الذي كان سائدا في فرنسا توجيه أوامر للإدارة بحكم الفصل بين السلطات، لكن تدخل المشرع الفرنسي وأصدر قانونا بتاريخ 1995/02/08، يسمح بمقتضاه للقاضي توجيه أوامر للإدارة. راجع:

Martine Lombard, Droit Administratif, 4éme édition, Dalloz, Paris, 2001, p.25.

2- سلطة فرض الغرامة التهديدية: الغرامة التهديدية وسيلة قانونية أقرها المشرع الجزائري صراحة في المواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[1] تهدف إلى ضمان تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية، ويستطيع من خلالها القاضي الإداري الضغط على الإدارة الممتنعة عن التنفيذ بالتزامها بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ مالي معين عن كل فترة زمنية في تأخير تنفيذ الإلتزام.

وقد منحت الفقرة 05 من المادة 946 من القانون 08-09 للقاضي الإداري الإستعجالي -في إطار تدعيم سلطاته في مادة إبرام الصفقات العمومية- سلطة توجيه الغرامة التهديدية في حالة إمتناع أو تأخر المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ الأوامر الصادرة بموجب الفقرة 04 من ذات المادة، وتسري هذه الغرامة من تاريخ إنقضاء الأجل المحدد للخضوع والإمتثال لقواعد العلانية والمنافسة.

إذا لا توقع سلطة توقيع الغرامة التهديدية إلا في حالة إنقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة بعد توجيهها الأمر بالإمتثال لإلتزامات الإشهار والمنافسة، بمعنى عدم إمكان الجمع بين سلطتي توجيه الأمر وتوقيع الغرامة التهديدية، وحتى يتم توقيعها لابد من ثبوت المخالفة في حق المصلحة المتعاقدة الذي لا يتحقق إلا بالنظر في موضوع الدعوى وهو ما قد يشكل مساسا بأصل الحق. لتتأكد مرة أخرى الطبيعة شبه الإستعجالية للدعوى المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

3- سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة: منحت الفقرة 06 من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء الصفقة لمدة لا تتجاوز 20 يوما، بمجرد رفع دعوى إستعجالية في حالة عدم الإلتزام بإجراءات الإشهار والمنافسة أمام المحكمة الإدارية التي لها السلطة التقديرية في ذلك. ويعد هذا التأجيل وسيلة ضغط على الإدارة للوفاء بالتزاماتها، وهي سلطة خطيرة قد تؤدي إلى شل العملية التعاقدية بين الطرفين مما يؤثر سلباً على سير المرفق العام.[2]

وخلافا لسلطتي توجيه الأمر وفرض الغرامة التهديدية، فإن سلطة الأمر بتأجيل الصفقة، جعلت من الدعوى الإستعجالية دعوى وقائية محضة يباشرها القاضي بمجرد إخطاره دون حاجته للتأكد من مدى ثبوت المخالفة، أي دون النظر في أصل الحق الذي يتنافى مع شروط الإستعجال. حيث لا يجدي نفعا

[1] صدر قرار في 2008/04/08 في قضية السيدة "ك.م" ضد وزارة التربية الوطنية، قضى بأنه: "لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بغرامة تهديديه لإنعدام النص القانوني الصريح" راجع: لحسن بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص.12.

[2] إستقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها "مبلغ مالي يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ إلتزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناءً على طلب الدائن".

رفعها بعد توقيع العقد، فربما تبدأ الادارة في تنفيذ المشروع لتواري المخالفات التي ارتكبتها بشأن مبدأي المنافسة والاشهار، فتفلت بذلك من الرقابة.[1]

إذا تسمح هذه الدعوى للقاضي إما بإتخاذ تدابير مؤقتة دون الفصل في الموضوع مثل الأمر بتأجيل إبرام العقد، أو إتخاذ تدابير نهائية كالأمر بإعادة الإجراءات أو الحكم بغرامة تهديدية، فيفصل هنا بأكثر مما طلب منه ويأمر المصلحة المتعاقدة بالإمتثال لإلتزاماتها المطابقة لقواعد العلانية والمنافسة، فينتفي الطابع الإستعجالي لهذه الدعوى من حيث أن صلاحيات القاضي الإستعجالي في مادة إبرام الصفقات العمومية تفوق صلاحيات قاضي الموضوع، وهو ما يجعل منها دعوى من نوع ثالث أو ما اصطلح على تسميتها بالدعوى شبه الإستعجالية.[2]

رابعا:أثر القرار الفاصل في الدعوى الإستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية

تعد الدعوى الإستنعجالية ما قبل التعاقد وسيلة وقائية لا يترتب عليها إلغاء العقد فورا رغم إخلاله بقواعد العلانية والمنافسة[3] وذلك لضمان إستمرارية العلاقة التعاقدية بين الطرفين، لأن إلغائها من شأنه المساس بالتوازن المالي للصفقة الذي سيعيد المصلحة المتعاقدة والمرشحون إلى نقطة البداية بعد سحب عروضهم وإلغاء إجراءات الإبرام برمتها.[4]

فإذا ما أخطرت المحكمة الإدارية بالدعوى الإستعجالية في مادة إبرام الصفقات العمومية، فلها أن تأمر المخالف بالإمتثال لإلتزامات الإشهار والمنافسة؛ أو بتأجيل إمضاء الصفقة كإجراء إحترازي لحين

---

[1] عبد الكريم بودريوة، المرجع السابق، ص. 13.

[2] يمنح المشرع الفرنسي للقاضي الإستعجالي في مجال الصفقات العمومية سلطة أكبر، حيث يمنحه حق إلغاء القرارات المتعلقة بإبرام العقد وحذف بنود تخل بالتزامات الإشهار والمنافسة كالبنود التي تميز بين المرشحين، وتمنحه إلغاء إجراءات الإبرام برمتها. راجع:

Finalteri Christian, *Op.Cit.*, p.351.

[3] أنظر :

Terneyk, L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, AJD, 1992, p.82. in Finalteri Christian, *Op.Cit.*, p.351.

[4] إعتبر مجلس الدولة في بعض القضايا أن "مخالفة إلتزامات الإشهار والمنافسة ليست من حيث المبدأ سببا لإلغاء العقد". راجع:

L'Arrêt Béziers, CE, Assemblée 28 Decembre 2009.

دراسة الملف أو الأمر بتوقيع غرامات تهديدية. فهل يكتسي هذا الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية حجية تلزم أطراف الدعوى وهل يمكن الطعن فيه؟

1- حجية الأمر الصادر في الدعوى الإستعجالية: يكتسي الأمر الصادر عن قضاء الإستعجال المتعلق بالبث في منازعات الصفقات العمومية الناشئة في مرحلة الإبرام، حجية تلزم أطراف الدعوى وينفذ فوراً وهو حائز لقوة الشيء المقضي فيه والإستئناف لا يعيق التنفيذ. فهو حكم قطعي فاصل في أصل الحق يتميز بنفس حجية الحكم الصادر عن قضاء الموضوع، وليس حكم مؤقت إذا لم تتغير الظروف الذي صدر فيها.[1]

فإذا ما استقر القاضي الإستعجالي إلى وجود مساس بالتزامات الإشهار والمنافسة، ولم تلتزم الإدارة المتعاقدة بالأوامر الصادرة إليها ووقعت على العقد، يمكن للطاعن سلوك الطريق الجزائي في الدعوى كالتبليغ عن جنحة المحاباة مثلا، أو رفع دعوى تعويض للإحتجاج على صحة العقد أو أحد بنوده مع تقديم طلب إلى القاضي الإستعجالي ليأمر بوقف تنفيذ العقد بصورة تحفظية.

2- الطعن في الأمر الإستعجالي: لم يُفرد المشرع الجزائري إجراءات خاصة لبيان إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية في مادة إبرام الصفقات العمومية،[2] ومن ثم فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للأحكام الإستعجالية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

إذ تجيز المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطعن بالإستئناف في الأوامر الإستعجالية أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للمعني بالأمر الذي يفصل في أجل 48 ساعة[4] ومن تاريخ إنقضاء أجل المعارضة إذا صدر غيابيا.[5] ويتطلب الطعن الأستئناف أمام مجلس الدولة

---

[1] أنظر:

Finalteri Christian, *Op.Cit.*, p.353

[2] بشير بلعيد، المرجع السابق، ص.209.

[3] حدد المشرع الفرنسي الطبيعة القانونية للاحكام الصادرة عن القضاء الإستعجالي الإداري في مادة الصفقات العمومية لكونها أحكاما تصدر إبتدائيا ونهائيا. راجع:

Lajoye Christophe, *Op.Cit.*, p.14.

[4] مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.19

[5] المادة 937 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التمثيل بمحام إجباريا[1] باستثناء الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.[2] وأن يتم قبل توقيع العقد وإلا حكم بعدم قبوله، علما أن قرار الإستئناف ليس له أثر موقف للقرار المطعون فيه.

خاتمة:

من خلال دراستنا لدور القاضي الإستعجالي في حماية مبدأ المنافسة في مجال الصفقات العمومية في حالة الإخلال به أو التعدي عليه، وصلنا إلى إستخلاص النتائج التالية وعلى ضوئها يمكن إقتراح بعض التوصيات:

- الإهتمام الواضح من قبل المشرع الجزائري بتجسيد مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية عبر سن العديد من المواد في قانون الصفقات العمومية؛ كما أن خضوع المصلحة المتعاقدة إلى هذا القانون يجبرها وبقوة القانون على تجسيد مبدأ حرية المنافسة وإحترامه.
- التكريس التشريعي للإستعجال السابق للتعاقد من شأنه تفعيل المنظومة القانونية التي تضمن إحترام القواعد الخاصة بالتزامات الإشهار والمنافسة. ومراقبة إحترام كل تشريع أو تنظيم يخص إبرام العقود والصفقات العمومية؛ هو دليل على عناية الدولة التي تسعى بكل مجهوداتها وهياكلها للنهوض بالإقتصاد الوطني.
- تعتبر الدعوى الإستعجالية ما قبل التعاقد دعوى إستعجالية موضوعية في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية، لأنها تعطي للقاضي سلطات قوية تقربه من الموضوع، فهي لا تتقيد بشرط عدم المساس بأصل الحق. حيث بإمكان القاضي أن يأمر المصلحة المتعاقدة بالقيام بالتزاماتها أو تأجيل توقيع العقد أو فرض غرامة تهديدية لإجبارها على إحترام قراره. فهي إجراءات قطعية نهائية وليست مؤقتة كالإستعجال العام، تتيح للقاضي النظر في العلاقة التعاقدية وهو ما من شأنه أن يدعم آليات الرقابة الوقائية على العقود والصفقات العمومية وحماية المال العام.

[1] المادة 950 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[2] المادة 950 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

رغم منح القاضي الإداري لمساحة واسعة من السلطات بموجب هده الدعوى أياً كانت تسميتها –الدعوى الموضوعية السابقة للتعاقد أو الدعوى شبه الإستعجالية– والتي قننتها المادة 946 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي لا يمكن تجاهل أهميتها، إلا أن ذلك لا يمنع من إبداء بعض الملاحظات والنقائص التي تشوبها واقتراح بعض التوصيات:

- لم يكرس المشرع الجزائري من خلال نص المادة 946 من القانون رقم 08-09 سلطتي إلغاء القرارات الإدارية والبنود التعاقدية المخالفة لمبدأي العلانية والمنافسة من أجل تفعيل هذه الدعوى الجديدة.
- عدم تخصيص هذه الدعوى الجديدة بإجراءات وضمانات خاصة تكفل حسن سيرها، والإحالة إلى إتباع القواعد العامة في القضاء الإستعجالي على خلاف المشرع الفرنسي الذي خص هذه الدعوى بإجراءات معينة كمبدأ الوجاهية وتبادل المذكرات بين أطراف الدعوى ...

إذا إنتهج المشرع سياسة تهدف إلى حماية المال العام في مجال الصفقات العمومية من خلال وضع آليات وقائية وتدابير جديدة تعكس إرادة الدولة في محاربة الفساد، وحاول تجسيدها على أرض الواقع، إلا أن هذه القوانين تخللتها ثغرات حالة دون تحقيق الفعالية التي كان يصبو إليها، لذلك نقترح:

- ضرورة مراجعة طرق الطعن وبيان ظأحكامها بصورة مستقلة، نظرا لخصوصية الدعوى في مادة الصفقات العمومية. فهي ليست قضاء مستعجلا بمعنى الكلمة، بل تجمع بين قضاء الإستعجال وقضاء الموضوع.
- تعديل المادة 946 من القانون رقم 08-09 بإستبدال كلمة "يجوز" الموجودة في الفقرة الثالثة من المادة بمصطلح "يجب"، لأن هذا الطعن يجب إعماله قبل إبرام الصفقة وليس بعدها تكريسا لطابعه الوقائي.
- إنشاء هيئات خاصة في القضاء الإداري تجسيدا لفكرة التخصص وليس الإكتفاء بتوزيع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وتزويدها بإجراءات خاصة تتناسب مع الطابع الفني لهذا النوع من المنازعات.

قائمة المراجع :

1. Gibal Michel, "Le Nouveau Code des Marches Publics, Une Réforme Composite " ***La Semaine Juridique, Juris Classeur Périodique,*** Edition générale, N°16-17, Paris, 2004,
2. Lajoye Christophe, **Droit des Marches Publics**, Edition Berti, Alger, 2007

3. القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/23،
4. المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50 الصادر بتاريخ 2015/09/20.
5. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري، دراسة مقارنة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005
6. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الاداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007
7. بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، مطابع عمار قرفي، باتنة 1993
8. الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002
9. الأمر رقم 67-90 المتضمن قانون الصفقات
10. المرسوم رقم 82-145 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي
11. المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق يتنظيم الصفقات العمومية
12. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

13. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000

14. Finalteri Christian, "La prévention de la Corruption dans les Marchés Publics", Examen des Moyens Juridiques et Institutionnelles, Thèse de doctorat, Université Di Corsica, 2000, p.355.

15. عبد الكريم بودريوة، إشكالات القضاء الاداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، الملتقى الدولي الرابع

حول القضاء الاستعجالي الاداري، 30 نوفمبر و 1 ديسمبر 2011، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي

16. Martine Lombard, Droit Administratif, 4éme édition, Dalloz, Paris, 2001, p.25.

17. Terneyk, L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, AJD, 1992, p.82. in Finalteri Christian, *Op.Cit.*, p.351.

18. L'Arrêt Béziers, CE, Assemblée 28 Decembre 2009.

إشكالية الهجرة غير الشرعية في المنطقة الأورومغاربية:
دراسة في المفهوم والأسباب

أستاذة مساعدة "أ" /قادة بن عبد الله عائشة
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان– الجزائر
Aicha_kb@yahoo.fr

الملخص:

تُعتبر فكرة أمننة الدولة المركزية وتأمين حُدودها الوطنية ضد كل المخاطر التي تُهدد بقائها واستمراريتها، أمر يشغل بال صناع القرار، حيث كان من أبرز هذه التهديدات "الهجرة غير الشرعية" التي عرفت تزايدا مستمرا وشكلت بعدا جديدا في العلاقات بين جانبي المتوسط خاصة وأنها قد عرفت تفاقما كبيرا تبعا للظروف غير المستقرة في دول افريقيا جنوب الصحراء التي عرفت بكثرة نزاعاتها وحروبها أو فشلها في تسيير مؤسساتها مما أجبر هؤلاء الأشخاص على مغادرة بلدانهم متبعين في ذلك طرقا غير شرعية بحثا عن ملاذ آمن ومستقر، سواء في دول العبور أو حتى الدول المستبقلة، وبالتالي أعتبرت تهديدا لأمن المنطقة خاصة بعد أن تزايد حدة الخوف من المهاجرين غير الشرعيين بما يحملونه من فكر متطرف من شأنه التأثير على الأمن المجتمعي.

الكلمات المفتاحية: الهجرة غير الشرعية، اللاجئ، الأمن المجتمعي، العلاقات الأورومغاربية.

Summary

The idea of Securitization and the security of its national borders against all threats to its survival and continuity is a matter of concern to decision-makers. One of the most prominent of these threats is the illegal immigration, which has become increasingly prominent and has created a new dimension in relations between the two sides of the Mediterranean. Largely because of the unstable conditions in the countries of sub-Saharan Africa, which is known for the large number of conflicts and wars or failure in

the management of their institutions, forcing these people to leave their countries following illegal ways in search of safe haven and stable, both in the transit countries or even the leftover countries, Rate threat to the security of the region, especially after the heightened fear of illegal immigrants as they carry from an extremist ideology that would influence the security community.

Keywords: illegal immigration, refugee, community security, and oromarabic relations.

1- مقدمة

عرفت منطقة المتوسط في السنوات الأخيرة حالة من اللاستقرار في ظل تزايد حدة التهديدات الأمنية التماثلية واللاتماثلية وانعكاساتها على دول المتوسط سواء بالنسبة لشمالها المتمثل في دول الاتحاد الأوروبي أو في جنوبها أي في منطقة المغرب العربي وشمال افريقيا.

فدول الجنوب أصبحت بعد أن كانت دولا مصدرة للهجرة غير الشرعية في ظل تردي الأوضاع الداخلية وغياب عناصر التنمية وانتشار البطالة كمتغيرات تحكم بيئة هذه الدول، إلى دول عبور للمهاجرين غير الشرعيين الفارين من النزاعات المسلحة خاصة في افريقيا جنوب الصحراء ذات الأزمات البنيوية والصراعات الداخلية مما يحتم الهجرة واللجوء بحثا عن مناطق آمنة ومستقرة.

الاشكاليات:

* ما هي الأسباب والعوامل الرئيسية التي تؤدي إلى الهجرة غير الشرعية؟
* ما هي الطرق والآليات التي ينتهجها المهاجرون غير الشرعيون؟
* كيف تؤثر الهجرة غير الشرعية على دول العبور والدول المستقبلة على حد سواء؟

2- مفهوم الهجرة غير الشرعية

2- 1- تعريف الهجرة غير الشرعية

لقد احتل موضوع الهجرة مكانة متميزة، خاصة أثناء فترة الإستعمار من خلال هجرة أبناء المغرب العربي باتجاه الدول الأوروبية. لينتج هذا الوضع فيما بعد خاصية جديدة في كيفية التعامل مع هذا العدد الهائل من المهاجرين، ولينعكس إيجابا على اقتصاديات بلدان المغرب العربي من خلال التحويلات المالية للمهاجرين.

تدل الهجرة على التبادل في مختلف المجالات وهي تبحث عن سبل العيش الأفضل للأفراد الذين يقومون بها، بالإضافة إلى أنها تحمل أفكارا وطاقات جديدة فالكل أصبح يتناول "البيتزا" الإيطالية و"السوشي" الياباني على غرار المحلات التي لها فروع في مختلف بلدان العالم[1]. وهذا إن دل فإنه يدل على أن الهجرة أصبحت ذات بعد عالمي بحيث قربت المجتمعات وحتى الأفراد على اختلاف أجناسهم وثقافتهم وحتى دياناتهم.

[1] - *Brian Keely,* ***International Migration :The Human Face of Globalisation****. OECD insight. OECD.2009 ,p.03.*

وتعني الهجرة في علم السكان "الديموغرافيا" Demographie، الإنتقال المكاني أو الجغرافي لفرد أو جماعة، وأما في علم "الاجتماع" Sociologie فتدل على تبدل الحال كتغيُّر الحرفة أو الطبقة الاجتماعية. أما التهجير فهو الإرغام على الهجرة بالقوة والتهديد[1]، وفي القاموس الفرنسي La rousse فهي تعني حركة انتقال الأفراد من بلدهم بهدف الاستقرار في بلد أخر[2]. وأما في لسان العرب فإن الهجرة ضد الوصل وهي الخروج من أرض إلى أرض، وأصل المهاجرة عند العرب خروج البدوي من باديته إلى المدن[3].

أما الهجرة غير الشرعية فهو مصطلح يتوافق والهجرة غير القانونية وغير النظامية كونها تعد مخالفة للقوانين التي تضعها الدول في مسألة عبور الحدود، وباعتبار أنها تتم خفيَّة عن أعين حراس الحدود، كما تعرف كذلك بأنها خروج المواطن من اقليم دولته عبر المنافذ غير الشرعية المخصصة، أو من منفذ شرعي باستخذام الوثائق المزورة، أيضا تعد بأنها "تدبير الدخول غير المشروع من وإلى اقليم أية دولة من قبل أفراد، أو مجموعات من قبل المنافذ المحددة لذلك دون التقيد بالضوابط أو الشروط التي تفرضها كل دول في مجال تنقل الأفراد"[4].

ونظرا لكثرة الحروب والنزاعات فقد شهدت العلاقات الدولية وجها آخر للهجرة تمثل في مغادرة الأفراد بشكل اضطراري لأوطانهم بحثا عن الأمن في بلدان أخرى، فاعتبروا في فقه القانون الدولي عبارة عن لاجئين.

فاللاجئ وبمقتضى المادة 2/2 من قرارات معهد القانون الدولي الصادر في "بروكسل" 1936 أنه كل شخص بسبب أحداث سياسية وقعت في إقليم الدولة التي كان من رعاياها غادر برضائه أو بغيره هذا الإقليم أو ظل خارجه دون أن يكتسب جنسية جديدة أو يتمتع بالحماية الدبلوماسية لأية دولة أخرى[5]. وبهذا يعتبر اللاجئون على أنهم يفتقرون للقدرات والإمكانيات، وهم مجرد متلقين لا فاعلين أرغموا على النزوح وفي حاجة ماسة إلى الحماية[6]. وشهد المجتمع الدولي فترات كبيرة من حالات

---

[1]– عبد الوهاب الكيالي، موسوعة السياسة. ج.7، ط.1، الأردن: المؤسسة العربية للدراسات والنشر،1994،ص.67.

[2] – ***La rousse**. Paris :monteparmasse ,2006 ,p.361.*

[3]– طارق عبد الحميد الشهاوي، **الهجرة غير الشرعية: رؤيا مستقبلية**. ط.1، د.م.ن: دار الفكر الجامعي، 2009،ص.14.

[4]– خديجة بتقة، السياسة الأمنية الأوروبية في مواجهة الهجرة غير الشرعية، **(مذكرة ماجستير غير منشورة)**. جامعة بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012–2013،ص.32.

[5]– برهان أمر الله، **حق اللجوء السياسي**. القاهرة: دار النهضة العربية،2008، ص.120.

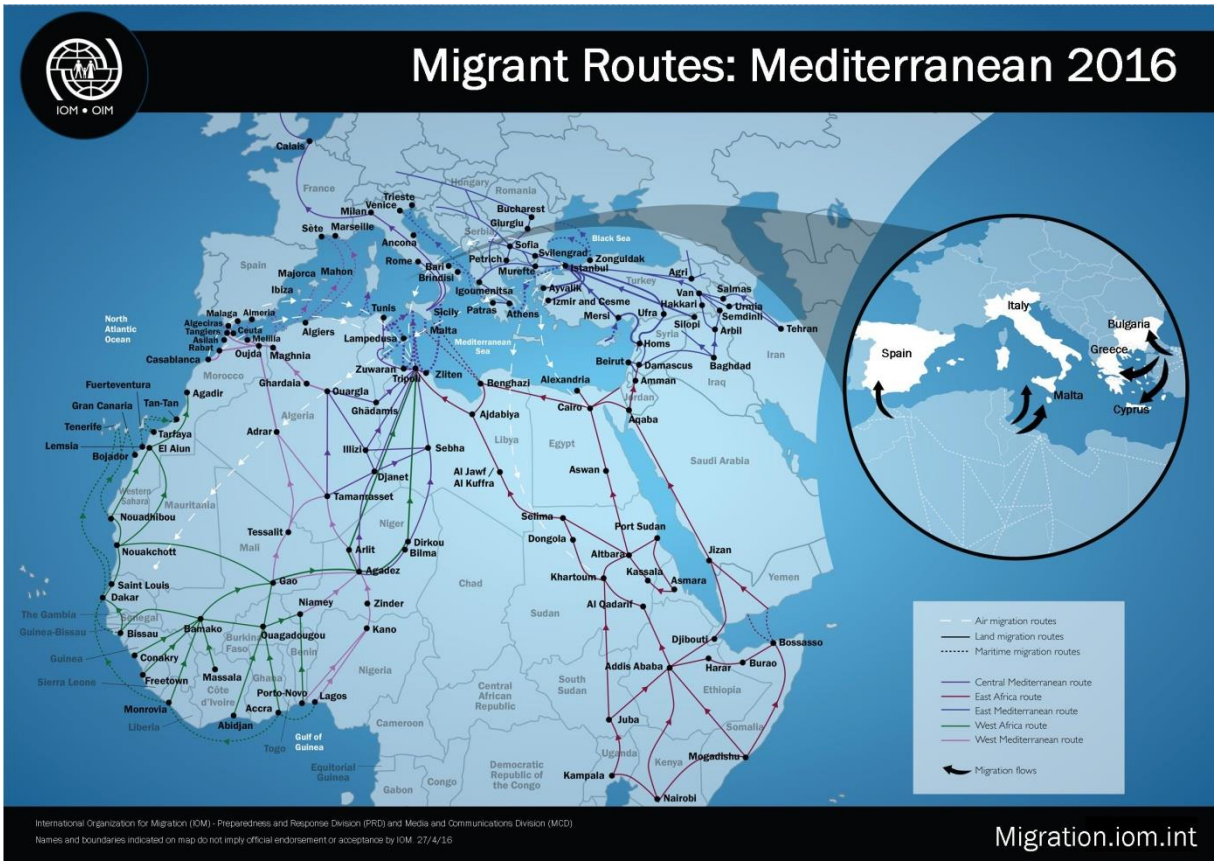
– جيوليا سكاليتاريس، اللاجئون والهجرة والتنقل، **نشرة الهجرة القسرية**. العدد 33، أوكسفورد: مركز دراسات [6]اللاجئين،2009،ص.58.

