

Distr.: General
16 April 2007
Arabic
Original: English

الجمعية العامة



لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
الدورة الأربعون
فيينا، ٢٥ حزيران/يونيه - ١٢ تموز/يوليه ٢٠٠٧

الأعمال التي يمكن الاضطلاع بها مستقبلاً في مجال التجارة الإلكترونية
وثيقة مرجعية شاملة عن العناصر اللازمة لإنشاء إطار قانوني مؤات
للتجارة الإلكترونية: نموذج فصل عن استخدام طرائق التوثيق والتوقيع
الإلكترونية على الصعيد الدولي
مذكّرة من الأمانة

إضافة

يحتوي مرفق هذه المذكرة على جزء (الجزء الثاني، الفصل الثاني، القسمين ألف وباء-١) من نموذج فصل من وثيقة مرجعية شاملة، يتناول المسائل القانونية ذات الصلة باستخدام طرائق التوثيق والتوقيع الإلكترونية على الصعيد الدولي.



المرفق

المحتويات

الصفحة	الفقرات
	الجزء الثاني - استخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية عبر الحدود (تابع).....
٣	٥٠-١ ثانيا- طرائق ومعايير إنشاء تكافؤ قانوني.....
٤	١٢-٣ ألف- أنواع الاعتراف المتبادل وآلياته.....
٥	٨-٥ ١- الاعتراف المتبادل.....
٦	١٢-٩ ٢- التصديق المتبادل فيما بين مرافق المفاتيح العمومية.....
٧	٧٢-١٣ باء- التكافؤ في معايير السلوك وأنظمة المسؤولية.....
١١	٥٠-١٧ ١- أساس المسؤولية في إطار مرفق المفاتيح العمومية.....

الجزء الثاني

استخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية عبر الحدود

[...]

ثانياً- طرائق ومعايير إنشاء تكافؤ قانوني

١- كما هو مبين أعلاه، وجدت الدراسة الاستقصائية التي قامت بها الفرقة العاملة المعنية بأمن وخصوصية المعلومات (WPISP)، التابعة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي (OECD)، (المشار إليهما فيما يلي بعبارة: الفرقة العاملة التابعة لمنظمة التعاون المذكورتين)، أن أكثر أطر العمل التشريعية غير تمييزية من حيث المبدأ على الأقل تُجاه التوقيع الإلكتروني الأجنبية وكذلك توثيقها، شريطة أن تُستوفى فيهما المتطلبات المحلية أو ما يكافئها، بمعنى أنها لا تُنكر نفاذ مفعول التوقيع القانوني فيما يتعلق بالخدمات الصادرة أصلاً من بلدان أخرى، شريطة أن تكون تلك التوقيعات قد أنشئت بمقتضى الشروط نفسها المطبقة على التوقيعات المعترف بها بمقتضى القانون الداخلي.⁽¹⁾ غير أن فرقة العمل التابعة لمنظمة التعاون المذكورتين، لاحظت أيضاً أن آليات الاعتراف بخدمات التوقيع الأجنبية ليست متطورة على نحو جيد عموماً، وحددت ذلك باعتباره مجالاً قد يكون من المفيد الاضطلاع بعمل فيه مستقبلاً. وباعتبار أن أي عمل في هذا المجال من شأنه أن يكون وثيق الصلة بموضوع أعم وهو الصلاحية للعمل تبادلياً، اقترحت الفرقة العاملة التابعة لمنظمة التعاون المذكورتين أنه يمكن الجمع بين هذه المواضيع معاً. كما اقترحت الفرقة العاملة التابعة لمنظمة التعاون المذكورتين أن من الجائز تطوير مجموعة من أفضل الممارسات المتبعة أو من المبادئ التوجيهية في هذا الخصوص.

٢- يتناول القسمان التاليان بالمناقشة موضوع الترتيبات والآليات القانونية للصلاحية للعمل التبادلي على الصعيد الدولي، والعوامل التي تحدّد التكافؤ بين أنظمة أحكام المسؤولية (التعويضية). وهما يركّزان في المقام الأول على المسائل الناشئة عن استعمال طرائق التوقيع والتوثيق على الصعيد الدولي المدعّمة بشهادات تصديق صادرة عن مقدّم خدمات تصديق هو طرف ثالث موثوق به، وخصوصاً التوقيعات الرقمية في إطار مرفق مفاتيح عمومية

(1) انظر الحاشية [...] [The Use of Authentication across Borders in OECD Countries] (استعمال التوثيق عبر الحدود في بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي).

(PKI)، وذلك لأن من الأرجح نشوء صعوبات قانونية فيما يتعلق باستخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية عبر الحدود مما يقتضي إشراك أطراف ثالثة في عملية التوقيع والتوثيق.

ألف - أنواع الاعتراف المتبادل وآلياته

٣- إن العبء الإضافي الذي تلقيه على عاتق مقدمي خدمات التصديق الأجانب المقتضيات الداخلية المترتبة على عامل التكنولوجيا، ينطوي على احتمالات قد تجعله يتحوّل إلى حاجز يعرقل التجارة الدولية.⁽²⁾ وعلى سبيل المثال، فإن القوانين ذات الصلة بالوسائل التي تتبناها السلطات الوطنية في الموافقة على الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية الأجنبية وشهادات التصديق الإلكترونية الأجنبية عليها، يمكن أن تنطوي على تمييز جائر تجاه منشآت الأعمال التجارية الأجنبية. وحتى الآن، يُلاحظ أن كل هيئة تشريعية نظرت في هذه المسألة أدرجت في قوانينها بعض المقتضيات ذات الصلة بالمعايير التي ينبغي أن يتقيد بها مقدم خدمات التصديق الأجنبي، ومن ثم فإن هذه المسألة ذات صلة لا تنفصم بالقضية الأوسع نطاقاً الخاصة بتضارب المعايير الوطنية. وفي الوقت نفسه، فإن التشريع قد يفرض أيضاً قيوداً جغرافية أو إجرائية أخرى تحول دون الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية عبر الحدود.

