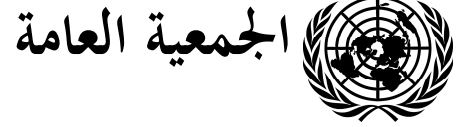


Distr.: Limited
8 September 2011
Arabic
Original: English



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الإلكترونية)
الدورة الخامسة والأربعون
فيينا، ١٠-١٤ تشرين الأول/أكتوبر ٢٠١١

المسائل القانونية المتعلقة باستخدام السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة

مذكرة من الأمانة*

المحتويات

الصفحة	الفقرات
٣	٢-١ مقدمة
٣	٥-٣ أولا- الموضوع: السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة
٤	٢٩-٦ ثانيا- التحديات القانونية المرتبطة بالسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة
٥	١١-٩ ألف- الكتابة والتوقيع
٦	١٨-١٢ باء- التفرد وضممان الوحدانية
٨	٢١-١٩ جيم- الحيازة المادية
٩	٢٣-٢٢ دال- إحالة الحقوق بواسطة التسليم
٩	٢٦-٢٤ هاء- تحديد هوية الحائز والتوثيق من صفته
١٠	٢٩-٢٧ واو- مسائل أخرى
١١	٣٥-٣٠ ثالثا- التكافؤ الوظيفي والحياد التكنولوجي
١٣	٤٢-٣٦ رابعا- التكافؤ الوظيفي فيما يخص "التفرد"

* يُعزى التأخر في تقديم هذه الوثيقة إلى ضرورة إجراء مشاورات.



الصفحة	الفقرات
١٣	ألف- التفرد التقني ٣٩-٣٧
١٤	باء- تسمية النسخة ذات الحجية ٤٢-٤٠
١٥	خامسا- التكافؤ الوظيفي فيما يخص "الحيازة": مفهوم "السيطرة" ٥١-٤٣
١٦	ألف- تحديد هوية الشخص "المسيطر" ٤٨-٤٥
١٨	باء- اعتماد نهج "السيطرة" ٥١-٤٩
١٩	سادسا- نهج مرافق التسجيل ٦٣-٥٢
٢١	ألف- أمثلة للقوانين الموجودة التي تستخدم مرافق تسجيل ٦٠-٥٨
٢١	باء- أمثلة لنظم مرافق التسجيل الموجودة ٦٣-٦١
٢٢	سابعا- المنهجية المحتملة لعمل الفريق العامل في المستقبل ٦٩-٦٤

مقدمة

١ - اتفقت اللجنة في دورتها الرابعة والأربعين، عام ٢٠١١، على أن يعاود الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الإلكترونية) انعقاده لكي يضطلع بعمل في ميدان السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة.^(١) وفي تلك الدورة، استُذكر على وجه الخصوص أن ذلك العمل سيكون مفيداً، لا لترويج استخدام الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية عموماً فحسب، بل ولمعالجة بعض المسائل المعيّنة، مثل المساعدة على تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٨ ("قواعد روتردام").^(٢) كما ذُكر أن هناك أعمال نقل أخرى، مثل الطيران، يمكن أن تستفيد مباشرة من صوغ معايير قانونية موحدة في هذا الميدان. وذُكر أيضاً أن العمل المتعلق بالسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة يمكن أن يشمل جوانب معينة لمواضيع أخرى نوقشت في الوثيقتين A/CN.9/728 و A/CN.9/728/Add.1.

٢ - ومن أجل مساعدة الفريق العامل في عمله، سوف تقدّم هذه المذكرة لمحة عامة وملخصاً لأهم المسائل القانونية المتعلقة بإنشاء السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة واستخدامها وإحالتها. وسوف تركز هذه المذكرة على المسائل الناشئة عن استخدام تلك السجلات في شكل إلكتروني بدلاً من الشكل الورقي التقليدي. ولن تتناول هذه المذكرة مسائل القانون الموضوعي التي تنطبق بصرف النظر عن الوسط المستخدم، مثل المتطلبات الصياغية لذلك السجل أو حقوق حائزه.

أولاً - الموضوع: السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة

٣ - يُستخدم تعبير "السجل الإلكتروني القابل للإحالة" في هذه المذكرة كتعبير عام يشير إلى المكافئ الإلكتروني للصك القابل للإحالة (سواء أكان قابلاً للتداول أم غير قابل للتداول) أو إلى مستند ملكية:

(أ) الصكوك القابلة للإحالة هي صكوك مالية يمكن أن تتضمن وعداً غير مشروط بسداد مبلغ محدد من النقود إلى حائز الصك، أو أمراً موجهاً إلى طرف ثالث بأن يسدد ذلك المبلغ إلى حائز الصك. ومن أمثلة الصكوك القابلة للإحالة السندات الإذنية والسفاتيح (الكمبيالات) والشيكات وشهادات الإيداع. كما يمكن أن تشمل سندات

(1) الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة السادسة والستون، الملحق رقم ١٧ (A/66/17)، الفقرة ٢٥٠.

(2) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.09.V.9 (لم يبدأ نفاذ الاتفاقية بعد).

الممتلكات الشخصية المنقولة (مثل عقود البيع المقسّط بالتجزئة والسندات الإذنية المضمونة بمصلحة ضمانية في ممتلكات شخصية وعقود تأجير المعدات)؛

(ب) مستندات الملكية هي مستندات تُعامل في سياق العمل المعتاد أو التمويل المعتاد على أنها تثبت بصورة وافية أنّ من حق الشخص الحائز لذلك المستند أن يستلم المستند والبضاعة المبينة فيه وأن يحتفظ بهما ويتصرّف فيهما (رهنًا بأي دفع أو ضد إنفاذ ذلك المستند). ومن أمثلة مستندات الملكية أنواع معينة من مستندات النقل وسندات الشحن وسندات الخزن وإيصالات الخزن وإيصالات المستودعات وأوامر تسليم البضاعة.

٤- وكل من فئات هذه المستندات يدل على أنّ الشخص الذي أصدر المستند عليه التزام تجاه الشخص الآخر المسمى في المستند أو تجاه الحامل. فالسند الإذني، مثلاً، هو مستند قابل للإحالة يدل على وجود التزام بسداد دين. أما إيصال المستودع القابل للتداول فهو مستند ملكية يمثل التزاماً من جانب مشغل المستودع بتسليم البضاعة المخزونة في المستودع إلى مالك ذلك الإيصال. وهذه المستندات يمكن أن تُتداول بمعزل عن المعاملة الأصلية.

٥- وفي الوقت الحاضر، توجد الصكوك القابلة للإحالة ومستندات الملكية نمطياً في شكل مستندات ورقية. وتميّزاً للسجل الإلكتروني القابل للإحالة عن مكافئه الورقي، يستخدم تعبير "الورقة القابلة للإحالة" في هذه المذكرة كتعبير عام يشير إلى المستندات القابلة للإحالة ومستندات الملكية في شكلها الورقي التقليدي.

ثانياً- التحديات القانونية المرتبطة بالسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة

٦- الورقة القابلة للإحالة "تضفي صبغة مادية" على ما تمثله من قيمة أو التزام؛ أي أنّ الالتزام بسداد المبلغ من النقود أو بتسليم البضاعة هو مجسّد في المستند المكتوب، ويحق لمن يحوز ذلك المستند بصورة مشروعة (أي الحائز) أن يُنفذه ويحصل على ما له من منفعة. والمستند المكتوب ذاته هو مستند ملموس لكن قيمته لا تكمن في خصائصه المادية، بل تكمن في الحقوق التي تجسّدها الورقة. ومن ثم، فإنّ حيازة الورقة القابلة للإحالة عادة ما تكون شرطاً لإنفاذ تلك الحقوق.

٧- وبما أنّ الورقة القابلة للإحالة معترفٌ بكونها هي التجسيد الوحيد لتلك الحقوق، فإنّ الآلية المستخدمة لإحالة الحقوق في الورقة القابلة للإحالة هو تسليم الورقة ذاتها تسليماً مادياً إلى المحال إليه. وعادة ما يُشفع هذا التسليم بتوقيع الحيل على إعلان نية بالإحالة (إما يُكتب على المستند أو يُرفق به. وهذا يمثل في العادة دليلاً يثبت حق المحال إليه في إنفاذ

الالتزام الأصلي. وبعبارة أخرى، تنتقل ملكية الورقة القابلة للإحالة (والحقوق المنطوية عليها) بتظهير المستند الورقي الأصلي (عند الضرورة) وتسليمه.

