

# مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العام الثالث - العدد 25 - مايو 2018





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

## رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

## أسرة التحرير:

- د. أحمد طارق ياسين محمد المولى، جامعة الموصل (العراق)  
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي (المغرب)  
د. المصطفى طایل، جامعة مولاي إسماعيل مكناس (المغرب)  
د. العباسوي عماد، جامعة كومبلوتنسي بمدريد (إسبانيا)  
د. سفيان سوالم جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)  
د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين)  
د. عبد الناصر أبو سمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين)  
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)  
د. محمد عليان العزام، جامعة أبوظبي (الإمارات العربية المتحدة)  
د. موفق المحاميد، كلية القانون، جامعة آل البيت (الأردن)  
د. نوفل علي عبد الله الصفو، جامعة الموصل (العراق)

## التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت / الجزائر).  
د. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعديّة / سوق أهراس / الجزائر).

## اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. الطيب بلواضح، جامعة محمد بوضياف، المسيلة / الجزائر.  
د. جبري محمد، جامعة البليدة 2 / الجزائر.  
د. حجاري محمد، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر / الجزائر.  
د. عكروم عادل، جامعة البليدة 2 / الجزائر.  
د. قهاركميلة روضة، جامعة مصطفى اسطمبولي، معسكر / الجزائر.  
د. محمد بوطوبة، المركز الجامعي عين تموشنت / الجزائر.  
د. مرتضى عبد الله خيرى، كلية البريمي الجامعية، سلطنة عمان.

## التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهرياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد. تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه المجلة تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

## قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

### بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون شهر من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • نظام المعالجة الآلية للمعطيات الالكترونية كأساس للحماية الجزائية في التشريع الجزائري، د. يعيش تمام شوقي، جامعة بسكرة - د. خليفة محمد، جامعة عنابة (الجزائر).
- 27 • المسؤولية الجنائية عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي دراسة مقارنة، د. داليا عبد العزيز، أستاذ القانون الجنائي المساعد، كليات القصيم الأهلية (المملكة العربية السعودية).
- 77 • إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت (تأثير نظرية "النائب الإنساني" على جدوى القانون في المستقبل) - دراسة تحليلية استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات - د. همام القوصي، جامعة حلب (سورية).
- 113 • حُكْمُ رجوع مَنْ أسلَمَ تبعاً لإسلامِ أحدِ والديه لدينه السابق في القانون العراقي، د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق).
- 137 • **Le Médiateur bancaire en droit tunisien selon la réforme de la loi n° 2016-48 du 11 Juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers**, Khrifech Nizar , Institut des hautes études commerciales de Sfax, Tunisie.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية  
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018



## الافتتاحية

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الَّذِي بَفَضْلِهِ تَتِمُّ الصَّالِحَاتُ

اخترنا لكم في هذا العدد الجديد من مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، أبحاثاً ومقالات تعالج مواضيع هامة، حساسة وجديدة في نفس الوقت، بحيث تناول المقال الأول نظام المعالجة الآلية للمعطيات الالكترونية كأساس للحماية الجزائية في التشريع الجزائري، محددا بدقة مدلول ومكونات وحدود النظام المعلوماتي في ضوء التشريع الجزائري، وما استقر عليه موقف التشريعات الأخرى خاصة التشريع الفرنسي.

كما احتوى العدد على بحث معمق توسع في معالجة المسؤولية الجنائية عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في كل من النظام السعودي مقارنة بالقانون الاماراتي متوقفا عند ماهية هذه الجريمة، أركانها، أنواعها، طرق ارتكابها، دوافعها والآثار التي تترتب عليها، كما عالج البحث الإشكاليات التي يثيرها هذا النوع من الجرائم الالكترونية والعراقيل التي تواجهه نظرا لخصوصيته، للوصول في الأخير إلى عرض العقوبات المقررة له في كل من القانونين.

أما البحث المعمق الثاني لهذا العدد والذي يعتبر الأول عربيا، فلقد عالج إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الرجل الآلي، كدراسة استشرافية تسعى إلى تحديد طبيعة الجهة المسؤولة أمام القانون عن الأضرار التي قد يتسبب بها «الربوت» وفقا للقانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات الصادر في عام 2017.

لينتقل مقالا آخر لدراسة موضوعا حساسا جدا مرتبطا بحكم تبديل الدين في التشريع العراقي بالنسبة لمن رجع لدينه السابق بعد سن الرشد بعدما كان قد أسلم تبعا لإسلام أحد والديه.

أما المقال باللغة الفرنسية لهذا العدد فلقد عالج وسيلة التوفيق البنكي بصفتها إحدى الوسائل البديلة لفض النزاعات بين الحريف والبنك في التشريع التونسي.

نتمنى أن نكون قد وفقنا في اختيار مواضيع هذا العدد وأن تكون المجلة مستمرة في تقديم كل ما كان جديدا ونوعيا ونغتنم الفرصة للاعتذار للباحثين الذين رفضت مقالاتهم للنشر وهذا حرصا منا على تشجيعهم على تقديم الأفضل، الأصيل وعدم اجترار المواضيع النظرية التي تناولتها دراسات كثيرة منشورة.

وفي الأخير نتقدم بشكرنا المعتاد لأسرة تحرير المجلة وللجنة العلمية التحكيمية لهذا العدد على صرامتهم ودقتهم وعدم قبول أي تعدي عن الأمانة العلمية، وشكر خاص للفاضلتين المدققتين اللغويتين للمجلة.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالب المي



## نظام المعالجة الآلية للمعطيات الالكترونية كأساس للحماية الجزائية في التشريع الجزائري

د. خليفة محمد أستاذ محاضر "أ"  
قسم الحقوق، جامعة عنابة / الجزائر

د. يعيش تمام شوقي، أستاذ محاضر "أ"  
قسم الحقوق، جامعة بسكرة / الجزائر

### Summary

The article deals with the idea of the information system as the basis for the limits of criminal protection of data and electronic data. The existence of an information crime that threatens or harms the data processed automatically within a digital system assumes that there is an information system as the engine and operator of this data whatever the means used by the computer or Any other information medium. Therefore, it was necessary to define precisely the meaning, components and limits of the information system in the light of Algerian legislation, and the position of other legislation, especially the French legislation. It is also necessary to specify the extent to which the information system Technical or technical precedent and necessary to protect the existence of a criminal

## الملخص

يعالج موضوع المقال فكرة النظام المعلوماتي بوصفه الأساس الذي تقوم عليه حدود الحماية الجزائرية المقررة للبيانات والمعطيات الالكترونية ، ذلك أن التسليم بوجود جريمة معلوماتية تهدد أو تضر بالمعطيات المعالجة آليا والمضمنة داخل بيئة رقمية يفترض حتما أن هناك نظام معلوماتي كمحرك ومشغل لها مهما كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك الحاسوب ، أو أي وسيط معلوماتي آخر، ومن هنا كان لا بد من أن نحدد بدقة مدلول ومكونات وحدود النظام المعلوماتي في ضوء التشريع الجزائري ، وما استقر عليه موقف التشريعات الأخرى خاصة التشريع الفرنسي، مع ضرورة تحديد كذلك مدى اشتراط شمول النظام المعلوماتي على حماية تقنية أو فنية سابقة ولزامه على وجود حماية جزائية له.

## مقدمة

يشهد الواقع المعاش تسارعا في أنماط التطور العلمي والتكنولوجي نتج عن التوسع في استخدام وسائل وتقنيات الاتصال والاعلام في شتى جوانب الحياة الخاصة والعامة في ظل ما أصبح يطلق عليه بالبيئة الرقمية. وهو ما أدى بالضرورة إلى التغير والتحول في مفهوم الحماية المقررة للمصالح الاجتماعية من كونها مجرد مصالح مادية تحظى بحماية تقليدية إلى مفهوم جديد أصبحت فيه تلك المصالح محل حماية مفترضة ، خصوصا ما تعلق منها بالحماية الجزائرية ، لذلك كان لزاما على المشرع أن يتدخل من أجل ضبط دائرة الأفعال التي تضر بالمصالح الخاصة للأفراد ، وكذا المصالح العامة لمؤسسات الدولة مستفيدة في ذلك مما أفرزته التطورات التكنولوجية من وسائط معلوماتية مفتوحة للجمهور ، فترقى لتشكل أعمالا إجرامية. فظهر نتيجة لذلك مصطلح الجريمة المعلوماتية بوصفها جرائم حديثة تتميز في طبيعتها وكيفية ارتكابها عن سائر الجرائم التقليدية الأخرى.

ولعل أحد أهم مميزات الجرائم المعلوماتية هو محلها الذي تقع عليه ، والمتمثل في النظام المعلوماتي بمدلوله الواسع أو كما يسميه المشرع الجزائري بنظام المعالجة الآلية للمعطيات، فهو الذي يميزها عن سائر الجرائم التقليدية ، ويحول دون تطبيق نصوص هذه الأخيرة عليها ، هذا النظام ذو طبيعة متميزة وفكرته فكرة جوهرية ، تدور معها الجريمة المعلوماتية وجودا وعدما ، سواء تعلق موضوعها بكونها من جرائم الخطر كجريمة اختراق البيانات داخل نظام معلوماتي ، أو حتى كونها من جرائم الضرر كإتلاف البيانات والمعطيات الالكترونية. ولهذا وجب فهم هذا النظام وتحليل مكوناته وفق موقف المشرع الجزائري و ، وتبعاً لذلك يكون من الضروري في هذه الحالة أن نتساءل :

ما هي طبيعة وحدود فكرة النظام المعلوماتي بوصفه الأساس الذي تقوم عليها الحماية الجزائرية للمعطيات الالكترونية في ضوء التشريع الجزائري؟

سوف تتم الاجابة على الاشكالية المطروحة من خلال مبحثين:

المبحث الأول: الاطار المفاهيمي للنظام المعلوماتي

المبحث الثاني: إشكالية الحماية التقنية للنظام المعلوماتي

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للنظام المعلوماتي

يعتبر النظام المعلوماتي أو نظام المعالجة الآلية للمعطيات فكرة أساسية ، ذلك أن هذا النظام هو ركن مفترض بالنسبة للجرائم المعلوماتية ، وهو الركن الذي يتحكم في وجود أو انعدام الركن المادي الذي ينطوي على الأفعال والوقائع التي تمس أو تهدد النظام المعلوماتي، وستتناول من خلال المبحث الأول لنظام المعلوماتي وفق ما ذهب اليه المشرع الجزائري ومدى تأثيره أو اختلافه عن التشريعات الأخرى بخصوص ضبط مدلوله وعناصره، ليتسنى لنا فيما بعد إلى تطبيقات النظام المعلوماتي.

المطلب الأول: التعريف التشريعي والفقهني للنظام المعلوماتي

لا بد أن نشير في البداية أن المشرع الجزائري عند تطرقه للجرائم المعلوماتية سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية أو قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها ، قد استخدم مصطلحين إثنين عند إشارته للنظام المعلوماتي ، وهما مصطلح " نظام المعالجة الآلية للمعطيات "، ومصطلح " منظومة معلوماتية"، ففي قانون العقوبات استخدم المصطلحين معاً<sup>(1)</sup>، وفي قانون الإجراءات استخدم مصطلح " نظام المعالجة الآلية للمعطيات "<sup>(2)</sup> ، أما في قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها فقد استخدم مصطلح " منظومة معلوماتية " في مادته الثانية<sup>(3)</sup> وقدم تعريفاً لهذه الأخيرة ، ولأنّ هذا التعريف ينطبق تماماً على نظام المعالجة الآلية للمعطيات، ولأنّ المشرع استخدم المصطلحين معاً ولم يفرق بينهما فإننا نستخلص أنّ المشرع الجزائري يوظف هذين المصطلحين

<sup>(1)</sup> فقد استخدم قانون العقوبات مصطلح " منظومة معلوماتية " في نصه على جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة، بينما استخدم مصطلح " نظام المعالجة الآلية للمعطيات " في نصه على جريمة التواجد غير المشروع في الأنظمة المعلوماتية وجريمة التلاعب بالمعطيات. راجع وفقاً لهذا الموقف على التوالي المواد: 394 مكرر 2، 394 مكرر، 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري المضافة بموجب القانون رقم 04/15 المؤرخ في 10 نوفمبر المعدل والمتمم للقانون 156/66 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 71 بتاريخ 10/11/2004، ص 2.

<sup>(2)</sup> أنظر على سبيل المثال: المواد 65 مكرر، 65 مكرر 5 من قانون الاجراءات الجزائية المضافة بموجب القانون 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم للأمر 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 84 ، بتاريخ 24/12/2006، ص 4.

<sup>(3)</sup> القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05/08/2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 47، بتاريخ 16/08/2009، ص 5.

كمترادفين، أي أنه لا يميز بينهما ، فنظام المعالجة الآلية للمعطيات عنده يعني المنظومة المعلوماتية والعكس صحيح .

ونحن من جانبنا نؤثر استخدام مصطلح " النظام المعلوماتي " لثلاثة أسباب على الأقل : أولهما عدم تعارضه مع ما جاء في التشريع الجزائري ، والثاني هو استخدام هذا المصطلح من طرف كثير من القوانين المقارنة التي قد نتطرق لها في دراستنا هذه ، أما السبب الثالث فهو استخدام هذا المصطلح من طرف الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2010 والتي صادقت عليها الجزائر في الثامن من سبتمبر 2014. فهذا المصطلح يجمع مختلف القوانين حول المعنى نفسه . وبالتالي فاستخدامنا لمصطلح " النظام المعلوماتي " نعني به في الوقت نفسه " نظام المعالجة الآلية للمعطيات " ، والعكس صحيح.

رغم ذلك فلم يرق المشرع الجزائري بتقديم تعريف لنظام المعالجة الآلية للمعطيات عند نصه على جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات في تعديله لقانون العقوبات سنة 2004 ، لكنه تطرق لهذا الموضوع في القانون رقم 04/09 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، إذ جاءت المادة الثانية من هذا القانون تحدد مفهوم بعض المصطلحات، ومنها مفهوم المنظومة المعلوماتية، بحيث عرفتها بأنها: " أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذاً لبرنامج معين".

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر عند وضعه للتعريف السابق بالتعريف الذي وضعته إتفاقية بودابست سألقة الذكر، إذ عرفت هذه الأخيرة النظام المعلوماتي بأنه: "كل آلة بمفردها أو مع غيرها من الآلات المتصلة أو المرتبطة، والتي يمكن أن تقوم سواء بمفردها. أو مع مجموعة عناصر أخرى، تنفيذاً لبرنامج معين، بأداء معالجة آلية للبيانات"<sup>(1)</sup> ثم عرفت المادة نفسها المعطيات المعلوماتية بأنها: "أي عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية، بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها".

والمطلع على بعض التشريعات العربية يلاحظ أنها حاولت هي الأخرى تقديم تعريف للنظام المعلوماتي من خلال التركيز على مكوناته والوظائف التي يؤديها ، ومن ذلك نجد أن قانون العقوبات القطري لسنة 2004 في مادته 370 يقدم تعريفا لنظام المعالجة الآلية للمعطيات بالقول أنه: " كل مجموعة من واحدة أو أكثر من

<sup>(1)</sup> والنص بالفرنسية كالتالي:

"Système informatique désigne tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou assurent un ou plusieurs éléments assurés en exécution d'un programme, un traitement automatisé de données".

وحدات المعالجة، سواء تمثلت في ذاكرة الحاسب الآلي أو برامجه، أو وحدات الإدخال أو الإخراج أو الاتصال التي تساهم في تحقيق نتيجة معينة".<sup>(1)</sup>

أما القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 والخاص بالمعاملات الالكترونية فقد عرف في مادته الثانية نظام معالجة المعلومات بأنه: "النظام الالكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تسلمها أو معالجتها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر". ويقصد بمصطلح "الالكتروني" حسب هذه المادة نفسها: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"، ويقصد بمصطلح "معلومات" البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك".<sup>(2)</sup>

كما ذهب المشرع الإماراتي من خلال القانون الاتحادي رقم (1) لسنة 2006م في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية إلى تعريف نظام المعلومات الالكتروني في مادته الأولى بأنه "مجموعة برامج وأجهزة معدة لمعالجة وإدارة البيانات والمعلومات لإنشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات أو الرسائل الكترونياً". وعرفت المادة نفسها مصطلح "الالكتروني" بأنه: "ما يتصلب التكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك". كما عرفت المعلومات الالكترونية بأنها: "معلومات ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها".<sup>(3)</sup>

ويظهر أن المشرع الإماراتي قد استدرك من خلال القانون رقم (1) لسنة 2006 طبعة الوسائل التي تدخل في تكوين النظام المعلوماتي والمتمثلة في وسائل غير مادية وهي البرامج وأخرى مادية وهي الأجهزة والتي توظف جميعها في إطار المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، وهذا ما لم يتفطن إليه من خلال القانون رقم (2) لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية في مادته من خلال مادته الثانية<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> حيث وردت هذه المادة ضمن الفصل الخامس المعنون ب: جرائم الحاسوب من القانون رقم 11 لسنة 2004 بإصدار قانون 2004/11، البوابة القانونية القطرية، من الموقع الالكتروني:

تاريخ الزيارة: 2018/03/22 <http://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=26&la>

<sup>(2)</sup> راجع بشأن المادة: الرابط الالكتروني: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo058ar.pdf>

تاريخ الزيارة 2018/03/22.

<sup>(3)</sup> حيث وردت هذه المادة ضمن الفصل الأول المعنون ب: تعاريف راجع: الرابط الإلكتروني:

<http://www.dubaided.ae/Arabic/DataCenter/BusinessRegulations/Pages/FederalLaw1of2006.aspx>

تاريخ الزيارة: 2018/03/22

<sup>(4)</sup> راجع بشأن هذه المادة الرابط الالكتروني:

<http://www.arabruleoflaw.org/compendium/Files/UAE/60.pdf>

تاريخ الزيارة: 2018/03/24

كما قدم قانون التجارة الالكترونية البحريني في مادته الأولى تعريفا لنظام المعلومات بأنه: "نظام إلكتروني لإنشاء أو إرسال أو بث أو تسلم أو حفظ أو عرض أو تقديم المعلومات". وعرفت المادة نفسها المعلومات بأنها: "البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وبرامج الحاسب والبرمجيات وقواعد البيانات والكلام وما شابه ذلك"<sup>(1)</sup>.

أما القانون الفرنسي ، وعلى خلاف مصطلح " معالجة آلية " فإنّ تعريف مصطلح " نظام معالجة آلية للمعطيات " لم يظهر في أي نص من نصوص هذا القانون ، فمصطلح " معالجة آلية " استعمل لتنظيم حماية المعلومات الاسمية عن طريق القانون 06 يناير 1978 الفرنسي ، وليس هناك تعريف رسمي لنظام المعالجة الآلية للمعطيات في القرار المتعلق بإثراء المصطلحات المعلوماتية رغم أنه يمثل أساس النظرية العامة للقانون المعلوماتي<sup>(3)</sup>.

وكان وزير المالية الفرنسي قد قدّم في المعجم الأبجدي تعريفاً لفكرة النظام المعلوماتي بأنه مجموعة تجهيزات وبرامج يحتوي على الأقل على حاسب آلي يقوم بمعالجة وإرجاع المعطيات ، ويؤخذ على هذا التعريف أنه إذا طبّقناه على النظام المعلوماتي نفسه فإنّنا نجدّه غير مكتمل لأنه يهمل الروابط بين مختلف وسائل هذا المجموع الذي يشكل النظام ، وعلى كل حال فهو تعريف يفتقر للقيمة القانونية<sup>(4)</sup>.

وحسب موسوعة *encyclopedia Universalis* فالنظام هو: "كل شيء مركب يتركب من مكونات مختلفة مرتبطة ببعضها بعدد معين من الروابط .." والفكرة الأساسية لهذا أن النظام يتطلب درجة من التعقيد أكبر من مكوناته. والتعريف المستخدم حقيقة هو التعريف الذي قدّمه مجلس الشيوخ الفرنسي ، وعدم احتفاظ الجمعية الوطنية الفرنسية بهذا التعريف يرجع لأسباب منهجية بحتة وليست له علاقة بمضمون هذا التعريف الذي يعتبر وسيلة تفسير للنص القانوني. وهذا التعريف كما يلي: " نظام المعالجة الآلية للمعطيات هو كل مجموع يتركب من واحدة أو أكثر من: وحدات المعالجة ، من ذاكرة برامج ، معطيات ، أجهزة إدخال وإخراج ، روابط تؤدي إلى نتيجة محددة ، على أن يكون هذا المجموع محميا بأجهزة أمان أو بالأحرى خاضعا لنظام المعالجة الفنية " <sup>(2)</sup>

<sup>(1)</sup> راجع بشأن المادة المرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية المنشور على الرابط الالكتروني:

<http://www.moic.gov.bh/Ar/Regulation/Documents/1b67380a2e4344a0bc9853fe5d624041282002.pdf>

تاريخ الزيارة : 2018/03/24

<sup>(3)</sup> Rymond Gassin , *fraude informatique*, Dalloz, Paris, 1995, p11

<sup>(4)</sup> Ibid., p12

<sup>(2)</sup> Xavier Linant de Bellefonds et Allan Hollande, *droit de l'informatique et de la télématique*, 2<sup>ème</sup> édition, J. Delmas et Cie, Paris, p. 236.

لعل أول ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه وإن كان يتطلب في الوحدات التي يتكون منها أنها ينبغي أن تهدف إلى نتيجة محددة ، غير أنه لم يحدد تلك النتيجة ، والتي يعد أمر تحديدها ضروري كونها ترسم دور النظام وهدفه ، والتي على ضوءها ينبغي أن يسعى نظام المعالجة الآلية الى تحقيقها بما ينسجم مع طبيعته ووظائفه ، وهي معالجة المعطيات سواء بنقلها أو بحفظها أو اجراء العمليات الحسابية والمنطقية عليها<sup>(1)</sup>

هذا ولم يشذ الفقه عن العناصر التي يتألف منها النظام المعلوماتي وفق ما سبق بيانه ، فعرف تبعاً لذلك على أنه مجموعة المكونات ذات علاقة متداخلة مع بعضها تعمل على نحو متكامل داخل حدود معينة داخل حدود معينة لتحقيق هدف أو أهداف مشتركة في بيئة ما ، وفي سبيل ذلك يقبل مدخلات وينتج مخرجات ، ويسمح باستقبال مدخلات مرتدة ، والمستخلص من ذلك أن عملية معالجة المعطيات تحتاج الى آلية منظمة تتولى عمليات جمع وتوفير المعلومات اللازمة ، ومعالجتها وقد ولد ذلك الحاجة الى اجراءات ووسائل تساعد على القيام بذلك فظهر نتيجة له مصطلح نظم المعلومات<sup>(2)</sup> ، والذي يقصد به مجموعة من الآليات والاجراءات المنظمة التي تسمح بتجميع وتصنيف وفرز البيانات ومعالجتها ومن ثم تحويلها الى معلومات تسترجع عند الحاجة ، بما يمكن بإنجاز عمل أو اتخاذ قرار أو القيام بأي وظيفة عن طريق المعرفة المحصلة من المعلومات المسترجعة من النظام<sup>(3)</sup>

#### المطلب الثاني: تطبيقات واستعمال نظام المعالجة الآلية للمعطيات

إن كل مجموع معلوماتي مهما كان حجمه ، وطريقة ربطه مع غيره ، وطريقة معالجته المرصودة بشكل نظاماً ، إذ لا يهم الحجم ولا الأهمية ولا تعدد الوسائل ، ومن الطبيعي أن الأنترنت أكبر الشبكات تؤسس نظاماً بشكل جيد ، والذي تنتقل عبره المعلومات صوب بنيات تحتية متعددة، وفي المقابل لا شيء يمنع أن بطاقة مزودة بمعالج تعتبر نظاماً<sup>(5)</sup> ، وهو ما ينطبق على البطاقات ذات الشريحة الحاسوبية التي تحمل من ضمن مكوناتها شريحة حاسوبية بدلا من الشريط الممغنط ، الأمر الذي جعل هذه البطاقات تصنف ضمن البطاقات الذكية ، وتعمل وفقا للآلية التي يعمل بها الحاسب الآلي ، إذ أن فيها ذاكرة وأجهزة خزن وما إلى ذلك<sup>(4)</sup>

<sup>(1)</sup> محمد حماد مرهج الهيبي، الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة في التشريع الاماراتي والسعودي والبحريني والقطري والعماني)، دار الكتب القانونية: ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، الامارات، 2014، ص 164.

<sup>(2)</sup> أنظر بخصوص هذا التعريف: رابعي عزيزة ، (العنصر المفترض في جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به للنظام المعلوماتي)، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المركز الجامعي بتندوف، العدد 1، 2 ، جوان 2016، ص 266.

<sup>(3)</sup> حمودي ناصر، (الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، المجلد 14، العدد 2، 2016، ص 76.

<sup>(5)</sup> Xavier linant de bellefonds et Allan Hollande, op.cit, p 236.

<sup>(4)</sup> محمد حماد مرهج الهيبي، مرجع سابق ، ص 170

والذي يهيم هو طريقة الربط ، رغم أنّ دوام ذلك غير لازم ، ويدخل في التجريم القراءة غير المصرح بها للمعلومات الموجودة على بطاقة الائتمان، فذلك يعتبر غشاً ، لأن هذه البطاقات جزء من نظام صالح لكي يقرأ ويسجل المعلومات على شريحة عندما يوضع في إتصال معه ، كذلك القرص المرن القابل للعزل والنقل والذي يحمل شريحة برامج خاصة تقرأ من جهاز قارئ خاص ، هذا القرص يشكل نظاماً مع هذا القارئ<sup>(2)</sup>.

ونظراً لأن مكونات نظام المعالجة الآلية للمعطيات مادية وغير مادية، المادية كالحاسب الآلي ودعامات البرامج والمعطيات، وحدات الإدخال والإخراج، أسلاك الاتصال، وغير المادية كاللغواريتمات التي تشكل البرامج والمعلومات المشفرة في شكل معطيات، يترتب على ذلك حتماً أن الروابط بين مختلف أجزاء هذا النظام تكون لها أهمية كبيرة<sup>(3)</sup>.

ويتطلب النظام الوجود المتزامن للأجهزة والبرامج، والقانون لا يعنى عادة بصور الاعتداء التي تطلالأجهزة المادية البحتة لوحدها كالدعامات والروابط، كما لا يعنى بالدخول في مجموع برامجي بحت، كتفكيك برامج ونسخ .. ، فقانون الغش المعلوماتي لا يحل في هذه الحالة محل القواعد التقليدية التي تنظم الإتلاف والتقليد<sup>(4)</sup>.

وتبعاً لذلك فإنّ الدخول إلى برنامج من أجل تعديله أو تحويله إلى استعمال آخر غير الاستعمال المخصص له لا يشكل غشاً بمفهوم قانون العقوبات إلا إذا كان هذا البرنامج يشارك في تطبيق فعلي داخل نظام كامل ، ذلك أن البرنامج المعزول لا يأخذ تكييف النظام ، كذلك الشأن بالنسبة لأي من المكونات السابقة والتي لا تشكل جزءاً من النظام .

كما لا يدخل في مدلول النظام المعلومات المخزنة والتي لا توجد بالمعالجة ، أي التي تعتبر كأرشيف Archives ، وبالتالي فالدخول عليها لا يمثل دخولاً إلى نظام للمعالجة الآلية للمعطيات ، والأموال المعلوماتية المعزولة لا تطبق عليها عموماً إلا القواعد التقليدية، ويمكن أن يشملها قانون 1978 الفرنسي الخاص بالمعلومات الشخصية وقانون 1985 الفرنسي الخاص بحماية البرامج وكذلك الاجتهادات القضائية كاجتهاد الغرفة الجنائية في سرقة ماله محتوى معلوماتي<sup>(5)</sup>.

<sup>(2)</sup> Ibid., p.236

<sup>(3)</sup> R. Gassin op. cit, p. 13.

<sup>(4)</sup> Xavier linant de bellefonds , op. cit, p. 236.

<sup>(5)</sup> R.Gassin , op. cit , p.13.et Xavier linant de bellefonds , op. cit, p. 236.

## المبحث الثاني: إشكالية الحماية التقنية للنظام المعلوماتي :

نظرًا لأهمية وقيمة المعلومات والبيانات الالكترونية في وقتنا الحاضر، فقد استحدثت وسائل كثيرة لحمايتها وحماية أنظمة معالجتها، وقد تنوعت هذه الوسائل بين مادية وغير مادية<sup>(1)</sup>.

ويلجأ أصحاب الأنظمة المعلوماتية كثيرًا إلى مثل هذه الأساليب وغيرها لتأمين الحماية للمعلومات التي تحتويها أنظمتهم والسؤال الذي يتبادر الى الذهن في هذا الشأن : هل أنّ الأنظمة المحميّة بأجهزة أمان هي وحدها التي تحظى بحماية قانون العقوبات ، أم أنّ كل الأنظمة تحظى بتلك الحماية ؟

لقد اختلف الفقه الفرنسي في الإجابة على هذا السؤال بين موسّع للحماية لتشمل كل الأنظمة، وبين من يحصرها في تلك المحمية فقط بأجهزة أمان، وسنتناول من خلال هذا المبحثي حجج كل واحد من الفريقين، لنستخلص بعدها موقف المشرع الجزائري.

### المطلب الأول: الاتجاه المقيد للحماية الجزائية

يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة قصر الحماية الجنائية على تلك الأنظمة التي وُقِر لها أصحابها حماية تقنية فحسب، ويستندون في تبرير رأيهم هذا إلى الحجج الآتية:

- أن الأعمال التحضيرية لقانون الغش المعلوماتي الفرنسي بيّنت في كثير من فقراتها أنّ المجتمعين فضّلوا ربط تلك الجرائم بوجود نظام أمن، وهو الأمر الذي تأكد في القراءة الأولى للقانون وكذلك في القراءة الثانية أمام الجمعية الوطنية<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> ذلك أن وسائل الأمن المعلوماتي المادي تهدف إلى المحافظة على الأجهزة (الكمبيوتر وملحقاته)، وتحقيق الحماية اللازمة للأسطوانات والشرائط والطابعات وأماكن التخزين والاتصالات، وهو ما يتحقق عملياً من خلال توفير تحصينات دفاعية ملموسة لحماية المنشآت من الكوارث الطبيعية والحوادث والاتلاف المتعمد، أما وسائل الأمن غير المادي، فهي ترتبط أساساً بحماية شبكات الاتصال من الدخلاء ومنع الولوج غير المسموح به، ومن أشهر التطبيقات في هذا الإطار الجدار الناري، الذي يسمح بإيجاد شبكة اتصال محصنة توفر سياسة أمنية بين الانترنت وشبكة المؤسسة حتى تكون في مأمن من عمليات اختراقها بصفة غير شرعية من خلال جدار يصد كل المستعملين المتطفلين أو المحترفين، وهو أسلوب للتصدي الفني، وهو وسيلة أثبتت نجاحها لحماية سلامة المعلومات، كما أنه من بين أساليب الحماية الحديثة ما توصلت إليه إحدى الشركات العالمية من ابتكار نظام شريحة إلكترونية تضاف إلى جهاز الحاسوب لتشفير البيانات الهامة داخله بحيث يتم إضافة هذه الشريحة إلى اللوحة الرئيسية للحاسوب. راجع في هذا الخصوص وتفصيل أخرى حول أسلوب الجدار الناري وأسلوب الشريحة الالكترونية كل من :

- غنية باطلي، الجريمة الالكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجزائرية للنشر والتوزيع: الجزائر، 2015، ص 141، وما بعدها.  
- عبد الصبور عبد القوي علي المصري، الجريمة الالكترونية، دار العلوم للنشر والتوزيع: القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص 120.  
R. Gassin, op. cit, p. 14.<sup>(2)</sup>

وكذلك:

محمد حماد مرهج الهبتي، مرجع سابق، ص 278.

- أن المنطق السليم والعدالة يقتضيان قصر الحماية الجنائية على الأنظمة المحمية بأنظمة أمان فحسب ، ذلك لأن القانون الجنائي لا يساعد إلا الأشخاص المجتهدين ، ومن غير المعقول حماية معلومات هامة تركها المسؤولون عنها دون أية إجراءات تكفل لها الحماية ، ولا ينبغي حماية حق لم يتحوّط له صاحبه ، وهذا يجعل الأشخاص لا يلجؤون إلى القانون الجنائي إلا عندما تعجز تلك التدابير الوقائية عن حماية أنظمتهم<sup>(1)</sup>.
- أنّ أنظمة الحاسبات تتميز بالانفتاح على الخارج عبر شبكات المعلومات ، هذه المعلومات قد تكون من الأهمية بحيث يصبح من الواجب حمايتها ، وإلا أصبح الدخول إليها سهلاً ، فهذه الأنظمة لها القابليّة للتعرض لهجومات ولهذا وجبت حمايتها<sup>(2)</sup>
- إن قانون المعلوماتية والحريات الفرنسي الصادر في 6 جانفي 1978 يعتبر سابقة تشريعية مهمّة في هذا الشأن ، إذ يفرض هذا القانون على مالك النظام ، أو المسؤول عنه التزاما بتأمين هذا النظام ( المادة 29) ، وكذلك المادة 226 فقرة 17 من قانون العقوبات تعاقب على كل إجراء أو معالجة آليّة لمعلومات إسمية دون اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمين هذه المعلومات ، ولا ينبغي حصر هذا الأمر في المعطيات الشخصية ، وإنّما يجب أن يشمل كل المعطيات بما فيها تلك التي تحميها المادة 323-1 من قانون العقوبات الفرنسي ، فلا تحظى بالحماية منها إلا تلك المعطيات المحمية بأجهزة أمان<sup>(3)</sup>.
- أنّ إقامة الدليل على قيام الركن المادي للجريمة المعلوماتية والتحقّق من توافر القصد الجنائي لدى فاعلها يتطلب وجود أنظمة الأمان ، فاختراق هذه الأخيرة على سبيل المثال يسهّل عملية الكشف عن الجريمة لأنّه يترك في العادة أثرا يدلّ عليه ، كما أنّ هذا الاختراق يساعد على التحقّق من وجود القصد الجنائي لدى الفاعل، وعليه فإنّ التفسير السليم لنص تجريم التواجد غير المشروع في الأنظمة المعلوماتية يقتضي قصره على اختراق الأنظمة المحميّة دون سواها<sup>(4)</sup>.
- بالتركيز على جريمة الدخول والبقاء غير المشروع داخل نظام معلوماتي نلاحظ التميز بين الدخول غير المصرح به والبقاء داخل النظام ، إذ يعتبر الأول جريمة وقتيّة بينما يعتبر الثاني جريمة مستمرة ، وهو ما

<sup>(1)</sup>R. Gassin , op. cit, p. 14

<sup>(2)</sup>ناثلة عادل محمد فريدقورة ، جرائم الحاسب الاقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ص 366.

<sup>(3)</sup>R. Gassin , op. cit, p. 14

<sup>(4)</sup>ناثلة عادل فريد محمد قورة ، مرجع السابق ، ص 367.

يقتضي وجود تمييز في الوسائل المستخدمة في ارتكاب كل واحد منهما ، فبينما يتطلب فعل الدخول اختراق الأنظمة الأمنية التي تحمي النظام فإنّ فعل البقاء لا يتطلب ذلك ، لأنّ الدخول كان مشروعاً<sup>(5)</sup>.

- إن اشتراط أن يكون الفعل قد تمّ عن طريق الغش هو شرط يتصل بمجريات الجريمة، لأنّ فعل الدخول في حدّ ذاته هو أسلوب محايد لا يدلّ في ذاته على عدم المشروعية، ولم يجد المشرع بُدّاً من اشتراط الغش، وهو الذي يتحقق باختراق نظم الأمان<sup>(6)</sup>.

### المطلب الثاني: الاتجاه الموسع للحماية الجزائية:

رغم قوة حجج المنادين بتضييق الحماية الجنائية وحصرتها في الأنظمة المحمية تقنياً فقط فإنّ هناك اتجاهاً آخر يرى بأنّ أنظمة الحاسبات الآلية وما تحويه من معطيات لا بدّ أن تحظى بالحماية بغضّ النظر عن احتوائها على أنظمة الأمان أو عدم احتوائها. ويردّ أصحاب هذا الاتجاه على الاتجاه السابق بالحجج الآتية<sup>(1)</sup>:

- أن تمتّع المال المسروق بحماية صاحبه أو عدم تمتّعه لا يؤثر في قيام جريمة السرقة ، كما لا يؤثر فيها مقدار الصعوبة التي واجهها الجاني في ارتكابه لجريمته .

- إن اشتراط وجود أجهزة أمان من شأنه أن يضيّق كثيراً من مجال تطبيق النص.

- هذا الشرط يتجاهل الحالات التي يتم فيها الدخول إلى النظام نتيجة خطأ قام به المبرمجون أو المسؤولون عن أمن النظام .

- إن تطلّب المادة 1-323 من قانون العقوبات الفرنسي لضرورة حصول الدخول عن طريق الغش هو أمر يتّصل بالركن المعنوي للجريمة وليس بالركن المادي ، حيث يشير إلى تطلّب القصد الجنائي العام لقيامها .

- إن سكوت القانون يدل على عدم اشتراطه لهذا الأمر، ومن المعروف أنّ المبادئ العامة في تفسير القانون الجنائي تقتضي عدم إضافة شرط لم ينص عليه القانون، فالنص جاء عاماً ولم يفرق بين نظام محمي وآخر غير محمي<sup>(2)</sup>.

<sup>(5)</sup>Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande ,Pratique du droit de l'informatique , 4<sup>ème</sup> édition , Delmas , 1998, p. 328 :

<sup>(6)</sup>Ibid.

<sup>(1)</sup>نائلة قورة ، مرجع سابق ، ص 368.

<sup>(2)</sup> علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، كلية الشريعة والقانون جامعة الامارات ، دولة الامارات العربية المتحدة ، 2000، ص 45

- إن الأعمال التحضيرية لقانون 1988 تعرّضت لهذا الشرط وتم إدراجه في تعريف مجلس الشيوخ لنظام المعالجة الآلية لمعطيات ، لكن رغم ذلك لم ينص عليه القانون ، وهذا يفسّر بأن الإرادة اتجهت إلى رفض تطلب مثل هذا الشرط من طرف البرلمان بما لا يدع مجالاً للشك، والمعلوم أنّ الأعمال التحضيرية ليست لها قوة الزامية، ودورها يقتصر على تفسير النصوص الغامضة أو المتعارضة<sup>(3)</sup>.

- إن الأخذ بفكرة نظام الأمان يضعنا أمام مشكل عويص الحلّ ، وهو تحديد متى يصلح نظام ما لأن يكون نظام أمان ؟ وما هو الحد الأدنى من الأمان ؟ أي كيف نحدد نوع الأمان وكمّه ؟<sup>(4)</sup>.

هذا وقد كان القضاء الفرنسي واضحاً في عدم أخذه بالشرط المتقدم ، وتأكّد ذلك في حكم لمحكمة استئناف باريس صدر سنة 1994 يبيّن أنّه ليس من اللازم لقيام جريمة التواجد غير المشروع في الأنظمة المعلوماتية أن يكون فعل الدخول تمّ بمخالفة تدابير أمنية، وأنّه يكفي لقيام الجريمة أن يكون الدخول قد تم ضدّ إرادة المسؤول عن النظام<sup>(1)</sup>.

والوضع في قانون العقوبات الجزائري مشابه للوضع في قانون العقوبات الفرنسي، إذ لم تُشر المادة 394 مكرر، وحتى المادة 394 مكرر 1 و 2 إلى ضرورة أن يكون نظام المعالجة الآلية للمعطيات محميّاً بجهاز أمان ، وإنما جاء النصّ عامّاً ، والمطلق كما هو متعارف عليه ينبغي أن يفسر على إطلاقه ، وعليه فإنّ جميع الأنظمة سواء كانت محمية أو غير محمية تحظى بحماية هذا القانون .

وبناءً على ذلك لا يدخل نظام الحماية التقنية كعنصرًا في تكوين الركن المادي للجريمة المعلوماتية بشكل عام وجريمة التواجد غير المشروع في الأنظمة المعلوماتية على وجه التخصيص ، فهذه الأخيرة تقوم بالاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات سواء كان محميّاً بنظام للأمان أم لم يكن محميّاً ، فالحماية الجنائية إذاً عامة تشمل كل الأنظمة المحمية فنيّاً منها وغير المحمية، ونحن نؤيد بدورنا هذا المسعى والذي من شأنه توسيع نطاق الحماية الجزائرية لكل صور الاعتداء التي تطل النظام المعلوماتي بما يضمن أمن وسلامة البيانات المعالجة ألياً.

#### خاتمة

نصل من خلال هاته الدراسة الى إيراد مجموعة من النتائج الجوهرية على النحو التالي:

- لم يتفطن المشرع الجزائري الى مسألة تقديم تعريف محدد ودقيق للنظام المعالجة الآلية للمعطيات أو حتى العناصر التي يتألف منها عند نصه على الجرائم الواقعة على هذا النظام في تعديل قانون العقوبات لسنة 2004، لكنه استدرك الأمر في القانون رقم 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم

<sup>(3)</sup>المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

<sup>(4)</sup>R. Gassin , op. cit ,p 15.

<sup>(2)</sup>R. Gassin , op. cit ,p 15.

- المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، وإن كان ما يسجل علمها هذا التعريف الذي أورده المشرع أنه لم يشر إلى مكونات النظام المعلوماتي، وهو ما تفادته تعريفات أخرى.
- إن المشرع الجزائري لم يراعي مسألة توحيد المصطلحات التي تشير إلى النظام المعلوماتي في مختلف القوانين الموضوعية والاجرائية المتصلة بنظم معالجة البيانات والمعطيات الالكترونية، حيث استخدم مصطلح نظام المعالجة الآلية للمعطيات، ووظف مصطلح منظومة معلوماتية، رغم أنه يقصد نفس المعنى.
- إن نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتكون من مكونات مادية وغير مادية، المادية منها كالحاسب الآلي ونحوه ودعامات البرامج والمعطيات، وحدات الإدخال والإخراج، أسلاك الاتصال، وغير المادية كاللوجاريتمات التي تشكل البرامج والمعلومات المشفرة في شكل معطيات، وعليه فإن أي من الأجهزة الحديثة التي ينطبق عليها هذا الوصف تعتبر نظاما للمعالجة الآلية للمعطيات، وتستفيد بالضرورة من الحماية الجنائية، ومثالها الهواتف الذكية واللوحات الرقمية، والموزعات الآلية وغيرها، وعليه فأى إعتداء عليها سواء بالاختراق أو التعديل أو الحذف أو نحو ذلك مما يمس المعطيات والبيانات التي تتضمنها يشكل جريمة معلوماتية قائمة بذاتها.
- رغم أهمية برامج الحماية التقنية للأنظمة ودورها الفعال في صد مختلف الاعتداءات على تلك الأنظمة، لاسيما إذا كانت تحوي معطيات مهمة وحساسة، ورغم أن المنطق السليم يقتضي عدم الاستغناء عن تلك الحماية، خاصة عند الربط بشبكة الأنترنت وما يشكله من مخاطر الاعتداء على تلك الأنظمة، رغم ذلك فإن المشرع الجزائري لم يشر إلى ضرورة أن يكون نظام المعالجة الآلية للمعطيات محميا ببرامج أمان، وإنما جاءت الحماية الجنائية عامة، لتشمل كل الأنظمة، سواء كانت محمية من الناحية التقنية أو غير محمية.
- إنطلاقا من النتائج المبينة أعلاه يمكن تقديم المقترحات التالية:**
- نقترح توحيد المصطلح بين مختلف القوانين ذات الصلة، واستخدام مصطلح "النظام المعلوماتي"، في عنوان الفصل المتضمن لصور الجرائم المعلوماتية في قانون العقوبات وحتى على مستوى مضامين النصوص القانونية الاجرائية المرتبطة بها، بوصفه المصطلح الأكثر شمولاً للمعنى والأوسع استخداماً من قبل القوانين المقارنة، فضلا عن أنه المصطلح المستخدم من طرف الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لعام 2010 والتي صادقت عليها الجزائر في الثامن من سبتمبر 2014.
- رغبة في تشجيع أصحاب الأنظمة المعلوماتية لحماية أنظمتهم ببرامج الحماية التقنية لاسيما في ظل انفتاحها على الأنترنت، فإننا نقترح على المشرع الجزائري تشديد العقوبة (ظرف تشديد) إذا تعلق الاعتداء بنظام محمي تقنيا، في مقابل كون الجريمة مجردة إذا كان النظام المعتدى عليه غير محمي من الناحية التقنية.

- نهيب المشرع الجزائري توفير حماية أكبر للأنظمة المعلوماتية، ولاسيما في مواجهة الأشخاص المنوط بهم التعامل مع هذه الأنظمة أو العاملين والموظفين الذين يملكون هذه الصلاحية، لأن بعضا من هؤلاء قد يستغل هذه الصلاحية للاعتداء على النظام ومحتوياته، وعليه نقترح تشديد العقوبة إذا تم الاعتداء على النظام من طرف عامل أو موظف له علاقة بالنظام وسهلت له وظيفته القيام بالجريمة.

### قائمة المصادر والمراجع

#### أولا: قائمة المصادر

#### - النصوص القانونية:

- 1- رقم 04/15 المؤرخ في 10 نوفمبر المعدل والمتمم للقانون 156/66 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 71 بتاريخ 2004/11/10.
- 2- القانون 22/06 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم للأمر 155/66 المتضمن قانون الاجراءات الجزائرية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.
- 3- القانون رقم 04/09 المؤرخ في 05/08/2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 47، بتاريخ 2009/08/16.

#### ثانيا: قائمة المراجع باللغة العربية

#### ● الكتب:

- 1) عبد الصبور عبد القوي علي المصري، الجريمة الالكترونية، دار العلوم للنشر والتوزيع: القاهرة، الطبعة الأولى، 2008.
- 2) غنية باطلي، الجريمة الالكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجزائرية للنشر والتوزيع: الجزائر، 2015.
- 3) نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية (دراسة نظرية وتطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 4) محمد حماد مرهج الهيتي، الجريمة المعلوماتية (دراسة مقارنة في التشريع الاماراتي والسعودي والبحريني والقطري والعماني)، دار الكتب القانونية: دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الامارات، 2014.

#### ● المقالات والبحوث العلمية:

- 1) بومعيزة جابر، (الاعتداء على المعطيات الآلية في الحكومة الالكترونية)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، العدد 12، 2017.

- (2) حمودي ناصر، (الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، جامعة بجاية ، المجلد 14، العدد 2، 2016.
- (3) رابحي عزيزة، (العنصر المفترض في جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به للنظام المعلوماتي)، المجلة الجزائرية للدراسات التاريخية والقانونية، المركز الجامعي بتندوف، العدد 1، 2، جوان 2016.
- (4) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات ، دولة الامارات العربية المتحدة ، 2000.

• المنشورات على الروابط الالكترونية:

- <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo058ar.pdf>

- <http://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=26&la>

- <http://www.dubaided.ae/Arabic/DataCenter/BusinessRegulations/Pages/FederalLaw1of2006.aspx>

<http://www.arabruleoflaw.org/compendium/Files/UAE/60.pdf>

<http://www.moic.gov.bh/Ar/Regulation/Documents/1b67380a2e4344a0bc9853fe5d624041282002.pdf>

ثالثاً: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

- 1) RymondGassin ,**fraude informatique**, Dalloz, Paris,1995.
- 2) Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande ,**Pratique du droit de l'informatique** , 4<sup>em</sup> édition , Delmas , 1998
- 3) Xavier linant de bellefonds et Allan Hollande, **droit de l'informatique et de la télématicque**, 2<sup>em</sup>, édition, J Delmas et Cie,Paris.



المسؤولية الجنائية عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي دراسة مقارنة  
د/ داليا عبد العزيز، أستاذ القانون الجنائي المساعد، كليات القصيم الأهلية  
المملكة العربية السعودية

Abstract:

This study deals with the crime of electronic extortion in both the Saudi system and the UAE law. It first dealt with this crime as a form of cybercrime. It was presented to define the crime, the types of crime, the ways of committing it, and the modern means used in executing the crime.

The study of the motives of this crime and the implications thereof, and the presentation of the crime of electronic extortion, the presentation of the elements of the constituent elements of the text of the system (the legal corner) and the physical and moral corner, and the study addresses the problems raised by the crime of electronic blackmail in procedural terms Of the procedures of the investigation, and the specificity of these procedures, which give obstacles and difficulties to the investigation bodies.

We also present the most important methods of proof of the crime of electronic blackmail, namely the digital evidence, definition and identification of what it is, and its divisions and the difficulties facing the investigation bodies in considering the digital evidence and dealing with it as proof of proof.

The study concludes with the introduction of penalties for extortion in the Saudi and Emirati laws, for cases of emphasis and exemption, for punishment of initiation and criminal contribution. A comparison between them is symptomatic of deficiencies and deficiencies, and of completeness, in order to benefit from this deficiency. Legislative aspects.

## ملخص

تعرض هذه الدراسة لجريمة الابتزاز الإلكتروني، في كل من النظام السعودي، والقانون الإماراتي، وقد تناولت في البداية هذه الجريمة كصورة من صور الجريمة الإلكترونية، وعرضت لتعريف ماهيتها، وأنواع الجريمة، وطرق ارتكابها، وتلك الوسائل الحديثة المستخدمة في تنفيذ الجريمة بعرض أركانها، كما يتعرض البحث لدوافع هذه الجريمة والآثار التي تترتب عليها، وكان عرض جريمة الابتزاز الإلكتروني ايداناً بعرض الأركان المكونة لها من نص نظامي (الركن الشرعي) والركن المادي والركن المعنوي. وتعالج الدراسة الإشكاليات التي تثيرها جريمة الابتزاز الإلكتروني من الناحية الإجرائية من إجراءات التحقيق، وخصوصية هذه الإجراءات التي تلقي بعراقيل وصعوبات أمام جهات التحقيق، كما نعرض لأهم طرق الإثبات التي تختص بجريمة الابتزاز الإلكتروني وهي الدليل الرقمي، بتعريفه والوقوف على ما هيته، واقسامه والصعوبات التي تواجه جهات التحقيق في اعتبار الدليل الرقمي والتعامل معه كدليل اثبات، وتنتهي الدراسة بعرض العقوبات المقررة لجريمة الابتزاز في النظام السعودي والقانون الإماراتي، ولحالات التشديد والاعفاء، ولعقاب الشروع والمساهمة الجنائية. مقارنة بينهما عارضة لأوجه النقص والقصور، ولأوجه التمام، بغرض الإفادة من هذا النقص وذلك التمام في النواحي التشريعية.

## مقدمة

شهد العالم ثورة مذهلة في مجال التكنولوجيا والاتصالات وتقنية المعلومات، حتى أن مقولة أن العالم أصبح قرية صغيرة، مقولة شارفت الصواب في معظمها، وهذه الثورة في التقنية، كان من أهم أوجه انتفاضتها، التقدم المذهل في مجال الحواسيب الآلية وملحقاتها، والبرامج التي تلحق بها، كما بات الاعتماد على هذه التكنولوجيا واضحاً جلياً في كل الجهات الرسمية وغير الرسمية، حتى بات العنصر لبشري يشكو من إحلال الأجهزة الذكية من حواسيب وبرامج محل الجهد البشري، حتى حل الذكاء الاصطناعي محل الذكاء البشري، على الرغم من أن هذه التكنولوجيا هي صناعة بشرية في الأساس، وأصبحت الدول تقاس مدى تقدمها بقدرتها على امتلاك والتعامل مع التكنولوجيا الحديثة في شتى مناحي الحياة، وبالرغم من هذه النعمة الكبيرة التي حلت بالجنس البشري، إلا أن هذه النعمة صاحبها نقمة، تمثلت في الاستخدام الغير قانوني لهذه التكنولوجيا، حتى أصبحت هذه التكنولوجيا تستخدم كعمول هدم لا للبناء، في أيدي الخارجين عن القانون، ذوو الصفات الخاصة، صاحبو الاجرام الناعم، الذي لا يراق فيه نقطة دماء، وبالرغم من خطورة هذه الجرائم، نجد صعيد آخر أنه نظراً لأن هذه الجريمة عابرة للحدود، فإن هذا السلوك الاجرامي الذي يستخدم شبكات المعلومات والتكنولوجيا الحديثة، يسهل التهرب من العقاب، حيث ترتكب كثير من هذه الجرائم من على بُعد دولي.

وقد انتشرت في الآونة الأخيرة وأصبحت ظاهرة جديرة بالنظر والاعتبار، الاجرام المستحدث، الذي يتم عن طريق التكنولوجيا، فهي الجريمة الإلكترونية، أو الجريمة التي ترتكب بواسطة تقنية المعلومات، وقد بذلت الدول العديد من الجهود لإقرار تشريعات تجرم سلوكا اجراميا يرتكب بواسطة شبكات المعلومات والأجهزة الحديثة، وباتت تعرف بالجرائم الإلكترونية، فهي الوجه الآخر للإجرام التقليدي، الذي يرتكب في وسط مادي، ومسرح جريمة تقليدي، حتى بات الوسط الذي ترتكب فيه الجريمة الإلكترونية هو ومضات كهربائية ومغناطيسية، ورموز، وشفرات، ولم يعد مسرح الجريمة إلا مسرحا افتراضياً، كما اهتم المجتمع الدولي بإقرار اتفاقات دولية لتوحيد التشريعات، ومازالت الجهود تبذل حثيثاً في هذا الشأن.