٤- وفي حال عدم وجود مرفق مفاتيح عمومية دولي، يمكن أن ينشأ عدد من دواعي القلق بخصوص الاعتراف بشهادات التصديق من جانب سلطات التصديق في البلدان الأجنبية. وكثيراً ما يتم الاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية بواسطة طريقة تسمى "التصديق المتبادل". وفي تلك الحالة، فإن من الضروري أن تعترف سلطات التصديق المتكافئة جوهرياً (أو سلطات التصديق الراغبة في أن تأخذ على عاتقها بعض المخاطر المعينة بخصوص شهادات التصديق الصادرة عن سلطات تصديق أخرى) بالخدمات التي يقدمها كل منها، وذلك لكي يستطيع المستعملون التابعون لكل منها أن يتواصلوا فيما بينهم بمزيد من الكفاءة وبقدر أكبر من الشعور بالأمان في الجدارة بالثقة التي تتسم بها الشهادات التي تصدر عنها. وقد تنشأ مسائل قانونية بخصوص التصديق المتبادل أو الربط التسلسلي بين الشهادات عندما تتعدّد السياسات العامة الأمنية المشمولة في هذا المجال، ومن ذلك مثلاً مسألة تحديد الطرف الذي تسبّب سوء تصرفه في وقوع خسارة، والطرف الذي عوّّل المستعمل على إفاداته.

(2) انظر Alliance for Global Business "ورقة مناقشة عن الجوانب ذات الصلة بالتجارة في إطار التجارة الإلكترونية، استجابة إلى برنامج العمل الخاص بالتجارة الإلكترونية التابع لمنظمة التجارة العالمية (WTO)"، نيسان/أبريل ١٩٩٩، متاحة على الموقع الشبكي <http://www.biac.org/statements/iccp/AGBtoWTO> April 1999.pdf، الذي تم الدخول إليه في ٥ شباط/فبراير ٢٠٠٧، الصفحة ٢٩.

١ - الاعتراف المتبادل

٥ - الاعتراف المتبادل ترتيب يصلح للعمل به تبادلياً، في إطاره يستطيع الطرف المعوّل في منطقة مرفق مفاتيح عمومية أن يستعمل معلومات صادرة عن سلطة مرجعية في منطقة مرفق مفاتيح عمومية آخر بغية توثيق شخص في منطقة مرفق المفاتيح العمومية الآخر.⁽³⁾ ويُعدّ هذا في الأحوال النمطية نتيجة لعملية ترخيص أو اعتماد رسمية في منطقة مرفق المفاتيح العمومية الآخر، أو عملية تدقيق رسمية أُجريت بشأن مقدّم خدمات التصديق الممثل لمنطقة مرفق المفاتيح العمومية.⁽⁴⁾ وأما تبعة ما إذا كان من الجائز الثقة بمنطقة مرفق مفاتيح عمومية أجنبي فتقع على كاهل الطرف المعوّل أو مالك التطبيق الحاسوبي أو الخدمة الإلكترونية، لا على كاهل مقدّم خدمات تصديق يثق فيه على نحو مباشر الطرف المعوّل.

٦ - وفي الأحوال النمطية يحدث الاعتراف المتبادل على مستوى مرفق المفاتيح العمومية، لا على مستوى مقدّم خدمات التصديق المعني بمفرده. ومن ثم فإنه حيث يعترف مرفق مفاتيح عمومية بمرفق مثيل آخر، فهو يعترف تلقائياً بأي مقدّم خدمات تصديق معتمدين في إطار مخطط مرافق المفاتيح العمومية. ومن شأن هذا الاعتراف أن يستند إلى تقييم عملية اعتماد مرفق المفاتيح العمومية الآخر، لا إلى تقييم كل مقدّم خدمات تصديق بمفرده معتمداً لدى مرفق المفاتيح العمومية الآخر. وفي الأحوال التي تصدر فيها مرافق المفاتيح العمومية أصنافاً متعدّدة الدرجات من شهادات التصديق، فإن عملية الاعتراف المتبادل تشتمل على تحديد صنف من شهادات التصديق التي يمكن القبول بها لغرض استخدامها في المنطقتين، وعلى الاستناد في التقييم إلى ذلك الصنف من الشهادات.

٧ - كما إن الاعتراف المتبادل يستتبع بالضرورة مسائل تتعلق بالصلاحية التقنية للعمل التبادلي على مستوى التطبيق فقط، أي أن البراجمية التطبيقية يجب أن تكون قادرة على معالجة الشهادة الأجنبية، وتقييم النظام الدليلي الحاسوبي لمنطقة مرفق المفاتيح العمومية الأجنبي من أجل التثبت من صحة وضعية الشهادة الأجنبية. وينبغي أن يُلاحظ من حيث

(3) مفهوم الاعتراف المتبادل استحدثته في عام ٢٠٠٠ المجموعة المكلفة بمهمة معالجة التوثيق الإلكتروني التابعة للفريق العامل بشأن الاتصالات عن بُعد والمعلومات، التابع لرابطة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادئ (APECTEL Working Group)، انظر منشور (APEC) رقم 202-TC-01.2، *Electronic authentication: issues relating to its selection and use* (APEC, 2002) <http://www.apec.org/> متاح على الموقع الشبكي http://www.apec.org/publications/all_publications/telecommunications.html الذي تم الدخول إليه في ٧ شباط/فبراير ٢٠٠٧.

(4) تعريف يستند إلى عمل المجموعة المكلفة بمهمة معالجة التوثيق الإلكتروني، التابعة للفريق العامل بشأن الاتصالات عن بُعد والمعلومات، التابع لرابطة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادئ (APEC).

الممارسة العملية أن مقدّمي خدمات التصديق يصدرّون شهادات على درجات مختلفة من قابلية التعويل عليها، وفقا للأغراض التي يعتمزم زبائنهم استعمال الشهادات من أجلها. وقد تترتّب على الشهادات والتوقيعات الإلكترونية، في الداخل والخارج معا، مفاعيل قانونية مختلفة تتوقّف على درجة قابلية كل منها للتعويل عليها. ففي بعض من البلدان، على سبيل المثال، قد تترتّب مفاعيل قانونية في بعض الظروف المعيّنة حتى على الشهادات التي يُشار إليها أحيانا بوصفها "متدنيّة الدرجة" أو "متدنيّة القيمة" (مثلا، حيثما يكون الطرفان قد اتفقا تعاقديا على استخدام مستندات من هذا القبيل) (انظر الفقرات [٤٢ - ٥٠] أدناه). ولذا فإن التكافؤ المراد إنشاؤه هو بين الشهادات المتقارنة وظيفيا.

