

Distr.: General
9 June 2005
Arabic
Original: English/French

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

الدورة الثامنة والثلاثون

فيينا، ٤-١٥ تموز/يوليه ٢٠٠٥

مشروع اتفاقية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية
في العقود الدولية

تجميع لتعليقات الحكومات والمنظمات الدولية

المحتويات

الصفحة

٢	 ثانيا- تجميع التعليقات
٢	 ألف- الدول
٢	 ١٢- كندا



ثانياً - تجميع التعليقات

ألف - الدول

١٢ - كندا

[الأصل: بالانكليزية/الفرنسية]

[٩ حزيران/يونيه ٢٠٠٥]

ديباجة الاتفاقية

١ - من المهم إدراج الديباجة الواردة في ورقة العمل (الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.110) في مشروع الاتفاقية، لأنها توضح ما يبحث عنه المجتمع الدولي بالفعل، أي حرية الاختيار وقابلية الوسائط للمبادلة والتكنولوجيا الملائمة، ما دامت الوسيلة المختارة تتيح بلوغ أهداف التشريع ذي الصلة في هذا المجال.

٢ - وتذكر الديباجة، ولا سيما الفقرة ٥ منها، الرغبة الدولية في التوسع في استخدام تكنولوجيات المعلومات دون إنشاء نظم قانونية متوازنة تستند إلى التكنولوجيا المستخدمة. وهي، علاوة على ذلك، امتداد منطقي لمبدأي الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي اللذين قدّمتهما الأونسيرال. كما إنها تشدّد على الآثار المترتبة على هذين المبدأين، أي أن نفس القواعد القانونية ينبغي أن تنطبق على جميع الطرائق المتنوعة إذا كانت هذه الطرائق تحقق نتائج متكافئة وظيفياً. ومن ثمّ، فإن الطرائق المختلفة هي طرائق قابلة للمبادلة، من حيث إنها تفضي إلى النتائج التي حدّدها القانون.

٣ - وباختصار، فإنه يتبيّن من هذا الجزء من الديباجة أن تكنولوجيات المعلومات ينبغي أن تُعتبر وسائل للتخاطب، وأن استخدامها لا يغيّر من قيم القانون الجوهرية ولا ينبغي له أن يغيّر منها. ولذلك، يمكن اعتبار التكنولوجيات في خدمة القانون والعدالة.

موثوقية التوقيعات الإلكترونية

٤ - يتناول هذا التعليق الفقرة الفرعية ٩ (٣) (ب) التي تشترط أن تكون طريقة التوقيع الإلكتروني "موثوقة بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئ الخطاب الإلكتروني أو أُرسِل من أجله، في ضوء كل الظروف المحيطة". ونحن نعتقد أن اختبار الموثوقية هذا سوف يضرّ أكثر مما ينفع. فهو لا يحقق اليقين بل يقلّل منه، ومن ثمّ فهو يتعارض مع الغرض من مشروع الاتفاقية.

٥- وقد نظر الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية، في دورته الرابعة والأربعين، في حذف شرط الموثوقية، لكنّه قرّر الاحتفاظ بهذا الحكم (انظر الفقرتين ١٢٧ و ١٢٨ من الوثيقة A/CN.9/571).

(أ) المبادئ

٦- تأخذ الأونسيترال بمبدأين جوهريين في مجال التجارة الإلكترونية، هما الحياد التكنولوجي والتكافؤ الوظيفي. ووفقاً لهذين المبدأين، ليس الهدف وضع نظام قانوني مواز جديد بل هو دمج الخطابات المرسلة بوسائل تكنولوجية في النظام القائم. وقد وضعت في تشريعاتنا معايير من أجل الاعتراف بهذه الخطابات. ولذلك يُفضّل عدم وجود قواعد مختلفة بشأن الخطابات التي تُرسل بوسائل مختلفة.

