

القاضي الدكتور / عبد المحسن شيحة

مستشار بمجلس الدولة المصري، دكتوراه في القانون العام من جامعة ستراسبورج (فرنسا)

الدكتور / محمد على المغازي

رئيس المجموعة العربية الأولى لإدارة الطيف الترددي ورئيس المجموعة الإفريقية لتوصيات
الطيف الترددي، دكتوراه في هندسة الكهرباء والإلكترونيات من جامعة ستراثكلايد (إنجلترا)

الطيف الترددي: من الماهية الفيزيائية إلى الطبيعة القانونية في القانون المصري

■ **المراسلة:** د. عبد المحسن شيحة
مستشار بمجلس الدولة، مصر

د. محمد المغازي
رئيس المجموعة العربية الأولى لإدارة الطيف الترددي ورئيس
المجموعة الإفريقية لتوصيات الطيف الترددي، مصر

■ **معرف الوثيقة الرقمي (DOI):** <https://doi.org/10.54873/jolets.v3i1.103>

■ **البريد الإلكتروني:** abdelmohssen.sheha2@etu.unistra.fr

■ **نسق توثيق البحث:**

د. عبد المحسن شيحة، د. محمد المغازي، الطيف الترددي: من الماهية
الفيزيائية إلى الطبيعة القانونية في القانون المصري، مجلة القانون
والتكنولوجيا، المجلد ٣، العدد ١، أبريل ٢٠٢٣. صفحات 243 - 318

الطيف الترددي: من الماهية الفيزيائية إلى الطبيعة القانونية في القانون المصري (١)

القاضي د. عبد المحسن شيحة، د. محمد المغازي

الملخص:

الطيف الترددي هو أحد الموارد الطبيعية النادرة التي تستخدم في كافة التطبيقات التكنولوجية المعاصرة التي تعتمد على نقل البيانات لاسلكياً.

وقد كان للأهمية الخاصة التي يتمتع بها ذلك المورد الطبيعي أن اهتمت الدول والمجتمع الدولي ككل بتنظيم الانتفاع به واستخدامه على نحو يكفل تعظيم العائد منه، للمنتفع به ولصالح المجتمع بصورة أشمل.

وإذا كان القانون المصري قد اهتم بتنظيم الطيف الترددي منذ مطلع القرن العشرين، فقد كان اهتمامه به مقصوراً على تنظيم بعض استخداماته، دون التعرُّض لتكييف الطيف الترددي ذاته. ولذلك - ونزولاً على الفهم الدقيق لماهية الظاهرة واستخداماتها، وعلى نهج القانون المقارن - فقد أُعد هذا المقال كمحاولة جادة لإخضاع الطيف الترددي للقواعد القانونية العامة في القانون المصري بهدف تحديد طبيعته وأحكامه.

الكلمات الرئيسية:

اتصالات، الطيف، موجات كهرومغناطيسية، شبكات، تراخيص، أموال الدولة العامة.

(١) يعبر هذا المقال عن الآراء الشخصية لمعديه، ولا تُنسب الآراء الواردة فيه إلى أية جهة انتسبوا إليها في الماضي، أو ينتسبون إليها في الوقت الحالي. وقد أُعد هذا المقال كمقالٍ مشتركٍ بين معديه بالتساوي بينهما، دون أن يكون لترتيب الأسماء أثر في حقوق الملكية الفكرية المنسوبة لكلٍ منهما.

Radio Spectrum: From Physical to Legal Nature in Egyptian Law

Judge. Dr. Abdelmohsen Sheha, Dr. Mohamed El-Moghazi

Abstract:

Radio spectrum is a scarce natural resource that is being widely used in modern technology applications that count on wireless data transfer.

Due to the importance of spectrum utilization, countries and the international community regulated its use in the best interest of the licensees and of the Community as a whole.

Since the XXe Century, spectrum has been regulated in Egyptian law. However, the objective of that regulation was the applications of spectrum more than the spectrum itself. Therefore, drawing on the exact understanding of the physical phenomenon of spectrum, and following a methodology of comparative law, this article was drafted as a serious attempt to identify spectrum as a legal object according to the Egyptian general legal rules, and a study of the applicable legal framework.

Keywords: Telecommunications, Spectrum, Electromagnetic waves, networks, licenses, public domain.

تمهيد:

يعد الطيف الترددي من الموارد الطبيعية النادرة التي يُعتمد عليها بصورة رئيسية في تشغيل كافة وسائل الاتصالات في العصر الحديث، وربط الشبكات، ونقل البيانات لاسلكياً بمختلف صورها، وكذا في تطوير العديد من التكنولوجيات المتصلة باستخدام الترددات اللاسلكية.

ونظراً لارتباط الندرة بالأهمية، فقد عنى القانون المصري - كغيره من التشريعات المقارنة - بتنظيم استخدام الطيف الترددي على نحو يسمح بتعظيم العائد منه، ومنع التداخل بين استخداماته المختلفة. وقد صدرت في سبيل ذلك العديد من التشريعات المصرية منذ مطلع القرن العشرين، كان القاسم المشترك بينها جميعاً، ورغم تميز الحديث منها بالدقة غير المسبوقة، هو عدم تحديد الماهية القانونية للطيف الترددي بصورة قاطعة، والاكتفاء بإبراز بعض الأحكام القانونية التي تنظم استخدامه واستغلاله.

وانطلاقاً من ذلك، فإن التساؤل حول الطبيعة القانونية للطيف الترددي كان ولا يزال مطروحاً على بساط البحث القانوني، وهو ما لم يتم التصدي له وتأمله وتناوله بصورة مدققة.

وتستدعي دراسة الطيف الترددي، بخلاف غيره من الموضوعات الواقعة على المحسوسات القابلة للوصف المباشر، فحصاً عميقاً، ودارساً متأنياً، وفهماً دقيقاً لتلك الظاهرة، لتحديد ماهيتها بصورة صحيحة، تتفق وحقيقتها الفيزيائية، قبل الانتقال بعد ذلك إلى محاولة توصيفها توصيفاً قانونياً ينسجم وتلك الحقيقة.

ومن هنا، فقد جاءت أهمية دراسة الطيف الترددي اعتماداً على العلوم الطبيعية، كمقدمة أساسية وضرورية لفهم الظاهرة محل الدراسة واستيعابها، قبل تناولها من منظور القانون، بما يُمكن القارئ من فهم ماهية وطريقة استغلال وإدارة تلك الظاهرة الطبيعية بطريقة سليمة، قبل استقراء وتحليل الأحكام القانونية الواجبة التطبيق عليها.

الطيف الترددي: من الماهية الفيزيائية إلى الطبيعة القانونية في القانون المصري

ومن هنا، فقد جاءت فكرة اشتراك المتخصصين في هذا المجال، من الفنيين والقانونيين معاً؛ ليطرحوا للقارئ رؤية واضحة حول ماهية تلك الظاهرة واستخداماتها وأحكامها، فيزيائياً ثم قانونياً، وذلك لما بين الرؤيتين من ترابط واضح على نحو ما سيدركه القارئ عند قراءة هذا المقال.

الفصل الأول ظاهرة الطيف الترددي واستغلاله

الطيف الترددي هو ظاهرة فيزيائية يستدعي التعرض لها توضيح ماهيتها (أ)، ثم طريقة استغلالها محلياً ودولياً (ب).

(أ) - الماهية الفيزيائية للطيف الترددي واستخدامه: ماهية الطيف الترددي:

يعد الطيف الترددي أو الراديوي مكوناً رئيسياً في تقديم الخدمات اللاسلكية، ويعد التليفزيون والراديو ونظم تحديد المواقع العالمي (GPS) والتليفون المحمول والشبكات المحلية اللاسلكية (Wi-Fi) والبث عبر الأقمار الصناعية أمثلة على التطبيقات الممكنة لاستخدام الطيف الترددي.

ومن الناحية الفيزيائية، فيتصل الطيف الترددي أول ما يتصل بفكرة أساسية في الفيزياء، وهي فكرة الموجات الكهرومغناطيسية⁽¹⁾ Electromagnetic waves. ويمكن تعريف الموجة الكهرومغناطيسية بأنها انتقال للطاقة (المكونة من فوتونات photons) من نقطة إلى أخرى بسرعة الضوء من غير انتقال المادة في حد ذاتها⁽²⁾. وتختلف الموجة الكهرومغناطيسية بذلك عن المادة، إذ ليس لها كتلة، ولا تحتاج بالضرورة لوسط مادي لتنتقل، فهي قد تنتقل في وسط مادي، أو قد تنتقل في الفراغ.

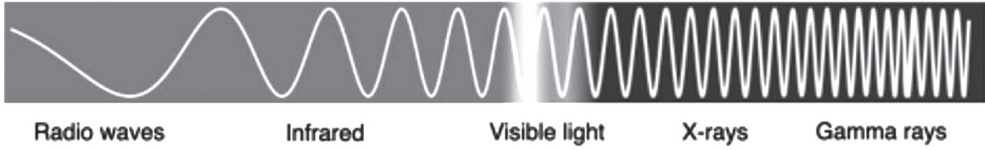
والطيف الترددي يعبر بذلك عن مجال حدوث الموجات الكهرومغناطيسية بمختلف أطوالها وأنواعها. ويمكن تعريف كلمة (طيف) بأنها توزيع لخواص نظام أو ظاهرة فيزيائية أو نطاق لقيم كمية أو مجموعة من الكميات ذات الصلة⁽³⁾. فإذا كان محل ذلك التوزيع في الخصائص هو الموجات الكهرومغناطيسية، أصبحنا بصدد الطيف الكهرومغناطيسي Electromagnetic Spectrum.

(1) وهو نوع معين من الموجات يتميز من حيث الخصائص عن الموجات الميكانيكية Mechanical waves. حول الموجات في علوم الفيزياء بصورة عامة، أ. أ. Anthony L. Gerig. Introduction to wave physics, 2021, available on https://www.researchgate.net/publication/349721510_Introduction_to_Wave_Physics.

(2) <https://www.weather.gov/jetstream/electro#:~:text=Electromagnetic%20waves%20are%20not%20like,solid%20objects%20and%20even%20space>.

(3) A. H. Dictionaries, A. H. Spectrum. The American Heritage Dictionary of the English Language, Houghton Mifflin Company, 2001.

والطيف الراديوي لا يُعبر عن الطيف الكهرومغناطيسي بكامله. فتشمل الموجات الكهرومغناطيسية جميع الترددات الممكنة للإشعاع الكهرومغناطيسي بما في ذلك الراديو والضوء المرئي والأشعة السينية وأشعة جاما (أ. الشكل البياني رقم ١). وبذلك، فإن الطيف الراديوي يمكن تعريفه بأنه جزء من الطيف الكهرومغناطيسي من الحيز الترددي ٣, ٨ كيلوهرتز إلى ٣٠٠٠ جيجا هرتز^(١) وهو الجزء المتاح للاستخدام من الطيف المغناطيسي والمخصص لنحو ٤٠ نوعاً مختلفاً من أنواع خدمات الراديو.



الشكل البياني رقم ١

الطيف الكهرومغناطيسي

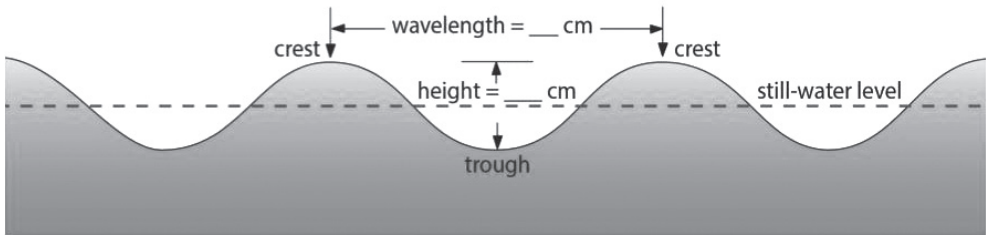
ويمكن للإشارات الراديوية أن تتعايش في المساحة المادية نفسها بسبب القدرة على عزل الإشارات باستخدام خصائص فيزيائية مختلفة لإرسالاتها ومنها الحيز الترددي المستخدم لكل منهم. وبالإمكان أيضاً فصل العديد من مستخدمي الطيف عن طريق تخصيص نطاقات ترددية مختلفة لهم.

وتُعرَّف الإشارة الراديوية بأنها كمية قابلة للاكتشاف (على سبيل المثال، التيار، الجهد، المجال الكهرومغناطيسي) التي تختلف بمرور الوقت. يسمى جزء الإشارة الذي يكرر نفسه بالدورة، والوقت بين تلك التكرارات هو فترته، بينما التردد هو عدد الدورات التي تحدث في ثانية واحدة، ويتم تعريفه بوحدة هيرتز، وهو اسم آخر للدورة في الثانية حيث إن تردد الإشارة هو مقلوب فترتها.

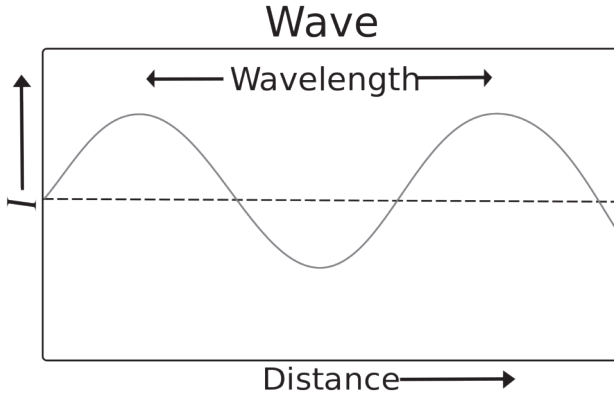
وطيف الراديو هو توزيع الترددات الراديوية. ويمثل كل تردد جزءاً من الطيف الراديوي. ويستخدم مصطلح «الطيف» عادة بدلاً من «الطيف الراديوي» للإشارة إلى المعنى نفسه.

(1) ITU-R. Article 1: Terms and Definitions. Radio Regulations, 2020.

وتتولد الموجة الكهرومغناطيسية نتيجة مرور التيار الكهربائي في مسار محدد. فيولد الجهد الكهربائي حول المسار مجالاً كهرومغناطيسياً Electromagnetic field تنتشر فيه الموجات الكهرومغناطيسية. وتشبه الموجة الكهرومغناطيسية التي تتولد حول المسار تلك التي تحدث عند لقاء حجر في بحيرة، فتُحدث موجات متتابعة^(١) (أ. الشكل البياني رقم ٢). وبذلك فإن الموجات الكهرومغناطيسية ليست بذاتها هي التيار الكهربائي، وإنما هي تتولد بفعل مرور التيار الكهربائي في مسار محدد بما يخلق مجالاً كهرومغناطيسياً حول المسار تنتشر فيه الموجات. ويختلف مدى الموجة وقوتها بحسب قوة التيار الكهربائي المولد لها (أ. الشكل البياني رقم ٢).



الشكل البياني رقم ٢
الموجات المتحركة بالوسط المائي



الشكل البياني رقم ٣
الموجات الكهرومغناطيسية

(١) د. انشراح الشال، محاولات الإنسان الاتصال عن بُعد سلكياً ولا سلكياً: دراسة في تكنولوجيا الاتصال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص. ١٥٨.

ولا يتقيد مرور الموجات الكهرومغناطيسية بضرورة وجود وسط معين، فبمجرد تولدها تسير الموجات بحسب الأصل في خطوط مستقيمة عبر كافة أنواع الأوساط الجوية والمائية والبرية، وإن كانت طبيعة ذلك الوسط قد تؤثر على مرور الموجة، وعلى أمد انتشارها أو انعكاسها في بعض الأحوال. كما يمكن للموجة، وكما سبق القول، أن تعبر حتى في الفراغ، أي دون وجود وسط مادي، وهو ما يحدث عند انتقال الموجات في الفضاء.

والطيف الترددي هو مورد غير متجانس، حيث إن له خصائص مختلفة وفقاً للنطاق الترددي المستخدم. على سبيل المثال، فإن الموجات اللاسلكية في الترددات أقل من ١٠٠ ميغاهيرتز قادرة على الانتشار لمسافات طويلة جداً. على العكس من ذلك، تنتشر الموجات اللاسلكية فوق ٥ جيجاهيرتز لمسافات قصيرة.

ويوصف الطيف الترددي بأنه مورد طبيعي محدود؛ لأن نطاق الترددات المناسبة للاتصالات اللاسلكية - وكما سبق القول - يقتصر على نطاقات الطيف من ٩ كيلو هرتز إلى ٣٠٠٠ جيجا هرتز. ولا ينبغي الخلط بين محدودية الطيف واستهلاكه، إذ إن الطيف الترددي ذاته غير قابل للنضوب؛ لأنه قابل لإعادة الاستخدام بلا حدود ولا يستهلك عن طريق ذلك الاستخدام.

وينبغي على ندرة الترددات أن تستخدم الترددات نفسها من قبل عدة مستخدمين في المكان والزمان نفسيهما يؤدي إلى التأثير الضار على جميع المستخدمين أو بعضهم فيما يسمى بظاهرة «التداخل»^(١) Interference. وتتطلب قضية التداخل التنسيق بين مختلف المستخدمين. وتقديماً لذلك، فيمكن تقاسم الطيف الترددي بين المستخدمين عبر أربعة أبعاد: التردد في حد ذاته (أي تقسيم الترددات)، والموقع المكاني (أي استخدام ذات التردد في نطاقات إقليمية مختلفة)، والوقت (أي استخدام ذات التردد بفواصل زمنية)، أو عن طريق فصل الإشارة^(٢).

(1) M. Cave et al. Essentials of modern spectrum management. The Cambridge wireless essentials series. Cambridge ; New York, Cambridge University Press, : xii, 265 p, 2007

(2) ITU-R. ITU-R Recommendation SM.1132-2: General Principles and Methods for Sharing Between Radiocommunication Services or Between Radio Stations. SM Series. Spectrum Management, 2001.

وقد قللت التقنيات التكنولوجية الحديثة إلى حد ما من ندرة الطيف الترددي مثل أجهزة الراديو المعرفية Cognitive Radio التي تتميز بالذكاء الكافي للتمييز بين الإشارات وعدم التعرض للتداخل، حيث يمكن أن يزيد ذلك من توافر الطيف عن طريق استخدامه بشكل أكثر كفاءة رغم تخصيصه لأكثر من مستخدم. ومع ذلك، يُعتقد أن مشكلة الندرة ستظل موجودة دائماً؛ لأن الطيف الترددي دائماً ما يخلق طلباً خاصاً مما قد يؤدي لملء أي سعة طيف إضافية، كما أن التكنولوجيات الحديثة ليست بالكفاءة المثالية القادرة على التغلب على محدودية الطيف الترددي الصالح للاتصالات اللاسلكية.

استخدام الطيف الترددي:

أسهم فهم الإنسان لمبادئ الظاهرة المشار إليها عاليه في تطويعها لاستخدامها فيما يُحقق الفائدة له. إذ تم استخدام الطيف الترددي لأول مرة للإرسال اللاسلكي في عام ١٨٩٥ عندما أرسل ألكسندر بوبوف وجولييلمو ماركوني إشارة لاسلكية لمسافة قصيرة في روسيا وإيطاليا، وبعد ذلك بوقت قصير، تم بث أول صوت بشري في عام ١٩٠٦^(١).

وقد حدث أول استخدام تجاري للراديو، وهو الإبراق الراديوي، في بداية القرن العشرين، وكان تطبيقه الأساسي في الاتصالات البحرية، حيث كان يُنظر للإبراق الراديوي على أنه تقدم كبير في الشحن الآمن والسيطرة على السفن البحرية. وقد أدت المنافسة الشديدة غير المنظمة في استخدام الطيف إلى التداخل بين المستخدمين، بما دفع لفرض قيود على استخدام الأجهزة اللاسلكية وتخصيصها لإحدى الشركات، ومنها شركة ماركوني، والتي أرست الاحتكار عن طريق إنشاء محطات ساحلية في البلدان البحرية الرئيسية، ومنع هذه المحطات من التعامل مع الرسائل الواردة من السفن التي تستخدم معدات من جهة تصنيع مختلفة، وبالتالي خلق حافز للسفن لاستئجار معدات ماركوني. هذه السفن بدورها كانت مقيدة أيضاً بالتواصل فقط مع المحطات التي تستخدم معدات ماركوني^(٢).

(1) V. Timofeev. From Radiotelegraphy to Worldwide Wireless, How ITU Processes and Regulations Have Helped Shape the Modern World of Radiocommunications. ITU News, 2006.

(2) B. P. Freyens. «A Policy Spectrum for Spectrum Economics.» Information Economics and Policy 21, 2009.

وفي أوائل عام ١٩٠٢، حاول الأمير هنري من بروسيا إرسال رسالة من سفينته إلى الرئيس روزفلت يشكره فيها بعد زيارة للولايات الأمريكية المتحدة، ولم يتمكن من إرسال الرسالة؛ لأن مشغل معدات ماركوني رفض نقلها بسبب اختلاف معدات سفينة الأمير. بعد ذلك بوقت قصير، اقترحت الحكومة الألمانية مؤتمرًا دوليًا للنظر في اتفاقية دولية لتنظيم الاتصالات البحرية. وقد عقد هذا المؤتمر في أغسطس ١٩٠٣ في برلين بحضور العديد من الدول الأوروبية والولايات المتحدة. وانتهى المؤتمر ببروتوكول مقترح كان من شأنه أن يتطلب من جميع المحطات الاتصال البيني وقبول الرسائل من أية سفينة. لم تتفق بريطانيا العظمى وإيطاليا في الترتيبات التعاقدية مع ماركوني، لكن جميع المندوبين وافقوا على تقديم الاتفاقية إلى حكوماتهم واستخدامها كأساس لاتفاقية مستقبلية مقررة مبدئيًا في العام المقبل. وعقد بعد ذلك المؤتمر الدولي الأول للاتصالات الراديوية في برلين عام ١٩٠٦، وأسس أول جدول دولي للترددات. كما تم إرساء مبدأ التواصل الإجباري بين البر والسفن في البحر^(١).

ومنذ ذلك الحين، فقد تطورت استخدامات الطيف الترددي بصورة متسارعة، وأصبح يستخدم في مجالات عديدة، وصولًا إلى الاستخدام الذي يشعر به الأفراد في المجتمع من خلال استخدام التليفون اللاسلكي (المحمول).

ب. إدارة الطيف الترددي واستغلاله محليًا ودوليًا

إدارة واستغلال الطيف الترددي على المستوى المحلي

يعتبر الطيف الترددي موردًا طبيعيًا ذا خواص مختلفة عن الموارد الطبيعية الأخرى مثل الماء والطاقة الشمسية؛ ولذا فإنه يحتاج إلى أسلوب مختلف في إدارة الموارد. وفي الوقت الحالي، تشتمل إدارة الطيف الترددي على تخصيص نطاقات الطيف المختلفة لخدمات الاتصالات الراديوية المختلفة (مثل الثابتة والمتنقلة)، والسماح للمستخدمين بالوصول إلى أجزاء معينة من الطيف، وإدارة معايير التوافق الكهرومغناطيسي للأجهزة اللاسلكية، ومراقبة استخدام الطيف الترددي لمنع الاستخدامات غير المصرح بها.

وقد تطورت طريقة إدارة الطيف الترددي بمرور الوقت حتى وصلت إلى شكلها

(1) V. Timofeev. From Radiotelegraphy to Worldwide Wireless, How ITU Processes and Regulations Have Helped Shape the Modern World of Radiocommunications. ITU News, 2006.

الحالي. ففي الأيام الأولى للاتصالات اللاسلكية كان يُنظر إلى الطيف على أنه مورد طبيعي جديد لا ينضب، ويمكن استخدامه بشكل شائع وحر من قبل الجمهور. وحين ذلك لم يكن مفهوم حق الملكية أو حيازة الطيف الترددي معترفاً به. إلا أنه وبمرور الوقت أصبحت قضية التداخل حرجة وعاجلة لأسباب مختلفة⁽¹⁾.