٨- وكما قيل أعلاه، إن القرار بشأن الثقة بشهادة أجنبية، في الاعتراف المتبادل، إنما يقع على عاتق الطرف المعوّل، لا على عاتق مقدّم خدمات التصديق إليه. وهو لا يقتضي بالضرورة وجود عقد أو اتفاق بين نطاقي مرفقي مفاتيح عمومية. وكذلك ليس من الضروري توافر تصنيف تفصيلي للسياسات العامة الناظمة لشهادات التصديق⁽⁵⁾ وبيانات الممارسات المتّبعة في الشهادات،⁽⁶⁾ إذ إن الطرف المعوّل يقرّر ما إذا كان سيقبل بالشهادة الأجنبية استنادا إلى ما إذا كانت الشهادة صادرة عن مقدّم خدمات تصديق أجنبي جدير بالثقة. ويُعتبر مقدّم خدمات التصديق جديرا بالثقة إذا كان مرخصا له بالعمل أو معتمدا من جانب هيئة ترخيص أو اعتماد رسمية، أو إذا ما كان قد خضع لتدقيق من جانب طرف ثالث مستقل موثوق به. ومن ثم فإن الطرف المعوّل يتخذ قراره أحاديا بناءً على معلومات بالاستناد إلى السياسات العامة المنصوص عليها في بيان السياسة العامة الناظمة للشهادات أو بيان الممارسة المتّبعة في الشهادات في نطاق مرفق المفاتيح العمومية الأجنبي.

٢- التصديق المتبادل فيما بين مرافق المفاتيح العمومية

٩- يشير مفهوم التصديق المتبادل إلى الممارسة المتّبعة في الاعتراف بالمفتاح العمومي الصادر عن مقدّم خدمات تصديق آخر بدرجة متفق عليها من الائتمان، بموجب عقد مرمر عادةً. ويؤدّي ذلك بصفة أساسية إلى اندماج نطاقي مرفقي مفاتيح عمومية (كلياً أو جزئياً) ضمن نطاق أكبر حجماً. وبالنسبة إلى المستعملين الذين يتعاملون مع مقدّم خدمات تصديق

(5) السياسة العامة الناظمة لشهادات التصديق هي مجموعة مسمّاة من القواعد تبيّن قابلية تطبيق شهادة ما على مجموعة معيّنة و/أو صنف معيّن من التطبيقات التي تشمل على مقتضيات أمان مشتركة فيما بينها.

(6) بيان الممارسات المتّبعة في شهادات التصديق هو بيان يوضّح الممارسات التي يتّبعها مقدّم خدمات تصديق في إصدار شهادات التصديق.

واحد منهما، يُعتبر المستعملون الذين يتعاملون مع مقدّم خدمات التصديق الآخر موقعين فحسبُ ضمن مرفق المفاتيح العمومية الموسّع.

١٠- ويقتضي التصديق المتبادل توافر الصلاحية التقنية للعمل التبادلي والمواءمة في السياسات العامة الناظمة للشهادات وبيانات الممارسات المتّبعة في الشهادات أيضا. والمواءمة في السياسات العامة، والتي تكون في صيغة مواءمة بين السياسات العامة الناظمة للشهادات وبيانات الممارسات المتّبعة في إصدار الشهادات، ضرورة لضمان التوافق بين نطاقات مرافق المفاتيح العمومية بالنسبة إلى عملياتها في إدارة الشهادات (أي إصدار الشهادات وتعليقها وإلغاءها) وإلى تقيدهما بمقتضيات عملياتية وأمنية متشابهة على حدّ سواء. كما إن مقدار الشمول في المسؤولية وثيق الصلة بهذا الخصوص أيضا. وهذه الخطوة على درجة عالية من التعقّد، إذ إن هذه المستندات تكون عادة ضخمة الحجم وتتناول طائفة واسعة من المسائل.

١١- والتصديق المتبادل ملائم في الأكثر لنماذج منشآت الأعمال التجارية المغلقة، وذلك مثلا إذا كان نطاقا مرفقي المفاتيح العمومية كلاهما يتشاركان في مجموعة من التطبيقات والخدمات، كالبريد الإلكتروني أو التطبيقات الخاصة بالشؤون المالية. كما إن توافر النظم المتوافقة تقنيا وعملياتيا والسياسات العامة المتطابقة والبنى القانونية نفسها من شأنه أن يبسّر بدرجة كبيرة التصديق المتبادل.

١٢- وأما التصديق المتبادل الأحادي الجانب (حيث يثق نطاق مرفق مفاتيح عمومية واحد في آخر ولكن ليس العكس بالعكس) فليس أسلوبا شائعا. ذلك أن مضممار مرفق المفاتيح العمومية الواثق يجب عليه أن يضمن من جانب واحد أن سياساته العامة متوافقة مع السياسات العامة لدى نطاق مرفق المفاتيح العمومية الموثوق به. ويبدو أن اللجوء إلى هذا الأسلوب مقصور على التطبيقات والخدمات في الأحوال التي تكون فيها الثقة اللازمة للمعاملة التجارية المشمولة فيها أحادية الجانب، وذلك مثلا في تطبيق يكون فيه على التاجر أن يثبت هويته للزبون قبل أن يقدم الأخير معلومات محاطة بالسريّة.

باء- التكافؤ في معايير السلوك وأنظمة المسؤولية

١٣- إن معرفة ما إذا كان استخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكتروني على الصعيد الدولي يستند إلى مخطط للاعتراف المتبادل أو التصديق المتبادل، أو قرار بالاعتراف بمرفق مفاتيح عمومية بأجمعه أو بواحد أو بأكثر من واحد من مقدّمي خدمات التصديق الأجانب، أو إنشاء مستويات متكافئة بين أصناف شهادات التصديق الصادرة في إطار مرافق مفاتيح

عمومية مختلفة، إنما تستلزم منطقياً من قبل إجراء تقدير للتكافؤ بين ممارسات التصديق الداخلية والأجنبية وكذلك الشهادات.⁽⁷⁾ ومن وجهة نظر قانونية، يقتضي ذلك إجراء تقدير للتكافؤ بين ثلاثة عناصر رئيسية، هي: التكافؤ في القيمة القانونية؛ والتكافؤ في الواجبات القانونية؛ والتكافؤ في المسؤولية.

