

معهد دبي القضائي

دعوة المشرع لرفع التعارض بين

ثبوت النسب بالبصمة الوراثية ونفيه باللعان

أ.د. محمد محمد أبو زيد

عقد إيواء الموقع الإلكتروني..

دراسة مقارنة

د. طاهر محمود

التصويت الإلكتروني

وأثره في ممارسة الديمقراطية

د. عبد الكريم السروي

قراءة في قانون

مكافحة جرائم تقنية المعلومات

د. عبد الرازق الموافي عبد اللطيف

أعضاء على نصوص المرسوم بشأن

المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية

أ.د. محمد محمد أبو زيد

تأملات في أحكام

سند الشحن البحري الإلكتروني

أ. الأمين عثمان

مهدد دبي القضاة

مجلة علمية محكمة | العدد (2) | السنة الأولى | ربيع الثاني 1434 هـ | مارس 2013 م

الهيئة الاستشارية

الأستاذ الدكتور حسام الدين كامل الأهواني

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور عبد الخالق حسن أحمد

جامعة الأزهر - طنطا

القاضي الدكتور علي إبراهيم الإمام

رئيس محكمة التمييز بدبي

الأستاذ الدكتور أحمد عوض بلال

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور عكاشة محمد عبد العال مصطفى

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الأستاذ الدكتور سعد الدين مسعد هلال

جامعة الأزهر - القاهرة

رئيس التحرير

القاضي الدكتور جمال حسين السهيطي

مدير التحرير

الأستاذ الدكتور محمد محمد أبو زيد

هيئة التحرير

الدكتور محمد عبد الرحمن الضويني
الدكتور عبد الرازق الموافي عبد اللطيف
القاضي الدكتور عبد الله سيف الشامسي
الدكتور خالد خلفان المنصوري
الدكتور سلطان عبد الحميد الجمال
الأستاذة نورة عبيد بن عمير الرميثي

سكرتير التحرير

الأستاذ كامل محمود إبراهيم

التعريف بالمجلة وأهدافها وقواعد النشر فيها

«مجلة معهد دبي القضائي» تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، مجلة علمية محكمة تقبل النشر باللغة العربية، والإنجليزية، والفرنسية. وهي مجلة يلفت مجال اهتمامها إلى طبيعة موضوعاتها حيث أضيفت عبارة تقنية المعلومات والعلوم الحديثة إلى كلمة قانونية بهدف الدلالة على طبيعة الموضوعات المكونة للبرنامج الداخلي للمجلة.

وهذه الموضوعات هي المشكلات القانونية المعاصرة التي يتحتم بحثها في ضوء التقدم العلمي بطفرتيه: طفرة التقدم في مجال المعلومات وشبكة الاتصال، وطفرة التقدم في المجال البيولوجي.

إذن فعنوان المجلة جاء من السعة والشمول إلى حد كبير. فحصول التطورات العلمية سريعة ومتنوعة، وأبعادها وانعكاساتها على كافة فروع القانون لا فكاك منها.

والمجلة تتضمن الأبواب الآتية:

- البحوث والدراسات القانونية.

- الاجتهادات القضائية وتشمل:

• التعليق على الأحكام.

• المبادئ القانونية التي يرسبها القضاء الإماراتي والقضاء المقارن.

- النصوص القانونية المستحدثة.

- التقارير العلمية عن الندوات والمؤتمرات وورش العمل.

- عرض الرسائل الجامعية والكتب.

أهداف المجلة:

1 - تعزيز وتكريس ثقافة ومنهجية إجراء البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بالعلوم والتقنية المتقدمة.

2 - إثراء العمل القضائي بالبحوث والدراسات القانونية التي تعكس التطور التشريعي المواكب للتقدم العلمي، ما يعين القاضي في أداء عمله وتوسيع مداركه وزيادة حصيلته المعلوماتية.

3 - العمل على تنشيط الاجتهاد في مجال الفقه والقضاء من خلال نشر الدراسات والبحوث والمقالات العميقة والتعليقات على الأحكام ذات الصلة بانعكاسات التقدم العلمي.

- 4 - إمداد المحاكم والنيابات العامة بالبحوث والدراسات التي تسهم في تطوير القضاء في إطار تعاون مثمر بين الفقه والقضاء.
- 5 - الاهتمام بالدراسة القانونية المقارنة للقوانين وأحكام القضاء للاطلاع على الخبرات الأجنبية وطريقة معالجتها للمشكلات القانونية الناتجة عن انعكاسات وتأثير التقدم العلمي، مع مراعاة قيم المجتمع ومصالحه.
- 6 - الاهتمام بدراسة التشريعات المكملّة التي تعكس تجاوب المشرع مع التقدم العلمي بغرض رفع ما قد يكون من تناقض بين نصوصها أو بينها وبين غيرها من تشريعات، فالتحديث التشريعي لأي قانون يجب أن يكون نتاج تركيب علمي متناسق.
- 7 - قيام المعهد بإحدى مهامه على وجه فعال وسريع في إمداد الدوائر المعنية بنتائج الدراسات والبحوث التي يمكن أن تفيد تلك الدوائر في تشخيص المشكلات التي يعكسها التقدم العلمي وتقديم الحلول المقترحة.. وخاصة في حالات الاستعجال، حيث يلزم سرعة التدخل التشريعي تحت تأثير هذا الاستعجال.
- 8 - إثراء المكتبة القانونية بصفة خاصة والمكتبة العربية بصفة عامة، ليس فقط بالبحوث والدراسات المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، بل وبنتائج وتقويم هذه الدراسات في ضوء ما يسفر عنه التطبيق العملي.

قواعد النشر في المجلة

النشر بالمجلة يتم وفقاً للقواعد التالية :

- 1 - أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والثراء المعرفي.
- 2 - الالتزام بأصول البحث العلمي وقواعده العامة، ومراعاة التوثيق العلمي الدقيق.
- 3 - يجب أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط، وتقوم هيئة التحرير بالمراجعة اللغوية والتعديل بما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه.
- 4 - أن لا يكون البحث قد سبق نشره على أي نحو كان، أو تم إرساله للنشر في غير المعهد، ويثبت ذلك بإقرار من الباحث.
- 5 - يقدم البحث مطبوعاً في نسختين، ويرفق به نسخة من الوعاء الإلكتروني المطبوع من خلاله.

- 6 - ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة على 40 صفحة من الحجم العادي (A4) ويجوز في بعض الحالات التفاوضي عن هذا الشرط إذا كان تقسيم البحث إلى قسمين أو أكثر يؤدي إلى الإخلال بوحدة البحث.
- 7 - يلتزم الباحث بعدم إرسال بحثه لأي جهة أخرى للنشر حتى يصله رد المجلة.
- 8 - يرفق الباحث بحثه بنبذة عن سيرته العلمية، وعنوانه بالتفصيل ورقم الهاتف، والفاكس (إن وجد) والبريد الإلكتروني.
- 9 - تخضع البحوث التي ترد إلى المعهد للتقويم والتحكيم من قبل المختصين للحكم على أصالتها وجديتها وقيمتها وسلامة طريقة عرضها، ومن ثم صلاحيتها للنشر من عدمه.
- 10 - يمنح كل باحث خمس نسخ من العدد المنشور فيه بحثه.
- 11 - يمنح المعهد مكافأة مالية للأبحاث التي تقرر صلاحيتها للنشر ويقوم المعهد بنشرها.
- 12 - تصبح البحوث والدراسات المنشورة ملكاً لمعهد دبي القضائي، ولا يحق للباحث إعادة نشرها في مكان آخر دون الحصول على موافقة كتابية من المعهد.
- 13 - للمعهد الحق في ترجمة البحث أو أجزاء منه وبما لا يخل بمحتوى البحث أو مضمونه متى اقتضت الظروف ذلك، وبما لا يخل بفضوى المادة العلمية.
- 14 - أصول البحوث التي تصل إلى المجلة لا ترد سواء نشرت أو لم تنشر.
- 15 - ترسل البحوث بعنوان رئيس تحرير المجلة ص ب 28552 دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، أو على البريد الإلكتروني research@dji.gov.ae.

أولوية وترتيب النشر:

- الموضوعات المرتبطة بدولة الإمارات العربية المتحدة.
- تاريخ وصول البحث لرئيس تحرير المجلة.
- تنوع موضوعات البحث.
- ترتيب البحوث في المجلة يخضع لاعتبارات فنية.

تقديم

القاضي الدكتور جمال حسين السميطي 08

كلمة العدد

أ. د. محمد محمد محمد أبو زيد 10

دعوة المشرع إلى رفع التعارض

بين ثبوت النسب بالبصمة الوراثية ونفيه باللعان

أ. د. محمد محمد محمد أبو زيد 14

عقد إيواء الموقع الإلكتروني

دراسة مقارنة

د. طاهر شوقي محمد محمود 34

التصويت الإلكتروني وأثره

في ممارسة الديمقراطية

د. عبد الكريم محمد محمد السروي 78

قراءة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات

د. عبد الرازق الموافي عبد اللطيف 138

أضواء على نصوص المرسوم

بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية

أ. د. محمد محمد محمد أبو زيد 188

تأملات حول أحكام سند الشحن البحري الإلكتروني

في القانون الإماراتي و المقارن

أ. الأمين عثمان إسماعيل 220

تقديم

بقلم: القاضي الدكتور جمال حسين السميطي
المدير العام رئيس التحرير

alsumaitijh@dji.gov.ae

○ ونحن نقدم للباحث الإماراتي خاصة والعربي عامة، العدد الثاني من مجلة معهد دبي القضائي، العلمية المحكمة والتي تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، نقر بأن استقبال المجتمع القانوني الإماراتي والأسرة العدلية العربية للإصدار الأول من مجلتنا هذه كان استقبالا بدد كل المخاوف التي حذرتنا من أن نخصص مجلة علمية محكمة لموضوعات القانون المتعلقة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، وتنوعت المخاوف والتحذيرات من عدم تمكننا من العثور على مقالات تعالج الجوانب التقنية المرتبطة بالقانون لندرة مراجعها بالإضافة لتطور البنية المعلوماتية والتقنية ليس كل يوم بل ساعة بعد ساعة أو أقل، ولكننا أثّرنا أن يكون إصدارنا متفرداً في مجاله وموضوعاته، بل سعينا لأن تكون مجلتنا هي الملجأ الأول والمنصة الرئيسة عربياً وإقليمياً التي يسعى الباحث الجاد لإطلاق أبحاثه العلمية الحديثة منها، فما أكثر المجالات المحكمة التي يذخر بها عالمنا العربي وكلها بلا شك ذات قيمة علمية كبيرة شكلت على مدار سنوات طوال الوجدان القانوني العربي، ونفعته بآلاف الأبحاث والدراسات القيمة، ولكننا بحثنا عن التميز، ولذلك اخترنا مجال التخصص المرتبط بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة، وما يصل إلينا من أبحاث ودراسات متنوعة كما وعدنا من كافة الأقطار العربية، فهو أصدق مؤشر على أن المكتبة العربية وميدان البحث العلمي يميل بقوة نحو التخصص المبني على العلوم الحديثة، ليواكب القانون طفرات العلم الحديث.

كما لا نبالغ في قولنا: بأن انتماءنا لدولة الإمارات العربية المتحدة معقل التميز العالمي وللمدينة دبي منبر الإبداع والريادة ودرة العقد الاتحادي حداثةً ومدنيةً تفرض علينا أن نكون في مجالنا متفردين مبدعين نحاول جاهدين مواكبة الخطى المتسارعة الواثقة للدخول للألفية الجديدة بتشريعات حديثة ومبادئ وأحكام تضاهي قوة ومتانة وروعة عظمة الإنسان الإماراتي ابن هذه الأرض المعطاءة، نحو التميز والابتكار، وسعيًا جاداً لتحقيق رؤية معهدنا في أن نكون المركز الإقليمي للتميز القانون والعدلي، حفظ الله الإمارات حكاماً وشعباً وزادهم إبداعاً وتألقاً، والله الموفق والمستعان.

بقلم أ. د. محمد محمد محمد أبو زيد

أستاذ القانون المدني
بمعهد دبي القضائي

بسم الله، وبعوته، وتوفيقه، يخرج إلى النور إصدار جديد من «مجلة معهد دبي القضائي» إنه العدد الثاني لهذه المجلة، فيكون حلقة في حلقات متتابعة نشطة ثرية - إن شاء الله تعالى - تواكب حركة التطور والتحديث التي يتبناها رجال القانون في مختلف المجالات وعلى كافة المستويات. وحسنًا، ففي الوقت الذي يواصل فيه فريق العمل المختص والمتخصص جهده لإصدار هذا العدد، وإذ يصدر مرسومان اتحاديان مهمان يتعلقان بمجال اهتمام هذه المجلة.. وهما مرسومان شاهدان على مواكبة النهضة التشريعية في دولة الإمارات لأحدث التطورات.

المرسوم الأول:

مرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.⁽¹⁾

المرسوم الثاني:

هو مرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.⁽²⁾ ولعل في هذين المرسومين خير دليل على صحة المسار الذي انتهجه معهد دبي القضائي وإصابته فكرة تخصيص مجلة تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية ذات الصلة بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة.

ليس هذا فحسب، بل وكما أشرنا في كلمة العدد الأول من هذه المجلة، أن النشر من منظور معهد دبي القضائي يأخذ في الاعتبار ما يسفر عنه التطور المتلاحق للعلوم من مشكلات قانونية جديدة يواجهها الفقه، والقضاء والتشريع بحلول وقواعد مستحدثة تحقق مصالح المجتمع.

(1) منشور في الجريدة الرسمية العدد 540 (ملحق) السنة 42 شوال 1433 هـ - أغسطس 2012 ص 18:9

(2) منشور بالجريدة الرسمية ذات العدد السابق ص 38:19

ويأتي المرسوم الأول نموذجاً حياً لذلك، إذ يعالج إحدى المشكلات المترتبة على المخاطر المستحدثة والمترتبة على نشاط المنشآت النووية وضمان حصول المتضررين على التعويض الذي يكفل جبر ما أصابهم من أضرار نووية، وفقاً لأسس تتفق مع أسس النظام العالمي للمسؤولية من حيث تعزيز وتكميل تدابير التعويض المقررة وإدخال مفهوم المسؤولية الاحتياطية للدولة. وقد أعلن سعادة حمد الكعبي الممثل الدائم لدولة الإمارات لدى الوكالة الدولية للطاقة النووية الممثل الخاص لشؤون التعاون الدولي⁽¹⁾ أن إرساء هذا النظام القوي للمسؤولية النووية يعد خطوة متقدمة للنهج المسؤول الذي تتبعه حكومة دولة الإمارات العربية المتحدة في سبيل تطوير الإطار الرقابي السلمي للطاقة النووية. وأضاف سعادته قائلاً: إن هذا المرسوم بقانون يعتبر ضرورياً لاستكمال البنية التحتية القانونية والتشريعية لتطوير هذا البرنامج السلمي.. كما أن أحكامه تتوافق مع الالتزامات الدولية لدولة الإمارات وأفضل الممارسات الدولية ومع إرشادات وكالة الطاقة النووية.

كذلك - وكما أشرنا أيضاً - فإن النشر من منظور معهد دبي القضائي يأخذ في الاعتبار ما تسفر عنه نتائج دراسات المراجعة والمتابعة والتقويم التي تجرى في الواقع العملي، وذلك توصلاً لتغيير ما هو كائن بالإضافة أو الحذف ليصبح على نحو ما يجب أن يكون، تلبية للوفاء باحتياجات المجتمع وتحقيق أمنه وأمانه.

ويأتي المرسوم الثاني تجسيداً لذلك. إذ أتى بجرائم جديدة وأبقى على الجرائم التي كان منصوصاً عليها في القانون القديم وشدد العقوبات على كثير من الجرائم وخصوصاً الغرامة، لكي تتناسب مع الجريمة المرتكبة، وصدر هذا المرسوم بقانون كان ضرورياً لمواكبة التطور التكنولوجي السريع والمتلاحق في مجال تقنية المعلومات.

وفي هذا السياق، وسواء كان الأمر يتعلق باستحداث قواعد قانونية أو مبادئ قضائية، أو حلول فقهية أم يتعلق بتعديل قواعد قانونية كانت موجودة، فإن قضية مهمة يجب التنبيه لها وهي - وكما أشرنا إليها أيضاً في كلمة العدد الأول، ونؤكد عليها في كلمة هذا العدد - أن كل تحديث يتبناه المشرع بنصوص قانونية في أي فرع من فروع القانون يجب أن يأتي في انسجام وتناسق وتوافق، ذلك أن النظام القانوني هو نظام متكامل يتجه صوب تحقيق أهداف واضحة

(1) أدلى سعادته بهذه الكلمة في مؤتمر صحفي عقد بمقر الهيئة الاتحادية للرقابة النووية في أبوظبي - الاتحادات تاريخ النشر في 2012/10/16 وذلك في أعقاب صدور المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.

غير متناقضة، فلا تتعارض نصوص تشريع مع نصوص تشريع آخر، ولا تتعارض نصوص تشريع واحد مع بعضها البعض.

بهذه الكلمات يتجه القصد إلى جذب انتباه قرائنا الأعزاء إلى ما يضمه هذا العدد من المجلة. فمن ناحية، يضم هذين المرسومين الجديدين من خلال إلقاء الضوء والتعليق عليهما، أملين أن يتبنى الباحثون مزيداً من البحث المتعمق فيستنيروا وينيروا.

ولأن منهج مجلة معهد دبي القضائي التنوع فيما تقدمه تجديداً لنشاط قارئنا العزيز وجذباً له إلى المزيد من مواصلة الاطلاع، فإنها تضم عدداً من البحوث ذات البصمة العملية. فتضم موضوع «عقد إيواء الموقع الإلكتروني» ويتناول ماهية هذا العقد في فصل أول ويعرض لتكوينه وأثاره في فصل ثانٍ.. ويتسم الموضوع بالجدية النسبية حيث يتناول واحداً من عقود الإنترنت التي بدأت في الظهور في السنوات الأخيرة.

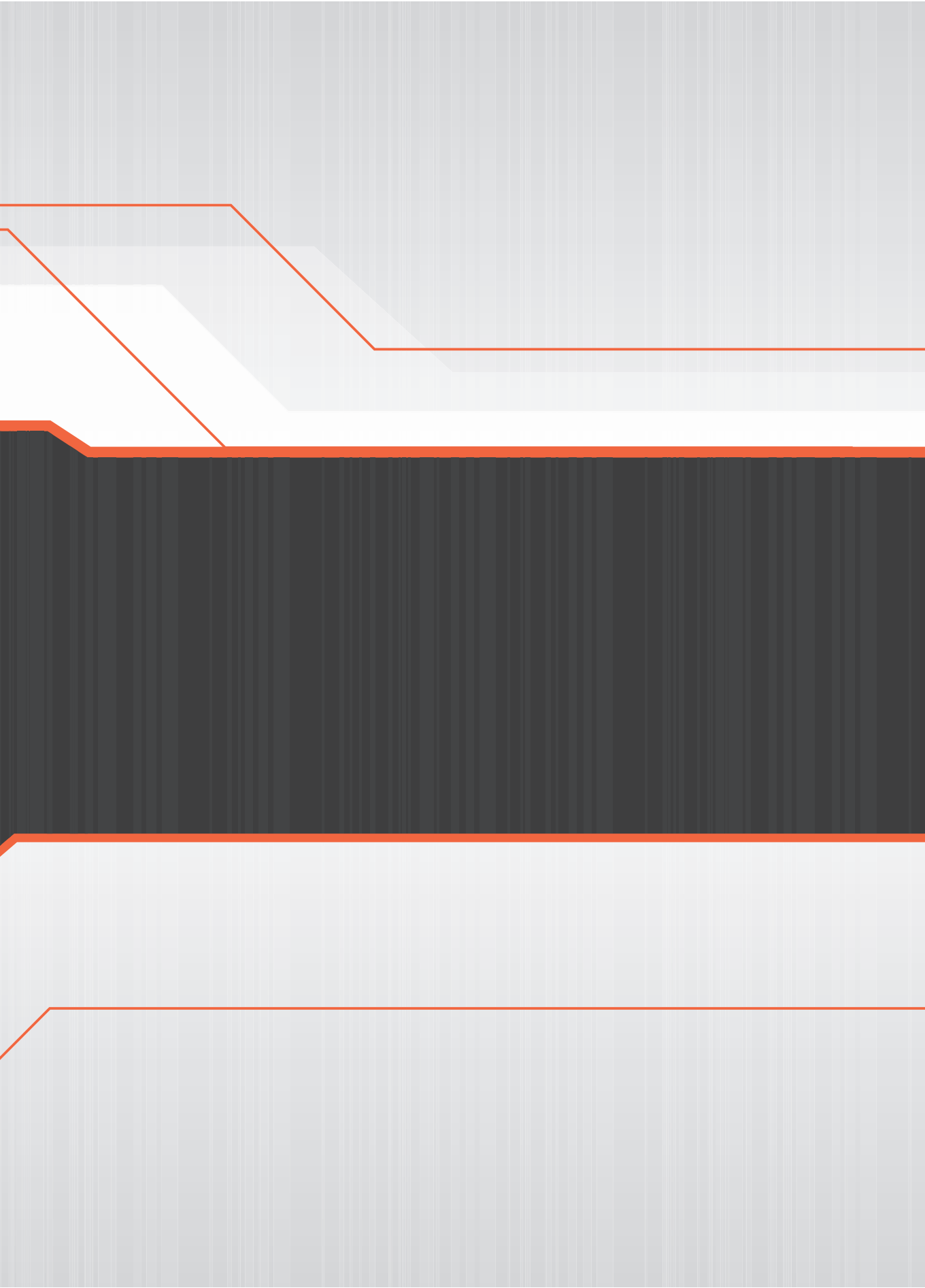
كذلك يضم العدد موضوعاً مهماً وهو «موضوع التصويت الإلكتروني وأثره في ممارسة الديمقراطية» وهو بحث يعرض لتنظيم أمثل للتصويت الإلكتروني، حيث يعقد الباحث الأمل في إرساء دعائم الديمقراطية وإصلاح العملية الانتخابية على فعالية التصويت الإلكتروني.

ويتضمن العدد موضوعاً بعنوان «دعوة المشرع لرفع التعارض بين ثبوت النسب بالبصمة الوراثية ونفيه باللعان، والذي تثيره المادتان 89، 97 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 ويخلص إلى أن رفع هذا التعارض يكون بإضافة فقرة إلى المادة 97 سائلة الذكر تصاغ على نحو يستوجب استبعاد اللعان لنفي النسب ما دامت نتائج الطرق العلمية تفيد ثبوته. كما يتضمن العدد موضوعاً عنوانه «تأملات حول أحكام سند الشحن البحري الإلكتروني» وهو ينصب على بيان حجية هذا السند في الإثبات في القانون الإماراتي والقانون المقارن. وهو يسلط الضوء على ضرورة تناسق وتوافق وانسجام النصوص القانونية وبعضها البعض، وكل ذلك في إطار مواكبة النصوص القانونية المنظمة لحجية سند الشحن للنظام الإلكتروني للبيانات في مجال النقل الجوي.

والله عز وجل نسأله الرشد والسداد، وأن تتحقق الفوائد العلمية المرجوة من بحوث هذا العدد، وإن كان لا بد من أخطاء تلازم الجهد البشري فحسبنا أن الله غفور رحيم.



مهد دبي القضاة



دعوة المشرع إلى رفع التعارض
بين ثبوت النسب بالبصمة الوراثية ونفيه باللعان
الذي تثيره المادتان 89 و 97 من قانون
الأحوال الشخصية الاتحادي رقم 28 لسنة 2005

الأستاذ الدكتور محمد محمد أبو زيد

أستاذ القانون المدني بمعهد دبي القضائي

تمهيد

لعلها تذكرة في غاية الأهمية وفي سياق هذه الدراسة أن نمهد بكلمة لفضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر الأسبق وهي «أن اختلاف الفقهاء في استظهار حكم بعض الفروع ليس اختلافاً عقائدياً يفرق الجماعة الإسلامية، ويجعلها شيعاً وأحزاباً وإنما هو اختلاف فقهي، قابل للنظر فيه، واختيار الأصلح الذي تصلح به حال الأمة، وتواجه به كل جديد في حياتها في الأسرة وفي المجتمع، في العقاب والمعاملات».⁽¹⁾

وباعتبار موضوعات الأحوال الشخصية من أمس الموضوعات صلة بحياة الإنسان.⁽²⁾ فإن بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية تواجه فترات ما يجعلها في حاجة إلى التجديد والتحديث استجابة لما يطرأ على الناس ما لم يكن في الماضي.⁽³⁾

والحقيقة أن بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 تثير بعض الموضوعات الحساسة والدقيقة بما يستحق عناية البحث ودراسة أكثر عمقاً لتساير موجات التجديد والتحديث ومعاصرة الزمان.

ونحن بعون الله ومشيتته ماضون بعزم في بحث هذه المسائل، هذا ما دام وبفضل الله في العمر بقية، لاسيما وأننا نعمل في مناخ يتيح فرصة العمل الجاد والمبدع، فالمادة 6/6 من قانون إدارة الموارد البشرية لحكومة دبي رقم 27 لسنة 2006 وتعديلاته توجب توفير بيئة عمل محفزة في تقديم وتطبيق الأفكار الإبداعية والمبتكرة.

(1) فضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر الأسبق 1982-1996 «أضواء على قانون الأحوال الشخصية الجديد» رقم 44 لسنة 1979 مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة - عدد خاص - العيد الثموني لكلية الحقوق 1983 ص 12.

(2) د. محمد محمد فرحات «ملاحظات حول تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية»، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول السنة 43 يناير سنة 2001 ص 7

(3) انظر نموذجاً لذلك المرجعين السابقين.

ولعل مشكلة التعارض بين ثبوت النسب بالوسائل العلمية، ونفيه باللعان، والتي نعرض لها فيما يلي ويدور حولها حديثنا، هي أحد هذه الموضوعات المشار إليها، فإن يكن صواباً ما نقدمه بشأنها فبفضل الله، وله المنة. وإن يكن غير ذلك فمن أنفسنا والله غفور رحيم، فقال صلى الله عليه وسلم «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر».⁽¹⁾

ويبقى في كل الأحوال، والأوقات ضرورة الالتزام بأهم ما يقع على الباحث بوجه عام وهما الأمانة العلمية، والدقة العلمية.⁽²⁾

ولطبيعة الموضوع الذي نعرض له من حيث كونه دعوة لتدخل تشريعي لحسم تعارض تثيره بعض النصوص القانونية، فإننا نعرض للمشكلة بما يوضح التعارض في (مطلب أول)، ثم نعرض لكيفية تدخل المشرع لحسم هذا التعارض في (مطلب ثان).

(1) متفق عليه، ابن حجر، بلوغ المرام، دار الكتاب العربي بمصر، رقم 1190 ص 216 وفي السرخس (المبسوط 16: 70) «أنك إن اجتهدت فاصبت فلك أجران، وإن أخطأت فلك أجر واحد».

(2) والآيات القرآنية والأحاديث الشريفة عديدة في شأن أداء الأمانة، وهي تعم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان، فمثلاً العمل البحثي أمانة في عنق من يقوم به ولا سيما إن كان معيناً من قبل ولي الأمر في المراكز البحثية والمكتبات ودور النشر وغيرها.. انظر فضل الله ممتاز أهمية الصدق في البحث العلمي - الملتقى الفقهي - مقال على النت مأخوذ في 2012/2/4 <http://figh.islammessage.com/newsdetails>

المطلب الأول:

عرض مشكلة التعارض بين ثبوت النسب بالبصمة الوراثية و نفيه باللعان

تتضح المشكلة من وجهيها التاليين:

الوجه الأول:

لقد حرص المشرع - تحدوه نبل الغاية - على الاستفادة من تقنية البصمة الوراثية التي تقدم في مجال النسب نتائج تفيد ثبوت النسب أو نفيه بطريقة شبه مؤكدة، وذلك بعد أن أخذ في الاعتبار رأي مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب⁽¹⁾ وبعد أن تأكد من اعتماد القضاء عليها بشأن دعاوى النسب⁽²⁾ وتكريسها تشريعياً في بعض البلاد⁽³⁾. ولذا فقد نص المشرع في المادة 89 أحوال شخصية على أن «يثبت النسب بالفراش، أو بالإقرار أو بالبينة، أو بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش». وهكذا، وكما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية، فإن المادة 89 قد نهت إلى ثبوت النسب بالطرق العلمية الحديثة مثل الفحوصات الجينية والبصمات الوراثية، وهي من الوسائل العلمية التي تثبت العلاقة الحتمية بين الولد وأبيه⁽⁴⁾.

(1) راجع مجلس المجمع العلمي الفقهي الإسلامي في دورته (16) المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة 21 إلى 26/10/1422 هـ الموافق 2002/10/5م والذي أصدر مجموعة من التوصيات في هذا الشأن ومنها أن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر والحيطه والسرية، ولذا لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية.

(2) ومن ذلك كنموذج أنظر في عرض موقف القضاء الفرنسي من البصمة الوراثية في مجالات دعوى تنازع النسب، ودعوى إثبات البنوة الطبيعية، ودعوى النفقة، ودعوى إثبات البنوة الشرعية، د. محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت مجلس النشر العلمي، العدد الأول شوال 1416 - مارس 1996 ص 281 وما بعدها، وانظر د. سعد الدين مسعد هلال، في ملخص ورقة العمل ثرية المعلومات والأفكار عن «البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية- الكويت في 2000/5/4:3 ص 1 إذ يقول عن البصمة الوراثية أنها «أثبتت نجاحها حتى غزت ساحات المحاكم واستقر العمل بها في أوروبا، وبدأت بعض الدول العربية والإسلامية في التمهيد للعمل بها». المقال مأخوذ من الشبكة العالمية للمعلومات الإنترنت بتاريخ 2013/1/2. وانظر أيضاً د. حسني محمود عبد الدايم في رسالته القيمة «البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر العربي ص 1، 2008 وبصفة خاصة عرضه التفصيلي لاستخدام البصمة الوراثية في كل من القضاء (الفرنسي، الأردني، اللبناني، والمصري) ص 742-745.

(3) أدخلت المادة 16 - 11 في القانون المدني الفرنسي حيث قررت استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب بضوابط معينة. وانظر المادة (5) من اتفاقية ستراسبورج الأوروبية التي أدخلت حيز التنفيذ في 11 أغسطس 1978 والتي تنص على السماح باستخدام الدليل العلمي في إثبات النسب أو نفيه. وانظر د. حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، وبصفة خاصة عرضه التفصيلي لاستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب في كل من التشريع (الفرنسي، والألماني، والإنجليزي، والكندي، والتونسي) ص 737-742.

(4) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005م في تعليقها على المادة 89 أحوال شخصية.

وإذن فبمقتضى هذه المادة، فإن نتيجة التحليل المترتبة على الطرق العلمية كالبصمة الوراثية تعد من البيانات المعتبرة قانوناً لإثبات النسب، وأن تقرير المختبر في هذا الشأن لم يعد مجرد قرينة تخضع لتقدير المحكمة، كما كان الحال قبل العمل بقانون الأحوال الشخصية⁽¹⁾ إلا أنه منعاً من التلاعب في قضايا إثبات النسب وحتى لا يصبح الأمر مطلقاً لمجرد ثبوت هذه العلاقة بهذه الطرق العلمية فقد اشترطت المادة (89) سائلة الذكر ثبوت الفراش⁽²⁾. ويراد بالفراش وجود علاقة زوجية بين الرجل وزوجته حين ابتداء حملها بالولد، وعلى النحو الذي بينت شروطه المادة 90 أحوال شخصية بقولها:

1 - الولد للفراش إذا مضى على عقد الزواج الصحيح أقل مدة الحمل، ولم يثبت عدم إمكان التلاقي بين الزوجين.

2 - يثبت نسب المولود في الوطء بشبهه إذا ولد لأقل مدة الحمل من تاريخ الوطء. وإذن، فوفقاً لهذا النص، يكون بمقدور الأم، في حال إنكار الزوج نسب مولودها له، أن تلجأ إلى الطرق العلمية لإثبات نسبه له ما دام أن الفراش ثابت⁽³⁾. وهذا هو الوجه الأول من المشكلة.

الوجه الثاني:

من المقرر أن في الزواج الصحيح يتحقق الفراش الذي يثبت به نسب الولد، وذلك دون حاجة إلى شيء آخر، أي دون إقرار، أو بيعة تقيمها الزوجة، لأن الفراش يعني أن المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه، أي من صاحب الفراش⁽⁴⁾. إذ من الثابت عن قوله صلى الله عليه وسلم،

(1) انظر حكم تمييز دبي 1996/12/28 الطعن رقم 30 لسنة 1995 أحوال شخصية ق 116 العدد 7 لسنة 1996 ص 637 إذ قضت المحكمة بأن (نتيجة تحليل الدم ليست من البيانات المعتبرة شرعاً لإثبات النسب ولا يعدو هذا التقرير أن يكون مجرد قرينة يخضع تقديرها إلى محكمة الموضوع.. ولا تشريه على محكمة الاستئناف في عدم أخذها بنتيجة المختبر الجنائي في إثبات نسب الولد المتنازع عليه من الطاعن بعد تحليل الدم)

(2) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية رقم (28) لسنة 2005 في التعليق على المادة (89) "وذلك منعاً لما حدث في العديد من القضايا من أخذ نطاف من رجل وتلقيح أنثى بها دون أن يكون بينهما رابط شرعي، ومن ثم فإن الفحص الطبي يثبت العلاقة الأبوية، غير أنه لا يمكن إلحاق الولد بالأب نسباً في هذه الحالة، وقد تطورت هذه المسائل في زمننا فصار هناك مختبرات وبنوك للحيوانات المنوية، وقد وقع حديثاً ما نبه إليه فقهاء الإسلام في الماضي من قولهم: ولو استدخلت أنثى مني رجل في فرجها، وهي ليست زوجة له ولا أمة... إلخ، وفي ملف القضايا الجزائية العديد من مثل هذا النوع من القضايا، فليتنبه لذلك، ولعله لا يخفى ما حدث مؤخراً في إحدى الدول من قيام زوجة بحفظ مني زوجها في أحد بنوك الحيوانات المنوية، ثم بعد وفاة الزوج بمدة زرعته هذه النطاف في رحمها بعد تلقيح منها وحملت بذلك.

(3) إن لم يكن الفراش ثابتاً فبمقتضى اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية، وهذا مفاد نص المادة 89 أحوال شخصية. وتطبيقاً له جاء حكم محكمة تمييز دبي في 2007/12/4 والذي أيد الحكم المطعون فيه الذي رفض الاستجابة لطلب الأم باللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الطفل المتنازع عليه للمدعى عليه بأنه زوجها تأسيساً على أن الفراش غير ثابت. إذ تبين أن محكمة الموضوع مكنت الأم مرتين لإثباته مرة أمام محكمة أول درجة والثانية أمام محكمة ثاني درجة إلا أن الشهادة جاءت غير منتجة ولا مبينة وحيث انتفى الفراش رفضت محكمة الموضوع وأيدتها محكمة التمييز اللجوء لإثبات النسب بالطرق العلمية. (تمييز دبي 2007/12/4 طعن رقم 105 لسنة 2007 أحوال شخصية ق 2007).

(4) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية رقم (28) لسنة 2005 في التعليق على المادة (90).

مما رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه أن «الولد للفراش»⁽¹⁾. وللعاشر الحجر». ولما كانت رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، فقد اهتم بها الإسلام اهتماماً بالغاً، فهي الآباء عن أن يدعوا أبناء غير أبنائهم وينسبونهم إليهم⁽²⁾ كما نهاهم عن إنكار نسب الأولاد منهم⁽³⁾، وحرّم على النساء أن ينسبن لأزواجهن من تعلمن أنه ليس منهم⁽⁴⁾. كذلك نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم⁽⁵⁾.

وعليه فقد أجمع العلماء على أن ولد الطفل من الزوجة ينسب إلى زوجها، ولا ينتفى عنه، أي عن الزوج، وهو صاحب الفراش إلا باللعان⁽⁶⁾، فاللعان طريق لدرء الحد عن الزوج إذا قذف زوجته بلا شهود، أو أراد نفي نسب الحمل أو المولود له، وذلك وفقاً لشروط وقواعد وإجراءات معينة. هذا مع ملاحظة أن اللعان لنفي النسب هو الذي يتعلق بالمشكلة التي نعرض لها ويدور حوله حديثنا.. وبشأنه قرر المشرع في المادة (97) أحوال شخصية أنه:

1 - «للرجل أن ينفي عنه نسب الولد باللعان خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة، شريطة ألا يكون قد اعترف بأبوته له صراحة أو ضمناً، وتقدم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ العلم بالولادة.

2 - فإذا كان اللعان لنفي النسب وحكم القاضي به انتفى النسب».

وهذا هو الوجه الثاني من المشكلة».

من هذين الوجهين، يتضح موقف الزوج الذي يتعارض تماماً مع موقف الزوجة وتبدو المشكلة واضحة.

(1) راجع المذكرة الإيضاحية - ذات الموضوع السابق، ويقول د. سعد الدين مسعد هلايلي: «الخطأ الشائع هو القول: «الفراش دليل النسب» والحق أن «الفراش سبب للنسب وليس دليلاً» ص 12 من ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 3 و 2000/5/4 بالكويت - وأنظر أيضاً ابن قدامة يقول «لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها فإذا انتفى السبب وآثاره، فينتفي الحكم لانتفائه..» المغني لابن قدامة 10 / 625 - 650 مسألة 1333 و 1334

(2) «وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل» سورة الأحزاب أية (4) وقوله سبحانه وتعالى «ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين ومواليكم» الأحزاب أية (5).

(3) يقول صلى الله عليه وسلم «أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، أي يعلم أنه ابنه احتجب عنه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق» سنن ابن ماجه 2/ 916 كتاب الفرائض باب من أنكر ولده.

(4) يقول صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة دخلت على قوم ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الجنة». سنن الدرامي ج 2 ص 153

(5) يقول صلى الله عليه وسلم: «من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام». أخرجه البخاري في الصحيح - كتاب المغازي - باب غزوة الطائف ج 2 ص 157 رقم 4326

(6) في بيان مشروعية اللعان من الكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول راجع الكتب والمؤلفات العامة في الأحوال الشخصية - وانظر أيضاً د. خليفة علي الكعبي - البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - المكتبة القانونية دار الجامعة الجديدة للنشر 2004 ص 265 وما بعدها.

1 - موقف الزوج: إذ قد يحدث - وهذا ليس نادراً - أن يسارع الزوج إلى نفي الولد، ويرفع دعوى اللعان أمام المحكمة المختصة متبعاً القواعد والإجراءات والمواعيد المقررة قانوناً في هذا الصدد⁽¹⁾، وذلك بغرض إجراء الملاحنة والحصول على حكم يترتب عليه نفي النسب عنه، وكل ذلك وفقاً للمادة 97 أحوال شخصية.

(1) فإن لم تتوافر شروط إجراء اللعان فلا يجوز نفي النسب بالطرق العلمية. وفي ذلك قضت محكمة أبوظبي الابتدائية بنفي نسب بنت للمدعي بعد مرور 4 سنوات من مولدها بناء ما جاء بتحليل البصمة الوراثية من أن لا يمكن أن يكون المدعي أباً بيولوجياً لها (حكم ابتدائي رقم 2011/1361 بتاريخ 2011/10/31).

وفي الاستئناف قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وحسبت المسألة بقولها «لا يلتفت إلى أي تقرير طبي أو غيره بعد ثبوت أن الولد للفراش» استئناف أبوظبي في 2012/1/24 في الاستئناف رقم 2011/1017 المقيد بتاريخ 2011/11/14

وفي الطعن بالنقض قضت محكمة النقض بتاريخ 2012/4/11 في الطعن رقم 2012/104-99 أحوال شخصية في عبارات واضحة وحازمة بأنه «ما دام نسب البنت المتنازع في نسبها ثبت ثبوتاً شرعياً وقانونياً فلا يجوز رفع الدعوى بنفي نسبها عن طريق البصمة الوراثية، وذلك استقراً للأوضاع وحمل الناس على الصلاح وتحقيقاً لغاية المشرع في الحاق النسب»

وقد أشارت المحكمة في حكمها إلى نص المادة 90 الفقرة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه «إذا ثبت النسب شرعاً فلا تسمع الدعوى بنفيه، كما أشارت إلى المادة 97 فقرة (5) من ذات القانون إذ اشترطت لجواز الاستدلال بالطرق العلمية في نفي النسب شرطاً أساسياً وهو أن لا يكون تم ثبوته قبل ذلك.

وتقول المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة 97 أحوال شخصية بأنها لم تترك للرجل أن يلاعن لينفي النسب كما شاء ومتى شاء وإنما حددته بأن ينفي نسب الولد عنه خلال سبعة أيام من تاريخ العلم بالولادة لكي لا يتراخي وينفي النسب متى أعجبه ذلك، ويثبت ذلك بالبينة. واشترطت لذلك ألا يكون الرجل قد اعترف بأبوتيه للمولود صراحة أو ضمناً كقبول التهينة ويثبت ذلك بالبينة، وبعد أن ينفي نسب الولد أمام معارفه وغيرهم، عليه أن يقيم دعوى اللعان خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالولادة.

• وفي هذا الشأن انظر في أحكام القضاء ما يلي: اتحادية عليا إذ تقول في حكمها الصادر في 2005/9/26 ما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه لم يجب الطاعن إلى الملاحنة على سند من تأخر طلبه وعلى سند من ثبوت النسب بإقرار الطاعن به على النحو السالف الذكر في الرد على السبب الأول، ولثبوت الدخول والوطء والحمل قبل مغادرة المطعون ضدها منزل الزوجية في 2002/8/15 وبأنها كانت حاملاً شهرين في الولد خلافاً لما يدعيه الطاعن. ومن ثم فلا محل لطلب الملاحنة. وإذ رفضها الحكم المطعون فيه سائفاً بما يكفي لحمل قضاؤه ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس متعين الرفض». (اتحادية عليا 2005/9/26 شرعي طعن رقم 448 لسنة 25 ق ص 922 الأحكام المدنية ج 2 منشورات صادر).

• وانظر محكمة تمييز دبي إذ تقول في حكمها الصادر في 2005/1/29 المقرر في فقه الشريعة وما أجمع عليه المالكية والشافعية ورواية عن الحنابلة والإمامية والزيدية أنهم اشترطوا لنفي الولد باللعان عدة شروط منها أنه يجب النفي على الفور دون مهلة ولا يجوز التأخير إلا أن يحول دون النفي ما هو ضروري من الأمور البشرية أو الدينية من أكل أو شرب أو صلاة فإن سكت بعد ذلك لا يجوز له النفي لأن السكوت عن النفي بمثابة الإقرار. لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المستأنف قد علم بمحملها قبل سفرها إلى فرنسا في 19-12-2000 وعودتها إلى دبي في 30-3-2001 وكانت في شهرها الخامس، ثم علمه بولادة الولد في 25-7-2001 وسكت دون أن يلاعنها بنفي الحمل أو بنفي الولد، وظل ملتزماً بالسكوت حتى بعد أن أقامت المستأنف ضدها دعواها بإثبات نسب الولد -..... إلى أبيه المستأنف وظلت متداولة بالجلسات أمام محكمة أول درجة وقضى فيها بإثبات نسب الولد إليه ثم أقام استئنافه المائل دون أن يلاعن بصحيفة استئنافه، غير أنه أثار ذلك اللعان بإحدى مذكراته المقدمة لتلك المحكمة فإنه لا يقبل منه بعد ذلك ما يدعيه من نفي نسب الولد إليه، لأن النسب لا يقبل النقض بعد ثبوته بطريق من الإثبات المعتمدة شرعاً.

(تمييز دبي 2005/1/29 طعن رقم 73 لسنة 2004 أحوال شخصية مجموعة الأحكام لسنة 2005 ص 1 العدد 16 ص 266 ق 43) ويلاحظ أن الحكمين الأخيرين قبل العمل بقانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005

• وانظر أيضاً نقض مدني مصري 1978/2/22 طعن رقم 17 لسنة 46 ق، أحوال شخصية مجموعة النقض المدني (29-111-568) حيث قضت المحكمة بأن الإقرار كما يكون باللفظ الصريح يجوز، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يستفاد من دلالة التعبير أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر فيها السكوت مقراً بالحق بسكوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول، ومنها سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه، فليس له أن ينفيه بعد ذلك. كما قضت بأنه متى أقر الزوج بالنسب فليس له الرجوع فيه لأنه متى أقر به فقد ثبت والنسب حق للولد لا يملك الزوج الرجوع عنه بالنفي (نقض مدني رقم 64 لسنة 58 ق في 1990/7/31)

• وانظر أيضاً محكمة التمييز الكويتية في 1988/3/21 حيث قضت في طعن يتعلق وقاضه بمنازعة تتعلق بطلب اللعان لنفي نسب الولد، بأنه يشترط ألا يكون قد تقدم منه (أي الزوج) إقرار بالولد ولو دلالة. استئناف عليا - دائرة التمييز جلسة 1988/3/21 طعن رقم 87/28 أحوال (16-93-329) العدد الأول مارس 1995.

2 - موقف الزوجة: في مقابل موقف الزوج، قد تسارع الزوجة هي الأخرى وتطلب استخدام الطرق العلمية كوسيلة لإثبات أن الولد من الزوج، وأنه الأب الحقيقي، أي الأب البيولوجي للولد المتنازع عليه. وذلك وفقاً للمادة 89 أحوال شخصية التي تسمح بأن يثبت النسب بالطرق العلمية، ما دام الفراش ثابتاً، والزوجة تستطيع أن تتقدم بهذا الطلب وفقاً للمادة (97) إجراءات مدنية التي تسمح للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي ارتباطاً يجعل من حسن العدالة نظرهما معاً.

كما أنه وفقاً للمادة (99) إجراءات مدنية أيضاً للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة أي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو أن يحكم له بها مقيدة بقيد مصلحة المدعى عليه، أو أي طلب يكون متصلاً بالدعوى الأصلية اتصالاً لا يقبل التجزئة. أو ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالدعوى الأصلية.

وإذن تستطيع الزوجة أن تتقدم بطلب عارض تشرح فيه طلبها المتقدم، وترفعه، وفقاً للمادة (97) إجراءات مدنية، إلى المحكمة بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، وذلك قبل إقفال باب المرافعة.

وغالباً ما تتخذ الزوجة هذا الموقف، بل وقد تصر عليه كوسيلة لدفع العار عن نفسها وعن أسرتها، ودفع المضرة والضياع عن ولدها لاسيما وأنها تكون متيقنة من أن الولد ليس من غير زوجها.

وإذن فنحن أمام نتيجة غريبة، فالقاضي أمامه طلبان متعارضان تماماً:

● طلب الزوج الذي يتمسك بإنكار رابطة قانونية أي يتمسك بنفي النسب وإتمام الملاعة، واستصدار حكم ينتفي به النسب، إذ أن هذا الحكم ضروري، فالنسب لا ينتفي إلا بحكم القاضي كما تقرر المادة (97) أحوال شخصية. أخذاً بمذهب أحمد في قول له وأبو يوسف من فقهاء الحنفية.⁽¹⁾

● وطلب الزوجة التي تتمسك برابطة قانونية، متعارضة مع ما يتمسك به الزوج، وهي ثبوت النسب بالطرق العلمية كما تقرر المادة (89) أحوال شخصية.

وإذن فالتساؤل أي من الموقفين تستقيم معه الأمور فيستجيب له القاضي؟

الواقع أن نصوص المواد المتعلقة بالنسب وهي من المادة (89) إلى المادة (97) أحوال شخصية بصياغتها الحالية، تسمح باعتماد أي من الخيارين التاليين وتجعل القاضي حراً في اختيار القاعدة التي يحسم بها النزاع.

(1) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية تعليقاً على المادة (97).

الخيار الأول:

يمكن للقاضي أن يأمر بخضوع الأطراف لتحليل البصمة الوراثية بناء على طلب الزوجة ما دام الفراش ثابتاً، وتأجيل الملاعة لحين معرفة نتائج تحليل البصمة الوراثية. فإن جاءت النتائج تفيد نسب الولد من الزوج، فإن القاضي يمتنع عن إجراء الملاعة⁽¹⁾، ولا يلتفت لنفي النسب، ويحكم بثبوت نسب الولد للزوج. وذلك تطبيقاً للمادة (89) أحوال شخصية التي تقرر بأن يثبت النسب بالطرق العلمية إذا ثبت الفراش، فالفراش ثابت ونتيجة التحليل تفيد أن الزوج هو الأب البيولوجي للولد المتنازع بشأنه.

والواقع أن هذا الخيار يتسم بحسن القصد وسلامة الباعث وقيام فوائد عملية مؤكدة من الأخذ به. ويؤيده عدد من الفقهاء⁽²⁾. ويمكن إيجاز تبريراته فيما يلي:

1 - البصمة الوراثية تحمل للزوجة براءة نفسها من التهمة المنسوبة إليها، ودفع العار عنها وعن أسرتها ولئلا تعير بولد ليس له أب معروف⁽³⁾، وهذا أمر يحرص عليه الشارع، فلا يُتهم بريء بما ليس فيه.

2 - الأمر يتعلق بنسب الولد من أبيه، وثبوت هذا النسب يتعلق به حقوق مشتركة، بين الله سبحانه وتعالى، وبين الأم، والأب، والولد⁽⁴⁾، والشارع يتشوف إلى إثبات الأنساب ما أمكن، وحفظ الأنساب من الضرورات الشرعية.

3 - إراحة نفس الزوج، وإزالة الشك من قلبه، بعد أن يثبت له بالدليل العلمي القاطع، أن الولد الذي اتهمها بنفيه منه هو ابنه حقاً، وبذلك يحل اليقين في نفسه محل الشك، والطمأنينة مكان الريبة⁽⁵⁾. وبهذا يستفيد الأطراف الثلاثة (الزوجة والزوج، والولد) بهذا الإجراء (البصمة الوراثية) وهو لا شك إجراء يُحقق هذه المصالح كلها، وليس فيه ضرر لأحد، ولا مصادمة لنص، ولا يُمكن أن ترفضه الشريعة الإسلامية، فهو يتفق مع مقاصدها وغاياتها.

(1) هذا إذا كانت الملاعة من أجل تهمة الزنا ونفي النسب وانظر بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» ص 268.

(2) انظر د. حسني محمود عبد الدايم - البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - المرجع السابق - والمراجع المشار إليها ص 752 هامش (1914)

(3) انظر بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» المرجع السابق صفحة 303

(4) انظر بيان ذلك بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» المرجع السابق صفحة 302 - 304

(5) وتستشهد في ذلك بالقضية التي ساقها الدكتور عمر السبيل عليه رحمة الله في بحثه المقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في الدورة السادسة عشر في صفحة 31 وفحواها، أنه تقدم شخص إلى قاضي محكمة الرياض بطلب اللعان من زوجته لنفي نسب بنت ولدت على فراشه، فأحال القاضي الزوجين مع البنت إلى الجهة المختصة لإجراء اختبارات الفحص الوراثي، فجاءت نتائج الفحص بإثبات أبوة هذا الزوج للبنت إثباتاً قطعياً، فكان ذلك مدعاة لعدول الزوج عن اللعان وزوال ما كان في نفسه من شكوك في زوجته، انظر: عمر السبيل - البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية - مرجع سابق - ص 31 الهامش، نقلاً عن د. خليفة علي الكعبي - البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، المكتبة القانونية دار الجامعة الحديثة للنشر 2004 ص 339 هامش (1).

4 - اللعان لنفي النسب يقوم على شك الزوج في اتهام زوجته بأن الولد ليس منه ⁽¹⁾. فالإسلام اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج ⁽²⁾، وإذا فمن العدل أن نعطي الزوجة الحق في إجراء البصمة الوراثية توصلاً إلى ما يفيد كشف حقيقة النسب إذا ثبت بطريقة يقينية ⁽³⁾.

5 - الأخذ بالبصمة الوراثية كوسيلة لثبوت النسب يقوي ويدعم منهج الفقه الإسلامي في «التحوط في ثبوت النسب» والذي يتعارض معه مجرد اتهام الزوج لزوجته وطلب توجيه اللعان لنفي النسب. وإذا كان ذلك (نفي النسب) مقبولاً في الماضي كأثر اللعان حيث لا توجد وسيلة أخرى ترد هذا الاتهام، فإنه لا يكون مقبولاً لا شرعاً ولا قانوناً أن نستمر على هذا الحال والعلوم الحديثة تقدم لنا دليلاً مؤكداً في هذا المجال، لا سيما وأنه دليل لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، ولا مع المبادئ القانونية المثارة في هذا الصدد. ⁽⁴⁾

6 - ترتباً على تحوط الفقه الإسلامي في ثبوت النسب فإنه إذا تعارض ظاهراً في ثبوت النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط في النسب، وإذا كان الأمر كذلك فما بالنا ولدينا طريق ظاهر يقوم على الشك بنفي النسب ودليل مؤكد يثبت النسب. ⁽⁵⁾ أيجوز أن نلتجئ لأدلة الظن ونترك دليل القطع؟ ⁽⁶⁾

«إنه اليوم وقد امتن الله على البشرية بنور العلم وتعرفوا على البصمة الوراثية، فلا يصح اعتماد أي دليل أو مرجح يقوم على الظن مع وجود ما هو أرجح منه الذي أثبت علم الوراثة أو على الأقل الظن الأقوى والأرجح، وإذا كان الإسلام قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج فما وجه إجرائه إذا ثبت يقيناً أن الحمل أو الولد من الزوج؟» ⁽⁷⁾

وعليه إذا طلبت الزوجة من القاضي اللجوء إلى البصمة الوراثية في مواجهة طلب الزوج اللعان فالواجب أن يستجيب لها، رعاية لحقها في إثبات براءتها، وحق ولدها في إثبات نسبه، وعملاً على إراحة ضمير زوجها، وإزالة الشك عنه. فإن جاءت النتيجة تشير إلى ثبوت النسب فلا وجه

(1) بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» - المرجع السابق ص 293.

(2) د. سعد الدين هلاي - ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية - المرجع السابق - ص 8- الموقع الإلكتروني في 2013/1/2 www.islamset.com/arabic/abioethics/basma/basma1.html

(3) بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» المرجع السابق ص 394

(4) انظر د. محمد أبو زيد - دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب - المرجع السابق - ص 296-308.

(5) انظر المرجع السابق ص 295 والهامش رقم 142 من ذات الصفحة.

(6) انظر د. سعد الدين هلاي - البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية - دراسة فقهية مقارنة طبعة، 1421هـ 2001م - الكويت ص 315.

(7) د. سعد الدين هلاي - ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلائقها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 2000/5/4-3 مأخوذ من النت في 2013/1/2 ص 7.

لللعان. ويجب الامتناع عن إجراء الملاعنة إذ لا حاجة لها،⁽¹⁾ إلا في فرض أن يكون اللعان من أجل تهمة الزوجة بالزنا ونفي الولد. فهنا يثبت النسب بالبصمة الوراثية دون أن يتعارض ذلك مع بقاء اللعان قائماً للفرقة⁽²⁾ فإثبات النسب بالبصمة الوراثية لا تأثير له على إجراء اللعان⁽³⁾.

الخيار الثاني:

يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة ويتمها وفقاً للمادة (97) أحوال شخصية. ويرتب آثارها ومنها الحكم بنفي النسب، ويرفض طلب الزوجة بإجراء تحليل البصمة الوراثية. فاللعان إجراء قانوني وشرعي وهو الطريق المقرر لنفي النسب.

والواقع أن هذا الخيار يأخذ به فريق من الفقهاء ويمكن أن نوجز تبريراته⁽⁴⁾ فيما يلي: لا يصح أن تجاب الزوجة إلى طلبها بإجراء فحص البصمة الوراثية، وتقدم هذا الإجراء على اللعان. بل يكتفى باللعان لأنه هو الذي شرعه الله فيجب الالتزام به والاقتصار عليه. والقول بغير ذلك تجميد أو تأخير لنص شرعي وقطعي. كما أن اللعان له فائدة وهي أن يفترق الزوجان وينسب الولد لأمه، وقد تم الاستر على المرأة. وهذا الاستر مقصود من الشارع لما فيه من مصلحتها ومصلحة ولدها وللأسرة والأهل عموماً. وإذا لم تحدث ملاعنة، يثبت نسب الولد بالفرش. فمسائل النسب لا يحكمها البحث عن الحقيقة بقدر ما يحكمها الاستقرار العائلي، إذ الأصل هو حماية الوضع الظاهر، أي أن الأصل هو الاستر وليس تقليب الأوضاع المستقرة⁽⁵⁾. وكذلك وعلى فرض أن الزوج هو الذي يطلب تحليل البصمة الوراثية، فلا يجاب إلى طلبه لأنه يفوت على المرأة ما يوفره لها اللعان من الاستر عليها وعلى ولدها⁽⁶⁾.

وإذن، وكما يتضح، فإن لكل اتجاه تبريراته. إلا أن هذه التبريرات بحسبانها قائمة على المصلحة

(1) وهنا وجب على الزوج حد القذف إلا على قول من يرى أن حد القذف حق المرأة ولها أن تسقطه. د. سعد الدين هلالى ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المرجع السابق ص 8

(2) انظر بحثاً «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» المرجع السابق ص 268 وص 290

(3) انظر د. سعد الدين مسعد هلالى - المرجع السابق - ص 8

(4) في تفصيل هذه التبريرات ورجحان كفة مفسد إجراء تحليل البصمة الوراثية وتأخير اللعان على كفة المصالح التي ستترتب على ذلك، انظر د. خليفة الكعبي - البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة ص 2004 دار الجامعة الحديثة للنشر ص 339 وما بعدها. وانظر د. حسني عبد الدايم 1913 في عرض هذا الاتجاه «البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات» - المرجع السابق ص 751 والمراجع المشار إليها هامش ص 751

(5) د. غنام محمد غنام «دور البصمة الوراثية في الإثبات» - بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون. في 2002/7/5 جامعة الإمارات العربية المتحدة.

(6) إثبات النسب بالبصمة الوراثية حق للمرأة لا للرجل، - فتاوى وأحكام- موقع القرضاوي. وانظر د. حسني محمود عبد الدايم - البصمة الوراثية وحجيتها في الإثبات - المرجع السابق - ص 751.

والحكمة لا تكفي لأن تؤسس عليها حلول قانونية واضحة وحاسمة، فالمشكلة ليست في التبريرات. فهذه تفيد عند الموازنة بين الخيارات المتاحة والممكنة والتفضيل فيما بينهما، ثم تبني الخيار الواجب الأخذ به، بقاعدة محددة منضبطة، هذا إن لم يكن ممكناً التوفيق بينهما والأخذ بكل وسط. وإنما المشكلة التي نواجهها في صدد ما نعرض له تكمن في أن صياغة المادتين (89) و(97) أحوال شخصية، لا تلزم القاضي بحسم النزاع وفقاً لنص محدد، بل إنها صياغة تسمح بوجود حلين مختلفين بشأن منازعات متماثلة. وهذا الاختلاف يرجع إلى غياب نص يتضمن حكماً محدداً له علتة يدور وجوداً وعدمه بتحققها، إذ في ظل هذا الغياب يعتمد القاضي على الحكمة أو المصلحة المقصود تحقيقها من الحكم الذي تقرره القاعدة القانونية.

ولا شك أن المصالح والحكم تتسم بالخفاء وعدم الانضباط في بعض الأحيان⁽¹⁾. كما أن القضاة يختلفون في تقديراتهم. وعليه فقد يظهر لأحدهم أن في الاتجاه الأول الحكمة والمصلحة فيأخذ به، بينما يظهر لغيره أن ضرره أرجح فيمنعه ويأخذ بالاتجاه الثاني. والأحكام يجب أن تدور مع علتها باعتبارها من الأمور الظاهرة المنضبطة التي تتضمنها النصوص، لأمع التبريرات المستمدة من الحكم والمصالح التي تتسم بالخفاء وعدم الانضباط. ليس هذا فحسب، بل في ظل النصوص الحالية فإن أي اتجاه يعتمد عليه القاضي ويحكم به وفقاً لنص معين سيتناقض مع القواعد الأخرى المقررة في شأن المشكلة التي نعرض لها، بمعنى أن استجابة القاضي لطلب الزوج بإجراء الملاعة والحكم بنفي النسب تأسيساً على المادة (97) أحوال شخصية، يتعارض معه تماماً الحكم برفض طلب الزوجة. ذلك الطلب المؤسس على المادة (89) أحوال شخصية باللجوء إلى فحص البصمة الوراثية والحكم بثبوت النسب، إذا جاءت نتيجة التحليل تؤكد نسب الولد للزوج. والعكس بالعكس صحيح.

● وفيما يتعلق بسلطة القاضي في الرجوع إلى المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على:

«1 - أن يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون، وتفسيرها، وتأويلها إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده.

2 - تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه.

(1) الدكتور الشيخ محمد مصطفى شلبي حول قانون الأحوال الشخصية الجديد - دراسة هادئة لهذا القانون لبيان ما له وما عليه - مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة عدد خاص 1983 ص 27

3 - إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبي حنيفة».

وهو ما يعني أن يلجأ القاضي إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده وإلى المذاهب الفقهية وفقاً للتوجه الذي حددته المادة السابقة وذلك لتخريج حل يحسم به التعارض موضوع المشكلة، إلا أنه يجب ملاحظة ما يلي:

● أن المادة (89) أحوال شخصية في شأن شق ثبوت النسب بالبصمة الوراثية - وغيرها من المواد المشابهة لها في قوانين الأحوال الشخصية للبلاد التي أقرت البصمة الوراثية في ثبوت النسب - تستند في أصلها إلى التشريع الوضعي، ذلك أن ما تقرره في هذا الشق - وقد جاء تخريجاً على مذهب جمهور القائلين بجواز اللجوء إلى القيافة⁽¹⁾.

وهو ما يعني أن أحكام هذه المادة في شق ثبوت النسب بالوسائل العلمية غير مأخوذة في جوهرها من مصادر شرعية، فالفقه الإسلامي بوجه عام حصر وسائل الإثبات في طرق معينة⁽²⁾ ليس من بينها الوسائل العلمية المعروفة في زماننا. هذا مع ملاحظة أن الأخذ بالوسائل العلمية هذه لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية، وما كان الفقه الإسلامي الرافض للقيافة أن يرفض هذا الأسلوب العلمي لو كان ممكناً في زمانه.⁽³⁾ فأدلة إثبات الفراش الذي به النسب ليست تعبدية ولا توقيفية⁽⁴⁾.

● بينما المادة (97) أحوال شخصية تستند في أصلها إلى أحكام الفقه الإسلامي، وجوهر أحكامها مستمدة من هذا الفقه، هذا مع ملاحظة أن الأمر في مسألة نفي النسب باللعان لا يتعلق بأمور تعبدية.⁽⁵⁾

وفي ضوء اختلاف أصل هاتين المادتين بشأن المشكلة التي نعرض لها، فإن القاضي حين يحاول التوصل إلى حل يحسم به التعارض، فإنه يركز على مجموع القواعد التي لا شك أن بعضها سيستمد من الفقه الإسلامي، وبعضها الآخر سيستمد من المبادئ العامة للقانون. فالفقه الإسلامي كهاد للقاضي في اجتهاده يصدق في أروع صورته بالنسبة للمسائل

(1) انظر بحثنا «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب»، المرجع السابق ص 396، وانظر د. حسني محمود عبد الدايم البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق ص 718 والمراجع المشار إليها بذات الصفحة في هامشي (1834 و1835).

(2) د. حسني محمود عبد الدايم - المرجع السابق ص 696 - 717.

(3) انظر بحثنا دور التقدم البيولوجي - المرجع السابق ص 396 وما بعدها.

(4) انظر د. سعد الدين مسعد هاللي - المرجع السابق - المقالة السابقة ص 5.

(5) الأدلة التي ذكرها الفقهاء لإثبات الفراش الشرعي لا تخرج عن أطر الأدلة الشرعية في الإثبات مطلقاً لأنها تهدف إلى الكشف وإظهار الحقيقة المتاحة، انظر د. سعد الدين مسعد هاللي المرجع السابق ص 5.

التي أخذ جوهر أحكامها من المصادر الشرعية⁽¹⁾. الأمر الذي يعود بنا إلى نقطة التخوف وهي عدم توجه القضاء نحو اتجاه محدد في المسألة، ومن ثم تختلف الحلول التي تحسم منازعات متماثلة على نحو ما تقدم بيانه.⁽²⁾

ولعل هذا التخوف كان وراء مسلك المشرع الأردني عند معالجته لمسألة التعارض هذه التي نحن بصددتها. فتشريع الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 يتضمن ثلاث مواد مشابهة للمادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بفقراتها الثلاث.

إذ تنص المادة (323) منه على أن «يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون وتأويلها ودلالاتها إلى أصول الفقه الإسلامي»، وتنص المادة (324) على أن «تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي استمدت منه». وتنص المادة (325) على أن «ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون».

ورغم وجود هذه النصوص الأخيرة في قانون الأحوال الشخصية الأردني وهي مماثلة تماماً لنص المادة (2) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي عدا تحديد المذهب الذي يرجع إليه في حالة عدم وجود نص، فإن المشرع الأردني لم يترك مسألة التعارض بين ثبوت النسب بالطرق العلمية، ونفيه باللعان ليجد القضاة أنفسهم أمام قواعد تنتهي بهم إلى حلين مختلفين في دعاوى متماثلة على نحو ما قدمنا، بل إنه تدخل وحسم الأمر على نحو لا يترك مجالاً للاختلاف، وذلك على نحو ما سنعرض كتجربة يمكن الاطلاع عليها والاستفادة منها، وهو ما نقدمه تحت عنوان كيفية تدخل المشرع لحل مشكلة التعارض.

(1) د. أحمد شرف الدين - دراسات في القانون المدني الكويتي الجديد ص 50.

(2) الأحكام التي لم تدل عليها نصوص قطعية أو ظنية ولم ينعقد عليها إجماع من المجتهدين في عصر من العصور، هي استنباطات للمجتهدين حسب ما وصلت إليه عقولهم وما أحاط بهم من ظروف وأحوال ولكنها ليست حجة ملزمة لجميع المسلمين فيجوز لأهل الاجتهاد في أي عصر من العصور أن يخالفوهم في استنباطهم.. وقد لقي عمر بن الخطاب رجلاً فسأله من أين جئت؟ فقال الرجل جئت من عند علي وقد قضى بيننا بكنا في خصومة كنا.. فقال لو كنت أنا الذي يقضي فيها لقضيت فيها خلاف هذا القضاء فقال الرجل لعمر وما يمنحك وأنت أمير المؤمنين؟ قال عمر - لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت ولكن أردك إلى رأيي والرأي مشترك.. ويروى أن مالك بن أنس كان كثيراً ما يردد العبارة «ما منا إلا مصيب ومخطئ عدا المعصوم صاحب هذا القبر ويشير إلى قبر الرسول». وما اشتهر عن الشافعي قوله إذ صح الحديث فهو مذهبي واضربوا بقولي عرض الحائط.

راجع د. عبد العظيم فوده، عليه رحمة الله تعالى، الحكم بما أنزل الله - رسالة دكتوراه دار العلوم جامعة القاهرة 1980 الفصل الثالث الاجتهاد ومجاليه ص 103 وما بعدها وخاصة ص 113، 114.

المطلب الثاني: كيفية تدخل المشرع لحسم التعارض

والواقع أن الاتجاه الأول، وهو ما سبق أن رجحناه ويميل إليه كثير من الفقه وهو اعتماد البصمة الوراثية في إثبات النسب ما دام الفراش قائماً، وعدم الأخذ باللعان في نفيه إذا أفادت النتائج ثبوته، يقتضي للأخذ به تدخل المشرع لإعادة ضبط المسألة، ورفع التناقض بشأنها. وهو ما قامت به حديثاً بعض التشريعات العربية في صياغة حاسمة، دون أن تترك مجالاً للاختلاف أو التعارض. وسنعرض لموقف المشرعين الأردني والبحريني للاستفادة من تجربتهما.

أولاً: التشريع الأردني: قانون الأحوال الشخصية لسنة 2010

تنص المادة 157/ب أحوال شخصية أردني على أن «لا يثبت نسب المولود لأبيه إلا:

1 -

2 -

3 -

4 - بالوسائل الحديثة القطعية مع اقترانها بفراش الزوجية.

وهكذا يكون المشرع الأردني، في هذه المادة، وعلى غرار المشرع الإماراتي في المادة (89) أحوال شخصية، قد اعتمد الطريقة العلمية كطريق لإثبات النسب.

ومن ثم تستطيع الأم، في حال إنكار الزوج نسب مولودها له، أن تلجأ إلى الطريقة العلمية لإثبات نسبه له بشرط تحقق فراش الزوجية.

ومن جانب آخر، تنص المادة (163/ب) من ذات القانون الأردني على أنه «في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل أو بالدخول في زواج فاسد أو بشبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد أو الحمل باللعان».

وهكذا يكون المشرع الأردني في هذه المادة، وعلى غرار المشرع الإماراتي في المادة (97) أحوال شخصية، قد اعتمد اللعان كوسيلة للزوج لنفي النسب عنه.

وحرصاً من المشرع الأردني على ألا يثور مثل هذا التعارض، الذي قدمناه بشأن المادتين (89) و(97) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، فقد أضاف فقرة تحت حرف (ج) في المادة 163 ليقرر فيها بأنه «يمنتع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات الآتية:

1 -

2 -

3 - إذا ثبت بالوسائل العلمية القطعية أن الحمل أو الولد له.

وعلى ذات النهج يأتي التشريع البحريني.

ثانياً: التشريع البحريني: قانون الأسرة رقم 19 لسنة 2009

تنص المادة (70) من قانون الأسرة رقم 19 لسنة 2009 لمملكة البحرين على أن «تكون البينة شرعية وتترتب آثارها الشرعية عليها بالنسبة للأب في حال ثبوتها بأي من طرق الإثبات». وإذن يكون المشرع البحريني، بمقتضى هذه المادة التي جاءت بصياغة تتسم بالعمومية، قد أتاح الإثبات في مجال النسب بالوسائل العلمية والفحوصات الجينية⁽¹⁾. ومن جانب آخر تنص المادة (78) من ذات القانون على أنه «في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائماً أو منحل أو الدخول بشبهة، يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد بالملاعنة خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألا يكون قد اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً». وحرصاً من المشرع البحريني هو الآخر على سد منفذ التعارض موضوع الدراسة، فقد قرر في المادة (79) من ذات القانون «أن يتم عرض الزوجين لتحليل البصمة الوراثية قبل إجراء الملاعنة، ولا تتم الملاعنة بنفي النسب إذا جاءت النتيجة بإثباته».