٨- وهذه الخصائص الرئيسية للورقة القابلة للإحالة تطرح عدة مسائل تمثل عوائق أمام إنشاء السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة واستخدامها وإحالتها وإنفاذها، ويجب معالجة هذا الأمر من أجل إنشاء سجلات إلكترونية مكافئة قابلة للإحالة. ويمكن تلخيص تلك المسائل على النحو التالي:

ألف - الكتابة والتوقيع

٩- على وجه العموم، يجب أن تكون الورقة القابلة للإحالة مكتوبة وموقعاً عليها. ومع أن شَرْطِيَّ الكتابة والتوقيع والأثر الإثباتي للخطابات الإلكترونية عموماً كان يُتصور في الماضي أنها عقبات قانونية كبرى أمام تطور التجارة الإلكترونية، فإن هذه الشواغل قد سُويت الآن في المواد ٥ إلى ١٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (اختصاراً: "القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية").^(٣) أما المسائل المتعلقة بتكوين العقد في بيئة إلكترونية فقد سُويت في المواد ١١ إلى ١٥ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.^(٤) وأما المسائل المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية فقد عولجت في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (اختصاراً: "القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية").^(٥)

١٠- وتُعالج معظم هذه المسائل أيضاً على نحو مشابه في المواد ٨ و ٩ و ١٠ و ١٢ من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٥ (اختصاراً: "اتفاقية الخطابات الإلكترونية").^(٦) غير أن اتفاقية الخطابات الإلكترونية تستبعد

(3) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.99.V.4. انظر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية: المادة ٥، الاعتراف القانوني برسائل البيانات؛ المادة ٦، الكتابة؛ المادة ٧، التوقيع؛ المادة ٨، الأصل؛ المادة ٩، قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات؛ المادة ١٠، الاحتفاظ برسائل البيانات.

(4) انظر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية: المادة ١١، تكوين العقود وصحتها؛ المادة ١٢، اعتراف الأطراف برسائل البيانات؛ المادة ١٣، إسناد رسائل البيانات؛ المادة ١٤، الإقرار بالاستلام؛ المادة ١٥، زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات.

(5) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.02.V.8.

(6) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.07.V.2 (لم يبدأ نفاذ المعاهدة بعد): المادة ٨، الاعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية؛ المادة ٩، اشتراطات الشكل؛ المادة ١٠، وقت ومكان إرسال الخطابات الإلكترونية وتلقيها؛ المادة ١٢، استخدام الرسائل المؤتمنة في تكوين العقود.

صراحةً من نطاق انطباقها السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة.^(٧) وقد جرى ذلك الاستبعاد "لأن العواقب المحتملة للاستنساخ غير المأذون به ... لأي مستند قابل للإحالة يعطي حامله أو المستفيد منه حقاً في المطالبة بتسليم بضاعة أو بدفع مبلغ من المال، يجعل من الضروري استحداث آليات لضمان تفرّد تلك الصكوك"، ولأن "الحاجة إلى ضمان تفرّدّها تتجاوز مجرد ضمان التكافؤ بين الشكل الورقي والشكل الإلكتروني، وهو الهدف الرئيسي لاتفاقية الخطابات الإلكترونية".^(٨)

١١- ومن ثم، وحسبما ذكر في دراسة سابقة أعدتها الأمانة،^(٩) فإن التغلب على مشكلتي الكتابة والتوقيع في سياق إلكتروني لا يحل مسألة قابلية التداول، التي ربما تكون هي الجانب الأشد صعوبة في تنفيذ استخدام السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة في الممارسات التجارية الدولية.

باء- التفرّد وضمان الوحدانية

١٢- بما أن كل ورقة قابلة للإحالة تجسّد ما تمثله من حقوق، فيجب عادة أن يكون هناك مستند متفرّد وحيد يمثل الحقوق الجسّدة في تلك الورقة القابلة للإحالة، وقيام الحائز بأي نقل أو إحالة لتلك الحقوق يتطلب النقل المادي للمستند الوحيد الذي يمثل تلك الحقوق تمثيلاً مادياً.

١٣- ومن ثم، فإذا ما كان الشخص سيتسلم حق ملكية حيازياً لمستند قابل للإحالة أو مستند ملكية بأن يتلقاه في شكل رسالة إلكترونية، فسوف يلزم أن يقتنع المرسل إليه بأنه لم ترسل أي رسالة مطابقة إلى أي شخص آخر من جانب أي طرف سابق في السلسلة، مما يفضي إلى احتمال وجود مطالبين آخرين بحق الملكية. وبعبارة أخرى، إن العواقب المحتملة للاستنساخ غير المأذون به لأي سجل إلكتروني قابل للإحالة يعطي لحامله أو المستفيد منه حقاً في المطالبة بتسليم بضاعة أو بدفع مبلغ من النقود تجعل استحداث آليات لتوفير ضمانات بوحدانية تلك السجلات أمراً ضرورياً.

(7) الفقرة ٢ من المادة ٢ من اتفاقية الخطابات الإلكترونية.

(8) الفقرتان ٨٠-٨١ من المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الخطابات الإلكترونية. لاحظ أن قواعد روتردام تتضمن، في المادة ٩، الاشتراطات الخاصة باستخدام فئة واحدة من السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة، هي سجلات النقل الإلكترونية القابلة للإحالة. غير أن ذلك النص لا يُناقش تفاصيل تلك المستندات.

(9) الفقرة ٥٥ من الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.69.

١٤- وينشأ الشاغل المتعلق بضمان الوحدانية من أن السجل الإلكتروني عادة ما يمكن استنساخه على نحو ينشئ سجلاً مستنسخاً مطابقاً للسجل الأول ولا يمكن تمييزه عنه. وفي غياب اتخاذ تدابير خاصة أو التوسع في استخدام تكنولوجيايات ليست شائعة الاستعمال في الوقت الحاضر، فليس هناك سوى قدر ضئيل من التيقن من تفرد أي سجل إلكتروني.

١٥- ومن المهم الاعتراف بأن اشتراط تفرد الورقة القابلة للإحالة (أي اشتراط ضمان الوحدانية) يختلف عن اشتراط عرض ذلك المستند أو الاحتفاظ به في شكله الأصلي. ويعترف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وكذلك اتفاقية الخطابات الإلكترونية بهذا الاختلاف بين الشرطين، وهما يتناولان كلاهما على حدة بهدف استجلبهما في بيئة إلكترونية.

١٦- ويتناول القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (في المادة ٨) واتفاقية الخطابات الإلكترونية (في الفقرة ٤ من المادة ٩) الاشتراطات القانونية بأن تناح المستندات أو يحتفظ بها في شكلها الأصلي، أساساً، كمتطلبات إثباتية ترمي إلى ضمان سلامة المستندات وتوافرها. ويتحقق هذا بالنص على أن الخطاب الإلكتروني يكون ملبياً للشرط المتمثل في أن يتاح المستند أو يحتفظ به في شكله الأصلي إذا: (١) كان هناك تأكيد موثوق به لسلامة المعلومات، و(٢) كانت المعلومات قابلة للعرض على الأشخاص المعنيين. وبمقتضى هذا النهج، يمكن اعتبار النسخ المتعددة للخطاب الإلكتروني ذاته نسخاً أصلية.

١٧- وضمان تفرد المستند يستلزم في العادة أن يكون هو المستند الوحيد الموجود (أو، بدلاً من ذلك، أن تكون أي نسخة من المستند قابلة للتمييز بوضوح بأنها نسخة). وتعترف المادة ١٧ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بالحاجة إلى معالجة مسألة التفرد في سياق مستندات النقل الإلكترونية، لكنها لا تحدد كيفية فعل ذلك؛ إذ تكفي باشتراط استخدام "طريقة موثوقة لجعل رسالة أو رسائل البيانات فريدة". كما تتناول المادة ٩ من قواعد روتردام هذه المسألة تناولاً غير مباشر باشتراط أن يكون استخدام أي سجل نقل إلكتروني قابل للتداول خاضعاً لإجراءات يحددها الأطراف، وبتحديد أربع فئات من المسائل يُراد منها جزئياً معالجة الشواغل المتعلقة بالتفرد. بيد أن قواعد روتردام، شأنها شأن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، لا تحدد كيفية إنجاز تلك الإجراءات. وفي المقابل، ومع أن صائغي اتفاقية الخطابات الإلكترونية اعترفوا بأن التفرد هو من المتطلبات الأساسية للسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة فقد سلّموا بأن إيجاد حل لتلك المشكلة يتطلب مزيجاً من حلول قانونية وتكنولوجية وتجارية لم يتم صوغها واختبارها بعد. ومن ثم، فإن اتفاقية

الخطابات الإلكترونية عاجلت هذه المسألة باستبعاد السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة من نطاق الاتفاقية.^(١٠)

١٨- ونتيجة لذلك، يمثل تحديد آلية مكافئة وظيفياً لمعالجة اشتراط تفرد أو وحدانية السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة واحداً من التحديات التي يتعين مواجهتها لدى صوغ قواعد قانونية تستوعب تلك السجلات. ومن المهم في هذا الصدد ملاحظة أن وظيفة التفرد أو الوحدانية هو توفير توثيق كاف من أن دائناً واحداً فقط يمكنه أن يطالب بالحق في أداء الالتزام المحسّد في المستند. وهذا التوثيق يتم بإزالة احتمال تداول عدة مستندات واجبة الإنفاذ تجسّد الحق نفسه.