١٤ - أما التكافؤ في القيمة القانونية فيعني أن يُسند إلى شهادة أجنبية أو توقيع أجنبي المفعول القانوني نفسه المسند إلى مكافئ داخلي لهما. والمفعول القانوني الداخلي الناتج عن ذلك إنما يُقرّر بصفة أساسية بناءً على القيمة التي يسندها القانون الداخلي إلى طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية، وقد نُوقش ذلك من قبل (انظر الفقرات [...] - [...] أعلاه). وأما الاعتراف بالتكافؤ في الواجبات القانونية وأنظمة المسؤولية فيترتب عليه استنتاج بأن الواجبات المفروضة على الأطراف العاملة في إطار نظام مرفق مفاتيح عمومية تقابل من حيث الجوهر الواجبات الموجودة بمقتضى النظام الداخلي، وأن المسؤولية التعويضية عن الإخلال بتلك الواجبات هي نفسها من حيث الجوهر أيضاً.

١٥ - لكن هذه المسؤولية في سياق التوقيعات الإلكترونية قد تثير مسائل مختلفة تبعاً لاختلاف التكنولوجيا المستخدمة والبنية التحتية التي يقوم عليها التصديق. وقد تطرأ مسائل معقدة، وبخاصة في الحالات التي يوفّر فيها التصديق طرفاً ثالثاً مخصّص لهذا العمل، مثل مقدّم خدمات تصديق. وفي حالة من هذا القبيل، سوف يكون هناك بصفة أساسية ثلاثة أطراف مشمولة، أيّ مقدّم خدمات التصديق، والموقع، والطرف الثالث المعوّل. ويمكن أن يصبح كل منهم مسؤولاً، أو قد يفقد الحق في التأكيد على المسؤولية، تجاه الطرف الآخر، وذلك بمقدار ما تسبّب أفعالهم أو حالات امتناعهم عن الفعل من ضرر إلى أي من الأطراف، أو بمقدار ما تخالف تلك الأفعال والامتناعات واجباتهم الصريحة أو الضمنية. وقد اعتمدت نهج تشريعية متنوّعة بخصوص المسؤولية فيما يتعلق باستخدام التوقيعات الرقمية:

(7) على سبيل المثال، استحدث الفريق العامل المعني بالسياسة العامة بشأن التصديق، التابع للهيئة المكلفة بالسياسة العامة بشأن مرفق المفاتيح العمومية الاتحادي في الولايات المتحدة (United States Federal Public Key Infrastructure Policy Authority, Certificate Policy Working Group) منهجية بخصوص تقديم اجتهاد بشأن التكافؤ بين عناصر السياسة العامة (بناءً على إطار العمل المحدّد في الاستمارة "RFC" ٢٥٢٧) (طلب تقديم تعليقات "Request for Comments"). وقد تُستخدم هذه المنهجية عند تصنيف مرافق المفاتيح العمومية المختلفة أو تصنيف مرفق مفاتيح عمومية بناءً على هذه المبادئ التوجيهية (انظر الموقع الشبكي <http://www.cio.gov/fpkipa>، الذي تمّ الدخول إليه في ٢٠ شباط/فبراير ٢٠٠٧).

(أ) عدم وجود أحكام محدّدة بشأن معايير السلوك أو المسؤولية - قد يكون واحد من الخيارات المتاحة أن يمكّن القانون عن معالجة هذه المسألة. إذ في الولايات المتحدة الأمريكية، لا ينص قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والوطنية لعام ٢٠٠٠^(٨) على أحكام بخصوص مسؤولية أي من الأطراف المشمولة في خدمة التصديق. وعموماً يمكن القول بأن هذا النهج قد اعتمد في أكثر الولايات القضائية الأخرى التي تأخذ بنهج يكتفي بالحد الأدنى من المقتضيات في معالجة التوقيعات الإلكترونية، كما في أستراليا؛^(٩)

(ب) معايير السلوك وقواعد المسؤولية لمقدمي خدمات التصديق فقط - يتجه نهج آخر إلى الاقتصار في القانون على النص على مسؤولية مقدم خدمات التصديق فقط. وهذه هي الحالة بمقتضى التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي (1999/93/EC) بشأن إطار عمل للتوقيعات الإلكترونية في الجماعة الأوروبية،^(١٠) والذي تبين الحيثية ٢٢ فيه أن "مقدمي خدمات التصديق الذين يقدمون خدمات التصديق للعموم يخضعون للقواعد الوطنية بشأن المسؤولية"، حسبما يرد بإجمال في المادة ٦ من التوجيه الإداري. ومما هو جدير بالملاحظة أن المادة ٦ لا تطبق إلا على "التوقيعات المستوفية الشروط"، مما يعني، في الوقت الحالي، التوقيعات الرقمية المستندة إلى مرافق المفاتيح العمومية فقط؛^(١١)

(٨) انظر الحاشية [...] [مدونة قوانين الولايات المتحدة، الباب ١٥، الفصل ٩٦، البند ٧٠٣١ (المبادئ الناظمة لاستخدام التوقيعات الإلكترونية في المعاملات الدولية) (United States Code, title 15, chapter 96, section 7031 (Principles governing the use of electronic signatures in international transactions))].

(٩) يُعتقد، على سبيل المثال، بأن آليات القانون الخاص للأفراد التي يميزها القانون الأسترالي، كالاستعدادات التعاقدية وكذلك التنازلات عن بعض الحقوق والتنصّلات من المسؤولية، والقيود المفروضة على إعمالها بموجب القانون العام (العرف)، تلائم التنظيم الرقابي للمسؤولية على نحو أفضل من الأحكام القانونية التشريعية (انظر Mark Sneddon, Legal liability and e-transactions: a scoping study for the National Electronic Authentication Council National Office for the Information Economy، كانونير، ٢٠٠٠) دراسة متاحة على الموقع الشبكي <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN014676.pdf>، الذي تمّ الدخول إليه في ٧ شباط/فبراير ٢٠٠٧، الصفحات ٤٣-٤٧).

(١٠) انظر الحاشية [...] [Official Journal of the European Communities, L 13/12].

(١١) التشريعات المعتمدة في الاتحاد الأوروبي تتبع هذا النهج، ومنها على سبيل المثال قوانين في ألمانيا والنمسا والمملكة المتحدة (German law on electronic signature (SignaturGesetz – SigG) and the related ordinance (SigV), 2001, the Austrian Federal Electronic Signature Law (SigG) and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Electronic Signature Regulation 2002, section 4).

