

العناية الواجبة في الفضاء السيبراني Due Diligence in Cyber Jurisdiction

أ.م.و (أحمد كاظم محيبيس)

كلية (الامام) (الكاظم) (ع) للعلوم (الإسلامية) (الجامعة) — قسم (القانون)

المستخلص

لعبت العناية الواجبة دوراً أساسياً في فرض الالتزامات المتعلقة بحماية حقوق ومصالح الآخرين في القوانين الداخلية ، وبذلك ارتبطت ارتباطاً وثيقاً بقواعد المسؤولية ، سواء اكانت المسؤولية جنائية ام مدنية .

الا ان الآراء الفقهية قد اختلفت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لها ومضمونها والاثار القانونية المترتبة على الاخلال بها في النظام القانوني الداخلي ، وقد انتقل ذلك الخلاف بذات ابعاده الداخلية وبشكل اكبر واكثر انقساماً على مستوى القانون الدولي .

ويبدو ان السبب في حدة الخلاف بشأن العناية الواجبة في القانون الدولي هو ان المجتمع الدولي يقوم على أساس أنظمة حضارية وقانونية مختلفة ، لذا فإن الخلافات المتعلقة بتحديد قواعد المسؤولية والتعويض عن الضرر يكون بشكل اكبر في العلاقات الدولية .

ويظهر الخلاف بين اشخاص القانون الدولي حول طبيعة العناية الواجبة واثبات الاخلال بها في جميع فروع القانون الدولي ، وخاصة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الواردة في القانون الدولي البيئي والقانون الدولي للمنازعات المسلحة وحماية حقوق الانسان ، الا انه يكون اكثر تعقيداً في الفضاء السيبراني بسبب خصوصية النظام القانوني الدولي المنظم له والذي يتعامل مع أنشطة غير ملموسة ، لا تظهر الى الوجود المادي الا من خلال آثارها .

ونظراً لأهمية الأنشطة في الفضاء السيبراني التي تضاهي او تفوق في بعض الحالات حجم الأنشطة المادية وشدة الاثار المترتبة على انتهاك القواعد القانونية المنظمة لها التي من الممكن ان تؤدي الى انهيار اقتصادي او تهديد للسلم والامن الدوليين ، فمن الضروري دراسة الجوانب القانونية المتعلقة بهذه الأنشطة ومنها قواعد المسؤولية فيها .

لذا فإن هذا البحث هو محاولة لدراسة نطاق العناية الواجبة في الفضاء السيبراني لتحديد مفهومها وآثارها ومكان الضعف فيها .

Abstract

Due diligence has been a key component in enforcing duties pertaining to safeguarding the rights and interests of others under domestic laws, which has led to its close association with the principles of culpability, whether they be civil or criminal.

Legal academics, however, disagree over its legal character, its extent, and the legal repercussions of violating it under national legal systems. This difference has spread to international law, where it has become much more pronounced and polarized.

The fact that the international community is composed of several legal and civilizational systems appears to be the root cause of the heated discussion around due diligence in international law. As a result, there are greater disagreements in international relations over the norms governing culpability and damages.

In every area of international law, there is disagreement among subjects about what constitutes due diligence and how to prove that it has been violated. This is especially true when it comes to the application of duties under environmental law, the law of armed conflicts, and the protection of human rights. However, the peculiarities of the international legal system that governs cyber-jurisdiction—which deals with intangible actions that only materialize in the real world through their effects—make these issues even more complicated.

Examining the legal aspects of these activities, including the rules of liability, is essential given the importance of cyber-jurisdiction activities that, in certain cases, rival or even surpass the scope of physical activities and the dire consequences of breaking the laws governing them, which could result in economic collapse or jeopardize international peace and security.

In order to identify the idea, consequences, and shortcomings of due diligence in cyber-jurisdiction, this research endeavors to investigate its extent.

الكلمات المفتاحية / العناية الواجبة – القانون الدولي العام – الفضاء السيبراني – المسؤولية الدولية – المقدمة

بدأ العالم يرتبط فيما بينه بوسائل الاتصال الحديثة التي أصبحت تمثل انعطافاً كبيراً في الاتصال والسيطرة ولهذا التطور التقني دور أساسي في تطوير التجارة الدولية والخدمات ، بالإضافة الى الاستخدامات العسكرية ، واثمرت تلك

الاستخدامات المتقدمة لها نشاطاً اقتصادياً وتجارياً كبيراً حتى أصبح قاعدة أساسية في العلاقات بين الدول ، حيث يصف المتخصصون في مجال التكنولوجيا التطور في مجال المعلوماتية ووسائل الاتصال بأن العديد من وسائل السيطرة والتحكم الخاصة بمعظم العمليات الحيوية الموجودة على الأرض انتقلت الى الفضاء في صورة أقمار صناعية ومحطات فضائية ، ورافق ذلك تبعاً له ، انتقال جميع التحديات والخلافات والنزاعات الى هذا العالم الافتراضي الذي صنعه الانسان عندما اخترع الكمبيوتر والذاكرة الالكترونية وشبكات المعلومات ، فأنشأ داخله جغرافية افتراضية جديدة^١ ، لها تحدياتها القانونية التي تستوجب تنظيمها يكون بمستوى تنظيمها وبدقة أنشطتها ومنسجماً مع خطورتها .

ان هذا العالم الجديد يقوم على شبكة الانترنت التي تمثل المكون الرئيسي للفضاء السيبراني او الالكتروني ، و أحد تقنيات الاستخدام المزدوج الذي يمكن ان يكون لأغراض إيجابية او سلبية ، بحسب نية مستخدميها ، اوجب على الدول في مختلف المحافل العالمية ان تولي اهتماماً خاصاً لذلك الموضوع ، مما استتبع بالضرورة ان يتعامل المجتمع الدولي مع التحديات الخطيرة التي تفرضها أنشطة الفضاء السيبراني ، وتتمثل احد ابرز معوقات التعامل الموضوعي مع تلك التحديات بصورة أساسية في تباين مواقف الدول بشأن إيجاد نظام قانوني دولي يحكم الامر ويتم اللجوء اليه للتنظيم عند النشاط والتسوية عند النزاع .

ويمكن القول ان احدى اكثر المشاكل اثارة للجدل في الفضاء الالكتروني ما يتعلق بالمسؤولية الدولية عن الأفعال غير المشروعة ، وطبيعة هذه المسؤولية ، وامكانية نسبة الفعل الى الدولة ، وفيما اذا كانت مسؤولية الدولة متوقفة على تحقق الخطأ او على مجرد قيام السلوك الذي يُنسب الى الدولة ويتعارض مع التزام دولي ، حيث نكون في الفرضية الأولى إزاء نظام قانوني دولي موحد للمسؤولية عن الخطأ ، وفي الحالة الثانية سنكون إزاء نظام موحد للمسؤولية الدولية .

وتتفرع عن تلك المسائل الأساسية المتعلقة بالمسؤولية الدولية مسائل أخرى لا تقل أهمية عنها من قبيل المسألة المتعلقة بالعناية الواجبة وتطبيقها على الأنشطة السيبرانية ، موضوع بحثنا هذا .

أهمية البحث

ازدادت في السنوات الأخيرة استخدامات الوسائل التكنولوجية الحديثة في الأنشطة الدولية المختلفة ، حتى انها دخلت كافة المجالات ، وبذلك نشأ عالم الكتروني يوازي في أهميته العالم المادي ، وقد واجه هذا العالم الجديد تحديات كبيرة ومخاطر جسيمة يفوق الضرر الناشئ عنها في الكثير من الأحيان الاضرار

^١ - د. محمد زين نقلا عن د. محمد المجنوب ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السابعة ، ٢٠١٨ ، ص ٨١٤ .

التي تنشأ عن الهجمات العسكرية او الجرائم في الواقع المادي ، لذا فإن المجتمع الدولي عليه مواجهة تلك المخاطر ، واحد سبل المواجهة هي الوسائل القانونية التي يبرز فيها بشكل مؤكد مسألة أهمية بذل العناية الواجبة باعتبارها التزاماً قانونياً على الجهات الفاعلة دولياً .

مشكلة البحث

نتعرض في بحثنا هذا الى مشكلة حديثة مرتبطة بقواعد المسؤولية الدولية في نطاق الفضاء السيبراني ، وهي تحديد مفهوم العناية الواجبة واثرها على المسؤولية عند ارتكاب الجرائم والهجمات السيبرانية ، وتتمثل تلك المشكلة في عدم إمكانية رسم حدود للالتزام الدولي بالعناية الواجبة في مجال افتراضي وتقني غير محدد النطاق ، يشهد نشاطاً فاعلاً ومؤثراً عبر الحدود المادية دون ان يرافقه انتقال مادي ملموس لاي من عناصر النشاط الضار عبر الحدود مما يصعب معه تحديد المسؤول عن تلك الأنشطة وترتب المسؤولية الدولية عنها .

منهجية البحث

نعتمد في بحثنا هذا المنهج التحليلي بهدف الوقوف على التعارض القانوني في فهم العناية الواجبة بين مختلف الجهات الفاعلة دولياً والنظم القانونية الدولية ، مع محاولة للوصول الى تطبيقات ممكنة القبول في الفضاء الالكتروني نعتمد فيها تحليل مفهوم العناية الواجبة المطبقة في فروع القانون الدولي الاخرى .

خطة البحث

سنبحث هذا الموضوع في أربعة مباحث ، نخصص المبحث الأول لبيان مفهوم العناية الواجبة من حيث تعريفها ومعياريها وطبيعتها القانونية ، اما المبحث الثاني سيكون مخصصاً لتحديد نطاق العناية الواجبة وعب الاثبات فيها ، ثم الولاية القضائية للدولة ، وفي المبحث الثالث نتطرق الى تطبيق العناية الواجبة في الفضاء السيبراني من حيث مسؤولية الدول عن الالتزام بالعناية الواجبة وصعوبات تطبيقها في الفضاء السيبراني ، وبعدها نعقد مقاربة قانونية لتطبيقاتها المختلفة في فروع القانون الدولي الأخرى ، اما المبحث الرابع فسيكون لبيان الممارسة الدولية للعناية الواجبة في الفضاء السيبراني حيث نتعرض لموقف محكمة العدل الدولية وموقف الدول الاوربية والولايات المتحدة الامريكية منها ، ونختتمها ببيان لآخر التطورات الدولية المتعلقة بها .

المبحث الأول: مفهوم العناية الواجبة The concept of Due Diligence

سنبين في هذا المبحث التعريف بالعناية الواجبة وذلك في المطلب الأول ، ثم نبين في المطلب الثاني معيار العناية الواجبة ، ونخصص المطلب الثالث للطبيعة القانونية للعناية الواجبة .

المطلب الأول: التعريف بالعناية الواجبة Definition of Due Diligence

برز مفهوم العناية الواجبة في الظهور على مستوى القانون الدولي بعد ان ارسى جروسيوس الأسس الفكرية له في القرن السابع عشر^١ ، ولكن لم تتبلور اسسه وقواعده حتى القرن التاسع عشر حينما تم اعتباره قيداً على سلوك الدولة ، وذلك بالتزامن مع ازدياد حركة الافراد عبر الحدود الإقليمية للدول ، مما خلق معه الحاجة الى إيجاد قواعد قانونية لحمايتهم وفقاً لمعايير محددة ، فأصبحت الحكومات ملزمة باتخاذ تدابير معقولة لحماية الأجانب في أراضيها .

الا ان مفهوم العناية الواجبة الذي اصبح معروفا في القانون الدولي بعد الحرب الاهلية الامريكية ، وتحديداً بعد قضية (الالباما) تباينت تفسيراته على النطاق الدولي بشكل واضح ، فنجد مثلاً ان بريطانيا ، وهي احد اطراف النزاع في تلك القضية ، أصرت على تفسير تقييدي للعناية الواجبة يعتبر ان عدم بذل العناية الواجبة يعني عدم بذل الحكومة ، تفادياً لفعل ينبغي لها السعي لمنعه ، ما تبذله الحكومة عادة من عناية في شؤونها المحلية او ما يتوقع منها توقعاً معقولاً ، ان تمارسه في شؤون المصلحة والالتزامات الدولية ، اما الولايات المتحدة الامريكية ، التي كانت مدعية في تلك القضية ، نجدها قد فضلت معياراً ادق للعناية يتماشى مع ضخامة نتائج الإهمال ، وقد كان رأي او اتجاه محكمة العدل الدولية تفضيل معيار العناية الواجبة الذي تبنته الولايات المتحدة^٢ .

وفي بعض الاحكام الحديثة لمحكمة العدل الدولية فإنها وبصدد بيان مفهوم الالتزام ببذل العناية الواجبة بأنه (من الواضح ان الالتزام المعني بالامر هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية ، بمعنى انه لا يمكن اخضاع دولة ما للالتزام بالنجاح ، اياً كانت الظروف ، في منع ارتكاب الإبادة الجماعية ، بل ان التزام الدول الأطراف يكمن في استخدام الوسائل التي يعقل انها متاحة لها بهدف منع الإبادة الجماعية الى اقصى حد ممكن ، ولا تتحمل الدولة المسؤولية لمجرد ان النتيجة المنشودة لم تتحقق ، الا ان المسؤولية تكون قائمة اذا تقاعست الدولة بوضوح عن اتخاذ كل التدابير اللازمة لمنع الإبادة الجماعية التي كان في استطاعتها ان تتخذها ، والتي كان من المحتمل ان تساهم في منع الإبادة الجماعية)^٣ ، وهذا الالتزام باتخاذ التدابير الملائمة يتمثل بالالتزام بالتصرف مع الحرص

^١ - Jan Arno Hessbruegge , The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in the international law , journal of international law and politics - Vol. 36 , p.288, 2004.

^٢ - تقرير لجنة القانون الدولي ، الدورة الثانية والخمسون ، التقرير الثالث عن المسؤولية الدولية عن الآثار الضارة الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي ، ٢٠٠٠ - الوثيقة رقم A/CN.4/501 ص ٧ ، الفقرة ١٩ .

^٣ - حكم محكمة العدل الدولية في قضية تطبيق اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ، البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود ، الحكم الصادر في ٢٦/شباط/٢٠٠٧ ، الفقرة ٤٣٠ .