وإذاً يكون المشرعان الأردني والبحريني قد وضعاً ثلاث قواعد: القاعدة الأولى: اعتماد البصمة الوراثية لإثبات النسب، ما دام الفراش ثابتاً. القاعدة الثانية: اعتماد اللعان كوسيلة أمام الزوج لنفي النسب. القاعدة الثالثة: مفادها أنه لا يجوز أن تجري الملاعنة لنفي النسب إذا كانت نتيجة فحص البصمة الوراثية تؤكد ثبوت النسب من الزوج. وبذلك يزول التناقض الذي كان يمكن أن يثور بين أحكام القانون وبعضها البعض. ويتأسس الحل القانوني لاعتماد البصمة الوراثية في ثبوت النسب متى كان الفراش ثابتاً قبل إجراء الملاعنة. فإذا جاءت النتيجة تفيد بثبوت النسب، فإن اللعان في نفي النسب يستبعد أثره⁽²⁾. ويثبت النسب للزوج⁽³⁾ ولا

(1) وقد أكد المشرع البحريني على ذلك بوضوح في المادة 82 من ذات القانون والتي تنص على أنه «في حال اختلاط الموالي في المستشفيات وفي حال الحوادث أو الكوارث يستعمل تحليل البصمة الوراثية لإزالة اللبس».

(2) إذا جاءت النتيجة بأن الولد ليس منه فلا يثبت النسب له «ويكون للزوجة الحق في المطالبة باللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة». انظر د. سعد الدين مسعد هلايلي - المقالة السابقة - ص 8

(3) ونشير إلى أن ما أخذ به المشرع الأردني والمشرع البحريني من إعمال البصمة الوراثية لثبوت النسب وعدم إعمال اللعان في نفيه على النحو الذي أوضحناه هو تجاوب واعتماد للأفكار والحلول التي طرحناها في دراسة متخصصة تحت عنوان «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» مجلة الحقوق - الكويت - العدد الأول - السنة العشرون شوال 1416 هـ - الموافق مارس 1996 ص 223 وما بعدها. إذ أكدنا عبر صفحات هذه الدراسة على ضرورة اعتماد البصمة الوراثية بناء على طلب الأم في إثبات النسب، وعدم الأخذ باللعان في نفيه ما دام أن تحليل البصمة الوراثية يفيد بثبوت النسب.

يكون هناك محل لاختلاف تقديرات القضاة. وهذا عكس ما عليه الوضع الحالي في النصوص المتعلقة بالنسب في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. كما عرضنا تفصيلاً حيث يثور التناقض بسبب عدم وجود القاعدة الثالثة المشار إليها في القانونين الأردني والبحريني.

وبعد، فهذا الذي اهتدينا إليه من حل في التشريعين الأردني والبحريني نضعه أمام المشرع الإماراتي ليرى تجربة ضبط المسألة التي عرضنا لها، ورفع التناقض الحاصل بشأنها. فهكذا تكون للدراسة المقارنة فائدتها، إذ كما يقول أحد كتاب القانون المقارن⁽¹⁾ إنه «عن طريق الدراسة المقارنة يقوم الفقه بدور مهم في إصلاح التشريع، أو حسن تطبيقه، فالفقيه بدراسته للقوانين الأجنبية ومقارنتها بقانونه الوطني تظهر له عيوب هذا القانون ونواقصه، فينتقده من جهة، ويقترح على المشرع التعديلات التي تصلح القانون الوطني وتصلح عيوبه وتسد نواقصه، وبذلك يكون الفقه رائداً للمشرع يمهّد له الطريق لتعديل التشريع أو إصلاحه ويؤازره في صنع القواعد القانونية. من هنا، وبناء عليه، فإننا نتقدم للمشرع الإماراتي بالاقترح الآتي:

«الاقترح»

«تضاف فقرة إلى المادة (97) من قانون الأحوال الشخصية رقم 28 لسنة 2005م يكون نصها كالتالي: إذا كان اللعان لنفي النسب» تأمر المحكمة، بناء على طلب الزوجة أو كلا الزوجين معاً، بالاستعانة بالطرق العلمية في إثبات النسب قبل إجراء الملاعة، فإذا ثبت النسب فلا تجرى الملاعة لنفيه».

ومن الأفضل أن توضع هذه الفقرة مباشرة بعد الفقرة الأولى من المادة (97) سائلة الذكر ثم يعاد ترقيم باقي الفقرات.

ونختتم بقول رب العزة
«وكفى بربك هادياً ونصيراً»⁽²⁾

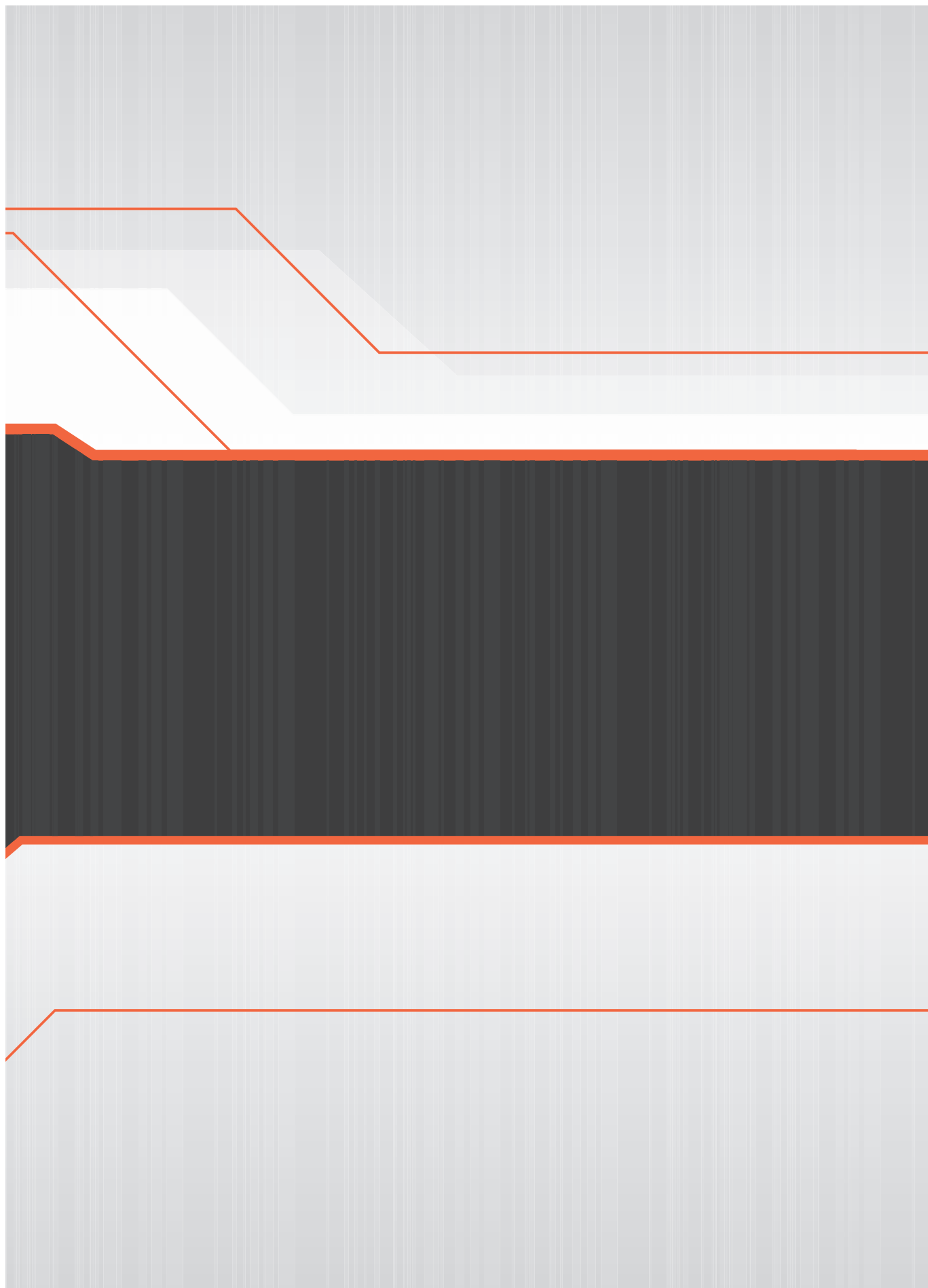
(1) د. عبد السلام الترميني - القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ط 2 1402 هـ - 1982م ص 57
وانظر أيضاً د. جميل الشرقاوي - دروس في القانون المدني المقارن - مقدمة الدراسات المقارنة 1989 - 1990 دار النهضة العربية ص 35
(2) سورة الفرقان آية (31).

بعض المراجع الأساسية

انظر في أول الدراسات باللغة العربية بشأن موضوع البصمة الوراثية في مجال النسب، ونذكر منها ما يلي وفقاً للترتيب الزمني لنشرها من الأقدم للأحدث.

- 1 - د. محمد محمد أبوزيد «دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب» مجلة الحقوق - جامعة الكويت - مجلس النشر العلمي، السنة 20 العدد الأول شوال 1416 هـ - مارس 1996.
- 2 - ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية - المنعقدة في الكويت في الفترة من 23-25 جمادى الآخرة 1419 هـ. 13-15 أكتوبر 1998 وقد قدمت البحوث الآتية:
أ - إثبات النسب بالبصمة الوراثية - د. محمد المختار السلاوي.
ب - إثبات النسب بالبصمة الوراثية، د. محمد سليمان الأشقر.
ج - البصمة الجينية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب - د. سعد العنزي.
د - البصمة الجينية وأثرها في إثبات النسب - د. حسن علي الشاذلي.
هـ - قراءة الجينوم البشري - د. حسان حتوت.
- 3 - د. سعد الدين مسعد هلالي
ملخص ورقة العمل عن البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية المقدمة للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 3-4/5/2000 الكويت.
- 4 - عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي:
إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة رسالة جامعة القاهرة - دار العلوم - قسم الشريعة الإسلامية 2000م.
- 5 - سعد الدين مسعد هلالي:
البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية دراسة فقهية مقارنة - جامعة الكويت 1421 هـ 2001م مجلس النشر العلمي.
- 6 - الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة في مكة المكرمة في الفترة من 21-26/10/1422 هـ - الموافق 5-10/1/2002م رابطة العالم الإسلامي. وقدمت البحوث الآتية:
أ - البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجناية - د. عمر بن محمد السبيل.
ب - البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي - د. علي محي الدين القره داغي.
ج - البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفياً - د. نجم عبد الله عبد الواحد.

- د - البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها - د. وهبة مصطفى الزحيلي.
- هـ - البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها - د. سعد الدين هلالي.
- و - البصمة الوراثية في ضوء الإسلام ومجالات الاستفادة منها - د. عبد الستار فتح الله سعيد.
- ز - البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها - د. نصر فريد واصل.
- 7 - مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون المنعقد من 22-24 صفر 1422هـ 2002/7/5 جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون وقدمت البحوث الآتية:
- أ - التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيتها في الإثبات - د. محمد المختار السلامي.
- ب - البصمة الوراثية ودورها في الإثبات - د. وهبة الزحيلي.
- ج - البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات - القاضي وليد عاكوم.
- د - البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب - د. محمد رأفت عثمان.
- هـ - البصمة والوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي في مجال الطب الشرعي والنسب - د. ناصر الميمان.
- و - الفحص الجيني ودوره في قضايا التنازع على النسب وتحديد الجنس - د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم/ حسين حسن الحصيني.
- ز - دور البصمة الوراثية في الإثبات - د. غنام محمد غانم.
- ح - التحليل الجيني وحجيتها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون - المستشار محمد بدر المنياوي.
- 8 - خليفة علي الكعبي:
- البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية - دراسة فقهية مقارنة - المكتبة القانونية.. دار الجامعة الجديدة للنشر 2004م
- 9 - عبد الرحمن أحمد الرفاعي:
- البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة 2005.
- 10 - د. حسني محمود عبد الدايم: البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دار الفكر العربي 2008م.



عقد إيواء الموقع الإلكتروني
دراسة مقارنة في إطار
القانون المصري والإماراتي والفرنسي

الدكتور طاهر شوقي محمد محمود
كلية الحقوق - جامعة حلوان

مقدمة

تعد شبكة الإنترنت إحدى أدوات الاتصال بين البشر وهي الأداة الأكثر انتشاراً بعد الموبايل حيث تستحوذ على اهتمام حوالي 30% من سكان العالم، وقد وصف التقرير السنوي لـ ICANN⁽¹⁾ عن عام 2010 هذه الشبكة بأنها المنصة التي يمكن أن يجتمع عليها نحو ملياري شخص كمجتمع واحد⁽²⁾.

وتستخدم الشبكة في عمليات التجارة الإلكترونية وهي أحد الأسباب الرئيسة في نمو هذه التجارة عاماً بعد آخر، وهو الأمر الذي يمكن استقراؤه من الإحصائيات المتتالية منها ما جاء أن حجم التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة خلال عام 2000 بلغ حوالي 26 بليون دولار ووصلت في عام 2009 إلى 143 بليون دولار، وبلغت هذه التجارة في فرنسا عام 2000 حوالي 345 مليون دولار ووصلت في عام 2010 إلى 31 بليون يورو⁽³⁾.

ونظراً لهذه الأهمية التي تتمتع بها شبكة الإنترنت لذا لجأ إليها العديد من الأفراد والشركات على حد سواء وعمدوا إلى استخدامها في إنجاز العديد من الصفقات التجارية أو الاستفادة من كنز المعلومات الهائل الموجود على الشبكة⁽⁴⁾، ونظراً لما تحتويه من كم كبير من المعلومات لذا أطلق عليها البعض بنك المعلومات⁽⁵⁾.

وأمام هذه الأهمية لشبكة الإنترنت سعى المشتغلون بالتجارة حول العالم سواء كانوا أفراداً أو شركات للاستفادة منها سواء بإنشاء مواقع websites تسمح بعرض منتجاتهم وخدماتهم سواء للدعاية أو للتعاقد، ولما لا وشبكة الإنترنت تحقق للتجار فرصة النفاذ إلى أسواق كثيرة

(1) اختصاراً لـ Internet Corporation For Assigned Named and Numbers وهي هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة.

(2) راجع التقرير السنوي 2010 للأركان على الموقع www.icann.org/ar/annualreport

(3) راجع تقرير منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD الصادر عن مؤتمر برلين 13-14 مارس 2001 على الموقع:

www.oecd.org وأيضاً المواقع: www.invest-in-france.org ، <http://desterenwhite.com>

(4) بلغ عدد مستخدمي الإنترنت حوالي 2.095 مليار مستخدم حول العالم في أغسطس 2011، ويؤيد ذلك ما أعلنه الاتحاد الدولي للاتصالات في 27 يناير 2011 أن عدد المستخدمين وصل إلى ملياري مستخدم مع مطلع عام 2011، راجع المواقع:

www.italib.net & www.klamtech.com & www.teqtoday.com & digital.argaam.com

(5) راجع مؤلفات د. محمد حسام محمود: عقود خدمات المعلومات، بدون، سنة 1994، د. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة 2000.

حول العالم وممكن أن يزور هذه المواقع العديد من الزائرين يمكن أن يصل إلى ملايين الأفراد وبالتالي احتمالية كبيرة للتعاقد على بيع السلع أو تقديم الخدمات، وهو الأمر الذي ترتب عليه زيادة عدد المواقع على الشبكة إلى ما يزيد على 51 مليون موقع حول العالم وفقاً لتقرير منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD عن التجارة الإلكترونية لعام 2004⁽¹⁾ ثم تجاوزت 100 مليون موقع بنهاية عام 2009⁽²⁾.

وأمام المزايا التي يمكن للتجار تحقيقها من المواقع الإلكترونية سعى الكثير منهم إلى إنشاء مواقع لهم تسمح بعرض منتجاتهم وخدماتهم سواء للدعاية أو للتعاقد، وهذا يقتضي الاتفاق مع مقدمي خدمات الإنترنت على إنشاء مواقع واختيار اسم نطاق Domain Name يميز كل موقع، كما يقتضي الاتفاق على تحميل المعلومات اللازمة والتي تتعلق بالسلع أو الخدمات المقدمة حتى يمكن للجمهور الاطلاع عليها، ويتم تحميل المعلومات من خلال تخزين البيانات على مساحة قرص espace disque على الإنترنت.

وتتم عملية تخزين البيانات والمعلومات من خلال عقد يسمى بعقد إيواء الموقع الإلكتروني، وهو العقد الذي نتناوله بالتفصيل من خلال هذا البحث والذي نأمل أن يكون إضافة للمكتبة القانونية، وقد رأينا تقسيم البحث إلى:

الفصل الأول: ماهية عقد إيواء الموقع الإلكتروني.

الفصل الثاني: أركان عقد الإيواء وآثاره.

والله ولي التوفيق

(1) وفقاً لتقرير الأونكتاد بلغ عدد المواقع في يونيو 2004 على الشبكة الدولية 51.635.284 موقعاً في العالم، راجع الوثيقة

رقم 52702 - GF.04 (A) بالموقع: www.unctad.org/ecommerce

(2) أعلنت شركة نيت كرافت أن عدد مواقع الإنترنت في العالم تجاوز 100 مليون موقع في 2009/12/25، راجع الموقع: egyptate.hooxs.com

الفصل الأول

ماهية عقد إيواء الموقع الإلكتروني

يتعلق عقد الإيواء بالموقع الإلكتروني، فما هو الموقع الإلكتروني الذي يتم إيواءه؟ ومن خلال هذا الفصل نبين ماهية عقد إيواء الموقع الإلكتروني من خلال مبحثين نتناول في الأول ماهية الموقع الإلكتروني باعتباره الشيء محل الإيواء وفي المبحث الثاني نبين ماهية عقد الإيواء.

المبحث الأول

ماهية الموقع الإلكتروني

من خلال هذا المبحث نبين تعريف الموقع الإلكتروني وعناصره وأهميته وأوجه الشبه بينه وبين المحل التجاري وذلك من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول

تعريف الموقع الإلكتروني

الموقع الإلكتروني site web ⁽¹⁾ له تعريفات عدة فجاء أنه مجموعة الصفحات الثابتة التي تدرج تحت اسم النطاق Domain Name وتحتوي على معلومات عن النشاط والخدمات على مدى 24 ساعة وهي وسيلة إعلانية بشكل مستمر وبدون انقطاع ⁽²⁾، كما جاء أنه محل افتراضي على الويب Virtual Location on www يحتوي على عدة موضوعات وبيانات ⁽³⁾. وبهذا المعنى الأخير جاء أن الموقع الإلكتروني يعد محلاً تجارياً افتراضياً (إلكترونياً) ⁽⁴⁾.

والحقيقة أن الموقع الإلكتروني عبارة عن مكان أو حيز يتم تخزينه بمعلومات على شبكة الإنترنت ويمكن الوصول إليه من خلال اسم النطاق، ويستخدم لأغراض تجارية أو غير

(1) وتسمى أيضاً site électronique . site internet ، وبالإجليزية website.

(2) راجع المواقع: www.actnowdomains.com ، kenanaonline.com

(3) راجع: www.businessdictionary.com

(4) TH. Verbiest. site internet, lieu de vente, 10 Mai 2007, sur le site, www.ulys.net & I. Balassoupramanian. le fonds de commerce virtuel , www.barreau.qc.ca & PH. Le Tourneau. contrats informatiques et électroniques, Dalloz. 6 éd. 2010, n 9.9.2, P. 339.

تجارية، فإذا كان الموقع لأغراض تجارية فيعد محلاً تجارياً افتراضياً أو كلاسيكياً Classique وهو يتشابه مع المحل التجاري التقليدي Traditionnel، أما إذا كان الموقع لأغراض غير تجارية كأن يقوم ببث معلومات عامة أو متخصصة لمراكز أبحاث أو جامعات أو مؤسسات تعليمية أو جهات حكومية فيعد الموقع خدمياً وإن ارتبطت الخدمة في بعض الأحيان بمقابل مالي يتم سداده مقابل الحصول على الخدمة.

وبذلك يكون الموقع الإلكتروني مؤلفاً من ثلاثة عناصر هي:

- 1 - الحصول على اسم نطاق (1) Domain Name بتسجيله لدى منظمة الآيكان ICANN (2) وفقاً لقاعدة Premier arrive ، Premier servi «أول القادمين أول المخدمين» وهي تعني الأسبقية للتسجيل للقادم أولاً عن طريق أحد مقدمي خدمات الإنترنت (3).
- 2 - تخزين البيانات والمعلومات على مساحة قرص espace disque على الإنترنت، وتتم عملية التخزين بموجب عقد الإيواء أو الاستضافة بين مورد المعلومات ومتعهد الإيواء.
- 3 - عنصر الاتصال بالجمهور حيث يسعى كل موقع إلكتروني إلى تحقيق ارتباط مع الجمهور، سواء كان هذا الجمهور من الباحثين عن المعلومات أو من العملاء الراغبين في تنفيذ صفقات تجارية.

وعليه يتضح أن الموقع الإلكتروني يتميز بالخصائص التالية:

- 1 - كل موقع على الإنترنت له اسم أو عنوان يسمى باسم النطاق.
- 2 - أن المواقع منها ما يتعلق بأنشطة تجارية وأخرى غير تجارية.
- 3 - إمكانية وصول الجمهور للمواقع والانتفاع بالمعلومات أو الخدمات سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل (مجانياً) وهو ما يسمى بعنصر الاتصال بالعملاء.
- 4 - أن الموقع يعد مكاناً عالمياً لوجوده على الشبكة الدولية (الإنترنت).

(1) اسم النطاق: ترجمة عربية للمصطلح الإنجليزي Domain Name وهي ترجمة غير حرفية فيسمى اسم الدومين أو اسم المجال أو اسم الموقع أو اسم المنطقة، راجع معجم المصطلحات العلمية بموقع مجمع اللغة العربية بالقاهرة بإصدار يناير 2007 على الموقع: www.arabicacademy.org.eg

(2) اختصاراً Internet Corporation For Assigned Named and Numbers وهي هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام المخصصة.

(3) راجع للباحث: النظام القانوني لاسم النطاق، دار النهضة العربية، سنة 2010، ص34.

الفرع الثاني أهمية الموقع الإلكتروني

نظراً لوجود الموقع الإلكتروني على الإنترنت لذا فإن أهميته تنبع من أهمية الإنترنت ذاته والذي يحقق العديد من المزايا سواء للجمهور أو للتجار.

أولاً: أهمية الموقع الإلكتروني للجمهور:

- 1 - الحصول على المعلومات في شتى مجالات الحياة، ونحن من هنا ندين بالفضل لكثير من المواقع القانونية في توفير العديد من المراجع لهذا البحث وما سبقه من أبحاث وكذلك لغيري من الباحثين.
- 2 - الاستفادة من البريد الإلكتروني وما يحققه من إمكانية إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية.
- 3 - أداة هامة في تحقيق الاتصال بين البشر سواء من خلال المواقع الاجتماعية (Facebook ، Twitter) أو من خلال الدردشة Chat في كثير من مواقع المنتديات.
- 4 - الاطلاع على المجلات والصحف في كافة دول العالم من خلال مواقعها على الإنترنت.

ثانياً: أهمية الموقع الإلكتروني للتجار:

- 1 - إنشاء محلات تجارية افتراضية أو المشاركة في مراكز تجارية على النت⁽¹⁾.
- 2 - القيام بالدعاية والتسويق للمنتجات أو الخدمات عبر الإنترنت عن طريق نشر الإعلانات في المواقع المختلفة أو استخدام النشرات الإخبارية أو استخدام البريد الإلكتروني⁽²⁾.
- 3 - تقديم خدمات مختلفة للعملاء سواء بنشر بيانات للاتصال مثل رقم التليفون أو الفاكس أو عنوان البريد الإلكتروني وساعات العمل، وخدمة الرد على الأسئلة الأكثر شيوعاً أو توفير خدمة البريد الإلكتروني⁽³⁾.
- 4 - إمكانية التعاقد على البيع أو الشراء للمنتجات أو الاتفاق على تقديم خدمات من خلال

(1) فرانك فيور: إنشاء مشروع تجاري عبر الإنترنت، ترجمة تيب توب، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة العربية الأولى، سنة 2003، ص 67 وما بعدها.

(2) فرانك فيور: المرجع السابق، ص 227.

(3) فرانك فيور: المرجع السابق، ص 201 : 205.

الموقع أو من خلال مركز تجاري على الشبكة أو عبر البريد الإلكتروني أو من خلال المزادات⁽¹⁾.
5 - الحصول على أسعار السلع والخدمات من المواقع المختلفة ودراسة مدى إمكانية منافسة هذه المواقع في العرض بأسعار أقل أو تقديم نفس المنتج بجودة أعلى.
6 - ضمان الحصول على العملاء حيث يمكن أن يزوره الكثير بغية الاطلاع أو الشراء والتعاقد خاصة وأن الموقع يعد محلاً تجارياً عالمياً يمكن أن يرتاده الآلاف من البشر إن لم يكن الملايين منهم.

الفرع الثالث أوجه الشبه بين الموقع الإلكتروني والمحله التجاري

يرى البعض أن الموقع الإلكتروني بمثابة محل تجاري افتراضي ويطبق عليه الأحكام القانونية للمحل التجاري⁽²⁾، وهو رأي صحيح عندما يتعلق الموقع الإلكتروني بأنشطة تجارية، أما إذا كان الموقع لا يتعلق بمثل هذه الأنشطة فلا يعد محلاً تجارياً، وإنما موقع خدمي، وغالباً ما يكون مجانياً، ولا يغير من هذه الصفة وجود بعض الخدمات بمقابل مالي، وإذا كان هناك بعض الشبه بين الموقع الإلكتروني والمحله التجاري إلا أنه تبقى بينهما اختلافات، وهو الأمر الذي نوضحه بعد عرض أهم أحكام المحله التجاري من خلال النقاط التالية.

أولاً: أهم الأحكام القانونية للمحل التجاري:

المحل التجاري أو المتجر هو مجموع أموال معنوية ومادية تخصص لمزاولة مهنة تجارية، وهو يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية، أما العناصر المعنوية incorporels فتشمل الاتصال بالعملاء clientèle والسمعة التجارية achalandage⁽³⁾، والاسم التجاري

(1) فرانك فيور: المرجع السابق، ص 18، 33.

(2) د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون بالإمارات، العدد 46، أبريل 2011، ص 243، وأيضاً:
I. Balassoupramniane. op. cit. & TH. Verbiest. op. cit. & H. Baussard. le fonds de commerce virtuel: une réalité Juridique? sur le site, droit-entreprises-lemonedudroit.fr, à la 28 Octobre 2002 & TH. Verbiest. M. Le Borne. le fonds de commerce virtuel, sur le site, droit-technologie.org, à la 5 Juillet 2002.

(3) اختلف الفقه في اعتبار الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية عنصر واحد أم عنصرين متميزين، فذهب البعض إلى أنهم عنصر بمعنى واحد وأن السمعة التجارية ليست شيئاً متميزاً عن الاتصال بالعملاء وأنه من المتعذر بيع أحد العنصرين دون الآخر وهما يختلطان ببعضهما، ومنهم د. علي حسن يونس: المحل التجاري، دار الفكر العربي، سنة 1974، ص 17 & د. محمد حسني عباس: الموجز

والعنوان والعلامة وغيرها، أما العناصر المادية Corporels فتشمل البضائع والمهمات، ولا يشترط توافر كل هذه العناصر وإنما يكفي بعضها وأهمها الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية⁽¹⁾، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية عنصر لازم لوجود المحل التجاري وبدونه لا يوجد محل⁽²⁾ il n'y a pas .
 ويعد المحل التجاري من الأموال المنقولة المعنوية meuble incorporel وهذا لا يمنع من وجود عناصر مادية، ويترتب على ذلك جواز بيعه ورهنه ويتم حمايته بدعوى المنافسة غير المشروعة طبقاً للمادة 163 من القانون المدني المصري والمادتين 1382، 1383 من القانون المدني الفرنسي⁽³⁾ (والتي تقابلها المادة 199 من القانون المدني الإماراتي رقم 22 لسنة 2004).

في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة النهضة العربية، سنة 1950، ص 134 & د. هاني دويدار: التنظيم القانوني للتجارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2001، ص 212؛ 214 ،

J. Guyénat. cours de droit commercial, dépôt légal, 1977, P. 309.

بينما ذهب البعض الآخر إلى أنهما عنصران ومنهم د. محمد محمد هلاله: مبادئ القانون التجاري، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 303 & د. ثروت علي عبد الرحيم: شرح القانون التجاري المصري الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة 2000، ص 226 & د. مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة 1979، ص 148 & د. كمال محمد أبوسريع: المحل التجاري، سنة 1994، ص 40 ،

G. Azéma. la gérance du fonds de commerce, Belfond, Paris, 1993, P. 28.

(1) د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص 148 & د. ثروت علي عبد الرحيم: المرجع السابق، ص 221 & د. محمد حسني عباس: المرجع السابق، ص 134 & د. محمد محمد هلاله: المرجع السابق، ص 300.

(2) د. علي حسن يونس: المرجع السابق، ص 17، 42 & د. هاني دويدار: المرجع السابق، ص 212 & وهذا الأمر أكده قضاء النقض في الطعن رقم 629 سنة 43 ق جلسة 1977/5/18 ص 28، الطعن رقم 351 سنة 34 ق جلسة 1972/5/10 ص 3، الطعن رقم 284 سنة 46 ق جلسة 1981/3/30 «لم ينشر بعد»، راجع د. أحمد حسني: قضاء النقض التجاري في خمسين عاماً 1931-1981، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت)، ص 345، القاعدة 541، وأيضاً

J. Guyénat. op. cit., P. 311 & A. Dusart. J. Vatin. Droit commercial, les éditions Foucher, Paris, 1973, P. 45 & S. Corone. Qu'est - Ce qu'un fonds de commerce? Publié le 27 Juin 2011, sur le site, lentreprise.lexpress.fr & O. Juridoc. la cession de fonds de commerce, à la 6 Octobre 2009, sur le site, legavox.fr/articale, www.unice.fr/droit, www.fr.jurispedia.org

(3) د. هاني دويدار: المرجع السابق، ص 232؛ 239 & د. محمد محمد هلاله: المرجع السابق، ص 334 & 338، د. محمد حسني عباس: المرجع السابق، ص 131؛ 132 & د. علي حسن يونس: المرجع السابق، ص 55، 118، 154، 288 & د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص 154، 155، 157، 175، وأيضاً:

A. Dusart. J. Vatin. op. cit. , www.unice.fr/dorit

ثانياً: أوجه الشبه بين الموقع الإلكتروني والمحل التجاري:

يتشابه كل منهما في الآتي:

- 1 - لكل منهما اسم أو عنوان للدلالة عليه، ويسمى في الموقع الإلكتروني باسم النطاق nom de domaine بينما في المحل التجاري يسمى بالاسم التجاري nom commercial أو العنوان enseigne، وكلاهما يعдан من العناصر الجاذبة والعلامات المميزة سواء للموقع الإلكتروني أو المحل التجاري⁽⁴⁾.
- 2 - إن كلا من اسم النطاق للموقع الإلكتروني والاسم التجاري أو العنوان للمحل التجاري، من الأموال ويتمتعان بقيمة اقتصادية valeur économique وكلاهما من الأموال المنقولة المعنوية⁽⁵⁾.
- 3 - يتم حماية كل من اسم النطاق للموقع الإلكتروني والاسم التجاري للمحل التجاري بدعوى المنافسة غير المشروعة la concurrence déloyale⁽⁶⁾.
- 4 - توافر عنصر الاتصال بالعملاء la clientèle في كل من الموقع الإلكتروني التجاري والمحل التجاري وهما يقومان بنشاطهما من أجل جذب المزيد من العملاء⁽⁷⁾، ويقصد بالعملاء: مجموع الأشخاص الذين يتعاملون مع المحل التجاري من أجل الحصول على الحاجات أو الخدمات بصفة اعتيادية أو بصفة عابرة⁽⁸⁾، وجاء بتعريف محكمة النقض الفرنسية بأنهم

4) TH. Verbiest. M. Le Brone. op. cit. & M. Loiseau. nom de domaine et internet: Turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, n 23, chron. P. 245, E. Tardieu – Guigues. noms de domaine, petites nouvelles, droit de l'internet, JCP 2004, N 4, chron 111, P. 123 : 125 & PH. Le Tourneau. op. cit., n 12.8, P. 404.

(5) راجع بالنسبة لاسم النطاق، للباحث: المرجع السابق، ص 29 : 30 ،
www.murielle-cahen.com & www.droit-prive-et-contrat.oboub.com & CA Paris, 8 Oct. 2003 & CA Paris, 5 Mars. 2003, D. 2004, n 16, Juris. P. 1157 et 1158.

وبالنسبة للاسم التجاري راجع د. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، سنة 2005، ص 795 ، د. محمد محمد هلالية: المرجع السابق، ص 303.

(6) راجع اسم النطاق لدى الباحث: المرجع السابق، ص 64 ، وبالنسبة للاسم التجاري، راجع د. سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص 813 ، د. محمد محمد هلالية: المرجع السابق، ص 304.

I. Balossoupramaniane. op. cit. & TH. Verbiest. site internet, op. cit. & CA Paris, 30 Nov. 2011, N 09-17146, sur le site, Murielle-cahen.com & CA Paris, 8 Oct. 2003 & CA Paris, 5 Mars. 2003, D. 2004, n 16, Juris, P. 1157 et 1158.

7) TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit. & S. Fernando. vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique? sur le site, droit-tic.com & www.domainesinfo.fr & B. Poidevin. Mettre en valeur son fonds de commerce électronique, journal N 5-5467, 30 Mai. 2008, sur le site, echos-judiciaires.com & TH. Verbiest. site internet, op. cit & F. Silva. vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique? sur le site, avocats-publishing.com/vers , à la 17 Juillet. 2004 & PH. Le Tourneau. op. cit., n 12.6.4, P. 406.

(8) د. علي حسن يونس: المرجع السابق، ص 17 ، د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص 148 ، د. محمد محمد هلالية: المرجع السابق، ص 301.

- مجموع الأشخاص المرتبطين بالتاجر بسبب الثقة *Confiance* أو العادة *Habitude*⁽¹⁾.
- 5 - إن كلاً من الموقع الإلكتروني والمحّل التجاري من الأموال المنقولة المعنوية، لذا يمكن حوالة *Cession* الموقع الإلكتروني ورهنه *nantissement*⁽²⁾ مثلما هو الحال بالنسبة للمحل التجاري حيث يمكن بيعه ورهنه.
- 6 - أن طبيعة النشاط في كل من الموقع الإلكتروني والمحّل التجاري تتعلق إما بتقديم سلع أو خدمات.
- 7 - إن كلاهما يعد من الأماكن التجارية *Liens Commerciaux* وهو الأمر الذي أكدّه القضاء الفرنسي بحكم في 29 نوفمبر 2011 باعتبار أن نشر معلومات عن البضائع في الموقع الإلكتروني يعد عرضاً للبضائع وبالتالي يجب أن يشمل النشر كافة المعلومات عن البضائع وأن تكون المعلومات صحيحة وإلا عد ذلك غشاً *Tromperie*⁽³⁾، وجاء أيضاً بحكم محكمة النقض الفرنسية في 7 ديسمبر 2010 أن مواقع شركة ebay على الشبكة الدولية تعد أماكن تجارية حيث يتم من خلالها البيع والشراء للمنتجات⁽⁴⁾، كما جاء أيضاً أن المواقع الإلكترونية التي تقدم عروضاً *offres* تجارية تستخدم علامات تجارية تعد أماكن تجارية ويجب أن تلتزم بقواعد المنافسة وحماية المستهلك⁽⁵⁾.

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين الموقع الإلكتروني والمحّل التجاري:

- 1 - إن مجال نشاط كل منهم مختلف حيث يسبح الموقع الإلكتروني في فضاء وعالم افتراضي *Virteuel* لذا يسمى بالمحل التجاري الافتراضي أو المحّل التجاري الحديث *Classique* بينما المحّل التجاري يوجد في مكان ما على أرض الواقع ويسمى بالمحل التجاري التقليدي *Traditionnel*⁽⁶⁾.
- 2 - إن طبيعة الأعمال أو النشاط في كل منهما مختلفة حيث يتعلق الموقع الإلكتروني بأنشطة تجارية أو أنشطة غير تجارية في حين أن المحّل التجاري يتعلق بأنشطة تجارية فقط.

1) O. Rollux. la clientele: element preponderant du fonds de commerce, Fiche, 1 Octobre 2009, sur le site, univ-lyon3.fr & Cass. Com, 31 Mai. 1988, RTD, 1988, P. 609, obs. Deruppé.

2) TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit & PH. Le Tourneau. op. cit., n 13.6.3, P. 402.

3) Cass. Com, 29 Nov. 2011, N: 10-27402, sur le site, legifrance.gouv.fr

4) Cass. Com, 7 Déc. 2010, N: 09-16811 et N: 09-14545, sur le site, legifrance.gouv.fr

5) Cass. Com, 13 July. 2010, N: 08-13944, sur le site, legifrance.gouv.fr

6) H. Baussard. op. cit & TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit. & F. Silva. op. cit & TH. Verbiest. site internet, op. cit.

- 3 - إن النشاط في الموقع الإلكتروني يعد عالمياً لوجوده على الشبكة الدولية في حين أن النشاط في المحل التجاري يكون محلياً لارتباطه بنطاق معين أو إقليم معين.
- 4 - إن حجم عدد العملاء المتصلين بالموقع الإلكتروني يومياً يكون أكثر من عدد العملاء المتصلين بالمحل التجاري حيث قد يصل إلى عدة آلاف وهو أمر غير متصور بطبيعة الحال لأي محل تجاري مهما كانت شهرته⁽¹⁾.
- 5 - إن عناصر الموقع الإلكتروني تشمل تسجيل اسم نطاق وعقد الإيواء والاتصال بالجمهور وهو خليط من العناصر المعنوية (اسم النطاق ، الاتصال بالجمهور) والعناصر المادية (عقد الإيواء) الذي يتضمن تخزين المعلومات⁽²⁾، بينما عناصر المحل التجاري خليط من العناصر المعنوية (الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري والعلامة الخ) وعناصر مادية (بضائع ومهمات).
- 6 - إن الموقع الإلكتروني يكتسب اسمه بتسجيله لدى منظمة الآيكان لمدة سنة أو أكثر⁽³⁾، بينما اسم وعنوان المحل التجاري يكتسب بتسجيله لدى مكتب السجل التجاري المختص وهو حق نسبي مقيد بنوع التجارة ومقيد بالمكان «دائرة السجل التجاري» ومقيد بالمدة وهي خمس سنوات تجدد بتجدد القيد بالسجل التجاري⁽⁴⁾.
- 7 - إن اسم الموقع الإلكتروني يتمتع بحماية دولية وفقاً لقواعد السياسة الموحدة لحل المنازعات على أسماء النطاق باللجوء إلى التسوية الإدارية عن طريق مراكز تحكيم محددة تابعة للآيكان، كما يتمتع اسم النطاق بالحماية القضائية وهي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها في حالة عدم قبول التسوية الإدارية⁽⁵⁾، بينما يتمتع اسم أو عنوان المحل التجاري بالحماية القضائية فقط بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة.

(1) جاء أن الموقع الإلكتروني ربما يزوره أكثر من 400.000 زائر يومياً راجع: F. Silva. op. cit. وجاء أيضاً أن عنصر الاتصال بالعملاء أكثر ظهوراً في موقع الإنترنت من المحل التجاري. راجع: B. Poidevin. op. cit.

(2) B. Poidevin. op. cit.

(3) راجع للباحث: المرجع السابق، ص 33 وما بعدها.

(4) د. سميحة القليوبي: المرجع السابق، ص 506: 801.

(5) راجع للباحث: المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

الفرع الرابع عقد إنشاء الموقع الإلكتروني

يعد إنشاء الموقع الإلكتروني Création de site web الخطوة الأولى لوجود أي شخص على شبكة الإنترنت ويتم ذلك من خلال عقد إنشاء الموقع الإلكتروني يتم الاتفاق عليه مع أحد مقدمي خدمات الإنترنت.

وبموجب العقد يلتزم مقدم الخدمة بإنشاء موقع للعميل من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بالشبكة بحيث يتمكن من التعامل عبر هذا الموقع من خلال الجهاز، ويعد هذا العقد من عقود تقديم الخدمات غير المسماة التي لم يطلق عليها اسماً بموجب القانون أو يتم تنظيمه، فإذا أردنا رده إلى أحد العقود المسماة فيكون العقد من عقود المقاوله Contrats d'entreprise، وهو الأمر الذي استقر عليه الفقه في مصر وفرنسا⁽¹⁾.

وبموجب العقد يلتزم مقدم الخدمة أو مصمم الموقع le concep-tuer بإنجاز ذلك عبر المواصفات الفنية والجمالية كما قد يلتزم ببعض الالتزامات الإضافية مثل إيواء الموقع وإتمام الإجراءات الإدارية اللازمة للحصول على اسم للموقع الذي يقوم العميل باختياره ويفضل أن يكون قصيراً وسهلاً ومرتبطةً بنوع الأعمال التي يقوم بها العميل⁽²⁾.

وتعد التزامات مصمم الموقع «مقدم الخدمة» واجبة التحقق بموجب العقد وبالتالي يكون التزامه بتحقيق نتيجة obligation de resultat وبالتالي تتحقق مسؤوليته عند عدم تنفيذ الأعمال المطلوبة⁽³⁾.

(1) د. محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009، ص24.
PH. Le Tourneau. op. cit, n 12.3, P. 399 & P. Breese. G. Kaufman. guide juridique de l'internet et du commerce électronique ,
edition vaibert, 2000, P. 97 & S. Guinchard. M. Harichaux. R. de. Tourdonnet. internet pour le droit, montchrestien, 1999, P. 140.

(2) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص25، فرانك فيور: المرجع السابق، ص 70 : 71.

3) PH. Le Tourneau. op. cit., n 12.4, P. 400.

المبحث الثاني ماهية عقد الإيواء

إن أهمية أي موقع إلكتروني ترجع بالأساس إلى مدى أهمية المعلومات التي يحتويها، ويتم وضع هذه المعلومات على الموقع لكي تظهر للجمهور بموجب عملية تسمى الإيواء أو الاستضافة.

وفي هذا المبحث نتناول بحث تعريف عقد الإيواء وخصائص العقد وأطراف العقد وطبيعته القانونية.

الفرع الأول التعريف بعقد الإيواء

إيواء في اللغة مصدرها أوى وتعني أسكنه وأنزله واستضافه ⁽¹⁾، ومنها قوله تعالى: «ولما دخلوا على يوسف أوى إليه أخاه» ⁽²⁾، وقوله تعالى: «وتؤوي إليك من تشاء» ⁽³⁾، والإيواء hébergement ⁽⁴⁾ أو الاستضافة هو توفير مساحة قرص صلب espace disque على حاسوب «كمبيوتر» خادم serveur لتخزين معلومات يمكن طلبها على مدار الساعة من أي كمبيوتر مرتبط بشبكة الإنترنت على أن يقوم صاحب الموقع بدفع مقابل لهذا الإيواء ⁽⁵⁾، وجاء أن الإيواء هو وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء ليتمكنوا من الدخول إلى شبكة الإنترنت في أية لحظة بغية بث مضمون معلوماتي معين «نصوص، صور، أصوات،» للجمهور ويتولى هذه المهمة متعهد الإيواء الذي يعمل على تخزين البيانات والمعلومات التي يبثها أصحاب المواقع الإلكترونية على حاسباتهم الآلية المرتبطة على الدوام بشبكة الإنترنت بحيث يتمكن أصحاب هذه المواقع من إطلاع الجمهور على مضمونها المعلوماتي على مدار الساعة ⁽⁶⁾.

(1) المعجم الوجيز صادر عن مجمع اللغة العربية بالقاهرة، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، سنة 1990، باب «أوى»، ص30، وراجع قاموس المعاني على الموقع: www.almaany.com

(2) الآية 69 من سورة يوسف.

(3) من الآية 51 من سورة الأحزاب.

(4) بالإنجليزية hosting

(5) www.chawkitabib.info

(6) د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: المرجع السابق، ص372، د. أحمد فرح: النظام القانوني لقدمي خدمات الإنترنت، مجلة المنارة بالأردن، المجلد 13، العدد 9، السنة 2007، على الموقع: www.lawjo.net، ص324.

وجاء في تعريف عقد الإيواء هو اتفاق يسمح للتاجر باستئجاره لدى مورد الإيواء لمساحة قرص متصل بالإنترنت⁽¹⁾، وجاء أنه عقد يقدم فيه المورد للمشارك الأدوات الفنية لمساحة قرص espace disque⁽²⁾، وجاء أيضاً أنه عقد من عقود الخدمات وفيه يلتزم مقدم خدمة الإنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانباً من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه وذلك بإتاحة انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات أجهزته وأدواته المعلوماتية ويتمثل ذلك في السماح له بالانتفاع بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به⁽³⁾، وبموجب عقد الإيواء يلتزم أطراف العقد وهما متعهد الإيواء ومورد المعلومات للموقع بالتزامات العقد التي سوف نتناولها لاحقاً بالتفصيل.

الفرع الثاني خصائص عقد الإيواء

- 1 - يعد العقد من العقود غير المسماة innomé أو عقد من نوع خاص sui generis⁽⁴⁾، حيث لم يتناوله المشرع بالتنظيم أو يخصه باسم معين⁽⁵⁾.
- 2 - عقد مستمر التنفيذ لأن الأمر يقتضي وجود المعلومات بشكل مستمر على مدى 24 ساعة وبدون انقطاع⁽⁶⁾، وهو الأمر الذي عبر عنه المشرع الفرنسي بقانون 30 سبتمبر 1986 بأن نشاط الإيواء هو التخزين المباشر والمستمر permanent، وأن المعلومات تكون متوفرة 24h/24⁽⁷⁾.
- 3 - يعد العقد من عقود التجارة الإلكترونية وفقاً لما جاء بالمادة 14 من القانون الفرنسي رقم 2004/575 والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي أن التجارة الإلكترونية تشمل كل نشاط اقتصادي بواسطة شخص يتم عن بُعد بوسيلة إلكترونية لتوريد السلع أو الخدمات، وخدمات

1) I. Balassoupramaniane. op. cit.

2) P. Caplain. le contrat d'hébergement de site web, sur le site, juriscor.net, P. 9 & TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit.

(3) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 23، د. إيمان مأمون أحمد: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق المنصورة، سنة 2006/2005، ص 72.

4) I. Balassoupramaniane. op. cit. & P. Caplain. op. cit., P. 16 et P. 20 & www.chawkitabib.info

(5) أ. محمد رضوان إحسان: عقد الاشتراك بالخدمة الهاتفية، (د.ن)، سنة 91/90، إهداء من كلية حقوق دمشق لحقوق عين شمس، ص 27.

6) P. Caplain. op. cit., P. 27 & www.kenanaonline.com

7) CH. Féral – Schuhl. Cyper droit, Dalloz, 6. éd, 2010, n 114.11 et 114.12, P. 794.

التجارة الإلكترونية تشمل توريد المعلومات على الخط، وإيواء المعلومات⁽¹⁾.

4 - من العقود الملزمة للجانبين synallagmatique حيث يلتزم كل طرف بالتزامات مقابلة للطرف الآخر⁽²⁾، وهو الأمر الذي أكدته قضاء محكمة النقض الفرنسية في 10 مايو 2012⁽³⁾.

5 - من عقود الإذعان d'adhésion حيث يسلم مورد المعلومات بالشروط التي يضعها متعهد الإيواء ولا يقبل فيها أي تعديل، ولما كان عقد إيواء الموقع الإلكتروني من عقود الاتصالات الإلكترونية ومن عقود التجارة الإلكترونية وكلاهما عقود إذعان⁽⁴⁾، وهو الأمر الذي أكدته القضاء الفرنسي بقوله إن عقود الاتصالات الإلكترونية تكون الإرادة ليست حرة تماماً حيث لا يوجد استقلال اقتصادي للإرادة dependence économique à la volience⁽⁵⁾.

6 - من العقود الرضائية حيث يكفي لانعقاده توافر الرضا دون حاجة إلى الكتابة أو أي شروط شكلية.

7 - من عقود المعاوضة، حيث يتلقى كل طرف مقابلاً و عوضاً لما يعطي، فيقوم متعهد الإيواء بتخزين المعلومات وبثها على الموقع حتى تكون متاحة للجمهور عند دخوله إلى الموقع ومقابل ذلك يتعهد المورد للمعلومات أو صاحب الموقع بأداء الاشتراك المتفق عليه، ويحدث أحياناً أن يقوم متعهد الإيواء بتقديم خدمة الإيواء مجاناً إلا أن ذلك لا ينفي صفة المعاوضة، ولا يعد العقد من عقود التبرع وذلك لوجود مقابل يحصل عليه المتعهد ويتمثل في إلزام صاحب الموقع بوضع إعلانات على الموقع وهي إعلانات يستفيد من مقابلها المالي، فتكون استفادة متعهد الإيواء بطريق غير مباشر من الإعلانات، وهناك كثير من المواقع التي تعرض استضافة مواقع أخرى أو عرض بإنشاء مواقع مجانية مقابل الإعلانات ومن أشهر هذه المواقع Google Adsense⁽⁶⁾، وقد استقر الفقه على أن العقود تكون معاوضة حتى ولو كان هناك بعض العقود التي تتم على سبيل المجاملة أي تبدو بدون مقابل ظاهر ولكن تعتبر مع ذلك عقود تجارية مثل الخدمات المجانية التي تقدمها البنوك للعملاء والبيع التي تتم في أوقات التصفية وذلك

1) Art. 14 du Loi N 2004/575 du 21 Juin. 2004, sur le site, legifrance.gouv.fr & J-M. Bruguière. l'exécution du contrat électronique, dans la livre «le contrat électronique», LGDJ, 2005, P. 71 & TH. Verbiest. site internet ..., op. cit.

2) P. Caplain. op. cit., P. 28.

3) Cass. Com, 10 May. 2012, N: 11-15110, sur le site, legifrance.gouv.fr

4) www.lexinter.net & A. Taïeb. la modification unilatérale des contrats de communications électroniques, Juin. 2007, sur le site, juriscom.net, P. 12 & www.chawkitabib.info

د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص28.

(5) Cass. Civ, 30 Mai. 2000, D. 2000, 879, note Chazal & Cass. Civ, 3 Avril. 2002, D. 2002, 186d, note Gridel et Chazal.

(6) راجع المواقع www.djelfa.info & www.nizcosopt.com & ar.wikipedia.org/wiki

لانتفاء نية التبرع في مثل هذه الحالات، وكذلك في حالة قيام شركة جديدة بطرح منتج ما وتقوم بتوزيع عينات مجانية بغرض الإعلان عن نفسها وعن منتجها وبالتالي ذبوع اسمها فالمقابل موجود دائماً في العقد التجاري سواء تم بطريقة ظاهرة أو مستترة⁽¹⁾.

الفرع الثالث أطراف عقد الإيواء

طرفا العقد هما متعهد الإيواء ومورد المعلومات نوضحهما في النقاط التالية:

1 - متعهد الإيواء Fournisseur d'hébergement وله تسميات عدة فهو مورد الإيواء أو مخزن المعلومات stockage d'information أو l'hébergeur، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين وحفظ البيانات لعملائه ويوفر الوسائل الفنية والمعلوماتية التي تسمح لهم بالحصول على هذه البيانات طوال ساعات اليوم عبر الإنترنت، ويقوم بتقديم الأجهزة الفنية للاتصال بالإنترنت ويضعها تحت تصرفه لمدة معينة وبمقابل معين، وهو بذلك يسمح بالوصول إلى الموقع عن طريق أجهزة مركزية centres serveurs مرتبطة بالإنترنت⁽²⁾.

2 - مورد المعلومات fournisseur de contenu أو l'héberge أو المنشأ وفقاً للمادة الأولى من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 1 لسنة 2006، هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم ببث المعلومات والرسائل المتعلقة بموضوع معين على شبكة الإنترنت بحيث يتمكن مستخدمو الشبكة من الحصول عليها مجاناً أو بمقابل مادي، ويعد بمثابة القلب النابض لبث الحياة في الشبكة وتدفق المعلومات إليها وهو الذي يحدد مضمون ما يبث على الموقع وهذه المعلومات قد تكون في شكل نصوص مكتوبة أو صور أو قطع موسيقية أو منتجات أو علامات تجارية يتم الإعلان عنها،

(1) د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1986، ص306، د. رضا عبيد: القانون التجاري، الطبعة الخامسة، سنة 1984، ص 13، د. علي جمال الدين عوض: القانون التجاري، دار النهضة العربية، سنة 1989، ص 7، د. علي سيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الرابع «العقود التجارية»، دار النهضة العربية، (د.ت)، ص5، د. محمد بهجت عبدالله قايد: العقود التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1995، ص8.

(2) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 169، د. عبدالفتاح محمود كيلاني: مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت، على الموقع www.flaw.bu.edu.eg، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 325، د. عايد رجا الخلايله: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 314، د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: المرجع السابق، ص 373، P. Caplain. op. cit., P. 20 & I. Balassoupramaniane. op. cit. & J. Huet. Sedo n'est pas un hébergeur, D. 2009, N 6, 410 & J. Larrieu. le numérique et les contrats: le statut d'hébergeur, D. 2010, N 30, 1974.

وهذه المعلومات قد يكون هو مؤلفها أو قام بتجميعها حتى تتاح للجمهور عبر الشبكة، ومهمته على ذلك هي نشر المعلومات حتى يمكن للجمهور الاطلاع عليها وهي تعد خدمة نشر⁽¹⁾.

الفرع الرابع الطبيعة القانونية لعقد الإيواء

أولاً: الطبيعة التجارية للعقد:

ذهب أغلبية الفقه إلى أن التفرقة بين العقد المدني والعقد التجاري تعتمد على موضوع العقد وأطرافه معاً فإذا كان نشاط العقد من الأعمال التجارية أصلية كانت أو تبعية أو كان أحد أطراف العقد تاجراً، كان العقد تجارياً، سواء كان العقد من العقود المسماة أم من العقود غير المسماة⁽²⁾. وقد جاء بقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 في المادة الخامسة أن أعمال توريد البضائع والخدمات وأعمال النشر والاتصالات تعد تجارية إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف، كما جاء في المادة 10/6 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 أن نشاط مكاتب الخدمات من الأنشطة التجارية إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف، وهذا النص الأخير جاء عاماً ليشمل كافة التوريدات وبالتالي يدخل فيها توريد خدمة الإيواء. ولما كان عقد إيواء الموقع الإلكتروني يتعلق بتقديم خدمات على شبكة الإنترنت «أداة اتصال»، وأن محل الإيواء هو تخزين معلومات على الموقع الإلكتروني الذي يعد محلاً تجارياً افتراضياً وقد انتهينا إلى أنه مال منقول معنوي إضافة إلى أن العقد من عقود المعاوضة حتى لو كان الإيواء مجانياً فيوجد مقابل وهو نشر الإعلانات على الموقع وبالتالي يوجد منفعة متبادلة وهو ما ينفي نية التبرع، لكل ذلك يعد عقد الإيواء من العقود التجارية، وما انتهينا إليه مؤيد من الفقه والقضاء حيث يعد عقد الإيواء من عقود التجارة الإلكترونية التي تعد تجارية⁽³⁾، وهذا الأمر أدى ببعض الفقه إلى اعتبار عقد الإيواء بمثابة إيجار تجاري Bail Commercial⁽⁴⁾.

(1) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 167، د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 327 : 328، P. Caplain. op. cit., P. 20.

(2) د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 4، د. عبدالفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، (د.ت)، ص 6، د. محمد بهجت عبدالله قايد: المرجع السابق، ص 6.

(3) د. أسامة أبو الحسن مجاهد: المرجع السابق، ص 53 : 55. I. Balassoupramaniane. op. cit & www.lexinter.net & Cass. Com, 29 Nov. 2011, N 10-27402, sur le site, legifrance.gouv.fr

(4) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.8, P. 371 & TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit.

ثانياً: تحديد الوصف القانوني لعقد الإيواء:

نظراً لعدم تنظيم عقد الإيواء تشريعياً ربما لحدثته وبالتالي فهو من العقود غير المسماة وهو ما دفع الفقه لمحاولة رد العقد إلى أحد العقود المسماة بغية إخضاعه للأحكام القانونية للعقد المسمى وقد اجتهد الفقه في ذلك وذهبوا مذاهب شتى نوضحها في النقاط التالية:

1 - عقد عارية استعمال Prêt à usage: وذلك عندما يتم الإيواء بالمجان فيعد ذلك إعارة جزء من القرص الصلب espace disque أو مكان على الشبكة تابع للمتعهد (معيّر) لصاحب الموقع الإلكتروني (مستعير) ⁽¹⁾، والواقع أن عمليات الإيواء المجانية كثيرة ومنتشرة على الإنترنت حتى إن العروض لا تكتفي بخدمة الإيواء فقط بل تعرض خدمة البريد الإلكتروني وتوفير أسماء نطاق مجاناً ⁽²⁾، وهو الأمر الذي يلاقي قبولاً كبيراً لدى الجمهور مادام الأمر مجاناً إلا أن تلك المواقع تستفيد بطريق غير مباشر من إيواء المواقع عن طريق بيع مساحات إعلانية على المواقع التي يتم إيواؤها.

2 - عقد مقاولّة contrat d'entreprise: ذهب البعض إلى أن عقد الإيواء من عقود خدمات المعلومات، وعقد خدمات المعلومات يعد من عقود المقاولّة ولا يعد عقد تقديم خدمة لكونه تكييفاً وصفيّاً محل العقد وليس تكييفاً قانونياً للعقد نفسه وأن أعمال المقاولّة تنتشر في كل المجالات ⁽³⁾، وفي هذا الاتجاه يرى آخر أن خدمة الإيواء يلتزم فيها المورد بتقديم الأدوات والأجهزة التقنية وتركيبها في الحاسب الشخصي للعميل وأن هذا العمل لا يعد إيجاراً بل عقد مقاولّة على سند من أن الغرض من العقد ليس تأجير الآلة أو الجهاز بل هو العمل أو الخدمة المقدمة للمستهلك وأن الجهاز أو الآلة ما هي إلا وسيلة لتنفيذ العمل أو الخدمة ⁽⁴⁾.

(1) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 326، وقد أورد البحث رأيه بالنسبة للإيواء بمقابل مائي على أنه إيجار كما سنرى.
وراجع: E. Barbry. A. Bensoussan. op. cit حيث جاء أن عقد الإيواء هو عقد تقديم خدمات أو عقد أجارة مساحة أو عارية وانتهى إلى أنه عقد تقديم خدمات كماسبق.

(2) www.djelfa.info & www.nizcosoft.com & www.ayrade.com & edu.arabsgate.com

(3) د. محمد حسام محمود: المرجع السابق، ص 163 : 165.

(4) د. أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، سنة 2005، ص 124.

3 - عقد معاولة وعقد إيجار: ذهب البعض إلى أن عقد الإيواء خليط mixte بين عقد المعاولة وعقد الإيجار متى كان الاتفاق على الإيواء إضافة إلى خدمات أخرى مثل البريد الإلكتروني وتوفير أسماء النطاق، أما إذا اقتصر الاتفاق على خدمة الإيواء فقط فيكون العقد إيجار أشياء⁽¹⁾.

4 - عقد إيجار أشياء louage de chose: ذهب أغلبية الفقه إلى أن عقد الإيواء يعد عقد إيجار أشياء حيث يقوم المتعهد بإيواء صفحات web على حاسباته الخادمة مقابل أجر معلومة ويكون للمستأجر حرية نشر ما يريد من نصوص أو صور أو تنظيم مؤتمرات أو حلقات نقاشية أو إنشاء مواقع معلوماتية، وأن العقد يسمح للتاجر باستئجار مساحة قرص متصل بالإنترنت عن طريق مورد الإيواء، وإيجار هذه المساحة تكون عنصراً جوهرياً في الاتفاق ربما يطابق عن assimile عقد إيجار الأشياء أو الإيجار التجاري bail commercial ولذا يسميه البعض عقد الإيجار المعلوماتي⁽²⁾.

5 - رأينا الخاص:

لما كان العقد يتعلق بتخزين معلومات على القرص الصلب الذي يتم تحميله على الخادم serveur لأحد مقدمي خدمات والمتصل بالإنترنت، ووفقاً لطبيعة العقد فإن مقدم الخدمة يلتزم بتوفير مساحة لمورد المعلومات لكي تظهر على شبكة الإنترنت مقابل أجر وعليه فإن العقد يكون إيجار أشياء، إلا أن الواقع العملي يقول الآتي:

أ - انتشار عملية تخزين المعلومات أو الإيواء من دون مقابل مادي يدفعه المورد، وبالتالي يكون العقد عارية وفقاً لنص المادة 635 من القانون المدني المصري، والمادة 849 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

ب - إن عمليات الإيواء بمقابل لا تقتصر في الأغلب على الإيواء أو الاستضافة فقط بل

(1) د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: المرجع السابق، ص 374 : 375 ،

www.chawkitabib.info & TH. Verbiest. M. Le Borne. op. cit

(2) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 23، د. إيمان مأمون أحمد: المرجع السابق، ص 72، د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق، د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: المرجع السابق، ص 374 وهما لا يستبعدان أنه عقد مختلط معاولة وإجارة إذا وجدت خدمات إضافية جانب خدمة الإيواء، د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 326 وذلك في حالة الإيواء بمقابل أما إذا كان الإيواء مجاني فيعد عارية.

P. Caplain. op. cit., P. 27 & I. Balassoupramaniane. op. cit. & PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.8, P. 371 & S. Guinchard. M.

Hairichaux. R. de Tourdonnet. op. cit., P. 149. & J. Larrieu. Le bénéfice convoité de la responsabilité limitée des hébergeurs, D. 2009, N 29, 1998 & Cass. Com, 3 May. 2012, N: 11-15110.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد: المرجع السابق، ص 59.

تشمل تقديم خدمات مرتبطة بها مثل تسجيل اسم النطاق للموقع بامتدادات مختلفة .com، .net، org، وخدمة البريد الإلكتروني ووسائل حماية من الرسائل المزعجة Spam وغيرها من الخدمات المرتبطة، وعليه يعد عقد الإيواء في هذه الحالة بمثابة عقد تقديم خدمات في طائفة العقود غير المسماة ويقترب من عقد المقاوله في طائفة العقود المسماة، وهي مقاوله ملاهي عمومية مثل دور السينما حيث يلتزم متعهد الإيواء بتخزين المعلومات على أجهزته وعرضها على شبكة الإنترنت لكي يطلع عليها الجمهور.

الفصل الثاني تكوين عقد الإيواء وآثاره

إذا كان عقد الإيواء على التفصيل السابق يعد من عقود التجارة لطبيعة النشاط في تقديم خدمات وفقاً لنص المادة 5/أ من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 والمادة 10/6 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993، وبالتالي يخضع العقد للأحكام الخاصة بالعقود التجارية وتسري عليه قوانين التجارة فإذا لم يوجد نص، تطبق قواعد العرف والعادات التجارية، فإذا لم يوجد تطبق قواعد القانون المدني⁽¹⁾، وهذا يطبق في حالة كون طرفي العقد من التجار أو أحدهما أما إذا كان أحد الأطراف شخص غير تاجر فيسري بشأنه أحكام القانون المدني المصري وفقاً لنص المادة الثالثة من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، بينما جاء بالمادة 10 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993 أنه إذا كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنياً للمتعاقد الآخر صارت أحكام هذا القانون على التزامات الطرفين ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك، وبذلك يكون هناك وجه اختلاف بين قانون التجارة المصري وقانون التجارة الإماراتي.

والعناصر الجوهرية للعقد - سواء كان مدنياً أو تجارياً - تخضع للقواعد الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لكافة العقود وبالتالي تخضع العقود التجارية كأصل عام للقانون المدني ما لم يرد نص خاص⁽²⁾، والعقود التجارية لا تختلف في جوهرها عن العقود المدنية سواء من حيث أركانها أو شروط صحتها أو أسباب انقضاءها⁽³⁾، وعلى ذلك فإن أركان عقد الإيواء هي توافر الرضا والمحل والسبب، كما يرتب العقد التزامات على أطرافه وهو ما نوضحه من خلال مبحثين نتناول في الأول أركان العقد ثم في الثاني آثار العقد.

(1) المادة 1/2 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999.

(2) د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص 29 & د. علي الزيني: أصول القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، سنة 1945، ص 181 & د. علي العريف: شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، مطبعة أحمد مخيمر، الطبعة الثانية، سنة 1959، ص 184 & د. رضا عبيد: المرجع السابق، ص 7 & د. علي سيد قاسم: المرجع السابق، ص 3:4.

(3) د. عبد الفضيل محمد أحمد: المرجع السابق، ص 5 & د. محمد بهجت عبدالله قايد: المرجع السابق، ص 5.

المبحث الأول أركان عقد الإيواء

أركان عقد الإيواء لا تختلف في جوهرها عن أركان العقود عموماً، وهي تتمثل في توافر الرضا والمحل والسبب، وهو ما نوضحه.

الفرع الأول الرضا le consentement

الرضا يعد ركن العقد الأساسي وهو تعبير عن الإرادة يصدر من شخص ذي أهلية بغرض إحداث أثر قانوني⁽¹⁾، ويشترط فيه شروط تتعلق بوجوده وتسمى بشروط الانعقاد وشروط أخرى لسلامة الرضا تسمى بشروط صحة الرضا وهو ما نوضحه.

أولاً: شروط انعقاد الرضا:

إن الرضا يعني توافق أو ارتباط بين إرادتين أو أكثر، ويشترط لانعقاد العقد توافر إرادتين متطابقتين هي إرادة الموجب وإرادة القابل، ويعبر عن هاتين الإرادتين بالإيجاب والقبول.

1 - الإيجاب:

ويسمى العرض l'offre وهو تعبير عن الإرادة يصدر من شخص موجهاً إلى الطرف الآخر في العقد يعرض عليه ما يرضى أن يلتزم به منتظراً منه أن يقبله بتعبير مطابق لإبرام العقد بينهما، وهذا العرض قد يكون موجهاً للجمهور أو لشخص معين بقصد إبرام العقد⁽²⁾. ويشترط في العرض أن يكون باتاً يعبر عن إرادة نهائية على التعاقد إذا صادف قبولاً، كما يجب أن يكون محدداً وكاملاً بأن يتضمن كافة العناصر الأساسية في العقد⁽³⁾، والعرض في عقد الإيواء يصدر من متعهد الإيواء وعادة ما يصدر موجهاً للجمهور من خلال وسائل الإعلان

(1) د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، سنة 1991، ص 295.

(2) د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 30 &

P. Breese. G. Kaufman. op. cit., P. 186

(3) د. عبدالله الخشروم: عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الكتاب الثالث، أكاديمية شرطة دبي، خلال 26 : 28 أبريل 2003، ص 290 &

M. Isabelle. la formation des contrats de commerce electronque, September 1999, à la juriscom.net

المختلفة وأهمها موقعه على الإنترنت، وهذه العروض تصدر نهائية غير قابلة للتعديل، وتشمل العروض كافة البيانات وهو ما يجعل العرض تاماً وناقياً للجهة⁽¹⁾ وبالتالي إذا صادف قبولاً لدى أي شخص انعقد العقد.

2 - القبول l'acception :

وهو التعبير اللاحق للإيجاب ويعبر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب ويترتب عليه إذا ما تطابق مع الإيجاب انعقاد العقد، ويشترط فيه أن يصدر مطابقاً للإيجاب في كل جوانبه⁽²⁾، ويصدر القبول من طالب الإيواء «مورد المعلومات» وعليه أن يختار أحد العروض المقدمة دون أن يكون له حق تعديل العروض، وإذا ما تم اختيار العرض المناسب واختيار اسم النطاق فعليه أن يقوم بإدخال بيانات للحجز وإدخال معلومات عن كيفية دفع الاشتراك⁽³⁾. ولما كان قبول طالب الإيواء يتم دون حق إبداء أي اعتراض على عروض متعهد الإيواء أو حق التعديل وبالتالي فإن إرادته ليست حرة تماماً، وهو الأمر الذي يجعل عقد الإيواء بمثابة عقد إذعان، ووفقاً لتعريف الفقه الذي ذكر أن العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشة فيها وذلك لسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، وتكون المنافسة محدودة النطاق فيعد ذلك عقد إذعان⁽⁴⁾، كما جاء بالمادة 100 من القانون المدني المصري التي يقابلها المادة 145 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وهو الأمر الذي ينطبق على عقد الإيواء حيث يسلم طالب الإيواء «مورد المعلومات» بشروط متعهد الإيواء فعليه أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها، كما

(1) تصدر عروض استضافة المواقع شاملة كافة البيانات والمعلومات ومن أمثلة هذه العروض ما جاء بموقع شركة نت مصر من وجود أكثر من عرض للاستضافة وكل عرض له خدمات مختلفة عن العرض الآخر من حيث مساحة الاستضافة فيوجد 2 جيجا، 5 جيجا، 10 جيجا، الخ، ومعدل نقل البيانات فيوجد 10 جيجا، 15 جيجا، 20 جيجا إلخ، وحسابات البريد والنطاقات الفرعية، وسعر الدومين com 75 جنيه وسعر الدومين net 100 جنيه وسعر الدومين org 120 جنيه، وضمان لاستعادة الأموال خلال 30 يوم ومواصفات السيرفر ومكانه وأمريكا وطرق الاشتراك بالعروض وذلك مقابل اشتراك سنوي 175 جنيه، 225 جنيه، 325 جنيه حسب العروض بخلاف عروض أخرى باشتراكات مختلفة، وهناك عرض إضافي أن الاشتراك لمدة سنتين يمنح طالب الاستضافة سنتين إضافيتين مجاناً، راجع هذه العروض على الموقع www.netmasr.com

(2) د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 308 & د. عبدالله الخشروم: المرجع السابق، ص 293
M. Isabelle. op. cit. & P. Breese. G. Kaufman. op. cit., P. 192.