٧- والنص المقترح للمادة ٩ يتعارض مع هذين المبدأين. فهو ينشئ، بالتحديد، نظاماً قانونياً مزدوجاً للتوقيعات. وفي التقاليد القانونية للقانون العام والقانون المدني كليهما، لا يشمل مفهوم التوقيع اختباراً للموثوقية. فالتوقيع لا يعدو أن يكون علامة مميزة يستخدمها شخص بانتظام للإشارة إلى قصده. وقد جرت العادة ألا يتضمن هذا المفهوم اختباراً بشأن الموثوقية. ولا ينبغي استحداث هذا الاختبار بسبب استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع هذه العلامة. ومن شأن استحداث هذا الاختبار أن يُوجد نظاماً قانونياً مزدوجاً للتوقيعات، وهو الأمر الذي لن يسبب سوى الالتباس في القانون وأن يوجد عقبة أخرى أمام استخدام الخطابات الإلكترونية. ونحن نعتقد أن هذه النتيجة غير مرغوب فيها.

(ب) المسألة: اختبار الموثوقية ليس مرناً بما فيه الكفاية

٨- يُقال أحياناً إن "التوقيع يجب أن يكون موثقاً". لكن المسألة تكمن في تحديد من يقرّر موثوقية التوقيع: هل هو الشخص الذي يختار التعويل على هذا التوقيع، أم هو شخص من خارج المعاملة التي استخدم فيها التوقيع. لكنّ مشروع الاتفاقية يقتصر على العقود المبرمة بين المنشآت التجارية، ولا يشمل المستهلكين. ومن المفترض أن يكون الطرفان في الأعمال التجارية قادرين على اختيار ما سوف يعوّلان عليه من توقيعات، تماماً كقدرتهما على اختيار من سيتعاملان معه تجارياً - وهو قرار على قدر أكبر من الأهمية. والطرف الذي يعوّل على توقيع من التوقيعات، إلكترونياً كان التوقيع أم خطياً، يتحمل مخاطرة أن يكون التوقيع غير صحيح أو أن يكون مزوراً. والأمر يعود إليه في تحديد الدليل الذي يحتاجه لكي يدعم تعويله على ذلك التوقيع. وقد يكون هذا الدليل أحياناً تكنولوجية معيّنة؛ وأحياناً أخرى حضور

كاتب عدل أو شاهد مؤتمن؛ وقد يكون أيضا محتوى العقد نفسه الذي يُظهر بشكل مقنع (بشكل موثوق) أنه من لدن الطرف الذي يزعم أنه هو الموقع.

٩- ولا يوجد عامل وحيد يلائم كل الحالات. ويبدو أن مشروع الاتفاقية يسلّم بهذا في إشارته إلى "كل الظروف المحيطة". لكن الصعوبة هي أن تقييم هذه الظروف، وبالتالي تحديد ما هو موثوق، قد تُترك لنظر المحكمة وليس لنظر الطرفين. واتفاق الطرفين صحيح، لكن المحكمة بإمكانها إبطاله على أساس الظروف المحيطة. لكن من، غير الطرفين، الذي هو على دراية أفضل بالمعاملة؟ ومن هو الأقدر على تقييم المخاطرة التجارية والقانونية للتعويل على الطريقة المستخدمة؟

(ج) الصعوبات في تطبيق اختبار الموثوقية في الممارسة العملية

١٠- إننا نشعر بالقلق إزاء حالتين اثنتين. الحالة الأولى هي التي يحاول فيها أحد الطرفين في معاملة من المعاملات التي تتطلب التوقيع أن يتفادى التزاماته بإنكار صحة توقيعه (أو توقيع الطرف الآخر) ليس على أساس أن الموقع المفترض لم يوقع، أو على أساس أن الوثيقة التي وقّعها قد جرى تحويلها، بل فقط على أساس أن طريقة التوقيع المستخدمة ليست موثوقة بالقدر المناسب للغرض في ضوء الظروف المحيطة. وبعبارة أخرى، فإن صيغة مشروع الاتفاقية تتيح إمكانية تفويض العقد بسوء نية.