الواجب في جميع ما يتعلق بالأنشطة التي تجري تحت سيادة وإدارة كل من الطرفين ، وهو التزام يستتبع لا مجرد اعتماد القواعد والتدابير المناسبة ، وإنما يتطلب مستوى محدد من الحرص في انفاذها وممارسة السيطرة الإدارية التي تنطبق على العاملين في القطاعين العام والخاص ، مثل مراقبة الأنشطة التي تضطلع بها هذه الجهات الفاعلة لحماية حقوق الطرف الآخر^١.

وعلى مستوى التحكيم الدولي فإن مما يشار إليه ما يراه ماكس هوبر بشأن مضمون العناية الواجبة ، بأن من السمات الطبيعية لأية حكومة وجود درجة دنيا من اليقظة واستعمال الهياكل الأساسية ورصد الأنشطة الجارية في اقليمها ، واعتبر ان درجة العناية التي ينبغي بذلها في حالة محددة تتوقف على الوسائل المتاحة، التي يتوقف استعمالها أيضا على ظروف الحالة وعلى طابع المصالح المراد حمايتها^٢.

وهو ما ذهب اليه غارسيا امادور ، المقرر الخاص الأول عن موضوع مسؤولية الدول ، من ان العناية الواجبة تتضمن الرعاية التي ينبغي بذلها لاتخاذ التدابير التي تتخذ عادة في الظروف المماثلة ، وإمكانية التنبؤ بحدوث الأفعال الضارة ، وإمكانية منع ارتكابها بالموارد المتاحة في الدولة ، وضرورة ممارسة السلطة في القبض على الافراد الذين ارتكبوا الأفعال الضارة ، وإتاحة فرصة للأجنبي لرفع قضية ضد أولئك الافراد^٣.

وأضاف في مورد اخر بانه (تكاد جميع السلطات المطلعة تجمع على ان قاعدة العناية الواجبة لا يمكن تبسيطها لتصبح تعريفاً واضحاً ودقيقاً يمكن استخدامه معياراً موضوعياً والياً للبت في المسائل مهما كانت الظروف ، وهو ما يؤثر على إمكانية الاستنتاج ان كانت الدولة قد بذلت عناية في الوفاء بمهمتها في مجالي الرعاية والحماية)^٤.

وقد وردت مسألة تطبيق العناية الواجبة بذات المضمون المشار اليه انفاً ، في سياق مسؤولية الدول عن أفعال الأشخاص العاديين وقت السلم ، أي فيما يتصل بخطأ في سلوك هيئاتها المتمثلة عادة في عدم بذل العناية الواجبة لمنع وقوع أفعال يرتكبها الأشخاص العاديون ، وفي هذا السياق ينص التعليق على المادة (١٠) من مشروع كلية هارفارد للحقوق لعام ١٩٢٩ على الاتي (تعني عبارة العناية الواجبة ، تشريعات لاتخاذ تدابير منع ، وكذلك إتاحة فرصة للدولة للتصرف اذا ما بلغ الى

^١ - حكم محكمة العدل الدولية في قضية طاحونتي للباب الواقعتين على نهر اوروغواي ، الارجننتين ضد الاوروغواي ، الحكم الصادر في ٢٠ نيسان / ٢٠١٠ ، الفقرة ١٩٧ .

^٢ - تقارير الأمم المتحدة ، تقارير عن قرارات التحكيم الدولية ، النص الإنكليزي ، ص ٦٦٤ .

^٣ - قضية المطالبات في منطقة المغرب الاسبانية في النزاع بين بريطانيا واسبانيا ، حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٦١ ، المجلد الثاني ، الوثيقة رقم A/CN.4/134 - ص ٤٦ .

^٤ - حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٧ ، المجلد الثاني ، الوثيقة رقم A/CN.4/106 ، ص ١٢٢ .

علمها ان ضررا وشيك الحدوث او ان ظروفًا تبرر توقع حصول ضرر محتمل (

١. اما الفقه الدولي فإنه يذهب الى تعريف العناية الواجبة بأنها " ما يجب على الدولة المسؤولة ان تفعله في ظل الظروف العادية في موقف ما ، بأفضل الوسائل العملية المتاحة بهدف الإيفاء بالتزاماتها الدولية " ٢.

وفي اطار مناقشة احكام محكمة العدل الدولية المتقدمة والحديثة ، يجد بعض الفقه بأنها لم تعد تتصدى في احكامها للاستدلال بمبدأ العناية الواجبة بصيغته التقليدية ، حتى اصبح ما كان يتمتع به من شهرة وذيوع في ظل القانون الدولي التقليدي شي من الماضي ، وان تقادم الزمن افرغه من محتواه ، حتى اصبح لا يلقي الا قليلاً من الدعم في فقه المحكمة الدولية ، وانها ، أي المحكمة ، حينما تجد انها مضطرة للاخذ به ، فأنها تسلك طرقاً أخرى بعيدة عنه حتى تضمن عدم الاخذ به ، وهو ما أشار اليه عدد من قضاة المحكمة في ارائهم المستقلة او المخالفة ، مثل هيغينز وبيرغنثال وكويجمانز ، بأن مبدأ لوتوس اصبح يمثل ذروة التراخي في القبول في العلاقات الدولية ، وانه اصبح يمثل عصراً تم تجاوزه بشكل كبير من خلال اتجاهات أخرى ٣.

ومن جهة ثانية يمكن القول ان مبدأ العناية الواجبة يمكن تفسيره بطريقة جديدة تنسجم مع التطورات الحديثة في القانون الدولي :

الأول / اعتباره مبدءاً تكميلياً عندما لا توجد قواعد او مبادئ أخرى حاكمة في القانون الدولي ، حينها تكون الدولة حرة في اتخاذ التصرف الذي تراه مناسباً .
الثاني / في حال عدم وجود قواعد تقييدية فإن الدول غير مقيدة في سلوكها ، وهذا ما يتفق مع الرأي المخالف للقاضي (M.Loder) الذي ذهب اليه في قضية اللوتوس ، حيث يرى بأنه " بموجب القانون الدولي يبقى كل باب مفتوحاً حتى يتم غلقه بمعاهدة او عرف مستقر " ٤.

ويمكن القول ان الفقه الدولي ، رغم التباين في وجهات النظر بشأن مبدأ العناية الواجبة ، الا انهم متفقين على انه حقيقة وجيهة ، مستشعدين به لمضمون واسع النطاق يتمثل في أن كل ما لم يُحظر في القانون الدولي يكون مسموحاً به ، وهذا نطاق واسع جداً للمبدأ ، بينما نجد هناك من الفقه الحديث من يتعامل مع المبدأ بأنه وان كان حقيقة ، لكنه ليس مطلقاً في نطاقه العام وانما له قيوده ، بينما يذهب

١ - Harvard Research in international law " the law of Responsibility of state for Damage Done in their territory to the person or property of Foreigners ,American Journal of international law ,vol. 23 ,1929 ,p 187 .

٢ - Hanqin Hue, Transboundary Damage in International Law, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, the United Kingdom ,p. 163 .

٣ - Huge Handeyside, op. cit, p.93 .
٤ - الرأي المخالف للقاضي (M.Loder) في قضية اللوتوس التي نظرتها محكمة العدل الدولية الدائمة عام ١٩٢٧ .

البعض في تقييمه للعناية الواجبة الى ما هو ادنى من ذلك في الحد من قيمته القانونية حين اعتبر ان حتى التفسيرات الضيقة للمبدأ تمثل مشكلة^١.

المطلب الثاني: معيار العناية الواجبة Standard of Due Diligence

يمكن القول ان معيار العناية الواجبة اخذ يفرض وجوده بشكل واسع في الأنظمة القانونية الداخلية والدولية ، فلم يعد الامر مقتصرأ في تطبيقه تجاه الافراد الأجانب الموجودين داخل الحدود الإقليمية للدولة فحسب ، وهو ما كان سائداً في القانون الدولي التقليدي ، بل أصبحت الدول مطالبة بالالتزام به في جميع تصرفاتها الدولية سواء ما تعلق منها بحماية امن الدول الأخرى ، في زمن السلم او الحرب ، او كجزء من واجبات الحياد ، او تنفيذ التزاماتها الدولية بصورة عامة في جميع المجالات الاقتصادية والتجارية والإنسانية .

وقد تم تناول مسألة المعيار اللازم للعناية الواجبة في عدة أنظمة قانونية جوهرياً تتعلق بحماية المجتمع الدولي ونظامه العام ، ويمكن القول ان بعض تلك الأنظمة قد تعاملت بشكل متقدم لتحديد معيار العناية الواجبة لاهميته في نطاقها، ومنها المجال البيئي الذي تشكل ضرورة بذل العناية الواجبة فيه التزاماً ببذل قصارى الجهود الممكنة وفقاً لقدرات الدولة التي تسيطر على الأنشطة .

ان المجال البيئي الذي يعتبر اكثر مجالات القانون الدولي تعاملأ مع العناية الواجبة ، اذا ما راجعنا مبادئه وتطبيقاته نجد ان هناك فئتان من درجة العناية هما " المعايير الدولية المقبولة عموماً " من ناحية و " افضل الوسائل القابلة للتطبيق العملي " من ناحية أخرى^٢.

ان المعيار الأول الذي تمثله المعايير المقبولة عموماً يتمثل في معايير دنيا متفق عليها دولياً ومنصوص عليها في المعاهدات او في القرارات والمقررات الصادرة عن الهيئات الدولية ، فعلى سبيل المثال تنص اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على " القواعد والمعايير المقبولة عموماً والموضوعة عن طريق المنظمة الدولية المختصة او مؤتمر دبلوماسي عام " ^٣ ، ويمكن استناداً لتلك الاحكام الواردة في الاتفاقية اتخاذ قرارات وتوصيات عن طريق المنظمات الدولية مثل المنظمة البحرية الدولية او عن طريق المؤتمرات الدولية العامة تتعلق بوضع معايير مقبولة ، كما ان القانون الدولي العرفي من الممكن ان يدعم إمكانية ذلك بالممارسات العملية التي تتحقق على مستوى التنفيذ .

^١ - Huge Handeyside ,The Lotus principles in ICJ jurisprudence ,Michigan Journal of international law ,vol.29,2007 ,p.73 .

^٢ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ،لجنة القانون الدولي ،الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ،الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٦ .

^٣ - المواد ٢٠٧ و ٢٠٨ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ .

اما المعيار الاخر فهو يقتضي من الدول ان تستخدم افضل الوسائل القابلة للتطبيق العملي المتاحة لها والمتفقة مع قدراتها من اجل منع الضرر العابر للحدود قدر الإمكان ، وهو ما ذهبت اليه اتفاقية قانون البحار التي نصت على " ان تتخذ الدول ، منفردة أو مشتركة بحسب الاقتضاء ، جميع ما يلزم من تدابير لمنع تلوث البيئة البحرية وخفضه والسيطرة عليه ، أيا كان مصدره ، مستخدمة لهذا الغرض افضل الوسائل العلمية المتاحة لها والمتفقة مع قدراتها " ^١ .

استناداً لهذا المعيار تؤخذ في الاعتبار القدرات التنظيمية والتكنولوجية للدولة المعنية ، بحيث يسمح ان يكون هناك درجات متفاوتة للعناية الواجبة تختلف من دولة الى أخرى ^٢ .

وهو ما ذهبت اليه لجنة القانون الدولي من ان درجة الحرص المطلوب في اطار الالتزام ببذل العناية الواجبة هي تلك التي يتوقع من حكومة جيدة ان تتوخاها ، وينبغي ان يكون لديها نظام قانوني وموارد كافية لانشاء جهاز اداري مناسب لمراقبة الأنشطة ورصدها ، عليه فأن من المقتضي ان درجة الحرص التي يتوقع ان تتوخاها دولة ذات اقتصاد متطور بشكل جيد وموارد بشرية ومادية ذات نظم وهياكل حكم على درجة عالية من التطور تختلف عن درجة الحرص التي يتوقع ان تتوخاها دولة لا تتمتع بنفس المستوى ، ولكن حتى في هذه الحالة الأخيرة ، يتوقع توخي الحيلة واستخدام الهياكل الأساسية ورصد الأنشطة الخطرة في أراضي الدولة ، وهي أمور تعتبر من الخواص الطبيعية لاي دولة " ^٣ .

وعليه يمكن القول اذا ما تحققت الاثار الضارة فعليا تتحقق مسؤولية الدولة ، الا أن ذلك لايعني بالضرورة انها لم تبذل العناية الواجبة ، أي ان الحكم بالتقصير لا يكون تلقائياً ، وانما يمكن تحديد التقصير عن أداء ذلك الالتزام الذي ينحصر في اهمال الدولة في الوفاء بالتزامها باتخاذ جميع التدابير المناسبة للسيطرة على الأنشطة البشرية التي لها ، او يحتمل ان يكون لها ، اثار سلبية ذات شأن او لفرض قيود عليها او الحد منها او منعها ، فالتزام الدولة " بالضمان " لا يتطلب تحقيق نتيجة معينة وانما يتطلب بذل قصارى الجهود الممكنة من اجل عدم احداث اثار ضارة وبالتالي فهي غير ضامنة ان الضرر لن يحدث مطلقاً ^٤ .

وعلى الرغم مما تقد ذكره فأن معيار العناية الواجبة واجه عند العرض للاحتجاج به امام القضاء والتحكيم الدوليين تحدياً كبيراً يتمثل في الحدود القانونية للتدخل

^١ - المادة (١/١٩٤) من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢ .

^٢ - Ilias Plakokefalos , prevention obligations in international environmental law , yearbook of international environmental law , vol.23 , 2012 , p 33 .

^٣ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٦ .

^٤ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٣ .

المسموح به في مراقبة أداء الدول وتنفيذها لالتزاماتها ، وهذا يعني ان التداخل بين ماهو مشروع وماهو غير مشروع عند مراقبة الأداء المتعلق بتنفيذ الالتزامات الدولية ، وهو مايمثل امراً معقداً جداً .

لذا مما يجب ملاحظته انه ليس هناك معيار محدد لعناية الواجبة قابل للتطبيق على كل التزامات السلوك ، بل قد تتطلب التزامات رئيسية مختلفة معايير مختلفة ، فيما تعتمد تقييم العناية الواجبة في ظروف معينة على عدة عوامل تشمل مدى التحكم بالأقليم ، ودرجة تأثير الدولة على مرتكب السلوك غير القانوني ، ومستوى التطور التكنولوجي للدولة ، ودرجة الضرر ، وبالتالي تعتبر العناية الواجبة جزء من بعض الالتزامات الرئيسية بدلا من كونها عنصر يتعلق بالقواعد الثانوية للمسؤولية الدولية^١.

