

د. أسامة محمد علي بسيوني

محاضر بكلية الحقوق جامعة طنطا
محاضر بكلية القانون جامعة العاصمة طرابلس
دكتوراه القانون التجاري الدولي جامعة عين شمس

دور نهج التكافؤ الوظيفي في إنفاذ المعاملات الإلكترونية وفقاً للمفاهيم والمناهج القانونية القائمة

■ **المراسلة:** د. أسامة محمد علي بسيوني

محاضر بكلية الحقوق جامعة طنطا
محاضر بكلية القانون جامعة العاصمة طرابلس

■ **معرف الوثيقة الرقمي (DOI):** jolets.v5i1.226/10.54873

■ **البريد الإلكتروني** osama.mo.basio@gmail.com

■ **نسق توثيق البحث** أسامة محمد علي بسيوني
دور نهج التكافؤ الوظيفي في إنفاذ المعاملات وفقاً
للمفاهيم والمناهج القانونية القائمة
المجلد الخامس، العدد الأول، أبريل ٢٠٢٥

الملخص:

أصبح استخدام المفاهيم القانونية التقليدية القائمة لا يتناسب مع آلية عمل التجارة الدولية، وهو ما أثار العديد من الإشكاليات والصعوبات، تدور حول مدى إمكانية التعويل على الشكل الإلكتروني في الممارسات التجارية عبر الحدود، ومدى إمكانية الاستعاضة عن المفاهيم القانونية الموجودة بالفعل في القوانين القائمة بمفاهيم قانونية تكنولوجية جديدة

ويعمل نهج التكافؤ الوظيفي على تحقيق الوظائف والأهداف التي تؤديها المفاهيم القانونية التقليدية، باعتبار هذه المفاهيم أساس النظم القانونية القائمة، كما يخفف من حدة المشكلات التي قد تنجم عن عدم صلاحية الوسائل التقليدية للعمل في البيئة الإلكترونية، ودون الحاجة إلى مزيد من الأعمال التشريعية.

Abstract:

The use of existing traditional legal concepts has become incompatible with the functioning of international trade. The situation has raised numerous problems and difficulties, revolving around the extent to which electronic forms can be relied upon in cross-border commercial practices and the possibility of replacing existing legal concepts with new technological legal concepts.

The functional equivalence approach works to achieve the functions and objectives of traditional legal concepts, considering these concepts as the foundation of existing legal systems. It also mitigates the problems that may arise from the inadequacy of traditional methods in the electronic environment, without the need for further legislative work.

مقدمة

أحدث التطور التقني المتسارع تحولاً جوهرياً في المعاملات التجارية عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، وأضحى هناك يقيناً قانونياً أن المفاهيم القانونية التقليدية القائمة لا تلائم التجارة الدولية، الأمر الذي استدعى البحث عن آليات لاعتماد البدائل الإلكترونية، وهو ما أثار العديد من الصعوبات، لا سيما فيما يتعلق بمدى إمكانية التعويل على الشكل الإلكتروني، ومدى قدرته على تحقيق وظائف الوسائل التقليدية للإثبات

وعلى أثر ذلك قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بوضع إطار قانوني متكامل لدعم هذا النمط من العمليات التجارية، وذلك من خلال استحداث مبدئ قانوني مرن، بهدف تطويع المفاهيم القانونية القائمة كي تعالج المعاملات الإلكترونية، وإزالة العوائق القانونية التي قد تعترض مسارها، فضلاً عن تطوير ممارسات تجارية تلائم البيئة الرقمية الحديثة

وفي سبيل ذلك استهدفت (الأونسيترال) إرساء قواعد تنظيمية لإعادة إنتاج الوظائف والأهداف الأساسية التي تؤديها الوسائل التقليدية، وتحقيقها في المعاملات الإلكترونية، وتطوير القواعد القانونية لكي تكون منسجمة ومتناغمة مع التطور التقني المتلاحق، ودون الحاجة إلى مزيد من الأعمال التشريعية

منهج الدراسة:

اتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي، وذلك من خلال محاولة استجلاء الأصل القانوني لنهج التكافؤ الوظيفي، ونشأته، والبحث عن أهدافه، وتحليلها معتمداً على صكوك الأونسيترال، كما استخدم المنهج التحليلي المقارن، وذلك بإجراء مقارنة بين التشريعات التي اعتمدت هذا النهج، وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة للوقوف على دور نهج التكافؤ الوظيفي في إنفاذ المعاملات الإلكترونية في التجارة الدولية

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية هذه الدراسة من الدور المحوري لنهج التكافؤ الوظيفي في إرساء إطار قانوني يتيح استخدام المفاهيم والأدوات القانونية التقليدية في نطاق المعاملات الإلكترونية، بما يضمن توافقها مع أهداف التجارة الدولية، ويسهم في سرعة إنفاذ المعاملات التجارية بفعالية وسرعة وأمان، كما يحد من المشكلات القانونية الناتجة عن استخدام التكنولوجيا في المعاملات الإلكترونية، وعدم اليقين القانوني تجاه الممارسات التجارية ذات الأبعاد التقنية

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى استجلاء مفهوم نهج التكافؤ الوظيفي وأهدافه والأصل القانوني له، كما تهدف الدراسة إلى البحث عن تطبيقات هذا النهج وأثره في البيئة الإلكترونية، كما تهدف الدراسة إلى البحث حول مدى القدرة في الاعتماد على هذا النهج في المعالجة القانونية للتطورات التقنية المستحدثة في التجارة الدولية، أم أن هناك حاجة إلى وضع قواعد قانونية موضوعية، تعالج هذه الأنماط ودون الحاجة إلى الاعتماد على نهج التكافؤ الوظيفي

اشكالية الدراسة:

تتعارض المفاهيم والأدوات القانونية التقليدية المعتمدة في المعاملات المدنية والتجارية مع طبيعة وأهداف التبادل الإلكتروني للبيانات، الذي يعتمد على الوسائل الرقمية بدلاً عن الوسائل التقليدية كالمستندات التقليدية والتوقيع التقليدي، والحياسة، والأصل، مما استلزم البحث عن نهج جديد ليكون بمثابة حلقة وصل بين القواعد القانونية التقليدية والمعاملات الإلكترونية المستحدثة، ودون الحاجة إلى سنّ تشريعات تنظيمية مستقلة للمعاملات الإلكترونية غير مرتبطة بالنظير الوري

خطة الدراسة:

سوف نتناول هذا الموضوع بالبحث والدراسة من خلال مبحثين على النحو الآتي:-

مبحث تمهيدي: مدلول نهج التكافؤ الوظيفي

المبحث الأول: أثر نهج التكافؤ الوظيفي في تطوير القوانين لمواكبة المستجدات التقنية

المبحث الثاني: أثر تطبيق نهج التكافؤ الوظيفي على حجية الإثبات الإلكتروني

المبحث التمهيدي

مدلول فكرة التكافؤ الوظيفي

التكافؤ الوظيفي مبدأ إرشادياً تقوم عليه قواعد التجارة الإلكترونية، إذ تواجه عملية استبدال الوسائل الورقية بالوسائل الإلكترونية قيوداً قانونية وتقنية، نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما، مما يستلزم وضع إطار قانوني يضمن تحقيق ذات الوظائف التي تؤديها الوسائل التقليدية في بيئة إلكترونية^(١).

ويعد مبدأ التكافؤ الوظيفي أحد المبادئ الأساسية التي تدعم التنظيم الفعال للتجارة الإلكترونية^(٢). ويعمل على تحقيق المساواة في الحجية بين وسائل الإثبات الإلكترونية ووسائل الإثبات التقليدية، شريطة أن تتمكن الوسائل الإلكترونية من أداء الوظائف الأساسية التي تؤديها نظيرتها التقليدية، كإمكانية القراءة، والاستمرارية، والسيطرة وتحديد الهوية والحفظ^(٣). ودون الحاجة إلى إنشاء نظام مستقل للمعاملات الإلكترونية غير المرتبط بنظيره الورقي، ويعد هذا النهج إطاراً قانونياً أقرته الأونسيترال بغية ضمان مواءمة المعاملات الإلكترونية المستحدثة مع النظام القانوني التقليدي^(٤).

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:-

المطلب الأول: ماهية التكافؤ الوظيفي

المطلب الثاني: أهداف نهج التكافؤ الوظيفي

المطلب الأول

ماهية التكافؤ الوظيفي

يعد نهج التكافؤ الوظيفي مبدأً راسخاً في الصكوك القانونية الصادرة عن (الأونسيترال)، حيث تم تبني هذا النهج لأول مرة بشكل رسمي في قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، حيث أكد على ضرورة أن

(١) Yang, J.-H. (2019). Applicability of blockchain-based Bill of Lading under the Rotterdam Rules and UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records. Journal of Korea Trade, 23(6), P.122.

(٢) Hasanov, T. (2023). Functional equivalence: A comparative study under international law with reference to Azerbaijan. Faculty of Law, Baku State University, Department of English, P.30

(٣) طنطاوي، شادي رمضان إبراهيم. (2016). النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية (الطبعة الأولى). مركز الدراسات العربية، القاهرة، ص ٨٨.

(٤) Abdellatif, N.-P. (2020). An Ethereum bill of lading under the UNCITRAL MLETR. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 27(2), P.266.

تستوفي رسالة البيانات ذات الوظائف الأساسية التي يقتضيها الشكل الورقي، وذلك لضمان منحها ذات الحجية القانونية المقررة للمستندات الورقية^(٥).

كما دُرِج استخدام هذا النهج عقب ذلك في القواعد النموذجية والاتفاقية الصادرة عن الأونسيترال وذلك كالقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١، واتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية ٢٠٠٥، واتفاقية روتردام ٢٠٠٨، ومؤخرًا قانون الأونسيترال النموذجي للسجلات الإلكترونية القابلة للتحويل ٢٠١٧، وقد تم اعتماد هذا النهج في العديد من التشريعات المقارنة. وسوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول: الأصل القانوني لفكرة التكافؤ الوظيفي

الفرع الثاني: مفهوم التكافؤ الوظيفي

الفرع الأول

الأصل القانوني لفكرة التكافؤ الوظيفي.

كانت صعوبة استخدام الإنترنت في التجارة الدولية ناتجة بشكل أساسي عن عدم وضوح القواعد القانونية المنظمة، بالإضافة إلى ضعف آليات الإنفاذ التي لم تكن كافية لتنظيم الفضاء الإلكتروني بفعالية، وفي هذا السياق اتخذت الحكومات مبدأ التكافؤ الوظيفي كنقطة انطلاق لتنظيم الإنترنت، والذي يقوم على القاعدة الأساسية (ما ينطبق خارج الإنترنت، ينطبق أيضًا على الإنترنت)، وذلك بهدف تعزيز الامتثال للقوانين والمبادئ السلوكية في البيئة الرقمية بنفس المعايير المطبقة في الواقع المادي^(٦).

وقد لعبت الأمم المتحدة دورًا محوريًا في تشكيل المشهد القانوني الدولي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وإدراكًا منها للحاجة إلى مناهج مُنسقة للمعاملات الإلكترونية، سعت الأمم المتحدة جاهدةً إلى وضع قوانين نموذجية واتفاقيات

(٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). (قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. الأمم المتحدة، نيويورك، المواد ٥، ٦.

(٦) Kulehile, M. R. (2018). An analysis of the regulatory principles of functional equivalence and technology neutrality in the context of electronic signatures in the formation of electronic transactions in Lesotho and the SADC region, (Thesis Presented for the Degree of DOCTOR OF PHILOSOPHY in the Department of Private Law University of Cape Town), P.57.

ومبادئ توجيهية، تُعزز نهج التكافؤ الوظيفي وتُسهّل التجارة عبر الحدود^(٧).

وفي عام ١٩٩٣ قررت (الأونسيترال) في دورتها الخامسة والعشرين ضرورة مناقشة الجوانب القانونية لتبادل البيانات الإلكترونية، نظرًا لانتشاره الواسع واعتماده كواقع عملي، وركز الفريق العامل على تحليل الوظائف التي تؤديها النماذج الورقية ووسائل التخزين التقليدية، كما أدركت مجموعة العمل أهمية معالجة مفهوم «الكتابة» ليشمل تقنيات التبادل الإلكتروني للبيانات، بما يواكب التطورات الرقمية ويعزز الاعتراف القانوني بالمعاملات الإلكترونية^(٨).

وعقب ذلك قامت مجموعة عمل التبادل الإلكتروني للبيانات (EDI) بصياغة القواعد الموحدة المتعلقة بالجوانب القانونية للتبادل الإلكتروني للبيانات، حيث خضعت هذه الأحكام للمراجعة والنقاش من قبل اللجنة، مع تقديم العديد من الدول والمنظمات الدولية مقترحات وتعليقات لتعزيزها، وعقب مناقشات سبقتها العديد من المداولات تم تمرير القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، وهو أول إطار قانوني تتبناه الأونسيترال رسميًا يركز على نهج التكافؤ الوظيفي، مما شكل خطوة جوهرية في الاعتراف القانوني بالمعاملات الإلكترونية^(٩).

وقد أكدت قواعد الأونسيترال للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ على أن نهج التكافؤ الوظيفي يهدف إلى إزالة العوائق القانونية التي تعترض التجارة الإلكترونية، والتي تحول دون الاعتراف بالمستندات الإلكترونية كوسائل إثبات في المعاملات التجارية الدولية، وقد أدى ذلك إلى إعادة النظر في الاشتراطات القانونية التقليدية للإثبات، مثل ضرورة تقديم المستندات بصيغتها الورقية، واشتراط التوقيع اليدوي، مما فتح آفاقًا للتساؤل عن مدى إمكانية اعتماد الوسائل الإلكترونية ضمن إطار قانوني معترف به^(١٠).

وقد تم تطوير هذا النهج بهدف تمكين تنفيذ المعاملات الإلكترونية وفقًا للأطر القانونية القائمة، دون الحاجة إلى إلغاء جميع المتطلبات المرتبطة بالوسائل التقليدية أو المساس بالمفاهيم القانونية التي تستند إليها تلك المتطلبات^(١١). ولذلك اتجهت لجنة (الأونسيترال) إلى وضع إطار قانوني يهدف إلى منح المستندات

(٧) Hasanov, T. (2023). Op. Cit. P.31

(٨) Lyu, G., & Zhou, S. (2018). Functional-Equivalent Approach in UNCITRAL Electronic Commerce Legislation. In 2018 2nd International Conference on Management, Education and Social Science (ICMESS 2018). Atlantis Press, P.1542.

(٩) Lyu, G., & Zhou, S. (2018). Ibid. P.1542.

(١٠) جمعه، صفاء فتوح. (٢٠١٤). (العقد الإداري الإلكتروني. دار الفكر والقانون، المنصورة، ص ١١٢.

(١١) Yang, J.-H. (2019). Op. Cit. P.122

الإلكترونية ذات المركز القانوني الذي تتمتع به المستندات الورقية من الحجية والإثبات، وتحقيقاً لهذا الغرض ينبغي أن يكون المستند الإلكتروني معادلاً وظيفياً لنظيره الورقي، وذلك من خلال أدائه الوظائف الأساسية وقد أُطلق على هذا المبدأ قاعدة التكافؤ الوظيفي^(١٢).

الفرع الثاني

مفهوم التكافؤ الوظيفي

لمبدأ التكافؤ في تنظيم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات دلالات أساسية، وذلك مثل إخضاع الإنترنت للقانون كالمعاملات التقليدية، مما يضمن الامتثال للأنظمة والتشريعات، وكمنهجية لوضع القواعد القانونية الإلكترونية، فهو بمثابة إطار استرشادي يساعد في سن التشريعات التي تحكم البيئة الإلكترونية، مما يضمن انسجامها مع القوانين التقليدية ويعزز مواعمتها مع التطورات وذلك من خلال الاستناد إلى القواعد المطبقة خارج الإنترنت^(١٣).