فعلى سبيل المثال كان إرسال الإشارة من أجهزة الراديو يتم عبر نطاق واسع من الترددات في بداية القرن العشرين بسبب نقص المعرفة حول كيفية ضبط أجهزة الإرسال والاستقبال، كما لم يكن من الممكن تقدير مقاييس الأطوال الموجية قبل عام ١٩٠٥. بالإضافة إلى ذلك، فقد فضل العديد من المشغلين الإرسال عبر نطاق واسع من الترددات لتجنب الضبط الدقيق للمستقبلات. كما كانت أجهزة الإرسال تستخدم في الإرسال بقوة كبيرة للوصول إلى مسافات طويلة. وقد دعت كل هذه الاستخدامات غير الدقيقة إلى تغيير وجهة النظر حول الطيف من سلعة عامة إلى مورد نادر يحتاج إلى إدارة متخصصة⁽²⁾.

وفي بداية القرن العشرين، تمت مناقشة البدائل المتنوعة لنهج إدارة الطيف. فعلى سبيل المثال، كانت إحدى الرؤى في الولايات المتحدة تركز على أن تقوم القوات البحرية بتنظيم وتشغيل محطات السواحل اللاسلكية مع قصر أنشطة الشركات اللاسلكية التجارية على البحث والتصنيع. بينما كان أحد الاقتراحات الأخرى هو أن يكون هناك نهج تنظيمي تعاوني ومختلط تدير فيه الشركات البحرية والتجارية المحطات الساحلية⁽³⁾. وقد تباينت نتيجة النقاش في جميع أنحاء العالم، حيث صدر أول قانون لإدارة الطيف الترددي في عام ١٩٠٣ في نيوزيلندا، وتم منح الحكومة الحقوق الوحيدة لإدارة الاتصالات اللاسلكية.

وفي المملكة المتحدة، تم تنظيم الاتصالات اللاسلكية بموجب قوانين التلغراف لعام ١٨٦٨ و ١٨٦٩. وفي عام ١٩٠٤، اعتُبر مكتب البريد بمثابة الجهة المنوط بها تنظيم

(1) R. Struzak. Introduction to International Radio Regulations. ICTP Lecture Notes. S. M. Radicella. Italy, The Abdus Salam ICTP, 2003.

(2) E. Kruse. «From Free Privilege to Regulation: Wireless Firms and the Competition for Spectrum Rights Before World War I.» The Business History Review 76(4), 2002.

(3) E. Kruse. «From Free Privilege to Regulation: Wireless Firms and the Competition for Spectrum Rights Before World War I.» The Business History Review 76(4), 2002.

اللاسلكي، ثم قامت الحكومة بتأميم محطات الشاطئ اللاسلكية الخاصة. وفي الولايات المتحدة صدر قانونان (قانون السفن اللاسلكية لعام ١٩١٠ وقانون الراديو لعام ١٩١٢) لتنظيم الاتصالات اللاسلكية. بالإضافة إلى ذلك، تم حجز نصف الطيف الترددي للاستخدام الحكومي. وطلب من المستخدمين الحصول على ترخيص بذلك من وزير التجارة. كان الدافع الرئيسي وراء ذلك هو مأساة تيتانيك التي أدت إلى تخصيص أجزاء كبيرة من الطيف للبحرية الأمريكية^(١).

ومنذ ذلك الحين تم تنظيم الطيف بشكل صارم من قبل الحكومات لعدة أسباب بما في ذلك ما يلي. **الأول**: هو الأمن القومي للتطبيقات الراديوية وخاصة التلغراف اللاسلكي. **والثاني**: هو عدم نضج تكنولوجيا الراديو في أيامها الأولى^(٢). **السبب الثالث**: كان احتكار شركة ماركوني للإبراق اللاسلكي الذي دفع الحكومات إلى إرساء السيادة الوطنية على الطيف الراديوي^(٣).

وقد كان النهج الحكومي هو الطريقة التقليدية السائدة لإدارة الطيف من أوائل الثلاثينيات حتى عام ١٩٩٤، حيث أصبح من الممكن تخصيص جزء من الطيف لشركات خاصة لاستغلالها تجارياً، عندما أجرت لجنة الاتصالات الفيدرالية (FCC) أول مزاد للطيف على الإطلاق^(٤).

وبصفة عامة توجد ثلاث طرق لتخصيص الطيف الترددي^(٥). **الطريقة الأولى**: إدارية بحتة، ويتم فيها التخصيص بترتيب استلام طلبات الترخيص. يتم استخدام هذه الطريقة عادة عندما يكون الطلب على الطيف الترددي أقل من المتوافر من الترددات؛ ولذا يمكن التخصيص لجميع المستخدمين. **الطريقة الثانية**: قائمة على استخدام أدوات السوق، ومنها إجراء مزاد الطيف، والسماح بتداول حيازة الطيف الترددي. وعادة يتم استخدام هذه الطريقة في حالة ندرة الترددات المتاحة وكثرة

(1) B. K. Marcus. «The Spectrum Should Be Private Property: The Economics, History, and Future of Wireless Technology.» Essays In Political Economy, Ludwig von Mises Institute, 2004.

(2) R. Horvitz (2013). Geo-Database Management of White Space vs. Open Spectrum. Tv White Space: A Pragmatic Approach. E.Pietrosemoli and M.Zennaro. Trieste, ICTP.

(3) B. P. Freyens. «A Policy Spectrum for Spectrum Economics.» Information Economics and Policy 21, 2009.

(4) Cramton, P. (2002). Spectrum Auctions. Handbook of Telecommunications Economics. M. Cave, S. Majumdar and I. Vogelsang. Amsterdam, Elsevier Science B.V.

(5) J. Chaduc and G. Pogorel (2008). The Radio Spectrum.Managing a Strategic Resource. London, ISTE Ltd, 2008.

الجهات الطالبة لها، وفي حالة الاستخدامات التجارية ذات القيمة العالية للمستخدمين. أما الطريقة الثالثة: فيتم فيها الإعفاء من الترخيص، وذلك في الحالات التي يمكن فيها استخدام الطيف الترددي من قبل مستخدمين عديدين بقدرات إرسال منخفضة وباحتمالية تداخل قليلة.

وترتبط طرق التخصيص ارتباطاً وثيقاً بنظام الترخيص الذي يتم تطبيقه على المستخدم النهائي للطيف الترددي، وهي بالتبعية تكون مرتبطة بنظام لتسعير الترددات. وللتسعير دور رئيسي في أي نظام اقتصادي؛ لأنه يسهل تخصيص الموارد النادرة ومنها الطيف الترددي. ويُعبّر التسعير بذلك عن حجم العرض والطلب على الترددات المختلفة، بما يختلف معه التسعير، ارتفاعاً وانخفاضاً، وفقاً لما إذا كان الجزء من الطيف يتم تخصيصه بنظام التخصيص أم الترخيص⁽¹⁾.

ففي حالة الترخيص الإداري تقرر الهيئة التنظيمية كيفية استخدام الطيف من خلال تحديد الاستخدامات المناسبة والتقنيات ومن سيستخدم الطيف ومدة الاستخدام. ويتم التخصيص والترخيص بأسبقية التقدم للحصول على الترخيص أو من خلال مزايده عامة. وعادة يستخدم نوع من التسعير التنظيمي، والذي يستند إلى استرداد التكاليف السنوية لإدارة الطيف من قبل الجهات التنظيمية. ويمكن أيضاً الاستناد في التسعير إلى الربح المرتبط باستخدام الطيف الترددي، أو استخدام التسعير التحفيزي، والذي يهدف إلى توفير بعض الحوافز للمستخدم لاستخدام الطيف بكفاءة، بحيث تخفض رسوم الترخيص كلما كان زادت الكفاءة في الاستغلال.

وفي حالة الترخيص المعتمد على أدوات السوق، فيتم تحديد سعر الطيف الترددي بناءً على السعر النهائي للمزاد، والذي يقدم مقاربة دقيقة لقيمة الطيف بطريقة موضوعية وشفافية. ويمكن بعد ذلك السماح بتداول الطيف في سوق ثانوي حر؛ حيث يتم اعتبار تخصيص الطيف حقاً قانونياً في الحياة، والتي يمكن نقلها إلى مستخدم آخر طالما لا يوجد تدخل من المستخدمين الآخرين.

وقد ظهرت فكرة تطبيق نظام السوق على الطيف الترددي في الولايات المتحدة في فترة الخمسينيات في القرن الماضي؛ حيث أوضح هرتزل أن الطيف الراديوي مشابه

(1) ITU (2018) Economic Aspects of Spectrum Management, Rep. ITU-R SM.2012-6.

لأية سلعة أخرى (مثل المعدات) يتنافس على شرائه المستخدمون⁽¹⁾. ودعم Coase في عام ١٩٥٩ حجة هرتزل في مقاله المشهور «لجنة الاتصالات الفيدرالية» واقترح أن يتم التعامل مع تخصيصات الطيف بطريقة مماثلة لحقوق الملكية. بالإضافة إلى ذلك، زعم Coase بأن الهدف من منظم الاتصالات أن يتم تخصيص الترددات بطريقة تؤدي إلى زيادة الإنتاج إلى الحد الأقصى، وليس تقليل التداخل، ويجب ألا يكون التداخل مشكلة طالما أن المكسب منه أكبر بكثير من الضرر الذي ينتج عنه⁽²⁾. وعمم Coase حجته بعد ذلك في مقالته الحائزة على جائزة نوبل بعنوان: «مشكلة التكلفة الاجتماعية» حيث اقترح نهجاً للتعامل مع الآثار الضارة على الآخرين، يعتمد على مقارنة إجمالي الناتج الاجتماعي الناتج عن الترتيبات الاجتماعية البديلة. لذلك، يمكن السماح بتداخل أحد المستخدمين مع الآخر إذا كانت الفوائد التي تعود على المجتمع أكبر بكثير مما في حالة تحديد حدود التداخل. ومن خلال تطبيق هذا الفرض في مسألة التداخل في الاتصالات اللاسلكية، يمكن السماح بالتداخل في النطاقات المجاورة إذا كانت قيمة الزيادة في السعة و / أو انخفاض تكلفة المعدات أكبر من قيمة الخسارة من جانب الجار بسبب التداخل⁽³⁾.

أما النموذج الثالث للترخيص فيعتمد على الإعفاء من الترخيص وبالترتبة من الرسوم في حالات تحددها الهيئة التنظيمية عندما تكون الأجهزة اللاسلكية بإمكانها استخدام الترددات وحل مشكلة التداخل تلقائياً من قبل المستخدمين أنفسهم دون تدخل من الهيئة التنظيمية. يكوم هذا النموذج ملائماً لنطاقات الترددات منخفضة الندرة.

إدارة واستغلال الطيف الترددي على المستوى الدولي:

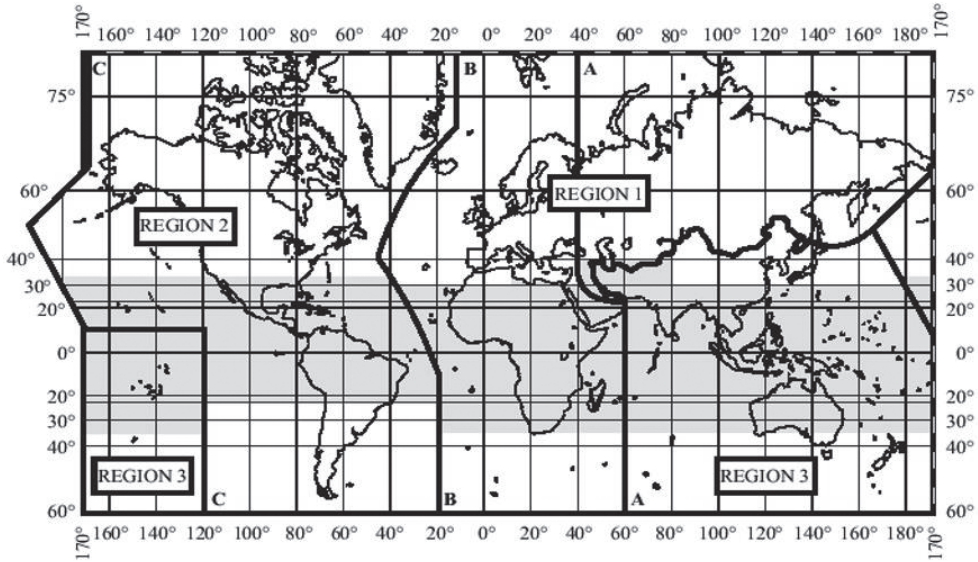
إن إدارة واستغلال الطيف الترددي هي مسألة لا تُعنى بها فقط كل دولة من الدول داخل حدودها، بل لها أبعاد متخطية للحدود، ولا سيما في مسائل الاتصالات بالأقمار الصناعية وتوحيد القياسات الفنية لأجهزة الاتصالات، الأمر الذي يستدعي وجود تنظيم وتنسيق دولي للمسائل الخاصة بإدارة واستغلال الطيف الترددي.

(1) L. Herzel. «Public Interest' and the Market in Color Television Regulation.» University of Chicago Law Review, 1951.

(2) R. H. Coase. «The Federal Communications Commission.» Journal of Law & Economics 2(1): 1-40, 1959.

(3) R. H. Coase. «The Problem of Social Cost». Journal of Law & Economics, 3(Oct), 1-44, 1960.

وعلى المستوى الدولي، ينادى بالاتحاد الدولي للاتصالات
International Telecommunications Union (ITU) إدارة الموارد من طيف الترددات
الراديوية والمدارات الخاصة بالأقمار الصناعية في العالم من خلال قطاع الاتصالات
الراديوية (ITU-R)، وذراعه التنفيذي، مكتب الاتصالات الراديوية (BR)⁽¹⁾. وتعتبر
لوائح الراديو (Radio Regulations) المعاهدة الدولية الملزمة التي تقر طريقة تقاسم
الخدمات المختلفة للطيف الترددي بما فيها الخدمات الفضائية. وتغطي لوائح الراديو
الخدمات الراديوية الثابتة والمتنقلة، والأنظمة الساتلية (المتعلقة بالأقمار الصناعية)،
والبث الإذاعي والتلفزيوني، والملاحة الراديوية، ومراقبة الأرصاد الجوية، والبحوث
الفضائية، واستكشاف الأرض، فضلاً عن راديو الهواة. وتقسم لوائح الراديو العالم
إلى ثلاث مناطق بالنسبة لتوزيعات خدمات الراديو، حيث تحتوي المنطقة الأولى على
أفريقيا وأوروبا والشرق الأوسط والمنطقة الثانية على الأمريكيتين والمنطقة الثالثة على
آسيا كما هو مبين بالشكل التالي:



الشكل البياني رقم ٤

مناطق توزيع الطيف الترددي للخدمات الراديوية

(1) ITU-R. Handbook on National Spectrum Management. ITU, Geneva, 2015.

ويستعرض قطاع الاتصالات الراديوية لوائح الراديو ويحدثها عن طريق المؤتمرات العالمية للاتصالات الراديوية (WRC)، التي تعقد كل أربع سنوات لمدة أربعة أسابيع⁽¹⁾. وتقوم المؤتمرات العالمية للاتصالات الراديوية بمراجعة طريقة توزيع أجزاء محددة من الطيف الراديوي، بالإضافة إلى تنسيق تخصيصات الترددات وتعديلات الخطط الراديوية والإبلاغ عنها وتسجيلها. ويجمع المؤتمر مختلف الحكومات لكي تتفاوض بشأن التعديلات ذات الصلة بلوائح الراديو للسماح بإدخال خدمات وأنظمة راديوية جديدة. وتُستكمل اللوائح الدولية المتعلقة بالطيف، كما اعتمدها المؤتمرات العالمية للاتصالات الراديوية، من خلال مراجعة لوائح الراديو، ومن خلال القواعد الإجرائية التي توضح، عند الضرورة، الطريقة التي يجب أن تطبق بموجبها لوائح الراديو. وهذه القواعد الإجرائية تعتمدها لجنة لوائح الراديو (RRB) التي تتألف من ١٢ عضواً منهم عضو من مصر، يتم اختيارهم لما لديهم من مؤهلات وخبرة وتمثيل على المستوى الإقليمي⁽²⁾.

وتستند لوائح الراديو إلى المبادئ التالية⁽³⁾:

- يسعى الأعضاء إلى الحد من عدد الترددات ومن استعمال الطيف إلى أدنى ما يلزم لتأمين الخدمات الضرورية بصورة مرضية. كما يجب على الإدارات ابتغاءً لذلك أن تسعى إلى تطبيق أحدث التطورات التقنية بأسرع ما يمكن.
- عندما يستعمل الأعضاء نطاقات الترددات للخدمات الراديوية عليهم أن يأخذوا بالحسبان أن طيف الترددات الراديوية والمدارات المرتبطة به، بما في ذلك مدار الأقمار الصناعية المستقرة بالنسبة إلى الأرض، هما من الموارد الطبيعية المحدودة التي يجب استعمالها استعمالاً رشيداً وفعالاً واقتصادياً، وفقاً لأحكام هذه اللوائح، ليتسنى لمختلف البلدان أو لمجموعات البلدان نفاذ منصف إلى هذه المدارات والترددات، مع مراعاة الحاجات الخاصة بالبلدان النامية والموقع الجغرافي لبعض البلدان.

(1) وجدير بالإشارة أن المؤتمر العالمي للاتصالات الراديوية لعام ٢٠١٩ قد عقد في مدينة شرم الشيخ، بجمهورية مصر العربية، ورحب بأكثر من ٣٤٠٠ مندوب يمثلون ١٦٣ دولة عضواً من أصل الدول الأعضاء البالغ عددها ١٩٣ لدى الاتحاد الدولي للاتصالات، إلى جانب ممثلين عن أكثر من ٩٠٠ عضواً من أعضاء الاتحاد من القطاع الخاص ومن ١٥٠ منظمة دولية وإقليمية عضو.

(2) ITU-R. Article 13: Instructions to the Bureau. In Radio Regulations. ITU, Geneva, 2020.

(3) ITU. Constitution of the International Telecommunication Union (Collection of the Basic Texts of the ITU Adopted by the Plenipotentiary Conference (Ed 2019), ITU, Geneva, 2019.

- يجب أن تُنشأ جميع المحطات وتُشغل، مهما كانت غايتها، على نحو لا يسبب تداخلات ضارة للاتصالات أو الخدمات الراديوية الخاصة بدول أعضاء أخرى أو بوكالات التشغيل المعترف بها أو بوكالات التشغيل الأخرى المرخص لها أصولاً بتأمين خدمة راديوية والتي تعمل وفقاً لأحكام هذه اللوائح.

وتتناول المادة الرابعة من لوائح الراديو تخصيص الترددات واستعمالها من قبل الدول المختلفة؛ حيث تنص على تعهد الدول الأعضاء بأن تتقيد بما ينص عليه جدول توزيع نطاقات التردد، وبالأحكام الأخرى في هذه اللوائح، عند تخصيصها الترددات للمحطات التي قد تسبب تداخلات ضارة للخدمات التي تؤمنها محطات البلدان الأخرى⁽¹⁾. كما تنص أيضاً على إنه يجب على إدارات الدول الأعضاء ألا تخصص لمحطة ما أي تردد يخالف جدول توزيع نطاقات التردد الوارد في لوائح الراديو الدولية، أو يخالف الأحكام الأخرى في هذه اللوائح إلا إذا تحقق الشرط الصريح الذي يقضي بالألا تسبب تلك المحطة التي تستعمل مثل هذا التخصيص تداخلاً ضاراً لمحطة أخرى تعمل طبقاً لأحكام لوائح الراديو، وألا تطالب بحماية من التداخلات الضارة التي تسببها هذه المحطة الأخرى. بمعنى آخر يجب أن تلتزم الدول في استخدامها للطيف الترددي على المستوى الوطني بالقواعد الدولية المنظمة لاستخدام الطيف الترددي. وفي حالة عدم الالتزام، فيجب ألا تتسبب هذه الدول في حدوث تداخل ضار للدول الأخرى الموقعة على هذه اللوائح.

وتحتوي مواد لوائح الراديو العالمية على إجراءات يمكن من خلالها تسجيل تخصيصات من خلال إدارتها الوطنية لدى الاتحاد الدولي للاتصالات للحصول على اعتراف دولي. وهذا يعني أن جميع الإدارات الوطنية في الاتحاد الدولي للاتصالات على علم باستخدام التخصيصات، وأنها تؤخذ في الاعتبار في أي تخطيط مستقبلي يتم إجراؤه على المستوى الوطني أو الإقليمي أو الدولي. ويتيح التسجيل في السجل الرئيسي لصاحب الإيداعات الاعتراف الدولي وحماية الحق في استخدام الطيف دون تداخل⁽²⁾.

(1) ITU-R. Article 4: Assignment and Use of Frequencies. In Radio Regulations. ITU, Geneva, 2020.

(2) تنص المادة الأولى من لوائح الراديو على تعريف التداخل الضار وهو «تداخل يعرض للخطر اشتغال خدمة ملاحه راديوية أو غيرها من خدمات السلامة، أو يؤثر تأثيراً شديداً من خدمة اتصالات راديوية مستعملة وفقاً للوائح الراديو، أو يقطعها قطعاً متكرراً، أو يمنع اشتغالها».

الفصل الثاني

طبيعة الطيف الترددي وأحكامه في القانون المصري

اهتم المشرع المصري بتنظيم الطيف الترددي كمورد طبيعي نادر، وأفرد العديد من الأحكام المنظمة له. بيد أن ذلك التنظيم ظل جزئياً وقاصراً، مُكتفياً بتنظيم بعض أوجه استغلال الطيف الترددي، دون التعرض لفحوى الظاهرة، أو تكييفها تكييفاً قاطعاً وفقاً لماهيتها القانونية على نحو يقطع دابر الخلاف حول الإطار القانوني الشامل المنظم لها (أ).

متى كان ذلك، فقد بات ضرورياً بحث تلك الظاهرة وفقاً لذاتيتها وليس لأعراضها، في محاولة جادة لإخضاعها للقواعد القانونية العامة في القانون المصري، بما يسمح بمنحها تكييفاً قانونياً سليماً، يمكن من استصحاب كافة الأحكام القانونية المترتبة على ذلك التكييف على استخدام واستغلال تلك الظاهرة الطبيعية (ب)^(١)، وبما يُمهّد لاستعراض أحكام التراخيص الخاصة بها (ج).

أ. قصور معالجة الظاهرة في القانون المصري:

بدأ اهتمام المشرع المصري بالطيف الترددي مُبكراً منذ بداية القرن العشرين. فمع بداية استخدام الترددات كبديل للأسلاك في إرسال واستقبال الرسائل التلغرافية، تنبّه المشرع إلى خطورة ترك هذا الأمر دون تنظيم، فصدر القانون رقم ٤ لسنة ١٩٠٦ باحتكار التلغراف بلا سلك، ليُقرر في مادته الثانية بأن: «يكون التلغراف بلا سلك احتكاراً للحكومة. ولا يجوز تركيب أدوات التلغراف بلا سلك أو استخدامها في نقل المخابرات إلا للحكومة أو برخصة منها»^(٢).

وتلاحظ على ذلك القانون وجود نزعة عملية (براجماتية) لا تعني بالطيف الترددي ذاته، بقدر عنايتها باستخدام ذلك الطيف في الوسيلة التي كانت شائعة آنذاك

(١) تجدر الإشارة هنا إلى أن الطيف الترددي وإن كانت تنظمه بعض الأحكام الخاصة الواردة بالقانون الدولي العام والتي يقوم عليها الاتحاد الدولي للاتصالات، إلا أن تنظيمه محلياً يتولاها القانون المصري، وهو ما تقتصر على معالجته في هذا المقام.

(٢) القانون رقم ٤ لسنة ١٩٠٦ باحتكار التلغراف بلا سلك، صدر في ١٢ مايو ١٩٠٦ ونُشر في الجريدة الرسمية في ١٦ مايو ١٩٠٦، ص. ٥٣.