اللاجئين خاصة في ظل الحروب التي يشهدها العالم، وخير دليل على ذلك اللاجئين الفلسطينيين وكذا اللبنانيين بالإضافة إلى ما تشهده الفترة الحالية من تفاقم الأوضاع داخل سوريا مما أدى بالشعب السوري إلى الهجرة الاضطرارية بحثا عن سبل الأمن والاستقرار.

وشكلت الهجرة محورا مركزيا في إطار العلاقات الأورومغاربية على اختلاف السياسات المطروحة من قبل الطرفين، خاصة وأن الهجرة قد شهدت في السنوات القليلة الماضية ازديادا غير معقول نحو الدول الأوروبية المتقدمة.

وقد تنوعت المنافذ التي يتبعها المهاجرون غير الشرعيون بغية وصولهم إلى أوروبا حيث أن أغلبية المسالك تقع في القارة الإفريقية باعتبارها أقرب نقطة للعبور وذلك حسب ما تبينه الخريطة التالية الصادرة عن منظمة الدولية للهجرة، من جهة أخرى فإن نقل المهاجرين غير الشرعيين يتم عن طريق عملية تعاونية يشترك فيها الراغب في الهجرة مع تنظيمات أغلبها إجرامية تسعى إلى تنويع مصادر دخلها، وبالتالي فهي ترى في المهاجر غير الشرعي فرصة سانحة يجب استغلالها.

خريطة رقم 01: طرق المهاجرين غير الشرعيين للوصول إلى أوروبا



المصدر: *http://tunisie-telegraph.com*

2-2 – أسباب الهجرة غير الشرعية:

تنوعت الأسباب التي أدت إلى زيادة حدة المهاجرين غير الشرعين وتركهم لأوطانهم بحثا عن وضع آمن لهم ولعائلاتهم، ومن بينها نذكر:

أ- الأسباب الإقتصادية:

مرّ النظام الدولي بالعديد من الأزمات التي أثرت سلبا على اقتصاديات الدول المرتبطة به وخاصة تلك الدول التي تعاني هشاشة على مستوى اقتصادياتها وضعف في إمكانياتها المادية مما أثر في تحقيق التنمية على كافة المجالات وهو ما أدى بالأفراد إلى الهجرة نحو الدول التي تعرف استقرارا في اقتصادياتها.

فمثلا انهيار النظام الإقطاعي في أوروبا أدى إلى هجرات واسعة على غرار الثورة الصناعية التي أدت إلى نزوح العديد من الإيطاليين بين 1876 و 1915[1]، وذلك بغرض البحث عن وظائف جديدة قد فقدوها في بلدانهم عن طريق الانتقال من مكان إلى آخر وهو ما يعرف بالهجرة المكانية، وكذا الأمر بالنسبة للدول التي كانت تنتهج النهج الاشتراكي فعلى إثر سقوطه وانتهاء الحرب الباردة انهارت اقتصاديات هاته الدول مما انعكس على التنمية التي كانت في بداياتها أو ما عرف بالثورة الاشتراكية.

أما في افريقيا، وخاصة في دول الساحل الافريقي فقد تراكمت مخلفات الاستعمار الذي نهب خيرات هاته البلدان ولا زال لحد الآن يرتبط معها بمعاهدات ثنائية يعمل من خلالها على نهب وسرقة ما تبقى مواردها، وهو الأمر الذي انعكس على التنمية الاقتصادية فيها مما زاد من حدة الفقر والمجاعة ونقص الموارد الاقتصادية وأدخلها في نزاعات بينية مسلحة كانت أولى أسبابها النزاع حول الغذاء (حالة السودان الذي تم تقسيمه نتيجة مراعي الكلأ...)

ومن بين الأسباب أيضا، فإن البحث عن مصدر للرزق هو أكثر الدوافع نحو الهجرة، فعلى حدّ تعبير "ألفريد سوفي" فإنه "إما ترحل الثروات حيث يوجد البشر وإما أن يرحل البشر حيث توجد الثروات" ، فتزايد معدل البطالة في بلدان المغرب الغربي (المغرب 12%، الجزائر 23.7%، تونس 15%)[2] دفع الشباب إلى البحث عن فرص للعمل ولو بأجور زهيدة وفي وظائف غير لائقة في بلدان

1- نجيب سويعدي، إدارة سياسة الهجرة وعلاقتها بصناعة القرار المحلي(دراسة مقارنة بين الولايات المتحدةالأمريكية، كندا، فرنسا).**(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة ورقلة: قاصدي مرباح،2012،2011، ص.21.

2- مركز الجزيرة نت، أسباب الهجرة غير الشرعية إلى أوروبا، في الموقع الالكتروني:

يُعتقد أنها جنة الأحلام عكستها صورة المرئيات وكذا صور النجاح الاجتماعي خاصة بعد عودة بعض المهاجرين لبلدانهم الأصلية لقضاء العطلة.

ب- الأسباب السياسية:

لقد تحولت بلدان المغرب العربي من مصدر للهجرة إلى مناطق عبور للعديد من الأفارقة الراغبين في الهجرة عبر مضيق "جبل طارق" أو عن طريق الحائط الحامي "لسبتة" و"مليلية" أو عبر أي منفذ ممكن نحو أوروبا، للخلاص من الفقر والمرض والحروب والأزمات الداخلية التي يعيشون فيها ويعانون منها في الساحل وإفريقيا جنوب الصحراء[1] حيث يعتبر المهاجرين لاجئين طبقا للقانون الدولي، ولهذا تعمل المنظمات الدولية على تقديم المساعدات وذلك بالتعاون مع الدولة والجمعيات.

كما يعتبر الصراع الإثني والطائفي أحد الأسباب الرئيسية الهجرة غير الشرعية، وترجع أسبابه كون أن الإستعمار لم يراع في تقسيمه للدول الافريقية امتدادات الجماعات الإثنية ورسم خرائط دون أن يهتم بالبشر الذين يعيشون على هذه الأراضي، في الوقت الذي فشلت فيه دول ما بعد الاستقلال في استيعاب الاختلافات القائمة بين الجماعات المكونة لها، ودمج هذه الجماعات في إطار المواطنة[2].

وأدى الانفلات الأمني في ليبيا عقب تدخل حلف الشمال الأطلسي إلى تزايد أعداد المهاجرين غير الشرعيين بحثاً عن ملاذ آمن، وهو دق ناقوس الخطر في أوروبا خاصة ايطاليا التي تعتبر أقرب نقطة إلى ليبيا. حيث قدرت السلطات الايطالية أن عدد المهاجرين وصل إلى 1.5 مليون مهاجر معظمهم من الشمال الافريقي فضلاً عن الدول الافريقية لاسيما الصومال، اريتيريا، تشاد وإثيوبيا[3].

ج- الأسباب الإجتماعية:

---

http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/40d65cc9-4cc5-41a4-b718-6656b133f208، تاريخ الدخول : 2017/04/01

[1] – أمحند برقوق، "الإشكاليات الجديدة للأمن في المتوسط"، في الموقع الإلكتروني:
http://www.politics-ar.com/ar/index.php/permalink/3044.html، تاريخ الدخول 2013/06/03.

[2] – ظريف شاكر، "معضلة الهجرة السرية في منطقة الساحل الإفريقي والصحراء الكبرى وارتداداتها الإقليمية"، **مجلة العلوم القانونية و السياسية ، عدد13 ، جوان 2016 ، ص 15** .

[3] – محمد عبد العاطي، "مشكلة الهجرة غير الشرعية في ليبيا"، **الجزيرة.نت**. في الموقع الالكتروني:
http://www.aljazeera.net، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول: 22:51.

تعاني أغلب دول العالم نموا ديموغرافيا حادا وهو ما عبر عنه "مالتوس" **Maltus** في نظريته الخاصة بالاقتصاد على اعتبار أن عدد السكان يتزايد بمتتالية هندسية أي أن عدد السكان في تزايد مستمر في حين أن نسبة الموارد في نقص مستمر.

فالنمو الديمغرافي السريع يؤثر سلبا على الثروات الطبيعية وبالتالي يقل العرض ويكثر الطلب وتحدث مشاكل اقتصادية واجتماعية خاصة في البلدان التي تعاني من مشاكل على مستوى تسيير مواردها، وهو ما يدفع السكان إلى الهجرة نحو البلدان الأكثر غنى وتتوفر على ظروف معيشية أفضل[1]، وتحقق مستويات عالية من التنمية لأفرادها وتضمن لهم تحقيق الحاجات الأساسية من القاعدة (الحاجات البيولوجية) إلى مستوى الرفاه الاجتماعي مع ضمان لأمن أفرادها وحقوقهم.

3- العلاقة بين الهجرة غير الشرعية وعدم استتباب الأمن

3-1- تعريف الأمن:

يعتبر الأمن مطلبا تسعى الدول إلى توفيره عن طريق حشد كل قدراتها (بشقيه التقليدي / الحديث) لمجابهة كل التهديدات التي من شأنها زعزعة أمنها واستقرارها سواء تعلق الأمر بحدودها، ثرواتها أو أفرادها في ظل تنوع مصادر التهديد وتوسع نظرة الأمن إلى أبعاد خمسة: سياسية، اقتصادية، عسكرية، مجتمعية، بيئية.

ويعرف الأمن بأنه: "المقدرة على المحافظة على الأمة وعلى كرامتها وأراضيها واقتصادها وحماية مواردها الطبيعيّة ودستورها من أي اعتداء"، أما "والتر ليبمان" فيرى أن "الأمة آمنة طالما أنها ليست في خطر التضحيّة بالقيّم الأساسية، وأنها قادرة على صيانة أمنها بالانتصار في تلك الحرب"[2]. أو هو "قدرة المجتمع وإطاره النظامي الدولة على مواجهة كافة التهديدات الداخلية والخارجية، بما يؤدي إلى محافظته على كيانه، هويته وإقليمه وموارده وتماسكه وتطوره وحرية إرادته"[3].

وتفترض المدرسة الواقعية أن التهديد هو تهديد موضوعي في ظل عالم تسوده الفوضى وعلاقات الصراع نتيجة تضارب مصالح الدول، مما يدفع لإندلاع الحرب، فالتهديد الذي يسعى المفهوم التقليدي لاحتوائه ذو طبيعة مادية تتم مواجهته بتطوير القدرات العسكرية، لأن الأمن هو أمن الدولة وبقاء

---

[1]- نجيب سويعدي، **مرجع سبق ذكره**. المكان نفسه.

[2]- محمد جمال المظلوم، **الأمن غير التقليدي**. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2014، ص.15.

[3]- مدحت أيوب، **الأمن القومي العربي في عالم متغيّر**. القاهرة: مكتبة مدبولي، 2002، ص.17.

الدولة[1]، غير أن التطورات ما بعد مرحلة الحرب الباردة قد أدت إلى تطور مفهوم الأمن نتيجة تطور نوع التهديد والذي لم يعد يرتبط بالأمن العسكري وإنما أصبح أمناً ليناً يحمل خمسة أبعاد وهي: الأمن السياسي، الاقتصادي، العسكري، المجتمعي، البيئي.

فلم تعد الأولوية للميدان العسكري نظرا لتراجع التهديدات ذات الطابع العسكري والمباشرة على الحدود للعديد من الدول، مقابل تزايد قوة تهديدات أخرى غير عسكرية عادت للبروز بشدة بعدما جعلتها الحرب الباردة تركن للصف الثاني بعد تهديد الأسلحة، وأين كثر الحديث في هذه الفترة على أن الرعب النووي هو من فرض الأمن والاستقرار[2]. وأصبحنا اليوم أمام تهديدات جديدة لا تعالج بالقوة العسكرية كالهجرة غير الشرعية، التلوث البيئي، الفقر...وهو ما فرض على الدول منطق جديد من التعامل يتماشى وطبيعة التهديد.

3-2- انعكاس الهجرة غير الشرعية على الأمن الأورومغاربي

تعتبر اشكالية الهجرة غير الشرعية تحديا متجددا في الساحة الدولية، فهي لم تكن تشكل هاجسا أو تحديا أمنيا للدول الأوروبية، بل العكس من ذلك، فتاريخيا كانت تعتبر الهجرة في صالح الدول الأوروبية خاصة وأن أوروبا كانت في حاجة إلى العمالة الوافدة إليها، وذلك لعدة أسباب:

-إن الصناعات المتطورة التي تقود إلى التقدم في البلدان الصناعية تحتاج إلى العمالة الماهرة من المهاجرين القادمين من البلدان النامية.

-العمالة المهاجرة تسد النقص في الوظائف التي يرفض أبناء هذه الدول العمل بها، مثل الأعمال المتدنية أو التي تتطلب جهدا شاقا، أو تلك التي تحظى بنظرة دونية من المجتمع.

-ارتفاع نسبة الشيخوخة في البلدان المتقدمة، مما يهدد وتيرة النمو[3] وهو ما أدى بالبعض إلى إطلاق تسمية القارة العجوز عليها.

وقد أصبحت ظاهرة الهجرة ذات بُعدين، أحدهما إيجابي يتمثل في درجة المنفعة المشتركة بين الطرفين، والآخر بوجه سلبي تحمل مضامين تختلف عن تلك التي وجدت من أجلها، وأصبح أفرادها

---

[1]- حموم فريدة، الأمن الإنساني مدخل جديد في الدراسات الأمنية. **(رسالة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الجزائر03: كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، 2003-2004، ص.09.

[2]- **المرجع نفسه**، ص. 18.

[3]- مغاوري شلبي، "الأبعاد الإقتصادية لهجرة العمالة"، **السياسة الدولية**- مغاوري شلبي، "الأبعاد الاقتصادية لهجرة العمالة"، السياسة 165 الدولية.العدد ، المجلد41،2006، ص.49.

يتقنون استخدام الوسائل والطرق للوصول إلى أهدافهم بالإضافة إلى أن الجاليات العربية المسلمة أصبح ينظر إليها على أنها مصدر تهديد للأمن الأوروبي في ظل ازدياد حدة العنف المسلح أو ما يسمى "الإسلاموفوبيا".

فمن الناحية الإيجابية استفادت بلدان المغرب العربي من التحويلات المالية للمهاجرين، ففي المغرب تعتبر التحويلات المالية للمهاجرين ثروة حيوية للاقتصاد إلى جانب السياحة حيث شكلت عام 2005 أهم مورد للعملة الصعبة، وهي تتجاوز مجموع الاستثمارات والقروض الأجنبية في المغرب المقدرة بـ 20.014.3 مليون درهم مغطية أكثر من 47% من عجز الميزان التجاري[1].

فظاهرة الهجرة كانت في وقت سابق عبارة عن ترحال لأشخاص لا يملكون مستوى تعليمي عال وبتالي فهم يبحثون عن مصدر للرزق ولو في الوظائف المتدنية التي لا يرضى الأوروبي العمل بها والتي تتطلب جهدا كبيرا مقابل مبالغ مالية زهيدة، غير أنه ونظرا للأوضاع غير المستقرة وتدني مستويات التنمية وارتفاع نسبة المتخرجين من الجامعات، وفي ظل نقص مناصب العمل أدى بالشباب إلى الهجرة نحو الدول الأوروبية لتحسين وضعيتهم الاجتماعية ولو عن طريق إتباع طرق غير شرعية للهجرة.

وبالتالي فقد أصبحت نقمة بعد أن كانت نعمة على بلدان المغرب العربي باعتبار أنها تشجع على هجرة الأدمغة أو الكفاءات، فقد أشارت التقديرات الصادرة عن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية أنه ما بين نسبة 15% و18% من المهاجرين القادمين من الجزائر والمغرب وتونس يتوفرون على مستوى جامعي فعلى سبيل المثال في الجزائر فقد التحق 70 % من مدرسي معهد الرياضيات بجامعة الجزائر بالبلد الأجنبي الذي تلقوا فيه تكوينهم[2].

فمصطلح هجرة الأدمغة أو الكفاءات تعود في الأصل إلى البريطانيين لوصف خسارتهم من العلماء والمهندسين والأطباء بسبب هجرتهم إلى الولايات المتحدة الأمريكية وقد عرفته منظمة اليونيسكو بأنه "نوع شاذ من التبادل العلمي بين الدول يتسم بالتدفق في اتجاه واحد، ناحية الدول المتقدمة أو ما يعرف بالنقل العكسي للتكنولوجيا لأن هجرة العقول هي فعلا نقل مباشر لأحد أهم عناصر الإنتاج

[2]- محمد خشاني، "**العلاقة بين التنمية والهجرة في شمال إفريقيا**- اللجنة الإقتصادية لإفريقيا. الرباط: مكتب شمال إفريقيا،2007، ص.11.

[2]- **المرجع نفسه**، ص.34.

وهو العنصر البشري"[1]. فعلى حد تعبير "روبرت مكنمارا" إن العقول تشبه القلوب بصفة عامة في أنها تذهب إلى حيث تلقى التقدير.

وتشير التقارير الدولية أن الهجرة غير الشرعية أصبحت تهدد المجتمعات سواء في الدول العابرة أو الدول المستقبلة نظرا لاحتوائها على بعض المظاهر التي من شأنها تهديد أمن واستقرار تلك المجتمعات وحتى في بعض الأحيان استقرار وأمن تلك الدول. حيث قدرت منظمة العمل الدولية حجم الهجرة السرية بين 10-15% من عدد المهاجرين في العالم والبالغ عددهم 180 مليون شخص حسب تقديرات الأمم المتحدة، وحسب منظمة الهجرة الدولية فإن الهجرة غير القانونية في دول الإتحاد الأوروبي قد بلغت 1.5 مليون فرد[2].

فتزايد معدلات الهجرة قد أدى إلى تخوف الأوروبيين، فحسب المستشرق الأمريكي "برنارد لويس" Bernard Louis في مقابلة أجراها مع صحيفة "دي فليت" الألمانية بتاريخ 19 أفريل 2006م، أكد من خلالها مدى تخوفه من اختفاء القارة الأوروبية، بنهاية هذا القرن لأنها حينئذ ستكون مجرد جزء ملحق بالعالم الإسلامي وذلك بسبب تدني معدل المواليد في أوروبا بدرجة تهدد مواطنيها..، مقابل تزايد معدل المسلمين في أوروبا[3].

وهو نفس التوجه الذي أعلن عنه الأستاذ "باليدا" (**Palida**) إن مجتمعات المهاجرين اليوم يشكلون العدوّ الجديد الذي قام بغزوّ المجتمعات الأوروبية، وثقافتهم تشكل تهديدا للثقافة الغربية فهم من حضارة مختلفة وغير قادرين على التوافق مع الحضارة الغربية المتقدمة، إنهم في أوروبا مثل السود في أمريكا إنهم السود البيض وبالتالي يجب تشديد الرقابة عليهم[4]، وهو ما يطرح فكرة الأمن الثقافي ومدى تمسك الأوروبيين بثقافتهم وعزل الثقافات الأخرى خاصة الإسلامية التي يعتبرونها مصدر قلق وخوف

---

[1]- أمال موسى، "من هجرة المكان إلى المكانة"، **مستقبل الهجرة ما بين سياسة الجوار وسياسة الجدار**، الندوة الثالثة،مركز جامعة الدول العربية،2006، ص.48.

[2]- عبد الحق عباس، "الهجرة غير الشرعية"الحراقة"،موقع الشهاب للإعلام، في الموقع الإلكتروني:
http://www.chihab.net/modules.php?name=News&file=article&sid=1251
، تاريخ الدخول:2013/06/24.

[3]- وليد الشيخ، "أوروبا وقضايا الهجرة...معظلة الأمن والإندماج"، **السياسة الدولية**. العدد 165،2006، ص.68.

[4]- غالية بن زيوش، الهجرة والتعاون الأورو- متوسطي منذ منتصف السبعينات. **(رسالة ماجستير غير منشورة)**، جامعة الجزائر: كلية العلوم السياسية والإعلام،2005، ص.83.

بالنسبة إليهم وهو ما أدرى تأجيج الرأي الأوروبي حول بعض القضايا المتعلقة بالإسلام في أوروبا، الحجاب، المساجد...

ويبقى التخوف الأوروبي من تزايد أعداد المهاجرين غير الشرعيين باعتبارهم يشكلون تهديدا على طريقة حياتهم جراء الصدامات الثقافية، فقد أشارت التقديرات أن ثلثا المهاجرين في أوروبا هم مسلمين شكلوا تجمعات إسلامية ولم يندمجوا في الثقافات الغربية، كذلك تزايدت نسبة المهاجرين من الأفارقة فقد نصل مع سنة 2025 إلى "أفرقة أوروبا" حسب ما قاله "هنتنغتون خاصة من منطقة الساحل الافريقي التي تعد من أكثر المناطق فقرا في العالم[1].

كذلك فإن الوضعية المزرية للمهاجر غير الشرعي في أوروبا تدفعه إلى القيام بنشاطات غير قانونية كتجارة المخدرات القادمة من بعض دول الشرق الأوسط، شمال افريقيا، أفغانستان، والمتوجهة نحو أوروبا وأصبحت بذلك تهدد أمنه واستقراره، بالإضافة إلى انتشار شبكات الدعارة خاصة في دول شرق أوروبا، البلطيق، روسيا، أوكرانيا، رومانيا..، وجرائم التزوير، الرشوة والاختلاس وجرائم الاعتداء على الأشخاص، بالإضافة إلى تنامي الأحياء العشوائية وتدني الخدمات الضرورية[2]، وهو وضع لم يألفه المجتمع الأوروبي منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية وهو ما قد يؤثر على قيمه وثقافته وتقاليده باعتبارها عادات دخيلة على المجتمع الأوروبي.

كما أن تأثير الهجرة غير الشرعية قد مسّ أيضا دول العبور، ففي ليبيا مثلا سجلت 24278 جريمة خلال السنوات من 2000 حتى 2010، عرفت فيها انتشارا واسعا لجرائم القتل والسرقة والتزوير، كما أنها تعد عامل مساعد على دخول أسلحة ومتفجرات من شأنها زعزعة أمن واستقرار الدول[3]، خاصة وأن أحداث سبتمبر 2001 قد أدت إلى صياغة منظومة العلاقة بين المسلمين والغرب خاصة أولئك الذين يحملون فكرا متطرّفا، فأصبحوا محل شك وموضع مراقبة مما أدى ببعض الدول إلى اتخاذ إجراءات وقائية لمنع دخول المهاجرين وخاصة المسلمين إلى أراضيها إلا بشروط.

---

[1]- علالي حكيمة، البعد الأمني في السياسة الخارجية الجزائرية. **(مذكرة ماجستير غير منشورة)**، جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010-2011،ص.213.

[2]- بن بوعزيز آسية، "سياسة الاتحاد الأوروبي في مواجهة الهجرة غير الشرعية"، في الموقع الإلكتروني: ***https://www.asjp.cerist.dz/en/article/2712***، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول: 23:30.

[3]- عثمان الحسن محمد نور، و ياسر عوض الكريم المبارك، **الهجرة غير المشروعة والجريمة**. الرياض: مركز الدراسات والبحوث، 2008، ص- ص.81-82.

كذلك فإنه من شأن المهاجرين غير الشرعيين الذين يتخذون من دول المغرب العربي محطة عبور أن يؤثروا على أمنها المجتمعي، فهؤلاء المهاجرين غير الشرعيون يحملون معهم عاداتهم وتقاليدهم وثقافاتهم التي قد تنتقل إلى السكان الأصليين بفعل الاحتكاك بهم (السحر- الشعوذة- التسول) أو حتى على جمالية المدن من خلال الانتشار اللاعقلاني للأسر وسط الشوارع، وهو ما يطرح تخوفاً للمجتمعات الأوروربية التي تسعى للحفاظ على جنسها وثقافتها.

أصبح ينظر إلى ظاهرة الهجرة غير الشرعية على أنها تشكل خطرا وتهديدا لأمن واستقرار المنطقة المتوسطية وخاصة أوروبا وذلك من عدة نواحي[1]:

- الإخلال بالنمو الديمغرافي في ظل تزايد نسبة المهاجرين في المجتمعات الأوروبية مما يهدد هوية السكان الأصليين.

- الإخلال بالنواحي الأمنية على اعتبار أن هؤلاء المهاجرين غير مسجلين ولا يحملون أوراق إثبات مما قد يساعدهم على إرتكاب أعمالا إجرامية.

- الإخلال بالوضع الاقتصادي خاصة في استحواذ المهاجرين على مناصب الشغل بأقل الأجور وهو ما يشكل خللا في سوق العمل مما يشكل منافسة بينها وبين الأيدي العاملة المحلية.

3-3- مواقف الدول واستراتيجيات المعالجة:

أصبحت الهجرة غير الشرعية تمس بالأساس أمن الدول الأوروبية باعتبارها مستقبلة لكم هائل من المهاجرين غير الشرعيين وهو ما أدى إلى تباين مواقف دولها، بين رافض ومؤيد لها خاصة وأن الطرف الأوروبي هو أصبح ينظر إليهم على أنهم مصدر خطر وتهديد يملكون فكرا إسلاميا متطرفا خاصة بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001، وتفجيرات "مدريد" و"لندن" 2005.

وقد وضعت الهجرة في الشق الاجتماعي على غير العادة خاصة وأن الأفراد يعتبرون من وسائل الإنتاج وذلك لكي لا تعترف دول الإتحاد الأوروبي بحرية الهجرة إلى داخل دول الإتحاد الأوروبي. لذا ونظرا لهذه الظروف فقد اتخذت مجموعة من الآليات لمعالجة ظاهرة الهجرة غير الشرعية سواء من الطرف الأوروبي أو الطرف المغاربي.