أما بالنسبة لتحديد مفهوم التكافؤ الوظيفي فقد عرف البعض نهج التكافؤ الوظيفي بأنه «طريقة قانونية مؤقتة بطبيعتها لربط البيئة الإلكترونية بالقانون التقليدي»^(١٤). وعرفه البعض بأنه «المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل التقليدي في الحجية وفي قوة الدليل المستمد منها، طالما استطاعت أن تؤدي الوظيفة، أو المهمة التي يتطلبها المشرع، وهي تمييز شخص مصدرها، وتحديد هويته، وأن يتم تدوينها وحفظها بطريقة أو في ظروف جديرة بالحفاظ على قوامها من التحريف أو التعديل»^(١٥).

كما عرفه البعض بأنه «المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطية في الحجية والقوة الثبوتية، وعدم التفرقة بينهما بسبب طبيعة الدعامات المثبتة عليها، فسواء أكانت مثبتة على دعامات ورقية مادية، أو دعامات إلكترونية غير مادية وغير ملموسة، ومتى استوفت شروطها المتطلبة قانوناً، عُدت على قدم المساواة أدلة كتابية كاملة الحجية في الإثبات، وأمكن للقاضي الاستناد إليها في الفصل في المنازعات المعروضة عليه»^(١٦).

(١٢) جمعه، صفاء فتوح. (٢٠١٤). مرجع سابق، ص ١١٢.

(١٣) Kulehile, M. R. (2018). Op. Cit. P.58.

(١٤) Lyu, G., & Zhou, S. (2018).. Op. Cit. P.1545.

(١٥) عبد الحميد، ثروت. (٢٠٠٧). التوقيع الإلكتروني. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٧٧-١٧٨.

(١٦) Necheneche, M. (2018). The Principle of Functional Equivalence between Electronic Writing and Traditional Writing in Evidence. (A Comparative Study in Algerian and French Law). DIRASAT: SHARI'A AND LAW SCIENCES,

وعرفه البعض الآخر بأنه» المعايير التي يمكن بموجبها اعتبار الخطابات الإلكترونية مكافئة للخطابات الورقية وبيبين المبدأ بشكل خص المتطلبات المحددة التي ينبغي أن تتوفر الخطابات الإلكترونية لكي تحقق ذات المقاصد والوظائف التي تسعى إلى بلوغها بعض المفاهيم المعمول بها في النظام الوقي التقليدي من قبلي المستندات المكتوبة والأصلية والموقعة والمسجلة»^(١٧).

وبالنظر إلى التعريف الأول نجد أنه تناول مفهوم التكافؤ الوظيفي من منظور قانوني بحت، دون إيلاء أي اهتمام للأهداف الجوهرية لهذا النهج، والمتمثلة في تحقيق الوظائف الأساسية التي يؤديها الشكل الورقي. أما التعريف الثاني، فقد اعتبر أن التكافؤ الوظيفي يتمثل في المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، وهو ما قد يؤدي إلى اللبس، إذ لا يُقصد من هذا النهج إقرار المساواة المطلقة بين الشكل التقليدي والإلكتروني، وإنما ضمان تحقيق الأهداف الوظيفية نفسها في بيئة إلكترونية، كما أنه حصر مفهوم التكافؤ الوظيفي في الكتابة فقط، متجاهلاً وجود أنماط متعددة للمعاملات الورقية

أما التعريف الثالث والرابع، فإنه يواجه ذات الانتقادات التي وُجّهت إلى التعريف الثاني، نظرًا لكونهما يثيران إشكاليات مشابهة، كما أنهما قصرا استخدام نهج التكافؤ الوظيفي في الكتابة الإلكترونية.

والحقيقة أن فكرة التكافؤ الوظيفي تعمل على تطويع القواعد القانونية القائمة بما تحتويه من مفاهيم ووسائل تقليدية موجودة في بيئة مادية، للتطبيق على المفاهيم التكنولوجية الحديثة، والموجودة في بيئة افتراضية، وليس لها وجود مادي

كما يهدف هذا النهج إلى القضاء على أي اختلاف أو تباين في المعالجة القانونية بين الوسائل التقليدية والوسائل الإلكترونية، مما يعزز التكامل بين الأنظمة القانونية والتقنيات الحديثة^(١٨).

ويمكن تعريف التكافؤ الوظيفي بأنه: تحليل الوظائف والأهداف التي تؤديها عناصر المعاملات الورقية والعمل على تحقيقها في بيئة إلكتروني متى كان ذلك متاح. وهذا التعريف يعتمد بشكل أساسي على الأهداف التي يحققها المبدأ القانوني الهام في المعاملات الإلكترونية

ووفقاً لمفهوم التكافؤ الوظيفي بين البيئتين الورقية والإلكترونية، ينبغي

45(4).94.

(١٧) عيساني، طه، عبد الله، فوزية. (٢٠٢٣). الأحكام التي أقرتها قوانين الأونسيرال النموذجية لتنظيم المعاملات الإلكترونية. مجلة الحقوق والعلوم السياسية، 10(1)، 223-208، ص218.

(١٨) فواتية، حبارة. (٢٠١٠). المحررات الإلكترونية في ظل مبدأ التعادل الوظيفي (أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن)، ص ٢٧.

عند صياغة أو تعديل القواعد مراعاة مدى فاعلية النظرير الإلكتروني، فإذا أدت التعديلات إلى جعلها أكثر تعقيداً أو أقل كفاءة مقارنةً بنظيراتها التقليدية فلن يتحقق التكافؤ الوظيفي المطلوب، وبناءً على ذلك يتعين تقييم مدى الحاجة إلى القاعدة الجديدة، وما إذا كانت المصالح التي تحميها القواعد الحالية معرضة للخطر عند استخدام الوسيلة التكنولوجية الجديدة من عدمه^(١٩).

المطلب الثاني أهداف نهج التكافؤ الوظيفي

تناول قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ بالمناقشة بعض القضايا الرئيسية المتعلقة بالمتطلبات القانونية لتكنولوجيا تبادل البيانات الإلكترونية، بما في ذلك الاعتراف القانوني برسائل البيانات والتوقيع الإلكتروني، ومستندات الملكية الإلكترونية القابلة للتحويل، وقد انتهى إلى أنه لا يمكن الاعتماد على تبادل البيانات الإلكترونية في حد ذاته في توفير الحماية والاعتراف القانوني لهذه الوسائل^(٢٠).

كما أقرت لجنة (الأونسيترال) خلال المناقشات بأن الهدف الذي تسعى لتحقيقه هو منح الدول مكنة تكييف تشريعاتها المحلية القائمة مع التطورات التقنية التي تستخدم في التجارة الدولية، ودون المساس بالتنظيم القائم للاشتراطات الورقية، وما يحتويه من مفاهيم ومناهج، بيد أنها في ذات الوقت رأت أن هناك فروقاً جوهرية بين الوسائل الورقية والإلكترونية، مما استدعى البحث عن مدى امكانية مد نطاق المفاهيم والاشتراطات الورقية كالكتابة والتوقيع والأصل حتى تشمل المستندات التقنية المستخدمة في التجارة الدولية^(٢١).

وسوف نتناول هذا المطلب من خلال فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول: تحقيق وظائف وأهداف الشكل الورقي

الفرع الثاني: دعم اليقين القانوني للمعاملات الإلكترونية

(١٩) Veerpalu, A. (2019). Functional equivalence: An exploration through shortcomings to solutions. Baltic Journal of Law & Politics, 12(2), 134-162.P.154.

(٢٠) Storhaug, A. T. (2018). Electronic Bills of Lading: A legal study of the development of eB/Ls. (Master's thesis, The University of Bergen, Norwegian). P.39.

(٢١) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). (المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. الأمم المتحدة، نيويورك، الفقرة ١٥، ص ٢٠.

الفرع الاول

تحقيق وظائف وأهداف الشكل الورقي

اعتمدت الأونسيترال نهجاً تحليلياً لفهم الاختلافات بين الوسائل التقليدية والإلكترونية، حيث قامت بتحليل عميق للوظائف التي تؤديها المتطلبات التقليدية مثل (الكتابة، التوقيع، الأصل، الإرسال، والإيصال)، ثم بحثت كيفية تحقيق الوظيفة ذاتها في البيئة الإلكترونية، وقد عملت بشكل خاص على تحقيق التوازن بين التكيف مع التطورات التكنولوجية وضمان استمرارية المبادئ القانونية⁽²²⁾.

ويهدف هذا النهج إلى منح الوثائق الإلكترونية ذات الحجية القانونية التي تتمتع بها نظيراتها الورقية، مما يساهم في تسهيل وإضفاء الشرعية على المعاملات الإلكترونية، وتكرس المواد ٦- ٨ من قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ نهج التكافؤ الوظيفي لمعالجة ثلاث قضايا رئيسية في المعاملات الإلكترونية، وهي:-

١- الكتابة: حيث يعترف بالمستندات الإلكترونية باعتبارها مكافئة قانونياً للمستندات الورقية، شريطة أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والوصول إليها عند الحاجة

٢- التوقيع: حيث تم إضفاء الصفة القانونية على التوقيعات الإلكترونية، شريطة أن تتيح تحديد هوية الموقع وتُعبّر عن موافقته على محتوى المستند

٣- الأصل: حيث اعتبر المستند الإلكتروني أصلياً إذا أمكن التحقق من سلامته وإثبات مصدره بوضوح.

وقد أسهم هذا الإطار القانوني في تعزيز موثوقية المعاملات الإلكترونية على الصعيدين الوطني والدولي، ممهداً الطريق أمام تطورات تشريعية تدعم الاقتصاد الرقمي وتُرسخ مبدأ الاعتراف القانوني بالوثائق الإلكترونية. وهو ما أكدته المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الإلكترونية ١٩٩٦، على أن فكرة التعادل الوظيفي تكمن في تحليل وظائف المستندات الورقية بغية العمل على تحقيق ذات الوظائف في التجارة الإلكترونية^(٢٣).

ورغم أهمية هذا النهج يواجه تطبيقه العديد من التحديات والصعوبات أبرزها التحقق من الهوية والأمان⁽²⁴⁾. كما أنه لا يمكن اعتبار رسالة البيانات في

(٢٢) Veerpalu, A. (2019). Op. Cit. P.140

(٢٣) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ١٥، ص ٢٠.

(٢٤) Veerpalu, A. (2019). Op. Cit. P.140.

حد ذاتها نظيرًا وظيفيًا للمستند الورقي، كذلك لا يقوم نهج التكافؤ الوظيفي على اعتبار الشكل الإلكتروني في حد ذاته نظير وظيفي للشكل الورقي ذلك أن هناك اختلاف جوهري في طبيعة كلاً منهما^(٢٥). ومع ذلك يبقى نهج التكافؤ الوظيفي ركيزة أساسية لضمان مرونة التشريعات في مواكبة التطورات التكنولوجية^(٢٦).

والحقيقة أن هذا النهج يقوم على تحقيق الوظائف الأساسية لاشتراطات الشكل الورقي وذلك بغية تحقيق اعتراف قانوني بالمكافئ الإلكتروني مماثل ذات الاعتراف الثابت للمكافئ الورقي، متى توافرت ذات البيانات والوظائف في المكافئ الإلكتروني، وتتصرف قاعدة التكافؤ الوظيفي إلى كلا من الكتابة والتوقيع والسيطرة والحفظ والاسترجاع، وهم جوهر السجل الإلكتروني. فبكل بساطة يؤدي المكافئ الورقي للمستند الإلكتروني عدة وظائف منها أن يكون المستند مقروء للجميع، مع إمكانية حفظه في صورته التي أنشأ عليها، وإمكانية توقيعه، وإمكانية تداول المستند أمام السلطات العامة والجهات القضائية^(٢٧).

ويلعب نهج التكافؤ الوظيفي دورًا رئيسيًا في إعادة انتاج ذات الوظائف في المكافئ الإلكتروني، فيجب أن يكون السجل الإلكتروني قابلاً للقراءة، كذلك يجب حفظ السجل الإلكتروني بشكل يتيح مكنة استرجاعه في أي وقت، ويكفل تحقيق الأمان من التلاعب أو الإتلاف، وفي حالة توقيعه إلكترونياً يجب أن يكون محددًا لهوية مصدره^(٢٨).

وتتحقق الوظائف السابق الإشارة إليها في المكافئ الإلكتروني، عبر تقنيات إلكترونية تضمن إمكانية القراءة، والحفظ والاسترجاع، والتوقيع الإلكتروني، بما يكفل معاملتها وفقًا لذات القواعد المطبقة على النظير الورقي، وبسط الاعتراف القانوني بها^(٢٩). وبما يكفل تطويع النظام القانوني التقليدي ليتوافق مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة^(٣٠).

كما استخدمت التشريعات المقارنة نهج المكافئ الوظيفي في التعبير عن

(٢٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرتين ١٧، ١٨، ص ٢٠.

(٢٦) Veerpalu, A. (2019). Op. Cit. P.140.

(٢٧) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ١٥، ص ٢٠.

(٢٨) الهويريني. عبد الله علي محمد & محمد عبد الرحمن، هدى. (٢٠٢٤). حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية في العقود الإدارية في النظام السعودي-دراسة مقارنة. مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف-دقهلية، ٢٩(٤)، ٤٠٢٩-٤١٢٢. ص ٤٠٩٨.

(٢٩) رحمان، يوسف. (٢٠١٧). مبدأ النظير الوظيفي بين المحرر التقليدي والموجود على الدعامات الإلكترونية في القانون المقارن. مجلة القانون والعلوم السياسية، ٣(١)، ٣٩٩-٤١٨. ص ٤٠١.

(٣٠) جمهورية العراق. (٢٠١٢). قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢. الوقائع العراقية، العدد ٤٢٦٠ في ٢٠١٢/١١/١٢.

العرض وقبوله في نطاق تكوين العقد الإلكتروني، حيث اعترف بصحته وقابلية التعويل عليه كعقد مُبرم باستخدام رسالة بيانات^(٣١). وقد أخذت بذلك محكمة استئناف ولاية تكساس بالولايات المتحدة الأمريكية، الدائرة الأولى في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ٢٠١٧ في القضية رقم (01-16-00006-CV) حيث تخلص وقائع القضية في اتفاق شفهي بين مستثمر ورئيس إحدى الشركات بشأن سداد أموال مستثمرة، وأكد المستثمر تفاصيل هذا الاتفاق عبر البريد الإلكتروني، ورد رئيس الشركة عليه بالبريد الإلكتروني بعبارة «نحن على اتفاق»، دون إدراج اسمه في نص الرسالة، لكنه ظهر في الخانة المعنونة بـ(من) «From» وبعد إخلال رئيس الشركة بالسداد، رفع المستثمر دعوى تتعلق بالاحتيال والإخلال بالعقد

وقضت المحكمة الابتدائية جزئياً لصالح رئيس الشركة، فاستأنف المستثمر الحكم، واستندت محكمة الاستئناف إلى قانون مكافحة الاحتيال في تكساس، الذي يشترط توقيع المدين لإنفاذ الوعد بالسداد، واعتبرت المحكمة قانون تكساس الموحد للمعاملات الإلكترونية (UETA) المرجع القانوني المناسب، مؤكدة أن خانة «From» في البريد الإلكتروني تمثل توقيعاً إلكترونياً، حيث تؤدي وظيفة مماثلة لخانة التوقيع في المستندات التقليدية. وبناءً على ذلك، خلصت المحكمة إلى أن رد رئيس الشركة عبر البريد الإلكتروني يُعد توقيعاً وملزم قانوناً، مما يجعل الالتزام قانونياً وناظراً

وتعكس هذه القضية تطور الأنظمة القضائية في التعامل مع المعاملات الإلكترونية، خاصة وأن المحكمة أقرت حجية رسالة البيانات ومضمون البيانات الواردة بها، وقد استندت المحكمة في حكمها إلى نهج التكافؤ الوظيفي، حيث اعتبرت المحكمة أن بيانات البريد الإلكتروني، يمكن أن تكون مكافئ وظيفي للتوقيع التقليدي إذا كانت تحدد هوية الشخص وتعكس نية صاحبها في الالتزام.