وقد أصبحت جريمة الابتزاز الإلكتروني وهي أحد صور الجريمة الإلكترونية ظاهرة تخترق المجتمع وتهدد دعائمه، وتضرب في مقتل أهم أهداف أي مجتمع متحضر من تحقيق الأمن لأفراده، وشعورهم بالأمان في حياتهم، ولعل جوهر وسبب تجريم جريمة الابتزاز الإلكتروني هو التهديد والابتزاز، والضغط الذي يمارس على الضحية، بتهديده بإفشاء سر يرى في كشفه معرة له وتعييب، مما يضطر معه إلى الانصياع والاذعان لرغبة الجاني، وتحقيق مطالبه المشروعة أو الغير مشروعة تحت اكراه من الخوف من الفضيحة، وهو ما دعا المنظم السعودي إلى سن نظام يجرم السلوك الاجرامي الذي يمثل جريمة الابتزاز الإلكتروني، واهتم شراح القانون بتفسيره وشرحه، وبيان أركان الجريمة التي تقوم عليها، وكذلك طرق التحقيق واثبات الجريمة، حتى أن خصوصية هذه الجريمة ألفت بآثارها على طرق الإثبات فيها، حتى أن لدليل الجريمة الرقمي، أسس وقواعد مختلفة، للتعامل معه، في التحقيق والإثبات، وبسبب خطورة هذه الجريمة شرع المنظمون في سن تشريعات تتماشى مع المستجدات على الساحة الاجرامية، ففرض عقوبات أصلية للجريمة، وكذلك عقوبات تكميلية، وقد وضع نصوصا وضع فيها عقوبة الشارع في الجريمة، وعقوبة من يساهم جنائيا في الجريمة، ونظرا لاختلاف السياسة الجنائية لكل مشرع، فقد وضع المنظم السعودي سياسة حدد فيها شروط الإعفاء من العقوبة وتشديدها، وفقاً لرؤيته، وايضا مقارنين في كل موضع موقف المشرع الاماراتي من كل النقاط، موضحين لأوجه النقص والقصور في كل تشريع، مطالبين بإكمال النقص، ومظهرين لأوجه الكمال في النصوص، مؤكداً على أن نتبع هذا النهج أو ذاك في كلا التشريعين.

#### مشكلة الدراسة:

ساهم التقدم الهائل الذي أضحى واضحا في المجال التكنولوجي، والزيادة المضطردة في عدد مستخدمي التكنولوجيا والأجهزة الحديثة، من اشخاص طبيعية، أو هيئات واشخاص معنوية، وكذلك استخدام متزايد لوسائل التواصل الاجتماعي، كل ذلك أسهم في ظهور فئة جديدة من الاجرام، مرتبطة بالتكنولوجيا، ومنها جرائم الابتزاز الإلكتروني، ونظرا لتزايد نسب ارتكاب هذه الجريمة في الآونة الأخيرة، ونظرا لن جريمة الابتزاز الإلكتروني لها خصوصية، ووسائل وطرق تنفيذها، الأمر الذي أدى إلى انعكاس هذه الخصوصية على مضمون الأنظمة والقوانين، حتى تتماشى مع طبيعة الجريمة ومعطياتها، وآثارها.

وبناء عليه كانت الحاجة ملحة لوضع هذا الموضوع موضع الدراسة والتحليل، ولبيان الفارق ما بين جريمة الابتزاز الإلكتروني ونظيره التقليدي، وأسس قيام المسؤولية الجنائي لفاعل الجريمة، وذلك في كل من النظام السعودي، والقانون الإماراتي، وينبغي على كل ذلك، تساؤل الدراسة المحوري:

ما هي المسؤولية الجنائية عن جريمة الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي مقارنة بالقانون الإماراتي؟

تساؤلات الدراسة:

ومن هذا التساؤل الرئيسي والمحوري، يتفرع عدة تساؤلات فرعية، تقف مع التساؤل الرئيسي لتقييم بنیان البحث وهي كالتالي:

- 1- ما هي جرائم الابتزاز الإلكتروني؟
- 2- ما هي دوافع جريمة الابتزاز الإلكتروني وأثارها؟
- 3- ما هي طرق جريمة الابتزاز الإلكتروني ووسائلها؟
- 4- ما هي أركان جريمة الابتزاز الإلكتروني؟
- 5- ما هي كيفية التحقيق في جريمة الابتزاز الإلكتروني؟
- 6- ما هي إجراءات التحقيق في جريمة الابتزاز الإلكتروني؟
- 7- ما هي الصعوبات التي تواجه السلطات المختصة في التحقيق؟
- 8- ما هي كيفية الإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني؟
- 9- ما هو الدليل الجنائي الرقمي؟
- 10- ما هي الصعوبات التي تواجه السلطات المختصة في الإثبات؟
- 11- ما هي العقوبات المترتبة على جريمة الابتزاز الإلكتروني؟

أهداف الدراسة:

- 1- تهدف الدراسة إلى التعرف ودراسة العديد من النقاط وهي:
- 2- التعرف على جريمة الابتزاز الإلكتروني
- 3- التعرف على طرق ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني
- 4- التعرف على دوافع ارتكاب الابتزاز الإلكتروني
- 5- دراسة أركان الجريمة في كل من النظام السعودي، والقانون الإماراتي
- 6- التعرف على كيفية التحقيق وإثبات جريمة الابتزاز الإلكتروني
- 7- التعرف على خصوصية أدلة الإثبات ومنها الدليل الرقمي
- 8- التعرف على الصعوبات التي تواجه رجال التحقيق في التحقيق في هذه الجرائم وإثباتها

- 9- التعرف على العقوبات المترتبة على جريمة الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي والقانون الإماراتي
- 10- إبراز أوجه الشبه والاختلاف بالقصور والكمال والاستفادة من هذه الاختلافات على الجانب التشريعي
- 11 - التعرف على السياسة التشريعية لكل مشرع من السعودي والإماراتي في تقريره لحالات التشديد والاعفاء والتخفيف من العقوبة.

أهمية الدراسة:

أولاً: الأهمية العلمية:

تظهر الأهمية العلمية للدراسة في تسليط الضوء على المسؤولية الجنائية لمرتكب جريمة الابتزاز الإلكتروني في كل من النظام السعودي والقانون الإماراتي، حيث أن تفشي هذه الجريمة أصبح يشكل خطراً كبيراً، لذا ارتأينا ان نقوم بدراسة مستفيضة لمسؤولية فاعل الجريمة، ولعل في هذا العمل ما يكون نواة يستند إليها الباحثين ورواد القانون والعاملين في المجال القانوني.

ثانياً: الأهمية العملية:

تظهر الأهمية العملية لهذه الدراسة لاستيعاب هذا النوع من المخاطر المستحدثة، والحد منها داخل المجتمع، والتقليل من آثارها، وزيادة الوعي لدى مستخدمي الأجهزة الحديثة بمخاطر هذه الجريمة، وبأخذ الحذر والحيطه في الاستخدام.

حدود الدراسة:

الحدود الموضوعية: تتناول هذه الدراسة القانونية العلمية جريمة الابتزاز الإلكتروني، والمسؤولية الجنائية تجاه هذا النوع من الاجرام، واجراء دراسة مقارنة بين النظام السعودي والقانون الإماراتي، وحتى يتأتى ذلك نعرض لماهية جريمة الابتزاز، وطبيعتها وأنواعها، وأركان هذه الجريمة، والمعوقات التي تواجه جهات التحقيق في التحقيق، والمعوقات التي تواجه السلطات المنية والقضائية والعقوبات المقررة بشأنها للقضاء عليها.

منهج الدراسة:

استخدمت الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، الذي يقوم على أساس تحديد خصائص المشكلة محل البحث، ووصف ما هيته وأسبابها، ثم تحليل هذه المشكلة والتعرف على دوافعها وآثارها، وذلك للوصول لمعالجة المسؤولية الجنائية عن جرائم الابتزاز الإلكتروني، في النظام السعودي ومقارنته بالقانون الإماراتي بخصوص هذه الجرائم.

فرضيات البحث:

- جريمة الابتزاز الإلكتروني أحد صور الجريمة الإلكترونية.

- جريمة الابتزاز الإلكتروني طرق ووسائل خاصة لارتكابها.
- خصوصية إجراءات التحقيق والإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني.
- الدليل الرقمي أهم أدلة الإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني.
- تشابه الأساس النظري للنظام السعودي والقانون الإماراتي في التجريم والعقاب.

### الفصل الأول: الإطار الموضوعي لجريمة الابتزاز الإلكتروني.

إن لجريمة الابتزاز الإلكتروني خصوصية واختلاف كبيرين عن جريمة الابتزاز التقليدية، وهذه الخصوصية وذلك الاختلاف إنما مرجعه إلى الطبيعة المميزة لتلك الجريمة، حيث أنها تتم في مسرح جريمة افتراضي، يكتنفه الغموض والتخفي، وتختلف أدلته عن تلك الأدلة الملموسة من بصمات أصابع تركت بإهمال وتعجل، أو قطرات دماء لجاني جرح مع ضحيته، أو مني مغتصب في مسرح جريمة مادي، فجريمة الابتزاز الإلكتروني- كأحد صور الجريمة الإلكترونية- ترتكب في مسرح جريمة تحده نقاط الاتصال والتكنولوجيا الرقمية، وهذا الاختلاف بين الجريمتين التقليدية والإلكترونية يجعل طرق ارتكاب الأخيرة تعتمد على وسائل التكنولوجيا الحديثة بشكل أساسي، وإذا ما وقفنا على حقيقة هذه الجريمة ومفهومها، وكيف عرفها النظام، كان لنا أن نعرج للبحث عن دوافع هذه الجريمة وطرقها المختلفة التي ترتكب بها، وإذا ما كان هذا السلوك الإجرامي يشكل جريمة، كان لزاماً علينا أن نعرض لأركان هذه الجريمة، بادئين بالركن الشرعي للجريمة في النظام السعودي ونظيره في القانون الإماراتي، وكذا للركن المادي للجريمة مستعرضين لأشكال السلوك المكون للجريمة، منتهين بالركن المعنوي لهذه الجريمة مفنديين للقصد الجنائي المجرم لها، وأي قصد جنائي تطلبه النظام السعودي والقانون الإماراتي لتجريم الابتزاز الإلكتروني

ونتناول هذه النقاط في مبحثين على النحو التالي:

### المبحث الأول: ماهية جريمة الابتزاز الإلكتروني.

إن الغموض الذي يحيط بجريمة الابتزاز الإلكتروني منذ بداية تنفيذ هذه الجريمة وحتى تمامها، مثلت تحدياً كبيراً أمام جهات الضبط الجنائي والقضائي، حتى أن هذا الغموض قد صاحب تعريف الجريمة، واختلفت التعريفات لهذه الجريمة، وإن جمعها خط أساسي واحد وهو استخدام التكنولوجيا والواقع الافتراضي كمسرح جريمة، وكذلك مرتكبها ذو المهارات والصفات المتميزة عن المجرم التقليدي، كما أنه كان من الأهمية بمكان الوقوف على أسباب ودوافع هذه الجريمة الخطيرة التي تلقي بآثارها السلبية على المجتمع، وكان لدرء هذه الجريمة لزاماً التعرف على الطرق التي ترتكب بها هذه الجريمة والوسائل المستخدمة لارتكابها، وسوف نتناول هذه النقاط في مطالب ثلاثة على النحو التالي:

## المطلب الأول: مفهوم جريمة الابتزاز الإلكتروني وأنواعها.

تعتبر الشبكة الدولية للمعلومات أو الشبكة العنكبوتية، أو ما اصطلح مجازاً على تعريبها من الإنجليزية الانترنت هي المحيط الإجرامي الذي تتم من خلاله الجرائم الإلكترونية بشكل عام، ومنها جريمة الابتزاز الإلكتروني، كما أن هذه الجريمة تتنوع في صورها متخذة أنواع عدة. لذا نتناول هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول: مفهوم جريمة الابتزاز الإلكتروني.

جريمة الابتزاز الإلكتروني هي إحدى صور الجرائم الإلكترونية (Cyber-crimes) وهي تتكون من مقطعين هما الجريمة (Crime)، والمقطع الآخر (Cyber) وهي السيبرانية أو الفضاء، ويستخدم مصطلح الإلكتروني لوصف فكرة أن الجريمة تتم من خلال التقنية الحديثة، أما الجريمة فهي تلك الأفعال المخالفة للقانون، وقد اصطلح على تعريف الجرائم الإلكترونية بأنها " المخالفات التي ترتكب ضد الأفراد أو المجموعات من الأفراد بدافع الجريمة وبقصد إيذاء سمعة الضحية أو أذى مادي أو عقلي مباشر أو غير مباشر باستخدام شبكات الاتصال مثل الانترنت (غرف الدردشة، البريد الإلكتروني، والهاتف النقال، والحاسب الآلي " (1).

وتعتبر جريمة الابتزاز الإلكتروني هي نتاج الاستخدام السلبي لثورة التكنولوجيا التي لحقت بالعالم في القرن العشرين، وهي أثر من الآثار الغير مرغوبة لهذا التقدم العلمي المذهل، الذي جعل المجرم يختبئ خلف شاشة ما، ويمارس عملاً إجرامياً بالاعتداء على مصلحة يحميها النظام للضحية، وتتم الجريمة عن طريق قيام الجاني بالضغط على المجني عليه المحتمل بالتهديد تارة، والوعيد تارة أخرى، وذلك بنشر معلومات أو صور أو تسجيلات لا يرغب المجني عليه في اظهارها على الملأ، فالابتزاز الإلكتروني أسلوب من أساليب الضغط والاكراه على المجني عليه، يمارسه الجاني لتحقيق مقاصده الاجرامية، وذلك للوصول إلى هدفه الذي قد يكون هدفاً مادياً أو معنوياً، وفي حال عدم استجابته للجاني فإن الأخير سيقوم بنشر المعلومات السرية على الملأ، وهو ما يضع المجني عليه في مأزق إما بالرضوخ للجاني وتحقيق مطالبه، وإما بعدم الرضوخ والتعرض للفضيحة (2).

(1)- البداينة، ذياب موسى، ورقة عمل علمية: الجرائم الإلكترونية، المفهوم والأسباب، الملتقى العلمي للجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحول الإقليمي والدولية، كلية العلوم الاستراتيجية، عمان، 2014، ص 3.

(2)- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المسئولية الجنائية عن الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015، ص 27.

وبتتبع المنظم السعودي والاماراتي تبين انهما اتفقا في تعريف الابتزاز الإلكتروني بأنه " تهديد شخص بهدف ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً " (1) ، وقد تجاوزت جريمة الابتزاز الإلكتروني في بعض صورها لفكرة الفردية في تنفيذ الجريمة ، بأن أصبحت غنيمة للعصابات الاجرامية وهدفاً للتنفيذ كجريمة منظمة (2) حتى انه على المستوى الدولي أصبح الاهتمام متجهياً نحو تجريم وتغليظ العقوبة لمرتكبي الابتزاز الإلكتروني إذا ما ارتكب عن طريق عصابة منظمة (3) .

### الفرع الثاني: أنواع جريمة الابتزاز الإلكتروني.

تعتبر جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم ذات الأنواع والصور المختلفة، والمتشعبة، حيث أن هذه الصور تتنوع تارة بالنظر إلى الضحية المستهدفة من الجريمة، وتارة أخرى بالنظر إلى الهدف المرتقب من الجريمة أو المرجو تنفيذه أو المنفعة التي تعود على المبتز، وإذا تتبعنا هذا النمط من التقسيم لوجدنا أنه يمكن عرض الموضوع على النحو التالي:

### أولاً: أنواع الابتزاز الإلكتروني بالنظر إلى شخص الضحية.

وفيه نقسم ونفرد جرائم الابتزاز الإلكتروني تبعاً لشخصية المجني عليه المحتمل كضحية للجريمة، وذلك على النحو التالي:

#### أ- الشخصيات الاعتبارية.

وهناك نوع من جرائم الابتزاز الإلكتروني تكون فيها الفئة المستهدفة كضحية هي الحكومات والشركات والمؤسسات ذات الشخصية المعنوية، وذلك حيث تتم جريمة الابتزاز عن طريق الحصول على معلومات سرية خاصة بالضحية كمؤسسة أو شركة أو وزارة حكومية، والتهديد بالإعلان عن هذه المعلومات ونشرها للآخرين (4)، وقد تبدأ جريمة الابتزاز بمتطفل أو دخيل على مواقع مهمة، ثم تتمحور شكل الجريمة ليكون التهديد بنشر هذه المعلومات حتى عن طريق السطو على موقع الشخص المعنوي

(1)- المادة رقم (2/3) من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم 79 في تاريخ 1428/3/7هـ، والمادة رقم 9 من القانون الاتحادي لمكافحة الجريمة المعلوماتية الاماراتي رقم 5 لسنة 2012.

(2)- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 28.

(3)- محسن، سيناء عبد الله، المواجهة التشريعية للجرائم المتصلة بالكمبيوتر في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، أعمال الندوة الإقليمية حول: الجرائم المتصلة بالإنترنت، إصدارات برنامج الأمم المتحدة لتعزيز حكم القانون في بعض الدول العربية، المملكة المغربية، 2015، ص 52.

(4)- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 48.

ضحية الجريمة وابتزازه<sup>(1)</sup>، لا سيما وأن المجرم لديه يقين بملاءة الضحية المالية وبأنه لن يعاني من كونه معسر.

ب- الأحداث.

تختلف التشريعات والأنظمة في تعريفها للأحداث ، وذلك يرجع إلى اختلاف تحديد سن التمييز و سن الرشد، بسبب العوامل الطبيعية والاجتماعية والثقافية الخاصة بكل مجتمع وتفرد، فالحدث في الأنظمة الخاصة بالأحداث في المملكة العربية السعودية، هو من بلغ الخامسة عشر من عمره ولم يبلغ الثامنة عشر<sup>(2)</sup> ، ويعد الحدث راشداً ببلوغه الثامنة عشرة من العمر.

وتكثر جرائم ابتزاز الأحداث ، وذلك حيث يقوم المبتز بالضغط على الحدث بتهديده بنشر صور أو تسجيل مرئي أو محادثات على مواقع الدردشة، أو أية مادة، عن واقعة أو وقائع يكون من شأنها تحقير للمجني عليه عند أهله ووطنه<sup>(3)</sup>. وترى الباحثة أن الحدث ضحية سهلة لجرائم الابتزاز الإلكتروني، وذلك لسهولة انزلاقه في الجريمة، ولقلة خبرته، وصغر سنه، فالأحداث من أكثر الفئات اتصالاً بالتكنولوجيا ووسائل التواصل الاجتماعي وأكثر ولعاً بها، حيث باتت تشكل حيزاً كبيراً من يومهم. مما يسهل انزلاقهم في الجريمة.

ج- النساء.

يعد ابتزاز النساء أكثر أنواع الابتزاز الإلكتروني شهرة وانتشاراً، حيث أن جرائم الابتزاز الإلكتروني للنساء تعتبر النموذج المثالي للجريمة، سيما ما إذا كان المبتز رجلاً وضحية الجريمة امرأة<sup>(4)</sup>، وذلك يرجع إلى أنه غالباً ما يكون تهديد المبتز للمرأة هنا أدواته فيها صوراً فاضحة أو محادثات خادشه للحياء، أو عرضاً مرئياً لعلاقة غير شرعية جمعت ما بين المبتز وضحيته، والمبتز قد يكون خطط لجريمته منذ البداية، وقد تزرع الفكرة في رأسه بعد أن تتوطد أو اصر العلاقة بينه وبين حية جريمة ابتزازه المرتقبة، وقد تجتمع في ضحية الابتزاز الإلكتروني كونها امرأة وايضاً من الأحداث ، حيث تتضاعف فرصة المبتز في هذه الحالة في ارتكاب جريمته، والوصول إلى مآربه بالضغط على الضحية، والتي غالباً ما تتجاوب بسبب العار الذي تترقبه أمامها إذا ما فكرت في رفض طلبات الجاني، إذ تظهر أمامها صورتها بعد أن ينشر على الملأ ما حرصت على اخفاؤه، لاعتبارها أن في نشره معرفة لها ولأهلها،

(1)- المسند، صالح بن محمد، المهيني، عبد الرحمن بن راشد، جرائم الحاسب الآلي: الخطر الحقيقي في عصر المعلومات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 15، العدد 29، الرياض، 2015، ص 181.

(2)- المادة رقم 2 من نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 1426/8/23هـ.

(3)- الزريق، خليفة بن علي بن محمد، ابتزاز الأحداث وعقوبته في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015، ص 72، 73.

(4)- الحمين، عبد العزيز بن حمين بن أحمد، الابتزاز ودور الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف، ندوة الابتزاز (المفهوم- الأسباب- العلاج)، مركز باحثات لدراسات المرأة بالتعاون مع قسم الثقافة الإسلامية جامعة الملك سعود، الرياض، 1432هـ، ص 61.

سيما إذا كان سبب الابتزاز علاقة جنسية غير مشروعة ينظر لها الدين والمجتمع بالتحريم والرفض والاستهجان (1) ونرى أن التقسيم الذي انتهجناه لنوع جرائم الابتزاز الإلكتروني بحسب شخص الضحية، لا يمنع أن يتداخل فيه أكثر من نوع، فقد تكون الضحية امرأة وحدث، كما أن كون الضحية امرأة لا يعني أن سبب الجريمة دائما هو التهديد بفضح علاقة غير مشروعة، فقد تكون الضحية تهدد لأسباب لا علاقة لها بجنسها أو بسبب علاقة غير مشروعة، فقد تهدد امرأة وتبتز بسبب كونها سيدة أعمال تهدد بفضح أسرار عملها التجاري.

د- الرجال.

يقع الرجل مجنياً عليه في جريمة الابتزاز الإلكتروني للعديد من الأسباب، فقد يكون ميسور الحال وعرضة للابتزاز من بعض النساء محترفات بيع الهوى على المواقع الإلكترونية، وتهدهه بإذاعة صور أو مقاطع مصورة لتهدد مركزه، كما يكون الرجل عرضة لجرائم الابتزاز بشكل عام بسبب أسرار في مجال عمله، أو عائلته، أو أي معلومات بشكل عام يرى الرجل الضحية أن الإفصاح عنها ونشرها يؤدي شرفه وسمعته ويضعف مركزه بين عشيرته.

ثانياً: أنواع الابتزاز الإلكتروني بالنظر إلى الهدف المرجو من المبتز.

يختلف الهدف الذي يرجوه المبتز من جريمته باختلاف كل جريمة، وذلك على النحو التالي:

أ- هدف مادي.

من أهم وأكثر الأهداف التي يهدف المبتز إلى تحقيقها من ارتكابه جريمة الابتزاز هي تحقيق منفعة مادية، وذلك بطلب مبالغ مالية أو عينية ذات قيمة من المجني عليه، وذلك مقابل ألا يقوم المبتز بنشر الأسرار التي يخشى المجني عليه نشرها على الملأ، وتختلف القيمة المادية التي تطلب من المجني عليه بحسب يساره وملاءته، وبحسب ما إذا كان شخصية اعتبارية لحكومة أو شركة تجارية (2)، أو إذا كان المجني عليه فرد سواء كان رجل أو امرأة (3).

ب- هدف جنسي.

وهذا الهدف يبدو واضحاً وشائعاً حينما تكون الضحية امرأة أو حدث، وأكثر شيوعاً حينما تجمع الضحية بين كونها امرأة وحدث في نفس الوقت، ويتحقق هدف المبتز الجنسي حينما يكون المقابل الذي يطلبه لعدم افشاء أسرار الضحية هو إما ممارسة الرذيلة مع الضحية، سواء كان ذكر أو أنثى، أو مقدماته الممارسات، وقد يكون الهدف تهديد المجني عليه للقيام بهذه الممارسات مع

(1)- المطلق، نورة بنت عبد الله بن محمد، ابتزاز الفتيات أحكامه وعقوبته في الفقه الإسلامي، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، بدون سنة، ص 10.

(2)- المطيري، سامي مرزوق نجا، المرجع السابق، ص 51.

(3)- المطلق، نورة بنت عبد الله بن محمد، المرجع السابق، ص 16.

شخص آخر غير المبتز، ويكون الابتزاز بطلب المقابل مرة واحدة، أو مرات بحسب ظروف كل جريمة، وإن كان أغلب ضحايا الابتزاز الجنسي من النساء (1).

ج- هدف نفعي.

ويحقق المبتز هدفه من ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني، بقيامه بتهديد الضحية بإفشاء أسرارها ونشرها للملأ، وذلك إذا لم يتم بتحقيق طلب أو مصلحة للمبتز، كبيراً (2)، فقد تكون المنفعة الأمر بتنفيذ سرقة لصالح المبتز، أو ترويج مخدرات، أو التوسط لدى شخص لإتمام عمل سواء كان هذا العمل مشروعاً أم غير مشروع - طالما كان العمل ضد إرادة المجني عليه - فقد تحققت جريمة الابتزاز.

ثالثاً: أنواع الابتزاز الإلكتروني بالنظر إلى وسائله.

أولاً: ابتزاز مادي

وهو أن يقوم الجاني بتهديد المجني عليه المرتقب بوسائل مادية ملموسة كالصور والمقاطع المرئية والمستندات

ثانياً: ابتزاز معنوي

وهو تهديد بوسائل غير ملموسة وذلك كاستخدام عبارات شديدة للتهديد والوعيد بفضح أمر الضحية حتى يغلب على ظن الأخير أن المبتز منفذ لتهديده ولا محالة في ذلك.

المطلب الثاني: دوافع جريمة الابتزاز وأثارها.

إن الدافع إلى الجريمة هو القوة النفسية التي بنيت عليها النية الإجرامية، لتقوم النية بعد ذلك بتوجيه الإرادة مع العلم وذلك للقيام بالسلوك المطلوب منها (3). فلا يوجد سلوك يقوم به الإنسان بلا دافع يحركه، وبالرغم من أنه لا تأثير للدافع على شق العقاب في السلوك الإجرامي، إلا في الأحوال التي حددها القانون (4). ونعرض هنا للدوافع التي تحرك مرتكبي جرائم الابتزاز، والآثار المترتبة على الجريمة الآثار، وذلك على النحو التالي

الفرع الأول: دوافع جريمة الابتزاز الإلكتروني.

تتنوع الدوافع لجريمة الابتزاز الإلكتروني، وذلك باختلاف الجريمة ومرتكبها، وذلك على النحو التالي:

(1)- المطلق، نورة بنت عبد الله بنت محمد، المرجع السابق، ص 17.

(2)- المطيري، سامي مرزوق ناء، المرجع السابق، ص 52.

(3)- إبراهيم، محمد إسماعيل، مفهوم الدافع وأثره على عوامل السلوك الإجرامي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، العراق، 2013.

(4)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 178.

أ- دوافع مادية حيث يكون دافع الابتزاز هنا دافع مادي، فالرغبة التي تحرك السلوك الاجرامي لدى المبتز هي رغبة في الحصول على كسب مادي (1).

ب- دوافع غير أخلاقية.

دوافع المبتز قد تكون عبارة عن رغبات غير أخلاقية، وهي تتدرج بدء من طلب قول فاحش وانتهاء بإقامة علاقة جنسية مع المبتز أو مع غيره (2).

ج- دوافع عاطفية

الانتقام أحد أشكال العاطفة كالحب والكره. وقد يكون الانتقام هو دافع المبتز من قيامه بارتكاب جريمته بابتزاز المجني عليه، ولا فرق -في قيام الجريمة - سواء كان المبتز قد اختار ضحيته عشوائياً، أو أن يكون اختيار الضحية بطريقة محددة والأخيرة تتخذ شكل الابتزاز بغرض الانتقام، إذ يكون المجني عليه محدد ولا يمكن استبداله بغيره، بعكس الابتزاز بغرض النفع المادي، فيمكن اختيار الضحية بحسب الضحية الأكثر ثراء.

الفرع الثاني: آثار جريمة الابتزاز الإلكتروني.

إن لجريمة الابتزاز الإلكتروني آثار خطيرة، ونتناول هذه الآثار على النحو التالي:  
أولاً: الآثار الاجتماعية.

يعتبر انتشار هذه الجريمة قرعاً لناقوس الخطر المجتمعي، فهذه الجريمة أصبحت تساهم في انهيار القدوة والتفكك الأسري الذي يصل حد الطلاق (3)، كما أصبح احجام الشباب والفتيات عن الزواج وتأخرهم أمراً سببته فقد الثقة بسبب ما يطفو على سطح المجتمع من اسرار مفضوحة بسبب الابتزاز (4)، كما أصبح الظلم والطغيان شائعاً إذا ما كانت الضحية ترزخ تحت أعباء ابتزاز الجاني (5).

ثانياً: الآثار النفسية.

تتمثل الآثار النفسية في حالة الاضطراب النفسي، والقلق، والخوف، والاكتئاب الذي تتولد لدى

(1)- العنزي، ممدوح رشيد مشرف الرشيد، الحماية الجنائية للمجني عليه من الابتزاز، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 33، العدد (70)، الرياض، 2017، ص 200.

(2)- العنزي، ممدوح رشيد مشرف الرشيد، المرجع السابق، ص 202.

(3)- المطيري، طارق عبدالرازق، الأحكام الخاصة بجريمة الابتزاز المقررة في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431 هـ، ص 60.

(4)- المطيري، طارق بن عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 61.

(5)- العيد، نوال بنت عبد العزيز بن عبد الله، ندوة الابتزاز: المفهوم، الأسباب، العلاج، مركز باحثات لدراسات المرأة، بالتعاون مع قسم الثقافة الإسلامية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1432 هـ، ص 102.

المجني عليه، وتنتج عنها الشخصية العدوانية أو المضادة للمجتمع<sup>(1)</sup>، كما قد تصل الأمور إلى حد اقدام المبتز على الانتحار<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: الآثار الأمنية.

تعتبر جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم الخطيرة التي تشكل تهديداً على أمن المجتمع ومن هذه الآثار استخدام

المجني عليه كأداة للجريمة، بتحريضه على ارتكاب جريمة لصالح المبتز كالسرقة أو خلافه كما أن هذه الجريمة

ارتفعت نسبة الإفلات منها، سيما وإذا ما كانت تدار بواسطة عصابات منظمة، وترتفع نسبة جرائم الابتزاز الغير مبلغ عنها<sup>(3)</sup>. كما أن المبتز يستشعر استهتاراً بأنظمة الردع، وتسول له نفسه ارتكاب الجريمة مرة ومرات أخرى.

### المطلب الثالث: طرق جريمة الابتزاز الإلكتروني ووسائلها.

لكل جريمة خصوصية معينة وطرقاً مختلفة لتنفيذها، وحينما يتخير الجاني المحتمل الطريقة المناسبة التي سيسلكها لارتكاب جريمته، فإن لكل طريقة وسيلة مختلفة، وبناء عليه سوف نعرض لبعض طرق ووسائل الابتزاز الإلكتروني وذلك في فرعين كالتالي:

#### الفرع الأول: طرق الابتزاز الإلكتروني.

تتعدد طرق الابتزاز الإلكتروني على حسب، كل مجرم وتخطيط جريمته واحتياجاتها، وذلك على النحو التالي: أولاً: الحاسب الآلي وملحقاته وبرامجه ويعرف الحاسب الآلي بأنه: "تشتق كلمة الحاسب من الفعل يحسب وهو عبارة عن جهاز أو آلة مركبة تتكون من مجموعة الأجهزة الإلكترونية، التي تتضافر أعمالها في حل مشكلة معينة أو معالجة بيانات مطلوبة وفق برنامج هو مجموعة من إرشادات وأوامر تعطى للحاسب ليقوم بعمليات المعالجة للمعلومات المدخلة فيه، ثم الحصول على النتائج المطلوبة"<sup>(4)</sup>، وعرفته الفقرة السادسة من المادة

(1)- العيد، نوال بنت عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 102، 103.

(2)- مطيري، طارق بن عبد الرازق، المرجع السابق، ص 62.

(3)- العيد، نوال بنت عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 102.

(4) الخليفة، محسن سليمان، جرائم الحاسب الآلي وعقوبتها في الفقه والنظام - جريمة استنساخ الحاسب الآلي وبيعها وإنتاج الفيروسات ونشره، رسالة ماجستير. قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 1424، ص 21.

الأولى من نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي بأنه: "..... أي جهاز إلكتروني ثابت أو منقول سلكي أو لا سلكي يحتوي على نظام معالجة البيانات، أو تخزينها، أو إرسالها، أو استقبالها، أو تصفحها، يؤدي وظائف والأوامر المعطاة له....."<sup>(1)</sup>، بينما نجد ان المشرع الاماراتي لم ينص على تعريف الحاسب الآلي في القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات

وكمثال على استخدام الحاسب كأداة في ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني حيث يقوم أحد الموظفين بالدخول على الحاسب الآلي التابع للشركة، ثم يقوم بالدخول إلى المستند الخاص بمعلومات وبيانات الموظفين، فيقوم بالحصول على بيانات ومعلومات سرية عن الموظفين وبيئتهم<sup>(2)</sup>، أما بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي فقد ورد تعريفها في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي بأنه " مجموعة من الأوامر والبيانات التي تتضمن توجيهات أو تطبيقات حين تشغيلها في الحاسب الآلي، أو شبكات الحاسب الآلي، وتقوم بأداء الوظيفة المطلوبة "<sup>(3)</sup>، كما جاء في المادة 1 من القانون الاتحادي الاماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات بأنه " مجموعة من البيانات والتعليمات والأوامر القابلة للتنفيذ بوسائل تقنية المعلومات والمعدة لإنجاز مهمة معينة "<sup>(4)</sup>.  
ثانياً: الانترنت.

ويمكن تعريف الانترنت بأنه: " شبكة مشاركة معلوماتية لوكالات حكومية، ومعاهد تعليمية، وهيئات خاصة في أكثر من 200 دولة، عن طريق أجهزة الحاسب الآلي الموصلة بالإنترنت"<sup>(5)</sup>. ومن الخدمات التي يقدمها الانترنت

#### 1- البريد الإلكتروني

يعمل البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل الإلكترونية بما فيها النصوص والمقاطع الصوتية والصور، وقد وفرت هذه الخدمة كثيراً من الوقت بحيث تصل الرسائل في نفس اللحظة إلى أي مكان في العالم.

#### 2- خدمة الدردشة

هو برنامج يسمح بتجمع عدد من الأشخاص في جميع أنحاء العالم للتواصل مع بعضهم إما كتابة أو صوتاً أو عن طريق الفيديو.

#### 3 - الهواتف النقالة وملحقاتها وبرامجها.

<sup>(1)</sup> المادة 6/1 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي

<sup>(2)</sup> البلوي، سالم حامد، التقنيات الحديثة في التحقيق الجنائي ودورها في ضبط الجريمة. رسالة ماجستير. قسم العلوم الشرطية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. المملكة العربية السعودية، 1430 هـ، ص 168، 169

<sup>(3)</sup> المادة 5/1 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

<sup>(5)</sup> - المادة 1 من القانون الاتحادي الاماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم 5 لسنة 2012.

<sup>(5)</sup>-يوسف، صغير، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2103، ص 2 حاشية رقم 2.

يستخدم الهاتف النقال بواسطة المجرم الإلكتروني باعتباره أداة لارتكاب الجريمة، وذلك عندما يستخدم الإنترنت في برامج التواصل، كأن يقوم بالتجسس على الآخرين<sup>(1)</sup>، ويعرف بأنه: "كل سلوك يندشأ من الاستعمال غير المشروع لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات الخاصة بالهاتف النقال من شأنه الإضرار بمصلحة الغير أو تعريضها للخطر"<sup>(2)</sup>، أما ملحقات الهاتف فهي الكاميرا والبلوتوث وآلات التسجيل، أما البرامج فهناك أيضا مجموعة من البرامج الخاصة بالهاتف المحمول .

ونرى خلو نظام مكافحة جرائم المعلوماتية من تعريف الهاتف النقال بالرغم من اعتباره من أحد أهم الوسائل التي تستخدم في الجريمة الإلكترونية، لأنه أصبح متاحاً بأيدي الجميع مما يسيء استخدامه كصغار السن لجهلهم بالأنظمة. ولكن يلحظ أن النظام استدرك بعدم ذكره للتعريف اكتفاءً بذكر العقوبة المقررة على الجاني عندما يسيء استخدام الهاتف، فقد ذكر في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة: " يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ كل شخص يرتكب أيأاً من الجرائم المعلوماتية الآتية: .....4- المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا، أو ما في حكمها"<sup>(3)</sup>، كما خلا أيضا القانون الاماراتي من تعريف للهاتف النقال في نصوص مواده الافتتاحية، ولعل هذا النقص يرجع إلى الشعور ببداية التعريف الخاص بالهاتف النقال .

#### الفرع الثاني: وسائل الابتزاز الإلكتروني.

هناك العديد من الوسائل التي يستخدمها المبتز في سبيل وصوله لهدفه من الجريمة، وهذه الوسائل التي يستخدمها، من ضمن الأسباب الرئيسية التي تجعل المجني عليه يذعن لرغبات المجرم ملبياً إياها، وتتنوع بدء من صورة للضحية، أو تسجيل صوتي للضحية، وقد تكون الوسيلة تجمع ما بين الصورة والصوت في تسجيل مرئي، وقد تكون الوسيلة أيضاً الحصول على اسرار تمس الحياة الخاصة للضحية عن طريق وثائق وبيانات، وهناك وسيلة استخدام الالفاظ والعبارات ذات الوعيد الذي يغلب معه ظن الضحية أن مبتزه فاعل لجريمته لا محالة في ذلك<sup>(4)</sup>.

1أحمد، طارق عفيفي، الجرائم الإلكترونية، جرائم الهاتف المحمول، دراسة مقارنة بين القانون المصري والاماراتي والنظام السعودي. المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014، ص41.

(2) عبد خشان، أمل فاضل؛ حمد الله، أحمد، الإثبات الجنائي في جرائم إساءة استعمال الهاتف النقال. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 12، المجلد 4. الجزء 1، جامعة كركوك، العراق، 2015، ص 317

(3)- المادة رقم 3 فقرة 4 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم 79 في تاريخ 1428/3/7هـ.

(4) - المطيري، طارق عبد الرازق، المرجع السابق، ص 36.

### المبحث الثاني: أركان جريمة الابتزاز الإلكتروني.

تعد جريمة الابتزاز الإلكتروني على حادثة جرمها، إلا أنها تبقى جريمة كسائر الجرائم الأخرى، لا بد لها من أركان تقف عليها حتى تصبح جريمة معاقباً عليها طبقاً للأنظمة المجرمة، حتى أنه إذا انتفى أي ركن فيها، انتفى عنها شق التجريم وألت إلى الإباحة.

وهناك أركان عامة مشتركة بين كل الجرائم هي وتتمثل في الركن الشرعي أو النظامي أي نص التجريم والعقاب، والركن المادي، وهناك الركن المعنوي للجريمة، كما يوجد أركان خاصة، يرى المنظم إضافتها لبعض الجرائم على حسب ما يقتضيه الأمر مثال صفة الموظف العام كركن مفترض في جرائم الاعتداء على الوظيفة العامة، وركن الضرر في جرائم التزوير<sup>(1)</sup>.

وسنقوم بدراسة هذه الأركان في مطالب ثلاثة، متناولين للجريمة في النظام السعودي والإماراتي، على النحو التالي:

#### المطلب الأول: الركن الشرعي (النظامي).

والركن الشرعي في الجريمة هو نص التجريم أو التحريم والعقاب، فهو النص الذي نستند إليه لتجريم فعل والعقاب عليه، وأن يكون هذا النص سارياً من حيث الزمان والمكان والأشخاص على مرتكب الفعل الإجرامي<sup>(2)</sup>، ومن هذا ظهرت القاعدة القانونية الأشهر وهي "لا جريمة ولا عقوبة بغير نص" وهو ما يعرف بمبدأ الشرعية.

وجريمة الابتزاز الإلكتروني تناولتها المصادر الجزائية التي يستقي منها النظام السعودي تجريمه وعقابه في عدة مصادر، ولقد دلت عموم النصوص الشرعية على تحريم الابتزاز بكل طرقه ووسائله، ومن ذلك الابتزاز الإلكتروني، ولذا نعرض للمصادر النظامية في كل من النظام السعودي كما نعرض لنظيره الإماراتي في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول: النظام السعودي.

نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، وهو النظام الذي يحتوي نص تجريم الابتزاز الإلكتروني، فقد ورد في المادة الثالثة نص "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أيّاً من هذه الجرائم الآتية:

(1)- عبد العزيز، داليا قدرى أحمد، الوجيز في بعض جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية، دار الرشد، الرياض، 2017،

ص 56

(2)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 106.

- 1- الدخول غير المشروع لتهديد شخص، أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه حتى ولو كان مشروعاً
  - 2- المساس بالحياة الخاصة عن طريق استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها.
  - 3- التشهير بالآخرين أو الحاق ضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة (1).
- كما نصت المادة الثالثة عشر على " يجوز الحكم بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الرسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام أو الأموال " (2).
- كما نص المنظم السعودي على جريمة الابتزاز الإلكتروني باعتبارها من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف، وذلك بنص القرار الوزاري رقم 2000 بتاريخ 1435 هـ بشأن الجرائم الموجبة للتوقيف، حيث تضمنت الفقرة رابعا أن جرائم نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية تعد من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف (3).

#### الفرع الثاني: القانون الاماراتي

وبالاطلاع على قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي، تبين أنه نص على تجريم الابتزاز الذي يتم عن طريق تقنية المعلومات حيث تنص المادة 16 منه على "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 جنائية أو بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار " (4).

وقد كان معيار المشرع الاماراتي في الجرائم التي توجب الحبس الاحتياطي معياراً مرناً، فلم ينص صراحة على اعتبار الجرائم الإلكترونية ومنها جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم التي يجب فيها الحبس الاحتياطي، حيث لم يحدد قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي مبررات الحبس الاحتياطي، بل اكتفت المادة (106) على انه " يجوز لعضو النيابة العامة ..... أن يصدر أمراً بحبسه احتياطياً إذا كانت الدلائل كافية....." (5)، ومع عدم تصريح المشرع الاماراتي بالجرائم الواجبة الحبس الاحتياطي فيها، إلا أننا نجد أن أكثر مسوغات الحبس الاحتياطي تكمن في منع المتهم من الهرب، ومنع المتهم من التأثير في سير التحقيق، كما أنه لا يجوز اصدار أمر

(1)- المادة 3 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم 79 في تاريخ 1428/3/7هـ.

(2)- المادة 13 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم 79 في تاريخ 1428/3/7هـ.

(3)- الفقرة رابعا / ذ من القرار الوزاري رقم 2000 في تاريخ 1435/6/10هـ.

(4)- المادة 16 من القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي رقم 5 لسنة 2012.

(5)- قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي رقم 35 لسنة 1992.

بالحبس الاحتياطي إذا كانت الجريمة جنحة معاقبا عليها بالغرامة فقط (1) ، أو إذا كان المتهم حدثاً (2) ، ويستفاد من كل ذلك جواز الحبس الاحتياطي في جرائم الابتزاز الإلكتروني، وان لم ينص على ذلك المشرع الاماراتي صراحة .

### المطلب الثاني: الركن المادي.

يعتبر الركن المادي للجريمة هو السلوك الذي يظهر إلى حيز الوجود، فهو يبرز الجريمة ويجعلها تخرج إلى العالم الخارجي (3) ، ونحن نرى أن أغلب التعريفات التي تناولت موضوع الركن المادي للجريمة لم تخرج عن كونها عبرت عن أنه هو السلوك المادي بالفعل أو الترك المجرم الذي يكون ظاهراً ويمكن للحواس أن تميزه في البيئة الخارجية (4). وقد يكتمل الركن المادي وتصبح الجريمة تامة أو ناقصة، كما أن هذه الجريمة قد يرتكبها فاعل وحيد وقد يساهم في ارتكابها أكثر من فاعل، ولذا سوف نقوم بدراسة الركن المادي في جريمة الابتزاز الإلكتروني، في النظام السعودي لها، في النظام السعودي والقانون الاماراتي وذلك في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول: الركن المادي في الجريمة التامة والشروع.

يتكون الركن المادي من عناصر ثلاثة لا بد من توافرها وهي السلوك الاجرامي، والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية بينهما، وتتناول هذه العناصر على النحو التالي:

#### أولاً: السلوك الاجرامي

ويشترط لوقوع جريمة الابتزاز أن يكون بطلب أمر رغماً عن إرادة المجني عليه، وذلك كأن يطلب منه مال ليس من حقه، أو يطلب منه علاقة جنسية ، أما إذا كان التهديد بمقاطعة أحد التجار ان لم يستجب لمطلبه، فلا جريمة ابتزاز في ذلك، ويشترط أن يكون المبتز جادا فيما يهدد به، بحيث يستشعر المبتز أنه سينفذ تهديده لا محالة إذا لم يقيم المجني عليه بتنفيذ مطالبه، وهو جوهر الطلب في الابتزاز (5)، أما ان كان الهزل ظاهراً في طلب الابتزاز ، فلا جريمة في ذلك، كما يجب أن يكون الضحية عالماً أن هذا الطلب الذي يطلبه منه الجاني هو نوع من الابتزاز، فإن كان لا يعلم فلا جريمة في ذلك، حيث يكون الأمر ظاهراً أنها رغبة المجني عليه في التنفيذ بدون تأثير على ارادته.

كما يجب أن يكون لفظ التهديد صريحاً، أو ضمناً ولكن يشترط أنه مفهوم منه ان المبتز يهدد بأمر هو افشاء اسرار المجني عليه إذا لم يذعن لرغباته، كما لا يشترط أن يتم التهديد بطريقة معينة سواء كان

(1)- قواري، فتيحة محمد، غنام، محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، ط 3، الأفاق المشرفة ناشرون، الأردن، 2013، ص 234، 235.

(2)- المادة 28 من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 في شأن الحداث الجانحين والمشردين.

(3)- القصير، فرج، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006، ص 84

(4)- القصير، فرج، القانون الجنائي العام، المرجع السابق، ص 85.

(5)- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 39.

في غرف الدردشة أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بتسجيل صوتي فيه عبارات تهديدية، كما لا عبء بكون الفعل المطلوب مشروع أم غير مشروع، فالعبء تكون في الضغط والاكراه الذي يقترن بالتهديد لإرغام المجني عليه على القيام بالفعل<sup>(1)</sup>، كما قد يرسل الجاني تسجيلاً مرئياً للمجني عليه وهو في وضع مخل، ولا يعلق بشيء، وإنما يفهم من الحال أن المبتز يهدد به، تقع الجريمة أيضاً، كما أن الأصل أن يقع التهديد على الشخص نفسه حتى تقع الجريمة، ولكن قد يقع التهديد على شخص قريب الصلة بالمهدد كأخت الشخص المبتز، فتقع الجريمة أيضاً<sup>(2)</sup>.

وبالاطلاع على نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي نجد أن نص المادة 3 منه نصت على تجريم المساس بالحياة الخاصة عن طريق استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها، والتشهير بالآخرين أو الحاق ضرر بهم، عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة، وهو الأمر الذي يبدو واضحاً منه أن المنظم السعودي لم يستخدم لفظة التهديد أو الابتزاز في النص المجرم، وإنما وضعه في نص عام يتضمن من ضمنه التهديد والابتزاز، فالإضرار بالحياة الخاصة يتحقق بنشر أسرار المجني عليه التي لا يرغب في نشرها، وبالتالي فالركن المادي في هذا النص المجرم يتسع ليشمل فعل التهديد المكون لجريمة الابتزاز وغيره، أما المشرع الإماراتي فنجد في قانون جرائم تقنية المعلومات في المادة 16 على أنه 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. وبذلك نرى المشرع الإماراتي استخدم لفظة التهديد، معتبراً بذلك أن الركن المادي في الجريمة لا يتحقق إلا إذا اشتمل على تهديد بالشروط التي سبق بيانها.

أما بالنسبة للسلوك الإجرامي في الجريمة الناقصة أو الشروع في جريمة الابتزاز الإلكتروني، فيتحقق بالتهديد أو الابتزاز، وإن لم يستجب المجني عليه، كما يتحقق أيضاً بالتهديد بإفشاء المعلومات أو الصور أو أية معلومات خاصة للمجني عليه، حتى وأن تراجع الجاني عن اكتمال جريمته لسبب خارجي، طالما أن التهديد بنشر الأسرار قد صدر منه، ووقع في نفس الجاني موضع التأثير والرهبة التي جعلته يعتقد أن المبتز منفذ لتهديده لا محالة وهو الهدف الذي تحقق بإلقاء الرعب في قلب المجني عليه<sup>(3)</sup>، وجريمة الشروع تتحقق طالما كان الركن المادي فيها شرع في تنفيذه، وتوافر القصد الجنائي.

(1)- المطيري، طارق عبد الرازق، ص 51.

(2)- أبو خطوة، أحمد شوقي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 226.

(3)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 150.

### ثانياً: النتيجة الاجرامية.

ويقصد به الأثر الذي ترتب على السلوك الاجرامي للمبتز ضد المجني عليه، كما أنه بلغة أعم تعتبر النتيجة الاجرامية هي الاعتداء الواقع على المصلحة المعتبرة والمحمية بنص النظام، سواء اضر هذا الاعتداء بالمصلحة المعتبرة نظاماً أو شكل تهديداً لها<sup>(1)</sup>.

وفي جريمة الابتزاز الإلكتروني تقع النتيجة الجرمية بمجرد قيام الجاني بتهديد المجني عليه بإفشاء سر من أسرارها التي يعتبرها أمراً لا يجب الاطلاع عليه امام الملاً، وكان التهديد بأمر غير مشروع، طالما سبب ذلك الخوف والهلع والتأثير على إرادة نفسية المجني عليه بأن القى في نفسه قلقاً من قيام المبتز بتنفيذ تهديده<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً: علاقة السببية.

علاقة السببية العنصر الثالث من الركن المادي للجريمة، وهذه العلاقة يجب أن تكون الجريمة سبباً للسلوك الاجرامي، وبدون هذه العلاقة لا يمكن نسبة الجريمة إلى الفاعل<sup>(3)</sup>، ففي جرائم الابتزاز الإلكتروني لو أن النتيجة تحققت بإفشاء أسرار المجني عليه ولكن بفعل شخص آخر لم يكن هو المبتز، أو بسبب ضياع هذه المستندات وانتشارها بمحض الصدفة، فلا مسؤولية على الفاعل حيث أن علاقة السببية انتفت، ولربما يسأل عن جريمة أخرى بحسب التكييف القانوني للفعل.

### الفرع الثاني: المساهمة الجنائية.

جريمة الابتزاز الإلكتروني يرتكبها فاعل وحيد، وقد يشترك في الركن المادي لها أكثر من فاعل، وهذا هو الاشتراك المباشر كما يعرفه الفقه الجنائي الإسلامي والأنظمة الوضعية، إلا أن الصورة التي تختلط ويستدق الأمر فيها، هي حالة الاشتراك غير المباشر، وتسمى بالمساهمة المعنوية في الجريمة، وصور الاشتراك غير المباشر أو المساهمة المعنوية في الجريمة هي:

#### أولاً: الإعانة.

وتتمثل فيما إذا أعان شخص غيره على ارتكاب الجريمة دون أن يشترك في تنفيذ ركنها المادي، كمن يساعد المبتز في الوصول لبرامج للتنصت واختراق هاتف الضحية، لكنه لا يشترك في تنفيذ الركن المادي للجريمة، بالتهديد أو الابتزاز.

(1)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 132.

(2)- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 40.

(3)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 136.

### ثانياً: التحريض.

ويقصد به خلق فكرة الجريمة وزرعها في ذهن الجاني، واغراؤه بارتكابها، بحيث يمكن نسبة الجريمة وعزوها إلى تحريض الشريك، وذلك كأن يقوم شخص (المُحرض) بإغراء الفاعل الأصلي لجريمة الابتزاز (المُبْتَز) بارتكاب الجريمة، ولكنه يكتفى بتحريض ولا يتدخل في التنفيذ أيضاً.

### ثالثاً: الاتفاق.

وهو أن تتفق إرادة أكثر من شخص على ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني، كأن يكون شخصين أو أكثر يتفقوا على ابتزاز فتاة بمعلومات تمس حياتها الشخصية، وذلك طلباً لمتعة جنسية معها، ومثالها أن يتفق أكثر من فاعل للجريمة، لينفذ أحدهم الركن المادي للجريمة، أما الباقيون فلا يشتركون في الركن المادي بالتهديد والابتزاز، وإنما كان اشتراكهم في الاتفاق على الجريمة<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثالث: الركن المعنوي للجريمة.

منذ أن ولى العهد الذي كانت المسؤولية فيه تقرر لمجرد وقوع الفعل المادي للجريمة، وبدأ دور الإرادة في الجريمة يؤخذ بعين الاعتبار بدأ الحديث عن الركن المعنوي للجريمة، فلم يعد يكفي أن يتحقق الركن المادي للجريمة فقط وإنما لابد أيضاً أن يكون الفعل المؤلف للجريمة قد ارتكب عن وعي وإرادة، فالأثم الجنائي أو الخطأ بالمعنى الواسع جوهر الركن المادي، ويتمثل هذا الأثم في إرادة آثمة اتجهت اتجاهها ارادياً منحرفاً نحو مخالفة القانون، وقد يتخذ الأثم احدي صورتين: العمد (القصد الجنائي)، أو الخطأ (الخطأ غير العمدي) ويقصد بالقصد الجنائي تعمد إتيان الفعل المحرم أو المجرم أو الترك المؤثم مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه<sup>(2)</sup>.

ونتناول في هذا المطلب عناصر القصد الجنائي وصور القصد الجنائي في جريمة الابتزاز ذلك في فرعين على النحو التالي

(1) -السوليم، عبد الرحمن محمد، المساهمة في الجريمة المعلوماتية في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014، ص 32، 33.

(2) - السلي، منصور صالح، المسؤولية المدنية لانتهاك الخصوصية في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض، 2010، ص 68.

### الفرع الأول: عناصر القصد الجنائي في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

ينهض القصد الجنائي على عنصرين هما أولاً: العلم: ويقصد به علم الجاني بنتيجة السلوك الذي يرتكبه، والوقائع التي تتصل بها، والتي تعد من عناصر الجريمة والعلم بموضوع الجريمة، فيجب أن ينصب علمه على أن ما يقوم به من الحصول على صور فاضحة لحد الأشخاص وتهديده بهذه الصور مقابل الحصول على منفعة جريمة يعاقب عليها النظام، هنا يتحقق العلم وتكتمل أركان الجريمة، كما ينبغي ان يكون عالماً بماهية الفعل أو الامتناع المجرم، كما يعلم أن فعله يلحق ضرراً بالمجني عليه، ولا عبرة في قيام القصد ان انصرفت الإرادة إلى هذه النتيجة إذ يكفي توقعها العلم المسبق بها<sup>(1)</sup>

والأصل ان يحيط الجاني في الابتزاز الإلكتروني بكل العناصر التي تكون الجريمة بكل أركانها، ولكن المسؤولية الجنائية تقوم في جرائم العمد فقط، فهذه الجريمة لا تكون الا عمدية.

والجهل هو عكس العلم، ويعني انتفاء العلم، وقد يقع الفاعل في غلط بالوقائع، مما يرفع عنه المسؤولية الجنائية، هذا لا يتعارض مع قاعدة عدم جواز الاعتذار بالقانون، اذ ان بلغ الانسان وتيسر العلم له، يجعل هناك إمكانية للعلم به بما يمتنع معه الاعتذار بالجهل بالقانون.