(ج) **معايير السلوك وقواعد المسؤولية للموقعين ومقدمي خدمات التصديق** - في بعض الولايات القضائية، ينص القانون على أحكام بشأن مسؤولية كل من الموقع ومقدم خدمات التصديق، لكنه لا يقرّر معياراً بشأن واجب العناية على الطرف المعوّل. وهذه هي الحالة في الصين، بمقتضى قانون التوقيعات الإلكترونية الصادر عام ٢٠٠٥. وهذه هي الحالة أيضاً في سنغافورة. بمقتضى قانون المعاملات الإلكترونية، ١٩٩٨؛

(د) **معايير السلوك وقواعد المسؤولية لجميع الأطراف** - أخيراً، قد ينص القانون على معايير سلوك وعلى أساس للمسؤولية بالنسبة إلى جميع الأطراف المشمولة. وهذا النهج معتمد في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية،⁽¹²⁾ الذي يبيّن الواجبات فيما يخص سلوك الموقع (المادة ٨)، وسلوك مقدم خدمات التصديق (المادة ٩)، وسلوك الطرف المعوّل (المادة ١١). ويمكن القول بأن القانون النموذجي يبيّن المعايير التي يُستند إليها في تقييم سلوك أولئك الأطراف. غير أنه يدع المجال للقانون الداخلي لكي يقرّر تبعات عدم التمكن من الوفاء بالواجبات المختلفة، والأساس اللازم للمسؤولية، والتي قد تقع على عاتق مختلف الأطراف المشمولة في تشغيل نظم التوقيع الإلكتروني.

١٦ - وقد تكون الاختلافات في الأنظمة الداخلية الخاصة بالمسؤولية عقبة تعرقل الاعتراف بالتوقيعات الإلكترونية عبر الحدود الوطنية. وهناك سببان رئيسيان يؤدّيان إلى ذلك. أولهما أن مقدمي خدمات التصديق قد يجمعون عن الاعتراف بالشهادات الأجنبية أو المفاتيح الصادرة عن مقدمي خدمات تصديق أجنبي، ممّن قد تكون قواعد المسؤولية أو معايير واجب العناية التي يطبقونها أدنى مستوى من قواعدهم ومعاييرهم. وثانيهما أن مستعملي طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية هم أيضاً قد يخشون من أن يؤدّي انخفاض مستوى حدود المسؤولية أو معايير واجب العناية التي يطبقها مقدم خدمات تصديق أجنبي إلى الحدّ من سبل الانتصاف المتاحة لهم، على سبيل المثال، في حالة حدوث تزوير أو تعويل زائف. ولهذين السببين ذاتهما، فإنه في الأحوال التي ينص فيها التشريع على أحكام بشأن استخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية، أو الأنشطة التي يضطلع بها مقدمو خدمات التصديق، يعمد القانون نمطياً إلى إخضاع الاعتراف بالشهادات الأجنبية، أو مقدمي خدمات التصديق الأجنبي، إلى شكل من أشكال التقييم للتكافؤ الجوهرى مع قابلية التعويل المتاحة من خلال الشهادات الداخلية ومقدمي خدمات التصديق الداخليين. ومن ثم فإن معايير واجب العناية ومستويات المسؤولية التي يخضع لها مختلف الأطراف تكوّن أساس القياس القانوني الرئيسي

(12) انظر الحاشية [...] [منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.02.V.8].

الذي يُقاس بناءً عليه هذا التكافؤ. علاوة على ذلك، فإن مقدرة مقدّم خدمات التصديق على الحدّ من مسؤوليته أو التنصّل منها سوف يكون لها أيضا تأثير في مستوى التكافؤ الذي يُتاح لشهادات التصديق التي يصدرها.

١ - أساس المسؤولية في إطار مرفق المفاتيح العمومية

١٧ - توزيع المسؤولية في إطار مرفق مفاتيح عمومية يتم بصفة أساسية بطريقتين: عن طريق أحكام تعاقدية، أو بموجب القانون (قانون سوابق، أو قانون تشريعي، أو كليهما). وفي الأحوال النمطية، تكون العلاقات بين مقدّم خدمات التصديق والموقع ذات طبيعة تعاقدية، ولذلك فإن المسؤولية، في تلك الأحوال، سوف تستند إلى حدوث إخلال بالالتزامات التعاقدية لأي من هذين الطرفين. وأما العلاقات بين الموقع وطرف ثالث فسوف تتوقّف على طبيعة تعاملهما معا في أي واقعة ملموسة. وقد تكون، أو قد لا تكون، مستندة إلى عقد مبرم. وأخيرا، فإن العلاقات بين مقدّم خدمات التصديق والطرف الثالث المعوّل لن تكون في أكثر الحالات قائمة بناءً على عقد مبرم.⁽¹³⁾ وبمقتضى أكثر النظم القانونية، سوف يترتب على أساس المسؤولية التعويضية (سواء بحكم العقد أو بجريرة المضرة) تبعات جسيمة وخطيرة الشأن بالنسبة إلى نظام المسؤولية، وخصوصا فيما يتعلق بالعناصر التالية: (أ) درجة الخطأ اللازمة لكي تستوجب مسؤولية الطرف المعني (أي بعبارة أخرى، ما هو "معياري واجب العناية" الذي يلتزم به طرف تجاه الطرف الآخر)؛ و(ب) الأطراف الذين قد يطالبون بتعويضات عن الأضرار ومقدار التعويضات التي يمكن أن يحصلوها عن الأضرار؛ و(ج) ما إذا كان الطرف الذي يقع على عاتقه الخطأ قادرا على الحدّ من مسؤوليته أو على التنصّل منها، ومدى مقدّره على ذلك.