ونلاحظ أن هذا الحكم يعد تطبيقاً صحيحاً للاعتراف بالخطابات الإلكترونية في إبرام الاتفاقيات التجارية، كما يتسق والتشريعات المعنية، حيث طبقت المحكمة قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي الموحد والذي يُعد تجسيداً لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ وبما يعزز من توحيد القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، كما أن المحكمة اعتنقت مفهوماً موسعاً للتوقيع الإلكتروني معتمدة في ذلك على نهج التكافؤ الوظيفي لتحديد هوية الشخص، وانصراف نيته للالتزام بمضمون الرسالة

بيد أن هذا الحكم قد يثير العديد من الإشكاليات، والتي تدور حول إساءة استخدام رسائل البريد الإلكتروني، أو الاحتيال الإلكتروني، وذلك في ظل اعتراف المحكمة بعبارة «From» كتوقيع إلكتروني، وهو ما يدعو إلى ضرورة توخي

(٣١) Hasanov, T. (2023). Op. Cit. P.32.

الحذر عند استخدام البريد الإلكتروني، ولذلك تؤكد الأونسيرال على ضرورة خضوع التوقيع الإلكتروني لسيطرة الموقع بما يضمن الحيلولة دون الاستخدام الغير قانوني والتوصل من الالتزامات.

الفرع الثاني

دعم اليقين القانوني للمعاملات الإلكترونية

يضطلع مبدأ التكافؤ الوظيفي بدور جوهري في تعزيز نمو التجارة الإلكترونية وتطورها على المستوى العالمي، وتسعى الأنظمة القانونية في مختلف دول العالم إلى ضمان خضوع المعاملات الإلكترونية لذات الحقوق والالتزامات والآثار القانونية التي تخضع لها المعاملات التقليدية، ويعمل هذا النهج إلى إزالة جوانب الغموض والتناقضات وتعزيز الثقة والمصادقية والاتساق في التعاملات الإلكترونية، كما يمكّن هذا المبدأ الأطر القانونية من التطور لمواجهة التحديات الفريدة التي تفرضها طبيعة المعاملات الإلكترونية^(٣٢).

ويعزز نهج التكافؤ الوظيفي تنظيم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لا سيما في قانون العقود، حيث يعمل على توحيد القواعد القانونية المطبقة على الأنشطة الإلكترونية، مما يحد من التعقيد والتخوف الذي قد ينتاب المستخدمين، فوجود أنظمة قانونية متباينة قد يؤدي إلى صعوبات في الامتثال، ويزيد من النزاعات القانونية، ويعمل نهج التكافؤ الوظيفي على تكامل الأنشطة الرقمية ضمن الإطار القانوني القائم، دون الحاجة إلى تغيير جوهري في آليات التعامل، مما يسهم في استقرار البيئة القانونية وتعزيز فعاليتها^(٣٣).

وقد تعرض التكافؤ الوظيفي للنقد، فذهب البعض إلى أن نهج التكافؤ الوظيفي غير كافٍ لمعالجة المخاوف التنظيمية المتعلقة بالتقنيات المستحدثة، وقد يلحق الضرر بالابتكار الذي تُقدمه هذه التقنيات، علاوةً على أنه يحتاج إلى أن يُنفذ ليس فقط من قبل المشرعين، بل أيضاً من قبل المحاكم والهيئات التنظيمية المسؤولة، والتي غالباً ما تكون غير مهيأة للقيام بذلك، وأخيراً فإن هذا النهج يُمثل حماية للوضع الراهن^(٣٤).

كما يرى البعض أن نهج التكافؤ الوظيفي ليس الحل الأمثل، إذ تتسم المستحدثات التكنولوجية بأبعاد تتجاوز وظائفها، مثل بنيتها وأساليب تطورها، كما أن القواعد التقليدية قد تتطوي على افتراضات غير معلنة قد لا تتماشى مع البيئة الإلكترونية، ويستدل على ذلك بأن التوقيع اليدوي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بصاحبه

(٣٢) Hasanov, T. (2023). Op. Cit. P.31.

(٣٣) Kulehile, M. R. (2018). Op. Cit. P.62.

(٣٤) Veerpalu, A. (2019). Op. Cit. P.147.

ويتطلب حضوره الفعلي، بينما يعتمد التوقيع الإلكتروني على سرية المفتاح الخاص، مما يجعله أقل ارتباطاً بالموقع، إذ يمكن إدراجه إلكترونياً دون الحاجة إلى التواجد الشخصي^(٣٥).

ويمكن الرد على ذلك بأن هذا النهج يُعتمد كإطار لتحديد آلية تطبيق القواعد القانونية، والتي وُضعت في سياق المعاملات التقليدية، ضمن البيئة الرقمية، وبما يعزز مبدأ القواعد القانونية القائمة بدلاً عن إنشاء قواعد قانونية مخصصة، وأن الاعتماد على التكافؤ الوظيفي يعكس نهجاً خاصاً في استجابة القانون للتطورات التكنولوجية، ولا ننكر أن التوسع المتسارع في التجارة الرقمية والاعتماد المتزايد على الأتمتة في إبرام العقود واللذان قد يشكلان تحدياً كبيراً لهذا المبدأ^(٣٦).

بيد أن مبدأ التكافؤ الوظيفي قد أثبت فعالية بشكل معقول، وذلك في توسيع نطاق القواعد القانونية الحالية ليشمل استخدام تكنولوجيات الاتصالات الإلكترونية، إلا أنه يظل محل تساؤل عن مدى قدرته على الاستمرار في تحقيق ذات الفعالية في عصر العقود الخوارزمية التي تعتمد على تقنيات الذكاء الاصطناعي^(٣٧).

والحقيقة القائمة حتى الآن هي أن نهج التكافؤ الوظيفي يمنح الوسائل الإلكترونية صلاحية قانونية كاملة، مما يجعلها تؤدي ذات الدور الذي يقوم به الوسائل التقليدية، ويرى بعض المختصين أن الوسائل الورقية قد تتلاشى مستقبلاً، خاصةً في ظل التطور التكنولوجي المتسارع واعتماد تقنيات معالجة البيانات الإلكترونية^(٣٨).

وأخيراً فإن نهج التكافؤ الوظيفي يدعم الإعراف بنفس التأثير القانوني للمكافئ الورقي على المكافئ الإلكتروني، وذلك مشروطاً بإمكان المكافئ الورقي أن يحقق تقنياً الغرض الأساسي والوظيفي للمكافئ الورقي على الرغم من وجود اختلافات جوهرية بينهما^(٣٩).

(٣٥) Kulehile, M. R. (2018). Op. Cit. P.66.

(٣٦) Twigg-Flesner, C. (2024). Contract automation—is functional equivalence enough? In M. S. Barrera & M. Torsello (Eds.), Routledge handbook on transnational commercial law (pp. 474–489). Routledge.P.1.

(٣٧) Twigg-Flesner, C. (2024). Ibid.P.2.

(٣٨) حجازي، عبدالفتاح بيومي. (٢٠٠٤). التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٢٠٠.

(٣٩) Yang, J.-H. (2019). Op. Cit. P.122.

المبحث الأول أثر نهج التكافؤ الوظيفي في تطوير القوانين لمواكبة المستجدات التقنية

في ظل التطور التكنولوجي المتسارع، برزت العديد من المصطلحات الجديدة التي لم تكن متداولة في السابق، مثل الكتابة الإلكترونية، والمستند الإلكتروني، والسجل الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني، والسيطرة الإلكترونية، والحفظ الإلكتروني، ولم تكن القوانين المحلية على دراية بكيفية المعالجة القانونية لهذه المفاهيم، مما دفع لجنة الأونسيترال إلى اتخاذ خطوات جادة نحو تنظيم وسائل الإثبات الإلكترونية

وقد ضاع قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦ إطاراً قانونياً للاعتراف بالوسائل الإلكترونية وحجيتها القانونية، واعتبارها دليلاً كاملاً في الإثبات، والمساواة بينها وبين الوسائل التقليدية، بحيث يتمتع كل منهما بذات القوة القانونية والقدرة على الإثبات، شريطة استيفاء المكافئ الإلكتروني لمتطلبات قانونية لضمان الموثوقية والسلامة^(٤٠).

ويُعدّ نهج التكافؤ الوظيفي من المبادئ الأساسية التي ساهمت في دعم التجارة الإلكترونية وتطورها على المستوى الدولي، إذ تسعى الأنظمة القانونية في مختلف الدول إلى إرساء إطار قانوني يضمن خضوع المعاملات الإلكترونية للحقوق والالتزامات ذاتها التي تسري على المعاملات التقليدية، بما يعزز مبدأ المساواة في المعاملة القانونية بين الوسيط الورقي والوسيط الإلكتروني^(٤١).

وسوف نقسم هذه المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:-

المطلب الأول: أثر التكافؤ الوظيفي على تعزيز البيئة الرقمية.

المطلب الثاني: دور نهج التكافؤ الوظيفي في إرساء فكرة السيطرة الإلكترونية.

(٤٠) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، المواد ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠.

(٤١) Hasanov, T. (2023). Op. Cit.P.31.

المطلب الأول

أثر التكافؤ الوظيفي على تعزيز البيئة الرقمية

يوفر قانون الأونسيترال القانون للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦، وقانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ دليلان إرشاديان في القانون الإلكتروني، معتمدان بشكل أساسي على مبدأ التكافؤ الوظيفي، قائمان منذ ذلك التاريخ وحتى وقتنا الحالي، ملموسان في التشريعات القانونية المتخصصة، ولا يزالان يوفران إطاراً إرشادياً دولياً فعالاً، حيث يواصلان التأثير في التشريعات الوطنية كما أنهما المرجع الرئيسي للعديد من الدول في صياغة تشريعاتهما الخاصة بالقانون الإلكتروني

ويسهم هذا المبدأ في إزالة مظاهر الغموض والتباين التي قد تشوب البيئة الرقمية، كما يعمل على ترسيخ الثقة والمصادقية والاتساق في العلاقات التعاقدية الإلكترونية، ويُتيح في الوقت ذاته للأطر القانونية قابلية التكيف لمواجهة التحديات المستجدة التي تفرضها طبيعة المعاملات الإلكترونية^(٤٢).

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:-

الفرع الأول: دور نهج التكافؤ الوظيفي في الكتابة الإلكترونية.

الفرع الثاني: دور نهج التكافؤ الوظيفي في التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول

دور نهج التكافؤ الوظيفي في الكتابة الإلكترونية

كانت الكتابة الإلكترونية قديماً تحتل المرتبة الثانية بعد الشهادة، وذلك نظراً لندرة استخدامها نتيجة انتشار الأمية آنذاك ومع مرور الوقت تطورت الكتابة لتصبح إحدى أقوى وسائل الإثبات، حيث وُصفت بأنها دليل ذو قوة مطلقة في الإثبات^(٤٣).

وذلك لأن الكتابة حققت تطلعات الأفراد في الحفاظ على الحقوق والالتزامات، بما تملكه من وظائف تكفل تحقيق ذلك، وذلك مثل وجوب أن تكون الكتابة الإلكترونية واضحة، ومفهومة، وقابلة للقراءة، وأن تتسم بالاستمرارية، بالإضافة إلى ضرورة حفظها في شكلها النهائي، دون تعديل أو إتلاف. وعلى الرغم من وضوح فكرة وظائف الكتابة التقليدية، بيد أنه كان من الصعب تحقيق هذه

(٤٢) Hasanov, T. (2023). Op. Cit.P.31.

(٤٣) السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). الوسيط في شرح القانون المدني، (الإثبات-آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية، ص ٩٢.

الوظائف والأهداف في بيئة رقمية، ولذلك تم إيلاء اعتبار خاص للوظائف والمهام الأساسية التي تؤديها الكتابة التقليدية، وإعادة انتاجها في شكل إلكتروني مستعيناً في ذلك بنهج التكافؤ الوظيفي^(٤٤).

وعملياً توفر رسالة البيانات ذات المستوى الآمن وذات درجات الموثوقية

والسرعة، وذات الوظائف التي يوفرها المستند الورقي، وذلك متى توافرت الاشتراطات الفنية والقانونية، بيد أن عوامل الأمان التي يُبتَغى تحقيقها في المستندات الإلكترونية لا ينبغي أن تتجاوز ما يفرض في بيئة التعامل الورقية^(٤٥).

ويعكس نص المادة (٦) من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ تجسيد نهج التكافؤ الوظيفي في الكتابة الإلكترونية والتي نصت على «(١) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفى رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها، على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً. (٢) تسري أحكام الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام، أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة»

ويشير النص سالف الذكر إلى ضرورة أن تؤدي الكتابة الإلكترونية الوظائف الأساسية للكتابة التقليدية، ولم يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة في شكل معين، كما لم يشترط استخدام وسيط محدد، بل اشترط أن يتاح الاطلاع على البيانات واستخدامها لاحقاً عند الحاجة لذلك، كما أشار إلى أن الاعتراف برسالة البيانات لا يقتصر على الحالات التي يكون فيها اشتراط الكتابة إلزامياً، بل يمتد أيضاً إلى الحالة التي يكون فيها عدم توافر الكتابة يترتب أثر قانوني معين

كما يعكس نص المادة ٦ سالف الذكر تأثير نهج التكافؤ الوظيفي على تطور القوانين لمواكبة التكنولوجيا الحديثة، حيث أصبح بالإمكان اعتماد المستندات الإلكترونية كوسيلة قانونية للوفاء بمتطلبات الكتابة، وقد استخدمت الكتابة الإلكترونية في العديد من التطبيقات القانونية مثل العقود الإلكترونية، والتي يتم إبرامها عبر البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية، والتي تتمتع بنفس القوة القانونية التي تتمتع بها العقود في البيئة الورقية

وبناءً عليه يؤدي نهج التكافؤ الوظيفي درواً رئيسياً في الكتابة الإلكترونية قائماً على تلبية الوظائف الأساسية للكتابة التقليدية، وينعكس أثر نهج التكافؤ الوظيفي على الكتابة الإلكترونية من خلال تحقيق عدة متطلبات تكمن فيما يلي:-

(٤٤) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). (المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ٤٨، ص ٣٤.

(٤٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). (المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ١٥، ص ٢٠.

أولاً: إمكانية الوصول إلى المعلومات والاطلاع عليها وقت الحاجة إلى ذلك عبر تقنيات إلكترونية تضمن تحقيق ذلك^(٤٦). فإذا استطاعت رسالة البيانات تحقيق هذه الوظيفة، فستكون بمثابة المكافئ الوظيفي للورق، ولذلك فإن الشرط القانوني لصحة رسالة البيانات يكمن فيما إذا كانت رسالة البيانات تؤدي وظيفة إمكانية الوصول إلى المعلومات الواردة فيها لاستخدامها للرجوع إليها لاحقاً من عدمه^(٤٧).

ثانياً: الاستمرارية، وذلك من خلال إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بطريقة تضمن سهولة الرجوع إليها عند الحاجة، مما يكفل الحفاظ على محتواها دون تغيير أو فقدان، ويعزز موثوقيتها كوسيلة إثبات قانونية^(٤٨).

ثالثاً: ضمان الحفاظ على الكتابة الإلكترونية في شكلها النهائي، دون احتمال تعرضها للتلاعب أو التعديل، وفي حال إجراء أي تعديل، ينبغي أن تتوفر مؤشرات واضحة تثبت وقوعه، مما يتيح كشفه بسهولة، ويعزز موثوقية الوثيقة وسلامتها من أي تحريف^(٤٩).

والحقيقة أن نهج التكافؤ الوظيفي يقوم على القضاء على أي تمييز بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، بحيث يتمتع كلا النوعين بذات المعاملة القانونية من حيث قابليتهما للنفاد بموجب أحكام القانون، وبشرط أن تؤدي الكتابة الإلكترونية الوظائف الأساسية التي تحققها الكتابة التقليدية، فإذا كانت الوثيقة الإلكترونية قادرة على أداء هذه الوظائف بكفاءة، فإنها تُعد معادلاً وظيفياً للكتابة التقليدية.

وقد استخدمت التشريعات المقارنة مسميات مختلفة مثل الكتابة الإلكترونية^(٥٠)،

(٤٦) رحمان، يوسف. (٢٠١٧). مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٤٧) Lyu, G., & Zhou, S. (2018). Functional-equivalent approach in UNCTRAL electronic commerce legislation. In 2018 2nd International Conference on Management, Education and Social Science (ICMESS 2018). Atlantis Press. P.1542

(٤٨) حسن أحمد، خالد. (٢٠١٦). الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون

(٤٩) حسن أحمد، خالد. (٢٠١٩). المستند الإلكتروني ووسائل إثباته وحمايته، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص ١٤٥،

(٥٠) جمهورية مصر العربية. (٢٠٠٤). قانون التوقيع الإلكتروني وتنظيم خدماته رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤،

د. أسامه محمد علي بيسيوني

رسالة البيانات^(٥١)، المستند الإلكتروني^(٥٢)، المحرر الإلكتروني^(٥٣)، السجل الإلكتروني^(٥٤).