للاتصال وهي التلغراف. ومن هنا فقد جاء القانون منصّباً في تنظيمه على التلغراف ذاته كوسيلة للاتصال وإرسال واستقبال المعلومات، وعلى أدواته تركيباً واستخداماً، دون عناية فعلية بتنظيم المحيط الذي يتم فيه إرسال واستقبال الرسائل التلغرافية نفسها، والذي يصلح لاستخدامات أخرى، مثل الراديو والتليفون وغيرها. ولعل عدم عناية المشرع المصري بذلك في ذلك الوقت ترجع إلى عدم وجود فهم مُستقر للظاهرة على نحو ما هو الحال في منتصف ونهاية القرن العشرين، بما كان معه التركيز منصّباً، والحال كذلك، على الوجه الظاهر من استخدام الظاهرة دونما نظر للظاهرة ذاتها^(١).

ولم يتغير النهج الذي اتبعه المشرع المصري في العقود التالية. فصدر مرسوم بشأن تعيين القيود التي يمكن بمقتضاها الترخيص بتركيب واستعمال أجهزة المواصلات بواسطة الموجات الأثيرية في القطر المصري في ٨ مايو ١٩٢٦^(٢) ليُقرر المشرع بمقتضى المواد: الأولى والثانية والثالثة منه إخضاع استخدام كافة الأجهزة اللاسلكية الكهربائية التي تستعمل في إرسال أو استقبال المخاطبات أو الإشارات أو الصور أو الأصوات بواسطة الموجات الأثيرية اللاسلكية لنظام التراخيص الإدارية. بما أضحي معه الأصل هو حظر استخدام تلك الأجهزة، والاستثناء هو جواز ذلك وفقاً للشروط والأوضاع التي حددها ذلك المرسوم والقرارات المنفذة له^(٣).

وإذا كان النطاق الموضوعي لذلك القانون قد اختلف عن نطاق القانون رقم ٤ لسنة ١٩٠٦ المشار إليه عاليه، بأن نظّم كافة الأجهزة اللاسلكية الكهربائية المعدة لإرسال أو استقبال المخاطبات أو الإشارات أو الصور أو الأصوات، إلا أنه كسابقه لم يعن بتنظيم النطاق الذي تنتقل من خلاله الموجات ذاتها، وإنما عني بتنظيم الأجهزة الطرفية المستخدمة في إرسال واستقبال الموجات الأثيرية، سواءً كانت أجهزة تقتصر

(١) وقد أورد العلامة رولان دراجوهذه الملاحظة في أحد مقالاته المتعلقة بالنظام القانوني للطيف الترددي، فأوضح بأن من أسباب عدم الاهتمام بالطبيعة القانونية للطيف الترددي كانت راجعة إلى الخلط بين الطيف الترددي ذاته والتلغراف كأحد استخدامات ذلك الطيف:

R. DRAGO, "Nature juridique de l'espace hertzien", in Aspects du droit privé, 1986, p. 363.

(٢) مرسوم ٨ مايو ١٩٢٦ بشأن تعيين القيود التي يمكن بمقتضاها الترخيص بتركيب واستعمال أجهزة المواصلات بواسطة الموجات الأثيرية في القطر المصري، صدر في ١٠ مايو ١٩٢٦ ونُشر في الوقائع المصرية في ١٧ مايو ١٩٢٦، رقم ٤٦، ص. ١٠-٣.

(٣) قرار وزير المواصلات في ٦ يوليو ١٩٢٦ بشأن استعمال الأجهزة اللاسلكية بالقطر المصري، منشور في الوقائع المصرية (٩) في ٦ يوليو ١٩٢٦، ص. ٣٤٠٤-٣٤١١.

على الاستقبال، مثل أجهزة استقبال إذاعات الراديو، أو قدرة على التفاعل استقباليًا وإرسالًا، مثل الأجهزة التلفزيونية.

وقد استمر الاهتمام بتنظيم المسائل المتعلقة بالأجهزة الطرفية في خمسينيات القرن الماضي بظهور القانون رقم ٤٧١ لسنة ١٩٥٣ بشأن رخص الأجهزة اللاسلكية. ولكنه كسابقيه لم يعن بتنظيم الطيف بقدر عنايته بتنظيم تصنيع واستخدام الأجهزة اللاسلكية التي تستخدم الطيف إرسالًا واستقباليًا^(١)، والمكمل بالقانون رقم ٢٦٦ لسنة ١٩٥٥ بشأن أجهزة استقبال الإذاعة اللاسلكية والتليفزيون^(٢).

وبدخول الاقتصاد المصري في عهد الاشتراكية، تقلصت الحاجة الفعلية إلى إيجاد تنظيم متكامل للطيف الترددي، حسبه أضحت احتكارًا فعليًا للدولة، تستخدمه بصورة مباشرة من خلال شبكات هيئة الإذاعة المصرية المنشأة بالقانون رقم ٥٩٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الإذاعة المصرية، بالنسبة لخدمات الإذاعة المرئية والمسموعة التي تُقدمها بنفسها^(٣)، ومن خلال شبكات المؤسسة العامة لشئون الاتصالات السلكية واللاسلكية المنشأة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٧٠٩ لسنة ١٩٥٧^(٤)، بالنسبة لخدمات الاتصالات.

وبصدور القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٩ بشأن بعض الأحكام الخاصة بالاتصالات اللاسلكية^(٥)، ورغم اعتراف المشرع في المذكرة الإيضاحية للقانون بضرورة إعادة

(١) القانون رقم ٤٧١ لسنة ١٩٥٣ بشأن رخص الأجهزة اللاسلكية للتلفاز بلا سلك، صدر في ١ أكتوبر ١٩٥٣ ونُشر في الجريدة الرسمية بذات التاريخ.

(٢) القانون رقم ٢٦٦ لسنة ١٩٥٥ بشأن أجهزة استقبال الإذاعة اللاسلكية والتليفزيون، صدر في ٤ يونيو ١٩٥٥ ونُشر في الجريدة الرسمية في ٦ يونيو ١٩٥٥، الملقى بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٠ بشأن رسوم الإذاعة والأجهزة اللاسلكية، صدر في ٢٦ مارس ١٩٦٠ ونُشر في الجريدة الرسمية في ٢١ مارس ١٩٦٠، العدد رقم ٧٢. وتبعًا لتلك الطبيعة، فلم تكن الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة تتعرض إلا للتراخيص الخاصة بالأجهزة المستخدمة في الاتصالات، دون التعرض لطبيعة الطيف الترددي نفسه (أ. في هذا الشأن فتوى إدارة الفتوى والتشريع لوزارة الإرشاد القومي رقم ١٦٠ الصادرة في ١١/٢١/١٩٥٧).

(٣) القانون رقم ٥٩٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الإذاعة المصرية، صدر في ٧ ديسمبر ١٩٥٥، ونُشر في الجريدة الرسمية في ١٢ ديسمبر ١٩٥٥.

(٤) قرار رئيس الجمهورية رقم ٧٠٩ لسنة ١٩٥٧ بإنشاء مؤسسة عامة لشئون الاتصالات السلكية واللاسلكية في جمهورية مصر العربية، صدر في ٢٧ أغسطس ١٩٥٧، ونُشر في الجريدة الرسمية في ٢ سبتمبر ١٩٥٧، عدد رقم ٦٨، ص. ١١-١٢، والمعدل مسماها إلى الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية بقرار رئيس الجمهورية رقم ٤٥٧ لسنة ١٩٦٦ بشأن تعديل بعض أحكام القرار رقم ٧٠٩ لسنة ١٩٥٧، صدر في ٥ فبراير ١٩٦٦، ونُشر بالجريدة الرسمية في ٢٠ فبراير ١٩٦٦، العدد رقم ٤٦.

(٥) القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٩ بشأن بعض الأحكام الخاصة بالاتصالات اللاسلكية، صدر في ٢٧ ديسمبر ١٩٧٩ ونُشر في الجريدة الرسمية في ٣١ ديسمبر ١٩٧٩، العدد رقم ٥٢ مكرر.

النظر في مرسوم ٨ مايو ١٩٢٦ بشأن تعيين القيود التي يمكن بمقتضاها الترخيص بتركيب واستعمال أجهزة المواصلات بواسطة الموجات الأثيرية في القطر المصري آنف الإشارة إليه، ليتواءم مع دخول العديد من شركات القطاع الخاص إلى السوق المصري في إطار سياسة الانفتاح الاقتصادي، وحاجتها لاستخدام الطيف الترددي في اتصالاتها، إلا أنه ظل متبعاً لذات النهج المعتمد على فرض نظام الترخيص على استخدام الأجهزة والمحطات المستخدمة في الاتصال، والتي تعمل على ترددات أقل من ٣٠ ميغا هرتز. وإن كان قد لوحظ على هذا القانون أن المشرع قد تنبه، ولأول مرة، إلى تقسيمات الطيف الترددي إلى قنوات، وهو ما أفرد معه ترخيصاً مستقلاً لتخصيص كل قناة من تلك القنوات^(١).

ورغم صدور القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٠ بشأن إنشاء الهيئة القومية للاتصالات السلكية واللاسلكية^(٢)، إلا أن اهتمام المشرع بمسألة الطيف الترددي ظل محدوداً، فاقصر على تعدد موارد الهيئة المشار إليها، ومن بينها مقابل الخدمات التي تؤديها للغير، ومن بينها خدمات إتاحة جزء من الطيف الترددي لأشخاص القانون الخاص^(٣)، دون تبيان لماهية ذلك الطيف.

وقد بدأ ظهور مصطلح «الترددات» بصورة صريحة في قرار وزير النقل رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بشأن تحديد شروط وأوضاع الترخيص باستخدام الأجهزة اللاسلكية^(٤)، إلا أنه لم ينطو على تعريف واضح لمفهوم «الترددات» أو لطبيعتها القانونية.

وقد استمرت التشريعات المصرية في إيراد مصطلح «الترددات» في مواضع مختلفة، ف جاء قرار رئيس الجمهورية رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨ بشأن إنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية^(٥) مُسنداً إلى الجهاز اختصاصاً في شأن «ضمان

(١) م. ٤.

(٢) القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٨٠ بشأن إنشاء الهيئة القومية للاتصالات اللاسلكية، صدر في ١٤ يوليو ١٩٨٠، ونُشر في الجريدة الرسمية بذات التاريخ، العدد رقم ٢٨ مكرر (ب).

(٣) م. ٦.

(٤) قرار وزير النقل رقم ١١٦ لسنة ١٩٨٣ بشأن تحديد شروط وأوضاع الترخيص باستخدام الأجهزة اللاسلكية، نُشر في الوقائع المصرية بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٨٣، العدد رقم ١٦٢.

(٥) قرار رئيس الجمهورية رقم ١٠١ لسنة ١٩٩٨ بشأن إنشاء جهاز تنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية، صدر بتاريخ ٤ إبريل ١٩٩٨، ونُشر في الجريدة الرسمية بذات التاريخ، العدد رقم ١٤ مكرر.

الاستخدام الأمثل لطيف الترددات اللاسلكية»^(١)، و«وضع خطة تخصيص الترددات اللاسلكية ومراجعتها وتعديلها كلما دعت الضرورة»^(٢)، و«منح التراخيص الخاصة باستخدام الترددات اللاسلكية»^(٣). كما أوكل إلى المدير التنفيذي للجهاز «مراقبة حسن استخدام الموجات اللاسلكية»^(٤).

وقد لوحظ على القرار الجمهوري المشار إليه عاليه التباين في استخدام مصطلحات متعددة للتعبير عن ذات الظاهرة مثل: «طيف الترددات اللاسلكية»، و«الترددات اللاسلكية»، و«الموجات اللاسلكية».

وقد أتى القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن إصدار قانون تنظيم الاتصالات أكثر انضباطاً في تعريف الظاهرة^(٥)، فأورد في المادة الأولى منه - والخاصة بالتعريفات - تعريفاً دقيقاً لعدد من المصطلحات الفنية وهي:

الموجات اللاسلكية: «الموجات الكهرومغناطيسية التي تستخدم في الاتصالات اللاسلكية»^(٦).

التردد: «عدد الذبذبات الكاملة في الثانية الواحدة لإحدى الموجات اللاسلكية»^(٧).

الطيف الترددي: «حيز الموجات التي يمكن استخدامها في الاتصال اللاسلكي طبقاً لإصدارات الاتحاد الدولي للاتصالات»^(٨).

(١) البند ٤ من المادة (١).

(٢) البند ٣ من المادة (٥).

(٣) البند ٤ من المادة (٥).

(٤) البند ٩ من المادة (٧).

(٥) القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن إصدار قانون تنظيم الاتصالات، صدر في ٤ فبراير ٢٠٠٣، ونُشر في الجريدة الرسمية بـذات التاريخ، العدد رقم ٥ مكرر (أ).

(٦) البند ١٣ من المادة ١. ونظراً لقصر الموجات اللاسلكية على الموجات الكهرومغناطيسية، فلا يدخل من ثمّ في مفهوم الموجات اللاسلكية الموجات الميكانيكية Mechanical waves مثل تلك التي يستخدمها الإنسان بصورة طبيعية في التحدث، والتي تعتبر من الترددات شديدة الانخفاض التي تحتاج، خلافاً للموجات الكهرومغناطيسية، إلى وسط طبيعي هوائي للحدوث.

(٧) البند ١٤ من المادة ١. وقد أحسن المشرع المصري صنفاً إذ قرر أن يكون قياس التردد بعدد الذبذبات الكاملة في الثانية الواحدة، وذلك بدلاً من القياس بوحدة الهرتز. وقد كان مشروع القانون الذي تقدمت به الحكومة في البداية يشتمل على «ويقاس بالهرتز»، إلا أن مجلس الشورى في ذلك الوقت قد ارتأى الاكتفاء بطريقة القياس وليس بوحدة القياس «الهرتز»، باعتبار أن تلك الأخيرة ما هي إلا وحدة قياس فنية قابلة للتغير وفقاً للمتغيرات الفنية المتلاحقة (الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣، ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢، دور الانعقاد الثالث، الجلسة رقم ١١، ص. ٢، منشور بالجريدة الرسمية رقم ١١ في ٣٠ ديسمبر ٢٠٠٢).

(٨) البند ١٥ من المادة ١.

حيز التردد: «جزء من الطيف الترددي يبدأ بتردد وينتهي بتردد آخر»^(١).

كما عُنِيَ القانون - المشار إليه - بوضع أول تنظيم قانوني لمسألة الطيف، وجعل من «ضمان الاستخدام الأمثل للطيف الترددي» هدفاً من الأهداف التي يسعى إليها الجهاز^(٢). كما أناط بمجلس إدارة الجهاز «اعتماد خطة استخدام الطيف الترددي ومراجعتها وتعديلها كلما دعت الضرورة»^(٣)، و«وضع قواعد وشروط منح التراخيص الخاصة باستخدام الطيف الترددي وتنظيم إجراءات منحها»^(٤). وأنشأ لجنة تسمى «لجنة تنظيم الترددات» تتولى تنظيم الطيف الترددي^(٥).

كما خصص القانون الباب الرابع منه المعنون: «إدارة الطيف الترددي وتنظيم استخدامه» لتنظيم بعض المسائل المتعلقة بالطيف، فاعتبره «مورد طبيعي محدود» يقوم الجهاز على تنظيمه وإدارة جميع الأمور المتصلة باستخدامه^(٦). كما أناط بالجهاز القومي لتنظيم الاتصالات اختصاصيان رئيسيان في هذا المجال، أولهما: بوضع خطة الطيف الترددي بما يضمن أفضل استغلال له وتعظيم موارده^(٧)، وثانيهما: هو منح التراخيص الخاصة باستخدام أحد الترددات أو حيز الترددات المتاحة^(٨)، وذلك وفقاً لترخيص يُصدره الجهاز يُحدد فيه مقابل استخدام التردد أو حيز الترددات المرخص

(١) البند ١٦ من المادة (١).

(٢) البند ٣ من المادة (٤).

(٣) البند ٥ من المادة (١٣).

(٤) البند ٦ من المادة (١٣).

(٥) البند ١ من المادة ١٨. وتجدر الإشارة إلى أن القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم الاتصالات قد عهد إلى الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات كامل السلطات المتعلقة بتنظيم وحماية الطيف الترددي بكامل تردداته، سواء تلك المستخدمة لأغراض الجهاز نفسه، أو غيره من الهيئات العامة. فيتولى الجهاز بذلك تقسيم الطيف الترددي، بما يتوافق وتوجيهات الاتحاد الدولي للاتصالات، وتوزيعه على الجهات المعنية، كما يتولى منح التراخيص الخاصة باستخدام حيزات الترددات المخصصة له، والمتاحة لاستخدام الأفراد والشركات لأغراض الاتصالات ونقل البيانات (أ. / <https://www.tra.gov.eg/wp-content/uploads/2021/11/EGY-NTRA-June21-Chart.pdf>). وعلى عكس ذلك، فقد عهد القانون الفرنسي بمهمة تنظيم الطيف الترددي إلى هيئة عامة تابعة لرئيس الوزراء تسمى الجهاز القومي للترددات des fréquences Agence nationale، والذي يقوم بتقسيم الطيف الترددي إلى أحياز للترددات، بحسب الاستخدام المنشود، وتخصيصها إلى كافة الهيئات العامة التي يتصل نشاطها باستخدام الطيف، ومنها جهاز تنظيم الاتصالات الفرنسي، فيتولى ذلك الأخير، تخصيص أحياز الترددات المتاحة لاستخداماته إلى الأفراد والشركات.

(٦) م. ٤٩.

(٧) م. ٥٠.

(٨) م. ٥١.

باستخدامها^(١)، وهو ما لا يجوز للمرخص له التنازل عنه للغير إلا بعد العرض على الجهاز وموافقته^(٢).

وإذا كان يُحمد لقانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ المُشار إليه سعيه نحو ضبط المصطلحات القانونية الخاصة بالطيف، والاهتمام، ولأول مرة، بتبيان الفارق الدقيق بين التردد، وحيز الترددات، والطيف الترددي ذاته، والموجات اللاسلكية، واهتمامه كذلك بوضع بعض القواعد الخاصة باستخدام ذلك الطيف، إلا أنه لم يحدد الماهية القانونية لذلك الطيف الترددي الذي يتم التعامل في شأنه تخصيصًا واستخدامًا وانتفاعًا وإلغاءً^(٣)، وهو ما نُفرد له فيما يلي.

ب) التكييف القانوني للظاهرة:

يقوم القانون، بحكم ما يتسم به من عمومية وتجريد ومع ضرورات مواكبة النشاط الاجتماعي وما يتسم به من سرعة في التطور، على فكرة القوالب القانونية *catégories juridiques*. وهي فكرة في مجملها تقوم على الوصف أو ما يطلق عليه «التكييف القانوني»، بحيث يكون ذلك الوصف خطوة أولية لتطبيق القواعد القانونية المتصلة بذلك الوصف *régime juridique*.

وقد أفرد القانون المدني المصري لعدد كبير من الأوصاف القانونية التي يبني على التمتع بها إنزال حكم القانون المعتبر متى تحقق في الشخص أو الشيء الوصف الذي تطلبه القانون، ووفقاً لما يستقر عليه القضاء في هذا الشأن.

وقد اهتم القانون المدني المصري اهتماماً واسعاً بالتوصيف، فقسّم المحل المُعتبر إلى عدد من التقسيمات أو الأوصاف، تختلف بحسب الماهية الفيزيائية لذلك المحل،

(١) م. ٥٣.

(٢) م. ٥٧.

(٣) وهو ما لم يرد كذلك قرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم ٢٥٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن شروط وأوضاع إصدار تراخيص الأجهزة اللاسلكية والطيف الترددي، صدر في ٥ نوفمبر ٢٠٠٢، ونُشر في الوقائع المصرية في ٢١ ديسمبر ٢٠٠٢، العدد رقم ١٢٨. وإذا كانت بعض مواد القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ قد عدلت مؤخراً بموجب القانون رقم ١٧٢ لسنة ٢٠٢٢ الصادر في ٢٦ ديسمبر ٢٠٢٢ والمنشور بالعدد رقم ٥١ مكرر (هـ) من الجريدة الرسمية، إلا أن تلك التعديلات قد اقتضت على اشتراط الحصول على ترخيص مسبق من الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات لتشغيل واستخدام وتركيب وتسويق معدات الاتصالات، وعلى تشديد بعض العقوبات المفروضة على استخدام المعدات المشار إليها، دون التعرض لأية مسألة تخص الطيف الترددي أو تحديد طبيعته القانونية.

أو في بعض الأحيان، حسب التركيبة القانونية المصطنعة للمحل فيما يُعرف بالحيلة القانونية *fiction juridique*. فُعني القانون المدني بإفراد فصول متكاملة بحسب المحل المعني، فأفرد فصلاً للأشخاص^(١) وآخر للأشياء والأموال^(٢)، وقسّم كل فصل من تلك الفصول إلى مباحث، فقسّم فصل الأشخاص إلى قسمين، أحدهما يتعلق بالشخص الطبيعي^(٣)، والآخر يتعلق بالشخص الاعتباري^(٤)، وهكذا.

وفي ضوء خلو القوانين الحاكمة للطيف الترددي من ثمة تكييف واضح وصريح له من الناحية القانونية، وبما أن القانون المدني هو القانون العام الحاكم لكافة أشكال الأشخاص والأشياء والأموال، فلا مناص من الرجوع إلى أحكام القانون الأخير للنظر في تكييف الطيف الترددي.

الطيف الترددي وفقاً لأحكام القانون المدني؛

وبالنظر للطبيعة الفيزيائية للطيف الترددي، فسيكون المرجع الرئيس في ذلك هو الفصل الثالث من القانون المدني والمتعلق بالأشياء والأموال. وإن بدا هذا الأمر سهلاً ويسيراً نظرياً، إلا أنه أمر لا يخلو من الصعوبات، وذلك نظراً للطبيعة الفيزيائية الخاصة للطيف الترددي.

يُقسم القانون المدني الأشياء إلى عدد من التقسيمات، فتقسم تلك الأشياء أولاً إلى أشياء قابلة للتعامل عليها، وهي الأشياء التي تصلح أن تكون محلاً للأموال، وأشياء خارجة عن دائرة التعامل. وتنقسم الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل إلى أشياء خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها، وأشياء خارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون.

وإذا كان الطيف الترددي هو حتماً ليس من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون، حسب تلك الأشياء تتصل بما حظر القانون حيازته والتعامل عليه مثل المواد المخدرة والأسلحة وغيرها، فقد اختلف فقه القانون المقارن طويلاً في مدى اعتبار الطيف الترددي من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها^(٥).

(١) الفصل الثاني من القانون.

(٢) الفصل الثالث من القانون.

(٣) المواد من (٢٩) إلى (٥١).

(٤) المادتين (٥٢) و (٥٣).

(5) R. DRAGO, op.cit., pp. 363-374.

ويقصد بالأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها تلك الأشياء التي «لا يستطيع أحد أن يستأثر بجزائها»^(١). أو كما أوضحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري فهي الأشياء «التي يمكن أن ينتفع بها كل الناس بغير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع البعض الآخر، كالهواء والماء الجاري والشمس وغيرها...»^(٢). ومن ثم، فإن المحل، وإن اكتسب وصف الشيء، إلا أنه لا يصلح أن يكون محلاً للملك والحيازة والتصرف وغيرها، أو باختصار، لا يصلح أن يكون محلاً للأموال. وينبني على ذلك أن تلك الأشياء لا مالك لها، وإن كان للدولة، استخداماً منها لسلمتها في الضبط الإداري، أن تُنظم انتفاع الأفراد بها من خلال لوائح الضبط أو البوليس الإداري التي تُصدره. ولا تكون الدولة بذلك مالكة للشيء، وإنما هي منظمة للانتفاع به، ولا تتقاضى في مقابل ذلك التنظيم إلا الرسوم، أي مقابل الخدمات الفعلية، إن كان لها محل^(٣).