١٨ - ويُستخلص مما ورد أعلاه لا أن معايير هذه المسؤولية سوف تتباين من بلد إلى آخر فحسب، بل أنها أيضا سوف تتباين، ضمن البلد الواحد، تبعا لطبيعة العلاقة بين الطرف الذي يُعتبر مسؤولا عن الضرر والطرف الذي لحقه الضرر. علاوة على ذلك، فقد يكون

(13) تناول Steffen Hindelang في "No remedy for disappointed trust: the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared"،

Journal of Information, Law and Technology، ٢٠٠٢، العدد ١، (الموقع الشبكي

http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_1/hindelang، الذي تمّ الدخول إليه في ٦ شباط/

فبراير ٢٠٠٧)، في القسم ٤-١-١، في مناقشة تفصيلية مسألة إمكانية إنشاء علاقة تعاقدية بين مقدّم خدمات التصديق والطرف الثالث في إطار القانون الإنكليزي، فخلص إلى استنتاج سلبي. غير أن هناك ولايات قضائية من الجائز فيها نشوء علاقة تعاقدية من هذا النحو.

لعدة قواعد ونظريات قانونية مختلفة تأثير في جانب أو آخر من جوانب المسؤولية في إطار نظام مسؤولية تعاقدية أو خاضع للقانون العام أو للقانون التشريعي، مما يقلل أحيانا من الفوارق بين النظامين. لكن هذه الدراسة لا يسعها أن تقدم تحليلا تفصيليا كاملا لهذه المسائل العامة؛ بل إنها سوف تركز على المسائل التي تُثار على وجه التحديد في سياق مرفق مفاتيح عمومية، وسوف تتناول بالنقاش في إيجاز كيف قاربت القوانين الداخلية تلك المسائل.

(أ) معيار واجب العناية

١٩ - مع أن النظم القانونية المختلفة تستخدم نظما ونظريات مختلفة في ترتيب الدرجات بخصوص المسؤولية، فإنه يُفترض لأغراض هذه الدراسة أن مسؤولية الأطراف المشمولين في إطار مرفق للمفاتيح العمومية من شأنها أن تستند بصفة أساسية إلى ثلاثة معايير ممكنة، هي: الإهمال أو الخطأ العادي؛ والإهمال المفترض (أو الخطأ الذي يكون عبء إثباته معكوسا)؛ والمسؤولية المطلقة.⁽¹⁴⁾

٦٤ الإهمال العادي

٢٠ - بمقتضى هذا المعيار العام، يكون أي شخص ملزما قانونا بالتعويض على غيره من الأشخاص عن أي عواقب سلبية تنجم عن تصرفاته، شريطة أن تكون العلاقة بالشخص الآخر من النوع الذي يقتضي بحكم القانون واجب العناية. علاوة على ذلك، فإن معيار واجب العناية اللازم عموما يُقصد به "العناية المعقولة"، والتي يمكن تعريفها ببساطة بأنها تلك الدرجة من العناية التي يمارسها شخص لديه قدر عادي من الحذر والمعرفة والتبصّر في الظروف نفسها أو في ظروف مشابهة. وفي الولايات القضائية التي تطبق القانون العام، كثيرا ما يُشار إلى هذا المعيار بتعبير معيار "الشخص العاقل"، في حين أنه كثيرا ما يُشار إليه في عدد من الولايات القضائية التي تطبق القانون المدني بتعبير معيار "أب أسرة صالح" (*bonus pater familias*). وبالنظر إلى معيار العناية المعقولة من منظور الأعمال التجارية تحديدا، فإنه يشير إلى درجة العناية التي من شأن أي شخص حصيف وكفاء على نحو عادي، يقوم بعمل أو مشروع تجاري من فرع الأعمال نفسه، أن يمارسها في ظروف مشابهة. وفي الأحوال التي

(14) للاطلاع على مناقشة عن نظام المسؤولية في هذا السياق، انظر Balboni, "Liability of certification service providers ..." (انظر الحاشية [...])، الصفحات ٢٣٢ وما بعدها.

تستند فيها المسؤولية التعويضية عموماً إلى معيار الإهمال العادي، فإنه يُفرض على الطرف المضرور أن يبيّن أن الضرر سببه إخلال الطرف الآخر الخاطئ بالتزاماته.

٢١- معيار واجب العناية المعقولة (أو معيار الإهمال العادي) هو المعيار العام بشأن واجب العناية المتوخى في قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية. ويُطبّق هذا المعيار الخاص بالعناية على مقدّمي خدمات التصديق بخصوص إصدار شهادات التصديق أو إلغائها وإفشاء المعلومات.⁽¹⁵⁾ وقد يُستخدم عدد من العوامل في تقدير مدى امتثال مقدّم خدمات التصديق بمعيار واجب العناية العام المتعلق به.⁽¹⁶⁾ ويُطبّق المعيار نفسه أيضاً على الموقعين بخصوص الحؤول دون استخدام أدوات إنشاء التوقيعات على نحو غير مأذون به، وكذلك بخصوص تأمين حفظ هذه الأدوات.⁽¹⁷⁾ والقانون النموذجي يمدّد نطاق معيار

(15) انظر الحاشية [...] [منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.02.V.8]. تنص الفقرة ١ من المادة ٩ من القانون النموذجي على ما يلي: "حيثما يوفر مقدّم خدمات التصديق خدمات لتأييد توقيع إلكتروني يجوز استخدامه لإعطاء مفعول قانوني بصفته توقيعاً، يتعيّن على مقدّم خدمات التصديق المشار إليه: (...) (ب) أن يولي قدراً معقولاً من العناية لضمان دقة واكتمال كل ما يقدّمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو مدرجة في الشهادة؛ (ج) أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متمسّراً بقدر معقول وتمكّن الطرف المعوّل من التأكّد، من الشهادة مما يلي: (...)؛ (د) أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متمسّراً بقدر معقول وتمكّن الطرف المعوّل من التأكّد، عند الاقتضاء، من الشهادة أو من سواها، مما يلي: (...)".

(16) انظر الحاشية [...] [القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراع ٢٠٠١]. تبيّن الفقرة ١٤٦ من دليل الاشتراع أنه "لدى تقدير مسؤولية مقدّم خدمات التصديق، ينبغي أن توضع في الاعتبار العوامل التالية، على سبيل المثال لا الحصر: (أ) تكلفة الحصول على الشهادة؛ (ب) طبيعة المعلومات التي يجري التصديق عليها؛ (ج) وجود ومدى أي قيد على الغرض الذي يمكن أن تُستخدم الشهادة من أجله؛ (د) وجود أي بيان يحدّد من نطاق أو مدى مسؤولية مقدّم خدمات التصديق؛ (هـ) أي سلوك إسهامي من جانب الطرف المعوّل. ولدى إعداد القانون النموذجي، أُنقح عموماً على أنه، عندما تُحدّد في الدولة المشترعة الخسارة التي يمكن استردادها، ينبغي إيلاء الاعتبار للقواعد الناظمة لحدود المسؤولية في الدولة التي يوجد فيها مقدّم خدمات التصديق أو في أي دولة أخرى يُطبّق قانونها بموجب قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة".