وتجدر الإشارة إلى أن تباين التشريعات المقارنة في المصطلحات المستخدمة قد يثير اللبس والغموض، خاصة وأننا بصدد الحديث عن مصطلحات متعلقة بالتقنية، مستقاة عن قواعد قانونية نموذجية صادر عن لجنة دولية، يفترض فيها وحدة المفاهيم، لا سيما وأن هدفها الرئيسي تنسيق وتوحيد القواعد القانونية الدولية

وقد استحسننا تناول هذا الموضوع تحت مصطلح «الكتابة الإلكترونية» ذلك أن جميع المصطلحات المستخدمة في التشريعات المقارنة - من وجهة نظرنا المتواضعة - على الرغم من تباينها إلا أنها تجسد الفكرة الأساسية للكتابة الإلكترونية

الفرع الثاني

دور نهج التكافؤ الوظيفي في معالجة

إشكالية تقديم الأصل في البيئة الإلكترونية

تعتبر إشكالية تقديم الأصل الورقي أحد أهم العقبات التي واجهت التجارة الإلكترونية، ذلك أن بعض المستندات يعتبر الطابع الفريد للأصل محوراً أساسياً في قبولها، مثل المستندات القابلة للتداول، كما أن بعض المستندات الغير قابلة للتداول يعد استخدامها في شكلها الأصلي أمر ضروري لبث الثقة في المعلومات الواردة فيها^{٥٥}. بيد أنه من الصعب قبول فكرة الأصل المعول عليه في البيئة الورقية وتطبيقه في البيئة الإلكترونية، ذلك أن رسالة البيانات المرسله ما هي إلا نسخة وليست أصل^(٥٦).

وقد عالجت الأونسيترال إشكالية تقديم الأصل في البيئة الإلكترونية والتي

(٥١) المملكة الأردنية الهاشمية. (٢٠١٥). قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥، المادة ٢. الجريدة الرسمية، العدد ٥٣٦٠، بتاريخ ١٦ نيسان ٢٠١٥.

(٥٢) الإمارات العربية المتحدة. (٢٠٢١). المرسوم بقانون اتحادي رقم 46 لسنة 2021 بشأن المعاملات الإلكترونية وخدمات الثقة، المادة ١. الجريدة الرسمية، العدد ٧١٢، بتاريخ ٣٠ سبتمبر ٢٠٢١.

(٥٣) جمهورية مصر العربية. (٢٠٠٤). قانون التوقيع الإلكتروني وتنظيم خدماته رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. مرجع سابق، المادة ١/ب، حيث عرفه بأنه رسالة بيانات

(٥٤) المملكة العربية السعودية. (١٤٢٨). نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٨٠. المادة ١٣/١، جريدة أم القرى، العدد (٤١٤٢) ١٨ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ

(٥٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ٦٣، ص ٣٩.

(٥٦) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠٥). اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. الأمم المتحدة، نيويورك، الفقرة ١٦٦، ص ٥٦.

تتعارض تمامًا مع رسالة البيانات، والتوقيع الإلكتروني، والذاتان يسهل استنساخهما بدون عناء، ودون الكشف عن ذلك معتمدة في ذلك على نهج التكافؤ الوظيفي. فقامت بالبحث عن مطلب تقديم الأصل المكتوب في المعاملات التجارية باعتبار هذا المطلب قد يكون شرط لصحة التصرف أو شرطاً لنفاذه، وإعادة إنتاج هذا المطلب في بيئة إلكترونية، وهو إمكانية الوصول والقراءة^(٥٧).

وقد بحثت قوانين الأونسيترال النموذجي والاتفاقية هذه المعالجة، حيث عرفت الأصل بأنه « واسطة يتم بها تثبيت المعلومات للمرة الأولى »^(٥٨). كما تم تعريفه بأنه « الوسيلة التي وضعت عليها المعلومات أول مرة »^(٥٩).

وقد استعرض قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ في المادتين ٨، ٩ تحليل فكرة الأصل الورقي تمهيداً لوضع إطار قانوني، لها وتحقيق وظيفتها، وأهدافها، في البيئة الإلكترونية

حيث قررت المادة (٨) أنه « ١- عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط، إذا: (أ) وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات عند الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك، (ب) كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات ٢- تسري الفقرة (٢) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم تقديم البيانات أو عدم الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي. ٣- لأغراض الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (١): (أ) يكون معيار تقييم سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير وأي تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض، (ب) تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة»

وتضع المادة ٨ إطاراً قانونياً واضحاً لاستيفاء المطلب القانوني بتقديم الأصل الورقي ومعالجته في البيئة الإلكترونية، وذلك بهدف العمل على سد الفجوة بين الأنظمة القانونية التقليدية، والممارسات التجارية الحديثة المعتمدة على البيئة الإلكترونية، كما أنها تعزز من استخدام رسالة البيانات كوسيلة موثوقة للإثبات، حيث أكدت الأونسيترال على ضرورة أن يكون بيانات النظير الإلكتروني سليمة وقابلة للعرض

(٥٧) عيساني، طه، عبد الله، فوزية. (٢٠٢٣). مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٥٨) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (١٩٩٦). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. مرجع سابق، الفقرة ٦٢، ص ٣٩.

(٥٩) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠٥). اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. (مرجع سابق، الفقرة ١٦٦، ص ٥٦.

وتجسد المادة (٨) نهج التكافؤ الوظيفي لفكرة الأصل الورقي، والمعايير القانونية التي يجب مراعاتها حتى تكون رسالة البيانات مستوفيه وظيفياً للهدف المتطلب من تقديم الأصل في البيئة الورقية، وذلك لضمان حجيتها في الإثبات، كما تناولت المادة (١/٨) معالجة المكافئ الوظيفي لفكرة الأصل والتي يجب توافرها في رسالة البيانات، حيث اشترط أن تستوفي رسالة البيانات عدة متطلبات:-

● سلامة المعلومات:

يجب أن تكون رسالة البيانات تتمتع بالموثوقية بحيث تكفل سلامة المعلومات التي تحتويها وعدم تعرضها للتلاعب أو التعديل أو التغيير منذ إنشائها بصيغتها النهائية

● قابلية العرض:

يجب أن تكون المعلومات قابلة للعرض على الشخص المعني الذي يُفترض أن تُقدّم إليه، مما يضمن إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة إلى ذلك

وتشير المادة ٢/٨ على أن هذه القاعدة تسري في حالة إذا كان هناك التزام صريح بتقديم المعلومات في شكلها الأصلي، أو إذا كان القانون ينص فقط على العواقب القانونية لعدم تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها

كما أشارت المادة ٣/٨ إلى أن هناك معيارين يحتكم إليهما في تقييم سلامة المعلومات **المعيار الأول**: أن تكون المعلومات المدرجة في رسالة البيانات محفوظة كنشأتها الأولى، وأن تتصف هذه المعلومات بالثبات والديمومة، وذلك باستثناء التعديلات المسموح والمأذون بها، ومثال ذلك المعلومات التي يمكن إضافتها إلى سند الشحن الإلكتروني، كبيانات موقع السفن أو تفاصيل البضاعة، والتي تسهم في تعزيز دقة المستندات واعتماديتها، **المعيار الثاني**: أن يكون التعويل على رسالة البيانات بناءً على الغرض الذي أنشأت من أجله والظروف المحيطة برسالة البيانات.

كما أكدت الأونسيترال على اقضاء تطبيق قواعد الإثبات العامة والتي تشترط تقديم الأصل وعدم انسحابها على رسالة البيانات بشرط أن تكون أفضل دليل متاح بدرجة معقولة يمكن الحصول عليه، وذلك حيثما قررت المادة (١/٩) أن «١- في أية إجراءات قانونية لا يطبق حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل اثبات: (أ) لمجرد أنها رسالة بيانات. (ب) بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه»

ويؤكد النص الوارد في المادة ١/٩ على أحد المبادئ الأساسية في الإثبات القانوني الحديث، وهو عدم جواز انكار الحجية القانونية لرسالة البيانات كدليل اثبات لمجرد أنها لم تقدم في شكلها الأصلي، إلا أن ذلك مشروط باعتبارها أفضل دليل متاح بدرجة معقولة يمكن الحصول عليه

وقد اعتنقت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ ذات المبدأ، وذلك في نص المادة (٤/٩) والتي نصت على: «حيثما يشترط القانون إتاحة الخطاب أو العقد أو الاحتفاظ به في شكله الأصلي، أو ينص على عواقب لعدم وجود مستند أصلي، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي فيما يخص الخطاب الإلكتروني إذا: (أ) وجدت وسيلة موثوق بها تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه منذ الوقت الذي أنشئ فيه أولاً في شكله النهائي، كخطاب إلكتروني أو غير ذلك؛ (ب) وكانت المعلومات الواردة فيه، حيثما يشترط أن تكون متاحة، قابلة للعرض على الشخص الذي يتعين أن تتاح له»

وتجسد المادة (٤/٩) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ نهج التكافؤ الوظيفي لفكرة الأصل الورقي، وذلك لضمان النفاذ القانوني للخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وحجبتها في الإثبات، وذلك وفقاً لذات الشروط السابق الإشارة إليه فيما يتعلق بنص المادة ١/٨ من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ والمتعلقة بسلامة المعلومات وقابلية العرض ونحوه إليه منعا للتكرار.

وعلى أي حال فإن المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ أقرت بشكل صريح بأن نهج التكافؤ الوظيفي من بين المبادئ القانونية التي تقوم عليها الاتفاقية^(٦٠).

الفرع الثالث:

دور نهج التكافؤ الوظيفي في التوقيع الإلكتروني

يُعد التوقيع التقليدي متطلباً أساسياً في الأنظمة القانونية المتباينة لقبول صلاحية الوثائق في المعاملات، حيث يُستخدم للمصادقة على الوثائق وإثبات صحتها قانوناً، فمن الناحية العملية لا يُعترف بالوثائق التي تتضمن حقوقاً أو التزامات أمام المحكمة إلا إذا كانت موقعة من الأطراف المعنية^(٦١).

ويؤدي التوقيع التقليدي أربع وظائف رئيسية تتمثل في تحديد هوية الموقع، وإثبات موافقة الموقع على محتوى الوثيقة، والتأكيد على إدراك الموقع لمضمون الوثيقة والتزامه بها، وإثبات أصالة المستند^(٦٢). كما يمثل التوقيع الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية^(٦٣).

(٦٠) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠٥). مذكرة إيضاحية من أمانة الأونسيترال بشأن اتفاقية الأمم المتحدة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. الأمم المتحدة، نيويورك، البند ١٥٩ وما بعده، ص ٥٤.

(٦١) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠١). قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، الأمم المتحدة، نيويورك، البند ٩٣، ص ٥٢.

(٦٢) Mason, S. (2006). Electronic Signatures in Practice, J. High Tech. L., Vol. 6, P.159.

(٦٣) حجازي، عبدالفتاح بيومي. (٢٠٠٢). المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي،

والتوقيع الإلكتروني شأنه شأن التوقيع التقليدي يهدف إلى تحديد هوية الشخص الموقع، والتعبير عن موافقته الصريحة على محتوى الوثيقة، فضلاً عن إثبات إدراكه لمضمونها ونية التزامه بها، والتأكيد على أصالة المستند الموقع، كما يُعدّ أحد المتطلبات الأساسية التي يجب توافرها في الوثائق الإلكترونية باعتباره شرطاً قانونياً جوهرياً لقبول وصلاحيّة الوثيقة^(٦٤).

ويعكس نهج التكافؤ الوظيفي التركيز على الطريقة المستخدمة للتعبير عن الإرادة، حيث لا يتم التركيز على الشكل التقليدي للتوقيع، وإنما على الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة ومدى ملائمتها لطبيعة المعاملة، وبناءً على ذلك فإن استخدام رمز بسيط مثل "أوافق" يمكن أن يكون كافياً للتعبير عن الموافقة عند إبرام اتفاقيات شراء إلكترونية، دون الحاجة إلى التوقيع الرقمي في صورة صريحة، طالما أن الوسيلة المستخدمة تعبر بوضوح عن إرادة الأطراف^(٦٥).

كما يبرز نهج التكافؤ الوظيفي أهمية تحديد هوية الشخص في التوقيع الإلكتروني خاصة لتفادي الدفع بإنكار التوقيع أو تزويره أو إساءة الاستخدام، فيجب أن يكون التوقيع محدداً لهوية الشخص الموقع بشكل جازم، ويميزه عما سواه، ولذلك يتكون من عناصر فريدة، وسمات ذاتية بالموقع وحده، تتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو غير ذلك^(٦٦).

كما نجح التوقيع الإلكتروني في تحديد مصدر الوثيقة الموقعة إلكترونياً، بل وبشكل أفضل من التوقيع التقليدي، كما مكن المرسل إليه من التحقق من صحة الوثيقة، والكشف عن أي تعديل يطرأ عليها. ويتولى عملية التحقق والفحص طرف ثالث يصدر شهادة بذلك، بحيث يسمح هذا التحقق بالتأكيد على هوية الطرف الموقع، وكشف أي تغيير في المستند الإلكتروني بعد توقيعه^(٦٧).

وتتسم منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها عملية معقدة نظراً لخطورة المعلومات المستخدمة، وتتطلب هذه العملية اشتراطات تقنية، وموثوقية تساعد على تحديد هوية الشخص الموقع. ويتطلب ذلك أن يكون مالك التوقيع هو الشخص الوحيد الذي يستحوذ، ويهيمن على منظومة إصدار التوقيع الإلكتروني الخاصة به دون سواه، بحيث لا يمكن لأي شخص آخر غيره استخدام هذا التوقيع^(٦٨).

الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٨٦

Haileyesus, I. W. (2020). Appraisal of the Ethiopian legal environment in light of (٦٤) its compatibility for introduction of electronic bill of lading. Journal of International Trade, Logistics and Law, 6(1), P.77

(٦٥) Mason, S. (2006). Op. Cit. p153

(٦٦) عبد الحميد، ثروت. (٢٠٠٧). مرجع السابق، ص ٤٣، ٤٤.

(٦٧) Mason, S. (2006). Op. Cit. P.152.

(٦٨) حسين مطلق التميمي، علاء. (٢٠١٠). الأرشيف الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٨٤.

أما بالنسبة لكون التوقيع التقليدي يرتب ارتباط دائم بالوثيقة الورقية لا ينفصل عنها إلا بإتلافها. فقد اشترط تحقيق هذه الوظيفة بأن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطاً برسالة البيانات ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يمكن فصله عنها، وعدم حدوث تغييرات على الوثيقة الإلكترونية، وكشف أي تعديل لاحق على التوقيع^(٦٩).

وعملياً فقد أثبت التوقيع الإلكتروني فاعلية غير محدودة في كافة المعاملات المدنية والتجارية، وذلك مثل إبرام العقود والتصرّفات القانونية، والحكومية، والمعاملات المصرفية بكافة أنواعها.

وقد رسخت الأونسيترال مبدأ التكافؤ الوظيفي بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات التقليدية في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ في المادة (٧) التي قررت أن «١- عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا: (أ) استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، (ب) كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر. ٢- تسري الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود التوقيع».

كما اعتمدت الأونسيترال ذات النهج في قانونها النموذجي للتوقيع الإلكتروني ٢٠٠١، وذلك فيما تناولته المادة (٦) بوضع الشروط التي يجب أن يستوفيهما التوقيع الإلكتروني ليعتمد بوصفه نظيراً وظيفياً للتوقيع التقليدي، حيث نصت على «١- حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يُعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني يُعتمد عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أُبلغت من أجله رسالة البيانات، وذلك في ضوء جميع الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة. ٢- تنطبق الفقرة ١ سواء أكان الاشتراط المشار إليه فيها في شكل التزام أم كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع. ٣- يُعتبر التوقيع الإلكتروني قابلاً للتعويل عليه لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة ١ إذا: (أ) كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة، في السياق الذي تُستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص آخر. (ب) كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة، وقت التوقيع، لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر. (ج) كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يحدث بعد التوقيع قابلاً للاكتشاف. (د) إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها (٦٩) حسين مطلق التميمي، علاء. (٢٠١٠). حجية المستند الإلكتروني في الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٤٨، ١٤٧.