### ثانياً: الإرادة.

تعتبر الإرادة هي الدافع الأساسي للسلوك الاجرامي، ويجب أن تكن هناك إرادة للسلوك والنتيجة في نفس الوقت، كمن يعقد عزمه بأن يقوم بابتزاز فتاة بمعلومات سرية تشينها، واراد تحقق نتيجة أن يحصل على المال<sup>(2)</sup>.

□ وتنقسم الإرادة إلى قسمين، إرادة الفعل وإرادة النتيجة، فلكي تقوم المسؤولية يجب اثبات ان إرادة الفاعل اتجهت إلى القيام بهذا الفعل، وذلك دون أن تقع ارادته في عيب من عيوب الإرادة، كأن يكون مختاراً ومدركاً أنه يحصل على معلومات وصور سرية وخاصة بالضحية من مستودع اسرار الأخير فإن كان مكرهاً فلا يوجد قصد جنائي، ولا تقوم مسؤولية الفاعل المكره، كما أنه لقيام المسؤولية الجنائية لا بد أن يتحقق القسم الثاني من الإرادة وهو إرادة النتيجة فلا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى تحقق النتيجة الاجرامية من فعله بالحصول على المنفعة المادية أو المعنوية أو اللاأخلاقية.

□ والباعث على الجريمة هو القوة المحركة للإرادة أو الدافع إلى اشباع حاجة معينة كالبعضاء والمحبة والجوع، ويقوم قبل مباشرة النشاط الاجرامي، ولا عبرة للباعث سواء كان نبيل أو شرير في قيام الجريمة.

(1)- عودة، عبد القادر عودة، الأحكام العامة للتشريع الجنائي الإسلامي، ص 228.

(2)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 179.

## الفرع الثاني: صور القصد الجنائي في جريمة الابتزاز الإلكتروني

للقصد الجنائي عدة صور تختلف باختلاف الجرائم ونية الجاني، وقد يكون قصدا عاما أو خاصاً، معينا أو غير معين وتتناول هذه الصور على النحو التالي:

أولاً: القصد العام والقصد الخاص: القصد الجنائي العام يتحقق إذا توفر لدى الجاني نية العمد لارتكاب الفعل، مع علمه بأنه يرتكب فعلاً محظوراً قانوناً، ويكتفى المشرع في أغلب الجرائم بتوافر القصد العام، وهذا ما اتجه إليه المنظم السعودي ونظيره الإماراتي في اشتراط توافر القصد العام للعقاب على جريمة الابتزاز الإلكتروني.

### ثانياً: القصد المعين والقصد غير المعين.

يكون القصد معينا إذا قصد الفاعل ارتكاب جريمته المحددة على شخص محدد ومعين سلفاً، وذلك كالرغبة في الانتقام من شخص محدد وتهديده بمكالمات صوتية فاحشة مسجلة له (1)، فلا عبء يكون القصد محددًا أو غير محدد أو المجني عليه محدد أو غير محدد في قيام المسؤولية الجنائية، ويعتبر المجني عليه معيناً كلما أمكن تعيينه سواء باسمه أو شخصه، مثال ذلك أن يقوم شخص بسرقة صور من على الهاتف النقال لشخص جالس بجانبه في أحد المطاعم بغرض ابتزازه يعتبر معينا طالما أمكن تعيينه ولو لاحقاً. ويعتبر المجني عليه غير معين وذلك كمن يخترق أجهزة الهاتف كل الموجودين بقاعة السينما بغرض استجابة هاتف احدهم أو كلهم والحصول على بياناته والصور فيه لابتزازه أو ابتزازهم (2)

### ثالثاً: القصد المباشر والقصد الغير مباشر.

يعتبر القصد مباشراً سواء كان معينا أو غير معين كلما ارتكب الجاني الفعل وهو يعلم نتائجه ويقصدها بغض النظر عما إذا كان يقصد شخصا معينا أو لا يقصد شخصا معينا، كمن يخترق جهاز حاسوب لمجني عليه بغرض ابتزازه دون أن يعلم من هو، ويعتبر القصد غير مباشر إذا قصد الجاني فعلاً معينا ترتب عليه فعل لم يكن يقصده في الأصل، أو لم يستطع تقدير نتائجه، وذلك كقيام احد الأشخاص باختراق جهاز حاسب الي لاحد زملائه بغرض التلصص، فإذا بالأمر يتطور لفكرة ابتزاز المجني عليه، والقصد الغير مباشر يسمى أيضا بالقصد المحتمل (3).

(1)- عبد العزيز، داليا قدرى أحمد، دور المجني عليه في الظاهرة الاجرامية وحقوقه في التشريع الجنائي المقارن، المرجع السابق، ص 256.

(2)- عودة، عبد القادر، المرجع السابق، ص 413.

(3)- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 221.

وجرائم الابتزاز الإلكتروني جريمة تحتاج إلى تكنولوجيا عالية لتنفيذها ولا يتصور أن تتم بغير قصد، فهي من الجرائم المقصودة، يكتفى فيها بالقصد العام من علم وإرادة. ويأخذ بذلك كل من المنظم السعودي، والاماراتي، فلم يشترط لتحقق مسؤولية الفاعل وجود ركن خاص أو شرط، حتى أنه اعتبر أن تحقق التهديد يجعل الجريمة تكتمل، سواء كان في نية المبتز أن يحصل بالفعل على ما هدد به من عدمه، وذلك لتحقق قلب الجريمة وهو بث الرعب في نفس المجني عليه.

### الفصل الثاني: الإطار الاجرائي لجريمة الابتزاز الإلكتروني.

رغم التسليم بخصوصية الجرائم الإلكترونية، ومنها جريمة الابتزاز الإلكتروني، إلا أنها مازالت فعلا محظورا يشكل سلوكا إجراميا جرمة المشرع الوضعي، ونص على عقوبته، مشددا هذه العقوبة في أحوال معينة ولأسباب نص عليها.

وتمر هذه الجريمة كغيرها من الجرائم، بعد وقوعها، وفي مرحلة الاستدلال والتحقيق الجنائي، والذي يهدف إلى الوصول إلى اكتشاف الجريمة وفاعلها، والوقوف على كل الوقائع والملابسات التي مرت بها الجريمة، ومرتكبها إن كان فاعلا وحيدا للجريمة أم كانوا فاعلين لها، وكل هذا البحث والتحقيق يكون من أهم أهدافه الوصول إلى الحقيقة، والحقيقة القانونية تحتاج إلى دليل تتأكد معه نسبة التهمة إلى المتهم بها، أو نفي الجريمة عنه، ولعله لكي تكتمل خصوصية هذه الجريمة، كان لنا أن نقر بأن الدليل في الجريمة الإلكترونية، وبالأخص في جريمة الابتزاز الإلكتروني، دليل غير تقليدي، دليل يرتبط بالحواسيب وأجهزة الهواتف النقالة وملحقاتها والبرامج والتطبيقات التكنولوجية، ففي جريمة الابتزاز الإلكتروني الدليل ليس مظروفا فارغا لطلق ناري، وليس بمني رجل، أو خصلة شعر من الضحية، بل هو رموز وشفرات وأجهزة وعناوين الكترونية، وهذه الأدلة صاحبة الدور البطولي في الإثبات والذي يمر بمراحل عديدة منها مرحلة الأدلة القانونية، والمشرع هو الذي يحدد للمقاضي الأدلة التي يجوز أن يقبلها في حالة معينة ويحظر عليه أن يقبل أدلة سواها.

ونتناول في هذا الفصل التحقيق والإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني، والصعوبات التي تواجه السلطات في التحقيق والإثبات، كما نتناول العقوبات للجريمة ما بين عقوبة أصلية وتبعية، وكذلك نتناول عقوبة الشروع والمساهمة وذلك في مبحثين كالتالي:

### المبحث الأول: التحقيق والإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

يشعر رجال الضبط الجنائي ورجال التحقيق بمجرد وقوع الجريمة بجمع الاستدلالات بغرض إقامة الدليل، والبحث عن الجاني،، والتحقيق في جرائم الابتزاز الإلكتروني مختلف، يحتاج إلى خبرة في التعامل مع أدلة الجريمة الرقمية، وهو صعوبات تكتنف التحقيق والإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني وتتناول هذا المبحث في مطلبين كالتالي:

#### المطلب الأول: التحقيق في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

رغم اختلاف الجرائم الإلكترونية بشكل عام عن الجرائم التقليدية، وهو ما يلقي بعبء على سلطات التحقيق، من ضرورة تطويع إجراءات التحقيق لكي تتناسب مع التحقيق في الجرائم الإلكترونية بصفة عامة، وفي الابتزاز الإلكتروني بصفة خاصة

، فأيضاً يظل نظام الإجراءات الجزائية في قواعد التحقيق في نظام الإجراءات الجزائية هو السائد، مع ضرورة اعتبار الفوارق الموضوعية في التحقيق، حيث أن هناك صعوبات تثار أثناء التحقيق تنبع من طبيعة جريمة الابتزاز الإلكتروني، وسنعرض لهذه النقاط في فرعين على النحو التالي:

#### الفرع الأول: إجراءات التحقيق في جرائم الابتزاز الإلكتروني.

تشابه إجراءات التحقيق في الجرائم الإلكترونية مع إجراءات التحقيق في الجرائم التقليدية، وذلك بأن كليهما يحتاجان إلى المعاينة، والتفتيش، والاستجواب، وجمع الأدلة وفحصها،<sup>(1)</sup> إلا أن من أهم القواعد التي يجب أن يحرص عليها المحقق المحافظة على الأدلة التي ضبطت في مسرح الجريمة من العبث بها أو ضياعها<sup>(2)</sup>.

والمقصود بالتحقيق: "هو مجموعة الإجراءات التي يقوم بها المحقق، وتؤدي إلى اكتشاف الجريمة ومعرفة مرتكبها، تمهيداً لتقديمه إلى المحاكمة كي ينال عقابه، وقد تكون هذه الإجراءات عملية كالتفتيش، أو فنية كمضاهاة البصمات، أو برمجية لتحديد كيفية الدخول إلى المعطيات المخزنة في أجهزة الحاسوب".

والجهة المكلفة بالتحقيق في المملكة العربية السعودية بالجرائم الإلكترونية هي النيابة العامة وذلك بعد تغيير مسماها وقد كان من قبل "هيئة التحقيق والادعاء العام"، وذلك بناء ما نص عليه في المادة الثالثة من نظام

(1) الحقباني، رايذ سالم، مهارات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، دراسة تحليلية لمهارات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية لدى ضباط شرطة مدينة الرياض. رسالة دكتوراه. قسم العلوم الشرطية، كلية الدراسات العليا جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. المملكة العربية السعودية، 2013، ص66.

(2) مصري، عبد الصبور عبد القوي، المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية مكتبة الاقتصاد والقانون، المملكة العربية السعودية، 2012، ص274.

هيئة التحقيق والادعاء العام: " - تختص الهيئة- وفقاً للأنظمة وما تحدده اللائحة التنظيمية- بما يأتي: أ- التحقيق في الجرائم ..... " (1)

وأكدت على ذلك أيضاً المادة الخامسة عشرة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية التي نصت على أنه " تتولى هيئة التحقيق والادعاء العام التحقيق في الجرائم الواردة في هذا النظام ". ويتوجب على هيئة الاتصالات تقديم الدعم والمساعدة لهيئة التحقيق والادعاء العام أثناء التحقيق، حيث أكدت عليه المادة الرابعة عشرة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية: " تتولى هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات وفقاً لاختصاصها تقديم الدعم والمساعدة الفنية للجهات الأمنية المختصة، خلال مراحل ضبط هذه الجرائم والتحقيق فيها وأثناء المحاكمة ". ومن أهم القواعد التي على المحقق التقيد بها في البحث والتقصي عن الجرائم الإلكترونية(2):

1- تجنب ضياع الوقت في التحقيق بالجرائم الإلكترونية التي لا يمكن اكتشافها أو أن تكون أدلتها قد دمرت أو تلفت، وذلك لأن بيئة الحاسب الآلي معقدة ولا تثبت إلا بأدلة علمية خاصة.

2- لا بد على المحققين قيامه بمباشرة إجراءات التحقيق مع خبراء الحاسب الآلي الموظفين في الشركة المتضررة، إذ قد يكون هؤلاء الخبراء شهوداً أو مساهمين في الجريمة الإلكترونية إما بقصد أو جهل.

3- الاهتمام بالبرامج السهلة في البحث عن الأدلة ووضع التدابير اللازمة للمحافظة على تلك الأدلة.

4- مراعاة حرمة الحياة الخاصة، وخصوصيته وأن يحرص على الانتهاك خصوصيات الفرد، كما يحرص على ألا تنتهك الخصوصية المخزنة على جهاز الحاسب الآلي، حتى لا يشوب الدليل المستخلص أي عيب، ومن ثم يبطل.

5- لا بد من الحصول على إذن من الجهات المختصة عند تفتيش الحاسب الآلي، وملحقاته وضبط الأجهزة الإلكترونية.

6- العناية بالأدلة الجنائية وتحريزها، وحفظها بالطريقة المناسبة لكل حالة وذلك حتى تقدم للمحكمة بالحالة التي ضبطت بها، وذلك لأن أي تغيير أو تأثير على الأدلة قد يؤثر على سير القضية بإقرار الإدانة لبرئ أو إقرار البراءة لمذنب.

والمحقق هو من يحكم ويضبط سير التحقيق، ومن أهم ضمانات التحقيق سريته، لذا نجد المنظم السعودي في نظام الإجراءات الجزائية السعودي ينص على أن " تعد إجراءات التحقيق نفسها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار التي يجب على المحققين ومعاونتهم من كُتاب وخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرون بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم افشائها ومن يخالف منهم تتعين مساءلته " (3).

(1) نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم م/56 بتاريخ 1409/10/24هـ.

(2) الرشيدى، طه السيد، الطبيعة الخاصة لجرائم تقنية المعلومات وأثرها على إجراءات التحقيق في النظام الجزائي المصري والسعودي. مصر: دار الكتب والدراسات العربية، 201، 59، 60.

(3) - المادة 68 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

كما نص قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي في المادة 67 منه على نفس المعنى " تعتبر إجراءات التحقيق ذاتها والنتائج التي تسفر عنها من الأسرار ويجب على أعضاء النيابة العامة وأعاونهم من الكتاب والخبراء وغيرهم ممن يتصلون بالتحقيق أو يحضرونه بسبب وظيفتهم أو مهنتهم عدم إفشاءها ويعاقب من يخالف ذلك بالعقوبة المقررة لجريمة إفشاء الأسرار (1)، وتبقى سرية التحقيق لحين الانتهاء من إجراءات التحقيق والتصرف فيه، ونطاق السرية يشمل من لم يكن طرفاً في الدعوى (2).

كما يجب على المحقق أن يقوم بكتابة إجراءات التحقيق كتابة، وللمحقق الاستعانة بكتاب ليتفرغ هو للتحقيق، وذلك كما يستفاد من المادة 101 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي والتي تضمنت " ويجب على المحقق كتابة ..... ويثبت في المحضر ما يبيده المتهم ..... " (3)، كما تضمنت المادة 91 من قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي نفس المعنى " ..... وتدون البيانات المذكورة وشهادة الشهود وإجراءات سماعها في المحضر بغير تعديل أو شطب أو كشط أو تحشير أو إضافة ولا يعتمد شيء من ذلك إلا إذا صدق عليه عضو النيابة العامة والكتاب والشاهد " (4).

كما يتعين ان نشير إلى أهمية استجواب المتهم فهو اجراء من إجراءات التحقيق بمقتضاه يتأكد المحقق من شخصية المتهم ويناقشه بشكل تفصيلي عن التهمة المنسوبة إليه ويواجهه بالأدلة المقامة ضده ويطلبه بالرد على تلك الأدلة إما بنفيها أو التسليم والاعتراف (5)، وقد تضمن نظام الإجراءات الجزائية السعودي ونظيره الاماراتي نفس المعنى (6). ويعد الاستجواب من أهم أعمال التحقيق فهو يجمع بين كونه وسيلة اثبات أو وسيلة دفاع، ويكون الاستجواب في مرحلة التحقيق الابتدائي.

والتحقيق في جرائم الابتزاز الإلكتروني تحكمه نفس قواعد التحقيق في أية جريمة غير إلكترونية، غاية الأمر ووجه الخلاف أنه يجب أن يكون المحقق ملماً ومؤهلاً للتعامل مع مقتضيات الجريمة من أجهزة إلكترونية وأدلة رقمية وأيضا مصطلحات الجريمة، هذا إذا سلمنا أن المجرم في الابتزاز الإلكتروني ذكي وله دراية بالتكنولوجيا.

(3) المادة 67 من قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي رقم 35 لسنة 1992.

(2) سعد بن محمد، المبادئ العامة للإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، 1434هـ، ص 128، 129، قواري، فتحة محمد، غنام، محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، المرجع السابق، ص 181.

(3) -المادة 101 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

4- المادة 91 من قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي.

5- ظفير، سعد بن محمد، المرجع السابق 197، 198.

6- قواري، فتحة محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 221.

ويحق للمتهم الاستعانة بمحامي أو وكيل لحضور التحقيق م 64 إجراءات جزائية سعودي<sup>(1)</sup> وهو ما اتفق فيه النظام السعودي والقانون الإماراتي حيث نص الأخير في المادة 100 "يجب أن يمكن محامي المتهم من حضور التحقيق معه والاطلاع على أوراق التحقيق ما لم ير عضو النيابة العامة غير ذلك لمصلحة التحقيق"<sup>(2)</sup>.

كما أنه لا يجب أن يتم التأثير على إرادة المتهم وكراهه على ابداء أقوال أو الاعتراف أو تحليف المتهم ، وهو ما نصت عليه المادة 102 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي ، ولم ينص قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي على عدم اكراه المتهم اثناء استجوابه، ولكن عدم حمل المتهم على الادلاء بأقواله في وضع الاكراه هو مبدأ مستقر عليه في النظام الجنائي<sup>(3)</sup>، وأنه إذا صدر اعتراف من المتهم بناء على اكراه يعتبر باطل. وهذا البطلان من النظام العام.

#### الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه جهات التحقيق في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

يعتبر التحقيق في جرائم الابتزاز الإلكتروني، أمر ليس بالهين بسبب الصعوبات التي تواجه المحقق أمام جريمة ما زالت غامضة، وتحفها العديد من العراقيل، حتى ان عدم التمكن من السيطرة على مجريات التحقيق، قد يؤدي إلى فقدان الثقة في المجتمع وزيادة نسبة الجريمة، ولعلنا نستطيع ان نورد ما قد يواجه جهات التحقيق من صعوبات وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: حق الانسان في الخصوصية.

كثير من التشريعات في الدول جرمت التعدي على حياة الانسان الخاصة باستخدام شبكة الانترنت، وقد نص عليها ميثاق الأمم المتحدة 1948م، ومنها المادة 15 " لا يعرض أي شخص لتدخل تعسفي في حياته الخاصة، أو أسرته، أو مسكنه، أو رسائله أو شن حملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في طلب حماية القانون له من مثل هذه التدخلات أو تلك الحملات".

وكل الإعلانات العالمية لحقوق الانسان اكدت حرصها على حماية الخصوصية والحياة الخاصة، وشايحت الدساتير والأنظمة العربية ما ذهبت اليه هذه الإعلانات، حتى أن النظام الأساسي للملكة العربية السعودية الصادر عام 1412هـ في مادته الأربعين نص على " المراسلات البرقية والبريدية والمخابرات الهاتفية وغيرها من

<sup>1</sup> - المادة 64 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي

<sup>2</sup> - المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي

<sup>3</sup> - قواري، فتيحة محمد وآخرون، المرجع السابق، ص 224، 225.

وسائل الاتصال مصونة ولا يجوز مصادرتها أو تأخيرها أو الاطلاع عليها أو الاستماع لها إلا في الحالات التي يبينها النظام " (1).

كما شايح الدستور الاماراتي قرينه السعودي بالنص في مادته الواحدة والثلاثون على أن " حرية المراسلات البريدية والبرقية وغيرها من وسائل الاتصال وسريتها مكفولتان وفقا للقانون " (2).

كما نصت المادة السادسة والخمسين من نظام الاجراءات الجزائية السعودي على أن " للرسائل البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، فلا يجوز الاطلاع عليها أو مراقبتها إلا بأمر مسبب ولمدة محددة وفقا لما ينص عليه النظام " (3).

ولم يتضمن قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي نصا مثيلا للمادة 56 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، وان كان ورد نفس المعنى في الدستور الاماراتي.

ثانياً: نقص خبرة العاملين بجهات التحقيق.

مازالت جهات التحقيق تعاني من قلة الخبرة الفنية للعاملين بها ، وكذلك قلة التدريب على التعامل مع الأدلة الرقمية ، وكيفية البحث عنها، وكيفية الحصول على هذا الدليل، وهو ما يعتبر ثغرة كبيرة في النظام الجنائي فللتكنولوجيا الحديثة لغة ومفردات يجب تعلمها واستخداماتها، كما أن خبرة التحقيق مع مجرم ذكي ومطلع كالمجرم في جرائم الابتزاز الإلكتروني له طبيعة خاصة، سيما وان هذا المجرم يراوغ ويحاول الهرب من جرمه، ربما بإغراق المحقق في تفاصيل لا يعلمها جيدا ، حيث ان المحقق الجنائي في جرائم الابتزاز الإلكتروني يجب أن يكون له تكوين مهاري مختلف، حيث يجب ان يجمع بين مهارة استخدام التقنية الحديثة ، وكذلك مهارة تقييم الجريمة الإلكترونية ومدى الخطورة الاجرامية لمرتكبها، وما إذا كان مجرماً من الهواة أم ضالع بالجريمة وله سجل اجرامي فيها، وهذه الخبرة المكتسبة تساعد العدالة على سرعة الوصول للمجرم، وكذلك مهارة التعرف على المكونات المادية للأجهزة وإمكانية التعرف على ملحقاتها من طابعات وماسحات ضوئية وكاميرات، وذلك للتأكد من ارتباطها بالجهاز الأصلي من عدمه، وتقييم الوسائط الخاصة بتخزين الأدلة الرقمية لتحديد مدى ارتباطها بالإنترنت وما إذا كانت جزء من أدوات الجريمة من عدمه ، كما لا بد للمحقق من معرفة الأنظمة الأساسية لعمل الشبكات، وكذلك تمييز أنظمة تشغيل أنظمة الحاسب الآلي المختلفة (4).

<sup>1</sup> - المادة 40 من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/90) في 1412 هـ.

<sup>2</sup> - المادة 31 من دستور الامارات العربية المتحدة الصادر عام 1996.

<sup>3</sup> - المادة 56 من نظام الإجراءات الجزائية السعودي

<sup>4</sup> - الفحطاني، عبد الله بن حسين آل حجرا، تطوير مهارات التحقيق الجنائي في مواجهة الجريمة الإلكترونية، كلية العلوم الشرطية، جامعة نايف العربية للعلوم المنية، الرياض، 2014، ص 59، 60، 61.

### ثالثاً: تنازع الاختصاص

تظل مشكلة جريمة الابتزاز من كونها عابرة للحدود الإقليمية إحدى المشاكل التي تواجهها سلطات التحقيق، حيث من الممكن أن يكون كل من المبتز والضحية في بلدين مختلفين، وقد يحدث نزاع قانوني أساسه تنازع الاختصاص، حيث يتنازع كل قانون للتطبيق بزعم أنه القانون واجب التطبيق. وهو ما يوجد مشكلة قانونية تأخذ الكثير من الجهود لحلها والتواءم مع الافرازات الجديدة لجريمة الابتزاز الإلكتروني العابر للحدود.

### رابعاً: سيادة القانون والحاجة لتطوير القوانين.

الواقع ان عدم وجود آلية موحدة للتعاون القانوني الدولي للحد من انتشار ومكافحة الجريمة الإلكترونية عامة والابتزاز الإلكتروني على وجه الخصوص، أصبحت المشكلة التي تواجه المجتمع من اختلاف التشريعات والإجراءات في الدول، ما أوجد حاجة لتوحيد الإجراءات والتشريعات لتسهيل التعامل مع الجريمة، وكذلك تفعيل دور الشرطة الدولية باعتبارها جريمة عابرة للحدود<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: الإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

إن الإثبات هو إقامة الحجة والبرهان والدليل، وهي الظن الغالب ولكنه لا يصل إلى درجة اليقين الذي لا يقبل الشك، فالدليل له عدة استخدامات منها أنه وسيلة مستخدمة لإثبات واقعة، وكذلك وسيلة للدفاع إذا كان الدليل في صالح المتهم، وإظهار حقيقة فعل مرتكب يدعى به المدعي وينكره المتهم<sup>(2)</sup>.

إن إثبات الواقعة الاجرامية هو المحور الذي تدور حوله عملية البحث عن مرتكب الجريمة، وما تستهدفه الأجهزة الأمنية<sup>(3)</sup>.

ويقصد بالإثبات الجنائي إقامة الدليل على وقوع الجريمة ومن ثم نسبتها إلى المتهم بارتكاب الجريمة، والإثبات في الجرائم التقليدية يختلف عن الإثبات في الجرائم الإلكترونية، وهذه الخصوصية تتجلى في أن الدليل الرقمي الذي يميز الجريمة الإلكترونية، ما يلقي بالعراقيل والصعوبات أمام السلطات المختصة في الإثبات، ونتناول هذا المطلب في فرعين وذلك على النحو التالي:

### الفرع الأول: الدليل الجنائي الرقمي.

يعتبر البحث عن الأدلة هو الهدف الذي تسعى إليه أنظمة العدالة، وفي سبيل بحثها عن هذا الدليل تسعى حثيثاً وبدأب عن كل ما قد يستجد على مسرح الجريمة من أدلة سواء في الجريمة التقليدية أو الإلكترونية،

<sup>1</sup>-المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 103.

<sup>2</sup>-المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup>- حسن، أمال عبد الرحمن يوسف، الأدلة الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012، ص 7.

وكي نتعرف على الدليل الرقمي كأحد أهم الأدلة في جريمة الابتزاز الإلكتروني كأحد صور الجريمة الإلكترونية، نعرض لتعريفه وكنهه، كما نعرض لخصائص الدليل الجنائي الرقمي وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الدليل الرقمي.

يقصد بالدليل الرقمي أنه " الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر وهو يكون في شكل مجالات مغناطيسية أو نبضات كهربية يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة " (1)

في حين عرفه البعض الآخر على أنه " مجموعة من البيانات أو المعلومات التي تتمكن من أن تثبت بأن جريمة ما قد وقعت أو وجود صلة بين الجريمة أو الجاني أو وجود علاقة بين الجريمة والمجني عليه، ثم يعطي هذا الجانب من الفقه تعريفاً للبيانات الرقمية بأنها " مجموعة الأرقام التي تمثل المعلومات كافة بما فيها الصوت والصورة والنصوص المكتوبة " (2).

ويعرف تعريفاً آخر وهو " معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاماة لإثبات حقيقة فعل أو شخص له علاقة بجريمة أو جاني أو مجني عليه (3).

ويرجع السبب إلى تسمية هذا الدليل بالرقمي إلى أن البيانات داخل وسط الجريمة الافتراضي سواء كانت صور أو تسجيلات تأخذ شكل أرقام داخل أجهزة الحاسوب، وذلك على هيئة رقمي (0،1) بتشفير معين بحيث يمكن تحويل هذه الرموز عند العرض إلى صورة أو تسجيل (4).

وعرفت الأدلة الإلكترونية كذلك بأنها " الأدلة التي تشمل جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تثبت أن هناك جريمة قد ارتكبت أو توجد علاقة بين الجريمة والمتضرر منها، والبيانات الرقمية هي مجموعة الأرقام التي تمثل مختلف المعلومات بما فيها (النصوص المكتوبة/ الرسومات / الخرائط / الصوت / الصورة) " (5).

ونحن مع تعريف للدليل الإلكتروني بأنه: " الدليل المشتق من أو بواسطة النظم البرمجية والمعلوماتية الحاسوبية وأجهزة ومعدات وأدوات الحاسب الآلي أو شبكات الاتصال من خلال إجراءات قانونية وفنية لتقديمها للقضاء بعد تحليلها علمياً أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة أو رسومات أو صور أو أشكال وأصوات لإثبات وقوع الجريمة أو لتقرير البراءة والإدانة فيها.

<sup>1</sup>- خشان، أمل فاضل وآخرون، المرجع السابق، ص 344.

<sup>2</sup>- خشان، أمل فاضل وآخرون، المرجع السابق، ص 345.

<sup>3</sup>- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 67.

<sup>4</sup>- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المرجع السابق، ص 68.

<sup>5</sup>- عدنان، راضية سلام، مشروعية الدليل الإلكتروني، جامعة النهرين، العراق، 2014، ص 7.

## ثانياً: خصائص الدليل الرقمي.

- 1- الدليل الرقمي دليل له بيئته الخاصة التي يوجد فيها، وهذه البيئة هي بيئة افتراضية، وهي تتميز بخصائص عدة ونعرض لها على النحو التالي: الدليل الرقمي يتميز بالطبيعة الفنية حيث تقوم الأجهزة العديلة الجنائية بتمريره على البرامج المختصة لمعرفة ما إذا كان تم العبث في هذا الدليل أو تغييره<sup>(1)</sup>
- 2- يتم استنتاج الدليل الرقمي من بيئة معقدة، وهو العالم الافتراضي، ولا يستطيع استخراج ذلك الدليل إلا بوسائل علمية عن طريق المعامل المعلوماتية.<sup>(2)</sup>
- 3- يتميز الدليل الناتج عن الأجهزة الإلكترونية بالسرعة العالية عند حركتها في شبكة الاتصال<sup>(3)</sup>
- 4- يستطيع الخبير نسخ الدليل الرقمي عدة نسخ بحيث تكون مطابقة للأصل، وتتمتع بحجية الإثبات والقيمة العلمية كأصل نفسه، وهذا ما يميز الدليل الرقمي عن الأدلة التقليدية وهذه الطريقة فيها ضمانات من التلاعب والعبث والتحرير بالأصلي<sup>(4)</sup>
- 5- عن طريق الدليل الرقمي يُسهل على الجهات المختصة مراقبة المجرم الإلكتروني، والبحث عنه، ومعرفة معلوماته الشخصية<sup>(5)</sup>
- 6- الدليل الرقمي لا يرى عن طريق الحواس الطبيعية للإنسان، لأنه يتكون من نبضات كهربائية لا يمكن لمسها<sup>(6)</sup>. فهو دليل غير ملموس، أي غير مادي لذا فإن ترجمة الدليل إلى مادي وملموس لا يغير من صفته الرقمية، لأن تحويله من الرقمية إلى شكل الهيئة يُستدل بها على معلومة معينة
- 7- البعض قال إن الدليل الرقمي أقل مادية من الدليل المادي، ولكن قولهم غير صحيح لأنه يعتمد على التخيل في شكله ومقر وجوده غير المحدد وحجمه<sup>(7)</sup>

(1) الأسدي، ليلى محمد، مدى فاعلية أحكام القانون الجنائي في مكافحة الجريمة المعلوماتية، دراسة مقارنة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2015، ص 260.

(2) الحيط، عادل عزام، جرائم الدم والقدح والتحقير المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية شبكة الإنترنت وشبكة الهواتف النقالة وعبر الوسائط التقليدية والآلية والمطبوعات، دراسة قانونية مقارنة، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015، ص 238.

(3) عبدالمطلب، طاهري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة، العراق، 2014، ص 7

(4) فرغلي، عبد الناصر، المسماري، محمد عبيد. (2-1428/11/4هـ) الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية - دراسة تطبيقية مقارنة - المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي. المملكة العربية السعودية. نظمتها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية نظمتها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع وزارة الصحة بالمملكة العربية السعودية ومنظمة الصحة العالمية

(5) المرجع السابق، ص 15

(6) عبد الرحمن، محمد جلال، الجرائم الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقوانين، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، القاهرة، 2015، ص 529.

(7) عبد الرحمن، محمد جلال. الجرائم الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقوانين، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 529.

8- أن الجهات المختصة بالكشف عن الجريمة تستطيع الحصول على الأدلة الرقمية في مسرح الجريمة التقليدي أو المسرح الافتراضي وذلك عن طريق استخلاص الأدلة من الأجهزة<sup>(1)</sup>.

الفرع الثاني: الصعوبات التي تواجه السلطات المختصة في الإثبات.

تتنوع الصعوبات التي تواجه السلطات في الإثبات باستخدام الدليل الرقمي وذلك بسبب العديد من الأسباب وهي:

أولاً: سهولة محو الدليل

حيث أن الجناة بعد ارتكابهم للجريمة يكون منهم الحريص سيما وأن المجرم الإلكتروني، في جريمة الابتزاز، بعد قيامه بتهديد المجني عليه، يقوم بمحو آثار جريمته، مما يجعل الوصول للدليل عسير، وبعض الأحيان يكون مستحيل.

ثانياً: معوقات لها علاقة بكشف هوية الجاني من خلال الدليل الرقمي.

تختلف جريمة الابتزاز الإلكتروني عن جريمة الابتزاز التقليدية، في أن الأولى تحدث في عالم افتراضي تحكمه الرموز والبيانات، يخلو من العنف والآثار المادية كجريمة الابتزاز التقليدية، مما يصعب معه التوصل لدليل مادي كبصمة اصبع، أو نقطة دم، مما يجعل الوصول إلى الجاني معترض بالعقبات<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: عرقلة الوصول إلى الدليل

في بعض الأحيان يضع الجاني عقبات فنية لمنع كشف جريمته واكتشاف ادلتها، وذلك كأنظمة التشفير، وذلك بقصد حجب المعلومات عن التداول العام، ومنع الوصول إلى مصدر الإرسال.

رابعاً: نقص خبرة بعض العاملين في جهات التحقيق.

من ضمن الصعوبات التي تواجه عملية الحصول على الأدلة الرقمية في جريمة الابتزاز الإلكتروني نقص الخبرة لدى بعض العاملين من رجال الضبط الجنائي وأعضاء هيئات التحقيق، وذلك فيما يتعلق بأجهزة الحاسوب وملحقاتها، ولغة الحاسوب، ومهارات تتعلق باستجواب مجرم ذكي كالمجرم الإلكتروني في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

(1) البشري، محمد الأمين، التحقيق في الجرائم المستحدثة، المملكة العربية السعودية: مركز الدراسات والبحوث جامعة نايف العربية للعلوم

الأمنية، الرياض، 2015، ص 236.

<sup>2</sup> القحطاني، عبد الله بن حسين ال جحراف، المرجع السابق، ص 70.

ونرى ضرورة الاهتمام بتدريب وتأهيل العنصر البشري كالمحققين والجهات المعاونة، وذلك حتى يمكن مواكبة التقدم السريع في أمور الجريمة الإلكترونية بشكل عام وبالابتزاز الإلكتروني بوجه خاص.

#### خامساً: الاحجام عن الإبلاغ من المجني عليه

والسبب في ذلك يرجع إلى خوف المجني عليه من الإبلاغ كي لا يفتضح أمره، فهذه الجريمة ارتكبت في الأساس بسبب خوف المجني عليه من ان تتكشف أسرارها، وبالتالي فان هذا الاحجام يساعد على اختفاء الدليل الرقمي الذي يدل على الجاني، مما يجعل هذا السبب عقبة خطيرة تقف في طريق الإثبات عن طريق الدليل الرقمي.

#### سادساً: عدم وجود آلية تشريعية موحدة

حيث أن اختلاف التشريعات، في تجريم أفعال الابتزاز الإلكتروني مختلفة في دولة عن أخرى، مما يجعل ملاحقة الجاني تمر بعقبات وعراقيل، فما تراه دولة مباح تراه أخرى مجرم.

ونرى أن الحاجة ماسة إلى وضع تشريعات جنائية دولية موحدة، أكثر مرونة حتى تواكب سرعة التقدم في الاجرام السيبراني.

#### المبحث الثاني: العقوبات المترتبة على جريمة الابتزاز الإلكتروني.

تعد العقوبات من أهم الآثار التي تترتب على تجريم السلوك المعتدي، لذا نظم المشرع كل فعل أو ترك مخالفين لنصوصه الموضوعية، وجعل مقابل هذا الفعل أو الترك المجرمين عقوبة، هذه العقوبة لضمان تحقيق الردع الخاص للمجرم، ولتحقيق الردع العام للمجتمع ككل، فللعقوبة وجهين، العلاجي والوقائي، وتختلف الأنظمة والقوانين المجرمة في كل دولة، وذلك باختلاف كل سياسة جنائية يتخذها المشرع ما بين التخفيف أو التشديد في العقوبات.

وقد أكد المنظم السعودي على قناعته الشديدة باهتمام المجتمع بأغلب فئاته، وتخوفه من جريمة الابتزاز الإلكتروني، لذا نجده قد جرم هذا السلوك بكل صورته وتعدياته، ووضع لهذه التعديات عقوبات لتتناسب مع الجريمة التي اقترفها الجاني، ونعرض للعقوبات في النظام السعودي، وكذا القانون الاماراتي،

ونتناول العقوبات الاصلية والتكميلية، وللعقوبات حال الشروع والمساهمة الجنائية، كما نعرض لحالات الاعفاء من العقوبة والتشديد فيها، في مطالب ثلاثة على النحو التالي:

## المطلب الأول: العقوبات الأصلية والتكميلية.

ورد في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي، النص على العقوبات الأصلية والتكميلية لجريمة الابتزاز الإلكتروني، ونعرض لهذه العقوبات في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول: العقوبات الأصلية في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

الصياغة التشريعية لنصوص التجريم والعقاب ليست مجرد إفراغ للنصوص في قوالب شكلية، وإنما هي أولاً وقبل كل شيء فكر قانوني يرد النصوص لضوابطه القانونية، التزاماً بالأصول المنطقية، ومن ثم يدخل فيها التثبت من اتفاق نصوص التشريع المقترح مع مواد النظام الأساسي والقوانين السارية، فضلاً عن إجراء التعديلات التي يقتضيها التجانس بين القوانين التي تشكل النظام القانوني بالدولة والتناسق والترابط بين نصوص التشريع الواحد، وهو ما نأمل به في نصوص القوانين والأنظمة الجنائية.

وبالاطلاع على نص المادة الثالثة من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي نجد أنه نص على أن " يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة ألف ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يرتكب أيًا من الجرائم الآتية:

- 1- الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه لحمله على القيام بفعل أو الامتناع عنه ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعاً.
- 2- المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها.
- 3- التشهير بالآخرين وإلحاق الضرر بهم عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة<sup>(1)</sup>.

وترى الباحثة أن المنظم السعودي وقد ابتدأ نص التجريم بذكر العقوبة، ثم أخذاً في تعداد السلوك المجرم في هذا النص المعاقب عليه، وذلك من حسن العرض، والتأكيد على سياسة المشرع في التشديد.

فالمنظم السعودي عاقب حالات الدخول غير المشروع بطريقة غير نظامية سواء كانت بطريق الاحتيال أو الطرق التي جرمها النظام في تهديد المجني عليه بغرض ابتزازه والحصول على منفعة من ذلك، والتأثير على نفسه وارهابه وسلب ارادته أو تعييبها، كما عاقب أيضاً على أي نوع من أنواع المساس بغير وجه حق بالحياة الخاصة للآخرين سواء باستخدام الهواتف النقالة أو المزودة بالكاميرا أو ما يدخل في حكمها، ويندرج تحت ما يكون في حكمها أجهزة الحاسب الآلي والهواتف الذكية التي أصبحت في أهمية استخدام الحاسوب، بل لعل استخدام

<sup>1</sup> - المادة (3/3) من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

الهاتف المتنقل في هذه الاختراقات أصبح أكثر أهمية نظراً لانتشاره ، كما أن تزويده بكاميرا ، وسهولة استخدامها يساهم في ارتفاع نسبة ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني بواسطة الهاتف، فهو سلاح جريمة ناعم ، ولا يثير الكثير من الشبهة ، حتى أصبح هو سلاح جريمة الابتزاز الأسهل بين أيدي المعتدين .

كما نجد أن نص المادة يؤكد على أن الأصل في العقوبة الجمع بين الحبس والغرامة، وقد حرص المنظم على ترك مساحة تقديرية للقاضي في اختيار العقوبة الأصلية حسبما يراه، وحسب مجريات وقائع الدعوى، فترك له التقدير للعقاب بالحبس والغرامة، إن رأى بُدأً من التشديد جمع بين العقوبتين، وهو ما يؤكد على أن الأصل في العقوبة الجمع بين الحبس والغرامة.

ونلاحظ أيضاً أن المنظم السعودي قد نص على الحد الأعلى للعقوبة، وحددها بسنة حبس ، ومبلغ خمسمائة ألف ريال غرامة، تاركاً تحديد الحد الأدنى للعقوبة للقاضي الموضوع، بحيث ألا تقل العقوبة عن يوم واحد حبس، وألا تقل الغرامة المالية عن ريال واحد (1). ولعل هناك العديد من المعايير التي ينظر لها القاضي أثناء تقرير العقوبة منها حال الجاني من العود، وما إذا كان له سوابق جنائية من عدمه وعلاقة الجاني بالمجني عليه، وهل الابتزاز والتهديد تم بنشر المحذور من عدمه، وهي أمور يرى القاضي معها أي العقوبات يختار، جامعاً للحبس والغرامة أو مختاراً منهما.

كما ينظر القاضي في مدى تفشي الجريمة في المجتمع فيشدد حين الانتشار الشديد لمزيد من الردع في سبيل الحد من الانتشار، كما ينظر القاضي إلى زمان ومكان ارتكاب الجريمة، فيشدد العقوبة ان تمت في الأشهر الحرم أو في مكة المكرمة أو المدينة المنورة.

وبالنظر إلى نص تجريم جريمة الابتزاز الإلكتروني في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي نجد نص المادة 16 منه نصت على أنه "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 جنائية أو بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار" (2).

كما نجد المشرع الإماراتي في قانون العقوبات الاتحادي نص في المادة 378 على حماية الحياة الخاصة حيث عاقب بالحبس والغرامة "كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية في غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجني عليه:

<sup>1</sup>- الصيفي، عبد الفتاح الصيفي، الاحكام العامة للنظام الجزائي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الطبعة الاولى، 1995، ص 483.

(2)- المادة 16 من القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم 5 لسنة 2012.

أ- استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت في مكان خاص أو عن طريق الهاتف أو أي جهاز آخر.

ب- التقط أو نقل بجهاز أياً كان نوعه صورة شخص في مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الحالتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضاه هؤلاء يكون مفترضاً.

كما يعاقب بذات العقوبة من نشر بإحدى طرق العلانية أخباراً أو صوراً أو تعليقات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للأفراد ولو كانت صحيحة<sup>(1)</sup>.

وبالنظر إلى نص التجريم والعقاب في القانون الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات نجد ان المشرع الإماراتي بدأ نص المادة أيضاً بالنص على العقوبة وذلك كنظيره السعودي، أخذاً في ذلك جانب صياغة التشديد، ونجد أنه عاقب حالات الابتزاز والتهديد، لإجبار شخص على القيام بفعل ضد ارادته، إلا أنه لم يذكر إن كانت العقوبة تسري على الفعل سواء كان مشروعاً أم غير مشروع، باستخدام شبكة المعلومات أو وسيلة تقنية معلومات، ونرى أن المشرع الإماراتي قد جعل العقوبة الأصلية الحبس والغرامة مجتمعين، وحدد الحبس في حده الأعلى بستين، وكذلك حدد الغرامة في حدها الأعلى خمسمائة ألف درهم، ولم يضع حداً أدنى للحبس والغرامة، تاركاً ذلك الحد الأدنى للقواعد العامة في الجزء الجنائي، كما أنه ترك للقاضي أيضاً كنظيره السعودي سلطة التقدير في الجمع بين الحبس والغرامة أو اختيار أحدهما حسبما يترأى له من ظروف القضية، ومن ظروف الجاني، وحاله، ونوع الابتزاز، وطريقته، والضرر المترتب من ترويع المجني عليه، وانتشار الأسرار من عدمه، ونرى أنه جعل الحد الأعلى للحبس سنتين مشدداً بذلك مدة الحبس عن المشرع السعودي الذي جعلها سنة واحدة، أما بالنسبة للغرامة فحدها الأعلى واحد في التشريعين السعودي والإماراتي، مع الوضع في الاعتبار فارق العملات، وقيمة العملة الحقيقية في الأسواق، إلا أننا نرى أن المشرع الإماراتي قد تشدد في العقوبة وحسنها فعل، وذلك حينما قرر جعل السجن يصل إلى عشر سنوات إذا كان التهديد بارتكاب جناية أو بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار، إلا أنه لم يبين من التشديد إن كان يقع منفرداً أم يمكن جمعه مع الغرامة في حدها الأعلى خمسمائة ألف درهم، وبهذا يضع المشرع الإماراتي ردهاً قوياً حين يتصل التهديد بارتكاب جناية وهي الجريمة الكبيرة، أو يكون التهديد له علاقة بإسناد أمور تمس الشرف والاعتبار، وتنتمي على المنظم السعودي أن يحذو حذو المشرع الإماراتي في تشديد العقوبة في نفس المنحى.

كما نجد أن قانون العقوبات الإماراتي يشمل نصاً عاماً في ما تنص عليه المادة 378 فيما يتعلق بالاعتداء على حرمة الحياة الخاصة باستخدام إحدى طرق التكنولوجيا، حتى وإن لم يتضمن الاعتداء على حرمة الحياة

<sup>1</sup> - المادة 378 من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي رقم 3 لسنة 1978.

الخاصة تهديداً، وهو ما نثمن للمشرع الإماراتي هذا الاتجاه لحماية الخصوصية، ومغلقاً بذلك كل الشغرات امام أصحاب النفوس الأثمة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: العقوبات التكميلية في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

تعرف العقوبة التكميلية بأنها العقوبة التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية بشرط أن يحكم القاضي بالعقوبة الأصلية<sup>(2)</sup>، وهي تختلف عن العقوبة التبعية التي تصيب الجاني بناء على الحكم بالعقوبة الأصلية دون الحاجة إلى اصدار حكم تبعي فهو مرتبط ارتباطاً وثيقاً ومباشراً بالعقوبة الاصلية<sup>(3)</sup>.

وفي جريمة الابتزاز الإلكتروني نصت المادة 13 على أنه مع عدم الاخلال بحقوق حسني النية أنه يجوز الحكم بمصادرة الأجهزة أو البرامج أو الأجهزة أو الوسائل المستخدمة في ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في النظام أو الأموال المتحصلة فيها كما يجوز الحكم بإغلاق الموقع الإلكتروني أو مكان تقديم الخدمة اغلاقاً نهائياً او مؤقتاً متى كان مصدراً لارتكاب هذه الجرائم ، وكانت الجريمة ارتكبت بعلم مالكة<sup>(4)</sup>.

وتعرف المصادرة أنها نزع ملكية مال عن صاحبه جبراً، واضافته إلى ملكية الدول وتدخل في خزانتها، كعقاب على الجريمة وبموجب حكم واجب النفاذ، وهي تختلف عن الغرامة في أن المصادرة عقوبة عينية أما الغرامة فهي عقوبة نقدية، كما أنها عقوبة أصلية، كون المصادرة على أشياء حيازتها في الأصل مشروعة ولكنها استخدمت أو كانت وسيلة لارتكاب جريمة ما، فهي مشروعة الأصل واستخدمت في عمل غير مشروع، وكان للقاضي أن يحكم بنزع ملكيتها، وللقاضي سلطة تقديرية في توقيف المصادرة من عدمه، شريطة أن ترتبط وتلحق بالعقوبة الأصلية. أما إذا كانت الأشياء التي تم استخدامها ليست ملكاً للجاني فإن المصادرة تمتنع.

وبالاطلاع على القانون الإماراتي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات تبين أن المادة 41 نصت على "مع عدم الاخلال بحقوق الغير حسني النية يحكم في جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة 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 اعدامها، كما يحكم بإغلاق المحل أو الموقع الذي يرتكب فيه أي من هذه الجرائم، وذلك إما اغلاقاً كلياً أو للمدة التي تقدرها المحكمة."<sup>(5)</sup>

<sup>1</sup>- الزعابي، محمد سالم، الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات الإلكترونية، مكتبات جامعة الملك سعود، الرياض، 2014، ص 68.

<sup>2</sup>- عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 633.

<sup>3</sup>- عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص 641.

<sup>4</sup>- المادة 13 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

<sup>5</sup>- المادة 41 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي.

ونفس القواعد التي تحكم العقوبة التكميلية في النظام السعودي نجدها في القانون الاماراتي من كونها عقوبة عينية، وتقديرية للقاضي، وتتبع العقوبة الأصلية وجودا وعدما، وتمتنع في حال كانت الأجهزة المستخدمة في الجريمة للغير الحسني النية.

#### المطلب الثاني: عقوبة الشروع والمساهمة التبعية في الجريمة.

جريمة الابتزاز الإلكتروني كغيرها من الجرائم إما انها تتم فتكون جريمة تامة، او لا تكتمل فتكون جريمة ناقصة أو تقف عند مرحلة الشروع، كما ان الجريمة قد يرتكبها فاعل وحيد، أو يشارك ويساهم في ارتكابها مع الفاعل الأصلي شركاء آخرين، لذا نتعرض لهذه النقاط في فرعين نعرض لهما، لنتعرف على حكم كل من النظام السعودي والقانون الاماراتي في هذا الشأن في فرعين كالتالي:

#### الفرع الأول: عقوبة الشروع في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

ويقصد بالشروع البدء في التنفيذ في الجريمة التي يعقد الجاني العزم على ارتكابها، ولكنه لا يصل إلى النتيجة التي يريد تحقيقها، فهي جريمة ناقصة لعدم اكتمال النتيجة الاجرامية المرجوة.

وبالاطلاع على المادة 10 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي نجد أنها نصت على " يعاقب كل من شرع في القيام بأي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام بما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى للعقوبة المقررة " (1). وهو ما يعني أن للقاضي أن يوقع عقوبة الحبس بما لا تزيد عن ستة أشهر والغرامة التي لا تزيد عن مائتين وخمسين ألف ريال.

وينقسم الشروع إلى قسمين: شروع تام وشروع ناقص

فالشروع التام يقصد به قيام الجاني بارتكاب جريمته كاملة، ولكن النتيجة الإجرامية لم تتحقق، وذلك كقيام شخص هدد آخر للحصول على أموال بعد حصوله على مقاطع مصورة له تشينه، وقبل أن تتحقق النتيجة الاجرامية قبض عليه (2)

أما الشروع الناقص فيقصد به أن النشاط الاجرامي الذي يقوم به الجاني لم يتم بشكل كامل ، حيث ان الجريمة هنا ناقصة، مثال ذلك ان تتمكن السلطات من القبض على المبتز بعد حصوله على مستندات سرية لشركة تجارية، وقبل أن يقوم بتهديد الشركة وابتزازها (3). ويشترط لقيام الشروع في جريمة الابتزاز الإلكتروني توافر ركنين هما البدء في التنفيذ، وعدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الجاني. فالبدء في التنفيذ هو

1- المادة 10 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

2- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 159.

3- أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 153.

مرحلة تعقب التفكير والتحضير للجريمة الغير معاقب عليها، طالما كان التحضير لا يشكل جريمة بنفسه، وتسبق مرحلة التنفيذ المعاقب عليها.

أما عدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الفاعل من ذلك قيام المبتز بتهديد ضحيته بحصوله على صور فاضحة له، وذلك بعد اختراقه هاتفه المتنقل وحصوله على الصور، وإبلاغ ل ضحيته بذلك، إلا انه وقبل التهديد تعطل هاتفه المتنقل الذي كان سيرسل ابتزازه عن طريقه، فهنا الجريمة وقفت لسبب خارج عن إرادة الجاني.

هذا وإذا عدل الجاني من تلقاء نفسه لا يعتبر شارعاً في الجريمة، وذلك تشجيعاً لمن يتراجع عن اجرامه.

وبالاطلاع على القانون الاماراتي نجد أن المادة 40 نصت على " يعاقب على الشروع في الجنح المنصوص عليها في هذا المرسوم بقانون بنصف العقوبة المقررة للجريمة التامة."<sup>(1)</sup>.

ويتضح من النص أن المشرع الاماراتي شايح نظيره السعودي في نفس الرأي بجعل عقوبة الشروع بنصف عقوبة الجريمة التامة، إلا أن المشرع الاماراتي ضمن المادة كلمة أن الشروع على الجنح، ومنها عقوبة جريمة الابتزاز الإلكتروني المعتبرة جُنحة في القانون الاماراتي، ومن نص المادة يفهم أن الجرائم المعتبرة جنائيات في هذا النظام الشروع فيها عقوبته تختلف عن الجنح، وليس هناك اختلاف في القواعد الخاصة بالشروع في النظامين.

### الفرع الثاني: عقوبة المساهمة التبعية في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

المساهمة في الجريمة أو الاشتراك فيها يتم عن طريق احدي صور المساهمة الجنائية كالتحريض على الجريمة، أو الاتفاق مع الفاعل الأصلي، أو المساعدة للمبتز بأي صورة من صور المساعدة، حتى يصل إلى نتيجته الاجرامية المستهدفة<sup>(2)</sup>

والنظام يعاقب الشريك بالتسبب الذي اشترك في الجريمة بأحد صور الاشتراك من تحريض أو اتفاق أو اعانة بنفس عقوبة الفاعل الأصلي للجريمة<sup>(3)</sup>.

نصت المادة 9 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي على " يعاقب كل من حرض غيره، أو ساعده أو اتفق معه على ارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا النظام، إذا وقعت الجريمة بناء على التحريض أو

<sup>1</sup> - المادة 40 من قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي.

<sup>2</sup> - أحمد، عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص 343.

<sup>3</sup> - العرفج، فهد بن مبارك، التحريض على الجريمة في الفقه والنظام السعودي، رسال ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص 34.

المساعدة أو الاتفاق بما لا يتجاوز الحد الأعلى للعقوبة المقدرة، ويعاقب بما لا يتجاوز نصف الحد الأعلى للعقوبة المقررة لها إذا لم تقع الجريمة الأصلية".

ومن الملاحظ أن المشرع أقر عقوبة للشريك المتسبب بما لا يجاوز عقوبة الفاعل الأصلي، كما عاقب النظام الشريك المتسبب بنصف العقوبة الأصلية، وإن لم تقع الجريمة الأصلية، مع أن القواعد العامة تقضي بالألا يعاقب الشريك إلا إذا قام الفاعل الأصلي بارتكاب الجريمة أو الشروع فيها على الأقل، وهذا ما يتفق مع أحكام التشريع الجنائي الإسلامي من تحريم الاتفاق والمساعدة على المنكر. وحسناً فعل المشرع السعودي بتقريره لهذه القاعدة التي تتماشى وأحكام الشريعة السمحاء وتساهم في تحقيق الردع العام.