جيم- الحيابة المادية

١٩- في حالة الورقة القابلة للإحالة، يقترن اشتراط ضمان الوحدانية باشتراط الحيابة المادية للمستند الورقي الذي يجسّد الالتزام. وحيابة المستند المتفرد الذي يجسّد تلك الحقوق والواجبات^(١١) هو ما يُشترط عادة ليصبح الشخص مستحقاً لإنفاذ ذلك المستند.^(١٢) وعادة ما يكون الحق في تسليم البضاعة، الذي يجسّده مستند الملكية، مشروطاً بالحيابة المادية لمستند ورقي متفرد (مثل سند شحن أو إيصال مستودع أو مستند مشابه آخر). كما أنه عادة ما يكون الحق في سداد مبلغ من النقود، الذي يجسّده المستند القابل للإحالة، مشروطاً بالحيابة المادية لمستند ورقي متفرد (مثل سند إذني أو سفتجة (كميالة) أو مستند مشابه آخر).

٢٠- ولا تتأتى أهمية الحيابة من كون المستند الورقي الملموس قيماً في حد ذاته، بل لأن شخصاً واحداً فقط يمكنه أن يحوز الشيء الملموس المتفرد في وقت ما. واشتراط الحيابة المقترن باشتراط الوحدانية يحمي المصدر من ترثب التزامات متعددة على الصك نفسه، ويساعد على تظمين المحال إليه (أي الحائز) بأنه احتاز حق ملكية جيداً، ويحمي المحال إليه من إحالة احتيالية لنسخة ثانية.

٢١- ومن ثم، فإلى جانب معالجة اشتراط الوحدانية، هناك تحد رئيسي أمام تنفيذ استخدام السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة هو تحديد آلية مكافئة وظيفياً تعالج اشتراط حيابة السجل

(10) انظر الفقرة ٢ من المادة ٢ من اتفاقية الخطابات الإلكترونية؛ وانظر أيضاً الفقرة ١٣٦ من الوثيقة A/CN.9/571.

(11) عادة ما يشار إلى الشخص الذي تكون الورقة القابلة للإحالة في حوزته بصورة مشروعة بـ"الحائز"، وهو الشخص الذي يحق له إنفاذ المستند.

(12) لكن، قد تكون هناك قواعد خاصة لإنفاذ الورقة القابلة للإحالة التي تكون مفقودة أو تالفة أو مسروقة.

الإلكتروني القابل للإحالة. وهذا يتطلب استنباط إجراءات تطمئن الحائز الذي يطالب بتداول ذلك السجل حسب الأصول إلى أن هناك سجلاً إلكترونياً متفرداً قابلاً للإحالة وأن هناك وسيلة لتولي السيطرة على ذلك السجل على نحو يكافئ وظيفياً الحيازة المادية بالمفهوم القانوني.

دال - إحالة الحقوق بواسطة التسليم

٢٢ - إن الإحالة بواسطة التسليم هي الطريقة المعتادة لمداولة الأوراق القابلة للإحالة مداولة فعالة. فالصكوك القابلة للتداول، مثل السفاتج (الكمبيالات) والسندات الإذنية، تُتداول عادة بقيام شخص غير المصدر بنقل حيازة الصك إلى شخص آخر يصبح بذلك هو حائز الصك. وباستثناء المداولة من جانب محوّل، إذا كان الصك مستحق السداد إلى شخص محدد الهوية، تتطلب المداولة قيام المحيل بإحالة حيازة الصك وتظهره. أما إذا كان الصك مستحق السداد إلى حامله، فيمكن مداولته بمجرد إحالة الحيازة. وتجسّد المادة ١٣ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن السفاتج (الكمبيالات) الدولية والسندات الإذنية الدولية لعام ١٩٨٨^(١٣) هذا المبدأ بالنص على أن الصك يحال بقيام المظهر بتظهير الصك وتسليمه إلى المظهر إليه، أو بمجرد تسليم الصك إذا كان التظهير الأخير على بياض. ويمكن العثور على المبدأ ذاته في المادتين ١١ و ١٦ من المرفق الأول للاتفاقية المتعلقة بتسوية أوجه معينة من تنازع القوانين فيما يتعلق بالسفاتج (الكمبيالات) والسندات الإذنية لعام ١٩٣٠^(١٤).

٢٣ - وحسبما ذكر في الفقرات ٩-١١ أعلاه، تُيسّر قوانين التجارة الإلكترونية الموجودة، التي تتناول مسألتَي الكتابة والتوقيع في سياق إلكتروني، استخدام مختلف العمليات التي تتيح التوقيع على السجل الإلكتروني القابل للإحالة بهدف تظهيره، ولكنها لا تحل مسألة التسليم الذي يمثل شرطاً لإحالة القيمة التي يجسدها ذلك السجل.

هاء - تحديد هوية الحائز والتوثيق من صفته

٢٤ - ثمة تحدٍ مهم آخر يُواجه لدى مواءمة القواعد القانونية الخاصة بالأوراق القابلة للإحالة لكي تستوعب السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة، هو تحديد هوية الشخص الذي يُعتبر متمتعاً بحيازة السجل الإلكتروني المحسّد للالتزام أو بالسيطرة على ذلك السجل في

(13) منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.95.V.16 (لم يبدأ نفاذ المعاهدة بعد).

(14) عصبة الأمم، مجموعة المعاهدات، المجلد ١٤٣، الصفحة ٢٥٩ (من النص الإنكليزي، الرقم ٣٣١٣ (١٩٣٣-١٩٣٤)).

سياق إلكتروني (أي الحائز) ومن ثم فهو الدائن بالقيمة التي يجسدها السجل أو المستفيد منها. وهذا يضاف بالطبع إلى الحاجة الأصلية إلى تحديد موثوق به لهوية الأطراف الآخرين في السجل الإلكتروني القابل للإحالة، مثل المصدر الأصلي والمحيل.

٢٥- وتحديد هوية المصدر الذي يوقع على السجل الإلكتروني الأصلي القابل للإحالة، وهوية المحيل الذي يُظهر ذلك السجل لكي يحيله إلى طرف آخر، هو شرط لصحة التوقيع الإلكتروني. بمقتضى المادة ٧ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والمادة ٦ من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية والفقرة ٣ من المادة ٩ من اتفاقية الخطابات الإلكترونية. بيد أن هذه الأحكام تكتفي باشتراط استخدام طريقة لتحديد هوية الموقع، تاركةً للأطراف أمر تقرير الكيفية التي يمكن بها تحقيق ذلك.

٢٦- أما بشأن الحائز، فإن مشكلة تحديد هويته تختلف عن سواها. إذ إن الحائز هو الشخص الذي يحق له إنفاذ السجل الإلكتروني القابل للإحالة، لكن هوية الحائز قد لا تكون المذكورة على السجل نفسه، وقد يتغير الحائز من وقت إلى آخر مع إحالة السجل من شخص إلى آخر. ومن ثم، يجب أن تكون هناك آلية لتحديد هوية الشخص الذي يُعتبر، في أي نقطة زمنية معينة، هو الحائز. ففي البيئة الورقية، يمكن افتراض أن يكون الحائز هو الشخص الذي يتمتع بحيازة الورقة المتفردة القابلة للإحالة. أما في البيئة الإلكترونية، حيث قد يلزم إبدال مفهوم الحيازة بمعادل وظيفي مثل السيطرة (انظر الفقرات ٤٣-٥١ أدناه)، فيجب إيجاد آلية لتحديد هوية ذلك الشخص.

واو- مسائل أخرى

٢٧- ثمة عنصر بالغ الأهمية في قبول السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة وانتشار استخدامها، هو قبولها من جانب الأطراف الثالثة، وهذا يتوقف بدوره على مدى ثقة أولئك الأطراف في العملية الأصلية، وكذلك ثقتهم في مقدمي خدمات الثقة من الأطراف الثالثة، مثل مشغلي مرافق التسجيل ومنصات الثقة.