التوقيع، وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد التوقيع قابلاً للاكتشاف». ٤ - لا تحد الفقرة ٣ من قدرة أي شخص على: (أ) على القيام بأي طريقة أخرى بإثبات قابلية التعويل على التوقيع الإلكتروني لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة ١. أو (ب) على تقديم دليل على عدم قابلية التعويل على التوقيع الإلكتروني...»

ويؤكد نص المادة ٧ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦ ونص المادة ٦ من القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ٢٠٠١، سأل في الذكر اعتماد الأونسيتال لنهج التكافؤ الوظيفي في المعالجة القانونية للتوقيع الإلكتروني حيث أكدت على أنه يتمتع بالحجية القانونية ذاتها التي يتمتع بها نظيره التقليدي، شريطة أن يكون موثقاً به ويتناسب مع الغرض الذي وُضع من أجله، ويؤدي ذات الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي

كما يُضفي النصاب سأل في الذكر مرونة قانونية محسوبة، حيث يوفر أساس قانوني قوي يواكب التطورات الرقمية، مما يُسهم في دعم التجارة الإلكترونية والتحول الرقمي، وعلى اختلاف مستويات درجات الموثوقية، مما يتيح إطاراً ديناميكياً يتكيف مع التطورات التكنولوجية دون المساس بالأمن القانوني للمعاملات، ومن ثم يُعد هذا المبدأ ركيزة أساسية في دعم التحول الرقمي العالمي، وترسيخ الثقة في التجارة الإلكترونية والمعاملات الرقمية على المستويين الوطني والدولي

ويعكس النصاب سأل في الذكر تطوراً جوهرياً في المنظومة القانونية، إذ لم يعد التوقيع في حد ذاته مقتصرًا على الشكل التقليدي، بل أصبح جوهره يرتكز على تحقيق وظيفته والغاية القانونية منه في إثبات الهوية والتعبير عن الإرادة، حتى وإن اختلفت الوسيلة، وقد قررت الأونسيتال مجموعة اشتراطات فنية، وقانونية، مبنية على تحقيق التكافؤ الوظيفي بين التوقيع التقليدي والإلكتروني وتمثل فيما يلي:-

١- **التفرد في التوقيع الإلكتروني:** وهو لكون التوقيع اليدوي لا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا صدر عن صاحبه، كذلك يجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونية مرتبطة بالموقع دون غيره

٢- **السيطرة الحصرية على التوقيع الإلكتروني** وهو مكافئ وظيفي لكون التوقيع التقليدي شخصي لا يمكن لشخص آخر تحقيقه، كذلك يجب أن يستوفي ذلك في التوقيع الإلكتروني بأن يكون الموقع هو الوحيد الذي يتحكم في منظومة إنشاء التوقيع، مما يضمن عدم انتحال شخصيته أو إساءة استعماله.

٣- **سلامة التوقيع** وهو مكافئ وظيفي لإمكانية كشف أي تزوير أو تعديل على التوقيع التقليدي في المستندات الورقية، ويستوفي ذلك في التوقيع الإلكتروني

فيجب أن يكون أي تغيير أو تعديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للاكتشاف، وضمان سلامة المحتوى المرتبط به، فيجب أن يكون أي تعديل لاحق لهذا المحتوى قابلاً للاكتشاف.

ويعتبر قانون الأونسيتال القانون للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦، وقانون الأونسيتال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ دليلان ارشاديان في القانون الإلكتروني قائمان منذ ذلك التاريخ وحتى وقتنا الحالي، ملموسان في التشريعات القانونية المتخصصة، ولا يزالان يوفران إطاراً إرشادياً دولياً فعالاً، حيث يواصلان التأثير في التشريعات الوطنية كما أنهما المرجع الرئيسي للعديد من الدول في صياغة تشريعاتهما الخاصة بالقانون الإلكتروني

كما تأثرت الاتفاقيات الدولية بالمبادئ التي أقرتها الأونسيتال، حيث أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ أكدت على كفاية التوقيع الإلكتروني لتحقيق الوظيفة الإثباتية للتوقيع التقليدي بشرط أن يحدد هوية الشخص، ويظهر نيته في التوقيع، ويكون موثقاً^(٧٠).

كما اعتمدت التشريعات المقارنة القواعد التي أقرتها الأونسيتال فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني، وفي مقدمة هذه التشريعات المشرع المصري والذي وضع عدة شروط حتى يكون يعتد بالتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات، متأثراً في ذلك بنهج التعادل الوظيفي، حيث قررت المادة (١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني أنه «يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: (أ) ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره. (ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. (ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني»

كما تأثر المشرع العراقي بقوانين الأونسيتال النموذجية وذلك فيما قرره في المادة (٥) والتي نصت على «يحوز التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتدلاً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية : أولاً: أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانياً: أن يكون الوسيط الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. ثالثاً: أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للكشف»

(٧٠) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيتال). (٢٠٠٥). اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية. مرجع سابق، المادة ٩.

كما أن المشرع السعودي اعتمد ذات النهج في نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ 8/3/1428هـ حيث نصت المادة (14/1) على “إذا اشترط وجود توقيع خطي على مستند أو عقد أو نحوه، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقاً لهذا النظام يعد مستوفياً لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار النظامية نفسها”

وقد قرر المشرع الفرنسي ذات النهج وذلك فيما قرره في نص المادة (١٣٦٧) من القانون المدني الفرنسي بأن «عندما يكون التوقيع إلكترونياً؛ يشترط استخدام طريقة موثوقة تضمن ارتباط التوقيع بالوثيقة، وسلامتها، وإمكانية تحديد هوية الموقع، ويفترض مصداقية هذه العملية إلى أن يثبت العكس»

وعلى هدي ما سبق نجد أن التشريعات القانونية المقارنة سألقة الذكر أقرت ثلاث ركائز رئيسية لجعل التوقيع الإلكتروني مكافئاً وظيفياً للتوقيع التقليدي، وتؤثر بشكل واضح في مدى تمتع التوقيع الإلكتروني بالموثوقية والمصادقية، وكذلك مدى تمتعه بالحجية القانونية كنظيره الورقي، وتشير الركيزة الأساسية إلى ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، في إشارة صريحة إلى وجوب أن يكون التوقيع الإلكتروني شخصي، وخاص، وينفرد به الموقع، وغير متاح للغير استخدامه، لا سيما وأنه الأداة الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

أما الركيزة الثانية فتتمثل في توافر السيطرة الحصرية، بأن تكون منظومة إنشاء بيانات التوقيع الإلكتروني تخضع لسيطرة وتحكم الشخص المعني بالتوقيع وحده، بما يحققه ذلك من صلاحية استخدام التوقيع الإلكتروني للتعبير عن الإرادة الصحيحة للموقع، ودون أي تأثير أو تلاعب قد ينال من حجية هذا التوقيع

أما الركيزة الثالثة فتتعلق بالموثوقية وتتمثل في إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات التوقيع الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وتكفل هذه الشطرة التأكيد على ضمان سلامة التوقيع الإلكتروني، وذلك لتلافي عمليات التزوير والتعديل التي قد يتعرض لها التوقيع الإلكتروني، بما يحقق ضمان سلامة التوقيع، وسلامة محتوى الكتابة ذاتها، ويكفي أن يكون هناك إمكانية للكشف عن التعديلات وليس حجب التعديلات، إذ قد تتم تعديلات مسموح بها على المستند الإلكتروني لاحقة على التوقيع الإلكتروني.

المطلب الثاني

دور نهج التكافؤ الوظيفي في إرساء فكرة السيطرة الإلكترونية

الحيازة بوجه عام هي وضع مادي ظاهر يفيد سيطرة الشخص سيطرة فعلية على شيء، ويظهر في صورة المالك وهو بصدد ممارسة حق الملكية، وبموجب ذلك يتثنى له استعمال الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، كما يتصرف المالك بملكه^(٧١).

وحيث أن مفهوم الحيازة الوارد في القانون المدني لا يمكن تصوّره بشأن الوثائق الإلكترونية، حيث تتم مثل هذه المعاملات في بيئة إلكترونية غير ملموسة، وبالتالي من المستحيل تطبيق مفهوم الحيازة على أشياء غير مادية وغير ملموسة^(٧٢).

ونتيجة لذلك تم تقديم فكرة بديلة تعادل وظيفة الحيازة ويمكن أن تؤدي نفس الوظيفة في البيئة الإلكترونية، وهي فكرة السيطرة، وعليه فإن الشخص الذي يتحكم في الوثيقة الإلكترونية يتمتع بذات المركز القانوني للشخص الحائز^(٧٣).

وعليه فإن مصطلح «السيطرة الإلكترونية من المصطلحات الحديثة، وهو مصطلح معاصر وضروري من أجل قبول فكرة الحيازة في المعاملات الإلكترونية وتحقيق وظائفها

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول: الأصل القانون لفكرة السيطرة الإلكترونية.

الفرع الثاني: أثر التكافؤ الوظيفي على السيطرة الإلكترونية.

(٧١) السنهوري، عبد الرزاق. (بدون سنة نشر). الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار أحياء التراث العربي، لبنان، ص ٧٨٤.

(٧٢) إبراهيم، نادر محمد. (٢٠١٨). قانون الأونسيترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل لعام ٢٠١٧، المؤتمر العلمي حول القانون والعصر الرقمي، قطر، ص ٣٦.

(٧٣) إبراهيم، نادر محمد. (٢٠١٨). المرجع سابق، ص ٣٦.

الفرع الأول الأصل القانوني لفكرة السيطرة الإلكترونية

أولاً: الأصل القانوني لفكرة السيطرة

يرجع الفضل في إرساء مفهوم السيطرة كمعادل وظيفي للحيازة إلى قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي (UETA)، والذي أتاح إمكانية سيطرة شخص على وثيقة إلكترونية، وإمكانية نقل هذه السيطرة إلى الغير، بما يحقق وظيفة الحيازة المادية في البيئة الورقية، ويتيح تداول الحقوق في بيئة إلكترونية، ويقوم النظام المستخدم بالإشراف على هذه العملية لإثبات نقل الحقوق بشكل موثوق^(٧٤).

وفكرة السيطرة متأصلة في قوانين الأونسيترال النموذجية، ومنه انتقلت إلى التشريعات المقارنة، وقد تم تقديم فكرة السيطرة صراحةً في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني لعام ٢٠٠١ عند الإشارة إلى متطلبات التوقيع الإلكتروني واستخدامه في رسالة البيانات، حيث أكد على اشتراط ربط التوقيع الإلكتروني حصرياً بالموقع بشكل شخصي^(٧٥).

وتحقق السيطرة الفعلية في التوقيع الإلكتروني من خلال سيطرة الموقع على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني، واستعماله، ويكفل ذلك مكنة تحديد هوية الشخص الموقع بصورة يقينية، والذي يكون مستوحداً ومنفرداً بإصدار التوقيع الإلكتروني. ولا يجوز لأي شخص آخر أن يمارس مثل هذه السيطرة نيابة عنه، بحيث يكون التوقيع الصادر عنه معبراً عن إرادته ومنتج للأثار القانونية^(٧٦).

كما اعتمدت فكرة السيطرة الفعلية على المستند الإلكتروني، وعلى خطى الأونسيترال اعتمدت التشريعات المقارنة فكرة «السيطرة» كمعادل لفكرة لمفهوم الحيازة، حيث اعتبر الشخص الذي يسيطر على المستند الإلكتروني في ذات المركز القانوني لحائز المستند الورقي، وفي حين تُستخدم السيطرة كبديل للحيازة، فإن نقل السيطرة من شخص إلى آخر يعادل تسليم المستند الورقي^(٧٧).

(٧٤) Safrankom, Z. (2016). The notion of electronic transferable records. Inter EU Law East: Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations, 3(2), P.5.

(٧٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠١). قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، مرجع سابق، المادة ٦.

(٧٦) حسين مطلق التميمي، علاء. (٢٠١٠). الأرشيف الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٧٧) الأمم المتحدة. (٢٠١٢). مذكرة من الأمانة حول المسائل القانونية المتعلقة باستخدام السجلات الإلكترونية. الوثيقة رقم A/CN.9/WG.IV/WP.118، الدورة السادسة والأربعون، فيينا، الفقرة ٥١، ص ١٨.

ثانيًا: مفهوم السيطرة الإلكترونية

لم تحدد لجنة (الأونسيترال) أو القوانين المقارنة مفهوم السيطرة الإلكترونية، بل أشارت إليها فقط باعتبارها تحقق وظائف الحيازة، والتي تتمثل في الدعاية والاستحواذ، ومع ذلك فإن تحديد مفهوم السيطرة في حد ذاته لم يكن بنفس أهمية تحديد الدور الذي تؤديه فكرة السيطرة بتحقيق وظائف الحيازة^(٧٨).

ومن أجل تسهيل تطوير البدائل الإلكترونية، كان من الضروري تطوير مفهوم (الحيازة) من الناحية القانونية إلى مفاهيم منطقية في البيئة الإلكترونية؛ ويحتاج هذا التطوير إلى أن يتم فهمه بشكل موحد في الأنظمة القانونية المختلفة، حيث أن التوقيع ومستندات الملكية والصكوك ولا سيما سندات الشحن يتم استخدامها في التجارة عبر الحدود ومعترف بها دوليًا^(٧٩).

ويمكن تعريف السيطرة بشكل عام بأنها فكرة تتيح التحكم في شيء ما والقدرة على التلاعب بمصير ذلك الشيء^(٨٠).

والسيطرة الإلكترونية تحقق أهداف التوقيع المادي وبالأخص وظيفة الصفة الفردية بما تشمله من خصائص مميزة تتبع من حركة يد الشخص، فيعاد إنتاج هذه الوظائف في التوقيع الإلكتروني، فيفترض توافر سيطرة الفعلية من الشخص الموقع وحده دون غيره على آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني^(٨١).

كما تتحقق السيطرة على الأداة الإلكترونية، وتحل محل مفهوم الحيازة في الأدوات المادية، ففي حين يمكن لأي شخص لديه مستند ملكية مادي قابل للتداول تسليم المستند عن طريق نقل الملكية، يمكن لأي شخص لديه مستند ملكية إلكترونية تسليم المستند، عن طريق نقل السيطرة طوعية إلى شخص آخر^(٨٢).

(٧٨) Šafranko, Z. (2016). Legal aspects of the use of electronic transferable records in commercial transactions (PhD thesis, University of Zagreb, Faculty of Law, Croatia). P.191.

(٧٩) Goldby, M. (2011). Legislating to facilitate the use of electronic transferable records: A case study. UNCITRAL Colloquium on Electronic Commerce, 22, P.5.

(٨٠) Abdellatif, N.-P. (2020). An Ethereum bill of lading under the UNCITRAL MLETR. Maastricht Journal of European and Comparative Law, 27(2), P.271..

(٨١) السادات، محمد محمد. (٢٠١١). حجية المحررات الموقع إلكترونيًا في الإثبات دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٣٢؛ حسن أحمد، خالد. (٢٠١٦). الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٨٩

(٨٢) Ahn, B.-S., & Park, T.-H. (2009). A study on the clause of Uniform Commercial Code for electronic bills of lading. International Commerce and Information Review, Volume 11, Number 2, Jun, P.294.

الفرع الثاني:

أثر التكافؤ الوظيفي على السيطرة الإلكترونية

ازدادت أهمية فكرة السيطرة الإلكترونية بشكل خاص فيما يخص استخدام مستندات الملكية والصكوك المالية القابلين للتداول في بيئة إلكترونية، حيث أنه من الثابت أن الحيابة شرط عام للمطالبة بالحقوق القانونية التي توفرهما، كما أن للحيابة أهمية خاصة فيما يتعلق بتداولهما بواسطة التسليم أو التظهير، وقد صادف استخدام هذه الأدوات في بيئة إلكترونية العديد من التحديات والصعوبات.