أما بالنسبة إلى قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي نجد أنه لم ينص صراحة في المادة 16 على عقاب الشريك، كما لم يفرد نصاً خاصاً للعقاب على المساهمة الجنائية لجريمة الابتزاز الإلكتروني، إلا أننا نرى أنه في هذه الحالة تطبق القواعد العامة في المساهمة الجنائية، باعتبار الشريك المتسبب مساهماً في الجريمة ومستحقاً للعقاب مثله، وحبذا لو نص المشرع الإماراتي على عقاب الشريك منعا لأي تلاعب أو تهرب من نصوص القانون.

### المطلب الثالث: الظروف المشددة للعقاب والاعفاء.

جريمة الابتزاز الإلكتروني لها حالات لتشديد العقاب عليها، وذلك حال تحقق شروط معينة، يراها المشرع، وسبق أن ضمنها في النظام، كما أن هناك حالات يعفى فيها الفاعل من العقوبة بسبب توافر ظروف قرر النظام أن هناك مصلحة عليا في التقرير بإعفاء الفاعل، وأن بإعفائه تتحقق مصلحة أكبر، طبقاً للسياسة الجنائية التي يراها كل مشرع، وسنتناول هذه النقاط في فرعين على النحو التالي:

### الفرع الأول: الظروف المشددة للعقاب في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

هناك حالات تشدد فيها العقوبة حال ارتكاب جريمة الابتزاز الإلكتروني، والمقصود بالتشديد هنا أن يحكم القاضي بالحد الأعلى للعقوبة المقررة أو أن يحكم بكلا العقوبتين أي الحبس والغرامة معاً..

وقد نص المشرع السعودي على تشديد العقوبة في جريمة الابتزاز الإلكتروني، وحدد الحالات التي يجب على القاضي إذا عرضت له أن يشدد العقوبة، وقد وردت في المادة الثامنة: "لا تقل عقوبة السجن أو الغرامة عن نصف حدها الأعلى إذا اقترنت الجريمة بأي من الحالات الآتية:

1- ارتكاب الجاني الجريمة من خلال عصابة منظمة.

2- شغل الجاني وظيفة عامة واتصال الجريمة بهذه الوظيفة أو ارتكابه الجريمة مستغلاً سلطته ونفوذه

3- التغيير بالقُصر ومن في حكمهم واستغلالهم

4- صدور أحكام محلية أو أجنبية سابقة بالإدانة بحق الجاني في جرائم مماثلة " (1) .

حيث يحق للقاضي من خلال نص النظام تشديد العقوبة بحق الجاني في الحالات السابقة أعلاه أو العقوبة بنصف المدة المقررة في نص النظام ، ويتبين لنا حرص المشرع في الحالات سالفه البيان على تشديد العقوبة بالجمع بين الحبس والغرامة، أو ألا تقل العقوبة عن النصف، حيث أن ارتكاب الجاني العقوبة من خلال تنظيم اجرامي، حيث تلمس المشرع خطورة على المجتمع من أن تستشري هذه الجريمة، وذلك نتيجة ممارستها من هيكل منظم كالعصابات الإجرامية المنظمة، كما أن تشدد العقوبة إذا ارتكبا موظف عام حيث أنه المفترض أنه شخص مختار بعناية وفيه توضع ثقة الدولة، فيجب ان يكون بعيداً عن أي شهية، لذا إن ارتكب جريمة كهذه حق عليه العقاب المشدد، أيضاً موجب للعقوبة المشددة أن يرتبط الابتزاز بالتغيير بالقُصر وان تقع الجريمة ضد فئة يحق حمايتهم جنائياً بقدر اكبر من الفئات الأخرى، كما يعتبر موجباً للتشديد صدور أحكام محلية أو أجنبية سابقة في حق المبتز في جرائم مماثلة، ويبدو أن سبب التشديد هذا يرجع لنفس فكرة التشديد حال العود أو الخطورة الاجرامية.

وبالاطلاع على قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي يتبين لنا أن المشرع شدد العقوبة في نفس نص المادة 16 بتجريم الابتزاز حيث نصت على "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 جنائية أو بإسناد أمور خادشه للشرف والاعتبار " (2). إلا أنه لم يتبين من التشديد إن كان يقع منفرداً أم يمكن جمعه مع الغرامة في حدها الأعلى خمسمائة ألف درهم، وبهذا يضع المشرع الاماراتي رداً قوياً حين يتصل التهديد بارتكاب جنائية وهي الجريمة الكبيرة، أو يكون التهديد له علاقة بإسناد أمور تمس الشرف والاعتبار.

ونجد أن المادة 42 تنص على "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" (3). ولعل هذا الحكم بالإبعاد للأجنبي بعد تنفيذه للعقوبة هو نوع من العقوبات التبعية للعقوبة الاصلية، وهو حكم متصور

<sup>1</sup>- المادة 9 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

<sup>2</sup>- المادة 16 من القانون الاتحادي لمكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي رقم 5 لسنة 2012.

<sup>3</sup>- المادة 41 من نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات الاماراتي.

ومنطقي للأجنبي الذي يسئ إلى الوطن الذي يعيش فوق أراضيه، وأحسن المشرع الإماراتي بالنص على هذه المادة.

### الفرع الثاني: الظروف المعفية من العقاب في جريمة الابتزاز الإلكتروني.

أقر المشرع السعودي أسباباً لإعفاء الجاني من العقوبة، وهي تأتي في حالات معينة لأسباب لها علاقة بالسياسة الجنائية، وليس لها علاقة بالقواعد العامة في المسؤولية الجنائية لمرتكب الجريمة، فقد نص المشرع السعودي في المادة 11 من النظام على أن " للمحكمة المختصة أن تعفي من هذه العقوبة كل من يبادر من الجناة بإبلاغ السلطة المختصة بالجريمة قبل العلم بها وقبل وقوع الضرر، وإن كان الإبلاغ بعد العلم بالجريمة ينبغي أن يكون من شأن الإبلاغ ضبط باقي الجناة في حال تعددهم أو الأدوات المستخدمة في الجريمة" (1).

ولعل السبب الذي دفع المشرع إلى تقرير هذا الاعفاء، هو رغبة المشرع في السيطرة على تفاقم ظاهرة الابتزاز الإلكتروني بتشجيع فئة من مرتكبيها، عن طريق الاعفاء إلى إبلاغ السلطات المختصة قبل العلم بالجريمة، وقبل وقوع الضرر، كما اشترطت أنه حتى يؤدي الإعفاء دوره يجب أن يكون من شأن هذا الإبلاغ أن تقوم السلطات بضبط باقي الجناة في حال كانوا متعددين، وأيضاً ضبط الأدوات المستخدمة في الجريمة كما أن سلطة تقرير العقاب تكون للمحكمة المختصة.

وكما يبدو سبب الاعفاء ليس سبباً من موانع المسؤولية، وإنما هو لهدف في السياسة الجنائية، حيث أن المشرع السعودي أيضاً نص على تقرير اعفاء للراشي الذي يبلغ عن جريمة الرشوة قبل علم السلطات بها، وهو نفس منطق السياسة الجنائية لفرض مزيد من السيطرة على الجريمة، وتشجيعاً لبعض الأطراف للإبلاغ والاستفادة من الاعفاء، ولعل هذا المنطق مستقى من الاعفاء الإلهي عن عقوبة جريمة الحرابة إذا تاب المحارب قبل القدرة عليه لنفس الأسباب، والتي من أهمها خطورة هذه الجرائم ومحاولة السلطات اغراء فاعليها بالإعفاء عن العقوبة حال الإقرار بمعلومات عنها قبل اتصال علم السلطات بها.

وبالإطلاع على النص الإماراتي تبين أن نص المادة 45 "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 ومرتكبها أو إثباتها عليهم أو القبض على أحدهم" (2). وتنص المادة 44 على أنه تعتبر الجرائم الواردة في المواد (4، 24، 26، 28، 29، 30، 38) من هذا المرسوم بقانون من الجرائم الماسة بأمن الدولة.

وفي النص الإماراتي أن سلطة تقرير الاعفاء هي للمحكمة المختصة، كما أنه أضاف بجانب الاعفاء التخفيف من العقوبة، وذلك في الجرائم الخاصة بالاعتداء أو المساس بأمن الدولة، أما جريمة الابتزاز الإلكتروني لم يرد

<sup>1</sup> المادة 11 من نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي.

<sup>2</sup> المادة 45 من نظام مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي

لها هذا النص بالإعفاء أو التخفيف من العقوبة، مقررًا بذلك عدم استحقاق مرتكب جريمة الابتزاز الإلكتروني أي إعفاء أو تخفيف، ويبدو وأن المشرع الإماراتي قصد من تقرير الإعفاء أو التخفيف من العقوبة لبعض الجرائم ذات الصلة بأمن الدولة، وذلك بنفس منطق الحرص على كشف الجريمة قبل حدوث أضرار، وكذلك تشجيعاً لأطرافها للفوز بالإعفاء أو التخفيف والقبض على باقي أفراد الفاعلين المنفذين للجريمة، وهي سياسة لكل مشرع يقوم بانتهاجها لمصلحة خطته في حفظ الأمن والضرب بيد من حديد على كل المارقين.

### الخاتمة

تعتبر جريمة الابتزاز الإلكتروني من الجرائم المستحدثة، ويطلق عليها في علم الجريمة الجرائم الناعمة، التي تخلو من العنف، وهي أحد صور الجريمة الإلكترونية، والابتزاز الإلكتروني هو الوجه الآخر لجريمة الابتزاز التقليدية التي تنشأ وترتكب في عالم مادي، وفي مسرح جريمة تقليدي، حيث يترك الجاني فيه بصمة، أو نقطة دم، أما الابتزاز الإلكتروني فيتم في عالم افتراضي ملئ بالرموز والشفرات، ويتنامى التحدي حين نجد العقوبات ولصعوبات التي تواجه أجهزة التحقيق في التحقيق فيها وفي التعامل مع الدليل الرقمي، وهذه الجريمة أصبحت تمثل هوساً لدى مستخدمي التكنولوجيا الحديثة، وذلك بعد ثورة المعلومات والتكنولوجيا التي تفجرت بالقرن العشرين، وازاء هذه الثورة حاولت الدول في البداية أن تطوع التشريعات لتواكب هذه الجرائم المستحدثة، ثم انتهت لضرورة أفراد نصوص تشريعية خاصة بهذه الجرائم الإلكترونية، وجريمة الابتزاز الإلكتروني على وجه الخصوص، وقد توصلنا في دراستنا إلى عدد من النتائج نوردتها فيما يلي:

1- جريمة الابتزاز الإلكتروني صورة من صور الجريمة الإلكترونية حيث تتم باستخدام شبكات المعلومات أو الأجهزة الحديثة وتطبيقاته

2- لجريمة الابتزاز طرق مختلفة في ارتكابها كما أن لها وسائل أيضاً خاصة بها تختلف عن الابتزاز التقليدي.

3- جريمة الابتزاز جريمة قد تتسبب في حدوث جرائم بعدها، كالزنا أو القتل أو جريمة عنف أو سرقة.

4- جريمة الابتزاز جريمة عابرة للحدود، فقد يكون المبتز في دولة بالعالم، ويقوم بابتزاز ضحيته في أقصى العالم.

5- جريمة الابتزاز الإلكتروني لها خصوصية في التحقيق، وتستلزم فريق عمل من المختصين أو المؤهلين والمدربين لاستيعاب التطورات الحديثة في التحقيق مع مجرم ذكي وله صفات مختلفة عن المجرم التقليدي.

- 6- جريمة الابتزاز الإلكتروني جريمة يصعب اثباتها، حيث من السهل أن تمحى آثارها بسهولة، وتحتاج لعمل شاق حتى يتم اثباتها.
- 7- الدليل الرقمي أهم أدلة الإثبات في جريمة الابتزاز الإلكتروني، إلا أن التعامل معه يحتاج إلى خبرات معينة، وأجهزة متخصصة وفريق عمل متكامل الخبرة
- 8- الأساس النظري لجريمة الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي تتشابه إلى حد بعيد مع القانون الإماراتي.
- 9- القانون الإماراتي تفوق على نظيره السعودي بتجريم الاعتداء على الحياة الخاصة، ولو لم يحدث ابتزاز أو تهديد، حيث أفرد نصا خاصا لذلك في قانون العقوبات بالإضافة إلى تجريم الابتزاز الإلكتروني في قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات
- 10-المشرع الإماراتي ضاعف مدة الحبس بحده الأعلى سنتين، أما المشرع السعودي فجعل الحد الأعلى سنة في عقوبة جريمة الابتزاز الإلكتروني
- 11-المنظم السعودي خرج عن القواعد العامة حين قرر عقوبة للمساهم في الجريمة حتى وان لم تتم الجريمة، وحسنا فعل، حتى يحدث الردع المرجو، وحتى يتعاون الناس على الأمر بالمعروف ولا يتعاونوا على الإثم، في حين لم يتضمن القانون الإماراتي نص مثل.
- 12-شدد المشرع الإماراتي عقوبة الابتزاز الإلكتروني لتصل للسجن عشر سنوات إذا ارتبطت بالابتزاز جنائية.
- 13-تقرير الاعفاء في النظامين السعودي والإماراتي لفاعل الجريمة حال الإبلاغ بنفس الغرض وهو اخبار السلطات قبل العلم بالجريمة والإبلاغ عن الشركاء. وحسنا فعلا.
- 14-وجود فجوة تشريعية بين تشريعات العالم في تجريم الابتزاز مما سهل التهرب من هذه الجريمة.
- 15-ترك النظامين السعودي والإماراتي للقاضي سلطة تقدير العقوبة، فقط حدد الحد الأعلى لها.

#### التوصيات

- 1- ضرورة نشر الوعي المجتمعي بأخطار جريمة الابتزاز الإلكتروني.
- 2- تشجيع من يتعرض للابتزاز بالإبلاغ عن الجريمة، وسط تأمين سرية للمجني عليه حتى لا يحجم عن الإبلاغ

- 3- تدريب وتأهيل العاملين بجهات التحقيق والجهات القضائية، بكل اساليب التحقيق الحديثة، والتعامل مع الدليل الرقمي حتى لا تفلت الجرائم من بين يدي رجال التحقيق بسبب قلة الخبرة في التعامل مع الدليل الجنائي الرقمي
- 4- انشاء وحدات لمعالجة جرائم الابتزاز في الجهات الأمنية لاستقبال بلاغات الابتزاز، وتتبع أثر المبتزين في تدريب وحرفية عالية لتتبع مثل هذا المجرم الذي
- 5- تخصيص فروع في النيابة العامة وجهات التحقيق للتعامل مع جرائم الابتزاز الإلكتروني، تكون مدربة ومؤهلة علميا للتعامل مع مثل هذه الجرائم
- 6- زيادة التعاون الدولي، وذلك بوضع آلية دولية لتوحيد قانون موحد يجرم الابتزاز الإلكتروني، حتى لا يفلت مرتكب الجريمة من العقاب نتيجة تساهل بعض الأنظمة وتشدد الأخرى.
- 7- إعادة النظر في التشريعات العربية، واعتبار الجرائم الإلكترونية واقعا لا بد لنا من التعامل معه بما يناسبه من تجريم وعقاب مناسبين.

#### قائمة المصادر والمراجع:

##### أولا: الأنظمة والقوانين والقرارات.

- 1- القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 في شأن الحداث الجانحين والمشردين.
- 2- قانون العقوبات الاتحادي الاماراتي رقم 3 لسنة 1978.
- 3- نظام هيئة التحقيق والادعاء العام الصادر بمقتضى المرسوم الملكي رقم م/56 بتاريخ 24/10/1409هـ
- 4- قانون الإجراءات الجزائية الاماراتي رقم 35 لسنة 1992.
- 5- النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (أ/90) في 1412 هـ.
- 6- دستور الإمارات العربية المتحدة الصادر 1996.
- 7- نظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/51) وتاريخ 23/8/1426هـ.
- 8- نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي الصادر من مجلس الوزراء برقم 79 في تاريخ 7/3/1428هـ
- 9- القانون الاتحادي رقم (5) لسنة 2012 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات
- 10- نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/2) الصادر في 25/1/1435.

11- القرار الوزاري السعودي رقم 2000 في 10/6/1435 بشأن الجرائم الموجبة للتوقيف.

### ثانياً: المراجع.

#### - المؤلفات العامة.

- 1- أبو خطوة، أحمد شوقي، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 2- أحمد، عبد الرحمن توفيق، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 3- آل ظفير، سعد بن محمد، المبادئ العامة للإجراءات الجنائية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، الرياض، 1434هـ.
- 4- الصيفي، عبد الفتاح الصيفي، الاحكام العامة للنظام الجزائي، مطبوعات جامعة الملك سعود، الطبعة الاولى، 1995
- 5- عبد العزيز، داليا قدرى أحمد، الوجيز في بعض جرائم التعزير المنظمة في المملكة العربية السعودية، دار الرشد، الرياض، 2017.
- 6- عبد العزيز، داليا قدرى أحمد، دور المجني عليه في الظاهرة الاجرامية وحقوقه في التشريع الجنائي المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 7- عودة، عبد القادر عودة، الأحكام العامة للتشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة نشر.
- 8- القصير، فرج، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006
- 9- قواري، فتيحة محمد، غنام، محمد غنام، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة، ط 3، الآفاق المشرقة ناشرون، الأردن، 2013.

#### - المؤلفات المتخصصة.

- 1- أحمد، طارق عفيفي، الجرائم الإلكترونية، جرائم الهاتف المحمول، دراسة مقارنة بين القانون المصري والاماراتي والنظام السعودي. المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2014
- 2- البشري، محمد الأمين، التحقيق في الجرائم المستحدثة، المملكة العربية السعودية: مركز الدراسات والبحوث جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.

- 3- الحيط، عادل عزام، جرائم الدم والقذح والتحقيق المرتكبة عبر الوسائط الإلكترونية شبكة الإنترنت وشبكة الهواتف النقالة وعبر الوسائط التقليدية والآلية والمطبوعات، دراسة قانونية مقارنة، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.
  - 4- الرشيد، طه السيد، الطبيعة الخاصة لجرائم تقنية المعلومات وأثرها على إجراءات التحقيق في النظام الجزائري المصري والسعودي، دار الكتب والدراسات العربية، مصر، 2016.
  - 5- الزعابي، محمد سالم، الجرائم الواقعة على السمعة عبر تقنية المعلومات الإلكترونية، مكتبات جامعة الملك سعود، الرياض، 2014.
  - 6- عبد الرحمن، محمد جلال، الجرائم الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقوانين، راسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، القاهرة، 2015.
  - 7- مصري، عبد الصبور عبد القوي، المحكمة الرقمية والجريمة المعلوماتية مكتبة الاقتصاد والقانون، المملكة العربية السعودية، 2012.
  - 8- المطلق، نورة بنت عبد الله بن محمد، ابتزاز الفتيات أحكامه وعقوبته في الفقه الإسلامي، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، بدون سنة.
- الرسائل العلمية.
- 1- الأسدي، ليلى محمد، مدى فاعلية أحكام القانون الجنائي في مكافحة الجريمة المعلوماتية، دراسة مقارنة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.
  - 2- البلوي، سالم حامد، التقنيات الحديثة في التحقيق الجنائي ودورها في ضبط الجريمة. رسالة ماجستير. قسم العلوم الشرطية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. المملكة العربية السعودية.
  - 3- حسن، أمال عبد الرحمن يوسف، الأدلة الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012.
  - 4- الحقباني، رايز سالم، مهارات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، دراسة تحليلية لمهارات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية لدى ضباط شرطة مدينة الرياض. رسالة دكتوراه. قسم العلوم الشرطية، كلية الدراسات العليا جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. المملكة العربية السعودية، 2013.

- 5- الزريق، خليفة بن علي بن محمد، ابتزاز الأحداث وعقوبته في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.
  - 6- الزريق، خليفة بن علي بن محمد، ابتزاز الأحداث وعقوبته في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015
  - 7- السلمي، منصور صالح، المسؤولية المدنية لانتهاك الخصوصية في نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، رسالة ماجستير، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض، 2010.
  - 8- السويلم، عبد الرحمن محمد، المساهمة في الجريمة المعلوماتية في النظام السعودي، دراسة مقارنة بالقانون الأردني، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014.
  - 9- عبد المطلب، طاهري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، رسالة ماجستير، جامعة المسيلة، العراق، 2014.
  - 10- عدنان، راضية سلام، مشروعية الدليل الإلكتروني، جامعة النهرين، العراق، 2014.
  - 11- القحطاني، عبد الله بن حسين آل حجراف، تطوير مهارات التحقيق الجنائي في مواجهة الجريمة الإلكترونية، كلية العلوم الشرطية، جامعة نايف العربية للعلوم المنية، الرياض، 2014
  - 12- المطيري، سامي مرزوق نجاء، المسؤولية الجنائية عن الابتزاز الإلكتروني في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2015.
  - 13- المطيري، طارق عبد الرازق، الأحكام الخاصة بجريمة الابتزاز المقررة في نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية السعودي، رسالة ماجستير، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1431.
  - 14- يوسف، صغير، الجريمة المرتكبة عبر الانترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2013.
- الدوريات والمجلات العلمية.
- 1- ابراهيم، محمد إسماعيل، مفهوم الدافع وأثره على عوامل السلوك الاجرامي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، العراق، 2013.

2- عبد خشان، أمل فاضل؛ حمد الله، أحمد، الإثبات الجنائي في جرائم إساءة استعمال الهاتف النقال. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 12، المجلد 4. الجزء، جامعة كركوك، العراق، 2015.

3- عنزي، ممدوح رشيد مشرف الرشيد، الحماية الجنائية للمجني عليه من الابتزاز، المجلة العربية للدراسات الأمنية، المجلد 33، العدد (70)، الرياض، 2017.

4- المسند، صالح بن محمد، المهيني، عبد الرحمن بن راشد، جرائم الحاسب الآلي: الخطر الحقيقي في عصر المعلومات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد 15، العدد 29، الرياض، 2015.

#### - المؤتمرات والندوات.

1- البداينة، ذياب موسى، ورقة عمل علمية: الجرائم الإلكترونية، المفهوم والأسباب، الملتقى العلمي للجرائم المستحدثة في ظل المتغيرات والتحولات الإقليمية والدولية، كلية العلوم الاستراتيجية، عمان، 2014.

2- الحمين، عبد العزيز بن حمين بن أحمد، الابتزاز ودور الرئاسة العامة لهيئة الأمر بالمعروف، ندوة الابتزاز (المفهوم- الأسباب- العلاج)، مركز باحثات لدراسات المرأة بالتعاون مع قسم الثقافة الإسلامية جامعة الملك سعود، الرياض، 1432هـ.

3- العيد، نوال بنت عبد العزيز بن عبد الله، ندوة الابتزاز: المفهوم، الأسباب، العلاج، مركز باحثات لدراسات المرأة، بالتعاون مع قسم الثقافة الإسلامية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1432هـ.

4- فرغلي، عبد الناصر، المسماري، محمد عبيد. (2-4/11/1428هـ) الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية - دراسة تطبيقية مقارنة - المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي. المملكة العربية السعودية. نظمتها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية نظمتها جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع وزارة الصحة بالمملكة العربية السعودية ومنظمة الصحة العالمية.

5- محسن، سناء عبد الله، المواجهة التشريعية للجرائم المتصلة بالكمبيوتر في ضوء التشريعات الدولية والوطنية، أعمال الندوة الإقليمية حول: الجرائم المتصلة بالإنترنت، إصدارات برنامج الأمم المتحدة لتعزيز حكم القانون في بعض الدول العربية، المملكة المغربية، 2015.

إشكالية الشخص المسؤول عن تشغيل الروبوت  
(تأثير نظريّة "النائب الإنساني" على جدوى القانون في المستقبل)  
-دراسة تحليليّة استشرافية في قواعد القانون المدني الأوروبي الخاصّ بالروبوتات-

**The Problem of the Human Agent's Responsibility for the Robot Actuation**

**(The Effect of Artificial Intelligence \AI\ On the Feasibility of Law)**

**- An Analytical & Prospective Outlook Study in the European Civil Law Rules on Robotics**

الدكتور همام القوصي

دكتوراه بالقانون التجاري - تخصص قانون وأنظمة البورصة من جامعة حلب - سورية

**Dr. Humam Al Qussi**

**Doctor of Trading Law from the University of Aleppo, Syria.**

**Abstract**

This is the first Arab research to determine the nature of the human person responsible before the law for the damages that may be caused by AI machine or so-called "robot" which uses artificial intelligence (AI)'s technology granted by the ability of mental trial & self-decision; robot are capable of causing severe damage to human beings and property if they escaped from the system of programming & operation, or if it reached the emotional perception sufficient to hate the human kind and then fight it.

Jurists have been hesitant about this issue, which has created a profound dilemma in determining who is responsible for the actions of the robot, whether the robot itself is responsible for it, or that it is in the future liable to bear its consequences, and then to hold the robot personally accountable for the damage it may cause.

After analyzing the European Civil Law of Robotics issued in February 2017, we found that the EU's law is based on the idea of a "Human Agent" responsible for compensating the injured from the acts of the robot; manufacturers, operators, owners or users.

This indicates that the robot is given a legal status that allows it to be an enabler, not a guarded thing, and to establish a future legal status for the robot that may give it a legal electronic personality, which requires studying the influence of the human Agent theory on the feasibility of the law in its traditional sense in the near future.

**Keywords:** Robot, Robotics Law, Civil Law Rules on Robotics 2017, Human Agent, Artificial Intelligence AI, Machine Learning.

## المُلخَص

يُعدُّ هذا البحث الأول عربيًّا في تحديد طبيعة الجهة المسؤولة أمام القانون عن الأضرار التي قد يتسبب بها تشغيل الرجل الآلي -أو ما يُطلق عليه اصطلاحاً: "الروبوت" - المُبرمج وفقاً لتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي التي تمنحه قدرة محاكاة العقل البشري، واتخاذ القرار الذاتي، ثم تنفيذه على أرض الواقع؛ حيث أنَّ هذه: "الآلة الإنسان" باتت قادرةً على إحاقه الضرر البالغ بالإنسان والممتلكات إنَّ هي انفلتت عن نظام برمجتها وتشغيلها الآمن، أو إنَّ هي بلغت الإدراك العاطفي الكافي لكره الجنس الإنساني ثم محاربتة.

وقد وقف فقهاء القانون موقفَ الحيرة والتردُّد إزاء هذا الموضوع، ما قد أوجد إشكاليَّةً عميقةً تتمثَّل في تحديد طبيعة الشخص المسؤول عن أفعال الروبوت، فما زال الفقه التقليدي يُكَيِّفُ المسؤول عن الروبوت بوصف حارس الأشياء الميكانيكيَّة الخطرة مع افتراض الخطأ.

وبعد أن قمنا بتحليل نصوص القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات الصادر في فبراير 2017، وجدنا أنَّ المشرع الأوروبي قد اعتمد على نظريَّة: "النائب الإنساني" المسؤول عن تعويض المضرور بسبب تشغيل الروبوت على أساس الخطأ واجب الإثبات على النائب الذي قد يكون صانع أو مشغل أو مالك أو مستعمل الروبوت.

وهذا يدلُّ على منح الروبوت مكانةً قانونيَّةً تسمح بأن يكون مُناباً وليس شيئاً محلَّ حراسة، والتأسيس لحالةٍ قانونيَّةٍ مستقبليَّةٍ خاصَّةٍ بالروبوت قد تؤدِّي إلى منحه الشخصية الالكترونيَّة القانونيَّة، الأمر الذي يوجب دراسة تأثير نظريَّة النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت على جدوى القانون بمفهومه التقليدي في المستقبل.

الكلمات المفتاحيَّة: الروبوت، قانون الروبوتات، القانون المدني الأوروبي، النائب الإنساني، الذكاء الاصطناعي، تعلُّم الآلة.

## المُقَدِّمة

لم يُخَيَّلْ للمجتمع الإنساني -والعربي بشكلٍ خاصٍ- أن يُواجه مثل هذا الموقف القانوني المُحرج تجاه الآلات الجامدة الباردة كما هو الحال اليوم؛ فالروبوت لم يعد ضرباً من ضروب الخيال العلمي أو قصص الأطفال المصوّرة!، لقد انتقلت هذه الأحلام العلميّة إلى الواقع المُعاش، وصرنا نرى الآلات وهي تنتقل بهدوء واضطراد نحو مكاننا البشريّة.

فالرجل الآلي أو ما يُطلق عليه: "الروبوت" "Robot"<sup>1</sup>، هو عبارة عن "آلة ذكيّة" "Smart Machine" تسيّر بشكلٍ ذاتيٍّ مستقلٍّ عبر محاكاةٍ عقليّةٍ اصطناعيّةٍ بغرض القيام بمهامٍ دقيقةٍ في مجالات الطبّ<sup>2</sup> والإدارة<sup>3</sup>، والتدقيق الداخلي في المؤسّسات<sup>4</sup>، والنقل، وغيرها، ما قد منح الإنسان قدرة الوصول إلى أعلى أداءٍ ممكنٍ لإنتاج السلع وتقديم الخدمات دون أخطاءٍ تُذكر أو سوء تقديرٍ بشريٍّ، لكن هذه الإيجابيّات لم تمنع وجود خطر انفلات الآلة بكلِّ صورته المقصودة وغير المقصودة.

ومن أمثلة الروبوتات الحديثة: السيّارات ذاتيّة القيادة "Self-Driving Vehicles \ Véhicules Autonomes"، و"الروبوتات الطبيّة" "Medical Robots - Robots Médicaux" التي تقوم بالعمليّات الجراحيّة الخطرة، والروبوتات الصناعيّة، والمنزليّة.. إلخ، وحديثاً وُجِدَت: "روبوتات العناية" "Care Robots - Robots

<sup>1</sup> لقد جاءت تسمية: "الروبوت" أو: "الروبوط" للدلالة على: "الرجل الآلي" أو: "الإنسان الآلي" أو: "الجسمال" أو: "الإنسالة"، ويعود أصل هذه التسمية إلى اللّغة التشيكيّة من الكاتب التشيكي كارل تشابيك عام 1921، وهي تعني بشكلٍ اصطلاحيّ عمل السخرة دون مقابل، فهي مشتقّةٌ من كلمة Robota بالتشيكيّة، والتي تعني العمل الشاق الإجمالي. أنظر:

<https://ar.wikipedia.org/> (3-5-2018).

<sup>2</sup> بخصوص المسؤوليّة القانونيّة عن الروبوتات الطبيّة، أنظر في الفقه الفرنسي:

Isabelle POIROT-MAZERESDU, "Chapitre 8. Robotique et médecine: quelle(s) responsabilité(s) ?", Journal International de Bioéthique, Vol. 24, No. 4, 2013.

<sup>3</sup> فاتن عبد الله صالح، "أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة اتّخاذ القرارات"، أطروحة مُقدّمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، نوقشت فعام 2009، الصفحة 2.

<sup>4</sup> د. أحمد عادل جميل، د. عثمان حسين عثمان، "إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي (دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنيّة)، أحداث الأعمال الذكية والمعرفة الاقتصاديّة، مجلة البحث الاجتماعي المُتقدّم، ماليزيا، المجلد 1، عام 2012، الصفحة 2.

"de Soins<sup>1</sup> التي قد منحت الأمل لمُعاقِي الحركة بالمشي مُجدِّداً، كما ظهر في اليابان روبوت المرور<sup>2</sup>، أمَّا الطائرات دون طيار فما زال اعتبارها روبوتاً محلّ نقاشٍ؛ كونها تسيّرُ بتوجيهٍ بشريّ.

وبالنتيجة، فقد دخلت الروبوتات إلى مفاصل حياتنا الأساسيّة، وهو ما جعلها مُفروضةً على حياتنا فرضاً بغضّ النظر عن مدى تقبُّل مجتمعا العربي لها<sup>3</sup>، أو انتمائنا إلى الاتجاه المتفائل أم المتشائم بخصوص مستقبل الروبوتات<sup>4</sup>؛ وذلك بسبب الطموح الدائم إلى الأداء المثالي دون أخطاءٍ بشريّة.

وفي الحقيقة، إنّ ما يمنح الآلة قدرة التفكير واتّخاذ القرار بشكلٍ ذاتيّ وأداءٍ مثاليّ هو مرورها بمراحل البرمجة التي يفرضها: "الذكاء الاصطناعي"<sup>5</sup> "Artificial Intelligence (AI) - Intelligence Artificielle (IA)"<sup>6</sup>، حيث يُعتبر إنتاج الروبوت أحد المجالات الفرعيّة لتكنولوجيا الذكاء الاصطناعي<sup>7</sup>.

وأهمُّ مراحل برمجة الروبوت هي: مرحلة: "تعلُّم الآلة" "Machine Learning - Apprentissage Automatique"؛ حيث يتمُّ زرع طريقة التفكير البشريّة، ونماذج المواقف، والأفكار، والتصوّرات، والقرارات

<sup>1</sup> Moritz GOELDNER, Cornelius HERSTATT, Frank TIETZE, "The emergence of care robotics – A patent and publication analysis", Technological Forecasting and Social Change, Vol. 92, March 2015, pp.115-131, page 115.

<sup>2</sup> Yueh-Hsuan WENG, Yusuke SUGAHARA, Kenji HASHIMOTO, Atsuo TAKANISHI, "Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots", International Journal of Social Robotics, February 2015, page 2.

<sup>3</sup> صفات سلامة، خليل أبو قورة، "تحديات عصر الروبوتات وأخلاقيّاته"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، دراسات استراتيجية، العدد 196، الطبعة الأولى 2014، الصفحة 25.

<sup>4</sup> ندر بيرغ، إدوارد بافي، لويس-فليبي زانا، "الروبوتات والنمو وعدم المساواة"، مجلّة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، العدد 53، سبتمبر 2016، الصفحة 10.

<sup>5</sup> يمكن تعريف الذكاء الاصطناعي بأنّه: "هو أحد علوم الحاسب الآلي الحديثة التي تبحث عن أساليب مُتطوّرة لبرمجته للقيام بأعمال واستنتاجات تشابه -ولو في حدود ضيقة- تلك الأساليب التي تُنسب لذكاء الإنسان". أنظر: الأكاديمية البريطانيّة العربيّة للتعليم العالي، "الذكاء الاصطناعي وتقنيّات المعلومات، الصفحة 4. أنظر الموقع:

[www.abahe.co.uk](http://www.abahe.co.uk) (19-5-2018).

و"يهدف علم الذكاء الاصطناعي إلى فهم طبيعة الذكاء الإنساني عن طريق عمل برامج للحاسب الآلي قادرة على محاكاة السلوك الإنساني المتسم بالذكاء". أنظر: آلان بونيه، ترجمة: علي صبري فرغلي، "الذكاء الاصطناعي واقعه ومستقبله"، سلسلة كتب عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد 172، أبريل 1993، الصفحة 11.

<sup>6</sup> يُعرّف الذكاء الاصطناعي أيضاً أو ذكاء الآلة بأنّه الظاهر من الآلة، ومن ظواهر هذا الذكاء قدرة العقل الاصطناعي للآلة على حل المشكلات والتعلُّم، وغيرها من الوظائف التي يقوم بها الذهن البشري. أنظر:

[https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial\\_intelligence](https://en.wikipedia.org/wiki/Artificial_intelligence) (3-5-2018).

<sup>7</sup> المرجع السابق، الصفحة 37.

النموذجية، وحتى طريقة التعبير الكلامية والحركية في البرمجة الآلية التي تحرك الروبوت، وبلغ الذكاء الاصطناعي من التطور مبلغ استخدامه لتنمية تفكير الاستدلال البشري في غزة - فلسطين<sup>1</sup>.

إلا أن هذا الذكاء الاصطناعي (AI) -مهما بلغت درجة دقته في وقتنا الراهن- فلن يصل مستوى موثوقية الذكاء البشري من حيث محاكاة طبيعة الحياة العملية؛ ما قد يوقع الروبوت في الأخطاء أو الاستغلال، وبالمقابل فإن وصول الروبوت إلى الإدراك العاطفي مستقبلاً سيجعله يحب ويكره؛ وهذا ما قد يدفعه للقيام بأفعال عدائية أو انتقامية تُسبب أضراراً لمستخدمه وللغير.

وما زال المشرع يقف موقفَ الذهول والارتباب تجاه وقائع روبوتات الذكاء الاصطناعي، رغم أنها قد تؤدي بالأرواح والأموال في واقعنا الراهن، وكأنَّ المشرع يفرض الواقع، كما يتفوق فقهاء القانون التقليدي في الزمن الماضي، ويظهر ذلك من التكيف القانون والقضائي الحالي للروبوت على أنه شيء، وأن مالكة مجرد حارس أشياء يقع عليه عب الخطأ المفترض تماماً مثل مالك السيارة التقليدية، تلك النظرية التي تعود إلى قرن مضى، رغم أن الروبوت يُحرك ذاته بمحاكمة عقلية شبه بشرية ذات منطقي واتزان؛ ولذلك فهو ليس بكائن مُسيّر مُنقاد كالألة الصماء التي يُطلق عليها تسمية: "الشيء"، وهذه المعلومة قد باتت من البديهيات.

ولذلك، فقد كان لا بدَّ من تطوير القواعد العامة التقليدية للقانون المدني<sup>2</sup> في سياق معالجة إشكالية طبيعة الشخص المسؤول عن أفعال الروبوت وقواعد المسؤولية عن تشغيله؛ فليس من العدالة أن يُسأل الروبوت وهو آلة لا شخصية قانونية لها، وبالمقابل ليس من العدالة أن يُسأل المالك وفقاً لنظرية تنتمي لعصر الآلات التقليدية، وهو لا يُسيطر سيطرة الحراسة أو حتى التوجيه والرقابة عليه كما في باقي الأجهزة الميكانيكية أو ذات العناية الخاصة التي قصدها نظرية حارس الأشياء.

كما تبدو إقامة المسؤولية على صانع أو مبرمج الروبوت غير منطقيّة في بعض الحالات؛ لأنَّ خروج الآلة عن السلوك غير مرتبط بالصناعة أو البرمجة بل بظروف الواقع المتغيرة والتي لا حصر لنماذجها فلا يُمكن زرعها كلها في برمجة الروبوت.

ولذلك فقد ابتكر البرلمان الأوروبي عبر نظرية: "النائب الإنساني المسؤول" "Responsible Human Agent - Agent Humain Responsable" وفقاً لقواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات في فبراير من عام 2017؛ وذلك حتى يفرض المسؤولية عن تشغيل الروبوت على مجموعة من الأشخاص وفقاً

<sup>1</sup> رشا عبدالمجيد، سلمان أبو شمالة، "فاعلية برنامج قائم على الذكاء الاصطناعي لتنمية التفكير الاستدلالي والتحصيل الدراسي في مبحث تكنولوجيا المعلومات لدى طالبات الحادي عشر بغزة"، رسالة مقدّمة لاستكمال درجة الماجستير في المناهج وطرق التدريس، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزة، نوقشت عام 2013، الصفحة 19.

<sup>2</sup> د. علي محمد خلف، "المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة الناتجة عن الخطأ المفترض - مسؤولية المنتج البيئية نموذجاً (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 7، العدد 2، عام 2015، صص 343-382، الصفحة 371.

لمدى خطأهم في تصنيعه أو استغلاله ومدى سلبيتهم في تفادي التصرفات المتوقعة من الروبوت، دون افتراض الخطأ ولا اعتبار الروبوت شيء.

وقد ذهب المشرع الأوروبي أبعد من ذلك عندما بشر الروبوت بمكانة قانونية خاصة في المستقبل مع ظهور الأجيال الجديدة منه التي قد تتمتع بالخصائص الإلكترونية القانونية التي ستؤدي إلى منح الحقوق له وفرض الالتزامات عليه، وقد أكد الفقه الإنكليزي على غموض هذه المفاهيم<sup>1</sup>.

كما اعتبر القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات أن تحديد أحكام المسؤولية المدنية عن أضرار الروبوتات هي: "قضية حاسمة" "Crucial Issue - Question Cruciale"<sup>2</sup>، هذا إلى جانب إمكانية استخدام الروبوت للقيام بالأفعال الجرمية ما سيقيم المسؤولية الجزائية.

ويظهر هدف هذا البحث في حال إشكالية طبيعة الشخص المسؤول عن الأضرار التي قد يتسبب بها الروبوت بغاية استشراف الواقع القانوني المستقبلي وفقاً للقانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات، وذلك بما يتلاءم مع طبيعة القواعد القانونية الروبو-بشرية، تلك التي تحكم العلاقة بين كائنين، وليس بين كائنٍ وشيءٍ خاضع له مسلوب الشخصية والأهلية كما في نظرية حارس الأشياء، وهذا ما يفرضه الواقع الآن وما سيتعمق حتماً في القريب الأجل.

وتظهر أهمية هذا البحث في أن هذا الواقع التكنولوجي المتسارع في التطور قد يؤدي بالقانون إلى جعله غير قابل للتطبيق في المستقبل بسبب عدم مناسبته لتنظيم وقائع غير بشرية أو مشتركة بين البشر والروبوتات؛ وهكذا فقد يخسر القانون جدوى وجوده لعدم مناسبته للتطبيق، ولاندثار فلسفته التقليدية، أو لعدم وجود سلطة قادرة على فرضه على الروبوتات أصلاً في المستقبل.

أمّا منهج البحث، فهو المنهج الوصفي التحليلي الاستنتاجي؛ حيث سنصف الأفكار والاحتمالات التي سببتها تكنولوجيا الذكاء الاصطناعي، ثم نحلل موقف المشرع الأوروبي للوصول إلى المنطق القانوني الأمثل، ونقدّم استنتاجنا في التكييف القانوني الأقرب للواقع في ظلّ تطوّر في النظريات والنصوص القانونية الأوروبية وسعيها لاستشراف المستقبل بهدف التمهيد له، ثم نقدّم تقييمنا للنتائج القانونية المستقبلية العميقة من آثار تطبيق نظرية النائب الإنساني في المستقبل.

ويُمكن اختصار إشكالية البحث في التساؤل التالي:

<sup>1</sup> Charlotte WALKER-OSBORN, Paula BARRETT, "Artificial Intelligence: the EU, Liability and the Retail sector", Robotics Law Journal, 8 May 2017. See: <http://www.roboticslawjournal.com/> (27-5-2018).

<sup>2</sup> Section 59 (a), The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics, P8\_TA(2017)0051, 16 February 2017.

"هل سيؤدّي فرض المشرّع الأوروبي لمسؤوليّة النائب الإنساني عن الأضرار التي قد يتسبّب بها الروبوت المستقل وفقاً لقواعد المسؤولية المدنيّة والجزائيّة إلى التأثير على جدوى وجود القانون برمّته في المستقبل؟".

فرغم أنّ القانون الأوروبي هو قانون مدني، إلّا أنّنا قد قمنا بافتراض احتمال استخدام الروبوتات في اقتراف الجرائم، ووضّحنا كيفية إقامة المسؤولية الجزائيّة على النائب الإنساني المسؤول عنه تبعاً لذلك حتى يتمّ توضيح هذا النطاق بحدوده الأوّليّة.

وتجب الإشارة إلى أنّ هذا البحث في جزء كبير منه دراسة استشرافية "Prospective Outlook Study Étude Prospective" -؛ فهو أكثر من إشكاليّ، بل هو في حقيقة أمره مشكلةٌ لا حل نهائي لها في الوقت الحاضر؛ كونه يتعلّق باحتمالات مستقبلية تتحرّى القادم من السنوات، فقد ظهرت طبيعة الدراسات القانونيّة التي قد عالجت قانون الروبوت في مجملها على أنّها مواقف شخصيّة<sup>1</sup>، والبحث ليس ببعيدٍ عن ذلك، وهذا ما قد جعل من القانون الأوروبي مجرد رأي قانوني في حقيقته، الأمر الذي جعلنا نوازن الموقف الأوروبي بموازن المنطق والعقل، حتى نقدّم فرصة دراسته وتحليل تجربته من المشرع العربي.

كما أنّنا بحثنا بشكلٍ موسّع عن سوابق قضائيّة أوروبية في مجال قانون الروبوت، فلم نجد سوى بعض التقارير الصحفيّة وبعض الأحكام الفرنسيّة والألمانيّة التي تتعلّق بالأمر بشكلٍ سطحيّ، وهذا ما قد دفع الفقه الإيطالي إلى القول بضعف فعاليّة التنظيم الأوروبي للروبوت<sup>2</sup>؛ ولذلك فقد وجدنا ضرورة منح الباحثين مسرداً عملياً لدعاوى الروبوتات من القضاء الأمريكي الذي قد حسم العديد من المنازعات العمليّة في هذا المجال حتى تاريخ إنهاء إعداد البحث، كما حرصنا على ذكر مسردٍ للمصطلحات العلميّة عربي- إنكليزي-فرنسي لدى ذكره في البحث.

وحيث أنّ الشخص المسؤول عن الروبوت وفقاً للقواعد القانون المدني الخاص بالروبوت قد يكون نائباً إنسانياً أو الروبوت ذاته في المستقبل، سيكون مخطّط البحث كالتالي:

المبحث الأول: النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت.

المطلب الأول: التكييف القانوني لمسؤوليّة النائب الإنساني.

المطلب الثاني: تطبيق نظريّة النائب الإنساني هذه.

المبحث الثاني: الروبوت المسؤول صاحب المنزلة القانونيّة المستقبلية الخاصّة.

<sup>1</sup> Thomas LEEMANS, Hervé JACQUEMIN, "La Responsabilité Extracontractuelle de l'Intelligence Artificielle", Master en droit, Faculté de droit et de criminologie (DRT), Université Catholique de Louvain, 2017, page 59.

<sup>2</sup> Andrea Bertolini, "Liability and Risk Management in Robotics", EU Parliament, 2016, page 9.

المطلب الأول: ماهية المنزلة القانونية المستقبلية الخاصة بالروبوت (الشخص الالكتروني).  
المطلب الثاني: النتائج القانونية لمنح الروبوت الشخصية الالكترونية في المستقبل.

### المبحث الأول: النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت

لقد قامت "لجنة الشؤون القانونية" "Legal Affairs Committee - Commission des Questions Juridiques (JURI)" في الاتحاد الأوروبي بإنشاء مجموعة عملٍ للإجابة عن الأسئلة التي قد طرحها تشغيل الروبوت والذكاء الاصطناعي في أوروبا عام 2015<sup>1</sup>، وبعد نقاشٍ طويلٍ، أصدرت مجموعة العمل تقريرها النهائي المتضمن مجموعة من التوصيات إلى اللجنة القانونية التي قامت بدورها بإصدار: "قواعد القانون المدني على الروبوتات" "Civil Law Rules on Robotics - Règles de Droit Civil sur la Robotique" في فبراير 2017<sup>2</sup>.  
وقد ذهب الاتحاد الأوروبي -حتى الآن- إلى اتجاه تبني فلسفة أن الذكاء الاصطناعي مسخرٌ لخدمة الإنسان، وطالما كان الروبوت صنعة الذكاء المنسوب للآلة، فإن الروبوت هو خادمٌ مطيعٌ للإنسان، ولكنه ليس شيئاً أو كائناً جماداً لا يعقل، بل كائنٌ آليٌ بمنطقٍ بشريٍّ مبتدئٍ قابلٍ للتطور والتعقل؛ وذلك نتيجة التطبع بشيم العقل البشري من باب التقليد التكنولوجي.

ولذلك فقد ابتكر الاتحاد الأوروبي مفهوم: "النائب الإنساني" حتى يكون مسؤولاً عن أفعال الروبوت الآلي، فاعتبر قانون الروبوت الأوروبي أنه ونظراً لعدم إمكانية إقامة مسؤولية الروبوت عن الأضرار التي قد يتسبب بها لشخصٍ ثالثٍ (غير المُستخدم والروبوت ذاته)، فتقوم المسؤولية عن أفعال وتقدير الروبوت على: "نائب إنساني" "Human Agent - Agent Humain"<sup>3</sup>، وهو الشخص الذي قد أطلق عليه الفقه الفرنسي مصطلح: "قرين الروبوت" "Robot Companion"<sup>4</sup>.

وعليه، سنبحث في التكييف القانوني لمسؤولية النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت أولاً، ثم في التطبيق العملي لفكرة هذا النائب ثانياً.

<sup>1</sup> Rafał Mańko, "Civil law rules on robotics", European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, European Union, 2017.

<sup>2</sup> The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics, P8\_TA(2017)0051, 16 February 2017.

<sup>3</sup> Section AD, Introduction, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

The European Parliament, plenary sitting, the report of 27-1-2017, page 7.

<sup>4</sup> Anne BOULANGE, Carole JAGGIE, "Ethique, responsabilité et statut juridique du robot compagnon: revue et perspectives", IC2A: 13. Voir: <https://hal.archives-ouvertes.fr/cel-01110281/file/TER2015.pdf#page=16> (25-5-2018).

## المطلب الأول: التكييف القانوني لمسؤولية النائب الإنساني عن الروبوت

سنبحث في التكييف التقليدي لمسؤولية النائب الإنساني عن الروبوت أولاً، ثم في الحالة المبتكرة من الاتحاد الأوروبي في هذا الخصوص ثانياً.

### أولاً: التكييف التقليدي لمسؤولية النائب الإنساني عن الروبوت

بناءً على نظام النائب الإنساني وفقاً للمشرع الأوروبي فالروبوت ليس جماداً أو شيئاً، كما أنه ليس بكائن لا يعقل، وذلك بدليل وصف الإنسان المسؤول عن الروبوت بالنائب "Agent"<sup>1</sup>، وليس الحارس أو الرقيب، هذا بالإضافة إلى اعتبار الاتحاد الأوروبي أنّ مشكلة عدم فرض المسؤولية على الروبوت تكمن في "الإطار القانوني الحالي" "Current Legal Framework - Cadre Juridique Actuel" وليس في الروبوت ذاته<sup>2</sup>.

وعلى خلاف جانب من الفقه<sup>3</sup>، فإنّ فكرة النائب الإنساني عن الروبوت وفقاً للمشرع الأوروبي لا تتطابق مع نظرية حارس الأشياء الميكانيكية أو ذات العناية الخاصة<sup>4</sup> أو الحيوانات<sup>5</sup>، وذلك بدليل وصف "النائب" المُغايِر لوصف "حارس الشيء".

كما أنّ تكييف الاتحاد الأوروبي لم يمَس بأهلية الروبوت، بدليل استخدام مصطلح "النائب" وليس "الوصي" أو "القيم" "Guardian - Gardien" "الرقيب" على القاصر؛ كما أنّ الشخص معدوم أو ناقص الأهلية هو شخصٌ معترفٌ به أمام القانون وله حقوق وقد تقع عليه واجبات بحسب إدراكه ومدى نقصان أهليته، بينما لم يبت القانون الأوروبي بإشكالية أهلية الروبوت نظراً لعدم قابلية الإطار التشريعي الحالي لذلك، واكتفى بمنحه منزلة قانونية خاصة كما سنرى.

والروبوت -رغم كونه مازال مُسَخَّرًا لخدمة البشر-، فهو ليس بمركز التابع القانوني للإنسان وفقاً للقانون الأوروبي؛ لأنّ المتبوع لديه إشرافٌ تامٌّ على التابع كامل الأهلية، كما بإمكان المتبوع الرجوع على التابع، فالمتبوع شخصٌ تربطه علاقة "تابعية" وليست "نيابية" أو "تمثيلية" عن المسؤولية، فالقانون الأوروبي قد فرض المسؤولية المدنية على النائب الإنساني لعلّة عدم إمكانية فرضها على الروبوت ذاته في الوقت الحالي كما ذكرنا،

<sup>1</sup> Section AD, Introduction, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

The European Parliament, plenary sitting, the report of 27-1-2017, page 7.

<sup>2</sup> Section AD, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

The European Parliament, plenary sitting, the report of 27-1-2017, page 7.

<sup>3</sup> سوجول كافيتي، "قانون الروبوتات"، مجلة المعهد، معهد دبي القضائي، العدد 21، أبريل 2015، الصفحة 33.

<sup>4</sup> لفته هامل العجيلي، "المسؤولية عن الأشياء"، مجلة التشريع والقضاء، العراق. أنظر الموقع:

<http://www.tqmag.net> (22-5-2018).

<sup>5</sup> حوراء موسى، "التنظيم التشريعي لاستخدامات الطائرة من دون طيار والروبوتات"، مجلة المعهد، معهد دبي القضائي، العدد 21، أبريل 2015، الصفحة 23.

وليس لاعتباره تابعاً دائماً للإنسان، بل باعتباره آلة ذات منزلة قانونية خاصة - كما سنرى - تقوم على خدمة الإنسان في الوقت الحالي.

كما أنّ النائب الإنساني ليس بمحالٍ عليه من الروبوت المدين ضمن حوالة دين؛ لأنّ حوالة الدين تنشأ عن التزام موجود يلتزم بموجبه المحال عليه بتوفير مبلغ الالتزام الملقى على المحيل ذو الأهلية<sup>1</sup>، وهي تتطلب موافقة الدائن، أمّا في حالة نائب الروبوت فلا ينشأ الالتزام في ذمة النائب الإنساني إلا إن قام هذا الروبوت بخطأ يستتبع التعويض للمتضرر دون أخذ موافقته.

ولا يُمكن مقارنة نظام النائب الإنساني بالكفيل؛ لأنّ الكفالة تتضمن تعهداً للدائن بأن يقوم الكفيل بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه وإن كان الدين مستقبلياً، وذلك يتعارض مع انعدام وجود الاتفاق مع الدائن المتضرر من تشغيل الروبوت، بالإضافة إلى إقرار الفقه عدم جواز إلزام أحدٍ على أن يكون كفيلاً بقوة القانون<sup>2</sup> كما هو الحال مع إلزام النائب الإنساني بالتعويض.

كما أنّ نظرية النائب الإنساني مُشابهة لنظام التأمين ضدّ المسؤولية لمصلحة المضمون (الروبوت) في مواجهة مضرور غير مُحدّد قبل قيام الضرر، إلاّ أنّه يختلف عنه جذرياً في الغاية منه؛ فنظام التأمين ضدّ المسؤولية يتمثل في خدمة مصلحة المُتسبّب بالضرر، بينما يتغيّر نظام النائب الإنساني تعويض المضرور عبر قواعدٍ عادلة، كما أنّ خدمة التأمين يجب أن تُقدّمها شركة مرخصة وليس أيّاً كان.