---

[1]- ناجي عبد النور، "الأبعاد غير العسكرية للأمن في المتوسط: ظاهرة الهجرة غير القانونية في المغرب العربي"، الملتقى الدولي: "**الجزائر والأمن في المتوسط: واقع وأفاق**. جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008، ص.121.

فالحكومة الفرنسية اتخذت قراراً يقضي بإيقاف الهجرة في عام 1974 وهو قرار يهدف إلى تثبيت ومراقبة حركة الهجرة وتشجيع العودة الاختيارية عن طريق منح المهاجر الذي يعلن رغبته في العودة إلى وطنه مبلغ 10 ألاف فرنك فرنسي، بالإضافة إلى إصدارها لقانون بتاريخ 30 ديسمبر 1980 القاضي بزيادة المنح العائلية المحولة لعائلات المهاجرين وذلك لتشجيع العودة لأوطانهم[1].

وقد روجت لفكرة الأمة النقية أو أوروبا النقية الخالية من أي عناصر دخيلة صاحبتها دعوة إلى بناء جدار عازل في وجه التدفقات البشرية الهاربة من الأوضاع المزرية التي تعيشها في بلدانها مما يزيد في حدة معدل البطالة في أوساط الأوروبيين الأمر الذي دفع "الحزب الاشتراكي" إلى تشديد خطابه السياسي اتجاه الهجرة من الضفة الجنوبية للمتوسط والتأكيد على ضرورة عودتهم إلى بلدانهم[2].

أما إيطاليا التي تعتبر من أكثر الدول تضررا من هاته الظاهرة، لذا كانت من بين الدول المعارضة لها وعمد سياسيوها إلى الاتجاه نحو تشديد رقابة الحدود، تفعيل الطرد، وتفعيل مراكز الحجز والإيواء لمدة 30 يوما ثم يحدد بعد ذلك مصيرهم، ودعمت ذلك بمنظومة قوانين أهمها "بوسي فيني" 189 سنة 2002 الذي نص في مادته 13 على حبس كل أجنبي من سنة إلى أربع سنوات صدر بحقه أمر بالطرد وما زال موجودا على أراضي الدولة وهذا بعد القبض عليه وعرضه على المحاكمة"[3].

أعلن عنه وزير الداخلية الإيطالي "جوسيبي بيسانو" أثناء زيارته ليبيا بتاريخ 26 سبتمبر/ أيلول 2004 رغبة بلاده في الاستفادة من ليبيا كمركز تجميع إقليمي لمكافحة الهجرة غير الشرعية إلى أوروبا ما ينبئ عن ذلك، خاصة إذا وضع هذا التصريح جنبا إلى جنب مع ما أعلن في ختام تلك الزيارة عن حجم المعدات والمساعدات الفنية التي اتفق الطرفان على أن تزود بها روما طرابلس للتعامل مع ملف الهجرة والمتمثل في: 30 آلية عسكرية، طائرتين بمحركين، مروحية IB412، طائرتي استطلاع بحري ITR 42، 4 سفن بحرية يعمل على متنها أفراد خفر السواحل والشرطة الليبية ويساعدهم 140 شرطياً ايطالياً[4].

1- محمد مصطفى حسن علي، **سياسات وتجارب إعادة إنخراط مهاجرين بلدان المغرب العربي**. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، د.س.ن، ص- ص.33-34.

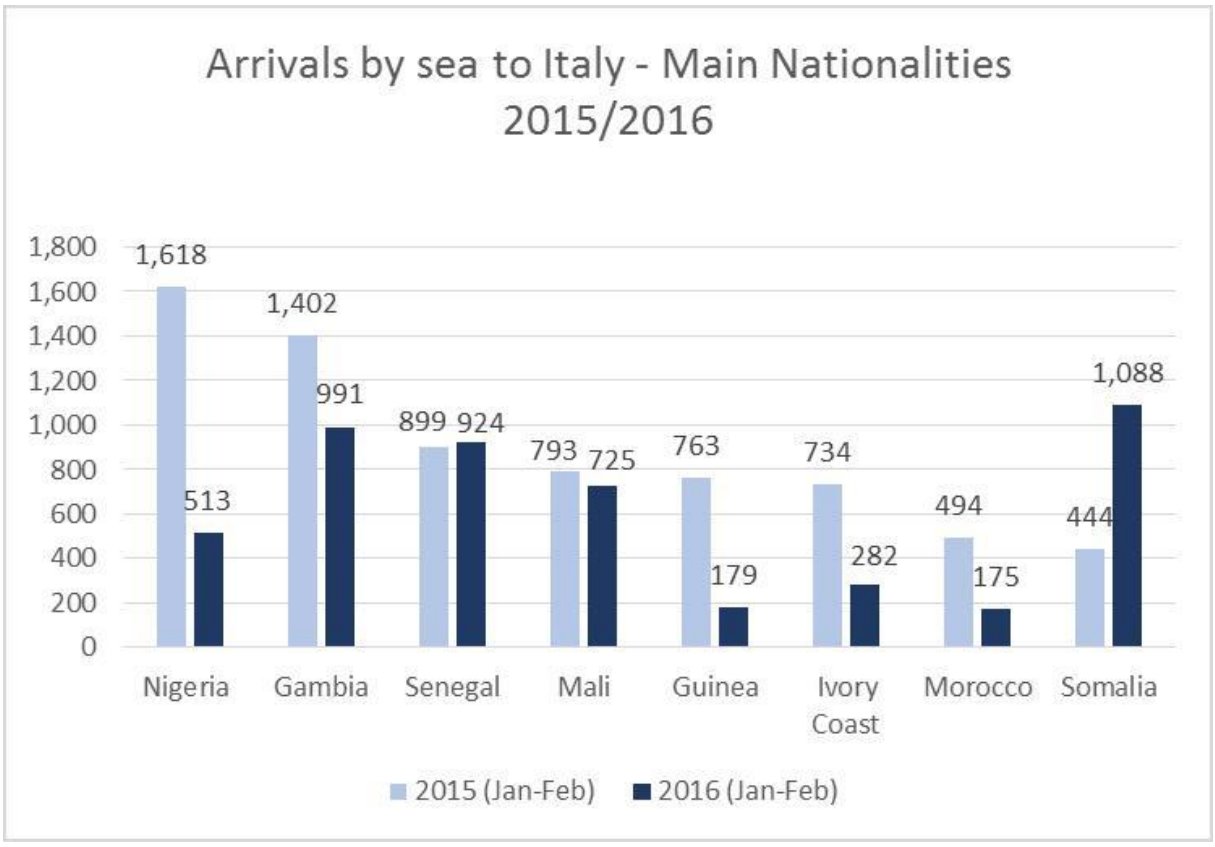
2 - يمينة عطيش، البعد الأمني في العلاقات الأورومتوسطية، **(مذكرة ماجستير غير منشورة)**. جامعة الجزائر: كلية العلومالسياسية الاعلام، 2007-2008،ص.136.

3- خديجة بتقة، **مرجع سابق ذكره**، ص.68.

4- محمد عبد العاطي، **مرجع سابق ذكره**.

وتم التوقيع على اتفاقية "صوفيا" في 23 أوت 2016، من أجل تدريب خفر السواحل وقوات البحرية الليبية في العاصمة الايطالية "روما"، وتضم "ليبيا" أكثر من 34 مركزاً لاحتجاز المهاجرين غير الشرعيين، وهي تتواجد في طرابلس، مصراتة، بالإضافة إلى 24 مركزاً لاحتجاز اللاجئين تديرها هيئة مكافحة الهجرة غير الشرعي، ومن جانب آخر قدمت الحكومة الإيطالية دعماً مالياً قدر بـ مليون يورو لبرنامج الأغذية العالمي للأمم المتحدة من أجل توفير المساعدات الغذائية التي يحتاجها المتضررون من الصراع الدائر في ليبيا[1].

شكل رقم 01: يبين عدد المهاجرين غير الشرعيين نحو ايطاليا سنة 2015/ 2016



[1]– عبد العظيم، قنديل، "ماذا فعلت ايطاليا وأوروبا للحد من الهجرة غير الشرعية"، في الموقع الالكتروني: ***http://www.masrawy.com***، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول: 23:08.

المصدر:

https://www.iom.int/news/mediterranean-migrant-arrivals-2016-approach-150000-deaths-reach-455

أما السويد فقد كانت من الدول المؤيدة لاستقبال المهاجرين غير الشرعيين حيث انتهجت سياسة مغايرة تماما للدول الأوروبية التي تحاول تقييد الهجرة، فقد ركزت على استقدام العمالة سواء تلك المؤهلة أو غير المؤهلة وجاء هذا التناقض في خضم تغير الطبيعة الديمغرافية في السويد التي تعاني من تزايد معدلات أعمار سكانها بشكل ملحوظ[1].

وفي إطار الاتفاقيات الثنائية بين شمال وجنوب المتوسط فقد بين مشروع برشلونة 1995 في شقه الاجتماعي دعوة الأطراف إلى تأمين حدودهما المشتركة واتخاذ اجراءات أمنية مشددة لمراقبة الحدود، والرفع من قدرات الحراسة وتعقب المهاجرين والمهربين، بالإضافة إلى إنشاء بنك معلوماتي أوروبي للإنذار المبكر، كما تم تأسيس وكالة "فرونتكس" 26 أكتوبر 2004 لدعم التعاون بين الدول الأوروبية في مجال مراقبة الحدود في ظل تزايد معدل المهاجرين غير الشرعيين[2].

وقد تبنى المجلس الأوروبي ثلاث خطط لمكافحة الهجرة السرية، خاصة في مجال تهريب البشر والاتجار بهم وهي[3]:

- وضع قوانين ومعايير محددة لمنع الهجرة السرية.
- تطوير وتحسين دور إدارة الحدود الخارجية المشتركة بين دول الإتحاد الأوروبي.
- تبني صيغة موحدة في التعامل مع عودة المهاجرين غير الشرعيين.

وفيم يتعلق باللاجئين حقق الإتحاد الأوروبي انجازين[4]:

---

[1]- محمد مطاوع، الاتحاد الاوروبي وقضايا الهجرة: الاشكاليات الكبرى والاستراتيجيات والمستجدات. **المستقبل العربي**. في الموقع الالكتروني:
www.caus.org.lb/PDF/EmagazineArticles/mustaqbal_431_mhmdس_mtw3.pdf

[2]- **المرجع نفسه.**

[3]- عبد القادر رزيق المخادمي، **الهجرة السرية واللجوء السياسي**. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012[3]،ص47

[4]- **المرجع نفسه.** ص.55.

– الوصول لتفسير أوروبي لمفهوم اللاجئ وكل من هو بحاجة إلى حماية دولية، حيث لم يعد اللاجئ هو ذلك الشخص الهارب من اضطهاد حكومته أو دولته، بل أيضا الهارب من اضطهاد جهات غير حكومية.

– سن تشريع جديد ذي معايير موحدة للتعامل مع اللاجئين يتم بمقتضاه منح اللاجئ الحق في التصدي لرفض طلب لجوئه، إما عن طريق التحاور المباشر، أو عن طريق استحضار مترجمين له، أو عن طريق التعويض القضائي.

وتعمل المنظمة الدولية للهجرة (I.O.M) التي تأسست عام 1951، بشكل متزايد وبدور بارز في استقبال ومساعدة وإعادة المهاجرين وطالبي اللجوء، واللاجئين والأشخاص النازحين داخليا إلى دولهم الأصلية أو إلى الدول الأخرى التي وافقت على قبولهم أو إلى مناطق أخرى داخل نطاق دولهم[1].

من جانب آخر، فإن دول جنوب المتوسط هي الأخرى تعاني من هاته الظاهرة خاصة وأنها تقع بالمحاذاة ودول الساحل والصحراء التي تعد مصدراً مباشراً للمهاجرين غير الشرعيين، وبحسب المختصين فإن الهجرة غير الشرعية، والإرهاب والجريمة المنظمة على اختلاف أشكالها، تعد مصدر قلق كبير للدولة بل تهديدا حقيقياً للأمن القومي للجزائر نظرا للدور المحوري الذي تلعبه في خريطة الهجرة السرية حيث أصبح عدد المهاجرين غير الشرعيين يزداد كل سنة وهم يصلون بوتيرة متسارعة للجزائر، خصوصا وأن الظاهرة لم تعد تقتصر على رعايا من الدول الإفريقية المجاورة فحسب بل تعدى ذلك إلى الدول الأسيوية والمشرقية والتي أصبحت كذلك مصدرة للمهاجرين السريين[2].

لهذا فقد حاولت التعاطي مع الظاهرة بأكثر حزم من خلال العقوبات التي تفرضها على المهاجرين أو حتى على اللذين يقومون بالعمليّة وكذا التشديد على مراقبة الحدود بينها وبين دول الجوار التي تشهد نزاعات مسلحة كليبيا ومالي وأفرزتا العديد من المهاجرين الباحثين عن أمنهم واستقرارهم في دول أخرى.

وقد وضع المشرع الجزائري مواد متفرقة ضمن قانون العقوبات* وقد صدر في سنتي 2008 و2009 تحت رقم 01/08 المتمم والمعدل لقانون العقوبات وهذا النص يعاقب المتورطين في الهجرة

---

[1] – تيم موريس، المنظمة الدولية للهجرة: هل نتعدى على المساحة الانسانية للاجئين، **نشرة الهجرة القسرية**. العدد 22، 2005، ص39

[2] – د.ذ.ك، "الهجرة غير الشرعية...خطر يهدد أمن الجزائر القومي"، **جريدة الموعد اليومي**. في الموقع الالكتروني: ***https://www.elmaouid.com/***، تاريخ الدخول: 2018/05/31، ساعة الدخول: 13:31.

* – يشير المفهوم بأنه مجموعة من القواعد القانونية المحددة للأفعال التي تعتبر جرائم في نظر المشرع، وتبيّن العقوبات

غير الشرعية، ويعاقب صاحبها بالحبس لمدة تتراوح بين الشهرين والستة أشهر، وغرامة مالية بين 20 و60 ألف دينار، فيما يعاقب نفس النص مرتكبي جريمة المتاجرة بالبشر بالسجن لمدة تتراوح بين الثلاث والعشر سنوات، وغرامات ماليّة بين 30 ألف دينار والمليون دينار[1].

خاتمة:

تبقى ظاهرة الهجرة غير الشرعية تحمل العديد من التحديات لمختلف الدول سواء أكانت مصدرة أو مستقبلة لما لها من تأثيرات على أمن الدول واستقرارها في ظل عالم فوضوي صاحبه زيادة في معدلات انتشار الجريمة المنظمة بمختلف أشكالها.

لكل هذا تسعى الدول باعتبارها فاعلا في العلاقات الدولية إلى تجميع مختلف قدراتها بغية التصدي لهاته الظاهرة وكذا ضبط أمنها الوطني ضد كل ما من شأنه أن يهدد استقرارها وأمنها مع البحث عن الآليات الكفيلة للتصدي لهاته الظاهرة سواء عن طريق الحلول العسكرية أو حتى الدبلوماسية في إطار التعاون الذي توليه دول الاتحاد الاوروبي لدول الساحل والصحراء بغية مساعدتها على بناء مؤسساتها واستتباب أمنها وتوفير بيئة سليمة للعيش للتقليل من معدلات الهجرة غير الشرعية.

ويحدد قواعد المسؤولية الجزائية والعقاب على السلوكات التي يأتيها الإنسان، وتشمل قواعد قانون العقوبات على المقررة لها، أحكامل عامة وأخرى خاصة، فالعامة تسري على جميع أنواع الجرائم جنايات وجنح مخالفات والعقوبات وتدابير الأمن فهي قواعد تطبق على كل الجرائم مهما تباينت أنواعها، جناية أو جنحة أو مخالفة، أما الخاصة فهي مجموعة النصوص التي تحدد كل جريمة والعقاب المقرر لها، عن طريق تجريم السلوكات التي يرى فيها المشرع الجنائي خطراً أو تهديداً أو مساساً بأمن وسكينة الجماعة واستقرارها. للمزيد أنظر: عبد الله أوهايبية، **شرح قانون العقوبات الجزائري**. الجزائر: موفم للنشر، 2009، ص-ص.12-14.

[1]- عبد القادر رزيق المخادمي، **مرجع سابق ذكره**. ص.78.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

أ- باللغة العربية

1- عبد الله أوهايبية، **شرح قانون العقوبات الجزائري**. الجزائر: موفم للنشر، 2009،

2- الكيالي عبد الوهاب ، **موسوعة السياسة**. ج.7، ط.1، الأردن: المؤسسة العربية للدراسات والنشر،1994.

3- الشهاوي طارق عبد الحميد ، **الهجرة غير الشرعية: رؤيا مستقبلية**. ط.1، د.م.ن: دار الفكر الجامعي، 2009.

4- المظلوم محمد جمال ، **الأمن غير التقليدي**. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع، 2014،

5- خشاني محمد ، "**العلاقة بين التنمية والهجرة في شمال إفريقيا**- اللجنة الإقتصادية لإفريقيا. الرباط: مكتب شمال إفريقيا،2007.

6- عثمان الحسن محمد نور، و ياسر عوض الكريم المبارك، **الهجرة غير المشروعة والجريمة**. الرياض: مركز الدراسات والبحوث، 2008.

7- عبد القادر رزيق المخادمي، **الهجرة السرية واللجوء السياسي**. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.

8- محمد مصطفى حسن علي، **سياسات وتجارب إعادة إنخراط مهاجرين بلدان المغرب العربي**. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، د.س.ن.

9- مدحت أيوب، **الأمن القومي العربي في عالم متغيّر**. القاهرة: مكتبة مدبولي، 2002، ص.17.

ب- باللغة الأجنبية

- *Brian Keely,* ***International Migration :The Human Face of Globalisation****. OECD insight. OECD.2009 ,p.03.* 10
- ***La rousse****. Paris :monteparmasse ,2006 ,p.361.*11

ثانيا: المقالات

12- وليد الشيخ، "أوروبا وقضايا الهجرة...معظلة الأمن والإندماج"، **السياسة الدولية**. العدد 165،2006.

13- تيم موريس، المنظمة الدولية للهجرة: هل نتعدى على المساحة الانسانية للاجئين، **نشرة الهجرة القسرية**. العدد 22،2005.

14- مغاوري شلبي، "الأبعاد الإقتصادية لهجرة العمالة"، **السياسة الدولية**- السياسة الدولية.العدد 165 المجلد.41،2006

15- ظريف شاكر ، "معضلة الهجرة السرية في منطقة الساحل الإفريقي والصحراء الكبرى وارتداداتها الإقليمية"، **مجلة العلوم القانونية والسياسية**. عدد13، جوان 2016.

رابعا: الملتقيات

16- موسى أمال ، "من هجرة المكان إلى المكانة"، **مستقبل الهجرة ما بين سياسة الجوار وسياسة الجدار**، الندوة الثالثة، مركز جامعة الدول العربية،2006، ص.48.

17- ناجي عبد النور، "الأبعاد غير العسكرية للأمن في المتوسط: ظاهرة الهجرة غير القانونية في المغرب العربي"، الملتقى الدولي **الجزائر والأمن في المتوسط: واقع وأفاق**. جامعة قسنطينة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2008.

خامسا: الرسائل والأطروحات الجامعية

18- بن زيوش غالية ، الهجرة والتعاون الأورو- متوسطي منذ منتصف السبعينات. (**رسالة ماجستير غير منشورة**)، جامعة الجزائر: كلية العلوم السياسية والإعلام،2005، ص..83

19- بتقة خديجة ، السياسة الأمنية الأوروبية في مواجهة الهجرة غير الشرعية، (**مذكرة ماجستير غير منشورة**). جامعة بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.

20- حموم فريدة، الأمن الإنساني مدخل جديد في الدراسات الأمنية. (**رسالة ماجستير غير منشورة**). جامعة الجزائر03: كلية العلوم السياسية والعلاقات الدولية، 2003-2004.

21- سويعدي نجيب ، إدارة سياسة الهجرة وعلاقتها بصناعة القرار المحلي(دراسة مقارنة بين الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، فرنسا).(**رسالة ماجستير غير منشورة**). جامعة ورقلة: قاصدي مرباح،.2011،2012

22- علالي حكيمة، البعد الأمني في السياسة الخارجية الجزائرية. (**مذكرة ماجستير غير منشورة**)، جامعة قسنطينة: كلية حقوق والعلوم السياسية، 2010-.2011

23- عطيش يمينة ، البعد الأمني في العلاقات الأورومتوسطية، (**مذكرة ماجستير غير منشورة**). جامعة الجزائر: كلية العلوم السياسية الاعلام، 2007-2008.

رابعاً: المواد الإلكترونية

24- أمحند برقوق، "الإشكاليات الجديدة للأمن في المتوسط"، في الموقع الإلكتروني:
ar.com/ar/index.php/permalink/3044.html.http://www.politics ،
تاريخ الدخول: 2013/06/03.، ساعة الدخول: 23:22.

25- بن بوعزيز آسية، "سياسة الاتحاد الأوروبي في مواجهة الهجرة غير الشرعية"، في الموقع الإلكتروني:

https://www.asjp.cerist.dz/en/article/2712، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول: 23:30.

25- مركز الجزيرة نت، أسباب الهجرة غير الشرعية إلى أوروبا، في الموقع الالكتروني:
41a4- http://www.aljazeera.net/specialfiles/pages/40d65cc9-4cc5-b718-6656b133f208
تاريخ الدخول: 2017/04/01، ساعة الدخول: 23:22.

26- محمد مطاوع، الاتحاد الاوروبي وقضايا الهجرة: الاشكاليات الكبرى والاستراتيجيات والمستجدات. **المستقبل العربي**. في الموقع الإلكتروني:
www.caus.org.lb/PDF/EmagazineArticles/mustaqbal_431_mhmd_mtw3.pdf

27- محمد عبد العاطي، "مشكلة الهجرة غير الشرعية في ليبيا"، **الجزيرة.نت**. في الموقع الالكتروني

، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول:

http://www.aljazeera.net.22:51

28- عبد الحق عباس، "الهجرة غير الشرعية"الحراقة"،موقع الشهاب للإعلام، في الموقع الإلكتروني
http://www.chihab.net/modules.php?name=News&file=article&sid=1251
تاريخ الدخول:2013/06/24، ساعة الدخول: 23:30

29- عبد العظيم، قنديل، "ماذا فعلت ايطاليا وأوروبا للحد من الهجرة غير الشرعية"،في الموقع الالكتروني:

، تاريخ الدخول: 2018/06/05، ساعة الدخول: 23:08.***http://www.masrawy.com***

نحو ضمان أفضل لحق المحضون في النفقة.

أ / قرماش كاتية، أستاذة مساعدة صنف (أ)
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2– الجزائر

ملخص:

يولي المشرع الجزائري اهتماما خاصا بفئة الأطفال، بالنظر إلى أن التنشئة السليمة للطفل عماد صلاحه وصلاح المجتمع، وفي سبيل ذلك صادقت الجزائر على العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان عموما وحقوق الطفل خصوصا،أهمها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 والميثاق الإفريقي بشأن حقوق ورفاهية الطفل لسنة 1990، كما تضمنت النصوص التشريعية الوطنية أحكاما تتعلق بحقوق الطفل كقانون الأسرة، القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل.

تشكل هذه النصوص القواعد الموضوعية لحقوق الطفل، تشمل حقوق الطفل في الأسرة والمجتمع، أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد فكها، ويعد حقا الطفل في الحضانة والنفقة من الحقوق الجوهرية المكفولة للطفل بعد فك الرابطة الزوجية، إذ أنهما يكفلان عدم تشرده وعيشه في كرامة، لذا يتعيّن ضمانهما على أكمل وجه، وذلك من خلال توفير أفضل حماية للطفل في النصوص الموضوعية والعقابية.

الكلمات المفتاحية: الطفل، الحضانة، النفقة، قانون الأسرة، حماية وترقية الطفل، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية، الشكوى، التكليف المباشر بالحضور.

Résumé :

Le législateur algérien accorde une attention particulière à la catégorie des enfants, dans la mesure où la rectitude de l'enfant et le bien-être de sa société sont fondés sur sa solide éducation. De ce fait, l'Algérie a ratifié de nombreuses conventions internationales relatives aux droits de l'homme en général et aux droits des enfants en particulier, notamment la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990, elle a promulgué aussi des textes législatifs nationaux comprenant des dispositions relatives aux droits de l'enfant, telles que

le Code de la famille, la loi n ° 15-12 relative à la protection de l'enfant.

Ces textes constituent les règles de fond des droits de l'enfant, au sein de la famille et de la société, avant et après la dissolution du mariage des parents, tel que le droit de garde et le droit à la pension alimentaire, qui constituent des droits fondamentaux après la dissolution du mariage, car ils permettent à l'enfant d'éviter l'itinérance et de vivre dans la dignité, d'où la nécessité d'en assurer le maximum de ces droits, en garantissant la meilleure protection des enfants dans les textes de fond et punitifs.

Mots-clés: Enfant ; Garde ; Pension alimentaire ; Code de la famille ; Protection et promotion de l'enfant ; Code pénal ; Code des procédures pénales ; Plainte ; Assignation directe..