اما في حالة الأنشطة المتعلقة بالغلاف الجوي ، يحدد معيار العناية المطلوب حسب نطاق وحجم الاثار السلبية التي يتوقع او يحتمل ان يسببها هذا النشاط وعدم إمكانية إصلاحه من جهة أخرى .^٢

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعناية الواجبة

Legal nature of Due Diligence

يضل الهيكل التنظيمي ومضمون العناية الواجبة غير محدد بشكل كبير ، رغم الاستخدام الواسع له ، وهو امر مثير للاستغراب ، ولكن يبدو ان الثمن الذي يجب دفعه في سبيل انجازه هو ذلك التردد والغموض في تحديد طبيعته وبالتالي اثره^٣ ، وهذا قد انعكس بشكل واضح في بيان ماهية العناية الواجبة ، حيث يرتفع به البعض الى مستوى النظام العام الذي تتفرع عنه مجموعة قواعد والتزامات ، بينما يجد اخرون بأنه مجرد التزام ثانوي ، لذا نجد ان الفقه الدولي قد تباين في الإشارة الى العناية الواجبة كثيرا بأنها " مبدأ " او " معيار " او " قاعدة " او " التزام " او " واجب للسلوك " .^٤

وتسبب عدم اليقين هذا بشأن بيان طبيعة العناية الواجبة في اثاره مجموعة من الأسئلة التي تكمن وراء ادراجه في العديد من الاتفاقيات الدولية ، وكذلك في الأنظمة القانونية الدولية الخاصة ، وهو يحمل ذلك الغموض ؟

فهذه الاثار من الارتفاع به الى مستوى النظام ، او النزول به الى حدود القاعدة القانونية ، كل ذلك القى بثقله على القضاء الدولي ، ويبدو ان تلك التداعيات المتعلقة بطبيعته ظهرت بشكل اكثر وضوحاً في حكم المحكمة الدولية

^١ - Marco ,Op. cit ,p.52 .

^٢ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ،لجنة القانون الدولي ،الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٤ .

^٣ - Samantha Besson ,Due Diligence in international law ,Boston ,2023 ,p.27 .

^٤ - Samantha Besson ,ibid , p .28 .

بشأن قضية تطبيق منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ، حيث اشارت المحكمة الى انها " لا تقصد في حكمها " في هذه القضية مبدءاً عاماً ينطبق على جميع الحالات التي ترد في المعاهدات الدولية قاعدة قانونية ملزمة بمنع بعض الأفعال ، بل واكل من ذلك ، لا يُقصد بقرار المحكمة تحديد ما اذا كانت هناك التزامات عامة على الدول لمنع ارتكاب اشخاص او كيانات أخرى لأفعال تتعارض مع بعض قواعد القانون الدولي العام ، بل سيقصر حكم المحكمة على تحديد النطاق الخاص لواجب المنع الوارد في اتفاقية مكافحة الإبادة ، والى حد الضرورة لاتخاذ القرار في النزاع القائم امامها ^١.

ورغم ذلك الاختلاف فإن معظم الفقه الدولي يتفق على ان تطبيق العناية الواجبة مرتبط بهيكل القواعد الأساسية ، وبناءً على ذلك ، فإن العناية الواجبة ليست قاعدة مستقلة في القانون الدولي ، وليست مبدءاً عاماً ، بل تعتبر مفهوماً يجب تطبيقه من اجل الامتثال لبعض التزامات السلوك ، بديلاً عن مفهوم الإهمال والخطأ المرتكز في القانون الدولي التقليدي ^٢.

وتتزايد أهمية ذلك التوصيف للعناية الواجبة على المستوى الدولي في عدة اتجاهات أساسها طبيعة العلاقات الدولية وما يترتب من اثار عند مخالفة قواعد القانون الدولي وقيام المسؤولية الدولية ، واقترن كذلك بعدد كبير ومهم من الالتزامات الدولية في موضوعات رئيسية من قبيل الالتزامات المتعلقة بمنع الأنشطة الضارة ، سواء ما تعلق منها بالسلم والامن الدوليين مثل أنشطة الجماعات الإرهابية او الاجرامية العابرة في اثرها ونشاطها للحدود ، او الأنشطة المشروعة التي تلحق ضرراً بالبيئة او الصحة ، او القواعد القانونية المتعلقة بفرض الالتزامات عن حماية حقوق الانسان ، ولا يقف حدود الالتزام عن أنشطة تمارسها الدول فحسب بل يمتد الى أنشطة الشركات الدولية الكبرى الموكول اليها القيام بأنشطة ربما تسبب ضرراً بترخيص من تلك الدول .

واخذت نطاقها المهم في العصر الحديث بالتزامن مع التطورات التكنولوجية وتداعياتها الخطيرة لاسيما في الفضاء السيبراني والحرب الالكترونية ومايرتبط بها من أنشطة عدائية وتخريبية وجرائم جنائية وانتهاكات لحقوق الانسان وغيرها ، مما يثبت تجلياتها الواضحة في ذلك النطاق .

^١ - حكم محكمة العدل الدولية الصادر في ٢٦/شباط/٢٠٠٧ ، تطبيق اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها " البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود ، الفقرة ٤٢٩ .

^٢ - Marco ,Op. cit ,p.53 .

المبحث الثاني: نطاق الالتزام بالعناية الواجبة وعبء الاثبات

The scope of commitment to Due Diligence and the burden of proof

نبين في هذا المبحث عدة مسائل مهمة ، تتعلق الأولى بنطاق الالتزام بالعناية الواجبة وذلك ما نوضحه في المطلب الأول ، وسيكون المطلب الثاني مخصصاً لعبء الاثبات في العناية الواجبة ، واخيراً نبين الولاية القضائية للدول عند مخالفة العناية الواجبة والحاق الضرر بالآخرين .

المطلب الأول: نطاق العناية الواجبة The scope of Due Diligence

من الناحية الموضوعية نجد أن فكرة الالتزام بالسلوك أو الالتزام بوسيلة في مقابل الالتزام بنتيجة هي فكرة راسخة في القوانين الداخلية ، وخاصة في القانون المدني ، وقد اتخذ هذا الالتزام بنوعيه نطاقاً مهماً في القانون الدولي ، حيث تعتبر الدولة قد انتهكت التزاماً دولياً حينما تكون ملزمة باتخاذ مسار معين لسلوكها حينما يكون ذلك السلوك غير متسق مع ما فرضه الالتزام ، ويتحقق الانتهاك للالتزام الدولي المتعلق بتحقيق نتيجة معينة تكون فيه الدولة صاحبة الاختيار لوسائل تحقيق النتيجة حينما لا تصل الدولة بوسائلها واجراءاتها لتحقيق النتيجة المطلوبة .

ومما يثير الانتباه ، بشأن اياً من نوعي الالتزام أعلاه هو الأكثر صعوبة ، نجد بأن المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في تقريره السابع عن المسؤولية الدولية يصل الى نتيجة مختلفة عما هو متعارف عليه في القوانين الداخلية ، حيث يرى ان التزام الدولة بسلوك معين هو التزام اشد صرامة من الالتزام بتحقيق نتيجة مستنداً في رأيه الى ان الالتزام بالسلوك سوف يحد من حرية الدولة في اتخاذ الوسائل التي تراها مناسبة لتحقيق المطلوب ، وهذا خلاف ما هو سائد في فقه القانون المدني الذي يرى ان الالتزام بنتيجة هو اكثر صرامة¹ .

لذا فإن من الفقه من يجد ، بحق ، ان التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة له أهمية في نطاق القانون الدولي ، ولكن بشكل مخالف لما توصل اليه مقرر اللجنة القانون الدولي في تقريره السابع ، ذلك ان عدم الوصول الى النتيجة المحددة يوجب مسؤولية الدولة مهما بذلت من جهود في سبيل تحقيق الهدف ، بخلاف ذلك فإن الالتزام بسلوك معين لا يوجب مسؤولية الدولة ما لم تتحقق النتيجة المعينة مادام قد اتخذت الدولة السلوك المحدد لها² .

اما من الناحية المكانية لنطاق العناية الواجبة فإنه يرتبط بشرطين وهما العلم والسيطرة اللذان يمثلان شروطاً ذاتية واساسية لبذل العناية الواجبة ، وهو ما

¹ - Mr. Robert Ago ,Seventh report on state responsibility ,A/CN.4/307 ,para 32-37 .

² - Marco Longobardo ,the relevant of the concept of Due Diligence for international humanitarian law, Wisconsin international law Journal ,vol.37 , No.1 ,p.49 .

ذهبت اليه محكمة العدل الدولية حين ربطت بين شرط العلم ومفهوم السيطرة ، فقد ذكرت في حكم لها " صحيح ، كما تبين الممارسة الدولية ان الدولة التي يحصل في اقليمها او في مياهاها عمل مخالف للقانون الدولي ، يطلب منها تقديم تفسير له ، ولكن هذا لا يمكن ان يبرر الاستنتاج بأن مجرد السيطرة التي تمارسها الدولة على أراضيها ومياهاها يعني انها على علم او كان ينبغي ان تكون على علم بأي عمل غير قانوني يرتكب على أراضيها وفي مياهاها " ^١ .

عليه فانه لا يمكن اعتبار ان الدولة قد اخلت بواجب بذل العناية الواجبة الا اذا كانت تعلم ، او كان المفروض ان تعلم ان الأنشطة المعنية من شأنها ان تسبب ضرراً للدول الأخرى ، وحسب ما ذكرته محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو بأنه " لزام على كل دولة الا تسمح عن علم باستخدام اقليمها في القيام بأعمال منافية لحقوق الدول الأخرى " ^٢ .

ورأت المحكمة في موردين اخرين ان " الدولة يجب عليها في سبيل الوفاء بالتزاماتها ببذل العناية الواجبة لمنع الاضرار البيئية ، ذات الشأن ، العابرة للحدود ، ان تتأكد ، قبل الشروع في أي نشاط يحتمل ان يؤثر سلباً على بيئة دولة أخرى ، مما اذا كان هناك احتمال ان يقع ضرر معتبر عبر الحدود ، من شأنه ان يؤدي الى تفعيل شرط اجراء تقييم للأثر البيئي " ^٣ .

ويرى المقرر الخاص للجنة القانون الدولي بانه نظرا الى ان محكمة العدل الدولية خلصت في قضية طاحونتي اللباب الى ان " اجراء تقييم للأثر البيئي في الحالات التي يحتمل فيها ان يخلف النشاط الصناعي المقترح اثرا ضارا ذا شأن يكون عابراً للحدود ، وبخاصة ، على مورد مشترك ، ربما يعتبر الان شرطاً بموجب القواعد العامة للقانون الدولي " فيمكن ان يستنتج من اجراء الدولة لذلك التقييم انها تعلم بالضرورة ، او كان ينبغي ان تعلم ، باحتمال حدوث ضرر ، ذي شأن ، عبر الحدود ^٤ .

وفيما يتعلق بالحدود الزمانية للالتزام بالعناية الواجبة فأن واجب المنع على أساس العناية الواجبة ليس جهداً يبذل لمرة واحدة ، وانما هو امر يتطلب جهداً متواصلاً ، وهذا يعني ضرورة بذل العناية الواجبة التي لا تنتهي بعد منح الاذن بالنشاط ، بل انها تستمر مادام النشاط مستمراً .

^١ - حكم محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو ، الحكم الصادر في ٩ نيسان/ ١٩٤٩ ، النسخة الإنكليزية ، ص ٢٢ .

^٢ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٤ .

^٣ - حكم محكمة العدل الدولية في قضية بعض الأنشطة التي تقوم بها نيكارغوا على الحدود ، ٢٠١٥ ، الفقرة ١٠٤ .

^٤ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٥ .

ومن ناحية أخرى يمكن ان يتأثر الالتزام بالعناية الواجبة بحسب التطورات الزمنية ، وعليه لا يكون مضمون العناية الواجبة جامداً ، فدرجة العناية قد تتغير بمرور الزمن ، فما يمكن ان يعتبر من المعايير او القواعد ملائماً ومعقولاً في وقت ما ، قد لا يعتبر كذلك في المستقبل ، وعليه فأن بذل العناية الواجبة في كفالة السلامة يتطلب من الدولة ان تواكب التغيرات التكنولوجية والتطورات العلمية .

لذا ان مفهوم العناية الواجبة هو مفهوم متغير ، قد يتبدل مع مرور الزمن ، اذ يمكن ان تصبح التدابير التي يعتبر انها تدل على بذل العناية الكافية في وقت معين غير دالة على ذلك في ضوء المعارف العلمية والتكنولوجية الحديثة^١ .

المطلب الثاني: عبء الاثبات في العناية الواجبة

The burden of proof Of Due Diligence

يترتب على مخالفة قواعد القانون الدولي قيام المسؤولية الدولية ، وبالتالي يمكن للطرف المتضرر ان يطالب بالتعويض ، الا ان اثبات المسؤولية في نطاق القانون الدولي تعد من المسائل الصعبة بصورة عامة والمعقدة في اطار العناية الواجبة بصورة خاصة، ويمكن القول اجمالاً ان هناك معياران رئيسيان للاثبات هما :

- ١- المعيار الارفع / وهو معيار اليقين الذي لايعتريه الشك الذي يطبق في القضايا الجنائية .
- ٢- المعيار الأدنى / وهو معيار ترجيح اقوى الاحتمالات الذي يطبق في القضايا المدنية .

ويمكن من خلال مراجعة الاحكام القضائية الدولية تحديد اتجاهاتها بخصوص عبء الاثبات ، ففي قضية مصهر تريل طبقت محكمة التحكيم ، فيما يبدو ، معياراً أرفع للاثبات فيما يتعلق بالتلوث الجوي عبر الحدود ، الا ان مما ينبغي الإشارة اليه في هذه القضية ، بأن من المؤثرات المهمة التي انعكست آثارها على مسألة عبء الاثبات في هذه القضية هو سياقها الخاص وملابساتها ، حيث ان طرفي القضية قاما باحالتها الى المحكمة بموجب اتفاق خاص ، ومن ثم ، فقد اتسمت مواقفهما بقدر نسبي من التعاون من اجل تسوية النزاع ، وكان من الممكن لهما بالتالي ان يعهدا الى اللجنة الدولية المشتركة المنشأة بمقتضى معاهدة المياه الحدودية لعام ١٩٠٩ بأجراء التحريات العلمية ، ومن جهة أخرى ثبت بناء على الدراسات العلمية ان الرياح التي تحمل التلوث عبر الحدود كانت تتحرك في اتجاه واحد بسبب السمات الجغرافية وظروف الأرصاد الجوية التي كانت سائدة في وادي نهر كولومبيا في مسألة الاثبات، وقد مكنت هذه العوامل المحكمة من اخذ

^١ - الرأي الاستشاري لمحكمة البحار ، قضية (seabed) ، القضية رقم ١٧ ، الفقرة ١١٧ .