(3) راجع موقع شركة نت مصر لاستضافة المواقع www.netmasr.com

(4) بالفرنسية contrat d'adhesion وتسمى عند البعض بعقود الانضمام أو التلاحق، راجع د. محمد صالح: المرجع السابق، ص 206 & د. علي الزيني: المرجع السابق، ص 186 & د. علي البارودي: المرجع السابق، ص 219.

أن خدمة الاستضافة تقدمها شركات محدودة وهو ما يجعلها في وضع احتكار فعلي للخدمة، كما تعد الخدمة من الخدمات الضرورية لأناس كثيرين، وهذا ما أوضحتها محكمة النقض المصرية في شروط تحقق الإذعان عموماً⁽¹⁾، وجاء بأحكام محكمة النقض الفرنسية أن الأصل في العقود استقلالية الإرادة ولكن هذه الاستقلالية تغيب في عقود الإذعان حيث الإرادة ليست حرة تماماً وعليه فإن عقود الاتصالات الإلكترونية تعد عقود إذعان⁽²⁾.

ثانياً: شروط صحة الرضا:

1 - أهلية أطراف التعاقد: ونقصد بها صلاحية الشخص لإصدار تصرفات قانونية، ومناطقها التمييز فإذا كان طرفا العقد كلاهما أو أحدهما من الأشخاص الطبيعيين فيجب أن يكون بالغاً واحداً وعشرين سنة ميلادية⁽³⁾ وفقاً للقانون المصري والتي يقابلها المادة 85 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، ويجوز لمن بلغ ثماني عشرة سنة الحصول على إذن من المحكمة بالاتجار⁽⁴⁾. أما إذا كان من الأشخاص المعنويين «الاعتباريين» فيشترط أن يصدر التعبير من الشخص المختص بذلك قانوناً وفقاً للنظام الأساسي للشخص المعنوي.

2 - أن يصدر التعبير خالياً من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال «الغبين» مع ملاحظة أن عيوب الرضا في العقود التجارية عادة أضيق نطاقاً مما هو معروف في العقود المدنية، وجرى العرف التجاري على قبول بعض وسائل الترويج في الإعلانات في المجال التجاري والتي تعد من قبيل التدليس في القانون المدني، إلا أن التاجر شخص فطن لا يصح أن تنطلي عليه الحيل التدليسية بنفس الدرجة التي تنطلي بها على غير التاجر⁽⁵⁾، كما جاء في قانون التجارة المصري أنه لا يجوز للتاجر بسبب الاستغلال أو الغبن طلب إبطال العقود التي يبرمها لشئون تتعلق بأعماله التجارية أو إنقاص الالتزامات التي تترتب عليه بمقتضاها⁽⁶⁾. وإذا توافرت كل من شروط الانعقاد وشروط الصحة كان الرضا صحيحاً وأنتج أثره القانوني، ويترتب على عدم توافر شروط الانعقاد بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لأنها شروط

(1) نقض 12 مارس 1974، مجموعة النقض، س25، رقم 80، ص492 & نقض 3 يونيو 1969، مجموعة النقض 20، ص851.

(2) Cass. Civ. 30 Mai 2000, D. 2000, 879, note chazal & Cass. Civ. 3 Avril 2002, D. 2002, 1880, not Gridel et Chazal & A. Taïeb. op. cit.

(3) المادة 2/44 من القانون المدني المصري.

(4) المادة 1/11 من قانون التجارة المصري، والمادة 18 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم 18 لسنة 1993.

(5) د. عبد الفضيل محمد أحمد: المرجع السابق، ص15.

(6) المادة 52 من قانون التجارة.

لازمة لوجود العقد بينما يترتب على عدم توافر شروط الصحة هو قابلية العقد للإبطال «بطلاناً نسبياً»⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المحل l'objet

محل العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والمدين قد يلتزم بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ويشترط في المحل أن يكون موجوداً وممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون مشروعاً بمعنى عدم مخالفته للنظام العام والآداب⁽²⁾، وجاء في المادة 135 من القانون المدني المصري «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً»، وهو نفس ما جاء في المادة 151 من القانون المدني الإماراتي. ومحل عقد الإيواء هو القيام بعمل، ويتمثل في تخزين المعلومات على قرص صلب وتحميله على خادم serveur بحيث يظهر على الموقع بالإنترنت لكل من يدخل على الموقع، وهو نشاط متحقق فيه الشروط من حيث إمكانية الوجود ومعيناً ومشروعاً حيث يخضع لقانون تنظيم الاتصالات المصري رقم 10 لسنة 2003 وكل شخص طبيعي أو اعتباري يقدم خدمة الاتصالات لابد أن يحصل على ترخيص بذلك من جهاز تنظيم الاتصالات وفقاً للمادة 21 من القانون رقم 10 لسنة 2003.

الفرع الثالث

السبب la cause

السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد وليس مجرد الغرض النهائي، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً licite، والسبب المشروع هو الذي لا يحرمه القانون أو يخالف النظام العام والآداب⁽³⁾،

(1) ذهب أكثر الفقه إلى أن البطلان نوعان هما بطلان مطلق وبطلان نسبي بينما يرى البعض أن البطلان واحد، راجع د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 249.

(2) د. علي الزيني: المرجع السابق، ص 187 & M. Isabelle. op. cit.

(3) د. جميل الشرقاوي: المرجع السابق، ص 229 & د. علي الزيني: المرجع السابق، ص 187 &

M. Isabelle. op. cit.

= وجاء بالمادة 1133 من القانون المدني الفرنسي أن السبب غير المشروع عندما يكون ممنوع قانوناً أو يخالف الآداب العامة l'ordre public والنظام العام bonnes moeurs.

وجاء بالمادة 155 من القانون المدني الإماراتي والمادة 136 من القانون المدني المصري «إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان مخالفاً للنظام العام كان العقد باطلاً»، كما جاء بالمادة 1108 من القانون المدني الفرنسي أنه يشترط للتعاقد أن يكون رضا كل طرف صادر من ذي أهلية ومحل مؤكد وسبب مشروع للالتزام.

والسبب في عقد الإيواء يتمثل في رغبة موردي خدمات الإنترنت في القيام بالاستضافة للمواقع نظير مقابل مادي وهي رغبة مشروعة، وأيضاً رغبة طالب الإيواء أو موردي المعلومات في تخزين ونشر معلوماتهم على المواقع الإلكترونية وهي رغبة مشروعة طالما تم الالتزام بالقواعد القانونية المتعارف عليها سواء بالنسبة لموردي الخدمات أو موردي المعلومات.

المبحث الثاني آثار عقد الإيواء

عقد الإيواء من العقود الملزمة للجانبين حيث يلتزم كل طرف بالتزامات مقابلة للالتزامات الطرف الآخر، وفي هذا المبحث نبين هذه الالتزامات وطبيعتها وجزاء الإخلال بها في فروع ثلاثة.

الفرع الأول التزامات متعهد الإيواء

يرتب عقد إيواء الموقع الإلكتروني جملة التزامات على عاتق متعهد الإيواء نوضحها في النقاط التالية.

أولاً: الالتزام بتخزين المعلومات stockage d'informations :

يعد الالتزام الأساسي بالعقد هو قيام المتعهد بتخزين المعلومات على أجهزة السيرفر المركزية، وهذا الالتزام يقتضي الآتي⁽¹⁾ :

A. Gittan. responsabilité des hébergeurs: «Coke en stock»? , sur le site, droit-technologie.org, 13 Avril 2001.

(1) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 23 & د. إيمان مأمون أحمد: المرجع السابق، ص 72 & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 326 & د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق، ص 338 & د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: المرجع السابق، ص 374 & P. Caplain. op. cit., P. 8, P. 28 &

أ. حاتم بسباس: الموقع الإلكتروني نظامه القانوني في ظل التشريع التونسي، على الموقع: www.chawkitabib.info

العمل على توفير مساحة على القرص الصلب وتحميلها على أجهزته الفنية وبالتالي يجب عليه توفير الأدوات الفنية التي تسمح بذلك.

الالتزام بالمساعدة الفنية حتى تتوفر المعلومات على الموقع طوال اليوم وعلى مدار الساعة.

الالتزام بالمحافظة على المحتويات «المعلومات» من خلال توفير خوادم مركزية serveurs سريعة وقوية وذات مستويات حماية متقدمة، وقد جاء بقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 1 لسنة 2006 في المادة الخامسة أنه يشترط لحفظ المعلومات:

أ- حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به أو بشكل يمكن من إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت في الأصل.

ب- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها فيما بعد.

ج- أن يتم حفظ المعلومات بطريقة تحدد منشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

وتقوم شركات الإيواء بعمل نسخ احتياطي يومي وأسبوعي وشهري لمواقع العملاء وفقاً لنظام بأك أب Backup لتفادي الأخطاء الممكن حدوثها أو عند وجود اختراق من القرصنة Hackers⁽¹⁾، ويعد هذا الالتزام أساسياً لتحقيق وجود العقد فإذا لم يتحقق أو ينفذ التخزين أو لم يظهر على موقع الشبكة الدولية قامت مسؤوليته، وهو ما يجعل هذا الالتزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

ثانياً: الالتزام بواجب الحيطة والحذر de prudence et diligence :

ومقتضاه أن يقوم بأخذ الحيطة والحذر عند تمرير المعلومات إلى الشبكة الدولية والتأكد من مشروعيتها واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع بث المعلومات غير المشروعة وعليه يجب على المتعهد أن يقوم بالآتي:

1 - طلب البيانات التي تحدد شخصية العملاء والاحتفاظ بسريتها وعدم الكشف عنها إلا للضرورة، وبالتالي يجب عدم التعامل مع مجهول الاسم l'anonymat، ويجب الاحتفاظ

CH. Féral – Schuhl. op. cit, n 114.11 et 12, P. 794 & PH. Le Tourneau. op. cit, n 10.9, P. 371 & TGI Nanterre, 8 Déc. 1999, D. 2000, Somm. 274, obs. Caron. & La même sentence, à la JCP 2000, N 15-16, P. 657 & Cass. Com, 3 May. 2012, N: 11-10507, sur le site, legifrance.gouv.fr & J. Larrieu. op. cit., 1974 & L. Thoumyre. op. cit & J. Huet. op. cit.

(1) أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & الموقع www.netmasr.com

(2) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.9.1, P. 372.

بموافقته على الالتزام بالقواعد القانونية⁽¹⁾، وهو الأمر الذي أكدته القانون الإماراتي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 1 لسنة 2006 في المادة 21.

2 - وقف بث المحتويات غير المشروعة التي يظهر عدم مشروعيتها le manifestement illicite وذكر الفقه أن مظاهر عدم المشروعية تتمثل في الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة أو إذا كان المحتوى يتعلق بجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب أو التحريض على الكراهية والصور الإباحية للأطفال⁽²⁾. وفي هذا قضت محكمة استئناف باريس في 10 فبراير 1999 بغرامة تهديدية على متعهد الإيواء لنشره صوراً عارية لـ Estelle Hallyday بدون موافقتها وألزمته بمنع بث الصور موضوع الدعوى⁽³⁾، كما قضت محكمة استئناف فرساي في 8 يونيو 2000 بتعويض 20.000 فرانك لعارضة الأزياء Lynda Lacoste يلتزم بها متعهد الإيواء لقيامه بنشر صورها على الإنترنت وإخلاله بالتزامه بالحد من محتوى المعلومات⁽⁴⁾، كما قضت المحكمة التجارية بباريس في 2 مارس 2012 بصفة مستعجلة بعدم وجود مظاهر لتقليد الموقع الإلكتروني Psychologie.com وبالتالي غياب مظاهر عدم المشروعية ولا يوجد اعتداء على حقوق الملكية الفكرية⁽⁵⁾.

3 - وضع نظام للفلتر Filtrage بحيث لا يتم نقل وتخزين المعلومات غير المشروعة وذلك بناء على طلب السلطة القضائية لضمان إقامة التوازن بين حقوق الملكية الفكرية والحقوق الأخرى وبين الحريات الجوهرية (حرية التعبير وحرية المعلومات)، وهذا ما أكدته محكمة القضاء للاتحاد الأوروبي CJUE⁽⁶⁾ بقرارها في 16 فبراير 2012 لفلتر خدمات الإيواء⁽⁷⁾. ومقتضى نظام الفلتر أن يقوم المتعهد بفرض نوع من الرقابة على المعلومات أو ما يسمى الالتزام بالمراقبة obligation de veiller⁽⁸⁾ بالرغم من أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31

(1) د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 339 & أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & A. Gittan. op. cit. & CA de Reims, 5 Mai. 2009, D. 2009, N 36, 2470, note Huet (J).

(2) CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 114.34, P. 803 & O. Fondeville. A-S. Jouannan. le manifestement illicite, mystérieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur, sur le site, juriscorm.net & L. Thoumyre. comment les hébergeurs Français sont devenus jurges du manifestement illicite, à la 28 Juillet 2004, sur le site, juriscorm.net.

(3) CA Paris, 10 Fév. 1999, D. 1999, jur. 389, note mallet-poiyol.

(4) CA Versailles, 8 Juin. 2000, sur le site, juriscorm.net.

(5) T. Com de Paris, 2 Mars. 2012, sur le site, legalis.net.

(6) اختصاراً Cour de justice de l'union européenne

(7) راجع القرار رقم 12/11 في 16 فبراير 2012 CJUE على الموقع:

www.pcinpact.com

(8) A. Singh. Loi «création et internet»: une obligation «F loue» à la charge de l'internaute?, D. 2009, N 5, 306. & L. Marino. la loi du 28 Octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, D. 2010, N 3, 160 : 162.

حول التجارة الإلكترونية في المادة 1/15 حظر على الدول الأعضاء فرض المتزام عام على مقدمي خدمات الإنترنت برقابة المعلومات التي يتولون نقلها أو تخزينها أو التزام بالبحث عن الأنشطة غير المشروعة⁽¹⁾، ولا يوجد تعارض مع وضع نظام الفلترة لأن التوجيه الأوروبي السابق ذكر في المادة 12 أن على المهنيين أن يتصرفوا بشكل مناسب لمنع الوصول إلى المحتوى غير المشروع، وأن عليهم اتخاذ الاحتياطات المناسبة في حالة تحذيرهم بعدم مشروعية المحتوى سواء من القضاء أو من الغير الذي يتضرر من عدم مشروعية المحتويات⁽²⁾، كما أن وضع نظام الفلترة يتم بناء على طلب السلطة القضائية وبالتالي فلا تعارض مع الالتزام العام بعدم مراقبة المحتويات، ويجب ملاحظة أن طبيعة التزام المتعهد بواجب الحيلة والحذر هو التزام ببذل عناية obligation de moyen⁽³⁾.

ثالثاً: الالتزام بالإعلام والنصيحة والمعلومات:

- 1 - يلتزم بإعلام أصحاب المواقع «طالبى الإيواء» بضرورة احترام القوانين والاتفاقيات الدولية وعدم الاعتداء على الغير واحترام حقوق الملكية الفكرية⁽⁴⁾.
 - 2 - يلتزم بالحصول على بيانات العملاء «طالبى الإيواء» من اسمه وسكنه ورقم تليفونه وبريده الإلكتروني مع ضمان سريتها.
 - 3 - يلتزم بنشر معلومات عنه بالموقع الذي يتم إيواءه سواء على صفحة الموقع أو من خلال أيقونة يسهل الوصول إليها من صفحة الموقع⁽⁵⁾، حتى يتمكن الجمهور من الاتصال به لأي سبب كان.
- الالتزام بإعلام السلطات المختصة informer les autorités عن كل الأنشطة غير المشروعة وعليه واجب المساعدة على مكافحة الجرائم ضد الإنسانية والكرهية العنصرية وغيرها وفقاً لنص المادة I/V/6 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004⁽⁶⁾.

(1) د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 347 & R. Hardouin. Observations sur le nouvelles obligations prétoirien des hébergeurs, sur le site, juriscorm.net

(2) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 334.

(3) أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & CA Versailles, 8 Juin. 2000, sur le site, juriscorm.net

(4) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 334 & الموقع chawkitabib.info & P. Caplain. op. cit., P. 29 & A. Gitton. op. cit.

(5) A. Gittan. op. cit.

(6) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.19, P. 379 & R. Marichez. Sécurité des hébergeurs, sur le site, media.fmog.org & www.universites-numeriques.fr

الفرع الثاني التزامات مورد المعلومات

يعد مورد المعلومات هو الطرف الثاني في عقد الإيواء ويطلق عليه الفقه تسميات عدة فهو مورد المحتويات le fournisseur de contenus⁽¹⁾، أو المستفيد من الإيواء l'heberge⁽²⁾، أو العميل client⁽³⁾، أو الطالب demandeur⁽⁴⁾، وهذا المورد يلتزم بالآتي:

أولاً: الالتزام بتوريد معلومات حقيقية ومشروعة:

يعد مورد المعلومات المسؤول الأول عن المعلومات التي يقوم بنشرها على موقع الإنترنت من خلال متعهد الإيواء وهو الذي يزود الوسطاء الفنيين «متعهدي الإيواء» بالمعلومات والبيانات التي تبث على الموقع، وهو الذي يحدد مضمون ما يثبت سواء كانت نصوصاً مكتوبة أو صوراً أو قطعاً موسيقية أو علامات تجارية يعلن عنها، ومورد المعلومات قد يكون منتجها أو مؤلفها أو يقتصر دوره على مجرد اختيار هذه المعلومات وتجميعها وتحميل نظامها المعلوماتي على الإنترنت لتكون تحت تصرف وإطلاع مستخدمي شبكة الإنترنت، وعليه أن يلتزم بتوريد معلومات حقيقية وهو ما يقتضي التأكد من صحتها ويتم ذلك بعد فحصها ورقابة مضمونها، وعليه التأكد أيضاً من مشروعيتها وأنها لا تخالف النظام العام l'ordre public أو القيم الأخلاقية valeurs éthiques وأنها لا تمس حقوق الملكية الفكرية أو حرمة الحياة الخاصة la vie privée أو تحض على الكراهية أو العنصرية، ومجمل القول احترام القوانين والأعراف الدولية⁽⁵⁾، وفي هذا قضت المحكمة الابتدائية لباريس في 24 نوفمبر 2005 بإدانة ومسؤولية ناشر المعلومات باعتباره مدير تحرير موقع الإنترنت بجرائم القذف diffamation والسب injure لنشره مقالة على موقعه بعنوان «الإسلام أو كراهية الآخر l'islam au la haine de l'autre» لأنها تحض على كراهية المسلمين والتشهير بهم⁽⁶⁾، كما قضت محكمة النقض الفرنسية في 29 نوفمبر 2011 أن نشر معلومات عن البضائع بالمواقع الإلكترونية مع دعوة للتعاقد على البيع يعد عرضاً للبضائع وهو ما يجعلها أماكن تجارية liens commerciaux وعلى ناشري المعلومات

(1) CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.11, P. 822.

(2) P. Caplain. op. cit., P. 20.

(3) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.10, P. 373.

(4) S. Guinchard. M. Harichaux. R-de. Tourdonnet. op. cit., P. 148.

(5) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 339 & د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.26, P. 385 & CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.22, P. 824 & P. Caplain. op. cit., P. 29 et 30.

(6) CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.31, P. 825.

أن تكون عروضهم حقيقية وأن تكون المعلومات كاملة عن الثمن ومصاريف التسليم ومدة صلاحية العرض وشروط الضمان وخصائص السلع أو الخدمات المعروضة، فإذا لم تتوافر أي من هذه المعلومات عد ذلك غشاً Tromperie وعد ذلك عملية تجارية غير مشروعة تطبق عليها المادتين L 120 - 1 ، L 121 - 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾.

ثانياً: الالتزام بالشفافية Transperence :

- ومقتضى الشفافية أن يكون المورد للمعلومات بمثابة كتاب مفتوح للجمهور وعليه أن يقوم بالآتي⁽²⁾:
- 1 - الإبلاغ عن أي نشاط غير مشروع يصل إلى علمه، والأصل أن يكون عالمياً بكل المحتويات التي يتم نشرها على المواقع.
 - 2 - نشر بيانات التعريف به إذا كان شخص طبيعى أو معنوي من الاسم وعنوانه أو مركز إدارته وفقاً للمادة 1/3/6 من قانون الثقة الفرنسي الذي ألزم كل من يتعامل مع الإنترنت بالتعريف عن نفسه⁽³⁾.
 - 3 - أن يقوم بتحديد مدير تحرير للموقع أو رئيس تحرير يكون مسؤولاً عن صحة المعلومات ومشروعيتها.
 - 4 - الكشف عن اسم متعهد الإيواء وعنوانه ومركز إدارته ويكون ظاهراً للعيان على موقع الصفحة أو على الأقل يمكن الوصول إليه من خلال الضغط على أيقونة أو إشارة من على صفحة الموقع.
 - 5 - أن يلتزم بالتعاون Coopérer مع متعهد الإيواء على حفظ النظام المعلوماتي وحمايته مما يضر بالشبكات من فيروسات وغيرها أو تبادل المعلومات لضمان انتظام أداء الخدمة.

ثالثاً: الالتزام بحق الرد droit de réponse :

نظراً لاعتبار مواقع الإنترنت أدوات لنشر المعلومات مثلها مثل غيرها من الصحافة المكتوبة أو وسائل الإعلام المرئية التي تلتزم بإعطاء الجمهور حق الرد على كل ما يمس شرفه أو اعتباره، وهو الأمر الذي أكد عليه الفقه من أن موردي المعلومات يعدون بمثابة ناشرين les editeurs وفقاً للمادتين 43-9، 43-10 من قانون 30 سبتمبر 1986 والمتعلق بحرية الاتصالات⁽⁴⁾.

(1) Cass. Com, 29 Nov. 2011, N 10-27402, sur le site, legifrance.gouv.fr

(2) د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 339 & أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & P. Caplain. op. cit., P. 29 & PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.10, P. 373.

(3) CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.31, P. 825.

(4) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 328 &

CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.31, P. 825.

ومقتضى الالتزام أن يقوم المورد للمعلومات بنشر رد الجمهور على أية مادة معلوماتية منشورة على شبكة الإنترنت تمس بشرفه أو بسمعته أو تنتهك حقوقه ويجب عليه طبقاً للمادة IV/6 من قانون الثقة الفرنسي⁽¹⁾ أن يقدم الرد إلى مدير النشر المسؤول خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ وقف بث المضمون غير المشروع ويلتزم بنشره خلال ثلاثة أيام من استلامه الرد⁽²⁾، وتكون مدة نشر الرد على الأقل تساوي مدة نشر المعلومات غير الصحيحة ولا تقل في جميع الأحوال عن مدة 24 ساعة⁽³⁾.

رابعاً: الالتزام بدفع الثمن :paiement de prix

سبق الذكر أن الإيواء نوعان هما إيواء بمقابل، وإيواء مجاني⁽⁴⁾ gratuit، أما الإيواء المجاني دون مقابل مادي وإنما يوجد له مقابل غير مباشر يتمثل في إيرادات الإعلانات التي تنشر على المواقع المجانية التي عادة ما تعطي مساحة صغيرة على الخادم serveur⁽⁵⁾، أما الإيواء بمقابل فيلتزم المورد للمعلومات بدفع الثمن المتفق عليه الذي تختلف قيمته بحسب مساحة القرص، وتزيد هذه القيمة كلما زادت المساحة⁽⁶⁾، وعادة ما يتم سداد المقابل شاملاً كل الخدمات التي بالعرض، كما يتم السداد مقدماً قبل تحقيق الخدمة، ويحدد متعهد الإيواء كيفية السداد وهي طرق عدة تيسر للمورد سبل دفع الثمن⁽⁷⁾، ومتى تم الاتفاق على الدفع والطريقة التي يتم بها الالتزام المورد بذلك وفق الميعاد المتفق عليه وإلا كان من حق متعهد الإيواء إيقاف البث المعلوماتي⁽⁸⁾.

(1) Art. 6 modifié par Loi 2011/267 du 14 Mars. 2011, sur le site, legifrance.gouv.fr

(2) د. عبد الفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & أ. حاتم بسباس: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 339 CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117.21, P. 822.

(3) TH. Verbiest. P. Reynaud. le régime juridique du droit de réponse sur internet, sur légipresse, N 236, Nov. 2006, sur le site, droit-technologie.org & TH. Verbiest. Le droit de réponse en ligne est enfin reglementé, sur le site, journaldunet.com

(4) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.10, P. 373 & E. Barbry. A. Bensoussan. op. cit.

(5) عادة المواقع المجانية في حدود 1500 ميجا بايت بينما المواقع غير المجانية فتكون مساحتها أكبر بمراحل تبدأ من 2 جيجا بايت وحتى 100 جيجا بايت، راجع المواقع: www.netmasr.com

(6) تقاس مساحة القرص على الخوادم بالبايت byte فيوجد كيلوبايت = 1024 بايت، ميجابايت 1024 كيلوبايت، جيجابايت 1024 ميجابايت، وكلما كانت المساحة كبيرة سمحت بمعدل نقل بيانات أكبر، فمثلاً مساحة 2 جيجابايت تعطي معدل نقل بيانات 10 جيجا، انظر العرض الأول لشركة نت مصر على الموقع www.netmasr.com. وقيمة الاشتراك للعرض الأول لمساحة 2 جيجابايت مبلغ 175 جنية سنوي، والعرض الثاني لمساحة 5 جيجابايت مبلغ 225 جنية سنوي، والعرض الثالث لمساحة 10 جيجابايت مبلغ 325 جنية.

(7) تحدد الشركات عادة عدة طرق للدفع فإذا أن يتم الدفع في المقر الإداري للشركة أو إيداع بنكي باسم أحد مسؤولي الشركة على رقم حساب محدد مع رقم الموبايل للمستول أو بحوالة بريدية فورية باسم المستول أو عن طريق ويسترن يونيون لتحويل الأموال، راجع ذلك على الموقع: www.netmasr.com

(8) P. Caplain. op. cit, P. 26 et 28 & PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.10, P. 373 & S. Guinchard. M. Harichaux. R-de. Tournonnet. op. cit., P. 148.

الفرع الثالث جزاء الإخلال بالتزامات عقد الإيواء

متى أخل أي من طرفي العقد أو أحدهما بالتزاماته نشأت المسؤولية القانونية بحقه وكان على المتضرر من ذلك المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، هذا بخلاف إمكانية تحقق المسؤولية الجنائية متى تم ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، وعليه يوجد نوعان من المسؤولية هما المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية نوضحهما.

أولاً: المسؤولية المدنية:

تنشأ المسؤولية المدنية نتيجة عدم تنفيذ أي من طرفي العقد التزاماته، والمسؤولية نوعان هي المسؤولية العقدية متى كانت هناك رابطة عقدية بين الطرفين، ومسؤولية تقصيرية عند وقوع ضرر نتيجة خطأ أحد المتعاقدين تجاه الغير، وفيما يلي نبين حالات المسؤولية وشروط تحققها وحالات الإعفاء وشروط الاستفادة منه.

1 - حالات المسؤولية المدنية:

تتوافر المسؤولية المدنية في حالة توافر أي من الحالات التالية ⁽¹⁾:

- أ- الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية.
- ب- انتهاك حقوق الملكية الفكرية وحقوق الغير.
- ج- انتهاك حرمة الحياة الخاصة.
- د- عبارات السب والقذف.

2 - شروط تحقق المسؤولية المدنية ⁽²⁾:

يشترط لتحقيق المسؤولية وفقاً للقواعد العامة وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وقد أورد الفقه حالات للخطأ التي يترتب عليها تحقق المسؤولية وهي:

- أ- المعرفة الحقيقية Connnaissance effective للطبيعة غير المشروعة للمعلومات أو الأنشطة.

(1) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 351 & د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق &

CA de Versailles, 8 June. 2000, N de RG: 2000-1481, sur le site, legifrance.gouv.fr

(2) D. Guillet. R. Hardouin. Tableaux Comparatifs Commentaires des regimes de responsabilite des prestataires techniques aux Etats – Unis, en France, en Allemagne, en Espagne et en Finlande, sur le site, juriscom.net, P. 3 & J. Larrieu. op. cit.

ب- إن الأعمال تحمل مظاهر عدم المشروعية le manifestement illicite وذلك عند تعلق المحتويات بجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب أو التحريض على الكراهية أو الصور الإباحية للأطفال أو إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾.

ج- التحذير بوجود أعمال غير مشروعة من خلال إخطار بمحضر رسمي process يبين فيه الطالب طبيعة الأعمال غير المشروعة أو بطلب من السلطة الإدارية أو القضائية بوقف الأعمال غير المشروعة، وأمام كل ذلك لم يتخذ متعهد الإيواء أو مورد المعلومات أية إجراءات لوقف بث هذه الأعمال غير المشروعة⁽²⁾.

3 - حالات الإعفاء من المسؤولية:

وفقاً للمادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية يتم إعفاء مورد المعلومات في الحالات التالية⁽³⁾:

أ- عدم معرفة مضمون المحتويات غير المشروعة.

ب- أن يتم وقف بث أو نشر هذه المعلومات فور علمه بعدم مشروعيتها أو منع الاتصال بها أو الحصول عليها أو سحب retrait المعلومات غير المشروعة، ويجوز لأي شخص متضرر وفقاً للمادة السادسة من قانون الثقة الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 تقديم طلب إلى القضاء أو إلى مقدم الخدمة بسحب العمل غير المشروع.

كما جاء بقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 1 لسنة 2006 بالمادة 21/ خامساً عدم مسؤولية مزود الخدمات عن أي ضرر إذا أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه وهو ما يعرف قانوناً بعدم صدور خطأ من المتعاقد وحالة القوة القاهرة.

4 - شروط الإعفاء من المسؤولية:

وفقاً للمادة 1/12 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية يشترط

(1) O. Fondeville. A-S. Jouannon. op. cit. & T. Thoumyre. op. cit.

(2) د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 367 : 370

R. Hardouin. op. cit.

(3) د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق & د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 371 : 372 & وراجع قرار محكمة القضاء للاتحاد الأوروبي في 16 فبراير 2012 على الموقع:

legalis.net & R. Hardouin. op. cit. & TH. Verbiest. Avant – projet de loi sur l'économie numérique: premiere analyse, sur le site, droit-technologie.org & Cass. Com, 3 May. 2012, N: 11-10505, sur le site, legifrance.gouv.fr

لإعفاء المورد من المسؤولية الآتي⁽¹⁾:

- أ- ألا يكون المورد مصدر الضرر.
- ب- ألا يكون قد اختار المرسل إليه الذي ينقل إليه المعلومات.
- ج- ألا يختار المعلومات التي يقوم بنقلها أو يعدل فيها.

ثانياً: المسؤولية الجنائية:

تتحقق المسؤولية الجنائية عندما يتم ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون وتوافر أركانها وفقاً للقواعد العامة من ركن مادي وهي الأفعال التي تمثل اعتداء على الحقوق التي يحميها القانون، وركن معنوي يتمثل في ضرورة توافر القصد الجنائي. وتتحقق المسؤولية عندما يقوم مورد المعلومات بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها سواء في قانون العقوبات أو أي قانون آخر مثل قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 أو قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم 24 لسنة 2006 أو قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 2 لسنة 2006 الإماراتي والقانون المصري لحماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002. وفي فرنسا صدر القانون رقم 1311 لسنة 2009 في 28 أكتوبر 2009 المتعلق بالحماية الجنائية للملكية الأدبية والفنية على الإنترنت⁽²⁾، وقد جاء هذا القانون بعقوبة تكميلية complémentaire وهي الإيقاف la suspension للمشارك بالإنترنت وذلك لمدة أقصاها سنة واحدة وهي عقوبة لا توقع في حالة العروض التجارية عن طريق التليفون أو التلفزيون، ويلتزم المشترك بدفع الاشتراك خلال مدة الإيقاف لمورد الخدمة كما يتحمل المشترك مصاريف إزالة الاشتراك ويتم توقيع العقوبة من السلطة القضائية ويتم إخطار مورد الخدمة بتنفيذ العقوبة خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر تحسب من تاريخ الإخطار وإذا لم يتم بتنفيذ العقوبة توقع غرامة لا تتجاوز خمسة آلاف يورو⁽³⁾.

ويعد مورد المعلومات المصدر الأساسي للمعلومات وبالتالي هو المسؤول الأول عنها باعتباره الفاعل الأصلي في الجريمة، بينما تقوم مسؤولية الإيواء على أساس التدخل في الجريمة أو الاشتراك فيها بتسهيل نشرها على الإنترنت وعدم وقف بثها أو سحبها متى كانت تحمل

(1) د. عبدالفتاح محمود كيلاني: المرجع السابق.

(2) F. Pinard. le controle de la connexion internet par l'utilisateur, édité sur le site, juriscor.net, le 14 Mars. 2012 & JORF n 0251 du 29 Octobre. 2009, P. 18290.

(3) L. Marino. op. cit & Art. 7, du loi 2009/1311 à la 28 Octobre. 2009, sur le site, legifrance.gouv.fr

مظاهر عدم المشروعية، ولا يمكن إدانة المورد أو متعهد الإيواء إلا إذا ثبت علمهما بالأفعال المرتكبة وتوافر القصد الجنائي، فإذا انتفى العلم انتفى القصد الجنائي وبالتالي فلا جريمة في حالة ثبوت عدم علمهما الفعلي *effectivement connaissance* بالمعلومات غير المشروعة أو إذا قاما بمجرد علمهما بعدم مشروعيتهما بشطبها من المواقع الإلكترونية وسحبها ومنع وصول الجمهور إليها⁽¹⁾.

وقد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية بأحكامه في 12 يناير 1989 و 9 سبتمبر 2003 على اعتبار نقل المعلومات دون موافقة أصحابها بمثابة جريمة سرقة *vol* وأن السرقة لا تتعلق بالسلع المادية فقط وإنما تمتد للسلع المعنوية *biens incorporels* وتشمل محتوى المعلومات وذلك حماية للنظام الاجتماعي *l'ordre social*⁽²⁾، كما قضت المحكمة الابتدائية لباريس في 24 نوفمبر 2005 بإدانة مدير التحرير للموقع الإلكتروني لنشره مقالة بعنوان *l'islam ou la haine de l'autre* لتوافر جرائم القذف والسب *delits de diffamation et d'injure*⁽³⁾.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث عقد إيواء الموقع الإلكتروني، وهو أحد عقود التجارة الإلكترونية وقد تم تقسيم البحث إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول ماهية عقد إيواء الموقع الإلكتروني وتكلمنا فيه عن ماهية الموقع الإلكتروني وعناصره ومدى أهميته وأوجه الشبه مع المحل التجاري، كما تكلمنا عن ماهية عقد الإيواء من تعريفه وخصائصه وأطرافه وطبيعته القانونية، وقلنا أنه عقد تجاري وقد اختلف الفقه في تحديد وصفه القانوني، ورأينا أنه عقد إيجار أشياء إذا اقتصر على الإيواء فقط، أما إذا كانت هناك خدمات أخرى مرتبطة وهو الغالب عملاً فيكون عقد تقديم خدمات وهو بمثابة عقد مقاولاة في طائفة العقود المسماة، وفي الفصل الثاني تناولنا تكوين العقد وآثاره وهو يتكون من أركان العقد في العقود من رضا ومحل وسبب، وذكرنا أن العقد من عقود الإذعان التي يسلم فيها مورد المعلومات بشروط متعهد الإيواء دون مناقشة أو حق التعديل، ثم تحدثنا عن آثار العقد، وبيننا التزامات متعهد الإيواء التي تشمل الالتزام بتخزين المعلومات، واتخاذ واجب الحيلة والحذر، وواجب الإعلام والنصيحة والمعلومات، كما بينا التزامات مورد المعلومات وهي الالتزام

(1) د. أحمد فرح: المرجع السابق، ص 353 &

D. Guillet. R. Hardouin. op. cit. & CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 114.31, P. 800.

(2) PH. Le Tourneau. op. cit., n 10.12, P. 375.

(3) CH. Féral – Schuhl. op. cit., n 117-31, P. 825.

بتوريد معلومات حقيقية ومشروعة، والالتزام بالشفافية، وإعطاء حق الرد للجمهور على كل ما يتم بثه يرى فيه مساساً بحقوقه، والالتزام بدفع الثمن متى كان الإيواء بمقابل، ثم تحدثنا عن جزاء الإخلال بتلك الالتزامات، وهي ترتب مسؤولية مدنية وأخرى جنائية.

وختاماً نرى بحث التوصيات التالية:

- 1 - العمل على تدخل الأجهزة المعنية بتنظيم الاتصالات في تنظيم العقود المتعلقة بإيواء المواقع الإلكترونية بما يزيل كثيراً من شروط الإذعان مع إعطاء الحق للمستفيد من الإيواء في نيل حقوقه المشروعة وتفعيل هذه الحقوق من خدمة جيدة وبسعر أقل وهو ما يتطلب تفعيل قواعد المنافسة بما يصب في النهاية لمصلحة المستهلك.
 - 2 - العمل على سرعة إصدار قانون ينظم خدمات الإنترنت، ومنها خدمة إيواء المواقع الإلكترونية سواء من خلال قانون للإنترنت أو جزء من خلال قانون للتجارة الإلكترونية على أن يشمل تنظيم عقود التجارة الإلكترونية ومنها عقد إنشاء الموقع الإلكتروني وعقد الدخول إلى الإنترنت وعقد إيواء الموقع الإلكتروني.
 - 3 - العمل على تغليظ العقوبات للجرائم المرتكبة من خلال الإنترنت لأن أثر الجرائم من خلال الشبكة أكثر تأثيراً من أي وسيلة أخرى للاتصال، وهو الأمر الذي يتطلب العمل بشفافية في هذا المجال لكل من يرتبط به من إدلاء بالمعلومات والبيانات الخاصة بإمكانية الاتصال، والرد على الشكاوى بسرعة.
 - 4 - إعطاء الحق لأي متضرر من المعلومات المنشورة على الإنترنت في التقدم بشكوى إلى متعهد الإيواء، أو مورد المعلومات أو الجهات الإدارية والقضائية لحد من الجرائم المرتكبة يومياً على الشبكة، وهو الأمر الذي يتطلب تنظيمياً تشريعياً لكل الجرائم على الشبكة.
 - 5 - تشديد العقوبات على كل من متعهد الإيواء ومورد المعلومات للجرائم التي يتم ارتكابها يومياً على الشبكة باعتبارهما شركاء في الجريمة أو فاعلين أصليين وهو الأمر الذي يتطلب تنظيمياً تشريعياً.
 - 6 - العمل على النص في التشريع الجديد للتجارة الإلكترونية أو قانون للإنترنت بتوقيع عقوبة الإيقاف لكل مشترك يخالف التعليمات أو يمس بحقوق الغير مثلما هو الحال في المادة السابعة من القانون الفرنسي رقم 1311/2009 الصادر في 28 أكتوبر 2009 والمتعلق بالحماية الجنائية للملكية الأدبية والفنية على الإنترنت.
- والله ولي التوفيق

المراجع

أولاً: المراجع العربية

- 1 - أ. أحمد حسني: قضاء النقص التجاري في خمسين عاماً من 1931 إلى 1981، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة.
- 2 - د. أحمد فرح: النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت، مجلة المنارة بالأردن، المجلد 13، العدد 9، السنة 2007، على الموقع www.lawjo.net
- 3 - د. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة 2000.
- 4 - د. أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، سنة 2005.
- 5 - د. إيمان مأمون أحمد: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق المنصورة، سنة 2005/2006.
- 6 - د. أيمن مصطفى البقلي: النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية حقوق أسيوط، سنة 2009.
- 7 - د. ثروت علي عبدالرحيم: شرح القانون التجاري المصري الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، سنة 2000.
- 8 - د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، سنة 1991.
- 9 - أ. حاتم بسباس: الموقع الإلكتروني: نظامه القانوني في ظل التشريع التونسي، على الموقع chawkitabib.info
- 10 - د. رشا محمد تيسير، د. مها يوسف خصاونه: تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع التجاري الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون بالإمارات، العدد 46، أبريل 2011.
- 11 - د. رضا عبيد: القانون التجاري: الطبعة الخامسة، سنة 1984.
- 12 - د. سميحة القليوبي: الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، سنة 2005.
- 13 - د. طاهر شوقي مؤمن: النظام القانوني لاسم النطاق، دار النهضة العربية، سنة 2010.
- 14 - د. عايد رجا الخلايله: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 2009.
- 15 - د. عبدالفتاح محمود كيلاني: مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الإنترنت على الموقع: www.flaw.bu.edu.eg
- 16 - د. عبدالفضيل محمد أحمد: العقود التجارية وعمليات البنوك، مكتبة الجلاء الجديدة

- بالمنصورة، بدون سنة نشر.
- 17 - د. عبدالله الخشروم: عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، الكتاب الثالث، أكاديمية شرطة دبي، خلال الفترة 26 : 28 أبريل 2003.
- 18 - د. علي البارودي: القانون التجاري، منشأة المعارف، سنة 1975.
- 19 - د. علي الزيني: أصول القانون التجاري: الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، سنة 1945.
- 20 - د. علي العريف: شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، مطبعة أحمد مخيمر، الطبعة الثانية، سنة 1959.
- 21 - د. علي جمال الدين عوض: القانون التجاري، دار النهضة العربية، سنة 1989.
- 22 - د. علي حسن يونس: المحل التجاري، دار الفكر العربي، سنة 1974.
- 23 - د. علي سيد قاسم: قانون الأعمال «الجزء الرابع»، العقود التجارية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- 24 - فرانك فيور: إنشاء مشروع تجاري عبر الإنترنت، ترجمة ستب توب، دار الفاروق للنشر والتوزيع، الطبعة العربية الأولى، سنة 2003.
- 25 - د. كمال محمد أبوسريع: المحل التجاري، سنة 1994.
- 26 - د. محمد بهجت عبدالله قايد: العقود التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 1955.
- 27 - د. محمد حسام محمود: عقود خدمات المعلومات، بدون، سنة 1994.
- 28 - د. محمد حسني عباس: الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، سنة 1950.
- 29 - د. محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2009.
- 30 - أ. محمد رضوان إحسان: عقد الاشتراك بالخدمة الهاتفية، بدون، سنة 91/90، إهداء من كلية حقوق دمشق.
- 31 - د. محمد صالح: أصول التعهدات، مطبعة الاعتماد، الطبعة الرابعة، سنة 1933.
- 32 - د. محمد محمد هلاله: مبادئ القانون التجاري، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، الطبعة الأولى، سنة 2000.
- 33 - د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1986.
- 34 - د. مصطفى كمال طه: مبادئ القانون التجاري، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة 1979.
- 35 - د. هاني دويدار: التنظيم القانوني للتجارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2001.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- 1 - Azéma G. la gérance du fonds de commerce. Belfond. Paris. 1993.
- 2 - Balassoupramaniane I. le fonds de commerce virtuel. www.barreau.qc.ca
- 3 - Barbry E. Bensoussan A. contrat d'hébergement: ce qu'il faut prevair. Mars. 2000. sur le site. journaldunet.com
- 4 - Baussard H. le fonds de commerce virtuel: une réalité juridique? Sur le site. droit-entreprises.lemandedudroit.fr. à la 28 Octobre 2002.
- 5 - Breese P. Kaufman G. guide juridique de l'internet et du commerce électronique. édition Vuibert. 2000.
- 6 - Bruguière J-M. l'exécution du contrat électronique. dans la livre «le contrat électronique». LGDJ. 2005.
- 7 - Caplain P. le contrat d'hébergement de site web. sur le site. juriscom.net
- 8 - Corone S. qu'est – ce qu'an fonds de commerce?. Publié le 27 Juin. 2011. sur le site. lentreprise.lexpress.fr
- 9 - Dusart A. Vatin J. droit commercial. les éditions foucher. Paris. 1973.
- 10 - Féral – Schuhl CH. Cyper droit. Dalloz. 6 éd. 2010.
- 11 - Fernando S. vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial électronique?. sur le site. droit-tic.com
- 12 - Fondeville O. Jouannon A-S. la manifestement illicite. mysterieux point de rencontre entre la victime et l'hébergeur. sur le site. juriscom.net
- 13 - Gittan A. responsabilité des hebergeurs: «coke en stock.?. sur le site. droit-technologie.org. 13 Avril. 2001.
- 14 - Guillet D. Hardouin R. Tableaux comparatifs commentés des regimes de responsabilité des prestataires techniques aux Etats – Unis. en France. en Allemagne. en Espagne et en Finlande. sur le site. jouriscom.net
- 15 - Guinchard S. Harichaux M. Tourdonnet R. de. internet pout le droit. Mantchrestien. 1999.
- 16 - Guyénat J. cours de droit commercial. dépôt legal. 1977.
- 17 - Hardouin R. observations sur le nouvelles obligations pretoriennes des

hébergeurs. sur le site. juriscom.net

18 - Huet J. sedo n'est pas un hébergeur (suite). D. 2009, N 6, P. 410.

19 - Isabelle M. la formation des contrats de commerce électronique.
Septembre. 1999. à la juriscom.net

20 - Juridoc O. la cession de fonds de commerce. à la 6 Octobre 2009. sur le site.
legavox.fr

21 - Larrieu J. le bénéfice convoité de la responsabilité limite des hébergeurs. D.
2009, N 29, P. 1998.

22 - Le Tourneau PH. contrats informatiques et électroniques. Dalloz. 2012.

23 - Loiseau G. nom de domaine et internet: Turbulences autour d'un nouveau
signe distinctif. D. 1999, n 23, Chron. P. 245.

24 - Mallet - Poujol N. la liberté d'expression sur l'internet: aspects de droit
interne. D. 2007, N 9, P. 591.

25 - Marichez R. sécurité des hébergeurs. sur le site. media.fmog.org

26 - Marino L. la loi du 28 Octobre. 2009. relative à la protection pénale de la
propriété littéraire et artistique sur internet. D. 2010, N 3, P. 160.

27 - Pinard F. le contrôle de la connexion internet par l'utilisateur. édité sur le
site. juriscom.net. le 14 Mars. 2012.

28 - Poidevin B. Mettre en valeur son fonds de commerce électronique. journal
N 530 ,5467- Mai. 2008. sur le site. echos-judiciaires.com

29 - Rollux O. le clientele. element preponderant du fonds de commerce. Fiche.
10 Octobre. 2009. sur le site. univ.lyon3.fr

30 - Silva F. vers la reconnaissance du fonds de commerce et du bail commercial
électronique?. sur le site. avocats-publishing.com. à la 17 Juillet. 2004.

31 - Singh A. Loi «Création et internet», une obligation «Floue», à la charge de
l'internaute?. D. 2009, N 5, P. 306.

32 - Taïeb A. la modification unilatérale des contrats de communications
électroniques. Juin. 2007. sur le site. juriscom.net

33 - Tardieu - Guigues E. noms de domaine. petites nouvelles. droit de

l'internet, JCP 2004, N 4, Chron. 111.

34 - Thoumyre L. comment les hebergeurs Français sont devenus jurges du manifestement illicite, à la 28 Juillet. 2004, sur le site, juriscom.net

35 - Thoumyre L. les notions d'éditeur et hébergeur dans l'économie numérique, D. 2010, N 14, P. 837.

36 - Verbiest TH. Avant – projet de loi sur l'économie numérique, première analyse, sur le site, droit-technologie.org

37 - Verbiest TH. Le Borne M. le fonds de commerce virtuel, sur le site, droit-technologie.org, à la 5 Juillet 2002.

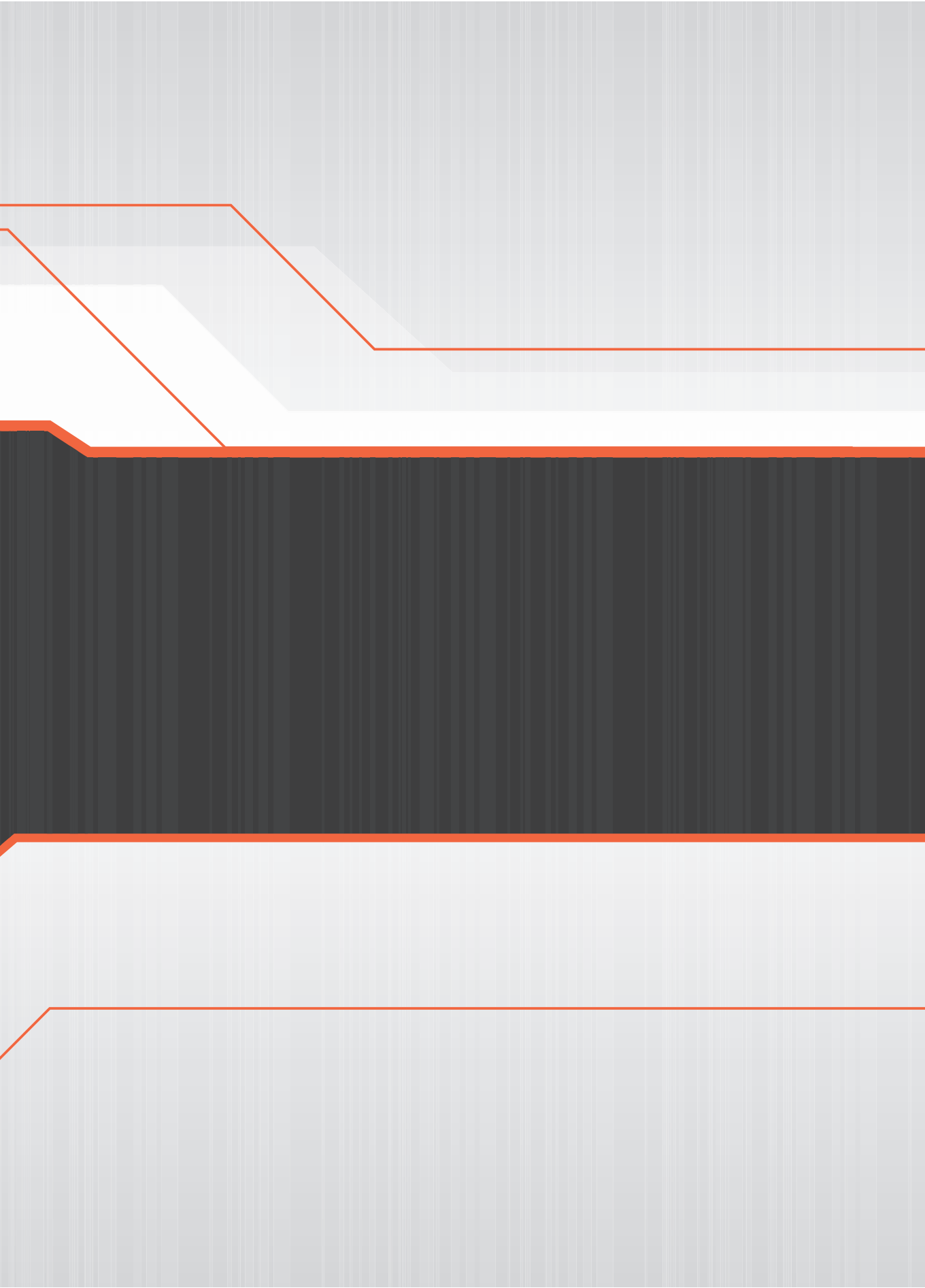
38 - Verbiest TH. le droit de réponse en ligne est enfin reglementé, sur le site, journaldunet.com

39 - Verbiest TH. Reynaud P. le régime juridique du droit de réponse sur internet, sur Légipresse N236, Nov. 2006, sur le site, droit-technologie.org

40 - Verbiest TH. site internet, lieu de vente, 10 Mai 2007, sur le site, www.ulyes.net.

ثالثاً: مواقع على النت:

- 1 digital.argaam.com
- 2 egygate.hooxs.com
- 3 kenanaonline.com
- 4 www.actnowdomains.com
- 5 www.arabicacademy.org.eg
- 6 www.avocats-publishing.com/vers
- 7 www.barreau.qc.ca
- 8 www.chawkitabib.info
- 9 www.droit-technologie.org
- 10 www.flaw.bu.eg
- 11 www.fr.jurispedia.org
- 12 www.icann.org
- 13 www.italib.net
- 14 www.journaldunet.com
- 15 www.juriscom.net
- 16 www.legifrance.gouv.fr
- 17 www.lentreprise.lexpress.fr
- 18 www.netmasr.com
- 19 www.oecd.org
- 20 www.unctad.org
- 21 www.unice.fr/droit



التصويت الإلكتروني وأثره في ممارسة الديمقراطية

الدكتور عبد الكريم محمد محمد السروي

دكتورة في القانون الدستوري

أستاذ القانون الدستوري المساعد

كلية القانون - الجامعة الخليجية - مملكة البحرين

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَعَلَّمَكَ مَا لَمْ تَكُن تَعْلَمُ وَكَانَ فَضْلُ اللَّهِ
عَلَيْكَ عَظِيمًا)

صدق الله العظيم
سورة النساء الآية رقم 113

المقدمة:

تلعب الوسائل الإلكترونية دوراً هاماً في العملية الانتخابية، بدءاً من إعداد الجداول الانتخابية، ومروراً بالتصويت الإلكتروني، وانتهاءً بإعلان النتائج، ولا شك أنها تتعلق بالعمل الإداري، وترتبط بقرار إداري في نهاية الأمر، يصدر بإعلان نتيجة التصويت ويمكن استخدام الحاسب الآلي في إعداد الجداول الانتخابية وإصدار البطاقات الممغنطة، فضلاً عن استخدامه في إعداد الدوائر الانتخابية، وتجميع البيانات والمعلومات الدقيقة عنها، كما يمكن استخدامه في عملية التصويت من أجل تحقيق الحيادة والنزاهة للعملية الانتخابية.

وقد تم تطبيق استخدام الحاسب الآلي في النرويج أثناء الانتخابات العامة الإلكترونية، وذلك في عام 1993، حيث تمت الانتخابات باستخدام الحاسب الآلي، إذ يقوم الناخب بوضع البطاقة الخاصة به، والمسجل عليها اسمه وعنوانه، وكافة البيانات الخاصة به في مكان خاص متصل بالحاسب الآلي، من بين مائة وتسعين جهازاً تم استخدامها لهذا الغرض.

ويؤدي الحاسب الآلي دوراً كبيراً في نجاح العملية الانتخابية، إذ يقوم بمقارنة المعلومات المسجلة على بطاقة الناخب مع سجل الناخبين، للتعرف على الناخب وإلغاء اسمه تلقائياً من سجل الناخبين، متى كان هناك عدم تطابق منعاً من تكرار الخطأ.

وبعد أن تنتهي عملية التصويت يقوم عشرون جهازاً من أجهزة الحاسب الآلي بجمع عدد الأصوات التي حصل عليها كل مرشح، ويتم إعلان نتيجة الانتخابات بعد ثلاث ساعات من انتهاء العملية الانتخابية.

أولاً: مفهوم الاقتراع:

والاقتراع يقصد به: إجراء مدخلي مباشر من خلاله الجماهير دورها في اختيار من تسند إليهم السلطة في المجتمع، وتتنوع صور الاقتراع إلى عام تمارسه الجماهير بإزاء السلطة التنفيذية عند اختيار الرئيس، وهناك اقتراع عام تباشره الجماهير تجاه السلطة التشريعية عند اختيار نواب البرلمان، ومن ثم يعتبر الاقتراع هو الأداة العامة التي تستخدمها كافة الأنظمة لإسناد السلطة، وقد يكون الاقتراع مباشراً، وهو الذي تمارس الجماهير من خلاله إرادتها في الاختيار، من خلال مرحلة واحدة أو درجة واحدة، وبلا شك فإن الاختيار يتم هنا بشكل مباشر، إذ يتم به اختيار أعضاء البرلمان أو رئيس الدولة أو أعضاء المجالس المحلية. وقد يكون غير مباشر، إذا تم اختيار المرشح على مرحلتين أو أكثر، إذ يقوم الجمهور باختيار مندوبين يتولون الاختيار على مراحل.

وتعتبر العملية الانتخابية عملية معقدة ومركبة، ولا تزال تلعب السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة الداخلية دوراً بارزاً، تبدأ من وقت قيد الناخبين في الجداول الانتخابية وإعدادها والرقابة على سلامتها، ثم بتقسيم البلاد إلى دوائر انتخابية، وتقسيم الدوائر إلى لجان، وتوزيع الناخبين على اللجان، ومتابعتها في جميع مراحلها المختلفة إلى حين الانتهاء من عملية التصويت والفرز وإعلان النتائج النهائية للانتخاب⁽¹⁾.

أهمية موضوع البحث:

تعتبر الانتخابات والاستفتاءات إحدى الدعامات الأساسية لنظام الحكم الديمقراطي، باعتبارها إحدى قنوات الاتصال بين الحكام والمحكومين، يمكن من خلالها المشاركة في تكوين حكومة نيابية، تنوب عن الأمة بأسرها وتستمد وجودها في السلطة وبقائها من استنادها إلى الإرادة الشعبية والتي هي مصدر السلطات، وحجر الزاوية في أي نظام سياسي، والقاعدة الأساسية في قيام الحكومة الديمقراطية، وإطلاق الثورات التحريرية⁽²⁾ ويشهد العالم الآن متغيرات سياسية واجتماعية واقتصادية وعلمية، فضلاً عن وجود تحول سريع في كافة المجالات، وبصفة خاصة في مجال المعلومات والاتصالات، غير أن التطور المستمر في مجال الحاسب الآلي وما يحققه من نتائج باهرة، قد فتحت شهية الكثيرين في الإقبال على اقتنائها، بما يؤكد على

(1) د/مصطفى محمود عفيفي: نظامنا الانتخابي في الميزان مكتبة سعيد رأفت سنة 1984 ص5.

(2) د/إبراهيم درويش: النظام السياسي، الطبعة الرابعة دار النهضة العربية القاهرة سنة 1978 ص192.

أننا نواجه ثورة جديدة في مجال الإدارة وهو ما يسميه البعض بالثورة الإلكترونية⁽¹⁾ ولا ريب في أن الحكومة الإلكترونية تؤدي خدمات سريعة وبشكل ميسر بما يضمن توفير الوقت والجهد والمال، ويتسم في ذات الوقت بالكفاءة والفاعلية وحسن الأداء في العمل، بما يكفل تطور أداء الإدارة ويساعدها على التخلص من سلبيات ومساوئ العمل الحكومي التقليدي⁽²⁾ وليس بخاف على أحد من الباحثين أن التصويت في الانتخابات وفقاً للنظم التقليدية يحتاج إلى وقت وجهد، فضلاً عن طول فترة إعداد كشوف النتيجة والفرز، الأمر الذي ساعد على زيادة الروتين وانتشاره في العملية الانتخابية، بل تسبب في تزوير النتائج الانتخابية، وهو ما أدى إلى إعاقة الديمقراطية وسريان البيروقراطية المعقدة بدلاً عنها⁽³⁾ وتكمن الحكمة من دراسة التصويت الإلكتروني - باعتباره أحد تطبيقات نظام الحكومة الإلكترونية - أنه أصبح ضرورة عصرية، بل وسيلة لتحسين أداء الحكومة، خاصة في مجال الانتخابات وممارسة العملية الديمقراطية، فيساعدها ذلك على بناء الثقة مع جمهور المتعاملين معها، والتأكيد على أنها تتم من خلال قواعد الشفافية والمنافسة النزيهة التي حرصت كافة الدساتير على النص عليها.⁽⁴⁾ ومع تطور ثورة المعلومات وتقدم وسائل الاتصالات الحديثة، كان من الضروري أن تواكب الحكومات هذا التطور، خاصة في مجال القانون الإداري، الذي يحكم غالب نشاطها بالمرونة والتطور، لاستيعاب المستجدات الحديثة من أجل أداء الخدمة لجمهور المتعاملين مع الحكومة بكفاءة وامتنياز⁽⁵⁾ وقد ترتب على التطور التكنولوجي⁽⁶⁾ العديد من التحديات التي تفرض على الحكومات السعي قدماً نحو استخدامها في كافة المجالات اليومية والإدارية، ومنها الانتخابات الرئاسية والبرلمانية والمحلية، ولا ريب في أنه توجد صعوبات أمام تطبيق هذه الأفكار في الدول النامية، بل تجعل تطبيق الحكومة الإلكترونية في شتى المجالات أمراً صعباً. ويزيد من صعوبة البحث أن الحكومة الإلكترونية، كما تقدم خدمات جليلة لبني الإنسان

- (1) د/داود الباز: الإدارة العامة - الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه - طبعة 2004 مجلس النشر العلمي جامعة الكويت ص6.
- (2) د/عبد الفتاح حجازي: الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني دار الفكر العربي الاسكندرية سنة 2004 ص97.
- (3) د/ماجد راغب الحلو: الحكومة الإلكترونية والمرافق العامة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول الذي نظمته أكاديمية الشرطة بدبي في الفترة من -26 حتى 2003/4/28 الجزء الأول ص6.
- (4) د/محمد عبد الواحد الجميلي: من السرية إلى الشفافية، دار النهضة العربية 2000 ص83، عبدالله إمام: مقال بعنوان - خطوات إيجابية على طريق التفاؤل في ضوء الحكومة الإلكترونية - منشور بمجلة روزاليوسف العدد رقم 7223 الصادر في 29-2-2002 ص8.
- (5) د/علي السيد الباز: الحكومة الإلكترونية والإدارة المحلية بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي للفترة من -26 حتى 2003/4/28 الجزء الأول ص124.
- (6) شمسان ناجي صالح الخيلي: الجرائم المستحدثة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة سنة 2009 ص36.

فإنه يمكن اختراق الشفقات الخاصة بأجهزة الحاسب الآلي، خاصة وأن القرصنة أو مرتكبي هذه الجرائم من الذكاء غير العادي، فلديهم مهارات تقنية ودراية كبيرة بنظم الحاسب الآلي والإنترنت، ومن ثم يصعب على السلطات أن تلاحق المجرم الإلكتروني أو تتبع أعماله الإجرامية، خاصة وأنه يدخل على شبكة الإنترنت تحت اسم وهمي أو مستعار، الأمر الذي يؤكد أن استخدام التصويت الإلكتروني، وخاصة في الدول النامية يحيط به العديد من التحديات. وإيماناً من المجتمع الدولي بأهمية التصويت الإلكتروني، حاول وضع الحلول لظاهرة اختراق الحاسب الآلي، أو محاولة التقليل منها عن طريق التثقيف الاجتماعي وبيان المخاطر التي تحيط بهذه الآلية.

وتزداد أهمية الموضوع لجدية وحداثة المسألة التي نتناولها على بساط البحث - التصويت الإلكتروني وأثره في ممارسة الديمقراطية - والتي فرضت نفسها على رجال القانون خاصة الفقه والقضاء الإداري والدستوري.

وسوف نتبع في دراستنا هذه منهج الدراسة التحليلية المقارنة.

وعلى ضوء ما تقدم سأقسم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الحكومة الإلكترونية والتصويت الإلكتروني.

المبحث الثاني: نظم التصويت الإلكتروني والتنظيم التشريعي له.

المبحث الثالث: آليات نجاح التصويت الإلكتروني.

المبحث الرابع: نحو تنظيم تشريعي أمثل للتصويت الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم الحكومة الإلكترونية والتصويت الإلكتروني

نظراً لما تقدمه الحكومة الإلكترونية من خدمات جليلة، تتمثل في اختصار الوقت والجهد والمال وتبسيط الإجراءات، وحسن أداء الخدمات في العمل بكفاءة وفاعلية، لذا اتجهت الدول إلى الأخذ بهذا النظام بهدف التخلص من أداء العمل الحكومي التقليدي، والذي تسبب في هدم الإدارة وتأخر تنفيذ الأعمال المنوطة بها، ومن ثم كانت الحكومة الإلكترونية أداة جديدة للتخلص من سلبيات الإدارة الحكومية الروتينية⁽¹⁾ كما أن التصويت الإلكتروني تطبقه الدول المتقدمة في الوقت الحالي، بغية تحقيق الشفافية والنزاهة في العملية الانتخابية، ضماناً لتمكين الشعب من المشاركة السياسية الصحيحة، التي تقود المجتمع إلى السير في طريق الديمقراطية.

لذا سوف أتناول هذا الموضوع في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الحكومة الإلكترونية وأهدافها.

المطلب الثاني: تعريف التصويت الإلكتروني ومزاياه.

المطلب الأول

تعريف الحكومة الإلكترونية وأهدافها

تمهيد وتقسيم:

فرضت فكرة الحكومة الإلكترونية نفسها في الوقت الحالي، وخاصة بعد الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني، ومن ثم بدأت الحكومات توجه النظر والفكر لتنظيمها والعمل على نجاحها، وأضحى وجودها ضرورياً بعد التوقيع الإلكتروني، بل هي من أهم مجالاته، وخاصة في مجال أعمال الإدارة الحكومية.

لذا سوف أتناول هذا الأمر في فرعين أخصص الأول منهما لتعريف الحكومة الإلكترونية، والثاني لأهداف الحكومة الإلكترونية.

(1) د/رافت رضوان :عالم التجارة الإلكترونية - بحث منشور لدى المنظمة العربية للتنمية الإدارية القاهرة الطبعة الأولى سنة 1999 ص17.

الفرع الأول

تعريف الحكومة الإلكترونية

تعددت التعريفات بشأن الحكومة الإلكترونية بسبب اختلاف الأبعاد الإدارية والتجارية والاجتماعية والتقنية التي لها دور مؤثر في وجودها أو اختفائها، ولبيان ذلك سوف أتناول تعريف الفقهاء لهذا المصطلح أولاً، ثم تعريف المنظمات الدولية له ثانياً.

أولاً: تعريف الفقه للحكومة الإلكترونية :

تجدر الإشارة إلى أن هذا المصطلح يتكون من كلمتين، يجب تحديد المعنى العام لهما حتى يمكن فهمه، وتوضح الرؤية للقارئ. مدلول كلمة الحكومة :

أولاً: الحكومة بالمعنى الواسع:

ويقصد بها كافة الهيئات الحاكمة العليا في الدولة، تلك المضطلة بممارسة كافة ومختلف مظاهر السلطة والسيادة في المجتمع، سواء كانت تشريعية أو تنفيذية أو قضائية، ومن ثم تجمع الحكومة في يدها وفقاً لهذا المدلول جميع السلطات في الدولة⁽¹⁾.

ثانياً: الحكومة وفقاً للمعنى الوظيفي:

ويقصد بها ممارسة السلطة وأسلوب عملها داخل الدولة، وشكل نظام الحكم السائد في الدولة، والذي يتمخض عنه قيام أشكال مختلفة من الحكومات، حيث أن لكل شعب حكومة يختارها وأياً كان شكلها⁽²⁾.

ثالثاً: الحكومة بالمعنى الشائع:

ويقصد بها الوزارة أو مجلس الوزراء أو السلطة التنفيذية، بحيث تشمل جميع أجهزة الدولة سواء كانت تابعة للوزارات أو المجالس المحلية المنتخبة أو المؤسسات أو الهيئات العامة، فلا يخرج من نطاقها إلا رجال السلطتين التشريعية والقضائية⁽³⁾.

(1) د/محمود سامي جمال الدين: أصول القانون الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة الكتاب الثاني - نظرية العمل الإداري سنة 1994 ص233.

(2) د/مصطفى عفيفي: الوجيز في مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية دراسة مقارنة، مطبعة سعيد رافت سنة 1999 ص184.

(3) د/صلاح الدين فوزي: المبسوط في النظم السياسية والقانون الدستوري دار النهضة العربية سنة 1997 ص609.

ويختلف مدلول الحكومة بالمعنى العام عن الحكومة الإلكترونية، فالأولى ترسم الخطط وتضع السياسة العامة وتحدد الأهداف، فكل هذه المعاني ذهنية خلاقة، يقوم بها العقل البشري، ولا تتوافر في الحكومة الإلكترونية، والتي تقوم بتزويد الأجهزة الإلكترونية، بالبيانات اللازمة لتزويدها بها عند الحاجة إليها، فضلاً عن أن الحكومة الإلكترونية لا تشمل السلطات الثلاث، ولا يمكن اعتبارها بديلاً عن الدولة في أدائها واختصاصاتها المنوطة بها قانوناً⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف الحكومة الإلكترونية لدى الفقهاء:

عرفها البعض بأنها: عمل الحكومة كسلطة إدارية مكلفة بإشباع الحاجات العامة، من خلال إنشاء المرافق العامة وإدارتها، وينظمها من خلال ممارسة الضبط الإداري، وهذا يتحقق عندما تستخدم الحكومة وسائل الاتصال الإلكتروني لإشباع الحاجات العامة⁽²⁾. وبناء على ما تقدم فإن الحكومة الإلكترونية تعبر عن إنتاج المعلومات وتوزيعها والخدمات الإلكترونية، خلال 24 ساعة في اليوم وسبعة أيام في الأسبوع وبطريقة تركز على تلبية احتياجات المواطنين⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه قد استخدم مفهوماً أوسع للحكومة الإلكترونية، فقال بأنها (الاستخدام العام الشامل للتكنولوجيا الحديثة وإعادة هيكلة وتنظيم الإدارات الحكومية وتطوير البنية التحتية، وبطريقة تؤدي إلى تحقيق مزايا للحكومة من وسائل الاتصالات الحديثة، وإنجاز الخدمات للأفراد بسهولة ويسر⁽⁴⁾).

تعريف الحكومة الإلكترونية لدى علماء التكنولوجيا:

توجد تعريفات عديدة في مجال النظم المعلوماتية حول مفهوم الحكومة الإلكترونية، والتي تعتمد في المقام الأول على تقنية المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات. فيرى البعض أنها: تحديث الحكومة إلى استراتيجية تتفق وعصر المعلومات، تعمل على

(1) د/ سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية المعاصرة وفي الفكر السياسي الإسلامي الطبعة الخامسة القاهرة مطبعة جامعة عين شمس سنة 1986 ص228

(2) د/ علي السيد الباز: الحكومة الإلكترونية والإدارة المحلية الإلكترونية ضمن أبحاث المؤتمر العلمي الأول للجوانب القانونية والأمنية للتعليمات الإلكترونية والمنعقدة بأكاديمية شرطة دبي في الفترة من 26-28 أبريل عام 2002 ص226

(3) د/ محمد حسين الفيلى: الدعوة لتطبيق الحكومة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الكويت حول الحكومة الإلكترونية في الفترة من 13-15 أكتوبر سنة 2003 ص3

(4) د-محمد سمير أحمد الإدارة الإلكترونية دار الميسرة للنشر سنة 2008 ص79

تحقيق خدمات أفضل للمواطنين والمؤسسات، واستغلال أمثل لمصادر معلومات الحكومة، من خلال تطبيق لأساليب وطرق التجارة الإلكترونية في الحكومة، من خلال تطبيق لأساليب وطرق التجارة الإلكترونية في القطاع الخاص⁽¹⁾.