٢٨- وعلى وجه العموم، يمكن بسهولة تحويل السجل الإلكتروني على نحو يتعذر كشفه. ومن ثم، فإن إمكانية استعمال السجل الإلكتروني القابل للإحالة وجدارته بالثقة عموماً، وكذلك استخدامه كدليل إثبات في المحاكم، تتطلب إجراءات لضمان استمرار سلامة وتوافر ذلك السجل والتوقيع الإلكتروني عليه. وهذا يستلزم توفير درجة مناسبة من أمن البيانات

لكل من السجل الإلكتروني القابل للإحالة وما يتصل به من عمليات، ضماناً لدقتها واكتمالها ومنعاً للإحالات أو التحويلات غير المأذون بها، سواء أكانت مقصودة أم عَرَضية.

٢٩- وتحديد مكافئات إلكترونية للورقة القابلة للإحالة يطرح عدة مسائل إضافية، يمكن أن تشمل تلبية المتطلبات القانونية المتعلقة بحفظ السجلات ومدى كفاية طرائق التصديق والتوثيق، واحتمال الحاجة إلى سند تشريعي خاص لتشغيل نظم مرافق التسجيل الإلكترونية، وتحديد الجهة المسؤولة عن الرسائل الخاطئة وأعطال أجهزة الاتصال وانهمار النظم، وإدراج الأحكام والشروط العامة، وصون الحرمة الشخصية.

ثالثاً- التكافؤ الوظيفي والحياد التكنولوجي

٣٠- دأبت الأونسيرال تاريخياً على معالجة المسائل الناشئة عن متطلبات الشكل الخاصة بالمستندات باستخدام مبدأ "التكافؤ الوظيفي".^(١٥) ومقتضى هذا المبدأ، يُرسي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية واتفاقية الخطابات الإلكترونية، وكذلك التشريعات المنفذة للمبادئ الواردة في تلك الوثائق، متطلبات يُراد منها أن تتحقق في العالم الإلكتروني نفس الأهداف التي حققها كل من متطلبات الشكل في العالم الورقي.

٣١- ويقوم نهج التكافؤ الوظيفي على إجراء تحليل لأغراض ووظائف متطلبات الشكل الورقية التقليدية من أجل تحديد الكيفية التي يمكن بها تلبية تلك الأغراض وأداء تلك الوظائف بواسطة تقنيات إلكترونية.^(١٦) وهذا النهج "لا يسعى إلى تحديد مكافئ حاسوبي لأي نوع من المستندات الورقية"، بل يبرز الوظائف الأساسية لأهم متطلبات الشكل الورقي ويحدد معايير تتيح لرسائل البيانات، إذا ما وفّت بتلك المعايير، أن تتمتع بنفس درجة الاعتراف القانوني التي تحظى بها المستندات الورقية المقابلة.^(١٧) وبفعل ذلك، يتيح هذا النهج أيضاً للدول أن تُنفذ المعاملات الإلكترونية وفقاً للقوانين الموجودة دون الاضطرار إلى إزالة مجمل المتطلبات الورقية نفسها أو الإخلال بالمفاهيم والنهج القانونية التي تركز عليها تلك المتطلبات.^(١٨)

(15) انظر، مثلاً، الفقرة ١٣٣ من المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الخطابات الإلكترونية.

(16) الفقرة ٥١ من المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الخطابات الإلكترونية.

(17) الفقرة ٥١ من المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الخطابات الإلكترونية.

(18) انظر، مثلاً، الفقرة ٥٢ من المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الخطابات الإلكترونية.

٣٢- ومبدأ التعادل الوظيفي هذا يتجاوز مفهوم "عدم التمييز"،^(١٩) فهو يقضي بأن يُعامل القانون المستندات الورقية والإلكترونية على قدم المساواة، ما دامت المستندات الإلكترونية تفي باشتراطات التكافؤ الوظيفي التي ينص عليها القانون.

٣٣- وتسهيلاً لاستحداث بدائل إلكترونية للأوراق القابلة للإحالة، يلزم استجلاب الاشتراطات الخاصة بالتفرد والحيازة والمداولة بواسطة التسليم في البيئة الورقية إلى العالم الإلكتروني. وهذا يتطلب تحديد مكافئات قادرة على تحقيق نفس النتائج التي تحققها الاشتراطات الورقية، كما يتطلب فعل ذلك على نحو يتوافق مع الوسط الإلكتروني.

٣٤- ويمكن تلبية الحاجة إلى إرساء معايير التكافؤ بشأن الوظائف التي تؤديها الورقة القابلة للإحالة باعتماد معيار وحيد يتسم بالاتساع والمرونة بحيث يلبي جميع وظائف المستند الورقي في البيئة الإلكترونية، أو بمعايير منفصلة تهدف إلى أداء كل وظيفة من وظائف المستند الورقي على انفراد.

٣٥- ولدى تناول الاشتراطات المتعلقة بالتكافؤ الوظيفي، ينبغي للفريق العامل أن يضع في اعتباره أيضاً مبدأ "الحياد التكنولوجي"، المحسّد في نصوص الأونسيتال السابقة، بما فيها القانون النموذجي للخطابات الإلكترونية والقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية واتفاقية الخطابات الإلكترونية. وهذا المبدأ يقضي بالآلا يميز القانون بين التكنولوجيات المختلفة، أي ألا يشترط القانون ولا يفترض اعتماد تكنولوجيا معينة. وغاية الحياد التكنولوجي هامة من منطلق عدم تكبيل تطور أي تكنولوجيا أو تحييد تكنولوجيا معينة على أخرى بصورة غير منصفة. ومن شأن التقييد التام بمبدأ الحياد التكنولوجي أن يعظّم من القدرة على استيعاب جميع النماذج الحالية والمقبلة.

(19) ينص مبدأ عدم التمييز على أنه "لا يجوز رفض صحة الخطاب أو العقد أو وجوب إنفاذه بمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني" (المادة ٨ (١) من اتفاقية الخطابات الإلكترونية). وهذا المبدأ أساسي في معظم قوانين التجارة الإلكترونية. انظر، مثلاً، القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (المادة ٥) وإيعاز الاتحاد الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية (المادة ٥ (٢)) والقانون الموحد للمعاملات الإلكترونية (المادة ٧ (أ)) وقانون التوقيعات الإلكترونية في المعاملات العالمية والوطنية (المادة ١٠١ (أ)) (١) في الولايات المتحدة الأمريكية. ومع أن مبدأ عدم التمييز يستهدف إلغاء طبيعة الوسط كسبب لحرمان الخطاب الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني أو العقد الإلكتروني من النفاذ ووجوبية الإنفاذ، فهو قد لا يبدد الشاغل المتمثل في أن الخطاب الإلكتروني لا يلي اشتراطات شكلية معينة.

رابعاً- التكافؤ الوظيفي فيما يخص "التفرد"

٣٦- إنَّ السجلات الإلكترونية، حتى وإن كانت ممهورة بتوقيعات "مقيّدة" أو "مشفّرة"، لا تمتلك في صميمها خاصية التفرد عندما تُستخدم مع معظم التكنولوجيات الراهنة. وفي الواقع، وحسبما ذكر أعلاه (في الفقرة ١٤)، يمكن نسخ معظم السجلات الإلكترونية دون أن تكون "النسخة" قابلة للتمييز عن "الأصل" بسهولة. وللتغلب على هذه المشكلة، اقترحت أو نُفذت عدة نهج بديلة للتوصل إلى مكافئ وظيفي إلكتروني للمستند الورقي المتفرد.

ألف- التفرد التقني

٣٧- من الناحية النظرية، قد يتسنى تقنياً إنشاء مستند إلكتروني متفرد فعلاً ويتعذر نسخه (على الأقل بدون أن تكون النسخة قابلة للتمييز عن الأصل) ويمكن إحالته. ومتى أصبحت التكنولوجيا القادرة على ضمان تفرد المستند الإلكتروني وعلى جعله قابلاً للإحالة متاحة على نطاق واسع، فسوف توفر تلك التكنولوجيا أساساً لجعل المستند الإلكتروني متفرداً بحيث يمكن أن يحاكي المستند الورقي المتفرد. والتكنولوجيات التي ربما تكون مفيدة في تحقيق التفرد التقني يمكن أن تشمل المحدّدات الرقمية لهوية الأشياء (DOI) ونظم الإدارة الرقمية للحقوق (DRM).