ويختلف نظام النائب الإنساني عن فكرة النيابة القانونية في أنّ النائب ينوب بقوة القانون - دون وجود اتفاق مع المُناب - عن شخصٍ معترفٍ به أمام القانون ولكن قد يكون ناقص الأهلية أو مُعدّمها أو قد يكون كامل الأهلية كالناخب، وذلك بغاية تمثيل المُناب وليس تحمّل المسؤولية عنه.

وهكذا، فالتكييف القانوني التقليدي لمسؤولية النائب الإنساني عن الروبوت لا يمنح جواباً حاليّاً شافياً أو حتى منطقيّاً للمعنى العميق الخاصّ بالعلاقة بين الإنسان والروبوت عندما يكون الإنسان نائباً عنه في تحمّل مسؤولية أخطائه قبل حتى أن يتمتّع الروبوت بالشخصية القانونية. وبالتالي، نحن في الواقع بصدد حالة أوروبية مبتكرة كما سنرى.

<sup>1</sup> د. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الصفحة 488.

<sup>2</sup> د. علي الجلوي، "مراعاة مصلحة الدائن في الكفالة". أنظر الموقع:

ثانياً: الحالة المبتكرة في فرض نظرية النائب المسؤول عن الروبوت بحكم القانون الأوروبي

نرى أنّ قواعد القانون المدني الأوروبي الخاصة بالروبوت قد شرّعت حالة قانونيةً مُبتكرةً في نظام النائب الإنساني، وهي: افتراض وجود نيابة عن المسؤولية بحكم القانون بين الروبوت المُمثل والإنسان المسؤول بغرض نقل مسؤولية أفعال الروبوت إلى الإنسان، فالنائب الإنساني هو:

"نائب عن الروبوت يتحمّل المسؤولية عن تعويض المضرور جرّاء أخطاء التشغيل بقوة القانون"

فالحالة الأوروبية المبتكرة هي: نقل المسؤولية من الروبوت عديم الشخصية والأهلية إلى الإنسان بقوة القانون، بدليل استخدام المشرع الأوروبي لمصطلح نقل عبء المسؤولية "Traced Back.." إلى النائب الإنساني<sup>1</sup>؛ حيث تبّى المشرع الأوروبي نظرية: "النائب المسؤول - Responsible Agent - Agent" "Responsible" في حال قيام<sup>2</sup>.

1- "المسؤولية الكاملة" "Strict Liability - Responsabilité Stricte"؛ أي إثبات الخطأ

والضرر والعلاقة السببية<sup>4</sup> خلال إدارة تصنيع الروبوت أو تشغيله<sup>5</sup>، مع تطبيق "مبدأ التناسب" "The Principle of Proportionality - Le Principe de Proportionnalité"؛ فكلاً كان استقلال الروبوت أعلى، كلّما انتفتت المسؤولية<sup>6</sup>.

2- أو المسؤولية عن إخلال النائب المسؤول بواجب "إدارة الخطر" "Risk Management -"

"Gestion des Risques"<sup>7</sup> الذي يفرض عليه محاولة تجنب الحادث "المُتوقَّع" "Foreseen -"

"Prévu"<sup>8</sup> من فعل أو إهمال الروبوت خلال إدارة تشغيله، وهذا ما يُقيم مسؤولية النائب عن اتّخاذ موقفٍ سلبيٍّ إزاء تخفيض مخاطر التشغيل هذه<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Section AD, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>2</sup> "... humans, not robots, as the responsible agents". The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017, page 20.

<sup>3</sup> Section AD, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>4</sup> "... strict liability (fault, damage and causal link)". See: Antoine GUILMAIN, "A Look at Artificial Intelligence in Europe", MAY 23, 2017. See: <https://www.fasken.com/en> (27-5-2018).

<sup>5</sup> مثل تشغيل روبوت صناعي يستخدم أعمدة صلبة سريعة الحركة بالقرب من العمّال، ما يسبب حوادث اصطدام مأساوية لهم.

<sup>6</sup> Antoine GUILMAIN, op. cit. See: <https://www.fasken.com/en> (27-5-2018).

<sup>7</sup> "... risk management approach (focused on the person who is able to minimize risks and handle any negative impacts)". See: Ibid.

<sup>8</sup> Section AD, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>9</sup> مثل ترك الحافلة ذاتية القيادة تدهس المارّة رغم وضوح اتّجاهها الخاطئ وقدرة شركة النقل المُشغّلة لها على اعتراضها بحافلة أخرى، ولكن تترك الشركة الحافلة الذاتية تسير في مسارها الخاطئ حتى لا تتضرّر بحافلتين.

ولذلك فإنَّ نظريَّة النائب المسؤول هي حالةٌ مؤقتةٌ خاصَّةٌ تهدف إلى الانتقال من نظام حارس الأشياء أو رقيب الشخص ناقص الأهليَّة ذات الخطأ المُفترض، إلى النيابة مع نقلُ المسؤوليَّة من الروبوت إلى الإنسان على أساس إمَّا الخطأ واجب الإثبات في إدارة التصنيع أو التشغيل، أو الامتناع عن تجنُّب حادث خطر متوقَّع من الروبوت؛ وذلك لأنَّ الروبوت لم يعد شيئاً قابلاً للحراسة، أو شخصاً قاصراً قابلاً للرقابة المُحكَّمة، بل آلةٌ ذكيَّةٌ مستقلَّةٌ في التفكير كالإنسان الراشد الذي لا تصحُّ الرقابة عليه بعد ترسُّخ "استقلال الروبوت" "Robot's Autonomy - L'Autonomie du Robot"<sup>1</sup>.

وقد وقف المشرع الأوروبي عبر هذه الحالة المبتكرة موقف الوسط؛ فلم يعتبر الروبوت شيئاً خاضعاً للحراسة بغرض التمهيد لمنحه الشخصيَّة القانونيَّة مستقبلاً من جهة، ولم يعتبره ناقصاً أو معدوم الأهليَّة خاضع للرقابة بغرض عدم الاعتراف ضمناً بشخصيَّته القانونيَّة الآن من جهة أخرى.

ويجب القول أنَّ نطاق تطبيق نظريَّة النائب الإنساني المسؤول هو فعل أو إهمال الروبوت "خلال حالة التشغيل" التي تمنحه استقلال الحركة والتفكير والتنفيذ كالإنسان؛ أي أنَّ أساس مسؤوليَّة النائب الإنساني هو الخطأ في التصنيع أو الإدارة الذي يؤدي إلى انحراف أدائه خلال وضعيَّة التشغيل أو عدم تفادي ذلك رغم توقُّع النائب لذلك، أمَّا الروبوت الواقف عن الحركة فهو يخضع لتكليف الشيء وليس الآلة الذكيَّة.

ولكن ما هي كيف سيتمُّ تطبيق نظريَّة النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت في الواقع العملي؟.

المطلب الثاني: تطبيق نظريَّة النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت

للتعمُّق في نظريَّة في النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت، سنبحث في صُوره القابلة للوجود أولاً، ومعنى مسؤوليَّته في الواقع ثانياً.

أولاً: صور النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت

تختلف صور النائب الإنساني وفقاً للقانون الأوروبي حسب ظروف الحادث الذي قد يتسبَّب به الروبوت من جهة، ودرجة "السيطرة الفعلية" للنائب عليه التي ستقيم وجود خطأ النائب من عدمه من جهة أخرى، بما يُخالف نظريَّة حارس الأشياء التي افترضت الخطأ.

وقد أقرَّ المشرع الأوروبي أمثلةً عن النائب الإنساني المسؤول عن أخطاء تشغيل الروبوت، كالتالي<sup>2</sup>:

1. "صاحب المصنع" "Manufacturer - Fabricant": فهنا يُسأل صانع الروبوت عن "عيوب الآلة" "Machine Defect - Défaut de la Machine" الناتجة عن سوء التصنيع التي قد أدَّت إلى انفلات

<sup>1</sup> Section AA, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>2</sup> Section AB, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

الروبوت وقيامه بأفعالٍ خارجةٍ عن إطار استخدامه الطبيعي<sup>1</sup>؛ كأن يؤدي عيبٌ في روبوت العناية الطبيّة مثلاً<sup>2</sup> إلى تحريك المريض بشكلٍ خاطئٍ وتفاقم حالته الصحيّة، وكمثالٍ آخر الإضرار بالمريض بسبب سوء تواصل الروبوت الطيّ مع مخبر التحليل<sup>3</sup>، أو إهمال صيانة الروبوت من الشركة الصانعة<sup>4</sup>.

وفي كلّ الأحوال، لا يستطيع صاحب المصنع الرجوع على العامل الذي لا يفقه شيئاً بالروبوتات وكان قد أجبره على الدخول بعملية تصنيعه<sup>5</sup>.

2. "المُشغِّل" "Operator - Opérateur"؛ وهو الشخص المحترف الذي يقوم على استغلال الروبوت؛ مثل إدارة البنك التجاري الافتراضي<sup>6</sup> الذي يقوم بتشغيل تطبيق ذكي يعتمد على روبوت في إدارة بعض العمليات المصرفية (كشركات الفايנטك FinTech)<sup>7</sup>، فقد يحدث خطأ في إدارة حسابات العملاء، أو كمُشغِّل الطائرة دون طيار "Drone"، رغم أنّ تلك الطائرة لا تدخل دوماً ضمن مفهوم الروبوت نظراً لعدم القطع بسيرها الذاتي.

3. "المالك" "Owner - Propriétaire" الذي يقوم بتشغيل الروبوت شخصياً لخدمته أو لخدمة عملائه؛ كالطبيب مالك المستشفى الذي يملك ويُشغِّل روبوتاً طبياً للقيام بالعمليات الجراحية، وذلك في حال

<sup>1</sup> كأن يُخفي الصانع عيوباً في الروبوت، كالنقص في أنظمة الأمان، ما يؤدي إلى حصول الحادث. أنظر:

NEVEJANS Nathalie, "Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, No. EA n° 2471, October 2016, page 16.

<sup>2</sup> أنظر حول هذا النوع من الروبوتات لدى:

Moritz GOELDNER, Cornelius HERSTATT, Frank TIETZE, op. cit., page 2.

<sup>3</sup> يتشدّد القضاء الفرنسي بضرورة انتظار تقارير التحليل المخبرية قبل إجراء أية معالجة، فأني تهاون في هذا الأمر سيقيم مسؤولية التعويض عن الإهمال. أنظر منطوق قرار محكمة النقض الفرنسية لعام 2018:

Cour de cassation de France, première chambre civile, arrêt n° 443 du 3 mai 2018.

<sup>4</sup> وكمثالٍ عن دعوى المستخدم على إهمال الشركة المشغلة للروبوتات في القضاء الأمريكي، أنظر:

Cristono ALMONTE vs. AVERNA VISION & ROBOTICS, INC.; United States District Court, W.D. New York., No. 11-CV-1088 EAW, 128 F.Supp.3d 729 (2015), Signed August 31, 2015.

<sup>5</sup> وكمثالٍ عن دعوى عاملٍ غير مختصٍّ بالروبوتات لدى شركة مختصة بصناعتها أمام محكمة ماساشوستس الأمريكية عام 2015. أنظر: Joshua DREXLER vs. TEL NEXX, INC., etc ...; United States District Court, D. Massachusetts, Civil Action No. 13-cv-13009-DPW, 125 F.Supp.3d 361 (2015), Signed August 28, 2015.

<sup>6</sup> فاتن عبد الله صالح، مرجع سابق، الصفحة 8.

<sup>7</sup> د. همام القوصي، "نظرية نابليون للالتزام تترنح أمام التكنولوجيا المالية (فاين تك)"، جريدة عالم المال، جمهورية مصر العربية، مقال نشر بتاريخ 2018-5-19. أنظر:

<http://www.alamal.net/Detail.aspx?id=74580> (21-5-2018).

تشكيل الروبوت خطراً على سلامة المرضى<sup>1</sup>، ذلك مع علم الطبيب مالك المستشفى بذلك، وإقدامه بتسخير الروبوت كونه يعمل دون أجر عن تنفيذها. ويبدو أن قانون الروبوت الأوروبي لم يضع المالك في بداية الوكلاء الإنسانيين بل وضعه بعد الصانع والمُشغِّل، على عكس نظريّة حارس الأشياء التي تفترض المسؤوليةّ على المالك حيث تقوم عليه قرينة حراسة الشيء حتى وإن حصل الحادث مع المُشغِّل<sup>2</sup>. حتى أن جانب من الفقه البلجيكي يرى فرض "المسؤوليّة المحدودة" - "Limited Liability" "Responsabilité Limitée" على مالك الروبوت ذو القرار المستقل؛ فيتمّ مساءلة المالك في حدود قيمة الروبوت دون الرجوع على كامل ذمّته الماليّة، وذلك بغرض حصر مخاطر تشغيل الروبوت في قيمة هذا الاستثمار<sup>3</sup>.

4. "المُستعمل" "User - Utilisateur"، وهو الشخص التابع الذي يقوم على استعمال الروبوت من غير المالك أو المُشغِّل، والذي يكون مسؤولاً عن سلوك الروبوت الذي قد سبّب ضرراً للناس<sup>4</sup>، وبالتالي فقد اتّجه القانون المدني للروبوتات إلى غير اتّجاه نظريّة حارس الأشياء التي كانت تفرض المسؤوليةّ على المالك وإن تسبّب التابع بالحادث إثر استعماله للشيء، وذلك على خلاف نظريّة مسؤولية المتبوع (المالك) عن أعمال التابع (المُستعمل)، وخلافاً أيضاً لاعتبار المالك حارساً مُفترضاً في جانبه الخطأ وفقاً للقواعد العامّة<sup>5</sup>.

ويجب هنا التنبيه إلى إمكانية أن يكون المُستعمل "مُنتفعاً" بالروبوت؛ فقد يحدث أن يستعمل الحافلة الروبوت ذاتيّة القيادة مجموعة من الأشخاص المُسافرين عبر لوحة الكترونيّة، فيقوم أحدهم بإرسال أمرٍ خاطئٍ للحافلة ما يتسبّب بحادثٍ مروريّ، أو قد يتخذ المُشغِّل المُحترف مُستخدمًا بشرياً لاستعمال الروبوت بحيث يكون مساعداً له؛ فقد يُقاضى المُستعمل وهو مُستخدم تابع لدى الشركة المُشغِّل للروبوت بسبب إهمالها في صيانتها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Isabelle POIROT-MAZERESDU, op. cit., le Résumé.

<sup>2</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 921.

<sup>3</sup> Steven DE SCHRIJVER, "The Future Is Now: Legal Consequences of Electronic Personality for Autonomous Robots", January 2018.

See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).

<sup>4</sup> Section AE, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>5</sup> المرجع السابق، الصفحة 922.

<sup>6</sup> وكمثال عن دعاوى المُستخدمين لدى الشركة المُشغِّل للروبوتات. أنظر:

Cristono ALMONTE vs. AVERNA VISION & ROBOTICS, INC.; United States District Court, W.D. New York., No. 11-CV-1088 EAW, 128 F.Supp.3d 729 (2015), Signed August 31, 2015.

وقد اقترح القانون الأوروبي أيضاً فرض التأمين الإلزامي على المالك أو الصانع في سبيل نقل المسؤولية المدنية عن كاهلهم<sup>1</sup> مهما كانت طبيعتها، وذلك كحلٍ لنقل عبء المسؤولية عنهم.

### ثانياً: الطبيعة القانونية لمسؤولية النائب الإنساني عن الروبوت

تكون طبيعة مسؤوليات النائب الإنساني للروبوت وفقاً للقانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات وللاحتمالات الجزائية كالتالي:

1. مسؤولية مدنية تقصيرية - أو غير عقدية "Non-Contractual Liability"؛ ونرى أنّها تختلف بصدد حالتين:

- = الروبوت الميكانيكي أو الفيزيائي "Physical Robot - Robot Physique"<sup>2</sup>؛ فيسأل عنه النائب الإنساني وفقاً للقانون الأوروبي تبعاً للأضرار التي قد يُسببها الروبوت بمفهومه العام - كالسيارة ذاتية القيادة - بعد إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية دون افتراض الخطأ كما شرح الفقه الإنكليزي<sup>3</sup>. كما أنّ القانون المدني الأوروبي للروبوت قد استثنى صراحةً صانع الروبوت من نظام المسؤولية الصارمة أو "المسؤولية دون نظام الخطأ" - "Liability without Fault Framework - Responsabilité sans Faute"، وهكذا يجب على المضرور إثبات "الضرر الحقيقي" "Actual Damage - Dommages Réels"، وعيب الروبوت المُنتج "Defect - Défaut"، والعلاقة السببية "Causal Relationship - Relation Causale" بينهما لإقامة مسؤولية الصانع<sup>4</sup>، بغرض تخفيف المسؤولية عن شركات تصنيع الروبوت على حساب أرواح ومستقبل الناس؛ ولذلك نرى هنا ضرورة افتراض الخطأ بتشغيل الروبوت وضرر هذا الغير كما في مسؤولية حارس الأشياء الميكانيكية<sup>5</sup>، حتى لا يتم نفي هذه المسؤولية إلاّ عبر إثبات وجود السبب الأجنبي القاهر، أمّا استقلال قرار الروبوت عن الإنسان عند التشغيل<sup>6</sup> فيجب ألاّ يُشكّل أيّ عامل نفي للمسؤولية.

<sup>1</sup> Section 59 (a), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>2</sup> Steven DE SCHRIJVER, op. cit. See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).

<sup>3</sup> Antoine GUILMAIN, op. cit. See: <https://www.fasken.com/en> (27-5-2018).

<sup>4</sup> Section AH, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>5</sup> كما يُمكن تطبيق نظرية تجزئة الحراسة بين الصانع والمستخدم، خاصةً أنّ الروبوتات تتضمن أجزاء ذات جهات تصنيع مختلفة تختلف السيطرة الفعلية عليها. أنظر حول هذا الموضوع: د. علي محمد خلف، "المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة الناتجة عن الخطأ المفترض - مسؤولية المنتج البيئية نموذجاً - (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، العراق، المجلد 7، العدد 2، عام 2015، صص 343-382، الصفحة 364.

<sup>6</sup> أوشونديه أوشوبا، وليام ويلسر الرابع، مرجع سابق، الصفحة 8.

- ب= الروبوت الافتراضي "Hypothetical Robot - Robot Hypothétique": بخصوص شركات التكنولوجيا المالية (FinTech) التي تُشغّل روبوت التطبيق الذكي App. ذو الوجود الافتراضي كالمجيب الآلي أو مدير الحسابات، فهو يندرج ضمن إطار نظام النائب المسؤول دون افتراض الخطأ. ونرى بخصوص الروبوت الافتراضي عدم إمكانية دخول هذا الروبوت ضمن إطار تطبيق الخطأ المفترض نظراً لانعدام وجودها المادي، بل يبقى في إطار الإعدادات الافتراضية للشركة وليس الأشياء المادية الخطرة، ولهذا نرى أنّ على المتضرر من روبوت التطبيق الذكي إثبات خطأ الشركة في تشغيل الروبوت الافتراضي للتعويض عن تضليل الجمهور مثلاً<sup>1</sup>؛ فعلى الضرر إثبات أنّ الضرر الآتي من فعل أو إهمال الروبوت قد كان من الممكن تجنبه<sup>2</sup>.  
ونجد جذر ذلك الموقف حتى في نظرية حارس الأشياء بسبب غياب أركان الشيء المادي<sup>3</sup> الخطر<sup>4</sup> القابل للانفلات التي وُجِدَت نظرية حارس الأشياء بناءً عليها، وفي هذا الإطار نحن مع النص الصريح والمتخصّص لكلّ نوع من أنواع الروبوتات الافتراضية وفقاً لظروف خطأها، فالتوسّع بالاجتهاد في هذا المقام يذهب بالنقيض من إرادة المشرع<sup>5</sup>.
- 2. مسؤولية مدنيّة عقديّة "Contractual Liability - Responsabilité Contractuelle" عن الأضرار التي قد يُسببها الروبوت لعملاء الشركة المالكة والمشغلة للروبوت فوفقاً للقواعد العامة إن قام العميل المتضرر بإثبات عدم قيام الشركة -كنايب مسؤول- بالتزامها العقدي، فتقوم العلاقة السببية المفترضة بين خطأ الشركة وضرر العميل المتأّي بسبب الروبوت تبعاً لانتهاك بنود العقد. إلا أنّ القانون المدني الأوروبي للروبوت قد نصّ على إمكانية الاتفاق في العقد على بنود تطبيق المسؤولية العقدية بما يُخالف القواعد العقدية العامة التي أضحت غير قابلة للتطبيق، ولذلك فقد أشار هذا القانون إلى ضرورة إقرار قواعد تعاقدية جديدة "مُحيّنة" "Up-To-Date \ À Jour" وذات كفاءة بحيث تُراعي التطوّرات التكنولوجية الأخيرة والتجديد الذي ظهر مؤخراً<sup>6</sup>، ومنها ما قد أشار له الفقه البلجيكي من اعتبار الروبوت عاملاً تابعاً للشركة المتعاقدة<sup>7</sup>، وليس شيئاً تستخدمه؛ أي اعتبار الشركة متبوعة مسؤولة عن أخطاء العامل الروبوت لديها.

<sup>1</sup> د. همام القوصي، مرجع سابق. أنظر:

<http://www.alamal.net/Detail.aspx?id=74580> (21-5-2018).

<sup>2</sup> Section AB, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>3</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 923.

<sup>4</sup> المرجع السابق، الصفحة 928.

<sup>5</sup> المرجع السابق، الصفحة 917.

<sup>6</sup> Section AG, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>7</sup> Steven DE SCHRIJVER, op. cit. See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).

3. مسؤولية جزائية عن الجرائم التي اقترفها النائب الإنساني عبر توجيه الروبوت للقيام بأركان الفعل المُجرّم قانوناً، ونرى ضرورة التفصيل في هذا الخصوص وفقاً لما يلي:
- أ= استخدام الروبوت قصداً لاقتِراف فعلٍ جرميٍّ؛ وذلك بشرط إقامة الدليل على خضوع الروبوت الكامل لإرادة النائب الإنساني، واستخدام الروبوت عن معرفةٍ مسبقةٍ "Knowingly Use - Utiliser Sciemment"<sup>1</sup> من النائب الإنساني بغرض إيذاء الناس، فهنا يكون الروبوت مجرد "أداة الجريمة"<sup>2</sup>.
  - ب= الإهمال بتصنيع أو استخدام الروبوت: فإن أثبت المتضرر انفلات الروبوت عن إدارة النائب الإنساني بسبب استقلال قراره الذي قد أدّى إلى وقوع الفعل الجرمي دون قصد النائب المسؤول مدنياً ولكن بسبب إهماله الجسيم، فيمكن أن يقوم التجريم هنا على النائب بالجرائم غير القصدية كالإهمال الذي يُفضي إلى الأضرار البدنية أو الوفاة، مع التعويض.
- بغض النظر عن عدم حصول النائب على إذنٍ من صاحب براءة الاختراع مثلاً<sup>3</sup>؛ وذلك لأنّ ما يُهمُّ القاضي الجزائي هو قصد استخدام الروبوت كأداة جريمة، بغضّ النظر عن أحقية هذا الاستخدام مدنياً.

ولكن كل حالات المسؤولية هذه ستندثر بعد إقرار الاتّحاد الأوروبي بقيام الشخصية القانونية الكاملة للروبوت استناداً على تمهيدها لهذه الحالة القانونية المستقبلية كما سنرى.

#### المبحث الثاني: الروبوت المسؤول صاحب المنزلة القانونية المستقبلية الخاصة

رغم أنّ أحد التقارير القانونية السابق لإصدار القانون الأوروبي الخاص بالروبوت قد اعتبر أنّ ابتكار منزلة قانونية خاصة بالروبوتات في المستقبل بغرض منحه الشخصية القانونية هي مسألة: "غير مساعدة" "Unhelpful - Peu Serviabile" و"غير ملائمة" "Inappropriate - Inapproprié"<sup>4</sup>، فإنّ المشرع الأوروبي قد اعتمد هذه المنزلة للروبوت المستقبلي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Sabine GLESS, Emily SILVERMAN, Thomas WEIGEND, "If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability", New Criminal Law Review, SSRN, January 29, 2016, page 1.

See: <https://ssrn.com/abstract=2724592> (1-5-2018).

<sup>2</sup> Op. cit., page 12.

<sup>3</sup> وحول انتهاك براءة اختراع الروبوت، أنظر في القضاء الأمريكي:

ATI INDUSTRIAL AUTOMATION, INC. vs. APPLIED ROBOTICS, INC.; United States District Court, M.D. North Carolina., No. 1:09CV471., June 11, 2014.

<sup>4</sup> NEVEJANS Nathalie, op. cit., page 14.

<sup>5</sup> Section 59 (f), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

وقد نشأت -تبعاً لذلك- حالة قانونية مستقبلية خاصة باستقلال الروبوت عن الإنسان بعد أن يبلغ التطور العلمي حدود إنتاج الإنسان الآلي الكفاء القادر على الاستقلال بشخصه وأهليته، ما سيجعله أهلاً لتحمل مسؤولية أفعاله.

وسنبحث في ماهية هذه المنزلة القانونية المستقبلية الخاصة بالروبوت أولاً، ثم في النتائج القانونية لتطبيقها في المستقبل ثانياً.

### المطلب الأول: ماهية المنزلة القانونية المستقبلية الخاصة بالروبوت (الشخص الالكتروني)

سنبحث في ماهية الشخص الالكتروني المستقل عن الإنسان أولاً، وفي الصور المستقبلية التي قد برزت النصّ عليها ثانياً.

#### أولاً: ماهية الشخص الالكتروني المستقل عن الإنسان

في الواقع، يتميّز القانون "الروبوتي" "Robotique" -إن صحّ التعبير الفرنسي- بتناقضات فكرية واضحة؛ حيث أوضحت هذه: "الروبوتية" صفة توسم فيها ظواهر الذكاء الاصطناعي كما ذكرها الفقه الكندي المكتوب بالفرنسية<sup>1</sup>، وهي في الواقع فلسفة تُبالغ في منح الأهمية للروبوت، وتجد أنّ حلّ إشكالية المسؤول عن تشغيله يكمن في منحه الشخصية الالكترونية<sup>2</sup> وليس فرض قواعد مسؤولية مبتكرة.

وقد أكد القانون المدني الأوروبي للروبوت على أنّ استقلال الروبوت المستقل الموجب لتغيير طبيعة البيئة القانونية الحالية، تنشأ في الواقع عن "المعالم الخاصة المحددة" "Own Specific Features - Propres" "Caractéristiques Spécifiques" للروبوت، ومن "المعاني الضمنية" "Implications - Implications" التي يوجي بها هذا الاستقلال<sup>3</sup>: أي أنّ الصفة "الروبوتية" هي بحدّ ذاتها الماهية المميّزة للشخص الالكتروني القادم، وهي التي توجي ضمناً بمعنى ضرورة الاعتراف بالأهلية الكاملة لهذا الشخص غير البشري وفقاً للمشروع الأوروبي.

فقد ظهر لنا أنّ لجنة الشؤون القانونية في الاتحاد الأوروبي اعتمدت فلسفة: "الأهلية الكاملة المؤجلة" للروبوت في مواجهة الإنسان، مع افتراض وجود نيابة بينهما تنتقل بموجبها مسؤولية التعويض عن الأضرار التي يرتكبها الروبوت إلى النائب الإنساني.

وتجب الإشارة إلى أنّ الشخصية الالكترونية للروبوت ستختلف جذرياً من الناحية القانونية عن الشخصية الاعتبارية التي يمنحها القانون للكيانات الإدارية أو الشركات مثلاً، فتلك الكيانات تُدار من البشر، بينما ستسير الروبوتات بمنهج التفكير الآلي الذاتي وليس البشري، وهذا ما يجعلنا نخالف الفقه

<sup>1</sup> D. Robert SIEMENS, "On ne Peut se Permettre D'Accuser du Retard", Canadian Urological Association Journal, Vol. 6, Issue 3, June 2012, page 155.

<sup>2</sup> Steven DE SCHRIJVER, op. cit. See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).

<sup>3</sup> Section AC, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

الأمريكي الذي قد شبّه بين الحالتين<sup>1</sup>، ووافق الفقه البلجيكي الذي وضّح الفرق بين الحالتين في أنّ الشركة يُمثّلها ويدير أعمالها إنسان<sup>2</sup>، ولهذا فقد وصفَ الفقه الكندي مؤلّفات قانون الروبوت بالقصور بسبب تعقيد إشكاليّة الذكاء الاصطناعي ونقص المعرفة بها<sup>3</sup>.

ولكنّ كيف سيمنح المشرع الأوروبي الشخصية والأهليّة لآلة تُدير ذاتها دون الرجوع لإدارة بشريّة؟!.

الحقيقة أنّ القواعد الروبو-إنسانية كما اصطالحنا لا تعتمد على نفس القواعد القانونيّة العامّة التي تحكم تصرّفات وأفعال البشر، خاصةً أنّنا نعيش الآن مرحلة انتقاليّة في "تمكين الروبوتات" - "Robotics Enabling - Robotique Activation"، فهي لن تبقى رهن إرادة مالكيها من البشر في المستقبل.

وقد اختصرت قواعد الاتّحاد الأوروبي هذه الوضعيّة عندما نصّت على ابتكار: "منزلة قانونيّة خاصّة للروبوتات" "Specific Legal Status for Robots - Statut juridique Spécifique pour les Robots" وذلك على المدى البعيد؛ حين تبلغ قدرة الروبوتات "المتطوّرة المستقلّة ذاتياً" "Sophisticated Autonomous - Autonome Sophistiqué" درجة "الأشخاص الإلكترونيين" "Electronic Persons - Personnes Électroniques" الذين يُمكن أن تُلقب عليهم مسؤوليّة التعويض عن الأضرار المتأبّية من نشاطهم<sup>4</sup>.

ويبدو أنّ هذا الخيال العلمي قد تحوّل في يومنا هذا إلى المستقبل القريب، ما سيؤدّي إلى "تطبيق إشكاليّ" "Problematic Application - Problématique Application"<sup>5</sup> للقانون قريباً، وحينئذٍ ستؤول الصورة الحاليّة للقانون إلى التاريخ.

فقد نصّ القانون المدني الأوروبي للروبوت على أنّ سيناريو إنتاج الروبوتات ذات القدرة على التفكير والتعلّم والتأقلم ثم اتّخاذ القرار المستقل تماماً سيجعل من قواعد المسؤوليّة الحاليّة غير مناسبة بالمطلق<sup>6</sup>؛ فالعلاقة السببيّة ستنتفي عندئذٍ بين خطأ الروبوت وإدارة التصنيع أو التشغيل نظراً لاستقلال

<sup>1</sup> David Marc ROTHENBERG, "Can SIRI 10.0 Buy your Home? The Legal and Policy Based Implications of Artificial Intelligence Robots Owning Real Property", Washington Journal of Law, Technology & Arts, Vol. 11, Issue 5, Spring 2016, pp. 439-460, page 460.

<sup>2</sup> Steven DE SCHRIJVER, op. cit. See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).

<sup>3</sup> D. Robert SIEMENS, op. cit., page 155.

<sup>4</sup> Section 59 (f), General principles, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>5</sup> Thomas LEEMANS, Hervé JACQUEMIN, op. cit., page 9.

<sup>6</sup> Section AF, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

Hee Rin Lee, Selma Šabanović, "Culturally Variable Preferences for Robot Design and Use in South Korea, Turkey, and the United States", HRI'14, Bielefeld, Germany March 3-6, 2014, page 8.

The European Parliament, plenary sitting, the report of 27-1-2017, page 7.

خطأ الروبوت المنفلة تماماً عن إرادة الصانع أو المُشغِّل<sup>1</sup>، وهذا ما يدقُّ ناقوس الخطر على جدوى المنظومة القانونية الحالية برمتها في مثل هذا المستقبل<sup>2</sup>.

وبناءً على هذا، فقد بدأ الاتحاد الأوروبي بتأسيس منزلة: "الشخص الالكتروني" كامل الأهلية الذي سينال الجنسية<sup>3</sup>، والذمة المالية المستقلة، وبعدها سيُسأل الروبوت عن أفعاله، وهذا ما كان في الواقع القريب ضرباً من الخيال القانوني.

فما هي الصور المستقبلية التي قد تُبرَّر وجود هذا الشخص؟، وما هي مخاطر وجودها؟.

ثانياً: الصور المستقبلية التي قد تُبرَّر وجود الشخص الالكتروني ذو المخاطر

لقد أكدت قواعد القانون المدني الأوروبية على أنَّ الإطار القانوني الحالي سوف لن يكون كافياً لمواجهة المسؤولية عن الأضرار التي قد تتسبَّب بها: "الأجيال الجديدة من الروبوتات" "New Generation of Robots" "Nouvelle Génération de Robots" -؛ حيث سيتمُّ تزويدها بقدرات تكيُّفٍ وتعلُّمٍ فائقة التقنية، ما سيولِّد "تقلُّبات" "Unpredictability - Imprévisibilité" في سلوكها، وستجعلها في حالة انفلاتٍ تامٍّ عن السيطرة

<sup>1</sup> Section AF, Introduction, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

حتى أنَّ النقاشات الأولية للجنة الشؤون القانونية الأوروبية قد أكدت على أنَّ هذه القواعد ستصلح لـ10 إلى 15 عاماً القادمة فقط، أنظر:

The European Parliament, Committee report tabled for plenary, 2103(INL), 2015.

<sup>2</sup> ولكنَّ وجهة النظر الأوروبية هذه لم تأخذ بحسبانها إمكانية حدوث حالة تقنية هي: "ال فشل الذريع المُتعدِّد لنظام تشغيل الروبوتات" "Multiple Catastrophic System Failures" التي بحثها القضاء الأمريكي:

YASKAWA AMERICA, INC. MOTOMAN ROBOTICS DIVISION vs. INTELLIGENT MACHINE SOLUTIONS, INC.; United States District Court, S.D. Ohio, Western Division, Dayton., Case No. 3:14-cv-084., July 14, 2014.

وهي الحالة التي قد تؤدِّي إلى حدوث اختلالٍ تامٍّ في حركة ونشاط وتواصل الروبوتات مع الإنسان، ومع بعضها البعض. وفي حالة حدوث ذلك، فلا يُمكن تقبُّل فكرة أنَّ الإنسان نائب عن الروبوت، بل يجب أن تبقى الآلة مسخَّرة لخدمة الإنسان وخاضعة لاستخدامه ومسؤوليته قانونياً، وكفي في هذا النطاق استرجاع مأساة عامل الصيانة في معمل Volkswagen الألماني عام 2015، الذي سحقه روبوت بعد أن علق هذا العامل بين ذراعيه الآليين وصحن معدني كبير في منطقة غير مخصَّصة للعمَّال. أنظر:

Olivia SOLON, "Building Industrial Robots That Don't Kill Humans", Claims Journal, August 25, 2015, see: [www.claimsjournal.com](http://www.claimsjournal.com) (9-5-2018).

<sup>3</sup> بالنسبة لموضوع الجنسية الشانك، فلكلِّ دولةٍ حقُّ سياديٍّ وحريةٌ تكاد تكون مطلقة في منح جنسيتها سواءً الأصلية أو المكتسبة. أنظر: د. مصطفى سدني، "إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، أبريل 2018، صص 43-68، الصفحة 45.

البشريّة التقليديّة<sup>1</sup>، ما يوجب تقييدها عبر فرض أمورٍ "ممنوعة على الروبوت" (Interdits) pour le Robot كما رأى الفقه الفرنسي<sup>2</sup>.

وهذا ما قد يؤديّ إلى قيام حالةٍ متناقضةٍ في تعامل البشر مع الروبوتات؛ حيث ستنتقل الآلة الذكيّة من اقتصار وجودها على تقديم المساعدة للإنسان سخرّةً دون مُقابل، إلى الحقّ بالوجود القانوني والمساهمة في المجتمع بالاشتراك مع الإنسان، الأمر الذي قد يؤديّ إلى تحقيق أضرارٍ ماديّةٍ أو جسديّةٍ بالبشر كما أشار الفقه الكندي<sup>3</sup>، وقد تمتد الأضرار إلى ميزانيّة الدولة بأكملها في ما يخصُّ أخطاء روبوت احتساب العبء الضريبي مثلاً<sup>4</sup>.

وهكذا ستفاعل الروبوتات مع بيئاتها وستتعلّم من تجاربها الشخصية بشكلٍ غير مراقبٍ ولا محدودٍ بأيّة نماذجٍ بشريّةٍ، ما سيُنشئ مخاوفاً من عواطف هذه الروبوتات<sup>5</sup>، وهذا ما اعتبره الفقه الأمريكي أمراً في غاية الأهميّة<sup>6</sup>، خاصّةً بصدور روبوتات الجراحة الطبيّة كـ: "القسطرة الروبوتية"<sup>7</sup>، والروبوت الافتراضي القادر على التزوير المُتقن للتوقيع الإلكتروني في ظلّ اعتراف المنظومة القانونيّة به كحجيّة لا يُمكن إثبات عكسها إلّا بالتزوير<sup>8</sup>، فيما تبدو الصورة الأسوأ روبوتات اختراق الحواجز الإلكترونيّة، أي تلك البرمجيات الذكيّة القادرة على القيام بـ: "الهجمات السيبرانيّة" "Cyber-Attacks \ Cyber-Attaques"<sup>9</sup>، تلك التي باتت تشكّل ظاهرةً متكرّرةً في أيّامنا هذه.

<sup>1</sup> Section AI, The European Parliament, Civil Law Rules on Robotics of 2017.

<sup>2</sup> Thibault VERBIEST, Etienne WÉRY, "La Responsabilité des Fournisseurs D'Outils de Recherche et D'Hyperliens du Fait du Contenu des Sites Référencés", Droit et Nouvelles Technologies, 05/2001, page 8.

Voir: <http://www.droit-technologie.org> (5-5-2018).

<sup>3</sup> Sandra OLIVEIRA, "La Responsabilité Civile dans les cas de Dommages Causés par les Robots D'Assistance au Québec", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Faculté de droit, Université de Montréal, Avril, 2016, page iii.

<sup>4</sup> أوشونديه أوشوبا، وليام ويلسر الرابع، مرجع سابق، الصفحة 7.

<sup>5</sup> Civil Law Rules on Robotics of the European Parliament, date: 16/02/2017.

<sup>6</sup> John RUMBOLD, Barbara PIERSCIONEK, "Does your electronic butler owe you a duty of confidentiality?", Computer Law Review A Journal of Information Law and Technology International (Cri), Issue 2, 15 April 2017, pp. 33–64, page 51.

<sup>7</sup> Theresa White vs. Catheter Robotics, Inc.; Court of Appeals of Minnesota., Nos. A13-1401, A13-2159, June 30, 2014.

<sup>8</sup> د. وسن قاسم الخفاجي، علاء كاظم حسين، "الحجيّة القانونيّة لشهادات تصديق التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)", مجلة المحقّق الحلي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 4، عام 2016، صص 289-338، الصفحة 318.

<sup>9</sup> د. أحمد عبيس نعمة الفتلاوي، "الهجمات السيبرانيّة: مفهومها والمسؤوليّة الدوليّة الناشئة عنها في ضوء التنظيم الدولي المعاصر"، مجلة المحقّق الحلي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 4، عام 2016، صص 610-688، الصفحة 613.

وما قد يزيد من خطورة هذه الرؤية المستقبلية هو أنّ الروبوتات الافتراضية ليس لها وجود مادي أمام الإنسان، رغم ما ستمتع به من قدرات ذهنية مستقبلاً؛ وذلك مثل مُحركات البحث على الإنترنت التي قد أشار إليها الفقه الفرنسي قبل أكثر من 15 عام<sup>1</sup>.

وكمثال آخر، نذكرُ روبوت عقد القران الذي يربط بين القاضي وأهل العروسين المُعتمد من محاكم دبي<sup>2</sup>؛ فمثل هذه الروبوتات قد تقع عليها مسؤولية أفعال مثل التجسس أو التضليل أو انتحال الشخصية أو الاختراق أو إتلاف البيانات الالكترونية عبر الفيروسات التقنية<sup>3</sup>.. وغيرها.

وما قد يزيد من مخاطر صور الأجيال الجديدة من الروبوتات في واقع الذكاء الاصطناعي، هو ما يُسمّى بـ: "إنترنت الأشياء" "Internet Of Things (IoT) - Internet des Objets"، وهو عبارة عن نظام يربط الأشياء الذكية ببعضها؛ فتقوم بإرسال معلومات وتعليمات إلى بعضها البعض، ويتم إنشاء حلقة اجتماعية آلية قادرة على القيام بدائرة عمليات كاملة، مثل القيام بدورة إنتاج السيارات دون أي تدخل بشري.

في الواقع، إنّ تطبيق إنترنت الأشياء بين الروبوتات فائقة التطور والتكيف و"التعلم الذاتي" "Self- Learning Abilities - Capacités D'Auto-Apprentissage"<sup>4</sup> سيؤدي إلى إيجاد مجموعات من هذه الأشخاص الالكترونية التي تتواصل وتتشابك فيما بينها، وقد تتولد بينها مشاعر أو مصالح شبيهة بتلك التي توجد بين البشر، فما جدوى القانون في مثل هذه الوضعية؟، وما هي النتائج القانونية العميقة لكل ما سبق من رؤى مستقبلية؟.

### المطلب الثاني: النتائج القانونية لمنح الروبوت الشخصية الالكترونية في المستقبل

سنبحث في المخاطر القانونية لولادة الشخص الالكتروني أولاً، وفي الأسلوب الأمثل لمواجهة هذه المخاطر قانونياً ثانياً.

### أولاً: المخاطر القانونية لولادة الشخص الالكتروني

يبدو أنّ احترام المشرع الأوروبي لمكانة الروبوت يكمنُ سببه في أنّ القصور والنقص هو في الصناعة التكنولوجية وفي الفلسفة القانونية البشرية الحاكمة لها، وليس في كينونة الروبوت ذاتها؛ حيث أنّ ظروف

<sup>1</sup> Thibault VERBIEST, Etienne WÉRY, op. cit., page 6.

<sup>2</sup> أحمد ماجد، "الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة"، إدارة الدراسات والسياسات الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، الإمارات العربية المتحدة، مبادرات الربيع الأول 2018، الصفحة 12.

<sup>3</sup> حميشي أحميدي، "جرائم المس بالنظم المعلوماتية في التشريع المغربي والمقارن - جريمة الإتلاف المعلوماتي نموذجاً"، رسالة لاستكمال وحدات الماجستير، تخصص: القضاء والتوثيق، كلية الشريعة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المملكة المغربية، نوقشت عام 2017؛ نُشرت في مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، سطات، المغرب، الإصدار: 14، عام 2018. الصفحة 52.

<sup>4</sup> Charlotte WALKER-OSBORN, Paula BARRETT, op. cit. See: <http://www.roboticslawjournal.com/> (27-5-2018).

هندسة الذكاء الاصطناعي لم تتطوّر إلى درجة تصنيع وبرمجة روبوت ذو كفاءةٍ أهليّةٍ بشريّةٍ تامّة<sup>1</sup>، كما أنّ المنطق القانوني الحالي عاجزٌ عن استيعاب أو حتى قبول الاعتراف بالروبوت كشخصٍ إلكترونيّ قانوني.

لكن في الحقيقة، حتى إن سلّمنا جدلاً بوصول مستوى صناعة الروبوتات إلى درجة إنتاج روبوتٍ قادرٍ على اتّخاذ القرارات بشكلٍ مستقلٍّ ذاتياً وبمستوى تفكير المنطق البشري، ثمّ التكيّف مع محيطه، والتعامل بإدراكٍ حسيّ وعاطفيٍّ مع مُستجدّات حياته<sup>2</sup>، فماذا سينتج عن منحه المنزلة القانونيّة الخاصّة التي وعدته إيّاها قواعد الاتّحاد الأوروبي مخاطر القانونيّة؟!.

في الواقع، هذا تساؤلٌ عميقٌ ومحرجٌ في آنٍ معاً؛ فيظهر عمقُه من أنّ القبول بوجود أشخاصٍ إلكترونيين فيما بيننا هو أمرٌ لم تتدركه مطلقاً فلسفة القانون في كامل المنظومة التشريعيّة من الدستور إلى القوانين، طالما أنّ المشرع التقليدي ما يزال ينظر إلى أيّ شيءٍ تكنولوجيٍّ - مهما بلغ تطوُّره - بنظرةٍ إلى شيءٍ، فلم يدز في خلد الأجيال السابقة وصول الإنسان الآلي من قصص الخيال العلمي إلى الواقع، ولذلك فإنّ مُجرّد الحديث عن الشخصيّة الإلكترونيّة لهو عبثٌ قانونيٌّ وطرحٌ باطلٌ وفقاً للبيئة التشريعيّة الحاليّة.

ومن جهةٍ أخرى، فإنّ التساؤل عن المخاطر القانونيّة لولادة الشخص الإلكتروني هو تساؤلٌ محرجٌ؛ لأنّ السماح بتطبيق فكرة "الشخصيّة القانونيّة الإلكترونيّة" - "Electronic Legal Personality - Personnalité Juridique Électronique" يحتاجُ إلى تعديلٍ جذريٍّ في متن وروح النص التشريعي، وهو ما سيؤدّي إلى منح الأهليّة للروبوت فائق التطوُّر<sup>3</sup>، وتمكينه من ذمّة ماليّة خاصّة به<sup>4</sup>، ثم إلزامه بالتعويض المدني، وفرض العقوبة الجزائيّة عليه شخصياً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ولكن المستقبل قد يحمل وصول صناعة الروبوتات إلى مستوى عقلي قريب من الإنسان، حيث أنّ: "أحد أهم الخوارزميات التي تُستخدم في الذكاء الصناعي هي خوارزمية الشبكة العصبية الاصطناعية، وهي أهم أقسام الذكاء الصناعي". أنظر: رشا عبد المجيد سلمان أبو شمالة، مرجع سابق، الصفحة 270.

وهكذا فإنّ الروبوت قد يتمتّع مستقبلاً بجملةٍ عصبيةٍ قادرةٍ على التفكير واسترجاع الذاكرة واتّخاذ القرار الراشد.  
<sup>2</sup> يرى بعض الفقهاء أنّ زمن الوصول إلى مثل هذه الروبوتات سيكون عند حلول عام 2050. أنظر: صفات سلامة، خليل أبو قورة، مرجع سابق، الصفحة 44.

<sup>3</sup> ولكن ماذا عن الحقوق الشخصيّة الخاصة بالزواج والطلاق، فهل يُمكن تخيّل منح الروبوتات ذات العواطف مثل هذه الحقوق؟، وهل سيوجد لديها "نيّة الزوجيّة" "Intention Matrimoniale" التي اشترطتها محكمة النقص الفرنسية كما هو الأمر لدى الإنسان. أنظر:

Cour de cassation de France, première chambre civile, arrêt n° 674 du 1 juin 2017.

Sandra OLIVEIRA, op. cit., page 52.

<sup>4</sup> وحول حق الروبوتات المتطورة في امتلاك العقارات وتجاوزات ذلك الأمر مع فرض المسؤولية الشخصيّة عليهما في الفقه الأمريكي، أنظر:

David Marc ROTHENBERG, op. cit., page 440.

<sup>5</sup> Sabine GLESS, Emily SILVERMAN, Thomas WEIGEND, op. cit., page 4.

See: <https://ssrn.com/abstract=2724592> (1-5-2018).

ففي حال حصل هذا الواقع، ثم اعترف الاتحاد الأوروبي بالشخصية الالكترونية الكاملة، فهكذا سوف لن يكون هناك مجال لاقتراح فرض الخطأ المفترض بصدد المسؤولية التقصيرية في مواجهة الروبوت كامل الأهلية بسبب ما سيحدث من اندثار أي أثر لنظرية حارس الأشياء.

وهذا التحول القانوني سيؤدي بالنتيجة إلى إيجاد مجتمع آخر غير بشري، له حقوقه وواجباته، وقد ينحرف هذا المجتمع الالكتروني عن سلطة القانون البشري، ويرفض تنفيذه، فما جدوى وجود القانون من الأساس إن أقر هذا القانون ذاته بوجود الشخصية الالكترونية، وسمح له بالخروج من عباءة سيطرة الإنسان<sup>1</sup>؟، فمن سيضمن حينئذ خضوع الروبوتات المستقلة تماماً للسلطة التنفيذية البشرية بعد أن ترث منه السعي للسيادة؟، أو من سيعارض فكرة تحول الاقتصاد بشكل كامل إلى رأس مال دون عمالة إن استأثرت روبوتات الذكاء الاصطناعي بفرص العمل<sup>2</sup>؟، تلك القضية الاقتصادية بالغة الحساسية والخطورة!، عندها فقط سنكتشف مدى تأخرنا في تنظيم هذا الذكاء<sup>3</sup>، فهل يكون هذا التقاعس هو سوء التقدير الذي يسبق عادة الكوارث العالمية<sup>4</sup>؟

إن هذه النتائج القانونية قد تكون كارثية على الجنس البشري وعلى جدوى القانون بعد الوصول لعصر: "الذكاء الاصطناعي الخارق" "Super AI"<sup>5</sup>، ذلك الذي تسعى إلى تصنيعه "الشركات التقنية القيادية" "Leading Technology Company - Société Leader de la Technologie"<sup>6</sup> المتخصصة بالروبوتات، والتي يسعى الفقه الأمريكي لإخضاعها لمبدأ: "التفاعل الإنساني-الآلي الآمن والكفاء" - "Safe and Efficient Robot- Human Interaction - Interaction Robot-Homme sûre et Efficace"<sup>7</sup>.

فهل هذا هو الأسلوب القانوني الأمثل لمواجهة خطر الروبوت ذو الشخصية الالكترونية؟

<sup>1</sup> آلان بونيه، مرجع سابق، الصفحة 267.

<sup>2</sup> ندرو بيرغ، إدوارد بافي، لويس-فليبي زانا، مرجع سابق، الصفحة 11.

<sup>3</sup> Thomas LEEMANS, Hervé JACQUEMIN, op. cit., page 1.

<sup>4</sup> المركز العربي لأبحاث الفضاء الالكتروني، "الذكاء الاصطناعي سيشتعل الحرب العالمية الثالثة"، الأربعاء 13 سبتمبر 2017. أنظر: [http://accronline.com/\(6-5-2018\)](http://accronline.com/(6-5-2018)).

<sup>5</sup> إيهاب خليفة، "مخاطر خروج (الذكاء الاصطناعي) عن السيطرة البشرية"، المستقبل للدراسات والأبحاث المتقدمة، الأحد 30 يوليو 2017. أنظر: <https://futureuae.com>.

<sup>6</sup> REIS ROBOTICS (CHINA) CO., LTD. vs. MIASOLE, INC., et al.; United States District Court, N.D. California., Case No. 15-cv-06112-HRL., March 31, 2017.

<sup>7</sup> Olivia SOLON, op. cit., see: [www.claimsjournal.com](http://www.claimsjournal.com) (9-5-2018).

## ثانياً: الأسلوب القانوني الأمثل لمواجهة خطر قدوم الشخص الالكتروني

لقد حاول الاتّحاد الأوروبي ضمان خضوع الروبوت للإنسان حتى بعد منحه الشخصية الالكترونية في المستقبل وذلك عبر اقتراح لجنة القانون في الاتّحاد إصدار: "تقنين التعامل الأخلاقي لمهندسي الروبوتات" **"The Code of Ethical Conduct for Robotics Engineers - Le Code de Conduite"** **"Éthique pour les Ingénieurs en Robotique"**؛ بحيث يتم فرض 4 مبادئ أساسية في علم هندسة الروبوتات، وهي<sup>1</sup>:

- 1- "الإحسان" **"Beneficence - Bienfaisance"**: فتجب برمجة الروبوت على أن تتصرّف الآلة بطريقة تحقّق أفضل مصالح ممكنة للبشر.
- 2- "عدم الإيذاء" **"Non-Maleficence - Non-Malfaisance"**: فيجب عدم إيذاء البشر عبر الروبوتات.
- 3- "الاستقلال الذاتي" **"Autonomy - Autonomie"**: فالتفاعل مع الروبوت يجب أن يكون إرادياً حرّاً، فلا يجوز أن يكون الشخص أو المجتمع مُكرهاً على التعامل مع الروبوتات.
- 4- "العدالة" **"Justice"**: فيجب توزيع المصالح الآتية من الروبوتات بشكلٍ عادلٍ.

وتُظهر مثل هذه المبادئ الأخلاقية<sup>2</sup> أو "قيود التصنيع" كما وصفها الفقه الياباني<sup>3</sup> - من وجهة نظرنا - كضامنٍ هزيلٍ لسيطرة البشر على الروبوتات، ولضرورة بقاء عدالة مسؤولية النائب الإنساني مدنياً وجزائياً عن أفعال الروبوت.

فالأخلاقيات هي ضماناتٌ ضعيفةٌ ومهزوزةٌ تهربُ من الواقع الذي يُشيرُ بالحاحِ إلى خطر انفلات الآلات الذكيّة على البشر، ما قد جعل الفقه العربي يتساءل عن مدى "أخلاقيّة" تنازّلنا عن مسؤولياتنا لمصلحة الروبوتات<sup>4</sup>، فقد تقوم هذه الآلات بجرائمٍ تحتاج مواجهتها إلى تضافرٍ دوليٍّ تماماً مثل الجرائم الالكترونية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Rafał Mańko, "Civil law rules on robotics", European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, European Union, 2017.

<sup>2</sup> Vincent C. MULLER, "Legal vs. ethical obligations – a comment on the EPSRC's principles for robotics", Connection Science, Vol. 29, No. 2, 2017, pp. 137–141, page 140.

ونرى في الواقع أنّ الفقهاء الفرنسيين مولعين بالبحث في تجاذبات الأخلاق مع الالتزامات القانونية الخاصة بالتعويض عن أضرار تشغيل الروبوتات، وعلى سبيل المثال أنظر:

Anne BOULANGE, Carole JAGGIE, op. cit.

<sup>3</sup> Dana NUMANN, "Human Assistant Robotics in Japan –Challenges & Opportunities for European Companies –", EU-Japan Center for Industrial Cooperation, Tokyo, March 2016, page 42.

<sup>4</sup> صفات سلامة، خليل أبو قورة، مرجع سابق، الصفحة 50.

<sup>5</sup> حميشي أميمة، مرجع سابق، الصفحة 100.