١١- وقد يجادل البعض بأنه من غير المرجح أن تطرأ الحالة السابقة، لأنه من الصعب إثبات وجود نية أو وقائع مخالفة للأفعال التي يقوم بها المرء نفسه. بيد أن الاستنتاج سوف يكون مختلفا بالنسبة للحالات التي يتعلق فيها الأمر بأطراف ثالثة. فالمعاملات التجارية تنطوي على أحوال عديدة تكون فيها لطرف ثالث، غير مشارك في المعاملة، مصلحة في إبطالها. ومن الأمثلة في هذا المقام الدائنون أصحاب المطالبات في موجودات أحد الطرفين، أو القيم على حالة من حالات الإفلاس، أو أحد المنظمين الحكوميين. ومن شأن مشروع الاتفاقية أن يتيح للمحكمة إبطال المعاملة بناء على دعوى من طرف ثالث، على أساس أن التوقيع ليس موثوقا بالقدر المناسب للغرض، حتى وإن أثبت الطرفان أن التوقيع تم حقيقة. فالقانون يستطيع أن يجعل الحقائق غير مقبولة الدلالة. ولذلك نرى أن وضع اختبار للموثوقية مستقل عن إرادة الطرفين وعن واقعة التوقيع هو أمر يسبب عدم اليقين بشأن صحة التوقيع الإلكتروني. وليس ثمة ما يُجنى في مقابل عدم اليقين هذا. وفي معظم المعاملات بين المنشآت التجارية، ينبغي أن تكون الأطراف التي يؤخذ برأيها في الموثوقية هي أطراف المعاملة لا غير.

(د) الخلفية التاريخية للمادة ٩ المقترحة

١٢- إن نصّ الفقرة الفرعية ٩ (٣) (ب) من مشروع الاتفاقية هو نصّ مقتبس حرفياً تقريباً من الفقرة الفرعية ٧ (١) (ب) من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. لكن تجدر الإشارة إلى أنه عندما صيغ هذا الحكم في المرة الأولى، كان القانون النموذجي يتضمن قاعدة يتم بمقتضاها إسناد رسائل البيانات الموقّعة إلى الموقع المزعوم. وإذا كان القانون سوف يفترض الإسناد فإن هذا الإسناد يجب أن يعتمد على معيار للموثوقية. بيد أن النص النهائي للقانون النموذجي هو نص مختلف شيئاً ما. فالمادة ١٣ منه لا تمنح التوقيع أي أثر معيّن. ولذلك لا حاجة إلى اختبار الموثوقية. والعديد من القوانين الوطنية التي تطبّق القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ولا سيما القانونان الأمريكي والكندي، لا تشمل على اختبار للموثوقية. والبلدان التي اعتمدت هذا القانون لا تُوجد لديها فيما يبدو تفسيرات قضائية تبين كيفية إعماله.

١٣- وتجدر الإشارة إلى أن توجيه الاتحاد الأوروبي لعام ١٩٩٩ بشأن التجارة الإلكترونية لا ينص على اختبار الموثوقية. وهو على العكس من ذلك يحظر على الدول الأعضاء التمييز ضد أي طريقة من طرائق التوقيع لمجرد أنها ذات شكل إلكتروني. ولا يمنح التوجيه مركزاً قانونياً خاصاً هو التكافؤ مع التوقيع الخطي - سوى لما يسميه "التوقيعات الإلكترونية المتقدمة"، ولكنّه يسمح بأن يكون للأشكال الأخرى من التوقيع مفعول قانوني. ويتولى الطرفان المسؤولية عن إثبات هوية الشخص الموقع على وثيقة من الوثائق المعيّنة، وهما، عندما يتمكنان من ذلك، لا يحتاجان إلى إثبات أي شيء خاص بشأن طريقة التوقيع ذاتها.

١٤- وقد حاول الفريق العامل في عامي ١٩٩٧ و١٩٩٨ أن يصوغ قاعدة بشأن إسناد التوقيع لكي تصاحب معيار الموثوقية الذي يشترطه. وبعد مجهود كبير قرّر الفريق العامل التخلي عن هذه المحاولة. فقد كان هناك عدد مفرط الكبير من المتغيّرات في مجال الممارسة التجارية وفي مجال التكنولوجيات، ناهيك عن النتائج القانونية المرغوبة.

١٥- وإدراج اختبار قائم على التكنولوجيا، كاختبار الموثوقية، في قانون من القوانين النموذجية، حيث تستطيع الدول المطبّقة أن تقرّر الأخذ بهذا القانون أو عدم الأخذ به وتستطيع أن تعدّله بسهولة نسبية عندما لا يفي بالغرض أو عندما تشهد التكنولوجيا تطوراً، هو أمر يختلف كثيراً عن إدراجه في اتفاقية. إذ لا يوجد سوى القليل النادر ممن يودون إدراجه في اتفاقية لا تستطيع الدول سوى أن تعتمد عليها أو لا تعتمد عليها، دون تغيير، ويصبح تغييرها في غاية الصعوبة بعد اعتمادها.