وقد تعرّض العلامة السنهوري باشا، الأب الروحي للقانون المدني المصري المعاصر، وثاني رؤساء مجلس الدولة، إلى ذلك الأمر في حينه في خصوصية الطيف الترددي، فنفي عن الموجات الكهربائية المولدة للراديو صفة الأشياء القابلة للتعامل عليها حسبها «لا تصلح في حالتها الحاضرة للملك»^(٤). ويبدو أن العلامة السنهوري لم يكن يقصد من ذلك الطيف الترددي ذاته، بقصد عنايته بالموجة العابرة الشاغلة لجزء من ذلك الطيف، ومدى اعتبار التعدي على تلك الموجة أو التداخل فيها من قبيل السرقة، باعتبار أن السرقة لا ترد إلا على المنقول، والموجات الكهربائية، خلافاً للكهرباء والغاز وغيرها، ليست من المنقولات، باعتبار أنها غير قابلة أصلاً للحيازة على سبيل الاستثناء.

إلا أنه، ومع تطور وسائل الاتصالات وزيادة فهم الطيف الترددي ذاته، فقد أمكن تقسيم الطيف الترددي إلى أجزاء (ترددات أو حيز ترددات)، واستخدامها على سبيل

(١) م. ٨١/٢ من القانون المدني.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص. ٤٦٠، مشار إليه في: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ص. ٧.

(٣) وفي ذلك يقول العلامة السنهوري «لا يتدخل القانون - والقانون هنا هو القانون الإداري لا القانون المدني - إلا لتنظيم استعمال الناس لهذه الأشياء بحيث لا يضر بعضهم بعضاً، ولا يترتب القانون حقوقاً للأفراد على الأشياء لأنها غير قابلة لترتيب حقوق عليها، إذ هي خارجة عن التعامل» (د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش رقم ٢).

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص. ٧٩، ٨٠.

الاستثناء، عبر تخصيصها لجهات بعينها، عامة كانت أو خاصة، واستخدام تقنيات فنية لضمان عدم إرسال الموجات على الترددات أو حيز الترددات المخصصة إلا للمُرخص له، ومراقبة تحقيق ذلك، وكذا ضمان عدم استقبال الموجات إلا من المُخاطبين بها^(١). الأمر الذي نال من تكييف الطيف الترددي كشيء غير قابل بطبيعته للاستثناء، ومن ثمّ للتعامل عليه. وبالتالي، فقد دخل الطيف الترددي – من وجهة نظرنا – كأشياء قابلة للتعامل عليها.

إلا أن التكييف السابق للطيف الترددي واعتباره من الأشياء القابلة للتعامل عليها لا يحل بذاته المعضلة القانونية الخاصة بتكييفه؛ حيث إن القانون المدني قد قسّم الأشياء القابلة للتعامل عليها إلى تقسيمات متعددة، لكل تقسيم منها أحكام قانونية خاصة. فقُسّمت الأشياء إلى أشياء مادية *choses matérielles* وأشياء غير مادية *choses immatérielles*^(٢).

ويُعرف الشيء المادي بأنه ما يكون له حيز مادي محسوس^(٣). وبمفهوم المخالفة، فيشتمل الشيء غير المادي على كل ما ليس له حيز مادي محسوس، فيدخل في هذه الطائفة كل ما لا يتمتع بالصفة المادية، وإن كان الفقه الغالب يصرفها إلى فكرة الأشياء المعنوية التي هي نتاج العقل من اختراعات وابتكارات ومؤلفات وغيرها^(٤).

(١) إن كان البث خاصاً *one to one* وليس عاما *broadcast* أو *one to all*.

(٢) م. ٨٦ من القانون المدني.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ص. ٩٠. ويبدو لنا أن تفسير العلامة السنهوري يحدد ماهية المادة اعتماداً على أحد أشكالها فقط، وهو الشكل الملموس. بيد أن المادة، بالمفهوم الفيزيائي، تنصرف إلى تراكم من الذرات التي قد تأخذ عدة أشكال من بينها الشكل الملموس. وعلى ذلك، فقد تأتي المادة في صورة غازية، ومن ثمّ تكون في غالب الحال غير مرئية وغير ملموسة، دون أن ينتقص ذلك من كونها مادة بحسب تركيبها الفيزيائية الذرية. ومن ثمّ فنرى أن الشيء ذا الحيز الذي لا يكون بالضرورة شيئاً ملموساً يظل من الأشياء المادية في مفهوم القانون المدني، وهو ما يطلق عليه في الفقه القانوني الفرنسي *choses corporelles* تمييزاً عن الأشياء المادية غير المحسوسة *choses incorporelles*. وقد لاحظنا أن العلامة السنهوري باشا، رغم تعريفه السابق للمادة، قد عاد وخالفه في شأن الغاز. إذ اعتبر الغاز من المنقولات، وهو اعترافٌ ضمني بكونه من الأشياء المادية، رغم كونه غير ملموس بطبيعته (أ. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص. ٧٩، ٨٠).

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ص. ٩٠. وقد كان المشروع التحضيري للقانون المدني ينص في البداية في المادة (١١٧) منه على أن «الأموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي». وتخوفاً من تلك الصيغة التي قد تكون قاصرة، فقد استقر الرأي على استبدالها بعبارة =

وهنا تأتي الصعوبة الحقيقية في تكييف الطيف الترددي. فالطيف الترددي ليس مجرد فكرة معنوية لا تتمتع بأي وجود حقيقي إلا في ذهن البشر، وإنما هو يقوم على وجود طبيعي حقيقي وليس مجازي، وإن كان وجود غير ذري، أي غير مادي^(١) *immatériel*. فالطبيعة تشتمل، كما سبق القول في الشق الفيزيائي من هذه الدراسة، على موارد مادية وموارد أخرى من الطاقة الفوتونية التي لا تندمج تمامًا في مفهوم المادة. ومن ثمّ، فإن الطيف الترددي، باعتباره مجالاً لموجات الطاقة الكهرومغناطيسية، يمكن اعتباره طائفة خاصة من الأشياء التي لا تُعتبر من الأشياء المادية، كما لا تُعتبر من الأشياء المعنوية (التي محلها القريحة دون غيرها). فهي مورد طبيعي، وليس مادة طبيعية^(٢)، له وجود حقيقي غير محسوس. وقد أحسن المشرع المصري صنعاً إذ اعتبر الطيف الترددي في قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ «مورد طبيعي محدود»^(٣). فلم يعتبره «مادة طبيعية»، وهو ما كان ليتعارض مع الطبيعة الفيزيائية للطيف، أو شيء معنوي، وهو ما كان لينال من صفته الطبيعية.

وبناءً على ما تقدّم، فإننا نرى أن الطيف الترددي يندرج في الطائفة الواسعة للأشياء غير المادية، تحت بند الأشياء الطبيعية منها، والتي تنظمها أحكام خاصة وفقاً لما نصت عليه المادة (٨٦) من القانون المدني المصري من أن: «الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية تنظمها قوانين خاصة».

= «الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية تنظمها قوانين خاصة»، ومحلها المادة (٨٦) من القانون المدني المصري الحالي (أ. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ١، ص. ٤٧٥).

(١) أ. على سبيل المثال:

Y. Gaudemet, A. Chaminade et M. Thomas Pez-Lavergne, «Le système français d'exploitation du domaine public hertzien et d'attribution des fréquences radioélectriques», Rapport du groupe de travail, Fondation pour le droit continental, Agence nationale des fréquences, 2009, p. 5.

(٢) أ. في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع رقم ٢١٦ لسنة ٢٠٢٠ رقم الملف ٢٢/٢/٤٦٩٦ بجلسة

١٦ فبراير ٢٠٢٠. حيث ذهبت الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع، في إطار النظر في مدى خضوع التصرفات التي تتم على الطيف الترددي من خلال الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات للضريبة على القيمة المضافة في ضوء استثناء التصرفات التي تتم على «المواد الطبيعية» من تلك الضريبة، إلى أن الطيف الترددي ليس من المواد الطبيعية، باعتبار أن المواد الطبيعية هي الأجسام ذات العناصر الملموسة، والتي تتميز بوجود حيز وامتداد ووزن.

(٣) م. ٤٩ من قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢.

الطيف الترددي وفقاً لأحكام القانون الخاص:

قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣

نظم المشرع المصري الطيف الترددي بقانون خاص، وهو قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣. ورغم خلو ذلك القانون، وكما سبق القول، من تكييف للطيف الترددي بصورة صريحة، فيمكن مع ذلك القول بأن المشرع قد اعتبر الطيف الترددي، وإن بطريقة ضمنية، من أملاك الدولة العامة، وذلك من خلال استصحاب ذات الأحكام والضمانات المقررة في شأن أملاك الدولة العامة وتطبيقها على الطيف الترددي.

ومن المعروف أن وقوع المال ضمن أملاك الدولة العامة يترتب عليه تقرير حماية خاصة لذلك المال^(١)، وهي الحماية الخاصة بأملاك الدولة العامة^(٢)، وما يتفرع عنها من عدم إمكان التصرف *inaliénabilité*، وعدم إمكان اكتساب ملكيتها بالتقادم *imprescriptibilité*، أو الحجز عليها، وما ينبني على ذلك كله من وقتية الترخيص بالاستخدام (أي إمكان تعديله أو إنهائه في أي وقت) *précarité* وشخصيته^(٣) *personnalité*.

وإن كان قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ المشار إليه لم يصف الطيف الترددي صراحةً باعتباره من أملاك الدولة العامة، كما سبق القول، إلا أنه قد أحاط استخدامه وإدارته بعدد من الضمانات المماثلة لتلك المقررة لأموال الدولة العامة. ويُمكن الاستدلال على ذلك من خلال النقاط الأربع الآتية:

أولاً: أن المواد الواردة بالباب الرابع من القانون المشار إليه (المواد من ٤٩ إلى ٥٩) والمعنون: «إدارة الطيف الترددي وترخيص استخدامه» قد اشتملت على العديد من الأحكام التي تضبط استخدام الطيف على نحو يطابق الاستخدامات المعروفة لأملاك

(١) ويصبح المال من أملاك الدولة العامة وفقاً لقاعدة التخصيص التي اعتد بها القانون المدني المصري والتي تقوم على فكرة ارتباط المال بمفهوم المرفق العام بالمعنى الوظيفي.

(٢) م. ٢/٨٧ من القانون المدني.

(٣) م. ٨٧ من القانون المدني. أ. في شأن الأموال العامة بصورة أشمل (الماهية، الاستخدام، التنظيم، الحماية): ماجد راغب

الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص. ١٨٦ إلى ٢١١.

الدولة العامة. فلم يُجز ذلك الباب إلا منح حق استخدام التردد أو حيز الترددات للمُرخص له، دون غيره من الحقوق. والنص على حق الاستخدام دون غيره، يعني أن سلطة الجهة الإدارية المختصة (الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات) في هذا الشأن تقتصر على منح حقوق مؤقتة لاستخدام جزء من الطيف، دون أن تمتد لترتيب أية حقوق عينية عليه، أصلية كانت أو فرعية، وأخصها حق الملكية، وهو ما ينسجم مع فكرة محدودية المورد الطبيعي التي سلّم بها المشرع بنص صريح في صدر ذلك الباب (المادة ٤٩). ومن ثمّ، فلا يكون للجهة الإدارية المختصة مكنة التصرف في الطيف الترددي أو جزء منه. وهو ما يتطابق مع أولى القواعد الحاكمة للأموال المملوكة للدولة ملكية عامة: عدم قابليته للتصرف inalienabilité، والضمانة المتفرعة عنها من عدم جواز كسب الملكية بالتقادم imprescriptibilité أو الحجز عليها.

ثانياً: أن المادة (٥٤) من القانون ذاته قد أوردت حكماً خاصاً يجيز للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات «إخلاء حيز الترددات من شاغليه مقابل تعويض عادل» بما يُمكن من «توفير خدمات جديدة طبقاً للقواعد الدولية المتعارف عليها». ولا يتقيد الجهاز في هذا الشأن إلا بمنح مدة مناسبة لشاغلي الحيز لا تقل عن سنة لتوفيق الأوضاع وبأداء التعويض العادل. ويستفاد ممّا تقدّم أن الترخيص باستخدام جزء من الطيف الترددي لا يُرتب حقاً شخصياً وثابتاً للمرخص له طيلة مدة الترخيص، وإنما يكون ذلك الحق قابلاً للتعديل والتوفيق، بل والإلغاء وفقاً للمتغيرات الفنية، وبما يُحقق أهداف النفع العام المرتبطة بإدارة الطيف، وهو ما يتفق مع قاعدة وقتية الترخيص précarité، حسب انتفاع فردي بالمال العام فيما أعد له^(١).

ثالثاً: أن المشرع قد أفرد لمبدأ شخصية الترخيص في خصوصية الطيف الترددي، فلم يُجز للمُرخص له التنازل عن الترخيص الممنوح له إلى الغير، إلا بعد موافقة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات (المادة ٥٧).

رابعاً: أن المشرع قد نص في المادة (٥٣) من القانون المشار إليه على أن: «يحدد الجهاز مقابل الترخيص باستخدام تردد أو حيز ترددات لخدمات الاتصالات اللاسلكية المختلفة ويعلن عن هذا المقابل، ويلتزم بأدائه جميع مستخدمي الطيف

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٧٥١ لسنة ٢٤ ق.ع. جلسة ١٩/١٢/١٩٩٣، مكتب فني ٣٩ ج ١، ص. ٤١٥.

الترددية». وقد استخدم المشرع في هذا الصدد لفظ «مقابل الترخيص» ولم يستخدم لفظ «رسم الترخيص»، وهو ما يُفهم منه حتماً أن المشرع قد اعتبر الطيف الترددي مالا مملوكاً للدولة، تقرر عليه حقوق للانتفاع بمقابل يدفعه المرخص له، وليس مجرد رسم يُدفع ليقابل التكلفة التي تتكبدها جهة الإدارة في سبيل القيام بخدمة معينة لأحد من جمهور المنتفعين^(١). ومن ثم، فإن مقابل الترخيص يعكس بذلك وبالضرورة ندرة التردد، وحجم حيز الترددات المخصص، وموقعه، ومزاياه الفنية، والاستخدامات المقررة له، وغيرها من المحددات المرتبطة بتقدير القيمة الاقتصادية للجزء المرخص باستخدامه استخدماً استثنائياً من الطيف الترددي بالنسبة للمرخص له^(٢).

وقد انتهج المشرع الفرنسي نهجاً مغايراً نسبياً لنهج المشرع المصري، فاعتبر الطيف الترددي صراحةً، وبرغم الجدل الثائر حوله^(٣)، من الأموال العامة المملوكة للدولة *Domaine public de l'État*^(٤) التي يكون الانتفاع بها من قبيل الانتفاع بأموال الدولة العامة *Un mode d'occupation privatif du domaine public de l'État*^(٥)، بل وأدرجه في الفصل الخاص بأموال الدولة العامة من العقارات^(٦). ويستتبع ذلك

(١) أ. في هذا الشأن المادة (١/هـ) من القانون رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإداري الوارد به «مقابل الانتفاع بالأموال العامة» كإحدى صور المستحقات المقررة للدولة عن تمكين أحد الأفراد من الانتفاع بأموالها العامة بموجب عقد.
(٢) ماجد راغب الحلو، سابق الإشارة إليه، ص. ٢٠٥، ٢٠٦. أ. كذلك في ذات الشأن بصورة عامة، وبصورة خاصة في شأن مدى اعتبار تخصيص الطيف الترددي لشركات الاتصالات من قبيل تخصيص الأموال العامة في إطار عقود امتياز المرافق العامة: د. عمر الشريف، شرح أحكام قانون تنظيم الاتصالات، مكتبة كلية الهندسة بجامعة الإسكندرية، ٢٠٠٩.
(٣) انظر على سبيل المثال:

B. DELCROS et D. TRUCHET, "Controverse: les ondes appartiennent-elles au domaine public?", RFDA, n. 5, 1989, pp. 251-258.

J. DUFAU, "Point de vue: infrastructures de télécommunications. Le domaine public hertzien: un concept juridiquement contestable", 2001, disponible sur: <https://www.lemoniteur.fr/article/point-de-vue-infrastructures-de-telecommunication-le-domaine-public-hertzien-un-concept-juridiquement-contestable.87179>.

M. Waline, droit administratif, 8 ed., n° 1524

(4) L. n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications (C.P.T., art. 97-1). C.G.P.P.P., art. L. 2122- 1 et C.P.C.E., art. L. 41-1.

(5) L. du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 10. ويرى جانب معتبر من الفقه الفرنسي أن فكرة الحصول على مقابل الترخيص كانت هي الدافع الرئيس وراء قيام المشرع الفرنسي باعتبار الطيف الترددي من أموال الدولة العامة، بما يُمكنه من استغلال الطيف في ضوء الندرة التي يتمتع بها، وبما يدره على الدولة من عوائد وفيرة من وراء تخصيص حيزات الترددات، لا سيما تلك المخصصة للاستخدام التجاري لشركات الاتصالات. أ. Christophe ROUX, droit administratif des biens, Mémentos, éd. 2, 2021, p. 77.

(٦) وهو الأمر الذي استوقف جانباً من الفقه الفرنسي الذي اعتبر ذلك نوعاً من «التحدي لقوانين الجاذبية». أ. المرجع السابق.

استصحاب كافة المواد القانونية الخاصة بحماية أملاك الدولة العامة لتطبيق على الطيف الترددي، مثل قاعدة عدم جواز التصرف فيه، وعدم جواز اكتساب أية حقوق عينية على ذلك المال بالتقادم المكسب للملكية. وقد وضع المشرع الفرنسي عدداً من الاستثناءات الخاصة بتراخيص الانتفاع بالطيف الترددي، فقرر استثناءها من مبدأ التأكيد *précarité*، وما يستتبعه من قابلية الترخيص للإلغاء في أي وقت، باعتباره مبنياً على فكرة التسامح، مقررًا بذلك وجود حق للمرخص له بالانتفاع بحيز الترددات المخصص له طيلة مدة التخصيص، دون أن يكون لجهاز تنظيم الاتصالات الفرنسي ARCEP إلغاؤه إلا بصورة استثنائية وفي بعض الأحوال المحددة قانوناً، مخالفاً بذلك للقاعدة المستقر عليها فقهاً وقضاءً من أن تراخيص الانتفاع بالمال العام تقبل الإلغاء في أي وقت^(١). كما نظم المشرع الفرنسي تراخيص الانتفاع بالطيف الترددي تنظيمًا خاصًا من حيث خضوعها لمبدأ الشخصية الذي لا يُجيز التنازل عن ذلك الانتفاع للغير، وذلك بحيث الأصل، إلا إذا تم ذلك التنازل بعد الحصول على موافقة جهاز تنظيم الاتصالات الفرنسي ARCEP^(٢).

ج) الأحكام القانونية المنظمة لمنح تراخيص استغلال الطيف الترددي:

حددت المادة (١٢) من قانون تنظيم الاتصالات الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ الاختصاصات الممنوحة لمجلس إدارة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات، ومن بينها الاختصاص الوارد بالفقرة ٦ من المادة ذاتها الخاص بمسألة: «وضع قواعد وشروط منح التراخيص الخاصة باستخدام الطيف الترددي وتنظيم إجراءات منحها». وتنفيذًا لذلك، ونزولاً على ما أوجبه عجز المادة (١٢) المشار إليها عاليه من صدور القرارات ذات الصلة اللائحية بـ «قرار من الوزير المختص»، فقد صدر قرار وزير الاتصالات رقم ٢٥٨ لسنة ٢٠٠٢ بشأن شروط وأوضاع إصدار تراخيص الأجهزة

(1) C.P.C.E., art. L. 42-1, II, 2°

(2) C.P.C.E., art. L. 42-3. P. GONOD, *Traité de droit administratif*. T. 2, Dalloz, 2011, p. 321.

ونظرًا لاستقرار ذلك الفهم في معظم دول العالم، فقد أتت التقارير الصادرة عن الاتحاد الدولي للاتصالات مقررًا بأن للطيف الترددي يدخل ضمن عناصر الدومين العام المملوكة للدولة «The radio-frequency spectrum is in the State's pub-lic domain». أ. في هذا الشأن: ITU-R Report, "Guidelines on The Regulatory Framework for National Spectrum Management", n. 2093/3, 2018, p. 16.

اللاسلكية والطيِّف الترددي، والذي اشتمل على عدد من الأحكام العامة بمنح تراخيص استخدام تردد أو حيز ترددات الطيِّف الترددي^(١).

ومن نافلة القول، فإن القرار المشار إليه قد احتوى على أحكام عامة ذات طبيعة إجرائية وليست موضوعية. فتظل الأحكام الموضوعية واجبة التطبيق هي تلك الواردة في القانون، وتلك التي يصدرُ بها قرارات خاصة بحسب حيز الترددات المعني وصفاته الفنية واستخداماته، وغيرها من الالتزامات الموضوعية التي يتم تضمينها في قرار الترخيص أو العقد إن كان الترخيص قد تمَّ بالطريقة العقدية.

وبخلاف المواد التي أسندت إلى الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات وحده النظر في طلبات الترخيص المقدمة من أي شخص من أشخاص القانون العام، أو الخاص بشأن الترخيص باستخدام تردد أو حيز ترددي^(٢)، فقد اشتمل القرار اللائحي المشار إليه رقم ٢٥٨ لسنة ٢٠٠٢ على عدد من المواد المنظمة للإجراءات الخاصة بالحصول على ذلك النوع من التراخيص.

فقد أوجبت اللائحة بدءاً على طالب الترخيص أن يتقدم بطلب على النموذج المعد لذلك، موضحاً به البيانات اللازمة ومرفقاً به المستندات المطلوبة إلى الجهاز، والذي يتولى دراسته وإخطار مقدم الطلب بالرد بخطاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول خلال تسعين يوماً من تاريخ ورود الطلب^(٣). وقد اعتبرت اللائحة عدم الرد على مُقدم الطلب بعد فوات الميعاد المشار إليه بمثابة قرار ضمني بالرفض^(٤).

فإذا قُبِل طلب الترخيص، فيصدرُ بذلك قرار من رئيس الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات أو من يفوضه^(٥). ويتعين على المرخص له في هذه الحالة أن يُبادر بسداد

(١) سابق الإشارة إليه.

(٢) المادة (١).

(٣) ويختلف الحال في حالة قيام الجهاز نفسه بطرح استخدام تردد أو حيز ترددات في مزاد عام، باعتبار أن ذلك يتم من خلال دعوة للتعاقد تخضع لأحكام إجرائية تختلف عن الأحكام المشار إليها، تهدف ليس فقط لتقييم الكفاءة الفنية لطالب الترخيص، وإنما أيضاً للحصول على أعلى تقييم اقتصادي للتردد أو حيز الترددات المطروح (أي أعلى سعر). أما الحالة المشار إليها في القرار اللائحي المشار إليه فتتناول فكرة قيام طالب الترخيص بالتقدم من نفسه إلى الجهاز لطلب تخصيص التردد أو حيز الترددات، بحيث يتم بحث الطلب في ضوء استيفاء المرخص له للاشتراطات الفنية والمالية المحددة مسبقاً.

(٤) المادة (٣).

(٥) المادة (٥).

الرسوم المستحقة للجهاز ومبلغ التأمين المطلوب، واللذين يحددهما مجلس إدارة الجهاز^(١). وتحسب قيمة التأمين المشار إليه بما يعادل قيمة الرسم المطلوب لمدة عام كامل، فإن لم يرتكب المرخص له ثمة مخالفات تستدعي الخصم من مبلغ التأمين، حق له استرداد مبلغ التأمين كاملاً بنهاية العام^(٢). فإن لم يفعل، عُدد الترخيص كأن لم يُكن^(٣). ولا يجوز النظر في طلبات الترخيص المقدمة من ذات الطالب إلا بعد مضي ثلاثة أشهر من تاريخ اعتبار طلبه السابق كأن لم يكن.