٣٨- غير أن معظم القوانين الموجودة بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة قد كتبت بافتراض أن مشكلة ضمان تفرد السجل لا يمكن أن تُحل على صعيد تصميم السجل نفسه، أو أن فكرة السجل الإلكتروني المتفرد فعلاً ليست فكرة واقعية، وأنه يلزم اتباع نهج مغاير. وهذه النهج، عموماً، تأخذ بالرأي القائل بأنه ليس من الضروري أن تكون للسجل الإلكتروني القابل للإحالة أي خصائص متأصلة تجعله "متفرداً" بالفعل، بمعنى أنه يتعذر وجود نسخ مطابقة له. وبدلاً من ذلك، تركز تلك القوانين على إرساء التكافؤ الوظيفي من حيث التفرد بفرض اشتراطات تهدف إلى: (١) ضمان سلامة وتوافر نسخة واحدة على الأقل من السجل الإلكتروني القابل للإحالة بتسمية النسخة ذات الحجية (أي تحديد وتقرير أحكام السجل الإلكتروني القابل للإحالة)؛ و(٢) تحديد هوية مالك أو حائز ذلك السجل (أي الشخص المسيطر عليه).

٣٩- وبعبارة أخرى، يجب تناول مسألتين، هما: (١) ما هي أحكام السجل الإلكتروني القابل للتحويل؟ و(٢) من هو الشخص الذي يحق له الانتفاع بقيمة السجل أو بالالتزام الوارد فيه؟ وفي بعض الولايات القضائية، تُحدّد أحكام السجل الإلكتروني القابل للإحالة

بتسمية النسخة ذات الحجية، وتُحدّد هوية الشخص الذي يحق له الانتفاع بقيمته أو بالالتزام الوارد فيه من خلال مفهوم السيطرة (الذي يُستخدم كمكافئ وظيفي للحيازة).

باء- تسمية النسخة ذات الحجية

٤٠- إن تسمية النسخة ذات الحجية من السجل الإلكتروني القابل للإحالة (بصرف النظر عن عدد النسخ التي قد تكون موجودة) يمكن أن يعالج الشواغل المتعلقة بسلامة السجل (أي تقرير "ما" الذي يمتلك الحائز مصلحة فيه) دونما حاجة إلى وجود سجل منفرد. ومن النهج المتبعة في تسمية النسخة ذات الحجية ما يلي:

(أ) التسمية القائمة على الخزن في نظام مشفر خاص. ينطوي أحد النهج على خزن نسخة من السجل الإلكتروني القابل للإحالة، تسمى النسخة ذات الحجية، في نظام حاسوبي مشفر خاص، مصمم لذلك الغرض ومحمي بضوابط أمنية وضوابط دخول مناسبة. وهذا قد ينطوي، مثلاً على استخدام نظام معلومات مصمم خصيصاً لخزن وتتبع نوع معين من السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة، ربما لقطاع معين من الأعمال. وتظل النسخة ذات الحجية من السجل الإلكتروني القابل للإحالة مخزونة في ذلك النظام على مدى دورة حياتها، ويتولى نظام تسجيل ذو صلة تتبع هوية الحائز. وفي هذا النهج، يتحدد تفرّد السجل الإلكتروني من خلال تصميم بيئة مشفرة يمكن حفظ نسخة من ذلك السجل داخلها. وتتكفل ضوابط النظام بأن تظل سلامة ذلك السجل مصونة، بصرف النظر عن موضع أو كيفية خزن السجل داخل النظام، أو عدد النسخ التي يحتفظ بها النظام؛

(ب) التسمية القائمة على محتوى أو موضع قابل للتحقق. ثمة نهج بديل يتيح للنسخة الخاصة التي تمثل النسخة ذات الحجية، وللنظام الحاسوبي الذي خُزن فيه، أن يتغيرا مع مرور الوقت. وكثيراً ما يجري ذلك باستخدام مرفق تسجيل يتتبع الموضع الذي تُخزن فيه النسخة ذات الحجية، و/أو يحتفظ ببصمة رقمية (مثل قيمة البعثة أو توقيع رقمي) للنسخة ذات الحجية بحيث يتيسر تقرير ما إذا كانت النسخة المحتفظ بها لدى الحائز أو لصاحبه سليمة ومطابقة للأصل. وهذا النهج، الذي يشار إليه أحياناً بنموذج مرفق التسجيل، يتيح إنشاء السجل الإلكتروني القابل للإحالة وإصداره وخزونه وإحالاته على مجموعة متنوعة من نظم المعلومات الموزعة، مع إرسال معلومات معينة إلى مرفق تسجيل مركزي وتسجيلها فيه. ونسخة السجل ذات الحجية المسماة لا تُخزن بالضرورة في مرفق التسجيل، بل يمكن التحقق من صحة أي نسخة بالرجوع إلى ذلك المرفق. ومن ثم، ففي بعض النظم يحتفظ مرفق التسجيل بالنسخة ذات الحجية وكذلك بهوية الشخص المسيطر عليها. وفي نظم

أخرى، لا يحتفظ مرفق التسجيل إلا بالتوقيع الرقمي على النسخة ذات الحجية، والذي يصبح عندئذ متاحاً للتحقق من سلامة أي نسخة يلتمس الشخص المسيطر إنفاذها لاحقاً.

٤١- ويمكن أيضاً استنباط نهج أخرى تُستخدم التكنولوجيا أو الإجراءات أو الاتفاق كبديل للتفرد.

٤٢- وأخيراً، تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من أن بعض القوانين يأذن أو يقضي باتباع واحد أو أكثر من النهج المذكورة أعلاه، فثمة قوانين أخرى لم تحسم مسألة النهج الذي يُتبع إزاء هذه المسألة. فعلى سبيل المثال، وحسبما ذكر في الفقرة ١٧ أعلاه، لا يحدد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ولا قواعد روتردام الطريقة التي يمكن بها تلبية اشتراط الوحداية، بل يترك الأمر للأطراف أمر الاتفاق على الطريقة التي تستخدم لهذا الغرض.

خامساً- التكافؤ الوظيفي فيما يخص "الحيازة": مفهوم "السيطرة"

٤٣- في معظم النماذج القانونية التي تحكم السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة، يُستخدم مفهوم "السيطرة" على السجل الإلكتروني كمكافئ وظيفي للحيازة. أي أن الشخص المسيطر على السجل الإلكتروني القابل للإحالة يُعتبر هو الحائز القادر على إنفاذ ذلك السجل. وحيثما تُستخدم السيطرة على السجل الإلكتروني القابل للإحالة كبديل لحيازة الورقة القابلة للإحالة، تكون إحالة السيطرة هي البديل لغرض تسليم السجل الإلكتروني، تماماً مثلما تكون إحالة الحيازة (زائداً التظهير عند الاقتضاء) هي وسيلة تسليم الورقة القابلة للإحالة.

٤٤- ومثلما ذكر في الفقرتين ٣٨ و ٣٩ أعلاه، في حال انتفاء التفرد التقني يمكن لنهج السيطرة أن يساعد أيضاً على معالجة اشتراط وحدانية الورقة القابلة للإحالة. إذ إنه، بتوفير إجراءات لتعيين هوية الشخص المسيطر على السجل الإلكتروني القابل للإحالة (إلى جانب إجراءات لتحديد "ما هو الشيء" الذي يمتلك الحائز مصلحة فيه)،^(٢٠) يُبدد الشاغل المتعلق بوجود نسخ متعددة لذلك السجل، لأن الملكية (وهي وضعية الحائز) لا تتقرر بحيازة أي نسخة من السجل نفسه، كما أن الإحالة لا تعني تحويل تلك النسخ أو تظهيرها.

(20) انظر مناقشة التفرد الواردة في الفقرات ٣٦-٤٢ أعلاه.

ألف - تحديد هوية الشخص "المسيطر"

٤٥ - في حال استخدام السيطرة كبديل للحيازة، يجب أن تكون هناك طريقة لتحديد هوية الطرف الذي يسيطر في الوقت الراهن على السجل الإلكتروني المعني القابل للإحالة. ويمكن تحقيق ذلك بوجود دليل يثبت هوية ذلك الشخص ويكون مدججاً في النسخة ذات الحجية ذاتها، أو يجعل النسخة ذات الحجية مرتبطة منطقياً بطريقة لتتبع هوية ذلك الشخص (مثل نظام تسجيل)، لكي يتنبه أيضاً الشخص الذي يشاهد النسخة ذات الحجية إلى وجود دليل السيطرة ويتسنى له الاطلاع عليه.