الخلاصة: أن مدلول الحكومة الإلكترونية يقترب من مفهوم الخدمات العامة الإلكترونية أو النشاط الإداري، مع إضفاء صفة الإلكترونية على هذا النشاط، الصادر من جهة الإدارة، فنكون أمام خدمة نفعية يقدمها المرفق العام، ليستطيع المنتفعون بهذه الخدمات الاستفادة منها بصورة إلكترونية، بحيث يشمل هذا النشاط كافة الجهات الحكومية، والأشخاص الاعتبارية العامة في الدولة، في إنجاز المعاملات فيما بينها من ناحية، وفيما بينها وبين الأفراد من ناحية أخرى، بوسيلة تعتمد على السرعة في الإنجاز مع توفير الجهد والتكاليف، وهي وسيلة الاتصال بالوسائل الحديثة والتي من بينها الهواتف والإنترنت.

تعريف الحكومة الإلكترونية لدى المنظمات الدولية:
وردت عدة تعريفات من المنظمات الدولية لتعريف الحكومة الإلكترونية ومنها:

1 - تعريف البنك الدولي:

عرفها بأنها: عملية استخدام المؤسسات الحكومية لتكنولوجيا المعلومات - مثل شبكة المعلومات العريضة وشبكة الإنترنت وأساليب الاتصال عبر الهاتف المحمول - والتي لديها القدرة على تغيير وتحويل العلاقات مع المواطنين ورجال الأعمال ومختلف المؤسسات الحكومية⁽²⁾.

2 - تعريف منظمة التعاون والتنمية في المجال الاقتصادي:

فقد عرفتها بأنها: استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وخصوصاً الإنترنت للوصول إلى حكومة أفضل.

(1) د/ ماجد الحلو: الحكومة الإلكترونية والمرافق العامة بحث مقدم إلى أكاديمية الشرطة بدبي في الفترة من 26-28 أبريل عام 2002 ص24.
(2) د/فهد عبد الكريم جعفر: الحكومة الإلكترونية: التحديات والمصاعب ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الكويت حول الحكومة الإلكترونية في الفترة من 13-15 أكتوبر سنة 2003 ص3.

الفرع الثاني

أهداف الحكومة الإلكترونية

- 1 - تساهم الحكومة الإلكترونية في تعزيز الشفافية، من خلال تقديم معلومات ذات درجة عالية، وأكثر دقة وإتقاناً من الإنجاز اليدوي، كما أنه يخضع لرقابة أسهل وأدق من تلك التي يتم فرضها على الموظف في أداء عمله، في ظل الإدارة الحكومية التقليدية، ومن ثم يمكن من خلالها تقديم خدمات أفضل للمواطنين، ويتحقق ذلك من خلال استغلال الحكومة لأساليب قريبة الشبه من وسائل التجارة الإلكترونية.
- 2 - رفع مستوى أداء الخدمة المقدمة من الإدارة وسرعة إنجازها، حيث تسعى الحكومة الإلكترونية إلى تقديم الخدمة العامة للمواطنين بشكل أفضل، وبمواصفات تتفق وجودة ذات خدمة أعلى من القطاع الخاص إن لم تتساوى معها، ويتم رفع مستوى الأداء في الخدمة، من خلال إمكانية تداول انتقال المعلومات والبيانات بدقة ومرونة بين كافة المصالح الحكومية، والهدف من ذلك هو منع تكرار الأسماء والتعاملات مع بيانات وهمية.
- وتحرص الحكومة الإلكترونية على تلاشي الأخطاء التي يقع فيها الموظف التقليدي أثناء نقل البيانات وحفظها في الأرشيف الإلكتروني، والعمل على الحفاظ عليها بدون محاولة للتلاعب أو الكشط منه، حتى تضمن تخزين بيانات صحيحة، وهو ما يجعل الموظف يحرص على دقة البيانات التي يقوم بتغذيتها، والتأكد من صحتها، الأمر الذي يجعل النتائج التي يقررها يقينية⁽¹⁾ ولعل الواقع يشهد رفع مستوى أداء الخدمة الإلكترونية، وسرعة تداولها والتعامل معها بسرعة خلال دقائق معدودة⁽²⁾، بدلاً من الانتظار لعدد من الشهور أو الأيام بغية قضاء المصالح من جانب الحكومة التقليدية، هذا فضلاً عن أن التحدث مع الأجهزة الحديثة من خلال «الأون لاين» يخفف من انتظار الطابور لمدد أطول⁽³⁾.
- 3 - كما تهدف الحكومة الإلكترونية إلى أداء الخدمات المرفقية للجمهور وللمستثمرين، عن طريق شبكة المعلومات، دون حاجة إلى التوجه إلى الإدارة المعنية، وذلك مثل تجديد الرخص ودفع فواتير الاستهلاك للكهرباء والماء عن طريق الإنترنت.
- 4 - توفير المال والوقت والموارد المستخدمة من قبل إدارات الحكومة، وذلك من خلال

(1) د/غازي أبو عرابي ود/فياض القضاة حجية التوقيع الإلكتروني دراسة في التشريع الأردني مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 20 العدد الأول سنة 2003 ص169.

(2) د/عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية مرجع سابق ص99.

(3) د/ابراهيم الدسوقي أبو الليل: بحث بعنوان - الجوانب القانونية للتعامل عبر الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة - مقدم إلى كلية الشريعة والقانون بدولة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 1-3 مايو 2000.

- التأثير الإيجابي المباشر للحكومة الإلكترونية في تحسين الأداء الحكومي.
- 5 - تحسين جودة الخدمات العامة الحكومية المقدمة للمستفيدين، وذلك في ضوء معايير موضوعية لقياس الجودة.
- 6 - تحسين استجابة الحكومة لاحتياجات المواطنين، من خلال تزويدها بالمعلومات الوافية.
- 7 - العمل على خلق تأثير إيجابي في المجتمع، من خلال ترويج وتنمية معارف ومهارات تكنولوجيا المعلومات بين أفراد المجتمع.
- 8 - تبسيط الإجراءات والتحلل من الروتين والبيروقراطية المعقدة⁽¹⁾ وفي الواقع تعتمد الحكومة الإلكترونية على تكنولوجيا المعلومات الرقمية، والتي تبنى على ثلاث ركائز وهي: تكنولوجيا الحاسبات، ونظم الاتصالات، وهندسة التحكم الآلي، والتي تساعد على تقليص الإجراءات الإدارية، واختصارها في خطوات قليلة، تتم من خلال التنسيق بين كافة المصالح الحكومية، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تقليل المستندات والأوراق التي يجب تقديمها من المواطنين للحصول على الخدمة من الأجهزة الحكومية.

المطلب الثاني

مفهوم التصويت الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

في ظل الانتشار الهائل للإنترنت⁽²⁾ والشبكة العالمية، الذي شهدته أواخر التسعينات، قد دفع الكثيرين سواء من داخل أو خارج ميدان إدارة الانتخابات، إلى النظر في إمكانية استخدام هذا المورد العام، الذي ظهر حديثاً لتحسين كفاءة الانتخابات الديمقراطية وزيادة فعاليتها.

ويلعب التصويت الإلكتروني دوراً هاماً في العصر الحديث، إذ يمكن اختصار الإجراءات الخاصة بالانتخابات، ويوفر الوقت ويقلل من النفقات التي تقوم بها الحكومة لإتمام العملية الانتخابية⁽³⁾.

(1) د/فاروق حسين: البريد الإلكتروني الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة سنة 1999 ص45.

(2) يشهد العالم ثورة معلوماتية تتصل بتطبيق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات حتى ظهر ما يسمى بالنانو تكنولوجي، وهو أحدث الاكتشافات الحديثة في عالم تكنولوجيا المعلومات، وهو عبارة عن جهاز ذي حجم أقل وكفاءة أكبر لكل شيء موجود في حياتنا، ويعتبر وحدة قياس مهمة جداً لأنه يساعد على الوصول إلى خواص كيميائية وفيزيائية أكثر.

(3) د/محمد عمريونس: المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية، مقدمة إلى العالم الافتراضي الطبعة الأولى سنة 2003 ص125.

ولبيان ذلك سوف أقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نبحث في الأول ماهية التصويت الإلكتروني، ثم نخصص الفرع الثاني لمزايا التصويت الإلكتروني وعيوبه، ثم نخصص الفرع الثالث للتكييف القانوني للتصويت الإلكتروني.

الفرع الأول ماهية التصويت الإلكتروني

أولاً في اللغة:

يقال انتخب الشيء: اختاره، والانتخاب الاقتراع، والاختيار والانتقاء أيضاً، ومنه النخبة وهم الجماعة تختار من الرجال⁽¹⁾.

ثانياً: في الفقه الدستوري:

وردت عدة تعريفات لهذا المصطلح منها: إفصاح عن إرادات متفقة بقصد إجراء تعيين، أما بالمعنى التشريعي فيعرف بأنه (اختيار النواب عن طريق الانتخاب)⁽²⁾.
بينما عرفه البعض بأنه (اختيار الناخبين لشخص أو أكثر من بين عدد من المرشحين لتمثيلهم في حكم البلاد)⁽³⁾ والتصويت يقصد به التعبير الذي يشمل عدة أنواع مختلفة من الاقتراع ويشمل جميع الوسائل الإلكترونية للتصويت والوسائل الإلكترونية لحساب الأصوات⁽⁴⁾ ويقصد بالتصويت الإلكتروني استخدام الوسائل الإلكترونية للاقتراع في الاستفتاءات، للتسجيل الإلكتروني المباشر، والتي تسجل التصويت من دون إرساله عبر DRE⁽⁵⁾ وهكذا فإن الانتخاب يتضمن معنيين:
الأول: هو التصويت أو الاختيار، فالشعب عن طريق التصويت يختار شخصاً أو حزباً والثاني: هو التفويض، إذ من خلال الانتخاب يفوض الشعب نوابه سلطاته السيادية، ويترتب على هذا التفويض عدة تفويضات⁽⁶⁾.

(1) لسان العرب لابن منظور، دار المعارف القاهرة المجلد السادس ص 4373

(2) د/أنور أحمد رسلان: الديمقراطية بين الفكر المادي والفكر الاشتراكي رسالة دكتوراة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة 1971 هامش 1 ص 84.

(3) د/ماجد راغب الحلو: الاستفتاء الشعبي والشرعية الإسلامية دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية سنة 1983 ص 103.

(4) التصويت الإلكتروني ما له وما عليه مقال منشور على موقع أكاديمية همس الثقافية ص 1.

(5) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/E-VOTING/ONEPAGE>

(6) د/عمر حلمي فهمي: الانتخاب وأثره في الحياة السياسية والحزبية دار الثقافة الجامعية القاهرة سنة 1988 ص 7.

من ذلك يتضح أن الانتخاب - التصويت أو الاقتراع - يعتبر أسلوباً ديمقراطياً يختار الشعب من خلاله الحكام والنواب الذين يعبرون عن إرادته، ومن ثم يكون الانتخاب صورة جديدة من صور الشرعية الديمقراطية، ولعل ذلك ما يؤكد التلازم بين الديمقراطية والانتخاب⁽¹⁾. وهكذا يتفق المعنى اللغوي للتصويت مع المعنى الاصطلاحي في القانون الدستوري، والذي يقوم فيه الناخب وبسرية تامة بالإدلاء بصوته لاختيار أفضل المرشحين والممثلين له في البرلمان، والتأشير قرين اسمه ورمزه في الورقة الانتخابية المقررة من قبل السلطات المختصة، أو بتسويد الدائرة الخاصة بعبارة موافق أو غير موافق في ورقة الاستفتاء، بهدف مساهمته ومشاركته في الحياة السياسية⁽²⁾.

ويعتبر مصطلح التصويت الإلكتروني من المصطلحات الجامعة، الذي يشمل العديد من نظم ووسائل التصويت، فالتصويت الإلكتروني يشمل الأكشاك المغلقة للتصويت، والمزودة بأدوات إلكترونية مثل البرمجات و الطرفيات ونظم المعالجة والمعدات والوسائل والشاشات، وشبكات ووسائل الاتصالات⁽³⁾ إلخ، ويشمل كذلك البطاقات الذكية التي تحتوي على شريحة إلكترونية، بها بيانات الصوت أو نظم الاستعراف البيومترية، وهي النظم الحيوية القياسية التي تعتمد على قياس الخواص الجسدية، التي يتفرد بها كل شخص ويختلف بها عن الآخر، مثل بصمة الإصبع وبصمة شبكية العين وبصمة الحمض النووي (DNA).

الفرع الثاني مزايا التصويت الإلكتروني و عيوبه

أولاً: مزايا التصويت الإلكتروني:

يمثل التصويت كقاعدة أهمية قصوى في الممارسة الديمقراطية، لأنه يجسد مشروعية ممارسة السلطة وتداولها باسم الشعب، فضلاً عن أنه أداة لتمثيل المحكومين، كما أنه يعد وسيلة للاتصال بين الحاكمين والمحكومين، كما يمثل صك الشرعية التي تمارس الحكومة

(1) د/ حميد الساعدي: مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق دار الحكمة للطباعة والنشر الموصل سنة 1990 ص 87.
(2) د/ السيد أحمد مرجان: دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية الطبعة الثانية دار النهضة العربية سنة 2010 ص 49.
(3) جمال محمد غيطاس: مقال في جريدة الأهرام المصرية بعنوان - التصويت الإلكتروني والجدل حول تعديل المادة 88 من الدستور - بتاريخ 13 فبراير 2007 الصفحة رقم 16.

سلطتها من خلاله وتبرر برامجها وأهدافها⁽¹⁾.

وتوجد العديد من المزايا للتصويت الإلكتروني وهي⁽²⁾:

1 - يقلل من التكاليف ويحقق أسرع النتائج وسرعة الوصول إليها بدقة أكبر وأقل خطورة من الأخطاء البشرية والميكانيكية⁽³⁾، فمن خلال هذا النظام يتم تسجيل البيانات الشخصية للمصوت، عبر مساحات بيومترية لبصمة الإصبع أو بصمة الشبكية أو بصمة الحمض النووي، أو قراءة البطاقة الشخصية الذكية التي تحتوى على شريحة إلكترونية، تشمل بيانات المصوت أو باستخدام رقم كودي سري، يحصل عليه المصوت من السلطة المنظمة للانتخابات ويتفرد به عن غيره، مثل المستخدم في بطاقات الائتمان، ويتسلم الرقم باليد أو بالبريد أو بالبريد الإلكتروني عبر الإنترنت في رسالة موقعة إلكترونيًا، إضافة إلى تصوير الناخب عند قيامه بالدخول إلى محطة التصويت الإلكتروني، فإذا كانت البطاقة الشخصية تحمل شريحة إلكترونية بها بيانات الشخص تتم قراءة البيانات عبر الوحدة الطرفية في محطة التصويت، فيتم التأكد من أن الناخب أو المصوت هو الشخص الثابت في الجداول الانتخابية مع توافر أداة ثبوتية مصورة وموثقة لقيامه بعملية التصويت.

ولا تتطلب معظم الدول البطاقة الشخصية التي تحمل شريحة إلكترونية، وإنما يتم مسح صورة رخصة القيادة أو رخصة السلاح أو جوازات السفر، عن طريق ماسح ضوئي يضاف إلى تصوير شخص المصوت بالفيديو، والتصوير الثابت حال قيامه بالتصويت إضافة إلى البيانات الحيوية الجسمية، لذلك لا يجوز للشخص أن يصوت أكثر من مرة أو أن يقوم غيره بانتحال شخصيته.

2 - يساعد التصويت الإلكتروني على القضاء على الغش أو التلاعب، فلا يمكن التصويت لشخص ميت أو غائب كما هو الحال في التصويت التقليدي⁽⁴⁾.

3 - تساعد الأجهزة الإلكترونية أصحاب الاحتياجات الخاصة من الإدلاء بأصواتهم ببسر وسهولة وخاصة فاقد البصر.

4 - يساهم التصويت الإلكتروني في زيادة دائرة المشاركة السياسية، وإتاحة الفرصة لمشاركة عدد كبير ممن لهم الحق في التصويت، دون مشقة السفر أو الانتظار في طوابير الانتخاب،

(1) د/عمر حلمي فهمي: الانتخاب وأثره في الحياة السياسية والحزبية مرجع سابق ص 5.

<http://www.christian-dogma.Com/vb/showthread.php=99197>

(2) د/المستشار: عادل بورسلي: المتطلبات الدستورية والقانونية للإدارة الإلكترونية، ورقة عمل قدمت إلى ندوة الأبعاد القانونية للحكومة الإلكترونية التي عقدت بمقر غرفة تجارة وصناعة الكويت في 4-2-2003 ص5.

(3) <https://www.aswat.com/ar/node/618>

(4) <https://www.aswat.com/ar/node/618>

فتتسع دائرة المشاركة السياسية من كل أطراف المجتمع من خلال التليفون، باستخدام المسجل للتسجيل المركزي لل صوت حال التصويت وكود تعارف سري، فيتم تسجيل صوت المصوت أو من خلال التصويت عبر الإنترنت، ولا يوجد ثمة مشكلة بالنسبة لتمييز الصوت، إذ يمكن من خلال البصمة الصوتية تمييز الصوت.

5 - تؤدي عملية التصويت الإلكتروني إلى خفض تكاليف العملية الانتخابية، إذ أنها لا تحتاج إلى أوراق أو إجراءات إدارية ومكتبية وأمنية أو تأجير أماكن لإجراء التصويت فيها أو الفرز للأصوات⁽¹⁾.

6 - يترتب على الأخذ بالتصويت الإلكتروني استحالة حدوث اختلالات أمنية، نتيجة لعدم تكديس الناخبين أو حدوث إجراءات تتدخل للتأثير على إرادة الناخبين أو منعهم أو إعاقتهم عن الإدلاء بأصواتهم.

7 - تساعد عملية التصويت الإلكتروني على سهولة تعرف الناخب على المرشح من خلال صورته الشخصية، أو من رمزه الانتخابي، فيقوم بلمس الآلة أو الشاشة في الموضع الظاهر به الرمز الانتخابي أو صورة المرشح، ومن ثم تتم عملية تسجيل إرادة الناخب إلكترونياً في ذاكرة فرعية في الدائرة الانتخابية، خلال عمليات العد والإحصاء الورقي، أو إضافة بطاقات انتخابية إلى الصناديق التي تحتوي على البطاقات الورقية، ويتم فصل بيانات وصورة الناخب عن اختياره في النظام تحقيقاً لمبدأ سرية الاقتراع⁽²⁾.

8 - يترتب على التصويت الإلكتروني إمكانية حفظ وتخزين البيانات في أكثر من موقع أصلي أو بديل، فضلاً عن سرعة معالجة البيانات واستخراج النتائج مع صعوبة تزوير العملية الانتخابية أو التدخل فيها، متى كانت نظم الانتخابات الإلكترونية قد تمت معايرتها وتجربتها، مع استمرار التفتيش عليها فنياً ومتابعتها، من خلال هيئة فنية إدارية سياسية قانونية محايدة.

9 - يشمل نظام التصويت الإلكتروني جميع خصائص النظم الإدارية المكتبية، ومن ثم يمكن استخراج النتائج منه في شكل ورقي مطبوع.

10 - يمكن من خلال التصويت الإلكتروني أن يحصل كل ناخب فور التصويت على إيصال

(1) جمال غيطاس: مقال بجريدة الأهرام المصرية بعنوان - التصويت الإلكتروني والجدل حول تعديل المادة 88 من الدستور بتاريخ 2-2-2007 ص16

(2) يراجع في مزايا التصويت الإلكتروني: د/بشير على باز: دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني دار الكتب القانونية 2009 ص151 وما بعدها، التصويت الإلكتروني: مزايا وعيوب منشور على موقع <http://www.christian-comdogma.com/vbshowthread.php?99197>

رسمي مطبوع، أو شهادة رسمية من الجهاز ثابت به بيانات المصوت وساعة التصويت واختياراته، بحيث يكون هذا الدليل مستنداً ورقياً له حجيته القطعية حال الطعن أو المنازعة، ويحتفظ به الناخب ومن ثم يتم درء أي تزوير أو تحايل أو تغيير في إرادة الناخب، فضلاً عن تجنب أعطال الأجهزة الإلكترونية، ومن ثم يكون الإيصال المطبوع الذي يحصل عليه بمثابة شهادة رسمية بالوقائع الصحيحة، فيما يتعلق ببياناته واختياراته لها حجية قانونية كاملة، بل يمكن طبع شهادة رسمية بها علامة مائية أو هولوجرافية تمنع من تزويرها فتكون ذات حجية قطعية في الإثبات.

11 - يحقق التصويت الإلكتروني درجة أمان عالية، إذ تمتلك السلطة الانتخابية جهاز إدراك ومراقبة كاملين، فضلاً عن نظام التشغيل الخاص بها والبرامج التطبيقية.

12 - يساعد التصويت الإلكتروني على إجراء عملية التدقيق، والتحقق من الأصوات من خلال معدات الاقتراع الإلكتروني، فتقوم الدولة بوضع الرموز عبر شبكة الإنترنت، وتطلب مساعدة المنظمات الدولية أو من له خبرة كبيرة في الإنترنت.

13 - يساعد التصويت الإلكتروني على حل المنازعات التي تنشأ في دوائر القضاء، بسبب العملية الانتخابية والطعن على نتيجة الانتخابات وعدد الأصوات، فمن طريق الأشخاص أصحاب الخبرة الفنية يمكن استخراج هذه المعلومات، وإعطائها للمحكمة والتي تقوم بمراجعة الأدلة الإلكترونية أو الرقمية بغية تقييم البيانات الواردة فيها.

14 - يمثل التصويت الإلكتروني وخاصة في الدول النامية نقلة نوعية وحضارية في تحسين الأداء السياسي، إذ يضمن تحقيق الشفافية والنزاهة للعملية الانتخابية.

15 - يمكن للمغتربين الإدلاء بأصواتهم الانتخابية، من خلال التصويت الإلكتروني وإتاحة الحق في المشاركة السياسية لهم، مما يجعلهم على دراية مستمرة بأحوال أوطانهم وهو يحقق بلا شك مشاركة إيجابية⁽¹⁾.

16 - يساعد التصويت الإلكتروني في التغلب على اللامبالاة والإقبال الضعيف للناخبين في الانتخابات، وهو ما يشجع الناخبين على المشاركة العامة في شؤون البلاد، الأمر الذي يحقق نفعاً للمجتمع.

الخلاصة: إن التصويت الإلكتروني يترتب عليه فوائد عديدة للدولة، وخاصة في مجال الانتخابات، إذ يحقق الشفافية والنزاهة والسرية، وهي مقومات ضرورية لنجاح العملية الانتخابية بأسرها.

(1) د/السيد عبد المقصود دبيان بالإشتراك مع د/وليد السيد كشك: الاتجاهات الحديثة في الرقابة الداخلية على أمن نظم المعلومات في ظل التجارة الإلكترونية ودور المعايير الدولية من وقائع مؤتمر التجارة الإلكترونية ص51 وما بعدها

ثانياً: عيوب التصويت الإلكتروني:

- على الرغم من المزايا الكبيرة التي يحققها نظام التصويت الإلكتروني، إلا أنه توجد بعض المخاطر التي تجعل بعض الدول تتردد عند تطبيق هذا النظام والتي تتمثل فيما يلي:
- 1 - وقوع أخطاء عديدة من الموظفين أثناء تحميل البرامج وتشغيل البيانات، ولا شك أن ذلك يثير مشاكل عديدة تتعلق بالخطأ في رصد الأعداد التي قامت بالتصويت وحصرها على الوجه الدقيق.
 - 2 - من الممكن اختراق المعلومات المخزنة على أجهزة الحاسب الآلي، وذلك من محترفي القرصنة على الإنترنت بهدف التلاعب فيها وتدميرها بالفيروسات⁽¹⁾. ولا شك أنه يمكن التدخل في الانتخابات من خلال الهاكرز⁽²⁾ - محترفي الدخول على شبكات الإنترنت - الذين يستطيعون اختراق البرامج والتلاعب في عدد الأصوات لصالح مرشح معين⁽³⁾.
 - 3 - توجد مخاطر تتعلق بفشل التكامل والتنسيق مع الجهات الإدارية الأخرى، فالتصويت الإلكتروني يرتبط بوزارة الداخلية والعدل من حيث أعداد الأصوات وأثناء الفرز وعد الأصوات، إذ يتعين وجود تنسيق كامل بين الجهة المشرفة على الانتخابات والحكومة ووزارة العدل والداخلية لتأمين العملية الانتخابية، ومن ثم فإن فقدان التنسيق بينها يترتب عليه الخلل في عملية التصويت الإلكتروني.
 - 4 - مخاطر تتعلق بفشل إرسال البيانات والمعلومات إلى الجهة الإدارية لمروورها بعدة مراحل، فيتم الإرسال أولاً ثم الترجمة بشكل معلوماتي، ثم تخزينها على شبكة الإنترنت وهو ما قد ينجم عنه الخطأ⁽⁴⁾.
 - 5 - يفترض وقوع الخطأ من جانب الموظف الإداري، إما لقلة خبراته المعلوماتية والتقنية أو نتيجة الإهمال في تخزين البيانات، أو للرقابة الشديدة عليه أو لتعدد أجهزتها الذي لا يستطيع معرفة خواصها، مما يترتب عليه ارتباك الموظف في أداء عمله، ومن ثم يظهر الخطأ في إدخال البيانات أو تخزينها.
 - 6 - التدخل غير المخول من قبل طرف ثالث في العملية الانتخابية، ومن ثم فلا توجد ضمانات كافية في نظام التصويت الإلكتروني، ويكون البرنامج لا يسمح بتخزين وطباعة نموذج أو وثيقة تختلف عما تبدو عليه على الشاشة.

(1) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting>

(2) هل تحتاج الكويت إلى التصويت الإلكتروني موقع مصر منشور بتاريخ 202-6-16.

(3) لماذا الإصرار على التصويت الإلكتروني؟ المجلس الإسلامي العلماني منشور على موقع <http://www.olamaa.net/nabi/news.php?newsid=951>

(4) مقال بعنوان: حلم التصويت الإلكتروني منشور على موقع الأهرام الرقمي ص2 بتاريخ 2012-6-16.

7 - قد يكون من الصعب الكشف عن تحديد مصدر الأخطاء والأعطال التقنية مما هي عليه في التصويت التقليدي، فضلاً عن احتمالية فشل المنظومة الإلكترونية بكاملها في إصدار النتائج وافتقارها إلى سجلات احتياطية، ومن المحتمل وجود أخطاء وأعطال ناتجة عن تلف النظم الإلكترونية.

8 - من المتوقع وجود تزوير وتزييف للعملية الانتخابية، عن طريق هيئات في داخل الدولة لها مصلحة في ذلك، ويكون ذلك عن طريق وضع فيروسات في البرامج حال التأسيس أو إنشاء النظام أو من خلال إدارته أو صيانته.

9 - ليس من المؤكد التيقن من سلامة النظم الإلكترونية، من خلال المعاينة البشرية للشخص المعتاد.

موازنة بين التصويت التقليدي والإلكتروني:

ويمكن من خلال ما تقدم عقد مقارنة بين التصويت التقليدي والإلكتروني، إذ تمثل المزايا التي سبق ذكرها بشأن التصويت الإلكتروني هي عيوب للتصويت التقليدي، ومن ثم تمتاز عملية التصويت الإلكتروني بهذه السمات غير الموجودة في التصويت التقليدي، وعلى الرغم من ذلك فإن العيوب التي توجه للتصويت الإلكتروني يمكن أن يشترك البعض منها في التصويت التقليدي، ويكون الجامع بينهما هو تزييف وتزوير العملية الانتخابية، ففي التصويت التقليدي يكون البطء وتدخل السلطة التنفيذية وتزوير إرادة الناخبين له دلالة على تزييف العملية الانتخابية، في حين أن الخطأ في تخزين البيانات واختراق البرنامج عن طريق فك الشفرة يؤثر في تزوير العملية الانتخابية.

ولا ريب في أن كلاً من النظامين له مزاياه وعيوبه، إلا أن كثرة عيوب التصويت التقليدي جعل الفقه الدستوري وخبراء النظم المعلوماتية يؤيدون اعتناق مبدأ التصويت الإلكتروني، لما يحمله من مزايا هائلة وخدمات سريعة تساعد على إرساء الديمقراطية.

ولعل مما يقوي هذا الزعم أن خبراء التكنولوجيا قد تولوا الرد على هذه العيوب بما يلي:

- من خلال نظام الاقتراع السري المباشر، لا يمكن وجود وسائل الاستعراف على شخصية المصوت بالصوت والصورة حال التصويت، أو بيومترياً بالوسائل الحيوية القياسية من قيام شخص آخر غير الناخب بالتصويت⁽¹⁾.

(1) أبدت الجمعيات السياسية تحفظات على التصويت الإلكتروني واعتبرته بوابة سهلة للتزوير، فضلاً عن التوجس من التلاعب في نتائج الانتخابات، يراجع / مقال التصويت الإلكتروني ريادة تقنية أم نافذة للحكم في الانتخابات؟ جريدة الوسط البحرينية تاريخ 16-6-2012.

- في ظل وجود سلطة محايدة لها قدرات ومكنات إدارية وقانونية وفنية، لمراقبة ومتابعة التصويت والتفتيش على نظام التصويت الإلكتروني حال تأسيسه وتشغيله، فيمكن معالجة أي احتمالات نتيجة تدخل الآخرين بطرق غير مشروعة.
- أنه يوجد نظم إلكترونية بديلة احتياطية تؤدي إلى درء أية احتمالات لفشل النظام أو تعوقه عن أداء عمله.
- أن نظم الانتخابات الورقية يمكن التحايل عليها والغش فيها، طالما أن سلطة الإشراف والرقابة على العملية الانتخابية سلطة غير محايدة، وليس لها سلطات ومكنات التفتيش والمتابعة والمراقبة.
- قيام النظام الإلكتروني بطباعة شهادة رسمية أو إيصال رسمي إلكتروني يتسلمه الناخب فور الإدلاء بصوته، يتضمن بياناته واختياراته وهو ما يعد دليلاً رسمياً قطعياً على الإرادة الصحيحة للناخب⁽¹⁾.
- وهكذا يمكن تلاشي عيوب التصويت التقليدي والإلكتروني من خلال التوصيات التي نوه عنها الخبراء والتي تكفل نجاح التصويت الإلكتروني.

الفرع الثالث:

التكييف القانوني للتصويت الإلكتروني⁽²⁾

- تنوعت آراء الفقهاء بشأن مدى اعتبار التصويت في الانتخابات حقاً أم وظيفة، أم سلطة قانونية مقررة للناخب من أجل المصلحة العامة⁽³⁾.

(1) ذكر النائب عبد الرحمن أبل من البحرين أن هناك نصوصاً قانونية تتعلق بالسرية والمباشرة لا يمكن تجاوزها بتطبيق التصويت الإلكتروني، فأولاً حينما يعيد عليك النظام بعد اختيارك للمرشح سؤال هل أنت متأكد؟ هذا تعد على القانون ففي الورقة لا يتم إيراد مثل هذا السؤال فنحن لسنا بصدد برنامج - من سيربح المليون - ويمكن الاستعانة بالجمهور أو صديق - كما أنه لا توجد قوانين بشأن تطبيق التصويت الإلكتروني مرجع سابق.

(2) للمزيد من التفصيل يراجع د/عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية مرجع سابق ص121، د/سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري مطبعة جامعة عين شمس القاهرة سنة 1988 ص207.

(3) د/أنور رسلان: النظم السياسية القاهرة طبعة 2006-2007 بدون دار نشر ص176، د/إبراهيم عبد العزيز شبحا: النظم السياسية - الدول والحكومات - طبعة 2006 بدون دار نشر ص154.

الرأي الأول:

يرى أن التصويت حق شخصي⁽¹⁾:

ويقوم هذا الرأي على أن لكل فرد حق ذاتي أو شخصي يتمتع به جميع المواطنين، فهو من الحقوق الطبيعية التي لا يمكن نزعها من الأفراد، لأنه يتصل بعضويتهم في المجتمع وبصفتهم ال آدمية⁽²⁾ وهو ما يناسب المبدأ الديمقراطي⁽³⁾.

ويترتب على هذا الرأي:

- تقرير حق الانتخاب العام للجميع، وألا يحرم منه أحد إلا في أضيق نطاق⁽⁴⁾.
- أن التصويت يعتبر حقاً اختيارياً ومن ثم لا يجوز إجبار أحد على ممارسة حق الانتخاب.

الرأي الثاني:

الانتخاب وظيفة اجتماعية⁽⁵⁾:

فالأفراد يمارسون هذا الحق لكونهم ملزمين باختيار ممثلين عنهم، وليسوا أصحاب سيادة، ويتطلب ذلك شروطاً معينة في الناخبين ضماناً لحسن أداء وظيفتهم، ويؤدي ذلك إلى أن مبدأ الاقتراع يكون إجبارياً⁽⁶⁾.

الرأي الثالث:

الانتخاب اختصاص دستوري يجمع بين الحق والوظيفة⁽⁷⁾:

ويكون الانتخاب لدى هذا الرأي بمثابة حق فردي، ويمثل في الوقت ذاته وظيفة واجبة الأداء، أي أنه يجمع بين الحق والوظيفة⁽⁸⁾.

1) د/عبد الغني بسيوني عبدالله: النظم السياسية مرجع سابق ص224.

2) د/إبراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية الدول والحكومات منشأة المعارف الإسكندرية سنة 2006 ص153.

3) د/سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري مطبعة جامعة عين شمس القاهرة سنة 1988 ص207.

4) يقول جان جاك روسو في هذا الصدد (أن التصويت حق لا يمكن انتزاعه من المواطنين) يراجع د/نعمان الخطيب: الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2004 ص277.

5) د/كمال الغالي: مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية مطبعة الداودي دمشق سنة 1985 ص209 وما بعدها.

6) د/عبد الحميد متولي: القانون الدستوري والأنظمة السياسية بدون دار نشر ص121.

7) د/محسن خليل النظم السياسية والقانون الدستوري الجزء الأول دار النهضة العربية بيروت 1972 ص211، د/إبراهيم شيحا: مرجع سابق ص160.

8) د/عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري مرجع سابق ص212.

الرأي الرابع:

الانتخاب سلطة قانونية⁽¹⁾:

ويعتق هذا الرأي معظم الفقهاء، ومعنى أن الانتخاب سلطة قانونية، أي يستمد قوته من قانون الانتخاب ذاته، والذي قررها بهدف تحقيق المصلحة العامة، ويؤدي هذا الرأي إلى إلغاء سلطة الناخب في التنازل عن هذا الحق، بل عليه أن يخضع لما يوجبه القانون⁽²⁾ وأميل مع الرأي الغالب إلى أن التصويت سلطة قانونية تنبع من مركز موضوعي، ينشئه القانون من أجل اشتراك الأفراد في اختيار السلطات العامة في الدولة، لأن الانتخاب سلطة مقررة من أجل الجماعة، وليس من أجل الأفراد، ومن ثم يجوز للمشرع تعديل مضمونها أو شروط استعمالها⁽³⁾.

- 1) د/ثروت بدوي: النظم السياسية الجزء الأول دار النهضة العربية 1964 ص197.
- 2) د/إبراهيم عبد العزيز شبحا: النظم السياسية الدول والحكومات مرجع سابق ص219.
- 3) د/ثروت بدوي: النظم السياسية دار النهضة العربية القاهرة طبعة سنة 1999 ص 221.

المبحث الثاني نظم التصويت الإلكتروني والتنظيم التشريعي له

تمهيد وتقسيم:

تتنوع صور النظم التي تحكم التصويت الإلكتروني على مستوى الدول، فالبعض يأخذ بنظام استخدام الوسائط الورقية، بينما يأخذ البعض الآخر بنظام العد الآلي، لاحتساب الأصوات ولكل منها مزايا وعيوب، فضلاً عن أنه يتم استخدام التصويت الإلكتروني في أمور عديدة تقدم خدمات لبني الإنسانية، ولا يتم تطبيق هذه النظم إلا في الدول التي تطبق الديمقراطية وتنص عليها في تشريعاتها.

لبيان ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في الأول نظم التصويت الإلكتروني، ثم نخصص المطلب الثاني للتنظيم التشريعي للتصويت الإلكتروني.

المطلب الأول نظم التصويت الإلكتروني⁽¹⁾

يتم تطبيق هذا النظام في عدد كبير من بلدان العالم في مجالات عديدة، ولعل من أهمها استخدامه في مجال الانتخابات، إذ يتم التصويت على اختيار المرشح من خلال أجهزة مخصصة لذلك، وقد ساعد ذلك كثيراً في الانتهاء من عملية الانتخابات سريعاً، فضلاً عن أن زيادة نسبة الإقبال بين الناخبين ذوي الاحتياجات الخاصة.

وتوجد عدة نظم للتصويت الإلكتروني وهي:

أولاً: التصويت باستخدام الوسائط الورقية:

ويقوم هذا النظام على تسجيل الأصوات، ويمكن من خلاله إحصاء الأصوات وعدها، واستخلاص النتائج باستخدام وسائط ورقية، كالبطاقات الورقية والكشوف الورقية والسجلات الورقية، إذ يقوم الناخب بإحداث علامة مطبوعة بقلم أو ما شابهه على بطاقة أو سجل في مقر التصويت المحدد، كما يمكن استخدام الناخب أسلوب ثقب علامة مطبوعة في البطاقة بمثقاب أو خلافه، لتحديد اختياره في التصويت، كما توجد وسائل أخرى إلكترونية

(1) التصويت الإلكتروني - مزايا وعيوب مقال منشور على الإنترنت - منتديات الحق والضلال ص2.

تستخدم في النظم الورقية مثل المساحات الإلكترونية أو أدوات الاستعراف الإلكتروني أو البطاقات المثقبة، غير أنه يتعين توافر ثلاثة أمور حتى يمكن اعتبار هذه الوسائل نظاماً للتصويت الإلكتروني (مدخلات، معالجة بيانات، مخرجات) وذلك يرجع لأن الوسيلة الإلكترونية تستخدم في تلك النظم كوسائل مساعدة للنظام الورقي الأصلي مرحلة أو مراحل من عملية التصويت فقط وما يتبعها من فرز وإعلان النتائج، فإذا كانت العملية إلكترونية جزئياً، لا يعد ذلك تصويتاً إلكترونياً لأنه يكون نظاماً متكاملأ، يبدأ من إجراءات الاستعراف على الشخص قبل الإدلاء بالصوت مروراً بإدخال ومعالجة وتنظيم البيانات ورصدها، وينتهي بإعلان النتائج إلكترونياً وذلك بعد معالجة البيانات⁽¹⁾.

ثانياً: نظام الإحصاء أو عد الأصوات إلكترونيكياً أو بوسائل ضوئية: ويطبق هذا النظام عن طريق البطاقات المثقبة، حيث تجمع ويتم وضعها في آلة لعدّها، وهذا النظام الإلكتروني يستقبل مدخلات وبيانات حال قيام الناخب بالتصويت، ويقوم بمعالجتها وإظهارها إما على شاشات أو في شكل مطبوع عبر اليوم أو الأيام الانتخابية، أو في نهاية فترة التصويت، وقد يتم استخدام وسائل تخزين البيانات إلكترونياً، وإرسالها عبر شبكات للاتصالات، إلى مقر مركزي في الدولة تحت إشراف السلطة التي تقوم بالإشراف على الانتخابات.

مظاهر إيجابية وسلبية هذا النظام:

أولاً: الإيجابيات:

- 1 - من الممكن إعادة عد الأصوات والبطاقات يدوياً
- 2 - يتم تفادي مشكلة الأمية لدى الناخب

أولاً: السلبيات:

- 1 - وجود أعطال ميكانيكية تؤدي إلى تقطيع البطاقات أو إفسادها.
- 2 - العلامة أو الثقب في الموضع غير السليم يفسد الصوت الانتخابي.

(1) التصويت الإلكتروني ما له وما عليه - أكاديمية همس الثقافية - منشور على موقع <http://www.hmselklop.com/vb/showthread.php?t=22748>

ثالثاً: العد الميكانيكي الآلي:

حيث يتم استخدام بطاقات بلاستيكية ملونة ومرقمة، يمثل كل لون ورقم شخص كل مرشح أو قائمة من القوائم أو حزباً من الأحزاب، فيقوم المصوت بوضع بطاقة بلاستيكية باللون الذي يختاره في الآلة، فتقوم الآلة بفرز البطاقات البلاستيكية وعدّها وترتيبها طبقاً لألوانها وأرقامها. ويحقق هذا النظام إيجابيات عديدة منها:

- سرعة استخراج النتيجة.

- سهولة إمكانية عد الأصوات يدوياً لوجود بطاقات بلاستيكية.

أما عن الجوانب السلبية فهي:

- أنه لا يمكن استخدامها إلا في حالة وجود عدد قليل من المرشحين أو القوائم أو الأحزاب، ذلك لأن الكود اللوني لكل منهم يحصر عدد الألوان الممكن استخدامها، وقد طبقت ألمانيا هذا النظام في الانتخابات المحلية.

رابعاً: نظام التسجيل المباشر لعدد الأصوات ميكانيكياً⁽¹⁾:

إذ يقوم المصوت بالضغط على ذراع آلة ميكانيكية أو آلة ميكانيكية لتسجيل التصويت المباشر، وتظهر النتائج من خلال عدادات، يتم تخصيص أحدها لمرشح واحد، على أن يتم تسجيل الأصوات باستخدام معدات ميكانيكية أو إلكترونية بصرية يشغلها الناخب، الذي يقوم بالتصويت سواء بلمس شاشة أو ضغط زر أو استخدام قلم ضوئي على شاشة إلكترونية بعد استعراف الجهاز عليه، من خلال ماسح حيوي قياسي سواء لبصمة الإصبع أو لبصمة شبكية العين، أو في نظم حديثة جداً ومتطورة في مجال بصمة الحامض النووي.

وفي الغالب تستخدم هذه الأجهزة⁽²⁾ أكثر من خاصية حيوية واحدة للثبوت من الشخصية فتستخدم الخواص مجتمعة كبصمة الشبكية وبصمة الإصبع، وقد يستخدم الجهاز في الاستعراف على الهوية، قراءة بطاقة شخصية حديثة، بها شريحة إلكترونية تتضمن بيانات الشخص، ثم تقوم الآلات الإلكترونية بمعالجة البيانات بواسطة برنامج حاسوبي يسجل البيانات السابقة، واختيار الناخب إضافة إلى إمكانية صورته الإلكترونية حال القيام بالتصويت، بنظام التصويت الثابت أو الفيديو.

وتؤدي معالجة البيانات، ثم إضافتها إلى الذاكرة الحاسوبية باستخدام برنامج في النظام

(1) <http://www.hmselklop.com/vb/showthread.php?t=22748>

(2) التصويت الإلكتروني: مقال منشور على موقع يوميات أودي المصري ص2 بتاريخ 16-6-2012

الحاسوبي، يسجل الناخب وتفاصيله وبياناته إلكترونياً مع إمكانية استخراجها في شكل مطبوع يسلم للمصوت، وقد يشمل هذا النظام وسيلة أخرى تحتوي على نظام للاتصالات إلكتروني، يرسل بيانات التصويت إلى مركز معالجة البيانات المركزي والذي يتحقق من صحة البيانات وتوثيقها. ويحقق هذا النظام مظاهر إيجابية منها:

- أن النتيجة تظهر من خلال العدادات فوراً، كما أن الفحص للنظام الميكانيكي واختباره ومعايرته يكون أسهل نظراً لعدم وجود برمجيات إلكترونية⁽¹⁾.
- ويترتب على الأخذ بهذا النظام جوانب سلبية منها:
- أن الأجزاء الميكانيكية قد تتعطل.
- لا يوجد دليل ورقي يمكن بواسطته إعادة إحصاء الأصوات عند وجود شبهة التلاعب.
- يمكن التلاعب في النتيجة عند نقل القراءة من العداد الميكانيكي إلى سجل يدوي في نهاية العملية الانتخابية.

خامساً: الشبكة العامة للتصويت الإلكتروني المباشر:

ويتم ذلك عن طريق استخدام آلة التصويت الإلكترونية المباشرة، ويستخدم هذا النظام شبكة اتصالات عامة للبيانات الإلكترونية، فتنقل بيانات التصويت في حال حدوثها، في شكل منفرد أو في شكل مجموعات، في أوقات محددة خلال اليوم الواحد أو في شكل مجمع، إلى محطة أو موقع مركزي إلكترونياً في نهاية العملية الانتخابية، بالإضافة إلى أن هذا النظام يمكن المواطنين من التصويت، من منازلهم أو من مقار أعمالهم بعد التحقق من شخصياتهم، وذلك باستخدام الإنترنت أو التليفون، فيمكن للناخب الإدلاء بصوته، إما إلكترونياً في مقر الدائرة الانتخابية، أو إلكترونياً من منزله أو من مقر عمله، أو من أي مكان جغرافي داخل أو خارج البلاد، يتوافر فيه حاسب آلي قادر على إرسال البيانات إلى الموقع الإلكتروني للتصويت. وتجدر الإشارة إلى أن الشركات والمنظمات تستخدم بشكل روتيني التصويت بطريق الإنترنت⁽²⁾ لانتخاب ممثلي المساهمين وأعضاء مجلس الإدارة. ويعتبر التصويت من خلال الإنترنت هو الوسيلة الأكثر استعمالاً في الوقت الحالي، وهذا النظام يتم استخدامه في العديد من دول العالم في أمريكا وسويسرا وأيرلندا وبلجيكا، إذ يحصل الناخب بالبريد على رقمه أو شفرته السرية، التي يستخدمها للإدلاء بصوته من أي حاسب آلي بطريق الإنترنت.

1) <http://aceprogect.org-ar/topics/et/eth/eth2>

(2) التصويت الإلكتروني مقال منشور على موقع يوميات أودي المصري بتاريخ 16-6-2012

سادساً: نظام عد الأصوات الإلكترونية المركزي⁽¹⁾:

وهو نظام مركزي يقوم باستقبال - من خلال الدوائر الانتخابية - بيانات التصويت فور تصويت الناخب ثم يقوم برصدها، وتنظيمها وتخزينها عقب وصولها إليه عبر شبكات الاتصالات الإلكترونية، ويقوم هذا النظام بإنتاج مخرجات إلكترونية تبين النتيجة العامة للعملية الانتخابية على المستوى المركزي.

سابعاً: نظام التصويت عن طريق أجهزة الاتصالات الحديثة والتليفون⁽²⁾:

نظراً للتطور المذهل في عالم الاتصالات، أصبح من الممكن استخدام التليفون من قبل الناخب للإدلاء بصوته، ويتحقق ذلك بالاتصال بمركز تسجيل التصويت التليفوني، سواء كان هذا المركز رئيساً أو فرعياً، فيتم تسجيل صوته وساعة المكالمات والاختيار ويحتفظ بالتسجيل الصوتي، لإثبات التصويت لدى السلطة المحايدة القائمة على الإشراف على الانتخابات، ويستخدم الناخب عند التصويت من خلال التليفون إما رقماً سرياً أو بيانات استعرافية أتاحها له سلطة الإشراف على الانتخابات، وعند حدوث تنازع بشأن الانتخابات يتم استخدام البصمة الصوتية للتعرف على شخص الناخب الذي قام بالإدلاء بصوته إلكترونياً.

ومن خلال ما تقدم فإن التمييز بين هذه النظم أو الأشكال يتم من خلال:

أن التصويت الإلكتروني في مواقع الاقتراع، يدلي فيه الناخبون بأصواتهم عبر الإنترنت، من خلال أجهزة عملية تقع فعلياً في أماكن الاقتراع الرسمية، وتخضع فيه أجهزة وبرمجيات العمل لرقابة مسؤولي الانتخابات، وقد يتم التحقق فيه من هويات الناخبين بالوسائل التقليدية.

أما التصويت الإلكتروني في أكشاك:

فيقوم الناخب بالإدلاء بصوته عن طريق أجهزة عملية، على أن تخضع هذه الأجهزة والبرمجيات لرقابة مسؤولي الانتخابات، لكنها تكون موزعة في الأماكن العامة، ولا تخضع فيه البيئة المادية وعملية التحقق من هويات الناخبين لرقابة المسؤولين المباشرة، وكذلك لا تخضع عملية التصويت الإلكتروني عن بعد لرقابة مسؤولي الانتخابات، غير أن الطريقتين الأولىتين تحققان الأمن، لكن المزايا التي تتحقق من ورائهما لا تزيد في الجملة عن المزايا التي

1) <http://www.hmselklop.com/vb/showthread.php?t=22748>

2) التصويت الإلكتروني لخدمة الانتخابات

<http://www.abandah.com/gheith/?p=167>

يحققها التصويت التقليدي، ومن ثم لا تتحقق الفوائد الكاملة للتصويت الإلكتروني إلا في الأنظمة التي يمكن الناخب فيها من الإدلاء بصوته، في الوقت الذي يراه مناسباً عن طريق محطات الإنترنت في المنزل أو مكان العمل أو في الأماكن العامة، ومن ثم تعد هذه الطريقة أخطرهما على النظام الأمني⁽¹⁾.

ثامناً: التصويت عن طريق الانترنت:

تأخذ الكثير من دول العالم ومنها على سبيل المثال (سويسرا وأستونيا وبلجيكا) بنظام تصويت الناخب عبر الإنترنت من أي مكان في العالم، ويكون ذلك باستخدام رقم سري - كود - يصل إلى الناخب عن طريق البريد المسجل أو الإلكتروني أو باستخدام بطاقة هوية ذكية تحتوي على شريحة إلكترونية، بها سائر بيانات الناخب، حيث تتم قراءة محتوياتها من خلال قارئ كروت موصول بالكمبيوتر⁽²⁾ أو من خلال مكائن الاقتراع التي تستخدم شاشة لمس أو ماسح ضوئي - سكانر - يقوم بمسح أوراق الاقتراع التي أشر عليها الناخب بصوته، ويجري بعدها تسجيل الصوت والذي يتم تخزينه في ماكينة الاقتراع، فضلاً عن وجود وسيلة أخرى للتصويت عبر الإنترنت باستخدام الحاسوب المتصل بالإنترنت للإدلاء بالصوت وإرساله ليخزن في جهاز حاسوب آخر عن بعد⁽³⁾ ومن الملاحظ أن معظم دول العالم أنشأت قاعدة البيانات والخدمات الجماهيرية، وبثها من خلال شبكة الإنترنت والتي تسمى بالبوابة الإلكترونية⁽⁴⁾ ولا يمكن في الوقت الحالي لأي دولة أن تغفل أهمية برامج الحكومة الإلكترونية، حيث تدخل الخدمات الإلكترونية إلى كافة أوجه الحياة الشخصية والمهنية دون استئذان، لذلك تحرص الدول على تحديث المواقع الإلكترونية في تقديم الخدمات للمواطنين.

(1) التصويت الإلكتروني: منشور على موقع

<http://aceproject.org-ar/topics/et/eth/eth02>

(2) التصويت الإلكتروني ما له وما عليه-أكاديمية همس الثقافية مرجع سابق ص11

(3) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/E-VOTING/ONEPAGE>

(4) د/السيد أحمد مرجان: دور الإدارة العامة الإلكترونية والإدارة المحلية في الارتقاء بالخدمات الجماهيرية دار النهضة العربية 2010 ص124

تاسعاً: التصويت من خلال أجهزة الفاكس والتليفون⁽¹⁾؛

تقدم الحكومات الإلكترونية الخدمات العامة للمواطنين من خلال الهواتف والفاكسات، فقد أكد الواقع إجراء التصويت الإلكتروني، والذي يتم من خلال قيام الناخب بالتصويت عن طريق التليفون، وقد بيّنا ذلك سابقاً عند الحديث عن نظام التصويت عن طريق أجهزة الاتصالات والتليفون.

الخلاصة: أن التصويت الإلكتروني قد يتم من داخل لجان التصويت أو من خارج مكان الاقتراع الإلكتروني، وبذلك يتم الإدلاء بالصوت سواء من الداخل أو خارج اللجنة الانتخابية، بواسطة حاسوب وإرساله عبر الإنترنت، وسواء تم عبر الهواتف العادية أو المحمولة لأغراض الإدلاء بالصوت إلكترونياً.

أدوات التدقيق في التصويت الإلكتروني:

يوجد نظامان للتدقيق في سلامة نتائج الانتخابات عند استخدام التصويت الإلكتروني⁽²⁾ وهما:

الأول: نظام التدقيق الورقي في مسار العملية الانتخابية، وكذلك نظام التدقيق الورقي في الاقتراع وهما وسيلتان لحماية نظام التصويت الإلكتروني من مخاطر التزوير أو تعطل الإنترنت، وذلك بمحاولة إيجاد وسائل يدوية نابعة من النظام الإلكتروني يمكن من خلالها عد الأصوات يدوياً، متى كان ذلك ضرورياً حيث تنتج الآلة الإلكترونية إضافة إلى الشهادة الرسمية التي يحصل عليها المصوت، ويحتفظ بها شهادة ورقية ثانية نظيرة تحفظ في الدائرة الانتخابية، ولا يمكن التلاعب في ذلك، إذ أن الجهاز لا يصدر أكثر من شهادة واحدة للمصوت وشهادة أخرى واحدة لصالح الهيئة المشرفة على الانتخابات، توضح تمام التصويت، ويمكن عند المنازعة التحقق من حقيقة التصويت بالاطلاع على أصل الشهادة الموجود لدى المصوت، والتي تحتوي على بيانات المصوت، إضافة إلى خياراته والتي توجد عند سلطة الإشراف على الانتخابات.

1) <http://www.hmselklop.com/vb/showthread.php?t=22748>

<http://aceproject.org-ar/topics/et/eth/eth02> -

(2) مقال بعنوان: مشروع التصويت الإلكتروني حاز على إعجاب دول ومنظمات، جريدة الوسط البحرينية على موقعها الإلكتروني ص3 بتاريخ 2012-6-16

الثاني:

نظام التدقيق في التصويت عبر المسبار:

ويعتبر هذا النظام جامعاً، لا يتطلب أوراقاً كوسيط للتدقيق في مسار تسجيل التصويت، ويتعين وجود أجهزة خارجية متخصصة، يصعب استخدامها من جانب الناخبين، وتسمى - فيت - ويؤكد خبراء الإنترنت أن هذا النظام من الممكن عملياً استخدامه حالياً، خاصة مع وجود أدوات تكنولوجية حديثة تساعد على نجاحه ومنها:

ربط الشاشات التي تعمل باللمس أو أجهزة تسجيل التصويت الإلكتروني المباشر⁽¹⁾، بطابعات تصدر إيصالات ورقية رسمية أو شهادات مطبوعة تحمل علامات مائية أو هولوغرافية⁽²⁾ يستلم نسخة منها المصوت وتحفظ النسخة الثانية لدى السلطة المشرفة على الانتخابات.

مزايا هذا النظام:

- استخدام المساح الضوئي لبطاقات معلمة يدوياً من قبل ناخبين حيث يمكن عد هذه البطاقات يدوياً حال المنازعة.
- إمكانية القيام بالعد اليدوي عند وجود شك أو اعتراض من المرشحين أو طعن على إجراءات العملية الانتخابية⁽³⁾.
- تبقى البطاقات المثقوبة موجودة متى تم استخدامها، بل يمكن استخدامها في التدقيق.
- استخدام نظام تشفير وترميز حيث تصدر الإيصالات معلمة أو مرقومة بكود مشفر تحتفظ به السلطة التي تقوم بالإشراف على العملية الانتخابية، ولا شك أن ذلك يؤدي إلى التدقيق ومتابعة سلامة الانتخابات وسلامة نتائجها.

المطلب الثاني

التنظيم التشريعي للتصويت الإلكتروني

نظراً لأهمية نظام التصويت الإلكتروني، اهتمت التشريعات في بعض الدول بتنظيمه ووضع الضوابط التي تكفل نجاحه، إلا أن موقف الدول قد تباين بشأن التصويت الإلكتروني من مقر الانتخاب، أو التصويت الإلكتروني عن بعد.

1) <http://www.hmselklop.com/vb/showthread.php?t=22748/-75->

2) التصويت الإلكتروني مقال منشور على موقع يوميات أودي المصري ص2 بتاريخ 16-6-2012

3) <https://www.aswat.com/ar/node-618>

أولاً: الدول التي تعتنق التصويت الإلكتروني من مقر الانتخاب:

1 - التشريع الأسترالي:

حرصاً من مفوضية الانتخابات في منطقة العاصمة الأسترالية على السماح للناخبين الأستراليين في أي مكان من الإدلاء بأصواتهم، قدمت توصية إلى الحكومة الأسترالية بالسماح بالتصويت الإلكتروني لانتخابات الجمعية التشريعية لحكومة العاصمة وقد تضمن القانون الصادر في سنة 1999 تعديلاً يقضي بجواز استخدام التصويت الإلكتروني للمرة الأولى في الانتخابات البرلمانية الأسترالية سنة 2001، وقد أكدت الإحصائيات أن عدد الناخبين الذين أدلوا بأصواتهم عن طريق الإنترنت بلغوا 16559 ناخباً، غير أنه من المتوقع إعادة استخدام الاقتراع الإلكتروني، مرة أخرى في أستراليا في الانتخابات القادمة، فقد أوصت مفوضية الانتخابات بأنه يجب إجراء التصويت الإلكتروني في أماكن الانتخاب التي تستخدم شبكات إنترنت محلية آمنة، ولا يعد الإنترنت في الوقت الحالي وسيلة آمنة بشكل مؤكد لإجراء الانتخابات البرلمانية⁽¹⁾.

2 - في البرازيل:

اهتمت البرازيل بالتصويت الإلكتروني، وحاولت السلطات الفيدرالية مواكبة التطورات التكنولوجية، ودعم الجهات الحكومية المتخصصة، وقد أصدرت السلطات الانتخابية طلب اقتراحات، ووجهته إلى قطاع لتصميم وإنتاج آلة خاصة بالاقتراع الإلكتروني. وتوجد قاعدة بيانات مركزية للناخبين المسجلين، للتمكن من تحديد التسجيل، ثم اكتملت هذه القاعدة في سنة 1994، وتم الربط بين جميع المحاكم الانتخابية الإقليمية والتي تسمح لجميع مسجلي الانتخابات الإقليمية بالتواصل فيما بينها⁽²⁾. وفي سنة 1996 تم تطبيق الاقتراع الإلكتروني في الانتخابات وفي جميع الدوائر الانتخابية، وفي عام 2000 تم استخدام أكثر من 400 ألف ماكينة للاقتراع الإلكتروني، وتم رصد النتائج على مستوى المجتمع البرازيلي، وحرصاً على المحافظة على قاعدة البيانات، تم نقل البيانات على أقراص آمنة أو عبر هواتف الأقمار الصناعية إلى محطات الجمع المركزية، ويتم نقل هذه البيانات إلكترونياً عبر خطوط آمنة، إلى مكائن جدولة في العاصمة البرازيلية، إذ توحد النتائج وتعلن خلال ساعات⁽³⁾.

(1) تقرير منشور على الإنترنت بعنوان البلدان ذات مشاريع الاقتراع الإلكتروني بتاريخ 21-5-2012 <http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting/fjhvd>

(2) هل تحتاج الكويت إلى التصويت الإلكتروني منشور على موقع مصر ص2 بتاريخ 16-6-2012

(3) www.tst.gov.br

3 - في بلجيكا:

تم استخدام أماكن الاقتراع الإلكتروني في عام 1991 ثم في عام 1994، ويتم الاقتراع الإلكتروني في أماكن الانتخاب، وكذلك تم العمل به في عامي 1999 و2000 وعام 2003، ثم في الانتخابات الإقليمية والأوروبية في عام 2004، ومن الملاحظ أنه يوجد شاشة وقارئ بطاقات مغناطيسية وكذلك قلم ضوئي، يساعد في إجراء التصويت الإلكتروني.

4 - في النرويج⁽¹⁾:

تم إجراء مشاريع تجريبية في ثلاث بلديات بعد موافقة وزارة الحكم المحلي والتنمية الإقليمية، وذلك خلال الانتخابات المحلية لعام 2003، حيث تم التصويت الإلكتروني في محطات الانتخاب عن طريق شاشات اللمس، وقد أظهرت النتائج التي تتعلق بتقييم هذه المشاريع أنها نالت استحسان الناخبين، غير أنه يعاب عليها عدم الوضوح الكافي لهذا النظام، فضلاً عن عدم توافر الأمن الكافي لحفظه، لذلك أوقفت الحكومة النرويجية أي استخدامات لنظام التصويت الإلكتروني، لحين تقديم مجموعة العمل المعينة من قبل الوزارة لوجهات نظرها بشأن هذه المسائل⁽²⁾.

5 - في البرتغال:

قام المواطنون في 13 حزيران 2004 باختبار اقتراع إلكتروني غير ملزم، في مكان الانتخاب خلال الانتخابات الأوروبية، وقد تم تجربة ثلاثة نظم للتصويت الإلكتروني وهي (ماكينة اقتراع إلكتروني بشاشة لمس - منظومة باستخدام القلم الضوئي - منظومة باستخدام بطاقات إلكترونية) وقد أدلى 50562 مواطناً بأصواتهم من مجموع 128060 ناخباً، واعتبر رئيس الوزراء البرتغالي هذا المشروع ناجحاً بدرجة جيد جداً، وقد تمنى أن يتم تنفيذ اقتراع إلكتروني يكون ملزماً قانوناً في المستقبل.

6 - في الهند:

حرصاً من المشرع الهندي على عدم تزوير الانتخابات، أنشأ اللجنة القومية المحايدة للرقابة على العملية الانتخابية⁽³⁾، ولم يكتف المشرع الهندي بذلك لضمان عدم التلاعب

1) تصويت إلكتروني موقع ويكيبيديا الموسوعة الحرة ص1 منشور بتاريخ 16-6-2012

2) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting>

3) د/عبد الملا شحاتة الشلقاني: مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام - الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية - دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي ص35

والتزوير والتصويت القسري والتهديدات التي رافقت الانتخابات السابقة، فاتجه نحو تطبيق التصويت التكنولوجي، وقد قامت مفوضية الانتخابات منذ عام 1998 بزيادة مكائن الاقتراع الإلكتروني، وفي عام 2003 أجريت كافة الانتخابات الوطنية والفرعية باستخدام هذه المكائن، وبالفعل تم تجهيز 10 ملايين ماكينة اقتراع إلكتروني في الانتخابات العامة⁽¹⁾ ويبلغ عدد الناخبين في الهند 750 مليون مواطن، وتتم تحت إشراف قضائي كامل، وتكون النتيجة معبرة عن إرادة المواطنين ولا يشوبها أي تزوير⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام التصويت الإلكتروني، ليس من قبيل الخيال العلمي - كما يقول د/أحمد فتحي سرور (بل هو نظام مطبق في عشرات الدول وأسألوا أوروبا وأمريكا واليابان وغيرها، وليس حلاً لا يتحقق إلا في حقه التقدم الاقتصادي والحضاري، ولكنه يتحقق مع النضج الديمقراطي، حتى ولو كان ممزوجاً مع الفقر والجهل والمرض والأمية، وأسألوا الهند التي جعلت الأفيال تحمل ماكينات التصويت الإلكتروني على ظهورها، بينما الناخبون يتحلقون حولها ويصوتون، ونصبت المقار الانتخابية في الغابات، وأجريت الانتخابات في ماكينات التصويت الإلكتروني، ولهذا ضربت الهند أروع الأمثلة في الديمقراطية باستخدام أحدث الأساليب التكنولوجية في التصويت)⁽³⁾ ويوجد جهاز مخصوص لمرحلي التصويت والفرز، ويمكن استخدامه في كل الانتخابات، إذ يقوم الناخب من خلال الضغط على الزر فقط ثم يتم تزويده بالأسماء والرموز الخاصة بالمرشحين⁽⁴⁾ ولعل القدرة الفائقة لهذا الجهاز والذي يمكن استخدام ثلاثة عشر ناخباً له للتصويت من خلاله في دقيقة واحدة، وهو ما يساعد على إنجاز العملية الانتخابية، ويوفر الوقت والجهد، ولا يلزم علم الناخب أو إجادته للقراءة والكتابة، إذ المطلوب هو الضغط على الزر الخاص بالمرشح الذي يريده فقط⁽⁵⁾، وفي نهاية اليوم الانتخابي يتم تسليم اللجان الانتخابية النتائج المسجلة في ذاكرة تلك الأجهزة إلى اللجنة المركزية، حتى تقوم بفرزها في الموعد المحدد.

وبالنظر إلى التجربة الهندية التي أحرزت تقدماً في التصويت الإلكتروني، فإن رئيس لجنة

1) www.eci.gov.in/evm

2) <http://www.aljazeera.net/asia/2004/4-20/htm>

3) د/أحمد فتحي سرور: التصويت إلكترونياً في الهند ضماناً نزاهة الانتخابات مقال منشور بجريدة الجمهورية بتاريخ 25-1-2007 ص5

4) يؤكد الخبراء أن الجهاز لديه القدرة على حفظ البيانات في ذاكرة خاصة لفترة تتراوح ما بين 25-30 عاماً

5) ذكر الزميل د/عبد الله شحاتة في رسالته للدكتوراة حول الإشراف القضائي على الاقتراع العام سنة 2005 ص37 أن هذا الجهاز سبق استخدامه في انتخابات 26 دائرة انتخابية من خلال 17 ولاية ومقاطعة هندية في الانتخابات البرلمانية التي أجريت عام 1999 كتجربة أولية لهذا الجهاز.

الانتخابات الهندية، والمشرف على جهاز التصويت الإلكتروني قد أكد على أنه، يضمن تمكين 770 مليون شخص على الأقل في التصويت بواسطة الكمبيوتر في الانتخابات القادمة، وهو بلا شك سيقضي على التزوير والعنف، ويحفظ نتائج الانتخابات لحين البدء في فرز وعد الأصوات.

7 - في إيرلندا:

اتجهت الحكومة الإيرلندية إلى الأخذ بنظام التصويت الإلكتروني في مكان الانتخاب منذ عام 1999، وطبقت هذا النظام على انتخابات 2000، وكان من المتوقع أن يكون التصويت الإلكتروني ميسراً خلال انتخابات البرلمان الأوروبي، إلا أن الواقع أثبت وجود عقبات تمنع من تطبيق هذا النظام بشكل جيد.

ثانياً: الدول التي تطبق التصويت الإلكتروني عن بعد⁽¹⁾:

اهتم القانون الدستوري في العديد من الدول الديمقراطية، التي تسعى إلى تطبيق النظم الإلكترونية على نحو يكفل فاعليتها وتسييرها، مثل التصويت الإلكتروني وحقوق مخاطبة السلطات العامة والرقابة على أعمال الحكومة⁽²⁾ ولاريب في أن الدول الديمقراطية تهتم بالأخذ بكافة الأساليب التي تكفل المساهمة العامة من أفراد الشعب، وتوسع من المشاركة السياسية، ولا شك في أن استخدام الأجهزة الإلكترونية في الانتخابات العامة، واستخدامها من مكان بعيد عن المقر الانتخابي، يصب في هذا الاتجاه، وقد طبقت العديد من الدول هذا النظام ومنها:

1 - مشروع الاقتراع الإلكتروني للاتحاد الأوروبي:

أطلقت المفوضية الأوروبية في أيلول سنة 2000 مشروع الاقتراع الإلكتروني للانتخابات عبر الإنترنت، من خلال ضمان الخصوصية في التصويت باستخدام منصات إنترنت ثابتة ومتنقلة. ويساهم المشروع في تطوير منظومة الاقتراع الإلكتروني سنة 2003، وقد تم إجراء الاختبار الأول لهذا القانون في ديسمبر سنة 2002، في مدينة - اسي ليمونيه - الفرنسية وانتخب 860 مقترعاً ممثلهم لمجلس بلديات المدينة إلكترونياً، وكذلك تكرر الأمر في ألمانيا في عام 2003 في جامعة بريمن، وقد شارك عدد كبير من الناخبين في الاقتراع الإلكتروني.

1) www.eci.gov.in/Evm

2) د/ بشير علي باز: دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني دار الكتب القانونية سنة 2009 ص135.

2 - في فرنسا: (1)

تم إجراء الاقتراع الإلكتروني في عام 2003 للمواطنين المقيمين في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك بمناسبة اختيار 12 عضواً للمجلس الأعلى في البرلمان الفرنسي، لتمثيل المواطنين الفرنسيين الذين يعيشون في الخارج، وقد أدلى عدد منهم بأصواتهم وبلغ 8% تقريباً عبر الإنترنت، وقد نشر منتدى حقوق الإنترنت في عام 2003 عدد الأصوات التي قامت بالتصويت الإلكتروني، وكان من ضمن توصياته حول مستقبل الاقتراع الإلكتروني في فرنسا: ويتعين عدم تقديم الاقتراع الإلكتروني عن بعد، ماعداً المواطنين الفرنسيين المقيمين في الخارج، ممن يجب أن يكونوا قادرين على انتخاب مندوبي الإنترنت، وقد أوصى المنتدى بوجوب أن يكون كل ناخب قادراً على استخدام الاقتراع الإلكتروني في كشك الاقتراع في مكان الانتخاب.

وقد أصبح استخدام الاقتراع الإلكتروني في مكان الانتخاب ممكناً في الانتخابات السياسية الملزمة قانوناً في فرنسا، من خلال القرار الذي أقرته الحكومة في مارس 2004، ويخول هذا القرار 33 بلدية لنشر مكائن الاقتراع الإلكتروني، وقامت 18 بلدية بإجراء اختبارات الاقتراع الإلكتروني خلال الانتخابات الأوروبية عام 2004 وتم إجراء الانتخابات الرئاسية في مايو 2007 والتي فاز فيها الرئيس ساركوزي بأغلبية ساحقة، وذلك بعد إعلان جهاز التصويت الإلكتروني حصوله على الأغلبية بعد مضي ثلاث ساعات فقط من إنهاء العملية الانتخابية (2)، وقد استخدمت الدول الأوروبية نظام التصويت الإلكتروني بواسطة التوقيع الإلكتروني، عند اختيار أعضاء البرلمان الأوروبي، وقد أسفر عن نتائج باهرة عند تشكيل البرلمان الأوروبي (3).