وهذا ما يوجب - في الواقع - التعامل بمنطق السيطرة البشرية على الآلة عبر إقامة مسؤولياتٍ واسعة على شركات تصنيع وتطوير الروبوتات<sup>1</sup>؛ وذلك تطبيقاً لمبدأ: "تقييم الروبوتات" - "Evaluation of Robots" "Évaluation des Robots"<sup>2</sup>؛ فيجب تقييم وجودها وتطوير ذكائها الاصطناعي من الناحية القانونية<sup>3</sup> في إطار تسخيرها لخدمة وراحة ورفاهة الإنسان حصراً<sup>4</sup>، مع محاصرة أية إمكانيّة لتشكيلها أيّ خطرٍ على الإنسان أو استخدامها في الجرائم الدوليّة<sup>5</sup>.

ولكن هل هذا ما نسير باتجاهه حقاً؟، أم أنّ شركات التكنولوجيا ذات النفوذ العالمي ستقودنا نحو مستقبلٍ قاتمٍ مجهولٍ في إطار سعيها المجنون نحو تطوير الروبوت وتحقيق الأرباح؟!.

### الخاتمة

الحقيقة أنّ نظريّة حارس الأشياء - ذات الوجود المادي والحركة الخطرة - التي فرضتها القواعد العامّة مع تطوّر الواقع العلمي والصناعي قبل عقودٍ طويلةٍ، قد أضحت نظاماً عاجزاً عن إقامة قواعدٍ مسؤوليّةٍ عادلةٍ بخصوص أضرار تشغيل الروبوت؛ وذلك لأنّ نظريّة الحارس قد وُجدت لمواجهة الآلة التقليديّة التي مهما بلغت تقنيّاتها فهي لن تسير بالمنطق البشري كما هو الحال في الروبوت، ولذلك فإنّ هذه النظريّة تهدر أيّ كيانٍ أو اعتبارٍ لخصوصيّة الآلة الذكيّة التي تتمتع بالذكاء الاصطناعي.

ويبدو لنا أنّ قواعد القانون المدني الأوروبي الخاصّ بالروبوتات قد ابتكر نظريّة قانونيّة فريدة لا مثيل لها في المبادئ القانونيّة العامّة للقانون المدني، وهي نظريّة: "النائب المسؤول عن الروبوت"؛ حيث تنتقل المسؤوليّة عن الروبوت إلى النائب الإنساني بقوة القانون؛ فهذا النائب مسؤولٌ عن التعويض في مواجهة المضرور من تشغيل الروبوت.

<sup>1</sup> بعض شركات الروبوتات التي تمّت مقاضاتها أمام القضاء الأمريكي هي من الشركات المحدودة المسؤوليّة، وهو ما يضع حدوداً مسبقة لدمتها الماليّة وبلغ التعويض عن أضرار روبوتاتها. أنظر:

SZ DJI TECHNOLOGY CO., LTD. and DJI EUROPE B.V. vs. AUTEL ROBOTICS USA LLC and AUTEL AERIAL TECHNOLOGY CO.; United States District Court, D. Delaware., C.A. No. 16-706-LPS., March 14, 2018.

<sup>2</sup> Hee Rin LEE, Selma Šabanović, op. cit., page 8.

<sup>3</sup> Sandra OLIVEIRA, op. cit, page 59.

<sup>4</sup> اقترح الفقه العربي الاهتمام بالذكاء الاصطناعي في حدود: "تحسين جودة الخدمات المُقدّمة والتي تتناسب مع توقّعات المستفيدين". أنظر: د. أحمد عادل جميل، د. عثمان حسين عثمان، مرجع سابق، الصفحة 22.

<sup>5</sup> د. أحمد عبيس نعمة الفتلاوي، مرجع سابق، الصفحة 622.

والخوف الكبير يتمثّل من استخدام الروبوتات في جرائم التحويلات المصرفيّة التي تتم بهدف غسل الأموال، خاصّة في ظلّ انتشار المصارف الافتراضيّة التي تأخذ شكل شركات التكنولوجيا الماليّة FinTech.

وقد اعتمد المشرع الأوروبي هذه النظرية كنظام قانوني مبتكر يفرض المسؤولية على الشخص الذي قد تسبب بخطأ الروبوت سواءً بموجب سوء التصنيع أو البرمجة أو سوء الاستخدام دون افتراض الخطأ، وذلك وفق مدى مساهمة النائب الإنساني في حدوث فعلٍ أو إهمال الروبوت الذي أدى لحدوث الضرر.

وفي الحقيقة، فإن نظام النائب المسؤول لا يُشكّل أيّ خطرٍ على جدوى القانون في الصورة الحالية التي اعتمدها المشرع الأوروبي، بل هو يُمثّل التطوّر الطبيعي لنظام حارس الأشياء بعد تمكّن الآلة من تطبيق منطق البشر، ولكنّ منح الروبوت مكانة قانونية خاصة في المستقبل هي التي ستُشكّل خطراً على أمن واستقرار المجتمع البشري برمته من حيث المفهوم والفلسفة وليس فقط المنظومة القانونية؛ لأنّها ستُمهد إلى منح الروبوت الشخصية الإلكترونية القانونية بإدارة الآلة الذكية دون تدخل بشري.

فيجدد بنا القول، أنّ الروبوت يجب أن يبقى خاضعاً للإنسان ومُسَخَّراً لأجل خدمته، وأنّ القانون البشري هو الذي يجب أن يسود، ولن يضمن ذلك إلاّ الإجماع الإنساني على عدم منح الروبوتات أيّة شخصية أو أهلية قانونية مماثلة للبشر في الحقوق والواجبات من جهة، وحظر تطوير الروبوت إلى الدرجة التي قد يُصبح فيها كائناً ذو أهلية كاملة مستقلة قانونياً عن الإنسان مُتأقلماً مع بيئته من جهة أخرى.

وأبني انتباهك لهذا الموقف القانوني سيؤدّي إلى تجاوز الغاية من ابتكار الروبوت، بل سيهدف إلى إحلال الكائنات الآلية محل البشرية؛ ما سيقود بالنتيجة إلى إمكانية فقدان السيطرة على الروبوتات وانعدام جدوى القانون، ثم في -صورة مستقبلية بعيدة- قد نرى سيطرة الروبوتات على البشر، ثم قضائها على الجنس البشري كما كنّا نقرأ في القصص المصوّرة.

هذا بالإضافة إلى أنّ فكرة منح الروبوت الشخصية القانونية الإلكترونية لمي فكرة خطيرة على النظام العام، فهذا الاعتراف سيؤدّي إلى تفويض السلطة البشرية على الدولة، كما قد ينتج عنه طمع المجتمع الآلي بضعف نظيره البشري نظراً لتسارع في التكيف والإدراك العاطفي في الروبوتات.

وتبقى إمكانية تطبيق هذا الموقف القانوني رهناً بعدم تطوير هندسة الروبوتات إلى درجة الاستقلال التام بقرارها، والتكيف مع مجتمعاتها؛ حيث أنّ هذا الوضع المستقبلي سينفي أيّة علاقة سببية بين خطأ الروبوت وأفعال مالكة أو صانعه، ما سيجعل من الاعتراف القانوني بالشخص الإلكتروني أمراً لا مفرّ منه، وهذا ما سيؤدّي إلى إيجاد خطرٍ جديدٍ على وجود البشرية أجمعها، ومعها ستنتفي بالتأكيد أيّة قيمة للقانون البشري كما نرى!.

وقد تبادر لذهننا في هذا المقام قولُ أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري: "أحدثت المخترعات الحديثة تطوّراً عظيماً، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة، وسخّر الإنسان القوى الطبيعية

لخدمته ورفاهته، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كلّ السيطرة، فهي إذا ما أفلتت من يده - وكثيراً ما تفلت- لا يلبث أن يكون ضحيّتها وكان لذلك أكبر الأثر في تطوّر المسؤولية عن الأشياء..<sup>1</sup>

ولذلك فنحن مع فرض مبدأ: "الاستقلال المُراقب للروبوت" "The Supervised Autonomy of Robots" -الذي اقترحه الفقه الكندي<sup>2</sup>- كنصّ قانونيٍّ أمرٍ من النظام العام لا تجوز مخالفته، مع تجريم انتهاكه.

وقد وجدنا كرويةً نهائيةً أنّ قانون الروبوتات الأوروبي قد استهتر بمبادئ وسلطة القانون عندما منح الروبوت منزلةً مستقبليةً قانونيةً خاصةً<sup>3</sup>، فيبدو أنّ البرلمان الأوروبي قد اندفع عبر هذا القانون باتجاه حتىّ الذكاء الاصطناعي، ما يُظهر مدى الاستسلام لضغط شركات التكنولوجيا العابرة للقارّات القادرة على فرض مصالحها على حساب مستقبل الشعوب!!

#### النتائج:

- 1- الروبوت هو عبارة عن آلة ذكيّة قادرة على اتّخاذ قرارٍ ذاتيٍّ دون تدخلٍ بشري.
- 2- يتمّ تعليم الآلة كيفية التصرف وردّات الفعل البشريّة عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي التي تسمح بتقليد الذكاء البشري.
- 3- تسخير الروبوت لخدمة الإنسان يؤديّ إلى تحقيق أداءٍ دقيقٍ نظراً لعدم إمكانية وقوع الآلة في الخطأ البشري<sup>4</sup>.
- 4- التطوّر التكنولوجي والرقمي الافتراضي الهائل الذي نعيش لم يصل بعد إلى هندسة روبوتاتٍ قادرة على إنتاج روبوتٍ مستقل ذاتياً بشكلٍ تامٍّ عن الإنسان، بل باستقلالٍ محدودٍ ومتفاوتٍ وفقاً لنوع الروبوت.
- 5- إنّ الأضرار التي قد يتسبّب بها الروبوت في الوقت الراهن لا حصرَ لاحتمالاتها، ولا إمكانيةً لتوضيح مدى أثارها الجسيمة على البشر.

<sup>1</sup> د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مرجع سابق، الصفحة 915.

<sup>2</sup> Antoine GUILMAIN, "A Look at Artificial Intelligence in Europe", MAY 23, 2017. See: <https://www.fasken.com/en> (27-5-2018).

<sup>3</sup> حتى أنّ هذا الموقف قد حمل استهتاراً برأي بعض القانونيين من خبراء الإتحاد الأوروبي الذين قد حذّروا من التعامل بهتاون مع مسألة نقل المسؤولية على الروبوت. أنظر:

Nathalie NEVEJANS, op. cit., page 14.

<sup>4</sup> بدليل قدرة روبوتات المرور في اليابان على خفض الإصابات البدنية الآتية من الحوادث المرورية نتيجة دقّتها العالية. أنظر:

Yueh-Hsuan WENG, Yusuke SUGAHARA, Kenji HASHIMOTO, Atsuo TAKANISHI, op. cit., page 7.

- 6- الشخص المسؤول عن الأضرار التي يتسبب بها تشغيل الروبوت هو "النائب الإنساني" وفقاً لقواعد القانون المدني الأوروبي الخاص بالروبوتات الصادر في فبراير 2017.
- 7- يكون النائب الإنساني مسؤولاً عن أضرار الروبوت دون افتراض الخطأ، وذلك كما في الصور التالية:
- صاحب المصنع عن عيوب التصنيع والبرمجة.
  - المُشغِّل المحترف بالتعامل مع الروبوت عن سوء التشغيل.
  - المالك عندما يكون مُشغِّلاً دون افتراض مسؤوليته.
  - المُستعمل عندما يكون مستخدماً في تشغيل الروبوت أو مستخدماً عادياً للروبوت، وذلك عن أخطاء الاستعمال.
- 8- النائب الإنساني المسؤول عن الروبوت هو نظامٌ قانونيٌ مبتكرٌ ليس له نظيرٌ تقليديٌّ؛ ما يمنع منطقياً تكييفه بأيٍّ من التوصيفات القانونية التقليدية كالوصي أو المتبوع أو المُحال عليه أو الكفيل أو المؤمن ضدَّ المسؤولية.
- 9- تقوم العلاقة السببية بين خطأ الروبوت وضرر الشخص المتضرر نظراً لعب التصنيع أو البرمجة عن صناعة الروبوت أو لسيطرة المالك المُشغِّل أو المستعمل على تشغيل الروبوت.
- 10- قدرة الروبوتات على الاستقلال التام عن البشر هي رهناً بمدى السماح لمهندسي الروبوتات على تطوير مقدرتها على التعلم والتكيف إلى الدرجة التي تنفرد بقرارها الذاتي دون أيِّ سيطرة بشرية.
- 11- لقد تهرَّب القانون الأوروبي من إشكالية الاعتراف بالشخصية الالكترونية للروبوت عبر افتراض وجود منزلة قانونية مستقبلية للروبوت في حال تطوُّر الإطار التشريعي وارتقاء مستوى استقلال الروبوت عن مستعمله وانطلاقه في التكيف والتعلم الذاتي، ما سينفي مستقبلاً العلاقة السببية بين خطأه ونشاط تشغيل المستعمل أو تصنيع الصانع.
- 12- المنزلة القانونية المستقبلية الخاصة بالروبوتات في القانون الأوروبي ما هي إلاَّ تمهيدٌ للاعتراف بالشخص الالكتروني، وأسلوبٌ يهدف إلى امتصاص صدمة انتقال قصص الخيال العلمي إلى الواقع المُعاش.
- 13- قدرة الروبوت على التكيف والإدراك والتفكير المنطقي والمصلي والعاطفي التي يتمُّ تطويرها حالياً، قد تؤدي إلى إيجاد مجتمعٍ الكترونيٍّ نظيرٍ للمجتمع البشري.
- 14- إمكانية انفلات الروبوتات عن السيطرة البشرية هي إمكانيةً منطقيَّةً جداً إن استمرَّ تطوير قدرة الروبوتات على الاستقلال التام والتكيف دون الرجوع لمُبرمجها.
- 15- ستنتفي جدوى القانون البشري مع الاعتراف بالشخصية الالكترونية؛ لأنَّ الروبوتات قد تُشكِّل مجتمعاتٍ آليَّةٍ مُستقلَّةٍ بدساتيرها وقوانينها عن مجتمعاتنا.

- 16- لا تقدّم المبادئ الأخلاقية أو قيود تصنيع الروبوتات -أو حتى الاتجاه الحديث نحو فرض الاستخدامات الآمنة للروبوتات<sup>1</sup>- أية ضماناتٍ جديّةٍ لسلامة البشرية على أرض الواقع؛ نظراً لنفوذ الشركات الالكترونية التي قد تسعى لمضاعفة أرباحها دون النظر إلى المسائل الأخلاقية.
- 17- يجب أن تنقلب المبادئ الأخلاقية في ضبط هندسة الروبوتات من الترف الفكري إلى الفرض القانوني، وهكذا ستنتهي إشكالية التعارض بين الأخلاقيات والقانونيات فيما يتعلّق بتنظيم أعمال هذا النوع من الهندسة<sup>2</sup>.

#### التوصيات:

- 1- فرض المسؤولية عن تعويض الأضرار المتأثية بسبب تشغيل الروبوت على "النائب البشري" وفقاً لنوع الروبوت، كالتالي:
- بخطأ مفترض على النائب المسؤول عن تعويض المتضرر من تشغيل الروبوت الميكانيكي ذو الحركة المادية الخطرة دون استثناء الصانع.
  - بخطأ واجب الإثبات على النائب المسؤول عن تعويض المتضرر من تشغيل الروبوت الافتراضي ذو التشغيل الرقمي على الإنترنت دون حركة مادية خطيرة.
- 2- اعتبار النائب البشري مسؤولاً وفقاً لظروف الحادث وسبب انفلات الروبوت عن الاستخدام الآمن.
- 3- حظر تطوير هندسة الروبوتات إلى الدرجة التي يصل معها الذكاء الاصطناعي إلى مرحلة الاستقلال التام عن البشر.
- 4- حظر تأسيس شركة تصنيع وتطوير الروبوتات بشكل الشركة محدودة المسؤولية؛ حتى لا يتمّ تضيق الذمة المالية الضامنة لتعويض تجاوزاتها.
- 5- إبرام معاهدة دولية تحظر تطوير الروبوتات بما يتعارض مع استمرار السيطرة البشرية عليها.
- 6- إنشاء منظمة دولية تكون مهمتها رقابة نشاط تصنيع الروبوتات.

#### المراجع

##### أولاً: المراجع باللغة العربية:

##### أ- الكتب العامة:

د. السنهوري عبد الرزاق:

1. الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام.

<sup>1</sup> Dana NUMANN, op. cit., page 42.

<sup>2</sup> Vincent C. MULLER, op. cit., page 137.

2. الوسيط، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام.

#### ب- الكتب التخصصية:

1. أوشوبا أوشونديه، ويلسر الرابع وليام، "ذكاء اصطناعي بملامح بشرية - مخاطر التحيز والأخطاء في الذكاء الاصطناعي"، مؤسسة راند RAND للنشر، كاليفورنيا، الولايات المتحدة، الطبعة الأولى 2017.

2. بونيه آلان، ترجمة: علي صبري فرغلي، "الذكاء الاصطناعي واقعه ومستقبله"، سلسلة كتب عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، العدد 172، أبريل 1993.

3. سلامة صفات، أبوقورة خليل، "تحديات عصر الروبوتات وأخلاقياته"، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، دراسات استراتيجية، العدد 196، الطبعة الأولى 2014.

#### ج- الأبحاث العلمية المحكمة:

1. د. جميل أحمد عادل، د. عثمان عثمان حسين، "إمكانية استخدام تقنيات الذكاء الصناعي في ضبط جودة التدقيق الداخلي (دراسة ميدانية في الشركات المساهمة العامة الأردنية)، أحداث الأعمال الذكية والمعرفة الاقتصادية، مجلة البحث الاجتماعي المُتقدِّم، ماليزيا، المجلد 1، عام 2012.

2. د. الخفاجي وسن قاسم، حسين علاء كاظم، "الحجج القانونية لشهادات تصديق التوقيع الالكتروني (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 4، عام 2016، صص 289-338.

3. د. خلف علي محمد، "المسؤولية عن الأشياء غير الحيّة الناتجة عن الخطأ المفترض - مسؤولية المنتج البيئية نموذجاً- (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 7، العدد 2، عام 2015، صص 343-382.

4. د. سدني مصطفى، "إثبات الجنسية المغربية الأصلية عن طريق حيازة الحالة الظاهرة"، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، العدد 5، أبريل 2018، صص 43-68.

5. د. الفتلاوي أحمد عبيس نعمة، "الهجمات السيبرانية: مفهومها والمسؤولية الدولية الناشئة عنها في ضوء التنظيم الدولي المعاصر"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، المجلد 8، العدد 4، عام 2016، صص 610-688.

6. الياسري أحمد عبد الحسين، "التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي القانون المدني المصري)"، مجلة المُحَقِّق الحلي للعلوم القانونيّة والسياسيّة، المجلد 8، العدد 4، صص 689-725.

#### د- الرسائل الأكاديميّة:

1. أبو شمالة رشا عبدالمجيد سلمان، "فاعليّة برنامج قائم على الذكاء الاصطناعي لتنمية التفكير الاستدلالي والتحصيل الدراسي في مبحث تكنولوجيا المعلومات لدى طالبات الحادي عشر بغزّة"، رسالة مُقدّمة لاستكمال درجة الماجستير في المناهج وطرق التدريس، كلية التربية، جامعة الأزهر، غزّة، نوقشت عام 2013.
2. أحميدة حميشي، "جرائم المسوّء بالنظم المعلوماتيّة في التشريع المغربي والمقارن - جريمة الإلتاف المعلوماتي نموذجاً-"، رسالة لاستكمال وحدات الماجستير، تخصص: القضاء والتوثيق، كلية الشريعة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المملكة المغربية، نوقشت عام 2017: نُشرت في مجلة القانون والأعمال، سطات، جامعة الحسن الأول، المغرب، الإصدار: 14، عام 2018.
3. صالح فاتن عبد الله، "أثر تطبيق الذكاء الاصطناعي والذكاء العاطفي على جودة اتّخاذ القرارات"، أطروحة مُقدّمة لنيل درجة الماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، نوقشت عام 2009.

#### ه- المقالات:

1. بيرغ ندر، بافي إدوارد، زانا لويس-فليبي، "الروبوتات والنمو وعدم المساواة"، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، العدد 53، سبتمبر 2016.
2. د. الجلولي علي، "مراعاة مصلحة الدائن في الكفالة". أنظر الموقع: <https://sites.google.com/> (22-5-2018).
3. خليفة إيهاب، "مخاطر خروج (الذكاء الاصطناعي) عن السيطرة البشرية"، المستقبل للدراسات والأبحاث المتقدّمة، مقال نشر بتاريخ 30-7-2017. أنظر: <https://futureuae.com> (6-5-2018).
4. العجيلي لفته هامل، "المسؤولية عن الأشياء"، مجلة التشريع والقضاء، العراق. أنظر الموقع: <http://www.tqmag.net> (22-5-2018).
5. د. القوصي همام، "نظريّة نابليون للالتزام تترنّح أمام التكنولوجيا المالية (فاين تك)"، جريدة عالم المال، جمهورية مصر العربيّة، مقال نشر بتاريخ 19-5-2018. أنظر:

<http://www.alamalnal.net/Detail.aspx?id=74580> (21-5-2018).

6. كافيقي سوجول، "قانون الروبوتات"، مجلة المعهد، معهد دبي القضائي، العدد 21، أبريل 2015.
7. ماجد أحمد، "الذكاء الاصطناعي بدولة الإمارات العربية المتحدة"، إدارة الدراسات والسياسات الاقتصادية، وزارة الاقتصاد، الإمارات العربية المتحدة، مبادرات الربع الأول 2018.
8. المركز العربي لأبحاث الفضاء الإلكتروني، "الذكاء الاصطناعي سيشتعل الحرب العالمية الثالثة"، مقال نشر بتاريخ 13-9-2017. أنظر:

<http://accronline.com/> (6-5-2018).

9. موسى حوراء، "التنظيم التشريعي لاستخدامات الطائرات من دون طيار والروبوتات"، مجلة المعهد، معهد دبي القضائي، العدد 21، أبريل 2015.

ثانياً: المراجع باللُّغة الإنكليزية:

#### A- Articles:

1. DE SCHRIJVER Steven, "The Future Is Now: Legal Consequences of Electronic Personality for Autonomous Robots", **January 2018**.  
See: <http://www.whoswholegal.com> (27-5-2018).
2. GLESS Sabine, SILVERMAN Emily, WEIGEND Thomas, "If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability", New Criminal Law Review, SSRN, **January 29, 2016**.  
See: <https://ssrn.com/abstract=2724592> (1-5-2018).
3. GOELDNER Moritz, HERSTATT Cornelius, TIETZE Frank, "The emergence of care robotics – A patent and publication analysis", Technological Forecasting and Social Change, Vol. 92, **March 2015**, pp.115-131.
4. GUILMAIN Antoine, "A Look at Artificial Intelligence in Europe", **May 23, 2017**.  
See: <https://www.fasken.com/en> (27-5-2018).
5. LEE Hee Rin, Šabanović Selma, "Culturally Variable Preferences for Robot Design and Use in South Korea, Turkey, and the United States", HRI'14, Bielefeld, Germany, **March 3–6, 2014**.

6. **MULLER** Vincent C., "Legal vs. ethical obligations – a comment on the EPSRC's principles for robotics", *Connection Science*, Vol. 29, No. 2, **2017**, pp. 137–141.
7. **NUMANN** Dana, "Human Assistant Robotics in Japan –Challenges & Opportunities for European Companies –", *EU-Japan Center for Industrial Cooperation*, Tokyo, **March 2016**.
8. **ROTHENBERG** David Marc, "Can SIRI 10.0 Buy your Home? The Legal and Policy Based Implications of Artificial Intelligence Robots Owning Real Property", *Washington Journal of Law, Technology & Arts*, Vol. 11, Issue 5, **Spring 2016**, pp. 439-460.
9. **RUMBOLD** John, **PIERSCIONEK** Barbara, "Does your electronic butler owe you a duty of confidentiality?", *Computer Law Review A Journal of Information Law and Technology International (Cri)*, Issue 2, **15 April 2017**.
10. **SOLON** Olivia, "Building Industrial Robots That Don't Kill Humans", *Claims Journal*, **August 25, 2015**.  
See: [www.claimsjournal.com](http://www.claimsjournal.com) (9-5-2018).
11. **SIEMENS** D. Robert, "On ne Peut se Permettre D'Accuser du Retard", *Canadian Urological Association Journal*, Vol. 6, Issue 3, **June 2012**.
12. **WALKER-OSBORN** Charlotte, **BARRETT** Paula, "Artificial Intelligence: the EU, Liability and the Retail sector", *Robotics Law Journal*, **8 May 2017**.  
See: <http://www.roboticslawjournal.com/> (27-5-2018).
13. **WENG** Yueh-Hsuan, **SUGAHARA** Yusuke, **HASHIMOTO** Kenji, **TAKANISHI** Atsuo, "Intersection of "Tokku" Special Zone, Robots, and the Law: A Case Study on Legal Impacts to Humanoid Robots", *International Journal of Social Robotics*, **February 2015**.

#### **B- Reports:**

1. The **European Parliament**, Committee report tabled for plenary, 2103(INL), **2015**.
2. The **European Parliament**, plenary sitting, the report of 27-1-2017.

3. **Mańko Rafał**, "Civil law rules on robotics", European Parliamentary Research Service, Members' Research Service, European Union, **2017**.
4. **NEVEJANS Nathalie**, "Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, No. EA n° 2471, **October 2016**.

### ثالثاً: المراجع باللُّغة الفرنسيَّة:

#### A. Articles:

1. **BOULANGE Anne, JAGGIE Carole**, "Ethique, responsabilité et statut juridique du robot compagnon: revue et perspectives", IC2A: 13.  
Voir: <https://hal.archives-ouvertes.fr/cel-01110281/file/TER2015.pdf#page=16> (25-5-2018).
2. **POIROT-MAZERESDU Isabelle**, "Chapitre 8. Robotique et médecine: quelle(s) responsabilité(s) ?", Journal International de Bioéthique, Vol. 24, No. 4, **2013**.
3. **VERBIEST Thibault, WÉRY Etienne**, "La Responsabilité des Fournisseurs D'Outils de Recherche et D'Hyperliens du Fait du Contenu des Sites Référencés", Droit et Nouvelles Technologies, **05/2001**.  
Voir: <http://www.droit-technologie.org> (5-5-2018).

#### B. Thèse:

1. **LEEMANS Thomas, JACQUEMIN Hervé**, "La Responsabilité Extracontractuelle de l'Intelligence Artificielle", Master en droit, Faculté de droit et de criminologie (DRT), Université Catholique de Louvain, **2017**.
2. **OLIVEIRA Sandra**, "La Responsabilité Civile dans les cas de Dommages Causés par les Robots D'Assistance au Québec", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Faculté de droit, Université de Montréal, **Avril, 2016**.

### رابعاً: السوابق القضائية:

#### أ- في فرنسا:

1. Cour de cassation de France, première chambre civile, arrêt n° 674 du **1 juin 2017**.
2. Cour de cassation de France, première chambre civile, arrêt n° 443 du **3 mai 2018**.

#### ب- في الولايات المتحدة الأمريكية:

1. ATI INDUSTRIAL AUTOMATION, INC. vs. APPLIED ROBOTICS, INC.; United States District Court, M.D. North Carolina., No. 1:09CV471., **June 11, 2014**.
2. YASKAWA AMERICA, INC. MOTOMAN ROBOTICS DIVISION vs. INTELLIGENT MACHINE SOLUTIONS, INC.; United States District Court, S.D. Ohio, Western Division, Dayton., Case No. 3:14-cv-084., **July 14, 2014**.
3. Theresa White vs. Catheter Robotics, Inc.; Court of Appeals of Minnesota., Nos. A13-1401, A13-2159, **June 30, 2014**.
4. Joshua DREXLER vs. Tokyo Electron U.S. Holdings, Inc., etc ...; United States District Court, D. Massachusetts, Civil Action No. 13-cv-13009-DPW, 125 F.Supp.3d 361 (2015), Signed **August 28, 2015**.
5. Cristono ALMONTE vs. AVERNA VISION & ROBOTICS, INC.; United States District Court, W.D. New York., No. 11-CV-1088 EAW, 128 F.Supp.3d 729 (2015), Signed **August 31, 2015**.
6. REIS ROBOTICS (CHINA) CO., LTD. vs. MIASOLE, INC., et al.; United States District Court, N.D. California., Case No. 15-cv-06112-HRL., **March 31, 2017**.
7. SZ DJI TECHNOLOGY CO., LTD. and DJI EUROPE B.V. vs. AUTEL ROBOTICS USA LLC and AUTEL AERIAL TECHNOLOGY CO.; United States District Court, D. Delaware., C.A. No. 16-706-LPS., **March 14, 2018**.

## حُكْمُ رَجُوعِ مَنْ أَسْلَمَ تَبَعاً لِإِسْلَامِ أَحَدِ وَالِدَيْهِ لِدِينِهِ السَّابِقِ فِي الْقَانُونِ الْعِرَاقِيِّ

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

### الملخص :

لأكثر من عقدين من الزمان أستقر قضاء محكمة التمييز على مبدأ جواز رجوع مَنْ أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه لدينه السابق بعد بلوغه عاقلاً مختاراً. إلا أن المحكمة المذكورة قد تحولت عن هذا المبدأ لنقيضه تماماً. في هذا البحث نستعرض أحكام تبديل الدين في التشريع العراقي ، ثم نسلط الضوء على مدى موافقة الإتجاه الأخير لمحكمة التمييز لنصوص القانون العراقي النافذة.

### Abstract :

For more than two decades, the Court of Cassation has settled on the principle of the right of return of a Muslim according to the Islam of one of his parents to his previous religion after reaching a reasonable age. However, the Court has turned from this principle to its opposite. In this paper, we review the provisions of the exchange of religion in Iraqi legislation, and then highlight the extent of approval of the recent trend of the Court of Cassation of the provisions of Iraqi law in force .

## المقدمة :

الحق في الدين من الحقوق الأساسية للإنسان التي كفلتها شريعة السماء ، ومن بعدها شرائع الأرض عبر العصور . ومع ذلك فإن جل الحروب ومجازر القتل والتنكيل التي مرت على الإنسانية منذ نشأتها وحتى يومنا هذا كان من مسبباتها الأولى الصراع بين بني البشر على الحق في الدين والمعتقد . ونحسب أن هذا الصراع لن يتوقف ما دامت هناك نظرة دونية لمعتقدات الناس ودياناتهم تروج لها أفكار أو معتقدات أو ديانات أيا كان مصدرها ، ويتبناها أفراد أو جماعات ينتمون لطوائف عرقية أو دينية مهووسة بامتيازات تتوهمها عن سواها من بني البشر .

وفي عالمنا المعاصر لم يقتصر النص على الحق في الدين على الشرائع الوطنية للدول وحسب ، وإنما تبنته أيضا الموائيق والمعاهدات الدولية كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966 . وفي مقابل ذلك أتسع مضمار هذا الحق وتنوعت مضامينه ، وأهتمت به – ولم تزل - مراكز الدراسات والبحوث ، وأقلام الباحثين والمهتمين ، في القانون والسياسة والفقهاء الإسلامي سعيا وراء تأصيل مفهومه وتنظيم مضامينه وتأطير ما يتصل به من مواضيع وفروع . فتكللت جهودها مجتمعة بتوضيح معالم هذا الحق من خلال تحديد المقومات والأسس التي ينهض عليها ، وبيان ما يرتبط بمضامينه من أحكام ومحددات .

وفي العراق نصت الدساتير المتعاقبة على كفالة الدولة حرية الدين لجميع مواطنيها . وكان من صور كفالتها لهذا الحق أن أقرت في القوانين المعنية بالأحوال المدنية بحق العراقي غير المسلم تبديل دينه ، واختيار أي دين آخر من الأديان المعترف بها رسميا . أما إن أختار الإسلام دينا ، فسيلتحق معه بدينه الجديد أولاده القاصرين بالتبعية . وهذا حكم أجمع عليه الفقهاء الإسلامي أيضا .

وحيث أن العراق كان خاضعا لعدة قرون لسيطرة الإمبراطورية العثمانية التي كانت تتبنى الفقه الحنفي مذهبها لها ولألمصار الخاضعة لسيطرتها ، فقد تأثر بناء منظومتي القانون المدني الصادر عام 1951 وقانون الأحوال الشخصية الصادر عام 1959 الى حد كبير بالفقه الحنفي . ثم جاءت أحكام محكمة التمييز ومحكمة الأحوال الشخصية -على وجه الخصوص- مستمدة من الفقه الحنفي -عند عدم وجود النص التشريعي- ، لكونه أحكامه الشرعية هي الأكثر ملاءمة وأتساقا مع النصوص التشريعية النافذة .

وهكذا فقد أستقر قضاء محكمة التمييز على الحكم بجواز رجوع مَنْ أسلم تبعا لإسلام أحد والديه الى دينه السابق بعد بلوغه عاقلا رشيدا . وأصبح هذا الحكم مبدأ قانونيا بمضي المدة ودوام العمل عليه من قبل محكمة التمييز بكافة هيئاتها المختصة ومن قبل محاكم الأحوال الشخصية في عموم البلاد ولقراية ربع قرن من الزمان .

إلا أنه ومع بداية الألفية الثالثة أصدرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز قرار حكم قضى بعدم جواز رجعة من أسلم بالتبعية لدينه السابق ، ولتعلن فيه عن بداية تخلها عن أوجهها السابق ، وعن المبدأ القانوني المستقر من قضاءها الفائق .

ولقد أثار الإتجاه الجديد لمحكمة التمييز - ولم يزل يثير- عواصف من الجدل المستمر ضده ، وسيلا غير منقطع من المطالبات بإلغائه وإعادة العمل بالمبدأ السالف ذكره . وهذا ما طرح إشكالية معرفة مدى موافقة قرار حكم الهيئة العامة لمحكمة التمييز المعني ، وبالتالي ما تبنته من إتجاه جديد بشأن موضوعه للقانون ؟

ويأتي هذا البحث حلا لهذه الإشكالية وذلك من خلال عرض كل ما يتصل بموضوعها من مفاهيم ومضامين ، والإجابة على تطرحه من تساؤلات فرعية أخرى . معتمدا في ذلك المنهج التاريخي ومنهج التحليل النظري في قراءة النصوص القانونية والشرعية والأحكام القضائية وتقييمها . فجاء هذا البحث مقسما على مبحثين ، تناولت في الأول منهما الحق بتبديل الدين في التشريع العراقي ، وخصصت الثاني لبيان موقف القضاء العراقي من رجوع القاصر الى دينه السابق بعد بلوغه عاقلا ومدى قانونيته . ثم أنهيت البحث بخاتمة تلخص ما توصلت اليه من إستنتاجات وما أقترحه من توصيات .

### المبحث الأول: الحق بتبديل الدين في القانون العراقي

لقد أستقر مسلك المشرع العراقي في جميع قوانين تنظيم الأحوال المدنية المتعاقبة - منذ قيام الحكم الوطني بداية العقد الثالث من القرن الماضي وحتى يومنا هذا - على منح الحق بتبديل الدين للأشخاص المشمولين به من المسجلين في سجلات النفوس الرسمية . ونستعرض في هذا المبحث تطور تقنين هذا الحق وآلياته في التشريعات المعنية بتنظيم الأحوال المدنية ، مقسما على ثلاثة مطالب . أفردت المطلب الأول لعرض تطور النص على الحق بتبديل الدين في التشريعات الوطنية المعنية بالأحوال المدنية ، وتناولت في المطلب الثاني تحديد المحكمة المختصة بنظر دعاوى تبديل الدين في التشريعات المتعاقبة ، وخصصت المطلب الثالث لبيان أحكام تبديل الدين للأولاد القاصرين .

#### المطلب الأول : تطور النص على الحق بتبديل الدين في التشريع العراقي

نصت المادة/الثالثة عشرة من قانون تسجيل النفوس رقم (54) لسنة 1927 الملغي (وهو أول قانون لتنظيم الأحوال المدنية يصدر بعد قيام الحكم الوطني) على: "إذا غيّر الشخص المسجل في سجل النفوس العام دينه فعليه أن يُخبر مُختار المحلة أو القرية بذلك ويسلم إليه بيانا مصدقا عليه من قبل سلطة روحانية من دينه السابق واللاحق وعلى المختار أن يُخبر دائرة النفوس بهذا التغيير خلال سبعة أيام".

نلاحظ إن العبارة التي تصدرت نص المادة أعلاه وجاء فيها: "إذا غيّر الشخص المسجل في سجل النفوس العام دينه"، قد جاءت مطلقة في حكمها من حيث الأشخاص المشمولين بها ومن حيث موضوعها. فالحق بتبديل الدين مكفول قانونا، لا يقيدته قيد سوى سبق تسجيل الراغب بتبديل دينه في سجل النفوس العام. هذا من حيث الأشخاص المشمولين بالنص. أما من حيث الموضوع فالنص أعلاه أستخدم كلمة الدين مطلقة، لتشمل كل دين معترف به رسميا، ويدرج في حقل الديانة في سجلات النفوس. والأديان المعترف بها رسميا عند صدور القانون المذكور أعلاه هي الأديان السماوية الثلاثة الإسلام والمسيحية واليهودية التي ورد ذكرها حصرا في نصوص المواد الخامسة والسبعون وحتى الثامنة والسبعون من القانون الاساسي العراقي ( أول دستور للحكم الوطني في العراق) الصادر عام 1925<sup>1</sup>.

ولقد أبطت القوانين اللاحقة المتعلقة بتنظيم الأحوال المدنية على مضمون هذا النص، فنصت المادة/ السادسة عشرة من قانون تسجيل النفوس رقم (59) لسنة 1955 الملغي (الذي ألغى قانون تسجيل النفوس رقم 54 لسنة 1927) على: "للمدير العام أن يأمر بإجراء التعديلات والتصحيحات المقتضية بطلب تحريري من ذوي العلاقة. إلا إذا كانت واردة على الاسماء و الدين أو العمر فحينئذ يتوقف تدوين ذلك على إستحصال حكم من محكمة مختصة مكتسب الدرجة القطعية بعد إقامة دعوى فيها حسب الاصول".

ثم جاء في المادة/ الخامسة والعشرون من قانون تسجيل النفوس والألقاب رقم (61) لسنة 1958(الذي ألغى قانون تسجيل

النفوس رقم 59 لسنة 1955) على: "أ- تقام الدعوى لتصحيح الاسم أو اللقب أو الدين أو العمر في محكمة الصلح بناء على طلب من ذي حق متعلق بذلك..".

واضح تماما أن جميع النصوص القانونية سالفة الذكر لم تستثني أي شخص مسجل في سجلات النفوس من الحق بتبديل دينه، أيا كان دينه، واختيار أي دين آخر من الأديان المعترف بها رسميا. فجميع هذه النصوص قد جاءت عامة مطلقة، وكان ذلك منحي منتقد للمشرع العراقي. إذ لاشك سيُفهم من هذا الإطلاق جواز تحول المسلم أو المسيحي أو اليهودي الى أي دين آخر من هذه الأديان الثلاثة. وهو أمر غير وراذ على إطلاقه لا شرعا ولا عملا. فمن الجانب الشرعي، تتفق المذاهب الإسلامية كافة على جواز إعتناق المسيحي أو اليهودي للإسلام، فيما تُحرّم تحول المسلم الى أي دين آخر سماويا كان أم وضعيا، وتعتبر ذلك من الكبائر

<sup>1</sup> نصت المادة الخامسة والسبعون من القانون الأساسي العراقي على: "تنقسم المحاكم الدينية الى: 1- المحاكم الشرعية، 2- المحاكم الروحانية الطائفية". فيما نصت المادة السادسة والسبعون منه على: "تنظر المحاكم الشرعية وحدها في الدعاوى المتعلقة بأحوال المسلمين الشخصية، والدعاوى المختصة بإدارة أوقافهم. المادة السابعة والسبعون: يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقا للأحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفرين في مدينتي بغداد والبصرة. المادة الثامنة والسبعون: تشمل المجالس الروحانية الطائفية: المجالس الروحانية الموسوية، والمجالس الروحانية المسيحية، وتؤسس تلك المجالس، وتختول سلطة القضاء بقانون خاص"

الموجبة لعقوبة القتل عند غالبيتها ، وان اختلفت هذه الغالبية فيما بينها على ما يتصل بإيقاع هذه العقوبة من شروط وقيود<sup>1</sup>. أما من الجانب العملي ، فإذا لم يكن هناك قانونا ما يمنع المسيحي أو اليهودي من التحول عن دينه وإعتناق الاسلام دينا ، فإن ثمة مانع قانوني يجعل من المستحيل الإستجابة لطلب المسلم بتغيير دينه الى دين آخر. ذلك أن الديانة من الأحوال الشخصية للعراقي التي قضت المادتان السادسة والسبعون والسابعة والستون من القانون الأساسي العراقي لعام 1925 بإختصاص المحاكم الشرعية بنظرها وفقا للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية. ولما أن المذاهب الإسلامية تتفق على عدم جواز الرجوع عن الدين الإسلامي ، لذا فلم يكن متصورا أبدا الإستجابة لهكذا طلب . لذلك كان حريا بالمشرع العراقي حينذاك تقييد النصوص القانونية المتقدمة ، وبما ينسجم مع أحكام الدستور والتشريعات الأخرى المنظمة لأعمال المحاكم العراقية في ذلك الوقت .

ويبدو أن المشرع قد أنتبه لهذا القصور التشريعي بعد حين ، فعَمِدَ الى تجاوزه فأعتمد نصا جديدا للحق بتبديل الدين ، حيث نصت الفقرة 2 من المادة/33 من قانون الأحوال المدنية رقم (189) لسنة 1964 الملغي (الذي ألغى قانون تسجيل النفوس والألقاب رقم 61 لسنة 1958): "يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لأحكام هذا القانون".

ثم أبقى المشرع العراقي على هذا النص الأخير ، بذات صياغته ، في جميع التشريعات اللاحقة المنظمة لشؤون الأحوال المدنية، فنصت الفقرة 2 من المادة/20 من قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 الملغي (والذي ألغى قانون الأحوال المدنية رقم 189 لسنة 1964): "يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لأحكام هذا القانون". ثم بذات النص أيضا في الفقرة ثانيا من المادة/38 من قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 الملغي (والذي ألغى قانون الأحوال المدنية رقم 65 لسنة 1972 ، وألغى بدوره بالقانون رقم (3) لسنة 2016). حتى أستقر أخيرا بالفقرة أولا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ والذي جاء فيه: "يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا للقانون".

مما تقدم نستنتج أن النطاق الشخصي للحق بتبديل الدين في القانون العراقي ، ومنذ صدور أول قانون لتنظيم الاحوال المدنية في العراق عام 1927 وحتى يومنا هذا إنما ينحصر بغير المسلمين فقط من أتباع الأديان

<sup>1</sup> غالبية فقهاء المذاهب الاسلامية متفقة على أنزال عقوبة القتل بالمرتد عن دين الإسلام ، وقد خالفهم في ذلك الحكم رهط من الفقهاء المسلمين منهم سفيان الثوري والنخعي الذين قالوا بانه يستتاب ابدًا ولا يقتل . والقائلين بقتل المرتد يستندون على آيات من الذكر الحكيم منها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ (البقرة: 217). وإلى قول الرسول الكريم ص: "مَنْ بَدَلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ"، ولكنهم وبرغم اتفاقهم على العقوبة ، فأتهم قد اختلفوا أيضا فيما يتصل بإيقاعها وبتفاصيل كثيرة في مواطن خلافهم ، نذكر منها أختلافهم في شمولها للرجل والمرأة ، وفي فوريتها تنفيذها ، وغير ذلك . لتفصيل أكثر ينظر: د. طه جابر العلواني ، لا إكراه في الدين - إشكالية الردة والمرتدين من صدر الاسلام الى اليوم ، ط 1 ، المركز الثقافي العربي ، المغرب ، 2014 ، ص 107 وما بعدها . د. سعد المرصفي ، حديث حد الردة في ضوء أصول التحديث رواية ودراية ، ط 1 ، مؤسسة الريان ، بيروت ، 1995 ، ص 9 وما بعدها .

المعترف بها رسمياً ، والتي كانت حتى العام 1981 تنحصر بالديانتين اليهودية والمسيحية ، ثم أضيفت لها الديانتين اليزيدية والصابئية بموجب نظام رعاية الطوائف الدينية رقم 32 لسنة 1981<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : المحكمة المختصة بنظر دعاوى تبديل الدين

ووفقاً لنص المادتين السادسة والسبعون والثامنة والسبعون من القانون الأساسي العراقي لعام 1925<sup>2</sup> ، فإن المحاكم الشرعية هي الجهة المختصة بالفصل في طلبات العراقيين من أتباع الديانتين اليهودية والمسيحية الراغبين بالدخول في الإسلام ، فيما تختص المجالس الروحانية الموسوية والمجالس الروحانية المسيحية بالنظر في طلبات العراقيين من أتباع الديانتين اليهودية والمسيحية وبحسب أحوال الطلب . أما العراقيين من الصابئة واليزيديين ، فكانت المحاكم الشرعية هي الجهة المختصة بنظر طلباتهم وأمورهم الشخصية ، وهو مسلك كان متبعاً في الدولة العثمانية ، وبقي العمل عليه حتى صدور نظام رعاية الطوائف الدينية رقم (32) لسنة 1981<sup>3</sup>.

وقد بقي العمل في المحاكم العراقية بهذا الاتجاه حتى صدور قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 الذي قضى بموجب الفقرة (ب) من المادة الحادية والعشرون إناطة الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلى محكمة المواد الشخصية . وتبعاً لذلك فقد قضت المادة 34/ من قانون الأحوال المدنية رقم (189) لسنة 1964 الملغي<sup>(4)</sup> بإختصاص المحاكم الشرعية<sup>5</sup> النظر بدعوى تغيير الدين إذا كان الراغب بتغيير دينه يروم التحول الى الدين الإسلامي ، وبإختصاص محكمة المواد الشخصية إذا كان الراغب بتغيير دينه يروم التحول الى أي من الديانات الأخرى المعترف بها قانوناً .

<sup>1</sup> تضمن ملحق نظام رعاية الطوائف الدينية رقم 32 لسنة 1981 تعداد 17 طائفة دينية معترف بها قانوناً تنتمي لأربعة أديان هي اليهودية والمسيحية والصابئية واليزيدية ، وهذه الطوائف هي : طائفة الكلدان ، الطائفة الأتورية ، الطائفة الأتورية الجاثليقية ، طائفة السريان الأرثوذكس ، طائفة السريان الكاثوليك ، طائفة الأرمن الأرثوذكس ، طائفة الأرمن الكاثوليك ، طائفة الروم الأرثوذكس ، طائفة الروم الكاثوليك ، طائفة اللاتين ، الطائفة البروتستانتية والأنجيلية الوطنية ، الطائفة الأنجيلية البروتستانتية الأتورية ، طائفة الأدفنتست السبتيين ، الطائفة القبطية الأرثوذكسية ، طائفة الأمويين اليزيدية ، طائفة الصابئة ، الطائفة اليهودية .

<sup>2</sup> ينظر الهامش رقم (1) في الصفحة السابقة .

<sup>3</sup> جاء في قرار محكمة التمييز : "إذ أن المحكمة المميز حكمها لم تلاحظ أن الطرفين صائبان ، وأن الصابئة ليست من الطوائف التي نصت عليها القوانين المرعية بلزوم رؤية دعاوهم فيما يتعلق بالأحوال الشخصية في محاكم المواد الشخصية وعلى هذا الأساس فإن الطائفة المذكورة تابعة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للمحاكم الشرعية ، لذا ولما كان الحكم المميز صدر من محكمة ليست ذات إختصاص من رؤية الدعوى موضوع البحث قرر نقضه" . القرار 24/شخصية/1961 في 13/6/1961 . نقلاً عن د. أحمد عبيد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج 1 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص 28 .

<sup>4</sup> جاء في المادة 34/ من قانون الأحوال المدنية رقم (189) لسنة 1964 الملغي : "... ويقع تبديل الدين في المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية" .

<sup>5</sup> تم تبديل أسم المحكمة الشرعية الى محكمة الأحوال الشخصية بموجب الفقرة ثلثاً من المادة 65 من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 .

وبمثل ذلك أيضا قضت الفقرة 2 من المادة/21 من قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 الملغي<sup>(1)</sup>.

إلا أن الفقرة ثانيا من المادة/39 قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 الملغي قد قصرت النظر بدعوى تغيير الدين على محكمة الأحوال الشخصية وحدها<sup>2</sup>. وهو مسلك قانوني غير موفق ، وذلك بالنظر الى أن الراغب بتغيير دينه قد يكون يروم التحول الى دين آخر غير الدين الإسلامي ، كأن يكون يهودي الديانة ويرغب بالتحول الى الديانة المسيحية ، ففي مثل هذه الحالة ، ووفقا لنص المادة/33 من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 النافذ فأن المحكمة المختصة بنظر الاحوال الشخصية لغير المسلمين هي محكمة المواد الشخصية<sup>3</sup>.

وبدلا من أن يصحح المشرع العراقي مسار مسلكه في هذا الموضوع ويعود به الى ما كان عليه في القوانين السابقة ، نجده يُبقي عليه وأن جاء باتجاه آخر هذه المرة ، حيث قضى في الفقرة ثالثا من هذه المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ بحصر إختصاص النظر بدعوى تغيير الدين في محكمة المواد الشخصية<sup>4</sup>. ومحكمة المواد الشخصية هي المحكمة التي تختص بأحوال غير المسلمين الشخصية ، يرأسها قاضي محكمة البداء وفقا لنص المادة/33 مرافعات مدنية ، أو القاضي الأول في محكمة البداء إذا تعدد قضاتها . ومعلوم أن قاضي البداء لا يشترط فيه أن يكون مسلما ، فيما إجراءات إصدار الحجة بتبديل دين الكتابي الى الإسلام تقتضي نطقه بالشهادتين أمام المحكمة المعنية بإصدار هذه الحجة ، وهو أمر لا يجوز ندبه إلى قاضي غير مسلم ، لذا كان على المشرع العراقي وحلا لهذا الإشكال المتوقع أن يبقي على المعمول به في هذا الشأن في القوانين السابقة على قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 الملغي ، بأن ينص على رفع الطلب بتغيير الدين الى المحكمة المختصة ، أي بأن يكون نص الفقرة ثالثا من هذه المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ: "يقع تبديل الدين في المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية كل حسب إختصاصها ولها في حالة الموافقة على الطلب تبديل الأسم المجرى إذا اقترن ذلك بتبديل الدين".

<sup>1</sup> نصت هذه الفقرة على: "يقع تبديل الدين في المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية كل حسب إختصاصها ويمكن تبديل الأسم من قبلها إذا اقترن بتبديل الدين وينفذ القرار والحجة الشرعية الصادرة بهذا الشأن في السجل المدني".

<sup>2</sup> نصت الفقرة على: "يقع تبديل الدين في محكمة الأحوال الشخصية المختصة ، ولها في حالة الموافقة على الطلب تبديل الأسم المجرى إذا اقترن ذلك بتبديل الدين".

<sup>3</sup> تنص المادة/33 مرافعات مدنية: "تختص محكمة البداء بنظر المسائل المستعجلة التي يُخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق ، وتختص كذلك بنظر مواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين وللأجانب الذين يطبق عليهم في أحوالهم الشخصية قانون مدني ، ويكون حكمها فيما ذكر بدرجة أخيرة قابلا للتمييز".

<sup>4</sup> نصت الفقرة على: "يقع تبديل الدين المنصوص عليه في البند (اولا) من هذه المادة وتبديل الاسم المجرى إذا اقترن ذلك بتبديل الدين في محكمة المواد الشخصية ولا يخضع في هذه الحالة للنشر".

### المطلب الثالث: أحكام تبديل الدين للأولاد القاصرين

كل ما سبق بيانه من أحكام تبديل الدين كان للعراقي البالغ الرشيد الذي أتم الثامنة عشرة من العمر عاقلا غير مصاب بعراض من عوارض الأهلية أو موانعها<sup>1</sup>، ذكرا كان أم أنثى. ولكن ماذا عن القاصر؟

بديهي أننا لا نعني بسؤالنا هذا كل شخص قاصر لم يتم الثامنة عشرة من العمر، أو أتمها غير عاقل أو مصاب بعراض من عوارض الأهلية أو موانعها، فهذا الشخص لا يُقبل له طلب أمام المحاكم المختصة، لفقدانه شرطا من شروط التقاضي التي نصت عليها المادة/3 مرافعات مدنية وهو الأهلية<sup>2</sup>. أما عنينا بسؤالنا القاصر المرتبط نسبا وأسما بطالب تبديل الدين؛ أي ولده ذكرا كان أم أنثى.

لم يرد نص في القوانين المنظمة للأحوال المدنية السابقة على قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 الملغي بشأن الأولاد القاصرين للطالب تبديل دينه. إنما جاء أول نص حول هذا الموضوع في الفقرة 3 من المادة/الحادية والعشرون من القانون المذكور والتي جاء فيها: "يتبع الأولاد القاصرون في الدين من أعتنق الدين الإسلامي من الأبوين". وتكرر ذات النص في الفقرة ثلثا من المادة/39 من قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 الملغي. وأعيد ذات النص أيضا في الفقرة ثانيا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ.

يفهم من النص أعلاه أن أولاد الطالب تبديل دينه القاصرين يتبعون ديانتهم الجديدة حكما، سواء كان من طلب تبديل دينه الأب أم الأم. غير أن ذلك مقتصر على الراغب باعتناق الدين الإسلامي. بمعنى أن حكم لحق الأولاد بديانة أحد والديهم الجديدة إنما يخص من تحول منهم من دينه لدين الإسلام. وعليه فأن هذا الحكم لن يشمل الأولاد القاصرين الذين تحول أحد والديهم من دينه لدين آخر من الأديان المعترف بها رسميا غير الإسلام.

وحقيقة الأمر أن العمل بهذا الحكم كان ساريا قبل تقنينه بالفقرة 3 من المادة/الحادية والعشرون من قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 الملغي، وذلك لأن المحاكم الشرعية التي كانت مختصة قانونا بنظر طلبات تغيير الدين بالنسبة لمن يروم التحول إلى الدين الإسلامي كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية

<sup>1</sup> عوارض الأهلية في القانون العراقي هي الجنون والعتة والسفه وذو الغفلة (المادتان/94 و95 من القانون المدني رقم 40 لسنة 1951). أما موانع الأهلية فهي العاهة المزدوجة (م/104 مدني) والغائب (م/85 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980) والمفقود (م/36 ف1 مدني و م/86 رعاية قاصرين) والأسير و المحكوم عليه بجناية (م/97 من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969). ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للألتزامات، ج1، ط1، منشورات جامعة جيهان، أبريل، 2011، ص 202 وما بعدها.