(هـ) حاجة الجمهور إلى توقيع جدير بالثقة

١٦- قد يظن البعض أن القانون قد يشترط التوقيع أحيانا من أجل ضمان الموثوقية بشأن تحديد هوية الأطراف وبشأن التعبير عن الموافقة، وذلك حمايةً لطرف من الأطراف أو لمصلحة من المصالح العمومية. ونحن نرى أن اختبار الموثوقية البسيط الوارد في مشروع الاتفاقية لا يفي بهذا الغرض. فهو مفرط المرونة ومُقيدٌ تقييدا مفرطا بملايسات الحالة. وإذا كانت السياسة العامة تشترط الموثوقية من أجل غرض معين فإنه يتعين عليها أن تضع معيارا للموثوقية يكون أكثر دقة من أجل تحقيق ذلك الغرض.

١٧- وخلاصة القول إن اختبار الموثوقية الوارد في الفقرة الفرعية ٩ (٣) (ب) من مشروع الاتفاقية هو اختبار صارم أكثر مما يجب بالنسبة لأغراض الأعمال التجارية، ومرن أكثر مما يجب بالنسبة لأغراض التنظيم. وهو مع ذلك يُوجد خطرا محتملا لا يمكن التنبؤ به بالنسبة للمعاملات التجارية التي تتم بالتراضي. وهذا الأمر يتعارض مع غرض مشروع الاتفاقية وقد يشكل عائقا يحول دون القبول به. ونحن لذلك نقترح حذفه.

الافتراض المتعلق بوقت إرسال الخطاب الإلكتروني

١٨- تنصّ الصيغة الحالية المقترحة للفقرة ١٠ (٣) من مشروع الاتفاقية على أن الخطاب "يُعتبر قد تُلقِيَ" في أماكن معينة. ونحن نرى أن القاعدة هنا ينبغي أن تكون قاعدة افتراضية، قابلة للنقض بواسطة الدليل المناسب. ولذلك نقترح أن يستعاض في تلك الفقرة عن كلمة "يُعتبر" بكلمة "يُفترض". ونعتقد أن كلمات الافتراض تشير، في استخدامات الأونسيتال العيانية، إلى الافتراض القابل للنقض. وفي حالة وجود أي التباس، ينبغي أن يذكر هذا التفسير في النص أو في تعليق، ولكن في كل الحالات ينبغي أن ترد كلمة "افتراض" في النص. وينبغي أيضا إجراء تغيير مماثل في الفقرة ١٠ (٤).

أحكام ختامية

(و) الحكم الخاص بالوحدات الإقليمية

١٩- تقترح ورقة العمل ١١٠ (الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.110) أيضا حكما خاصا بسريان الاتفاقية على الوحدات الإقليمية. وقد تضمن الحكم، بصيغته المقترحة في بداية الأمر، إشارة إلى الوحدات الإقليمية التي تطبق فيها، بمقتضى دستور الدولة، نظم قانونية مختلفة. ومن المفهوم أن هذا الحكم يستند إلى صيغة وُضعت منذ عقود، وأن الأحكام الجديدة بشأن هذا الموضوع، مثل اتفاقية الأمم المتحدة لإحالة المستحقات في التجارة الدولية

واتفاقية كيب تاون التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، لا تشير إلى دستور الدولة. وفي ضوء هذه التطورات، نرى أن عبارة "وفقا لدستور تلك الدولة" لا ينبغي أن ترد في الحكم الخاص بسريان الاتفاقية على الوحدات الإقليمية.

(ز) الإجراءات الخاصة بإدخال التعديلات

٢٠- ترى حكومة كندا أن الإجراءات الخاصة بتعديل مشروع الاتفاقية، كما تناولتها المادة ٢١ من ورقة العمل ١١٠ (الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.110)، هي إجراءات غير مستصوبة، لأن من شأنها أن تفرض، من الناحية الفعلية، واجبات جديدة على الدول التي قد لا تكون وافقت على التعديلات. وعلاوة على ذلك، قد تتسبب تلك الإجراءات في صعوبات للدول التي يتعين عليها أن تعتمد النصوص الدولية في التشريعات المحلية. ولذلك نرى أن أي تعديل للاتفاقية ينبغي أن يكون مُلْزِماً للدول التي تُعرب، بالوسائل التقليدية، عن رغبتها في التقيّد بتلك التعديلات.