معيار ادنى للاثبات في تلك القضية ، عليه لا يمكن التعويل كثيراً على اتجاه المحكمة في هذه القضية بشأن عبء الاثبات لتلك الأسباب^١ . ويمكن ملاحظة بعض التطورات المماثلة الى حد ما في قضية أخرى وهي قضية بحيرة لانو ، فقد أنشأت المحكمة للنظر في النزاع من خلال الاتفاق بين الدولتين المعنيتين ، وقد ذكرت المحكمة فيما يتعلق بتقصي الحقائق انه " لم يتأكد بوضوح ان الاعمال المقترحة ، تحويل مياه النهر الدولي ، سوف تعرض علاقات الجوار او استخدام المياه لخطر غير عادي " وبالتالي اخذت المحكمة بمعيار ارفع للاثبات ، ويبدو ان وقائع القضية قد أسهمت في تحديد عبء الاثبات حيث كان من السهل نسبياً ، تحديد العلاقة السببية لان مياه النهر تتدفق باتجاه واحد^٢ .

وفي المقابل من تلك المسائل التي يمكن ان يتم تسويتها بشكل اكثر سهولة قدر تعلق الامر بعبء الاثبات لوجود الرغبة لدى الطرفين في التسوية ، يمكن ان تظهر مسائل اكثر تعقيداً ، فعندما يحيل طرف ما الى محكمة قضائية دولية منازعة ما على أساس بند التخيير او بند التحكيم ، او بناء على معاهدة او على امتداد الاختصاص ، تكون هناك في العادة ادعاءات مختلفة بشأن الوقائع وتوزيع عبء الاثبات ، وفي تلك الحالة ، ووفقاً للمبدأ الراسخ الذي يقضي بأن عبء الاثبات يقع على المدعي ، يتعين على الطرف المدعي بوجود وقائع معينة ان يقدم الاثبات على ذلك .

ولكن هذا الامر ليس يسيراً ، حيث سيكون من الصعب على الدولة المتضررة ان تثبت الوقائع التي تدعي وجودها بأدلة واضحة ومقنعة ، لأن المعلومات الضرورية قد تكون الى حد كبير في حوزة الطرف المتسبب بالضرر ، وهذا هو السبب الرئيسي في جواز ان تطالب الدولة المتضررة بتحويل عبء الاثبات او عكسه بناء على مبدأ التحوط .

لذا نجد ان محكمة العدل الدولية اشارت في قضية طاحونتي اللباب الى ان النهج التحوطي لا يؤدي بالضرورة الى عكس عبء الاثبات ، حيث انه في تلك القضية كان من الأفضل ، بحسب رأي الأغلبية لحل مشكلة تحويل عبء الاثبات ان يتم مطالبة الطرف الاخر بالتعاون في توفير ما قد يكون في حوزته من ادلة من شأنها ان تساعد المحكمة في حل المنازعة التي احيلت اليها^٣ .

في حين نجد ان هناك تطبيقاً آخر كما هو الحال في قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية ، التي تم الإشارة اليها سابقاً ، فعلى الرغم من ان المدعي

^١ - Trail smelter case (United States, Canada) , 1941 .

^٢ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ١٩ .

^٣ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ٢٠ .

قد أشار الى أن المدعى عليه اقدر على تقديم تفسيرات للافعال التي يدعي انها وقعت في إقليم له وحده السيطرة عليه ، وضعت المحكمة عبء الاثبات اساساً على الطرف الذي يزعم وجود الوقائع المعنية ، واعتمدت في الوقت نفسه على ان الطرف الاخر عليه واجب التعاون بحسن نية في المسائل المتعلقة بالأدلة ، بيد ان واجب التعاون في مسائل الأدلة هو واجب اجرائي لا يؤدي عدم الامتثال له الى مسؤولية الدولة^١.

وقد اقترح القاضي غرينوود في رأيه المستقل في قضية طاحونتي اللباب تخفيف معيار الاثبات في ضوء ملابسات تلك القضية ، مشيراً الى ان المحكمة في قضية تطبيق اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية اعتبرت ان التهم المتعلقة بسلوك خطير مثل الإبادة الجماعية تتطلب اثباتاً على مستوى رفيع من اليقين يتناسب مع خطورة الادعاء ، وأوضح انه في اطار ذلك القول يكون معيار الاثبات الأدنى مقبولا في حالات الادعاءات الأخرى الأقل خطورة ، وخلص الى ان طبيعة المنازعات البيئية تجعل من المستحيل تقريباً عند تطبيق معيار الاثبات الارفع ان تفي الدولة بعبء الاثبات ، وبالتالي يكون مطلوباً من الدولة المتضررة ان تثبت الوقائع على أساس افضل الاحتمالات^٢ ، أي المعيار الأدنى .

وفي الواقع فإن محكمة العدل الدولية قد اشارت الى تخفيف معيار الاثبات في قضية قناة كوفو لعام ١٩٤٩ فقالت " صحيح ، كما تبين من الممارسة الدولية ، ان الدولة قد يحدث في اقليمها او في مياهاها فعل مخالف للقانون الدولي ، قد يطلب اليها تقديم تفسير ، لكن لا يمكن ان يستنتج من مجرد السيطرة التي تمارسها الدولة على أراضيها ومياهاها ان تلك الدولة على علم بأي عمل غير قانوني يرتكب فيها ، ومن ناحية أخرى ، فإن هذه السيطرة الحصرية على الأراضي التي تمارسها الدولة ضمن حدودها تؤثر على أساليب الاثبات المتاحة لاثبات علم تلك الدولة بهذه الاحداث ، وبحكم هذه السيطرة الحصرية ، كثيراً ما تكون الدولة الأخرى التي تعرضت لانتهاك للقانون الدولي ، غير قادرة على تقديم دليل مباشر على الوقائع التي أدت الى المسؤولية ، وينبغي السماح لهذه الدولة ان تلجأ بشكل اكثر حرية الى الاخذ بالاستنتاجات فيما يتعلق بالوقائع والقرائن ، وهذه الأدلة غير المباشرة مقبولة في جميع النظم القانونية ، واستخدامها معترف به في القرارات الدولية ، وجب ان تعتبر ذات وزن خاص عندما تكون مستندة الى سلسلة من الوقائع المترابطة التي تؤدي منطقياً الى نتيجة واحدة^٣.

^١ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ٢٠ .

^٢ - التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ، لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ، الوثيقة رقم (A/CN.4/692) ، ص ٢١ .

^٣ - حكم محكمة العدل الدولية في قضية قناة كوفو الصادر في ١٥ / كانون الأول / ١٩٤٩ ، ص ١٨ .

وفي هذا الصدد يذهب القاضي (Greewood) في رايه المستقل الى ان المحاكم والهيئات القضائية الدولية قد تجنبت اعتماد أي تفرقة بين معايير الاثبات في المسائل الجنائية والمدنية ، رغم ان اثبات الجرم في المسائل الجنائية يكون بما يفوق الشك المعقول ، اما في المسائل المدنية فإنه يكفي للاثبات قيامها على أساس ترجيح الاحتمالات ، ومع ذلك فإن محكمة العدل الدولية اشارت الى ان اتهامات بالسلوك الجسيم مثل الإبادة الجماعية تتطلب اثبات بمستوى عال من اليقين المناسب لجدية الاتهام ، مما يستخلص ضمناً ان معياراً اقل للاثبات يكون مقبولاً في الاتهامات الأقل خطورة .

ويجد القاضي ان القضية المعروضة تقع في نطاق القضايا التي تتطلب معياراً اقل في الاثبات ، ذلك ان الادعاءات بخرق التزامات بيئية في اطار معاهدة تتعلق بمجرى مائي مشترك ، وان كانت ادعاءات جدية ، الا انها لا تحمل ذات الطابع الذي تحمله الادعاءات في قضية تطبيق اتفاقية المنع والعقاب على جريمة الإبادة الجماعية ، علاوة على ذلك ، فإن طبيعة النزاعات البيئية تجعل من تطبي المعيار الأعلى في الاثبات امراً شبه مستحيل^١ .

ويمكن القول ان مسألة عبء الاثبات للايفاء بالعناية الواجبة من المسائل الجوهرية التي ينبغي الاهتمام بها والاتفاق بشأنها ، وان كان هناك تفاوتاً في حدود الالتزام بها ونطاقه بحسب النظام القانوني الدولي ، فإنه لا بد من إيجاد قاعدة عامة تتعلق بالاثبات ، خاصة اذا ما علمنا ان عبء الاثبات يكون مرهقاً ان لم يكن مستحيلأ اذا تحملته الدولة المتضررة ، لكون النشاط المتسبب في الضرر ودلائله انما تكون في إقليم الدولة مصدر الضرر ، لذا فإن مقتضيات منطق العدالة توجب نقل عبء الاثبات على الدولة المصدر .

المطلب الثالث: تحديد الولاية القضائية لتطبيق العناية الواجبة

Determine the judicial jurisdiction to implement Due Diligence

من مقتضيات سيادة الدولة ان تنحصر فيها الولاية القضائية على النشاطات والافعال الواقعة في اقليمها ويمثل ذلك قاعدة عامة استناداً الى مبدأ الإقليمية الذي لا يرد عليه الا بعض الاستثناءات لظروف معينة او لاسباب خاصة محدودة . فمن الثابت ان كل دولة تمارس ولايتها القضائية على ما يوجد في اقليمها من اشخاص وعلى ما يقع فيه أفعال تخالف القانون ، وهذه الولاية الإقليمية تمارسها جميع الدول على اقاليمها دون استثناء فهي احد مظاهر السيادة ، ولا تقتصر هذه الولاية على مواطنيها فحسب ، بل تمتد الى الأجانب الموجودين في اقليمها .

^١، الرأي المستقل للقاضي (Greewood) في قضية طاحونتي اللباب بين الأرجنتين والاورغواي ، الحكم الصادر في ٢٠ نيسان/٢٠١٠ ، الفقرتين ٢٥ و٢٦ من الرأي المستقل للقاضي الملحق بالحكم .

وتمارس الدولة ولايتها الجنائية بحق مرتكبي الأفعال الجرمية في اقليمها ، ومما يدعم ضرورة ان تكون الولاية الجنائية للدولة التي وقعت الجريمة في اقليمها هو ان الجريمة مست بأمنها الاجتماعي ونظامها العام ، بالإضافة الى توافر الأدلة والشهود فيها ، وان الضحايا عادة ما يكونوا من مواطنيها فهم يتطلعون الى تحقيق العدالة ، وأيضا تضمن تلك الولاية عدم الإفلات من العقاب .

وعلى مستوى القانون الدولي نجد ان من بين اهم الركائز التي يسعى جاهدًا الى تحقيقها هو عدم الإفلات من العقاب ، وخصوصاً في الجرائم الجسيمة ، وقد اثمر ذلك في إقرار الولاية الجنائية الدولية في اشد الجرائم خطورة التي تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية .

كما ان المجتمع الدولي يسعى الى اعتماد الولاية القضائية العالمية ، باعتبارها آلية إضافية لتكملة المنظومة الجماعية للعدالة الجنائية والتي تكفل إمكانية اتخاذ أي دولة للإجراءات الجنائية نيابة عن المجتمع الدولي ، حينما ترتكب جريمة من الجرائم الجسيمة تكون موضع اهتمام المجتمع الدولي ، ولا ترغب الدولة المختصة قضائياً في اتخاذ الإجراءات القانونية ، او تكون عاجزة عن اتخاذها^١ .

عليه يمكن القول ان المبدأ الطبيعي لتحديد الاختصاص القضائي يعتمد على الأساس الفيزيائي للحدود ، وهذا الوضع هو ما كرسته ممارسات الدول التي ترفض اية مطالبات خارجية بامتداد اختصاصاتها الى إقليم الدولة ، مما يعزز بشكل واضح مبدأ الإقليمية السائد .

وتبرز بشكل واضح مشكلة تحديد الولاية القضائية في الفضاء السيبراني ، وذلك لخصوصية النشاط وطبيعته ، حيث ان تلك المشكلة تتجدد باستمرار امام القضاء الدولي ، فمن القضايا الحديثة التي تناولت إشكالية الولاية القضائية ما تم عرضه في محكمة العدل الأوروبية ، فقد أشار المدعي العام للمحكمة الى ان (مسألة الجرائم المرتكبة من خلال الشبكة الدولية ليست واضحة ، ذلك ان تحديد موقع الجريمة او سببها او النتائج المترتبة عليها عادة ما يصعب تحديدها بشكل واضح)^٢ .

ان معظم الدول تسعى الى ان توسع من نطاق عملها ليشمل الجرائم السيبرانية التي ترتكب خارج إقليمها ، لما لها من آثار جسيمة على امنها واقتصادها وتجاريتها ، وهي تفعل ذلك بطرق مختلفة ، الا انها عادة ما تصطدم بعوارض قانونية ومادية تحول دون إمكانية فرض ولايتها القضائية ، وذلك لعدم تحقق نطاق تطابق تام ، في هذا الخصوص ، بين القانون الجنائي والقانون الدولي .

^١ - تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن نطاق مبدأ الولاية القضائية العالمية وتطبيقه ، الدورة ٦٥ ، ٢٠١٠ ، الوثيقة رقم (A/65/181) ، ص ٥ .

^٢ - القضية المرفقة (C.618.15) التي نظرتها محكمة العدل الأوروبية في ٩/تشرين الثاني /٢٠١٦ .

ويمكن ان نخلص الى القول ان الفضاء السيبراني يمكن ان يحكمه المبدأ وتطبيقاته المختلفة من خلال عدم اقتصار الولاية القضائية على حدودها الإقليمية ، الا انه في جميع الأحوال يجب وضع حدود تنظيمية أخرى لضمان سيادة القانون .