فإن تم الترخيص للطالب باستخدام تردد أو حيز ترددات بعينه، سرى هذا الترخيص لمدة سنة ميلادية كاملة تحسب من تاريخ صدور القرار بالترخيص، وبصرف النظر عما إذا كان المرخص له قد استخدم التردد أو حيز الترددات من عدمه^(٤).

وبانتهاء مدة الترخيص، يتم تجديده بصورة تلقائية لمدة أو مدد مماثلة، ما لم يبد المرخص أو المرخص له الرغبة في عدم التجديد، وهو ما يتعين حصوله قبل انتهاء مدة الترخيص بثلاثة أشهر على الأقل^(٥). فإن حدث التجديد التلقائي، وجب على المرخص له سداد الرسوم المقررة قبل انتهاء سنة الترخيص الأولى، وذلك دون حاجة لإصدار أو مطالبة^(٦). وفي جميع الأحوال، وإعمالاً لحكم المادة (٥٧) من القانون، حظرت اللائحة على المرخص له أن يتنازل عن الترخيص للغير إلا بموافقة الجهاز^(٧).

(١) المادة (٧). ويحدد الجهاز فضلاً عن ذلك الجزاءات المالية والتعويضات. وفيما يتعلق بالرسوم، فقد يُبدى عليها ملاحظتان: أما الأولى، فتتعلق بالمصطلح الذي استخدمه القرار اللائحي المشار إليه، وهو مصطلح «رسوم الترخيص». حيث إنه قد يكون له مفهومان: الأول، أن يكون المراد منها الرسوم عن المصروفات الإدارية التي تكبدها الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات في سبيل بحث طلب الترخيص، دون أن تشتمل على مقابل استخدام التردد أو حيز الترددات، وهذا هو المعنى القانوني للفظ «الرسم». أما الثاني، فهو أن يكون المراد من لفظ «رسوم الترخيص» كافة المبالغ المطلوبة من طالب الترخيص في سبيل استخدام التردد أو حيز الترددات المخصصة له، بما فيها مقابل الترخيص. وفي الحالتين، فإن المادة المشار إليها قد قررت تقرير حق مجلس إدارة الجهاز في «تحديد رسوم التراخيص»، وهو ما يترك سلطة تقديرية واسعة لمجلس إدارة الجهاز القومي لتنظيم الاتصالات. وفي حالة اشتغال مصطلح «رسوم الترخيص» على مقابل الانتفاع، فيكون لمجلس إدارة الجهاز كذلك اختيار الوسيلة الملائمة في تقدير قيمة الرسم أو مقابل الانتفاع بطريقة مناسبة أو بما يُعبر عن القيمة الاقتصادية للتردد أو لحيز الترددات المطروح للاستخدام، بما في ذلك الطرح بطريق الزيادة، العامة أو المحدودة، حال وجود طلب كبير على تردد أو حيز معين من الترددات.

(٢) المادة (٨).

(٣) المادة (٤).

(٤) المادة (٦).

(٥) المادة (٩).

(٦) المادة (١٠).

(٧) المادة (٢٠).

وختاماً، فقد أجازت اللائحة المشار إليها للجهاز القومي لتنظيم الاتصالات إلغاء الترخيص قبل انتهاء مدته، وذلك إذا أخل المرخص له بأي شرط من شروط الترخيص، أو أي حكم من أحكام قانون تنظيم الاتصالات، أو أحكام الاتفاقيات واللوائح الدولية التي تكون مصر طرفاً فيها^(١).

(١) المادة ٢٧.

الخاتمة:

الطيف الترددي هو أحد الموارد الطبيعية النادرة التي تستخدم في كافة التطبيقات المعاصرة. وقد كان للأهمية الخاصة التي يتمتع بها أن سارعت مختلف الدول والمجتمع الدولي بأسره إلى تنظيم الانتفاع به واستخدامه على نحو يكفل تعظيم العائد منه، وللمنتفع بها وللمجتمع ككل.

وإذا كان القانون المصري قد اهتم بتنظيم الطيف الترددي منذ مطلع القرن العشرين، فقد كان اهتمامه به مقصوراً على تنظيم بعض استخداماته، دون التعرُّض لتنظيم الطيف الترددي ذاته. وقد أتى قانون تنظيم الاتصالات رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٢ معبراً عن تلك الحاجة لتنظيم الطيف الترددي، منظمًا له على وجه غير مسبق، دون التعرُّض للظاهرة بحسب طبيعتها، بما يضحى معه الأمر مازال متروكاً للاجتهاد الفقهي. ولذلك - ونزولاً على الفهم الدقيق لماهية الظاهرة من الناحية الفيزيائية، وعلى نهج القانون المقارن - فقد أعد هذا المقال كمحاولة جادة لإخضاع الطيف الترددي للقواعد القانونية العامة في القانون المصري، وهو ما انتهى معه إلى اعتباره، وإن كان من الأشياء غير المادية، من قبيل الأموال المملوكة للدولة ملكية عامة.

قائمة المراجع

أولاً - المراجع باللغة العربية:

- انشراح الشال، محاولات الإنسان الاتصال عن بعد سلكياً ولاسلكياً: دراسة في تكنولوجيا الاتصال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن «حق الملكية»، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- عمر الشريف، شرح أحكام قانون تنظيم الاتصالات، مكتبة كلية الهندسة بجامعة الإسكندرية، ٢٠٠٩.
- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.

ثانياً - المراجع باللغة الانجليزية:

- A. H. Dictionaries, A. H. Spectrum. The American Heritage Dictionary of the English Language, Houghton Mifflin Company, 2001.
- A. L. Gerig. Introduction to wave physics, 2021, available on https://www.researchgate.net/publication/349721510_Introduction_to_Wave_Physics.
- B. K. Marcus. "The Spectrum Should Be Private Property: The Economics, History, and Future of Wireless Technology." Essays In Political Economy, Ludwig von Mises Institute, 2004.
- B. P. Freyens. "A Policy Spectrum for Spectrum Economics." Information Economics and Policy 21, 2009.
- B. P. Freyens. "A Policy Spectrum for Spectrum Economics." Information Economics and Policy 21, 2009.
- Cramton, P. (2002). Spectrum Auctions. Handbook of Telecommunications Economics. M. Cave, S. Majumdar and I. Vogelsang. Amsterdam, Elsevier Science B.V.

- E. Kruse. "From Free Privilege to Regulation: Wireless Firms and the Competition for Spectrum Rights Before World War I." The Business History Review 76(4), 2002.
- E. Kruse. "From Free Privilege to Regulation: Wireless Firms and the Competition for Spectrum Rights Before World War I." The Business History Review 76(4), 2002.
- ITU (2018) Economic Aspects of Spectrum Management, Rep. ITU-R SM.2012-6.
- ITU-R Report, "Guidelines on The Regulatory Framework for National Spectrum Management", n. 20932018 ,3/.
- ITU-R. Article 1:Terms and Definitions. Radio Regulations, 2020.
- ITU-R. Handbook on National Spectrum Management. ITU, Geneva, 2015.
- ITU-R. ITU-R Recommendation SM.11322-: General Principles and Methods for Sharing Between Radiocommunication Services or Between Radio Stations. SM Series. Spectrum Management, 2001.
- J. Chaduc and G. Pogorel (2008). The Radio Spectrum. Managing a Strategic Resource. London, ISTE Ltd, 2008.
- L. Herzel. "'Public Interest' and the Market in Color Television Regulation." University of Chicago Law Review, 1951.
- M. Cave et al. Essentials of modern spectrum management. The Cambridge wireless essentials series. Cambridge ; New York, Cambridge University Press,: xii, 265 p, 2007.
- R. H. Coase. "The Federal Communications Commission." Journal of Law & Economics 2(1): 11959 ,40-.
- R. H. Coase. "The Problem of Social Cost". Journal of Law & Economics, 3(Oct), 11960 ,44-.
- R. Horvitz (2013). Geo-Database Management of White Space vs. Open Spectrum. Tv White Space: A Pragmatic Approach. E.Pietrosemoli and M.Zennaro. Trieste, ICTP.
- R. Struzak. Introduction to International Radio Regulations. ICTP Lecture Notes. S. M. Radicella. Italy, The Abdus Salam ICTP, 2003.

- V. Timofeev. From Radiotelegraphy to Worldwide Wireless, How ITU Processes and Regulations Have Helped Shape the Modern World of Radiocommunications. ITU News, 2006.
- V. Timofeev. From Radiotelegraphy to Worldwide Wireless, How ITU Processes and Regulations Have Helped Shape the Modern World of Radiocommunications. ITU News, 2006.

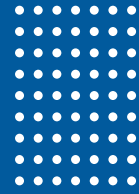
ثالثاً - المراجع باللغة الفرنسية:

- DELCROS Bertrand et TRUCHET Didier, "Controverse: les ondes appartiennent-elles au domaine public?", RFDA, n. 5, 1989.
- DRAGO Roland, "Nature juridique de l'espace hertzien", in Aspects du droit privé, 1986.
- DUFAU Jean, "Point de vue: infrastructures de télécommunications. Le domaine public hertzien: un concept juridiquement contestable", 2001, disponible sur: <https://www.lemoniteur.fr/article/point-de-vue-infrastructures-de-telecommunication-le-domaine-public-hertzien-un-concept-juridiquement-contestable.87179>.
- GAUDEMET Yves, CHAMINADE André et PEZ-LAVERGNE Thomas, «Le système français d'exploitation du domaine public hertzien et d'attribution des fréquences radioélectriques», Rapport du groupe de travail, Fondation pour le droit continental, Agence nationale des fréquences, 2009.
- GONOD Pascale, Traité de droit administratif. T. 2, Dalloz, Paris, 2011.
- ROUX Christophe, droit administratif des biens, Mémentos, éd. 2, Paris, 2021.
- WALINE Marcel, Traité de droit administratif, 8 ed., Sirey, Paris, 1959.



ثانيًا

التعليق على
أحكام قضائية



عبد الرحمن جمال يعقوب

قاضٍ بمجلس الدولة - ماجستير جامعة كامبريدج - ماجستير جامعة ليون ٣

قراءة في حكم محكمة العدل الأوروبية في قضية شريمز ٢ بشأن نقل البيانات الشخصية من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة الأمريكية

■ **المراسلة:** عبد الرحمن جمال يعقوب
مجلس الدولة - مصر

■ **معرف الوثيقة الرقمي (DOI):** <https://doi.org/10.54873/jolets.v3i1.116>

■ **البريد الإلكتروني:** Abdelrahman.gamal1@yahoo.com

■ **نسق توثيق البحث:**

عبد الرحمن جمال يعقوب، قراءة في حكم محكمة العدل الأوروبية في قضية شريمز ٢ بشأن نقل البيانات الشخصية من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة الأمريكية، مجلة القانون والتكنولوجيا، المجلد الثالث، العدد الأول، أبريل ٢٠٢٣، صفحات

المقدمة:

إن البيانات الشخصية أصبحت بمثابة الوقود لكثير من الأنشطة التجارية الآن. فبالإضافة إلى الحالات التي يتوجب الاحتفاظ فيها بالبيانات الشخصية للعملاء لمباشرة النشاط التجاري ذاته، تقوم الآن الكثير من النماذج التجارية على الاتجار في البيانات الشخصية عينها. فكثير من الخدمات الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي والتطبيقات والألعاب وخلافهم الكثير - خاصةً من يقدمون خدماتهم مجاناً- يعتمدون في جزء كبير من نشاطهم على جمع البيانات الشخصية لعملائهم، كل بحسب نشاطه ونوعية البيانات التي يجمعها، لبيعها لشركات أخرى تستخدمها لدراسة الأسواق وتسويق منتجاتها بشكل أفضل. والأمر كذلك في كافة المجالات التي تتطلب التعامل مع جمهور تقريباً؛ فنجد أنه حتى السياسيين يستعينون بخدمات محلي البيانات لفهم القواعد الانتخابية والوصول إلى أفضل طريقة دعاية انتخابية، مما يعزز فرصهم في الفوز كما كان الحال في قضية كامبريدج أناليتيكا مثلاً. لذلك فالبيانات الشخصية أضحت عماداً اقتصادياً رئيسياً، لا يقل الاهتمام به عن الاهتمام بصناعة الطاقة مثلاً.

لا يتصور مع اتساع قاعدة تجارة البيانات على هذا النحو أن تغلق كل دولة على بيانات مواطنيها داخل حدودها، فالبيانات بحكم تطور وسائل الاتصال أصبحت بطبيعتها عابرة للحدود. لذلك فقد تبهت الكثير من الدول لأهمية وضع تنظيم قانوني محكم لنقل البيانات إلى الخارج. في طليعة هذه التنظيمات يأتي الاتحاد الأوروبي، والذي أنزل قيوداً على عمليات نقل البيانات إلى خارج الاتحاد، تستهدف أن تتمتع هذه البيانات بذات المستوى من الحماية الذي يتيح قانون الاتحاد الأوروبي. ولأجل هذا تبنى الاتحاد الأوروبي آليات حصرية يمكن من خلال ضمان تحقيق هذا المستوى من الحماية.

تتركز عمليات نقل البيانات الشخصية للأوروبيين إلى خارج الاتحاد الأوروبي على معيار أول ورئيسي يتمثل في التساوي بين مستوى حماية البيانات في الاتحاد الأوروبي ذاته ووفقاً لما يكفله قانونه، وبين مستوى حماية البيانات الذي سيتوافر عند نقل هذه البيانات للخارج. وبالرغم من أن عملية نقل البيانات قد تستند إلى أكثر من وسيلة قانونية مما يتيح قانون الاتحاد الأوروبي، إلا أن العامل المشترك بينهم جميعاً هو ذلك المعيار. وفي ظل مستوى الحماية المساوي هذا تواتر قضاء محكمة العدل الأوروبية

موضحاً ما الذي يعنيه، وكيف يمكن للدولة التي تستقبل البيانات أن تعجز عن توفيره. لقد أصدرت محكمة العدل الأوروبية حكمها في القضية المعروفة إعلامياً بشريمز ٢ (Schrems II) في ١٦ يوليو ٢٠٢٠، والذي انتهت فيه إلى إبطال قرار الملائمة (Adequacy Decision) لنقل البيانات الشخصية لمواطني الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة الأمريكية المسمى درع الخصوصية (Privacy Shield)، والذي كان يمثل الغطاء القانوني الرئيسي لعمليات نقل البيانات بين الكيانين وما يتبعهم من شركات ومؤسسات على اختلاف الأنشطة والمجالات. وقد كان سبب المحكمة فيما توصلت إليه هو أن القانون الأمريكي لا يكفل الحماية مستوى حماية مكافئ لذلك الخاص بقانون الاتحاد الأوروبي، إذ يخول برامج المراقبة التي تستخدمها أجهزة الأمن الأمريكية سلطات من شأنها انتهاك خصوصية البيانات الشخصية لمواطني الاتحاد الأوروبي. إلا أن المحكمة لم تقض ببطلان البنود التعاقدية القياسية (Standard Contractual Clauses) السارية آنذاك، والتي تمثل إحدى أهم الأدوات البديلة لإعطاء المشروعية لنقل البيانات. لكنها مع ذلك قدرت أن البنود القياسية غير كافية بذاتها، وأنها يجب أن تشتمل على ضمانات أقوى بما يوفر مستوى حماية مساوٍ لمستوى حماية اللائحة العامة لحماية البيانات الخاصة بالاتحاد الأوروبي

(GDPR) General Data Protection Regulation).

ويمثل هذا الحكم إعادة تأكيد من قبل محكمة العدل الأوروبية على التزامها بحماية البيانات الشخصية لمواطني الاتحاد، وعدم استعدادها للتنازل عندما يتعلق الأمر بحماية البيانات الشخصية في مواجهة الدول الأجنبية التي قد تحوز هذه البيانات لأسباب التجارة أو غيرها. لذلك نراها تعيد الكرة من جديد بعد أن أبطلت قبلها بحوالي خمس سنوات قرار الملائمة للولايات المتحدة الملاذ الآمن (Safe Harbour)، ولأسباب بعضها متكرر. إن الحكم الحالي قد وضع الطرفين الأوروبي والأمريكي في مأزق، إذ إن التوفيق بين المتطلبات المترتبة عليه والتنظيم القانوني الأمريكي يتطلب تغييراً في القوانين الأمريكية. لذلك لا عجب أن الطرفين لم يتمكنوا من إصدار قرار ملاءمة بديل إلى الآن.

إن الحكم لم يؤد بطبيعة الأمر إلى تعطيل حركة التجارة الضخمة العابرة للأطلسي،

إلا أنه ترك الشركات الأمريكية المتعاملة في البيانات الشخصية الأوروبية لبدائل قانونية أخرى لتوفر الغطاء القانوني لنقل البيانات، إلا أنها ليست بذات الدرجة من الاستقرار والثقل، ولا توفر ذات الأمان الذي تكفله قرارات الملاءمة كوسيلة قانونية رئيسية لنقل البيانات الشخصية إلى خارج الاتحاد.

تأتي على رأس هذه الوسائل البنود التعاقدية القياسية، والتي يمكن لناقلي البيانات تبنيها في عقودهم والالتزام بما تحويه بنودها في صورة تعاقدية. ذلك وقد تناولت المحكمة بالبحث صحة قرار البنود التعاقدية القياسية الصادر عن المفوضية الأوروبية (European Commission) والساري آنذاك. لكن المحكمة قررت في هذا الصدد أن البنود القياسية ذاتها صحيحة، إلا أن مدى صحة تطبيقها يختلف باختلاف الحالة، وهو ما قد يتطلب تدعيمها بتدابير إضافية من قبل المتحكم أو المعالج الذي يصدر البيانات. وعلى هذا الأساس أصبحت البنود التعاقدية القياسية هي الأساس الرئيسي الذي تستند إليه عمليات نقل البيانات منذ ذلك الحين.

يحاول التعليق الحالي سبر أغوار هذا الحكم من خلال وضعه موضعه في الصورة الأكبر للتنظيم القانوني لنقل البيانات في الاتحاد الأوروبي، ومن خلال فهم مدلولات قرار المحكمة بشأنه، وكذلك تحليل أهم نتائجه. لذلك سيتناول التعليق الوقائع وسياق القضية أولاً، ثم تحليل الحكم، فالتعقيب على الحكم، وأخيراً يختتم بعرض النتائج التي توصل إليها.

أولاً - الوقائع وسياق القضية:

١- الوضع قبل شريمز ٢:

إن حكم شريمز ٢ الصادر عن محكمة العدل الأوروبية تكمن أهميته في أنه أسقط اتفاقية نقل البيانات بين الاتحاد الأوروبي ودولة بحجم الولايات المتحدة وما لها من استثمارات في دول الاتحاد، وما يترتب على ذلك من تعرية عمليات نقل البيانات للولايات المتحدة من الغطاء القانوني الأكبر، متمثلاً في قرار الملاءمة، إلا من بدائل غير مستدامة ومرهقة مثل قواعد الشركات الملزمة (Binding Corporate Rules) والبنود التعاقدية القياسية. لكن هذه ليست الحادثة الأولى من نوعها، وإنما سبقها - بوقت ليس ببعيد - حكم صدر عن المحكمة نفسها في عام ٢٠١٥ في قضية خاضها

الشخص نفسه، وفي سياق شبيهه عرفت إعلامياً بشريمز ١، ترتب عليها آنذاك بطلان اتفاقية نقل البيانات السابقة الملاذ الآمن (Safe Harbour).^(١) وهو ما يجعل من قضية شريمز ٢ حلقة في سلسلة تطورات قانونية وقضائية بخصوص النقل الدولي للبيانات الشخصية في الاتحاد الأوروبي.

محاولات ماكس شريمز - تسريبات إدوارد سنودن ٢٠١٣:

إن مشعل فتيل القضيتين، ومن عرفت القضيتان إعلامياً باسمه، هو ماكسيميليان شريمز (Maximilian Schrems)، محامي أيرلندي عنى بقضايا الخصوصية، والتقت منذ باكراً إلى تأثير منصة مثل فيس بوك على خصوصية البيانات الشخصية للأوروبيين، حيث يتم نقل بياناتهم لمعالجتها في الولايات المتحدة حيث يوجد مركز الشركة الأم. حرك شريمز العديد من الشكاوى ضد فيس بوك منذ عام ٢٠١١،^(٢) لم تؤت أي منها ثمارها، وكانت هذه الشكاوى تستهدف النظر في مدى التزام فيس بوك بـ «الملاذ الآمن» حيث ادعى أن نقل البيانات إلى الولايات المتحدة غير قانوني ويخالف كلاً من توجيه خصوصية البيانات الأوروبي^(٣) (Data Protection Directive) (Directive 95/46/CEI -)، وكذلك اتفاقية الملاذ الآمن، حيث يتم نقل البيانات دون ضرورة لذلك ودون أن يكفل القانون الأمريكي مستوى حماية للبيانات الشخصية مكافئاً لذلك الأوروبي.^(٤) ذلك وقد كانت المفوضية الأيرلندية إما تتجنب أو ترفض هذه الشكاوى تحت ادعاءات مختلفة، منها: أنها غير ملتزمة قانوناً بالنظر في هذه الشكاوى وأن السلطات الوطنية لا يحق لها نقض قرارات المفوضية الأوروبية.^(٥)

كانت حادثة إفشاء التنصت العالمي التي قام بها إدوارد سنودن (Edward Snowden) خبير المعلومات الذي عمل لصالح وكالة الأمن القومي الأمريكية بمثابة الغيث من السماء لقضية شريمز التي عانت من جفاف الإهمال، كما كانت هي ذاتها

(1) (Schrems I) Case C-364/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner, [2015] CJEU.

(٢) قدم ما يجاوز العشرين شكوى يوجد حصر بها على الموقع الإلكتروني الخاص به والذي أسسه مزامنة مع بدء حركته ضد انتهاكات الخصوصية من فيس بوك، [http://europe-v-facebook.org/EN/Complaints/Safe_Harbor/safe_harbor.html]، الزيارة الأخيرة ٢٠٢٢/٩/١٥ م.

(٣) تم استبداله عام ٢٠١٨ باللائحة العامة لحماية البيانات الشخصية، وهي السارية حالياً، والتي تم بحث قضية شريمز ٢ في ضوءها.

(٤) [http://www.europe-v-facebook.org/prism/facebook.pdf]، الزيارة الأخيرة ٢٠٢٢/٩/١٥ م.

(5) Alvarez D, "Safe Harbor Is Dead; Long Live the Privacy Shield?" [2016] Business Law Today 5.

صدمة للرأي العام العالمي برمته. ذلك أن بعض المنصات الصحفية مثل الجارديان ونيويورك تايمز نشرت عام ٢٠١٣ وثائق تكشف تورط وكالة الأمن القومي الأمريكية وشركاء لها في عمليات تنصت عالمي وعلى نطاق واسع طالت مواطنين أمريكيين وغير أمريكيين، من بينهم أوروبيون، كشفها لهم إدوارد سنودن عبر آلاف الوثائق المسربة التي تثبت ذلك وتوضح الوسائل التي تم اتباعها في التنصت^(١).

عقب تلك التسريبات لجأ شريمز للمحكمة الأيرلندية العليا، والتي قبلت الدعوى ضد المفوضية الأيرلندية وتبنت رواية شريمز، إذ قدرت أنه ولأن كانت معالجة البيانات تتم لحماية الأمن القومي، إلا أنها تفتقد إلى القانونية من حيث إنه تتم معالجة بيانات عدد كبير من المواطنين بشكل جماعي وغير مميز. لكن لما كانت هناك اتفاقية نقل بيانات بين الاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة - الملائد الأمن - والتي دخلت حيز التنفيذ بقرار المفوضية الأوروبية رقم ٢٠٠٠/٥٢٠، وهو ما يخرج من اختصاصها أن تنظره، فقد أقرت المحكمة العليا أن في عملية نقل البيانات تلك انتهاكاً للدستور الأيرلندي، ووقفت نظر الدعوى وأحالتها لمحكمة العدل الأوروبية بصفتها المختص بنظر القضايا المنصبة على قوانين الاتحاد الأوروبي.