وقد استخدمت فكرة السيطرة في التوقيع الإلكتروني، إذ يجب أن يكون مرتبطاً بشكل فريد بالموقع، وأن يكون خاضعاً لسيطرته. وقد وفرت التكنولوجيا بدائل عملية للتوقيع اليدوي وقد ركزت التشريعات على وظيفة التوقيع المتمثلة في إظهار النية وتوثيق الهوية ولا يمكن استيفاء هذا المعيار بالكامل إلا من خلال استخدام وسائل تقنية مرتبطة بشكل فريد بالموقع وحده، وتخضع لسيطرته^(٨٣).

وقد تم العمل على بحث وتحليل هذه المسألة بشكل مستفيض، وتم الاتفاق على إبلاء الاعتبار للبحث عن سبب أهمية الحيابة، إذ في إطار المستندات والصكوك القابلة للتداول يكون هناك مستنداً أو صكاً واحداً قابلاً للتداول، يمثل الحق في الحصول على السلع أو الأموال، فإن الحيابة توفر وسيلة لتحديد من يحق له المطالبة بهذا الحق، لذلك لا ينبغي أن ينصب التركيز على الحيابة ولكن على وظيفة الحيابة، والتي يجب تكرارها إلكترونياً^(٨٤).

وتؤدي الحيابة وظيفتها الأساسية فتقوم بدوراً محورياً في تحديد صاحب الحق الذي يمكنه الاستحواذ والمطالبة بالحق، فالحيابة هنا لا تُعد مجرد وضع مادي، بل هي وسيلة قانونية لتحديد الطرف المخول قانوناً بمباشرة الحقوق. وهذه الوظيفة هي التي يحتاج إلى تكرارها في البيئة الإلكترونية، وقد نجحت السيطرة الإلكترونية في تحقيق الوظائف الأساسية للحيابة^(٨٥).

وتتحقق فكرة السيطرة الإلكترونية من خلال أداء وظيفتي الدعاية والاستحواذ، فيتم تحقيق الدعاية من خلال أن يكون الشخص الذي يتحكم في التوقيع أو المستند الإلكتروني محدداً الهوية، ويتم تحقيق الاستحواذ بواسطة القدرة على اتخاذ قرار ادراج التوقيع أو نقل المستند من عدمه، وفي الممارسة العملية يمكن تحقيق كلا

(٨٣)Keating, S. (2013). Digital Signatures and the Electronic Transfer of Land. Marysaryk University Journal of Law and Technology, 7(1), 49-61, P.59.

(٨٤)Gabriel, H. D. (2020). The UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records Law: Streamlining monetary payments and the transfer of goods through e-commerce. Kilaw Journal, 8(Special Supplement, Issue 4, Part 2), P.206.

(٨٥)Abdellatif, N.-P. (2020). Op. Cit. P.271.

من وظيفة الاستحواذ ووظيفة الدعاية من خلال النظام المستخدم^(٨٦).

وقد تم اعتماد هذه الفكرة في القواعد القانونية الدولية، مثل قواعد روتردام، ومؤخراً، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل وبموجب هذه القوانين، فإن السيطرة الحصرية على السجل الإلكتروني هي معادل وظيفي لحيازة بوليصة شحن ورقية^(٨٧).

وقد استعرض قانون الأونسيترال النموذجي بشأن السجلات الإلكترونية القابلة للتحويل فكرة السيطرة، في نص المادة ١٠ والتي نصت على «عندما يشترط القانون حيازة مستند أو صك قابل للتحويل، يُستوفى هذا الشرط فيما يتعلق بالسجل الإلكتروني القابل للتحويل إذا استُخدمت طريقة موثوقة: (أ) لإثبات سيطرة شخص ما حصرية على ذلك السجل الإلكتروني القابل للتحويل؛ و(ب) لتحديد هوية ذلك الشخص باعتباره المسيطر. عندما يشترط القانون نقل حيازة مستند أو صك قابل للتحويل، يُستوفى هذا الشرط من خلال نقل السيطرة على السجل الإلكتروني القابل للتحويل»

كما برزت أهمية فكرة السيطرة بشكل خاص كبديل للحيازة المادية لسند الشحن الورقي، فيعتبر الشخص الذي يسيطر على سند الشحن الإلكتروني هو الحائز، ويستطيع تداوله من خلال نقل السيطرة إلى شخص آخر، وبالتالي فإن نقل السيطرة يكرس المعادل الوظيف لتسليم سند الشحن الورقي^(٨٨).

كما استخدم النهج السابق في التشريعات المقارنة وفي مقدمتها دولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك في لوائح قانون سوق أبوظبي العالمي ٢٠٢١ حيث نصت المادة ١٨ على «(١) عندما يشترط التشريع أو يسمح بحيازة مستند أو صك قابل للتحويل، يتم استيفاء هذا الشرط فيما يتعلق بالسجل الإلكتروني القابل للتحويل إذا تم استخدام طريقة موثوقة: (أ) لإنشاء سيطرة حصرية على ذلك السجل الإلكتروني القابل للتحويل من قبل شخص. (ب) تحديد هذا الشخص باعتباره الشخص المسيطر. (٢) عندما يتطلب التشريع أو يسمح بنقل حيازة مستند أو صك قابلة للتحويل، يتم استيفاء هذا الشرط فيما يتعلق بالسجل الإلكتروني القابل للتحويل من خلال نقل السيطرة على السجل الإلكتروني القابل للتحويل»

كذلك اعتمد النهج السابق في المرسوم بقانون ٥٥ لسنة ٢٠١٨ بمملكة البحرين حيث نصت المادة ٧ على «(١) في الأحوال التي يتطلب القانون فيها حيازة السند أو الصك القابل للتداول، يتحقق ذلك في السجل الإلكتروني القابل للتداول إذا استُخدمت طريقة موثوقة بها لتحقيق سيطرة حصرية على السجل

(٨٦) Šafranko, Z. (2016). Legal aspects of the use of electronic transferable records in commercial transactions. Op. Cit. P.192.

(٨٧) Yang, J.-H. (2019). Op. Cit. P.115,125.

(٨٨) Haileyesus, I. W. (2020). Op. Cit. P.79.

الإلكتروني من قبل شخص ما، ولبيان أن هذا الشخص هو الشخص المسيطر على السجل. (٢) في الأحوال التي يتطلب أو يسمح فيها القانون بانتقال حيازة سند أو صك قابل للتحويل، يتحقق ذلك في السجل الإلكتروني من خلال نقل السيطرة الحصرية على السجل الإلكتروني القابل للتداول»

أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري ٢٠٠٤ فعلى الرغم من عدم إصداره قانون يعترف بالمستندات الإلكترونية القابلة للتحويل وفكرة السيطرة عليها، كبديل لفكرة الحيازة، بيد أنه أقر فكرة السيطرة الإلكترونية بمناسبة تناوله الإشتراطات الخاصة بقبول التوقيع الإلكتروني كوسيلة إثبات، متأثراً في ذلك بنهج التكافؤ الوظيفي وقوانين الأونسيتال النموذجية، حيث قررت المادة (١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني أنه «يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: (ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني»

كما عالجت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري باستفاضة فكرة السيطرة الإلكترونية، وذلك بمناسبة استعراض الضوابط الفنية والتقنية للإثبات بالوسائل الإلكترونية، وذلك فيما قرره المادة ٩ من أنه «(أ) أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعنى بها. (ب) أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها»

كما استعرضت المادة (١١) اشتراط توافر سيطرة فعلية على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني، وذلك بإقرار المساواة بين التحكم (السيطرة) والحيازة، وذلك فيما قرره من أنه «تتحقق من الناحية الفنية والتقنية، سيطرة الموقع وحده دون غيره، على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع أو تحكمه في أداة حفظ المفتاح الشفري الخاص»

كما اعتمد قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 ذات النهج، في المادة (٥) حيث نصت على «ثانياً: أن يكون الوسيط الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره». وكذلك المادة ٢٠ والتي نصت على «أولاً: تعد المستندات الإلكترونية رسالة، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع...»

أما المشرع السعودي فقد أقر ذات الفكرة في نظام التعاملات الإلكترونية

الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٨ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ ٨٠ حيث نصت المادة ١/١٣ على «يعد السجل الإلكتروني قد أرسل عندما يدخل منظومة بيانات لا تخضع لسيطرة المنشئ...»

كذلك القانون الفرنسي فقد تناول قاعدة تشير إلى اقرار فكرة السيطرة في البيئة الإلكترونية كنظير وظيفي للحيازة المادية وذلك في القانون رقم ٥٣٧ لسنة ٢٠٢٤ حيث قررت نص المادة ٢/١٥ منه بأن «حائز السند الإلكتروني القابل للتحويل هو الشخص الذي يتمتع لنفسه أو لصالح طرف ثالث، بالسيطرة الحصرية عليه وتمكنه هذه السيطرة من ممارسة الحقوق التي يمنحها هذا السند...».

وكذلك استكملت المادة ٥/١٥ اقرار استخدام فكرة السيطرة في عمليات التحويل، و الرهن، و التظهير، و التسليم الواقعة على السند القابل للتحويل والتي تنص على «يتم تحويل الحقوق التي يمنحها السند القابل للتحويل أو رهنها عن طريق التظهير أو التسليم كضمان، يستوفى ذلك في السند الإلكتروني القابل للتحويل عن طريق نقل السيطرة الحصرية التي تمارس على هذا السند. وبالنسبة للتظهير على بياض وما ينشئه من حيازة سند الملكية القابل للتحويل إلكترونياً يستوفى ذلك في سند الملكية القابل للتحويل إلكترونياً باعتبار الحائز الشخص الذي يتمتع بالسيطرة الحصرية عليه». وكذلك ما تناولته المادة ١٦ والتي نصت على «٢- تحديد الحائز باعتباره الشخص الذي يملك السيطرة الحصرية عليه».

كما استعرض قانون (ESIGN) الأمريكي فكرة السيطرة، كما قرر القسم رقم ٢٠١/ب بأنه «يكون للشخص سيطرة على سجل قابل للتحويل، إذا أثبت النظام المستخدم لإثبات تحويل المطالبات في السجل القابل للتحويل بشكل موثوق أن هذا الشخص هو الشخص الذي تم إصدار السجل القابل للتحويل له، أو تحويله إليه»

ويرسخ القسم ٢٠١ نهج التكافؤ الوظيفي إذ يشير إلى الاستعاضة عن مصطلح الحيازة المستخدم في الوسائل الورقي بمصطلح السيطرة المستخدم في البيئة الإلكترونية، وله نفس الحقوق والدفع التي يتمتع بها حائز مستند أو صك ورقي قابل للتداول بموجب القانون التجاري الموحد الأمريكي، وتحديد الشخص المسيطر على السجل الإلكتروني بواسطة النظام القائم على إدارة السجلات الإلكترونية

ويعول قانون (ESIGN) على النظام المستخدم في إدارة السجلات الإلكترونية لتحديد الشخص المسيطر الحصري على السجل الإلكتروني وهي قاعدة ليس لها صدى في النظير الورقي إذ أن الوظيفة التي تؤديها الحيازة للمستند

د. أسامه محمد علي بسيوني

الورقي تكمن في الاستحواذ والافراد والهيمنة على المستند بجانب وظيفة الدعاية بأن الشخص الحائز هو المتحكم والمسيطر على المستند وحده دون سواء وهو أمر يتعذر انتاجه في السجل الإلكتروني

المبحث الثاني

أثر تطبيق نهج التكافؤ الوظيفي على حجية الإثبات الإلكتروني

قد تُصاغ القاعدة القانونية المتعلقة بالمكافئ الإلكتروني بطريقة تعتمد على التكنولوجيا، أو قد تمتلك خصائص معينة تجعلها غير فعالة عند تطبيقها في البيئة الرقمية، وفي مثل هذه الحالات يجوز للمشرع إعادة صياغة القاعدة القانونية الخاصة بالبيئة الإلكترونية أو حتى وضع قاعدة جديدة بالكامل، على أن تكون هذه القاعدة مبنية على القاعدة القانونية التقليدية كأساس، لضمان انسجامها مع المبادئ القانونية الراسخة وتحقيق التوازن بين المستجدات التقنية ومتطلبات التنظيم القانوني

والحقيقة أن نهج التكافؤ الوظيفي أثبت فاعليته في الاعتراف القانوني بالوثائق الرقمية، والعقود الذكية، بنفس القوة القانونية التي تتمتع بها الوثائق الورقية، وقد أثبت قدرته على التعامل مع التطورات التقنية المستخدمة في التجارة الإلكترونية حتى وقتنا الحالي.

ويجب أن يتضمن تطبيق التكافؤ الوظيفي بُعدين أساسيين تكافؤ التطبيق، وتكافؤ النتيجة، إلا أن الهيئات التنظيمية والمحاكم تميل إلى التركيز على تكافؤ التطبيق أكثر من تكافؤ النتيجة، مما قد يؤدي إلى تفاوت في الاعتراف القانوني بالمعاملات الإلكترونية مقارنةً بنظيراتها التقليدية، وهو ما يستدعي تحقيق التوازن لضمان عدالة وفعالية القواعد القانونية^(٨٩).

(٨٩) Veerpalu, A. (2019). Op. Cit. P.147.

المطلب الأول

أثر نهج التكافؤ الوظيفي على حجية الكتابة الإلكترونية

بشكل عام تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين طرق الإثبات في النظم القانونية المقارنة، وهي وسيلة لإثبات التصرفات والالتزامات، والدليل الكتابي يأخذ أشكالاً عديدة، بما في ذلك الرسائل والبرقيات^(٩٠).

وقد شهدت الكتابة التقليدية تطوراً كبيراً، حيث تحول استخدامها من الوسائط الورقية التقليدية إلى الوسائط الإلكترونية التي تسمح بتوثيق المحتوى باستخدام وسائط إلكترونية متقدمة، وقد أدى هذا التطور إلى ظهور مفهوم حديث للإثبات الكتابي، تتماشى مع التقدم التكنولوجي، والسعي الحثيث لاعتماد هذه الأدوات رسمياً ضمن إطاراً قانونياً استناداً إلى مبدأ التكافؤ الوظيفي

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول: حجية الكتابة الإلكترونية

الفرع الثاني: القابلية للحفظ والاسترجاع الإلكتروني

الفرع الأول

حجية الكتابة الإلكترونية

منح قانون الاونسيترال النموذجي الكتابة الإلكترونية الحجية القانونية الكاملة، واعتبرها من وسائل الإثبات التي تتساوى في الحجية مع وسائل الإثبات التقليدية، حيث تناولت المادة (٩) فكرة قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات، والتي نصت على «١- في أية اجراءات قانونية لا يطبق حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل اثبات: (أ) لمجرد أنها رسالة بيانات. (ب) بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه. ٢- يُعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات...»

كما أكدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥، على ذات المبدأ، وذلك في نص المادة (٨) والتي قررت أنه «لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني»

(٩٠) السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). الوسيط في شرح القانون المدني، (الإثبات-آثار الإلتزام)، مرجع سابق، ص ١٠٥.

وقد طورت (الأونسيترال) مصطلح الكتابة الإلكترونية لمصطلح رسالة البيانات، ومن ثم إلى مصطلح السجل الإلكتروني، ومساواته بالمستندات الورقية كدليل إثبات، مع عدم جواز إنكار حجيتها القانونية، لمجرد أنه اتخذ شكلاً إلكترونياً، ومتى كان يؤدي ذات الوظيفة التي تؤديها الكتابة التقليدية^(٩١).

وقد تأسى المشرع المصري بالأسس والمبادئ التي أقرتها الأونسيترال في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ حيث قررت المادة (١٥) أن « للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية»

ووفقاً للنص السابق قد أقر المشرع المصري قاعدة المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية فيما يتعلق بالحجية القانونية، وذلك في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية متى تم مراعاة الشروط الفنية والتقنية^(٩٢).

كما أن المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012 أقر الحجية القانونية الكاملة للكتابة الإلكترونية، وتمتعها بذات القوة القانونية التي تتمتع بها نظيراتها الورقية، حيث نصت المادة (13) على «أولاً: تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلاتها الورقية».