3 - في أمريكا:

يقوم الكونجرس بوضع جدول الأعمال والتقارير الخاصة بنشاطه من خلال شاشات عرض داخل قاعات الكونجرس، حتى يمكن للجميع الاطلاع عليها، فضلاً عن إبداء الرأي بشأنها من خلال التصويت الإلكتروني، وكذلك الحال في الانتخابات الرئاسية وباقي صور الانتخابات (4).

(1) حلم التصويت الإلكتروني مقال منشور على موقع الأهرام الرقمي منشور بتاريخ 2012-6-16

(2) democracie-electronique.org

(3) د/سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني بين التدويل والاقتباس بحث منشور مجلة روح القوانين كلية الحقوق جامعة طنطا عدد يناير 2002 ص 411

(4) كان لجهاز التصويت الإلكتروني دور كبير في حسم الصراع بين الرئيس جورج بوش وأل جور وخاصة في ولاية فلوريدا وتم إعلان فوز الرئيس بوش من خلال جهاز التصويت الإلكتروني للمزيد يراجع د/عمر محمد يونس: المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية الطبعة الأولى سنة 2003 ص 125

4 - في إنجلترا:

قامت بتعديل قانونها الانتخابي ليسمح بالأخذ بنظام التصويت الإلكتروني، ففي الانتخابات الأوروبية التي تمت في 10-6-2004 قامت بريطانيا بتوعية الناخبين، ووضع أسس ومعايير للعملية الانتخابية إلكترونياً، وبيان طريقة الحصول على استمارة طلب التسجيل، وكيف يتمكن المواطن الأوروبي من التصويت وما الذي يجب أن يحدث في يوم الانتخابات، وكيفية التصويت للناخب غير المقيم في بلد الانتخابات إلكترونياً أو بالبريد الإلكتروني، كما خصصت موقعا على الإنترنت للإجابة على التساؤلات واستفسارات الناخبين⁽¹⁾.

5 - في ألمانيا:

في عام 1999 قامت ألمانيا بإجراء اختبارات الاقتراع الإلكتروني، وتمت على شكل غير سياسي مثل الجامعات، وعلى المستوى الاستشاري المحلي، وكان النظام الأكثر استخداماً في الاختبارات الألمانية، هو منظومة الاقتراع الإلكتروني المطورة من قبل المجموعة البحثية للاقتراع عبر الإنترنت. ويتم ربط جميع محطات الاقتراع من خلال شبكة إلكترونية وإنشاء سجل ناخبين إلكتروني.

6 - إسبانيا:

أقامت حكومة إقليم الحكم الذاتي في كاتالونيا مشاريع تجريبية، باستخدام مكائن الاقتراع الإلكتروني في داخل محطات الانتخاب، وجرى دعوة أكثر من 23000 كاتالوني مقيم في الأرجنتين والمكسيك باستخدام أي جهاز كمبيوتر مرتبط بالإنترنت، وأعقب ذلك محاولات تجريبية أخرى اتسمت بالنجاح، وأعلن خوزيه لويس رئيس الوزراء الإسباني في 10-8-2004 أن الحكومة ستضع في اعتبارها تحديثات على قانون الانتخابات العامة وقانون الاستفتاءات، بالنظر إلى تقديم إمكانية استخدام الاقتراع الإلكتروني عن بعد، في الاستفتاء على دستور الاتحاد الأوروبي في فبراير 2005⁽²⁾.

7 - سويسرا:

فوضت الحكومة السويسرية المستشارية الفيدرالية في آب /أغسطس 2000 للقيام بمهمة اختيار جدوى الاقتراع الإلكتروني، وجرى تسليم التقرير الأول حول الخيارات، والمخاطر

1) <http://www.londonelects.org.uk/resources.aspx>

2) www.laflecha.net/canalese-administracion/2004/20531

وجدوى الاقتراع الإلكتروني في كانون الثاني /يناير 2002، وبالفعل تم تطبيق الاختبارات الملزمة قانوناً على الاقتراع الإلكتروني عن بعد في مقاطعة جنيف، ثم أجري اختبار آخر في كولوني وفي ميرين وفي كاروج في عام 2004 بشأن الاقتراع على الاستفتاء الإلكتروني، وتم عرض هذه المشاريع على البرلمان انتظاراً لإقرارها.

8 - هولندا:

يتم تطبيق الاقتراع الإلكتروني في أماكن الانتخاب بمعظم المقاطعات الهولندية، غير أنه كان بإمكان المواطنين في أثناء الانتخابات الأوروبية سنة 2004، استخدام الاقتراع الإلكتروني وأن يدلوا بأصواتهم عبر الإنترنت أو الهاتف⁽¹⁾.

9 - النمسا:

تستخدم هذه الدولة التصويت الإلكتروني عن بعد، ففي سنة 2003 تم النص على الاقتراع الإلكتروني في الانتخابات، وقد تم تطبيقه بالفعل وبشكل متزامن مع انتخابات الطلبة في جامعة فيينا، ومع الرغبة القوية لتطوير هذا النظام وإجراء التصويت عن بعد، ويتم ذلك من خلال قيام الناخب قبل يوم الانتخاب، بطلب إصدار رمز الاقتراع الإلكتروني والمخزن في بطاقة الهوية الإلكترونية الوطنية، ثم يقوم الناخب في يوم الانتخابات بإثبات حقه في الإدلاء بصوته بإبراز رمز الاقتراع الإلكتروني فقط، وشهد هذا النظام تطبيقاً في الانتخابات الرئاسية في النمسا في إبريل 2004.

10 - في كندا:

تم إجراء الانتخابات في 12 بلدية في أونتاريو الكندية، من مقاطعات برسكوت في الفترة من نوفمبر 2003، وتعتبر أول إجراءات انتخابية تتم بشكل إلكتروني في أمريكا الشمالية من خلال الإنترنت أو الهاتف⁽²⁾.

وقد أثبتت الإحصائيات وجود 100000 ناخب في 12 بلدية في أونتاريو الشرقية، للإدلاء بأصواتهم عبر الإنترنت، ويتم تزويد الناخبين برقم هوية لكل ناخب⁽³⁾ وكلمة المرور مما

1) www.minbzk.nl

2) هل تحتاج الكويت إلى التصويت الإلكتروني منشور على موقع مصر بتاريخ 2012-6-16

3) التصويت الإلكتروني: تكنولوجيا بضوابط - ملتقى المهنيين ص3 بتاريخ 2012-6-16

يسمح لهم بالتصويت عبر الإنترنت أو الهواتف الذكية، ولا شك أن هذا النظام ساعد على زيادة نسب الإقبال على التصويت إلى 55% في بعض المناطق في مقابل نسب الانتخابات البلدية العادية فيما بين 25 - 30%.

مدى تطبيق التصويت الإلكتروني في الدول العربية:

في دولة الكويت: طبقت نظام التصويت الإلكتروني سنة 2001 نظراً لما يحققه من الدقة في التصويت والتعبير الصريح عن إرادة الأمة، ونفاذاً لطلب الاقتراح من نائب مجلس الأمة، فقد تم تعليق أجهزة إلكترونية تمكن النواب من إبداء الرأي بشكل إلكتروني، ومن ثم يتم التصويت على الرأي النهائي بعد إبداء الآراء. كما تم تطبيق هذا النظام في عام 2006 عند اختيار أعضاء مجلس الأمة الكويتي⁽¹⁾.

وقد ذكر نائب مجلس الأمة أن الهدف من التصويت الإلكتروني أنه سيحقق الدقة في التصويت، وسوف يساعد على تحديد عدد المصوتين ورغباتهم، فضلاً عن أن القرار الصادر في مسائل التصويت يكون دقيقاً وأكثر تعبيراً عن إرادة الأمة ورأيها⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر أن هناك مشروعات قانونية في مصر ومملكة البحرين، وغيرها من الدول العربية لتنفيذ نظام التصويت الإلكتروني، ومن ثم نأمل من المشرع في الدول العربية ضرورة تبني هذا النظام وتوفير الأدوات التي تكفل نجاحه. خاصة وأن معوقات نجاح هذا النظام كبيرة وتتمثل في عدم العلم بالأساليب الإلكترونية الحديثة، وعدم التوعية الكافية لدى المواطن العربي باستخدام أحدث أجهزة التكنولوجيا، فضلاً عن ضعف المستوى الاقتصادي لدى البعض منها ومن ثم يؤدي تطبيقه إلى إرهاب ميزانية الدولة، الأمر الذي يضاعف من صعوبة تطبيق نظام التصويت الإلكتروني.

وفي إطار ذلك يمكن تطبيق هذا النظام في بعض المدن الكبرى على سبيل التجربة لمعرفة المعوقات وطرق علاجها ثم يعمم الأمر على الدولة بالكامل في مراحل لاحقة.

(1) د/ بشير علي باز: دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني دار الكتب القانونية سنة 2009 ص 143

(2) المستشار /عادل بورسلي: المتطلبات الدستورية والقانونية للإدارة الإلكترونية، ورقة عمل قدمت إلى ندوة الأبعاد القانونية للحكومة الإلكترونية التي عقدت بمقر غرفة تجارة وصناعة الكويت في 4-3-2003 ص 5 وما بعدها

المبحث الثالث آليات نجاح التصويت الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

تمر العملية الانتخابية بمراحل ثلاث وهي التصويت، والفرز، وإعلان النتائج، ولا شك أنها تساهم في نجاح الانتخابات متى تم ضبطها، ووضع القواعد التي تكفل حمايتها، فضلاً عن ضرورة توفير التقنية الحديثة في مجال المعلومات، وتدريب الناخبين على استخدامها، ولبيان ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نبحث في الأول الإشراف القضائي على التصويت الإلكتروني، ثم نخصص المطلب الثاني لدور المجتمع المدني في متابعة التصويت الإلكتروني، أما المطلب الثالث فنخصصه للأدوات المساعدة في نجاح التصويت الإلكتروني.

المطلب الأول الإشراف القضائي على التصويت الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

حرصت معظم الدساتير على النص بضرورة الإشراف القضائي على العملية الانتخابية كاملة، ومن ذلك الدستور المصري الصادر في سنة 1971 والملغى بالإعلان الدستوري الصادر في 2011 والذي تم الاستفتاء عليه في 19-3-2011، فقد نص في المادة 88 منه على أنه (أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية).

ويحقق الإشراف القضائي سلامة ومشروعية العملية الانتخابية ونتائجها وآثارها، فضلاً عن تحقيق الحيادة والنزاهة، وتدعيم ثقة المواطنين في شفافية ونزاهة العملية الانتخابية، ولبيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الأول منها مفهوم مبدأ الإشراف القضائي، ثم نخصص الثاني لدور الإشراف القضائي في نجاح التصويت الإلكتروني.

الفرع الأول مفهوم مبدأ الإشراف القضائي

أولاً: الإشراف في اللغة:

مأخوذ من شرف المكان. أي ارتفع وأشرف عليه اطلع عليه من فوق⁽¹⁾ ويقال أشرف عليه تولاه وتعهده وقاربه، وأشرف الشيء: علا وارتفع⁽²⁾ وكذلك من معاني الإشراف: الرقابة أي الملاحظة والحرس والحفظ وقيل: المراقبة هي عمل من يراقب الشيء أو العمل محل المراقبة ومنها الانتخابات⁽³⁾.

ثانياً: تعريف الإشراف في الدستور:

ورد لفظ الإشراف في الدستور المصري في المادة 153 وينصرف معناها إلى السيطرة والرقابة ومن ثم يقترب المعنى القانوني من المعنى اللغوي⁽⁴⁾، كما نصت المادة 88 من الدستور المصري الصادر في سنة 1971 على إشراف القضاء على الانتخابات.

وأيضاً نص الدستور الفرنسي الصادر في 1958 في المادة رقم 58 على أنه (يشرف المجلس الدستوري على سلامة إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية) سواء شملت العملية الانتخابية كاملة بدءاً من القيد في الجداول الانتخابية وحتى إعلان النتيجة، أو اقتصر معناه على مرحلة التصويت والفرز وإعلان النتائج، دون غيرها من مراحل العملية الانتخابية⁽⁵⁾ والمقصود بالإشراف القضائي كما عرفته المحكمة الدستورية (هو إمسك أعضاء الهيئات القضائية بزمام عملية الاقتراع، فلا تفلت من بين أيديهم، بل يهيمنون عليها برمتها بحيث تتم خطواتها تحت سمعهم وبصرهم)⁽⁶⁾.

وحرصاً من المشرع على قيام انتخابات حرة ونزيهة، خول الهيئات القضائية حق الإشراف على الانتخابات والاستفتاءات كضمانة تكفل الشفافية في سير العملية الانتخابية⁽⁷⁾ وعدم تزوير إرادة الجماهير في أي انتخابات أو استفتاءات، والحد من تدخل السلطة التنفيذية.

(1) المعجم الوجيز: معجم اللغة العربية الطبعة الثانية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم القاهرة سنة 1986 ص341

(2) مختار الصحاح: دار الحديث للطباعة بدون تاريخ القاهرة ص335

(3) المعجم الوجيز: معجم اللغة العربية الطبعة الخاصة بوزارة التربية والتعليم سنة 1995 ص61 وما بعدها

(4) د/إبراهيم محمد حسنين: أثر الحكم بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة 24 من قانون مباشرة الحقوق السياسية دار النهضة العربية القاهرة سنة 2000 ص125

(5) د/فتحي فكري: ثلاث قضايا انتخابية للمناقشة بدون دار نشر القاهرة 2002 ص6

(6) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 11 لسنة 3 ق دع جلسة 22-7-2000

(7) د/ثروت محبوب: الإشراف القضائي على الانتخابات مجلة قضايا برلمانية ع 37 السنة الرابعة أبريل 2000 مؤسسة الأهرام القاهرة ص21

الفرع الثاني

دور الإشراف القضائي⁽¹⁾ على مرحلة التصويت الإلكتروني يشمل الإشراف القضائي صور المشاركة السياسية في الانتخابات والاستفتاءات المصرية وهو ما نصت عليه المادة 1 من القانون رقم 73 لسنة 1956 بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية على أنه (يتعين على كل مصري ومصرية بلغ ثماني عشرة سنة ميلادية أن يباشر بنفسه الحقوق السياسية الآتية:

أولاً: إبداء الرأي في كل استفتاء ينص عليه الدستور.

ثانياً: انتخاب كل من:

1 - رئيس الجمهورية.

2 - أعضاء مجلس الشعب.

3 - أعضاء مجلس الشورى.

4 - أعضاء المجالس الشعبية المحلية).

وتمر مرحلة التصويت الانتخابي بمرحلتين ترتبط ببعضهما البعض بحيث لا يمكن التفرقة بينهما وهي التصويت ثم الفرز ثم إعلان النتيجة.

أولاً: الإشراف القضائي على مرحلة التصويت:

وتبدأ هذه المرحلة عند قيام الناخب بإبداء صوته الانتخابي في ورقة الانتخاب، وذلك في التصويت العادي - الورقي - أما في التصويت الإلكتروني، فتبدأ من تاريخ استعمال الناخب لجهاز الانتخابات والبدء في الضغط على الزر المخصص لكل مرشح، والذي يتضمن الرمز الانتخابي له، ويتم إبداء الرأي وتصويت الناخب أمام اللجنة الانتخابية التي يشرف عليها عضو من الهيئات القضائية، والذي يراقب مدى صحة الانتخابات، والرد على أي استفسار بشأن الرمز الانتخابي أو كيفية إبداء الرأي ومتى يبطل الصوت الانتخابي. كذلك يقوم عضو الهيئة القضائية بتوجيه الناخبين وإرشادهم إلى كيفية الإدلاء بالصوت الانتخابي على وجه صحيح، فضلاً عن متابعته لإجراءات التصويت الخاصة، وتوقيع الناخب في كشوف

(1) تنوعت آراء الفقهاء حول ضرورة وجود الإشراف القضائي على الانتخابات العامة إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى وجوب إسناد مهمة الإشراف إلى حكومة محايدة تأسيساً على أنه يكفل تحقيق النزاهة في الانتخابات

القول الثاني: وجوب الاستعانة بمراقبين دوليين والعمل على تضرع القضاة لأعمالهم

القول الثالث: ويرى وجوب إسناد إدارة العملية الانتخابية إلى الحكومة القائمة للمزيد في عرض هذه الأقوال يراجع د/عفيفي كامل عفيفي - الانتخابات النيابية وضماناتها مرجع سابق ص1003، د/داود الباز: حق المشاركة في الحياة السياسية مرجع سابق ص539.

د/عبد الللة شحاتة الشلقاني: مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام مرجع سابق ص82 وما بعدها

الناخبين⁽¹⁾ ولا ريب في أن بدء عملية التصويت العادي أو الإلكتروني تبدأ منذ دخول الناخب اللجنة الانتخابية وإبراز ما يثبت شخصيته وتقديمه إلى رئيس اللجنة ثم استلامه للبطاقة الانتخابية - في التصويت العادي - أو عند الوقوف أمام جهاز الانتخاب الآلي وبدء استخدامه للزر الذي يضغط عليه لاختيار المرشح الذي يود انتخابه⁽²⁾.

وحرصاً من المشرع على حماية العملية الانتخابية وكفالة نجاحها وسيرها بنزاهة وحيدة تامة، فقد صدر القرار بقانون رقم 167 لسنة 2000 بشأن تولي أعضاء الهيئات القضائية الإشراف على اللجان الانتخابية الفرعية⁽³⁾.

وفي فرنسا يقوم المجلس الدستوري بمراقبة العملية الانتخابية بدءاً من التصويت مع توفير الضمانات اللازمة لنجاح هذه العملية، والتأكد من أن سرية التصويت قد تمت على أفضل وجه⁽⁴⁾.

ويؤكد البعض على أن المجلس الدستوري أصبح يمارس رقابة كاملة على جميع مراحل العملية الانتخابية، بدءاً من التصويت حتى إعلان النتيجة، ولا شك أن ذلك يمثل ضماناً لنجاح التصويت الانتخابي بصورتيه - العادي والإلكتروني - وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على أهداف الإشراف القضائي على الانتخابات والاستفتاءات فقضت بأنه: (وحيث أنه على ضوء ما تقدم، فإن هذه الأهداف التي رعى الدستور إلى بلوغها بما تطلبه في المادة 88 من أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية تتحصل بجلاء في إرساء ضمانات أساسية لنزاهة الانتخابات عن طريق سلامة الاقتراع، وتجنب احتمالات الانحراف به عن حقيقته، وهي أهداف تدعم الديمقراطية وتكفل مباشرة حق الانتخاب سليماً غير منقوص أو مشوه، موفياً بحكمة تقريره التي تتمثل في أن تكون السيادة للشعب باعتباره وحده مصدر السلطات، وهي بالتالي ضمانات لحق الترشيح الذي يتكامل مع حق الانتخاب، وبهما معاً تتحقق ديمقراطية النظام)⁽⁵⁾.

(1) صالح حسين علي: الانتخاب كأسلوب ديمقراطي لتداول السلطة دار الكتب القانونية سنة 2011 ص 313.

(2) د/عفي كامل عفيفي: الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية منشأة المعارف الإسكندرية سنة 2002 ص 97 وما بعدها.

(3) الجريدة الرسمية العدد 27 مكرر 12 يوليو 2000 ص 3.

(4) هنري روسبون المجلس الدستوري الفرنسي، ترجمة محمد وطيفة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع الطبعة الأولى س 2001 ص 119.

(5) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم 11 لسنة 13 ق دستورية عليا جلسة 8-7-2000 منشور في الجريدة الرسمية العدد 29 مكرر في 22 يوليو سنة 2000.

ثانياً: الإشراف القضائي على مرحلة الفرز وعد الأصوات:

يقوم رؤساء اللجان الفرعية بعد انتهاء عملية التصويت بختم صناديق الانتخاب بالشمع بخاتم رئيس اللجنة، مع تحرير محضر ختامي مبيناً فيه موعد انعقاد اللجنة وبدء عملها وساعة ختام عملية الاقتراع، وعدد الناخبين الحاضرين وعدد من تخلف عن الحضور إلى اللجنة الانتخابية، مع التوقيع على المحضر من رئيس اللجنة وباقي الأعضاء فيها، ثم القيام بفرز الأصوات وحصرها لمعرفة الأصوات الصحيحة من الباطلة وعدد الأصوات لكل مرشح، وعدد الأصوات الخاصة بالقوائم الانتخابية⁽¹⁾.

ومن المقرر في القرار بقانون رقم 167 لسنة 2000 أن يقوم رئيس اللجنة بالفرز تحت إشرافه، على أن تقوم لجنة الفرز بالفصل في صحة الشكاوى المقدمة إليها، ويتعين على رئيس اللجنة العامة أن يقوم بتفريغ نتائج فرز صناديق اللجان الفرعية وحصرها، على أن يقوم بتحرير المحضر النهائي بنتيجة الانتخاب مشفوعاً بتوقيعه وتوقيع أعضاء لجنة الفرز⁽²⁾.

وأخيراً يعلن رئيس اللجنة العامة نتيجة التصويت علانية، وأمام جميع المواطنين، ومن مكان اللجنة العامة، سواء بإعادة الانتخاب أو بالإعلان عن فوز أحد المرشحين أو بفوز أحد القوائم الانتخابية. وأرى ضرورة أن يمتد الإشراف القضائي إلى كافة المراحل الانتخابية بدءاً من مرحلة تقسيم الدوائر الانتخابية وحتى إعلان النتائج، بحيث يتولى أعضاء الهيئات القضائية زمام الأمور ويهيمنون عليها، ومرد ذلك لما يتسمون به من الحيادة، ولكونهم الأقدر على ممارسة هذا الإشراف فعلياً بما جبلوا عليه من الحيادة⁽³⁾.

ولا يقف إشراف القضاء على إبداء الصوت الانتخابي فقط، بل يمتد ليشمل منع وسائل الضغط التي يتعرض لها الناخبون، كأن تسخر الحكومة إمكانات المؤسسات والمصالح العامة لصالح مرشح معين، أو تعلن عن تنفيذ مشاريع خدمية وإنتاجية جديدة في دوائر معينة، أثناء الحملة الانتخابية وقرب مرحلة التصويت كنوع من أنواع الرشاوى الانتخابية، للتأثير على جموع الناخبين للإدلاء بأصواتهم لصالح مرشح معين، على الرغم من أن هذه المشاريع تدخل ضمن خطة الدولة ولا دخل للمرشح فيها⁽⁴⁾.

(1) د/عفيضي كامل عفيضي: الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية مرجع سابق ص 117.

(2) المادة 38 من القانون رقم 174 لسنة 2005 والمادة 39 من ذات القانون الخاص بتنظيم الانتخابات الرئاسية.

(3) د/جورجي شفيق ساري: تأملات واجتهادات في عملية الاقتراع وضماناتها تحليل وتطبيق لانتخابات مجلس الشعب المصري عام 2000، 2002 دار النهضة العربية ص 113 وما بعدها.

(4) د/حمدي علي عمر: الانتخابات البرلمانية دراسة تحليلية وتأصيلية لانتخابات مجلس الشعب المصري دار النهضة العربية القاهرة سنة 2001 ص 8.

وهكذا فإن نجاح العملية الانتخابية يتوقف على استيفاء ركنين أساسيين في عملية التصويت وهما الحرية في التصويت من جانب أعضاء هيئة الناخبين، وأن تكون نتائج الانتخاب صحيحة ومعبرة تعبيراً صادقاً عن الرأي العام، ومن ثم فإنه يتعين تقرير عدد من المبادئ التي تحكم سير العملية الانتخابية، والتي تهدف إلى ضمان سلامة نتائج الانتخاب، وهي حرية التصويت، والمساواة بين الناخبين في التصويت، فضلاً عن سلامة عملية الانتخاب في مجموعها⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الأدوات المساعدة لنجاح التصويت الإلكتروني

توجد عدة وسائل تساهم في نجاح التصويت الإلكتروني وتحقيق الديمقراطية والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: كفالة الدولة للحقوق والحریات:

يجب حماية جميع الحريات العامة والسياسية بشكل خاص، والتي تتمثل في إجراء انتخابات واستفتاءات حرة نزيهة، وهو ما يساعد على توفير المناخ الديمقراطي، وقد أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1991 على أنه (الانتخابات الدورية والنزيهة عنصر ضروري لا غنى عنه في الجهود المتواصلة المبذولة لحماية حقوق ومصالح المحكومين). وتجدر الإشارة إلى أنه مهما وضعت النصوص التي تحمي الحقوق والحریات، فلا قيمة لها طالما أن الدولة لا تقرر مبدأ المشروعية وسيادة حكم القانون، ومن ثم تصبح النصوص القانونية مجرد حبر على ورق، فالضمانة الأكيدة للمواطنين لحماية حقوقهم هي مدى احترام الدولة للقانون وإيمان السلطة الحاكمة بها.

ثانياً: دور مؤسسات المجتمع المدني في مرحلة التصويت الإلكتروني:

يجوز لمؤسسات المجتمع المدني أن تراقب العملية الانتخابية بجميع مراحلها، ولعل ما يخص بحثنا هو مرحلة التصويت وفرز وإعلان نتيجة التصويت، فيقوم المراقب برصد كل الانتهاكات والمخالفات التي حدثت أثناء التصويت، والأعمال التي تتسم بالعنف والمصادمات أثناء الاقتراع⁽²⁾.

(1) د/محمد فرغلي محمد علي: نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه دار النهضة العربية سنة 2010 ص754

(2) د/عبد الللة شحاتة الشلقاني: مبدأ الإشراف القضائي مرجع سابق ص301

وتجدر الإشارة إلى أن دور منظمات المجتمع المدني في متابعة عمليات التصويت يمتد منذ بدئها وحتى انتهاء عملية الاقتراع، ويتعين إتاحة الفرصة لمؤسسات المجتمع المدني للمناقشة مع أعضاء الهيئات القضائية التي تشرف على اللجان الانتخابية والرد على أسئلتهم، وإتاحة إجراءات إعادة عد الأصوات في حالة النتائج المشكوك فيها⁽¹⁾.

ولا ريب في أن مؤسسات المجتمع المدني تساهم في منع التزوير والتلاعب في النتائج لمصلحة مرشح أو حزب على حساب آخر، وكذلك القضاء على مظاهر التزيف ومنع حالات التصويت الجماعي في لجان الوافدين، وعدم السماح للناخبين بالتصويت إلا في الحدود القانونية، ورصد إجراءات الانتخاب بكل حياد وشفافية⁽²⁾.

ويجب على مؤسسات المجتمع المدني أن تغطي أكبر عدد ممكن من مراكز الاقتراع في يوم الانتخاب والتأكيد على:

- توجيه الانتخابات الحرة والنزيهة بأحكام تفصيلية تتعلق بشكل بطاقات التصويت وتصميم صناديق ومقصورات وصناديق الانتخاب وطريقة التصويت.
- حماية العملية الانتخابية من ممارسات التزوير مع احترام سرية التصويت.
- ويمتد دور مؤسسات المجتمع المدني إلى مرحلة الفرز وإعلان النتائج الانتخابية فيسمح لهم رئيس اللجنة بدخول مقر الانتخاب ومتابعة سير العملية الانتخابية، فضلاً عن إتاحة متابعة إجراءات الفرز وعد الأصوات للوقوف على سير العملية الانتخابية بشكل صحيح والتأكيد منها على عدم وجود ثمة شبهة في النتيجة.

ثالثاً: توعية أفراد الشعب بممارسة الحقوق والحريات السياسية؛

حتى يمكن مشاركة الشعب في شئون الحكم والمساهمة الإيجابية في الحياة العامة، يجب السماح للمواطنين بممارسة حرية الرأي التي تكون مضبوطة بقيود لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع⁽³⁾.

(1) د/السيد أحمد مرجان: دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية مرجع سابق ص183

(2) رصدت منظمات المجتمع المدني العديد من التجاوزات التي تتمثل في طرد وكلاء المرشحين من لجان التصويت والمنع من مصاحبتهم للصناديق إلى مركز الشرطة عدا وكلاء الحزب الوطني وذلك أثناء انتخابات مجلس الشعب المصري 1995 يراجع ا / نجاد البرعي: الديمقراطية في خطر انتخابات لم ينجح فيها أحد ص57

(3) د/أحمد جلال حماد: حرية الرأي في الميدان السياسي في ظل مبدأ المشروعية دراسة مقارنة بين الديمقراطية العربية والإسلام دار الوفاء المنصورة الطبعة الأولى سنة 1987 ص323

ولا ريب في أن هذا الواجب يفرض على جميع الهيئات وأجهزة الدولة تأكيد وتوعية المواطنين ثقافياً واقتصادياً، وبكافة الحقوق والحريات، بما يضمن انتخابات حرة ونزيهة، وبدون هذه التوعية تكون النتيجة سلبية، خاصة وأن المشاركة السياسية ترتبط في الحياة السياسية وجوداً وعدماً بالظروف المحيطة بالمجتمع⁽¹⁾.
وقد أكد أحد فقهاء القانون الدستوري على (أن جهل غالبية الناخبين بمهمتهم وعدم اهتمامهم بها وضعف المستوى الخلقي، قد سهل على عوامل الإفساد أن تجد إلى الناخبين سبيلاً، فيتبدل مغزى الانتخابات ونتيجته تبديلاً - وساء سبيلاً وتبديلاً)⁽²⁾.
وتحقق توعية الناخب فوائد عديدة:
منها عدم بيع صوته بثمن بخس، وعدم انسياقه خلف بعض المرشحين المغرضين، فضلاً عن قدرة الناخب على اختيار المرشح الأفضل⁽³⁾.

رابعاً: عدم التأثير على الناخبين أثناء الاقتراع؛

كفلت الإعلانات الدولية هذا الحق فنصت المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 على أنه (لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة لبلده، إما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون بحرية، وأن إرادة الشعب هي مناط سلطة الحكم ويجب أن تتجلى هذه الإرادة من خلال انتخابات نزيهة تجريها دورياً بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري أو بإجراء مكافئ من حيث ضمان حرية التصويت) كما أكدت المادة 25/ 2 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه (للمواطن الحق في أن ينتخب، ويُنتخب في انتخابات نزيهة تجري بالاقتراع العام وعلى قدم المساواة بين الناخبين وبالتصويت السري تضمن التعبير الحر عن إرادة الناخبين).

خامساً: الرقابة على أنظمة التصويت الإلكتروني؛

فيتعين أن تخضع هذه العملية للرقابة بحيث يمكن اختيار العمليات المستخدمة لجمع وعد الأصوات، إعادة عد الأصوات لغرض التشديد على دقة النتائج، وتمثل إمكانية التدخل الخارجي باختراق برامج نظم التصويت الإلكتروني مبرراً قوياً لرصد وفرض رقابة أمنية

(1) د/عصمت عبد الله الشيخ: النظم السياسية الطبعة الأولى دار النهضة العربية 1996 ص319

(2) د/عبد الحميد متولي: أزمة الأنظمة الديمقراطية مطبعة بروكاشيا الإسكندرية 1954 ص62 وما بعدها

(3) أسفرت انتخابات مجلس الشعب في مصر سنة 2000 عن وجود توعية لدى الناخب المصري وهو ما يعكس زيادة الوعي السياسي لدى الناخبين يراجع د/السيد أحمد مرجان: دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية مرجع سابق ص183 وما بعدها

مكثفة من خلال تدقيق متداخل لتكون جزءاً بالغ الأهمية من منظومة الاقتراع الإلكتروني. وتتمثل وسائل الرقابة في نظام التصويت الإلكتروني فيما يلي:

- أوراق اقتراع الناخب الموثوقة.
- طريقة الناخب الرقابية للتحقق من الاقتراع الإلكتروني.

ومن خلال ذلك يمكن مراجعة السجلات الخاصة بالتصويت، والتي جرى التحقق منها من قبل الناخب في وقت الإدلاء بالصوت، ويمكن استخدامها لإعادة العد في منظومة الاقتراع الإلكتروني وخاصة في مكان الاقتراع الإلكتروني.

ويكمن الفرق بين الطريقتين في أن التحقق من جانب الناخب يكون إجبارياً في الطريقة الأولى بينما يكون اختيارياً في الأخرى، وهكذا يمكن الرقابة على التصويت الإلكتروني من خلال الكشف عن شفرة المصدر، أو التوثيق حول نظام الاقتراع الإلكتروني، ومن ثم يمكن الكشف عن الغش الانتخابي وتوفير الدليل على أن جميع الأصوات التي جرى عدها هي حقيقية أم لا⁽¹⁾.

سادساً: العمل على إزالة الموانع التي تعوق التصويت الإلكتروني:

لا شك أن نجاح هذا النظام يرتبط بعدة وسائل منها:

- إعداد البنية التشريعية والتكنولوجية اللازمة لتأمين نزاهة وشفافية التصويت الإلكتروني، حيث أن التشريعات القائمة في الوقت الحالي لا تسمح باتباع هذا الأسلوب التصويتي وفي كل الظروف.
- العمل على ضمان عدم اختراق الأنظمة التكنولوجية ودقة الفرز وسرية الاقتراع.
- توفير الجانب الأمني لعملية التصويت الإلكتروني وذلك لضمان سرية الاقتراع بشكل تام إلى جانب التأكد من عدم وجود ثغرات أمنية من شأنها إحداث خطأ أو تزوير في عملية التصويت، فضلاً عن مستويات الجانب التمكيني ويقصد بها ضمان تمكن الناخب من الاقتراع بشكل حر ونزيه، دون التعرض لمشاكل أو أخطاء أو مسببات من شأنها تأخير أو إلغاء عملية التصويت.
- التغلب على المشاكل السياسية وتأهيل المجتمع وتوفير الموارد المالية اللازمة لتوفير الإمكانيات التي تساعد على نجاح التصويت الإلكتروني.
- الاستعانة بالخبراء المؤهلين للقيام بعمليات الاستقبال والفرز الإلكتروني مع تدريب المواطنين على استخدامه.

1) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting>

المبحث الرابع نحو تنظيم أمثل للتصويت الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

تقوم جهة الإدارة بتنظيم العملية الانتخابية والإشراف عليها، ولعل من أهم المراحل الانتخابية الإشراف على عملية التصويت وعد وفرز الأصوات وإعلان النتيجة الانتخابية، ومن ثم تصدر قرارها الإداري بإعلان النتيجة. ولا ريب أنه توجد مقومات تضمن نجاح عملية التصويت الإلكتروني، حتى تؤدي عملية التصويت أهدافها لأطراف العملية الانتخابية (الناخب - المرشح - جهة الإدارة) لبيان ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحت في الأول منها دور التصويت الإلكتروني في إرساء دعائم الممارسة الديمقراطية، وفي الثاني إصلاح العملية الانتخابية.

المطلب الأول

دور التصويت الإلكتروني في إرساء دعائم الممارسة الديمقراطية

يمثل التصويت كقاعدة أهمية قصوى في الممارسة الديمقراطية، لأنه يجسد مشروعية ممارسة السلطة وتداولها باسم الشعب، فضلاً عن أنه أداة لتمثيل المحكومين، كما أنه يعد وسيلة للاتصال بين الحاكمين والمحكومين، كما يمثل صك الشرعية التي تمارس الحكومة سلطتها من خلاله، وتبرر برامجها وأهدافها⁽¹⁾.

وتعتبر الدولة الديمقراطية هي دولة الحق، والتي تكفل لجميع الأفراد وفي حدود القانون ممارستها، ومن ثم يكون الضمان الأول لحقوق الأفراد، هو بقاء الدولة ومحافظة على سيادتها، باعتبار أن وجود الدولة القانونية يمثل شرطاً ضرورياً لوجود الحريات العامة.

وقد ترتب على تطبيق الحكومة الإلكترونية في مجال النظم السياسية وجود آثار إيجابية أكيدة على الممارسة الديمقراطية، تمثل الجانب السياسي للثورة الرقمية، فعن طريقها يتيسر استطلاع رأي المواطنين في شؤون المرافق العامة، بل وفي مختلف المشكلات العامة، ومن الممكن إجراء الاقتراعات وحصر الأصوات بشكل سريع وعملي، فضلاً عن إمكانية دخول الاجتماعات

(1) د/عمر حلمي فهمي: الانتخاب وأثره في الحياة السياسية والحزبية مرجع سابق ص5
د/ماجد راغب الحلو: الحكومة الإلكترونية والمرافق العامة بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول - الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية المنعقد بأكاديمية شرطة دبي 2003 ص15

العامة، والاطلاع على جداول أعمالها ومحاضر جلساتها، كما تحقق رضا المحكومين عن أداء العمل الحكومي بسبب سهولة الحصول على الخدمات المرفقية⁽¹⁾. وتساهم الحكومة الإلكترونية في تعميق الديمقراطية وتفعيل مبدأ المشاركة السياسية من خلال الوسائل الآتية:

1 - استطلاعات الرأي:

يترتب على الأخذ بهذا النظام توسيع نطاق الممارسة الديمقراطية، وإتاحة أكبر قدر ممكن من مشاركة الأفراد في إدارة الشؤون العامة، مما يشعرهم بالرضا عن الإنجازات والأعمال التي تؤديها الحكومة الإلكترونية. وحرصاً من الحكومات على إرضاء المواطنين، فإنها تستعمل مبدأ الشفافية في أداء العمل الإداري، فتطلع المواطنين على ما قامت به من أعمال، وكذلك المبادرات والاقتراحات الجديدة التي تنوي القيام بها وتريد غطاءً شرعياً وشعبياً لما ستفعله في المستقبل القريب. ويشهد الواقع قيام بعض المؤسسات الإعلامية الخاصة مثل (سي إن إن) نوعاً مشابهاً من الديمقراطية، يمكن من خلالها لسكان منطقة معينة أو مدينة سكنية من إبداء الرأي أو التصويت بشأن قضايا معينة، أو بشأن بعض الأحداث الجارية والتي يتم عرضها على شبكة المعلومات.

2 - حضور الاجتماعات:

تسعى بعض الحكومات إلى استقطاب رضا الشعب، فتزيد من أسهم المشاركة الشعبية في الندوات والاجتماعات العامة، واللقاءات التي يتم فيها مناقشة قضايا الشعب ومشاركته، ويكون ذلك من خلال عرض جداول الأعمال على شبكات الإنترنت، ويمكن للمواطنين من خلال هذه الشبكات الرد على ما قرؤوه أو التعليق عليها بإبداء الملاحظات من خلال إرسال رسائل عبر البريد الإلكتروني إلى أعضاء مجالس الإدارة أثناء الاجتماعات. ويمكن الآن ربط الاجتماعات بشبكة الإنترنت، فيسمع الموظفون والجمهور ما يدور فيها من موضوعات، ويستطيع المواطنون الدخول إليها عن طريق أجهزة الحاسوب الخاصة، ليقدموا أسئلتهم عبر البريد الإلكتروني، ويمكن الرد عليها من خلال هذه الأجهزة، فضلاً عن أن بعض الحكومات تسمح للمواطنين بالدخول إلى قنواتهم التلفزيونية الخاصة، لمتابعة ما يدور في الاجتماعات وهم في منازلهم.

1) MeghanE.CookK:others.Making a case for local E.government p.8

– التصويت الإلكتروني :

قامت الأحزاب السياسية في الدول المتقدمة باستخدام الإنترنت في عملية الاقتراع وإحصاء عدد الأصوات بطريقة سرية ودقيقة، ولقد تم إجراء الانتخابات الأولية في ولاية أريزونا عام 2000 عبر شبكة المعلومات، ومن الملاحظ نجاح التصويت الإلكتروني على المستوى المحلي، ويتم الآن تطبيقه في الانتخابات البرلمانية والرئاسية في دول عديدة، ومما لا شك فيه أن التصويت الإلكتروني يرتبط بالديمقراطية ارتباطاً وثيقاً في العصر الحديث، وهو ما جعل منه وسيلة أساسية لتداول السلطة في النظم الديمقراطية المعاصرة، فضلاً عن أنه يساعد على تفعيل حق المشاركة في الحياة السياسية من جانب المواطنين.

المطلب الثاني إصلاح العملية الانتخابية

تقوم العملية الانتخابية على أطراف عديدة وسوف أتناولها بالتفصيل على النحو التالي:

أولاً الناخب:

ويقصد بالناخب: كل شخص بلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة جعل له قانون مباشرة الحقوق السياسية ممارسة الحق الانتخابي⁽¹⁾. وهو يمثل جوهر العملية الانتخابية، والذي يقوم بالإدلاء بصوته من أجل اختيار أفضل المرشحين، ومن ثم يساهم في إرساء العملية الديمقراطية، وهذا يتطلب وجود قاعدة بيانات قومية تنشئها السلطة المختصة وتحوز احترام وثقة الشعب، وتشرف عليها جهات مستقلة محايدة، على أن تكون مهمتها التسجيل الدقيق لجميع المواليد والوفيات وفقاً لمعايير، منها: السن والجنس والديانة ومحل الميلاد ومحل الإقامة والوظيفة لتعمل ضمن وظائف أخرى عديدة كمصدر محايد ودقيق وشفاف لبيانات خام أولية تستخدم في إنشاء قواعد بيانات قومية إلكترونية خاصة بالناخبين والانتخابات⁽²⁾. ويعتبر الاتجاه المعاصر حالياً هو التوسع من قاعدة العضوية في هيئة الناخبين، من أجل توسيع

(1) د/مصطفى أبوزيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة – قضاء الإلغاء دار المطبوعات الجامعية 1999 ص 289

(2) جمال محمد غيطاس: مقال بجريدة الأهرام المصرية بتاريخ 13 فبراير 2007 الصفحة رقم 16 بعنوان – التصويت الإلكتروني والجدل حول تعديل المادة 88 من الدستور

المشاركة الشعبية، وذلك لأن حق التصويت يعتبر حقاً فردياً يمارسه الفرد بصفته مواطناً في الدولة، ويتمتع الفرد بممارسة هذا الحق دون أدنى ضغوط عليه حتى يمكن اختيار أفضل المرشحين⁽¹⁾. ولا ريب في أن قاعدة البيانات يمكن أن يستخلص منها جداول انتخابات إلكترونية، وكشوف إلكترونية للناخبين، بحيث يتم تحديثها وتنقيتها من المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية أو المتوفين، وكذلك من يبلغون السن القانونية، فيمكن إضافة أسمائهم لممارسة حقهم السياسي⁽²⁾. ويتعين توعية الناخبين بأهمية التصويت عموماً في الانتخابات وبالتصويت الإلكتروني، على وجه الخصوص، وبيان مدى خطورته وإسهامه في الحياة السياسية، فقد أسفرت الإحصاءات التي تمت بشأن مشاركة الشعب المصري في الحياة السياسية، في ظل انتخابات مجلس الشعب سنة 2000 أن معدلات التصويت في الانتخابات هي أفضل حالاً من المشاركة في المؤسسات السياسية، وأن نسبة 47% من المواطنين قد سبق لهم التصويت في الانتخابات وأن هناك 53% ليس لهم سابق خبرة بالعملية الانتخابية على الإطلاق⁽³⁾.

ثانياً: المرشح

كفل الدستور المصري لكل مواطن حق الترشيح أو الانتخاب وفق الشروط والضوابط القانونية التي ترد في شأن هذا التنظيم، فقد نصت المادة 62 من هذا الدستور على أنه (للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي على الاستفتاء وفقاً لأحكام القانون ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني) فضلاً عن المواد القانونية التي توجب توافر العديد من الشروط⁽⁴⁾. ونظراً لأهمية دور المرشح فإن معظم الدساتير تهتم به وتنظم الشروط الواجب توافرها في حقه، مع ضرورة ضبط الدعاية الانتخابية وتحديد سقف معين لأموال الدعاية، كما يتعين منع الرشوة الانتخابية من جانب المرشحين، ورفض العنف والبلطجة من جانبهم، ومنع التأثير على الناخبين من قبل المرشحين حتى تؤدي العملية الانتخابية دورها بشفافية ونزاهة.

ثالثاً: عدم تدخل جهة الإدارة في العملية الانتخابية :

توجد علاقة وطيدة بين أطراف العملية الانتخابية، فنجاحها يتعلق بقيام كل طرف بدوره

(1) د/مصطفى محمود عفيفي : نظامنا الانتخابي في الميزان شركة سعيد رأفت للطباعة سنة 1984 ص18

(2) د/بشير علي باز / دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني دار الكتب القانونية سنة 2009 ص150

(3) راجع مجلة المستقبل العربي العدد 263 الصادر في شهر يناير 2001 ص13 وما بعدها

(4) نص قانون مجلس الشعب رقم 38 لسنة 1972 على عدد من الشروط كضمانة في المرشح الذي يساهم في الحياة السياسية.

إذ أنهم شركاء في عملية واحدة⁽¹⁾ ولا ريب في أن جهة الإدارة لا يزال لها دور بارز في السيطرة على العملية الانتخابية وخاصة في الدول النامية⁽²⁾.

رابعاً: الاهتمام بنظام التصويت الإلكتروني:

تنوعت نظم التصويت في العالم إذ تأخذ بعض الدول بالتصويت عبر الإنترنت، كما هو الحال في الدول الأوروبية، بينما تأخذ الهند بوجود جهاز إلكتروني يستخدم في التصويت الإلكتروني، ويوجد الآن أجهزة حاسب يمكن للفرد من خلالها الإدلاء بصوته من المنزل أو من العمل، وفي الغالب تتم تغذية الحاسب الآلي بالبيانات الخاصة بالرقم القومي لكل مواطن، وبذلك يتم تحديد هوية كل مواطن، ومن هنا يقع على عاتق السلطة المختصة التأكد من رقم كل مواطن ومطابقته بكشوف الناخبين⁽³⁾. ومتى تم التأكد من وجود رقم للمواطن ووجود اسمه في كشوف الناخبين، ولم يتم إبداء صوته الانتخابي من قبل، يتم السماح له بإبداء صوته من خلال الضغط على الزر المخصص لذلك، ومن ثم يتم الإدلاء بالصوت من خلال هذه الطريقة بشكل إلكتروني. وبعد الإدلاء بالصوت يتم الإشارة إلى ذلك في قاعدة بيانات الناخبين، وينتقل الصوت الانتخابي عبر الجهاز الإلكتروني، ويتم تسجيله في أنظمة العد والفرز وإظهار النتيجة بشكل تلقائي⁽⁴⁾ الأمر الذي يحول دون محاولة الانتخاب لنفس الشخص مرة ثانية، ومن ثم يمنع التصويت الإلكتروني التزوير وانتحال شخصية مواطن آخر لأي سبب.

فرز أصوات الناخبين وإعلان النتيجة:

بعد نهاية العملية الانتخابية يتم عد وفرز الأصوات الموجودة على أجهزة الحاسب الآلي، ومن خلال تجميع الأصوات إلكترونياً، يتم حساب نسب الفوز في الانتخابات، ويتم حصر عدد الأصوات التي حصل عليها كل مرشح مع بيان الرمز الانتخابي لكل مرشح، ويتم من خلال الفرز معرفة الأصوات الصحيحة، وكذلك الأصوات الباطلة ومعرفة النسبة المئوية لكل مرشح. ويجب أن تتوافر نظم إحصائية إلكترونية لكل المرشحين ويتم إدخال الأصوات فيها حسب الرموز الانتخابية، على أن يتم تغذيتها بالأرقام والبيانات الخام الأولية التي يستخرجها

(1) / مصطفى محمود عفيفي: نظامنا الانتخابي في الميزان مرجع سابق ص41

(2) تستخدم أجهزة الشرطة العديد من أساليب التهديد والوعيد والقبض والاعتقال يراجع تقرير - انتهاكات - صادر عن اللجنة التنسيقية لحقوق والحريات النقابية ص41

(3) د/عفيفي كامل عفيفي /الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية منشأة المعارف الإسكندرية طبعة 2002 ص194

(4) د/أحمد عبد المنعم: مقال بجريدة روز اليوسف تحت عنوان (النانو تكنولوجي ثورة جديدة لإنقاذ ونهوض مصر) في 28-8-2007

موظفو الانتخابات والقائمون على إدارتها في صناديق الانتخاب حتى يتم حصر الأصوات والمقارنة بين نسب الاقتراع لكل مرشح⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أنه تم تطبيق التصويت الإلكتروني في انتخابات الرئاسة في السفارات المصرية، وكذلك تم التدريب على اختيار ثلاث محافظات لتطبيق التصويت الإلكتروني وذلك أثناء إجراء انتخابات الرئاسة في شهر مايو عام 2012.

ولا شك أن التصويت الإلكتروني في الدول النامية يثير بعض المخاوف وهي وجود الأمية التقنية التي يعاني منها الناخبون فضلاً عن عدم الوعي السياسي، ويتم تزويد الناخبين برقم هوية لكل ناخب وكلمة المرور، مما يسمح لهم بالتصويت عبر الإنترنت أو الهواتف الذكية، ولا شك أن هذا النظام ساعد على زيادة نسب الإقبال على التصويت إلى 55% في بعض المناطق في مقابل نسب الانتخابات البلدية العادية فيما بين 25 - 30%.

ويمكن لجهة الإدارة أن تستخدم الأجهزة الإلكترونية الحديثة في العملية الانتخابية في كافة مراحلها فتبدأ من إعداد الجداول الانتخابية وكشوف الناخبين الإلكترونية بحيث يتم تنقيتها من المفقودين والمتوفين والمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية، بالإضافة إلى ما تقدم فإن الأفراد الذين يبلغون السن القانونية، يمكنهم ممارسة الحقوق السياسية من خلال إضافة أسمائهم في كشوف الناخبين، وكذلك من يهاجرون إلى أماكن أخرى أو يعودون من الخارج، ومن زال عنهم المانع الانتخابي، ولا ريب أن استخدام الأجهزة الإلكترونية يساعد على اختصار الوقت والجهد والمال، فضلاً عن تحقيق عنصر السرعة ويساعد على عدم تعطيل مرفق القضاء، وتجدر الإشارة إلى أن التصويت الإلكتروني يجب توافر عدة متطلبات لنجاح هذا النظام وهي:

- يجب أن يكون التصويت الإلكتروني حراً وسرياً وموثوقاً وأميناً كأنظمة اقتراع ليس لها أن تكون ذات علاقة باستخدام وسائل إلكترونية، لهذا ينبغي لنظام التصويت - الاقتراع - الإلكتروني أن يأخذ بالاعتبار الحد الأدنى من هذه المتطلبات للتأكد:

- من كون الأصوات التي جرى الإدلاء بها قد جرى عدها وأن كل صوت قد جرى احتسابه مرة واحدة.
- من حماية سرية التصويت في جميع مراحل عملية الاقتراع الإلكتروني.
- من ضمان إمكانية الوصول إلى أكبر عدد من الناخبين قدر الإمكان خصوصاً فيما يتعلق بالأشخاص من ذوي الاحتياجات الخاصة.
- ولزيادة ثقة الناخب بزيادة شفافية المعلومات حول عمل كل منظومة⁽²⁾.
- من أن الأشخاص الذين أدلوا بأصواتهم ممن لهم حق التصويت فقط.

(1) د/بشير علي باز : دور الحكومة الإلكترونية مرجع سابق ص153

(2) <http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting>

الخاتمة

يمثل التصويت ركناً أساسياً في العملية الانتخابية، لذا فقد كفلت الدساتير وإعلانات حقوق الإنسان هذا الحق ونظمت كيفية أداء الانتخابات بشكل يكفل أداؤها بنزاهة وشفافية.

ومن المعلوم أن حق الانتخاب والترشيح متلازمان، لا تقوم الحياة السياسية بدونهما، بل لا تتحقق السيادة الشعبية إذا تم إفراغهما من مضمونهما، بحيث لا يحققان سير الديمقراطية بشكل صحيح.

ونظراً لما يشهده الواقع من تطور تكنولوجي في مجال المعلومات والاتصالات، حتى أضحت الحاسبات الآلية والشبكة العالمية للإنترنت تغزو العالم بأسره، وتفتح كل مجالات الحياة، وخاصة في مجال الأنشطة والأعمال الإدارية التي تقوم بها الحكومة من أجل تقديم خدمات للجمهور من خلال المرافق العامة للدولة.

ولا ريب أن حسن إدارة هذه المرافق يتطلب مواكبة العصر واستعمال الحاسب الآلي في كل الأنشطة الإدارية، بدءاً من القرار الإداري حتى التصويت الانتخابي وإعلان النتيجة الانتخابية، وقد شهدت الدول الأوروبية والهند تطوراً ملموساً في الاقتراع الإلكتروني، سواء من داخل المقر الانتخابي أو من خارجه، إذ يمكن الإدلاء بالصوت من أي مكان ومن خارج الدولة.

وتحرص الدساتير على كفاءة الديمقراطية والتأكيد على كل الوسائل التي تؤدي إلى تحقيقها، بل طبقت الدول الديمقراطية استخدام التكنولوجيا لثورة المعلومات في المشاركة السياسية، من خلال التصويت الإلكتروني في الانتخابات البرلمانية والرئاسية والمحليات، وكذلك في مخاطبة السلطات العامة، إذ يمكن من خلال شاشات العرض التصويت على إبداء الرأي آلياً.

ونظراً لما يترتب على التصويت الإلكتروني من آثار خطيرة، لذلك تؤكد الدول على وضع الضوابط التي تكفل نجاح هذا النظام، من حيث الإشراف القضائي الذي يساعد على وجود انتخابات حرة ونزيهة خالية من التزوير والتلاعب.

التوصيات:

- 1 - ضرورة إنشاء هيئة مختصة تسمى - إدارة التصويت الإلكتروني - تتولى الإشراف على هذه العملية وتنظيمها على نحو يكفل نجاح دورها في إرساء مبادئ الديمقراطية، مع تدريب المشرفين على الأجهزة الآلية والمسؤولين على كيفية استخدام الوسائل الإلكترونية حتى يكون لهم دور إيجابي في العملية الانتخابية.
- 2 - ضرورة التنظيم القانوني في التشريعات العربية للتصويت الإلكتروني وإعلان النتائج الانتخابية إلكترونياً باعتبار القرار الصادر فيها إدارياً، مع النص على ذلك في قانون مباشرة الحقوق السياسية حسبما نصت على ذلك الدول الديمقراطية.
- 3 - توفير الضمانات التي تساعد على نجاح العملية الانتخابية، من حيث الحيادة من جانب السلطة التنفيذية، وتوفير قاعدة بيانات إلكترونية، والإشراف القضائي الكامل على جميع مراحل العملية الانتخابية، وتوعية الناخبين سياسياً، وإحاطتهم بالحقوق السياسية والواجبات الملقة على عاتقهم.
- 4 - ضرورة تبني المشرع المصري وكافة الدول العربية للتجربة الهندية في إدخال التكنولوجيا لمرحلتي التصويت والفرز، والتي منعت التزوير والتلاعب بإرادة الشعب.
- 5 - العمل على إلغاء كافة القوانين الاستثنائية المقيدة للحريات، وضرورة احترام سلطات الدولة لحقوق الأفراد السياسية وتمكينهم من ممارسة العملية الانتخابية في جو يتسم بالنزاهة والشفافية.
- 6 - إعادة النظر في قانون مباشرة الحقوق السياسية رقم 73 لسنة 1956 وتعديله بما يتناسب ومستجدات العصر، والاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في التصويت الإلكتروني وقياس درجة المشاركة السياسية من جانب الأفراد من خلال أجهزة الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت.
- 7 - تمكين مؤسسات المجتمع المدني من المشاركة في العملية الانتخابية والإشراف عليها، بهدف سيرها بشفافية ونزاهة، والسماح لها بتوعية الناخبين وتشجيعهم على المشاركة في الحياة السياسية.

المراجع:

- د/السيد أحمد محمد مرجان: دور الإدارة العامة الإلكترونية والإدارة المحلية في الارتقاء بالخدمات الجماهيرية، دراسة مقارنة دار النهضة العربية 2010.
- دور القضاء والمجتمع المدني في الإشراف على العملية الانتخابية، الطبعة الثانية دار النهضة العربية 2010.
- د/إبراهيم عبد العزيز شيجا: النظم السياسية-الدول والحكومات - منشأة المعارف الإسكندرية 2006.
- د/بشير علي باز: دور الحكومة الإلكترونية في صناعة القرار الإداري والتصويت الإلكتروني، دار الكتب القانونية 2009.
- د/ثروت بدوي: النظم السياسية، دار النهضة العربية 1989.
- د/جورجي شفيق ساري: تأملات واجتهادات في عملية الاقتراع وضماناتها، تحليل وتطبيق لانتخابات مجلس الشعب المصري عام 2000، 2002 دار النهضة العربية القاهرة.
- د/حسن محمد هند: منازعات انتخابات البرلمان دراسة مقارنة، بدون دار نشر 1998.
- د/حمدي علي عمر: الانتخابات البرلمانية دراسة تحليلية وتأصيلية لانتخابات مجلس الشعب المصري، دار النهضة العربية القاهرة 2001.
- د/داود عبد الرازق الباز: الإدارة العامة - الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه - طبعة الناشر مجلس النشر العلمي بالكويت، 2000.
- حق المشاركة في الحياة السياسية رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 1992.
- د/أفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 1999.
- د/سليمان الطماوي: السلطات الثلاث في الدساتير العربية وفي الفكر السياسي الإسلامي الطبعة الخامسة القاهرة مطبعة جامعة عين شمس 1986.
- النظم السياسية والقانون الدستوري مطبعة جامعة عين شمس 1988
- د/سعاد الشرقاوي والدكتور /عبد الله ناصف: نظم الانتخابات في العالم وفي مصر دار النهضة العربية القاهرة 1994.
- د/صلاح الدين فوزي: النظم والإجراءات الانتخابية دار النهضة العربية 1987.
- د/عبد اللثة شحاتة الشلقاني: مبدأ الإشراف القضائي على الاقتراع العام - الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية - دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي.
- د/علي السيد الباز: الحكومة الإلكترونية والإدارة المحلية، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول الذي نظمته أكاديمية الشرطة بدبي الفترة من 26-28/4/2004.

- د/عبد الفتاح حجازي: النظام القانوني للحكومة الإلكترونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى 2003.
- د/عمر محمد بن يونس: المجتمع المعلوماتي والحكومة الإلكترونية طبعة 2003.
- د/عفيضي كامل عفيضي: الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية منشأة المعارف الإسكندرية 2002.
- د/عبد الغني بسيوني عبد الله: النظم السياسية والقانون الدستوري منشأة المعارف الإسكندرية بدون سنة نشر.
- د/عمر حلمي فهمي: الانتخاب وتأثيره في الحياة السياسية والحزبية، بدون دار نشر الطبعة الثانية 1991.
- د/عصمت عبد الله الشيخ: دور نظم تكنولوجيا المعلومات في تسيير وفاعلية العمل الإداري، دار النهضة العربية 1999.
- د/مصطفى محمود عفيضي: نظامنا الانتخابي في الميزان شركة سعيد رافت للطباعة بطنطا 1984.
- د/ماجد راغب الحلو: الحكومة الإلكترونية والمرافق العامة، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول - الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - المنعقد بأكاديمية شرطة دبي 2003.
- د/مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء - دار المطبوعات الجامعية 1999.
- د/محمد المتولي: إدارة الموارد البشرية لتطبيق الحكومة الإلكترونية في الدول العربية مؤتمر أكاديمية شرطة دبي 2003.

مقالات ومؤتمرات:

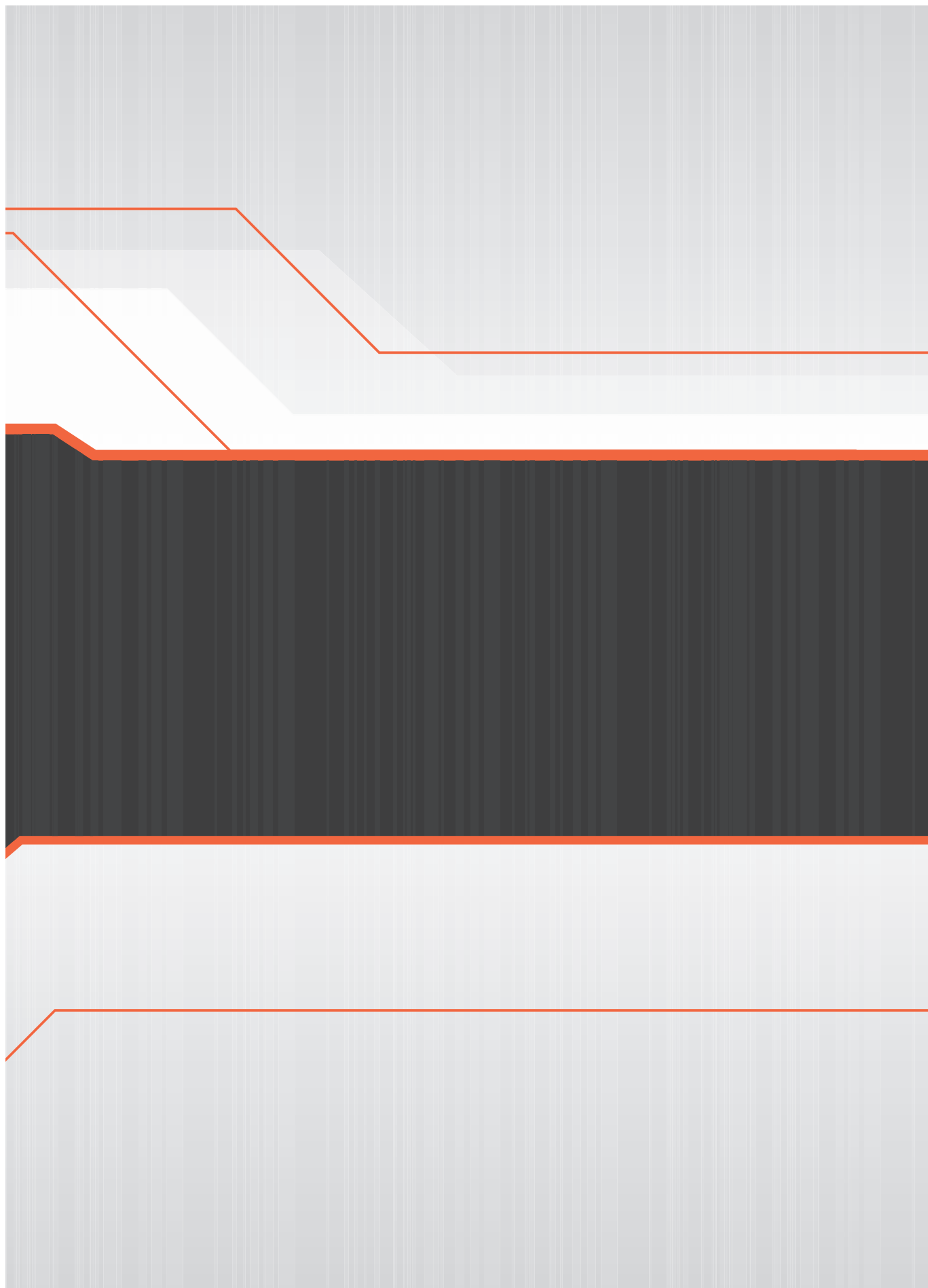
- د/أحمد فتحي سرور: التصويت إلكترونياً في الهند ضماناً لنزاهة الانتخابات مقال بجريدة الجمهورية بتاريخ 25-1-2007.
- عبد الله إمام: خطوات إيجابية على طريق التفاؤل في ضوء الحكومة الإلكترونية - مجلة روز اليوسف العدد رقم 7223 الصادر في 29-2-2002.
- أحمد عبد المنعم: النانو تكنولوجي ثورة جديدة لإنقاذ ونهوض مصر مقال بمجلة روز اليوسف في 28-8-2007.
- جمال محمد غيطاس: التصويت الإلكتروني والجدل حول تعديل المادة 88 من الدستور جريدة الأهرام بتاريخ 13 فبراير 2007.
- المستشار / عادل بورسلي: المتطلبات الدستورية والقانونية للإدارة القانونية، ورقة عمل قدمت إلى ندوة الأبعاد القانونية للحكومة الإلكترونية التي عقدت بمقر غرفة تجارة وصناعة الكويت في 4-3-2003.
- د/علي السلمي: التحول إلى المنظمة الإلكترونية مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية الصادرة في 4-4-2002.
- د/مغاوري شحاتة دياب: الحكومة الجديدة والتنمية بالمعلومات، مقال منشور بجريدة الأهرام العدد 42996 السنة 129 في 25-8-2004.

ثالثاً: مواقع الإنترنت

- voir Auvert (p):La notion de droit acquis en droit administratif francais
- R.D.p.985 p.74 et suiv
- MeghanE.CookK.others.Making a case for local E.government
- www.laflecha.net/canalese-administracion/2004/03152
- http://aceproject.org/ace-ar/focus/e-voting
- www.laflecha.net/canalese-administracion/2004/20531
- www.minbzk.nl

الفهرس

- المقدمة
- أهمية البحث
- المبحث الأول: مفهوم الحكومة الإلكترونية والتصويت الإلكتروني
- المطلب الأول: تعريف الحكومة الإلكترونية وأهدافها
- الفرع الأول: تعريف الحكومة الإلكترونية
- الفرع الثاني: أهداف الحكومة الإلكترونية
- المطلب الثاني: مفهوم التصويت الإلكتروني
- الفرع الأول: ماهية التصويت في اللغة والاصطلاح
- الفرع الثاني: التكيف القانوني للتصويت الإلكتروني
- الفرع الثالث: مزايا التصويت الإلكتروني وعيوبه
- عيوب التصويت الإلكتروني
- الفرع الثالث: التكيف القانوني للتصويت الإلكتروني
- المبحث الثاني: نظم التصويت الإلكتروني والتنظيم التشريعي له
- المطلب الأول: نظم التصويت الإلكتروني
- التصويت من خلال أجهزة الفاكس والتليفون
- المطلب الأول: التنظيم التشريعي للتصويت الإلكتروني
- المبحث الثالث: آليات نجاح التصويت الإلكتروني
- المطلب الأول: الإشراف القضائي على التصويت الإلكتروني
- الفرع الأول: مفهوم مبدأ الإشراف القضائي
- الفرع الثاني: دور الإشراف القضائي على مرحلة التصويت الإلكتروني
- المطلب الثاني: الأدوات المساعدة في نجاح التصويت الإلكتروني
- المبحث الرابع: نحو تنظيم أمثل للتصويت الإلكتروني
- المطلب الأول: دور التصويت الإلكتروني في إرساء العملية الديمقراطية
- المطلب الثاني: إصلاح العملية الانتخابية
- الخاتمة
- المراجع
- الفهرس



قراءة في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي الجديد

«المرسوم بقانون اتحادي رقم 5 لسنة 2012»

الدكتور عبد الرازق الموافي عبد اللطيف
أستاذ القانون الجنائي بمعهد دبي القضائي

مقدمة

صدر المرسوم بقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 2012 الجديد بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات بتاريخ 13 أغسطس 2012. وقد ألغى هذا المرسوم بقانون، القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات.

وقد رأينا - فور نشر هذا المرسوم الجديد - أن نقوم بهذه القراءة للوقوف على المستجدات القانونية التي جاء بها، رغم إيماننا أن هذا المرسوم بقانون يحتاج إلى دراسة وتحليل أكثر، نأمل أن يكون ذلك في وقت لاحق إن شاء الله تعالى.

المادة الأولى

«يقصد بالكلمات والعبارات التالية، المعاني الموضحة قرين كل منها ما لم يقتض سياق النص غير ذلك:

الدولة: الإمارات العربية المتحدة.

الجهات المختصة: الجهات الاتحادية أو المحلية المعنية بشؤون الأمن الإلكتروني في الدولة.

المحتوى: المعلومات والبيانات والخدمات الإلكترونية.

المعلومات الإلكترونية: أي معلومات يمكن تخزينها ومعالجتها وتوليدها ونقلها بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها.

البرنامج المعلوماتي: مجموعة من البيانات والتعليمات والأوامر، القابلة للتنفيذ بوسائل تقنية المعلومات والمعدة لإنجاز مهمة معينة.

نظام المعلومات الإلكتروني: مجموعة برامج معلوماتية ووسائل تقنية المعلومات المعدة لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات الإلكترونية أو ما شابه ذلك.

الشبكة المعلوماتية: ارتباط بين مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات.

المستند الإلكتروني: سجل أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط.

الموقع الإلكتروني: مكان إتاحة المعلومات الإلكترونية على الشبكة المعلوماتية، ومنها مواقع التواصل الاجتماعي والصفحات الشخصية والمدونات.

وسيلة تقنية المعلومات: أي أداة إلكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية، أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين

المعلومات الإلكترونية أو إيصالها للآخرين.

البيانات الحكومية: هي البيانات أو المعلومات الإلكترونية الخاصة أو العائدة إلى الحكومة الاتحادية أو الحكومات المحلية لإمارات الدولة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية.

المنشآت المالية أو التجارية أو الاقتصادية: أي منشأة تكتسب وصفها المالي أو التجاري أو الاقتصادي بموجب الترخيص الصادر لها من جهة الاختصاص بالدولة. إلكتروني: ما يتصل بالتكنولوجيا الكهرومغناطيسية أو الكهروضوئية أو الرقمية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك.

مواد إباحية الأحداث: أي صور أو تسجيلات أو رسومات أو غيرها مثيرة جنسياً لأعضاء جنسية أو أفعال جنسية حقيقية أو افتراضية أو بالحاكاة لحدث لا يتجاوز الثامنة عشر من عمره. العنوان البروتوكولي للشبكة المعلوماتية: معرف رقمي يتم تعيينه لكل وسيلة تقنية معلومات مشاركة في شبكة معلومات، ويتم استخدامه لأغراض الاتصال. سري: أي معلومات أو بيانات غير مصرح للغير بالاطلاع عليها أو إفشائها إلا بإذن مسبق ممن يملك هذا الإذن.

الالتقاط: مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها.

الإساءة: كل تعبير متعمد عن أي شخص أو كيان يعتبره الشخص العادي مهيناً أو ماساً بشرف أو كرامة ذلك الشخص أو الكيان.