حكم محكمة العدل الأوروبية في شريمز ١:

أحالت المحكمة العليا الأيرلندية قضية ماكس شريمز ضد المفوضية الأيرلندية لحماية البيانات لمحكمة العدل الأوروبية على أن تنظر سؤالين:^(٢)

السؤال الأول: وهو أساس النزاع بين طرفي القضية، كان: هل إصدار المفوضية الأوروبية قرار ملاءمة لصالح إحدى الدول، إعمالاً للمادة (٢٥) من توجيه حماية البيانات كيف يد السلطات الإشرافية الوطنية (The supervisory authority) عن نظر شكاوى الأفراد المنصبة على مستوى حماية البيانات في هذه الدولة؟

وبالنسبة لهذا السؤال فقد أشارت المحكمة إلى أنه من حيث المبدأ يحق للمفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذلك للدول الأعضاء، أن يعتبروا قوانين حماية البيانات

(١) وقد شملت عمليات التنصت تلك وسائل اتصال مختلفة مثل الرسائل النصية والبريدية والمحادثات الهاتفية، [https://www.]. الزيارة {theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded}

الأخيرة ٢٠٢٢/٩/١٠ م.

(٢) قضية رقم C-٣٦٢/١٤ أمام المحكمة العليا الأيرلندية، حكم الإحالة، الفقرتان ١٩، ٢٢.

في دولة معينة متناسبة مع مستوى حماية الاتحاد الأوروبي،^(١) إلا أنه إذا أصدرت المفوضية قراراً بذلك، فإنه لا يحق للدول الأعضاء ولا مؤسساتهم مخالفتها بإصدار أية قرار يعتبر مستوى الحماية غير كاف، وأن ذلك مبناه أن المفوضية شأنها شأن مؤسسات الاتحاد الأوروبي يفترض في القرارات الصادرة عنها الصحة والنفذ إلى أن يتم سحبها أو إلغاؤها أو إصدار حكم ببطلانها.^(٢) ومع ذلك، فإن هذا لا يحد من حق الأفراد الذين تتغل بياناتهم للخارج من أن يتقدموا بشكوى للسلطات الإشرافية حتى وإن كانت المفوضية قد أصدرت قراراً بملاءمة القوانين في البلد المنقول إليها البيانات من قبل، ولا هو يتعارض مع الاختصاص الأصيل للسلطات الإشرافية في تلقي الشكاوى من الأفراد، والتي منحت إليها بموجب اتفاقية الاتحاد الأوروبي، وتوجيه حماية البيانات^(٣).

السؤال الثاني: وقد أحالته المحكمة دون أن يكون مثاراً للنزاع أمامها، وهو هل اتفاقية الملاذ الآمن، وبالتحديد قرار اعتمادها الصادر عن المفوضية الأوروبية، يتوافق مع توجيه حماية البيانات الساري آنذاك؟ وذلك السؤال يثير مسألة موضوعية.

وفيما يتعلق بهذا السؤال، فقد أثارت محكمة العدل سؤالاً ثانوياً مفاده: ما هو المقصود بالمفهوم الذي ورد في المادة (٢٥) من توجيه حماية البيانات من أن تكون الحماية في الدولة المنقول إليها البيانات مكافئة لذلك في الاتحاد الأوروبي؟ وبخصوصه أجابت المحكمة بأن التوجيه لم ينص على تعريف لهذا المفهوم، لا في تلك المادة ولا غيرها. إلا أن الحكم يستطرد بأنه بقرائة نص المادة ذاته يتضح أن المستوى الملائم من الحماية يقتضي أن يتحقق للدولة المنقول لها البيانات بموجب قوانينها أو التزاماتها الدولية مستوى ملائم من حماية البيانات، وأن يقاس ذلك بمنظار حماية الحياة الخاصة والحقوق والحريات الأساسية للأفراد.^(٤)

فيما يخص مفهوم «الملاءمة» ذاته، فإنه لا يفترض أن يكون مستوى الحماية في الدولة المنقول إليها البيانات «مطابقاً» لنظيره في الاتحاد الأوروبي، وإنما يعني أن تضمن تلك الدولة حماية للحقوق والحريات الأساسية متلائماً في جوهره مع ذلك الذي يكفله توجيه حماية البيانات^(٥).

(1) Schrems I, para 50.

(2) Ibid, para 52.

(3) Ibid, para 57.

(4) Schrems I, paras 70-71.

(5) Ibid, para 73.

ومن هذا المنطلق بحثت المحكمة التساؤل الرئيسي متمثلاً فيما إذا كان مستوى الحماية في القانون الأمريكي ملائماً أم لا، وبالنظر في حكمها نجد أن المحكمة استندت إلى مبدأي الضرورة والوضوح في حكمها النهائي ببطلان قرار اعتماد اتفاقية الملاذ الآمن، وإن لم تشر لهما صراحةً. وأما الأول فمقتضاه ألا يتم اللجوء إلى تدابير من شأنها تقييد حقوق وحرريات الأفراد إلا بقدر ما تقتضيه ضرورة الموقف، والثاني يتطلب أن تكون القيود الممكن توقيعها مبنية على قواعد محددة الملامح والأبعاد بحيث يمكن للأفراد معرفة تبعات أفعالهم، وأن تقتصر بضمانات تكفل عدم التعسف في توقيعها^(١). حيث تذكر المحكمة أنه يجب أن تكون هناك قواعد واضحة ومحددة لمعالجة البيانات على أن يصاحبها ضمانات ضد المعالجة غير القانونية، وتصبح تلك الحاجة ملحة بالنسبة للبيانات المعالجة إلكترونياً^(٢).

وبناءً على ذلك تذهب محكمة العدل إلى أن التشريع (تقصد بذلك قرار المفوضية باعتماد اتفاقية الملاذ الآمن) الذي يسمح بنقل بيانات إلى الخارج بدون تمييز أو قيد أو استثناء، وبدون معيار محدد للبيانات التي يمكن نقلها أو الغرض من نقلها، يكون مقوضاً للحق في احترام الحياة الخاصة المنصوص عليه في المادة (٧) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي^(٣). كما اعتبرت أن عدم النص على آلية للتظلم أو طلب تعديل أو حذف البيانات هو انتهاك كذلك للحق في الخصوصية^(٤). وعلى تلك الأسس قضت المحكمة ببطلان المادة (١) من الملاذ الآمن – أي بطلانه ذاته.

وبالإضافة إلى ذلك فقد قضت المحكمة ببطلان المادة الأولى من القرار لعيب شكلي يتمثل في أن المفوضية في قرار الملازمة يجب أن تعلن أن الدولة المزمع نقل البيانات لها تضمن مستوى ملائماً من الحماية، وهو لم يشمل القرار رقم ٢٥٠-٢٠٠٠ باعتماد الملاذ الآمن^(٥). ولما كانت المحكمة قد رأت أن المادة (٣) هي الأخرى باطلّة؛ لأنها تمنح المفوضية الأوروبية القدرة على تقييد اختصاص السلطات الإشرافية الوطنية بدون

(١) يمكن استنتاج أن المحكمة تستوحي رأيها ذلك من الاختبار ثلاثي الخطوات الذي يترسخ في أحكامها وأحكام محكمة حقوق الإنسان الأوروبية والذي يوجب أن يكون القيد على أحد الحقوق أو الحريات مؤسساً على قانون واضح ودقيق، وأن يستهدف مصلحة مشروعة، وأن يكون الإجراء المقيد للحق في استجابة لضرورة يفرضها الواقع ومتناسباً مع حجم تلك الضرورة.

(2) Schrems I (n 1), paras 91-92.

(3) Ibid, paras 93 – 94.

(4) Ibid, para 95.

(5) Ibid, paras 99 – 103.

سند سليم، وأن المادتين (١ و ٢) تمسان بدورهما غيرهما من المواد، فقط انتهت إلى بطلان القرار برمته، وبالتالي اتفاقية الملاذ الآمن.

ويمكن تفسير هذا القرار على أنه خطوة منطقية بالنظر إلى التغييرات التي طرأت خلال خمسة عشر عاماً هي مدة تطبيقه، وفوقها سنوات الإعداد،^(١) فالولايات المتحدة قد مرت بتفجير برجي التجارة العالميين، وما ترتب على ذلك من اتخاذها لتدابير تستهدف من ورائها تعزيز أمنها القومي، مثل تمرير Patriot Act الذي يطلق أيدي سلطاتها الأمنية في جمع البيانات.

٢- شريمز ٢: مقدمات الحكم:

لقد أعقب إبطال الملاذ الآمن صدور اللائحة العامة لحماية البيانات في ٢٠١٦، ومن ثمّ دخوله حيز النفاذ في ٢٠١٨، وفي العام ذاته ٢٠١٦ انتهت المفوضية الأوروبية ووزارة التجارة الأمريكية إلى الاتفاق على إطار جديد لنقل البيانات من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة، والذي جاء باسم درع الخصوصية (Privacy Shield)،^(٢) والذي شمل عدة تطورات من أبرزها: أنه تضمن النص على مبادئ تحكم عملية نقل البيانات، منها تقليص البيانات وتحديد أغراض معالجة البيانات، وكذلك منح أصحاب البيانات وسيلة للطعن على نقلها،^(٣) إلا أن هذه التعديلات لم تقِ درع الخصوصية من ذراع الإبطال كذلك.

في عام ٢٠١٥، قام ماكسيميليان شريمز بتدشين شكوى أمام مفوضية حماية البيانات الأيرلندية، مدعياً أن شركة فيس بوك الأيرلندية تقوم بنقل بياناته الشخصية إلى شركة فيس بوك الأم في الولايات المتحدة، وأن هذه البيانات المنقولة غير محمية في مواجهة السلطات العامة في الولايات المتحدة، وهو ما يخل بحقوقه الأساسية بموجب قانون الاتحاد الأوروبي.^(٤)

(1) El Khoury A, "The Safe Harbour Is Not a Legitimate Tool Anymore. What Lies in the Future of EU-USA Data Transfers?" (2015) 6 European Journal of Risk Regulation 659

(2) Commission Implementing Decision (EU) 2016/1250 of 12 July 2016 pursuant to Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the adequacy of the protection provided by the EU-U.S. Privacy Shield (notified under document C(2016) 4176) (Text with EEA relevance) (OJ L 207 01.08.2016, p. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/dec_impl/2016/1250/oj)

(3) Voss WG, "European Union Data Privacy Law Reform: General Data Protection Regulation, Privacy Shield, and the Right to Delisting" 72 The Business Lawyer 231

(4) (Schrems II) Case C-311/18 Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Ltd and Maximilian Schrems, [2020], para 55.

إلى جوار ذلك، ادعى شريمز أنه لا توجد في سبيل حماية بياناته الشخصية وسائل إنصاف قضائي ملائمة في الولايات المتحدة. وقد طلب شريمز أن تقوم المفوضية الأيرلندية بوقف عمليات نقل البيانات تلك^(١)، إلا أن المفوضية رأت أنه ينبغي النظر كذلك في البنود التعاقدية القياسية لكونها معيبة، وبالتالي واجبة الإبطال - وذلك باعتبارها الأساس القانوني الساري آنذاك لنقل البيانات من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة بعد إبطال الملاذ الآمن.

بناءً على ذلك، قامت مفوضية حماية البيانات الأيرلندية بتحريك دعوى أمام المحكمة العليا الأيرلندية، والتي قامت بدورها بإحالة القضية لمحكمة العدل الأوروبية وذلك على أساس النظر في صحة البنود القياسية الحاكمة لنقل البيانات، وذلك في ٢٠١٦^(٢). إلا أن الأمور أخذت منحاً آخر بأن كانت الاتفاقية الجديدة (الملاذ الآمن) المنظمة لنقل البيانات من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة قد خرجت إلى النور في العام ذاته. وعلى ذلك مدت محكمة العدل بحثها - المنصب على صحة الأساس القانوني لنقل البيانات - إلى اتفاقية الملاذ الآمن كذلك. ذلك البحث الذي انتهى بحكمها في ٢٠٢٠ ببطلان اتفاقية الملاذ الآمن، وصحة البنود القياسية مع عدم كفايتها في ذاتها لنقل البيانات.

ثانياً - تحليل الحكم:

قامت محكمة العدل الأوروبية بالبت في الأسئلة المحالة إليها من المحكمة العليا الأيرلندية على الترتيب التالي:

١ - استثناءات اللائحة العامة لحماية البيانات الشخصية:

كان فحوى السؤال الأول الوقوف على مدى انطباق اللائحة العامة لحماية البيانات على عملية نقل البيانات التي تتم بين شركتي فيس بوك أيرلندا وفيس بوك الأم

(١) حكم الإحالة من المحكمة العليا الأيرلندية إلى محكمة العدل الأوروبية، الفقرتان ١٧، ١٨، [https://www.uouu.cz/assets/، File.ashx?id_org=200144&id_dokumenty=31058]، الزيارة الأخيرة ٢٠/١١/٢٠٢١م.

(٢) حكم الإحالة، فقرة ٤٦.

في الولايات المتحدة،^(١) باعتبار أن مصدر التهديد الذي قد تتعرض له البيانات هو تدخلات سلطات الأمن القومي في الولايات المتحدة، ودافعها في ذلك هو أغراض الأمن القومي. لذا فهو مبحث يتوقف عليه تحديد القانون واجب التطبيق على القضية، وبعبارة أخرى ما إذا كانت اللائحة العامة لحماية البيانات واجبة التطبيق أم لا.

قدرت محكمة العدل الأوروبية أن المسألة القانونية هنا هي ما إذا كانت اللائحة العامة لحماية البيانات تنطبق على حالة نقل البيانات الشخصية لأغراض تجارية من إحدى الدول الأعضاء إلى كيان اقتصادي في دولة أخرى، مع تدخل السلطات العامة في عملية المعالجة تلك لأغراض حماية الأمن القومي.

ذلك السؤال يقصد به إذا كانت عملية المعالجة تلك تدخل بين استثناءات تطبيق اللائحة المنصوص عليها في المادة (٢) منها. تلك الاستثناءات على نطاق تطبيق اللائحة تشمل معالجة البيانات الشخصية في سياق نشاط يقع خارج الاتحاد الأوروبي. ومن الجدير بالذكر هنا أن عملية جمع البيانات وتخزينها ونقلها هو مما يدخل في معنى معالجة البيانات، وهو ما تقوم به شركة فيس بوك أيرلندا، لذا فهي لا تخضع لهذا الاستثناء. تشمل الاستثناءات كذلك بعض مسائل السياسة والدفاع الخارجي التي نص عليها الفصل الخامس من الباب الخامس من اتفاقية تأسيس الاتحاد الأوروبي، وهو كذلك لا ينطبق على الوضع الحالي. تتضمن الاستثناءات أيضاً معالجة البيانات لأغراض شخصية بواسطة أشخاص طبيعيين، والمعالجة لأغراض جنائية.

جاء إذن جواب المحكمة بالنفي، إذ اعتبرت أن نقل البيانات من فيس بوك أيرلندا إلى فيس بوك الولايات المتحدة هو عميلة نقل بيانات إلى خارج الاتحاد الأوروبي، بين كيانين اقتصاديين، لأغراض تجارية، تتم بواسطة إلكترونية. وهو ما يعني أنها ليست بواسطة شخص طبيعي لأغراض شخصية بحتة، ولا هي بمناسبة تحقيق جنائي، وبالتالي ليس مما تشملته الاستثناءات في المادة (٢)^(٢). وحقيقة أنه تتم معالجة البيانات بواسطة السلطات العامة لأغراض الأمن القومي لا يجنبها تطبيق اللائحة^(٣).

(١) وقد ثار جدل بخصوص معنى «النقل الدولي» حيث لم يرد له ذكر في اللائحة العامة لحماية البيانات، وكذلك كان الحال توجيه حماية البيانات ١٩٩٥ السابق على اللائحة. ويشار في هذا الصدد إلى الحكم الصادر عن محكمة العدل الأوروبية في قضية Bodil Lindqvist حيث أشارت المحكمة إلى عملية نقل البيانات على أنها ليست مجرد رفع أو إتاحة المحتوى على الإنترنت، وإنما هي عملية إيجابية تطوي على نقل البيانات إلى دولة أخرى. C-101/01, 6 No- JEU, Bodil Lindqvist, 2003 vember

(2) Schrems II, para 85.

(3) Ibid, para 87.

٢- معايير نقل البيانات بواسطة البنود التعاقدية القياسية:

السؤال الثاني يدور حول مستوى الحماية الذي يعد ملائماً تحت اللائحة العامة لحماية البيانات، وبتعبير المحكمة «العوامل» التي ينبغي أخذها في الاعتبار، عند نقل البيانات للخارج تحت غطاء البنود التعاقدية القياسية.

تناولت المحكمة هذه المسألة بأن أبرزت موقع البنود التعاقدية القياسية بالنسبة لقرار الكفاية، باعتباره آلية احتياطية.^(١) أقرت المحكمة أنه في حالة عدم وجود قرار كفاية، تنطبق المادة (٤٦) التي تتيح للمتحكم أو المعالج نقل البيانات للخارج، إذا تمكنوا من توفير ضمانات ملائمة لحمايتها. ووفق هذه المادة، تعتبر البنود التعاقدية القياسية إحدى وسائل توفير هذه الضمانات. وعلى أي حال يجب أن تقرن البنود القياسية أو غيرها من الضمانات - مثل قواعد الشركات الإلزامية - بحقوق قابلة للإنفاذ لصاحب البيانات، ووسائل إنصاف قانوني.^(٢)

الحكم لم يحدد حصراً الحقوق القابلة للإنفاذ، التي قد يتمتع بها صاحب البيانات، ولم تفعل أيضاً اللائحة العامة لحماية البيانات. لكنه من المفهوم أنها تشتمل على الأقل على الحقوق التي نصت عليها اللائحة لصاحب البيانات في الفصل الثالث. إذ يتمتع صاحب البيانات في حق الوصول للبيانات، والحق في تصحيحها إذا ما وجد فيها خطأ، كما يحق له أن يقيد معالجة البيانات، وأن يمحوها. ينبغي فوق ذلك أن يتم إخطار صاحب البيانات إذا تم جمعها بطريق على غير رضائه وفقاً لما تسمح به المادة (٦)، وله أيضاً أن يعترض على معالجة بياناته في هذه الحالة بما تتيحه المادة (٢١).

هذه الحقوق في تفسيرها وفهمها، تخضع للقراءة في ظل المبادئ التي استحدثتها اللائحة في المادة (٥)، وذلك باعتبار هذه المبادئ بمثابة الغطاء العام والمرجع في فهم حدود وأبعاد معالجة البيانات والالتزامات المرتبطة به مما توقعه اللائحة^(٣).

أما فيما يتعلق بوسائل الإنصاف القانوني، فيترتب عليها تمكين صاحب البيانات من تحريك دعوى قضائية إذا ما تراءى له ذلك. ومن الاستفادة من هذا الحكم أن توفير

(١) وفقاً للحيثية ١٠٨ من اللائحة، في حالة عدم وجود قرار ملاءمة، فإنه الضمانات الملائمة التي يفترض العمل بها لنقل

البيانات - والتي تعتبر البنود القياسية إحدى وسائلها - يجب أن «تعوض النقص في حماية البيانات في الدولة الأخرى».

(2) Schrems II (n 1), para 91.

(3) Lee A Bygrave, Data Privacy Law (Oxford University Press 2013), 145.

وسائل الإنصاف القانوني له ضوابط خاصة، وبالتالي فإن هذا الشرط لا يستقيم بمجرد أن يتوافر في الدولة المستضيفة للبيانات مجرد جهة مظلمة، تعمل على استقبال الشكاوى المتعلقة بنقل البيانات.

وقد تضمن منطوق الحكم في هذه النقطة تأكيداً من المحكمة على فكرة تساوي مستوى حماية البيانات الذي يكفله قانون الاتحاد الأوروبي ومستوى الحماية الذي تأتي به هذه الضمانات. ويمكن أن نستخلص من تأكيد المحكمة في هذا الصدد أن معيار مستوى الحماية المساوي هو حجر الزاوية في أية عملية نقل بيانات للخارج أيًا كانت الوسيلة التي تعتمد عليها، سواء كانت قرار ملاءمة أو غير ذلك. وهذا ليس تناول القضائي الأول لهذه الفكرة، إذ أكد عليها أيضاً حكم المحكمة ذاتها في قضية شريمز^١. ذلك الحكم أرسى لمعيار في غاية الأهمية بأن أوضح أن مستوى الحماية المساوي لا يعني التطابق بين الحماية القانونية للبيانات في الدولة المستقبلة والاتحاد الأوروبي، وإنما يقصد به التساوي في جوهر الحماية. وهو ما يترتب عليه أنه لا يفترض بالضرورة أن يتم اتباع الآليات ذاتها، وأن يحتوي التنظيم القانوني على النصوص ذاتها، وإنما يكفي أن تتوافر بدائل في جوهرها متكافئة الحماية.

ارتقت المحكمة بهذا المعيار إلى حد المبدأ بأن قررت أن نقل البيانات عبر البنود القياسية لا يختلف عن نقلها عبر قرار الملاءمة، من حيث إن تلك البنود تفترض أيضاً مستوى حماية مساوٍ في جوهره للمستوى المطبق في الاتحاد الأوروبي^(١). تعميم هذا المعيار هو قراءة صائبة تجد مصدرها في المادة (٤٤) - فاتحة الفصل الخامس - من اللائحة العامة لحماية البيانات التي ترسي المبدأ العام لنقل البيانات إلى الخارج. مضافاً لهذا المبدأ هو أن يتم تطبيق كل أحكام نقل البيانات، بحيث تضمن أن مستوى الحماية الذي تكفله هذه اللائحة لا يتم تقويضه. واتساقاً مع هذا يأتي معيار مستوى الحماية المساوي، الذي يتطلب بدوره أن يكون هناك من الضمانات لدى الدولة مستقبلة البيانات أو من خلال مستقبل البيانات ذاته ما يضمن توافر مستوى مساوٍ في حالة نقل البيانات للخارج، وبالتالي لا تصبح القيمة التي أتت بها اللائحة مهددة بالإهدار إذا ما نقلت البيانات لخارج الاتحاد الأوروبي.

(1) Ibid, para 96.

علاوة على ذلك، فقد أشار الحكم إلى المناطق التي ينبغي النظر إليها بحثاً عن تحقق معايير قياس مستوى الحماية. وهناك موطنان للبحث عن الملاءمة، ينبغي بحثهما معاً، ولا يغني أحدهما عن الآخر: بنود العقد بين المتحكم أو المعالج الموجود في الاتحاد ومستقبل البيانات في الدولة الآخر، ذلك من ناحية أخرى، يتوجب النظر إلى الجوانب ذات العلاقة في النظام القانوني للدولة التي ستقل إليها البيانات⁽¹⁾. ويتوجب الملاحظة هنا أن تعبير «الجوانب ذات العلاقة في النظام القانوني» تختلف عن مجرد النظر في القوانين، فالأول أشمل من الثاني، ويشمله، ذلك أنه ربما تكون القوانين ذاتها مصونة، إلا أن واقع تطبيقها ليس كذلك، وهو ما يعني سلامة القوانين وفساد النظام القانوني. لذلك لما أشارت اللائحة، ومن ثمَّ الحكم، كانت الإشارة للجوانب ذات العلاقة في النظام القانوني.

٣- التزام السلطات الرقابية (Advisory Authorities):

كان السؤال الذي نظرتة المحكمة هنا هو: هل يتوجب على السلطات الرقابية في دول الاتحاد الأوروبي أن توقف عمليات النقل التي تتم بموجب بنود قياسية معتمدة من قبل المفوضية الأوروبية، إذا ما قدرت أنه لا يتم الامتثال للالتزامات حماية البيانات أو لا يمكن الالتزام بها؟

وهنا يتم التمييز بين تصورين، أحدهما أن يوجد قرار ملاءمة، والآخر ألا يوجد، وأن يكون نقل البيانات بناءً على بنود قياسية مثلاً، وهي الحالة التي كانت مناط التساؤل في قرار الإحالة أصلاً.