<sup>2</sup> نصت المادة/3 مرافعات مدنية على: "يشترط أن يكون كل من طرفي الدعوى متمتعا بالأهلية اللازمة لإستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب أن ينوب عنه من يقوم مقامه قانونا في إستعمال هذه الحقوق".

وفقا للمذهب الحنفي الذي يقول بتبعية الولد القاصر لديانة أحد والديه أن أسلما<sup>1</sup>. وهو ما عليه أجماع الفقهاء المسلمين من كافة المذاهب الإسلامية أيضا .

وهكذا فإن ما قضت به الفقرة ثانيا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ ، والنصوص المطابقة لها في القوانين الملغية المشار إليها اعلاه ، إنما هو حكم مستمد من الشريعة الإسلامية أصلا .

### المبحث الثاني : موقف القضاء العراقي من رجوع من أسلم بالتبعية الى دينه السابق

إذا أسلم العراقي البالغ العاقل لزمه إسلامه فلا يجوز له قانونا تبديله ، ولا الرجوع الى دينه السابق . هذا ما يفهم من صراحة نص الفقرة أولا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ والذي جاء فيه : "يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا للقانون". أما القاصر الذي يُحَكَّم – قانونا- بإسلامه تبعا لإسلام أحد والديه (الفقرة ثانيا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ) ، فلم يرد نص في التشريعات الوطنية المعنية بتنظيم الاحوال المدنية حول إمكانية رجوعه عن الإسلام الى دينه السابق من عدمها . وبما يستنتج منه أن سكوت المشرع العراقي عن إيراد نص حول هذا الموضوع ، إنما يحيله الى منظومة الأحكام الشرعية الأكثر ملائمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية النافذ إستنادا لحكم الفقرة 2 من مادته الأولى<sup>2</sup> . وقد تولى القضاء العراقي هذه المهمة ، فكان أن أستقر قضاء محكمة التمييز ولسنوات طويلة على جواز رجوع من أسلم تبعا لإسلام أحد أبويه الى دينه السابق بعد بلوغه سن الرشد القانوني عاقلا ولسنوات طويلة ، حتى تحولت الهيئة الموسعة في محكمة التمييز على هذا الاتجاه لتبني نقيضه تماما . وتوضيحا لهذا الموضوع ، فقد قسمت هذا المبحث على ثلاثة مطالب . خصصت كل مطلب من المطالبين الاولين لإيضاح إتجاه من هذين الاتجاهين ثم تناولت في المطلب الثالث بيان مدى توافق الاتجاه الجديد لمحكمة التمييز مع أحكام القانون العراقي .

### المطلب الاول : الإتجاه الاول ..جواز رجوع القاصر لدينه السابق بعد البلوغ

تقدم أن المشرع العراقي ، ومنذ العام 1972 ، قد ضَمَّنَ القوانين المنظمة للأحوال المدنية نصا يقضي بتبعية الأولاد القاصرين في الدين لمن أعتنق الإسلام ديناً من والديهما . وهو حكم سبق وقررت الشريعة

<sup>1</sup> جاء في المادة/129 من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدرى باشا – وهو مدونة في الاحوال الشخصية على الفقه الحنفي- : " إذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد صغير أو ولد لهما ولد قبل عرض الإسلام على الآخر أو بعده فإنه يتبع من أسلم منهما إن كان الولد مقيماً في دار الإسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيماً بها أو في غيرها فإن لم يكن الولد مقيماً بدار الإسلام فلا يتبع من أسلم من أبويه" . محمد قدرى باشا ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2007 ، ص 59 .

<sup>2</sup> نصت الفقرة على : " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون " .

الإسلامية ، وأتفقت عليه سائر مذاهبها الفقهية . وذلك لأن القاصر أما أن يكون عديم الأهلية أو ناقصها<sup>1</sup>، وكلاهما لا يصح منه اختيار ألا بعد بلوغه عاقلاً رشيداً ، لذا أنيط أمره في موضوع تبديل الدين إلى من أسلم من والديه .

وإذا كان من الثابت شرعاً وقانوناً رفع الولاية أو الوصاية عن القاصر ومنحه حق إجازة ما قرره أو اختاره له الولي أو الوصي في مختلف مجالات حقوقه المالية أو الشخصية من عدمه ، وذلك بعد بلوغه سن الرشد عاقلاً . فهل يسوغ للقاصر الذي لحق بديانة من أسلم من أبويه العودة إلى دينه السابق بعد بلوغه عاقلاً رشيداً ؟

لم يرد نص في أي من القوانين أو الأنظمة أو التعليمات المنظمة للأحوال المدنية الملغاة ، وحتى النافذ منها الآن ، يفيد بجواز ذلك. إلا أن ما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز ، منذ صدور قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 الملغي وحتى العام 1999، هو جواز رجوع الصغير الذي لحق بإسلام أحد أبويه بعد بلوغه سن الرشد القانوني عاقلاً . وأشرت محكمة الموقرة لقبول طلب الصغير الملحق بالإسلام تبعاً لإسلام أحد والديه بالرجعة لدينه الذي كان عليه ، أن يتم الثامنة عشرة عاقلاً ، وأن يرفع طلبه إلى المحكمة المختصة (محكمة الأحوال الشخصية) خلال عام واحد فقط من تاريخ بلوغه القانوني ، وأن يثبت للمحكمة إقتران طلبه بأختيار الرجعة لدينه السابق بإرادته الحرة ودون أكره . وهذه الشروط مجتمعة شروط سقوط ، بمعنى أن عدم توافر أي منها يوجب على المحكمة المختصة رد الطلب . فجاء في قرار للمحكمة بهذا الشأن ما نصه : "أن الحكم الشرعي هو أنه إذا أسلم الصبي تبعاً لإسلام أبيه فإنه يحق له العودة إلى دينه السابق إذا تحققت شروطها وهي البلوغ والعقل والأختيار . وبما أن المدعية فد أسلمت تبعاً لإسلام أبيها عندما كانت قاصرة ، وإنها بعد بلوغها قد إختارت وهي رشيدة البقاء على دينها المسيحي ، فتكون قد أستعملت حقها المقرر بمقتضى أحكام الشرع"<sup>2</sup>.

ونعتقد أن هذا الإتجاه في قضاء محكمة التمييز لم يكن مقطوع الصلة بما قبله ، فهو يشكل إستمراراً لما أستقر عليه القضاء الشرعي في العراق منذ قيام الحكم الوطني ، بل وحتى ما قبله بسنوات طويلة . وذلك لأن القضاء الشرعي في العراق -بعد قيام الحكم الوطني فيه- ظل يطبق أحكام الفقه الحنفي الذي سبق وأعتمده الإمبراطورية العثمانية مذهباً لها وفرضته على جميع الأمصار الخاضعة لسيطرتها ومنها العراق .

<sup>1</sup> وعديمو الأهلية في القانون العراقي هم : الصغير الذي لم يتم السابعة من العمر (ف2 م/97 مدني) ، والمجنون جنونا مطبقاً (المادة/108 مدني) ، والمعتوه (المادة/107 مدني) وهؤلاء محجور عليهم لذاتهم (المادة/94 مدني) ، وتعتبر جميع تصرفاتهم باطلة (المواد/96 و107 و108 مدني) . أما ناقصي الاهلية فهم : كل من لم يتم الثامنة عشرة عاقلاً (المادة/106) ، والسفيه وذي الغفلة (المادتان 109 و110 مدني) ، وتصرفات هؤلاء الدائرة بين النفع والضرر معلقة على إجازة أوليائهم أو أوصيائهم (ف1 م/97 مدني) .

<sup>2</sup> القرار رقم 201/هيئة عامة ثانية/1976 في 1976/12/25 . مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل العراقية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، 1976 ، ص 106 .

والفقه الحنفي يقول بجواز رجوع الصغير الذي أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه إلى دينه السابق ، فقد جاء في المادة/130 من مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية : "...وتستمر تبعية الولد لمن أسلم من أبويه مدة صغره سواء كان عاقلاً أو غير عاقل ، ولا تنقطع إلا ببلوغه عاقلاً ، فلو بلغ مجنوناً أو معتوها فلا تزال تبعية مستمرة"<sup>1</sup>.

ولقد أستقر قضاء محكمة التمييز بهيئتها العامة وهيئتها الموسعة وهيئات الأحوال الشخصية المتعاقبة على الحكم بجواز رجوع من أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه إلى دينه السابق عند تحقق شروط الرجعة ، وبما يعني أن هذا الحكم قد أصبح بتواتر العمل فيه سابقة قضائية شكلت مبدأ قانونياً معتمداً وملزماً ليس لمحكمة التمييز وحدها ، وإنما لكافة محاكم الأحوال الشخصية في العراق . وهذا ما كان عليه العمل بالفعل لقرابة ربع قرن من الزمان (1976-1999) .

علاوة على ما تقدم فإن إتجاه محكمة التمييز هذا يأتي متوافقاً مع القانون رقم (193) لسنة 1970 المتضمن التصديق على العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة والذي سنتطرق إليه في المطلب الثالث من هذا المبحث .

### المطلب الثاني : الاتجاه الثاني .. عدم جواز رجوع القاصر لدينه السابق مطلقاً

مع بداية العام 2000 م ، ودون سابقة بهذا الشأن ، أصدرت الهيئة العامة في محكمة التمييز قراراً حكم بأكثرية أعضائها قضى : "بأن الصغير الذي لم يراهق يصبح مسلماً بإسلام أبيه ، ولا تجوز الأحكام الشرعية له العودة إلى دينه السابق ، لأن ذلك ردة تمنعها أحكام الإسلام وتعاقب عليها"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد قدرى باشا ، مصدر سابق ، ص 59 .

<sup>2</sup> القرار رقم 318/هيئة عامة/99 في 2000/2/14 . منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة التشريع والقضاء [www.tqmag.net](http://www.tqmag.net) ، تاريخ الزيارة 2018/5/24 . ولأهمية هذا القرار بالنسبة لهذا البحث نورد نصه كاملاً : "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على موضوعه وجد أن المدعية ( س . ع . ل ) كانت صابئية الديانة وقد أسلم أبوها وعمرها عشر سنوات فسجلت لدى دائرة الأحوال المدنية في المنصور أنها مسلمة أستناداً للمادة الحادية والعشرين من قانون الأحوال المدنية التي تنص فقرتها الثالثة بأن الأولاد القاصرين يتبعون في الدين من اعتنق الدين الإسلامي من الأبوين وقد أقامت هذه الدعوى على مدير عام الأحوال المدنية بعد بلوغها سن الرشد طالبة فيها تصحيح حقل الديانة في سجلها وجعلها صابئية بدلاً من مسلمة لأنها أختارت الرجوع إلى دينها السابق مستندة في ذلك على كتاب ديوان الرئاسة المرقم (ت/33963/9) في 88/9/25 الذي يجيز للصغير الذي أعتبر مسلماً بإسلام أحد أبويه الرجوع إلى دينه السابق إن هو أقام الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ بلوغه سن الرشد وحيث وجد أن هذا الكتاب قد ألغى بموجب كتاب ديوان الرئاسة المرقم (10777) في 1994/5/8 وجاء في هذا الكتاب أنه يعتمد في تغيير ديانة الصغير الذي عد مسلماً تبعاً لإسلام والديه على ما تقرره الأحكام الشرعية ولدى الرجوع إلى هذه الأحكام وجد أنها تقرر قاعدتين الأولى أنه إذا أسلم أحد الأبوين صار أولاده الصغار مسلمين بالتبعية والقاعدة الأخرى أنه من صار مسلماً سواء كان إسلامه أصيلاً أو بالتبعية فلا يجوز له الرجوع عنه لأن تلك ردة تمنعها أحكام الإسلام وتعاقب عليها وقد تأصلت هاتان القاعدتان في آيات القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وبإجماع الفقهاء وهي مصادر التشريع الإسلامية في الشريعة الإسلامية ففي القرآن الكريم ورد قوله تعالى (والذين آمنوا

كان قرار الحكم هذا نقطة البداية في تحول محكمة التمييز عن ما أستقر عليه قضاؤها بجواز رجعة من أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه إلى دينه السابق ، وهجرانها لمبدئه القانوني المتبع تطبيقه من قبلها طيلة ربع قرن من الزمان تقريبا ، ثم تحولها لإتجاه مناقض له تماما.

وللوقوف على ما حملَ المحكمة للتحول لنقيض ما هو ثابت في قضاءها بصدد موضوع البحث ، علينا مراجعة قرار حكمها المنوه عنه ، للتعرف على الأسباب التي بُنيَ عليها .

وبمراجعة نص قرار الحكم المعني نجد أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز قد قالت في معرض تسببها له ما نصه : " أن الأحكام الشرعية لا تجيز للصغير العودة لدينه السابق " . لكننا -وبتدقيق الأسباب أوردتها المحكمة في متن قرارها المعني- نكتشف انها لم تورد ، كما ولم تُشر مجرد إشارة الى ، أي حكم شرعي بخصوص ما ذهب اليه فيه من عدم جواز عودة القاصر الذي أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه الى دينه السابق . بل أن المحكمة لم تخض في هذا الموضوع -أعني موضوع جواز رجعة القاصر عن الدين من عدمها الذي هو موضوع الدعوى- على الإطلاق ، وإنما خاضت في موضوع آخر ، وهو موضوع الردة عن دين الإسلام . فذكرت بصدد حكمها الشرعي ثلاث آيات من الذكر الحكيم وحديثين منسويين للرسول الكريم ﷺ ، وإحالة الى عدد من المصادر الفقهية للمذاهب الاسلامية بشأن حكمها الشرعي ، للتدليل على عدم جوازها - أي الردة- شرعاً<sup>1</sup>.

واتبعتم ذريتهم بأيمان ألحقت بهم ذريتهم) الآية 21 من سورة الطور ، وجاء في التفسير الكبير للإمام الرازي حول هذه الآية قوله أن الله تعالى ألحق الولد بالوالدين في الإيمان ولم يتبعه في الكفر فمن أسلم حكم بإسلام أولاده ومن أرتد من المسلمين لا يحكم بكفر أولاده ( ج 28 . ص 251 ) ومن ذلك أيضاً قوله تعالى ( أن الدين عند الله الإسلام ) الآية 19 آل عمران ، وقوله تعالى (ومن يتبع غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين ) الآية 85 آل عمران ، وقوله تعالى (ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ) الآية 217 البقرة ، وسند ذلك من السنة الشريفة قول الرسول (ص) ( من بدل دينه فاقتلوه ) قوله ( لا يحل دم امرأ مسلم إلا بإحدى ثلاث النفس بالنفس والثيب الزاني والتارك لدينه المفارق للجماعة ) كما أن عقد إجماع المذاهب الإسلامية كلها على تقرير تلك القواعد والأحكام ولم يشذ عن ذلك سوى ما نسب إلى أحد الفقهاء المتأخرين وهو سفيان الثوري وأنه على فرض صحة هذا النقل فهو خلاف بعد إجماع فلا يجوز الأخذ به ومن الفقه الحنفي جاء في كتاب البسيط للسرخسي جزء 10 ص 116 أن الولد يتبع أباه في الدين فإذا كان الأب مسلماً في وقت يثبت لولده حكم الإسلام ويجبر على الإسلام وجاء ذلك أيضاً في مدونات المذاهب الأخرى الشافعية كتاب الأم للإمام الشافعي ج 6 ص 127 والحنفية كتاب الرعي لأبن مزاره ج 2 ص 139 والفقه الجعفري كتاب شرائع الإسلام ص 13 ج 4 وفي الفقه الزيدي نيل الأوطار للإمام الشوكاني ج 7 ص 166 وفي المذهب الظاهري ج 2 ص 322 وفي المذهب الإباضي شرح النيل وشفاء العليل للإمام مجرد بن يوسف ج 8 ص 262 كمذاهب فقهاء المذهب المالكي أي أن الصغير الذي لم يراهق يصبح مسلماً بإسلام أبيه وعليه يتضح أن الأحكام الشرعية التي وجه ديوان الرئاسة الموقر إلى تطبيقها على موضوع إسلام الصغير تبعاً لإسلام أحد والديه لا تجيز لهذا العودة إلى دينه السابق وجاء حكم الفقرة الثانية من المادة الحادية والعشرين من قانون الأحوال المدنية منسجماً مع قواعد الشريعة الإسلامية بهذا الشأن وحيث أن محكمة الأحوال الشخصية في البياع قد راعت أحكام الشرع والقانون عندما قررت رد دعوة المدعية فجاء حكمها التمييزي صحيحاً ، وموافقاً للشرع والقانون ، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية وتحميل الميزة رسم التمييز وصدر القرار بالأكثرية في 9/ ذي العقدة/1420هـ الموافق 2000/2/14م .

<sup>1</sup> ينظر الهامش السابق .

أن الأختلاف بين الموضوعين قائم وجلي. فالموضوع الاول - وهو موضوع الدعوى- يخص المدعية التي كانت مع أبويها على الديانة الصابئية قبل أن تلتحق بالدين الإسلامي تبعا لإسلام أبيها . وهي تطلب في عريضة دعواها المعروضة على المحكمة العودة لديانتها السابقة. وطلبها هذا -كما مر بنا- أن تم رفعه للمحكمة المختصة خلال عام واحد من بلوغها ، سيكون مشروعا، ويُحكّم لها بالعودة لدينها السابق أن تحققت شروط الرجعة ، وهي : البلوغ والعقل والاختيار ، وذلك وفقا لما هو مستقر عليه من قضاء محكمة التمييز . فيما الموضوع الثاني-الذي أشارت المحكمة الى حكمه الشرعي في متن قرار حكمها المعني - يخص حالة الردة . والردة باتفاق الفقهاء المسلمين غير مشروعة ، وأن اختلفوا في غير حكم من الأحكام الفرعية المترتبة عليها<sup>1</sup>.

أن مناط الأختلاف الأساسي بين الموضوعين هو أن مشروعية طلب المدعية الرجوع عن الدين الإسلامي الى دينها السابق إنما

يأتي مستندا لرخصة قد منحها الشارع لها مذ أسلمت تبعا لإسلام أبيها دون اختيار منها كونها كانت قاصرة ولا تملك حق الأختيار ، فأثبتت لها الشارع هذا الحق لحين بلوغها عاقلة رشيدة ، فأن شاءت أمضت ما أختاره لها أبيها وبقيت على الإسلام ، وأن شاءت عادت لدينها السابق ، دون أن يعتبر ذلك ردة منها عن الإسلام. وذلك لأن إسلامها أصلا إنما كان معلقا على شرط اختياره دينا بإرادتها دون تراخ ، حيث حدد الشارع لها مدة عام كامل من تاريخ بلوغها عاقلة لقبول مطالبتها بهذا الحق ، فأن لم تطلبه خلال هذا العام سقط دون عذر أو أمهال .

ولعل من المفيد بهذا الصدد التذكير بأن حق الخيار للقاصر هو من الحقوق التي أقرها قانون الأحوال الشخصية النافذ أستنادا لما قرره الشريعة الاسلامية في أكثر من موضوع من مواضيع الأحوال الشخصية . فقد جاء في المادة الأربعون منه : "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الاسباب الاتية : 3...- اذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي" . فالقانون هنا يمنح الخيار لكلا الزوجين بطلب التفريق قضاء بعد البلوغ القانوني لمن أبرم عقد زواجه وهو دون الثامنة عشرة من العمر ودون موافقة القاضي . فهذه رخصة قانونية ، لا يصح مواجهتها بأن العقد قد تم ولا يجوز الرجوع عنه مثلا ، وهي تثبت للقاصر في موضوعها حتى بلوغه السن القانونية عاقلا<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ومثاله أختلافهم فيمن تصح عنه الردة ، وما يترتب عليها من آثار بإزالة ملكه عن أمواله ، وميراثه ، وكذلك في العقوبة الواجب إنزالها بالمرتد ، وفي وجوب أستتابته قبل إنزال العقوبة به من عدمها .. وغيرها من الأمور المتصلة بها . ينظر : د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلتها ، ج 7 ، ط 6 ، دار الفكر ، دمشق ، 2008 ، ص 172 وما بعدها . وايضا في العقوبة  
<sup>2</sup> ينظر : محمد حسن كشكول و عباس زياد السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1994 ، ص 161 .

في مقابل ذلك فإن طلب المسلم ، أي مسلم بالغ عاقل ، الردة عن دينه هو أمر غير مشروع شرعا ، لأنه يجسد رجوعا الى الكفر ، وتبنيًا لكبيرة من الكبائر ، بإتفاق الفقهاء المسلمين<sup>1</sup> ، لذا فلا مشروعية له ، ولا رخصة فيه ، ولا تغاضي عنه ، ولا عن آثاره .

ومع هذا ، وبرغم الأختلاف البين بين الموضوعين مضمونا وموضوعا ، إلا أن محكمة التمييز قد أعتبرتهما موضوعا واحدا بمضمون واحد ، وحكم شرعي واحد ، وهذه قراءة غير سليمة لحقيقة الأمور الموضوعية لا يجدر بها أن تأتي من أعلى سلطة قضائية في البلاد .

أما بشأن الحكم الشرعي في مسألة رجوع من أسلم تبعا لإسلام أحد والديه الى دينه السابق بعد بلوغه عاقلا رشيدا ، فهي - كسأن كثير من المسائل الأخرى- مسألة غير مُجمَع على حكم واحد منها في الفقه الاسلامي . وحيث أن هذه الدراسة غير مخصصة لبيان إجتهدات الفقهاء المسلمين حول هذا الموضوع ، إنما هي تعنى بموقف القانون العراقي من هذه المسألة ، لذا أقتصرت على عرض ما ذهب اليه الفقه الحنفي كحكم شرعي بشأن هذه المسألة ، وذلك لكون الفقه الحنفي هو المنظومة الفقهية التي أُعتمدت تاريخيا - وكما مر بنا- كمصدر للتشريع والقضاء في العراق منذ خضوعه لسيطرة الإمبراطورية العثمانية ، وبقي كذلك حتى بعد قيام الحكم الوطني فيه . فجاء قانون الأحوال الشخصية النافذ متأثرا بأحكامه الشرعية وإجتهداته الفقهية الى حد كبير ، مما جعل منظومته الفقهية هي الأقرب اليه من بين جميع المنظومات الفقهية الإسلامية الأخرى ، وهكذا جاء قضاء محكمة التمييز مستندا اليها في أغلب أحكامه المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين ، ومنها قضاؤه في موضوع البحث .

وفي معرض عرضها لموقف الفقهاء المسلمين من مسألة الردة ، قالت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في قرار حكمها المعني : "أنعقد جماع المذاهب الإسلامية كلها على تقرير تلك القواعد والاحكام ولم يشذ عن ذلك سوى أحد الفقهاء المتأخرين وهو سفيان الثوري ، وأنه على فرض صحة هذا النقل فهو خلاف بعد إجماع فلا يجوز الأخذ به.." . وهذا منطوق غريب فعلا أن يأتي من أعلى سلطة قضائية في البلاد كونه يربط بين الأخذ بالحكم الشرعي سواء من قبل المشرع لتقنينه أو من قبل المحكمة لتحكم وفقا له إذا لم يوجد نص تشريعي إستنادا لنص الفقرة 2 من المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ<sup>2</sup> ، ولا يماثله غرابة -أو ربما يزيد عليه- إلا قول المحكمة أن الفقيه المُحدِث الزاهد الكوفي سفيان الثوري (97-161 هـ) من الفقهاء المتأخرين ، وهو الذي عاصر أئمة الفقه الإسلامي الأوائل : الإمام جعفر الصادق (80-148 هـ) ، والإمام أبي حنيفة النعمان

<sup>1</sup>المصدر السابق ، ص 172 .

<sup>2</sup> نصت الفقرة 2 من المادة الأولى احوال شخصية على : " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" .

(80-150هـ) ، والإمام أنس بن مالك (93-179هـ) ، وسبق الإمام الشافعي (150-204هـ) والإمام أحمد بن حنبل (164-241هـ) الى الفتيا والفقہ ورواية الحديث .

وإننا لنرى أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بقولها الغريب هذا إنما كانت تلمح الى أن المبدأ الذي أستقرت عليه محكمة التمييز من قبل قرار حكمها المعني والذي يقضي بجواز رجوع من أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه بعد بلوغه عاقلاً ، هو رأي القلة القليلة من الفقهاء المسلمين . ومع أن ما ذهب اليه الفقہ الحنفي ، وتبنته محكمة التمييز في قضاءها السابق ، هو فعلاً رأي القلة من الفقهاء المسلمين ، بل هو الرأي الوحيد – كما وصل لعلنا- القائل بهذا الحكم الشرعي ، إلا أن ذلك لا يبيح للهيئة العامة الانقلاب عنه وهجرانه تحت زعم عدم إجماع الفقهاء المسلمين عليه مثلاً . إذ أن إجماع الفقهاء المسلمين على أمر ما قبولاً أو رفضاً لم يكن من الضوابط المعتمدة لدى المشرع العراقي عند تقنينه لقانون الأحوال الشخصية للمسلمين . ويكفي أن ندلل على ذلك بموضوع الوصية الواجبة لأبناء الولد المتوفي قبل والديه والتي أخذ بها قانون الأحوال الشخصية النافذ وقتها<sup>1</sup> ، مع انها حكم شرعي أنفرد به الفقہ الظاهري الذي أسسه فقيه الاندلس ابن حزم الظاهري دون سائر المذاهب الفقهية الإسلامية الأخرى . وبرغم هذا الأفراد فقد أخذ المشرع العراقي بهذا الحكم الشرعي حين وجد فيه ما يحقق العدالة في قسمة الموارث ، غير متقيد بما عليه إجماع سائر الفقهاء المسلمين الآخرين ، أو على الأصح غير معتد بإجماعهم الذي يقضي بحرمان أولاد الولد المتوفي قبل أحد والديه من ميراث أحدهما بعد وفاته ، مستندين في ذلك الى إنقطاع سبب الأثر بموت الوارث قبل موت مورثه<sup>2</sup> . وبالتالي فإن ركون الهيئة العامة لمحكمة التمييز الى عدم إجماع الفقہ الاسلامي كحجة لتبرير تحولها عن المبدأ القانوني المستقر قضاء بشأن موضوع الدعوى المعروضة عليها (موضوع البحث) ، ليس بالحجة المقبولة قانوناً ، لعدم توافقها مع ما عليه منحه المشرع العراقي في هذا الشأن .

### المطلب الثالث : مدى قانونية الإتجاه الثاني لمحكمة التمييز

على الرغم مما تقدم ، وسعياً لتقييم انقلاب الهيئة العامة لمحكمة التمييز على المبدأ المستقر من قضاء محكمة التمييز بجواز رجعة من أسلم تبعاً لإسلام والديه الى دينه السابق بعد بلوغه عاقلاً ، ومدى قانونية منحها الجديد بهذا الشأن ، سنذهب وأياها بذات إتجاهها فنترك ما ذهب اليه الفقہ الحنفي حول موضوع الدعوى المعروضة عليها (موضوع البحث) ، ونعتمد بشأنه ما أجمع عليه بقية الفقهاء المسلمين من عدم جواز الرجوع عن الدين إطلاقاً . فهل سيغير مثل هذا العرض مآل الموقف القانوني من إتجاهها الجديد؟

<sup>1</sup> نصت الفقرة 1 من المادة الرابعة والسبعون أحوال شخصية على : "إذا مات الولد ، ذكراً أم أنثى ، قبل وفاة أبيه أو أمه ، فإنه يعتبر بحكم العي عند وفاة أي منهما ، وينتقل أستحقاقه من الأثر الى أولاده ، ذكوراً كانوا أم إناثاً ، حسب الأحكام الشرعية ، بإعتباره وصية واجبة ، على أن لا تتجاوز ثلث التركة" .

<sup>2</sup> ينظر : محمد حسن كشكول و عباس زياد السعدي ، مصدر سابق ، ص 306 وما بعدها .

أن نص الفقرة 2 من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل<sup>1</sup> يلزم المحاكم المختصة بنظر الأحوال الشخصية للمسلمين بتطبيق النصوص التشريعية أولاً ، فإن لم تجد فتطبق النصوص الشرعية الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية النافذ . وهذا ما يعني تماماً أنه لا يجوز لأي محكمة مختصة بنظر الأحوال الشخصية للمسلمين - ومنها الهيئة العامة لمحكمة التمييز - تطبيق الأحكام الشرعية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية النافذ إلا مع عدم وجود نص تشريعي في القانون ينظم وينطبق على موضوع الدعوى المنظورة من قبلها ، فإن وجد النص التشريعي فالأولوية تكون له تطبيقاً وليس لأحكام الشريعة أياً كانت قوة هذه الأحكام الشرعية أو مصدرها التشريعي . هذا من جانب . ومن جانب آخر ، فإن عبارة "نص تشريعي" الواردة في الفقرة اعلاه تشمل كل النصوص التشريعية في القانون العراقي على العموم وليس في قانون الأحوال الشخصية لوحده ، كونها قد جاءت مطلقة تفيد العموم .

لقد سبق وعرفنا أن قانون الاحوال الشخصية النافذ يخلو من نص تشريعي ينظم وينطبق على موضوع الدعوى المنظورة قبل الهيئة العامة لمحكمة التمييز (موضوع البحث) ، فهل ثمة نص في قانون ساري المفعول ضمن المنظومة القانونية في العراق بشأن ذلك ؟.

نجيب فنقول : نعم . ففي العام 1970 صادق العراق بالقانون رقم (193) لسنة 1970 على العهد الدولي الخاص بالحقوق

المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966 ، وبذلك أصبح ذلك التشريع الدولي جزءاً من النظام القانوني في العراق . بمعنى أن جميع المحاكم العراقية قد أصبحت ملزمة منذ تاريخ نشر ذلك القانون في الجريدة الرسمية<sup>2</sup> بتطبيق نصوصه باعتباره جزءاً من القانون العراقي .

لقد جاء في الفقرة 1 من المادة/18 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ما نصه : " لكل أنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين . ويشمل ذلك حرته في أن يدين بدين ما ، وحرته في اعتناق اي دين أو معتقد يختاره ، وحرته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم ، بمفرده أو مع جماعة ، وأمام الملأ أو على حدة"<sup>3</sup>. فيتضح من هذا النص أن القانون النافذ في العراق يقضي بعدم جواز سلب الإنسان عموماً حقه في اعتناق اي دين . فيكون -طبقاً لهذا النص- من الأولى عدم سلب هذا الحق ممن ثبت له ابتداءً وفقاً لحكم شرعي ( المادة /130 من مدونة الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية في الفقه الحنفي) ،

<sup>1</sup> ينظر نص الفقرة في هامش سابق .

<sup>2</sup> قضت المادة/64 من الدستور المؤقت لعام 1970 النافذ عند اصدار القانون رقم (193) لسنة 1970 على : " تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها الا اذا نص فيها على خلاف ذلك " . وقد جاء في الماد/2 من القانون المذكور : " ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية " .

<sup>3</sup> د. محمود شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان ، مج 1 - الوثائق العالمية ، ط 1 ، دار الشروق ، القاهرة ، ص 86 .

والذي تعزز بمبدأ قانوني أستقر من قضاء محكمة التمييز لربع قرن من الزمان وأصبحت له قوة النص التشريعي العامل .

فأن قيل أن المعاهدات والتشريعات الدولية ليست مصدرا من المصادر المعتمدة في الأحوال الشخصية والتي نصت عليها في المادة الأولى من قانون الاحوال الشخصية النافذ . قلنا أن نص الفقرة 2 من المادة المستشهد بها ، والذي سبق ذكره في هامش سابق ، قد جاءت فيه عبارة "نص تشريعي" بصيغة التنكير وبما يدل على العموم، وبما يقصد به أي نص تشريعي واينما ورد في التشريعات النافذة . وذلك يشمل بلا شك نصوص العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تم إقرارها ضمن المنظومة القانونية الوطنية بالقانون رقم (193) لسنة 1970 .

ويُعْضِد قولنا هذا ما ذهب اليه المادة الحادية والعشرون من القانون رقم (111) لسنة 1979 قانون المعاهدات (وهو قانون نافذ عند إصدار الهيئة العامة لمحكمة التمييز قرار حكمها موضوع البحث) والتي جاء فيها : "تدخل المعاهدة حيز التنفيذ إتجاه الجمهورية العراقية عند تحقق الأحكام المنصوص عليها في إحدى الفقرات الآتية : ... 3- التصديق على المعاهدات المتعددة الأطراف أو الإنضمام اليها وفق هذا القانون .." . ومعاهدة العهد الدولي لحقوق الانسان المدنية والسياسية قد تمت المصادقة عليها من قبل العراق بالقانون (193) لسنة 1970 كما أشرنا الى ذلك قبل قليل<sup>1</sup> .

أذن ، وحتى مع ما أفترضناه من صحة مبنى الإتجاه الجديد للهيئة العامة لمحكمة التمييز ، فإن قرار حكمها المعني إنما كان قرارا مخالفا لصريح نص القانون النافذ . وأن نص الفقرة 1 من المادة/18 من العهد الدولي بالحقوق المدنية والسياسية النافذ إنما يدعم ويؤكد قانونية المبدأ القانوني الذي أستقر عليه قضاء محكمة التمييز بهذا الشأن والذي قضى بجواز رجوع من أسلم تبعا لإسلام أحد والديه بعد بلوغه سن الرشد عاقلا .

علاوة على ذلك فإن ركون الهيئة العامة لمحكمة التمييز الى تطبيق حكم شرعي مع وجود نص تشريعي يحكم الواقعة موضوع الدعوى المنظورة من قبلها ، يعد أمْتِنَاعاً منها عن تطبيق نصوص القانون ، وفي ذلك مخالفة صريحة لنص المادة/1 من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل<sup>2</sup> .

لقد جَسَدَ قرار الحكم المعني صورة من صور الإكراه الديني مارسته الهيئة العامة لمحكمة التمييز بحق المميّزة (المدعية) وذلك بحملها قسرا وخلافا للقانون للبقاء على الدين الذي أختره لها أبها ، وسلمها حق الأختيار الذي كَفَلَه لها القانون النافذ . وذلك ما

<sup>1</sup> نشر القانون رقم (193) لسنة 1970 في الوقائع العراقية بالعدد 1927 في 1970/10/7 .

<sup>2</sup> نصت المادة/1 من قانون الإثبات : "توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة" .

منعته الفقرة أ من المادة 22 من الدستور المؤقت لعام 1970 النافذ حينذاك<sup>1</sup> ، والفقرة 2 من المادة/18 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية<sup>2</sup>.

بعد ما أتهمنا إليه لعل ثمة سؤال يفرض نفسه وهو : لماذا جنحت الهيئة العامة لمحكمة التمييز عن صواب مسلكها الذي أستقرت عليه فأصدرت قرار حكمها المعني ؟

من مطالعة نص قرار الحكم نتيين أن الهيئة العامة في محكمة التمييز قد ركنت الى كتاب صادر من ديوان رئاسة الجمهورية يوجه وزارة العدل وتشكيلات المحاكم بالرجوع الى ما تقضي به الأحكام الشرعية في موضوع الرجعة عن الدين متزامنا مع ما سمي وقتها ((الحملة الايمانية)). مع أن رئاسة الجمهورية لا تتمتع وفقا للدستور النافذ حينها بأية صلاحيات تشريعية<sup>3</sup>، بل هي مكلفة دستوريا "بالإشراف على حسن تطبيق الدستور والقوانين والقرارات وأحكام القضاء .."<sup>4</sup>.

أذن لماذا سوغت المحكمة لنفسها مخالفة أحكام الدستور ، والتنازل عن أستقلالها ، والقبول بسُلطان آخر عليها غير سلطان القانون وفقا لما قرره الفقرة أ من المادة/60 من الدستور<sup>5</sup> ، وكذلك الفقرة أولا من المادة/2 من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979<sup>6</sup>؟

يجب أن لا يفهم من طرحنا لهذا السؤال التشكيك بنزاهة الهيئة القضائية التي أصدرت قرار الحكم المعني بهذا البحث أو الطعن بكفاءة قضائها الأجلء ، ولكن ما مَرَّ بنا يبرر طرح هذا التساؤل . كما وأن الإجابة عليه ستبدد هالة الغموض الذي أكتنف موقف المحكمة عند أنقلاها على ما أستقر من قضاءها العتيد ، دون سند أو مبرر من القانون النافذ .

<sup>1</sup> نصت الفقرة أ من المادة/22 من الدستور المؤقت لعام 1970 الملغي : "كرامة الانسان مصونة وتحرم ممارسة أي نوع من أنواع التعذيب الجسدي أو النفسي".

<sup>2</sup> نصت الفقرة على : "لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه ان يخل بحريته في ان يتدين بدين ما ، او بحريته في اعتناق أي دين يختاره". د. محمد شريف بسيوني ، مصدر سابق ، ص 86 .

<sup>3</sup> فقد أناطت المادة/42 من الدستور المؤقت لعام 1970 النافذ حينها صلاحية التشريع بمجلس قيادة الثورة حصرا فجاء فيها : "يمارس مجلس قيادة الثورة الصلاحيات التالية : أ- إصدار القوانين والقرارات التي لها قوة القانون . ب- إصدار القرارات في كل ما تستلزمه ضرورات تطبيق أحكام القوانين النافذة".

<sup>4</sup> الفقرة (م) من المادة/56 من الدستور المؤقت لعام 1970 .

<sup>5</sup> نصت الفقرة (أ) من المادة/60 من الدستور المؤقت لعام 1970 على : "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون".

<sup>6</sup> نصت الفقرة (أ) من المادة/2 من قانون التنظيم القضائي على : "القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون".

ونحن نرى أن جزءاً من الإجابة على هذا السؤال قد جاءت فيما أثبتته السادة القضاة الأجلاء من أعضاء الهيئة العامة لمحكمة التمييز التي أصدرت قرار الحكم المعني -والذين أعترضوا عليه- في شرح مخالفتهم له الملحق بذلك الحكم<sup>1</sup>.

على أية حال ، وبرغم الاعتراضات المصاحبة لعملية إصدار قرار الحكم المعني ، وبرغم النقد المعلن له ، والدعوات المتواصلة بعد صدوره للكف عنه والعودة لتطبيق المبدأ القانوني المستقر من قضاءها السابق ، إلا أن محكمة التمييز أستمريت على ذات إتجاهها الجديد ، حيث توالى عنها إصدار قرارات مشابهة لمنطوق قرار حكمها المعني ، متطابقة معه في الإتجاه<sup>2</sup>. وإذا كان ثمة الاحتجاج بواقع العلاقة القائمة بين السلطة التنفيذية والقضاء عموماً

<sup>1</sup> وأهمية ما كتبه القضاة المخالفين لقرار الحكم المعني نوردته كاملاً : "مع تقديرنا واحترامنا للرأي الذي ذهبت إليه أكثرية الهيئة العامة الموقرة في محكمة التمييز بتصديق الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في البياع القاضي برد دعوى المدعية لأنها طلبت العودة إلى الديانة الصابئية حيث اعتبرت مسلمة تبعاً لإسلام والدها بعد أن كان على الديانة الصابئية وأشهر إسلامه بعد بلوغها سن الرشد فأننا نخالف رأي الأكثرية ونرى أن المدعية محقة بدعواها ذلك أن ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز بيهيتها العامة والموسعة أن الصغير إذا أسلم تبعاً لإسلام أبيه فيحق له الرجوع إلى دينه السابق إذا تحققت شروط الرجعة وهي البلوغ والعقل والاختيار وقد ظل هذا المبدأ سارياً منذ صدور قانون الأحوال المدنية رقم ( 65 ) لسنة 1972 وأن هذا الاتجاه مستقى من الأحكام الشرعية بهذا الصدد وفق ما جاء بقرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز المرقم (20 /هيئة عامة/1976) والمؤرخ في 1976/2/25 وقد طبق هذا المبدأ من قبل هيئة الأحوال الشخصية في محكمة التمييز بعد صدور قرار الهيئة العامة أنفة الذكر بشروطه السابقة إلى وقت صدور قرار الهيئة العامة الموقرة الذي نحن بصدد المرقم (319/هيئة عامة/1999) والمؤرخ في 2000/2/14 وبعد صدور كتاب ديوان الرئاسة الموقر المرقم (ق/10777) في 1994/5/8 والذي تضمن إلغاء مضمون كتابها المرقم (33963) في 1988/9/25 والاعتماد في موضوع تغيير ديانة الصغير الذي عد مسلماً تبعاً لإسلام والديه إلى ما تقرره الشريعة الإسلامية وبعد صدور هذا الكتاب وما دار من مناقشات في المجلس الوطني الموقر فقد أعيد عرض الموضوع مرة أخرى على الهيئة الموسعة في محكمة التمييز التي اتخذت قرارها المرقم (66 /موسعة أولى/1995) والمؤرخ في 1995/11/15 والذي ورد في حيثياته ( أن الحكم الشرعي هو أنه إذا أسلم الصبي تبعاً لإسلام أحد أبويه فإنه يحق له العودة إلى دينه السابق إذا تحققت شروطها وهي البلوغ والعقل والاختيار وأن المدعية ظلت تمارس الطقوس والشعائر الدينية المسيحية استعملت حقها المقرر بمقتضى أحكام الشرع واختارت البقاء على دينها السابق إذ أنها كانت مسيحية الديانة عندما كانت قاصرة وقبل إسلام والدتها عند بلوغها سن الرشد القانوني وأن ذلك لا يتعارض وحكم المادة (21) فقرة (3) من قانون الأحوال المدنية وهو قانون خاص غرضه تنظيم القيود والسجلات ولا يتعارض أو يقيد الأحكام الشرعية الواردة في قانون الأحوال الشخصية ولأن قيوده قابل للتعديل والتغيير والتصحيح ) والذي نراه أن هذا الاجتهاد وهذا المبدأ الذي رسخ لهذه الفترة الطويلة واستقر عليه العمل في محاكم الأحوال الشخصية ومحكمة التمييز لا ينسخ باجتهاد آخر لأنه أصبح بمضي المدة سابقة قضائية هي بمثابة التشريع وعليه يقتضي الأمر في مثل هذه الحالة صدور تشريع من الجهة المختصة ليصار إلى العدول عن هذه السابقة ولهذه الأسباب خالفنا رأي الأكثرية المحترمة والرأي نقض قرار محكمة الأحوال الشخصية في البياع لإتباع قرار النقض الصادر من هيئة الأحوال الشخصية في محكمة التمييز المرقم (167/شخصية/1998) والمؤرخ في 1998/1/22 والسير في الدعوى وفق النهج المذكور في قرار هيئة الأحوال الشخصية ولهذا خالفنا رأي الأكثرية المحترمة وشرحنا مخالفتنا في 9/ ذي القعدة/1420 هـ الموافق 2000/2/14 م".

<sup>2</sup> مثال ذلك القرار 6936/شخصية أولى/2004 في 2004/2/24 والذي جاء فيه : " أن والد المميزة قد أعتنق الدين الاسلامي فتكون أبنته المميزة مسلمة الديانة تبعاً له ، ولا يجوز لها العودة لدينها السابق ، لأن ذلك ردة عن الاسلام يعاقب عليها". والقرار 285/شخصية أولى/

أن ما يفترض بمحكمة التمييز ، إنها قد غدت أكثر حرية وإستقلالا عن السلطة التنفيذية بعد ما أصاب البنية التنظيمية لسلطات الدولة بشكل عام والسلطة القضائية بشكل خاص من تبدل وتغير بعد صدور دستور عام 2005 الذي أرسى أستقلالا تاما قانونيا وإداريا وماليا وفنيا للسلطة القضائية عن بقية السلطات في الدولة<sup>1</sup> ، وبما يفضي الى أستقلال وحيادية أحكام القضاء وبالواجهة منه محكمة التمييز. لكننا نجد أن محكمة التمييز ظلت متمسكة بذات الإتجاه فيما يخص موضوع البحث<sup>2</sup> ، في مخالفة صريحة لنص المادة/42 من الدستور النافذ والتي تقضي بأن: " لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة". والمادة/46 التي تقضي بان: " لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه ، على أن لا يمس ذلك التقييد والتقييد جوهر الحق أو الحرية". ورجوع من أسلم تبعاً لإسلام أحد والديه الى دينه السابق بعد بلوغه سن الرشد القانوني عاقلاً مختاراً ، إنما هو حق مقرر له شرعياً وأنسانياً . لذلك كان لابد من سن تشريع يقن هذا الحق ، وبما يضمن كفالاته وحمايته من أي نوع من أنواع الإكراه والقهر إعمالاً لنص الفقرة ثانياً من المادة/37 من الدستور النافذ التي تنص على: " تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني". ونقترح لذلك أن تضاف العبارة التالية الى نص الفقرة ثانياً من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ: ((.. ويجوز لهم خلال سنة واحدة من بلوغهم سن الرشد القانوني عاقلين العوداً لدينهم السابق)).

الخاتمة :

الاستنتاجات :

يجيز القانون العراقي للعراقي غير المسلم أن يبديل دينه ، فله أن يختار الإسلام ديناً ، وله أن يختار سواه من الأديان المعترف بها رسمياً . ووفقاً لقانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 النافذ تختص محكمة

2008 في 2008/12/31 الذي جاء فيه: " الثابت من وقائع الدعوى أن المميز – المدعي- قد صار مسلماً تبعاً لدين والده ، وحيث أن من صار مسلماً سواء بصفة أصلية أو تبعية أي تبعاً لدين أحد الابوين كما هو في حالة الدعوى موضوع التدقيقات التمييزية لا يجوز الرجوع عن إسلامه إذ أن ذلك يعد بمثابة الردة التي منعها الإسلام وعاقب عليها ..".

<sup>1</sup> نصت المادة/87 من دستور عام 2005 النافذ على: " السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ونصدر أحكامها وفقاً للقانون".

<sup>2</sup> ومما يلفت النظر انه وبعد مرور أكثر من عقد من الزمان على صدور قرار الحكم المعني وسريان أتجاه محكمة التمييز الجديد ، تصدر محكمة الاحوال الشخصية في الكرادة قرارها المرقم 742/ش/2012 في 2012/4/30 والي جاء فيه: " حيث ان المدعي لم يتراخ عن المطالبة بأختيار دينه وقد ثبت امام هذه المحكمة انه أختار بعد بلوغه الدين المسيحي عليه ولكل ما تقدم قررت المحكمة الحكم بصحة أختيار المدعي لدينه لتوفر شرطها الشرعية ..". القرار منشور على الموقع الالكتروني العدل نيوز [thejusticenews.com](http://thejusticenews.com). تاريخ الزيارة 2014/5/15.

المواد الشخصية بنظر طلب الراغب بتبديل دينه . فإذا قضت بالموافقة على الطلب ، أشعرت دائرة الأحوال المدنية لتأشير ذلك في سجلاتها .

ويوجب القانون النافذ تبعية الأولاد القاصرين في الدين لمن أسلم من والديهم .

ولقد أستقر قضاء محكمة التمييز على منح الخيار لمن بلغ سن الرشد القانوني عاقلا من القاصرين الذين أسلموا تبعا لإسلام أحد أبويهم في العودة الى دينه السابق ، على أن يقدم طلبا بذلك لمحكمة الأحوال الشخصية خلال عام واحد من تاريخ بلوغه . وأصبح ذلك مبدءاً قانونياً معتمدا لدى المحاكم العراقية المختصة لقرابة ربع قرن من الزمان .

ومع بداية الألفية الثالثة أصدرت الهيئة العامة في محكمة التمييز قرار حكم قضت فيه بعدم جواز رجوع مَنْ أسلم تبعا لإسلام والديه ، وبما يناقض المبدأ القانوني الذي أستقر عليه قضاؤها في هذا الشأن ، والذي أكتسب صفة السابقة القضائية بمرور الزمن عليه ودوام العمل به .

وقد تبين لنا في هذا البحث مخالفة الإتجاه الجديد لمحكمة التمييز لأحكام القانون (193) لسنة 1970 (قانون تصديق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الامم عام 1966) النافذ ، وبما يعني عدم مشروعية قرار الحكم المعني الذي أصدرته الهيئة العامة لمحكمة التمييز ، وجميع القرارات التي تلتها بذات الصدد .

### التوصيات

1- لاحظنا لدى البحث في المحكمة المختصة بنظر طلبات تبديل الدين أن الفقرة ثلثا من قانون البطاقة الوطنية النافذ تحيل جميع طلبات تبديل الى محكمة المواد الشخصية . وهو حكم يصح بالنسبة لغير المسلمين الذين تختص المحكمة المذكورة بنظر أحوالهم الشخصية ، ولكنه لا يصح على المسلمين ، ومنهم الراغبين بتبديل ديانتهم إلى الإسلام ، حيث تختص بشؤونهم الشخصية محكمة الأحوال الشخصية . لذا نقترح على المشرع العراقي تصحيح هذا الخطأ وذلك بتعديل الشطر الأخير من الفقرة ثلثا من المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية النافذ ليكون : (( يقع تبديل الدين المنصوص عليه في الفقرة (أولا) من هذه المادة وتبديل الأسم المجرى إذا أقرت بتبديل الدين في محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية بحسب الأحوال ولا يخضع في هذه الحالة للنشر)).

2- ولتلافي آثار الاتجاه الجديد لمحكمة التمييز ، نقترح على المشرع العراقي إضافة النص التالي فقرة مستقلة إلى المادة/26 من قانون البطاقة الوطنية: (( يجوز للقاصر الذي تبع أحد أبويه في الدين أن يرجع إلى دينه السابق خلال عام من بلوغه عاقلا)).

### المصادر

المصادر بعد القرآن الكريم

#### أولاً: الكتب

- 1- د. أحمد عبید الكبیسی ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج 1 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة .
- 2- د. سعد المرصفي ، حديث حد الردة في ضوء أصول التحديث رواية ودراية ، ط 1 ، مؤسسة الريان ، بيروت ، 1995 .
- 3- د. طه جابر العلواني ، لا إكراه في الدين - إشكالية الردة والمرتدين من صدر الإسلام الى اليوم ، ط 1 ، المركز الثقافي العربي ، المغرب ، 2014 .
- 4- د. عصمت عبد المجيد بكر ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج 1 ، ط 1 ، منشورات جامعة جهمان ، أبريل ، 2011 .
- 5- محمد حسن كشكول و عباس زياد السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1994 .
- 6- محمد قدری باشا ، شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على مذهب ابي حنيفة النعمان ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2007 .
- 7- د. محمود شريف بسيوني ، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الانسان ، مج 1 - الوثائق العالمية ، ط 1 ، دار الشروق ، القاهرة .
- 8- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج 7 ، ط 6 ، دار الفكر ، دمشق ، 2008 ، ص 172 .

#### ثانياً: الدوريات

- 9- مجموعة الأحكام العدلية ، يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل العراقية ، العدد الرابع ، السنة السابعة ، 1976 .

#### ثالثاً: المواقع الالكترونية

- 10- الموقع الالكتروني لمجلة التشريع والقضاء [www.tqmag.net](http://www.tqmag.net) .
- 11- الموقع الالكتروني العدل نيوز [thejusticenews.com](http://thejusticenews.com) .

### رابعاً: القوانين والانظمة

- 12- الدستور العراقي المؤقت لعام 1970 .
- 13- الدستور العراقي لعام 2005 .
- 14- القانون الاساسي العراقي لسنة 1925 .
- 15- قانون البطاقة الوطنية رقم (3) لسنة 2016 .
- 16- قانون الجنسية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة 1990 .
- 17- قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 .
- 18- قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 .
- 19- قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 .
- 20- قانون الاحوال المدنية رقم (189) لسنة 1964 .
- 21- قانون الأحوال المدنية رقم (25) لسنة 1972 .
- 22- قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 .
- 23- قانون المحاكم الشرعية لسنة 1923 .
- 24- القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 .
- 25- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 .
- 26- قانون تسجيل النفوس رقم (54) لسنة 1927 .
- 27- قانون تسجيل النفوس رقم (59) لسنة 1955 .
- 28- قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 .
- 29- نظام رعاية الطوائف الدينية رقم 32 لسنة 1981 .



## Le Médiateur bancaire en droit tunisien selon la réforme de la loi n° 2016-48 du 11 Juillet 2016 relative aux banques et aux tablissements financiers

Khrifech Nizar

Chercheur en droit privé et enseignant à l' institut des hautes études commerciales de Sfax

### الملخص:

يصنف التوفيق البنكي ضمن الوسائل البديلة لفض النزاعات بين الحريف والبنك وقد أوجب المشرع على البنوك والمؤسسات المالية تعيينه من طرف مجلس الإدارة. كما اشترط المشرع توفر الحياد والاستقلالية والجنسية التونسية والخبرة في القطاع البنكي لمدة عشرة سنوات لدى التوفيق البنكي ليقع تعيينه ويمارس مهامه.

وخلافا للقاضي، يمثل التوفيق البنكي آلية قريبة من الأطراف يفوضونه لفض نزاعاتهم اعتمادا على أحكام العرف والقانون، فيعد موقفه استشاريا وغير ملزما للحريف وللبنك.

كلمات مفاتيح: التوفيق البنكي، شروط التعيين، الطرق الإجرائية

## Résumé

La médiation bancaire est classée comme un mécanisme alternatif de règlement amiable des litiges entre le client et la banque. Ainsi, le législateur a imposé aux banques et aux établissements financiers de désigner un médiateur bancaire par le conseil d'administration. Afin d'être nommé et d'exercer ses fonctions, le législateur a également exigé que le médiateur bancaire doit répondre à certains critères : l'impartialité, l'indépendance, la nationalité et l'expérience du secteur bancaire pendant dix ans.

Le médiateur, à l'encontre de juge, est une institution proche des parties, ce qui fait les rassurer la sollicitation cette instance de règlement des litiges qui délègue à un médiateur la mission de traiter des litiges et de proposer des solutions en se basant sur l'équité et le droit. Le rôle du médiateur se limite à un simple avis facultatif et consultatif.

**Mots-clés** : Médiateur bancaire, Conditions de désignation, Modalités procédurales.

## **Introduction**

Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès portant de ce vieil adage, il est certain que le souci du législateur a toujours été de préserver les relations commerciales et d'éviter tous les litiges entre les parties<sup>1</sup>.

A ce problème, le législateur a créé un organe de médiation provient du latin *médiaire* qui veut dire s'interposer. La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits qui cherche à trouver un terrain d'entente entre les parties en évitant les inconvénients judiciaires<sup>2</sup>.

La médiation est en première analyse un mode alternatif de règlement des conflits qu'a connu un grand succès, au cours de ces dernières années, en général, elle est dans tous les domaines de

---

<sup>1</sup> GUILLAUME- HOFMUNG Michel, «La médiation», A.D.J.A., 20 Janv. 1997, p. 30; CORNEVAUX Alain, «Les modes alternatifs de règlement des litiges », Petites affiches, Janvier 1998, n. 76.