٤٦ - ومن ثم، فإن مفهوم "السيطرة" عادة ما يُعرّف على نحو يركز على هوية الشخص الذي يحق له إنفاذ الحقوق المحسّدة في السجل الإلكتروني القابل للإحالة. فعلى سبيل المثال، ينص قانون الولايات المتحدة على ما "يكون الشخص مسيطراً على سجل [إلكتروني] قابل للإحالة إذا كان النظام المستخدم لإثبات إحالة المصالح الواردة في ذلك السجل يؤكد على نحو موثوق أن ذلك الشخص هو الشخص الذي أصدر السجل إليه أو أحيل إليه".^(٢١) والنقطة المحورية هنا هي أن النظام سواء أكان منطقياً على مرفق تسجيل تابع لطرف ثالث أم على ضمانات احترازية تكنولوجية، يجب أن يثبت قدرته على أن يحدد بصورة موثوقة هوية الشخص الذي يحق له تقاضي المبلغ المالي أو تسلم البضاعة.^(٢٢)

٤٧ - والنظم القانونية التي تستخدم "السيطرة" كبديل لـ "الحيازة" كثيراً ما تسلم على وجه التحديد بأنه يمكن تلبية اشتراطات "السيطرة" باستخدام مرفق تسجيل تابع لطرف ثالث ويحظى بالثقة (انظر الفقرات ٥٨-٦٠ أدناه). وقد تكون هناك أيضاً نهج تكنولوجية أخرى لتحقيق نفس الغرض.

٤٨ - وعلى وجه العموم، تتضمن النهج الرئيسية التي طوّرت للتأكد من هوية الشخص الذي أصدر أو أحيل إليه السجل الإلكتروني القابل للإحالة [أي الشخص المسيطر] ما يلي:

(أ) تحديد هوية الشخص المسيطر في السجل الإلكتروني القابل للإحالة ذاته
(نموذج الرمز الشيفري). في النهج القائم على نموذج، تكون هوية الشخص المسيطر على السجل الإلكتروني القابل للإحالة (أي الحائز) واردة في السجل نفسه، وتُبيّن التغييرات في الملكية (مثل الإحالات) بواسطة تعديلات تُدخل مباشرة على السجل، وفي هذا النهج،

(21) UETA § 16 (b); 15 U.S.C. § 7021 (b)

(22) UETA Section 16, Official Comment 3

يتطلب تحديد مالك السجل الإلكتروني القابل للإحالة نظاماً للاحتفاظ بسيطرة محكمة على السجل نفسه، وكذلك على إجراءات إحالة السيطرة. وبعبارة أخرى، قد تكون هناك حاجة، مثلما في حالة الأوراق القابلة للإحالة، إلى ضوابط تكنولوجية أو أمنية لضمان وجود "نسخة ذات حجية" متفردة، يتعذر نسخها أو تحويلها.⁽²³⁾ ويمكن وصلها بمراجع لمعرفة هوية المالك (وكذلك معرفة أحكام السجل الإلكتروني القابل للإحالة ذاته)؛

(ب) تحديد هوية الشخص المسيطر في نظام تسجيل منفصل (نموذج مرفق التسجيل). في نموذج مرفق التسجيل، تكون هوية مالك السجل الإلكتروني القابل للإحالة مبنية في مرفق تسجيل منفصل لدى طرف ثالث مستقل. وفي هذا النهج، يتطلب تحديد هوية مالك السجل بصورة موثوقة سيطرة محكمة على السجل، ويصبح تفرّد نسخة السجل ذاتها أمراً أقل أهمية أو غير ذي صلة طالما كانت هناك وسيلة للتحقق من سلامة السجل. ويحتوي السجل الإلكتروني القابل للإحالة على مجرد إشارة إلى مرفق التسجيل الذي يمكن فيه العثور على هوية الشخص المسيطر، أما السجل نفسه فلا يتغير مع مرور الوقت أو عند إجراء إحالة. والشاغل الرئيسي فيما يخص نسخ السجل الإلكتروني القابل للإحالة هو ضرورة وجود آلية لمعرفة ما إذا كانت أي نسخة بعينها صحيحة (أي أن سلامتها لم تُمس)، بحيث يمكن لأي شخص يشاهد تلك النسخة أن يتعرف على الموضع الذي تُبين فيه هوية المالك، وبحيث يتسنى للمالك الحقيقي المبين في مرفق التسجيل أن يُنفذ السجل. وفي هذا النوع من النظم، يركز مفهوم السيطرة وما يرتبط به من شواغل تتعلق بالأمن، في المقام الأول، على مرفق التسجيل لا على السجل الإلكتروني القابل للإحالة نفسه؛

(ج) تعريف الشخص المسيطر بأنه الشخص الذي يتمتع حصرياً بإمكانية الدخول. عندما تكون النسخة ذات الحجية من السجل الإلكتروني القابل للإحالة مخزونة في نظام حاسوبي مشفر خاص، مصمم لذلك الغرض ومحمي بضوابط أمنية وضوابط دخول مناسبة، قد يمكن أيضاً تعريف الشخص المسيطر (أي الحائز) بأنه الشخص الوحيد الذي يتمتع بإمكانية الدخول إلى السجل المعني. وفي هذه الحالة، تتطلب إحالة السيطرة إحالة لوسيلة الدخول المشفرة الحصرية، مثل شيفرة الدخول المتفردة.

(23) يمكن تحقيق ذلك بواسطة التكنولوجيا المستخدمة في إنشاء السجل (التي قد لا تكون موجودة بعد)، أو بإخضاع السجل لقدر من التدابير الأمنية بحيث لا يمكن لأحد أن ينسخه أو يحوّل.

باء - اعتماد نهج "السيطرة"

٤٩- من بين النماذج التشريعية الموجودة بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة والتي تشير إلى مفهوم "السيطرة" الفقرتان ٢١ و ٢٢ من المادة ١ والمادتان ٥٠ و ٥١ من قواعد روتردام؛ والمادة ٨٦٢ (التي تتيح استخدام سندات الشحن الإلكترونية) من الصيغة المنقحة للقانون التجاري الكوري، التي اشترعت في ٣ آب/أغسطس ٢٠٠٧ (القانون ٩٧٤٦).^(٢٤) والمادة ٧ من قواعد اللجنة البحرية الدولية بشأن سندات الشحن الإلكترونية.^(٢٥)

٥٠- وتوجد في الولايات المتحدة الأمريكية عدة قوانين خاصة بالسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة تستخدم أيضا مفهومي "النسخة ذات الحجية" و"السيطرة" لإرساء شروط التكافؤ مع مفهومي "التفرد" و"الحيازة". وهي تشمل المواد ٧-١٠٦ (السيطرة على مستند الملكية الإلكتروني) و ٧-٥٠١ (ب) (إيصالات المستودعات وسندات الشحن: التداول والإحالة) ٩-١٠٥ (السيطرة على السندات الإلكترونية المثبتة للملكية المنقولات) من القانون التجاري الموحد؛ والمادة ١٦ (السجلات القابلة للإحالة) من القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية لعام ١٩٩٩؛ والمادة ٢٠١ (السجلات القابلة للإحالة) من قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والوطنية لعام ٢٠٠٠.

٥١- وقد ظهرت أيضا في السنوات الأخيرة نظم تتيح إحالة الحقوق في البضاعة والحقوق تجاه الناقل أثناء نقل البضاعة. وتعمل هذه القوانين على أساس الاستعاضة عن حيازة المستند الورقي بـ"السيطرة الحصرية" على السجل الإلكتروني. وهناك ثلاثة نماذج جديدة بالتبويب، هي: نظام "بوليرو" (منظمة المرافق الإلكترونية لتسجيل سندات الشحن)، ونظام Databridge التابع لشركة ESS (Electronic Shipping Solutions)، ونظام مرفق التسجيل التابع للشبكة التجارية الكورية (KTNET). ونظاما "بوليرو" و KTNET^(٢٦) و KTNET^(٢٧) يحققان سيطرة

(24) للاطلاع على عرض للقانون الكوري الذي يتيح استخدام سندات الشحن الإلكترونية، انظر الفقرات ٢٦-٤٧ من الوثيقة A/CN.9/692.

(25) نص هذه القواعد متاح في الموقع <http://comitemaritime.org/Rules-for-Electronic-Bills-of-Lading/0,2728,12832,00.html>

(26) أنشئ نظام "بوليرو" بمقتضى القانون الإنكليزي، وهو محكوم بإطاره القائم على القانون الخاص، المسمى "Bolero Rulebook". وللإطلاع على عرض لنظام بوليرو، انظر الفقرات ٧٥-٨٦ من الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.90.

حصرية من خلال نظام تسجيل للملكية. أما نظام Databridge التابع لشركة ESS فيحقق السيطرة الحصرية بواسطة الحد من إمكانية الوصول إلى السجل الإلكتروني المعني.^(٢٨)

سادساً - نهج مرافق التسجيل

٥٢ - يتيح نموذج مرافق التسجيل إنشاء السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة وإصدارها وإحالتها استناداً إلى المعلومات التي تُرسل إلى مرفق تسجيل مركزي وتُسجّل فيه. وقد يكون الدخول إلى مرفق التسجيل خاضعاً لضوابط، كما قد يكون خاضعاً لقبول أحكام تعاقدية.