كما قرر في المادة (٢٣) تمتع الأوراق المالية والتجارية الإلكترونية بذات الحجية المقررة لمكافئها الورقي حيث نصت على «أولاً: تكون للأوراق التجارية والمالية الإلكترونية ذات الحجية المقررة لمثيلاتها الورقية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك»

أما المشرع السعودي فقد أقر ذات القاعدة في نظام المعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ 8/3/1428هـ بالموافقة على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 80 حيث نصت المادة (5/1) على «يكون للمعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني»

أما المشرع الأمريكي فكان له باع وأسبقية في بحث وتنظيم هذه الإعراف بالكتابة الإلكترونية، فتعتبر من أقدم التشريعات التي تناولت تنظيم ووضع أساس قانوني للإثبات بالوسائل الإلكترونية، وذلك في قانون التوقيعات الإلكترونية

(٩١) قصار الليل، عائشة. (٢٠١٧). حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، (رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر)، ص ١٥٤.

(٩٢) جمهورية مصر العربية. (٢٠٠٤). قانون التوقيع الإلكتروني وتنظيم خدماته رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. مرجع سابق، المادة ١٥.

الفيدرالي في التجارة العالمية والوطنية رقم ١٠٦-٢٢٩ - لسنة 2000 والذي يشار إليه باختصار (ESIGN).

وقد أكد قانون (ESIGN) في مواضع عدة على الاعتراف القانوني بالسجلات الإلكترونية والعقود الإلكترونية، وعدم جواز إنكار حجية أيًا منهما بسبب شكلهما الإلكتروني، حيث نصت على ذلك المادة (101/أ) على " (1) لا يجوز إنكار الأثر القانوني أو الصلاحية أو قابلية النفاذ لتوقيع، أو عقد، أو أي سجل آخر يتعلق بهذه المعاملة، لمجرد أنه في شكل إلكتروني؛ (2) لا يجوز إنكار الأثر القانوني، أو الصلاحية، أو قابلية النفاذ لعقد يتعلق بهذه المعاملة، لمجرد استخدام توقيع إلكتروني أو سجل إلكتروني في تكوينه"

ويرسخ النص السابق مبدأً عامًا فيما يتعلق بالمساواة بين السجلات والتوقيعات الإلكترونية ونظيرها الورقي، والغرض من هذا النص هو التحقق من صحة السجلات والتوقيعات الإلكترونية والنفاذ القانوني لها، باعتبارهما معادلتان وظيفيًا للمستندات والتوقيعات الورقية، مما يُعزز موثوقية المعاملات الإلكترونية ويواكب التحول التشريعي نحو استخدام الوسائل الإلكترونية والإعتراف بها كوسيلة إثبات شأنها شأن الوسائل التقليدية.

كما أن المشرع الفرنسي أقر حجية الكتابة الإلكترونية وذلك فيما قرره نص المادة (١٣٦٦) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على "تتمتع الكتابة الإلكترونية بذات الحجية المقررة للكتابة الورقية، وذلك بشرط امكانية تحديد هوية مصدرها، وأن يتم حفظها بطريقة تضمن سلامتها"

كما أن المشرع الفرنسي أقر مؤخرًا في القانون رقم 537 لسنة 2024 حجية السندات الإلكترونية القابلة للتحويل، بعدم جواز إنكارها بسبب شكلها الإلكتروني، مستندًا في ذلك على الشروط والأحكام التي سبق أن قررها في القانون المدني في المواد (1366-1367) والتي تقرر الإقرار بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، حيث نصت المادة (15/1) من القانون 537 على "يجوز إثبات السند الإلكتروني القابل للتحويل المذكور في الفقرة الأولى من المادة 14 والتوقيع عليه وحفظه في شكل إلكتروني وفقا للشروط المنصوص عليها في المادتين 1366 و1367 من القانون المدني".

كما تم التأكيد مرة أخرى في المادة (16/1) "يكون للسند الإلكتروني القابل للتحويل ذات الأثر القانوني للسند الورقي القابل للتحويل، بشرط أن يتضمن ذات المعلومات في السند الورقي القابل للتحويل ويتم استخدام طريقة موثوقة لتحقيق الاتي..."

ويعزز القانون رقم 537 لسنة 2024 مبدأ التكافؤ الوظيفي، من خلال

اشتراط توافر ذات المعلومات والبيانات التي يتطلبها القانون في السند الورقي بإعادة إنتاجها في السند الإلكتروني القابل للتحويل، مما يسهم في دعم استخدام التكنولوجيا في المعاملات التجارية، واطاحة السبيل أمام استحداث ممارسات تجارية جديدة تعتمد على التكنولوجيا في القانون الفرنسي

ويعكس الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية التي أقرتها الأونسيترال واعتمدها التشريعات المقارنة مبدأً جوهرياً في القواعد الحديثة للإثبات، حيث تم التأكيد على عدم جواز استبعاد رسائل البيانات كدليل لمجرد أنها وردت في شكل إلكتروني.

كما يشير المبدأ السابق إلى عدة معايير يمكن الاستناد عليها في تقييم موثوقية رسالة البيانات والاعتراف بها، والتي تتمثل في جدارة الطريقة المستخدمة في إنشاء وتخزين ونقل البيانات، وسلامة المعلومات، والتيقن من هوية منشأ الرسالة، لتفادي الإنكار أو الجحود، ومدى المحافظة عليها في نشأتها الأولى، باستثناء التعديلات المأذون بها

ويتوافق هذا المبدأ مع المستجدات القانونية الحديثة التي تقر بقبول الأدلة الرقمية، شريطة امتثالها لمعايير الموثوقية والسلامة، الأمر الذي يسهم في ترسيخ مبادئ العدالة وتعزيز موائمة النظام القانوني مع التحول الرقمي في المعاملات والإجراءات القضائية

الفرع الثاني

القابلية للحفظ والاسترجاع الإلكتروني

نجاح نهج التكافؤ الوظيفي في توفير حلول للعديد من الإشكاليات الأساسية القائمة على استخدام التكنولوجيا، حيث يوفر الأساس لجعل القانون الحالي قابلاً للتكيف مع التقنيات الرقمية الجديدة، كما يعمل كجسر يربط بين القانون التقليدي بمستحدثات التجارة الدولية المعتمدة على استخدام الوسائل التقنية، كما يدعم ويرسخ قوانين التجارة الإلكترونية^(٩٣).

ويعتبر حفظ المستند التقليدي في صورته التقليدية له أهمية خاصة لا يمكن لأحد غض الطرف عنها، حيث أن محتوى الوثيقة قد يفرض الاحتفاظ بها لمدة زمنية كبيرة؛ بهدف تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله كوسيلة للإثبات، والذي قد تتطلب المصلحة الحفاظ عليه، ولكي تكون لها مصداقية، يجب أن تكون

(٩٣) Lyu, G., & Zhou, S. (2018). Functional-equivalent approach in UNCITRAL electronic commerce legislation. In Proceedings of the 2018 2nd International Conference on Management, Education and Social Science (ICMESS 2018). Atlantis Press. P.1544.

البيانات الواردة فيها ثابتة، و يتيح الرجوع إليها عند الضرورة^(٩٤).

وحتى يكون للمستند الإلكتروني حجية قانونية يجب أن يتم الحفاظ عليه وإمكانية استرجاعه في صورته الأصلية، دون حدوث أو إدخال عليه أي تعديلات غير مصرح بها.

ويلعب نهج التكافؤ الوظيفي دوراً رئيسياً وفعالاً في وضع معايير أساسية يمكن من خلالها تحقيق ديمومة المكافئ الإلكتروني ومُكنة حفظه واسترجاعه عند الحاجة إلى ذلك، كما تكفل بالإجابة على الأسئلة حول كيفية تحقيق الوظائف التقليدية فيما يتعلق بالشكل المكتوب والتوقيع والأصل والحيازة من خلال تقنيات المعلومات والاتصالات^(٩٥).

ذلك أن المستند الورقي يعتد به كدليل إثبات بواسطة البيانات التي يحتويها، وحتى يكتسب المستند الإلكتروني ذات الحجية القانونية ينبغي أن تكون هذه البيانات متاح الاطلاع عليها، بشكل يضمن ديمومتها وبشكل يضمن إمكانية حفظها واسترجاعها متى كان البيانات الواردة في المستند تقتضي ذلك^(٩٦).

وقد شهدت آليات الحفظ تطوراً ملحوظاً، حيث وصلت إلى مستويات عالية من الكفاءة، تميزت بسعات تخزينية كبيرة وقدرة على الاستدعاء السريع للمعلومات، ويُسهّم ذلك في تحقيق ديمومة البيانات المخزنة وضمان استمراريتها، فضلاً عن إمكانية الرجوع إليها بشكل سريع وآمن عند الحاجة لذلك^(٩٧).

ولحفظ المستند الإلكتروني عدة وسائل، منها الأقراص المرنة، ويتم استخدامها كوسيلة لحفظ واسترجاع البيانات الإلكترونية بواسطة الحاسوب، كما يستخدم كوسيلة للحفظ القرص الصلب، وهو وحدة تخزين متصلة بالحاسوب تتميز بأنها تحفظ وتستعيد البيانات بسرعة عالية، كما يستخدم كوسيلة للحفظ شبكة الإنترنت، حيث يتم تخزين المعلومات والبيانات على المواقع الإلكترونية، ويمكن استرجاعها في أي وقت بشرط الاتصال بالإنترنت^(٩٨).

ومدة الاحتفاظ بالمستند الإلكتروني تختلف حسب نوعه، وبياناته، سواء كان مستنداً إلكترونياً تجارياً أو مدنياً أو حكومياً، وتكون مدة التقادم القانونية

(٩٤) طنطاوي، شادي رمضان إبراهيم. (2016). مرجع سابق، ص ٣٦١.

(٩٥) Šafranko, Z. (٢٠١٦). Legal aspects of the use of electronic transferable records in commercial transactions. Op. Cit. 164.

(٩٦) حجازي، عبدالفتاح بيومي. (٢٠٠٤). مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ١٦٨.

(٩٧) سعيد، محمد طلعت. (٢٠٢٢). التنظيم القانوني لإصدار وتداول الشيكات الإلكترونية، دار الأهرام، الدقهلية، ص ٢٦١.

(٩٨) حسين مطلق التميمي، علاء. (٢٠١٠). حجية المستند الإلكتروني في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص ١٣١-١٣٣.

للتصرفات القانونية التي تتم بطريقة إلكترونية هي نفسها بالنسبة للأعمال القانونية التقليدية^(٩٩).

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تلازم بين عملية الحفظ والاسترجاع إذ لا يتصور أن يتم حفظ المستند دون إمكانية استرجاعه. ويتطلب ذلك مراعاة بعض الضوابط، وأهمها الحفظ بنفس البيانات والطبيعة التي أنشئ بها، بحيث تتضمن معلومات عن المنشئ، وتاريخ الإنشاء، والمرسل، وتاريخ الإرسال، والمرسل إليه، وتاريخ الاستلام، ورقم وطبيعة العملية التي يتضمنها، كما تتضمن أيضاً معلومات عن التعديلات التي أدخلت عليها^(١٠٠).

وقد أكدت التشريعات المقارنة أهمية عملية الحفظ والاسترجاع ووضعت لها الضوابط لذلك، وذلك مثل التشريع السعودي حيث تناول هذه المسألة في نظام التعاملات الإلكترونية رقم م/١٨ بتاريخ ١٤٢٨/٣/٨ هـ حيث نصت المادة (٦) على «١- مع عدم الإخلال بما تنص عليه المادة (٣) من هذا النظام؛ إذا اشترط أي نظام في المملكة حفظ وثيقة أو معلومة لأي سبب فإن هذا الشرط يتحقق عندما تكون تلك الوثيقة أو المعلومة محفوظة أو مرسلة في شكل سجل إلكتروني، بشرط مراعاة ما يلي: (أ) حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو تسلم به، أو بشكل يمكن من إثبات أن محتواه مطابق للمحتوى الذي أنشئ به أو أرسل به أو تم تسلمه به. (ب) بقاء السجل الإلكتروني محفوظاً على نحو يتيح استخدامه والرجوع إليه لاحقاً. (ج) أن تحفظ مع السجل الإلكتروني المعلومات التي تمكن من معرفة المنشئ والمرسل إليه، وتاريخ إرسالها وتسلمها ووقتهم»

كذلك فإن التشريع البحريني للخطابات والمعاملات الإلكترونية ٢٠١٨ تناول هذه المسألة بشكل أكثر وضوحاً حيث نص في المادة ١٠ على «(أ) إذا أوجب القانون حفظ أي مستند أو سجل أو معلومات، فيكون استيفاء ذلك من خلال حفظ المستند أو السجل أو المعلومات في شكل سجل إلكتروني متى توافرت الشروط الآتية: (١) أن تكون المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني قابلة لأن يتم النفاذ إليها بما يمكن من استعمالها عند الرجوع إليها لاحقاً. (٢) أن يتم حفظ السجل الإلكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو تسلم به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات الأصلية التي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها. (٣) أن يتم حفظ أية معلومات - إن وجدت - تمكن من تحديد مصدر السجل الإلكتروني والجهة المرسل إليها وتاريخ ووقت إرسالها أو تسلمها، وذلك إذا كان المستند أو السجل أو المعلومات محل الحفظ قد تم إرسالها أو تسلمها بوسائل إلكترونية»

(٩٩) حسين مطلق التميمي، علاء. (٢٠١٠). الأرشيف الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(١٠٠) بن غرم الله، عبد العزيز (٢٠٢٠). التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دار الكتاب الجامعي، الجيزة، ص ١٣١.

كما أكدت لائحة المعاملات الإلكترونية الخاصة بسوق أبو ظبي ٢٠٢١ ذات المعنى وذلك في المادة (٤) والتي نصت على «(١) حيثما يشترط القانون الاحتفاظ بسجل، أو ينص على عواقب معينة إذا لم يتم الاحتفاظ به، يستوفى هذا الشرط بالحفظ في سجل إلكتروني إذا تم استيفاء الشروط التالية:- (أ) يحتفظ بالمعلومات في شكل السجل الإلكتروني يمكن الوصول إليه والرجوع إليه لاحقاً؛ (ب) يتم الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بشكله الأصلي الذي تم إنشاؤه بها، أو بتنسيق يمكن إثباته لنسخ المعلومات الأصلية بدقة؛ (ج) يتم الاحتفاظ بالمعلومات الواردة في السجل الإلكتروني، -إن وجدت- والتي تتيح تحديد أصل وجهة السجل الإلكتروني، وأي طرف أرسل أو استلم السجل الإلكتروني وتاريخ ووقت إرسال أو استلام السجل الإلكتروني»

وقد أكد قانون (ESIGN) الأمريكي على أهمية عملية الحفظ والاسترجاع، حيث نصت ذلك المادة ١٠١/د على «إذا اشترط قانون أو لائحة أو قاعدة قانونية أخرى الاحتفاظ بعقد أو سجل آخر يتعلق بمعاملة تجارية وطنية أو دولية أو تؤثر فيها، يستوفى ذلك الاشتراط بالاحتفاظ بسجل إلكتروني للمعلومات الواردة في العقد أو في سجل آخر. (أ) يعكس بدقة المعلومات الواردة في العقد أو في سجل آخر؛ (ب) تظل متاحة لجميع الأشخاص الذين يحق لهم الوصول إليها بموجب النظام الأساسي أو اللائحة أو سيادة القانون، خلال الفترة التي يتطلبها هذا النظام الأساسي أو اللائحة أو سيادة القانون»

ويؤكد قانون (ESIGN) الأمريكي على أهمية حفظ العقود والسجلات الإلكترونية، وذلك بشكل يضمن دقة المعلومات الواردة فيهما، وإتاحة الوصول إليهما عند الحاجة إلى ذلك من قبل الأشخاص المرخص لهم، وذلك أمر بديهي إذ أنه حتى يحتج بالعقود الإلكترونية أو السجلات يجب أن تكون محفوظة بشكل آمن بحيث يكون هناك إمكانية للاطلاع عليه وقت الحاجة لذلك

وتُظهر التشريعات المقارنة اتجاهاً واضحاً نحو أهمية تنظيم عملية حفظ واسترجاع الوثائق الإلكترونية بوصفها جزءاً جوهرياً من النظام القانوني للمعاملات الرقمية، وهو ما يعكس وعي المشرعين بأهمية عملية حفظ واسترجاع الوثائق الإلكترونية في ضمان حجية الوثائق الإلكترونية، وموثوقيتها، تحقيقاً للغرض الذي أنشئت من أجله بوصفها وسيلة للإثبات، ولما قد تقتضيه المصلحة من ضرورة الاحتفاظ بها، فإنه يلزم أن تتسم البيانات الواردة فيها بالإثبات والاستقرار، وأن تكون متاحة للاطلاع والرجوع إليها عند الحاجة

المطلب الثاني الإثبات بالتوقيع الإلكتروني

أولاً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

يُستخدم التوقيع التقليدي كدليل مادي على الالتزام والإثبات، ويمكن فحصه بالعين المجردة للتحقق من أي تلاعب أو تعديل. ويحتل التوقيع أهمية كبيرة في مجال الإثبات، ذلك أن التوقيع يحدد شخصية وهوية الموقع، ويتم الاعتماد عليه في إثبات الالتزامات، والحقوق، بالإضافة إلا أنه تعبيراً عن الإرادة^(١٠١).