التعليق

خصص المرسوم بقانون المادة الأولى لتعريف بعض المصطلحات التي وردت به، وهو في ذلك شأنه شأن القانون القديم، وذلك رغم أن المشرع ليس من صميم عمله وضع التعريفات، وبفضل ترك هذه المهمة للفقه والقضاء؛ وذلك تجنباً لأن يأتي تعريف المشرع فضفاضاً فيؤدي إلى تهديد حقوق الأفراد وحياتهم أو ضيقاً فيعجز التشريع عن مواكبة المستجدات والتطورات السريعة وخصوصاً في مجال تقنية المعلومات، ولكن لا بأس من قيام المشرع بتعريف بعض المصطلحات التي قد تثير إشكالات وخلافات في التطبيق.

وقد أبقى المرسوم بقانون الجديد على المصطلحات التي وردت في القانون القديم، ولكنه أدخل تعديلات في صياغة هذه المصطلحات وهي: المعلومات الإلكترونية، البرنامج المعلوماتي، نظام المعلومات الإلكترونية، الشبكة المعلوماتية، المستند الإلكتروني، الموقع، وسيلة تقنية معلومات، البيانات الحكومية.

وقد أضاف المرسوم بقانون الجديد مصطلحات جديدة لم تكن منصوصاً عليها في القانون السابق ووضع تعريفات لها وهي: الجهات المختصة، المحتوى، المنشآت المالية أو التجارية أو الاقتصادية، إلكتروني، مواد إباحية الأحداث، العنوان البروتوكولي للشبكة المعلوماتية، سري، الالتقاط، الإساءة⁽¹⁾.

المادة الثانية

« 1 - يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل موقعاً إلكترونياً أو نظام معلومات إلكترونياً أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة.

2 - تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا ترتب على أي فعل من الأفعال المنصوص عليها بالفقرة 1 من هذه المادة إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر أي بيانات أو معلومات.

3 - تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كانت البيانات أو المعلومات محل الأفعال الواردة في الفقرة 2 من هذه المادة شخصية».

التعليق:

حلت المادة الثانية في القانون الجديد محل المادة الثانية في القانون القديم، وهي تتعلق بجريمة دخول موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، بدون تصريح أو بتجاوز حدود التصريح، أو بالبقاء فيه بصورة غير مشروعة. ويُقصد بمصطلح إلكتروني، ما يتصل بالتكنولوجيا الكهرومغناطيسية أو الكهروضوئية أو الرقمية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك. ويُقصد بالموقع الإلكتروني، مكان إتاحة المعلومات الإلكترونية على الشبكة المعلوماتية، ومنها مواقع التواصل الاجتماعي والصفحات الشخصية والمدونات. ويُقصد بنظام المعلومات الإلكتروني؛ مجموعة برامج معلوماتية ووسائل تقنية المعلومات

(1) وقد فضلنا أن نعريف كل مصطلح ورد في المرسوم عندما يرد ذكره للمرة الأولى في الصفحات التالية من هذه القراءة للمرسوم.

المعدة لمعالجة وإدارة وتخزين المعلومات الإلكترونية أو ما شابه ذلك.

ويُقصد بالشبكة المعلوماتية، ارتباط بين مجموعتين أو أكثر من البرامج المعلوماتية ووسائل تقنية المعلومات التي تتيح للمستخدمين الدخول وتبادل المعلومات.

ويُقصد بوسيلة تقنية المعلومات، أي أداة إلكترونية مغناطيسية، بصرية، كهروكيميائية، أو أي أداة أخرى تستخدم لمعالجة البيانات الإلكترونية وأداء العمليات المنطقية والحسابية، أو الوظائف التخزينية، ويشمل أي وسيلة موصلة أو مرتبطة بشكل مباشر، تتيح لهذه الوسيلة تخزين المعلومات الإلكترونية أو إيصالها للآخرين.

وقد أضاف المرسوم بقانون الجديد جريمة البقاء غير المشروع بالموقع الإلكتروني أو النظام المعلوماتي أو شبكة معلومات أو وسيلة تقنية المعلومات، وذلك بالإضافة إلى جريمة دخول، موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلومات، أو وسيلة تقنية معلومات، وجريمة الدخول بتصريح وتجاوز حدود التصريح.

وقد نص المرسوم على عقوبة الحبس والغرامة، ولم يحدد المرسوم مدة الحبس وبالتالي يحددها القاضي وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 69 من قانون العقوبات الاتحادي، والتي تقرر أن الحد الأدنى للحبس هو شهر والحد الأقصى هو ثلاث سنوات.

وبالنسبة للغرامة فحدد مقدارها بأن لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية إما أن يجمع بين الحبس والغرامة أو يحكم بإحدهما فقط.

وفي الفقرة الثانية من المادة محل التعليق أضاف المشرع فعل النسخ، وفعل النشر بالإضافة إلى الأفعال التي كان ينص عليها القانون القديم وهي إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر أي بيانات أو معلومات، واعتبر هذه الأفعال ظروفاً مشددة للجرائم التي وردت في الفقرة الأولى؛ حيث شدد العقوبة فجعلها الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وفي ضوء ذلك يكون الحد الأدنى للحبس ستة أشهر والأقصى ثلاث سنوات، وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحدهما فقط.

ولم يتعرض المرسوم الجديد لحالة دخول الجاني بقصد الإلغاء أو الحذف أو التدمير أو الإفشاء أو الإتلاف أو التعبير أو النسخ أو النشر أو إعادة النشر بالنسبة للبيانات أو المعلومات. وكنا نأمل أن يتعرض المرسوم لهذه الحالة ويقرر لها عقوبة أشد.

وفي الفقرة الثالثة من المادة محل التعليق شدد المشرع العقوبة عندما ترد الأفعال التي نصت عليها الفقرة الثانية من هذه المادة على بيانات أو معلومات شخصية؛ فجعل العقوبة الحبس

مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويملك القاضي سلطة تقديرية في مدة الحبس التي قد تصل إلى ثلاث سنوات، وفي الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، أو الحكم بإحدهما فقط.

المادة الثالثة

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب أياً من الجرائم المنصوص عليها في البندين 1 و 2 من المادة 2 من هذا المرسوم بقانون بمناسبة أو بسبب تأدية عمله».

التعليق:

حلت المادة الثالثة من المرسوم بقانون محل المادة الثالثة من القانون القديم التي كانت تعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن عشرين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين في حالة قيام الجاني بإلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات أثناء أو بسبب تأدية عمله، أو تسهيل الأفعال المذكورة للغير، وكان هذا النص القديم يساوي في العقاب بين ارتكاب هذه الأفعال وبين تسهيلها للغير.

وجاء المرسوم الجديد شدد العقاب على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه والمتعلقة بدخول الموقع أو الشبكة أو النظام بدون تصريح أو تجاوز حدود التصريح أو البقاء بصورة غير مشروعة. ولم ترد كلمة تسهيل ارتكاب الأفعال المذكورة في الفقرة الثانية من النص الجديد، ومع ذلك يمكن قيام مسؤولية من يقوم بالتسهيل وفقاً لأحكام المشاركة الإجرامية؛ وذلك على اعتبار أن التسهيل صورة من صور المساعدة.

وأضاف المشرع عبارة بمناسبة تأدية العمل وحذف عبارة أثناء تأدية العمل، وهذه العبارة توسع من نطاق المسؤولية بشأن الجرائم المشار إليها في البندين الأول والثاني من المادة الثانية، وبالنسبة للعقوبة فقد زاد من مقدار الغرامة وجعلها لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تزيد على مليون درهم، وأبقى على مقدار عقوبة الحبس كما كانت في النص القديم. وللقاضي سلطة تقديرية في توقييع عقوبتي الحبس والغرامة أو إحدى العقوبتين فقط.

المادة الرابعة

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون وخمسمائة ألف درهم كل من دخل بدون تصريح إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلومات

إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، سواء كان الدخول، بقصد الحصول على بيانات حكومية، أو معلومات سرية خاصة بمنشأة مالية، أو تجارية، أو اقتصادية. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز 2 مليون درهم، إذا تعرضت هذه البيانات أو المعلومات للإلغاء أو الحذف أو الإتلاف أو التدمير أو الإفشاء أو التغيير أو النسخ أو النشر أو إعادة النشر.

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة الثانية والعشرون من القانون القديم، وهي تتعلق بجريمة دخول بدون تصريح إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، بقصد الحصول على بيانات حكومية، أو معلومات سرية خاصة بمنشأة مالية أو تجارية أو اقتصادية.

وينطبق النص على البيانات الحكومية أياً كانت هذه البيانات سرية أم غير سرية؛ لأن النص القديم كان يتحدث عن البيانات والمعلومات السرية فقط سواء كانت سرية بطبيعتها أو بناء على تعليمات، وجاء النص الجديد ولم يشترط السرية بالنسبة للبيانات الحكومية. ويُقصد بالمعلومات السرية: أي معلومات أو بيانات غير مصرح للغير بالاطلاع عليها أو بإفشائها إلا بإذن مسبق ممن يملك هذا الإذن.⁽¹⁾

ويُقصد بالبيانات الحكومية، البيانات أو المعلومات الإلكترونية الخاصة أو العائدة إلى الحكومة الاتحادية أو الحكومات المحلية لإمارات الدولة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية.⁽²⁾

ويُقصد بالمنشآت المالية أو التجارية أو الاقتصادية، أي منشأة تكتسب وصفها المالي أو التجاري أو الاقتصادي بموجب الترخيص الصادر لها من جهة الاختصاص بالدولة.⁽³⁾ وبالنسبة للعقوبة فقد أضاف المرسوم الجديد عقوبة الغرامة إلى عقوبة السجن على سبيل الوجوب، وحددها بألا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليوناً وخمسمائة ألف درهم. وقد أضاف المرسوم الجديد في الفقرة الثانية من المادة الرابعة أفعال الحذف والإفشاء والتغيير والنسخ والنشر وإعادة النشر. وأضاف الغرامة إلى عقوبة السجن وجعل حدها الأدنى

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم بقانون.

(2) انظر نص المادة الأولى من المرسوم بقانون.

(3) انظر نص المادة الأولى من المرسوم بقانون.

خمسمائة ألف درهم والحد الأقصى مليوني درهم.
ولم يتعرض المشرع هنا لحالة دخول الجاني بقصد إلغاء أو حذف أو إتلاف أو تدمير أو إفشاء أو تغيير أو نسخ أو نشر أو إعادة نشر البيانات أو المعلومات المذكورة في النص، وكان يجب عليه التعرض لهذه الحالة وتشديد العقوبة بشأنها.

المادة الخامسة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل بغير تصريح موقعاً إلكترونياً بقصد تغيير تصاميمه أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة (14) من القانون القديم وتتعلق هذه المادة بجريمة دخول بغير تصريح موقعاً إلكترونياً بقصد تغيير تصاميمه أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه، وقد زاد المشرع بموجب هذه المادة عقوبة الغرامة فجعلها لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تزيد على ثلاثمائة ألف درهم، في حين كان القانون القديم ترك مقدار الغرامة للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي؛ وبالتالي يكون حداها الأدنى مائة درهم والحد الأقصى ثلاثون ألف درهم؛ حيث إن الجريمة جنحة⁽¹⁾. وأعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية بشأن الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو توقيع إحداها فقط. ويلاحظ على هذه العقوبة أنها نفس عقوبة الدخول بدون قصد تغيير تصاميم الموقع أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه. وكنا نفضل أن يشدد المشرع العقوبة في هذه الحالة إذا نص عليها كجريمة مستقلة كما فعل أو يجعلها ظرفاً مشدداً لعقوبة جريمة الدخول المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا المرسوم.

(1) انظر نص المادتين 29 و71 من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة: المادة 29 - عدل نص المادة 29 بموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 34/2005 تاريخ 2005/12/24م. وبموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 52/2006 تاريخ 2006/12/14م. وأصبح على الوجه التالي: الجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من العقوبات الآتية: 1 - الحبس. 2 - الغرامة التي تزيد على ألف درهم. 3 - الدية. المادة 71 - عقوبة الغرامة هي إلزام المحكوم عليه أن يدفع للخزينة المبلغ المحكوم به، ولا يجوز أن تقل الغرامة عن مائة درهم ولا أن يزيد حداها الأقصى على مائة ألف درهم في الجنايات وثلاثين ألف درهم في الجنح وذلك كله ما لم ينص القانون على خلافه.

المادة السادسة

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم كل من زور مستنداً إلكترونياً من مستندات الحكومة الاتحادية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية.

وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين إذا وقع التزوير في مستندات جهة غير تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويعاقب بذات العقوبة المقررة لجريمة التزوير، بحسب الأحوال، من استعمل المستند الإلكتروني المزور مع علمه بتزويره».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة الرابعة من القانون القديم، وهي تتعلق بجريمة تزوير المستندات الإلكترونية الحكومية سواء كانت مستندات الحكومة الاتحادية أو المحلية أو الهيئات أو المؤسسات العامة الاتحادية أو المحلية. وأضاف النص الجديد كلمة إلكترونياً إلى جوار كلمة مستنداً وحذف عبارة معترفاً به قانوناً في نظام معلوماتي، وبالتالي يكون النص أكثر تحديداً ووضوحاً.

ويُقصد بالمستند الإلكتروني، سجل أو بيان معلوماتي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط⁽¹⁾.

وقد شدد المشرع العقوبة على تزوير المستندات الإلكترونية المذكورة والتي يمكن تسميتها بالمستندات الرسمية، وأضاف المرسوم إلى عقوبة السجن عقوبة الغرامة وجعلها وجوبية وحدد مقدارها بأن لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تزيد على سبعمائة وخمسين ألف درهم.

وفي الفقرة الثانية التي تتعلق بجريمة التزوير في مستندات جهة غير تلك المنصوص عليها في الفقرة الأولى؛ أي التي يمكن تسميتها بالمستندات غير الرسمية، وضع المشرع حداً أدنى للغرامة هو مائة ألف درهم، وحداً أقصى هو ثلاثمائة ألف درهم، في حين أن القانون القديم كان قد ترك تحديدها للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (71) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات.

وتتعلق الفقرة الثالثة بجريمة استعمال المستندات الإلكترونية المزورة مع العلم بتزويرها ويعاقب الجاني بذات العقوبة المقررة لجريمة التزوير؛ أي عقوبة السجن المؤقت والغرامة التي

(1) انظر المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم 5 لسنة 2012.

لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز سبعمائة وخمسين ألف درهم في حالة استعمال مستندات إلكترونية مزورة من المستندات المذكورة في الفقرة الأولى، التي يمكن أن نسميها مستندات رسمية؛ وتكون العقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين، في حالة استعمال مستندات إلكترونية مزورة من غير المستندات المذكورة في الفقرة الأولى التي يمكن أن نسميها مستندات غير رسمية.

المادة السابعة

«يعاقب بالسجن المؤقت كل من حصل أو استحوذ أو عدل أو أ تلف أو أفشى بغير تصريح بيانات أي مستند إلكتروني أو معلومات إلكترونية عن طريق الشبكة المعلوماتية أو موقع إلكتروني أو نظام المعلومات الإلكتروني أو وسيلة تقنية معلومات وكانت هذه البيانات أو المعلومات تتعلق بفحوصات طبية أو تشخيص طبي، أو علاج أو رعاية طبية أو سجلات طبية».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة السابعة من القانون القديم، وتتعلق بجريمة حصول أو استحوذ أو تعديل أو إتلاف أو إفشاء الجاني بغير تصريح بيانات أي مستند إلكتروني أو معلومات إلكترونية وكانت هذه البيانات أو المعلومات تتعلق بفحوصات طبية أو تشخيص طبي، أو علاج أو رعاية طبية أو سجلات طبية.

ويُقصد بالمعلومات الإلكترونية؛ أي معلومات يمكن تخزينها ومعالجتها وتوليدها ونقلها بوسائل تقنية المعلومات وبوجه خاص الكتابة والصور والصوت والأرقام والحروف والرموز والإشارات وغيرها. ⁽¹⁾

وقد أضاف المشرع إلى صور السلوك الإجرامي في هذه المادة أفعال «حصل أو استحوذ أو أفشى»، وأضاف إلى محل الجريمة بيانات السجلات الطبية، ولم يجرم تسهيل الأفعال المجرمة للغير وتمكينه منها، والتي كان ينص عليها القانون القديم، وليس معنى ذلك عدم العقاب على التسهيل، وإنما يعاقب عليه وفقاً لأحكام المشاركة الإجرامية باعتبار التسهيل نوعاً من المساعدة. وجعل العقوبة السجن المؤقت فقط بعد أن كانت في القانون القديم السجن المؤقت أو الحبس وفي هذا اتجاه من المشرع نحو التشديد؛ حيث لم يعد للقاضي سلطة تقديرية في اختيار العقوبة. ولم يحدد المشرع مدة عقوبة السجن، وبالتالي تخضع هذه المدة للقواعد

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم بقانون.

العامة المنصوص عليها في المادة (68) من قانون العقوبات والتي حددتها بألا تقل عن ثلاث سنوات ولا أن تزيد عن خمس عشرة سنة.

المادة الثامنة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أعاق أو عطل الوصول إلى شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة الخامسة من القانون القديم وهي تتعلق بجريمة إعاقة أو تعطيل الوصول إلى شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني، وأحدثت هذه المادة تغييراً في الصياغة؛ حيث كان النص القديم يتحدث عن إعاقة أو تعطيل الوصول إلى الخدمة أو الأجهزة أو البرامج أو مصادر البيانات أو المعلومات. ويبدو من النص الجديد أنه وسع من نطاق التجريم. وبالنسبة للعقوبة وضع النص الجديد حداً أدنى للغرامة هو مائة ألف درهم، وحداً أقصى هو ثلاثمائة ألف درهم بعد أن كانت تخضع للقواعد العامة؛ التي تقرر أن الحد الأدنى للغرامة هو مائة درهم والحد الأقصى ثلاثين ألف درهم، وذلك وفقاً لنص المادة (71) من قانون العقوبات على اعتبار أن الجريمة جنحة.

المادة التاسعة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من تحايل على العنوان البروتوكولي للإنترنت باستخدام عنوان وهمي أو عنوان عائد للغير أو بأي وسيلة أخرى، وذلك بقصد ارتكاب جريمة أو الحيلولة دون اكتشافها».

التعليق:

جاءت المادة التاسعة من المرسوم الجديد بجريمة التحايل على العنوان البروتوكولي للإنترنت بقصد ارتكاب جريمة أو منع اكتشافها، وذكر المشرع أن وسيلة ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في المادة المذكورة هي استخدام عنوان وهمي أو عنوان يخص الغير، ولكن هاتين الوسيلتين لم يذكرهما المشرع على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال؛ حيث ألحق

بهاتين الوسيلتين عبارة أو بأية وسيلة أخرى.

ويُقصد بالعنوان البروتوكولي للشبكة المعلوماتية، مُعرّف رقمي يتم تعيينه لكل وسيلة تقنية معلومات مشاركة في شبكة معلومات، ويتم استخدامه لأغراض الاتصال⁽¹⁾.

وبالنسبة للعقوبة نص المشرع على عقوبتي الحبس والغرامة وحدد مقدار الغرامة بأن لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم وأعطى للقاضي سلطة تقديرية بشأن هاتين العقوبتين فيجوز للقاضي الجمع بينهما أو توقيع إحداها فقط ولكنه لم يضع حداً لعقوبة الحبس وتركها للقواعد العامة، وبالتالي تكون حدودها كما هي مبينة في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي فلا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاث سنوات.

المادة العاشرة

«يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثة ملايين درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أدخل عمداً وبدون تصريح برنامج معلوماتي إلى الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، وأدى ذلك إلى إيقافها عن العمل أو تعطيلها أو تدمير أو مسح أو حذف أو إتلاف أو تغيير البرنامج أو النظام أو الموقع الإلكتروني أو البيانات أو المعلومات. وتكون العقوبة السجن والغرامة التي لا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين إذا لم تتحقق النتيجة.

وتكون العقوبة الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين عن أي فعل عمدي يقصد به إغراق البريد الإلكتروني بالرسائل وإيقافه عن العمل أو تعطيله أو إتلاف محتوياته».

التعليق:

تتعلق المادة العاشرة بجريمة إدخال برنامج معلوماتي إلى الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات عمداً وبدون تصريح، وتسبب ذلك في إيقافها عن العمل أو تعطيلها أو تدمير أو مسح أو حذف أو إتلاف أو تغيير البرنامج أو النظام أو الموقع الإلكتروني أو البيانات أو المعلومات. وجرائم إغراق البريد الإلكتروني بالرسائل أو تعطيله أو إيقافه أو إتلاف محتوياته.

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم محل التعليق.

وقد حلت هذه المادة محل المادة السادسة من القانون القديم التي كانت تنص على أن كل من أدخل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات ما من شأنه إيقافها..... وجاء المرسوم الجديد ونص على كل من أدخل عمداً وبدون تصريح برنامج معلوماتي إلى الشبكة المعلوماتية. المشرع في المرسوم الجديد حدد السلوك الإجرامي وهو إدخال برنامج معلوماتي في حين كان النص القديم يشمل إدخال أي شيء ولا يقتصر على إدخال برنامج معلوماتي، كما قصر الجريمة على الإدخال العمدي غير المرخص به في حين كان النص القديم يشمل الإدخال العمدي وغير العمدي، ولم يكن يتحدث عن الإدخال المرخص أو غير المرخص. وبالنسبة للعقوبة نص المرسوم على عقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات في حين كان من الممكن في القانون القديم أن يصل السجن المؤقت إلى ثلاث سنوات كحد أدنى وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (68) من قانون العقوبات الاتحادي وترك المشرع الحد الأقصى للقواعد العامة؛ أي لا يزيد على خمس عشرة سنة. وشدد المرسوم الجديد عقوبة الغرامة فجعلها لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثة ملايين درهم، ولكنه أعطى سلطة تقديرية للقاضي في الجمع بين السجن والغرامة أو اختيار إحدى هاتين العقوبتين. واستحدث المشرع العقاب على الشروع في الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة؛ حيث نص على عقوبة السجن والغرامة التي لا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين إذا لم تتحقق النتيجة؛ أي في حالة الشروع. وبالنسبة لعقوبة السجن هنا تطبق المادة (68) من قانون العقوبات؛ أي ألا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة، وبالنسبة للغرامة فقد حدد المشرع الحد الأقصى وترك الحد الأدنى للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (71) من قانون العقوبات. ويثور تساؤل هل كان المشرع بحاجة إلى النص على العقاب على الشروع في هذه الجريمة؟ يبدو من وجهة نظرنا أننا لم نكن بحاجة إلى النص حيث إن الجريمة جناية والشروع في الجنايات معاقب عليه دون الحاجة إلى نص ولكن المشرع نص عليه لأنه أراد الخروج على القاعدة العامة في العقاب على الشروع التي تنص عليها الفقرة الثالثة من المادة (34) من قانون العقوبات الاتحادي مقررته إنه يعاقب على الشروع في ارتكاب الجناية بالسجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر للجريمة أو الحبس إذا كانت العقوبة السجن المؤقت. وبالتالي ففي ضوء نص المادة محل التعليق لا يستطيع القاضي أن يحكم بالحبس بل ويستطيع أن يصل بالسجن إلى خمس عشرة سنة ولا يقل عن ثلاث سنوات، وبالتالي يكون المشرع اتجه نحو تشديد عقوبة الشروع في هذه الجريمة.

واستحدثت المشرع جرائم إغراق البريد الإلكتروني بالرسائل، وإيقافه عن العمل، وتعطيله، وإتلاف محتوياته، ونص على عقوبة الحبس والغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين، وتطبق القواعد العامة بالنسبة لمقدار العقوبتين المذكورتين، فالحبس لا يقل عن شهر ولا يزيد عن ثلاث سنوات والغرامة لا تقل عن مائة درهم ولا تزيد عن ثلاثين ألف؛ حيث أن الجريمة جنحة. وللقاضي سلطة تقديرية في اختيار العقوبة؛ حيث أنهما وردتا على سبيل التخيير لا الوجوب.

المادة الحادية عشرة

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استولى لنفسه أو لغيره بغير حق على مال منقول أو منفعة أو على سند أو توقيع هذا السند، وذلك بالاستعانة بأي طريقة احتيالية أو باتخاذ اسم كاذب أو انتحال صفة غير صحيحة عن طريق الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات».

التعليق:

تتعلق المادة الحادية عشرة بجريمة الاحتيال الإلكتروني، وقد حلت هذه المادة محل المادة العاشرة من القانون القديم، وأضاف المرسوم الجديد إلى محل جريمة الاحتيال الإلكتروني الاستيلاء على المنفعة، ونص على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة، وهي ذات العقوبة التي كان ينص عليها القانون القديم، ولكن المرسوم رفع عقوبة الغرامة فجعلها لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وللقاضي سلطة تقديرية في الاختيار بين العقوبتين.

المادة الثانية عشرة

«يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من توصل بغير حق، عن طريق استخدام الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية، أو أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا قصد من ذلك استخدام البيانات والأرقام في الحصول على أموال الغير، أو الاستفادة مما تتيحه من خدمات.

فإذا توصل من ذلك إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال مملوك للغير فيعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويعاقب بذات العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة كل من نشر أو إعادة نشر أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية تعود للغير أو أي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني.

التعليق:

تتعلق المادة الثانية عشرة بجريمة التوصل بغير حق إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية، أو أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني، وذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو نظام معلومات إلكتروني أو إحدى وسائل تقنية المعلومات. وقد حلت هذه المادة موضوع التعليق محل المادة الحادية عشرة من القانون القديم، والتي كانت تنص على جريمة الوصول بغير حق إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو غيرها من البطاقات الإلكترونية.

واستحدثت المشرع في المادة محل التعليق جريمة التوصل بغير حق إلى أرقام أو بيانات حسابات مصرفية، وجريمة التوصل بغير حق إلى أرقام أو بيانات أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني أيًا كانت تسميتها.

وقد أضاف المرسوم إلى وسائل ارتكاب السلوك الإجرامي استخدام نظام معلومات إلكتروني، بينما القانون القديم كان ينص على استخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات. ونص المشرع على معاقبة الجاني بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحدهما فقط في حين كان القانون القديم ينص على العقوبتين معاً على سبيل الوجوب ولا يملك القاضي الاختيار بينهما. ولم يضع المشرع حدوداً للعقوبتين، وبالتالي تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين (69) بالنسبة للحبس و(71) من قانون العقوبات بالنسبة للغرامة، ويعاقب المشرع في هذه الفقرة على مجرد ارتكاب السلوك، وهو الوصول بغير حق إلى أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية أو أي وسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني.

وشدد المشرع في الفقرة الثانية العقوبة إذا كان القصد من ارتكاب الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الأولى هو استخدام البيانات والأرقام في الحصول على أموال الغير، أو الاستفادة مما تتيحه من خدمات؛ حيث يعاقب على الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وهي نفس

العقوبة في القانون القديم، ولكن المرسوم الجديد شدد عقوبة الغرامة فلا تقل عن مائة ألف درهم ولا تجاوز ثلاثمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحداها فقط والعقاب يحكم به القاضي مادام توافر القصد المذكور حتى ولو لم يتحقق بالفعل استخدام البيانات والأرقام في الحصول على أموال الغير، أو الاستفادة مما تتيحه من خدمات.

وفي الفقرة الثالثة نص المشرع على أنه في حالة توصل الجاني إلى الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال مملوك للغير، فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة، وهي ذات العقوبة المنصوص عليها في القانون القديم، ولكن المشرع زاد مقدار الغرامة بأن لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحداها فقط.

وفي الفقرة الرابعة من المادة محل التعليق استحدث المشرع جريمة نشر أو إعادة نشر أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو أرقام أو بيانات حسابات مصرفية تخص الغير أو أي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني. وعاقب على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين المذكورتين أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الثالثة عشرة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليوني درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من زور أو قلد أو نسخ بطاقة ائتمانية أو بطاقة مدينة، أو أي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني، وذلك باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات، أو برنامج معلوماتي.

ويعاقب بذات العقوبة كل من:

1 - صنع أو صمم أي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات، أو برنامج معلوماتي، بقصد تسهيل أي من الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة.

2 - استخدم بدون تصريح بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو بطاقة مدينة أو أي وسائل أخرى للدفع الإلكتروني، بقصد الحصول لنفسه أو لغيره، على أموال أو أملاك الغير أو الاستفادة مما تتيحه من خدمات يقدمها الغير.

3 - قبل التعامل بهذه البطاقات المزورة أو المقلدة أو المنسوخة أو غيرها من وسائل الدفع الإلكتروني مع علمه بعدم مشروعيتها.

التعليق:

تتعلق المادة الثالثة عشرة محل التعليق بجريمة تزوير أو تقليد أو نسخ بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو مدينة باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات أو برنامج معلوماتي، وجريمة صنع أو تصميم أي وسيلة من وسائل تقنية المعلومات، أو برنامج معلوماتي، بقصد تسهيل التزوير أو التقليد أو النسخ، وجريمة استخدام بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو بطاقة مدينة أو أي وسائل أخرى للدفع الإلكتروني بدون تصريح، وجريمة قبول التعامل بالبطاقات المزورة أو المقلدة أو المنسوخة أو غيرها من وسائل الدفع الإلكتروني مع علمه بعدم مشروعيتها. ويلاحظ أن المشرع استحدث في هذه المادة من المرسوم الجديد جرائم تزوير وتقليد ونسخ البطاقات الائتمانية أو البطاقات المدينة، أو وسائل الدفع الإلكتروني الأخرى، وجريمة صناعة أو تصميم وسيلة من وسائل تقنية المعلومات، أو برنامج معلوماتي، بقصد تسهيل التزوير أو التقليد أو النسخ. وجريمة استخدام بطاقة ائتمانية أو إلكترونية أو بطاقة مدينة أو وسائل الدفع الإلكتروني الأخرى بدون تصريح. وجريمة قبول التعامل بالبطاقات المزورة أو المقلدة أو المنسوخة أو غيرها من وسائل الدفع الإلكتروني مع علم المتعامل بعدم مشروعيتها. وعاقب المشرع على الجرائم المذكورة بالحبس والغرامة، التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليوني درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويلاحظ أن المشرع لم يحدد مدة عقوبة الحبس وبالتالي تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي، فلا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاث سنوات. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحدهما فقط.

المادة الرابعة عشرة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد على خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حصل، بدون تصريح، على رقم سري أو شفرة أو كلمة مرور أو أي وسيلة أخرى للدخول إلى وسيلة تقنية معلومات، أو موقع إلكتروني، أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو معلومات إلكترونية. ويعاقب بذات العقوبة كل من أعد أو صمم أو أنتج أو باع أو اشترى أو استورد أو عرض للبيع أو أتاح أي برنامج معلوماتي أو أي وسيلة تقنية معلومات، أو روج بأي طريقة روابط لمواقع إلكترونية أو برنامج معلوماتي، أو أي وسيلة تقنية معلومات مصممة لأغراض ارتكاب أو تسهيل أو التحريض على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون».

التعليق:

تتعلق المادة الرابعة عشرة محل التعليق بجريمة الحصول على رقم سري أو شفرة أو كلمة مرور للدخول إلى وسيلة تقنية معلومات أو موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو معلومات إلكترونية بدون تصريح.

استحدث المشرع في هذه المادة من المرسوم الجديد جريمة الحصول على رقم سري أو شفرة أو كلمة مرور أو أي وسيلة أخرى للدخول إلى وسيلة تقنية معلومات أو موقع إلكتروني أو نظام معلومات إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو معلومات إلكترونية بدون تصريح.

واستحدث كذلك تجريم إعداد أو تصميم أو إنتاج أو بيع أو شراء أو استيراد أو العرض للبيع أو الإتاحة للجمهور برنامج معلوماتي أو وسيلة تقنية معلومات، وكذلك جرم المرسوم الترويج لروابط تتعلق بمواقع إلكترونية أو برنامج معلوماتي، أو وسيلة تقنية معلومات مصممة لأغراض ارتكاب أو تسهيل أو التحريض على ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم.

وبعاقب الجاني على السلوك حتى ولو لم يتحقق الغرض وهو وقوع الجريمة التي قصد التسهيل لوقوعها أو التحريض عليها. لأنه لو اشترطنا وقوع الجريمة ما كنا بحاجة إلى هذا النص، حيث تطبق أحكام المشاركة الإجرامية.

وعاقب المشرع على الجرائم المذكورة في هذه المادة بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تزيد على خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويلاحظ أن المشرع لم يحدد مدة عقوبة الحبس وبالتالي تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي، فلا يجوز أن يقل الحد الأدنى للحبس عن شهر ولا أن يزيد حده الأقصى على ثلاث سنوات. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الخامسة عشرة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من التقط أو اعترض عمداً وبدون تصريح أي اتصال عن طريق أي شبكة معلوماتية.

فإذا أفشى أي شخص المعلومات التي حصل عليها عن طريق استلام أو اعتراض الاتصالات بغير وجه حق فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة».

التعليق:

استحدثت المشرع في هذه المادة محل التعليق جريمة التقاط أو اعتراض الاتصالات عن طريق شبكة معلوماتية بطريق العمد وبدون تصريح، وجريمة إفشاء المعلومات التي يحصل عليها الأشخاص عن طريق استلام الاتصالات أو اعتراضها بدون وجه حق. ويُقصد بالالتقاط مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها.⁽¹⁾

ونص المشرع على العقاب على الجريمة الأولى بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولم يحدد المشرع مدة الحبس، وبالتالي يطبق القاضي القواعد العامة في الحبس المنصوص عليها في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط.

وبالنسبة للجريمة الثانية المتعلقة بإفشاء المعلومات، فإن المشرع نص على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة فقط، وبالتالي يكون المشرع قد زاد رفع الحد الأدنى المنصوص عليه في القواعد العامة ولا يكون للقاضي سلطة تقديرية بالنسبة لهذا الحد ولكنه يملك الحكم بالحد الأقصى المنصوص عليه في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي، وهو ثلاث سنوات، ولم ينص على عقوبة الغرامة؛ أي يمكن القول أن المشرع اتجه نحو التشديد.

المادة السادسة عشرة

«يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ابتز أو هدد شخص آخر لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه وذلك باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة التاسعة من القانون القديم، وتنص على ذات الجريمة، وهي جريمة تهديد أو ابتزاز الأشخاص باستخدام شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات للقيام

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم محل القراءة.

بفعل أو الامتناع عنه⁽¹⁾، ونص المشرع على عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنتين والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسون ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويلاحظ أن المشرع وضع حداً أقصى لعقوبة الحبس، وترك الحد الأدنى للقواعد العامة؛ أي لا يقل عن شهر، وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط. ويلاحظ أن المشرع زاد مقدار الغرامة عن القانون القديم. وإذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور خادشة للشرف أو الاعتبار، فإن المشرع نص على عقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات؛ أي أن المشرع شدد العقوبة ويلاحظ أن المشرع حدد الحد الأقصى للسجن، ولكنه ترك الحد الأدنى للقواعد العامة كما تحدده المادة (68) من قانون العقوبات الاتحادي بأن لا يقل عن ثلاث سنوات، وللقاضي سلطة تقديرية بين الحد الأقصى المحدد من قبل المشرع في هذه المادة، والحد الأدنى المنصوص عليه في المادة (68) سائلة الذكر.

المادة السابعة عشرة

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تتجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونيّاً أو أشرف عليه أو بث أو أرسل أو نشر أو أعاد نشر عن طريق الشبكة المعلوماتية مواد إباحية أو أنشطة للقمار، وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة. ويعاقب بالعقوبة ذاتها، كل من أنتج أو أعد أو هيا أو أرسل أو خزن بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير، عن طريق شبكة معلوماتية، مواد إباحية أو أنشطة للقمار، وكل ما من شأنه المساس بالآداب العامة. فإذا كان موضوع المحتوى الإباحي حدثاً لم يتجاوز الثامنة عشر من عمره، أو كان مثل هذا المحتوى مصمماً لإغراء الأحداث فيعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ولا تتجاوز مائة وخمسين ألف درهم».

التعليق:

حلت هذه المادة محل المادة (12) من القانون القديم، واستحدث المشرع فيها جريمة إنشاء أو إدارة أو الإشراف على موقع إلكتروني مواد إباحية أو أنشطة للقمار، أو ما من شأنه المساس بالآداب العامة.

(1) انظر تعليقنا على حكم قضائي بشأن هذه الجريمة مجلة معهد دبي القضائي العدد الأول ص 103 وما بعدها.

وكذلك استحدث النص جريمة بث أو إرسال أو نشر أو أعاد نشر مواد إباحية أو أنشطة للقمار، أو مواد من شأنها المساس بالآداب العامة عن طريق الشبكة المعلوماتية. واستحدث أيضاً جرائم إنتاج أو إعداد أو تهئية أو إرسال أو تخزين مواد إباحية أو أنشطة للقمار، أو أنشطة تمس الآداب العامة، وذلك كله بقصد الاستغلال أو التوزيع أو العرض على الغير، عن طريق شبكة معلوماتية.

ويُقصد بمواد إباحية الأحداث؛ أي صور أو تسجيلات أو رسومات أو غيرها مثيرة جنسياً لأعضاء جنسية أو أفعال جنسية حقيقية أو افتراضية أو بالمحاكاة لحدث لا يتجاوز الثامنة عشرة من عمره.⁽¹⁾

ونص المشرع على عقوبة الحبس والغرامة، وترك المشرع تحديد مدة الحبس للقواعد العامة كما كان الأمر في القانون القديم، ولكنه حدد مقدار الغرامة في المرسوم الجديد وشدها؛ حيث لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم في حين كان القانون القديم يتركها للقواعد العامة؛ أي كان يمكن أن تصل إلى مائة درهم أو بحد أقصى ثلاثين ألف درهم على اعتبار أن الجريمة جنحة، وأعطى المرسوم الجديد سلطة تقديرية للقاضي إما أن يجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو يحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وشدد المشرع العقوبة في الفقرة الثالثة من المادة محل التعليق إذا كان موضوع المحتوى الإباحي حدثاً، أو كان المحتوى مصمماً لإغراء الأحداث.

ويُقصد بالمحتوى الإباحي، المعلومات والبيانات والخدمات الإلكترونية التي تنطوي على أي صور أو تسجيلات أو رسومات أو غيرها مثيرة جنسياً لأعضاء جنسية أو أفعال جنسية حقيقية أو افتراضية أو بالمحاكاة.⁽²⁾

ويلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع وسع من نطاق هذه الحالة؛ حيث كان القانون القديم يقصر التجريم على أن يكون الفعل موجهاً إلى حدث، أما المرسوم الجديد فقد أضاف حالة أخرى وهي أن يكون محل أو موضوع المحتوى حدثاً حتى ولو لم يكن موجهاً إلى إغراء أحداث، ولكن العقوبة في الحالتين واحدة، فيعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم ولا تجاوز مائة وخمسين ألف درهم.

ويلاحظ على العقوبة هنا أن المشرع شدد عقوبة الحبس، حيث حدد الحد الأدنى بسنة واحدة فقط، وبالتالي يستطيع القاضي أن يزيد العقوبة إلى الحد الأقصى للحبس لكنه

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم محل التعليق.

(2) انظر نص المادة الأولى من المرسوم محل القراءة.

لا يستطيع أن يحكم بأقل من سنة، وزاد المشرع عقوبة الغرامة؛ حيث رفع الحد الأدنى إلى خمسين ألف درهم ووضع حداً أقصى هو مائة وخمسين ألف درهم. وهذا الحد كان غير محدد في القانون القديم. ويجب على القاضي أن يحكم بالعقوبتين معاً، فلا يملك القاضي توقيع إحداها فقط.

المادة الثامنة عشرة

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم كل من حاز عمداً مواد إباحية الأحداث باستخدام نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو موقع إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات».

التعليق:

استحدث المشرع في هذه المادة جريمة حيازة مواد إباحية الأحداث عمداً باستخدام نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو موقع إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات. ويعاقب المشرع هنا على الجريمة لمجرد الحيازة حتى ولو لم يرتكب أي نشاط إجرامي آخر كنشرها أو إرسالها إلى آخرين، ويشترط لقيام هذه الجريمة توافر العمد في جانب المتهم. ويلاحظ أن المشرع بالنسبة لهذه الجريمة وضع حداً أدنى للحبس وهو ستة أشهر ووضع حدوداً للغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، وبمقارنة هذه العقوبة بعقوبة الجرائم المنصوص عليها في المادة السابقة من هذا المرسوم - م (17) الفقرة الأولى والثانية - لوجدنا أن المشرع تشدد بالنسبة للحبس؛ حيث لا يستطيع القاضي أن ينزل عن ستة أشهر في حين نص المادة (17) يتيح للقاضي النزول إلى الحد الأدنى للحبس وفقاً للقواعد العامة رغم خطورة أفعال المادة (17) مثل الإنتاج، لأنه لو يكن هناك إنتاج للمواد الإباحية فلن توجد حيازة، وكان الأفضل من وجهة نظرنا أن يوحد عقوبة الحبس بالنسبة للإنتاج والحيازة أو يزيدها.

وبالنسبة للحيازة، فإن المشرع وضع حدوداً للغرامة لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، في حين الغرامة عن الأفعال المذكورة في المادة (17) لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين.

يلاحظ أن المشرع وضع للغرامة حداً أدنى أقل بالنسبة للحيازة وهذا منطقي بالنسبة لخطورة أفعال المادة (17)، ولكن غير المنطقي هو أن يكون الحد الأقصى للغرامة في الحيازة وهو مليون درهم أزيد منه بالنسبة لجرائم المادة (17) وهو خمسمائة ألف درهم رغم خطورتها.

فالأولى أن يزيد الحد الأقصى لجرائم المادة (17) أو يساويه بالحيازة. ويلاحظ أيضاً أن القاضي ليس له سلطة تقديرية بالنسبة للحبس والغرامة في الحيازة، فالجمع بينهما وجوبي، بينما في جرائم المادة (17) الفقرة الأولى والثانية للقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط، وهذا أيضاً فيه اتجاه نحو التخفيف بالنسبة لجرائم المادة (17)، والمنطقي أن يكون التشديد بالنسبة لأفعال المادة (17) الفقرة الأولى والثانية.

المادة التاسعة عشرة

«يعاقب بالسجن والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض أو أغوى آخر على ارتكاب الدعارة أو الفجور أو ساعد على ذلك، باستخدام شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات. وتكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تجاوز مليون درهم إذا كان المجني عليه حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من عمره».

التعليق:

تتعلق المادة (19) بجريمة الإغواء والتحريض أو المساعدة على ارتكاب الدعارة أو الفجور باستخدام شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، وقد حلت هذه المادة محل المادة (13) من القانون القديم مع تعديل في الصياغة والعقوبة؛ حيث كان ينص القانون القديم على تحريض أو إغواء ذكر أو أنثى، أما المرسوم الجديد فقال من أغوى آخر، وبالتالي الجريمة تقوم أياً كان وصف الشخص الذي تم تحريضه أو إغواؤه. ويلاحظ بالنسبة للعقوبة أن المرسوم الجديد جعل عقوبة السجن تخيرية للقاضي؛ فإما أن يجمع بينها وبين الغرامة أو يحكم بإحداها فقط وفق تقدير القاضي، في حين كان القانون القديم يجعل الجمع وجوبياً بين عقوبتي السجن والغرامة. ونرى أنه كان من الأفضل جعل الجمع بين السجن والغرامة وجوبياً نظراً لخطورة الفعل؛ ولأن هذا هو ما أخذ به المشرع في المادة (363) من قانون العقوبات الاتحادي؛ لأنه لا يوجد اختلاف بين ما ينص عليه قانون العقوبات والرسوم محل التعليق إلا في وسيلة ارتكاب الجريمة بل إن استخدام تقنية المعلومات أسهل وأيسر في وقوع الفعل وكلما كانت وسيلة ارتكاب الجريمة أيسر ينبغي تشديد العقاب. وتحديد مدة السجن يكون وفقاً للقواعد العامة مادام المشرع لم يحددها في المرسوم

الجديد مثلما كان الحال في القانون القديم، وبالتالي يجب ألا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة. ولكن المشرع حدد مقدار الغرامة بأن لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم في حين كان القانون القديم يترك تحديد مقدارها للقواعد العامة؛ أي كان من الممكن أن تصل إلى مائة درهم كحد أدنى، ولا تزيد على مائة ألف درهم على اعتبار أن الجريمة جنائية.

ونص المشرع على أنه في حالة كون المجني عليه حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من عمره، تكون العقوبة السجن مدة لا تقل عن خمس سنوات، وهي ذات المدة التي كان ينص عليها القانون القديم، بالإضافة إلى الغرامة التي لا تجاوز مليون درهم، وبحد أدنى هو مائتان وخمسون ألف درهم، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة محل التعليق، وليس للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة، فيجب عليه عند الإدانة أن يقضي بالسجن والغرامة معاً.

المادة العشرون

«مع عدم الإخلال بأحكام جريمة القذف المقررة في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من سب الغير أو أسند إليه واقعة من شأنها أن تجعله محلاً للعقاب أو الازدراء من قبل الآخرين، وذلك باستخدام شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات. فإذا وقع السب أو القذف في حق موظف عام أو مكلف بخدمة عامة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله عد ذلك ظرفاً مشدداً للجريمة».

التعليق:

استحدثت المادة (20) محل التعليق جريمة السب والقذف من خلال شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، ونصت على عقوبتي الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويبدو من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو يحكم بإحدهما فقط، ومدة الحبس يتم تحديدها وفقاً للقواعد العامة؛ أي لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات.

وفي الفقرة الثانية من المادة محل التعليق أجاز المشرع تشديد العقوبة استناداً إلى صفة

المجني عليه؛ فإذا كان موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة⁽¹⁾، ووقعت الجريمة بمناسبة أو بسبب تأدية عمله؛ فإن ذلك يعدّ ظرفاً مشدداً للعقوبة، والتشديد هنا يخضع للقواعد العامة، وبالتالي يجوز للمحكمة مضاعفة الحد الأقصى للغرامة والحبس⁽²⁾. ويستوي أن تكون الوظيفة أو العمل أو الخدمة دائمة أو مؤقتة، بأجر أو بغير أجر، طوعية أو جبراً، ولا يحول إنهاء الوظيفة أو العمل أو الخدمة دون تطبيق أحكام المادة السابقة متى وقعت الجريمة في أثناء توفر الصفة.⁽³⁾

المادة الحادية والعشرون

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، في الاعتداء على خصوصية شخص في غير الأحوال المصرح بها قانوناً بإحدى الطرق التالية:

- 1 - استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية.
- 2 - التقاط صور الغير أو إعداد صور إلكترونية أو نقلها أو كشفها أو نسخها أو الاحتفاظ بها.
- 3 - نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت صحيحة وحقيقية.

(1) انظر في تعريف الموظف العام والمكلف بخدمة عامة نص المادة 5 من قانون العقوبات عدل نص المادة 5 بموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 34/2005 تاريخ 24/12/2005م. وأصبح على الوجه التالي: يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون: 1 - القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية. 2 - منتسبو القوات المسلحة. 3 - رؤساء المجالس التشريعية والاستشارية والبلدية وأعضاؤها. 4 - كل من فوضته إحدى السلطات العامة القيام بعمل معين، وذلك في حدود العمل المفوض فيه. 5 - رؤساء مجالس الإدارات وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة. 6 - رؤساء مجالس الإدارات وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الجمعيات والمؤسسات ذات النفع العام. ويعد مكلفاً بخدمة عامة في حكم هذا القانون كل من لا يدخل في الفئات المنصوص عليها في البنود السابقة، ويقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناء على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة إلى العمل المكلف به.

(2) انظر نص المادة 103 - عدل نص المادة 103 بموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 34/2005 تاريخ 24/12/2005م. وبموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 52/2006 تاريخ 14/12/2006م. وأصبح على الوجه التالي: إذا توافر في الجريمة ظرف مشدد جاز للمحكمة توقيع العقوبة على الوجه الآتي: أ - إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي الغرامة جاز مضاعفة حدها الأقصى أو الحكم بالحبس. ب - إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي الحبس جاز مضاعفة حدها الأقصى. ج - إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي السجن المؤقت الذي يقل حده الأقصى عن خمس عشرة سنة جاز الوصول بالعقوبة إلى هذا الحد. د - إذا كانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي السجن المؤقت الذي يصل إلى حده الأقصى جاز أن يستبدل بها السجن المؤبد.

(3) انظر نص المادة السادسة من قانون العقوبات الاتحادي.

كما يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، لإجراء أي تعديل أو معالجة على تسجيل أو صورة أو مشهد، بقصد التشهير أو الإساءة إلى شخص آخر، أو الاعتداء على خصوصيته أو انتهاكها».

التعليق:

تتعلق هذه المادة بجريمة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للأفراد، وقد حلت هذه المادة محل المادتين الثامنة والسادسة عشرة من القانون القديم، وأصبحت الصياغة أكثر تفصيلاً وشمولاً؛ حيث جرم المشرع الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة من خلال شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

وحدد المشرع الأفعال التي تشكل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة وهي استراق السمع، أو اعتراض، أو تسجيل أو نقل أو بث أو إفشاء محادثات أو اتصالات أو مواد صوتية أو مرئية. وكذلك التقاط صور الغير أو إعداد أو نقل أو كشف أو نسخ أو الاحتفاظ بصور إلكترونية. وأيضاً نشر أخبار أو صور إلكترونية أو صور فوتوغرافية أو مشاهد أو تعليقات أو بيانات أو معلومات ولو كانت حقيقية وصحيحة.

وبالنسبة للعقوبة نص المشرع على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وهذه العقوبة أشد مما كان ينص عليه القانون القديم في المادة الثامنة؛ حيث كان الحد الأدنى للحبس يخضع للقواعد العامة؛ أي شهر، وبالنسبة للغرامة نص المرسوم الجديد على ألا تقل عن مائة وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حين كان يتركها القانون القديم للقواعد العامة، وبالتالي كان من الممكن أن يحكم القاضي بأي مقدار أزيد من ألف درهم وبحد أقصى ثلاثون ألف درهم؛ حيث إن الجريمة جنحة.

وللقاضي سلطة تقديرية في توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معاً أو توقيع إحداها فقط، ولما كان المشرع حدد الحد الأدنى للحبس بستة أشهر، فإن الحد الأقصى يخضع للقواعد العامة؛ أي لا يزيد على ثلاث سنوات وفقاً للمادة 69 من قانون العقوبات.

وبالنسبة لعقوبة جريمة نشر أخبار أو صور التي كان ينص عليها القانون القديم في المادة (16) فكانت الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسين ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ وجاء المرسوم بقانون الجديد وجعل العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وفي هذا تخفيف عن القانون القديم، ولكنه زاد الحد الأدنى للغرامة؛ حيث جعلها لا تقل

عن مائة وخمسين ألف درهم، وللقاضي سلطة تقديرية في توقيع عقوبتي الحبس والغرامة معاً أو توقيع إحداها فقط.

وكان الأفضل - من وجهة نظرنا - أن تظل عقوبة الحبس في الحدود التي نص عليها القانون القديم دون إنقاص للتقليل من هذه النوعية من الجرائم التي تتزايد في العصر الحالي وخصوصاً أن المشرع أفصح عن ميله إلى التشديد عندما زاد مقدار الغرامة. واستحدث المشرع في الفقرة الثانية من المادة محل التعليق جريمة تعديل أو معالجة التسجيلات والصور والمشاهد بقصد التشهير والإساءة للأشخاص أو الاعتداء على خصوصياتهم وانتهاكها، وذلك من خلال استخدام نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، وهذه الجريمة من الجرائم العمدية، ويلزم أن يتوافر قصد التشهير والإساءة للأشخاص أو الاعتداء على خصوصياتهم وانتهاكها.

وقد عاقب المشرع على الجريمة المذكورة بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ونحن نتفق مع المشرع في جعل الحد الأدنى للحبس مدة سنة وهو ما يتفق مع اتجاه المشرع نحو التشديد الذي يبدو من زيادة مقدار الغرامة، وخصوصاً أن القاضي له سلطة تقديرية في الجمع بين الحبس والغرامة أو في الحكم بإحداها فقط، وبالتالي تكون مدة السنة مناسبة لردع الجاني.

المادة الثانية والعشرون

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من استخدم، بدون تصريح، أي شبكة معلوماتية، أو موقعاً إلكترونيًا، أو وسيلة تقنية معلومات لكشف معلومات سرية حصل عليها بمناسبة عمله أو بسببه».

التعليق:

استحدثت المادة الثانية والعشرون موضوع التعليق جريمة إفشاء معلومات سرية من خلال استخدام شبكة معلوماتية، أو موقعاً إلكترونيًا، أو وسيلة تقنية معلومات، ويشترط لقيام هذه الجريمة أن يكون الجاني حصل على المعلومات بمناسبة عمله أو بسببه، وأن يكون الإفشاء أو الكشف بدون تصريح ممن يملك هذا التصريح.

وعاقب المشرع على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر والغرامة التي لا تقل

عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وفي ضوء ذلك يملك القاضي سلطة تقديرية في تحديد مدة الحد الأقصى للحبس الذي من الممكن أن يصل إلى ثلاث سنوات وفقاً للقواعد العامة، ويملك أيضاً سلطة تقديرية في الجمع بين الحبس والغرامة أو في الحكم بإحداها فقط.

ولم يفرق المشرع بين ما إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة أم غير ذلك، وكان من الأفضل من وجهة نظرنا أن تشدد العقوبة إذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة؛ لأن الموظف يعد ممثلاً للدولة وفعله هذا يؤدي إلى اهتزاز ثقة الأفراد في مؤسسات الدولة.

المادة الثالثة والعشرون

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على شبكة معلوماتية أو بإحدى وسائل تقنية المعلومات، بقصد الاتجار في البشر أو الأعضاء البشرية، أو التعامل فيها بصورة غير مشروعة».

التعليق:

تتعلق هذه المادة محل التعليق بجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو نشر معلومات على شبكة معلوماتية بقصد الاتجار في البشر أو في الأعضاء البشرية، وقد حلت هذه المادة محل المادة (17) من القانون القديم التي كانت تجرم إنشاء المواقع أو نشر المعلومات على الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بقصد الاتجار في الأشخاص أو تسهيل التعامل فيه.

وقد وسع المرسوم بقانون الجديد من نطاق التجريم؛ حيث جرم بالإضافة إلى ذلك إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه ووسع من نطاق القصد؛ حيث أضاف إلى قصد الاتجار في البشر قصد الاتجار في الأعضاء البشرية، أو التعامل فيها بصورة غير مشروعة. ولم ينص المرسوم الجديد على تسهيل التعامل في الاتجار بالأشخاص، ولكن ليس معنى ذلك عدم العقاب على تسهيل التعامل؛ حيث يمكن العقاب عليه وفقاً لأحكام المشاركة الإجرامية باعتبارها صورة من صور المساعدة.

وبالنسبة للعقوبة فقد كان القانون القديم يعاقب بعقوبة السجن المؤقت فقط، ولكن المرسوم الجديد أضاف لعقوبة السجن عقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في

تحديد مدة السجن المؤقت وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾ الذي لا يقل عن ثلاث سنوات ولا يزيد على خمس عشرة سنة، ويملك أيضاً سلطة تقديرية في الجمع بين السجن والغرامة أو في الحكم بإحداها فقط.

المادة الرابعة والعشرون

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات للترويج أو التحريض لأي برامج أو أفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة».

التعليق:

تنص المادة (24) محل التعليق على جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه أو نشر معلومات بقصد الترويج أو التحريض لبرامج وأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة.

وقد حلت هذه المادة محل المادة (20) من القانون القديم وفيها وسع المشرع من نطاق التجريم؛ حيث كان القانون القديم يقصر التجريم على إنشاء المواقع الإلكترونية ونشر المعلومات لمجموعة تدعو لتسهيل وترويج برامج وأفكار من شأنها الإخلال بالنظام العام والآداب العامة.

وقد استحدث المشرع في هذه المادة جريمة إدارة موقع إلكتروني بقصد الترويج أو التحريض والتشجيع لبرامج وأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي؛ بالإضافة إلى الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة. واستحدث أيضاً جريمة الإشراف على موقع إلكتروني لذات الأغراض السابقة، وجريمة نشر معلومات لذات الأغراض المذكورة بالنسبة لجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه المنصوص عليها في هذه المادة.

وبالنسبة للعقوبة فقد شدد المرسوم العقوبة؛ حيث نص على عقوبة السجن المؤقت بدلاً من

(1) انظر نص المادة 68 من قانون العقوبات الاتحادي.

الحبس الذي كان ينص عليه القانون القديم، وأضاف إلى عقوبة السجن المؤقت الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم. ويجب على القاضي أن يحكم بالسجن والغرامة معاً؛ أي أن الجمع بين العقوبتين وجوبي؛ فليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن، وإلا كان الحكم معيباً، أما تحديد مدة السجن المؤقت تخضع للقواعد العامة، وبالتالي لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة.

المادة الخامسة والعشرون

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونيّاً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على شبكة معلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات بقصد الاتجار أو الترويج للأسلحة النارية أو الذخائر أو المتفجرات في غير الأحوال المصرح بها قانوناً».

التعليق:

استحدث المرسوم الجديد في المادة محل التعليق جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه بقصد الاتجار أو الترويج للأسلحة النارية والذخائر والمتفجرات. وكذلك جريمة نشر معلومات لذات القصد المذكور، وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانوناً. ونص المرسوم على عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة، والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وبالتالي يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد الحد الأقصى لمدة الحبس الذي لا يزيد على ثلاث سنوات وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾، ويملك أيضاً سلطة تقديرية في الجمع بين الحبس والغرامة أو في الحكم بإحداها فقط.

المادة السادسة والعشرون

«يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن مليون درهم ولا تجاوز مليوني درهم كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونيّاً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، وذلك لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة بقصد تسهيل الاتصال بقياداتها أو أعضائها، أو لاستقطاب

(1) انظر نص المادة 69 من قانون العقوبات الاتحادي.

عضوية لها، أو ترويج أو تحبذ أفكارها، أو تمويل أنشطتها، أو توفير المساعدة الفعلية لها، أو بقصد نشر أساليب تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرات، أو أي أدوات أخرى تستخدم في الأعمال الإرهابية».

التعليق:

تتعلق المادة (26) محل التعليق بجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة، وجريمة نشر معلومات لذات الكيانات سائلة الذكر.

وقد حلت تلك المادة محل المادة (21) من القانون القديم، وتوسع المشرع في التجريم؛ حيث أضاف إلى جريمة إنشاء المواقع الإلكترونية ونشر معلومات لجماعة إرهابية، جريمة إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه.

كذلك لم يقصر المشرع الأمر على الجماعات الإرهابية كما كان الحال في القانون القديم وإنما أضاف إليها كيانات أخرى تحمل مسميات مختلفة: مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة. وحسناً فعل المشرع ونؤيده في إضافة هذه المسميات حتى يكون أي تجمع أياً كان مسماه تحت طائلة القانون.

ويشترط لقيام هذه الجريمة أن يقع السلوك الإجرامي بقصد تسهيل الاتصال بقيادات أو أعضاء هذه الكيانات، أو استقطاب عضويات جديدة لها، أو للترويج أو التشجيع لتبني أفكارها، أو تمويل أنشطتها، أو توفير المساعدة الفعلية لها، أو أن يقع السلوك الإجرامي بقصد نشر أساليب تصنيع الأجهزة الحارقة أو المتفجرات، أو أي أدوات أخرى تستخدم في الأعمال الإرهابية.

ونص المرسوم بقانون على معاقبة الجاني بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن مليون درهم ولا تجاوز مليوني درهم. ويلاحظ أن المرسوم قرر عقوبة السجن ووضع حداً أدنى لها وهو خمس سنوات، وفي هذا اتجاه نحو التشديد، نؤيده، نظراً لخطورة هذه الجماعات وما تقوم به من أفعال؛ حيث كانت العقوبة في القانون القديم هي الحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات، وترك الحد الأقصى للسجن للقواعد العامة والذي لا يزيد عن خمس عشرة سنة.

فالمرسوم بقانون جعل الجريمة جنائية، وأضاف عقوبة الغرامة التي لا تقل عن مليون درهم ولا تجاوز مليوني درهم، وهي لم تكن موجودة في القانون القديم، والجمع بين السجن والغرامة وجوبي فيجب على القاضي النطق بهما معاً وإلا كان الحكم معيباً.

المادة السابعة والعشرون

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات أخرى للدعوة أو الترويج لجمع التبرعات بدون ترخيص معتمد من السلطة المختصة».

التعليق:

استحدثت المادة (27) محل التعليق جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه للدعوة أو الترويج لجمع التبرعات، وجريمة نشر معلومات للدعوة أو الترويج لجمع تبرعات، ويشترط لقيام الجريمة أن يتم ذلك بدون ترخيص من السلطة المختصة، ويقصد بهذه الأخيرة السلطات الاتحادية أو المحلية بحسب الأحوال.⁽¹⁾ ويعاقب مرتكب هذه الجريمة بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز خمسمائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. ويخضع تحديد مدة الحبس للقواعد العامة؛ أي لا يقل عن شهر ولا يزيد على ثلاث سنوات. ويملك القاضي سلطة تقديرية بين الحدين الأدنى والأقصى، وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين العقوبتين أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الثامنة والعشرون

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تجاوز مليون درهم كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو استخدم معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات بقصد التحريض على أفعال، أو نشر أو بث معلومات أو أخبار أو رسوم كرتونية أو أي صور أخرى، من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام».

التعليق:

استحدثت هذه المادة جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه بقصد التحريض على أفعال من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها للخطر والمساس بالنظام العام. واستحدثت أيضاً جريمة نشر أو بث معلومات أو أخبار أو رسوم كرتونية أو أي صور أخرى،

(1) انظر نص المادة الأولى من المرسوم بقانون محل التعليق.

من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها العليا للخطر أو المساس بالنظام العام. وعاقب المشرع على هذه الجريمة بالسجن المؤقت، الذي تحدد مدته وفقاً للقواعد العامة بأن لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة، بالإضافة إلى الغرامة التي لا تتجاوز مليون درهم. والجمع بين السجن والغرامة وجوبي وإلا يكون الحكم معيباً، وليس للقاضي سلطة تقديرية في هذا الشأن.

المادة التاسعة والعشرون

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تتجاوز مليون درهم كل من نشر معلومات أو أخبار أو بيانات أو إشاعات على موقع إلكتروني أو أي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات بقصد السخرية أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي من مؤسساتها أو رئيسها أو نائبيها أو حكام الإمارات أو أولياء عهدهم أو نواب حكام الإمارات أو علم الدولة أو السلام الوطني أو شعارها أو نشيدها الوطني أو رموزها».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة نشر معلومات أو أخبار أو بيانات أو إشاعات، بقصد السخرية أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي من مؤسساتها، أو رئيسها أو نائبيها، أو حكام الإمارات، أو أولياء عهدهم، أو نواب حكام الإمارات، أو علم الدولة أو السلام الوطني أو شعارها أو نشيدها الوطني أو رموزها، وذلك من خلال النشر على موقع إلكتروني أو أي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

ونص المشرع على معاقبة الجاني بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تتجاوز مليون درهم، والجمع بين هاتين العقوبتين وجوبي وإلا كان الحكم معيباً، ويتم تحديد مدة السجن المؤقت وفقاً للقواعد العامة، فلا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة.

المادة الثلاثون

«يعاقب بالسجن المؤبد كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، تهدف أو تدعو إلى قلب أو تغيير نظام الحكم في الدولة أو الاستيلاء عليه أو إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين السارية في البلاد أو المناهضة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة. ويعاقب بالعقوبة ذاتها كل من روج إلى أو حرض على أي من الأفعال المذكورة أو سهلها للغير».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه، وجريمة نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، تهدف أو تدعو إلى قلب أو تغيير نظام الحكم في الدولة أو الاستيلاء عليه، أو إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين السارية في البلاد أو المناهضة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة.

واستحدثت المادة أيضاً جريمة الترويج إلى أي من الأفعال المذكورة أو تسهيلها للغير أو التحريض عليها، ويعاقب على هذه الصور من السلوك الإجرامي حتى ولو لم تقع جريمة الفاعل الأصلي؛ أي الجريمة التي تم الترويج لها أو التحريض عليها أو المساعدة بشأنها. أما لو اشترطنا وقوع جريمة الفاعل الأصلي فإن هذا النص يكون تزييداً؛ لأن تطبيق أحكام المشاركة الإجرامية كانت ستؤدي إلى نفس الحكم.

ونص المرسوم بقانون على عقوبة السجن المؤبد بالنسبة للجرائم المنصوص عليها في هذه المادة؛ حيث اعتبرها المشرع من الجنايات.

المادة الحادية والثلاثون

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دعا أو حرض عن طريق نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات إلى عدم الانقياد إلى القوانين والأنظمة المعمول بها في الدولة».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة الدعوة أو التحريض على عدم الانقياد إلى القوانين والأنظمة السارية، وذلك بنشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، ويعاقب المشرع هنا على مجرد التحريض أو الدعوة إلى الأفعال سالفة الذكر حتى ولو لم تقع.

ونص المشرع على عقوبة الحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتي ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، ويملك القاضي سلطة تقديرية في تقدير مدة الحبس وفقاً للقواعد العامة بما لا يقل عن شهر ولا يزيد على ثلاث سنوات، وأيضاً يملك سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الثانية والثلاثون

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو استخدم الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات للتخطيط أو التنظيم أو الترويج أو الدعوة لمظاهرات أو مسيرات أو ما في حكمها بدون ترخيص من السلطة المختصة».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه للتخطيط أو التنظيم أو الترويج أو الدعوة لمظاهرات أو مسيرات أو ما في حكمها، وجريمة استخدام الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات للتخطيط أو التنظيم أو الترويج أو الدعوة لمظاهرات أو مسيرات أو ما في حكمها بدون ترخيص من السلطات المختصة الاتحادية أو المحلية. ونص المشرع على معاقبة الجاني بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين، وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، أو الحكم بإحداها فقط ومدة الحبس تحدد وفقاً للقواعد العامة، وبالتالي لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاث سنوات.

المادة الثالثة والثلاثون

«يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو استخدم الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات للاتجار بالآثار أو التحف الفنية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه للاتجار بالآثار أو التحف الفنية، وجريمة استخدام الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية المعلومات للاتجار بالآثار أو التحف الفنية، ويكون ذلك في غير الأحوال التي يسمح بها القانون. ويعاقب على هذه الجريمة بالحبس، الذي يخضع في تحديد مدته للقواعد العامة؛ أي لا يقل عن شهر ولا يزيد على ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة، أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الرابعة والثلاثون

«يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من انتفع أو سهل للغير بغير وجه حق الانتفاع بخدمات الاتصالات أو قنوات البث المسموعة أو المرئية، وذلك عن طريق الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة الانتفاع بخدمات الاتصالات أو قنوات البث المسموعة أو المرئية، وجريمة التسهيل للغير الانتفاع بدون وجه حق، وذلك من خلال الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات.

والمشروع في هذه المادة ساوى في العقاب بين الجاني الذي يرتكب فعل الانتفاع وبين الشخص الذي يسهل الانتفاع للغير، وبدون هذا النص كان الشخص الذي يسهل الانتفاع للغير سيعاقب وفقاً لأحكام المشاركة الإجرامية، وهذا يستلزم وقوع جريمة الفاعل الأصلي؛ أي انتفاع الغير لكي يعاقب.

ويعاقب الجاني بالحبس مدة لا تقل عن سنة واحدة والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين. وحدد المشروع الحد الأدنى للحبس بسنة واحدة والحد الأقصى يتم تحديده وفقاً للقواعد العامة؛ أي لا يزيد على ثلاث سنوات. وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط.

المادة الخامسة والثلاثون

«مع عدم الإخلال بالأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من ارتكب عن طريق الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات أو على موقع إلكتروني، إحدى الجرائم التالية:

- 1 - الإساءة إلى أحد المقدسات أو الشعائر الإسلامية.
- 2 - الإساءة إلى أحد المقدسات أو الشعائر المقررة في الأديان الأخرى متى كانت هذه المقدسات والشعائر مصونة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- 3 - سب أحد الأديان السماوية المعترف بها.

4 - تحسين المعاصي أو الحض عليها أو الترويج لها.

وإذا تضمنت الجريمة إساءة للذات الإلهية أو لذات الرسل والأنبياء أو كانت مناهضة للدين الإسلامي أو جرحاً للأسس والمبادئ التي يقوم عليها، أو ناهض أو جرح ما علم من شعائر وأحكام الدين الإسلامي بالضرورة، أو نال من الدين الإسلامي، أو بشر بغيره أو دعا إلى مذهب أو فكرة تنطوي على شيء مما تقدم أو حبد لذلك أو روج له، فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع (7) سنوات».

التعليق:

حلت المادة محل التعليق محل المادة (15) من القانون القديم، وقد نصت الفقرة الأولى منها على أربع جرائم كانت موجودة في القانون القديم، وهي جرائم الإساءة إلى المقدسات والشعائر والأديان وسبها وتحسين المعاصي أو الحض عليها أو الترويج لها عن طريق الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات أو موقع إلكتروني، وقررت لها عقوبة الحبس، والغرامة مثلما كان الأمر في النص القديم الذي كان يترك تحديدهما للقواعد العامة.

ولكن المرسوم بقانون حدد الغرامة بألا تقل عن مائتين وخمسين ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم، وترك تحديد مدة الحبس للقواعد العامة، وللقاضي سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط، وله سلطة تقديرية أيضاً فيما بين الحدين الأدنى والأقصى للحبس.

وإذا كانت الجريمة مناهضة للدين الإسلامي أو تضمنت جرحاً للأسس والمبادئ التي يقوم عليها، أو مناهضة أو جارحة لما علم من شعائر وأحكام الدين الإسلامي بالضرورة، أو تنال من الدين الإسلامي، أو تبشر بغيره أو دعا إلى مذهب أو فكرة تنطوي على شيء مما تقدم أو حبد لذلك أو روج له، فيعاقب الجاني بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات، وهذا ما كان ينص عليه القانون القديم.