(17) انظر الحاشية [...] [منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.02.V.8]. تبيّن المادة ٨ من القانون النموذجي أنه "حيثما أمكن استخدام بيانات إنشاء التوقيع لإنشاء توقيع ذي مفعول قانوني، يتعيّن على كل موقع: (أ) أن يولي قدراً معقولاً من العناية لاجتناب استخدام بيانات إنشاء توقيعها استخداماً غير مأذون به؛ (ب) أن يبادر، دون تأخر لا مُسوَّغ له، إلى استخدام الوسائل التي يوفرها مقدّم خدمات التصديق (...)، أو خلافاً لذلك، إلى بذل جهود معقولة لإشعار أي شخص يجوز للموقع أن يتوقع منه على وجه معقول أن يعوّل على التوقيع الإلكتروني أو أن يقدم خدمات تأييداً للتوقيع الإلكتروني، وذلك في حالة: '١' معرفة الموقع بأن بيانات إنشاء التوقيع تعرّضت لما يثير الشبهة؛ أو '٢' كون الظروف المعروفة لدى الموقع تؤدي إلى نشوء احتمال قوي بتعرّض بيانات إنشاء التوقيع لما يثير الشبهة". إضافة إلى ذلك، يجب على الموقع "أن يولي قدراً معقولاً من العناية...، لضمان دقة واكتمال كل ما يقدّمه الموقع من تأكيدات مادية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو يتوخى إدراجها في الشهادة".

العناية المعقولة العام نفسه ليشمل الطرف المعوّل، والذي يُتوقّع منه أن يقوم بخطوات معقولة من أجل التحقّق من جدارة توقيع إلكتروني بالتعويل عليه، وكذلك من صحة شهادة التصديق أو من تعليقها أو إلغائها، وأن يراعي أي تقييد بشأن الشهادة.⁽¹⁸⁾

٢٢ - لكنّ قلة من البلدان، والتي يُلاحظ نمطياً أنّها في عداد الدول التي اشترعت قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية،⁽¹⁹⁾ قد اعتمدت معيار "العناية المعقولة" العام فيما يخص سلوك مقدّم خدمات التصديق.⁽²⁰⁾ وفي بعض البلدان، يبدو أن مقدّم خدمات التصديق سوف "يلزم على الأرجح بمعيار العناية المعقولة العام"، مع أن كون مقدّم خدمات التصديق، بحكم طبيعتهم، سوف يكونون أطرافاً من ذوي المهارات المتخصصة الذين يضع فيهم الأشخاص العاديون ثقتهم بقدر يتجاوز الثقة التي تُولى للمشاركين العاديين في أنشطة السوق، "قد يؤدي في نهاية المطاف إلى نشوء وضعية مهنية خاصة بهم، أو من ناحية أخرى إلى إخضاعهم إلى درجة أعلى من واجب العناية بأن يفعلوا ما هو معقول بالنظر إلى مهاراتهم المتخصصة".⁽²¹⁾ والواقع أنه، حسبما وردت مناقشته أدناه (انظر الفقرة ٢٩)، يبدو أنّها هذه هي الحال في أكثر البلدان.

٢٣ - وأما فيما يخصّ الموقع، فإن بعض الولايات القضائية التي اعتمدت قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية تنص على أحكام بشأن تطبيق معيار "العناية المعقولة" العام.⁽²²⁾ وفي مختلف البلدان، يشتمل القانون على قائمة مستفيضة إلى حد ما بالالتزامات الإيجابية من دون وصف معيار العناية أو تبيان عواقب عدم الامتثال لتلك الالتزامات.⁽²³⁾

(18) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (انظر الحاشية [...]،) المادة ١١، الفقرات الفرعية (أ) و(ب) '١'، و(ب) '٢'.

(19) انظر الحاشية [...] [منشورات الأمم المتحدة، رقم المبيع A.99.V.4].

(20) على سبيل المثال، جزر كايمان، قانون المعاملات الإلكترونية، ٢٠٠٠، الفرع ٢٨؛ وتايلند، قانون المعاملات الإلكترونية (٢٠٠١)، الفرع ٢٨.

(21) "Certification authority: liability issues" دراسة أعدّها من أجل رابطة المصرفيين الأمريكيين Thomas J. Smedinghoff، شباط/فبراير ١٩٩٨ (انظر الموقع الشبكي <http://www.bakernet.com/ecommerce/CA-Liability-Analysis.doc>)، الذي تم الدخول إليه في ٥ شباط/فبراير ٢٠٠٧، القسم ١-١.

(22) على سبيل المثال، تايلند، قانون المعاملات الإلكترونية (٢٠٠١)، الفرع ٢٧.

(23) على سبيل المثال، الأرجنتين *Ley de firma digital*، (٢٠٠١)، المادة ٢٥؛ جزر كايمان، قانون المعاملات الإلكترونية، ٢٠٠٠، الفرع ٣١؛ شيلي، *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma* (٢٠٠٢)، المادة ٢٤؛ إكوادور، *Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*، المادة ١٧؛ الهند، قانون تكنولوجيا المعلومات، ٢٠٠٠، الفروع ٤٠-٤٢؛ موريشيوس، قانون المعاملات الإلكترونية ٢٠٠٠، المواد ٣٣-٣٦؛ بيرو، *Ley de firmas y*

ولكن في بعض البلدان، يكمل القانون صراحة تلك القائمة بإعلان عام بشأن مسؤولية الموقع عن إخلاله⁽²⁴⁾ في هذا الصدد، والتي تعتبر في إحدى الحالات حتى مسؤولية ذات طابع جنائي⁽²⁵⁾. ويُفترض جدلاً بأنه قد لا يكون هناك معيار وحيد بشأن العناية، بل نظام متراتب، مع اعتبار معيار العناية المعقولة العام قاعدة تحوطية بشأن التقصير بخصوص التزامات الموقع، والذي يُرفع إلى مستوى معيار ضمان فيما يخص بعض الالتزامات المحددة، وهي نمطياً تلك الالتزامات التي تتعلق بدقة وصدق التأكيدات المقدمة⁽²⁶⁾.