<sup>2</sup> Le mot médiation apparaît pour la première fois dans le Dictionnaire Général et Curieux de Rochefort 1684, puis dans le Dictionnaire Universel de Furetière 1690, ensuite dans l'Encyclopédie Française du 1694.

l'activité humaine (social, familial, financier, commercial, administratif et même judiciaire) et se présente aujourd'hui dans la majorité des secteurs d'activités économiques et des services publics. La médiation semble s'effumer de plus en plus comme le modèle plus répandu de règlement amiable pour les conflits de consommation.

En effet, le monde des affaires obéit aujourd'hui à des contraintes de temps et d'argent, telles qu'un passage devant les juridictions ne faisait que ralentir l'efficacité des affaires.

A ce propos, on peut affirmer que la médiation est la procédure dans laquelle les personnes en litige font appel une tierce personne appelée le médiateur afin de concilier sur le désaccord qui les oppose<sup>1</sup>. Par exemple, dans le domaine bancaire qui a adopté un nouvel organe par la loi du 2 mai 2006 portant créations du médiateur bancaire.

Outre, la médiation, plusieurs autres modes alternatifs de règlement des conflits sont aujourd'hui communs et utilisés au lieu du recours classique à la justice, comme la transaction définie par le code des obligations et des contrats qui permet aux parties de terminer ou de prévenir une contestation<sup>2</sup>. Aussi, la médiation se distingue de l'arbitrage, qu'est une procédure qui aboutit à faire trancher un litige en recourant à des justices privées dont être revêtue de la force exécutoire. Et la sentence arbitrale doit recevoir une homologation du juge étatique<sup>3</sup>.

Et, pour la conciliation est un mécanisme de résolution de litiges aimables, c'est-à-dire, les techniques au nom desquelles les parties, par l'intervention de tiers, tiennent à « rapprocher leur point de vue afin de parvenir à trouver une solution à leur différend »<sup>4</sup>. Donc, contrairement à la

<sup>1</sup> CORNU Gérard, Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2014, 10<sup>ème</sup> éd., p. 183.

<sup>2</sup> OPPETIT Bruno, «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, Justice», Revue de droit processuel, n° 1, 1995, p. 53.

<sup>3</sup> MOHSEN Mustapha, Le médiateur bancaire, étude de droit comparée, Mémoire en mastère en droit des affaires, Université de Tunis El Manar, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, 2008-2009, p. 18; BEN MEKKI Nassima, La médiation bancaire, Mémoire en mastère en droit privé, Université de Jendouba, Faculté des sciences juridiques économiques et de gestion, 2008, p. 4.

سمير الغريبي، التوفيق المصرفي في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة، صفاقس، كلية الحقوق، 2013-2014، ص. 7.

<sup>4</sup> ROSU Angelica, « Moyens alternatifs de règlement de litiges : réalités, perspectives et enjeux européens », Actua. Universitatis Danubius Juridica, n° 2, 2006, p.122.

conciliation la médiation fait appel au principe d'intervenir d'un tiers neutre (le médiateur, afin que les parties parviennent à une solution librement consentie)<sup>1</sup>.

La médiation, qui est une rencontre entre le droit et le compromis, est une pratique très ancienne, et bien que les textes qui régissent cette notion soient récents, le recours à la médiation au niveau pratique de plusieurs siècles.

En effet «l'arrangement» est admis en islam, tout qu'il ne rend pas licite un interdit, ou n'interdit une chose licite. En somme, la médiation obéit à un principe général du droit qui dit que le contrat fait la loi des parties tant qu'il n'est pas contraire à l'ordre public<sup>2</sup>.

D'abord, il est à noter que l'expérience tunisienne de la médiation bancaire et toute jeune n'a été instaurée de l'ancienneté de la pratique des compromis, cet organe n'a été instauré par le législateur tunisien que récemment par la loi du 2 Mai 2006<sup>3</sup>. Mais aujourd'hui il est réglementé par l'article 187 de la loi n 48-2016 du 11 Juillet 2016.

Ensuite, étant un sujet de pures activités, certaines doctrines affirment que l'organe du médiateur bancaire est une démarche «administrative» qu'examine les requêtes. Mais il est créé pour protéger mieux le client et assurer la rapidité et l'efficacité des opérations bancaires. Cette constatation puisse sa légitimité des décisions jurisprudentielles. Elles finissent toujours par la déclaration de la responsabilité des banquiers soit en première instance soit en appel<sup>4</sup>.

Bref, il s'agit d'une opportunité avantageuse, si ce n'est salubre, c'est pour cette raison qu'on note pour le bilan de 2008, le dépôt de 569 réclamations soit une hausse de 58% en comparaison avec 2007 dont 330 dossiers ont été acceptés puisqu'ils répondent aux conditions exigées, et

<sup>1</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 4; OPPETIT Bruno, Article précité, p. 54.

<sup>2</sup> Lettre (rissala) de Omar Ebn Elkhatab., IBN MOUSSA ALACHARI (2<sup>ème</sup> CADUEL «el calife/ coufa, l'année 17 de l'hégire, l'histoire de l'islam, les chroniques de attabari, Edition al isakama, Le Caire, 1357/1939, Volume 3, p. 169.

<sup>3</sup> Tunis, Loi n° 2006-19 relative aux établissements de crédit du 2 /05/2006 modifiant et complétant la loi 2001-65 du juillet 2001. Cette loi a été suivie par le décret n° 2006-1881 du 12 juillet 2006 fixant les conditions d'exercice de l'activité des médiateurs bancaires. Une circulaire 2006-12 du 19 octobre 2006 a été publiée par la BCT en publication de ce décret.

<sup>4</sup> KOSENTINI Mohamed, Cours de droit bancaire, Première année mastère de recherche en droit privé, Faculté de droit de Sfax, 2017-2018.

pour lesquels 270 dossiers ont été effectivement traités par le médiateurs bancaires, soit 82% sur un ensemble de 330 dossiers acceptés. L'avis du médiateur n'était rejeté « par les deux parties »<sup>1</sup> que dans le cadre d'un seul litige. D'ailleurs, en 22 Avril 2009, le gouverneur de la banque centrale a indiqué que l'avis du médiateur bancaire a été tenu en compte pour le client et par la banque concernant 214 dossiers en 2008<sup>2</sup>. Plus tard, dans son rapport annuel sur la médiation bancaire au titre de l'année 2014, l'observatoire des services bancaires a rapporté que le nombre des réclamations était de 308 contre 167 en 2013, soit une augmentation de 84% et le nombre des réclamations estimées recevables par le médiateur était de 238 contre 110 en 2013. Aussi, le nombre des avis émis par les médiateurs et acceptés par les EC s'est élevé à 73 contre 32 en 2013, en ce qui concerne les clients ils ont admet 76 avis contre 28 en 2013.

Enfin, la médiation bancaire récent une importance incontestée, elle assure l'équilibre entre les parties et évite des conflits entre elles. **Quelles sont les spécificités du médiateur bancaire?**

Pour répondre à cette question, on se propose de cerner par l'étude de la nomination du médiateur (1<sup>ère</sup> partie) et ses missions (2<sup>ème</sup> partie).

### **Première partie: la nomination du médiateur**

En vue de garantir un service bancaire de qualité, le législateur a mis en place en cette institution essayant à fait indépendante des parties en conflits. Cela se manifeste à travers les organes chargés de sa nomination (première section) et l'exigence de certaines conditions pour requérir la qualité du médiateur bancaire (deuxième section).

#### **Première section: les organes chargés de la nomination**

L'article 187 de la loi n° 2016-48 du 11 Juillet 2016 dispose dans le deuxième alinéa que « l'association visée à l'article 186 de la présente loi doit créer un organe de médiation bancaire chargé de l'examen des requêtes qui lui sont présentées par les clients et relatives à leurs

<sup>1</sup> Travaux de la 6<sup>ème</sup> réunion périodique du conseil de l'observatoire des services bancaires portée sur la médiation au cours de l'année 2008, [www.espacemanoger.com](http://www.espacemanoger.com); Observatoire des Services Bancaires, Sixième session du Conseil de l'Observatoire, 22 Avril 2009, [www.bct.gov.tn](http://www.bct.gov.tn).

<sup>2</sup> *Idem*.

différends avec les banques et les établissements financiers. Chaque banque ou établissement financier peut désigner, aux mêmes fins, un ou plusieurs médiateurs bancaires».

Il résulte de cette disposition que le législateur distingue entre deux types de médiateurs qui soumettent à des règles distinctes au niveau de leur nomination :

D'une part, l'alinéa premier se sert de terme «un organe de médiation bancaire» et non de l'expression de médiateur bancaire, ainsi la nomination de cet organe est faite par l'association professionnelle des banques et des établissements financiers. De ce fait le professeur Mohamed Kossentini considère que cette innovation est un «changement au niveau de l'entité chargée de désigner l'organe de médiation est de nature à renforcer l'indépendance de ce dernier par rapport à la banque ou à l'établissement financier et à crédibiliser davantage la structure de la médiation»<sup>1</sup>. Alors, la nomination obligatoire de l'organe de médiation constitue une garantie de l'indépendance.

Par contre, le deuxième alinéa de cet article envisage que les banques et les établissements financiers peuvent nommer un médiateur bancaire<sup>2</sup>, à cet effet on pose la question suivante: qu'est-ce qu'un établissement financier et une banque?

L'article 17 de la loi n° 48-2016 du 11 Juillet 2016 définit la banque comme étant «toute personne morale qui exerce, à titre habituel, la collecte des dépôts au sens de l'article 5 de la présente loi et la mise, à disposition de la clientèle, des moyens de paiement, en vue d'exercer les autres opérations bancaires visées à l'article 4 de la présente loi. Chaque banque agréée conformément aux dispositions de la présente loi accède à la qualité d'intermédiaire agréé pour effectuer les opérations de change au sens de la législation en vigueur en matière de change», ainsi, l'article 18 de même loi définit aussi l'établissement financier comme «toute personne morale qui exerce, à titre habituel, les opérations bancaires visées par les dispositions du chapitre

<sup>1</sup> KOSENTINI Mohamed, *op.cit.*

<sup>2</sup> L'article 31 (quarter) de la loi n2006-19 du 02/05/2006 indique que «chaque établissement de crédit doit désigner un ou plusieurs médiateurs chargés de l'examen des requêtes qui leur sont présentées par ses clients et relatives à leurs différends».

premier du présent titre, à l'exception des opérations de collecte des dépôts du public et de mise à disposition de la clientèle des moyens de paiement».

En plus les articles 4 et 7 et 8 de la même loi considèrent les opérations de leasing et d'affacturage comme des opérations bancaires.

Il découle de ces articles que la nomination d'un médiateur bancaire est facultative aux banques et les compagnies de leasing et de factoring et aux autres établissements financiers<sup>1</sup>.

Cependant, la question était posée quant aux caisses de sécurité sociale qui sont devenues dispensatrices de crédits. Celle-ci sont-elles tenues de désigner un médiateur bancaire?

En se référant aux articles 17 et 18 de la loi relative aux banques et aux établissements financiers, on remarque qu'afin que la personne morale soit considérée comme étant un établissement financier, elle doit exercer les opérations bancaires à titre de profession habituelle. Toutefois, Monsieur ARBI ZARROUK affirme que « ces caisses n'accordent des crédits aux affiliés qu'exceptionnellement et dans le cadre de son activité sociale »<sup>2</sup>, donc elles ne sont pas tenues de désigner un médiateur bancaire.

D'autre part, la consécration législative de dualité de cette institution peut engendrer un conflit de compétence<sup>3</sup>, mais l'article 187 de la loi n° 48-2016 reste lacunaire à cette question.

En France, l'instauration d'un médiateur bancaire a été posée par la loi MURCEF dans son article 13 devenu l'article L-312-1-3 du code monétaire et financier tel que modifié par l'article 23 de la loi n° 2008-3 du 03 Janvier 2008<sup>4</sup>.

Ainsi, tout établissement financier doit obligatoirement mettre en place un médiateur chargé de résoudre à l'amiable certains litiges qui peuvent intervenir entre cet établissement et ses clients. Conformément à l'article L 316-1 du code monétaire et financier ces dispositions sont

<sup>1</sup> BEN NASR Taoufik, Droit bancaire tunisien, La Maghrébine pour l'impression et la publication de livre, Tunisie, 2017, 2<sup>ème</sup> édition, p. 125.

<sup>2</sup> ZARROUK Arbi, «Le médiateur bancaire», Infos juridiques, Avril 2007, p. 20.

<sup>3</sup> KOSENTINI Mohamed, *op.cit.*

<sup>4</sup> L'article L.312-3 prévoit que «tout établissement de crédit désigne un ou plusieurs médiateurs chargés de recommander des solutions aux litiges...».

d'ordre public, celui-ci qui n'a pas été prévu expressément en droit tunisien, ce qui met en question l'importance même de l'institution de la médiation bancaire mais leur importance est limitée à cause de l'absence des sanctions à défaut de désignation d'un médiateur bancaire au sien des établissements<sup>1</sup>.

En France, depuis le 12 Décembre 2002, le médiateur bancaire peut être soit propre à la banque soit un médiateur commun nommé par la fédération bancaire française (FBF)<sup>2</sup>, l'instauration de l'institution d'un médiateur commun en Tunisie reste souhaitable. En effet, le médiateur de type fédératif serait financé par les cotisations des établissements membres. Ce qui renforce l'idée de l'indépendance financière vis-à-vis d'un établissement ou d'autre.

D'une manière générale, les banquiers ont tout à gagner, en termes d'images, à accepter pleinement un médiateur et éviter ainsi une issue judiciaire, préjudiciable aux intérêts de la banque, aussi les actions en responsabilité intentées contre les banquiers ne cessent d'augmenter face à un client en position d'infériorité compte tenu de la complexité et la rapidité des techniques bancaires<sup>3</sup>.

Comme l'on a affirmé, l'établissement financiers et les banques sont les organes compétant par la loi de nommer un médiateur bancaire, **ceci peut entretenir des doutes sur la crédibilité de cette institution lors de l'examen des litiges opposant les établissements financiers à leur clientèle, dès lors la banque organe chargé de désigner le médiateur et aussi partie au litige en même temps.**

**Dans quelle mesure la nomination du médiateur constitue une limite à l'indépendance et l'impartialité du médiateur à l'égard de la banque ?**

On peut penser qu'un mode de nomination du médiateur, associant l'établissement de crédit et l'association de consommateurs comme c'est le cas en France. Dans ce sens, l'association

<sup>1</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 22; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 21.

<sup>2</sup> Le FBF a mis un service de médiation commun à la disposition des banques qui ne souhaitent pas doter d'un médiateur attiré, elle a aussi édicté un mini-guide intitulé «régler vos litiges avec votre banque» et ce afin d'améliorer l'information des clients sur la médiation. [www.FBF.Fr](http://www.FBF.Fr).

<sup>3</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 23.

professionnelle visée par l'article 186 de la loi du 11 Juillet 2016 veuille à créer une structure de médiation afin d'échapper à toutes possibilités de douter de l'indépendance de cet organe.

Aussi, ces doutes être évités parce que le décret n° 2006-1881 du 10 Juillet 2006 fixant les conditions d'exercice de l'activité de médiateur bancaire a consacré un certain nombre de règles garantissant la crédibilité et l'impartialité de cette institution. En ce sens, le médiateur est nommé par des organes désignés par la loi. Ainsi, l'article 5 du décret du 10 Juillet 2006 réserve la nomination de cette institution au conseil d'administration ou au conseil de surveillance de l'établissement financier selon les cas et ce sur proposition du président Directeur Général, du Directeur Général ou du président du directoire selon les cas aussi<sup>1</sup>. En pratique, et bien que l'article 5 du décret gardé la nomination du médiateur bancaire au conseil d'administration ou au conseil de surveillance selon les cas. On constate que la plupart du temps c'est le conseil d'administration qui désigne le médiateur sur proposition du directeur général du PDG<sup>2</sup>.

Les termes de l'alinéa 2 de l'article 5 du décret de 10 Juillet 2006 disposent que «l'établissement de crédit doit informer sans délai la banque centrale de la désignation du médiateur bancaire. La banque centrale de Tunisie peut s'opposer à cette désignation dans un délai d'un mois à partir de la date d'information», il en ressort que le défaut d'opposition dans le délai d'un mois vaut accord implicite de la nomination. On résulte que le législateur oblige l'établissement de notifier la désignation à la banque centrale immédiatement. Quoique cette obligation atteste d'une rigueur au niveau de la nomination du médiateur bancaire garantissant plus de contrôle et de crédibilité à cette institution, le législateur n'a pas indiqué une sanction en cas d'inobservation de cette obligation. On se demande donc de l'utilité d'une telle norme légale.

Pour qu'il soit désigné, une convention écrite doit être conclue entre le médiateur et l'établissement financier conformément à un type approuvé par le conseil d'association professionnelle des banques et des établissements financiers objet de l'article 186 de la loi du 11 Juillet 2016, cette convention doit préciser les obligations de deux parties<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 21.

<sup>2</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 25 et s; BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 26 et s.

سمير الغريبي، المرجع السابق، ص. 30 وما بعدها.

<sup>3</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 25.

Concernant la durée de la mission du médiateur, celle-ci est déterminée par la loi, elle est fixée à trois années renouvelables une seule fois<sup>1</sup>. Par contre, en France, la durée de mandat n'a pas été fixée par aucune règle. En pratique, il est nommé pour un ou deux ans et la commission européenne a considéré que ce délai est garant de l'indépendance du métier<sup>2</sup>.

S'agissant de la révocation du médiateur par la banque et l'établissement financier, elle doit être motivée par la preuve d'une faute grave dans l'exercice de son activité<sup>3</sup>. En effet, l'expression «faute grave» nous rappelle le contrat de travail qui est conclu entre l'employeur et un salarié. Ne s'agit-il donc pas d'une relation de subordination? Y aurait-il en cas de rupture abusive du contrat la possibilité de réparation?

La réponse marque une certaine relativité au niveau de l'idée aussi bien de l'indépendance que l'objectivité du médiateur bancaire portant la résiliation de la convention de médiation par la banque et l'établissement financier est portée à la connaissance de la banque centrale sans délai<sup>4</sup>. Ce contrôle renforce la protection de l'indépendance de médiateur bancaire à l'égard de l'établissement financier<sup>5</sup>.

De surcroît, on remarque que le législateur a déterminé l'organe tenu de désigner le médiateur bancaire. Ce dernier doit comporter certaines conditions exigeantes qui sont garantes l'indépendance et l'impartialité de cette institution.

### Deuxième section: l'exigence de certaines conditions

L'article 3 du décret du 10 Juillet 2006 prévoit que «le médiateur bancaire doit être de nationalité tunisienne et justifier d'une expérience minimale de dix ans dans le domaine bancaire».

<sup>1</sup> 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 5 du décret du 10 Juillet 2006.

<sup>2</sup> DONDERO Bruno, «L'apport de la loi Murcef en matière de droit bancaire», Petites affiches, n° 14, 18 Janvier 2002, p. 4.

<sup>3</sup> L'article 7 du décret du 10 juillet 2006.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 25; BEN MEKKI Messima, Mémoire précité, p. 26.

Le législateur exige l'expérience de dix ans dans le domaine bancaire qui est certes nécessaire mais insuffisante. En effet, n'est pas en ayant eu une ancienneté dans le secteur bancaire que le médiateur est jugé apte à trancher des litiges entre la banque et le client ou du moins à proposer des solutions. D'ailleurs, quel que soit le nombre d'années d'ancienneté, l'on ne saurait disposer d'une maîtrise dans tous les métiers bancaires puisque les techniques bancaires sont en perpétuelle évolution. Par contre, les dix ans peuvent procurer un professionnalisme nécessaire pour une bonne prise de décision<sup>1</sup>.

Cependant, la condition d'ancienneté est exigée par le législateur pour que le médiateur doit être désigné par un établissement financier, on remarque que celui qui, a passé dix ans à travailler au sein d'une banque ne peut être qu'un ancien salarié, ce dernier est considéré immédiatement et psychologiquement subordonné<sup>2</sup>. Dans ce sens le professeur Taoufik Ben Nasr estime que «l'idée est confirmée par l'emploi, par l'article 4 du décret sus-indiqué, du verbe «lier» au présent de l'indicatif. De ce fait, un ancien salarié ou un ancien cadre d'un établissement financier ou de banque, peut être désigné en qualité de médiateur»<sup>3</sup>.

### **La condition de l'ancienneté constitue une limite à l'idée de la crédibilité d'un tel médiateur ?**

En outre, l'idée de l'indépendance a été consacrée par l'article 4 du décret de 2006 qui impose aux établissements financiers<sup>4</sup>, n'a pas nommé les médiateurs bancaires parmi les personnes physiques avec lesquelles ils sont liés par une relation de travail ou par un autre lien au sens de l'article 43 de la loi relative aux banques et aux établissements financiers<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> BEN NASR Taoufik, *op.cit.*, p. 125.

<sup>2</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 27; BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 27 et s.

سمير الغري، المرجع السابق، ص. 36 وما بعدها.

<sup>3</sup> BEN NASR Taoufik, *op.cit.*, p. 126.

<sup>4</sup> L'article 4 du décret du 10 Juillet 2006 indique que «il est interdit aux établissements de crédit de désigner les médiateurs bancaires parmi les personnes avec lesquelles ils sont liés par une relation de travail ou par tout autre lien au sens de l'article 23 de la loi n° 2001-65 susvisée».

<sup>5</sup> L'article 43 de la loi du 11 Juillet 2016 dispose que «est considérée comme personne ayant des liens avec la banque ou l'établissement financier :

En revanche, cet article ne précise pas la notion de relation de travail qui est indiquée sans définition. S'agit-il d'un salarié seulement qui ne peut être désigné par la banque et l'établissement financier?

Il doit sans doute être indépendant, ceci implique l'interdiction de désigner un médiateur de l'un des salariés de banque ou l'un de ses clients. En plus, certains auteurs soulignent que «la relation de subordination rend les propositions du médiateur proche d'une décision de la banque»<sup>1</sup>. Donc, le médiateur ne peut être ni salarié de l'établissement bancaire et financier, ni frappé par l'une des incompatibilités visées par l'article 43 de la loi de 2016. Ainsi, le médiateur bancaire ne peut être un client de l'établissement. De même, Monsieur Arbi Zarrouk affirme que «le rôle de médiateur c'est de proposer une solution au différend qui oppose les parties ce qui signifie effectivement que le médiateur n'est pas le mandataire de l'établissement et qu'il n'est pas désigné pour défendre les intérêts de client»<sup>2</sup>.

L'une des conditions nécessaires pour la fonction de médiation est l'impartialité, c'est-à-dire au moment de rendre son avis, doit être objectif et ne jamais prendre parti ni avec la banque ni avec le client. Or, l'article 6 du décret de 2006 indique que les honoraires du médiateur sont versés par la banque et l'établissement financier. Lorsqu'on parle de rémunération on parle de

- 
- tout actionnaire dont la participation excède, directement ou indirectement, 5% du capital de la banque ou de l'établissement financier,
  - tout conjoint, ascendant et descendant d'une personne physique dont la participation excède, directement ou indirectement, 5% du capital de la banque ou de l'établissement financier,
  - toute entreprise dans laquelle la banque ou l'établissement financier détient une participation au capital dont la proportion est telle qu'elle conduit à la contrôler ou à influencer de manière déterminante sur son activité,
  - le président du conseil d'administration d'une banque ou d'un établissement financier, le directeur général, les membres du conseil d'administration, les directeurs généraux adjoints, les membres du conseil de surveillance, les membres du directoire, les membres du comité de contrôle de conformité des normes bancaires islamiques et les commissaires aux comptes ainsi que les conjoints des personnes susvisées, leurs ascendants et descendants,
  - toute entreprise dont l'une des personnes visées ci-dessus est propriétaire ou associée ou mandataire délégué ou dans laquelle elle est directeur ou membre de son conseil d'administration ou de son directoire ou de son conseil de surveillance».

<sup>1</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 21.

<sup>2</sup> Ibid.

subordination ce qui remet en cause l'un des principes qui règlemente cette fonction de médiation à savoir l'impartialité.

Certains auteurs ont énoncé que ces honoraires ne constituent pas un salaire, étant donné que la notion de salaire est juridiquement liée à la notion de la subordination<sup>1</sup>. Quel que soit s'agisse de salaire ou des honoraires, la dépendance financière existe<sup>2</sup>. D'ailleurs, Monsieur Mohamed Kossentini indique que le terme «honoraires démontre que le médiateur bancaire semble être une nouvelle catégorie de profession libérale réglementé, puisque seules les rémunérations des professionnels libéraux ont la qualification d'honoraires»<sup>3</sup>. Le médiateur bancaire semble être une nouvelle catégorie de profession libérale règlementée et un simple prestataire de service indépendant.

Pour assurer son indépendance et son impartialité, il est efficace de bloquer les honoraires entre les mains d'un tiers indépendant qui prendra la charge de la régularisation des honoraires pour écarter le lien de subordination entre la banque et le médiateur<sup>4</sup>. Le médiateur peut être par exemple rémunéré par l'association professionnelle des banques et des établissements financiers. Cette association peut le faire en recevant elle-même une somme d'argent mensuelle de toutes les banques et les établissements financiers<sup>5</sup>. En plus, pour éviter le lien de subordination entre l'établissement et le médiateur, celui-ci ne siège pas dans les locaux de la banque<sup>6</sup>.

Pour garantir un minimum d'indépendance du médiateur par rapport à la banque et à l'établissement financier, le législateur n'a pas laissé à ce dernier une liberté totale dans la formulation des clauses de la convention conclue avec le médiateur. L'article 6 du décret de 2006 prévoit que la convention conclue entre l'établissement et le médiateur doit être

<sup>1</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 24.

<sup>2</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 27; BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p.29.

<sup>3</sup> Kossentini Mohamed, *op.cit.*

<sup>4</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 21.

<sup>5</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 28; BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p.30.

<sup>6</sup> Banque Nationale Agricole, La charte de la médiation bancaire, [www.bna.tn/documents/charte.pdf](http://www.bna.tn/documents/charte.pdf).

rédigée «conformément à une convention-type approuvée par le conseil de l'association professionnelle...».

Dans ce sens, l'article 7 du décret de 2006 et l'article 22 de la convention type ont limité le droit de résiliation de la convention par la banque et l'établissement financier avant l'arrivée du terme<sup>1</sup>. Sauf si une faute grave a été commise par le médiateur dans l'exercice de ses fonctions.

Le médiateur doit savoir se comporter et avoir une bonne capacité de discernement pour mener à sa fonction. Il est censé être un professionnel de la relation humaine. Il doit respecter des règles de fonctionnement et de communication précises, une déontologie rigoureuse et des principes fondamentaux<sup>2</sup>.

Le médiateur doit être ainsi rigoureux, la rigueur permet en effet, de ne pas se détourner de sa mission. Il doit être diplomate et créatif pour trouver des solutions qui puissent arranger les deux parties<sup>3</sup>.

Le médiateur doit être le plus discret possible et se tenir à une confidentialité exemplaire. Toutefois, l'article 187 de la loi du 11 Juillet 2016 dispose que «...les dirigeants, les agents de l'organe de médiation bancaire ou le médiateur bancaire sont tenus au respect du secret professionnel pour les informations dont ils ont pris connaissance du fait de l'exercice de leurs missions et doivent s'interdire d'utiliser ces informations, en dehors des cas permis par la loi, à des fins autres que celles qu'exige l'exécution des missions qui leurs sont dévolues, même après perte de leurs qualités, et ce, sous peine de s'exposer aux sanctions prévues par l'article 254 du code pénal». De même, l'article 17 de la convention type de médiation bancaire affirme cette obligation de confidentialité en prévoyant que « le médiateur est tenu au secret professionnel...».

<sup>1</sup> L'article 22 de la convention type: «la présente convention ne peut être résiliée à l'initiative de l'établissement de crédit avant l'arrivée de son terme, que dans le cas où ce dernier établit qu'un faute grave a été commise par le médiateur... ».

<sup>2</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 24; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 25.

سمير الغربي، المرجع السابق، ص. 36 وما بعدها.

<sup>3</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire, précité, p. 26.

Il en résulte que le médiateur bancaire n'est pas tenu d'une obligation de résultat, seulement, il doit agir avec toute la diligence et la prudence que l'on pourrait attendre d'un professionnel expérimenté<sup>1</sup>.

A cet égard, on constate que l'exception de l'expérience de dix ans dans le domaine bancaire, ni la loi, ni le décret n'indiquent de qualification particulière pour devenir médiateur. Le fait que le législateur ne se soit prononcé sur la formation du médiateur, nous amène à croire qu'il n'est pas nécessaire que celui-ci soit de formation juridique<sup>2</sup>.

En y regardant de plus près, on s'est rendu compte qu'en Tunisie, sur les médiateurs en activité, rares sont ceux qu'ont une formation juridique: la plupart sont des économistes ayant fait carrière à la banque. Par contre, le médiateur en rendant des avis, base la plupart du temps son argumentation sur des éléments juridiques dont l'interprétation et la compréhension exigent une certaine formation juridique<sup>3</sup>.

Cependant, l'analyse de l'expérience professionnelle des médiateurs en France, met en évidence un certain membre de profils privilégiés; ceux-ci retenus soit comme « des retraités de la fonction publique, des directeurs des banques, d'anciens juges consulaires,» ou soit comme des « personnalités » ayant des connaissances en matière de la protection du consommateur, des universitaires ou des juristes<sup>4</sup>. En effet, il est à remarquer que depuis 1998, est créé une institution de formation à la médiation et à la négociation (IFOMENE) ayant pour objectif de former les médiateurs sur le plan théorique et méthodologique<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 22.

<sup>2</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 27.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> LORIDANT Paul, PUJAL Armand, «Indépendance et impartialité, le statut du médiateur bancaire», Revue banque.fr, Décembre 2015, p 29; GUILLAUME- HOFNUNG Michel, Article précité, p. 33, Le premier bilan de la médiation bancaire, Bulletin de la banque de France – n° 133 – Janvier 2005, p.50, [www.banque-france.fr](http://www.banque-france.fr).

<sup>5</sup> *Ibid.*

## Deuxième partie: la mission du médiateur bancaire.

Les modalités procédurales du médiateur bancaire s'articulent de deux étapes à savoir la prise en charge de l'affaire en médiation (première section) et l'examen de la requête (deuxième paragraphe).

### Première section: le prix en charge de l'affaire en médiation

L'article 187 dispose que «l'organe de médiation bancaire ou le médiateur bancaire est saisi des requêtes qui lui sont présentées, gratuitement et dans un délai maximum de huit jours à compter de la réception de la demande de médiation». Le législateur met l'accent sur la recevabilité de la requête présentée au médiateur et sur le délai exigé de ce dernier en vue de prononcer leur réponse positivement ou négativement.

Donc le médiateur doit examiner la réunion de certaines conditions de recevabilité qui sont des conditions de fond (deuxième paragraphe) et des conditions de forme (premier paragraphe).

### Premier paragraphe: les conditions de forme

L'article 8 du décret du 10 Juillet 2006 stipule que «le client doit, avant de recourir au médiateur bancaire, adresser, par écrit, un recours gracieux à l'établissement de crédit, le médiateur bancaire ne peut se saisir de la plainte qu'après la réponse de l'établissement de crédit à cette requête et dans tous les cas après 15 jours ouvrables dans les banques à partir de sa date». Il en déduit qu'avant de recourir au médiateur le client est tenu d'adresser une requête à l'établissement financier qui doit y répondre dans un délai de 15 jours.

Quelle est l'opportunité de ce recours gracieux devant la banque?

Le professeur Taoufik Ben Nasr démontre que «le médiateur ne peut se saisir d'office ni être saisi directement. Le client doit présenter un recours à sa banque ou à l'organe constitué auprès de l'association professionnelle des banques qui doit répondre»<sup>1</sup>. En plus le professeur Mohamed Kossentini ajoute que «lorsque le client décide de recourir à la résolution amiable du différend

<sup>1</sup> BEN NASR Taoufik, *op.cit.*, p. 126, n° 166.

يراجع: إلياس بوقديدة، "المؤفق المصرفي"، مجموعة الأعمال مهداة إلى العميد مصطفى الفيلاي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص. 76 وما بعدها.

l'opposant à son établissement de crédit, il ne peut directement saisir le médiateur bancaire»<sup>1</sup>. A cet égard, Monsieur Zarrouk Arbi précise que « ce formalisme exigé implicitement est motivée par l'importance la requête préalable à tout recours au médiateur. L'établissement de crédit doit répondre à cette requête; le défaut de réponse dans un délai de 15 jours de la date sa notification...cette requête gracieuse constitue une procédure indispensable avant la saisine du médiateur, le défaut de telle requête privé le client de son droit de se plaindre devant le médiateur»<sup>2</sup>. Donc, l'absence de cette formalité implique le rejet de la requête de médiation.

L'article 9 du décret du 10 Juillet 2006 dispose que «les plaintes doivent être introduites auprès du médiateur bancaire par requête écrite, signée par le client, comportant ses réclamations et accompagnée des justificatifs à sa disposition et de la preuve de l'épuisement des procédures spécifiées à l'article 8 du présent décret». On constate que le législateur exige un écrit accompagné de justificatifs prouvant l'exercice par le client d'un recours gracieux préalable auprès de l'établissement bancaire ou financier et de tout autre justificatif en sa possession en rapport avec l'objet de la requête. On remarque que la requête soit présentée sous forme écrite mais la loi ne prévoyant pas de modalités particulière à ce sujet. La requête peut être établie par n'importe quel moyen laissant une trace écrite y compris par voie de huissier de justice<sup>3</sup>.

Une question peut se poser à ce niveau de savoir si **la requête verbale pourrait-elle être recevable ?**

En effet, la médiation entant que démarche extra-judiciaire visant la conciliation et la transaction ne devrait pas s'attacher à un formalisme trop rigide, donc on pourrait admettre que la requête verbale est recevable<sup>4</sup>.

Ainsi, l'intérêt de l'écrit réside essentiellement dans la fixation de la date de la saisine. Car les alinéas 3 et 4 de l'article 187 de la loi du 11 Juillet 2016 prévoient que «l'organe de médiation bancaire ou le médiateur bancaire propose les solutions de médiation appropriées dans un délai

<sup>1</sup> KOSENTINI Mohamed, *op.cit.*

<sup>2</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 21.

<sup>3</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 31

<sup>4</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 44; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p.31.

maximum de deux mois à compter de sa saisine... L'organe de médiation bancaire ou le médiateur bancaire est saisi des requêtes qui lui sont présentées, gratuitement et dans un délai maximum de huit jours à compter de la réception de la demande de médiation». Le médiateur dispose d'un délai de huit jours pour se prononcer sur la recevabilité de la requête et deux mois afin de traiter l'affaire à partir de cette date.

Cependant, l'écrit seul ne suffit pas, il faut qu'il soit accompagné de justificatifs.

Selon l'article 9 du décret du 10 Juillet 2006 la requête être accompagnée de justificatifs se rapportant à l'exercice du recours gracieux à l'établissement bancaire et financier et plus précisément au «service client de la banque».

En cas de suite défavorable ou de silence pendant 15 jours ouvrables après le dépôt de cette réclamation. Le client pourra saisir le médiateur<sup>1</sup>.

S'il n'y a pas de réponse de la part de l'établissement bancaire et financier il faut que le client apporte la preuve qu'il a effectué une réclamation par écrit et qu'il l'a déposé auprès de l'établissement financier<sup>2</sup>.

En cas de réponse de la part de l'établissement bancaire et si elle est infirmative des propos du client la requête est alors déclarée irrecevable. Par contre, si le recours gracieux a bien eu lieu il faut juste que le médiateur s'assure que le délai de 15 jours a été respecté<sup>3</sup>.

Les justificatifs apportés par le client ne se rapportent pas seulement au recours gracieux mais aussi à l'objet de la requête au sens de l'article 9 du décret du 10 Juillet 2006 il s'agit de justificatifs qui sont à la disposition du client et en vue de faciliter la mission du médiateur de convoquer

<sup>1</sup> L'article 8 du décret du 10 Juillet 2006 prévoit que « le client doit, avant de recourir au médiateur bancaire, adresser, par écrit, un recours gracieux à l'établissement de crédit, le médiateur bancaire ne peut se saisir de la plainte qu'après la réponse de l'établissement de crédit à cette requête et dans tous les cas après 15 jours ouvrables dans les banques à partir de sa date».

<sup>2</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 33.

<sup>3</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 46 et s; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 33.

سمير الغريبي، المرجع السابق، ص. 63 وما بعدها.

l'établissement bancaire ou financier et le client chaque fois que nécessaire pour l'examen de la requête.

Pour la prise en charge de l'affaire en médiation il faut vérifier non seulement les conditions de forme mais également les conditions de fond.

### **Deuxième paragraphe: les conditions de fond**

L'article 187 de la loi du 11 Juillet 2016 stipule que «l'association visée à l'article 186 de la présente loi doit créer un organe de médiation bancaire chargé de l'examen des requêtes qui lui sont présentées par les clients et relatives à leurs différends avec les banques et les établissements financiers... Les banques et les établissements financiers doivent porter à la connaissance de leur clientèle, l'organe de médiation bancaire ou le médiateur bancaire et les modalités de sa saisine notamment par l'insertion de clauses à cet effet dans la convention prévue à l'article 83 de la présente loi et dans les extraits de comptes bancaires, les sites web et les contrats de financement ». Il découle de cet article que la personne introduire la requête auprès de médiateur seul un client de l'établissement est habilité à le faire.

La définition du client proposée par le Dictionnaire Juridique nous permet de constater que le client peut être habituel disposant un compte comme il peut être un client occasionnel qui accomplit des opérations occasionnelles à l'image d'une opération de change ou de transfert de l'argent<sup>1</sup>. Et ce contrairement à la loi MURCE qui permet aussi bien au client qu'à l'établissement de crédit de saisir le médiateur.

On pourrait donner raison au législateur tunisien pour cette limitation vu que la médiation a été essentiellement instituée pour protéger la partie faible qui est le client<sup>2</sup>.

L'article 187 ajoute que «il ne peut se saisir des requêtes au titre desquelles il n'est pas admis d'arbitrage ou de transaction ou qui font l'objet d'affaires pendantes devant les tribunaux », il en ressort que l'affaire en médiation ne doit pas être pendante devant les tribunaux dans la mesure où la médiation est une démarche extra-judiciaire visant à éviter le recours aux tribunaux

<sup>1</sup> Selon le Vocabulaire Juridique de Gérard Cornu un client est «celui qui faisant confiance à un professionnel recourt régulièrement à ses services ou même la première fois lui confie ses intérêts». (CORNU Gérard, op.cit., p. 183).

<sup>2</sup> MOHSEN Messima, Mémoire précité, p. 35.

étatiques. En excluant certains litiges qui n'acceptent ni arbitrage et ni transaction<sup>1</sup>, **le législateur a limité la recevabilité de la requête de médiation.**

Quelles sont les affaires qui font l'objet de la demande de médiation ?

Aussi, l'objet de la requête doit être un différend avec la banque. En revenant aux dispositions de l'article 3 de la convention type de médiation bancaire, on lit que la requête n'est pas recevable lorsque le client conteste la politique de la banque et de l'établissement financier comme décision discrétionnaire. C'est-à-dire dans le cadre d'une médiation on ne peut pas critiquer les services les taux appliqués et la politique commerciale de l'établissement<sup>2</sup>.

Ainsi, d'après le rapport d'activité rendu par l'observatoire des services bancaires en 2008, les requêtes saisines concernent le fonctionnement de compte, les moyens de paiement et les opérations de crédit. Ces trois thèmes englobent 70% des dossiers traités<sup>3</sup>.

La STB (Société Tunisienne de Banque), la BH (Banque d'habitat), la BNA (Banque National Agricole) sont des banques publiques, pour cette raison elles soumettent à l'intervention du médiateur administratif pour proposer des solutions au litige et cela simultanément leur exigence de désigner un médiateur bancaire. La requête est saisie en même temps aussi bien par le médiateur administratif que par le médiateur bancaire<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Article 7 du code d'arbitrage dispose que « on ne peut compromettre :

- 1) dans les matières touchant à l'ordre public;
- 2) dans les contestations relatives à la nationalité;
- 3) dans les contestations relatives au statut personnel, à l'exception des contestations d'ordre pécuniaire en découlant;
- 4) dans les matières où on ne peut transiger;
- 5) dans les contestations concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales, à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier, régis par le chapitre troisième du présent code».

يراجع: نور الدين قارة، قانون التحكيم، مركز النشر الجامعي، تونس، 2017، الطبعة الثانية، ص. 68 وما بعدها.

<sup>2</sup> BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 35 et s; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 36.

سمير الغريبي، المرجع السابق، ص. 51 وما بعدها.

<sup>3</sup> Le rapport de l'observatoire non publié, ces informations citées par MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 54.

<sup>4</sup> *Ibid.*

Par contre, le médiateur de l'ATB (Arab Tunisian Bank) en 2008 a reçu «33 demandes de médiation mais 22 dossiers sont rejetés. Ces rejets reviennent de ces motifs suivants : neuf rejets concernent des litiges qui n'acceptent ni arbitrage ni transaction, six rejets relatifs à la tarification, sept rejets relatifs au crédit. Mais les 11 demandes recevables, il y a eu six dossiers (55%) correspondant au fonctionnement de compte, 3 dossiers (27%) concernant au crédit et deux dossiers (18%) relatifs aux moyens de paiement»<sup>1</sup>.

Aussi, le rapport annuel sur la médiation de 2014 observe que les demandes reçues touchent le fonctionnement du compte (27%), les crédits (34%), les moyens de paiement (16%), les tarifications (7%), la main levée (5%) au nombre des dossiers acceptés<sup>2</sup>. De ce fait, le différend entre le client et la banque doit porter sur une opération bancaire ou financière.

Une fois que le médiateur a vérifié toutes les conditions de fond et de forme il doit dans un délai ne dépassant pas les huit jours ouvrables à dater de la réception de la requête notifier au client un avis motivé.

Si toutes les conditions sont réunies l'avis ne peut être que positif et consistera à faire savoir au client la recevabilité de la requête. Mais, si une condition de fond ou de forme fait défaut la requête sera irrecevable. Ainsi le rejet de la requête ne peut pas être dans tous les cas un rejet définitif cette tolérance ne peut concerner que les motifs susceptibles d'être régularisés.

### **Deuxième section: l'examen de la requête**

Un des arguments qui encouragent le client à saisir le médiateur au lieu de porter l'affaire devant un juge c'est la rapidité de l'examen de la requête par le médiateur<sup>3</sup>. Selon l'alinéa 3 de l'article 187 de la loi du 11 Juillet 2016 le médiateur propose des solutions dans un délai maximum de deux mois à compter de sa saisine.

Cependant, ce délai n'est pas systématiquement respecté si l'examen de la requête prend plus que deux mois et si les parties acceptant la décision du médiateur après ce délai de rigueur cet

<sup>1</sup> Ces informations non publiées, citées par: MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 55 et s.

<sup>2</sup> Observatoire de Services Bancaires, Rapport annuel sur la médiation année 2014, Juin 2015, p.11, <http://oif.bct.gov.tn>

<sup>3</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 41.

accord est valable. Ceci s'explique par le fait que la médiation ne soit pas une technique très formaliste<sup>1</sup>.

L'examen de la requête passe par l'instruction de la demande aboutissant par la suite à la proposition émise par le médiateur. Pour ce qui est de l'instruction de la demande, le médiateur est tenu de procéder rapidement dans un délai de trois jours ouvrables qui suivent la date de l'acceptation de la requête à la communication de dernière à la banque ou l'établissement financier avec les renseignements et documents en retour.

Cette copie de requête doit être claire et explicite il ne suffit pas de mentionner l'objet de la requête, il faut fournir des détails de telle sorte que l'établissement puisse cerner l'objet de la requête et les contestations du client.

L'article 187 de la loi du 11 Juillet 2016 prévoit que «les banques et les établissements financiers doivent faciliter la mission de l'organe de médiation bancaire ou du médiateur bancaire et lui communiquer tous documents en relation avec l'objet du différend dans les délais qui leur sont impartis...». Donc, le médiateur transmettant la requête à la banque ou à l'établissement financier et y joindra une lettre d'accompagnement dans laquelle il précisera les documents que l'établissement doit lui produire. Et si ce dernier estime que les documents fournis sont insuffisants ou que les informations communiquées sont incomplètes il peut réclamer un complément aussi bien auprès du client que de l'établissement bancaire ou financier conformément à l'article 11 du décret du 10 juillet 2006<sup>2</sup>.

Mais la question qui se pose à ce stade est comment s'assurer que la **banque veuille bien communiquer tous les documents au médiateur ?**

En cas de manquement de la part de la banque le législateur n'a pas prévu des sanctions, mais pour le bon déroulement de l'examen de la requête l'article 11 du décret n° 1881-2006 autorise le médiateur de convoquer l'établissement bancaire ou financier et le client chaque fois que

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> «Le médiateur bancaire peut demander à l'établissement de crédit et au client de lui communiquer tous les documents qu'il juge nécessaires pour l'accomplissement de sa mission, le médiateur entend l'établissement de crédit et le client chaque fois que nécessaire».

nécessaire il peut même recourir à un expert pour une question technique qui ne maîtrise pas à condition qu'il y ait un accord préalable des deux parties selon l'article 8 de la convention type mais dans la pratique tunisienne aucun médiateur n'a recouru à un expert en vue de prendre les décisions le plus adéquates aux litiges<sup>1</sup>.

Une fois qu'il a examiné le dossier, le médiateur prononce un avis motivé qu'il doit faire connaître aux parties.

#### L'avis du médiateur demeure-t-il obligatoire ou facultatif ?

L'article 12 du décret du 10 Juillet 2006 stipule que «le médiateur bancaire informe simultanément, l'établissement de crédit et le client de son avis, et ce, par un écrit signé de sa part prévoyant obligatoirement que ledit avis ne lie pas les parties et n'est susceptible d'aucun recours.

L'établissement de crédit et le client doivent dans les dix jours ouvrables dans les banques à partir de cette information, faire connaître au médiateur bancaire l'acceptation ou le refus de cet avis».

Il en résulte que le législateur a bien précisé le délai dans lequel le médiateur doit rendre sa position mais aussi le délai accordé aux parties pour faire connaître leur acceptation ou leur refus de l'avis du médiateur.

Et pour que le médiateur propose des solutions appropriées il faut en tant que professionnel qu'il se prononce en droit et en équité.

Mais, le professeur Taoufik Ben Nasr affirme que « l'avis émis par le médiateur ne lie pas le parties... le médiateur n'est pas un arbitre et n'est pas, forcément, un juge; il essaie de raisonner les parties et de les amener à une solution du litige les opposant et ne dispose à leur égard que d'une autorité morale»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, 46.

سمير الغريبي، المرجع السابق، ص. 64.

<sup>2</sup> BEN NASR Taoufik, op.cit., p. 126 et s.

L'article 13 du décret n°1881-2006 stipule que «les constatations et les déclarations qui peuvent être effectuées ou recueillies à l'occasion de la médiation ainsi que l'avis du médiateur ne peuvent être invoqués devant la justice. Il est interdit au médiateur de représenter l'une des parties devant la justice à propos du litige».

Dans ce sens l'article 14 du décret n° 1881-2006 dispose que «le client conserve le droit de porter l'affaire, à tout moment au cours du litige devant la justice», donc le client peut intenter une action devant le tribunal concernant le litige objet de médiation.

De même, Monsieur Arbi Zarrouk estime que «le décret relatif à l'activité de médiateur bancaire permet expressément au client d'ester en justice à tout moment et même au cours de médiation et avant l'achèvement de la mission de médiateur»<sup>1</sup>. Et le professeur Mohamed Kossentini ajoute que «le médiateur bancaire n'est pas forcément une institution précontentieuse ou pré juridictionnelle. Il est plus exactement une institution para juridictionnelle de résolution des litiges bancaires»<sup>2</sup>.

Alors, l'avis du médiateur n'est obligatoire ni aux parties ni au tribunal, mais il est un simple avis facultatif et consultatif<sup>3</sup>, il faut déterminer la qualification juridique de l'accord des parties.

La loi MURCEF ne précise pas la portée de la proposition rendue mais cette portée est un diguée dans la charte de médiation de la banque. La proposition n'a pas de valeur contraignante, le médiateur a seulement un pouvoir de recommandation<sup>4</sup>.

Toutefois certaines banques stipulent dans leur charte que la médiation aboutit à l'élaboration d'un accord amiable entre les parties ayant le caractère d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil français<sup>5</sup>. Cet accord est souvent formalisé par un écrit signé par les parties, la signature de cet écrit équivaldrait à une renonciation à toute action en justice<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ZARROUK Arbi, Article précité, p. 22.

<sup>2</sup> KOSENTINI Mohamed, *op.cit.*

<sup>3</sup> KOSENTINI Mohamed, *op.cit.*; BEN MEKKI Nessima, Mémoire précité, p. 65 et s; MOHSEN Mustapha, Mémoire précité, p. 48; BEN NASR Taoufik, *op.cit.*, p. 127.

سمير الغري، المرجع السابق، ص. 73 وما بعدها؛ إلياس بوقديدة، المرجع السابق، ص. 79 وما بعدها.

<sup>4</sup> CORNEVAUX Alain, Article précité, n. 76; GUILLAUME- HOFNUNG Michel, Article précité, p. 33; DONDERO Bruno, Article précité, p. 6.

<sup>5</sup> L'article 2044 du code civil français dispose que « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit».

<sup>6</sup> DONDERO Alain, Article précité, p. 7; GUILLAUME- HOFNUNG Michel, Article précité, p. 33.

## Conclusion

En définitive, le médiateur est une institution s'apparente aux parties de litiges (la banque et le client). A ce niveau, il doit répondre plusieurs critères parmi lesquels on peut citer la rapidité, la partialité, l'indépendance et la confidentialité. Par ricochet, le médiateur bancaire a aussi pour mission de proposer des solutions adéquates aux litiges en se basant essentiellement sur l'équité et le droit. Mais, l'institutionnalisation du médiateur bancaire en Tunisie s'avère plus récente.

## Bibliographie

### Les références en langue française:

#### Les ouvrages:

- BEN NASR TAOUFIK, Droit bancaire tunisien, La Maghrébine pour l'impression et la publication de livre, Tunis, 2017, 2<sup>ème</sup> édition.
- IBN MOUSSA ALACHARI, L'histoire de l'islam, les chroniques de attuari, Edition Al isakma, Le Caire, Volume .3, 1357/1939.
- KOSENTINI MOHAMED, Cours de droit bancaire, Première année mastère de recherche en droit privé, Faculté de Droit de Sfax, 2017-2018.

#### Les mémoires:

- BEN MEKKI NESSIMA, La médiation bancaire, Mémoire en mastère en droit privé, Université de JENDOUBA, Faculté des sciences juridiques économiques et de gestion, 2008.
- MOHSEN Mustapha, Le médiateur bancaire, étude de droit comparée, Mémoire en mastère en droit des affaires, Université de Tunis El Manar, Faculté des sciences juridiques politiques et sociales, 2008-2009.

#### Les articles:

- CORNEVAUX ALAIN, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », Petites Affiches, n°. 76, Janvier. 1998.

- DONDERO Bruno, «L'apport de la loi Murcef en matière de droit bancaire», Petites affiches, n°. 14, 18 janvier 2002, p. 4 et suivantes.
- GUILLAUME- HOFMUNG Michel, «La médiation», A.D.J.A., 20 Janvier 1997, p. 30 et suivantes.
- LORIDANT Paul, PUJAL Armand, «Indépendance et impartialité, le statut du médiateur bancaire», Revue banque.fr, Décembre 2015, p. 29 et suivantes.
- OPPETIT BRUNO, «OPPETIT Bruno, «Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique, Justice», Revue de droit processuel, n° 1, 1995, p. 53 et suivantes.
- ROSU Angelica, « Moyens alternatifs de règlement des litiges : réalité, perspectives et enjeux européens, Acta. Universitatis Danubius Juridica, n°2, 2006, p. 122 et suivantes.
- ZARROUK Arbi, «Le médiateur bancaire», Infos juridiques, Avril 2007, p. 20 et suivantes.

#### Les sites d'internet:

- Banque France, Le premier bilan de la médiation bancaire, bulletin de la banque de France, n° 133, Janvier 2005, 16/03/2018,  
[https://www.banquefrance.fr/fileadmin/user\\_upload/banque\\_de\\_france/archipel/publications/bdf\\_bm/etudes\\_bdf\\_bm/bdf\\_bm\\_133\\_etu\\_2.pdf](https://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/publications/bdf_bm/etudes_bdf_bm/bdf_bm_133_etu_2.pdf).
- Banque Nationale Agricole, La Charte de la médiation bancaire, 20/03/2018,  
<http://www.bna.tn/documents/charte.pdf>.
- La Fédération Bancaire Française, Rapport du médiateur auprès de la Fédération Bancaire française : un bilan positif de l'activité en 2014, 19 Mai 2015, 18/03/2018,  
<http://www.fbf.fr/fr/espace-presse/communiques/>.
- La médiation bancaire se développe en Tunisie, 27 Avril 2009, 16/03/2018,  
<http://www.espacemanager.com/la-mediation-bancaire-se-developpe-en-tunisie.html>.
- Observatoire de Services Bancaires, Rapport annuel sur la médiation -année- 2014, Juin 2015, 14/06/2018, [https://oif.bct.gov.tn/.../ConditionsdesBanques/MEDIATION\\_2014](https://oif.bct.gov.tn/.../ConditionsdesBanques/MEDIATION_2014)

• Observatoire des Services Bancaires, Sixième session du Conseil de l'Observatoire, 22 Avril 2009,14/03/2018,

[https://oif.bct.gov.tn/files/Lobservatoire/CommuniqesduConseildelObservatoire/sixeme\\_session\\_osb\\_pdf\\_20122016172552.pdf](https://oif.bct.gov.tn/files/Lobservatoire/CommuniqesduConseildelObservatoire/sixeme_session_osb_pdf_20122016172552.pdf).

### References en langue arabe:

#### الكتب:

- نور الدين قارة، قانون التحكيم، مركز النشر الجامعي، تونس، الطبعة الثانية، 2017.

#### المذكرات:

- سمير الغريبي، التوفيق المصرفي في القانون التونسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة صفاقس، كلية الحقوق، 2014.

#### المقالات:

- إلياس بوقديدة، "الموفق المصرفي"، مجموعة أعمال مهداة إلى العميد مصطفى الفيلاي، مركز النشر الجامعي، تونس، 2010، ص. 71 وما بعدها.





مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2018