مقـدمـــة:

إن العلاقة بين بيئة التنشئة و شخصية الإنسان وطيدة؛ ذلك أن الطفل إن نشأ في بيئة سليمة كانت شخصيته سوية وإن اهتز صباه كان ذاك سببا من أسباب ضعفها، لذلك أولى الله سبحانه وتعالى العناية الفائقة لتنشئة الطفل ودعا لكفالة حقوقه، وهي حقوق مؤكدة بالسنة النبوية الشريفة، كحق الطفل في الحياة لقوله تعالى:" ولَا تَقتُلُوا أولَادكُم خشيَة إملاق نحن نرزقُهُم وإياكُم"(الإسراء الآية 31)، وروى البخاري في باب قتل الولد خشية أن يأكل معه،عن عبد الله بن مسعود قال : قلت يا رسول الله أي الذنب أعظم؟ قال:«أن تجعل لله ندا وهو خلقك»، قال: ثم أي؟ قال:"أن تقتل ولدك خشية أن يأكل معك".

وحقه في النسب لقوله جلا وعلا:"ادعُوهم لآبائِهم هو أقسطَ عند اللهَّ" (الأحزاب الآية5)، وقول النبي صلى الله عليه وسلم:"أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده، وهو ينظر إليه احتجب الله منه، وفضحه على رءوس الأولين والآخرين"، ذلك أن إلحاق النسب وعدم نفيه جورا وبهتانا يصون الولد من الضياع والتشرد، ويغنيه عن البحث عن أناه واحتقار نفسه لأن والديه تنكرا له، يضاف إلى ذلك أن حقوقا كثيرة تترتب عن النسب منها الولاية في الصغر، الإنفاق، الإرث، وضبط المحارم.

ويحتاج الطفل لصغر سنه وعدم قدرته على القيام بشؤونه لمن يحضنه ويوجهه، مصداقا لقوله تعالى: "وابتَلُوا اليَتَامَى حَتى إذا بَلَغُوا النِّكَاحَ"(الآية 6 من سورة النساء)، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما جاء في حديث عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده، أن أبويه اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم،أحدهما كافر والآخر مسلم، فخيره فتوجه إلى الكافر، فقال:"اللهم أهده"، فتوجه إلى المسلم، فقضى له به.

أما الحق في النفقة فهو ثابت بقوله تعالى:"والوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلَادهُنَ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أراد أن يُتِمَ الرضَاعَة وعلى المَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَ وكِسْوَتُهُنَ بالمَعْرُوفِ لا تُكَلَفُ نَفْسٌ إلَا وسْعهَا، لا تُضَار وَالِدةٌ بولَدِها ولا مَوْلُودٌ لهُ بِوَلَدِهِ وعلَى الوَارِثِ مثلُ ذلكَ فإنْ أرَادَا فِصَالًا عن تَرَاضٍ مِنْهُمَا وتَشَاوُرٍ فلا جُنَاحَ عَلَيْهُمَا، وإنْ أردْتُم أن تَسْتَرْضِعُوا أولَادكُم فلا جُنَاحَ عليْكُم إذا سَلَّمْتُمْ ما آتَيْتُم بالمَعْرُوفِ واتَقُوا اللهَ واعْلَمُوا أن الله بما تَعْمَلُون بَصِيرٌ"(البقرة الآية 233)، وقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي رواه مسلم: "دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقبة –أي في اعتاق عبد أو أمة– ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجرا الذي أنفقته على أهلك"، ذلك أن الحق في النفقة يغني الطفل عن السؤال، خاصة بعد انفصال والديه، ويضمن حسن تربيته كما أنه يشعر الطفل باستمرار العلاقة مع من تجب عليه نفقته فتقوى شخصيته.

إن هذه الحقوق المقررة للطفل شرعا، كرسها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، باعتبار أحكام الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا لقانون الأسرة طبقا للمادة 222 منه، فكفل للطفل الحق في النسب بموجب المادة 40، والحق في الحضانة بموجب المادة 62، والحق في النفقة بموجب المادة 75، غير أنه يلاحظ واقعيا، أن حرص الآباء على هذه الحقوق سرعان ما يضمحل بمجرد فك رباط الزوجية، فكم من دعوى نفي نسب رفعت بعد الطلاق وكم من طفل شرد في الشوارع بسبب الإهمال سواء ممن قررت له حضانته أو ممن كلف شرعا وقانونا بالإنفاق عليه. وتعد التجاوزات المرتبطة بحقي الحضانة والنفقة أوسع مجالا من تلك المرتبطة بنفي النسب لتعلق هذا الأخير بمواعيد محددة وتحاليل علمية، قد تمنع الآباء من استخدامها، في حين يستخدم الطفل، وفي كثير من حالات الانفصال، كأداة ضغط على الطرف الآخر، إذ قد يمتنع من تجب عليه نفقته عن الإنفاق عنه عقابا لمن تمسك بالحضانة، أو أن يتمسك بحضانته أحد الطرفين تنكيلا بالطرف الآخر، غير مبال بوضع الطفل ذاته، متناسين في كل ذلك بأن من يدفع فاتورة كل هذا هو الطفل، لذا وجب البحث عن آليات تضمن للطفل أفضل حماية لحقه في الحضانة والنفقة، انطلاقا من الإجابة عن السؤال التالي:

ماهي الثغرات القانونية والواقعية المرتبطة بحق الطفل المحضون في النفقة في المنظومة القانونية الجزائرية، وكيف يمكن مواجهتها لتقرير أفضل حماية للطفل؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تقودنا في محور أول للبحث عن القواعد الموضوعية المقررة في التشريع الجزائري لحقي الطفل في الحضانة والنفقة، ثم البحث في محور ثان عن آليات حمايتهما، لنتمكن من كشف مواطن الثغور التي تعيق تمتع الطفل بهذين الحقين قانون وواقعا، واقتراح السبل الكفيلة بسد هذه الثغرات قصد ضمان أفضل حماية للطفل، كل ذلك وفق منهج وصفي تحليلي.

المحور الأول: الأحكام الموضوعية لحقي الطفل في الحضانة والنفقة.

تتم دراسة أحكام الحق في الحضانة والنفقة على ضوء قانون الأسرة الجزائري أساسا، مع الإشارة، كلما اقتضت الضرورة ذلك، للأحكام الشرعية، وبالنظر إلى أن الموضوع مرتبط بنفقة المحضون وأن أول ما يفصل فيه القاضي بعد الحكم بالطلاق هي الحضانة فإنه سيتم التطرق للحق في الحضانة أولا ثم الحق في النفقة.

أولا)–حق الطفل في الحضانة: سيتم في هذه النقطة تعريف الحضانة وبيان أحكامها:

أ)–تعريف الحضانة:

***لغة:** الحضانة مأخوذة من الفعل حَضَنَ، فيقال حَضَنَ حَضنًا وحِضانة، والحِضن بكسر الحاء الجنب وهما حضنان والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك الشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها في أحد شقيها، وحضن الطائر بيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها وتسمى المرأة حاضنة، جمعها حواضن وهي تلك التي تقوم على الصغير في تربيته[1].

***شرعا:** ورد في موقع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية تعريف الحضانة شرعا على أنها: "الحضانة شرعا هي حفظ الصغير والعاجز والمجنون والمعتوه، مما يضره بقدر المستطاع، والقيام بتربيته ورعاية مصالحه من تنظيف وإطعام وما يلزم لراحته"[2].

لقد جاء هذا التعريف عاما لا يخص الطفل وحده، قريبا من تعريف الشافعية الذي جاء فيه أن الحضانة هي حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلحه و يقيه مما يضره، على خلاف تعريف المالكية الذي جاء فيه أن الحضانة هي حفظ الولد في صحته ومؤونة طعامه ولباسه وضجعه وتنظيف جسمه، وعلة ذلك أنه في كثير من الحالات تستخدم الحضانة كمرادف لولاية الحفظ والتربية[3].

---

[1] المنجد في اللغة والأعلام، ط31، دار المشرق، بيروت، 1991، ص139.

[2] أنظر موقع وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية: **http://www.marw.dz/index.php**

[3] سعيد بن علي بن وهف القحطاني، **الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة**،مطبعة السفير، الرياض، 2011، ص.111.

***قانونا:** نظم المشرع الجزائري أحكام الحضانة في المواد62-72 من قانون الأسرة[1]، معرفا الحضانة في المادة 62 على أنها:"الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا."

وبشأن هذا التعريف يمكن إبداء الملاحظات التالية:

1)-إن هذا التعريف بيّن مفهوم الحضانة بالنظر إلى أهدافها، فالحضانة هي القيام بشؤون الطفل من تربية وتعليم وحفظ صحة وخلق، أي إيلاء الطفل واجب الرعاية المطلوب لينشأ سليم البدن والعقل، حسن الأخلاق، لذا تحسب المشرع لحالة زواج المسلم بغير المسلمة، فقيّد الحضانة بتربية الطفل على دين أبيه، في حال إسناد الحضانة للأم غير المسلمة، ولا يطرح الأمر بالنسبة للمرأة المسلمة ذلك أن زواجها من غير المسلم باطل بحكم المادتين 30 و32 من قانون الأسرة ومن ثم لا يرتب أي أثر.

2)-يؤخذ على هذا النص قصوره على مصطلح الولد دون تحديد فيما إذا مميزا، غير مميز، متمتعا بقواه العقلية أو عكس ذلك، فلفظ الولد إن كان ينصرف لصغير السن إلا أن اللفظ مطلق، وعليه حبذا لو أن المشرع أضاف عبارة غير المميز، وفي ذلك دفع لدابر الشك ووضع حد فاصل بين الحضانة والولاية والقوامة، فيكون الطفل غير المميز محضونا إلى غاية بلوغه سن التمييز، على أن الحاضن هو الولي أو القيم خلال هذه المرحلة، وبعد بلوغه سن التمييز يخضع الطفل لولاية من تجب ولايته عليه، وللقوامة إن كان ممن يجب الحجر عليه.

ب)-حكمها وأحكامها:

***حكم الحضانة:** الحضانة حق ثابت للولد القاصر بالكتاب والسنة وإجماع الفقهاء؛ فمن الكتاب قوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ}. و قوله تعالى عن مريم عليها السلام:{فتقبلها ربها بقبول حسن وأنبتها نباتا حسنا وكفلها زكريا}.

ومن السنة ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاءً، وثديي له سقاءً، وحجْري له حِواءً، وإن أباه طلَّقني، وأراد أن ينتزعه منِّي، فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لم تَنْكِحِي".

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 4 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.رقم 43،الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 22 يونيو 2005.

أما إجماعا فقد ورد في الفقه الحنبلي أن كفالة الطفل وحضانته واجبة، وجاء في الفقه المالكي وجوب كفالة الأطفال الصغار[1]. وعلى هذا فالحضانة واجبة شرعا للطفل القاصر غير المميز لصغر في السن أو عته أو جنون وذلك لعدم قدرته على الاستغناء عنها، فالمحضون يهلك بتركها، فوجب حفظه من الهلاك.

***أحكامها**:عالج المشرع الجزائري أحكام الحضانة من حيث مستحقيها، مدتها وسقوطها في المواد 64-72 على النحو التالي:

1)-من حيث مستحقيها:أورد المشرع الجزائري، بالمادة 64، ترتيبا لمستحقي الحضانة على النحو التالي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك."

وهذا على خلاف النص القديم الذي كان يسبق الجدة لأم و الخالة على الأب، وحسن ما فعل المشرع الجزائري، ذلك أنه يُفَضَلُ أن يبقى الطفل بين أحضان أحد والديه قبل ذوي رحمه، فالأصل أنهما أحن عليه، وإن كان هذا الترتيب لا يقيد القاضي لورود عبارة "مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك". فإن تنازلت الأم عن حضانة ولدها أو لم تستوف شروط الحاضنة أمكن للقاضي أن يسند الحضانة للأب، إن استوفى شروط الحاضن وإلا جاز للقاضي إسنادها للجدة للأم أو غيرها من مستحقي الحضانة.

وفي تقرير مستحقي الحضانة يبدو أن المشرع قد أخذ بالمذهب المالكي من حيث عدم تخيير الطفل فيمن يكفل حضانته وأن الأم أولى بالحضانة، على خلاف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في تخيير المحضون بين أبيه وأمه إذا تنازعا فيه، فيلحق بأيهما اختار، كما أجاز الحنابلة أن يتفق الوالدين على أن يكون المحضون عند أحدهما. والعلة في عدم تخيير المحضون عند الحنفية والمالكية هي قصور عقله الداعي إلى قصور اختياره[2].

وعموما يتعين على القاضي وهو يحكم بالحضانة مراعاة عامل الاستقرار النفسي للطفل، لذا حبذا لو أن القضاة، عند فصلهم في مسألة الحضانة، أن يستعينوا بأهل الاختصاص كالمساعدين الاجتماعيين والنفسيين المحلفين، بحيث يتم إعداد تقرير عن الطفل ومستحقي الحضانة المفترضين، لأن مصير ومستقبل هذا الطفل مرهون بأولى بدايات حياته، فإن ترعرع في جو سليم نشأ سليما جسديا ونفسيا وإن ترعرع في جو اللامبالاة و التهميش نشأ ضعيف الشخصية هزيل البدن، خاصة وأن نص المادة 425 من قانون

[1] سعيد بن علي بن وهف القحطاني، المرجع السابق، ص.117.

[2] د/أحمد بن صالح البراك،"أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي"، مجلة العدل، العدد 66، على الموقع:
http://adlm.moj.gov.sa/attach/1392.pdf

الإجراءات المدنية والإدارية يجيز للقاضي في إطار الصلاحيات المخولة له، ومنها الفصل في مسألة الحضانة،أن يستعين بمساعدة اجتماعية أو طبيب أو خبير[1].

2)-من حيث مدة الحضانة: تنص المادة 65 من قانون الأسرة على أن مدة حضانة الذكر تنقضي ببلوغه سن العشر سنوات، وللقاضي أن يمددها إلى ستة عشر سنة إن كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية، وبالنسبة للبنت تنقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج (أي 19 سنة كاملة طبقا للمادة 7من ذات القانون). وبذلك يكون المشرع قد خالف المشهور في مذهب المالكية والذي حدد حضانة الذكر ببلوغه والبنت بدخولها. ونعتقد أن في تقرير سقوط حضانة الذكر بعشر سنوات والبنت بتسعة عشر سنة تناقض مع ما ذهب إليه المشهور عند المالكية وأحكام القانون المدني الجزائري، على النحو التالي:

1.2-أن هذا النص لا يوافق ما ذهب إليه المشهور عن المالكية باعتباره المذهب المعتمد، رغم ما فيه من فائدة للطفل المحضون، فالذكر ببلوغه يصبح مكلفا شرعا وقادرا على الاستغناء عن حاضنه والبنت بدخولها الأصل أن تستوفي حمايتها، كما أن موقف المالكية أفضل مما ذهب إليه الحنابلة والشافعية من انتقال البنت لوالدها بعد بلوغها وإلى حين زواجها[2]، لما لذلك من تأثير بالغ على شخصيتها؛ إذ تكلف بالانتقال لبيئة لم تعهدها، وسط زوجة أب لن تكون أحن عليها من أمها، بل وقد تدفعها لارتكاب ما لا يرضي الله، والواقع العملي يثبت ذلك فكم من بنت ظلت الطريق بسبب سوء معاملة زوجة الأب أو احتقار الإخوة والأخوات لأب، وسط لا مبالاة للأب.

2.2-إن هذا النص يحوي تناقضا بين سن التمييز في القانون المدني وقانون الأسرة، إذ إن كان مناط الحضانة هو تربية الطفل إلى أن يصبح قادرا على القيام بشؤونه والتمييز بين ما ينفعه ويضره، فكان أجدر أن يُوَحَد سن التمييز بين القانون المدني وقانون الأسرة فيجعل انقضاء الحضانة ببلوغ الذكر أو الأنثى ثلاثة عشر سنة كاملة طبقا للمادة 42 من القانون المدني(وهو في الغالب سن البلوغ).

وعلى هذا نعتقد أن الأفضل للطفل المحضون، أن يوحد المشرع سن التمييز بين القانون المدني وقانون الأسرة، بحيث تنقضي الحضانة ببلوغ الذكر والأنثى على حد سواء سن الثالثة عشر؛ أي أن تسند حضانة الطفل من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية بلوغه سن الثالثة عشر لمن هو أحق بحضانته، و تكون للحاضن الولاية عليه خلال هذه الفترة، بناء على تقرير من أهل الاختصاص، فإن بلغ الثالثة عشر سنة متمتعا

[1] تنص المادة 425 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على:" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة."

[2] د/عبد العزيز مبروك الأحمدي ومن معه، **الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004، ص336.

بكامل قواه العقلية خُيِّرَ بين والديه، وتكون حينها الولاية لمن وقع عليه الاختيار، فإن كان معتوها أو مجنونا أو سفيها أو ذا غفلة خضع لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم على حسب وضعه.

وحق الطفل في الخيار له انعكاس قوي على شخصيته؛ إذ من حق الطفل إذا بلغ أن يعامل معاملة الكبار وأن يشعر أنه غير ما كان قبل البلوغ، وهذا ينسجم مع التغيرات النفسية التي تطرأ عليه وتؤكد في قلبه انتقاله إلى مرحلة جديدة هي مرحلة المسؤولية والتكليف[1]، لقوله تعالى:" وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم."

والحقيقة أن الحضانة تكليف لا يستقيم إلا بتعاون والدي المحضون، ذلك أنه إن كُلِّفَت الأم كقاعدة عامة بواجب التربية والرعاية والحفظ، فإن الأب ملزم قانونا بتوفير مقر لممارسة الحضانة ضمانا لاستقرار المحضون، وهذا ما تقرره المادة 72 من قانون الأسرة، التي تلزم الأب خلال فترة الحضانة بتوفير سكن ملائم للحاضنة لممارسة الحضانة أو دفع بدل إيجاره إن تعذر عليه ذلك، والأصل أن تبقى الحاضنة ببيت الزوجية حتى تنفيذ الحكم القضائي المتعلق بالسكن ضمانا لاستقرار المحضون. وإن لوحظ واقعيا عزوف القضاة عن الاستجابة لهذا الطلب أحيانا إن كان المحضون طفلا واحدا وعدم انسجام المبالغ المحكوم بها مع واقع بدلات الإيجار، مما يجعل الحاضنات أحيانا يستوطن بالمحضون في مستودعات لا تليق بحياة البشر أو يبحثن عن عمل لتوفير سكن لائق للمحضون، ضف إلى ذلك أن المحاكم الجزائية لا تدين الأب بجريمة عدم تسديد النفقة في حال تقصيره في دفع بدلات الإيجار رغم نص المادة 78 من قانون الأسرة على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعد من الضروريات في العرف والعادة. لذلك ومن هذا الجانب يتعين على القضاة الأخذ بعين الاعتبار حاجة الطفل المحضون للاستقرار بأن يقرر بدل إيجار يتناسب مقداره مع حقيقة وواقع الإيجار في الجزائر ولو كان المحضون طفلا واحدا.

3)-من حيث سقوط الحق في الحضانة.

عالج المشرع الجزائري أسباب سقوط الحضانة كما يلي:

1.3-تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عنها في المادة 62 طبقا للمادة 66، والحقيقة أن المادة 62 لم تورد شروطا محددة وواضحة تتعلق بالحضانة، بل اقتصرت على بيان أهدافها، وبذلك تسقط الحضانة بعدم رعاية الولد أو سوء تعليمه أو عدم تعليمه على الإطلاق، أو بتربيته على غير دين أبيه، أو بتعريض صحته وخلقه للخطر، ويرجع تقدير ذلك للقاضي، إضافة إلى سلطته في إسقاط الحضانة لأحد الأسباب المتفق عليه شرعا تطبيقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، والمتمثلة في الصحة، الديانة، التكليف، الحوز والصيانة، لقول ابن عاصم في التحفة: "وشرطها الصحة والصيانة والحرز والتكليف

[1] د/ عبد الحكيم الأنيس، **حقوق الطفل في القرآن**،ط2، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2013، ص57.

والديانة"[1]، ولا يشكل عمل المرأة سببا لسقوط الحضانة إلا إذا كان ذلك يؤثر سلبا على المحضون كأن يتطلب عملها تواجدها الدائم خارج البيت.

2.3-كما تسقط الحضانة ببلوغ الذكر سن 10 سنوات أو 16 سنة إن لم تتزوج الحاضنة ثانية، وببلوغ البنت سن الزواج(19 سنة) طبقا للمادة 65.

3.3-تسقط الحضانة بتزوج الحاضنة بغير قريب محرم للمحضون، أو بالتنازل عنها ما لم يضر ذلك بمصلحة المحضون، طبقا للمادة 66 ،وبالنسبة لحالة التنازل فقد يرفض القاضي طلب التنازل عن الحضانة إن كان فيه ضرر للطفل، كأن يكون رضيعا ولا يملك الوالد من يرعاه خلال فترات عمله.

4.3-تسقط الحضانة إذا لم يطالب بها من له الحق فيها خلال مدة تزيد عن السنة بدون عذر، كأن لا تطالب بها الأم خلال مدة تزيد عن السنة من تاريخ النطق بحكم الطلاق أو أن لا يطلبها الأب مدة تزيد عن السنة من تاريخ مرض الأم الذي يمنعها من ممارسة الحضانة مع علمه به، كل ذلك طبقا للمادة68، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/5/21 تحت رقم 134951 بأن قضاة الدرجة الأولى حين قضوا برفض الدعوى استنادا لمصلحة المحضون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، ذلك أن الأم سلمت البنتين للأب مؤقتا بعد الطلاق لعدم وجود مسكن لممارسة الحضانة، ولم تعد للمطالبة بالحضانة إلا بعد خمس سنوات"[2].

5.3-تسقط الحضانة باستيطان الحاضن في بلد أجنبي، إن كان ذلك يضر بالمحضون طبقا للمادة69.

6.3-تسقط الحضانة بسكن الجدة أو الخالة الحاضنة مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم للمحضون، طبقا للمادة 70.

بتوافر إحدى هذه الحالات، تسقط الحضانة عن الحاضن، علما أن المشرع أشار إلى إمكانية استعادة الحضانة في حالة زوال سبب سقوطها غير الاختياري، في المادة 71، كشفاء الأم من مرضها، ولو أن عبارة غير الاختياري تحتاج للتحديد، طالما حددت أسباب سقوط الحضانة، فهل سقوط الحضانة عن الحاضن بسبب الاستيطان في بلد أجنبي في إطار العمل أو الدراسة يعد سببا اختياريا أو اضطراريا؟.

وعموما تتفق أسباب سقوط الحضانة مع تلك المقررة شرعا، ما عدا تحديد سن سقوط الحضانة، والمختلف أيضا فيه فقها؛ إذ يذهب الحنابلة إلى تحديد سن انقضاء الحضانة بسبع سنين قياسا على سن المخاطبة بالصلاة، ويذهب الشافعية إلى عدم تقييده بسن بل بالقدرة على الاستغناء ووافقهم في ذلك الحنفية

[1] أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، الطبعة الثالثة، المطبعة الثعالبية، الجزائر، 1928، ص.44.

[2] قرار غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/5/21 تحت رقم134951، المجلة القضائية، العدد2 لسنة 1997، ص86-88.

بالنسبة للذكر، فيما يذهب الحنفية في تحديد ميعاد انقضاء حضانة البنت ببلوغها، ويذهب المالكية إلى تحديد ميعاد انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر بالبلوغ والبنت بالدخول بها[1].

ثانيا)–حق الطفل في النفقة: نظم المشرع أحكام النفقة في المواد 74–80 مبينا حكمها، مشتملاتها، كيفية تقديرها، ومدة استحقاقها.

أ)–تعريف الحق في النفقة:

***النفقة لغة:** النفقة لغة مأخوذة من النفوق وهو الهلاك وتقول نفقت الدابة والفرس وسائر البهائم نفقت نفوقا إذا هلكت وماتت، وإما أن تكون مشتقة من النفاق الذي هو الزواج تقول أنفقت السلعة تنفق نفاقا بفتح النون أيضا إذا راجت ورغب الناس فيها. وأهل اللغة يستعملون كلمة النفقة اسما لعين المال الذي ينفقه الإنسان على عياله وأهل العرف يستعملون كلمة النفقة استعمال فهم يطلقون هذه الكلمة أحيانا ويردون بها خصوصا الطعام، ذلك أنهم يطلقون عليها السكن والكسوة ويقولون مثلا يجب على الزوج لزوجته النفقة والكسوة والسكن وهذا هو الصواب[2].

***النفقة شرعا:** النفقة اصطلاحا كما قال ابن عرفة "ما به قوام مقداد حال أدمي دون سرف"، فقوله قوام بكسر القاف هو نظام الشيء وعماده أما بالفتح فالمراد به العدل قال تعالى:"وكان بين ذلك قواما" وكذلك هي إخراج الشخص مالا ينفق به على من تجب عليه نفقته وتشمل المأكل والملبس والمسكن[3].

***النفقة قانونا:** لم يعرف المشرع الجزائري النفقة، بل ذكر مشتملاتها في المادة 78 من قانون الأسرة، والتي تضم الغذاء والكسوة ، العلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

ب)–حكمها وأحكامها:

***حكمها:** النفقة على الأولاد واجبة بالكتاب والسنة والإجماع؛ لقوله تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا}، وقوله تعالى: {لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لاَ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلاَّ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا} .

---

[1] سعيد بن علي بن وهف القحطاني، المرجع السابق، ص.117،118.

[2] أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،المجلد 1، مكتبة لبنان، لبنان، ص.618

[3] أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1993، ص.321.

وعن عائشة رضي الله عنها أن هنداً بنت عتبة جاءت إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه سراً وهو لا يعلم، فهل في ذلك شيء؟ فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: ((خُذِي ما يَكْفِيكِ وَوَلَدُكِ بالمعروفِ)).