ولفهم مناط الاختلاف، ينبغي فهم الفرق بين الحالتين من حيث المبدأ، وهو أن قرار الملاءمة يكون صادرًا من المفوضية الأوروبية، وهي مؤسسة تابعة للاتحاد، وبالتالي لا يحق للمؤسسات الوطنية -متمثلة في السلطات الإشرافية- تجاوزها. وقرار الإحالة ذاته يكون بمثابة إقرار بملاءمة النظام القانوني للدولة المنقول إليها البيانات ككل، بما يشمل التنظيم القانوني والممارسات الجارية في الدولة المستقبلية. أي أنه يعتبر مظلة ضمان عامة. وللوصول إلى تلك المرحلة يتطلب من المفوضية أن تجري اختبار ثلاثي الأجزاء يشمل سيادة القانون، ووجود سلطات إشرافية فعالة، والالتزامات الدولية

(1) Ibid.

للدولة مستقبلية البيانات، مما يوضح مدى اتساع قاعدة التحوط الذي يبنى عليها قرار الكفاية. ولذلك مجرد صدور قرار كفاية يغني عن الحاجة لأي تصريح لاحق لنقل البيانات إلى الدولة التي حازت هذا القرار.

بينما -على الكفة الأخرى- البنود التعاقدية القياسية، هي مجرد نماذج لبنود تعاقدية يمكن للمؤسسات التي تعترم نقل البيانات للخارج تضمينها في عقودها مع الأطراف المستقبلية للبيانات من خارج الاتحاد. يقوم بوضعها أيضاً المفوضية الأوروبية، أو السلطة الإشرافية للدولة، إلا أن مسؤولية تطبيقها تقع على المؤسسات مرسله البيانات دون ضمان مقدم بأنه سيتم الامتثال لها أو أن لتلك المؤسسات القدرة على إنفاذها. لذلك فهي تخضع لرقابة السلطات الإشرافية.

وأما بالنسبة للحالة اللاحقة، عند نقل البيانات وفقاً للبنود القياسية، فإن السلطات الإشرافية «مطلوبة» بأن توقف أو تحظر نقل البيانات إلى الدولة الأخرى حال لم يتم الامتثال، أو لم يكن من الممكن الامتثال للبنود القياسية التي يتم نقل البيانات على أساسها⁽¹⁾. ويضيف الحكم أنه حتى في حالة وجود قرار ملاءمة، فإن ذلك لا يمنع السلطات الإشرافية من النظر في الشكاوى المقدمة إليها بخصوص حماية البيانات في هذا الصدد. وبالرغم من أنها لا تملك في مثل هذه الحالات أن توقف نقل البيانات أو تحظره، إلا أن لها على ما يتبدى لها من مخالفات أن تحرك دعوى أمام القضاء الوطني، الذي قد يحيل بدوره الأمر لمحكمة العدل الأوروبية للقرار في صحة قرار الملاءمة من عدمها⁽²⁾.

٤- مدى صحة البنود التعاقدية القياسية (قرار المفوضية رقم ٢٢٩٧ لسنة

٢٠١٦):

بحثت المحكمة السؤال حول مدى قدرة البنود التعاقدية القياسية (ذاتها) على توفير مستوى حماية كاف، بالرغم من أنها غير ملزمة للسلطات الإشرافية في الدول التي يتم نقل البيانات إليها خارج الاتحاد الأوروبي.

وقت أن حرك ماكس شريمز الدعوى الحالية لم تكن اتفاقية درع الخصوصية قد

(1) Ibid, para 121.

(2) Ibid, para 120.

خرجت للضوء بعد، وكان مطعنه آنذاك متمثلاً في أن نقل البيانات إلى الولايات المتحدة الأمريكية غير ضروري ويقوض سلامة هذه البيانات. تمثل الخطر الأكبر على البيانات في برامج الاستخبارات التي تطبقها أجهزة الاستخبارات والأمن القومي الأمريكية تحت مظلة القانون الأمريكي، والتي تتيح لها الولوج وجمع البيانات الشخصية الواردة من الاتحاد الأوروبي بما لا يتفق ومستوى الحماية الذي يتيحه قانون الاتحاد الأوروبي. وفي غياب قرار ملاءمة - لعدم اعتماد الاتفاقية بعد - كان نقل البيانات يتم وفقاً للبنود القياسية. ولذلك كان من المنطقي أن يثور التساؤل حول ما إذا كانت الالتزامات الناشئة عن هذه البنود تنصرف إلى السلطات العامة في الدولة مستقبلة البيانات، ومدى صحة البنود التعاقدية القياسية إذا كانت غير ملزمة لهذه السلطات. وحيث إن قرار الكفاية (درع الخصوصية) قد صدر أثناء نظر محكمة العدل الأوروبية للدعوى، فقد مدت قضاءها ليشمل القرار إلى جانب البنود التعاقدية القياسية السارية آنذاك. وبالتالي أصبحت الوصيلتان الأكثر شيوعاً لنقل البيانات إلى خارج الاتحاد الأوروبي محل بحث المحكمة، وصارت حركة البيانات من الاتحاد الأوروبي إلى الولايات المتحدة مهددة بشدة. وفي السؤال الرابع تعرضت المحكمة أولاً إلى الوسيلة الأسبق: البنود التعاقدية القياسية.

سلمت المحكمة أولاً بأنه من المتفق عليه أن البنود القياسية تلزم فقط أطراف التعاقد، أي المتحكم أو المعالج الناقل للبيانات والطرف الآخر مستقبل البيانات في الدولة الأخرى، وذلك دون أن يكون لها أي قوة إلزامية في مواجهة السلطات العامة في هذه الدولة، إذ إنها أداة ذات طبيعة تعاقدية خالصة⁽¹⁾.

بناءً على تلك النتيجة، استأنفت المحكمة بحثها بالتمييز بين صحة البنود القياسية في ذاتها، والتوافر الفعلي للضمانات الملائمة. ذلك كي تتمكن فيما بعد من تحديد موقفها من صحة البنود القياسية.

يتضح من قراءة الحكم أن مجرد صحة البنود القياسية لا يكفي في ذاته للقطع بتوافر ضمانات ملائمة لحماية البيانات وفقاً لما تقتضيه المادة (١/٤٦) من اللائحة. فالبرغم من أن مستقبل البيانات من خارج الاتحاد الأوروبي قد يتعهد بموجب البنود

(1) Ibid, paras 125, 130.

القياسية بأن يقوم باتخاذ التدابير التي تحقق الحماية نظرياً، إلا أنه عملاً قد لا يسمح الواقع القانوني أو قوانين البلد مستقبلة البيانات بأن يوفى بالتزاماته بحماية البيانات، خاصةً إذا ما كان القانون يخول السلطات العامة التدخل في البيانات.

والمستفاد من ذلك أن صحة نقل البيانات وفقاً للبنود القياسية - وهنا نقول صحة نقل البيانات وليس صحة البنود القياسية - يتوقف على عاملين معاً، أولهما صحة البنود ذاتها، وثانيهما الواقع القانوني في الدولة المنقول إليها البيانات وقدرة مستقبل البيانات على تطبيق هذه البنود في ضوء ذلك الواقع القانوني⁽¹⁾. وتلك نتيجة منطقية لما أوضحناه من طبيعة البنود القياسية؛ حيث إن صحة البنود ذاتها مطلب بطبيعته سابق على صحة تطبيقها على الواقع العملي، وبحث ما قد تصطدم به من عقبات.

يؤكد الحكم على الفرق بين البنود القياسية وقرارات الكفاية، فيؤكد على أن المقارنة تصب في صالح الأخير حيث إن إصدار قرار الكفاية يتطلب من المفوضية الأوروبية أن تتأكد مما إذا كانت القوانين ذات الصلة بحماية الأمن القومي في الدولة مستقبلة البيانات تكفل مستوى كاف من الحماية. وأن نقل البيانات إلى دول أخرى لا يتأثر باتصال سلطات الأمن القومي بها. أما فيما يتعلق بالبنود القياسية، فإن المادة (١/٤٦) لا يمكن أن يستدل من نصها على أن المفوضية مطالبة بأن تفحص مستوى الحماية الذي تكفله الدول. وبعبارة أخرى، فإن مستوى الحماية الذي تكفله الدولة ذاتها ليس من شأن البنود التعاقدية القياسية، فالبنود القياسية هي بنود توضع كنموذج بشكل موحد بصرف النظر عن المؤسسات والشركات التي ستطبق عليها أو الدول التابعة لها. لذلك فإنها مسئولية المتحكم أو المعالج أن يتأكد من أن مستوى الحماية في الدولة مستقبلة البيانات كاف أم لا، أخذاً في الاعتبار التنظيم القانوني فيها إذا ما طبقت في ظلها البنود التعاقدية. ويصير لزاماً عليه إذا ما اتضح له عدم الملاءمة أن يوقف أو ينهي عملية نقل البيانات.

في ضوء ذلك، كان استنتاج المحكمة أن عدم إلزامية البنود التعاقدية القياسية للسلطات العامة في الدولة مستقبلة البيانات غير مؤثر على صحة هذه البنود.

(1) Ibid, para 126.

أما بالنسبة للسؤال الآخر، وهو ماهية العوامل المؤثرة على صحة البنود القياسية، قدرت المحكمة أنه من العوامل المؤثرة على صحة البنود القياسية هو ما إذا كانت توفر من الآليات ما يكفل حماية للبيانات وفقاً لما يقتضيه قانون الاتحاد الأوروبي، ومن ناحية أخرى أن يضمن أنه في حالة استحالة الامتثال لمقتضيات الحماية تلك أو انتهاكها، أن يتم وقف أو إنهاء نقل البيانات.

وببحث البنود نجد أن هذه العناصر قد توافرت - على ما رأت المحكمة. ذلك أن البند 5/أ على سبيل المثال يوقع التزاماً على مستقبل البيانات بإخبار المتحكم إذا ما طرئ طارئٌ يحول بينه وبين التزاماته. كما أن مستقبل البيانات يقر بموجب هذا البند بأن قانون دولته لا يعوق امتثاله بالتزاماته الناتجة عن العقد. وهو يتعهد أيضاً بأن يخطر المتحكم أو المعالج مرسل البيانات إذا جد ما يخالف ذلك. كما تم النص على حق المتحكم أو المعالج في إنهاء التعاقد في حالة عدم امتثال مستقبل البيانات أو عدم قدرته على الامتثال.

لذلك انتهت المحكمة إلى الحكم بأن البنود التعاقدية القياسية فعالة، استناداً إلى أنها تترك عبء تقدير الملاءمة على المتحكم أو المعالج المرسلين للبيانات إلى الخارج بحيث تصبح المسؤولية موقعة عليهم.

إذن فالنتيجة النهائية أن البنود القياسية في ذاتها سليمة وتوفر وسائل حماية فعالة. وذلك استنتاج صحيح من جانب المحكمة، إذ إن المسألة المبحوثة هنا تنصرف إلى صحة قرار المفوضية الأوروبية باعتماد البنود التعاقدية القياسية في العموم وبشكل نظري. ويترتب على ذلك أن يصبح مدى صحة تطبيق هذه البنود على أرض الواقع هو مسألة أخرى، تنطبق على أساس فردي في كل حالة على حدة. وهو ما يغدو معه بحث صحة تطبيق البنود القياسية إذا ما اعتمدها شركتا فيس بوك أيرلندا وشركة فيس بوك الأم - باعتبار الأولى المتحكم في البيانات والثانية مستقبل البيانات في الخارج - هو مسألة خارجة عن نطاق هذه القضية ومترك أمرها في المقام الأول للمفوضية الأوروبية وكذلك للسلطة الإشرافية المعنية. ذلك إن أكد على شيء فهو يؤكد مرة أخرى على أن دور المتحكم أو المعالج الذي يقوم بنقل البيانات يتعاضم تحت البنود القياسية حيث ينبغي عليه أن يتأكد من صحة النظام القانوني، وفي المجمل من ملاءمة مستوى

الحماية. فإذا تبين له عدم الملاءمة، توجب عليه أن يتخذ تدابير إضافية للوصول إلى المستوى الملائم،⁽¹⁾ وإذا تعذر ذلك كانت النتيجة الحتمية هي وقف نقل البيانات.

٥- صحة درع الخصوصية:

رأت المحكمة أن الإجابة على جوهر الشكوى الأصلي، هو أن نقل البيانات للولايات المتحدة لا يكفل مستوى ملائماً من الحماية، يتطلب بحث صحة قرار درع الخصوصية الصادر من المفوضية الأوروبية باعتباره الأساس القانوني لنقل البيانات بين الاتحاد الأوروبي ومنظمات الولايات المتحدة آنذاك، حتى وإن كان قد صدر عقب تقديم الشكوى.

من الجدير بالذكر أن أحد المآخذ الرئيسية على القانون الأمريكي من حيث مستوى الحماية هو القوانين المنظمة لنشاط الاستخبارات، وما تتيحه من سلطات قد تمثل انتهاكاً للقانون الأوروبي. على رأس هذه القوانين قانون مراقبة الاستخبارات الأجنبية (Intelligence Surveillance Act (FISA)، وتحديداً المادة (٧٠٢) التي تسمح بالاستخبار الإلكتروني ضد غير الأمريكيين خارج الولايات المتحدة، مع إمكانية إجبار مزودي الخدمة الإلكترونية -مثل مواقع التواصل الاجتماعي- على إتاحة البيانات اللازمة. يتم تطبيق هذه المادة من خلال برامج استخباراتية مثل PRISM وUPSTREAM.

بالإضافة إلى ذلك فإن الرئيس الأمريكي باستطاعته توجيه أنشطة الاستخبارات الأمريكية بموجب أداتين هما الأمر التنفيذي ١٢٣٢٢ (Executive Order ١٢٣٢٢)، وتوجيه السياسة الرئاسية ((Presidential Policy Directive ٢٨ (PPD-٢٨). إذ يهدف الأول إلى منح وكالة الاستخبارات الأمريكية ومجتمع الاستخبارات الأمريكي القدرة على جمع البيانات لأغراض الاستخبارات ومكافحة الاستخبارات الأجنبية، وألزم الأجهزة الفيدرالية بالتعاون معها في إعطاء البيانات اللازمة. بينما الثاني يهدف إلى تقنين وإخضاع عمليات الاستخبارات إلى اعتبارات حقوق الإنسان.

السمو:

تناولت المحكمة أولاً القيد العام الواقع على كافة ضمانات درع الخصوصية. يحتوي درع الخصوصية على قيد على كامل القرار (درع الخصوصية) في الملحق ٢، فقرة ١/٥

(1) Ibid, para 133.

مفاده أنه يمكن تعطيل كافة المبادئ التي يتبناها القرار إذا ما تطلبت اعتبارات الأمن القومي، أو المصلحة العامة أو إنفاذ القانون في الولايات المتحدة ذلك. هذا المآخذ ليس بالجديد، إذ تناولته محكمة العدل الأوروبية في حكمها في شريمز ١ أيضًا.^(١) وكان تفسير المحكمة أن هذا الاستثناء شديد العمومية، يضع القانون الأمريكي والاعتبارات الأمريكية في مرتبة أعلى من قانون الاتحاد الأوروبي. ذلك التفسير قد تأكد مرة أخرى من خلال منطوق المحكمة في القضية الحالية، إذ أخذت هذا القيد - الذي تكرر في درع الخصوصية - على أنه يعني سمو المصلحة الأمريكية على الحقوق الأساسية لأصحاب البيانات، وعلى رأسها الحق في الخصوصية وحماية البيانات الشخصية. وأبرز مثالبه هو أنه يضع قيداً على كل الضمانات، وهو قيد غير محدود، ليس له ضوابط كافية.

برامج الاستخبارات:

تناولت المحكمة بالبحث، فيما تلى، مسألة كفاية مستوى الحماية في القانون الأمريكي. وفي سبيل ذلك أسست لحكمها بالإشارة إلى ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي، تحديداً المادة (٢/٨)، والتي تستهدف حماية البيانات الشخصية. تقتضي المادة (٨) أن يكون نقل البيانات بطريقة عادلة، لأغراض معينة، وأن يكون ذلك برضاء صاحب البيانات. في حالة توقيع قيد على هذا الحق، فإنه يتوجب، كما تحتم المادة (١/٥٢)، أن يكون ذلك وفقاً لتنظيم قانوني يحدد حدود ونطاق هذا القيد. تضيف المحكمة على مضمون المادة (٥٢) في هذا الصدد أن يكون سند القيد ذاته محدداً لنطاقه وأثره على الحقوق ذات الصلة. بالإضافة إلى ذلك ينبغي كذلك أن يخضع ذلك القيد لمبدأ التناسب، والذي يقتضي بدوره أن تكون هناك ضرورة تدفع لتقييد الحق^(٢). هذه الضوابط تمثل تجسيدا للاختبار ثلاثي الخطوات الراسخ في قضاء محكمة حقوق الإنسان الأوروبية، والذي يجد أساسه في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية. وفقاً للأخير يتوجب للقيد على الحق أو الحرية أن يكون القيد موصوفاً في القانون، وأن يستهدف خدمة غرض مشروع، وأن يكون ضرورياً ومتناسباً في مجتمع ديمقراطي. إذا ما تخلف القيد عن أي من هذه الضوابط، يضحى باطلاً. وبتطبيق ذلك على برامج الاستخبارات، نجد أن المادة (٧٠٢) من قانون المراقبة وإن

(1) Schrems I, para 186.

(2) Schrems II, para 174.

كانت تخضع عمليات المراقبة لمحكمة أنشئت لهذا الغرض، إلا أن رقابة المحكمة تقتصر على التأكد من أن البرنامج برمته يتعلق بهدف الحصول على معلومات استخباراتية أجنبية. لكن رقابة هذه المحكمة تقف قاصرة عن التأكد مما إذا كان تطبيق هذه البرامج على الحالات الفردية بهدف الحصول على المعلومات الاستخباراتية صحيحاً أم لا. ذلك بجانب أن المادة لا تنطوي على ضمانات لأصحاب البيانات من غير الأمريكيين، والذين يمكن استهدافهم بهذه البرامج⁽¹⁾. ذلك يخل بالمتطلبات سالفة الذكر، فالقيد الذي توقعه برامج الاستخبارات سالفة الذكر بموجب المادة (٧٠٢) من قانون المراقبة عجز عن تأطير نطاق القيد على الحق في حماية البيانات الشخصية، وإنما أطلق يد السلطات المعنية في تقدير ذلك، مما يخل بمبدأ التناسب على ما أشرنا. إذ يتطلب الأخير أن يكون هناك أساس قانوني يتم بناءً عليه تقييد للحقوق الأساسية للأفراد، وأن يحدد ذلك السند القانوني ذاته نطاق القيد على الحق، وأن يحدد بشكل واضح ومحدد المعايير التي تحكم نطاق وتطبيق الإجراء المقيد للحرية، وأن تكفل فوق ذلك كله حداً أدنى من الضمانات ضد التعسف.

وبالرغم من أن توجيه السياسة الرئاسية ٢٨ ينص على مبادئ تحكم عمليات الاستخبارات القائمة على نقل الإشارات، وتهدف إلى حماية حقوق أصحاب البيانات، إلا أن هذه المبادئ لم تقر حقوقاً بعينها لأصحاب البيانات يمكنهم اتخاذها أساساً للملاحقة القضائية أمام المحاكم. وهو ما يخل إذن بقاعدة مستوى الحماية المساوي، حيث يفترض وفقاً للمادة (٤٥/٢/أ) من اللائحة أن يتمتع صاحب البيانات بحقوق قابلة للإنفاذ القضائي. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يسمح بجمع كميات ضخمة من البيانات إذا تعذر التعرف أو الوقوف على مصدر خطر الاستخباراتي تحديداً. يسمح ذلك للبرامج المبنية على الأمر التنفيذي ١٢٣٢٣ أن تلج إلى البيانات التي تمر عبر الولايات المتحدة الأمريكية، دون أن تخضع عملية جمع البيانات تلك لأي رقابة قضائية. ذلك النطاق الفضفاض لجمع البيانات عبر الأمر التنفيذي ١٢٣٢٣ دون رادع من التوجيه ٢٨، يخل بمبدأ التناسب، وبالتأكيد ينال من مبدأ الضرورة. لذلك رأيت المحكمة أن برامج الاستخبارات المعتمدة على هذا الأمر التنفيذي لا توفر هي الأخرى حقوقاً قابلة للإنفاذ القضائي.

(1) Ibid, para 180.

الحق في اللجوء للقضاء:

على صعيد آخر، تقتضي قاعدة مستوى الحماية المساوي - بحسب المادة (٤٥/٢/أ) - أن تكون هناك وسائل إنصاف قضائي فعالة لأصحاب البيانات. أي بعبارة أخرى أن يكون لهم الحق في اللجوء للقضاء للتظلم من التعامل في بياناتهم الشخصية. من تبعات قضية شريمز ١ هو استحداث درع الخصوصية لمنصب محقق الشكاوى والخاص بغرض فحص الشكاوى (Privacy Shield Ombudsperson) التي يتقدم بها أصحاب البيانات. ودوره في النظام الأمريكي هو «منسق لدبلوماسية تكنولوجيا المعلومات».

بالنظر إلى أن مطلب وسائل الإنصاف القضائي يحتم أن تكون هناك محكمة مستقلة ونزيهة، فإن آلية محقق الشكاوى تعجز عن توفية المطلب، حيث إن محقق الشكاوى يعتمد في القيام بمهامه على وزير الخارجية. فهو يفترض به أن يقوم بتقديم تقاريره مباشرة لوزير الخارجية الذي يعمل على إزالة العوائق والتأثير الخارجي على عمل محقق الشكاوى. وفوق ذلك فإن محقق الشكاوى يتم تعيينه من قبل وزير الخارجية، ويعتبر كذلك تابعاً لوزارة الخارجية، وذلك دون أن توجد ضمانات خاصة بعملية تعيينه أو عزله بما يكفل استقلاله عن السلطة التنفيذية. وبالإضافة إلى الأسباب السابقة التي تحول دون اعتبار آلية محقق الشكاوى وسيلة إنصاف قضائي ملائمة، فإن القائم بهذا الدور لا يملك أن يصدر قرارات ملزمة لجهات الاستخبارات المعنية. وبأخذ ذلك بعين الاعتبار يتبدى أن آلية محقق الشكاوى فشلت في توفير مستوى حماية مساو في جوهره لنظيره في الاتحاد الأوروبي، ذلك أن المادة (٤٧) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي تمنح الحق في الحصول على وسائل إنصاف قضائي فعالة والحق في محاكمة عادلة، الأمر الذي يتعذر على محقق الشكاوى أن يقوم به.

ثالثاً - التعقيب على الحكم:

لقد جذب هذا الحكم أنظار المهتمين بحماية البيانات في جميع أنحاء العالم، ليس فقط لأن الاتحاد الأوروبي يشغل موقع الريادة في مجال تنظيم حماية البيانات الشخصية، مما يجعل قرار محكمة العدل الأوروبية مرجعاً مهماً لكل العاملين في المجال، وإنما أيضاً لأنه وضع اتفاقية درع الخصوصية موضع تهديد، وهي التي لم تظهر إلى الضوء إلا لأن سابقتها «الملاذ الآمن» قد طالها الإبطال أيضاً من المحكمة ذاتها في

وقت ليس ببعيد. ذلك أضفى أهمية خاصة على ذلك الحكم؛ لأنه يعد محاولة أخرى لفهم أدق لحدود حماية البيانات الشخصية تحت قانون الاتحاد الأوروبي.