المبحث الثالث: تطبيق مبدأ العناية الواجبة في الفضاء السيبراني

Apply the principle of Due Diligence in cyberspace

بعد ان بينا في المبحثين السابقين مفهوم العناية الواجبة بشكل عام ، نبين في هذا المبحث خصوصية العناية الواجبة في الفضاء السيبراني ، حيث نبحت في المطلب الأول المسؤولية الدولية عن الاضرار السيبرانية وفي المطلب الثاني الصعوبات التي تعترض تطبيقه ، ونخصص المطلب الثالث لعقد مقارنة بين تطبيق العناية الواجبة في الفضاء السيبراني وتطبيقها في فروع القانون الدولي الأخرى .

المطلب الأول: المسؤولية الدولية عن الاضرار السيبرانية

International responsibility for cyber damage

تتنوع الاضرار التي يمكن ان تلحق بالاقتصاد والتجارة والامن الدولي نتيجة الهجمات والجرائم السيبرانية على مختلف القطاعات ، وتزداد خطورة تلك الهجمات على الامن الدولي حينما تستهدف قوى الطاقة الخطرة مثل المحطات النووية ومحطات الطاقة الكهربائية ونقلها ، والحقول النفطية ومحطات التكرير والخزن ، ويمكن ان توجه ضد المراكز الاقتصادية والتجارية مثل قطاعات المصارف والمصانع ، او ضد البنى التحتية كمشاريع الصحة والمياه ووسائل الاتصال وغيرها^١.

ان مثل تلك المخاطر والاضرار المترتبة عليها يستوجب تحقق المسؤولية الدولية عنها وهذه المسؤولية يمكن ان نبينها من وجهين ، الأول ، مسؤولية الدولة ، والثاني ، مسؤولية الجهات غير الحكومية .

اما من حيث التزام الدول بمنع الهجمات السيبرانية بالنيابة عن الدول الأخرى فإنه لا يمكن وصفه بكونه واجباً مطلقاً ، فلا تتساوى الدول في ذلك ، فاذا كان الأصل ، وفقاً لقواعد المسؤولية الدولية ، على الدول واجب منع الاضرار بالآخرين ، الا ان هذا الواجب ذا طبيعة متفاوتة يختلف من دولة الى أخرى بحسب قدرتها الفنية والامكانيات المتوفرة لديها ، وهي مسألة ترتبط بشكل مباشر بقدرتها المالية والتقنية ومقدار التطور في هذا المجال ، ونجد ان ذلك التفاوت في المسؤولية يمكن ان يحقق العدالة في تخفيف مسؤولية الدول الفقيرة وغير المتقدمة تكنولوجياً .

^١ - بحسب تقرير شركة Cybersecurity Venture بلغ حجم اضرار الجرائم الالكترونية لعام ٢٠٢٤ (٩,٥) تريليون دولار ومن المتوقع ان تصل الى (١٠,٥) تريليون دولار خلال عام ٢٠٢٥ .

ووفقاً لذلك يمكن ان تنفي الدولة مسؤوليتها في هذا الخصوص بأن تعزز الدول قدرتها في منع الهجمات السيبرانية تجاه الدول الأخرى ، ويكون ذلك من خلال الامتثال لاتخاذ الخطوات اللازمة لتعزيز بنيتها الأساسية الرقمية بأفضل ما يمكنها ، وفي هذا الخصوص يقترح بعض الفقه اتخاذ الإجراءات الاتية التي تساهم في ذلك ومنها:

- ١- وضع تشريعات جنائية صارمة ضد من يرتكب افعالاً داخل حدود الدولة الإقليمية تمثل هجمات سيبرانية تلحق ضرراً بالآخرين .
- ٢- اجراء تحقيقات مفصلة في أي هجمات سيبرانية .
- ٣- إحالة من يثبت تورطه في الهجمات السيبرانية الى القضاء .
- ٤- التعاون مع التحقيقات التي تجريها الدول المتضررة من الهجمات السيبرانية .

وعليه يعتبر اخلالاً بالتزاماتها الدولية وبالتالي بانتهاكاً لمبدأ العناية الواجبة حينما تكون الدولة ملاذاً آمناً للهجوم السيبراني اذا ما اخلت باتخاذ الإجراءات الضرورية المشار اليها آنفاً وغيرها من الإجراءات ، ويعتمد التقييم في ذلك على مجموعة من الحقائق تتمثل في طبيعة التعامل من قبل القانون الجنائي للدولة ، ومدى تطبيقها للقانون ، وسجلها التاريخي في التعاون مع التحقيقات التي تجريها الدول الضحية^١ .

اما من حيث مسؤوليتها عن الغير ، فإن من الثابت ان الدولة لا تكون مسؤولة عن تصرفات الجهات غير الحكومية بشكل مباشر ، ولا تنسب تلك الأفعال المخالفة للقانون الدولي الى الدولة ، انما تقتصر مسؤوليتها عن تصرفات أجهزتها والافراد الذين تمارس عليهم سلطة مباشرة .

ولكن عدم مسؤولية الدولة عن أفعال الجهات غير الحكومية ليست مسألة مطلقة ، وانما يمكن ان تتحقق تلك المسؤولية في حالات معينة ووفقاً لمعايير محددة ، حيث يخضع نشاط تلك الجهات الى عملية تقييم تتمثل في مدى إمكانية اخضاع سلوكها لسيطرة الدولة ، حيث اوجدت محكمة العدل الدولية معياراً لذلك يتمثل في (اختبار السيطرة الفعالة) في قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة ، ورغم أهمية هذا المعيار في تحمل المسؤولية الدولية ، الا ان المحكمة الدولية لم تحمل الولايات المتحدة الامريكية المسؤولية عن تصرفاتها المتمثلة بتمويل وتنظيم وتدريب وتجهيز قوات الكونترا لعدم تحقق الدرجة اللازمة من " السيطرة الفعلية " على نشاط تلك الجماعات .

¹ - David E. Graham ,Cyber threats and the law of war ,journal of national security law and policy ,vol.4 ,2010 ,p.94 .

ولكن بعد ما يقارب عشرين سنة عن الحكم المذكور حصل تغييرات جوهرية على معيار " السيطرة الفعلية " لتحديد مسؤولية الدولة عن تصرفات الجهات غير الحكومية ، حيث نجد ان المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة تبنت معياراً اخر تمثل في " اختبار السيطرة الشاملة " فتكون الدولة مسؤولة عن التصرفات التي تصدر عن الجهات غير الحكومية حتى وان كانت بطريق المساعدة او التنسيق التخطيط العام لتلك الهجمات^١ .

ورغم ان تلك المعايير في فرض المسؤولية الدولية طورها الفقه القضائي الدولي ، الا ان القانون الدولي في حقيقته يتأثر كثيراً بالاحداث السياسية الكبرى التي تحدث في المجتمع الدولي ، وتتغير بوصلته بما تتعرض له الدول التي لها ثقلها في النظام الدولي ، حيث نلاحظ بأنه في اعقاب احداث ١١/أيلول اقرت الدول الكبرى معياراً " منفرداً" في تقييم المسؤولية الدولية اكثر تشدداً في تحميل الآخرين المسؤولية الدولية في حال الفشل في أداء التزاماتها الدولية .

ومن خلال مراجعة لطبيعة الالتزامات التي تتحملها الدول لمنع الهجمات السيبرانية ، فإنه يتم تقييم مدى تجريم الدول لهذه الأفعال ؟ وهل تم التحقيق بنشاط الافراد المسؤولين عن مثل هذه الهجمات وملاحقتهم قضائياً ؟ وهل طلبت المساعدة عند عدم توافر القدرات الفنية في المنع والتحقيق والملاحقة ؟ ومدى تفاعلها مع التحقيقات التي تجريها الدولة الضحية ؟

ان الإجابة على هذه التساؤلات من شأنها ان تسهل الى حد كبير تحديد ما اذا كانت الدولة قد اثبتت بالفعل من خلال فشلها في منع الهجمات الالكترونية بأنها أصبحت ملاذاً آمناً لتلك الهجمات ، وبالتالي تتحمل المسؤولية الدولية عن ذلك .

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق معيار العناية الواجبة في الفضاء السيبراني

Difficulties to apply the Due Diligence in cyberspace

يذهب الفقه الحديث ، بحق ، الى ان الفضاء السيبراني اصبح يمثل منافساً حقيقياً للنطاق الدولي التقليدي ، وبدأ الانتقال من النطاق المادي الى العالم الافتراضي بشكل كبير وسريع ، وعلى الرغم من ذلك فإنه لازالت هناك مرحلة انتقالية يجب المرور بها حتى الوصول الى بلورة الوضع القانوني المتعلق بالفضاء السيبراني ، ومن معالم هذه المرحلة الانتقالية انها لا زالت مشبعة الى حد بعيد بمفهوم القانون الدولي التقليدي ، ولكن عملية الانتقال من خلال التصديق على معاهدات جديدة خاصة بالفضاء السيبراني وظهور اراء فقهية واجتهادات قضائية سوف ينشأ عنها نظاماً قانونياً يرافق الأنظمة السائدة^٢ .

^١ - David E. Graham ,Ibid, p.95 .

^٢ - د. محمد المجذوب ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السابعة ، ٢٠١٨ ، ص ٨١٥ .

ويبدو ان مشكلة تطبيق مبدأ العناية الواجبة من قبل الدول في نطاق الفضاء السيبراني تتمثل في عدم وضوح الإجراءات التي تمثل " التزامات " دولية في هذا الخصوص ، وهذه المشكلة تأخذ طابعاً مركباً تتمثل في صعوبة تحديد نطاق المسؤولية في الفضاء السيبراني ، وكذلك عدم تحديد الالتزامات لخروجها عن الوضع الطبيعي في أعمال العناية الواجبة التي عادةً ما تظهر في صورتها المادية ، يضاف الى ذلك ، وفي كثير من الأحيان ، انتفاء تحقق القصد في ارتكاب أفعال مخالفة للقانون الدولي بصورة عامة ، وللقانون الجنائي بصورة خاصة ، حينما يكون السبب عائداً الى أخطاء في النظام تؤدي الى اضرار كبيرة^١.

لذا فإن دراسة معيار العناية الواجبة في الفضاء السيبراني لها أهميتها في الوقت الحاضر ، ذلك انه على الرغم من التوسع الكبير في البيئة السيبرانية التي وما يرافقها من مخاطر ، الا ان معيار العناية الواجبة يواجه مشكلة جوهرية تتمثل في عدم وجود سياق واحد متجانس لغرض أعمال معيار موحد بمواجهة الأنشطة المتباينة ، والمجتمعات المختلفة في هذا الخصوص ، فهناك مجال يتعلق بتأمين حماية أسماء النطاق ، ومجال يتعلق بحماية شبكات الشركات ، ومجال يتعلق بتأمين البنية التحتية الحيوية من العمليات العسكرية السيبرانية .

ومن جهة أخرى تكمن فاعلية نجاح المعيار في مدى قبوله ، فوجود المعيار ليس كافياً بحد ذاته مالم يكن منسجماً زمانياً ومكانياً مع قبول الجهات الفاعلة في نطاقه ، فهناك اختلاف في القبول بين الدول الأعضاء في الأمم المتحدة للمعايير عما هو عليه من قبول لدى المنظمات الدولية غير الحكومية ، وبالتأكيد هي تختلف عن المعايير التي يطالب بها التقنيين في مجال تخصصهم الدقيق^٢.

ويذهب البعض الى تطبيق معيار الحد الأدنى للعناية الواجبة المتفق عليها في اطار القانون الدولي العام بالحد الذي ينسجم مع خصوصية الفضاء السيبراني ، الا ان هذا التطبيق للمعيار يمكن ان يواجه عدة تحديات موضوعية من جهة ، كما يثير إشكالات قانونية وفنية متعددة نتعرض لها بشكل موجز :

الإشكالية الأولى / لا زالت العديد من الدول تشكك في اصل الفكرة القانونية للعناية الواجبة في القانون الدولي ، فهي تنظر اليها على انها فكرة غير ملزمة ، وبالتالي

^١ - بتاريخ ٢٠٢٤/٧/١٩ حصل خلل تقني في احد خوادم شركة (crowd strike) التي هي احد شركات الامن السيبراني ، أدى الى توقف في اعمال شركات الطيران الدولية والبنوك والمستشفيات والمعامل والعديد من الخدمات الأخرى وتسببت في إلغاء الرحلات الجوية وتوقف المصارف عن تقديم الخدمات لعملائها في العديد من دول العالم تسببت في خسائر بالمليارات .
^٢ - Martha Finnemore & Duncan B.Hollis ,Constructing norms for global cybersecurity ,American Journal of international law ,November ,2016 ,p.428 .

ترفض هذه الدول اية نتيجة ملزمة تترتب عليها بشكل عام ، وفي الفضاء السيبراني على وجه الخصوص ^١ .

الإشكالية الثانية / تتعلق هذا الإشكالية من الناحية القانونية بالدول التي تقر بأن معيار العناية الواجبة ، وان كان ذا طابع قانوني ، فإنه لا يرتقي الى مستوى القاعدة القانونية العامة في القانون الدولي ، لذا فهو لا يمكنه وصفه بكونه عرف مستقر او مبدأ عام ، وعليه لا يمكن تطبيقه في مجال الامن والفضاء السيبراني ما لم تتضمنه معاهدة دولية محددة ^٢ .

الإشكالية الثالثة / تتمثل في ان الدول التي تقر بمكانة واهمية مبدأ العناية الواجبة في القانون الدولي بشكل عام ، وانه يحمل طابعاً مشتركاً في مختلف الأنظمة القانونية الدولية ، الا انها تجد ان تطبيقه في مجال الفضاء السيبراني غير ممكن ، وذلك لكون تطبيقه يتطلب وجود حقوق ومصالح محمية بموجب القانون الدولي ، وهذا الامر غير متحقق في هذا النطاق على مستوى قواعد القانون الدولي ، او على الأقل عدم وجود قواعد حماية محددة يمكن الركون اليها بشأن الفضاء السيبراني في القانون الدولي .