واستحدثت الفقرة الثانية من المادة محل التعليق حالة انطواء الجريمة على إساءة للذات الإلهية أو لذات الرسل والأنبياء، ومعاقبة الجاني بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات؛ أي أن القانون يعتبرها جناية.

ويُقصد بالإساءة كل تعبير متعمد عن أي شخص أو كيان يعتبره الشخص العادي مهيناً أو ماساً بشرف أو كرامة ذلك الشخص أو الكيان.⁽¹⁾

(1) انظر المادة الأولى من المرسوم بقانون محل القراءة.

المادة السادسة والثلاثون

«يعاقب بالسجن المؤقت والغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونيّاً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، للاتجار أو الترويج للمخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو كيفية تعاطيها أو لتسهيل التعامل فيها في غير الأحوال المصرح بها قانوناً».

التعليق:

تتعلق هذه المادة بجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه أو نشر معلومات للاتجار أو الترويج للمخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو كيفية تعاطيها أو لتسهيل التعامل فيها. وقد حلت هذه المادة محل المادة (18) من القانون القديم، وأضاف المشرع جريمة إدارة موقع إلكتروني، وجريمة الإشراف على موقع إلكتروني للاتجار أو الترويج للمخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو كيفية تعاطيها أو لتسهيل التعامل فيها في غير الأحوال التي يسمح بها القانون، كذلك أضاف جريمة نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، للاتجار في المخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو كيفية تعاطيها. هذا بالإضافة إلى ما كان ينص عليه القانون القديم من جرائم إنشاء موقع إلكتروني، ونشر معلومات على الشبكة المعلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، بقصد ترويج المخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو تسهيل التعامل فيها في غير الأحوال المصرح بها قانوناً. وقد نص المرسوم بقانون على معاقبة الجاني بالسجن المؤقت والغرامة. ويلاحظ أن المرسوم أبقى على العقوبة السالبة للحرية، وهي السجن المؤقت، كما كانت في القانون القديم، وتحدد مدتها وفقاً للقواعد العامة؛ أي لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس عشرة سنة. ولكنه أضاف عقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليون درهم وجعلها تجميعية؛ فللقاضي سلطة تقديرية في تحديد مدة عقوبة السجن وفي الجمع بينها وبين الغرامة أو الحكم بإحداها فقط.

المادة السابعة والثلاثون

«مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في قانون غسل الأموال، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليوني درهم كل من أتى عمداً، باستخدام شبكة معلوماتية، أو نظام معلومات إلكتروني، أو إحدى وسائل تقنية

المعلومات، أي من الأفعال الآتية:

- 1 - تحويل الأموال غير المشروعة أو نقلها أو إيداعها بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها.
- 2 - إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال غير المشروعة أو مصدرها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها.
- 3 - اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال غير المشروعة مع العلم بعدم مشروعية مصدرها. ويعاقب بذات العقوبة كل من أنشأ أو أدار موقعاً إلكترونياً أو أشرف عليه أو نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات لتسهيل ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة أو للتحريض عليها.

التعليق:

تتعلق المادة (37) بجريمة غسل الأموال غير المشروعة، وقد حلت هذه المادة محل المادة (19) من القانون القديم، واستحدثت في البند الأول من الفقرة الأولى جريمة إيداع أموال غير مشروعة بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها، واستحدثت أيضاً في البند الثاني جريمة إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال غير المشروعة، وجريمة إخفاء أو تمويه الحقوق المتعلقة بالأموال غير المشروعة، وجريمة إخفاء أو تمويه ملكية الأمور غير المشروعة. واستحدثت الفقرة الثانية جريمة إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه لتسهيل ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في البنود الثلاثة من الفقرة الأولى أو التحريض عليها، وجريمة نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات لتسهيل ارتكاب أي من الأفعال المنصوص عليها في البنود الثلاثة من الفقرة الأولى أو التحريض عليها. هذا بالإضافة إلى جرائم تحويل أو نقل أو اكتساب أو حيازة أو استخدام الأموال غير المشروعة التي كان ينص عليها القانون القديم. وقد اعتبر المرسوم الجديد المحرض والمساعد فاعلاً أصلياً خروجاً على القواعد العامة في المشاركة الإجرامية؛ حيث يعاقب بعقوبة الفاعل الأصلي الذي يرتكب السلوك المادي للجريمة، حتى ولو لم تقع جريمة الفاعل الأصلي. وأبقى المرسوم بقانون على عقوبة الحبس كما كانت في القانون القديم؛ حيث يعاقب الجاني بالحبس مدة لا تزيد على سبع سنوات ويحدد الحد الأدنى وفقاً للقواعد العامة؛ حيث يمكن أن يصل إلى شهر واحد فقط، وشدد عقوبة الغرامة فجعلها لا تقل عن خمسمائة ألف درهم ولا تجاوز مليوني درهم.

ولا يملك القاضي سلطة تقديرية بشأن الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط، فالجمع بين العقوبتين وجوبي وإلا كان الحكم معيباً.

المادة الثامنة والثلاثون

«يعاقب بالسجن المؤقت كل من قدم إلى أي منظمات أو مؤسسات أو هيئات أو أي كيانات أخرى معلومات غير صحيحة أو غير دقيقة أو مضللة، وكان من شأنها الإضرار بمصالح الدولة، أو الإساءة إلى سمعتها أو هيبتها أو مكانتها، وذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة تقديم معلومات غير صحيحة أو غير دقيقة أو مضللة، من شأنها الإضرار بمصالح الدولة، أو الإساءة إلى سمعتها أو هيبتها أو مكانتها، وذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات.

وقد نص المشرع على عقوبة وحيدة لهذه الجريمة هي السجن المؤقت، وبالتالي ليس أمام القاضي إلا الحكم بها في حالة الإدانة، فهو لا يتمتع بسلطة تقديرية بشأنها. ولكنه يتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة لمدتها، فالحد الأدنى لها ثلاث سنوات والحد الأقصى خمس عشرة سنة وذلك وفقاً للقواعد العامة.

ويعاقب الجاني عن الجريمة حتى لم تحدث بالفعل أضراراً بمصالح الدولة أو الإساءة إلى سمعتها أو هيبتها أو مكانتها ما دام سلوك الجاني من الممكن أن يؤدي إلى ذلك.

المادة التاسعة والثلاثون

«يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين أي مالك أو مشغل لموقع إلكتروني أو شبكة معلوماتية خزن أو أتاح متعمداً أي محتوى غير قانوني، مع علمه بذلك، أو لم يبادر بإزالة أو منع الدخول إلى هذا المحتوى غير القانوني خلال المهلة المحددة في الإشعار الخطي الموجه له من الجهات المختصة والذي يفيد بعدم قانونية المحتوى وأنه متاح على الموقع الإلكتروني أو شبكة المعلوماتية».

التعليق:

استحدثت المادة محل التعليق جريمة تخزين محتوى غير قانوني، وجريمة إتاحة محتوى

غير قانوني، وجريمة عدم المبادرة إلى إزالة المحتوى غير القانوني، وجريمة منع الدخول إلى المحتوى غير القانوني خلال المهلة المحددة من الجهات المختصة. وأسند المشرع المسؤولية عن هذه الجرائم إلى مالك أو مشغل الموقع أو الشبكة المعلوماتية، ونص على عقوبة الحبس وترك تحديد مدته للقواعد العامة في المادة (69) من قانون العقوبات الاتحادي، وبالتالي لا تقل عن شهر واحد فقط ولا تزيد على ثلاث سنوات، بالإضافة إلى عقوبة الغرامة وترك تحديدها أيضاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (71) قانون العقوبات الاتحادي، وبالتالي لا تقل عن مائة درهم ولا تزيد على ثلاثين ألف درهم؛ حيث إن الجريمة جنحة. وللقاضي سلطة تقديرية بشأن الجمع بين عقوبتي الحبس والغرامة أو الحكم بإحداها فقط، فالجمع بين العقوبتين ليس وجوبياً، وفي حالة حكم القاضي بإحدى العقوبتين يكون حكمه صحيحاً.

المادة الأربعون

«يعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة».

التعليق:

استحدثت المادة (40) محل التعليق من المرسوم بقانون العقاب على الشروع في الجنح المنصوص عليها فيه، ورود هذا النص بالنسبة للشروع في الجنح كان ضرورياً؛ حيث لا عقاب على الشروع فيها إلا إذا نص القانون، أما الشروع في الجنايات فلا يحتاج إلى مثل هذا النص لكي يعاقب على الشروع فيها.

ونص المشرع على عقاب الجاني الذي يقف نشاطه عند حد الشروع بنصف العقوبة المنصوص عليها للجريمة التامة، وهذا النص لم يكن موجوداً في القانون القديم، وبالتالي كان لا يمكن العقاب على الشروع في الكثير من الجرائم التي كان ينص عليها؛ لأنها من الجنح⁽¹⁾.

المادة الحادية والأربعون

«مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة

(1) انظر نص المادة 36 من قانون العقوبات الاتحادي التي تنص على أنه يحدد القانون الجنح التي يعاقب على الشروع فيها وكذلك عقوبة هذا الشروع.

أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون أو الأموال المتحصلة منها، أو بمحو المعلومات أو البيانات أو إعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما إغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة».

التعليق:

حلت المادة (41) من المرسوم بقانون محل المادة (24) من القانون القديم، وتتعلق بالعقوبات الفرعية التي تلحق بالعقوبة الأصلية؛ حيث نصت على المصادرة، ومحو أو إعدام المعلومات أو البيانات، وإغلاق المحل أو الموقع الذي ترتكب فيه الجريمة.

واستحدث المرسوم محو المعلومات أو البيانات أو إعدامها، ووفقاً لعبارة النص، فإن محو البيانات أو المعلومات أو إعدامها يكون على سبيل التخيير مع المصادرة، فالقاضي إما يحكم بالمصادرة أو بالمحو والإعدام.

وبالنسبة لإغلاق المحل أو الموقع الذي ترتكب فيه أي من الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون، فقد أطلقه المرسوم، ولم يشترط لذلك أن تكون الجريمة ارتكبت بعلم المالك؛ حيث كان يشترط ذلك القانون القديم. ومن وجهة نظرنا كنا نفضل بقاء هذا الشرط، وأن يكون الإغلاق في حالة ارتكاب الجريمة بعلم مالك الموقع أو المحل؛ لأنه قد يكون حسن النية ولا يعلم بارتكاب الجريمة، والإغلاق قد يكون كلياً، وقد يكون جزئياً وتقدر ذلك المحكمة. هذا بالإضافة إلى مصادرة الأجهزة أو البرامج أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في الأموال المتحصلة منها، والتي كان ينص عليها القانون القديم.

وقد أورد المشرع تحفظاً هو عدم الإخلال بحقوق الغير حسني النية، وهذا التحفظ تحسباً لأن تكون الأشياء أو الأدوات محل المصادرة ملكاً لأشخاص آخرين غير مرتكب الجريمة، ولا يعلمون بالجريمة؛ وبالتالي يكون من الظلم مصادرتها، ولذلك تحفظ المشرع بشأن هؤلاء ولم يجز المصادرة في هذه الحالة.

المادة الثانية والأربعون

«تقضي المحكمة بإبعاد الأجنبي الذي يحكم عليه بالإدانة لارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون وذلك بعد تنفيذ العقوبة المحكوم بها».

التعليق:

حلت المادة (42) من المرسوم بقانون محل المادة (25) من القانون القديم، واتجه المشرع نحو التشديد على الجاني بشأن الإبعاد؛ حيث أوجب الإبعاد في حالة الحكم بالإدانة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، سواء صدر الحكم بعقوبة سالبة للحرية - السجن أو الحبس - أو بعقوبة الغرامة. ويبدو وجه التشديد في أن القانون القديم كان يوجب الإبعاد في حالة صدور الحكم بالحبس فقط، وبالتالي كان لا يجوز الإبعاد في حالة الحكم بالغرامة.

وبطبيعة الحال، فإن الإبعاد يكون للأجنبي الذي يحكم عليه بالإدانة لارتكاب أي جريمة من الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، ويكون بعد تنفيذ العقوبة الأصلية المحكوم بها. من وجهة نظرنا كنا نفضل أن يظل الإبعاد مرتبطاً بالعقوبة السالبة للحرية، أو على الأقل يكون جوازياً، ويكون للقاضي سلطة تقدير الحكم بالإبعاد أو الاكتفاء بالعقوبات الأصلية، وخصوصاً أن غالبية الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم من نوعية الجنح.

المادة الثالثة والأربعون

«مع عدم الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون يجوز للمحكمة أن تأمر بوضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة أو حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام المعلومات الإلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى، أو وضعه في مأوى علاجي أو مركز تأهيل للمدة التي تراها المحكمة مناسبة».

التعليق:

تتعلق المادة (43) محل التعليق بمجموعة من التدابير التي يجوز للمحكمة الحكم بها؛ حيث استحدثت هذه المادة مجموعة من التدابير، للمحكمة أن تقضي بها بالإضافة للعقوبة الأصلية؛ فقد نص على تدبير وضع المحكوم عليه تحت الإشراف أو المراقبة، وتدابير حرمانه من استخدام أي شبكة معلوماتية، أو نظام المعلومات الإلكتروني، أو أي وسيلة تقنية معلومات أخرى، وتدابير وضعه في مأوى علاجي أو مركز تأهيل للمدة التي تراها المحكمة مناسبة. ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية بالنسبة للتدابير المذكورة، يقضي بها أو لا يقضي، فإن حكمه يكون صحيحاً لأنها جوازية، والسلطة التقديرية للقاضي تكون من حيث الحكم بالتدبير ومن حيث مدته.

المادة الرابعة والأربعون

«تعتبر الجرائم الواردة في المواد (4)، (24)، (26)، (28)، (29)، (30)، (38) من هذا المرسوم بقانون من الجرائم الماسة بأمن الدولة.

كما تعتبر من الجرائم الماسة بأمن الدولة، أي جريمة منصوص عليها في هذا المرسوم بقانون إذا ارتكبت لحساب أو لمصلحة دولة أجنبية أو أي جماعة إرهابية أو مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة».

التعليق:

تتعلق المادة (44) من المرسوم بقانون بجرائم تمس أمن الدولة، وقد وسعت هذه المادة من نطاق الجرائم الماسة بأمن الدولة؛ حيث اعتبرت منها: جريمة الدخول بدون تصريح إلى موقع إلكتروني، أو نظام معلومات إلكتروني، أو شبكة معلوماتية، أو وسيلة تقنية معلومات، سواء كان الدخول، بقصد الحصول على بيانات حكومية، أو معلومات سرية خاصة بمنشأة مالية، أو تجارية، أو اقتصادية⁽¹⁾. وجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه أو نشر معلومات بقصد الترويج أو التحريض لبرامج وأفكار من شأنها إثارة الفتنة أو الكراهية أو العنصرية أو الطائفية أو الإضرار بالوحدة الوطنية أو السلم الاجتماعي أو الإخلال بالنظام العام أو الآداب العامة⁽²⁾. وجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه لجماعة إرهابية أو أي مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة، وجريمة نشر معلومات لذات الكيانات سائلة الذكر⁽³⁾. وجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه بقصد التحريض على أفعال من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها للخطر والمساس بالنظام العام، وجريمة نشر معلومات أو رسوم أو أخبار من شأنها تعريض أمن الدولة ومصالحها للخطر والمساس بالنظام العام⁽⁴⁾. وجريمة نشر معلومات أو أخبار أو بيانات أو إشاعات بقصد السخرية أو الإضرار بسمعة أو هيبة أو مكانة الدولة أو أي مؤسساتها أو رئيسها أو نائبيه أو حكام الإمارات أو أولياء عهدهم أو نواب حكام الإمارات أو علم الدولة أو السلام الوطني أو شعارها أو تشيدها الوطني أو رموزها، وذلك من خلال النشر على موقع إلكتروني أو أي شبكة معلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات⁽⁵⁾.

(1) انظر المادة الرابعة من المرسوم بقانون.

(2) انظر المادة (24) من المرسوم بقانون.

(3) انظر المادة (26) من المرسوم بقانون.

(4) انظر نص المادة (28) من المرسوم بقانون.

(5) انظر نص المادة (29) من المرسوم بقانون.

وجريمة إنشاء أو إدارة موقع إلكتروني أو الإشراف عليه، وجريمة نشر معلومات على الشبكة المعلوماتية أو وسيلة تقنية معلومات، تهدف أو تدعو إلى قلب أو تغيير نظام الحكم في الدولة أو الاستيلاء عليه أو إلى تعطيل أحكام الدستور أو القوانين السارية في البلاد أو المناهضة للمبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة، وجريمة الترويج إلى أي من الأفعال المذكورة أو تسهيلها للغير أو التحريض عليها⁽¹⁾.

وجريمة تقديم معلومات غير صحيحة أو غير دقيقة أو مضللة، من شأنها الإضرار بمصالح الدولة، أو الإساءة إلى سمعتها أو هيبتها أو مكانتها، وذلك باستخدام الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات⁽²⁾.

ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن أي جريمة منصوص عليها في هذا المرسوم بقانون عندما يرتكبها الجاني لحساب أو لمصلحة دولة أجنبية أو أي جماعة إرهابية أو مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة تعتبر من الجرائم الماسة بأمن الدولة. وهذا اتجاه محمود من المشرع تؤيده لأن هذه النوعية من الجرائم على درجة كبيرة من الخطورة وتهدد المصالح العليا للدولة. وتطبق على تلك الجرائم السابق ذكرها الأحكام المتعلقة بجرائم أمن الدولة.

المادة الخامسة والأربعون

«تقضي المحكمة، بناء على طلب من النائب العام، بتخفيف العقوبة أو بالإعفاء منها، عمن أدلى من الجناة إلى السلطات القضائية أو الإدارية بمعلومات تتعلق بأي جريمة من الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون، متى أدى ذلك إلى الكشف عن الجريمة ومرتكبيها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم».

التعليق:

استحدث المرسوم بقانون المادة (45)، والتي تتعلق بتخفيف العقاب أو الإعفاء منه في حالة إدلاء الجاني بمعلومات تتعلق بجريمة من الجرائم التي تتعلق بأمن الدولة والمنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون، ويكون الإدلاء بالمعلومات إلى السلطات القضائية أو الإدارية، ولكن المشرع اشترط أن يؤدي الإدلاء بالمعلومات إلى الكشف عن الجريمة ومرتكبيها، أو إثباتها عليهم، أو القبض على أحدهم.

(1) انظر نص المادة (30) من المرسوم بقانون.

(2) انظر نص المادة (38) من المرسوم بقانون.

ولم يبين المرسوم الحالات التي تقضي فيها المحكمة بالإعفاء والحالات التي تقضي فيها بالتخفيف، وترك هذه المسألة لتقدير قاضي الموضوع، ولكنه لم يترك للقاضي تقدير الحكم بالتخفيف أو الإعفاء من عدمه عند توافر إحدى الحالات المنصوص عليها؛ فالأمر ليس جوازياً بالنسبة للقاضي.

وكان الأفضل من وجهة نظرنا أن يحدد المشرع حالات الإعفاء وتكون إذا أدلى الجاني بالمعلومات إلى السلطات القضائية أو الإدارية قبل البدء في ارتكاب الجريمة، أو بعد تنفيذ الجريمة وقبل الكشف عنها أو الكشف عن مرتكبها، وقبل البدء في التحقيق. وتكون حالات التخفيف إذا أدلى الجاني بالمعلومات إلى السلطات القضائية أو الإدارية بعد الكشف عن الجريمة وأثناء التحقيق أو المحاكمة وسهل ذلك للسلطات المختصة إثبات الجريمة، أو القبض على باقي الجناة أو أحدهم.

ويلزم لكي يقضي القاضي بالإعفاء أو التخفيف أن يطلب ذلك النائب العام، مع ملاحظة أن النص قصر الإعفاء أو التخفيف على الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون. وكنا نفضل أن يسري الحكم على كافة الجرائم المنصوص عليها في هذا المرسوم تمشياً مع علة هذا الإعفاء أو التخفيف، وهي أن الذي يدلي بمعلومات للسلطات يقدم للمجتمع خدمة هي تمكين السلطات من العلم بالجريمة وبأدلتها كي تتخذ الإجراءات القانونية في شأنها. كما أنه يوفر عليها الجهد والوقت والمال ويشجع الجناة على عدم الاستمرار في الإجرام، وبالتالي يستحق أن يكافأ على ذلك بالإعفاء أو التخفيف من العقوبة.

المادة السادسة والأربعون

«يعد ظرفاً مشدداً استخدام شبكة المعلومات أو الإنترنت أو أي نظام معلوماتي إلكتروني أو موقع إلكتروني أو وسيلة تقنية معلومات عند ارتكاب أي جريمة لم ينص عليها هذا المرسوم بقانون. كما يعد ظرفاً مشدداً ارتكاب أي جريمة منصوص عليها في هذا المرسوم بقانون لحساب أو لمصلحة دولة أجنبية أو أي جماعة إرهابية أو مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة».

التعليق:

استحدث المرسوم بقانون هذه المادة التي اعتبرت وسيلة ارتكاب الجريمة ظرفاً مشدداً للعقاب، ففي حالة ارتكاب أي جرائم أخرى غير التي ورد النص عليها في هذا المرسوم بقانون، من خلال استخدام شبكة المعلومات أو الإنترنت أو أي نظام معلوماتي إلكتروني أو موقع إلكتروني أو وسيلة تقنية معلومات، فإن ذلك يعد ظرفاً مشدداً.

أما الجرائم التي ورد النص عليها في هذا المرسوم بقانون فعندما ترتكب لحساب أو لمصلحة دولة أجنبية أو أي جماعة إرهابية أو مجموعة أو جمعية أو منظمة أو هيئة غير مشروعة، فإن ذلك يعد ظرفاً مشدداً. وبالتالي تطبق القواعد العامة في التشديد التي تقرها المادة (103) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات⁽¹⁾ والتي تنص على أنه إذا توافر في الجريمة ظرف مشدد. وكانت العقوبة المقررة أصلاً للجريمة هي الغرامة فإنه يجوز للمحكمة مضاعفة حدها الأقصى أو الحكم بالحبس. وإذا كانت العقوبة المقررة أصلاً هي الحبس يجوز لها مضاعفة حدها الأقصى. وإذا كانت العقوبة المقررة أصلاً هي السجن المؤقت الذي يقل حده الأقصى عن خمس عشرة سنة جاز للمحكمة الوصول بالعقوبة إلى هذا الحد. وإذا كانت العقوبة المقررة أصلاً هي السجن المؤقت الذي يصل إلى حده الأقصى جاز للمحكمة أن تستبدل بها السجن المؤبد. وتشديد العقاب في حالة توافر الظرف المشدد يعد أمراً جوازيّاً للمحكمة، وفي حالة حكمها دون تشديد فإن الحكم يكون صحيحاً.

المادة السابعة والأربعون

«مع عدم الإخلال بأحكام الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون العقوبات، تسري أحكام هذا المرسوم بقانون على كل من ارتكب إحدى الجرائم الواردة به خارج الدولة، إذا كان محلها نظام معلوماتي إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني أو وسيلة تقنية معلومات خاصة بالحكومة الاتحادية أو إحدى الحكومات المحلية لإمارات الدولة أو إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة المملوكة لأي منهما».

التعليق:

تتعلق المادة (47) بنطاق سريان أحكام هذا المرسوم بقانون؛ حيث حددت هذه المادة نطاق تطبيقه، فقررت تطبيق أحكامه على كل شخص أياً كانت جنسيته يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه خارج الدولة، إذا كان محلها نظام معلوماتي إلكتروني أو شبكة معلوماتية أو موقع إلكتروني أو وسيلة تقنية معلومات تخص الحكومة الاتحادية أو إحدى الحكومات المحلية لإمارات الدولة أو تخص إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة المملوكة للحكومة الاتحادية أو لإحدى الحكومات المحلية لإمارات الدولة.

(1) عدل نص المادة 103 بموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 34/2005 تاريخ 2005/12/24م. وبموجب المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 52/2006 تاريخ 2006/12/14م.

وذلك دون الإخلال بأحكام قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات المتعلقة بسرياته من حيث المكان والأشخاص، وبالتالي تضاف هذه الجرائم إلى طائفة الجرائم المنصوص عليها في المادة (20) من قانون العقوبات الاتحادي.

المادة الثامنة والأربعون

«لا يخل تطبيق العقوبات المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر».

التعليق:

حلت المادة (48) محل المادة (26) من القانون القديم وهي بذات المضمون.

المادة التاسعة والأربعون

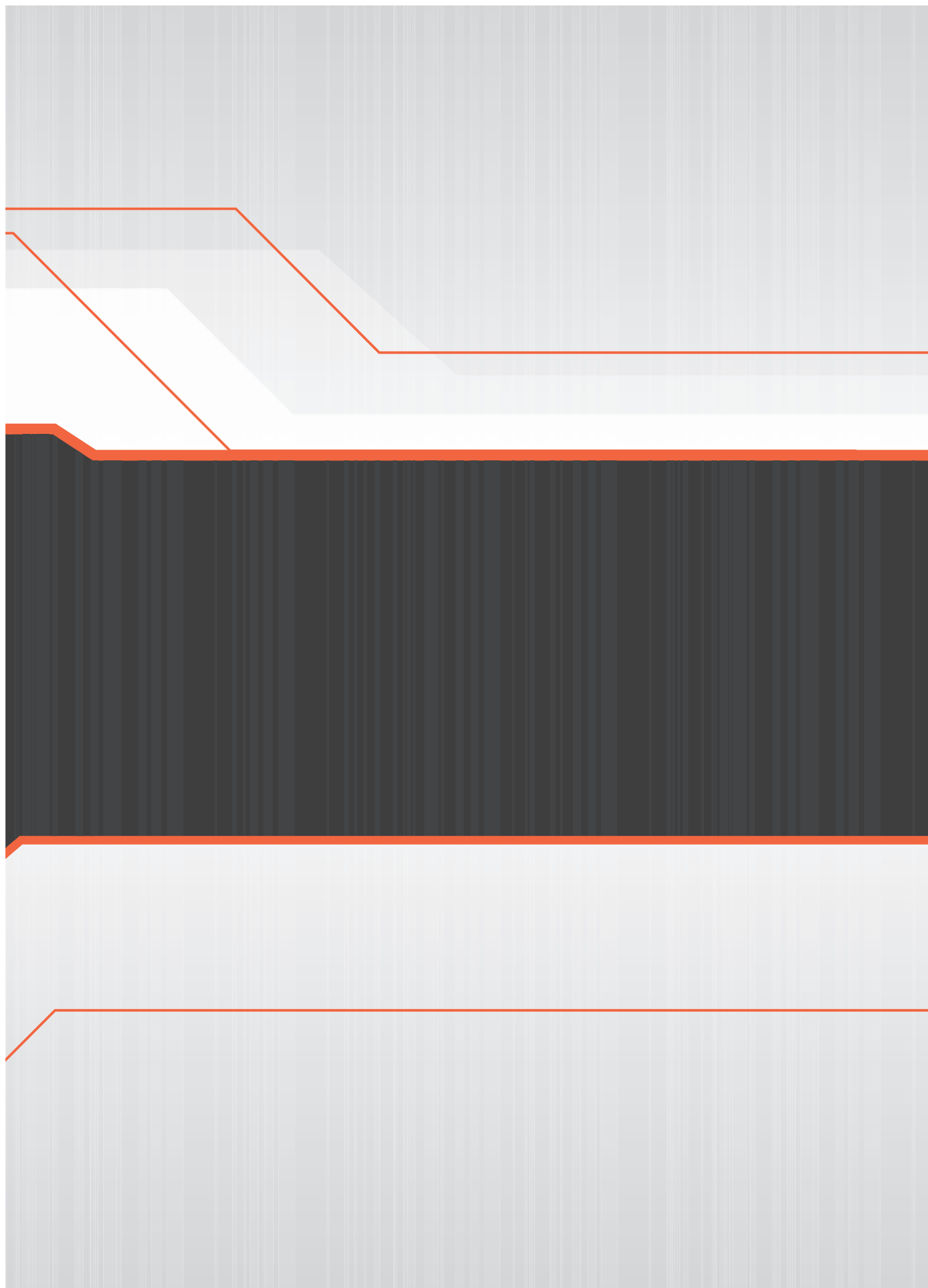
«يكون للموظفين الذين يصدر بتحديدهم قرار من وزير العدل صفة مأموري الضبط القضائي في إثبات الأفعال التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا المرسوم بقانون، وعلى السلطات المحلية بالإمارات تقديم التسهيلات اللازمة لهؤلاء الموظفين لتمكينهم من القيام بعملهم».

التعليق:

حلت المادة (49) محل المادة (27) من القانون القديم، وقد غاير المرسوم الجديد في الصياغة وفي مهمة مأموري الضبط القضائي، حيث نص المرسوم على أن دور مأمور الضبط هو إثبات الأفعال التي تقع بالمخالفة لأحكام هذا المرسوم بقانون، في حين كان ينص القانون القديم على أن دورهم هو ضبط الجرائم والمخالفات التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون. ويلاحظ على هذا النص أنه لم يأت بتفصيلات بشأن الإجراءات التي يجب اتباعها بخصوص الجرائم المنصوص عليها في المرسوم بقانون، وبالتالي فإن أحكام قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي هي التي تطبق في هذا الصدد وكنا نأمل أن ينص على بعض الإجراءات التي تتفق وطبيعة هذه النوعية من الجرائم وخصوصاً في مجال التفتيش؛ لأن مرتكبي هذه النوعية من الجرائم لديهم القدرة على إخفاء أدلتها في فترة زمنية قصيرة جداً.

وفي النهاية، هذا اجتهادنا، ومن جاءنا بأفضل منه قبلناه.

مهد دبي القضاة
2013



أضواء على نصوص المرسوم
بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2012
في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية

الأستاذ الدكتور محمد محمد محمد أبوزيد
أستاذ القانون المدني بمعهد دبي القضائي

تنويه

- 1 - حيثما ترد عبارة المرسوم بقانون دون تحديد يكون المقصود هو المرسوم بقانون اتحادي رقم 4 لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.
- 2 - حيثما ترد عبارة اتفاقية فيينا دون تحديد، يكون المقصود اتفاقية فيينا لسنة 1997 بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية. ويقصد بها تحديداً النص الموحد لاتفاقية فيينا لعام 1963 المعدلة والمرفقة ببروتوكول تعديل اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية المؤرخة في 12 / سبتمبر 1997م.

مقدمة

من المؤكد أن استخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية له فوائد علمية واقتصادية وتقنية، ولذا كان لابد من تنظيم القطاع النووي داخل الدولة للأغراض السلمية بشكل حصري، وفي إطار يتفق مع السياسة العامة للدولة في تقييم وإمكانية تطوير برنامج للطاقة النووية السلمية، وفي ضوء المعاهدات والاتفاقات الدولية المعنية والتي تكون الدولة طرفاً فيها. ومن هنا كان المرسوم بقانون اتحادي رقم (6) لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية. والذي بموجبه تم إنشاء هيئة عامة تسمى «الهيئة الاتحادية للرقابة النووية» لتعمل على تنظيم القطاع النووي في الدولة للأغراض السلمية فقط، وتحقيق الأمان والأمن النووي والوقاية من الإشعاعات. ومن المعلوم أن استخدام الطاقة النووية يحمل العديد من المخاطر التي يمتد تأثيرها على الإنسان وعلى الموارد الطبيعية التي هي في خدمته من هواء وماء وتربة ونبات وحيوان، وما حدث تسرب الإشعاعات من مفاعل تشيرنوبل في الاتحاد السوفييتي السابق ببعيد عن الذاكرة. ولذا كان لابد أن يصاحب هذا المرسوم بقانون، الذي وضع تنظيمياً للاستخدام السلمي للطاقة النووية، مرسوماً آخر ينظم المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية. وعليه فقد صدر المرسوم بقانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية⁽¹⁾، والذي بموجبه أوجد نظاماً للتعويض عن تلك الأضرار، أخذاً في الاعتبار التجارب المكتسبة لدى الدول الأخرى، وما قرره نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية المعنية التي تكون الدولة طرفاً فيها، وخاصة اتفاقية فيينا لعام 1997. وسنحاول خلال هذا العرض المختصر أن نوضح ملامح التنظيم القانوني للتعويض عن

(1) انظر الجريدة الرسمية العدد 540 (ملحق) السنة (42) شوال 1433 هـ - أغسطس 2012 ص 9-18.

الأضرار النووية وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية وكذلك أحكام اتفاقية فيينا 1997. ولست بهذا العرض أفيض شرحاً، وإنما أسلط أضواء الفقه للفقه، لعلني أجد انتباه الباحثين إلى أحكام جديدة جاء بها المشرع الإماراتي، لم تكن مقررة من قبل. وذلك أملاً في أن يتناولوا هذا الجديد بمزيد من الشرح فيستثيروا وينيروا.

وهذه الملامح نوجزها على النحو الآتي:

أولاً مجموعة التعريفات والمصطلحات الفنية

تضمن المرسوم بقانون مجموعة من التعريفات والمصطلحات الفنية ذات الصلة في مجال الاستخدام السلمي للطاقة النووية. والحقيقة أن لهذه التعريفات أهميتها، وعلى وجه الخصوص لرجال القضاء من حيث التيسير عليهم بشأن بيان وتوضيح المصطلحات اللازمة لتطبيق صحيح القانون في مسائل التعويض. ومن تلك المصطلحات: المشغل - الوقود النووي - المواد النووية - المنشأة النووية - الأضرار النووية - الحادث النووي - حقوق السحب الخاصة - اتفاقية فيينا لعام 1997. وقد وردت هذه التعريفات وغيرها في المادة الأولى من المرسوم بقانون المشار إليه.

ثانياً: أهداف المرسوم بقانون

يستهدف هذا المرسوم بقانون بشكل أساسي، وكما يبين من تسميته، وضع تنظيم خاص لأحكام التعويض عن الأضرار النووية يضمن دفع تعويض كاف وعادل للأشخاص المتضررين بسبب الحوادث النووية. ويتماشى مع النظام العالمي للمسؤولية في تعزيز وتكميل تدابير التعويض المقررة. وإدخال مفهوم المسؤولية الاحتياطية للدولة من خلال إنشاء تمويل عام تكميلي⁽¹⁾، وهو ما تؤكد المادة الثانية من المرسوم بقانون المشار إليه. وهو تنظيم نراه يتسم بخصوصية تمليها طبيعة النشاط النووي والاستخدامات السلمية للطاقة النووية والمخاطر، والأضرار الناجمة عنها.

(1) انظر فيما يلي مبدأ المسؤولية المحددة، ومبدأ الضمان المالي والتأمين.

وهذه الخصوصية اقتضت وضع تنظيم خاص لمسائل التعويض دون التقيد بالأحكام العامة في المسؤولية المدنية، ويؤكد ذلك أنه في حال عدم وجود نص أو حكم في هذا المرسوم بقانون بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، فإنه لا تطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وإنما تطبق، وفقاً للمادة 3/2 من المرسوم بقانون، أحكام اتفاقية فيينا لسنة 1997 بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.

وعلى ذلك فالمصادر التشريعية التي يلتزم بها القاضي عند الحكم في دعاوى المسؤولية عن التعويض عن الأضرار النووية هي:

- 1 - أحكام المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.
- 2 - اتفاقية فيينا لسنة 1997 ويقصد بها تحديداً النص الموحد لاتفاقية فيينا لعام 1963 المعدلة والمرفقة ببروتوكول تعديل اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية المؤرخة في 12/سبتمبر 1997.

على أننا نسارع إلى القول بأن الكثير من أحكام هذا التنظيم الخاص بمسائل التعويض لا تتعارض مع القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وهو ما سنشير إليه في المواضع التي تقتضي ذلك.

ثالثاً: نطاق تطبيق المرسوم بقانون

إن وضع تنظيم قانوني خاص للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية يتعين أن يتحدد معه نطاق سريان هذا التنظيم. وهو ما فعله هذا المرسوم بقانون، من حيث المنشآت التي يسري عليها، ومن حيث الأشخاص الذين يلتزمون بأحكامه.

1 - من حيث المنشآت النووية

أ/ القاعدة العامة:

حددت المادة الثالثة من هذا المرسوم بقانون بأن «المنشأة النووية» هي التي يسري عليها هذا المرسوم بقانون، وهنا يتعين الرجوع إلى مصطلح المنشأة النووية الوارد في المادة الأولى من التعريفات من هذا المرسوم بقانون، لمعرفة مفهوم «المنشأة النووية». ويشترط أن تكون المنشأة النووية مستخدمة في أغراض سلمية، فإذا كانت مستخدمة في أغراض غير سلمية فلا ينطبق عليها هذا المرسوم بقانون.

ب/ الاستثناء:

هذا ويلاحظ أن المادة الثالثة قد أجازت للهيئة الاتحادية للرقابة النووية أن تستثني من تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون أي منشأة نووية، أو كميات قليلة من المواد النووية من نطاق تطبيق أحكام هذا المرسوم بقانون، إذا كان صغر حجم الأخطار المعنية يسوغ ذلك، على أن يتم إقرار هذه الاستثناءات وفق ضوابط حددتها المادة الثالثة في بنديها 1، 2. ومن الواضح أن هذه الاستثناءات تصب لصالح تشجيع الأبحاث والصناعات التي تستخدم الطاقة النووية دون أن تعتبر منشآت نووية⁽¹⁾.

2 - من حيث الأشخاص

المشغل للمنشأة النووية:

حددت المادة (3) من المرسوم بقانون الشخص الذي يخضع لأحكام هذا المرسوم، والذي يعد المسؤول عن تعويض المضرور عما لحقه من أضرار نووية والذي يكون مدعياً عليه في دعوى التعويض. وهذا الشخص هو «مشغل المنشأة النووية». والمشغل للمنشأة النووية هو الشخص المرخص له من قبل الهيئة (الهيئة الاتحادية للرقابة النووية في الدولة) لتشغيل منشأة نووية والمسمى في الترخيص الصادر وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (6) لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية.

رابعاً: المبادئ المعتمدة للتصدي للمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية

المبدأ الأول: مبدأ (المسؤولية الموضوعية)

تنص المادة (3) من المرسوم بقانون على أن «يتحمل مشغل المنشأة النووية (بشكل مطلق) مسؤولية الأضرار التي يثبت أنها كانت بسبب حادثة نووية على النحو المبين بالمادة الثانية من اتفاقية فيينا لعام 1997».

هذا الذي يعني أن مسؤولية المشغل تقوم على أساس ما يسمى بفكرة «تحمل التبعة» أو «المخاطر المستحدثة»، وهو ما يسمى «المسؤولية الموضوعية» أو «المادية»، ويسمى أحياناً

(1) انظر سعادة حمد الكعبي الممثل الدائم لدولة الإمارات لدى الوكالة الدولية الذرية الممثل الخاص لشؤون التعاون النووي الدولي. الاتحاد نت تاريخ النشر في 2012/10/16م.

«المسؤولية المطلقة». وهي مسؤولية قوامها ضرر لحق المضرور وليس خطأ المخطئ، بحيث تقوم المسؤولية حيث يتوافر الضرر وتنتفي بانتفائه، فخطأ المشغل ليس بشرط لازم لتحقيق مسؤوليته، إذ تتحقق المسؤولية إذا حصل الضرر بفعل المواد النووية أو النشاط النووي وتوافرت رابطة السببية بين الضرر الذي لحق المضرور والحادث النووي.

وعليه فلا حاجة لإثبات وقوع خطأ المشغل. ومن ثم فلا يكلف المضرور بإثباته، كما أن المشغل لا يستطيع أن ينفي مسؤوليته بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ، ذلك أن مسؤوليته تتحقق سواء وقع منه خطأ أم لا.

ولا شك أن الأخذ بمبدأ المسؤولية الموضوعية عن الأضرار النووية هو أمر في صالح المتضرر لأنه ييسر عليه الحصول على التعويض عن الأضرار النووية التي لحقت، إذ أن في إعفائه من إثبات الخطأ هو تخفيف عنه من عبء ثقيل، وتجنبه إجراءات معقدة ومشكلات ذات طابع تقني. ولربما يفشل في النهاية في إثبات خطأ المشغل.

وهذا المبدأ جاء متسقاً مع أحكام اتفاقية فيينا بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية لعام 1997. فالمادة الرابعة منها تنص على أن «تكون مسؤولية المشغل عن الأضرار النووية بموجب هذه الاتفاقية مسؤولية مطلقة». وقد أخذت به العديد من التشريعات الوطنية ومن ذلك القانون الكندي لسنة 1970 والقانون النرويجي لسنة 1972.

ملاحظاتنا

إن الأخذ بمبدأ المسؤولية الموضوعية على النحو المتقدم بيانه والذي يعني ترتيب المسؤولية بمجرد إسناد الضرر إلى مصدره، لا يدع أي مجال لفكرة الخطأ ولا يدع أي حاجة لها. وهو ما يعبر عنه بكفاية الضرر من دون اشتراط الخطأ. غير أنه يلاحظ أن المادة (59) من المرسوم بقانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية تنص على أن «... ويتحمل المشغل وحده مسؤولية التعويض عن أية أضرار قد تلحق بالأفراد أو الممتلكات نتيجة أي إهمال يقع من جانبه في تشغيل المرفق النووي أو نتيجة عدم مراعاة متطلبات الأمان والأمان النووي وذلك وفقاً لهذه المعاهدات والاتفاقيات وتشريعات الدولة». وهكذا يكون واضحاً أن المادة 59 المشار إليها أقامت مسؤولية المشغل على فكرة الخطأ،

وهو أمر لا يستقيم مع ما قررته المادة (3) من المرسوم بقانون الاتحادي رقم (4) لسنة 2012 وكذلك المادة الرابعة من اتفاقية فيينا لسنة 1997 حيث اعتمدتا مبدأ المسؤولية الموضوعية.

وعليه وحيث أن المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2012 هو تشريع خاص بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية ولاحق على المرسوم بقانون رقم (6) لسنة 2006 فإن المادة (59) من هذا المرسوم الأخير في شأن تأسيسها مسؤولية المشغل على أساس الخطأ تكون قد ألغيت ضمناً بالمادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 2012، وكذلك بالمادة الرابعة من اتفاقية فيينا والتان قد اعتمدتا، كما ذكرنا، مبدأ المسؤولية الموضوعية. ومع ذلك نرى ضرورة الاحتفاظ بوجود هذا النص قائماً إذ يفيد في أحوال أخرى.

المبدأ الثاني: مبدأ تحديد عبء المسؤول

أ- (المشغل للمنشأة النووية هو المسؤول)

حرص المرسوم بقانون في مادته الرابعة على تحديد عبء المسؤولية عن الأضرار النووية الناتجة عن حادثة نووية. وهو ما يسمى أحياناً بمبدأ المسؤولية المركزة⁽¹⁾. إذ نصت هذه المادة على أن (المشغل هو المسؤول الوحيد عن أية أضرار نووية).

ولا شك أن هذا المبدأ يقدم تيسيراً للمتضرر بشأن إجراءات التقاضي والحصول على التعويض، إذ يسهل عليه الاستدلال على المسؤول بوضوح ومعرفته ومقاضاته والحصول على ما يستحقه من تعويضات.

والأخذ بمبدأ تركيز أو تحديد عبء المسؤولية أخذت به اتفاقية فيينا، فالمادة (2) فقرة (1) منها تنص على أنه يتحمل مشغل المنشأة النووية مسؤولية الأضرار النووية التي يثبت أنها كانت بسبب حادثة نووية.

والمشغل للمنشأة النووية كما تقدم هو الشخص المرخص له من قبل الهيئة (الهيئة

(1) انظر الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي. المسؤولية والجبر التعويضي عن الضرر الناشئ عن حركات الكائنات الحية المحورة عبر الحدود. مذكرة الأمين التنفيذي ص32. وقد أصدرت لجنة المجتمعات الأوروبية كتاباً أبيض بشأن المسؤولية البيئية يتضمن معالم السمات الرئيسية المحتملة لنظام المسؤولية البيئية للجماعة، ومن ضمن هذه السمات مبدأ المسؤولية المركزة على القوائم بالتشغيل الذي يشرف على النشاط الذي أدى إلى الأضرار. انظر final 66 (2000) COM.

الاتحادية للرقابة النووية في الدولة) لتشغيل منشأة نووية والمسمى في الترخيص الصادر وفقاً للمرسوم بقانون اتحادي رقم (6) لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية. فهو إذن الشخص الذي ينشئ بفعله مخاطر مستحدثة ويجب تحمل تبعاتها تنفيذاً لمبدأ يسمى «من يلوث يدفع».

إلا أن هذا التحديد للمسؤولية لا يمنع من أن تنتقل المسؤولية إلى شخص آخر يحصل على تسمية مشغل أو يعترف به كمشغل أو أن ينقل المشغل مسؤوليته إلى مشغل آخر، وهو ما نعرض له حالاً.

ب/ انتقال المسؤولية إلى آخر يكتسب صفة المشغل

الناقل للمواد النووية أو المناول للنفايات النووية

قد يحدث أن يكون المسؤول عن التعويض عن الأضرار النووية هو ناقل المواد النووية أو مناوِل النفايات النووية بدلاً من المشغل المحدد من قبل الهيئة والسابق الإشارة إليه - ولكي يعد الناقل أو المناوِل مشغلاً بدلاً من المشغل المحدد من قبل الهيئة ومن ثم مسؤولاً عن التعويض، فإنه يجب أن يكون قد حصل على اعتراف به أو تم تسميته كمشغل من قبل الهيئة. وللحصول على هذا الاعتراف أو التسمية من الهيئة يجب مراعاة ما يلي:

- 1 - يجب أن يتقدم الناقل أو المناوِل بطلب إلى الهيئة وأن يقدم المشغل إلى الهيئة موافقته الكتابية المسبقة على ذلك.

ويبقى الأمر جوازياً للهيئة، فلها أن توافق أو ترفض اعتبار الناقل أو المناوِل مشغلاً بدلاً من المشغل المحدد من قبلها.

- 2 - يجب أن يستوفي الناقل أو المناوِل المتطلبات الخاصة بالتغطية التأمينية والضمان المالي المنصوص عليها في هذا المرسوم.

فإذا ما توافرت هذه الشروط وحصل الناقل أو المناوِل على الاعتراف أو تسميته مشغلاً بدلاً من المشغل المحدد من قبل الهيئة، فإنه يعتبر مشغلاً لمنشأة نووية داخل أراضي الدولة.

المبدأ الثالث: مبدأ المسؤولية المحددة

تبنى المرسوم بقانون فكرة تحديد المسؤولية، وقد جاء ذلك اتساقاً مع أحكام اتفاقية فيينا لسنة 1997، إذ وضع، بمقتضى المادة الخامسة منه، حداً أعلى وآخر أدنى للتعويض الذي يسأل عنه المشغل.

والواقع أن هذا التحديد يحقق التوازن بين مصلحة ضحايا الأضرار النووية، ومصلحة المشغل. ومصلحة الضحايا تتمثل في حصولهم على التعويض السريع والميسر والكافي لجبر الضرر الذي لحقهم، ولا سيما أن مسؤولية المشغل في مواجهة المضرورين تقوم على أساس تحمل التبعة أو ما يسمى بالمسؤولية الموضوعية، حيث لا يشترط خطأ المشغل. أما مصلحة المشغل فتتمثل في العلم مقدماً بحدود مسؤوليته عن التعويض المستحق عن الأضرار النووية التي تسببها منشأته أو نشاطه النووي المسؤول عنه، وكذلك عدم الإثقال عليه بفرض أعباء مالية باهظة، لا مبرر لها، على النشاط الاقتصادي لمشروعه.

الحد الأعلى لمسؤولية المشغل عن التعويض

لا يجوز أن تتجاوز مسؤولية المشغل عن تعويض الأضرار النووية عن كل حادثة نووية واحدة مبلغ 450 مليون وحدة سحب خاصة ⁽¹⁾، وهو ما يعادل 2.5 مليار درهم إماراتي.

الحد الأدنى للتعويض المسؤول عنه المشغل

ترك المشرع للهيئة الاتحادية للرقابة النووية مهمة أن تقرر حداً أدنى لمسؤولية المشغل عن تعويض الأضرار النووية بشرط ألا يقل المبلغ عن خمسة ملايين وحدة من وحدات السحب الخاصة. وهذا يكون فقط للمنشآت النووية المكونة من المفاعلات لأغراض الأبحاث ومفاعلات الطاقة المنخفضة والمنشآت التي تعالج أو تخزن المواد النووية.

ولكن حفاظاً على مصلحة المضرور وحتى يحصل المضرور على التعويض كاملاً، فإن الفارق بين الحد الأعلى للمسؤولية والحد الأدنى الذي تحدده الهيئة تتكفل الدولة بتغطيته. وهنا يلاحظ أن من السمات البارزة إدخال مفهوم المسؤولية الاحتياطية للدولة من خلال إنشاء تمويل عام تكميلي في ما يجاوز الحد الأقصى المحدد لمسؤولية المشغل.

هذا ويلاحظ بشأن تعديل هذا التحديد لمسؤولية المشغل عن التعويض فإن المادة الخامسة د/1 من اتفاقية فيينا تنص على أن يعقد المدير العام للوكالة الدولية للطاقة الذرية اجتماعاً للأطراف المتعاقدة لتعديل حدود المسؤولية المشار إليها في المادة الخامسة إذ أبدى الرغبة في ذلك ثلث الأطراف المتعاقدة، وذلك إذا دعت الحاجة لذلك حيث بمضي الوقت تصبح هذه المبالغ ضئيلة القيمة.

(1) وحدة السحب الخاصة هي وحدة الحساب التي حددها صندوق النقد الدولي والتي يستعملها في عملياته ومعاملاته الذاتية. كما تستعملها الكثير من المنظمات الدولية والإقليمية والعديد من الاتفاقيات الدولية.

المبدأ الرابع: مبدأ الضمان المالي والتأمين

لضمان حصول المتضررين على حقوقهم التعويضية عن الأضرار النووية، فقد ألزم المرسوم بقانون المشغل بأن يقدم وأن يحتفظ بالتأمينات والضمانات التي تشترطها الهيئة فيما يتعلق بمسؤوليته عن الأضرار النووية.

وكما سبق، فقد اشترطت المادة (8) من المرسوم لغاية إصدار رخصة تشغيل المنشأة النووية، أن يحتفظ المشغل بتأمين أو تقديم ضمان مالي آخر حتى مبلغ 450 مليون وحدة حقوق سحب خاصة، وهو ما يعادل 2.5 مليار درهم إماراتي، أو حتى حد المبلغ الذي تحدده الهيئة بالنسبة لبعض المنشآت المحددة في الفقرة (2) من المادة (5) من هذا المرسوم بقانون.

ولارتفاع قيمة التأمين أو الضمانات، فقد سمح المرسوم بقانون للمشغل بالحصول عليه من أية مصادر تعتمد عليها الهيئة سواء من داخل أو خارج الدولة.

فإذا بذل المشغل الجهود كافة للحصول على هذه التغطية فلم يتمكن من الحصول عليها أو على جزء منها والمنصوص عليه في الفقرة (2) من المادة (8) فيجوز للهيئة أن تقرر أن التأمين المشروط وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون غير متوافر في سوق التأمين المحلي أو الدولي، أو أن تقرر أن التغطية التأمينية غير متوافرة أو متوقفة بشكل مؤقت.

وفي هذه الأحوال الأخيرة، ومنعاً للإضرار بأصحاب التعويضات عن الأضرار النووية، فإن المخاطر المغطاة بموجب التغطية التأمينية تصبح مغطاة مباشرة من قبل الدولة وذلك حتى الحد الأعلى المنصوص عليه في الفقرة (1) أو (2) من المادة (5) من هذا المرسوم بقانون، ويظل الأمر على هذا النحو إلى حين قيام الهيئة بالإعلان عن توافر التغطية التأمينية، ومنح الأطراف ذات العلاقة مهلة زمنية تحددتها الهيئة بإرادتها المنفردة للحصول على تلك التأمينات.

والواقع إن الأخذ بنظام التغطية التأمينية من المسؤولية عن الأضرار النووية بموارد مالية توفرها الدولة من مواردها العامة، إحدى أسس النظام العالمي للمسؤولية من حيث تعزيز التدابير المستهدفة لضمان حصول المضررين على التعويضات المستحقة لهم⁽¹⁾.

(1) انظر في ذلك اتفاقية التعويض التكميلي عن الأضرار النووية.

خامساً: شروط قيام المسؤولية عن الضرر النووي

يشترط لقيام مسؤولية مشغل المنشأة النووية عن الضرر النووي شرطان:
الشرط الأول: وقوع ضرر نووي.
الشرط الثاني: وقوع الضرر النووي بسبب حادث نووي.

الشرط الأول: وقوع الضرر النووي

وقوع الضرر ركن ضروري في المسؤولية بصفة عامة، وفي مجال المسؤولية عن الضرر النووي يلزم أن يكون الضرر نووياً، فإن كان الضرر غير نووي فلا تطبق أحكام هذا المرسوم بقانون، وإنما تطبق قواعد المسؤولية المدنية.

هذا الذي يعني وجوب الفصل بين الأضرار النووية والأضرار غير النووية، وهذا الفصل يكون ضرورياً عندما تعزى الأضرار النووية وتلك غير النووية إلى حادثة نووية، أو إلى سبب تشترك فيه حادثة نووية مع حادثة أخرى غير نووية. فإذا أمكن هذا الفصل فيخضع الضرر النووي لأحكام هذا المرسوم بينما يخضع الضرر غير النووي لأحكام المسؤولية المدنية. أما إذا تعذر الفصل فصلاً معقولاً فإن الأضرار جميعها النووية وغير النووية تعتبر أضراراً نووية ناجمة عن تلك الحادثة⁽¹⁾.

وتعني الأضرار النووية وفقاً للمادة (1) من المرسوم بقانون، ما يلي:

- 1 - الوفاة أو الإصابة الشخصية.
- 2 - فقدان أو تلف الممتلكات.
- 3 - الخسائر الاقتصادية الناجمة عن فقدان أو التلف التي لا تندرج ضمن الفقرتين (1) أو (2) أعلاه التي يتكبدها شخص يحق له المطالبة بالتعويض عن مثل هذا فقدان أو التلف.
- 4 - تكاليف تدابير استعادة الأوضاع في البيئة المتلفة، ما لم يكن التلف طفيفاً، إذا كانت هذه التدابير قد اتخذت بالفعل أو يزعم اتخاذها، وبالقدر غير الوارد في الفقرة (2) أعلاه.
- 5 - فقدان الدخل، الناجم عن منفعة اقتصادية من استخدام البيئة أو التمتع بها، المتكبد نتيجة لتلف شديد يلحق بتلك البيئة، وبالقدر غير الوارد في الفقرة (2) أعلاه.
- 6 - تكاليف التدابير الوقائية وكل خسارة أو أضرار أخرى سببتها مثل هذه التدابير.
- 7 - أي خسائر اقتصادية أخرى خلاف الخسائر الناتجة عن إتلاف البيئة.

(1) راجع اتفاقية فيينا

وذلك بقدر ما تكون الخسائر أو الأضرار المشار إليها في البنود من (1) إلى (5) و (7) أعلاه قد نشأت أو نجمت عن الإشعاعات المؤينة المنبعثة من أي مصدر إشعاعات داخل منشأة نووية، أو المنبعثة من الوقود النووي أو النواتج المشعة أو النفايات المشعة الموجودة في منشأة نووية، أو التي تعزى إلى مواد نووية واردة أو ناشئة من منشأة نووية أو مرسلة إلى منشأة نووية وسواء كانت ناجمة عن الخواص الإشعاعية لهذه المواد، أو مزيج من الخواص الإشعاعية والخواص السمية أو الانفجارية أو الخواص الخطرة الأخرى لهذه المواد.

ولصعوبة تنفيذ هذه البنود، فقد خول المرسوم بقانون مجلس الوزراء سلطة إصدار التعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام هذه البنود السابقة.

الشرط الثاني: وقوع الضرر النووي بسبب حادث نووي

مقتضى هذا الشرط أن نكون بصدد حادثة نووية (أولاً). ولا بد أن تكون هناك رابطة سببية بين هذا الحادث وبين الضرر النووي الذي وقع (ثانياً).

أولاً: الحادثة النووية

عرف المرسوم بقانون في المادة الأولى منه الحادثة النووية بأنها أي حدث، أو أي سلسلة أحداث نابعة من أصل واحد تسبب أضراراً نووية أو تخلق تهديداً خطيراً وشيكاً بإحداث هذه الأضرار فيما يتعلق فقط بالتدابير الوقائية.

ويلاحظ أن اتفاقية فيينا ربطت بين الحادث النووي وبين الأشياء التي ينطوي عليها الحادث، الأمر الذي يسهل معه تحديد الحادثة النووية.

الأشياء التي تنطوي عليها الحوادث النووية

1 - المنشأة النووية

الحوادث التي تقع في المنشأة النووية تعد حادثاً نووياً ما دام أنه قد نتج عنها ضرر نووي ويقصد بالمنشأة النووية:

- أ/ أي مفاعل نووي خلاف المفاعلات النووية التي تزود بها وسائل النقل البحري أو الجوي لتكون مصدراً للقوى سواء الدافعة أو المستخدمة لأي غرض آخر.
- ب/ وأي مصنع يستخدم وقوداً نووياً لإنتاج مواد نووية، أو أي مصنع لمعالجة مواد نووية بما في ذلك أي مصنع لإعادة معالجة الوقود النووي بعد تشريعه.
- ج/ أي مرفق تخزين فيه مواد نووية، خلاف المخازن التي تخزن فيها المواد النووية أثناء النقل.

د/ المنشآت الأخرى التي يوجد فيها وقود نووي أو نواتج مشعة أو نفايات مشعة وفقاً لما يحدده مجلس محافظي الوكالة الدولية من وقت إلى آخر.
وتعتبر المنشآت النووية التابعة لمشغل واحد في موقع واحد بمثابة منشأة نووية واحدة.

2 - المواد النووية: ويقصد بها:

أ/ أي وقود نووي - خلاف اليورانيوم الطبيعي واليورانيوم المستنفد - قادر على أن يولد طاقة لوحده أو مع مواد أخرى بانشطار نووي متسلسل ذاتي خارج المفاعل النووي.
ب/ النواتج أو النفايات المشعة

وهذه المواد النووية قد ينتج عنها حادث نووي أثناء توليدها داخل المنشأة النووية، أو أثناء نقلها من أو إلى منشأة نووية، أو كان سيستعمل في مفاعل نووي مركب في وسيلة نقل ليكون مصدراً للقوى سواء الواقعة أو المستخدمة لأي غرض آخر.

ويقصد بالنواتج أو النفايات المشعة هو أي مادة مشعة تنتج من عمليات أو استخدام وقود نووي،⁽¹⁾ أو أي مادة تصبح مشعة من جراء تعرضها للإشعاعات التي تنبعث من تلك العمليات، ولا يشمل ذلك النظائر المشعة التي بلغت مرحلة الصنع النهائية لتكون صالحة للاستعمال في أي غرض علمي أو طبي أو زراعي أو تجاري أو صناعي.⁽²⁾

ثانياً: رابطة السببية

لابد من إثبات أن الضرر النووي الذي لحق المضرور يرجع إلى الحادث النووي، فرابطة السببية ركن ضروري سواء بالنسبة للمسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ أو تلك التي تقوم على تحمل التبعة.

ويقع عبء إثبات هذه الرابطة على المضرور. ولا شك أن إثبات هذه الرابطة قد يبدو صعباً لأول وهلة. إلا أن هذه الصعوبة تتلاشى إذا ما لاحظنا ما يلي:

1 - في حالة الكوارث الضخمة، وهي الحالات الطارئة، أي الحالات غير الاعتيادية التي يتطلب إجراء فوري يهدف إلى التحقيق الخطر أو من العواقب الضارة على صحة الإنسان وسلامته أو نوعية الحياة أو الممتلكات أو البيئة، مثل حالات الطوارئ النووية أو الإشعاعية

(1) راجع المادة الأولى من التعريفات من المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.

(2) اللقود النووي هو أي مادة قادرة على توليد الطاقة بانشطار نووي متسلسل ذاتي (راجع المادة الأولى تعريفات) المرسوم بقانون المشار إليه سابقاً.

وحالات الطوارئ التقليدية مثل المرافق وانبعث مواد كيميائية خطيرة أو العواصف أو الزلازل. فبالنسبة لهذه الحالات فإن المادة (35) من المرسوم بقانون رقم 6 لسنة 2009 بشأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية تنص على أن للهيئة (الهيئة الاتحادية للرقابة النووية) أن تقوم بتفتيش نووي على المرفق في حال ظهور حدث غير عادي، ولا يعفي هذا التفتيش المشغل من مسؤوليته بالتحقيق فوراً في ظهور هذا الحدث.

كما أن المادة 49 من المرسوم ذاته تنص على أن:

1 - تلتزم السلطات المختصة والمرخص لهم بوضع إجراءات خاصة للتأهب للطوارئ والتصدي للطوارئ.

2 - يكون الهدف من التأهب للطوارئ والتصدي للطوارئ تحقيق ما يلي:

أ- حماية السكان (خطة طوارئ خارج الموقع) وتنظيم مناطق التخطيط للطوارئ وتحديد الإجراءات التي ستتخذها السلطات المختصة لحماية السكان والممتلكات والبيئة عند وقوع أي حادث. ب- حماية المرفق النووي أو المرفق الذي يحتوي على مصادر أشعة نووية (خطة طوارئ داخل الموقع) وتحديد الإجراءات التي يتوجب على المرخص له اتخاذها لتخفيف ومعالجة عواقب الحادث، بالتنسيق مع خطة الطوارئ خارج الموقع.

والمادة (50) من المرسوم ذاته تنص على أن تتولى السلطات المختصة إعداد والاحتفاظ بخطة طوارئ خارج الموقع والتنسيق فيما بينها ومع المرخص له لتوفير الحماية المدنية وحماية العامة من الكوارث والحوادث.

2 - بالنسبة للحالات الأخرى التي لا تتعلق بكوارث ضخمة، وحيث الآثار والمضار المترتبة تبقى كامنة كالأضرار الناتجة عن إشعاعات نووية لفترة غير قصيرة ولا تظهر إلا على المدى الطويل. فإن رابطة السببية ييسر في إثباتها تطبيق بعض أحكام المرسوم بقانون اتحادي رقم 6 لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية، ومن ذلك ما يلي:

المادة (5) بند (5) تعطي للهيئة الصلاحية بالاحتفاظ وإدارة سجل خاص للمصادر المشعة والبند (6) من ذات المادة يعطي للهيئة صلاحية الاحتفاظ بسجل لجرعات الإشعاع التي يتم التعرض لها والانبعث على البيئة التي تنتج عن النشاطات الخاضعة للرقابة، والبند (7) يعطي الصلاحية للهيئة بالتأكد من حفظ السجلات الخاصة بأمان المرافق والأنشطة وإمكانية استرجاع البيانات منها بسهولة.

والبند (28) من ذات المادة يخول الهيئة صلاحية رصد الإشعاعات حول المرافق النووية.

والبند (31) من ذات المادة تخول الهيئة رصد ومتابعة التعرض الإشعاعي والفحص الطبي

بشكل مستقل عند الضرورة.

إن تطبيق هذه الأحكام من شأنه أن يجعل العبء الملقى على عائق المتضرر بإثبات رابطة السببية بين الحادثة النووية والضرر النووي أمراً ميسوراً يستوي أن يكون بصدد كوارث ضخمة أو تسريبات غير محسوسة.

سادساً: طرق دفع المسؤولية: تندفع مسؤولية المشغل بطريقتين:

أ - الطريقة الأولى: دفع المسؤولية بالسبب الأجنبي

وفقاً لأحكام المسؤولية المؤسسة على نظرية تحمل التبعة أو المخاطر المستحدثة، لا يستطيع المدعى عليه دفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى سبب أجنبي عنه، وهذا السبب الأجنبي قد يكون فعل المضرور، أو فعل الغير، أو القوة القاهرة. وإذن فلا يكفي أن يثبت المسؤول أنه لم يرتكب أي خطأ، ولا يجدي أنه يقيم الدليل على أنه اتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لمنع الإضرار بالغير، حتى يعفى من المسؤولية. فما موقف المرسوم بقانون بشأن نفي المسؤولية للمشغل عن الأضرار النووية استناداً إلى السبب الأجنبي؟

1 - بالنسبة لفعل المضرور:

تنص المادة (7) من المرسوم بقانون الاتحادي رقم 4 لسنة 2012 على أن «للمحكمة أن تعفي المشغل كلياً أو جزئياً من الالتزام بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتضرر إذا أثبت المشغل أن الأضرار النووية نجمت كلياً أو جزئياً عن إهمال جسيم من الشخص المتضرر أو عن فعل قام أو امتنع هذا الشخص عن القيام به، بقصد إحداث ضرر». ومن هذا النص يمكن استخلاص الأحكام الآتية: أولاً: يعفى المشغل من التزامه بتعويض المتضرر في حالتين:

الحالة الأولى:

أن يكون الضرر النووي نجم عن إهمال جسيم من الشخص المضرور. ويقصد (بالإهمال الجسيم) بصفة عامة الخطأ غير العمدى، وهو يكون جسيماً عندما يريد مرتكبه الفعل ويتصرف وفقاً لما يريده، دون أن يريد إحداث الضرر، فالضرر يبدو كاحتمال قوي ناجم عن الفعل. وهو ما يعني أن الإهمال اليسير للمضرور لا يرفع مسؤولية

المشغل. فالتعويل على الإهمال الجسيم.

وفكرة الإهمال الجسيم ليست واحدة، وهي مسألة تقديرية متروكة للقضاء شريطة أن يكون استخلاصه سائغاً. وقد يقصد بها الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل أو يقصد بها الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ من الجسامة حداً يجعل منه أهمية خاصة، أو هو الإخلال بواجب ثابت محقق.

ويلاحظ أن عبارة (الإهمال الجسيم) كما وردت بالنص جاءت عامة مطلقة، وهذا يجعلها شاملة لكل فعل خاطئ يستوي أن يكون مكوناً لجريمة يعاقب عليها القانون أم لا ما دام أنه جسيم. لذا لا يجوز قصر النص على ما يكون مكوناً لجريمة وإلا كان ذلك القصر تخصيصاً لعموم النص بغير مخصص وهذا لا يجوز.

الخلاصة

إذا كان سلوك المتضرر على هذا النحو من الإهمال، فإن للمشغل، وفقاً للمادة (7) من المرسوم أن يتمسك بالإعفاء من التعويض جزئياً أو كلياً حسب الأحوال كما سنرى (1).

الحالة الثانية:

أن يكون الضرر النووي نجم عن فعل قام أو امتنع المضرور عن القيام به بقصد إحداث ضرر. وفي هذه الحالة يلزم ثبوت ما يلي:

- 1 - أن المضرور قام بفعل أو امتنع عن القيام به.
- 2 - أن يكون الفعل أو الامتناع عن الفعل بقصد إحداث ضرر.
- 3 - أن يكون فعل المضرور هو السبب المباشر للضرر. أي يجب أن تتوافر رابطة السببية بين فعل المضرور أو الترك وبين الضرر.

وهو ما يعني وجوب ثبوت أن المتضرر قد اتجهت إرادته إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع عن القيام بعمل. واتجهت إرادته أيضاً إلى إحداث ضرر. فلا يكفي اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الامتناع عنه ليحرم من التعويض، بل يجب أن يكون قد قصد تحقيق نتيجة معينة وهي (إحداث ضرر). ويفيد لفظ (بقصد) إحداث الضرر عدم الاكتفاء بتوقع حدوث الضرر وهو ما يسمى بنظرية (مجرد تصور الضرر) إذ النص واضح في اشتراط قصد إحداث الضرر.

وحيث أن القصد ركن في الخطأ العمدى، فإن الخطأ العمدى للمضرور هو الذي يرفع مسؤولية المشغل. أما الخطأ غير العمدى للمضرور فلا يرفع مسؤولية المشغل إلا إذا وصل إلى

حد الجسامة.

وإذن يكون المشرع قد ساوى بين خطأ المضرور العمد وخطئه الجسيم غير العمد في رفع مسؤولية المشغل.

والواقع أن إعفاء المشغل في الحالتين المتقدم بيانهما ليس غريباً على القانون الإماراتي. فوفقاً لقانون العمل الإماراتي فإن مسؤولية صاحب العمل عن الحوادث التي تصيب عماله تنتفى بثبوت تعمد العامل إصابة نفسه، أو ثبوت سلوك فاحش ومقصود من جانبه.

كما أنه يتفق وأحكام المسؤولية المؤسسية على تحمل التبعة إذ يمكن دفع هذه المسؤولية إذا تبين أن سبب الضرر هو الخطأ المتعمد من المضرور.

وبشأن هاتين الحالتين فيجب مراعاة ما يلي:

1 - إن إعفاء المشغل من التعويض قد يكون كلياً أو جزئياً، وذلك حسب الأحوال. إذ قد لا يعزى الفعل المؤدي لإحداث الضرر أو الترك إلى المضرور وحده.

فقد يشترك فعل المضرور مع فعل المشغل المدعى عليه بالمسؤولية عن الضرر النووي، فإذا ثبت أن فعل المضرور على النحو المتقدم بيانه هو الذي أدى إلى حدوث الضرر وكان هو السبب المباشر للضرر الذي أصابه، فإنه لا يكون له أن يطالب المشغل بأي تعويض. ويعفى هذا الأخير من التعويض كلياً. أما إذا كان فعل المضرور هو الذي أدى إلى إحداث الضرر النووي مقترناً معه فعل المشغل، فهذا لا يحرمه من التعويض كلية. بل يعوض جزئياً. فإذا ادعى المضرور خطأ المشغل، فعليه عبء إثبات هذا الخطأ لأنه يعتبر مدعياً، والقاعدة هي أن البينة على من ادعى، فإن نجح المضرور في ذلك ترتب عليه تطبيق «قواعد الخطأ المشترك» وهي تقضي بتعويض جزئي للمضرور، هذا مع ملاحظة أن مسؤولية المشغل الجزئية باعتباره مخطئاً لا تقوم على أساس فكرة تحمل التبعة، بل باعتباره مخطئاً وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي، فثبوت الخطأ لدى المشغل يحولنا من مجال المسؤولية الموضوعية إلى مجال المسؤولية عن الفعل الشخصي. وعلى هذا الأساس تطبق قواعد «الخطأ المشترك». وهنا تكون فائدة الرجوع إلى المادة (59) من المرسوم بقانون اتحادي رقم (6) لسنة 2006 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية التي تتحدث عن مسؤولية المشغل على أساس الخطأ والإهمال في تشغيل المرفق النووي أو نتيجة عدم مراعاة متطلبات الأمن والأمان النووي، وذلك وفقاً لهذه المعاهدات والاتفاقيات وتشريعات الدولة.