وعن ثوبان مولى رسول الله – صلى الله عليه وسلم –أنه قال: ((أَفْضَلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ على عِيَالِهِ، ودِينارٌ يُنفِقُهُ على فَرَسِهِ في سبيلِ الله، ودِينارٌ يُنفِقُه على أَصْحَابِهِ في سَبِيلِ الله، قال أبو قِلاَبَةَ: بَدَأَ بِالْعِيَالِ ثم قال أبو قلابةَ: أيُّ رجلٍ أعظمُ أجْراً منْ رجلٍ يُنفق على عِيالٍ صِغار، يَعفهم الله أو ينفعهم الله بهِ ويُغنِيهم))[1].

أما بالإجماع فقد قال ابن قدامة رحمه الله في المغني عن ابن المنذر: ((وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم، ولأن ولد الإنسان بعضه، وهو بعض ولده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله))[2].

إن نفقة الأب على الأبناء واجبة قانونا أيضا،سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد حلها، وذلك طبقا للمادة 75 من قانون الأسرة، ما لم يكن للأبناء مال خاص، وفي ذلك وافق القانون الشرع، فإن كان الأب عاجزا وجبت على الأم إن كانت قادرة طبقا للمادة 76.

*__**أحكامها**__:ضبط المشرع الجزائري أحكام النفقة على الأبناء ببيان تاريخ استحقاقها وأسباب سقوطها كما يلي:

1)–يستحق الأبناء النفقة سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد حلها، فالأصل أن يثبت هذا الحق للطفل بمجرد ميلاده، وفي هذا الصدد يؤخذ على المشرع الجزائري في قانون الأسرة عدم تمييزه في تاريخ استحقاق النفقة بين الزوجة المطلقة والأبناء فجاء نص المادة80 بحكم عام مفاده أن تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ويدخل في هذا الإطار مثلا الحالات التي ينشب فيها الشجار بين الزوجين، فتضع الزوجة حملها في بيت أهلها، ثم يرافعها زوجها بدعوى الطلاق، فيمكن في هذه الحالة للزوجة أن تطالب بنفقة المحضون لمدة لا تزيد عن سنة قبل رفع الدعوى، لكن ما الوضع لو أن الطفل وُلِدَ في تاريخ سابق لميعاد السنة ودام إهمال والده له منذ ميلاده؟.

---

[1] د/حسن بن خالد حسن السندي،"عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال"،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد 44، ذو القعدة 1429،ص488.

و: أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبيد بن سفيان بن قيس البغدادي الأموي القرشي، **النفقة على العيال**، الجزء الأول، دار ابن القيم، السعودية،1990، ص.163.

[2] سعيد بن علي بن وهف القحطاني، المرجع السابق، ص.123.

إن تطبيق نص المادة 80 بحرفيته يقتضي أن تستحق النفقة لفترة سابقة على تاريخ رفع الدعوى أقصاها سنة، وفي ذلك جور في حق الأبناء، لذلك نعتقد أنه وبحكم وجوب نفقة الأب على الأبناء منذ الميلاد كان يتعين على المشرع كما فصل في أحكام نفقة الزوجة والأبناء في المادتين 74 و75 على التوالي، كان يتعين عليه أن يفصل في حكميهما بتقرير نفقة المطلقة على النحو الوارد بالمادة 80 ونفقة الأبناء بتقرير استحقاقها من تاريخ الميلاد، درءا للحالات التي لا ترفع فيها دعاوى الطلاق إلا بعد سنوات من الخلاف، فيرد نص المادة 80 بالصيغة التالية:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ما لم يثبت بالنسبة للأبناء أحقيتها قبل هذا التاريخ."

كما يلاحظ عمليا أنه إن كان المشرع يجيز تقديم طلب مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم بها، تقديرا لتغير الظروف وازدياد حاجيات المحضون مع كبر سنه، إلا أن المبالغ المحكوم بها قضاء لا تفي حاجيات الطفل المحضون من مأكل وملبس ومشرب وعلاج وتمدرس، وعليه يتعين مراجعة هذه المبالغ بما يتناسب ومتطلبات الطفل.

2)-تسقط نفقة الأبناء المحضونين ببلوغ سن الرشد بالنسبة للذكور والدخول بالنسبة للبنات أو بالاستغناء عنها بالكسب طبقا للمادة 75، على أنها تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وينتج عن ذلك ما يلي :

1.2-تنقضي نفقة الذكور ببلوغ سن الرشد ونفقة البنات بالدخول بهن، وخلال فترة الحضانة فللحاضنة حق المطالبة بالنفقة نيابة عن أبنائها القصر طيلة فترة حضانتها لهم باعتبارها الولي الشرعي عنهم طبقا للمادة 3/87(الذكر إلى غاية 10 سنوات أو 16 سنة إن لم تتزوج الحاضنة، والبنت إلى غاية بلوغها 19 سنة)، أما ما بعد مرحلة الحضانة، فالثابت أنه يمكن للبنت المطالبة شخصيا بنفقتها لتلازم سن سقوط الحضانة مع سن الرشد، أما بالنسبة للذكر فالأمر ليس بهذه البساطة ،إذ وعلى افتراض الأخذ بأقصى أجل لسقوط الحضانة (16سنة)، فالثابت أن هذا القاصر لا يتمتع بأهلية التقاضي، فمن يلتمس له حقه في النفقة من وليه الشرعي والقانوني، خاصة بالنظر إلى أن المادة 87 من قانون الأسرة لا تُخِلُ الأم محل الأب كولي شرعي يتمتع بكل السلطات الناتجة عن الولاية إلا بوفاة الأب، ولا تملك في حال غيابه أو حدوث مانع له إلا القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

كما نعتقد أنه لا يمكن في مثل هذه الحالة تطبيق أحكام المادة 90 التي تنص على أنه:" في حالة تعارض مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة"، ذلك أن ظاهر النص يوحي بتطبيقه في حالة تعارض مصالح الطرفين عند تسيير الولي لأموال القاصر.

وعليه نميل في هذه الحالة إلى دعوة المشرع إلى إضافة مادة تعالج هذه الحالة في باب النفقة، بأن يتم فيها النص على أنه في حالة تقرير إسقاط الحضانة عن الحاضن من غير الأب، أو في حالة سقوطها ببلوغ السن المقررة قانونا، فإن حق المطالبة بنفقة الطفل يثبت لوكيل الجمهورية، باعتبار القاضي ولي من لا ولي له وقياسا على حكم المادة 3/460 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنح قاضي شؤون الأسرة أو ممثل النيابة العامة حق المطالبة بتعديل أي تدبير مؤقت يتعلق بالولاية والحضانة على القاصر[1]، أو للمفوّض الوطني لحماية الطفولة طبقا للقانون 15-12المتعلق بحماية الطفل.

2.2-ورد النص في المادة 75على أن نفقة الأب على أبنائه واجبة وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة إلى ما بعد السن المقررة قانونا، غير أنها تسقط بالاستغناء عنها بالكسب.

إن هذه الفقرة،إن كان فيها من الايجابيات ما يحمي حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة ويشجع الطفل على التعلم والتمدرس إلا أنه يطرح سؤالين هامين هما:

- ما المقصود أولا بمزاولة الدراسة، أتدخل الأطوار الجامعية في هذا الباب، والتعليم المهني، ومن ثمة ألا تسقط نفقة الأب على الابن إن بلغ أكثر من 19 سنة إن كان متمدرسا، غير مكتسب؟.
- هل أن الإعانة التي تمنحها الدولة لذوي الاحتياجات الخاصة تدخل في إطار(القدرة على الكسب) وبذلك تكون مبررا لسقوط نفقة الأب على أبنائه، على بساطة هذه الإعانة؟.

إن الأحكام الشرعية في هذه المسألة تعد أكثر دقة ووضوحا، فهي توجب نفقة الابن على الأب إذا بلغ مجنونا أو أعمى وتستمر نفقته على الأب ولو كان يغيب أحيانا ويفيق أخرى لأنه صدق عليه أنه بلغ مجنونا، كما تستمر نفقته على العاجز عن الكسب إلى أن تزول عنه تلك العاهة[2].

[1] تنص المادة 3/460 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على :"يمكن أن يكون هذا الاجراء موضوع تعديل ،إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر."

[2] د/ عبد العزيز بن فوزان الفوزان،" حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية"،الملتقى الفقهي (رسالة الإسلام)،على الموقع : **http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4752**

المحور الثاني: آليات حماية الحق في الحضانة والنفقة.

أولا)–آليات حماية الحق في الحضانة: بعد أن نظم المشرع الجزائري أحكام الحضانة في قانون الأسرة، بَيَّن سبل المطالبة بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وآليات حمايتها في قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية، وعليه سنبين في نقطة أولى سبل المطالبة مدنيا بحق الحضانة، وفي نقطة ثانية آليات الحماية الجزائية لهذا الحق.

أ)– سبل المطالبة بالحق في الحضانة مدنيا: تتم المطالبة بالحق في الحضانة وفق إجراءات ضبطها قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو المفصل أدناه:

1–يختص قسم شؤون الأسرة بالنظر في دعاوى الحضانة طبقا للمادة 2/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن أهم اختصاصات قاضي شؤون الأسرة السهر على حماية مصالح القصر طبقا للمادة 424 من ذات القانون.

2–يتم في العادة المطالبة بحق الحضانة في صيغة طلب عارض مرتبط بدعوى طلاق رفعت بمحكمة مقر مسكن الزوجية طبقا للمادة 3/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أنه وفي الدعاوى المرتبطة بإسقاطها أو المطالبة بها لأول مرة فيقدم كطلب أصلي، وينعقد الاختصاص حينها لمحكمة مكان ممارستها طبقا للمادة 4/426 من ذات القانون.

3–إلى حين الفصل في دعوى الموضوع يمكن للطرف الذي يهمه الأمر(طالب الحضانة)،أن يرفع دعوى استعجالية يلتمس فيها إسناده حضانة الطفل القاصر مؤقتا طبقا للمادة 2/460 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويمكن أن يكون الأمر الفاصل بالحضانة المؤقتة محل تعديل،إما من تلقاء نفس القاضي أو بطلب من الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل من تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر.

إن هذا النص بمنحه للطفل المميز المحضون مؤقتا أي البالغ 13 سنة كاملة حق طلب تعديل الأمر ألاستعجالي القاضي بمنح حضانته مؤقتا لأحد الحاضنين المبينين في قانون الأسرة لَيُؤَكِدُ وجهة نظرنا السابقة حول ضرورة تنسيق المشرع بين سن التمييز وسن سقوط الحضانة وجعلهما معا ب 13 سنة.

4–إن الأوامر الاستعجالية المتعلقة بالمنح المؤقت للحضانة تقبل الاستئناف أمام المجلس القضائي المختص في ظرف 15 يوما من تاريخ تبليغها الرسمي، طبقا لأحكام المادة 304 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، علما أن نص المادة 456 من ذات القانون يحدد ذات الأجل لاستئناف الأوامر الاستعجالية المتعلقة بإنهاء الولاية على القاصر أو سحبها المؤقت.

أما الحكم المتعلق بدعوى الموضوع(الحضانة)، فإنه يخضع للقواعد العامة المتعلقة بالطعن في الأحكام؛ فإن كان حضوريا أو حضوريا اعتباريا أمكن استئنافه في ظرف شهر واحد من تاريخ تبليغه الشخصي وإن

كان التبليغ في الموطن فالأجل هو شهرين من تاريخ التبليغ، وإن كان غيابيا فهو يقبل المعارضة أمام نفس الجهة التي أصدرت الحكم خلال شهر واحد من تاريخ تبليغه، على أن أجل الاستئناف في هذه الحالة لا يسري إلا من تاريخ انقضاء أجل المعارضة، كل ذلك طبقا للمواد327، 328، 329 و 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مع ضرورة مراعاة أحكام المادة 314 من ذات القانون والتي تنص على عدم قابلية الأحكام القضائية الحضورية الفاصلة في الموضوع لأي طريق طعن بعد انقضاء أجل سنتين من تاريخ النطق بها، ولو لم يتم تبليغها رسميا.

وفي هذا الصدد ينبغي التنويه إلى أن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حين ضَمَّنَ قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص المادة 314، حتى لا تبقى الحقوق المقررة بموجب أحكام قضائية حضورية مهددة بالاستئناف ما لم يتم تبليغها، غير أنه يحبذ لو أن المشرع جعل أجل الاستئناف موحدا كما هو في المادة الإدارية، بجعله شهرين من تاريخ تبليغ الحكم سواء تم التبليغ شخصيا أو في الموطن، تجنبا لإمكانية تحايل المحكوم عليهم ورفضهم استلام التبليغات شخصيا للاستفادة من أقصى مدة للاستئناف.

ب)– الحماية الجزائية للحق في الحضانة:

بالرجوع لقانون العقوبات يمكن تقسيم الأحكام المتعلقة بالحماية الجزائية للحق في الحضانة إلى أحكام عامة تتعلق بكل طفل مهما كان وضعه، سواء كان في كنف والديه أو تحت حضانة حاضن، وأحكام خاصة بحماية الحق في الحضانة، كما يلي:

***الأحكام العامة المرتبطة بحماية المحضون.**

باعتبار الحضانة هي رعاية الطفل وتربيته وتعليمه، وحفظه صحة وخلقا، فإن هذا الالتزام يقع على الآباء أولا أثناء قيام العلاقة الزوجية، كما يترتب على عاتق الحاضن بعد انفصال الوالدين، ونظرا لأهمية هذه الرعاية في تنشئة الأطفال فقد أولى المشرع الجزائري في قانون العقوبات حماية خاصة للطفل، خصوصا في مواجهة أصوله أو من هو في حمايتهم، مشددا العقوبة في الحالات التي تُمَسُ فيها السلامة الجسدية أو المعنوية للطفل، ويظهر ذلك من خلال :

1-تجريم المشرع لواقعة ترك طفل غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية أو العقلية أو تعريضه للخطر من قبل أحد أصوله أو ممن له سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته(الحاضن)، في مكان خال، طبقا للمادة 315، إذ يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، فإن نتج عن هذا الترك عجز يفوق العشرين يوما عوقب الجاني بالسجن من خمس إلى عشر سنوات، فإن نتج عنه بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فالعقوبة هي السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، والسجن المؤبد في حالة ما إذا تسبب الترك في الموت.

2-تشديد المشرع في المادة 317 للعقوبات المقررة في المادة 316 المتعلقة بترك طفل في مكان غير خال من الناس،إن كان مرتكب الحادث من الأصول أو ممن له سلطة على القاصر أو ممن يتولى رعايته، بحيث يعد ترك طفل في مكان غير خال من قبل الغير جنحة ما لم يؤدي الترك للوفاة، فيكيف حينها على أنه جناية، فيما أنه إن كان الترك من قبل أحد الأصول أو ممن له سلطة على القاصر أو ممن يتولى رعايته عُدَ الجُرْمُ جنحة إن نتج عنه عجز لمدة تفوق العشرين يوما، وجناية إن أفضى لعاهة مستديمة أو بتر أحد الأعضاء أو الوفاة.

3-تقرير عقوبة الحبس من شهرين إلى سنة وغرامة من 25000دج إلى 100000 دج على أحد الوالدين الذي يعرض صحة، أمن و خلق أبنائه لخطير جسيم، كإساءة معاملتهم أو أن يكون مثلا سيئا لهم أو أن يُهْمِلَ رعايتهم أو يُقَصِّرَ في واجب الإشراف عليهم، سواء أسقطت عنه السلطة الأبوية أو لم تسقط، طبقا لأحكام المادة 3/330.

4- تقرير عقوبة السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات على أحد الأصول الذي يرتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر ولو تجاوز السادسة عشر ولم يصبح بعد راشدا بالزواج، وتكون العقوبة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كان الطفل قاصرا لم يكمل السادسة عشر(المادة 2/334).

5-تقرير عقوبة السجن المؤبد على أحد الأصول أو كل من له سلطة على القاصر إن ارتكب جريمة الاغتصاب في حق قاصر لم يكمل السادسة عشر، طبقا للمادة337.

6-يحمي المشرع الطفل من حالات الشذوذ الجنسي التي ذاعت في السنوات الأخيرة في مجتمعنا لغياب الوازع الديني والأخلاقي فانتشرت الفواحش بين الأصول والفروع المعتبرة جناية معاقب عليها بنص المادة 337 مكرر وتستبع إسقاط الولاية عن الأب أو الأم.

7-يحاول المشرع حماية الطفل من الانحراف الذي قد يقوده إليه أحد والديه أو من فوض له أمر رعايته بتجريم الأفعال المرتبطة بالدعارة المحددة في المادة 344 وتسليط عقوبة الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وغرامة مالية من 20000 دج إلى 200000 دج .

8-يجرم المشرع بيع الأطفال في المادة 320 [1]، وحبذا لو أن المشرع شدد في هذا النص على العقوبة المقررة للآباء، بجعلها أشد من تلك المقررة للجاني المستفيد من عملية البيع، فعقوبة الحبس من شهرين إلى ستة

[1] تنص المادة 320 من قانون العقوبات على ما يلي:"يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 دج إلى 20.000 دج :

1- كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة.

2-كل من تحصل من أبوين أو من احدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلهما الذي سيولد أو شرع في ذلك وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله.../...

3-كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية إلى فائدة أو شرع في ذلك."

أشهر وغرامة من 500 إلى 20.000 دج تعد عقوبة غير كافية للوالدين المتخليين عن أبنائهما لقاء مبالغ مالية، إذا قارناها بالأثر النفسي والمادي لهذه الجريمة على الطفل بذاك الذي تلحقه جريمة خطف قاصر والتي قرر لها المشرع عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 2000دج.

***الأحكام الخاصة بحماية الحق في الحضانة:**

كفل المشرع الجزائري حق الطفل في أن يتم تسليمه لمن عُهِد له حق رعايته والقيام به وذلك من خلال نصوص المواد 327، 328 و 329 من قانون العقوبات على النحو التالي:

1-تنص المادة 327 على ما يلي:"كل من لم يسلم طفلا موضوعا تحت رعايته إلى الأشخاص الذين لهم الحق في المطالبة به يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات."

2- يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضي في شأن حضانته بحكم مشمول بالنفاذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق في المطالبة به، وتطبق ذات العقوبة على من خطف طفلا ممن أوكلت له حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها (كاختطاف المحضون من المدرسة أو دور الحضانة)، ولو وقع ذلك بغير عنف. وترفع العقوبة إلى ثلاث سنوات إذا كان الجاني قد أسقطت عنه السلطة الأبوية، كل ذلك طبقا لأحكام المادة 328.

3- تنص المادة 329 على:"كل من تعمد إخفاء قاصر كان قد خطف أو أبعد أو هربه من البحث عنه وكل من أخفاه عن السلطة التي يخضع لها قانونا يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2500 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك فيما عدا الحالة التي يكون فيها الفعل جريمة اشتراك معاقب عليها.

والظاهر أن النصوص الثلاثة تتعلق بجريمة عدم تسليم طفل، وكل منها يقرر عقوبة خاصة، ويلاحظ أن نص المادة 328 أكثر تعلقا بموضوع الحضانة لنص المشرع صراحة على ذلك، ويشترط لتطبيقها:

-وجود حكم نهائي قضى بالحضانة أو أمر استعجالي قضى بمنحها مؤقتا.

-امتناع الجاني عن تسليم الطفل رغم علمه بإسناد حضانته لمن طالب بها، أو خطفه للمحضون من الأماكن التي وضع فيها ولو تم ذلك دون عنف.

-تقديم من له الحق في الحضانة لشكوى، لاشتراط ذلك في نص المادة 329 مكرر، ذلك أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة؛ ويتم تقديم الشكوى إما أمام محكمة محل الجريمة أو محل إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم ولو كان القبض لسبب آخر طبقا لمقتضيات المواد 37، 40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية ، وفي هذا الصدد حبذا لو أن المشرع الجزائري ضمّن نص المادة 329 حكما

شبيها بذاك الوارد في المادة 331 بمنح الاختصاص أيضا لمحكمة موطن أو محل إقامة من قرر له الحق في الحضانة.

وتقديم الشكوى ليس الطريقة الوحيدة للمطالبة بتسليم طفل محضون؛ إذ يجوز اللجوء للتكليف المباشر طبقا للمادة 337 مكرر/2 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث يكلف المتهم بالحضور مباشرة أمام محكمة الجنح بعد تقديم عريضة تكليف بالحضور ودفع الكفالة المحددة من قبل وكيل الجمهورية، كما يمكن اللجوء للادعاء المدني أمام قاضي التحقيق طبقا للمادة 72 من ذات القانون، بعد دفع الكفالة المحددة من قبل هذا الأخير.

ويمكن تلخيص أوجه اختلاف نصي المادتين 327 و329 عن المادة 328 فيما يلي:

1-إن نص المادة 327 يتعلق بجريمة عدم تسليم طفل لمن له حق المطالبة به، وقد يكون هذا الشخص أبا أو أما أو حاضنا، وعلى هذا فنص المادة 327 أكثر عمومية من نص المادة 328.

2-يختلف نص المادة 329 عن نص المادة 328، من حيث عموميته أيضا لورود عبارة "كل من تعمد إخفاء قاصر كان قد خطف أو أبعد أو هربه من البحث عنه وكل من أخفاه عن السلطة التي يخضع لها قانونا"، فالركن المادي هنا لا يحوي عدم التسليم فقط، بل يتضمن أيضا الإبعاد والإخفاء، كما أن مصطلح السلطة قد يعني مفهومها المعنوي، أي من له سلطة على الطفل كالأب والأم والحاضن والوصي والولي، كما قد يعني السلطة بمفهومها المادي كمثلا إخفاء قاصر بعد تهريبه من مؤسسة إعادة التربية.

3-يختلف حكم المادتين327 و 329 عن المادة 328 بأن تحريك الدعوى العمومية غير مقيد بضرورة تقديم شكوى من الضحية، فقد تحرك النيابة العامة الدعوى من تلقاء نفسها، كما أن صفح الضحية لا يضع حدا للمتابعة الجزائية.

ثانيا)- الحماية المقررة للحق في النفقة: بيّن المشرع سبل المطالبة بنفقة الطفل المحضون في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والعقوبات المقررة للممتنع عن آدائها وسبل متابعته في قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية، على النحو التالي:

أ)-الحماية المدنية للحق في النفقة: لاستيفاء حق المحضون في النفقة يتعين على الحاضن،إتباع الإجراءات التالية:

1-يمكن للحاضن، قبل صدور حكم في موضوع الدعوى(سواء تعلقت بالرجوع أو بفك الرابطة الزوجية)، رفع دعوى استعجالية تلتمس فيها تقرير نفقة مؤقتة للطفل طبقا للمادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ على أن ترفع الدعوى بموطن الدائن بالنفقة(موطن الحاضن) طبقا للمادة 5/426 من ذات

القانون، وذلك بعريضة مستوفية أحكام المواد8،14،13 و15 من ذات القانون. وهذا لا يمس بحق الحاضن في تقديم طلب إسناد حضانة الأبناء ونفقتهم في دعوى الموضوع.

2-عندما يفصل القاضي بالطلاق يقرر إسناد الحضانة لمن يستحقها ويفرض على من تجب عليه النفقة نفقة الابن المحضون، و الواقع أن هذا الحكم إن كان نهائيا في شقه المرتبط بالطلاق إلا أنه قابل للاستئناف في شقه المتعلق بالحضانة والنفقة، وميعاده شهر واحد من تاريخ تبليغ الحكم إن كان الحكم حضوريا أو حضوريا اعتباريا وتم التبليغ شخصيا، وشهرين إن تم تبليغ الحكم في الموطن أو برسالة مضمنة أو عن طريق التعليق طبقا للمادة 336 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن أجل الاستئناف لا يسري على الحكم الغيابي إلا بعد انقضاء أجل المعارضة.

3-باستنفاذ الاستئناف أو الاستغناء عنه يصبح الحكم نهائيا، لا يقبل إلا النقض إن توفرت أوجهه، ويعد حينها قابلا للتنفيذ وفق أحكام المواد 600-611 بواسطة محضر قضائي.

ب)- الحماية الجزائية للحق في النفقة:

على خلاف الحق في الحضانة، عالج المشرع الجزائري الحماية الجزائية للحق في النفقة في مادة وحيدة هي المادة 331، بنصه على:"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن آداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد 37، 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية تختص أيضا بالحكم في الجنح المذكورة في هذه المادة محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية".

و قرر لمرتكبها عقوبات تكميلية طبقا للمادة 332 التي تنص على:"ويجوز الحكم علاوة على ذلك على كل من قضى عليه بإحدى الجنح المنصوص عليها في المادتين 330 و331 بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر." كمثلا إسقاط حق الولاية.

وعلى هذا تقوم جريمة عدم تسديد النفقة إذا توفر ما يلي:

1-وجود حكم نهائي قضى باستحقاق النفقة للطفل المحضون. وعلى هذا يختلف حكم هذا النص عن حكم المادة 328 التي أشارت صراحة إلى قيام جريمة عدم تسليم طفل محضون ولو في وجود حكم مشمول بالنفاذ المعجل، فيما غابت هذه الإشارة في نص المادة 331 مما يفترض ضرورة أن يكون الحكم نهائيا فاصلا في الموضوع.

2-سعي الحاضن في استيفاء هذه المبالغ بالطرق القانونية.

3-ثبوت امتناع الملزم بدفع النفقة عن تسديدها لمدة شهرين ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التنفيذ الاختياري أو التوقف عن التسديد لمدة شهرين ابتداء من تاريخ آخر يوم سددت فيه المبالغ السابقة. وذلك في محضر رسمي(محضر عدم التسديد).