ويبدو ان الرد على هذه الإشكالية غير صعب المنال ، فيمكن الاحتجاج بالقول ان خطورة الانتهاكات التي يمكن ان تتحقق في الفضاء السيبراني تمس في أحيان كثيرة سيادة الدولة ، فهي بالتالي لا تفترق من حيث الأثر عن انتهاك سيادة الدولة الإقليمية ، او المساس بعمل الحكومة ، او انتهاك حقوق المواطنين ، لذا فمبدأ العناية الواجبة الذي ينطلق من مفهوم السيادة يكون متحققاً في الفضاء السيبراني ، خاصة المخاطر والانتهاكات التي تمس امن الدولة وحسن سير عمل حكوماتها وحقوق مواطنيها .

الإشكالية الرابعة / تتمثل في الأساس الذي تقوم عليه فكرة السيادة ، حيث ان سيادة الدولة مقيدة بحدودها الإقليمية ، وعليه فإن السيادة لا تمتد خارج تلك الحدود ، وهذا أيضاً من المحددات بشكل واضح في الفضاء السيبراني ، ولكن من الممكن الرد على هذا الاشكال بأمرين :

الأول / ان الفضاء السيبراني يرتبط في جميع الأحوال بأقاليم الدول ، ويفرض في إقليم كل دولة السيادة التامة لتلك الدولة صاحبة الإقليم ، وعليه يكون المنطلق الأساس في فرض الولاية القضائية للدولة على ما يتم انتهاكه من حقوق ومصالح للأشخاص في ذلك الإقليم ، او التهديد بانتهاكها ، وعليه فإن أساس شرعية اعمال

¹ - Maria Flemme , Due Diligence in International Law , Master thesis , Faculty of law- University of Lund , 2004 , p.39

² - Samantha Besson ,op.cit , p.181 .

الدولة في اقليمها عن الانتهاكات المرتكبة في الفضاء السيبراني انما يتحقق بقدر تعلفها بحقوق الافراد والأشخاص المعنوية .

الثاني / ان ذات الاشكال انما تم التعرض له بمناسبة تطبيق القانون الدولي للبيئة ، فتطبيق مبدأ العناية الواجبة على ما يعرف بالتراث المشترك للإنسانية انما هو متحقق في الفضاء السيبراني بذات القدر من الأهمية التي وجدتها الأمم في المحافظة على المياه والفضاء المشترك¹ .

الإشكالية الخامسة / تتمثل في ان عدم إمكانية تطبيق معيار العناية الواجبة بشكل دقيق في الفضاء السيبراني ، وجود تداخل معياري عند اجراء عملية التطابق في مختلف الأنظمة القانونية ، وبالأخص تطبيق المعيار بشأن الأشخاص الملزمين بأفاد حدود المعيار ، حيث نجد ان العناية الواجبة المتوقعة لا يمكن ان تكون واحدة بين الدول والافراد العاديين او الشركات المتعددة الجنسية ، فأى التزام لمنهج موحد في ذلك فإنه من المؤكد سيؤدي الى تشويه المعيار .

ورغم ان القانون الدولي اهتم كثيراً بموضوع الفضاء السيبراني ، الا انه لم يرتق بعد الى مستوى النظام الخاص المستقل من أنظمة القانون الدولي ، وان كان يتميز بسرعة تطوره ، وعليه اذا ما وصل الى المرحلة التي يمكن معها ابرازه كنظام مستقل ، عندها يمكن القول بأنه سيحكم الجوانب المتعلقة بعموم قضايا الفضاء السيبراني ، ويعتمد ذلك في قدرته على التعامل مع تلك الإشكاليات التي تم عرضها ، ووضع اطار قانوني سليم للتعامل معها ، وهذا الامر لا يمكن بلوغه الا بتحقيق حسن النية للتوصل الى حلها وتنظيمها نظراً لخطورة الآثار المترتبة على الجرائم والهجمات السبرانية .

المطلب الثالث: مقارنة معيار العناية الواجبة في نطاق الفضاء السيبراني مع

المعايير الأخرى المعتمدة في القانون الدولي

Approach the criterion for Due Diligence in the scope of cyberspace with other standards adopted in international law

من الأنظمة القانونية الدولية التي تطورت في العقود الماضية حتى أصبحت راسخة واستقلت في وجودها كنظام قانوني دولي له خصوصيته كفرع من فروع القانون الدولي ، هو القانون الدولي للبيئة الذي تميز عن غيره من الفروع الأخرى بمبادئه وقواعده وتطبيقاته ، ونظراً لأهمية هذا الفرع ووجود تطبيقات مهمة على مستوى العناية الواجبة من جهة ، ولأن إمكانية تطبيق معيار العناية الواجبة في نطاق الفضاء السيبراني تقترب في بعض أوجهها مع تطبيقها في القانون الدولي للبيئة ، كان من الضروري البحث في المقارنة بينهما .

¹ - Samantha Besson ,ibid , p .182

ويعود وجه التقارب بينهما الى عدة أسباب منها :

١- السبب الأول / يشترك كلا النظامين في المساحة الجغرافية للقاعدة القانونية او النطاق المكاني لها ، حيث يتجاوز كلا النظامين الحدود الإقليمية للدول ، وبالتالي يثيران مشكلة المسؤولية وحدودها ونطاقها ، ومن جهة أخرى فإن القانون الدولي للبيئة يمتد الى ما هو ابعد من حدود الولاية الإقليمية للدولة ، وهو ما يعرف بالمناطق او الأقاليم المشتركة ، وبالتالي اخضاعها لمبدأ العناية الواجبة رغم عدم تحقق السيطرة الفعلية للدول عليها .

٢- السبب الثاني / توسع نطاق المخاطر في كلا النظامين البيئي والسيبراني ، حيث يتعامل كلا النطاقين مع تهديدات واسعة الانتشار يصعب ضبطها عن طريق الاليات المعتادة في المسؤولية الدولية ، وذلك لاسباب تتبع طبيعتها ، فهي ربما تكون سرية مثل تهديدات الامن السيبراني ، او معقدة مثل التغيرات المناخية .

٣- السبب الثالث / ان كلا النظامين يمكن ان يقيم قواعد المسؤولية على أساس الإهمال ، بديلاً عن الانتهاك او التواطؤ او التورط في خرق الالتزامات الدولية ، لذا نجد ان هذا النظام يمكن ان يشمل كلا النطاقين ، بما يحقق كفاءة افضل في المسؤولية ، لذا نجد ان بعض الفقه يرى ان إقامة المسؤولية على اساس الإهمال يمكن من خلاله التغلب على العديد من الصعوبات المتعلقة بالاثبات وغيرها ، الامر الذي يفسر جاذبيتها في التطبيق بالنسبة للدول والافراد المعنيين بالامن السيبراني^١ .

٤- السبب الرابع / ان القانون الدولي للبيئة اوجد نظاماً قانونياً وفقهياً متطوراً فيما يتعلق بالعناية الواجبة قياساً الى الفضاء السيبراني ، حيث ان الالتزامات الدولية في هذا الخصوص قد تركزت على بيان مفهوم العناية الواجبة وحدودها وطبيعتها بشكل لا نجد له نظيراً في بقية فروع القانون الدولي الأخرى ، فهي التي ألهمت بقية الفروع الأخرى مضمون المبدأ وتطوره .

الا انه على الرغم تلك السمات المشتركة التي يمكن ان تكون مؤثرة في إمكانية تطبيق قواعد القانون الدولي للبيئة على الفضاء السيبراني، الا ان هناك من الأسباب الأخرى التي ربما تعترض إمكانية التطبيق تتمثل في سببين أساسيين وهما :

¹ . Samanatha Besson – ibid - p.180 .

١- السبب الأول / السرية التي تسود النشاط في الفضاء الالكتروني ، وهو ما يجعل من الصعب تقييم الممارسات التي تتوافق مع العناية الواجبة ، ومن خلالها تحديد ما يعتبر خرقاً لها ، وهذا الامر يؤثر في إمكانية نشأة القاعدة الدولية العرفية في نطاق الفضاء السيبراني .

٢- السبب الثاني / عدم وجود قضاء دولي متخصص ، عليه فإن الفرصة تكون محدودة في تطوير اجتهاد قضائي يحدد مفهوم مبدأ العناية الواجبة في اطار النشاط السيبراني وتوحيد اسسه .

ان التحفظ على تبني مبدأ العناية الواجبة في نطاق الفضاء السيبراني امر مفهوم وواضح ، لان استخدام البنية الأساسية السيبرانية في بعض الدول تستخدم بشكل متكرر لاطلاق او تسهيل عمليات سيبرانية ضارة دون أي تدخل من الدولة ، مما يؤدي الى إمكانية نسبتها الى الدولة وتحملها المسؤولية الدولية عنها ، وتزداد المسألة تعقيداً من جانبين ، الأول ، ان التنظيم القانوني الداخلي لا يمكن الاستناد اليه للتنصل من المسؤولية الدولية ، ومن جهة ثانية فإن الدول " الأكثر اتصالاً " مع الفضاء السيبراني تكون اكثر عرضة للإصابة بالبرامج الضارة وبالتالي تحمل المسؤولية عنها ، وهذا يعني توسعة نطاق المسؤولية وتحمل مخاطر النشاط.

لذا من الممكن التعامل مع الخصوصية التي تمتاز بها العناية الواجبة في نطاق الفضاء السيبراني من خلال الاسترشاد بالحد الأدنى والجامع المشترك لها في القانون الدولي ، مع اجراء التعديلات اللازمة لتلبية المتطلبات الخاصة للفضاء السيبراني ، ذلك ان الالتزام بالعناية الواجبة انما هو التزام مستمد اساساً من مبدأ السيادة ، فالدولة لها الاختصاص حصرياً في السيطرة على الأنشطة داخل اقليمها ، ومن الثابت ان هذا المبدأ يفرض على الدولة ان تتصرف عندما يتم استخدام أراضيها للمساس بحقوق الدول والكيانات الأخرى بطريقة لا تتفق مع القانون الدولي .

وعلى أساس تلك الفوارق يذهب بعض الفقه - بحق - الى ان الالتزامات التي تقع على الدول في نطاق الفضاء السيبراني وان كانت اقل صرامة مما هو عليه في القانون الدولي للبيئة ، الا ان مثل هذه الالتزامات انما تكون موجودة ولكن بدرجة اقل ، ويعزى السبب الى وجود قواعد عرفية اكثر تقدماً في القانون الدولي البيئي عما هو عليه في القانون الدولي السيبراني ^١ ، والقول بخلاف ذلك سترك القانون الدولي الدول المتضررة بلا دفاع في مواجهة النشاط السيبراني الضار الذي يكون مصدره الدول الأخرى .

¹ - Akiko Takano ,Due Diligence obligations and transboundary Environmental Harm , cybersecurity applications ,Vol. 7, No. 4 ,2018, p22 .

واذا كانت الخطورة في تحمل المسؤولية تتعلق في احد جوانبها باسناد الفعل الى الدولة ، فإن المتخصصين في هذا المجال يجدون ان إمكانية اسناد الأفعال الخبيثة في الفضاء السيبراني الى الدول صار ممكناً بشكل متزايد خاصة في الدول التي تمتلك تقنيات متقدمة في التحقيق الجنائي وبرامج الاستخبارات الوطنية رفيعة المستوى^١.

وبالإضافة الى ما تقدم فإن القانون الدولي ، كبقية القوانين ، لا يجد من الضروري تحديد سبب واضح لتطبيق مبدأ عام في سياق معين ، بل على العكس من ذلك بما انه مبدأ عام ، فإن الافتراض هو ان المبدأ ينطبق ما لم تستبعده ممارسات الدولة او الرأي القانوني^٢.

المبحث الرابع: الممارسة الدولية لتطبيق وتطوير العناية الواجبة في الفضاء السيبراني

International practice for the application and development of Due Diligence in cyberspace

لا بد من تعزيز البحث بالممارسات الدولية الحديثة للعناية الواجبة ، حيث نبين في هذا المبحث الاحكام الحديثة لمحكمة العدل الدولية التي اشارت اليها وذلك في المطلب الأول ، ثم نبين مواقف كل من الولايات المتحدة الامريكية والدول الاوربية من العناية الواجبة وذلك لكونها الأكثر علاقة بالفضاء السيبراني وذلك في المطلب الثاني، اما المطلب الثالث فنخصصه لبيان التطورات الحديثة لمواقف الدول السيبرانية من العناية الواجبة .

المطلب الأول: موقف محكمة العدل الدولية من العناية الواجبة

Attitude of the International Court of Justice on Due Diligence

صدر عن محكمة العدل الدولية في السنوات الأخيرة حكمين هامين تم الإشارة فيهما الى مبدأ العناية الواجبة وسنبين بشكل موجز هذين الحكمين :

أ- قضية الارجننتين ضد الاورغواي

بتاريخ ٤/أيار/ ٢٠٠٦ اقامت الارجننتين دعوى ضد الاورغواي امام محكمة العدل الدولية ادعت فيها قيام الاورغواي بانتهاك النظام الأساسي لاستخدام نهر الاورغواي المشترك فيما بينهما ، من خلال قيام الأخيرة ببناء مصنعين للب على مجرى النهر ، وبيّنت الارجننتين بأن على الاورغواي تقديم اخطار واستشارة قبل انشاؤهما استناداً الى الاتفاقية المبرمة بينهما ، وان استخدام النهر بهذه الصورة قد الحق اضراراً جسيمة لجودة المياه .

¹ - Akiko Takano ,Ibid ,p.54 .

² - Michael N. Schmitt , In Defense of Due Diligence in Cyberspace, the yale law journal forum , 2 0 1 5 ,p. 73 .

وبينت الأرجنتين بأن من الالتزامات التي ينبغي على الاورغواي القيام بها تتركز في ثلاثة خطوات أساسية لازمة لغرض الامتثال لمتطلبات العناية الواجبة وهي :

- ١- تحديد جودة المياه الأولية .
- ٢- تحديد قدر الملوثات وحجمها وخصائصها التي ستقوم الطواحين بالقائها في النهر.
- ٣- التأكد من ان المياه التي تنتقل اليها الملوثات قادرة على استيعابها وتصريفها بطريقة تمنع الضرر .

وكان اتجاه المحكمة في هذا الخصوص مع ما أورده الأرجنتين من حجج قانونية ، حيث اشارت الى ان المنع كقاعدة عرفية له اصوله في العناية الواجبة المطلوبة من الدولة على أراضيها ، وان هذا الالتزام يقضي بعدم السماح لاي دولة باستخدام أراضيها عن علم في اعمال تتعارض مع القانون الدولي^١ . وبالتالي تجد المحكمة ان الدول ملزمة باستخدام جميع الوسائل المتاحة لها من اجل تجنب الأنشطة الضارة التي تجري في أراضيها ، او في أي منطقة خاضعة لولايتها القضائية .