٥٣ - ومرفق التسجيل يمكن أن يُستخدم للمساعدة على تسمية النسخة ذات الحجية للسجل الإلكتروني القابل للإحالة، من أجل توفير نهج مكافئ وظيفياً لمفهوم "التفرد" (انظر الفقرة ٤٠ (ب) أعلاه)، كما يمكن استخدامه لتحديد هوية الشخص الذي يسيطر على السجل الإلكتروني القابل للإحالة، من أجل توفير نهج مكافئ وظيفياً لمفهوم "الحيازة" (انظر الفقرتين ٤٧ و ٤٨ أعلاه).

٥٤ - ويناقش فريق الأونسيترال العامل السادس (المعني بالمصالح الضمانية) حالياً مسألة نظم مرافق التسجيل، بما فيها النظم الإلكترونية، ضمن إطار عمله المتعلق بتسجيل الحقوق الضمانية في الموجودات المنقولة.

٥٥ - ونظم مرافق التسجيل هي أيضاً سمة شائعة في معظم المبادرات الأخيرة المتعلقة بالسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة (انظر، مثلاً، الفقرات ٥٨-٦٣ أدناه، والفقرات ٣٩-٩٤ من الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.90 الصادرة في كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠).

٥٦ - ويمكن تقسيم نظم مرافق التسجيل إلى ثلاث فئات رئيسية،^(٢٩) هي:

(27) عُيّن هذا النظام مشغلاً لمرافق التسجيل لأغراض المرسوم الرئاسي الصادر عن رئيس جمهورية كوريا بشأن تنفيذ أحكام القانون التجاري لعام ٢٠٠٨ المتعلقة بسندات الشحن الإلكترونية. وللإطلاع على مناقشة لحتوى هذا القانون وكيفية إعماله، انظر الفقرات ٢٦-٤٧ من الوثيقة A/CN.9/692.

(28) يعمل هذا النظام، شأنه شأن نظام "بوليرو" ضمن إطار قائم على القانون الخاص، هو اتفاق "DSUA" (ESS-Databridge Services and Users Agreement). وهذا الاتفاق يحكمه القانون الإنكليزي، أما إذا كان عقد النقل محكوماً بقانون الولايات المتحدة فإن إحالة حق الملكية في إطار ذلك الاتفاق يكون محكوماً بقانون ولاية نيويورك، بما فيه القانون التجاري الموحد لولاية نيويورك وقانون الولايات المتحدة الموحد للمعاملات الإلكترونية لعام ١٩٩٩ (T&C 8.1).

(29) انظر مرفق الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.67.

(أ) مرافق التسجيل الحكومية. تقوم هيئة حكومية بتسجيل الإحالات في شكل سجلات عمومية، ويمكن لتلك الهيئة أن تُوثق تلك الإحالات أو تُصدّق عليها. ولأسباب تتعلق بالسياسة العامة، لا تكون الهيئة الحكومية مسؤولة عن أيّ أخطاء، وتغطي تكاليفها من خلال رسوم يدفعها المستعملون؛

(ب) مرافق التسجيل المركزية. تُنشأ نظم التسجيل المركزية عندما تقوم مجموعة تجارية بتسيير معاملاتها من خلال شبكة خصوصية (مثل "سويفت")، يكون الدخول إليها محصوراً في أعضائها. وهذا النوع من نظم التسجيل، الذي جرى استخدامه في شتى نظم تسوية الضمانات، يكون مفضلاً عندما تكون اعتبارات الأمن والسرعة بالغة الأهمية، لأنّ محدودية إمكانية الدخول تتيح التحقق من الطرف المعني بكفاءة وسرعة. وعادة ما تكون إمكانية الوصول إلى السجلات الفعلية للمعاملات محصورة في المستعملين، أما ملخصات المعاملات فيمكن إبلاغها لعامة الناس بإيجاز (كما في حالة المتاجرة بالأوراق المالية). وعادة ما تحكم قواعد الشبكة مسألي التبعات والتكاليف، وتبعاً للولاية القضائية المعنية، يمكن أن تكون تلك القواعد ذات طابع تعاقدية أو طابع تشريعي؛

(ج) مرافق التسجيل الخصوصية. تُسيّر هذه المرافق من خلال شبكات مفتوحة أو شبه مفتوحة، حيث يتولى مُصدّر المستند، أو وكيله (كما في حالة النظم الخاصة بإيصالات المستودعات الإلكترونية في الولايات المتحدة)، أو طرف ثالث يحظى بالثقة (كما في نظام "بوليرو")، إدارة عملية الإحالة أو التداول. والسجلات هي ذات طابع خصوصي، فيمكن أن يتحمل التكاليف كل مستعمل. أما بشأن المسؤولية فإنّ الممارسة المتبعة مماثلة للممارسة المتبعة حالياً بشأن المستندات الورقية، إذ يُسأل مدير النظام عن أداء ما عليه للطرف الصحيح، ما لم يُعْفَ من المسؤولية خطأ طرف آخر، وفي هذه الحالة يمكن أن يسري القانون المحلي. وهذه النظم قد تكون قائمة بصورة حصرية أو رئيسية على ترتيبات تعاقدية (كما في حالة نظام بوليرو) أو مستمدة من قانون ممكن (كما في نظم إيصالات المستودعات الإلكترونية في الولايات المتحدة).

٥٧- وقد أظهرت التجربة الدولية أنّ هذه الفئات من مرافق التسجيل يكمل بعضها بعضاً ولا يستبعد كل منها سواه. ففي الواقع، قد يتطلب اختلاف أنواع المعاملات إنشاء نظم مرافق تسجيل مختلفة. ومن ثم فقد يكون من المستحسن اتباع نهج يركز على المجالات التي يُرجَّح أن تستفيد من وجود إطار تشريعي متناسق دولياً، بدلاً من التركيز على نوع نظام مرفق التسجيل المستخدم.

ألف - أمثلة للقوانين الموجودة التي تستخدم مرافق تسجيل

٥٨ - وثمة قواعد قانونية عدة بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة اعتمدت أو استوعبت، نموذجاً لنظام تسجيل. ومن أمثلة ذلك في إطار قانون الولايات المتحدة المادة ١٦ من القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية (الذي يحكم الصكوك الإلكترونية القابلة للإحالة)، التي تستوعب نظاماً قائمة على التسجيل وتشير في التعليقات الرسمية الملحقة بها "أن النظام المرتكز على مرافق تسجيل تابع لطرف ثالث يرجح أن يكون هو السبيل الأنجع لتلبية الاشتراطات ... بأن يظل السجل الإلكتروني القابل للإحالة متفرداً وقابلاً لتحديد هويته وغير قابل للتحويل، مع توفيره في الوقت نفسه الوسيلة اللازمة لضمان أن يكون المحال إليه مذكوراً بوضوح ومحدد الهوية." (٣٠) وثمة مثال آخر هو المادة ٩-١٠٥ (التي تحكم السندات الإلكترونية لإثبات ملكية المنقولات) من القانون التجاري الموحد، والتي اشترعت استجابة لطلبات من صناعة تمويل السيارات من أجل التوسع في استخدام تلك السندات.

٥٩ - وتستخدم اتفاقية الضمانات الدولية على المعدات المنقولة ("اتفاقية كيب تاو") (٣١) نظام تسجيل دولياً من أجل تسجيل مختلف الضمانات في المعدات المتنقلة. وتتناول اتفاقية كيب تاو والبروتوكولات الملحقة بها، على نحو خاص بكل صناعة على حدة، سبل الانتصاف في حال تقصير المدين، وهي تستحدث قواعد قانونية بشأن الأولوية تستند إلى مرافق تسجيل دولية، خاصة بكل نوع من المعدات.

٦٠ - وثمة مثال آخر حديث العهد، هو المادة ٨٦٢ من الصيغة المنقحة للقانون التجاري الكوري، التي اشترعت في ٣ آب/أغسطس ٢٠٠٧ (القانون رقم ٩٧٤٦)، والتي تُمكن من استخدام سندات الشحن الإلكترونية. (٣٢) وهي ترسي التكافؤ القانوني بين سندات الشحن الورقية وسندات الشحن الإلكترونية التي تدار في مرفق إلكتروني لتسجيل حقوق الملكية.

باء - أمثلة لنظم مرافق التسجيل الموجودة

٦١ - من أمثلة نظم مرافق التسجيل البارزة نظام بوليفرو (منظمة المرافق الإلكترونية لتسجيل سندات الشحن) ومرفق التسجيل التابع للشبكة التجارية الكورية KTNET،

(30) التعليق ٣ على المادة ١٦ من القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية (أضيف تأكيد).