2 - إن مسألة إعفاء المشغل كلياً أو جزئياً من التعويض تبقى، بعد توافر الشروط المتطلبية لذلك، أمراً جوازياً للقاضي. إذ أن عبارة النص تبدأ بالقول (للمحكمة) وإذا فالقاضي لا يلتزم بالحكم بهذا الإعفاء. فله أن يرفض الحكم بإعفاء المشغل وله أن يقضي بالإعفاء كلياً أو جزئياً. وتقدير ذلك متروك للقاضي يفصل فيه بناء على ظروف الحال.

على أننا نورد تحديداً بشأن سلطة القاضي في هذا الشأن، وهو أن قانون العمل في المادة 153 منه ينص على أن لا يستحق العامل المصاب تعويضاً عن الإصابة أو العجز التي لا تؤدي إلى الوفاة إذا أثبت من تحقيقات السلطات المختصة أن العامل تعمد إصابة نفسه بقصد الانتحار أو الحصول على تعويض أو إجازة مرضية أو لأي سبب آخر، أو كان العامل حين وقعت الحادثة واقعاً وبفعله تحت تأثير مخدر أو تحت تأثير الخمر، وكذلك إذا تعمد مخالفة تعليمات الوقاية المتعلقة في أمانة ظاهرة من محل العمل أو كانت إصابته أو عجزه نتيجة سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب أو رفض من دون سبب جدي الكشف عليه أو اتباع العلاج الذي قرره اللجنة الطبية المشكلة وفقاً لأحكام المادة (148).

ولا يلزم صاحب العمل في هذه الحالة بعلاج العامل أو أداء أية معونة مالية إليه. هذا الذي يستفاد منه أن إصابة العامل التي تؤدي إلى وفاته لا يعتد بها المشرع لحرمان ورثة العامل من الحصول على التعويض الكامل من صاحب العمل، فبالرغم من تعمد العامل إصابة نفسه، وسلوكه الفاحش المقصود إلا أنه في حالة وفاته فإن هذا لا يؤثر في استحقاق وراثته التعويض، كاملاً من صاحب العمل.

وتطبيقاً لذلك فإن ورثة العامل لدى المشغل النووي يمكنهم أن يستفيدوا و من هذا النص.

3 - يقع عبء الإثبات على المشغل

يقع على عاتق المشغل عبء إثبات إهمال الشخص المتضرر، أو تعمد إتيان فعل أو الامتناع عن فعل بقصد إحداث ضرر. ويجب عند إثباته ذلك أن يثبت ما إذا كان هذا الإهمال أو هذا العمد الصادر من المتضرر هو السبب الوحيد الذي أدى إلى وقوع الضرر كاملاً حتى يعفى المشغل كلياً من التعويض، فلو أن المشغل مثلاً لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتوقي إهمال المتضرر فإنه يعد مسؤولاً، وبقدر ذلك فإن التعويض يكون جزئياً. وفقاً لتطبيق قواعد الخطأ المشترك كما أشرنا.

ملاحظتنا

بشأن الحالة الثانية:

1 - بالنسبة لعبارة (إحداث ضرر) الواردة في نهاية النص فيلاحظ أن كلمة ضرر جاءت

نكرة فلم يصفها المشرع بأنها الضرر النووي، ولم يدخل عليها التعريف أو أداة (ال) تعبيراً عن أن المقصود هو الضرر النووي.

هذا الذي يمكن أن يفسر بالتوسع، واعتبار المتضرر غير مستحق للتعويض - جزئياً أو كلياً - إذا كان الفعل الإيجابي أو السلبي الذي صدر منه بقصد إحداث ضرر نووي أو كان بقصد إحداث أي ضرر آخر غير نووي.

وهذا التفسير الموسع ليس في صالح المتضرر..

2 - إنه بشأن (الامتناع عن القيام بفعل) لم يشترط المشرع أن يكون الامتناع الذي حصل من المتضرر متعلقاً بفعل يجب القيام به، هذا الذي يسمح بالتوسع على نحو يشمل الامتناع ولو كان متعلقاً بفعل غير ملتزم بالقيام به.

والفقه في هذا الشأن مختلف، فالبعض يرى أن الامتناع لا ينطوي على خطأ، ما دام لا يوجد الواجب القانوني بالعمل الذي امتنع الشخص عن القيام به. بينما يرى البعض الآخر أنه لا يشترط وجود الواجب القانوني بالعمل حتى يعتبر الامتناع عنه خطأ.

على أننا نرى أن حل هذه الصعوبة يكمن في تحديدات النص إذ جاء فيه أن (الامتناع يكون بقصد إحداث ضرر) هذا الذي يعني أنه تطبيقاً لمعيار الرجل العادي، والذي يميل إلى قدر من الحياد والامتناع عن عمل أو بذل جهد لا طائل له من ورائه، يجعل من الواضح توافر خطأ المضرور في حالة امتناعه عن القيام بفعل بقصد إحداث ضرر. فالامتناع هنا مسلك لا يتوافق مع سلوك الرجل المعتاد. فإذا كان للشخص حرية أن يتخذ موقفاً سلبياً أو محايداً باعتبار أن الامتناع حرية من الحريات، إلا أن الامتناع الذي يتم بقصد الإضرار بالغير يعتبر من قبيل الخطأ⁽¹⁾.

2 - فعل الغير

تنص المادة 11 من المرسوم بقانون على أن في حالة وقوع الحادث بسبب القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل بقصد إحداث أضرار يكون للمشغل حق الادعاء.

وإذن المقصود بهذه الحالة هي تلك التي يقع فيها الحادث النووي بسبب فعل أو ترك من جانب الغير بقصد إحداث أضرار. وفي هذه الحالة يلزم ثبوت الشروط الآتية:

- 1 - أن يكون الغير قد قام أو اشترك بالتسبب في العمل أو امتنع عن القيام به.
- 2 - أن يكون هذا الغير قد قصد من العمل أو الامتناع عن القيام به إحداث أضرار.

(1) حسام الأهواني النظرية العامة للالتزام جزء (1) مصادر الالتزام ص 1 1995 ص 548 والمراجع المشار إليها بالهامش

3 - أن يكون فعل الغير أو امتناعه هو السبب المباشر للضرر، أي يجب أن تتوافر رابطة السببية بين الفعل أو الترك وبين الضرر.

وعليه يجب على المشغل أن يثبت أن الغير بفعله أو بامتناعه (قصد إحداث أضرار)، فإن لم ينجح في ذلك فلا يعفى المشغل من المسؤولية، وهنا يبدو تعويل المشرع على الخطأ العمدي للغير الذي به تنتفي مسؤولية المشغل.

ولأن قصد الإضرار ركن في الخطأ العمد دون الإهمال، فإن خطأ الغير غير العمد غير مؤثر، إذ لا يرفع مسؤولية المشغل. وإذن فلا يكفي أن يثبت المشغل خطأ الغير غير العمد، لكي ينفي مسؤوليته عن الأضرار النووية.

هذا الذي يعني أن المشرع قد بدا متشدداً في مواجهة المشغل، إذا أبقى على مسؤوليته في حالات خطأ الغير غير العمد أي التي لا يثبت فيها (قصد إحداث أضرار) وتفسير ذلك على ما يبدو هو أن في حالات خطأ الغير العمد يكون في مقدور المشغل بما لديه من إمكانيات بأن يحتاط ويتخذ التدابير اللازمة لتلافي نتائج هذه الأفعال. فإن لم يقم بذلك فإن المشغل يعد مسؤولاً ولا يستطيع أن يتمسك بفعل الغير ليعفي نفسه من المسؤولية.

ومن الواضح أن المشغل، وهو يدفع عن نفسه المسؤولية ويتحلل منها، يكون عليه إثبات أن الحادث نجم عن فعل أو ترك من جانب الغير على النحو المتقدم بيانه.

وعليه فإذا حدث أن تمكن المضرور من إثبات توافر السببية بين الضرر النووي الذي لحقه ومنشأة المشغل ونشاطه النووي، فإن المدعى عليه المشغل قد يتمكن من إثبات أن شخصاً من الغير قد قام بفعل أو أغفل القيام بعمل أو تسبب في ذلك بقصد إحداث أضرار. فإذا توافر في فعل الغير، أو امتناعه الشروط المتقدم بيانها، يعفى المشغل من المسؤولية لعدم توافر شروطها في حقه، وتوجه دعوى المسؤولية إلى الغير.

وحماية للمضرور في مواجهة هذا الغير الذي قد يكون غير قادر على دفع التعويض، فيلاحظ أن المادة (11) من المرسوم بقانون تشير إلى إمكانية دفع التعويض من الأموال العامة التي وفرتها الدولة. وعندئذ يكون للدولة حق الرجوع على الغير بما دفعته.

ملاحظتنا

بشأن مدى اشتراط معرفة الغير والاستدلال عليه

تقدم أن للمشغل، بناء على المادة (11) من المرسوم بقانون، أن يتمسك بالإعفاء من المسؤولية إذا أثبت أن شخصاً قام أو اشترك بالتسبب في العمل أو امتنع عن القيام به، بقصد إحداث

أضرار، ونتج عن ذلك حادث نووي تسبب في أضرار نووية. وأنه في هذه الحالة ترفع الدعوى على من قام أو اشترك بالتسبب في العمل أو امتنع عن القيام به بذلك القصد. هذا الذي مفاده ضرورة أن يكون هذا الغير معروفاً حتى يتمكن للمضرور أن يرفع عليه الدعوى لاقتضاء حقه في التعويض الجابر للضرر.

والواقع أن هذا الحكم الذي جاءت به المادة (11) فقرة (2) يمثل خروجاً على القواعد العامة في المسؤولية المدنية، حيث لا يشترط لإعفاء المدعى عليه من المسؤولية في حالة ثبوت أن الضرر سببه خطأ الغير، أن يكون معروفاً ومعيناً، إذ قد يقوم الدليل على أن الحادث ارتكبه شخص غير المدعى عليه ولم يستدل على شخصيته. في هذا الفرض تقضي القواعد العامة بعدم مسؤولية المدعى عليه ولو لم يعرف هذا الغير، ونرى أن مسلك المشرع في شأن معرفة شخص الغير على النحو الذي قدمناه، أكثر اتفاقاً مع منطق الحماية الفعالة التي يريد توفيرها للمتضررين من الأضرار النووية وأكثر اتساقاً مع أحكام اتفاقية فيينا لسنة 1997، حيث الاهتمام بوضع نظام موسع للمسؤولية، والسعي نحو إنشاء نظام عالمي لتعزيز تدابير التعويض عن الأضرار النووية.

إذ لو ترك الأمر لحكم القواعد العامة لكنا بصدد متضرر عاجز عن رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض، لأن المشغل قد انتفت مسؤوليته حيث أثبت أن الغير هو السبب الوحيد في الضرر. وهذا الغير الذي يعد مسؤولاً غير معروف لدى المضرور ويصعب الاستدلال عليه، ومن ثم لا يستطيع رفع الدعوى على أحد. وعليه يفقد المتضرر أي شكل من أشكال التعويض الجابر للأضرار النووية التي لحقت به.

ولا شك أن عبء الاستدلال على هذا الغير وتحديد معرفته يقع على عاتق المشغل. إذ أنه، وفقاً لنص المادة (11) من المرسوم بقانون، هو الذي له حق الادعاء بأن الحادث ناجم عن شخص قام أو اشترك بالتسبب في العمل أو امتنع عن القيام به بقصد إحداث أضرار، وفي دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية كشأن كل الدعاوى فيما يتعلق بعبء الإثبات، على المدعي أن يقيم الدليل على ما يؤيد دعواه، إذ القاعدة أن البيئة على من ادعى. هذا الذي يعني أن المشغل، باعتباره مدعياً بنفي المسؤولية عن نفسه، عليه أن يعين من ينسب إليه القيام أو الاشتراك بالتسبب في العمل أو الامتناع عنه. وهذا يقتضي مواجهة هذا الشخص وضرورة معرفته وتعيينه، فلا يكفي كما هو الحال بشأن تطبيق القواعد العامة، وصف الغير دون معرفته وتعيينه، فإن لم ينجح المشغل في ذلك، فإن مسؤوليته لا تنتفي ويبقى هو المسؤول والذي توجه إليه دعوى المطالبة بالتعويض، فهذا هو مفاد المادة (11) من المرسوم بقانون سالف الذكر.

3 - القوة القاهرة

يستخدم المشرع الإماراتي في المادة (287) معاملات مدنية مصطلح القوة القاهرة، والحادث المفاجئ، والآفة السماوية بمعنى واحد.

ومن المقرر، وفقاً لهذه المادة وتطبيق القضاء، لها أنه إذا توافرت مقومات القوة القاهرة في الحادث الذي نتج عنه ضرر، فإن المدعى عليه يكون غير ملزم بالضمان، ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك.

والملاحظ من استقراء نصوص المرسوم بقانون في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية عدم وجود نص يعفي المشغل من المسؤولية في حالة إثبات أن الحادث النووي الذي نجم عنه الضرر النووي يرجع إلى القوة القاهرة.

إلا أنه بالرجوع إلى نصوص اتفاقية فيينا يلاحظ أن الفقرة (3) من المادة الرابعة تنص على أنه: (لا تقع أي مسؤولية على المشغل بموجب هذه الاتفاقية إذا أثبت أن الأضرار النووية ترجع مباشرة إلى نزاع مسلح أو أعمال عدوانية، أو حرب أهلية، أو عصيان مدني).

وحيث أن نصوص اتفاقية فيينا واجبة التطبيق، فإن مقتضى تطبيق المادة السابقة منها هو أن تنتفي مسؤولية المشغل لو ثبت أن الضرر النووي يرجع مباشرة إلى نزاع مسلح أو أعمال عدوانية، أو حرب أهلية، أو عصيان مدني.

وهنا تبدو عدة ملاحظات

ملاحظتنا

- 1 - المادة السابقة لم تستخدم مصطلح القوة القاهرة أو ما يرادفه. بل ذكرت بعض التطبيقات.
- 2 - التطبيقات المذكورة تنتفي بها مسؤولية المشغل سواء توافرت بشأنها مقومات القوة القاهرة أم لم تتوافر، إذا لم يشترط النص شيئاً من ذلك. فالصيغة جاءت عامة.
- 3 - التطبيقات المذكورة في المادة السابقة والتي تنتفي بها مسؤولية المشغل جاءت - وكما تفيد الصياغة - على سبيل الحصر.

هذا الذي يعني أن الاتفاقية تبقي على مسؤولية المشغل المسؤول عن الحادث النووي الذي تسبب في الضرر النووي. لو ثبت أن الحادث نتج عن القوة القاهرة في غير التطبيقات المذكورة. ولو أن الاتفاقية كانت تريد التوسع أكثر من ذلك بشأن إعفاء المشغل لكانت قد نصت على ذلك. ومع ذلك، فالنتيجة النهائية هي أن نكون أمام مشغل استطاع أن يثبت أن الضرر النووي الذي حدث في منشأته يرجع مباشرة إلى نزاع مسلح، أو أعمال عدوانية أو حرب أهلية أو عصيان مدني. ومن ثم فهو غير مسؤول. وفي ذات الوقت نكون في مواجهة متضرر من حادث

نووي يصعب عليه أن يحدد المسؤول عن التعويض أو عن الأضرار التي لحقته من الفروض التي يكون فيها الضرر النووي راجعاً مباشرة إلى هذا الأعمال.

وحيث يصعب عليه تحديد المسؤول في هذه الفروض، وحيث لا يكون المشغل المعروف لديه غير مسؤول، فإنه لن يتمكن من رفع الدعوى للحصول على التعويض.

ولذا نرى ضرورة معالجة هذا القصور بوضع حل يتيح للمضرور الحصول على التعويض عن الأضرار النووية التي تلحقه في هذه الفروض وغيرها من فروض شبيهة بها. حتى ولو أن في الأمر خروج على القواعد العامة التي تقضي بإعفاء المدعى عليه في حالة ثبوت أن القوة القاهرة هي السبب في الضرر. ونرى أن لا شيء يحول دون ذلك. فالمرشع يملك زمام الأمر وبيده أن يقرر ذلك. وخاصة أن اتفاقية التعويض التكميلي تنحو منحى عكسياً.

فالمادة (3) فقرة (5) ب من اتفاقية التعويض التكميلي عن الأضرار النووية، تنص على أن «لا يعتبر المشغل مسؤولاً عن الأضرار النووية التي تسببها حادثة نووية تعزى مباشرة إلى كارثة طبيعية جسيمة ذات طابع استثنائي، ما لم ينص قانون دولة المنشأة على خلاف ذلك».

وهذا النص يفيد الأخذ بالقوة القاهرة أو ما يرادفها من مصطلحات، كسبب أجنبي لإعفاء المشغل من المسؤولية، فإن تم الأخذ بهذه المادة، فهذا يعني مزيد من الإعفاءات للمشغل من المسؤولية عن الأضرار النووية. وهو ما نراه إضعافاً من وصف مسؤولية المشغل أنها مسؤولية مطلقة. ويبقى الأمل معقوداً على قانون دولة المنشأة كما أشرنا.

2 - الطريقة الثانية : دفع المسؤولية بسبب انتقال المسؤولية

أجازت المادة (11) من المرسوم بقانون للمشغل أن ينفي عن نفسه المسؤولية وذلك في حالة وجود نص صريح في عقد كتابي.

يقصد بهذه الحالة تلك المواقف التي فيها يتفق مشغل المنشأة النووية مع مشغل منشأة نووية أخرى على أن يتحمل أحدهما مسؤولية الحوادث النووية التي تنطوي عليها المواد النووية، وذلك أثناء نقلها من أحدهما للآخر، أو أثناء تولدها داخل المنشأة (وهو ما يسمى بنقل المسؤولية).

وفي هذه الحالة يجب أن يكون الاتفاق على نقل المسؤولية كتابياً وبموجب نص صريح في العقد. إذ لا يكفي الإفادة الضمنية من نصوص العقد.

والواقع أن المتضرر لن تتأثر مصلحته في هذه الحالة، إذ يبقى أحد المشغلين مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار التي لحقته ما دام أن شروط المسؤولية قد توافرت.

ويلاحظ أن نفي المسؤولية عن المشغل ونقلها لمشغل آخر يتفق مع أحكام وقواعد المسؤولية

المدينة بشأن المسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة. ذلك أن وفقاً لهذه القواعد يمكن أن تنتقل السيطرة على الشيء من شخص إلى آخر، ويترتب على هذا الانتقال أن يفقد الأول صفة الحراسة ويكسبها الثاني.

ومن المقرر أيضاً وفقاً لهذه القواعد العامة أن يكون انتقال السيطرة بناء على عقد من العقود. وعلى ذلك فإن ما تقرره المادة (11) من المرسوم بقانون بشأن ادعاء المشغل وتحلله من المسؤولية بناء على وجود نص صريح في عقد كتابي بينه وبين مشغل آخر، وكان هذا الاتفاق يقضي باعتبار الأخير مسؤولاً عن المواد النووية، ومن ثم لا يحق للمضرور أن يطالب المشغل الأول بالتعويض وإنما يطالب المشغل الجديد، هو أمر يتفق مع أحكام المسؤولية المدنية بشأن المسؤولية عن حراسة الأشياء الخطرة.

وقد تبدو صعوبة أمام المتضرر بشأن تحديد المشغل المسؤول في حالات انتقال المسؤولية، إلا أن المادة 11/ بند 4 من المرسوم بقانون اتحادي رقم 6 لسنة 2009 في شأن الاستعمالات السلمية للطاقة النووية تنص على أن يتولى مجلس إدارة الهيئة الاتحادية للرقابة النووية إصدار اللوائح والقرارات المنظمة لعمل الهيئة بما في ذلك تحديد المسؤوليات عند تولي عدة مشغلين القيام بأنشطة بالتتابع وتسجيل نقل المسؤوليات. الأمر الذي يسهل إذن على المتضرر معرفة المشغل المسؤول في حالات انتقال المسؤولية.

سابعاً : أحكام دعوى التعويض

1 - أطراف الدعوى

أ/ المدعي في دعوى المسؤولية المدنية هو المتضرر من الحادث النووي، وذلك أياً كانت جنسيته. فالمرسوم بقانون لم يرد في نصوصه أي تمييز بين المتضررين بسبب الجنسية أو السن أو النوع. كما أنه بالرجوع إلى المادة 13 من اتفاقية فيينا لعام 1997 نجدها تنص على أن هذه الاتفاقية والقانون الوطني المطبق بموجبها يطبقان دون تمييز قائم على الجنسية أو محل السكن أو محل الإقامة.

وتطبيقاً لذلك، وحيث يكون هذا النص ساري المفعول إعمالاً للمادة 2/12 من المرسوم بقانون، التي تقرر تطبيق اتفاقية فيينا لعام 1997 فيما لم يرد بشأنه نص أو حكم في المرسوم بقانون رقم 4 لسنة 2012 فإن المتضرر من حادث نووي يقع داخل أراضي دولة الإمارات قد يكون من رعايا دولة أخرى أو يوجد مسكنه أو مقر إقامته في هذه الدولة الأخرى.

وفي هذه الحالة تقرر المادة 11/أ من اتفاقية فيينا «بأن يكفل الطرف المتعاقد الذي تؤول

إليه الولاية القضائية فيما يتعلق بدعاوى التعويض عن الأضرار النووية ما يلي:

أ - جواز أن تقيم أي دولة نيابة عن الأشخاص الذين تعرضوا لأضرار نووية، والذين هم من رعايا تلك الدولة أو توجد مساكنهم أو مقر إقامتهم في أراضيها والذين يوافقون على ذلك.

ب - جواز أن يقيم أي شخص دعوى لإنفاذ الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية التي اكتسبها بالحلول أو التنازل.

هذا مع ملاحظة أن الاتفاقية في المادة 2/13 تجيز لدولة المنشأة أن تستبعد من التطبيق ما يقع من أضرار في أراضي دولة غير متعاقدة أو في أية منطقة بحرية أنشأتها دولة غير متعاقدة وفقاً للقانون الدولي للبحار.

ب/ المدعى عليه المسؤول عن التعويض وتعدد المسؤولين

المدعى عليه هو المشغل أو الشخص الذي قدم التأمين أو الضمان المالي بموجب أحكام الفقرة (1) من المادة (8) من المرسوم بقانون رقم (4) لسنة 2012 في شأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية.⁽¹⁾

ولم يعرض المرسوم بقانون لمسألة تعدد المسؤولين عن الضرر النووي، وعليه فتكون المادة (2) فقرة 3 (أ) من اتفاقية فيينا هي الواجبة التطبيق، وهذه الفقرة تنص على أنه (عندما ترتب الأضرار النووية مسؤولية على أكثر من مشغل واحد، ويتعذر فصل الأضرار المنسوبة إلى كل مشغل فصلاً معقولاً، يصبح هؤلاء المشغلون مسؤولين مسؤولية مشتركة ومتعددة).

ومن هذا النص يستخلص ما يلي:

1 - عندما ترتب الأضرار النووية مسؤولية أكثر من مشغل واحد، ويمكن فصل الأضرار المنسوبة لكل مشغل فصلاً معقولاً، فإن كل مشغل يعد مسؤولاً عن الضرر الذي نتج عن منشأته.

2 - عندما ترتب الأضرار النووية مسؤولية أكثر من مشغل واحد ولا يمكن الفصل على النحو السابق فيصبح هؤلاء المشغلون مسؤولين مسؤولية مشتركة ومتعددة، وهذا يعني ما يلي:

أ/ أن الضمان يوزع على المشغلين المسؤولين المتعددين ويكون التوزيع بالتساوي، حيث يتعذر تحديد نسبة كل مشغل في إحداث الضرر.

ب/ أن التضامن لا يقوم بقوة القانون بين المشغلين المسؤولين المتعددين فنص المادة 2/ فقرة «3» من اتفاقية فيينا لم يجعل مسؤوليتهم تضامنية بل جعلها مسؤولية مشتركة ومتعددة، وعندئذ يكون كل مشغل من المشغلين المسؤولين ملزماً بالتعويض الكامل قبل الضرر. ويكون للضرر أن يتقاضى التعويض كاملاً ممن يختاره من المشغلين المسؤولين، ولا يكون لمن دفع

(1) انظر المادة (10) فقرة (1) من المرسوم بقانون

التعويض منهم أن يرجع على الآخرين بحصته فيما دفع. وهذا ما يسمى بالمسؤولية المشتركة أو التضامن ولم يعط نص المادة سאלفة الذكر سلطة للقاضي بالإلزام على سبيل التضامن، وهذا عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية في قانون المعاملات المدنية الاتحادية، فالتضامن وإن كان لا يقوم بقوة القانون، إلا أن الأمر جوازي للقاضي، إذ له أن يلزم المسؤولين المتعديين بنصيبه في الضمان وحده، ويجوز أن يحكم بإلزامهم بالضمان على سبيل التضامن أو التكافل، وعندئذ يكون للمضروب أن يقتضي الضمان كاملاً ممن يختاره من المسؤولين المتعديين. ويكون لمن دفع الضمان الرجوع على الآخرين كل بنصيبه فيه.

2 - الاختصاص

أ / القانون الواجب التطبيق

القانون الواجب التطبيق على الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، هو أحكام المرسوم بقانون محل الدراسة، كما تطبق أحكام اتفاقية فيينا لعام 1997 فيما لم يرد بشأنه نص أو حكم في هذا المرسوم بقانون.

وهذا ما تؤكده المادة 12 فقرة (3) من المرسوم بقانون إذ تنص على أنه «تطبق أحكام هذا المرسوم بقانون على الدعاوى المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار النووية، كما تطبق أحكام اتفاقية فيينا لعام 1997 فيما لم يرد بشأنه نص أو حكم في هذا المرسوم بقانون، كما أكدته أيضاً المادة (2) فقرة (3) من هذا المرسوم بقانون إذ تنص على أنه «تطبق اتفاقية فيينا 1997 بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية في كل ما لم يرد بشأنه نص في هذا المرسوم بقانون.

ب / المحكمة المختصة بنظر دعاوى التعويض عن الضرر النووي

حددت المادة (12) في فقرتها الأولى من المرسوم بقانون المحاكم الاتحادية في إمارة أبوظبي دون غيرها لنظر دعاوى التعويض عن الضرر النووي، ونصت الفقرة (3) من ذات المادة على أن للمحكمة عند نظر الدعوى أن تعين واحداً أو أكثر من الخبراء أو المختصين لمعاونتها وفقاً للقوانين والتشريعات المعمول بها.

وإذن يكون المرسوم خرج على القواعد العامة، حيث لم يسند الاختصاص بنظر الدعوى إلى المحكمة التي وقعت بدائرة اختصاصها الحادثة النووية، وهي عادة المحكمة الأقرب إلى المضروب من الحادثة.

ونرى أن اتجاه المشرع الإماراتي في إسناد الاختصاص للمحاكم الاتحادية في العاصمة لا

غريبة فيه، كما أن له ما يبرره.

أما عن كونه لا غريبة فيه فإن النظام القضائي في دولة الإمارات كان يسند للمحاكم الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة (أبوظبي) اختصاص النظر في بعض المنازعات الإدارية بين الاتحاد والأفراد سواء كان الاتحاد مدعياً أم مدعى عليه، كذلك تختص المحاكم الاتحادية الابتدائية في عاصمة الدولة (أبوظبي) بالنظر في جميع المنازعات المدنية والتجارية التي تنشأ بين الدولة والأفراد⁽¹⁾.

هذا ويلاحظ أن المشرع في معظم الدول المختلفة قد حدد محكمة واحدة مختصة بنظر جميع دعاوى التعويض عن الضرر النووي، وغالباً ما تكون محكمة العاصمة كما هو الحال في بلجيكا، حيث المحكمة الابتدائية في بروكسل، وفي هولندا حيث المحكمة الابتدائية في مدينة لاهاي، وفي السويد حيث المحكمة الابتدائية لمدينة ستوكهولم⁽¹⁾. أما عن تبرير إسناد المشرع الإماراتي للاختصاص للمحكمة الاتحادية في العاصمة فنراه يتمثل من أوجه عدة.

فمن ناحية أولى، يعبر عن رغبة المشرع، يحده نبل الغاية، في توحيد الاتجاهات القضائية في هذا النوع من الدعاوى، لاسيما وأنها دعاوى مستحدثة بالنظر لطبيعة النشاط والضرر الناتج عنه. وهذا عكس ما لو تعددت المحاكم التي تنظر هذه المنازعات أخذاً بتطبيق القاعدة العامة في تحديد الاختصاص، حيث يكون من الجائز أن تفصل فيها المحاكم بطرق مختلفة. فالواقع يشير إلى أنه قد يوجد ضحايا كثيرون في واقعة واحدة، وهذا يجعل من الأنسب أن تكون محكمة وحيدة هي صاحبة الولاية على المطالبات الناشئة عن أي واقعة وحيدة، إذ لا شك أن تعدد المطالبات أمام محاكم مختلفة ليس من شأنه إيجاد اليقين أو الكفاءة في المعالجة القضائية للمطالبات التعويضية.

ومن ناحية ثانية، قد تتعلق المنازعة برعايا دول مجاورة، حيث تتجاوز الحادثة النووية حدود الدولة. ومن ثم يكون من الأفضل توحيد المحكمة المختصة لاسيما، وأنه قد يحدث أن تقيم الدولة المعنية دعوى نيابة عن الأشخاص الذين تعرضوا لأضرار نووية، والذين هم من رعايا تلك الدولة، أو توجد مساكنهم أو مقر إقامتهم في أراضيها، والذين يوافقون على ذلك⁽²⁾.

(1) انظر المادة (25) من القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 بإصدار قانون الإجراءات المدنية من شأن الإجراءات المدنية. ثم انظر ذات المادة بعد تعديلها بالقانون الاتحادي رقم 30 لسنة 2005.

(2) راجع المادة (11) ألف من اتفاقية فيينا.

ومن ناحية ثالثة، فيوجد اعتبار عملي وهو أن الدعاوى المرفوعة للمطالبات بالتعويض عن الأضرار النووية يقابلها مبلغ إجمالي معين تتحدد به مسؤولية المشغل النووي ومن ثم يحسن توحيد المحاكم التي تقضي في هذا الشأن⁽¹⁾. كي تستطيع المحكمة القيام بالتقسيم النسبي للتعويض بين الضحايا إذا اقتضى الأمر ذلك.

وأخيراً فيمكن التغلب على ما يقال بشأن معاناة المتقاضين، بأنه لا يوجد ما يحول دون أن تعقد المحكمة الاتحادية جلساتها خارج عاصمة الدولة أبوظبي في أية عاصمة أخرى من عواصم الإمارات، وذلك إذا اقتضت الظروف ذلك⁽²⁾ بأن كانت مثلاً الحادثة النووية وأضرارها قد تركزت في إحدى الإمارات.

ملاحظتنا

بشأن استعانة المحكمة بالخبرة

تنص الفقرة الثانية من المادة (12) من المرسوم بقانون على أنه «عند تقديم مطالبة بالتعويض عن ضرر نووي تختص بها المحكمة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من هذه المادة، للمحكمة تعيين واحد أو أكثر من الخبراء أو المتخصصين لمعاونتها وفقاً للقوانين والتشريعات المعمول بها». والواقع أن قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية يتضمن باباً خاصاً بالخبرة، والمادة (69) منه أجازت للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بنذب خبير أو أكثر من بين موظفي الدولة أو الخبراء المعتمدين في جدول الخبراء للاستفادة بأرائهم.

ومن هنا يثور تساؤل عن أهمية الفقرة (3) من المادة (12) من المرسوم بقانون. نرى أن الأمر يتعلق بمسألة أبعد من مجرد الاستعانة بخبير تستفيد المحكمة من رأيه، إذ يتعلق الأمر كما يبدو لنا بضرورة القيام بتجميع مزيد من المعلومات وتحليلها عن طريق اجتماع من الخبراء القانونيين والتقنيين، كما قد يتطرق الأمر إلى أن يشمل الاجتماع أعضاء ذوي تمثيل جغرافي للنظر في المسائل التقنية المتعلقة بالمسؤولية والجبر التعويضي وتقديم تقرير بذلك يكون تحت نظر المحكمة⁽³⁾.

ويعزز هذا التفكير استخدام لفظي «المتخصص» و«معاونتها» فبيهما ما يشير إلى التوسع وإعطاء المرونة للمحكمة على النحو الذي طرحناه.

(1) راجع ما سبق مبدأ المسؤولية المحددة.

(2) انظر المادة (11) من قانون السلطة القضائية.

(3) انظر اتفاقية التنوع البيولوجي سابق الإشارة إليها.

3 - حق المضرور في الجمع بين التعويض والحقوق الأخرى.

تقرر المادة 14 من المرسوم بقانون بشأن المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية أن من حق المضرور من الحادث النووي الجمع بين التعويض المقرر بموجب أحكام هذا المرسوم وأي حق آخر يكون للمضرور بموجب أي نظام أو برنامج أو تأمين صحي أو تعويض عمالي أو تعويض عن أمراض مهنية.

وتطبيقاً لذلك فالعامل الذي يعمل بمنشأة نووية أن يحصل على التعويض المنصوص عليه في هذا المرسوم بقانون عندما تتوافر شروطه. وفضلاً عن ذلك فله أن يستفيد من التعويض المقرر له بمقتضى نصوص قانون العمل التي تقرر حصوله على تعويض عمالي أو تعويض عن الأمراض المهنية الناتجة عن طبيعة نووية.

وإذاً لا يجوز للقاضي عند تقدير التعويض المستحق بموجب هذا المرسوم بقانون أن يخصم ما تم صرفه من تعويض عمالي.

4 - تقادم دعوى التعويض عن الأضرار النووية

في بعض الحالات لا يظهر الضرر النووي إلا بعد فترة زمنية طويلة نسبياً. ولذا فقد راعى المرسوم بقانون الإبقاء على الدعوى المدنية لمدة أطول عما تقضي به القواعد العامة.

فالمادة (10) من المرسوم بقانون في فقرتها الثانية والثالثة تنص على أن:

1 - تتقادم دعاوى المطالبة بالتعويض ضد المشغل بانتهاء مدة التأمين أو الضمان المالي الساري إذا بقي سارياً لفترة أطول من تلك الفترة المنصوص عليها في الفقرة (1/أ) من المادة (السادسة) من اتفاقية فيينا لعام 1997م.

2 - تسقط حقوق المطالبة بالتعويض لأي شخص لحقت به أضرار نووية، ما لم ترفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من تاريخ علم الشخص المتضرر، أو من التاريخ الذي كان يجب أن يعلم به بالضرر وبالمشغل المسؤول عنه، بشرط عدم تجاوز الفترة المحددة في الفقرة (1/أ) من المادة (السادسة) من اتفاقية فيينا لعام 1997 أو الفقرة (2) من هذه المادة.

ومن هذا النص مقترناً بنص المادة (6) من اتفاقية فيينا يمكن استخلاص الأحكام الآتية بشأن تقادم دعوى المسؤولية عن التعويض عن الضرر النووي.

1 - بالنسبة لجميع الأضرار النووية: تتقادم دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار النووية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم الشخص المضرور بالضرر وبالمشغل المسؤول عنه، أو من التاريخ الذي كان يجب أن يعلم بالضرر وبالمشغل المسؤول عنه.

2 - بالنسبة لحالات الوفاة أو الإصابة الجسدية: تتقدم الدعوى بمضي 30 سنوات تحسب من تاريخ وقوع الحادثة النووية.

3 - بالنسبة للحالات الأخرى غير الوفاة أو الإصابة الجسدية: تتقدم الدعوى بمضي 10 سنوات من تاريخ وقوع الحادثة النووية.

وفي هاتين الحالتين الثانية والثالثة يلاحظ أن الأمر يتعلق بحالات لم يعلم فيها المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسؤول عنه إلا بعد فترة طويلة. ففي الحالة الثانية تتقدم دعوى المسؤولية بمضي ثلاثين سنة من تاريخ وقوع الحادثة النووية، وفي الحالة الثالثة تتقدم دعوى المسؤولية بمضي عشر سنوات من تاريخ وقوع الحادث النووي.

أما إذا علم المضرور أو كان يجب أن يعلم بوقوع الضرر وبالمشغل المسؤول عنه في اليوم الذي وقع فيه الحادث النووي، فإن دعوى المسؤولية تتقدم بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الحادث.

وتطبيقاً لذلك إذا علم المضرور بالضرر والمشغل المسؤول عنه ولنفرض أن ذلك تم بعد مضي 29 سنة في الحالة الثانية، فإنه يجب رفع دعوى المسؤولية خلال سنة واحدة من تاريخ هذا العلم، وإلا امتنع سماعها لمضي 30 عاماً من تاريخ وقوع الحادثة النووية. هذا مع مراعاة البند الرابع فيما يلي.

أما إذا افترضنا أن العلم قد تحقق بعد مضي 8 سنوات في الحالة الثالثة فإنه يجب رفع دعوى المسؤولية خلال عامين وإلا امتنع سماعها لمرور 10 سنوات من تاريخ وقوع الحادثة النووية. وهنا لا يطبق البند الرابع الذي نعرض له حالياً.

4 - إذا كانت دعوى المسؤولية تتعلق بحالة الوفاة أو الإصابة الجسدية: وكانت مسؤولية المشغل مغطاة لفترة أطول من مدة ثلاثين سنة فلا تتقدم دعاوى المطالبة بالتعويض ضد المشغل إلا بانتهاء مدة التأمين أو الضمان المالي الساري إذا بقي سارياً لفترة أطول من تلك المدة.

ملاحظتنا

بشأن مسألة التقادم

1 - أن المرسوم بقانون في الفقرة الثالثة اعتد لبدء سريان التقادم الثلاثي بالعلم الظني أو الافتراضي إذ تذكر الفقرة عبارة (أو من التاريخ الذي كان يجب أن يعلم فيه بالضرر وبالمشغل المسؤول عنه) مع أن أحكام القضاء الإماراتي في شأن تقادم المسؤولية عن الفعل الضار لا ترتب حكم السقوط في حالة العلم الظني، وإنما تشترط العلم الحقيقي، والواقع أنه ليس

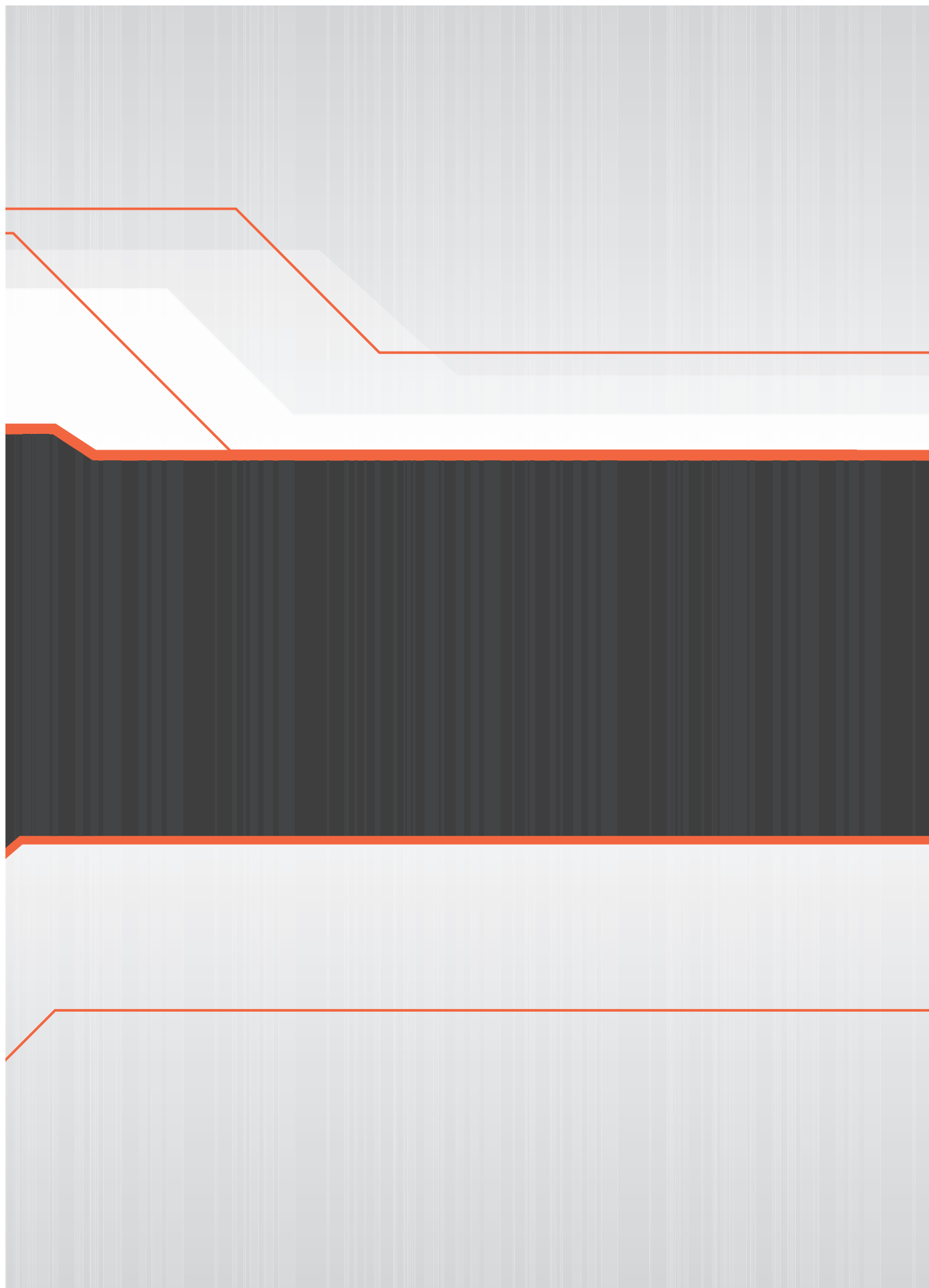
في مصلحة المضرور الأخذ بالعلم الظني.

2 - أن المشرع في حالة الوفاة والإصابة الجسدية قد جاء بحكم استثنائي على خلاف الأصل العام في تقادم دعاوى المسؤولية المدنية. وتبرير ذلك هو أن الضرر النووي قد لا يظهر إلا بعد فترة طويلة، ليس هذا فحسب، بل إن الفقرة الثانية من المادة (10) من المرسوم بقانون تسمح في حالة الوفاة أو الإصابة الجسدية بمد مدة تقادم الدعوى إلى مدة أطول من ثلاثين عاماً ما دام أن مدة التأمين أو الضمان المالي الساري كانت لفترة أطول من ذلك. وهذا أمر لا شك يحقق مصلحة المضرور في حالات الوفاة أو الإصابة الجسدية باعتبار أن الأضرار الكامنة في جسم الإنسان بسبب الإشعاعات والأنشطة النووية لا تظهر إلا بعد فترة طويلة نسبياً من وقت وقوع الحادثة النووية.

خاتمة

وبعد، فتلك أضواء على ما جاء بهذا المرسوم بقانون من أحكام مستحدثة وليس شرحاً لها، ونأمل أن نكون بهذا قد أسهمنا ولو بقدر ضئيل في شحذ الهمم للتعامل الإيجابي مع هذه الأفكار الجديدة.

والله نسأل السداد والتوفيق



تأملات حول أحكام سند الشحن البحري الإلكتروني في القانون الإماراتي و المقارن

بقلم الأستاذ/ الأمين عثمان إسماعيل

مستشار قانوني / مكتب الغريب للمحاماة والاستشارات القانونية

تمهيد:

يشهد العصر الحديث ثورة هائلة في مجال المعلومات والاتصالات، امتدت آثارها إلى كافة مناحي الحياة، وكان لابد أن تتأثر بها عملية النقل البحري سواء على مستوى الدول أو الأفراد. ولقد ظهر مفهوم التجارة الإلكترونية؛ ويقصد بها قيام المتعاملين بإبرام العقود وإتمام الصفقات على المشروعات عبر شبكة الإنترنت عن طريق استخدام أجهزة الكمبيوتر، ولا شك أن هذه الوسيلة تتميز بعدة خصائص؛ فهي تتيح للمتعاملين التعرف على ما يعرض في كافة أسواق العالم وبأقل تكلفة، بجانب توفير الوقت والجهد. ويمكن القول إن عالم التجارة والنقل في مجال إبرام العقود يخطو خطى حثيثة نحو إلغاء التعامل بالمستندات الورقية التقليدية - ومنها سندات الشحن البحري المستند الأول والأكثر أهمية في إثبات عقد النقل البحري - والتعامل عن طريق الحاسبات الآلية والتبادل الإلكتروني للمعلومات. وإن المقصود بنظام تبادل البيانات إلكترونياً هو إرسال البيانات محل التبادل من حاسب آلي إلى حاسب آلي آخر والعكس كذلك، وأهم مزايا هذا النظام هو توفير المصاريف والوقت والدقة واليسر والسرية، بجانب أن المعلومات تنتقل مباشرة بين الحواسيب الآلية للجهات المسؤولة والعملاء ومن ثم التجهيز للإجراءات الجمركية وإجراءات استلام البضاعة دون تأخير أو تسرب للمعلومات.

وهناك بعض التعقيدات القانونية التي قد تعترض نظام تبادل البيانات إلكترونياً، ومن هذا أن الرسالة الإلكترونية قد لا تكون موقعة من مرسلها وبالتالي لا تقبل في المحاكم أو من الشاحن أو المرسل إليه أو الجمارك أو الموانئ أو غيرها كدليل لإثبات الحق المدعى به، إلا أن كل الدلائل تشير إلى إمكانية قبول معلومات الحاسب الآلي كدليل يعتد به أمام المحاكم على أساس أنه يمكن تحميل البيانات إلى أي وسيلة معدة لحمل هذه البيانات كالمحرر الورقي أو شاشة الحاسب الآلي أو شريط التسجيل... إلخ، ومهما اختلفت درجة التقدم التكنولوجي فإن الوسيلة المعدة لحمل البيانات لا تحتاج إلى تعديل قوانين عملها، إلا أن للقاضي تقدير مدى الاعتماد على هذه السجلات في الإثبات.

أولاً:

مشكلة حجية سند الشحن البحري في الإثبات في مجال التجارة الدولية

وفيما يتعلق بسندات الشحن البحري بصفة عامة؛ نجد أن العمل قد جرى على إثبات النقل البحري للبضائع بإحدى وثيقتين؛ إما بعقد إيجار السفينة «مشاركة إيجار السفينة»

(Charterparty) في الحالات التي يحتاج فيها الشاحن إلى تأجير سفينة بأكملها أو جزء كبير منها، أو بسند الشحن البحري «بوليصة شحن بحري» (Bill of lading) في حالة نقل الشاحن لبضاعته على سفينة ضمن بضائع أخرى خاصة بالغير وهي الصورة المعتادة للنقل البحري للبضائع، حيث يمثل سند الشحن البحري أهمية عملية وقانونية كبرى في التجارة البحرية الدولية؛ بعد أن أصبح أداة لإثبات عقد النقل البحري، وأداة لتمثيل البضاعة وتداولها والائتمان عليها، بجانب وظيفته الرئيسية وهي كونه أداة لإثبات شحن البضاعة على ظهر السفينة. ويعد سند الشحن البحري حجة في الإثبات سواء بالنسبة لأطرافه أو الغير، فبالنسبة لأطرافه فلا يجوز لهم إثبات خلاف ما ورد فيها إلا بالكتابة، أما غير الحامل لهذا السند؛ فإذا كان غير الشاحن فله أن يثبت خلاف ما ورد بالسند بكافة طرق الإثبات، ويخضع تنظيم سند الشحن البحري للقوانين البحرية الوطنية والاتفاقيات والأعراف الدولية المنظمة للنقل البحري للبضائع. وفيما يتعلق بتنظيم وثائق النقل الإلكترونية، نجد أن الرسالة الإلكترونية بطبيعتها غير قابلة للتداول بالتظهير، كما لا توجد طريقة عملية يمكن من خلالها إضفاء القابلية لها للتداول الأمر الذي يخلق مشكلة كبيرة في مجال التجارة الدولية، لذا تعددت الاتجاهات والآراء من أجل إلحاق الآثار القانونية المرتبطة بسندات الشحن البحري الورقية بأي وسيلة أخرى بديلة عن المحررات الورقية وترتبط بالبيانات الإلكترونية، وإن من بين الحلول المقترحة الاستعانة بمستخرج مطبوع صادر عن الحاسب الآلي يتمتع بنفس وظائف سند الشحن إلا أنه بطبيعة الحال لن يتساوى مع نظيرته النسخة الأصلية من سند الشحن، ومن بين الحلول أيضاً إحلال أقراص التسجيل الخاصة بالحاسب الآلي محل سند الشحن بحيث تقوم بتمثيل البضاعة، وأيضاً إيداع سند الشحن عند جهة موثوق بها كالبنك على أن يتم إخطار هذه الجهة بالتعديلات في العمليات التي تتم على البضاعة وذلك من خلال الرسائل الإلكترونية التي ترد إلى الجهة الموثوق بها.

ثانياً:

الإطار القانوني لحجية سند الشحن البحري في الإثبات

1 - في دولة الإمارات العربية المتحدة:

على الصعيد الوطني في دولة الإمارات العربية المتحدة تم تنظيم النقل البحري للبضائع عبر القانون التجاري البحري رقم (26) لسنة 1981م، وقد نظم هذا القانون كل ما يتعلق بالنشاط التجاري البحري في الدولة، وقد ذكرت المادة (2) منه أن تفسر أحكام هذا القانون

باعتبار أن السياسة العامة التي يستهدفها هي النهوض بالتجارة الداخلية والخارجية للدولة، وكذلك إنشاء وتطوير أسطول كفاء حديث يحمل علمها بما يكفل تحقيق أمنها ونموها الاقتصادي ومصالح شعبها، وقد نصّت المادة (8) منه على ألا تخل أحكام هذا القانون بالاتفاقيات الدولية المصادق عليها من الدولة على أن تسري فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون الأعراف البحرية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة، وقد نظمت المادة (266) من هذا القانون حجية سند الشحن البحري في الإثبات، وهي حجية نسبية فيما بين الناقل والشاحن، ومطلقة فيما بين الناقل والغير. وفيما يتعلق بتنظيم سند الشحن كوثيقة إلكترونية؛ نجد أن القانون الاتحادي رقم (36) لسنة 2006 الخاص بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (10) لسنة 1992 قد نصّت المادة (17/ مكرراً) منه بأنه: يعتبر توقيعاً إلكترونياً كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، ويعتبر محرراً إلكترونياً كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيّاً كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات، وأن للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، وأن للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية. كما نجد أن القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية قد صدر خصيصاً لتنظيم مثل هذه المسائل، وقد عرّفت المادة (1) منه في التعاريف السجل أو المستند الإلكتروني بأنه الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجُه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر، و يكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه، كما عرّفت الرسالة الإلكترونية بأنها معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية، وعرّفت التوقيع الإلكتروني بأنه توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة، وتسري بموجب المادة (2) فيما لم يرد به نص خاص في هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية والمبادئ العامة في المعاملات المدنية والتجارية، بجانب سريانه على السجلات

والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات و التجارة الإلكترونية، علماً بأن هذه المادة قد استثنت من جملة ما استثنت من نطاق تطبيق هذا القانون السندات القابلة للتداول (الفقرة أ)، أي أن هذا القانون قد استثنى من نطاق تطبيقه السندات الإلكترونية القابلة للتداول؛ ولا شك أن من ضمنها سندات الشحن الإلكترونية كونها قابلة للتداول، وهي لا شك تحتاج لتدخل المشرع الإماراتي الحكيم للنظر بعين الاعتبار في مسألة تعديل هذا التشريع من خلال تعديل نص هذه المادة أو غيرها من المواد الأخرى؛ بما يجعل هذا التشريع في نهاية المطاف يتسق تماماً مع الطفرة التي تشهدها هذه البلاد في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية. وقد نصّت المادة (4) من هذا القانون على عدم فقدان الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، كما لا تفقد المعلومات المثبتة في الرسالة الإلكترونية حجيتها القانونية حتى وإن وردت موجزة متى كان الاطلاع على تفاصيلها متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها وتمت الإشارة في الرسالة إلى كيفية الاطلاع عليها، كما نظمت المادة (10) بفقراتها من هذا القانون مسائل قبول حجية البينة الإلكترونية، فقد ذكرت الفقرة (1) من هذه المادة بأنه لا يحول قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات أن يكون قد جاء في شكل إلكتروني أو ليسا في شكلهما الأصلي متى كانا أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة أن يحصل عليه الشخص العادي الذي يستشهد به، وفي تقدير حجية المعلومات الإلكترونية في الإثبات أوجبت الفقرة (2) مراعاة مدى إمكانية الاعتماد بالطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات إدخال المعلومات أو إنشائها أو تجهيزها أو تخزينها أو تقديمها أو إرسالها، ومدى إمكانية الاعتماد بالطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات، ومدى إمكانية الاعتماد بمصدر المعلومات إذا كان معروفاً، ومدى إمكانية الاعتماد بالطريقة التي يتم بها التأكد من هوية المنشئ، وأي عنصر آخر يتصل بالموضوع، وأوجبت الفقرة (3) بأنه ما لم يتم إثبات العكس يفترض في التوقيع الإلكتروني المحمي أنه: يمكن الاعتماد به، توقيع الشخص الذي تكون له صلة به، وضعه ذلك الشخص بنية توقيع أو اعتماد الرسالة الإلكترونية المنسوب إليه إصدارها، كما أوجبت الفقرة (4) بأنه ما لم يتم إثبات العكس يفترض في السجل الإلكتروني المحمي أنه لم يتغير منذ أن أنشئ، ومعتد به. وفيما يتعلق بالأحكام القضائية؛ فقد أرست محكمة تمييز دبي الموقرة في قضائها (الطعن رقم 2007 / 241 طعن تجاري) بأنه: وفقاً للمادة الثالثة من القانون الاتحادي رقم (1) لسنة (2006) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية أن هذا القانون يهدف لحماية حقوق المتعاملين إلكترونياً وتحديد التزاماتهم وتشجيع وتسهيل المعاملات

والمراسلات الإلكترونية بواسطة سجلات إلكترونية يعتمد عليها وتعزيز الثقة في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الإلكترونية، ووفقاً للمادة 4 (2) من ذات القانون فإن للمعلومات الواردة في الرسالة الإلكترونية حجيتها القانونية متى كان الاطلاع على تفصيل تلك المعلومات متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها وتمت الإشارة في الرسالة إلى كيفية الاطلاع عليها، ووفقاً للمادة (10) منه تكون الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني مقبولة كدليل إثبات وإن لم تكن تلك الرسالة أو ذلك التوقيع أصلياً أو في شكله الأصلي طالما كانت الرسالة أو التوقيع الإلكتروني أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به، وما لم يثبت العكس يفترض أن السجل الإلكتروني المحمي لم يتغير منذ أن أنشئ ويعتد به، ووفقاً للمادة 17 (2) منه يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولاً ما لم يثبت العكس.

2 - في جمهورية السودان:

على الصعيد الوطني في جمهورية السودان فقد تم تنظيم النقل البحري للبضائع عبر قوانين خاصة، حيث كان يُطبق في السابق كل من قانون نقل البضائع بالبحر لسنة 1951م والقانون البحري لسنة 1961م، ثم صدر قانون النقل البحري لسنة 2010م في الثاني من فبراير ليتم بموجبه إلغاء كل من القانونين السابقين، على أنه في حالة غياب النص فقد نصت المادة (3/ بفقراتها) من هذا القانون الأخير على تطبيق الأحكام ذات الصلة في أي قانون آخر ساري وأحكام الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي يصادق عليها السودان وما استقرت عليه أحكام القضاء السوداني والعرف البحري الساري. وفيما يتعلق بتنظيم سندات الشحن كوثيقة إلكترونية فإن قانون الإثبات لسنة 1993م في مادته (1/36) قد عرّف المستندات بصفة عامة بأنها البيانات المسجلة بطريق الكتابة أو الصوت أو الصورة، أما قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2007م فقد صدر لتنظيم المعاملات الإلكترونية عموماً ومن ضمنها سند الشحن الصادر بنظام تبادل البيانات إلكترونياً، وقد نصّت المادة (2) منه بأنه يقصد برسالة البيانات المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل تقنية أخرى بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي، كما عرّفَت السند الإلكتروني بأنه المستند الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، وعلى هذا يكون القانون السوداني قد عالج سند الشحن البحري الإلكتروني بشكل مباشر، واعتبر أن سند الشحن الصادر بنظام تبادل البيانات إلكترونياً من ضمن المستندات الصادرة بوسيلة إلكترونية ويعتد بها.

3 - في الاتفاقيات الدولية :

على الصعيد الدولي فقد تم التنظيم القانوني الدولي للنقل البحري للبضائع عبر الاتفاقيات الدولية، فقد صدرت أولى هذه الاتفاقيات وهي الاتفاقية الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الصادرة في بروكسل في 25 أغسطس سنة 1924م أو ما اصطلح بتسميته بقواعد بروكسل (Hague Rules)، ثم صدرت بعدها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن نقل البضائع بطريق البحر الصادرة بهامبورج بألمانيا في 31 مارس سنة 1978م أو ما اصطلح بتسميته بقواعد هامبورج (Hamburg Rules)، ومؤخراً اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً في 12 ديسمبر 2008م، والتي أذنت بفتح باب التوقيع عليها خلال الحفل الذي انعقد في 23 سبتمبر 2009م في روتردام بهولندا، وقد تمت التوصية بأن تعرف القواعد الواردة في هذه الاتفاقية باسم قواعد روتردام (Rotterdam Rules)، وقد فرضت قواعد روتردام هذه من خلال المادة (89) منها على كل دولة متعاقدة فيها أن تنسحب من كل من قواعد بروكسل لسنة 1924م وبروتوكولها المعدل لسنة 1968م وقواعد هامبورج لسنة 1978م، بما معناه إلغاء هاتين الاتفاقيتين السابقتين لتحل محلهما هذه الاتفاقية الجديدة بالنسبة للدول المنضمة لها. وعلى الرغم من أن قواعد روتردام قد جاءت ببعض الإضافات التي لم تشمل عليها سابقتها وهي قواعد هامبورج لسنة 1978م، إلا أننا نجد أنها قد حققت آمال الدول الناقلة فقط، والتي لم توفرها لهم قواعد هامبورج لسنة 1978م وعلى حساب الدول الشاحنة، ولذلك فقد ظلت هذه الاتفاقية محل تحفظ من الدول الشاحنة وهي في معظمها من الدول العربية والدول النامية. وفيما يتعلق بالتنظيم القانوني لوثائق النقل الإلكترونية في قواعد روتردام نجد أنها قد جاءت بصورة أكثر تفصيلاً وشمولاً عن سابقتها، كما أنها قد جاءت على حد تصور لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لترسي نظاماً قانونياً موحداً وحديثاً ينظم حقوق والتزامات الشاحنين والناقلين والمرسل إليهم بموجب عقود نقل من الباب إلى الباب التي تشمل بين مراحلها مرحلة بحرية دولية، وتستند إلى الاتفاقيات السابقة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع عن طريق البحر، وبوجه خاص تستند إلى كل من قواعد بروكسل لسنة 1924م والبروتوكولات الملحق بها «لاهاي - فيسبي» وقواعد هامبورج لسنة 1978م؛ ليكون تقديم هذه الاتفاقية كبديل لهذه الاتفاقيات، حيث توفر قواعد روتردام إطاراً قانونياً يأخذ في الاعتبار العديد من التطورات التكنولوجية والتجارية التي حصلت في مجال النقل البحري منذ اعتماد الاتفاقيات السابقة بما في ذلك الزيادة التي شهدتها النقل بالحاويات والرغبة في خدمات النقل من الباب إلى الباب بموجب عقد واحد ووضع وثائق للنقل الإلكتروني، حيث

توفر هذه الاتفاقية - والحديث لا يزال للجنة - توفر للشاحنين والناقلين نظاماً عالمياً ملزماً ومتوازناً لدعم تنفيذ عقود النقل البحري التي قد تشمل وسائل نقل أخرى. ومهما يكن ما دار من لغط حول هذه الاتفاقية إلا أنه من الواضح أنها قد تناولت ما يتصل بموضوع وثائق النقل الإلكترونية بصورة أكثر تفصيلاً وشمولاً عما سبقها من الاتفاقيات المشار إليها أعلاه، ولعل السبب في ذلك يعود لكونها آخر هذه الاتفاقيات في مجال عقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر، كما أنها تمثل أول اتفاقية تصدر في هذا الصدد في حقبة القرن الواحد والعشرين، حيث تواكب فيه الثورة الهائلة في مجال المعلومات والاتصالات وتقنياتها. وقد نظمت المادة (1) من قواعد روتردام كل ما يتصل بالتعاريف؛ حيث عرفت «سجل النقل الإلكتروني» بأنها المعلومات الواردة في رسالة واحدة أو أكثر يصدرها الناقل بوسيلة اتصال إلكترونية بمقتضى عقد النقل بما فيها المعلومات المرتبطة منطقياً بسجل النقل الإلكتروني بواسطة مرفقات أو الموصولة بطريقة أخرى بسجل النقل الإلكتروني إبان أو عقب إصداره من جانب الناقل بحيث تصبح جزءاً من سجل النقل الإلكتروني، حيث تثبت هذه المعلومات تسلم الناقل أو الطرف المنفذ للبضائع بمقتضى عقد النقل، وكذلك وجود عقد النقل أو تشتمل عليه، وعرفت «سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول» بأنه السجل الذي يدل بعبارة مثل لأمر أو قابل للتداول أو بعبارة أخرى يعترف بها القانون المطبق على ذلك السجل؛ بأن يكون لها المفعول ذاته بأن البضائع قد أرسلت لأمر الشاحن أو لأمر المرسل إليه، ولا يذكر فيه صراحة أنه «غير قابل للتداول»، وفي استخدام بمقتضى المادة (1/9)؛ والتي اشتملت على إجراءات استخدام سجلات النقل الإلكترونية القابلة للتداول، وقد عرفت «سجل النقل الإلكتروني غير القابل للتداول» بأنه سجل النقل الإلكتروني الذي لا يندرج ضمن سجلات النقل الإلكترونية القابلة للتداول، بينما عرفت عبارة «إصدار سجل نقل إلكتروني قابل للتداول» تعني إصداره وفقاً لإجراءات تكفل خضوعه لسيطرة حصرية منذ إنشائه وإلى أن يفقد أي مفعول أو صلاحية، كما عرفت عبارة «إحالة سجل نقل إلكتروني قابل للتداول» تعني إحالة السيطرة الحصرية على ذلك السجل، وقد عرفت عبارة «تفاصيل العقد» تعني ما يرد في مستند أو سجل النقل الإلكتروني من معلومات تتعلق بعقد النقل أو بالبضائع (بما فيها من أحكام ورميزات وتوقعات وتظهرات)، وعرفت «الشاحن المستندي» بأنه أي شخص غير الشاحن يقبل أن يسمى بالشاحن في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني، كما عرفت «الحائز» بأنه الشخص الذي يحوز مستنداً قابلاً للتداول ويذكر في ذلك المستند إذا كان مستنداً لأمر أنه هو الشاحن أو المرسل إليه أو الشخص الذي يُظهر إليه ذلك المستند حسب الأصول، فإذا كان ذلك المستند مستنداً لأمر مُظهرًا على بياض أو مستنداً لحامله فيكون لحامله أو للشخص الذي أصدر أو أحيل إليه سجل نقل

إلكتروني قابل للتداول وفقاً للإجراءات المشار إليها في المادة (1/9)، بينما عرّفت «المرسل إليه» بأنه الشخص الذي يحق له تسلم البضاعة بمقتضى عقد النقل أو مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني. وقد نظمت المادة (5) من قواعد روتردام نطاق التطبيق العام، بأن يكون تطبيقها على عقود النقل التي يكون فيها مكان التسلم أو مكان التسليم واقعين في دولتين مختلفتين، ويكون فيها ميناء التحميل في عملية نقل بحري وميناء التفريغ في عملية النقل البحري ذاتها واقعين في دولتين مختلفتين إذا كان مكانا التسلم أو التسليم أو ميناء التحميل أو التفريغ يقعان وفقاً لعقد النقل في دولة متعاقدة، كما نصّت هذه المادة بأن يكون تطبيق هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية المركب أو الناقل أو الأطراف المنفذة أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي أطراف أخرى ذات مصلحة. وقد أوردت المادة (6) من قواعد روتردام جملة من الاستثناءات من نطاق التطبيق، حيث لا تطبق هذه الاتفاقية على العقود المتعلقة بالنقل الملاحي المنتظم وهي كل من مشارطات الإيجار والعقود الأخرى المتعلقة باستخدام سفينة أو أي جزء منها، كما لا تطبق هذه الاتفاقية على عقود النقل الملاحي غير المنتظم إلا عندما لا تكون هناك مشاركة إيجار أو عقد آخر لاستخدام سفينة أو أي حيز عليها ويصدر للنقل مستند نقل أو سجل نقل إلكتروني. وقد نظمت المادة (8) من قواعد روتردام استخدام سجلات النقل الإلكترونية ومفعولها، حيث يجوز تسجيل أي شيء تقضي هذه الاتفاقية بأن يشتمل عليه مستند النقل أو يحمله سجل نقل إلكتروني؛ شريطة أن يكون إصدار سجل النقل الإلكتروني واستخدامه لاحقاً بموافقة الناقل والشاحن، ويكون لإصدار سجل النقل الإلكتروني أو السيطرة عليه أو إحالته نفس مفعول إصدار مستند النقل أو حيازته أو إحالته. بينما نظمت المادة (9) إجراءات استخدام سجلات النقل الإلكترونية، فوق الفقرة (1) منها يخضع استخدام سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول لإجراءات تنص على طريقة إصدار ذلك المستند وإحالته إلى حائز مقصود وتأكيد أن سلامة سجل النقل الإلكتروني القابل للتداول لم تمس والكيفية التي يمكن بها للحائز أن يثبت أنه هو الحائز والطريقة التي يؤكد بها إتمام التسليم إلى الحائز أو فقدان سجل النقل الإلكتروني لأي مفعول أو صلاحية بمقتضى المادة (2/10) أو المادة (1/47/أ/2/ج)، ويشار في تفاصيل العقد وفق الفقرة (2) من هذه الاتفاقية إلى الإجراءات المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة، ويجب أن يكون التحقق من اتباع تلك الإجراءات ميسوراً. وقد نظمت المادة (10) بفقراتها إمكانية إبدال مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول، بينما نظمت المادة (45) بفقراتها مسألة تسليم البضائع في حال عدم إصدار مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول، أما المادة (47) بفقراتها فقد نظمت إمكانية تسليم البضائع في حال إصدار مستند نقل قابل للتداول أو سجل نقل إلكتروني قابل للتداول.

الخاتمة:

وختاماً يمكن القول بأن الدول المتقدمة قد أخذت بالنظام الإلكتروني للبيانات في العديد من المجالات ومنها مجال النقل البحري، الأمر الذي أدى إلى اتساع الهوة بين هذه الدول وبين الدول النامية، وإن لم يتم تداركه فإن وضع المؤسسات بأنواعها في الدول النامية سوف يتدنّى أكثر فأكثر وتبقى دولاً تابعة على الدوام.

بطاقة اشتراك مجلة معهد دبي القضائي

نصف سنوية محكمة تعنى بنشر البحوث والدراسات القانونية المتعلقة
بتقنية المعلومات والعلوم الحديثة

الاشتراكات السنوية - مدة الاشتراك (سنة - عددان)			
نوع الاشتراك:	الإمارات	الدول العربية	باقي دول العالم
مؤسسات	١٢٠	١٤٠ درهماً	٤٠ دولار
أفراد	٥٠	٧٠ درهماً	٢٠ دولار



للاشتراك يرجى تعبئة النموذج المرفق أو الاتصال على عناوين المعهد

هاتف: ٢٨٣٣٣٠٠ - ٩٧١٤ فاكس: ٢٨٣٧٠٧١ - ٩٧١٤

بريد إلكتروني: mail@dji.gov.ae - research@dji.gov.ae

وإرسال القيمة المالية وفقاً للتالي

١- الدفع نقداً .. في مقر المعهد

٢- إصدار شيك باسم / (H.H THE RULER'S COURT - DUBAI)

٣- حوالة بنكية إلى الحساب التالي ..

Emirates NBD Bank PJSC

Main Branch. Deira. Dubai

EBILAEAD

H.H the ruler's court. Government of Dubai

AE070260001012004074102

اسم البنك:

فرع:

سويتف كود (Swift Code):

اسم الحساب:

رقم الحساب (IBAN A/C):

مع إرسال صورة إيصال الحوالة إلى المعهد

أرغب بالاشتراك في مجلة «معهد دبي القضائي»

الإسم:

العنوان بالتفصيل / للتسليم المباشر

البلد .. المدينة .. ص. ب.

تفاصيل أخرى

رقم الهاتف



P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 28 333 00
Fax: 00971 4 28 270 71
Web: www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www.     / DubaiJudicial





أن نكون مركزاً إقليمياً للتميز القانوني والعدلي



تزويد أعضاء المجتمع القانوني بأفضل تدريب مهني
والتطوير المستمر وإكسابهم المعرفة الحديثة ذات الصلة

معهد دبي القضائي
DUBAI JUDICIAL INSTITUTE



P.O.Box.: 28552 Dubai
United Arab Emirates
Tel.: 00971 4 28 333 00
Fax: 00971 4 28 270 71
Web: www.dji.gov.ae
research@dji.gov.ae

www.     / DubaiJudicial