وبالفعل فإن الحكم قد أسهم في إزالة الغبار عن بعض القواعد والمفاهيم الحاكمة لحماية البيانات في القانون الأوروبي. لقد صادف الحكم الصواب بأن أكد على مبدأ مستوى الحماية المساوي، ورسخ أن التساوي في مستوى الحماية في الدولة مستقبلة البيانات والاتحاد الأوروبي هو سمة عامة، ومعياري رئيسي تنقيد به أي عملية نقل بيانات لخارج الاتحاد الأوروبي، أيًا كان الغطاء القانوني لعملية النقل. لذا فإن نقل البيانات عبر قرار الكفاية وفقاً للمادة (٤٥) من اللائحة العامة لحماية البيانات يلزم معه التحقق من توافر «مستوى حماية مكافئ». ليس هذا فحسب، ففي حالة الاعتماد على البنود التعاقدية القياسية أو غيرها من الوسائل البديلة التي توفر ضمانات ملائمة وفق المادة (٤٦)، فإنها يجب أن تقرأ في ظل المادة (٤٤) التي تتطلب ألا تخل عملية النقل بمستوى الحماية الذي تكفله هذه اللائحة^(١). ولما كانت هذه المادة بمثابة الشريعة العامة لكل عمليات النقل، فإن مبدأ مستوى الحماية المساوي الذي تتضمنه يصير واجب التطبيق على كل عمليات النقل كذلك.

وبالرغم من أن هذه المسألة لم تكن محل تناول بعض من قاموا بتحليل الحكم من قبل،^(٢) إلا أنها تعتبر من المسائل المهمة؛ لأنها ببساطة ترسي القواعد التي ينبغي على كل المعنيين بمجال حماية البيانات في الاتحاد الأوروبي، والمتعاملين في بيانات الاتحاد الأوروبي من الدول الأخرى، النظر إليها عند تقدير ما إذا كانت ضمانات نقل البيانات المتوفرة كافية أم لا، وبالتالي ما إذا كانت عمليات النقل ذاتها صحيحة أم لا. وذلك يشمل الكيانات المصدرة للبيانات، وكذلك الكيانات المستقبلة، والسلطات الإشرافية في دول الاتحاد الأوروبي المختلفة.

من الجدير بالملاحظة في هذا الشأن أن ما يتم النظر إليه لتحديد انطباق معيار مستوى الحماية المساوي يختلف باختلاف الوسيلة القانونية لنقل البيانات مما أتى به الباب الخامس من اللائحة العامة لحماية البيانات. ف نطاق البحث بالنسبة لقرارات الملاءمة ينصرف إلى الجوانب القانونية والعملية المرتبطة بحماية البيانات في الدولة

(1) Ibid, para 92.

(2) Zalnieriute M, "Data Transfers After Schrems II: The EU-US Disagreements over Data Privacy and National Security" 55 Vanderbilt Journal of Transnational Law

مستقبلية البيانات. أما إذا تعلق الأمر بالبند القياسية، فمسئولية التطبيق العملي للمعايير التي تأتي بها البنود تقع على مصدر البيانات. ما يجب على المفوضية الأوروبية أو السلطة الإشرافية عند صياغتها هو التأكد من وضع ضمانات عقدية إذا التزم بها المتحكم أو المعالج مصدر البيانات - ومن ناحية أخرى مستقبل البيانات - يتحقق مستوى حماية مساوٍ.

من الاستنتاجات الواجبة في هذا الصدد أيضاً هو أن مستوى الحماية هو مرآة للتطورات في قانون حماية البيانات الشخصية في الاتحاد الأوروبي - أي أنه معيار متغير وليس ثابتاً - فهو يخضع لتغير القاعدة القانونية الحاكمة لحماية البيانات الشخصية والخصوصية في الاتحاد الأوروبي، بما في ذلك التحديثات في اللائحة العامة لحماية البيانات، وإصدارات مجلس حماية البيانات الأوروبي، وأحكام محكمة العدل الأوروبية، وغيره مما يسهم في تشكيل هذه القاعدة. وفي ضوء ذلك كله، يتضح مدى قانونية عملية النقل يعتمد على مستوى الحماية في الاتحاد الأوروبي ذاته، والذي يخضع للتغير بتغير قوانين حماية البيانات هناك. كما تتأثر أيضاً بوجه العملة الآخر متمثلاً في مستوى الحماية في الدولة الأخرى، وما يكفله مستقبل البيانات من ضمانات، وهو بدوره قابل للتغير عن طريق تغيير التنظيم القانوني لحماية البيانات سواءً بزيادة الضمانات والحماية أو تخفيضهم.

نرى أيضاً أن المحكمة قد أصابت حينما أكدت على التفسير الذي أنزلته من قبل على المادة (٤٥) في قضية شريمز ١. إذ أوضحت أن المادة (٤٥) من اللائحة عندما تطلبت مستوى حماية ملائماً في الدولة التي ستنتقل لها البيانات، فإن ذلك لم يكن يعني أن يكون مطابقاً لمستوى الحماية في الاتحاد الأوروبي. وإنما يجب فهمه على أنه يكفل حمايةً للحقوق والحريات الأساسية متناسبةً في جوهرها مع ما يقدمه قانون الاتحاد الأوروبي من حماية^(١). وعلى سبيل التحديد، فإن العوامل التي ينبغي النظر إليها لتقييم ذلك هي توافر ضمانات ملائمة، وحقوق قابلة للإنفاذ، وسبل إنصاف قانوني فعالة^(٢).

أصابت المحكمة كذلك بأن أبرزت عجز النظام الأمريكي عن توفير سبل إنصاف

(1) Schrems II, para 94.

(2) Ibid, para 105.

قانوني فعالة لأصحاب البيانات المنقولة من الاتحاد الأوروبي باعتباره مطلباً أساسياً لتوفير مستوى حماية مساو. فالتعديل الرابع من الدستور الأمريكي لا يكفل للمواطنين الأوروبيين حماية الخصوصية التي يوفرها للمواطنين الأمريكيين، وكذلك هو الأمر بالنسبة لقانون مراقبة الاستخبارات الأجنبية.

ولا يعني عن ذلك ما أتت به الاتفاقية من إنشاء نظام متلقي الشكاوى، لأنه يتبع وزارة الخارجية الأمريكية، كما أن القائم بهذا الدور لا يملك سلطة إجبار أي من سلطات الدولة على ما يتوصل إليه من نتائج. ذلك الموقف من المحكمة تترتب عليه نتيجة مهمة مفادها أن مطلب «سبل الإنصاف القانوني» هو مطلب ذو سمات خاصة، لا يقيّمها مجرد توفير جهة لتلقي الشكاوى من أصحاب البيانات. ذلك المطلب لا بد من قراءته وفهمه في ظل اللائحة وميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي. فالمادة (٣٥/٢/أ) تتطلب لإصدار قرار ملاءمة أن تكون هناك وسائل إنصاف قضائي وإداري لأصحاب البيانات. ذلك يعني أن تكون هناك جهة ذات اختصاص قضائي يكون لها سلطة الفصل في شكاوى انتهاك حقوق أصحاب البيانات بشكل ملزم. تتطلب المادة كذلك وجود سلطة إشرافية تعنى بشئون حماية البيانات الشخصية. هذه السلطة الإشرافية يفترض بها أن تكون مستقلة وفعالة، وأن يكون في حوزتها وسائل إنفاذ ملائمة، ويفترض بها أن تخضع للمراقبة القضائية في قراراتها^(١). شرط إتاحة اللجوء القضائي إذن هو شرط جوهرى، أشارت له اللائحة بالنسبة لمعالجة البيانات داخل الاتحاد الأوروبي، والأمر سواء بالنسبة للدولة مستقبلية البيانات كذلك. هو أيضاً تطبيق جوهرى لما تقرضه المادة (٤٧) من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي من استحقاق الأفراد لمحاكمة عادلة والتمثيل أمام القضاء^(٢).

إلا أنه يجب الانتباه هنا إلى أن هذا المطلب وإن كان جوهرياً من حيث المبدأ، والولايات المتحدة بإمكانها نظرياً أن توفره بأن يتم إقرار تعديل قانوني يوفر الحماية القضائية لأصحاب البيانات أو ما شابه، إلا أنه من الناحية العملية قد يعتبر مطلباً فارغاً من مضمونه. ذلك لأن فكرة لجوء أصحاب البيانات الأوروبيين للقضاء في قارة أخرى

(1) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Text with EEA relevance), article 87.

(2) Recitals 141 and 143 of the GDPR.

(أمريكا الشمالية) هي مسألة مشوبة بمشقات ونفقات عالية قد تجعل منها سيلاً غير عملي، يتعذر معه الحصول على حماية عملية، وهو ما يضعنا أما التساؤل حول ما إذا كان مطلب توفير سبل الإنصاف القضائي مطلباً شكلياً، وبالتالي يكفي لتوافره تعديل تشريعي على نحو ما ذكرنا، أم أنه مطلب موضوعي لا يتحقق إلا إذا كانت آليات الإنصاف القضائي فعالة يمكن للمتضررين الوصول إليها والاستفادة منها بما يحقق عدالة فعلية.

بخلاف ذلك، الحكم لم يكن واضحاً بخصوص كيف يكون الامتثال ملائماً أو كافياً. انتهت المحكمة إلى بطلان درع الخصوصية لما لسلطات الاستخبارات من سلطات، ولعدم توفير حقوق قابلة للإنفاذ وسبل إنصاف قانوني ملائمة، وقررت كذلك صحة البنود القياسية في ذاتها، إلا أنها أثرت أن تكتفي بهذا الحد، دون أن تبين ما هي التدابير التي يمكن اتخاذها لتصحيح اتفاقية نقل البيانات، ودون أن تحدد معايير أكثر دقة يمكن للطرفين الأوروبي والأمريكي الامتثال لها بالنسبة لاتفاقية نقل البيانات أو للبنود القياسية. إلا أن هذا المنحى ليس غير ذي منطوق. فالمحكمة إذا أوصت بتدابير معينة لتفادي أخطاء قرار الملاءمة أو لتدعيم البنود الاتفاقية، تكون قيد قيدت نفسها بهذه التدابير إذا ما أثبت الواقع العملي عيباً فيها. ذلك بالإضافة إلى أنها ليست وظيفية المحكمة على أي حال أن تقيد صناع السياسة بتدابير سياسية أو إدارية ترتبها، وإنما يقتصر دورها على أن تمارس رقابتها القضائية عليها في حدود ما يسمح به القانون، وبعد أن تعبر السلطة التنفيذية عن إرادتها بشكل كامل. ذلك التصور هو تطبيق مجرد لمبدأ الفصل بين السلطات.

السؤال الذي يطرح ذاته هنا هو ما إذا كان يمكن لقرارات الكفاية التي تصدر لصالح الولايات المتحدة أن تتغلب على العيوب التي تمت ملاحظتها في قرار شريمز ١، وتم التأكيد عليها في شريمز ٢، وذلك دون تغيير في قوانين الولايات المتحدة الطعينة. وهنا تكمن أهمية الحكم في أنه وضع المفوضية الأوروبية والحكومة الأمريكية في مأزق، إذ يفترض بالأخيرة إدخال تعديلات في نظامها القانوني مما يحد من سلطات نشاطات الاستخبارات. كما يتوجب استبدال آلية محقق الشكاوى بأخرى ذات صبغة قضائية، بأن يتم إنشاء محكمة تختص بشأن بحث حماية البيانات على سبيل المثال.

وواقع الأمر أن المحكمة قد تجنبت الفصل في مدى صحة نقل البيانات من خلال

البنود القياسية للولايات الأمريكية، واكتفت بالبت في صحة البنود التعاقدية القياسية ذاتها، وانتهت إلى أنها ذاتها بشكل مجرد صحيحة على ما رأينا. ذلك المسلك قد يكون مقبولاً بالنسبة للبنود القياسية؛ نظراً لأن البنود القياسية هي مجرد نموذج عقدي، لذا فمسألة صحتها هي مسألة موضوعية مجردة. ذلك يختلف عن صحة تطبيق البنود، فتلك مسألة فردية يتم بحثها في كل حالة على حدة. ولذلك فمن الوارد أن يمكن لناقلي البيانات اتخاذ تدابير إضافية لحماية البيانات فوق ما تنص عليه البنود القياسية لتلافي المخاطر التي تحقّق بها. ذلك يمكن أن يكون في صورة تعميم للبيانات (Anonymization) أو استخدام اسم مستعار (Pseudonymization) على سبيل المثال، مما يصعب مهمة وكالات الاستخبارات أو يجعلها مستحيلة على حسب الأحوال. إذا كانت البنود التعاقدية تسمح بهذه المرونة، لأن طبيعتها تعاقدية وتطبيقها يكون على مستوى فردي، إلا أن ذلك لا يتوافق بالنسبة لقرار الكفاية. ذلك أنه كما ذكرنا سلفاً قرار ينطبق بشكل مباشر، ويعني عن أي ضمانات فردية، وهكذا لا يتم الفصل بين مسألة صحة القرار وصحة تطبيقه، فهذا يجبُ ذاك.

إذا كان الأمر كذلك، فإنه لا يمكن القول بأن قرار الكفاية صحيح إلا إذا كانت قوانين الدولة وتنظيمها القانوني يوفر مستوى مساوٍ من الحماية، وهو ما لا يعني عنه ولا يمكن فيه اتخاذ تدابير لاحقة لتدارك عيوبه. مما يضحى معه السبيل المنطقي الوحيد أمام ناقلي البيانات هو إحداث إصلاحات قانونية في القوانين والقرارات المعنية في الولايات المتحدة.

كنتيجة لحكم شريمز ٢، مبدأ توطين البيانات أصبح محل اهتمام (Data Localisation). توطين البيانات تفرض من خلاله الدول على المتعاملين في البيانات الشخصية عدم نقلها إلى خارج حدود الدولة، بأن يكون ذلك بنص صريح في القانون أو ضمناً عن طريق قيود أخرى غير مباشرة تجعل عملية نقل البيانات إلى الخارج غير ممكنة عملياً. مثال ذلك أن يتم إلزام الشركات بعمل نسخة محلية، على أرض الدولة، من البيانات قبل نقلها، أو أن تحتفظ بنسخة من البيانات لمدة معينة في الدولة، أو أن يتم إلزامها بالقيام بالمعالجة على أرض الدولة كذلك، أو أن يشترط الحصول على موافقة الدولة والجهات التابعة لها.⁽¹⁾ وفي ذلك لا تلتزم الدول نهجاً واحداً في حظر

(1) Cory N, "Cross-Border Data Flows: Where Are the Barriers, and What Do They Cost?" <<https://itif.org/pub->

نقل البيانات، فمنهم من يضع حظراً شاملاً لكل أنواع البيانات والخدمات، والبعض يستهدف أنواعاً دون غيرها.

ذلك النوع من السياسة المناوئة لنقل البيانات للخارج قد يكون الهدف منه - بخلاف ما ذكر سلفاً - هو الحد من ولوج الاستثمار الأجنبي إلى السوق الوطنية، بهدف حماية الصناعات والاستثمارات الوطنية، ذلك أن البيانات الشخصية أمست بوابة الاستثمار للأسواق المحلية، كما أنها ركيزة له على المدى الطويل، ففهم احتياجات السوق وتوجهات المستهلكين، وبالتالي مدى القابلية للاستثمار لا تقوم كلها إلا يبحث للسوق، والذي يعتمد بدوره على دراسة البيانات الشخصية، وذلك بالطبع بخلاف الأنشطة التجارية التي يكون قوامها هو البيانات الشخصية ذاتها^(١).

قد يتبادر إلى الذهن التساؤل حول ما إذا كان توطين البيانات هو الحل الأنسب في ظل حكم شريمز ٢، وما إذا كان هذا الحكم يعد بمثابة قرار غير مباشر بوقف نقل البيانات لخارج الاتحاد الأوروبي. إلا أن هذا مردود عليه بأن احتياجات التجارة العالمية تجعله شبيه مستحيل أن يقوم الاتحاد الأوروبي بتوطين بيانات مواطنيه، خاصة مع حليف بحجم الولايات المتحدة، فكثير من الخدمات والنماذج التجارية تعتمد على شركات خارجية للوصول إلى منتجها النهائي. ذلك له صور عديدة بينها التخزين السحابي مثلاً أو حتى استخدام موظفين أو شركات خدمة عملاء عبر الحدود. بالإضافة إلى ذلك، فتوطين البيانات عملية مكلفة للغاية، واللجوء إليها قد يعطي ميزة لبعض الأنشطة التجارية المحلية دون غيرها^(٢).

lications/2017/05/01/cross-border-data-flows-where-are-barriers-and-what-do-they-cost/> accessed September 17, 2021.

(١) ذهب أحد التقديرات إلى أن البيانات العابرة للحدود أضافت للنتائج المحلي الإجمالي العالمي قرابة الـ ٢.٤ تريليونات دولار

أمريكي في عام ٢٠١٤ وحده، Globalisation in transition: The future of trade and value chains

(2) Chander A, "Is Data Localization a Solution for Schrems II?" (2020) 23 Journal of International Economic Law 771.

الخاتمة

هذا الحكم ينبغي النظر له باعتباره خطوة في سلم سبقه درجات أخرى وليس قفزة في ذاتها. فهو نتيجة لقضية شريمز ١، وبناءً على أساسه فيه، إذ إن نشاط ماكس شريمز وتسريبات سنودن، وما تلاهما من نظر محكمة العدل الأوروبية في مدى صحة الملاذ الآمن، ومدى حق الأفراد في الشكوى من انتهاك نقل البيانات لحقوقهم، وكذلك التطور في تعاطي المفوضية الأوروبية للشكاوى المتعلقة بانتهاكات البيانات الشخصية قد مهد الطريق لهذا الحكم. وكذلك لا يمكن إنكار دور التطورات التي أتت بها اللائحة العامة لحماية البيانات الشخصية، إذ أضافت تحديداً أكثر على عملية حماية بيانات مواطني الاتحاد الأوروبي؛ فجعلت هناك إطاراً من المبادئ لحكم كل عمليات معالجة البيانات، وأتاحت وجود آلية للتنفيذ والمراجعة. ذلك التطور مما يمكن تشبيهه بعدسة حسنت رؤية الفاعلين في مجال حماية البيانات - بما في ذلك محكمة العدل الأوروبية - للحدود المفترضة للتعامل في البيانات الشخصية.

لذلك فالمؤكد أن هذا الحكم هو لبنة في بناء لم يتم الانتهاء منه. فمجال حماية البيانات الشخصية مازال لم يكشف عن كل ما تحويه جعبته بعد. وهذا الحكم جاء ليصحح الاتجاه فيما يخص نقل البيانات للخارج، وهي مسألة شديدة الحيوية بالنسبة للمجال ككل؛ لأنه يصعب على دولة طبيعية في عصر المعلومات هذا أن تحبس كل بيانات مواطنيها بالرغم من كل الاعتبارات التجارية والاقتصادية.

أعطت محكمة العدل الأوروبية في هذه القضية القوانين الأمريكية نصيب الأسد من اهتمامها، وتحديداً قوانين الاستخبارات^(١). كان على المحكمة الفصل فيما إذا معالجة البيانات عند نقلها لأغراض الأمن القومي سلطات الأمن القومي يمثل استثناءً من نطاق تطبيق اللائحة العامة لحماية البيانات. رأت المحكمة أن المعالجة على هذا النحو لا تقيم أي من الاستثناءات التي نصت عليها المادة (٢) من اللائحة. النقل من فيس بوك أيرلندا إلى فيس بوك الأم في الولايات المتحدة هو عملية نقل بيانات بين كيانين اقتصاديين لأغراض تجارية، وبالتالي يتقيد بأحكام اللائحة.

تناولت المحكمة كذلك نقل البيانات بواسطة البنود التعاقدية القياسية، وتحديداً

(1) Julia Hamilton, «Data Prot. Comm» v. Facebook Ireland Ltd. and Maximillian Schrems: Shattering the International Privacy Framework» (2021) 29 Tul J Int'l & Comp L 351

ماهية المعايير التي تحقق بها البنود مستوى حماية ملائم. وقررت في ذلك أنه لا بد من توفير ضمانات كافية، وحقوق قابلة للإنفاذ لصاحب البيانات، وسبل إنصاف قانوني. وإذ أكدت المحكمة على فكرة المستوى الحماية المساوي باعتباره ركيزة نقل البيانات، فقد بينت أن ذلك المفهوم لا يعني التطابق بين النظامين القانونيين، وإنما التساوي في جوهر الحماية القانونية.

حدد الحكم كذلك حدود اختصاص السلطات الإشرافية إذا ما تراءى لها وجود مخالفة ما. الحد الأدنى للاختصاص هو أنها تستطيع أن تتلقى الشكاوى سواءً كان النقل بواسطة قرار ملاءمة أم البنود القياسية. وفي حالة البنود القياسية يتوجب عليها أن تقرر وقف نقل البيانات أو إنهاءه في حالة تعذر الامتثال لضوابط النقل. لكنه بالنسبة لقرارات الملاءمة فإنه ليس لها الأمر بذلك، إلا أنها تستطيع رفع الأمر للمحكمة التي تستطيع إحالة المسألة المتنازعة لمحكمة العدل الأوروبية.

فيما يتعلق بصحة قرار اعتماد البنود القياسية، فقد كان قرار المحكمة أن البنود ذات طبيعة تعاقدية خالصة، لذلك من غير المتوقع فيها إلزام السلطات العامة في دولة أجنبية، ولا يعد ذلك معياراً لصحتها. لكن مسؤولية التأكد من تطبيق البنود تطبيقاً صحيحاً والتأكد من ملاءمة مستوى الحماية في الدولة مستقبلة البيانات، وكذلك مدى قدرة مستقبل البيانات على الإذعان للبنود تقع على المتحكم أو المعالج مصدر البيانات. وبالتالي فالأخير يتوجب عليه اتخاذ تدابير إضافية للتحوط ضد أخطار البيانات في الدولة مستقبلة البيانات.

أكبر نتائج الحكم هو القضاء بإبطال قرار درع الخصوصية للمثالب التي يعاني منها النظام القانوني الأمريكي، خاصة قوانين الاستخبارات الخاصة بها. إذ رأت المحكمة أن هذه القوانين لا تكفل مستوى حماية كاف، حيث تستطيع أجهزة الاستخبارات جمع بيانات الأوروبيين بكميات كبيرة، كما تستطيع أن تجمع البيانات التي تمر عبر الولايات المتحدة دون أن تكون خاضعة لرقابة القضاء في ذلك. وفوق ذلك قررت المحكمة أن آلية متلقي الشكاوى لا تستوفي متطلبات سبل الإنصاف القانوني والقضائي، نظراً لعدم استقلاله وعدم إلزامية قراراته في مواجهة السلطات العامة الأمريكية.

في ضوء هذا أصبحت كافة الشركات والمؤسسات التي تنقل البيانات أن توقف النقل

الذي يتم وفق قرار الملاءمة درع الخصوصية. وبالتالي مع عدم وجود قرار ملاءمة تغدو الوسيلة الأنسب من بين وسائل المادة (٤٦) من اللائحة العامة لحماية البيانات الشخصية لنقل البيانات هي البنود التعاقدية القياسية. وهو الحال منذ تاريخ ذلك الحكم وحتى وقت كتابة هذه السطور. والمحاولات جارية أيضاً منذ ذلك الوقت للوصول إلى اتفاقية نقل بيانات جديدة، كما أن مجلس حماية البيانات الأوروبي (European Data Protection Board (EDPB) قد بادر بإصدار توصية بالتدابير التي ينبغي على مصدري البيانات اتباعها في ظل حكم شريمز ٢ لتحقيق عملية نقل سليمة.

لكنه عموماً إذا كانت البنود التعاقدية حلاً للوضع الحالي، فإنها حل مرهق ومؤقت وذلك لأنها - وكما أوضحت المحكمة - تترك كلاً من المتحكم والمعالج تحت عبء التحقق من شرعية عمليات النقل كل على حدة، أي أنه يتوجب على مرسل البيانات وكذلك مستقبلها أن يفحص كل عملية نقل بشكل مستقل، وهو ما يترتب عليه ضغط قانوني مستمر للتحقق من صحة عمليات النقل، وتهديد أكبر لها بالإبطال حال تمامها^(١).

(1) Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data, version 2.0, adopted on 18 June 2021.