ويُعد التوقيع متطلباً أساسياً لقبول وصلاحيّة المستندات في المعاملات وفي الأنظمة القانونية المتباينة، حيث يُستخدم للمصادقة على الوثائق وإثبات صحتها قانوناً، فمن الناحية العملية لا يُعترف بالمستندات التي تتضمن حقوقاً أو التزامات أمام المحكمة إلا إذا كانت موقعة من الأطراف المعنية^(١٠٢).

وعلى الرغم من ظهور التوقيعات الإلكترونية مؤخراً نسبياً، إلا أنها موجودة في القانون منذ تسعينيات القرن الماضي، ويرجع الفضل للجنة الأونسيترال في ارساء قواعد تنظيمه معتمدة على مبدأ التكافؤ الوظيفي تبسط حجية قانونية للتوقيع الإلكتروني، حيث أصدرت قانون نموذجي خاص بالتوقيع الإلكتروني يوفر للدول إرشادات عند صياغة التشريعات التي تنظم التجارة الإلكترونية^(١٠٣).

اعتمدت (الأونسيترال) في قانونها النموذجي للتوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١ تعريف التوقيع الإلكتروني في المادة ٢/أ حيث عرفته بأنه «يمكن استخدام البيانات في شكل إلكتروني المدرجة في رسالة البيانات أو المضافة إليها أو المرتبطة منطقياً بها لتحديد الموقع فيما يتعلق برسالة البيانات والإشارة إلى موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات»

ويعكس المفهوم السابق تركيز الأونسيترال على وظيفتين للتوقيع؛ أولاً: تحديد هوية الموقع على الوثيقة، وثانياً: تأكيد موافقته على محتواها، فيشترط أن يكون التوقيع الإلكتروني محدداً لهوية الموقع، واتجاه إرادة الموقع نحو الموافقة على مضمون الوثيقة، ويتم ذلك بواسطة توافر الصلة بين الموقع والتوقيع^(١٠٤).

(١٠١) الهواري، صفوان حمزة إبراهيم عيسى. (٢٠١٦). الأحكام القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٧٧.

(١٠٢) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠١). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، الأمم المتحدة، نيويورك، البند ٩٣، ص ٥٢.

(١٠٣) Keating, S. (2013). Op. Cit. P.52.

(١٠٤) Keating, S. (2013). Ibid. P.52.

كما كرست الأونسيترال في القانون سالف الذكر قاعدة مفادها عدم جواز إنكار حجية التوقيع الإلكتروني، بسبب البيئة الإلكترونية الموجود فيها، وأكدت على عدم وجود تباين في معاملة الرسائل الموقعة إلكترونياً والرسالة التقليدية، والتي تحمل توقيعاً خطياً^(١٠٥).

ولضمان تحقيق هذه الحجية يجب تخضع منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني لسيطرة الموقع وقت التوقيع، فينبغي أن تكون الأداة المستخدمة للتوقيع أيًا ما كان نوعها خاضعة لسيطرة الموقع الحصرية وقت التوقيع^(١٠٦).

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من حجية التوقيع الإلكتروني

تكرس الأونسيترال محوراً قانونياً هاماً يمثل نقلة نوعية في قواعد الإثبات يتمثل في اقرار حجية التوقيع الإلكتروني كأداة تستخدم في الإثبات، تتيح تحديد هوية الموقع، والتعبير عن إرادته، ويعكس هذا النهج تحولاً جوهرياً في وسائل التوثيق والإثبات، حيث لم يعد التوقيع مقتصرًا على الوسائل التقليدية، بل امتد ليشمل أي المخرجات التقنية الحديثة

والاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني يأتي في إطار التطور التشريعي الذي يشهده العالم أجمع، لمواكبة التحول الرقمي في المعاملات المدنية والتجارية، ويُجسّد توجهًا قانونياً دولياً نحو تعزيز الثقة القانونية في الوسائل الإلكترونية، وبما ينعكس على التجارة الدولية من خلال خلق بيئة قانونية جاذبة للاستثمار، حيث يرسخ إطاراً قانونياً واضحاً لحماية الأطراف المعنية التي تستخدم هذه التكنولوجيا

وقد اعتمدت الأونسيترال نهج التكافؤ الوظيفي في التوقيعات الإلكترونية، ففي حين أن التوقيع التقليدي يعمل على تحدي هوية الموقع والتعبير عن إرادته، يقوم التوقيع الإلكتروني بتحقيق ذات الوظيفة من خلال ربط بيانات فريدة بشخص معين، وعلى أن يتحقق لهذا الشخص سيطرة حصرية على منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وبما يقود إلى نتيجة محسومة أن يكون التوقيع الإلكتروني يحدد هوية الشخص شأنه شأن التوقيع التقليدي

تبنت التشريعات المقارنة إقرار الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني والمساواة بينه وبين التوقيع التقليدي، وعدم جواز إنكار حجية التوقيع بسبب أنه ورد في شكل إلكتروني.

حيث أقر المشرع المصري حجية التوقيع الإلكتروني بذات الاعتراف المقرر لنظيره التقليدي، وذلك في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في المادة (١٥) والتي نصت على «للتوقيع الإلكتروني، في نطاق (١٠٥) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال). (٢٠٠١). المذكرة الإيضاحية لقانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥٨ البند ١٠٧.

(١٠٦)Keating, S. (2013). Op. Cit.. P.52.

المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية»

كما أن المشرع العراقي منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية الكاملة، وبنفس القوة القانونية التي يتمتع بها نظيره الورقي، وذلك في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012، حيث نصت على ذلك المادة (4) بأن «يكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي»

أما المشرع السعودي فتناول ذات الفكرة في نظام التعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 بتاريخ 8/3/1428 هـ حيث نصت المادة (١/٥) على «يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجية الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كلياً أو جزئياً بشكل إلكتروني»

وبالنسبة للمشرع الفرنسي والذي ألغى نص المادة 1316/3 من القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر رقم 131 الصادر في 10 فبراير 2016، وقرر دمج الأحكام المتعلقة بالكتابة والتوقيع الإلكتروني في المواد من 1365 إلى 1367 من القانون المدني الفرنسي

حيث اعترف المشرع الفرنسي بالحجية القانونية الكاملة للتوقيع الإلكتروني وسأوى بينه وبين التوقيع التقليدي في الحجية وذلك فيما قرره في نص المادة ١٣٦٧ من القانون المدني الفرنسي بأن «التوقيع هو إجراء قانوني يحدد هوية مصدره، ويعبر عن موافقته على الالتزامات... وعندما يكون التوقيع إلكترونياً؛ يشترط استخدام طريقة موثوقة تضمن ارتباط التوقيع بالوثيقة، وسلامتها، وإمكانية تحديد هوية الموقع، ويفترض مصداقية هذه العملية إلى أن يثبت العكس»

كما أكد قانون (ESIGN) الأمريكي في مواضع عدة على الاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني وعدم جواز إنكار حجته والمساواة بينه وبين التوقيع التقليدي، حيث نصت على ذلك المادة ١٠١/أ على «(١) لا يجوز إنكار الأثر القانوني أو الصلاحية أو قابلية النفاذ للتوقيع لمجرد أنه في شكل إلكتروني؛ (٢) لا يجوز إنكار الأثر القانوني أو الصلاحية أو قابلية النفاذ لعقد يتعلق بهذه المعاملة لمجرد استخدام توقيع إلكتروني أو سجل إلكتروني في تكوينه»

ومن جماع ما تقدم يبدو أن المسار التشريعي المقارن في التجارة الإلكترونية يتضمن توافق دولي على الإعراف بحجية التوقيع الإلكتروني، ويعكس مبدأ التكافؤ الوظيفي هذه الحجية من خلال المساواة بين التوقيع الإلكتروني والمكافئ الوظيفي له، وعدم التمييز ضد التوقيع الإلكتروني، ويتوافق هذا الإعراف مع التوجهات الدولية المعنية بتنظيم التجارة الإلكترونية متمثلة في قواعد الأونسيرال النموذجية والاتفاقية

كما يكفل هذا الإعراف فلسفة تشريعية قائمة على الانفتاح، تتماشى مع طبيعة وأهداف التجارة الدولية، وتعزز موائمة النظام القانوني مع التحول الرقمي في المعاملات والإجراءات القضائية، كما يعكس هذا التوجه تحولاً جوهرياً في قواعد الإثبات، ويُكرس قرينة قانونية داعمة للثقة في المعاملات الإلكترونية، حيث يؤكد على عدم جواز استبعاد التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات لمجرد أنه في شكل إلكتروني

الخاتمة

نجح نهج التكافؤ الوظيفي في حل بعض المشاكل الأساسية للتجارة الإلكترونية لجعل القواعد القانونية القائمة قابلة للتكيف مع الظروف والتقنيات الجديدة الناشئة عن التطور التكنولوجي، كما يتوافق مع التجريد القانوني، والعمل كجسر بين القانون التقليدي والمستحدثات التقنية، فهو قادر على التكيف مع التقدم التكنولوجي، بشكل يلبي متطلبات القواعد القانونية التقليدية القائمة

ويتطلب نهج التكافؤ الوظيفي وجود رابطة بين التجارة الإلكترونية والقانون التقليدي، وبالتالي فإن تشريعات التجارة الإلكترونية المعتمدة على نهج المكافئ الوظيفي لا تنشئ نظاماً قانونياً جديداً؛ بقدر ما يعمل على تمكين الدول من إنفاذ المعاملات الإلكترونية، وفقاً للقوانين القائمة دون الحاجة إلى سن قوانين جديدة، أو الإخلال بالمفاهيم والمناهج القانونية القائمة.

ويعتبر نهج التكافؤ الوظيفي أحد المبادئ الأساسية التي تستند إليها قواعد الأونسيترال في وضع قواعد قانونية، نموذجية، أو اتفاقية تتعلق بالتقنية، كما يستند إليه جميع التشريعات الإلكترونية المقارنة، حيث يعمل في سياق تمكين المعاملات الإلكترونية، وأن من شأن إنفاذ هذه القواعد أن تحقق الانسجام التام بين القوانين الوطنية، والتأثير بشكل مباشر على ازدهار التجارة الدولية المعتمدة على تبادل البيانات الإلكترونية.

النتائج:

١- التكافؤ الوظيفي في نطاق المعاملات الإلكترونية هو تحليل الوظائف التي تؤديها عناصر المعاملات الورقية والعمل على تحقيقها في شكل إلكتروني، ويعتمد التكافؤ الوظيفي على دراسة دقيقة للوظائف والأهداف الأساسية الواقعية التي يؤديها النظير الورقي، من أجل تحقيق وتنفيذ هذه الأهداف والمهام في شكل إلكتروني، والتي تتوافق تماماً مع الوظائف التي يستهدفها النظير الورقي، وينتج عن ذلك تحقيق ذات المستوى من الاعتراف القانوني.

٢- أن الهدف من نهج التكافؤ الوظيفي هو تمكين الدول من إنفاذ المعاملات الإلكترونية، وفقاً للقوانين القائمة دون الحاجة إلى سن قوانين جديدة، أو الإخلال بالمفاهيم والمناهج القانونية القائمة، والتي تستند إليها تلك الاشتراطات ليعمل هذا النهج على تكرار الوظائف الأساسية التي تتحقق بالشكل الورقي، ويحتاج هذا التطوير إلى أن يتم فهمه بشكل موحد في الأنظمة القانونية المختلفة.

٣- أن قاعدة التعادل الوظيفي تعمل على تحليل الأهداف والوظائف والمهام الأساسية التي تؤديها المعاملات الورقية، وتطبيقها على في المكافئ الإلكتروني، بغية منع وجود ثمة اختلاف أو فارق في المعالجة القانونية للمستندات التقليدية ورسالة البيانات.

٤- يوفر نهج التكافؤ الوظيفي الصلاحية القانونية الكاملة للتوقيع الإلكتروني، كما يقدم نهج التكافؤ الوظيفي الاعتراف بالتأثير القانوني للمستندات الإلكترونية كالمستندات الورقية، كما تعكس فكرة السيطرة دور نهج التكافؤ الوظيفي في سياق المستندات والصكوك التقليدية القابلة للتداول، كما أن عمليات الحفظ والاسترجاع الإلكتروني تبرز الدور الفعال لنهج التكافؤ الوظيفي في إنفاذ المعاملات الإلكترونية.

التوصيات:

على الضوء البحث والدراسة توجه العناية للاهتمام بالتوصيات الآتية:-

٥- نوصي بأن يتم إنشاء قسم بمصلحة خبراء وزارة العدل يتكون من خبراء فنيين من أصحاب الكفاءات في مجال تقنية المعلومات والأنظمة الإلكترونية، وذلك لتقديم الدعم الفني للمحكمة عند الاقتضاء في المسائل الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والتبادل الإلكتروني للبيانات وبشكل خاص في التحليل الوظيفي للمعاملات الرقمية بغية تمكين القاضي من الإلمام بالمسائل الفنية أو التقنية التي تخرج عن نطاق معارفه القانونية البحثية، بما يضمن له الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإلكترونية استنادًا إلى أسس علمية راسخة ومعايير دقيقة.

٦- نوصي باضطلاع وزارة العدل بعقد دورات وندوات تثقيفية للقضاة موضوعها التبادل الإلكتروني للبيانات، والمستجدات ذات الصلة، حيث أن الوسائل التقنية في تطور مستمر وتدهام كافة مناحي الحياة، بما يُحتم على القضاة أن يكونوا على اطلاع مستمر عليها، وخاصة المستخدم منها في التجارة الإلكترونية.

٧- نوصي بأن يتم إدراج مادة جديدة تدرس بكليات القانون تحت عنوان القانون الإلكتروني والتي تتناول التنظيم القانوني للتبادل الإلكتروني للبيانات، والمبادئ العامة للتجارة الإلكترونية، كونها تمثل مستقبل الحياة التجارية سواء محليًا أو دوليًا خاصة وأن العالم على أعقاب الاستغناء بشكل كامل عن المستندات والوسائل الورقية واحلال الوسائل الإلكترونية محلها.

٨- اضطلاع المشرع المصري بالمزيد من الأعمال التشريعية للتوسع في اقرار الممارسات التجارية المعتمدة على التبادل الإلكتروني للبيانات تحقيقاً لأهداف ورؤية مصر ٢٠٣٠ وفقاً لقواعد قانونية مبنية على أسس ومناهج علمية دولية كنهج التكافؤ الوظيفي، خاصة وأن قانون التوقيع الإلكتروني المصري ٢٠٠٤ مر عليه قرابة العقدين، وأصبح هناك ضرورة ملحة لتعديله بما يوائم المستجدات الدولية في هذا المجال.

٩- كما نوصي بأن يتم ترك أمر ترجيح إحدى وسائل الإثبات على الأخرى للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ذلك أن نهج التكافؤ الوظيفي لم يشير للقواعد التي تسمح للقاضي بترجيح أحد وسائل الإثبات الإلكترونية أو التقليدية على الأخرى في حالة التعارض بينهم.