4-أن يكون الامتناع عمديا.

بتوفر هذه الشروط تعد جريمة عدم تسديد النفقة قائمة، ويمكن للضحية أن تقدم شكواها؛ ولو أن المشرع لم يقيد تحريك الدعوى العمومية في هذه الحالة بضرورة تقديم شكوى من الضحية، على خلاف أحكام المادة 329 من قانون العقوبات والتي تجعل شكوى الضحية شرطا لتحريك الدعوى العمومية بالنسبة لجريمة عدم تسليم طفل محضون، وهذا ثابت بصريح نص المادة 331 من ذات القانون، وعلى هذا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية من تلقاء نفسها، ولو أن صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة يضع حدا للمتابعة الجزائية.

و يمكن للدائن بالنفقة المطالبة بتسديد نفقة المحضون المحكوم بها، بإحدى الطرق التالية:

1-تقديم شكوى من المضرور أو من ينوب عنه قانونا، أمام وكيل الجمهورية أو رجال الضبطية القضائية التابعين لمحكمة مقر الدائن بالنفقة، أو إحدى المحاكم الوارد تعدادها بالمادة 37، 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية.

2-بتكليف مباشر بالحضور طبقا للمادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية[1]، إذ تعد جريمة ترك الأسرة(والتي من بينها جريمة عدم تسديد النفقة)من الجرائم التي يجوز اللجوء فيها للتكليف المباشر، الذي يتم بموجب عريضة تكليف بالحضور، تحدد فيها هوية المشكو منه بدقة وموطنه، مع ضرورة دفع مبلغ الكفالة التي يحددها وكيل الجمهورية، ويتم تبليغ المشكو منه بواسطة محضر قضائي ليمتثل للحضور أمام محكمة الجنح بالجلسة المحددة.

[1] حدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها اللجوء للتكليف المباشر بالحضور على سبيل الحصر وتتمثل في ترك الأسرة، عدم تسليم طفل، انتهاك حرمة مسكن، القذف و إصدار شيك بدون رصيد، وفي غيرها من الحالات تتوقف ممارسة هذا الحق على موافقة وكيل الجمهورية، راجع في ذلك أحكام المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

3-أو بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق طبقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية، ويتعين على المدعي المدني تسديد كفالة يقدرها قاضي التحقيق طبقا للمادة 75 من ذات القانون، تصادر في حالة عدم قبول الإدعاء المدني أو الحكم ببراءة المشكو منه، ما لم يكن المدعي المدني قد حصل على المساعدة القضائية.

وفي الحياة العملية كثيرا ما يحجم الدائن بالنفقة، ممثلا في الغالب بالأم الحاضنة، عن المطالبة بالنفقة لما يكبدها ذلك من مصاريف دفع الكفالة في حالة اتباع طريق التكليف المباشر أو الإدعاء المدني، إضافة إلى مصاريف التبليغ في الحالة الأولى وأتعاب المحامي، خاصة إذا كان تهاون الأب في سداد النفقة متكررا، لذا نقترح في هذا المجال أن يقرر المشرع الجزائري، بموجب نصوص خاصة، آليات مدنية أكثر فعالية في استيفاء حق الطفل في النفقة، كأن يتم اقتطاع قيمة النفقة من راتب الملزم بالنفقة آليا حتى لا يضطر الطفل للركض وراء والده ليتذكر أن له عليه حقا، أو أن يلزم كل من تجب عليه النفقة بعد صدور حكم بالطلاق بفتح حساب جار باسم الطفل المحضون تصب فيه بطريقة آلية من راتب المدين قيمة النفقة المقررة، لعل ذلك يضمن على الأقل الحد الأدنى من الكرامة والعيشة الدنيا للطفل المحضون.

خاتمة:

سعى المشرع الجزائري لضبط الأحكام المتعلقة بحق الطفل في الحضانة والنفقة كأثرين من آثار فك الرابطة الزوجية بالطلاق، فبين أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، مقررا أن الحضانة هي رعاية الولد، تعليمه، حفظه صحة وخلقا وتربيته على دين أبيه، مؤكدا ثبوتها للأم أولا، ثم الأب ثم ذوي الأرحام على أن يراعي القاضي في ذلك مصلحة المحضون، محددا أسباب سقوط الحضانة كتزوج الحاضنة بغير قريب محرم أو اختلال أحد الشروط الواردة بالمادة 62 أو ببلوغ الذكر 10 سنوات والبنت سن الزواج أو باستيطان الحاضن في بلد أجنبي متى كان ذلك مضرا بالمحضون، كما بين المشرع العقوبات المترتبة عن الإخلال بواجب الحضانة، موضحا سبل متابعة الجاني في قانون الإجراءات الجزائية.

ويؤخذ على المشرع الجزائري في هذا الصدد، ما يلي:

-عدم توضيحه بدقة للشروط المرتبطة بالحاضن.

-ضرورة التنسيق بين أحكام القانون المدني وقانون الأسرة فيما يتعلق بضبط سن التمييز وجعلها في الحالتين 13 سنة، بحيث تسقط الحضانة عن الطفل، ذكرا كان أو أنثى ببلوغ سن الثالثة عشر، مع ثبوت حق التخيير للطفل بعد هذه السن.

-ضرورة النص على وجوب استعانة القضاة،عند الفصل في المسائل المتعلقة بالحضانة، بذوي الاختصاص من أطباء نفسيين ومساعدين اجتماعيين لتقرير الأفضل للطفل المحضون.

وعن الحق في النفقة، فقد عالجه المشرع في قانون الأسرة في المواد 74-80، مبينا أن نفقة الأبناء واجبة على الآباء، وتشمل النفقة الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن وأجرته وما يعد من الضروريات في العرف والعادة، موضحا تاريخ استحقاقها، ومعتبرا التهاون في آدائها لمدة شهرين جنحة، مبيّنا سبل متابعة الجاني.

وقصد ضمان أفضل حماية لحق الطفل المحضون في النفقة نقترح:

-ضرورة تعديل المادة 80 من قانون الأسرة بالصيغة التالية:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، ما لم يثبت بالنسبة للأبناء أحقيتها قبل هذا التاريخ"؛ ضمانا لحق الأبناء في النفقة في حالة ميلادهم سنة قبل رفع الدعوى وإهمال الأب واجب الإنفاق عليهم.

-ضرورة تحديد من يتولى المطالبة بالنفقة إجرائيا نيابة عن الطفل الذكر بعد تقرير سقوط الحضانة عنه وقبل بلوغ سنه الرشد إن كان متمتعا بكامل قواه العقلية، كإسناد الأمر لوكيل الجمهورية أو المفوّض الوطني لحماية الطفولة.

-قصد ضمان تمتع الطفل الدائم والمستقر بحقه في الحضانة والنفقة، نقترح أن تتضمن الأحكام المتعلقة بالحضانة والنفقة حكما يقتطع شهريا وبصفة آلية من راتب من تجب عليه النفقة المبالغ المستحقة للطفل

المحضون، أو أن يُلْزَمَ المدين بالنفقة بفتح حساب جار للطفل تصب فيه تلقائيا نفقته عن طريق الاقتطاع الشهري المباشر.

كما يتعين وفي إطار عام لحماية الطفل أن تغلق ولا يرخص قانونا، في بلد يضع الإسلام راية له، ببيع الخمور التي تذهب عقل الطفل فتدفعه للفساد بل وتذهب بعقل حاضنه ومن تجب عليه نفقته، فينساق وراء الرذائل وينسى أعظم واجب ألقي عليه، كما يتعين القضاء على بيوت الانحلال الخلقي التي نشرت الفساد وأباحت المحرمات، فأضحى الطفل لا يأمن على نفسه أقرب الناس إليه، إذ كيف لنا أن نزرع الداء بأيدينا ثم نبحث عن الدواء، إننا لسنا بحاجة لتشديد العقاب بقدر ما نحن بحاجة لضرورة التكفل النفسي والاجتماعي بأفراد المجتمع، بأن تغلق الأماكن المشبوهة وأماكن الفجور، بأن يُحرم بيع الخمور والمتاجرة فيها، مجتمعنا بحاجة لتنظيم دورات تأهيلية للآباء والأبناء، وتفعيل البوابة الإلكترونية لوزارة التضامن الوطني وشؤون الأسرة للتبليغ عن الحالات التي يتعرض فيها الأطفال المحضونون لسوء المعاملة أيا كانت طبيعتها، والإسراع في التكفل بهم.

المصادر والمراجع:

أ)-المصادر:

1-القرآن الكريم.

2-الأمر 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ8يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ8يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

4-القانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدَل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتعلق بقانون الأسرة، ج.ر.رقم 43، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 22 يونيو 2005.

5-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. رقم 21، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الثاني الموافق لـ23 أبريل 2008.

6- المنجد في اللغة والأعلام، ط31، دار المشرق، بيروت،1991.

7- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،المجلد 1، مكتبة لبنان، لبنان.

ب)-المراجع:

الكتب:

1-أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبيد بن سفيان بن قيس البغدادي الأموي القرشي، **النفقة على العيال**، الجزء الأول، دار ابن القيم، السعودية،1990.

2- أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، الطبعة الثالثة، المطبعة الثعالبية، الجزائر، 1928.

3- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، لبنان،1993.

4- سعيد بن علي بن وهف القحطاني، **الهدي النبوي في تربية الأولاد في ضوء الكتاب والسنة**،مطبعة السفير، الرياض،2011.

5- د/ عبد الحكيم الأنيس، **حقوق الطفل في القرآن**،ط2، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2013.

6- د/عبد العزيز مبروك الأحمدي ومن معه، **الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المملكة العربية السعودية، 2004.

المقالات:

1-د/أحمد بن صالح البراك،"أحكام الحضانة في الفقه الإسلامي"، مجلة العدل، العدد 66.

2-د/حسن بن خالد حسن السندي،"عناية الشريعة الإسلامية بحقوق الأطفال"،مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد 44، ذو القعدة 1429.

3-د/ عبد العزيز بن فوزان الفوزان،" حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية"،الملتقى الفقهي (رسالة الإسلام).

المواقع الإلكترونية:

http://www.marw.dz/index.php
http://adlm.moj.gov.sa/attach/1392.pdf
http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4752

تحقيق المساواة بين الجنسين في الجزائر على ضوء أحكام إتفاقية "سيداو" (الوفاء بالالتزامات الدولية مع الحفاظ على مبادئ الشريعة الإسلامية)

د.مختاري فتيحة

أستاذة مؤقتة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان

Mokhtari.fatiha13@yahoo.com

مقدمة:

تعتبر إتفاقية "سيداو"، الشّرعة الدولية لحقوق المرأة، استغرق إعدادها عدّة سنوات وحظيت بانضمام العديد من الدول[1]. صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية على منوال الدول العربية والإسلامية الأخرى، في 22 جانفي 1996، مع تحفظها على بعض الأحكام التي رأت فيها تعارضا صريحا مع قانون الأسرة الجزائري الذي يستمد جلّ أحكامه من الشريعة الإسلامية ومع الدستور الجزائري[2]، وتدعو الإتفاقية بشكل صريح إلى تطبيق مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وتدعو الدول الأطراف إلى كفالة إحترام حقوق المرأة ومنها على الخصوص ترقية الحقوق السياسية للمرأة وجعلها على قدم المساواة مع الرجل وهو ما تنص عليه المادة السابعة (م07) من الإتفاقية.

كما تدعو الاتفاقية الى تحقيق المساواة بين الجنسين في مسائل الأسرة وهو ما يتعارض مع قانون الأسرة الذي يستمد جل أحكامه من الشريعة الاسلامية.وبين الوفاء بالالتزامات الدولية والحفاظ على الهوية الاسلامية تم استحداث تشريعات تضمن تحقيق المساواة في الحقوق السياسية والمدنية.

والتساؤل الذي يمكن طرحه في هذا البحث، **ماهي أهم التشريعات المستحدثة التي اتخذتها الجزائر من أجل تحقيق المساواة بين الجنسين؟ وإلى أي مدى استطاعت هذه التشريعات موائمة أحكام الاتفاقية مع الحفاظ على مبادئ الشريعة الاسلامية ؟**

[1]Recueil des traités des Nations Unis en Ligne,Traités Multilatéraux Déposés auprès du Secrétaire Général CHAPITRE IV : Droits de l'homme, Convention internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination Raciale, état au 11/02/2018. https://treaties.un.org.

[2] بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المؤرخ في 22 يناير 1996، يتضمن إنضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ، إلى إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" لسنة 1979.

سيتم الاجابة على هذه التساؤلات في محورين، الأول يتضمن تحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق السياسية، والثاني يتعلق باهم التعديلات التشريعية والمؤسساتية التي تم استحداثها لتحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق المدنية.

المحور الأول/ تحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق السياسية

لقد كرّس التعديل الدستوري لسنة 2008، ترقية الحقوق السياسية للمرأة من خلال اتخاذ تدابير خاصّة من أجل تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في المجالس المنتخبة من أجل تكريس مشاركة المرأة في الحياة السياسية إلى جانب الرجل.

أولا/ ترقية الحقوق السياسية للمرأة بموجب التعديل الدستوري سنة 2008

إن تمكين المرأة في المجال السّياسي أصبح من المؤشرات الأساسية التي تساهم في تقييم مستوى إحترام حقوق الإنسان في الدول[1].

وتطبيقا للمادة السابعة (م07) من إتفاقية "سيداو"، ونظرا لمحدودية تمثيل المرأة على مستوى المجالس المنتخبة التشريعية أو المحلية والذي ينتج عنه نقص مشاركة المرأة في الحياة السياسية[2]، قضى التعديل الدستوري في المادة (م31 مكرر) منه، على إلتزام الدولة بالعمل على "ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة"[3].

حيث أنه بموجب هذا التعديل الجزئي لدستور 1996، تمّ ترقية الحقوق السياسية، عن طريق وضع المعالم الأولى لترقية الحقوق السياسية للمرأة، وتعزيز حضورها في المجالس المنتخبة، حيث نصت المادة (م31 مكرر) على ما يلي:" تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة...".

---

[1] د.رمضاني فاطمة الزهراء، القانون العضوي 12-03، خطوة نحو الإصلاح أم تقييد للممارسة السياسية في الجزائر،مجلة الحقوق والحريات، مخبر حقوق الإنسان والحريّات الأساسية، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد:01، سنة 2014،ص168-171.

[2] د. مسراتي سليمة، المرأة الجزائرية وحق الترشح في المجالس المنتخبة بين الإعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد: **08**،نوفمبر **2012**، ص **201**.

[3] وهو ما تجسد لاحقا من خلال القانون العضوي رقم 12-03 ، المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدّد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 01، لسنة 2012، ص 46.

وتبعا لذلك صدر القانون العضوي رقم 03/12، الذي يحدّد كيفية توسيع حظوظ المرأة في المجالس المنتخبة،[1] وذلك باتخاذ تدابير قانونية تعمل على توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، بفرض نسب معينة خاصة بالنساء للترشح في قوائم الأحزاب أو القوائم الحرّة، حيث حدد مضمون المادة الثانية من هذا القانون نسبة المترشحات تناسبا مع عدد المقاعد المطلوب شغلها على مستوى الدائرة الإنتخابية[2].

وتم تطبيق هذا القانون لأول مرّة في الإنتخابات التشريعية التي جرت بتاريخ 10 ماي 2012، أين تحصلت المرأة على نسبة تمثيل تقدر بـ 31,52 %، بالمجلس الشعبي الوطني[3].

وبالنظر إلى أن التوسيع من حظوظ المرأة، في المجالس المنتخبة هو التزام قانوني يقع على الدولة، وليس التزاما سياسيا أو أخلاقيا، ويستمد مشروعيته من المطلب الديمقراطي المذكور، من ديباجة الدستور[4]، فقد أكّد التعديل الدستوري لسنة 2008، على تحميل الدولة مهمّة مضاعفة حظوظ المرأة في النيابة ضمن

---

[1] المؤرخ في **12**يناير **2012**، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: **01** المؤرخة في **14** يناير **2012**، ص**46**.

[2] تنص المادة الثانية (م02) من القانون العضوي **12-03**، على ما يلي:"يجب ألا يقلّ عدد النساء في كل قائمة ترشيحات، حرّة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية، عن النسب المحددة أدناه، بحسب المقاعد المتنافس عليها:

إنتخابات المجلس الشعبي الوطني:

-**20%** عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة **(04)** مقاعد،

-**30%** عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة **(05)** مقاعد،

-**35%** عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر **(14)** مقعدا،

-**40%** عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق إثنين وثلاثين **(32)** مقعدا،

-**50%** بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج

إنتخابات المجالس الشعبية الولائية:

- **30%**عندما يكون عدد المقاعد **35** و**39** و**43** و**47** مقعدا،

-**35%**عندما يكون عدد المقاعد **51** إلى**55** مقعدا،

إنتخابات المجالس الشعبية البلدية:

-**30%** في المجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف**(20.000)** نسمة."

[3] د.خالد حساني، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، مجلة نصف سنوية متخصصّة تصدر عن المجلس الدستوري الجزائري العدد**02** ، سنة **2013**، ص**44**.

[4] **وهو ما جاء في الفقرة التاسعة من التعديل الدستوري لسنة 2016، التي تنص على ما يلي: "...ويعتزم أن يبني بهذا الدستور، مؤسسات أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الإجتماعية..."**

المجالس المنتخبة، محليّة كانت أو وطنية بالكيفية التي تعكس مكانتها الحقيقية في المجتمع، تحقيقا لمبدأ المساواة[1].

وهو ما أكّده رئيس الجمهورية في عدّة مناسبات من عدم تردده في إستخدام صلاحياته الدستورية لترقية الحقوق السياسية للمرأة، وقد تجلّى ذلك من خلال تعيينه للمرأة في وظائف كانت حكرا على الرجال، كمنصب الوالي، السّفير، عميد الجامعة، رئيس المجلس القضائي،المحاكم الإدارية، وعضوا في الحكومة[2].

ثانيا/ تطبيق مبدأ التمييز الإيجابي لتحقيق المساواة في الحقوق السياسية

يعتبر التمييز الإيجابي وسيلة لتحقيق المساواة بين الجنسين وهو ما نصت عليه المادة الرابعة (م04) من الإتفاقية في فقرتها الأولى التي تنص على ما يلي:

"لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصّة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الإتفاقية..." على أن يتم وقف العمل بهذه التدابير التمييزية ، عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت، وهو ما أضافته المادة الرابعة السالفة الذكر في فقرتها الأولى والتي تنص على ما يلي:"...ولكنه لا يستتبع على أي نحو، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة،كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة."

بالرغم من أن نظام "الحصص الإجباري"، يعتبر إجراءا تمييزيا، إلا أن المجلس الدستوري إعتبر ذلك من قبيل "التمييز الإيجابي"، الذي يهدف إلى التعجيل بتحقيق المساواة[3].

من جهة أخرى، إن نسبة مشاركة المرأة في الأحزاب السياسية تبقى ضعيفة، بالرّغم من عدم وجود قيود تمنع المراة من الانخراط فيها، كما أن الاصلاحات التي قامت بها الجزائر، والتي تمخّض عنها اعتماد عدّة أحزاب سياسية، إلاّ ان تواجد المراة على رأس الاحزاب السياسية يبقى ضعيفا.

ومن بين الأسباب التي تقف وراء ضعف هذه المشاركة، ضعف المناخ الانتخابي، الذي أدّى إلى هشاشة الدّعم الحزبي للمراة، وعدم وجود إرادة قويّة لدى الأحزاب لتمكين المراة من تقلّد مناصب قيادية داخل الحزب.

---

[1] د.بن مالك بشير، توسيع التمثيل السياسي للمرأة بين واجبات الدولة والوظيفة الإجتماعية لمبدأ المشاركة، م.ج.ق.م، مجلة سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد:02، سنة 2015،ص 160.

[2] د.عمار عباس،د.بن طيفور نصر الدين، توسيع حظوظ مشاركة المرأة الجزائرية في المجالس المنتخبة أو تحقيق المساواة عن طريق التمييز الإيجابي،مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر،العدد **10**، جوان **2013**، ص **88**.

[3] رأي المجلس الدستوري رقم **05**/ر.م.د/**11**، المؤرخ في **22** ديسمبر سنة **2011** ،المتعلّق بـ"مراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد:01 ، المؤرخة في 14 يناير 2012، ص **43**.

كما أن هيمنة التقاليد والثقافات في بعض المناطق لا زالت تؤثر بشكل سلبي على الممارسة السياسية بصفة عامّة[1].

وبذلك شكّلت الحركة الدّستورية لسنة 2008، تعميقا لعملية ترقية وتطويرا للحقوق السياسية للمرأة، في مجال النظام الانتخابي في المجالس الشعبية المحلية، وفي البرلمان[2].

ولقد عرفت مسألة التدابير الخاصّة، تطورا ملحوظا ساهم في ابرازه القضاء الدولي من خلال القرارات التي اتخذتها الهيئات القضائية الدولية.

المحور الثاني/ تحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق المدنية

من أجل تحقيق المساواة بين الرجل والمراة في الحقوق المدنية تم استحداث تشريعات جديدة وتعديل قوانين موجودة، على غرار قانون الأسرة وقانون الجنسية.

أولا/ التشريعات المستحدثة لتحقيق المساواة بين الجنسين في الحقوق المدنية

على المستوى التشريعي تم تعديل عدّة قوانين، أهمها قانون الأسرة، قانون الجنسية، وذلك مواكبة للنصوص الدولية، مع الحفاظ على الهوية الوطنية والطّابع الإسلامي للأسرة الجزائرية.

أ/ تعديل قانون الأسرة

أوضحت الجزائر في ردودها على التوصيتيين (25و26) التي تقدّمت بها لجنة القضاء على التمييز ضدّ المراة، في التقريرين الدوريين لسنة 2009، المقدمان إلى اللجنة أن التحوّلات التي عرفها المجتمع الجزائري، أوجب إدخال تعديلات على قانون الأسرة الجزائري، الذي لم يدخل عليه أيّة تعديلات منذ صدوره سنة 1984، وبهدف موائمة التشريعات الوطنية مع نصوص الإتفاقيات الدولية، لاسيما إتفاقية "سيداو"، وإتفاقية حقوق الطّفل[3]،ومن ضمن التعديلات الرئيسية التي أُدخلت بموجب بموجب الأمر 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المتضمّن قانون الأسرة ما يلي:

1- المسائل المتعلّقة بالزواج:

[1] د.خالد حساني، المرجع السابق، ص 61-62.

[2] الوثائق البرلمانية، عملية التأسيس الدستوري لحقوق المرأة في الجزائر، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة الجزائري، العدد الخامس والعشرون (25)، أفريل 2010،ص267.

[3] **التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص17.**

من أجل تكريس مبدأ المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، تمّ تحديد السّن القانونية لتوفّر القدرة على عقد الزواج بتسع عشرة (19) سنة كاملة[1]، ومن التعديلات الهامة التي جاء بها قانون الأسرة الجديد، هو اعتبار عقد الزواج عقدا توافقيا، يتطلّب موافقة زوجي المستقبل، وتم بذلك الإلغاء التّام لممارسة الزواج بالإنابة، وهو ما تنص عليه المادة (م09) من قانون الأسرة.

وتعتبر الموافقة بحكم القانون عنصرا مؤسِّساً للزواج، وفي حالة عدم حصول الموافقة يكون الزواج عرضة للإلغاء، وبإمكان أيّ من الطّرفين طلب إبطاله عن طريق العدالة،كما يجوز لوكيل الجمهورية أن يستعمل جميع السبل القانونية المتاحة لتصحيح الأوضاع وفقا للقانون[2]، وفقا للمادة (م03 مكرر) من ذات القانون.

وفي ذات السياق، تنص المادة (م13) على أنه: " ممنوع على الولي، سواء كان الأب أو شخصا آخر، أن يُرغم على الزواج الشخص القاصر الموجود في كفالته، كما أنه لا يمكنه تزويجه بدون رضاه"، وفضلا عن الموافقة، يجب أن تتوفّر في الطرفين في الزواج القدرة الكاملة على عقد القران.

2- مسألة تعدّد الزوجات

وضع المشرّع شروطا مشدّدة زادت من صعوبة ممارسة تعدد الزوجات، وبالفعل، فإن قانون الأسرة الجديد، فرض قواعد جديدة يتحتّم على الزوج احترامها، منها الحصول على موافقة صريحة من الزوجة الأولى، ومن الزوجة المقبلة، حتى يتمكّن من عقد زواج جديد، والحصول على إذن من رئيس المحكمة، كما أن القاضي في هذه الحالة مطالب بالتحقق من أن الزواج الجديد له ما يبرره، وأن الزوج يملك القدرة على تحقيق المساواة[3]، وهو ما تضمنته المادة (م08 معدّلة) من قانون الأسرة[4].

---

[1] يحياوي عابد، حقوق الإنسان في ظل منهجية إصلاح العدالة، مجلّة المحامي، مجلّة دورية تصدر عن منظمة المحامين، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الأولى،العدد:04، ب.س.ن،ص116.

[2] تنص المادة (م03 مكرر) من قانون الأسرة على ما يلي: "تعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."

[3] التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص18.

[4] تنص المادة (م08 معدّلة) من قانون الأسرة على ما يلي:" -يُسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفّرت شروط ونيّة العدل.

-يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمراة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

-يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص الزواج الجديد، إذا تأكّد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

3- مسائل الطّلاق

من الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون الأسرة لسنة 2005، توسيع نطاق الأسباب التي بموجبها يمكن للزوجة طلب الطّلاق، حيث أصبح بالإمكان للزوجة أن ترفع دعوى قضائية بسبب عدم الاتفاق مع الزوج، أو بسبب انتهاك الأحكام المنصوص عليها في عقد الزواج، أو في عقد مبرم لاحقا.

وتتبع دعوى الطلاق بجبر الضّرر أو التعويض، وفي حالة المماطلة في دفع التعويض فإن الزوج يكون معرضا لملاحقات جنائية.

ولحماية المرأة من مناورات الزوج الأول لمنع الزوجة المطلقة من الزواج ثانية، فإن قرارات المحاكم الابتدائية بايقاع الطلاق لا تقبل الطّعن، ولا يقبل استئناف تلك الأحكام أمام محاكم الدرجة الثانية إلاّ فيما يتعلق بالجوانب المالية. وبمجرد صدرو قرار الطلاق، يتم تدوينه في سجلاّت الحالة المدنية.

4- حق الحضانة

بموجب التعديلات الجديدة، وحرصا على المصلحة الفضلى للطّفل، التي كرّستها اتفاقية حقوق الطّفل في المادة الثالثة (م03)، والتي تؤكّد على مراعاة مصلحة الطّفل في كل الإجراءات التي تخصّه، سواءا قامت بها مؤسّسات الرّعاية الاجتماعية العامّة أو الخاصّة، أو المحاكم أو السُّلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية.

وبالتالي، على إثر طلاق الوالدين، فإن الأب يأتي في المرتبة الثانية بعد الأم في مسألة الحضانة، وبالتّالي وَوِفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة، فإن الأب مطالب بتوفير المسكن اللائق وتوفير الظروف المقبولة في حالة اسناد الحضانة إليه، أو بتغطية تكاليف الإيجار حتى تتمكّن الأم من ممارسة حق الحضانة المسند إليها، كما أن عمل المرأة لم يعد يعتبر سببا لإسقاط حقّها في الحضانة[1]، وهو ما تضمّنته المادة (م67)، الفقرة الثانية[2].

والملاحظ أن التعديلات التي طالت قانون الأسرة، قد نجحت إلى حدّ ما، في وضع الأسس اللاّزمة لضمان مساواة المرأة مع الرّجل في مجال الحقوق والواجبات الأسرية، وتعزيز سلطة القضاء كضمانة فعّالة لحماية المرأة والطّفل.

---

[1] التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص19.

[2] تنص المادة (م67)، الفقرة الثانية على ما يلي: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكّل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة."

ومن خلال هذه التعديلات كذلك، تمّ تكييف قانون الأسرة الجزائري مع كافّة مصادر القانون الدولي لحقوق الإنسان، وخاصّة مع مقتضيات القضاء على جميع أشكال التّمييز ضدّ المرأة في مجال العلاقات الأسرية، وكذلك حماية الطّفل[1].

وبالرغم من كل هذه التعديلات المهمّة إلاّ أن منظمة العفو الدولية في تقريرها لسنة 2016-2017، لازالت تعتبر أن قانون الأسرة الجزائري لا يزال يتضمّن التمييز ضد المراة، في المسائل المعلقة بالزواج والطلاق[2]، وهو في حقيقة الأمر موقف لا يرقى إلى مستوى المجهودات التي تبذلها الجزائر في مجال تكييف تشريعاتها مع أحكام الإتفاقية، مع الحفاظ على الخصوصية الدينية والثقافية للمجتمع الجزائري.

ثانيا/التعديلات الجوهرية على قانون الجنسية

قضى قانون الجنسية الجديد بتمكين الأبناء من إكتساب جنسية الأم، تماشيا مع مبدأ المساواة بين الجنسين(م09)، وتمكين الرجل المتزوج من جزائرية من إكتساب الجنسية الجزائرية (م09 مكرر) من نفس القانون.

فأصبح بالامكان اكتساب الجنسية الجزائرية من خلال التزوج بجزائري أو جزائرية إذا كان مقدّم الطلب مستوفيا للشروط الواردة أدناه المنصوص عليها في المادة (م09 مكرر) من المرسوم 05-01 المؤرخ 27 فبراير 2005:

"إثبات أن الزواج شرعي ومعقود بالفعل منذ ثلاث (03) سنوات على الأقل قبل تاريخ طلب الحصول على الجنسية،

-أن يكون مقيما بصورة عادية ومنتظمة في الجزائر منذ ما لايقل عن سنتين،

-أن يكون حسن السيرة والأخلاق،

-أن يثبت أن لديه وسائل مادية كافية،

-يمكن أن لا توضع في الاعتبار إدانة صادرة في الخارج،

-يعتبر جزائريا الطفل المولود لأب جزائري أو لأم جزائرية،

-لا يمكن أن يشمل إسقاط الجنسية القرين والأطفال القاصرين للشخص المعني. بيد أنه يمكن أن يشمل الأطفال إذا شمل الوالدين معا".

---

[1] د. معروف عرايبي محمّد، قانون الأسرة...ماله...وما عليه...، مجلة الفكر البرلماني، مجلّة متخصّصة في القضايا والوثائق البرلمانية، تصدر عن مجلس الأمّة، الجزائر، العدد:101، أكتوبر 2005، ص126.

[2] تقرير منظمة العفو الدولية، حول حالة حقوق الإنسان في العالم، الطبعة الأولى، **2016-2017** ، ص**159**.

وتنص المادة (م18)، في فقرتها الثالثة، على أن فقدان المرأة الجزائرية جنسيتها في حالة زواجها من شخص أجنبي إذا كان ذلك الزواج يُكسبها بالفعل جنسية زوجها، شريطة أن تكون قد حصلت على إذن بمرسوم بالتخلي عن الجنسية الجزائرية.

وهكذا فإن التخلي عن الجنسية الجزائرية يفترض بالمقابل، أن المرأة الجزائرية يجب في هذه الحالة أن تقدم طلبا بذلك، وإلاّ فإنها تحتفظ بجنسيتها الأصلية[1].

وفي هذا الإطار أبدت اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، إرتياحها بعد أن سحبت الجزائر تحفظها على المادة (م02/09) وذلك منذ أن نظرت اللجنة في تقريرها الدوري الثاني في يناير سنة 2005[2].

وبالرّجوع إلى الدّراسة الخاصّة بالنّهوض القانوني للمرأة، التي أجرتها الوزارة المنتدبة المكلّفة بالمرأة وقضايا المرأة بالجزائر، سنة 2005، فإن مجال الأحوال الشخصية، احتل المرتبة الأولى من حيث المشاريع، التي قدّرت بـ22 مشروعا، أي بنسبة 36.66% وذلك بهدف النهوض بوضع المراة في الجزائر، أما في مجال القضاء على التمييز ضدّ المرأة ، فقد بلغ عددها 06 مشاريع، فلم تتجاوز نسبة 10 %، وهي نسبة ضعيفة بالنسبة للإلتزامات التي تقع على الجزائر من أجل النهوض بالمرأة والقضاء على التمييز الممارس ضدّها[3].

ولكن هذه النسبة عرفت ارتفاعا ملحوظا في السنوات اللاحقة، وذلك بفعل الإصلاحات التي باشرتها الجزائر، خلال سنة 2008، 2009، إلى غاية سنة 2016، بعد التعديل الدستوري الجديد.

ثانيا/ تقييم مسألة المساواة بين الجنسين في الجزائر

أظهر التقرير الابتدائي الذي قدّمته الجزائر أمام لجنة حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة[4]، وهو أحدث تقرير دوري قدمته الجزائر، في سنة 2015، والذي تمّ بعد مشاورات واسعة شارك في اعداده فريق عمل من

---

[1] التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص18.

[2] الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون (د51)، المرجع السابق، ص 02، الفقرة 08.

[3] أوضحت الدراسة المسحية أنه بالإضافة إلى مجال الأحوال الشخصية الذي احتلّ المرتبة الأولى، يليه مجال العنف ضدّ المراة حيث بلغ نسبة 33.33 **%**، ثم مجال الإعلام بنسبة 13.33**%**، أما مجال العمل والضمان الإجتماعي فقد بلغ نسبة 06.66**%**.

[4] **ترصد هذه اللّجنة تنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تتكون اللجنة من 18 خبيراً مستقلاً ، ويعمل أعضاء اللجنة بصفتهم الشخصية، لا بصفتهم ممثلي حكومات. ويتمّ انتخابهم، من قائمة أشخاص ترشحهم الدول، في مؤتمر الدول الأطراف لمدة أربع سنوات مع إمكانية إعادة انتخابهم مرة واحدة، وفقا للمادة (م34) من الاتفاقية.للإشارة أن "اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13 ديسمبر 2006؛ وفُتح باب التوقيع عليها في 30 مارس 2007، ودخلت حيز النفاذ في 03 ماي 2008 بعد تصديق الدولة الطرف العشرين عليها.الموقع الرسمي لمكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان: http://www.ohchr.org.، تاريخ الزيارة: 24 ديسمبر 2018.**

ممثلي الوزارات المسؤولة[1]، أنه وبخصوص مسألة تحقيق المساواة، فإن الدستور الجزائري يتّفق في روح معانيه وفي موضوعه مع المبادئ مضمون الإتفاقية.

وفي هذا الصّدد فإن مبدأ المساواة امام القانون، ونبذ التمييز بين كل المواطنين، بما فيهم فئة المعوقين، تمثل الثوابت الأساسية التي تقوم عليها الدولة الجزائرية، وفي هذا الصدد فإن السلطات العامة قد أدرجت تدابير خاصّة لتحقيق المساواة، منها مبدأ التمييز الإيجابي، عن طريق توفير حوافز خاصّة بهدف تحقيق المساواة[2].

كما أظهر تقرير اللّجنة الإستشارية لحماية وترقية حقوق الإنسان في الجزائر لسنة 2012، وبحسب المعلومات المستقاة من المجلس الوطني الإقتصادي والإجتماعي والدّيوان الوطني للإحصائيات[3]، أن الجزائر خطت خطوات متقدّمة من أجل القضاء على الفوارق بين الجنسين، في مجال التعليم، وكذلك في مجال العمل على تحقيق استقلاليتها[4].

---

[1] التقرير السنوي للجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، لسنة 2015، ص 19.

[2] **« La Constitution Algérienne est conforme dans son esprit et sa lettre aux principes susmentionnés. À cet égard, les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination entre tous les citoyens, y compris les personnes handicapées, sont considérés comme des principes fondamentaux de l'État algérien ...Dans ce contexte, les pouvoirs publics ont intégré des mesures spécifiques consacrant l'égalité. Ainsi, le principe de la discrimination positive a été adopté en prévoyant des mesures d'incitation spéciales qui visent à garantir l'égalité. »**
Rapports initiaux des États parties attendus en 2012, Algérie, Comité des droits des personnes handicapées, date de réception 05 janvier 2015, page 12, paragraphe 63-66. Document N° : CRPD/C/DZA/1.

[3] **Office National des Statidtiques (O.N.S) L'Office National des Statistiques est l'Institution Centrale des Statistiques de l'Algérie. C'est un établissement public à caractère administratif chargé de la collecte, du traitement et de la diffusion de l'information statistique socio-économique (tel que recensement de la population et de l'habitat, enquête sur la main d'œuvre, enquête sur les entreprises industrielles, etc.). L'Office National des Statistiques est placé sous la tutelle du ministère des Finances. Source : http://www.ons.dz, date de consultation 14 février 2018.**

[4] أظهر التقرير المؤشرات التّالية:

-نسبة الفتيات تصل إلى(47.37 %)، من مجموع 3346000 تلميذا،

-في المستوى المتوسط، تمثلت النسبة في (48.95%)،

-عدد الفتيات اللائي يتلقين تكوينا مؤهلا عبر التراب الوطني وصل إلى 282129، متربصة بنسبة (44.8%)، من عدد المسجلين.من بينهن 34 فتاة من ذوي الاحتياجات الخاصة.

- بالنسبة للطور العالي، مثلت نسبة الفتيات 58.1% من اجمالي الطلبة، وبالنسبة للتخصصات، تشكل النساء الأغلبية في العلوم الطبيّة وعلوم الأرض.التقرير السنوي للجنة الوطنية لحماية وترقية حقوق الإنسان بالجزائر، لسنة 2012، ص62.

وأبرز التقرير السنوي للديوان الوطني للإحصائيات حول النشاط الاقتصادي والتشغيل والبطالة لسنة 2015، مؤشرات تؤكد تواجد المرأة بقوة في ميدان الشغل، وفق المؤشرات التالية:

تمثل الفئة النسوية 2317000، من مجموع حجم السكان الناشطين الذي يبلغ (11932000نسمة) أي ما يعادل نسبة (19.4%).وبالنسبة للفئة النسوية العاملة فقد قاربت 1934000، نسمة، من اجمالي السكان المشتغلين الذي يمثل 10594000، وهو ما يعادل نسبة 18.3 % من إجمالي اليد العاملة في الجزائر. كما يبين التقرير أن نسبة النساء المتواجدة في القطاع العام بلغت 64.1 % مقابل 37.1% بالنسبة للرجال[1].

خاتمة:

يمكن القول أن الجزائر قطعت شوطا كبيرا في مجال تحقيق المساواة بين الرجل والمراة وهو ما أهّلها للحصول على "جائزة الجوائز"، التي منحها لها الاتحاد الإفريقي خلال اختتام الدورة العادية السابعة والعشرون (د27) لقمّة رؤساء دول وحكومات الاتحاد الافريقي سنة 2016، التي عقدت في "كيغالي" بـ"رواندا"، عرفانا على الجهود المبدولة من أجل ترقية وتعزيز دور المراة في الحياة الاجتماعية، السياسية والاقتصادية[2].

كما تمّ تكريم الجزائر للمرّة الثانية في القمّة التّاسعة والعشرون (د29) التي عقدت بأديس أبابا في العاصمة الأثيوبية خلال الثاني والثالث جويلية 2017، اعترافا منها بالجهود التي تبدلها الجزائر حول موضوع "الجندر"[3].

---

[1] **تقرير الديوان الوطني للإحصائيات حول النشاط الاقتصادي والبطالة لسنة 2015، ص 17. الموقع الالكتروني للديوان: http://www.ons.dz، تاريخ الزيارة 31 جانفي سنة 2018.**

[2] تمّ تسليم هذه الجائزة إلى الوزير الأول الأسبق "عبد المالك سلال"، من طرف رئيسة مفوضية الاتحاد الإفريقي" نكوسازانا دلاميني زوما" خلال حفل اختتام الدورة العادية الـ27 لقمة رؤساء دول وحكومات الاتحاد الإفريقي. الموقع الالكتروني لوكالة الأنباء الجزائرية: **http://ar.aps.dz/algerie**، تاريخ الزيارة: 25 ديسمبر 2017.

[3] تسلّم هذه الجائزة الوزير الأول الأسبق "عبد المجيد تبون"، الذي مثّل رئيس الجمهورية في هذه القمّة. الموقع الالكتروني لوكالة الأنباء الجزائرية: **http://ar.aps.dz/algerie**، تاريخ الزيارة: 25 ديسمبر 2018.

قائمة المراجع:

1. Recueil des traités des nations unis en ligne,Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général CHAPITRE IV : Droits de l'homme, Convention internationale sur l'Élimination de toutes les formes de Discrimination Raciale, état au 11/02/2018 .https://treaties.un.org.

2- بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51، المؤرخ في 22 يناير 1996، يتضمن إنضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ، إلى إتفاقية "القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة" لسنة 1979.

3-د.رمضاني فاطمة الزهراء، القانون العضوي 12-03، خطوة نحو الإصلاح أم تقييد للممارسة السياسية في الجزائر،مجلة الحقوق والحريات، مخبر حقوق الإنسان والحريّات الأساسية، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد:01، سنة 2014، ص168-171.

4-د. مسراتي سليمة، المرأة الجزائرية وحق الترشح في المجالس المنتخبة بين الإعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد: 08،نوفمبر 2012، ص 201.

5-وهو ما تجسد لاحقا من خلال القانون العضوي رقم 12-03 ، المؤرخ في 12 يناير 2012، المحدّد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 01، لسنة 2012، ص .46.

6-المؤرخ في 12يناير 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 01 المؤرخة في 14 يناير 2012، ص46.

7-تنص المادة الثانية (م02) من القانون العضوي 12-03، على ما يلي:"يجب ألا يقلّ عدد النساء في كل قائمة ترشيحات، حرّة أو مقدمة من حزب أو عدة أحزاب سياسية، عن النسب المحددة أدناه، بحسب المقاعد المتنافس عليها:

إنتخابات المجلس الشعبي الوطني:

20% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أربعة (04) مقاعد،

30% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق خمسة (05) مقاعد،

35% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق أربعة عشر (14) مقعدا،

40% عندما يكون عدد المقاعد يساوي أو يفوق إثنين وثلاثين (32) مقعدا،

50% بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج

إنتخابات المجالس الشعبية الولائية:

- 30%عندما يكون عدد المقاعد 35 و39 و43 و47 مقعدا،

-35%عندما يكون عدد المقاعد 51 إلى55 مقعدا،

إنتخابات المجالس الشعبية البلدية:

-30% في المجالس الشعبية البلدية الموجودة بمقرات الدوائر وبالبلديات التي يزيد عدد سكانها عن عشرين ألف(20.000) نسمة."

8-د.خالد حساني، حماية الحقوق السياسية للمرأة في التشريع الجزائري، مجلة المجلس الدستوري الجزائري، مجلة نصف سنوية متخصصّة تصدر عن المجلس الدستوري الجزائري العدد02، سنة 2013، ص44.

9-وهو ما جاء في الفقرة التاسعة من التعديل الدستوري لسنة 2016، التي تنص على ما يلي: "...ويعتزم أن يبني بهذا الدستور، مؤسسات أساسها مشاركة كل جزائري وجزائرية في تسيير الشؤون العمومية، والقدرة على تحقيق العدالة الإجتماعية..."

10-د.بن مالك بشير، توسيع التمثيل السياسي للمرأة بين واجبات الدولة والوظيفة الإجتماعية لمبدأ المشاركة، م.ج.ق.م، مجلة سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد:02، سنة 2015،ص .160

11-د.عمار عباس، د.بن طيفور نصر الدين، توسيع حظوظ مشاركة المرأة الجزائرية في المجالس المنتخبة أو تحقيق المساواة عن طريق التمييز الإيجابي،مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر،العدد 10، جوان 2013، ص 88.

12-رأي المجلس الدستوري رقم 05/ر.م.د/11، المؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2011 ،المتعلّق بـ"مراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد كيفيات توسيع تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة"، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد:01 ، المؤرخة في 14 يناير 2012، ص 43.

13-د.خالد حساني، المرجع السابق، ص 61-62.

14-الوثائق البرلمانية، عملية التأسيس الدستوري لحقوق المرأة في الجزائر، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة الجزائري، العدد الخامس والعشرون (25)، أفريل 2010،ص267.

15-التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص.17

16-يحياوي عابد، حقوق الإنسان في ظل منهجية إصلاح العدالة، مجلّة المحامي، مجلّة دورية تصدر عن منظمة المحامين، سيدي بلعباس، الجزائر، السنة الأولى،العدد:04، ب.س.ن،ص116.

17-تنص المادة (م03 مكرر) من قانون الأسرة على ما يلي: "تعدّ النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."

18-التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص18.

19-تنص المادة (م08 معدّلة) من قانون الأسرة على ما يلي:" -يُسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفّرت شروط ونيّة العدل.

-يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمراة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

-يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص الزواج الجديد، إذا تأكّد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

20-التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص19.

21-تنص المادة (م67)، الفقرة الثانية على ما يلي: " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكّل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة."

22-د معروف عرايبي محمّد، قانون الأسرة...ماله...وما عليه...، مجلة الفكر البرلماني، مجلّة متخصّصة في القضايا والوثائق البرلمانية، تصدر عن مجلس الأمّة، الجزائر، العدد:101، أكتوبر2005، ص126.

تقرير منظمة العفو الدولية، حول حالة حقوق الإنسان في العالم، الطبعة الأولى، 2017-2016، ص159.

23-التقريران الدّوريان الثالث والرّابع للجزائر، المقدم للجنة القضاء على التمييز ضدّ المرأة، المرجع السابق، ص18.

24-الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الدورة الحادية والخمسون (د51)، المرجع السابق، ص 02، الفقرة 08.

25-أوضحت الدراسة المسحية أنه بالإضافة إلى مجال الأحوال الشخصية الذي احتلّ المرتبة الأولى، يليه مجال العنف ضدّ المراة حيث بلغ نسبة 33.33 %، ثم مجال الإعلام بنسبة 13.33%، أما مجال العمل والضمان الإجتماعي فقد بلغ نسبة 06.66%.

26-ترصد هذه اللّجنة تنفيذ اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، تتكون اللجنة من 18 خبيراً مستقلاً ، ويعمل أعضاء اللجنة بصفتهم الشخصية، لا بصفتهم ممثلي حكومات. ويتمّ انتخابهم، من قائمة أشخاص ترشحهم الدول، في مؤتمر الدول الأطراف لمدة أربع سنوات مع إمكانية إعادة انتخابهم مرة واحدة، وفقا للمادة (م34) من الاتفاقية.للإشارة أن "اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 13 ديسمبر 2006؛ وفُتح باب التوقيع عليها في 30 مارس 2007، ودخلت حيز النفاذ في 03 ماي 2008 بعد تصديق الدولة الطرف العشرين عليها.الموقع الرسمي لمكتب المفوض السامي لحقوق الإنسان: http://www.ohchr.org.، تاريخ الزيارة: 24 ديسمبر 2018.

27-التقرير السنوي للجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، لسنة 2015، ص 19.

28- « La Constitution Algérienne est conforme dans son esprit et sa lettre aux principes susmentionnés. À cet égard, les principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination entre tous les citoyens, y compris les personnes handicapées, sont considérés comme des principes fondamentaux de l'État algérien ...Dans ce contexte, les pouvoirs publics ont intégré des mesures spécifiques consacrant l'égalité. Ainsi, le principe de la discrimination positive a été adopté en prévoyant des mesures d'incitation spéciales qui visent à garantir l'égalité. »

29-Rapports initiaux des États parties attendus en 2012, Algérie, Comité des droits des personnes handicapées, date de réception 05 janvier 2015, page 12, paragraphe 63- 66. Document N° : CRPD/C/DZA/1.

30-Office National des Statidtiques (O.N.S) L'Office National des Statistiques est l'Institution Centrale des Statistiques de l'Algérie. C'est un établissement public à caractère administratif chargé de la collecte, du traitement et de la diffusion de l'information statistique socio-économique (tel que recensement de la population et de l'habitat, enquête sur la main d'œuvre, enquête sur les entreprises industrielles, etc.). L'Office National des Statistiques est placé sous la tutelle du ministère des Finances. Source : http://www.ons.dz, date de consultation 14 février 2018.

31-أظهر التقرير المؤشرات التّالية:

-نسبة الفتيات تصل إلى(47.37 %)، من مجموع 3346000 تلميذا،

-في المستوى المتوسط، تمثلت النسبة في (48.95%)،

-عدد الفتيات اللائي يتلقين تكوينا مؤهلا عبر التراب الوطني وصل إلى 282129، متربصة بنسبة (44.8%)، من عدد المسجلين.من بينهن 34 فتاة من ذوي الاحتياجات الخاصة.

بالنسبة للطور العالي، مثلت نسبة الفتيات 58.1% من اجمالي الطلبة، وبالنسبة للتخصصات، تشكل النساء الأغلبية في العلوم الطبيّة وعلوم الأرض.التقرير السنوي للجنة الوطنية لحماية وترقية حقوق الإنسان بالجزائر، لسنة 2012، ص.62

32-تقرير الديوان الوطني للإحصائيات حول النشاط الاقتصادي والبطالة لسنة 2015، ص 17. الموقع الالكتروني للديوان:http://www.ons.dz ، تاريخ الزيارة 31 جانفي سنة 2018.

إشكالات التنفيذ الوقتية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الادارية

الأستاذ : موفق نورالدين
أستاذ مساعد لمادة القانون الجنائي
جامعة لمين دباغين سطيف2

ملخص :

تلعب إشكالات التنفيذ دور جد مهم في الحياة القضائية ، خاصة و انها في الواقع العملي عقبة أمام تنفيذ الحكم مباشرة و هذا ما يخلق اشكاليات قانونية وجب معها الرجوع إلى القاضي من أجل حل الاشكال.

الكلمات المفتاحية : التنفيذ ، إشكال في التنفيذ ، إشكال

Résumé

Les difficultés d'exécution jouent un grand rôle dans la vie judiciaire notamment sur le plan pratique, devant l'exécution du jugement qui crie des problématiques juridiques obligent le retour au juge de trouver une solution.

Mots clés : exécution , difficulté d'exécution , difficulté

مقدمة :

لا يكتمل عمل الإنسان ، و غالبا ما يشوبه النقصان حتى و إن كان العمل هذا صادرا من هيئات قضائية يسهر عليها قضاة كفء ، فيمكن أن يتسم الحكم بالغموض أو النقص مما يجعله قابل للتأويل و التفسير ، كما يمكن أن يخلق اشكالا عند الوصول إلى مرحلة تنفيذ هذا الحكم او القرار، فيشكل عائقا للتنفيذ مؤقت ، كما قد يتصادم مع امور مادية في عين المكان تحول دون امكانية تنفيذ هذا الحكم، فالإشكال التنفيذي الوقتي هو صورة موازية للمنازعة التنفيذية الجبرية أيا كان التنفيذ عينيا ، أو تنفيذا عن طريق الحجز.