(31) www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm. وانظر أيضاً الفقرات ١٨-٢١

من الوثيقة A/CN.9/692.

(32) للاطلاع على عرض للقانون الكوري الذي يتيح استخدام سندات الشحن الإلكترونية، انظر الفقرات

٢٦-٤٧ من الوثيقة A/CN.9/692.

المذكوران في الفقرة ٥١ أعلاه. ويعمل كل من هذه النظم على أساس الاستعاضة عن حيازة المستند الورقي بمفهوم "السيطرة الحصرية" على السجل الإلكتروني، حيث تتحقق السيطرة الحصرية من خلال مرفق لتسجيل حقوق الملكية.

٦٢ - وثمة أمثلة أخرى لنظم مرافق التسجيل، منها مرفق MERS للتسجيل الإلكتروني (MERS e-Registry) في الولايات المتحدة، وهو مرفق مستقل خاص بالصناعة يهدف إلى تتبع وحفظ المعلومات المتعلقة بالسندات الإذنية الإلكترونية دعماً لقروض المساكن. ومرفق MERS e-Registry هو المكان المركزي (والوحيد) لتحديد هوية (١) الحائز الحالي للسند الإذني الإلكتروني، و(٢) الموضع الحالي لنسخة السند الإذني الإلكتروني ذات الحجية.^(٣٣) وهو يعمل بصفته نظام تسجيل حائزي الحقوق في السندات الإذنية الإلكترونية. ويجب أن تدرج في هذا المرفق كل الإحالات اللاحقة للسندات الإذنية الإلكترونية، أي التغييرات في هوية الكيان الذي يملك السند و/أو التغييرات في هوية الكيان الذي يحتفظ بالنسخة ذات الحجية.

٦٣ - وإضافة إلى ذلك، عادة ما تستخدم نظم الأوراق المالية غير المادية مرفقاً للتسجيل.^(٣٤) وفي تلك النظم، يحتوي مرفق التسجيل المركزي على سجل بحيازات الأوراق المالية غير المادية، وبالحقوق والتقييدات الناشئة عن تلك الأوراق، والتي تحتفظ بها الجهات المشاركة في مرفق الإيداع نيابة عن المستثمرين في أي وقت. وعادة ما يكون وسطاء التعامل التجاري مؤسسات مالية وسماسرة وكيانات أخرى مأذون لها بأن تكون أعضاء في مرفق الإيداع وتحتفظ بحسابات لدى ذلك المرفق.

سابعاً - المنهجية المحتملة لعمل الفريق العامل في المستقبل

٦٤ - فيما يتعلق بنطاق عمل الفريق العامل، لعلّ الفريق العامل يودُّ أن ينظر في ما إذا كان ينبغي لذلك العمل أن يشمل جميع أنواع السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة في جميع القطاعات أم أن يتناول مجموعة فرعية منها فحسب (سواء تبعاً لنوع ذلك السجل أو القطاع الصناعي أو تبعاً لمعايير أخرى). ومن شأن هذه المناقشة أن تتيح أيضاً إجراء تقييم للطلب السوقي الحالي على المكافئات الإلكترونية.^(٣٥)

(33) مأخوذ من MERS eRegistry Integration Handbook Volume I (Release 2.75 – 7/31/06), Overview .of the MERS eRegistry, at p. 4

(34) انظر الفقرات ٤٥-٦٠ من الوثيقة A/CN.9/WG.IV/WP.90.

(35) انظر الفقرة ١١ من الوثيقة A/CN.9/728/Add.1.

٦٥- ومع أنَّ الشوط الذي قطعه الفريق العامل سوف يمكنه من استيضاح النواتج النهائية المرغوبة (مثل وثيقة إرشادية أم أحكام قانونية موحدة)، فقد يكون من المفيد أن يقوم الفريق، حالما يَفْرُغ من تحديد نطاق عمله، بصوغ مجموعة واضحة من المبادئ الرفيعة المستوى تُجسّد في أيّ نظام دولي للسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة. ويتعين أن تتناول تلك المبادئ أيضاً المسائل المتعلقة باستخدام تلك السجلات عبر الحدود.

٦٦- ومن شأن تحديد تلك المبادئ المناسبة وترويجها أن يسهل في وقت لاحق صوغ قواعد للعمليات القانونية التي ينطوي عليها إنشاء السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة واستخدامها وتداولها وإنفاذها. ويتبين من الآليات الخاصة بإحالة الحقوق أو تداولها، بما فيها الآليات القائمة على تدفق مستندات خطية، أنَّ لها هيكلًا متشابهًا جداً بصرف النظر عن المجال الذي تجري فيه تلك الإحالات وعن طبيعة ومحتوى الحقوق المعنية. ومن المرجح أن تزداد أوجه التشابه هذه عندما يصبح استخدام الوسائل الإلكترونية لهذا الغرض أكثر انتشاراً.

٦٧- وإلى جانب ذلك، قد يتباين استخدام السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة حسب مجال التطبيق في القطاع المعني أو المنشآت التجارية المعنية، فعلى سبيل المثال، قد تكون للسجلات الإلكترونية القابلة للإحالة متطلبات مختلفة، تبعاً لمجال التطبيق، لأغراض مثل التوثيق، والأمن، وتيسير وصول الأطراف الثالثة، وتحويل السجلات الإلكترونية إلى مستندات ورقية والعكس بالعكس، والحد من تكاليف النظم، ونطاقات المعاملات وأحجامها وقابليتها للتغيير الحجمي، والحراك، والتداول، وقدرات الأطراف، ومعالجة المعاملات إلكترونياً، والموقوتية والصيغة النهائية للمعاملة، ووحداية مرافق التسجيل مقابل تعددها (وقابليتها للعمل تبادلياً والإحالات فيما بين النظم)، وخطر الاحتيايل، والشواغل الإثباتية والتنظيمية. ولدى معالجة هذه العوامل، سوف يعتمد الكثير من القطاعات، إلى حد بعيد، على قواعد النظم التابعة للقطاع الخاص، مع ما يرتبط بها من تشريعات لمعالجة مجالات مثل حقوق الأولوية تجاه الأطراف الثالثة.

٦٨- وهذه المتطلبات المختلفة تُبرز الحاجة إلى توضيح الاعتبارات الأساسية في هذا المجال، وكذلك ترشيد النهج المتبعة في حل بعض المشاكل المعينة. ومن ثم، يمكن للفريق العامل أن يصوغ المبادئ والاعتبارات الأساسية التي تسري على جميع نظم التطبيق المتفردة وتوفر وسيلة لتلبية الاحتياجات الخاصة لكل نظام على نحو واف. ويمكن تنقيح تلك المبادئ بما يناسب قطاعات معينة حسب الاقتضاء.

٦٩- ولعل الفريق العامل يودُّ، ضمن نطاق العمل الذي يراه مناسباً، أن ينظر في مسائل منها:

- (أ) السبل التي ينبغي اتباعها في إنشاء الحقوق في السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة وفي إحالة تلك الحقوق وإنفاذها، من أجل تحقيق التكافؤ الوظيفي مع الأوراق القابلة للإحالة؛
- (ب) ما إذا كان يمكن إبدال السجلات الإلكترونية القابلة للإحالة بمستندات ورقية قابلة للإحالة، والعكس بالعكس، وكيفية فعل ذلك؛
- (ج) متطلبات تحديد هوية حائز الحقوق في السجل الإلكتروني القابل للإحالة والتحقق منها، ومتطلبات صون سلامة ذلك السجل والتحقق منها؛
- (د) استخدام مرافق التسجيل الإلكترونية أو غيرها من مقدمي الخدمات من الأطراف الثالثة، مع التسليم بأن الحلول قد تتباين تبعاً للمتطلبات القطاعية والتطبيقية؛
- (هـ) المدى الذي ينبغي لمصدر الالتزام الأصلي أن يذهب إليه في الانخراط في إحالة السجل الإلكتروني القابل للإحالة أو تداوله أو إبداله، والعواقب المترتبة على ذلك؛
- (و) ما يترتب على مختلف وسائط إحالة الحقوق في السجل الإلكتروني القابل للإحالة من أثر في الحماية التي ينبغي أن يتمتع بها أيُّ طرف ثالث يحال إليه ذلك السند بحسن نية تجاه المصدر وسائر الأطراف الثالثة؛
- (ز) مسؤوليات الكيانات التي هي أطراف ثالثة، مثل مرافق التسجيل ومشغلي منصات التعامل التجاري عبر الإنترنت، ومقدمي خدمات الهوية وسلطات التصديق وغيرها من الجهات المشاركة في خزن أو إحالة السجل الإلكتروني القابل للإحالة، أو في تحديد هوية الشخص المسيطر على ذلك السجل.