ب- قضية كوستاريكا ضد نيكاراغوا

اقامت كوستاريكا دعوى ضد نيكاراغوا امام محكمة العدل الدولية في عام ٢٠١٥ بشأن قيام الأخيرة بأعمال تجريف في قناة نهر سان خوان ، والحاق ضرر بيئي كبير فيها ، وقد اخذت محكمة العدل الدولية في هذه القضية بمبدأ العناية الواجبة ، حيث اشارت الى ان على الدولة الوفاء بالتزاماتها في ممارسة العناية الواجبة من خلال منع الضرر البيئي العابر للحدود ، ويجب قبل الشروع في نشاط يُحتمل ان يؤثر سلباً على بيئة دولة أخرى التأكد مما اذا كان هناك من خطر يؤدي الى حدوث مثل هذا الضرر^٢ .

يمكن ان نخلص الى القول مما اوردناه من القضيتين أعلاه بالقدر المتعلق بالعناية الواجبة الى مسألتين مهمتين :

الأولى : ان الدول الأطراف في تلك الدعاوى القضائية أظهرت دعمها الواضح لمبدأ العناية الواجبة ، سواء بالمعنى القانوني في اطار قواعد القانون الدولي او في سياق العلاقات الدولية بشأن الاضرار العابرة للحدود، ولم ترفض أي دولة مبدأ العناية الواجبة كمبدأ قانوني دولي او كقاعدة سلوك ، وهو ما يتضح في لوائحها المقدمة الى المحكمة .

¹¹ - Eric Talbat Jenson ,Cyber Due Diligence ,Oklahoma law Review ,vol.73 ,No.4,2021,p.677 .

^٢ - قضية كوستاريكا ضد نيكاراغوا امام العدل الدولية ،الحكم الصادر في ١٦/كانون الأول / ٢٠١٥ ،الفقرة ١٠٤ ،

الثانية : ان المحكمة الدولية لم تتوقف بشكل عام عند حدود فهم العناية الواجبة الذي التزمت به في قضية كورفو سابقاً ، بل أدخلت تحسينات عليه من خلال اظهار التزام منع الضرر بشكل اكثر وضوحاً ، وهو ما يوفر اعتبارات مثيرة للاهتمام في تطور العناية الواجبة لمجالات أخرى ومنها الأنشطة السيبرانية العابرة للحدود^١.

المطلب الثاني: موقف الولايات المتحدة الامريكية والدول الأوروبية من العناية الواجبة The Attitude of the United States of America and European countries on Due Diligence

اتخذت الولايات المتحدة الامريكية موقفاً صريحاً رفضت فيه اعتبار العناية الواجبة قانوناً دولياً عرفياً ، وقد عبرت عن ذلك الموقف عند تعليقها على المواد المتعلقة بالعناية الواجبة بانها لازالت تواصل الاعتقاد بأن من الأنسب ان يتم التعامل مع العناية الواجبة كمعايير غير ملزمة لتوجيه سلوك وممارسات الدول .

واجمالاً يمكن القول ان صناع السياسات القانونية في الولايات المتحدة الامريكية يرغبون في توضيح وجهة نظر الولايات المتحدة الامريكية بشأن العناية الواجبة التي تعترف بدعمها المعتاد لها في علاقاتها الخارجية وممارساتها الدبلوماسية على النحو الذي يحدد المنظور المستقبلي المعقول والتماسك لها في هذه المسألة ، الا ان المخاوف الدبلوماسية العملية للولايات المتحدة الامريكية تدعم الاتجاه المحافظ على الوضع الراهن لنهجها تجاه العناية الواجبة .

وعلى الرغم من ذلك الموقف العام الذي تظهر فيه الولايات المتحدة تجاه العناية الواجبة في الفضاء السيبراني ، لا تزال هناك مرونة عقائدية كبيرة للسياسة القانونية الامريكية في مراعاة المطالب القائمة والمتوقعة في اطار العلاقات الدولية من الممكن ان تؤدي الى تطور اكثر قبولاً مع مراعاة الدفاع عن التفاصيل العقائدية المتبناة سابقاً .

ويمكن ملاحظة ذلك في ان الولايات المتحدة الامريكية تبنت مجموعة واسعة من الممارسات فيما يتعلق بالعناية الواجبة ، انقسمت تلك الممارسات الى قسمين ، تطورت في القسم الأول منها الى قواعد سلوك واضحة وثابتة في مجالات محددة ، يمكن وصفها بالمجالات التقليدية ، مثل قواعد الحياد وقوانين الحرب وقوانين البحار ، وفي الأونة الأخيرة القانون الدولي البيئي ، واثمرت عن مفاهيم ومبادئ اكثر دقة للعناية الواجبة لتنظيم سلوك الدولة ، اما القسم الثاني نجد فيه تحفظاً

¹ - Eric Talbat Jenson ، bid, p. ٦٧٩

واضحاً للعناية الواجبة يصل الى حد المعارضة الشديدة للاخذ بها في المجالات الناشئة في القانون الدولي ومنها الفضاء الالكتروني^١.
اما الدول الاوروبية فقد قامت بعملية نقل معيار العناية الواجبة المعتمد في القانون الدولي الى التزامات خاصة تطبق على الامن السيبراني ، وتهدف من وراء تحويل هذا المعيار الذي يتصف بعد الوضوح دولياً الى التزامات محددة لضمان تدفق آمن عبر الحدود للبيانات وخدمة المعلومات^٢ ، وعليه فإن معيار العناية الواجبة تم ترجمته في ارض الواقع الى التزامات فردية للدول تلتزم بها بشكل محدد في مجال الامن السيبراني .

وتولى مجلس اوروبا عملية تدقيق وتنظيم هذا الموضوع بشكل مستفيض ، حيث حدد بشكل دقيق المسائل التي يمكن ان تؤدي الى الاضرار بمستخدمي الشبكة الدولية ، مع ضرورة عدم تعطيل الاستفادة القصوى والفعالة لها ، كما حدد المجلس الإجراءات القانونية التي من الممكن ان يتم اتخاذها في حدود الولاية الإقليمية لدولة ما ، والتي من الممكن ان تؤثر على قدرة المستخدمين في الوصول الى المعلومات في إقليم دولة أخرى^٣ .

لذلك نجد ان مجلس اوروبا اعتمد توصية وضعها تحت عنوان العناية الواجبة تؤكد على انه " في حدود عدم التدخل في المسائل التقنية والتشغيلية اليومية ، ينبغي على الدول التعاون فيما بينها ، ومع جميع أصحاب المصلحة ذي الصلة ، لاتخاذ جميع التدابير اللازمة لمنع وإدارة الانقطاعات والتدخلات العابرة للحدود المؤثرة في البنية الأساسية للإنترنت لتقليل المخاطر والعواقب الناجمة عن مثل هكذا اعمال " ^٤.

وبذا يمكن القول ان اوروبا هي النطاق الإقليمي الأول الذي بدأ بترجمة مبدأ العناية الواجبة ، وبشكل صريح ، الى التزامات قانونية تتعلق بتحقيق الامن السيبراني ، ويبدو ان ذلك التوجه العام الذي غطى نطاق اوروبا في هذا الخصوص بدأ يمتد الى نطاق أوسع حيث اعتمدت الاتفاقيات الثنائية بين الولايات المتحدة الامريكية والصين تتجه الى ذات الالتزامات لتطبيق مبدأ العناية الواجبة في الفضاء السيبراني ، حيث تم الاتفاق على التعاون ، بحسن نية ، لتلبية طلبات المساعدة لتأمين المعلومات بشأن الأنشطة السيبرانية الخبيثة، واتخاذ الإجراءات التي

¹ - Eric Talbat Jenson ,Ibid, p.704 .

² - Malgosia ,Op. cit, p.298 .

³ - Thomas Cottier & Zaker Ahmad , the prospect of common concern of humankind in international law , Cambridge University Press , 2021 , p.451 .

⁴ - Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet, adopted on 21 September 2011

تتفق مع قوانينها الوطنية والالتزامات الدولية ذات الصلة لغرض التحقيق وجمع الأدلة في الجرائم السيبرانية^١ .
المطلب الثالث: تطور الموقف الدولي لبعض القوى الدولية السيبرانية من العناية الواجبة

The development of the international position of some cyber international powers on Due Diligence

ان تعامل الدول عموماً مع العناية الواجبة في الفضاء السيبراني كان سلبياً في بعض الأحيان أو غير واضح في احسن حالاته ، فنجد على سبيل المثال ، ان فريقاً من الخبراء الحكوميين الذي ضم مجموعة من الخبراء من دول العالم المختلفة، ومنها الولايات المتحدة الامريكية وروسيا والصين وبريطانيا^٢ ، على الرغم من تأكيده على ان القانون الدولي بشكل عام وميثاق الأمم المتحدة بشكل خاص ينطبق على ما هو ضروري للحفاظ على السلم والاستقرار وتعزيز بيئة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بصورة آمنة ، الا انه عند صياغة المبدأ المتعلق بالعناية الواجبة في نطاق بيئة التكنولوجيا والاتصالات جاءت عبارات تحذيرية وترغيبية وليست الزامية ، لذا نجدها جاءت بصيغة " ينبغي على الدول ان تسعى الى ضمان عدم استخدام أراضيها من قبل جهات فاعلة غير حكومية للاستخدام غير القانوني لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات " ^٣ .

واذا ما اردنا ان ننطلق الى مساحة اكثر تقاؤلاً بشأن تطبيق العناية الواجبة في الفضاء السيبراني ، فإنه يمكن القول ان دليل تالين (Tallinn Manual) الذي وضعه مجموعة من الخبراء القانونيين والعسكريين يمثل نقطة انطلاق مهمة لتحليل كيفية تطبيق القانون الدولي الإنساني على العمليات والأسلحة السيبرانية .

ولكن مع هذا التقاؤل ، يجب ان يتم التعامل بحذر بشأن قيمته القانونية ، حيث لا يمثل هذا الدليل وثيقة قانونية رسمية ، بل هي اراء لخبراء مستقلين يعبرون عن ارائهم الشخصية ، فهو وان كان يعبر عن عقيدة اكثر خبراء القانون العام كفاءة الا انه لا يمثل الرأي القانوني للدول التي يحملون جنسيتها .

واذا اردنا تحليل حقيقة قبول هذا الدليل نجد ان الفكر القانوني الذي يقف وراء وضع هذا الدليل جاء تلبية للتعبير عن وجهات نظر قانونية متقاربة ، ان لم تكن متماثلة في القانون الدولي ، نابعة عن حضارة قانونية واحدة ، فهذا الدليل

¹ - Malgosia ,Op. cit, p . 298 .

² - U.N. Group of Governmental Experts, Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security , U.N. Doc. A/68/98 (June 24, 2013) .

³ - Michael N. Schmitt , op. cit ,p. 73 .

استحوذت عليه وجهة النظر القانونية للولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا وأستراليا التي تنتمي او تقود النظام القانوني الانكلوسكسوني ، يحذوها في قبوله موقفها السياسي المتقارب في القضايا الدولية الخطيرة ، ومنها بلا شك الفضاء السيبراني، لذا كانت عملية التقدم والتطوير في وضعه سهلة وغير معقدة .

وفي المقابل نجد ان هناك العديد من الصعوبات التي واجهها مجموعة خبراء الأمم المتحدة ، الذين حاولوا وضع المبادئ العامة للعناية الواجبة القابلة للتطبيق في الفضاء الالكتروني ، ويمكن السبب في ذلك لكونهم اكثر تنوعاً ومن خلفيات حضارية وقانونية وسياسية مختلفة .

ومع ذلك يمكن القول ان الموقف الدولي من العناية الواجبة في الفضاء الالكتروني يتحرك بشأن العناية الواجبة وان كان هذا التحرك بطئاً ومنفرد كحالة عامة، ولكن في السنوات الأخيرة كان هناك تحركات جماعية مهمة ، فنجد مثلاً انه في عام ٢٠١٨ صدرت دراسة عن وزارة الدفاع في جمهورية النمسا اشارت فيها الى ان العديد من القوى السيبرانية الكبرى، بما في ذلك روسيا والصين والولايات المتحدة وبريطانيا ، لازالت مترددة في قبول او رفض الطبيعة الملزمة قانوناً للعناية الواجبة ، ومع ذلك فإن دولاً أخرى بما فيها فرنسا وألمانيا وفنلندا وهولندا واسبانيا تعترف بالعناية الواجبة كقاعدة من قواعد القانون الدولي^١ .

الا ان تطورا واضحا حصل في موقف الصين في عام ٢٠٢١ صدر ببيان رسمي يؤكد على الطبيعة الإلزامية للعناية الواجبة في الفضاء الالكتروني ، حيث بينت بأنه " لا يجوز لأي دولة ان تسمح عن علم باستخدام أراضيها او مرافق تكنولوجيا المعلومات والاتصالات او البيانات والمعلومات الخاضعة لسيطرتها الحكومية ، في أنشطة تقوض الامن القومي او مصالح الدول الأخرى " ^٢ .

ومن المواقف الحديثة للولايات المتحدة الامريكية ، التي تعتبر ذات ملامح متطورة من ناحية قبول العناية الواجبة لمواجهة الجرائم والهجمات السيبرانية ، ما اتخذته من إجراءات ضد روسيا في اعقاب مجموعة من الهجمات والجرائم التي استهدفتها ، وان كان يبدو ان موقف الولايات المتحدة الامريكية اعتمد على قدراتها التقنية والفنية الكبيرة لمواجهة تلك الهجمات ، حيث لجأت الى اتخاذ وسيلة

¹ - Federal Ministry of Defence of the Republic of Austria , Handbook on Cybersecurity The Common Security and Defence Policy of the European Union- Volume V, 1st edition ,2018 ,p.31 .

² - Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China , China's Views on the Application of the Principle of Sovereignty in Cyberspace ,p.2 .
يمكن الدخول الى الوثيقة من خلال الرابط الاتي : <https://documents.unoda.org/wp-content/uploads/2021/12/Chinese,Position,Paper,on,the,Application,of,the,Principle,of-Sovereignty-ENG.pdf>

المعاقبة والردع ضد مرتكبي تلك الأفعال بشكل مباشر ، ودون استحصال أو استخلاص موافقة روسيا على ذلك .