و يمتاز بطابعه الوقتي،أي أنه يتخذ من الحماية القضائية الوقتية هدفا له، هذه الحماية هي الرامية إلى وقف التنفيذ ، و بناءا على هذا يثار التساؤل عن المقصود بالإشكال التنفيذي الوقتي و نطاقه و مدى امكانية الطعن في احكامه ، و الشروط الواجب توافرها ؟

لدراسة هذا سيتم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين، كما يلي :

المبحث الأول : الطبيعة القانونية للإشكال التنفيذي الوقتي

المطلب الأول : تعريف الاشكال التنفيذي الوقتي

المطلب الثاني : نطاق الاشكال التنفيذي الوقتي

المبحث الثاني : نشأة إشكال التنفيذ و شروط قبوله

المطلب الأول : نشأة إشكالات التنفيذ الوقتية

المطلب الثاني : شروط قبول إشكالات التنفيذ الوقتية

ليتم اعطاء و لو لمحة عن هذا النوع من الاشكالات التنفيذية

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للإشكال التنفيذي الوقتي

قبل الخوض في مسألة الاشكالات التنفيذية الوقتية، وجب اولا فهم معنى هذا المصطلح (مطلب اول) و تبيان المجال الذي يشملها الاشكال التنفيذي (مطلب ثاني)

المطلب الأول : تعريف الاشكال التنفيذي الوقتي

لم يحدد لنا المشرع تعريف قانوني في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نصوصه، كما أنه لم يضع لنا معيارا للتفرقة بينها و بين باقي المنازعات الأخرى.

فالمتمعن لمواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، خاصة المواد 631 إلى 635 [1] يرى أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح اشكالات التنفيذ، إلا أنه لم يبين مفهومه تاركا ذلك للفقه.

و منه وجب الرجوع إلى الفقهاء في هذه المسألة فنجد من يعرف اشكالات التنفيذي الوقتية " هي المنازعات المتعلقة بتنفيذ السندات التنفيذية ، منازعات تتضمن ادعاءات لو صحت لأثرت في التنفيذ ، إذ يترتب على صحتها أن يصبح التنفيذ جائزا صحيحا أو باطلا "[2].

هي طلبات يقدمها أحد أطراف التنفيذ أو شخص من الغير تتعلق له مصلحة بالتنفيذ إلى قاضي التنفيذ بهدف إجراء وقتي يتعلق بالتنفيذ و صورتها الغالبة هي الطلب الوقتي بوقف التنفيذ أو الاستمرار فيه [3]

و رجح البعض المقصود بالإشكالات الوقتية على أنها تلك " المنازعة التي تعترض تنفيذ الأحكام القضائية و السندات الواجبة التنفيذ ، و يكون المطلوب فيها إجراء وقتي لا يمس بأصل الحق كوقف التنفيذ او الاستمرار فيه مؤقتا"[4]

و من خلال هذه التعاريف يتبادر إلى الذهن التساؤل حول العقبات المادية ، هل تدخل ضمن إشكالات التنفيذ الوقتية أم لا؟

---

[1] يلاحظ أن المشرع الجزائري تناول إشكالات التنفيذ بعبارات مختلفة حسب نوع الدعوى، فتارة تسمى دعوى استحقاق و أحيانا الاعتراض (قائمة شروط البيع) و أحيانا أخرى تسمى رفع الحجز

[2] أمل شربا، إشكالات التنفيذ الوقتية و الحكم فيها ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد 25– العدد الأول–2009 ص 283

[3] د. نبيل اسماعيل عمر، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 62

[4] حمدي باشا عمر اشكالات التنفيذ ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2012 ص 80

فالعقبات المادية هي تلك المناورات التي يعترض بها المحكوم عليه أو الغير على عملية التنفيذ كغلق الأبواب و منع استعمال القوة، و قد أجابت المحكمة العليا على هذا في قرارها رقم 302483 المؤرخ في 2004/04/30 على أن تغيير معالم الحدود كعقبة مادية لا يتطلب وقف تنفيذ الحكم بل أُقرت بمواصلته و أن هذه العقبة تعرقل سير عملية التنفيذ و لا تستشكله [1] ، بل يمكن أن تشكل العقبات المادية عملا يخرج من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم، و يشكل جنحة في حق مرتكبيها حيث تنص المادة 183 من قانون العقوبات على أن "كل هجوم على الموظفين أو ممثلي السلطة العمومية الذين يقومون بتنفيذ الأوامر و القرارات الصادرة منها أو القوانين أو اللوائح أو القرارات أو الأوامر القضائية و كذلك كل مقاومة لهم بالعنف أو التعدي تكون جريمة عصيان

و التهديد بالعنف يعتبر في حكم العنف ذاته"

كما تنص المادة 184 على " يعاقب على العصيان الذي يرتكبة شخص أو شخصان بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ، و اذا كان الجاني مسلحا فيكون الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 1000 إلى 5000 دج " بل نجد نص المادة 187 مكرر يشدد على ضرورة احترام أوامر التسخير لأوامر صدرت عن السلطات العمومية وفقا لنص المادة 187 من قانون العقوبات التي جاءت "كل من يعترض بطريق الاعتداء على تنفيذ أعمال أمرت أو رخصت بها السلطة العمومية يعاقب بالحبس من ثلاث اشهر إلى سنة و بغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية و لا تقل عن 1000 دج "

و بالتالي هاته العقبات المادية لا تشكل أي إدعاء يتوجب معه العرض على القاضي ،و يمكن إزالتها عن طريق المحضر القضائي أو بالقوة العمومية تطبيقا للصيغة التنفيذية

المطلب الثاني : نطاق اشكالات التنفيذ الوقتية

تنص المادة 631 من قانون الإجراءات الإدارية و المدنية " في حالة وجود إشكال في تنفيذ أحد السندات التنفيذية المنصوص عليها في هذا القانون، يحرر المحضر القضائي محضرا عن الإشكال، و يدعو الخصوم لعرض الإشكال على رئيس المحكمة التي يباشر في دائرة اختصاصها التنفيذ عن طريق الاستعجال

تخضع إشكالات التنفيذ المتعلقة بالحجوز للقواعد الخاصة بأحكام الحجوز "

[1] قرار رقم 302483 مؤرخ في 2004/04/30، نشرة القضاه ، عدد 61 ، ص 281

فيستنتج من هذا النص أنه يستثني إشكالات التنفيذ الخاصة بالحجوز التي تخضع لأحكام مواد أخرى منها نص المادة 2/658 المتعلقة بالحجز الاستحقاقي.

كما يستشف أنها تحدد مجال إشكالات التنفيذ هي السندات التنفيذية المذكورة في نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية :

" لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي

و السندات التنفيذية هي :

- أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية و الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل
- الأوامر الاستعجالية
- أوامر الأداء
- الأوامر على العرائض
- أوامر تحديد المصاريف القضائية
- قرارات المجالس القضائية و قرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ
- أحكام المحاكم الإدارية و قرارات مجلس الدولة
- محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة و المودعة بأمانة الضبط
- أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية و المودعة بأمانة الضبط
- الشيكات و السفاتج، بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقا لأحكام القانون التجاري
- العقود التوثيقية، لا سيما المتعلقة بالايجارات التجارية و السكنية المحددة المدة، و عقود القرض و العارية و الهبة و الوقف و البيع و الرهن و الوديعة
- أحكام رسو المزاد على العقار

و تعتبر أيضا سندات تنفيذية كل العقود و الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي "

و على هذا الأساس يجب أن يكون بيد الدائن القائم بالتنفيذ أحد السندات التنفيذية ، مستوفيا كافة الشروط التي يتطلبها القانون في السند التنفيذي تحت طائلة البطلان ، كأن يكون الحكم باتا أو حائز لقوة الشيء المقضي فيه و ممهورا بالصيغة التنفيذية، أو أن يكون عقدا توثيقيا غير عرفي[1]، فعقد الاعتراف بالدين مثلا يعتبر سندا تنفيذيا بحد ذاته دون الرجوع للقضاء لاستصدار حكم قضائي[2]، كذلك فيما يخص الأوامر على العرائض حيث يتدخل القاضي لرفع عقبة قانونية أمام الأفراد تجعل إرادتهم قاصرة عن إحداث آثار قانونية معينة، فنكون بصدد مركز ولائي أو حق مراقب يحتاج إنشاؤه أو حمايته إلى تدخل القضاء[3]

و متى توصل الدائن إلى استيفاء شروط سنده اصبح له الحق في حمايت و حق الاشكال، و عليه يستوجب هذا معرفة الوقت الذي ينشأ فيه الحق في الاشكالات التنفيذية و هل هناك شروط لقبول الاشكال ام لا ، و هذا ما سيتم التطرق له في المبحث الثاني

المبحث الثاني : نشأة إشكال التنفيذ و شروط قبوله

لقبول الدعوى يجب أن يكون صاحبها يتمتع بصفة ومصلحة صاحب حق و تحترم شروطا قانونية شكلية و موضوعية يستوجبها القانون و له سندا تنفيذيا فيه اشكالا استعصى تنفيذه و الحصول على الحق الذي يحميه فتارة يكون يكون الاشكال قبل الشروع في التنفيذ و تارة يكون بعد الشروع في تنفيذ السند، و هذا ما يجعلنا نبحث أولا عن وقت نشأة إشكالات التنفيذ الوقتية (المطلب الأول) و كذا شروط قبول إشكالات التنفيذ الوقتية (المطلب الثاني)

المطلب الأول : نشأة إشكالات التنفيذ الوقتية

لقد أثارت هذه المسألة نقاشا بالنسبة لإشكالات التنفيذ التي ترفع قبل الشروع في عملية التنفيذ في امكانية قبولها او اعتبارها مفتقدة لشرط المصلحة بحكم أن التنفيذ لم يتم بعد فانقسم الفقه اتجاهين في هاته المسألة :

---

[1] قرار رقم 557292 مؤرخ في 20/ 2009/05 مجلة المحكمة العليا ، العدد01، 2009 ، ص 158

[2] قرار رقم 469404 مؤرخ في 2009/04/15 المحكمة العليا ، العدد01، 2009 ، ص 141

[3] د/ نبيل اسماعيل عمر ، الأوامر على العرائض و نظامها القانوني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 25

الاتجاه الأول : يرى عدم قبول دعوى الاشكال إذا كان التنفيذ لم يبدأ بعد، و يصرح القاضي في هذه الحالة بعدم الاختصاص لانعدام عنصر الاستعجال أو لعدم توافر المصلحة [1]

الاتجاه الثاني : و هو الراجح و المعمول به في الحياة العملية يرى جواز رفع دعوى الإشكال التنفيذي الوقتي و لو قبل بدء التنفيذ[2]، بحجة أن الحق في الإشكال يتحقق من الوقت الذي يحصل فيه الدائن على السند التنفيذي الذي يخوله مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، و من تلك اللحظة يجوز له رفع الإشكال سواء تم الشروع في إجراءات التنفيذ أو قبل الشروع فيها.

فيشكل هذا السند خطرا يهدد أموال المدين، فيلجأ هذا الأخير عن طريق رفع الاشكال الوقتي في التنفيذ لأجل الحصول على حماية وقتية تقوم على أساس درء المخاطر المحدقة بمصالحه قبل وقوعها.

و منه نستخلص أن السند التنفيذي الذي بيد الدائن يشكل حالة خطر تسمح لأي شخص يوجد في نفس الظروف أن يلجأ إلى القضاء الإستعجالي لطلب وقف هذا الخطر قبل وقوعه [3]

لكن ماذا لو رفع الإشكال التنفيذي الوقتي قبل تمام التنفيذ، لكن التنفيذ قد تم قبل صدور الحكم فيه ، فهل يكون مقبولا أو يرفض ؟ هناك رأيان في المسألة

الرأي الأول :

يرى أنه لقبول الاشكال الوقتي أن يرفع و يفصل فيه قبل تمامه، فإذا رفع بعد تمامه وجب القضاء بعدم قبوله و كذلك إذا رفع الاشكال قبل تمامه لكنه تم التنفيذ قبل الفصل فيه ، فيقضي ايضا بعدم قبوله ، على أساس أن قاضي الأمور المستعجلة ليس له أن يلغي ما تم من اجراءات التنفيذ[4].

[1] حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ، ص 89

[2] عمر زودة ، الإجراءات المدنية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، edition encyclopidia، الجزائر ، 2005 ص 172

[3] محمد علي راتب قضاء الأمور المستعجلة ، الجزء 2، الطبعة 6 ، دون دار نشر، دون سنة الطبعة، ص 888

[4] د أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، الجزء 3 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر ، ص ص 281-282

الرأي الثاني :

يذهب إلى القول بقبول الاشكال ، مادام كان وقت رفعه مقبولا ذلك لأن تمام التنفيذ جاء بعد رفع الاشكال ، و على هذا الأساس فالعبرة بتوافر شروط قبول الدعوى وقت رفع الاشكال، فمتى كانت مقبولة تظل كذلك و لو زالت بعض شروطها أثناء نظرها [1]

و يؤكد هذا الرأي أن الحكم الذي يصدر بوقف التنفيذ رغم تمامه ، يعتبر سندا تنفيذيا بإعادة الحال إلى ما كانت عليه وقت رفع الاشكال و هو ما يعرف بالتنفيذ العكسي [2]، الا إذا كان التنفيذ الذي تم لا يمكن إعادته لأصله كهدم منزل مثلا ، فهنا إذا طلب وقف التنفيذ يكون غير مقبول لاستحالة تنفيذ الحكم.

و ترتيبا على ذلك فإن اثار الحكم بوقف التنفيذ تعود إلى تاريخ رفع الدعوى ، و بذلك تصبح جميع إجراءات التنفيذ التي تمت بعد رفع الاشكال باطلة، استنادا إلى أثر الحكم الصادر بوقف التنفيذ.

أما أذا حكم برفض الإشكال، فإن الإجراءات التي تمت بعد تاريخ رفع الإشكال تصبح صحيحة و تستقر بصفة نهائية[3]

بعد التطرق إلى وقت نشوء الحق في الاشكال الوقتي، علينا أن نعرج إلى الشروط الواجب توافرها لقبول إشكالات التنفيذ الوقتية

المطلب الثاني : شروط قبول إشكالات التنفيذ الوقتية

تنقسم هذه الشروط إلى شروط عامة و هي التي يجب أن تتوافر في أي دعوى، و التي تتمثل أساسا في مصلحة صاحب الدعوى و صفته فيها، و شروط خاصة الاشكال حيث يجب أن تكون هناك عقبة قانونية لا مادية ، و أن يكون مبناه وقائع لاحقة على صدور الحكم ، و أن يكون الإجراء المطلوب لا يمس بأصل الحق و الاستعجال و رجحان وجود الحق ، و سوف يتم التعرض لها كما يلي

[1] محمد علي راتب، مرجع سابق ، ص 905

[2] د نبيل اسماعيل عمر ، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية و الموضوعية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص 34

[3] عمر زودة، مرجع سابق ، ص 177

1 – الاسباب العامة :

المصلحة في الإشكال : و يقصد بها المنفعة التي تعود على المستشكل من وراء إشكاله لذلك يجب توافر هذا الشرط منذ رفع الإشكال إلى غاية الفصل فيه، و من ثم انعدام المصلحة يؤدي إلى رفض دعوى إشكالات التنفيذ الوقتية ، و تنتفي المصلحة في الحالات التالية :

- إذا رفع الإشكال بعد تمام التنفيذ
- اذا استشكل في تنفيذ حكم قائم إلا انه أثناء نظر الإشكال حكمت المحكمة بإلغائه

الصفة في الاشكال : و يقصد بها صلاحية الفرد للتقاضي و من ثمة فإنه لا تلازم بين الصفة و المصلحة حيث يمكن أن يكون للشخص مصلحة من اشكاله في الحكم المراد تنفيذه ، إلا أنه غير كامل الأهلية مثلا ، ولا شك أن هذه الصفة تتوافر في طرفي التنفيذ : المنفذ و المنفذ ضده ؛ إذ بثبت الحق في المنازعة الوقتية في التنفيذ أولا لطالب التنفيذ الذي قد يطلب الحماية في صورة الاستمرار مؤقتا في التنفيذ في حالة رفع دعوى أولا لاسترداد المنقولات المحجوزة[1].

و إذا كانت الصفة شرطا من شروط قبول الإشكال إلا انه لا يتطلب توافرها وقت رفع الاشكال و من ثمة فإن للمستشكل معالجة عيب تخلف الصفة وقت نظر الإشكال أي أن الخصومة تعد صحيحة و منتجة لآثارها منذ رفع الإشكال إلا أنه اذا تمسك المستشكل ضده بعدم توافر الصفة و دفع بهذا أمام القاضي و عجز المستشكل عن إثباتها حكم القاضي بعدم قبول الاشكال في التنفيذ [2]

2 – الأسباب الخاصة :

- **أن نكون أمام عقبة قانونية** : بمعنى أن يكون الغرض من رفع دعوى الإشكال في التنفيذ هو عرض إدعاء قانوني على القضاء من شأنه أن يشكل اعتراضا على التنفيذ الجبري كالادعاء بأن الحكم المراد تنفيذه لا يشكل سندا تنفيذيا بمفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

- **الاستعجال** : تقضي القاعدة العامة فى اختصاص القضاء المستعجل باشتراط توافر حالة الاستعجال[3]، أي أنه يجب أن تكون هناك حاجة ملحة لحماية الحق بالحصول على حكم

---

[1] د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، التنفيذ الجبري ، د دن، دون سنة طبع ، ص 220

[2] د, أحمد سلامة بدر ، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2003، ص ص 379- 380

[3] المادة 299 من ق إ م إ

مستعجل بالإجراء الوقتي المطلوب[1]، فهو أهم شروط الحماية الوقتية ، و تعتبر إشكالات التنفيذ مستعجلة بطبيعتها ، لأنه يمثل تحقيقا لمصلحة عاجلة لرافعها .

فإذا كان طالب التنفيذ كانت مصلحته في الاستمرار في التنفيذ و تفادي التأخير الذي قد يضره.

وإذا كان المنفذ ضده فله مصلحة في إيقاف التنفيذ لدرء ضرر التنفيذ على ماله .

و الملاحظ أن شرط الاستعجال افترضه المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 631 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية، إلا أن هذا الافتراض ليس مطلقا بل يمكن اثبات عكسه بعدم توافر عنصر الاستعجال.

– **أن يكون مبناه وقائع لاحقة على صدور الحكم**: القاعدة العامة في قبول الاشكال بطلب وقف التنفيذ أن يكون سببه قد جد بعد صدور الحكم ، باعتباره منصبا على إجراءات التنفيذ التي تكون دائما مبنية على وقائع لاحقة على صدور الحكم و ليست سابقة عليه و إلا كان الاشكال طعنا في الحكم بطريق غير قانونية [2]، فمن المقرر قانون أن الاشكال في التنفيذ ليس طريقا من طرق الطعن في الحكم الذي يجري التنفيذ بمقتضاه و إنما هو تظلم من إجراءات التنفيذ مبناه وقائع لاحقة على صدور الحكم لذا فإن محكمة الاشكال لا يمكنها البحث في الحكم الصادر في الموضوع من حيث صحته أو بطلان مسه من حيث إجراءات الدعوى لما في ذلك من مساس بحجية الاحكام القضائية [3]

– **أن يكون الإجراء وقتي تحفظي لا يمس موضوع الحق** : الاجراء الوقتي هو الذي لا ينطوي الحكم به على مساس بالحقوق المتنازع عليها أو اصلها ، و لا يتناول تفسير السند المراد تنفيذه ، بل يقوم على وقائع قابلة للتغيير و التبديل و لا يقصد من وراءه سوى تحديد مراكز الخصوم تحديدا مؤقتا أو باستمراره مؤقتا بحسب ما إذا كان الطالب هو الشخص المراد التنفيذ عليه ، او طالب التنفيذ أو الغير الذي يدعي حقا له في نطاق موضوع الحق محل التنفيذ [4]، و يترتب على هذا عدة نتائج منها :

- أنه لا يجوز لقاضي التنفيذ بصفته قاضيا للأمور المستعجلة أن يتعرض لأصل الحق

---

[1] د, عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008 ، ص 31

[2] حمدي ياسين عكاشة، الأحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1977 ، ص 471

[3] د . عاشور مبروك ، الوجيز في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، د س ن ، ص 275

[4] عاشور مبروك ، مرجع سابق ص 273

- لا يجوز له المساس بحجية الحكم المستشكل فيه
- لا يجوز لقاضي الاشكال أن يؤسس حكمه على أسباب تتصل بالحق ، فيعتبر غير مسبب إذا استند فقط على اسباب موضوعية ،إذ يجب أن تكون الاسباب الرئيسية التي يبني عليها الحكم متعلقة بظاهر الدعوى و ليست حاسمة في النزاع.
- لا يجوز لقاضي الاشكال أن يحكم بعدم الاختصاص إذا تبين له أن الحكم بوقف تنفيذ الحكم المستشكل فيه يمس أصل الحق ، بل يحكم برفض الاشكال في التنفيذ و الاستمرار في التنفيذ

– **ألا يتضمن الاشكال طعنا في الحكم** : لا ينبغي أن يؤسس الإشكال على تخطئة الحكم، و مثال ذلك أن يطلب المستشكل وقف تنفيذ الحكم بحجة أن المحكمة أخطأت في تطبيق القانون أو أنها كانت غير مختصة ، فمثل هذه الاشكالات لا تقبل لأن الإشكال في التنفيذ ليس طريق مم طرق الطعن في الاحكام ، كما أن رئيس المحكمة ليس جهة طعن و لا يملك تفسير الاحكام أو السندات التنفيذية الغامضة [1]، و ما يعتري الحكم من عيوب لا يكون أمام ذوي الشأن حيالها إلا الطعن فيها بطرق الطعن المختلفة.

و إذا فوت صاحب الحق على نفسه إمكانية الطعن في الحكم أمام المحكمة المختصة في المواعيد المحددة، فلا يجوز له أن يتخذ من الاشكال في التنفيذ وسيلة غير مباشرة للطعن في الحكم[2]

و تطبيقا لذلك لا يجوز تأسيس الاشكال على فكرة بطلان الحكم الذي يعتريه عيب شكلي و مثاله الحكم الصادر من قاض يجوز رده ، لأن البطلان ينطوي على الطعن في الحكم و نسبة الخطأ القانوني إليه، و لكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان سبب البطلان هو تزوير السند التنفيذي، فيجب توقيف التنفيذ إلى حين الفصل في الادعاء بالتزوير.

[1] قرار 36907 مؤرخ في 1985/06/15 مجلة قضائية ، 1989، عدد 3 ، ص 86 " متى كان من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس بأصل الحق، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا للقانون"

[2] د عبد الباسط جميعي، د أمال الفزايري، التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1990، ص 313

و بالنسبة لشرط رجحان وجود الحق: فمن المقرر أن الحماية الوقتية لا تمنح إلا إذا رجح وجود الحق في جانب من يطلبها ، يقصد بذلك أن يبدو للقاضي من ظاهر الأوراق المستندات دون تعمق من جانبه في بحثها أن للطالب حق في مطلبه.

خاتمة:

أخيرا فإن قاضي التنفيذ يلتزم بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة ، بساطة هذا القاضي فلا يتعرض لأصل الحق أو يتعمق في بحث الموضوع ، و إنما يجري بحثا سطحيا يستظهر منه ما يرجحه ، و بالتالي لا يكون له أن يقضي مثلا ببطلان إجراءات التنفيذ ، أو عدم جوازه ببراءة ذمة المدين .

قائمة المراجع:

1. أمل شربا، إشكالات التنفيذ الوقتية و الحكم فيها ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية – المجلد 25- العدد الأول-2009
2. د. نبيل اسماعيل عمر، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر
3. حمدي باشا عمر اشكالات التنفيذ ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2012
4. قرار رقم 302483 مؤرخ في 2004/04/30، نشرة القضاه ، عدد 61
5. قرار رقم 557292 مؤرخ في 20/ 2009/05 مجلة المحكمة العليا ، العدد01، 2009
6. قرار رقم 469404 مؤرخ في 2009/04/15 المحكمة العليا ، العدد01، 2009
7. د/ نبيل اسماعيل عمر ، الأوامر على العرائض و نظامها القانوني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، مصر ، 2004

8. عمر زودة ، الإجراءات المدنية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، edition encyclopidia، الجزائر ، 2005

9. محمد علي راتب قضاء الأمور المستعجلة ، الجزء 2، الطبعة 6 ، دون دار نشر، دون سنة الطبعة

10. د أمينة مصطفى النمر، قانون المرافعات، الجزء 3 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، مصر

11. د نبيل اسماعيل عمر ، إشكالات التنفيذ الجبري الوقتية و الموضوعية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 1997

12. د. الأنصاري حسن النيداني، قانون المرافعات، التنفيذ الجبري ، د دن، دون سنة طبع

13. د, أحمد سلامة بدر ، إجراءات التقاضي أمام محاكم مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2003

14. المادة 299 من ق إ م إ

15. د, عبد الرؤوف هاشم بسيوني، إشكالات التنفيذ في أحكام القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008

16. حمدي ياسين عكاشة، الأحكام الادارية في قضاء مجلس الدولة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1977

17. د . عاشور مبروك ، الوجيز في التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات الحالية، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، د س ن

18. قرار 36907 مؤرخ في 1985/06/15 مجلة قضائية ، 1989، عدد 3

19. د عبد الباسط جميعي، د أمال الفزايري، التنفيذ في المواد المدنية و التجارية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1990