الا ان الأساس القانوني الذي تستند اليه الولايات المتحدة الامريكية مركباً من جزئين ، الأول ، عجز او امتناع السلطات الروسية عن اتخاذ الاجراءات بحق مرتكبي تلك الهجمات ، وبذلك اخلت عن تنفيذ التزاماتها بموجب العناية الواجبة التي تفرض عليها اتخاذ مثل تلك الإجراءات لكونها على علم او ينبغي ان تكون على علم بتلك الأفعال ، والأساس الثاني يقوم على فكرة اتخاذ التدابير المضادة ، التي يقرها المجتمع الدولي ، بأن تتخذ الدولة بنفسها مآتراه مناسباً من تدابير وإجراءات لغرض اجبار الدولة المستهدفة على احترام التزاماتها والوفاء بها وجبر الاضرار التي لحقت نتيجة ذلك الاخلال^١ .

ورغم القبول الواضح للعناية الواجبة كأساس للرد ، لكن في حقيقة الامر ان تلك الإجراءات التي اتخذتها الولايات المتحدة الامريكية قد خرقت قواعد الولاية القضائية المعترف بها دولياً من جهة، ومن جهة أخرى لم تؤدي الى ردع الهجمات او الجرائم السبرانية^٢ .

الخاتمة

في خاتمة هذا البحث لابد من التأكيد على ان المبادئ الأساسية في القانون الدولي يجب ان لا يعتريها النقص ولا يشوبها الغموض ، فهي ركائز أساسية تعتمد عليها المنظومة القانونية في تناسقها وتكاملها ، ومن مضامينها تشتت القواعد الناظمة للعلاقات الدولية ، ويمكن من خلالها رسم النظام العام الدولي الذي يحمي الحقوق والحريات ويحفظ السلم والامن الدوليين وينمي التجارة والاقتصاد العالمي ويخلق الظروف الآمنة للنشاطات الدولية التي تعتمد على اليقين والحماية ، وخاصة الفضاء السيبراني الذي اصبح يمثل ذروة النشاط العالمي ، ومما تقد بحثه يمكن ان نخلص الى النتائج الاتية :

١- يمكن القول ان هناك " عقدة قانونية دولية " بشأن تطبيق قواعد القانون الدولي على الفضاء السيبراني ، فعندما تتبنى الدول أسس معيارية للحماية تعتمد فيها تفسيرات القانون الدولي القائم لتنظيم النشاطات الالكترونية ، فان ذلك يعني قيوداً جديدة تحد من حريتها في العمل ، ومن جهة أخرى فان منح السلطة التقديرية للدول في ممارسة نشاطها الالكتروني يجعل منطقة الخطر من الهجمات السيبرانية كبيرة ، لذا نجد ان هذا المجال للتنظيم القانوني لازال بعيداً عن المناقشة القانونية الرسمية للدول ،

^١ - د زهير الحسني ، التدابير المضادة في القانون الدولي العام ، منشورات جامعة بنغازي ، ١٩٩٨ ، ص ٨ .
22 - David P. Fidler , Advanced Introduction to Cybersecurity Law , Edward Elgar Publishing Limited , USA ,2022 ,p.53

ولازال نطاق حركتها في التقدم بطيئة ، وان النشاط القانوني الحقيقي الذي يتصف بالتقدم المتسارع انما هو النشاط الاكاديمي ، وهذا الامر له الكثير من السلبيات ، منها ان نضج قواعده العرفية ، التي يمكن ان تحكم المسائل الأساسية له لن تنشأ الا بعد فترات طويلة لقلّة الممارسة وغموضها وتناقضها ، كما ان عملية التدوين اللاحقة لاي اتفاقية دولية تنظم المسألة لن تجد القواعد الكافية التي ترقى الى مستوى التدوين .

٢- يثير الموضوع إشكالية قانونية تتمثل بأن تحديد المسؤولية الدولية وفقا للعناية الواجبة يتم على أساس الاغفال وليس على أساس الخطأ ، ذلك ان معيار الخطأ الذي كان ملازماً لفكرة المسؤولية الدولية منذ نشأتها يكون له مظهر خارجي في العادة ، ولا يكون كذلك عند تحديد العناية الواجبة في نطاق الفضاء السيبراني .

٣- يرتبط تحقيق العناية الواجبة بالقدرات التكنولوجية التي تملكها الدولة ، فالدول المتقدمة يُطلب منها مستوى اعلى من الدقة في الاستهداف مما هو عليه لدى الدول الأقل تطوراً ، حيث ان الهجمات الالكترونية الموجهة بدقة يكون متاحاً بشكل اكبر من الدول التي لا زالت تستخدم أجهزة بدائية.

٤- يمكن ان تتحقق إمكانية الاسناد المباشر للهجمات السيبرانية ذات الطابع السياسي ، أي تلك الهجمات التي تكون الغاية من ورائها سياسية بشكل واضح ، في حال وضوح الترابط بين الهجمات وبين الخلاف السياسي القائم ، كما هو الحال في الهجمات التي تم نسبتها الى روسيا تجاه كل من جورجيا واستونيا وحلف شمال الأطلسي^١ ، حيث تم نسبة تلك الأفعال الى روسيا لوضوح العلاقة بين الهجمات والاحداث السياسية التي حصلت في حينها ، الا ان هذا الاسناد غير كافي من الناحية القانونية التي تعتمد وسائل مختلفة في الاثبات .

٥- يمكن ان يؤثر مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول الأخرى في ابراز أهمية اثر النشاطات السيبرانية في انتهاك هذا المبدأ ، حيث نجد على ذلك امثلة متعددة يمكن الاستناد اليها في تطبيق هذا المبدأ ، ومنها الهجمات السيبرانية المتعددة التي تحصل اثناء الانتخابات على مستوى العالم^٢ ، وهذا الامر يجعل مثل تلك الهجمات فعلاً غير مشروع من الناحية الدولية لما يمثل من انتهاك لمبدأ عدم التدخل في شؤون الدول الأخرى .

^١ - حصلت هجمات سيبرانية على كل من جورجيا واستونيا عامي ٢٠٠٧ و ٢٠٠٨ نتيجة خلافات سياسية مع روسيا .
^٢ - منها الاتهامات التي وجهتها الولايات المتحدة الأمريكية الى روسيا في التدخل للتأثير على نتائج الانتخابات الرئاسية التي جرت عام ٢٠١٦ .

٦- يوجد خمسة عناصر تميز الهجمات والجرائم السيبرانية عن الهجمات والجرائم الأخرى في الفضاء المادي ، الأولى ، ان ليس لها وجود مادي ملموس ، الثاني ، ان الأنشطة السيبرانية اوجدت افعالاً لم يعهدها نظام التجريم التقليدي ، ثالثاً ان انفاذ القانون الخاص بالجرائم السيبرانية يتطلب تعاوناً دولياً ، رابعاً ، عدم وجود سلطة مركزية للسيطرة على الشبكات الالكترونية ، وهو ما يؤثر على القدرة في إمكانية تحديد الدولة او الإقليم او الجهة التي كانت مصدراً للجريمة ، خامساً ، ان عملية الترابط والانفتاح لنطاق عمل الشبكة خل نقاط ضعف مشتركة تؤثر على جميع مستخدميها^١.

ان العناصر المشار اليها أعلاه تجعل عملية تقصي حقيقة الأدلة الالكترونية غير متوافرة في قبضة سلطة التحقيق التي تسعى لتحقيق العدالة الجنائية ، فانتقال البيانات ونسخها وتجزئتها تتم بين مجموعة كبيرة من الأقاليم تخضع لولايات قضائية متعددة ، واحياناً لكون غير معروفة او غير محددة ، بينما نجد ان سلطة العدالة الجنائية مقيدة بمبدأ الإقليمية . في ضوء ماتقدم يمكن تقديم المقترحات الاتية في هذا الصدد :

- ١- يجب على الدول كافة ، سواء كانت منها المتقدمة او الأقل تقدماً ، ان تولي العناية الواجبة في الفضاء السيبراني أهمية اكبر ، بأعتبره احد الأسس القانونية التي تقوم عليها المسؤولية الدولية ، وهذا الاهتمام يجب ان لا يقتصر على افتراضات غير قابلة للتثبت ، وانما يجب تطويرها بشكل يجعل من الالتزام بها لدفع المسؤولية اكثر وضوحاً .
- ٢- ضرورة تأسيس منظمة دولية او تشكيل جهاز فني يرتبط بالأمم المتحدة يتولى اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المجتمع الدولي من مخاطر واضرار الهجمات السبرانية لما تمثله من خطورة على الامن والسلم الدوليين ، وما يترتب عليها من اضرار اقتصادية جسيمة يمكن ان تهدد الاستقرار الدولي ، وتؤثر في العلاقات الدولية بصورة سلبية .
- ٣- ابرام معاهدة دولية تحت اشراف الأمم المتحدة لغرض تطوير القواعد القانونية المتعلقة بالفضاء السيبراني عموماً ، وان يتم تحديد الالتزامات الدولية المتعلقة بالعناية الواجبة في هذا النطاق ، ذلك ان ما يوجد من تنظيمات وقواعد قانونية لا ترقى الى مستوى التنظيم المتكامل والملزم بشكل واضح ، ولا زالت تعتمد بشكل كبير على العرف الدولي الذي يشوبه الغموض .

¹ - Jan Kleijssen & Pierluigi Perri ,cybercrime , Evidence and territoriality , Issues and options ,Netherland yearbook of international law ,vol.47 ,2016 ,p149 .

٤- على الفقه الدولي المساهمة في تطوير قواعد المسؤولية الدولية في الفضاء السيبراني وذلك من خلال الأبحاث المشتركة مع المتخصصين في الأنشطة الالكترونية لوضع أسس لمعالجة قانونية وفنية يمكن اعتمادها في المنظمات والمؤتمرات الدولية بما يساهم في تحفيز المجتمع الدولي على الاخذ بها واعتمادها .

٥- تطوير أسس وقواعد لتقصي الحقائق عن الهجمات الالكترونية لغرض الوقوف على مصدرها والغاية منها ، ويمكن ان يكون اللجوء الى وسيلة التحقيق كوسيلة دبلوماسية لتسوية المنازعات الدولية وخاصة في الاحداث الالكترونية الجسيمة التي تلحق ضرراً بالبنية الاقتصادية والتجارية والمالية للدول .

المصادر

- i. د . زهير الحسني ، التدابير المضادة في القانون الدولي العام ، منشورات جامعة بنغازي ، ١٩٩٨ .
- ii. د. محمد المجذوب ، الوسيط في القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة السابعة ، ٢٠١٨ .
- iii. Akiko Takano ,Due Diligence obligations and transboundary Environmental Harm , cybersecurity applications ,Vol. 7, No. 4 ,2018 .
- iv. David E. Graham ,Cyber threats and the law of war ,journal of national security law and policy ,vol.4 ,2010 .
- v. David P. Fidler , Advanced Introduction to Cybersecurity Law , Edward Elgar Publishing Limited , USA ,2022 .
- vi. Eric Talbat Jenson ,Cyber Due Diligence ,Oklahoma law Review ,vol.73 ,No.4,2021 .
- vii. Hanqin Hue , Transboundary Damage in International Law, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, the United Kingdom .
- viii. Huge Handeyside ,The Lotus principles in ICJ jurisprudence ,Michigan Journal of international law ,vol.29,2007 .
- ix. Ilias Plakokefalos ,prevention obligations in international environmental law ,yearbook of international environmental law ,vol.23 ,2012 .
- x. Jan Arno Hessbruegge ,The historical development of the doctrines of attribution and due diligence in the international law ,journal of international law and politics - Vol. 36 ,2004 .
- xi. Jan Kleijssen & Pierluigi Perri ,cybercrime , Evidence and territoriality , Issues and options ,Netherland yearbook of international law ,vol.47 ,2016
- xii. Marco Longobardo ,the relevant of the concept of Due Diligence for international humanitarian law, Wisconsin international law Journal ,vol.37 , No.1 .
- xiii. Maria Flemme , Due Diligence in International Law , Master thesis , Faculty of law- University of Lund , 2004 .
- xiv. Martha Finnemore & Duncan B.Hollis ,Constructing norms for global cybersecurity ,American Journal of international law ,November ,2016 .

- xv. Michael N. Schmitt , In Defense of Due Diligence in Cyberspace, the yale law journal forum ,2015 .
- xvi. Samanatha Bessn ,Due diligence in international law ,Nijhooff ,2023 .
- xvii. Thomas Cottier & Zaker Ahmad , the prospect of common concern of humankind in international law , Cambridge University Press , 2021 .

تقارير الأمم المتحدة وهيئاتها

- i. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن نطاق مبدأ الولاية القضائية العالمية وتطبيقه ،الدورة ٦٥ ، ٢٠١٠ ، الوثيقة رقم (A/65/181) .
 - ii. تقرير لجنة القانون الدولي ،الدورة الثانية والخمسون ،التقرير الثالث عن المسؤولية الدولية عن الآثار الضارة الناتجة عن أفعال لا يحظرها القانون الدولي ، ٢٠٠٠ - الوثيقة رقم A/CN.4/501 .
 - iii. حولية لجنة القانون الدولي لعام ١٩٥٧ ،المجلد الثاني ،الوثيقة رقم A/CN.4/106 .
 - iv. التقرير الثالث الذي قدمه المقرر الخاص شينيا موراسي عن حماية الغلاف الجوي ،لجنة القانون الدولي ،الدورة الثامنة والستون ٢٠٠١ ،الوثيقة رقم (A/CN.4/692) .
- الاحكام الصادرة عن محكمة العدل الدولية
- i. حكم محكمة العدل الدولية في قضية قناة كورفو ،الحكم الصادر في ٩/ نيسان/١٩٤٩ .
 - ii. حكم محكمة العدل الدولية في قضية تطبيق اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ،البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود ،الحكم الصادر في ٢٦/شباط/٢٠٠٧ .
 - iii. حكم محكمة العدل الدولية في قضية طاحونتي اللباب الواقعيتين على نهر اوروغواي ،الارجنتين ضد الاوروغواي ،الحكم الصادر في ٢٠/نيسان /٢٠١٠ .
 - iv. حكم محكمة العدل الدولية في قضية بعض الأنشطة التي تقوم بها نيكارغوا على الحدود ٢٠١٥ .