٢٤- وأما الحال بالنسبة إلى الطرف المعوّل فهي حال مخصوصة، لأنه ليس من المرجح أن يتضرر الموقع ولا مقدّم خدمات التصديق من جراء فعل أو امتناع عن فعل من جانب الطرف المعوّل. وفي معظم الظروف، إذا ما أخفق الطرف المعوّل في التصرف بالدرجة اللازمة من العناية، فإنه سوف يتحمّل عواقب تصرفه، لكنه لن يتكبّد أي مسؤولية عن

Ordinance on the Procedures and Principles Pertaining to the *certificados digitales*، المادة ١٧؛ تركيا، *Implementation of Electronic Signature Law*، المادة ٢٠٥، المادة ١٥؛ تونس، *Loi relative aux échanges et au commerce électroniques*، المادة ٢١؛ فنزويلا (جمهورية-البوليفارية)، *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*، المادة ١٩.

(24) الصين، قانون التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠٤، المادة ٢٧؛ كولومبيا، *Ley 527 sobre comercio electrónico*، المادة ٤٠؛ المكسيك، *Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica*، المادة ٢٠٣، المادة ٩٩؛ الجمهورية الدومينيكية، *Ley sobre comercio electrónico, documentos y firmas digitales* (٢٠٠٦)، المادتان ٥٣ و ٥٥؛ بنما، *Ley de firma digital* (٢٠٠١)، المادتان ٣٧ و ٣٩؛ الاتحاد الروسي، القانون الاتحادي بشأن التوقيعات الرقمية الإلكترونية (٢٠٠٢)، البند ١٢؛ فنزويلا (جمهورية-البوليفارية)، *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas*، المادة ١٩؛ فييت نام، قانون المعاملات الإلكترونية، المادة ٢٥.

(25) باكستان، تشريع المعاملات الإلكترونية، ٢٠٠٢، الفرع ٣٤.

(26) على سبيل المثال، سنغافورة، قانون المعاملات الإلكترونية (الفصل ٨٨). وتنص الفقرة ٢ من الفرع ٣٧ من القانون على أن الموقع بقبوله شهادة تصديق "يصدّق لجميع أولئك الذين يعوّلون على نحو معقول على المعلومات الواردة في الشهادة بأن (أ) المكتب حائز بحق للمفتاح الخصوصي المقابل للمفتاح العمومي المذكور في الشهادة؛ و(ب) جميع الإفادات التي قدّمها المكتب إلى سلطة التصديق وذات الصلة الجوهرية بالمعلومات المذكورة في الشهادة صادقة؛ و(ج) جميع المعلومات الواردة في الشهادة التي تدرج في نطاق معرفة المكتب صادقة". وأما الفقرة ١ من الفرع ٣٩ فهي لا تتوخى سوى مراعاة "واجب ممارسة العناية المعقولة في الاحتفاظ بالتحكم بالمفتاح الخصوصي المقابل للمفتاح العمومي المذكور في تلك الشهادة، والحؤول دون إفشائه لشخص غير مأذون له بإنشاء التوقيع الرقمي الخاص بالمكتب". ويبدو أن هذه هي الحالة أيضاً في جمهورية فنزويلا البوليفارية، حيث إن المادة ١٩ من قانون التوقيعات الرقمية *Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas* تخص صراحة الالتزام باجتنب استخدام أداة إنشاء التوقيع على نحو غير مأذون به بأنه التزام بتوخى "الحرص الواجب" ("*actuar con diligencia*")، في حين أن الالتزامات الأخرى يعبر عنها بتعبير غير قانونية.

التعويض تجاه مقدّم خدمات التصديق. ولذا فإنه ليس مفاجئاً أن القوانين الداخلية بشأن التوقيع الرقمية، لدى معالجة دور الأطراف المعوّلة، قلّما تنص على أكثر من قائمة عامة بشأن الواجبات الأساسية على الطرف المعوّل. وهذه هي عموماً الحالة بالنسبة إلى الولايات القضائية التي اعتمدت قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الذي يوصي بالأخذ بمعيار "العناية المعقولة" فيما يتعلق بسلوك الطرف المعوّل.⁽²⁷⁾ ولكن في بعض الحالات، لا يُنص صراحة على هذا الاقتضاء.⁽²⁸⁾ وينبغي أن يُذكر هنا أن واجبات الطرف المعوّل الصريحة أو الضمنية ليست غير ذات صلة بالنسبة إلى مقدّم خدمات التصديق. والواقع أن إخلال الطرف المعوّل بواجبه في توخي العناية قد يزوّد مقدّم خدمات التصديق بدفاع يدرأ به عن نفسه مطالبة من جانب طرف معوّل بشأن المسؤولية بالتعويض عن ضرر، عندما يستطيع مقدّم خدمات التصديق، على سبيل المثال، أن يبيّن أن الضرر الذي لحق بالطرف المعوّل كان يمكن احتناؤه أو التخفيف منه لو أن الطرف المعوّل قد اتخذ تدابير معقولة بغية التأكد من صحة شهادة التصديق أو الأغراض التي يمكن استخدامها من أجلها.

٢٤ الإهمال المفترض

٢٥ - الإمكانية الثانية هي نظام يستند إلى وقوع خطأ ويكون فيه عبء الإثبات معكوساً. وفي إطار هذا النظام، يُفترض وقوع خطأ من جانب طرف ما حينما ينتج ضرر من فعل يمكن أن يُعزى إليه. والأساس المنطقي الذي يقوم عليه نظام من هذا النحو يتجسّد عموماً في الافتراض بأن الضرر، في بعض الظروف المعيّنة، لا يمكن وقوعه، في أثناء مجرى الأحداث العادية، إلا بسبب إخفاق طرف ما في الامتثال لالتزاماته أو التقيد بمعيار سلوك متوقّع منه.

٢٦ - في القانون المدني، قد يقع الخطأ المفترض فيما يتعلق بالمسؤولية التعويضية عن الإخلال بالعقد،⁽²⁹⁾ وكذلك بشأن أحوال مختلفة خاصة بالمسؤولية التقصيرية عن المضرة.

(27) جزر كايمان، قانون المعاملات الإلكترونية، ٢٠٠٠، الفرع ٢١؛ المكسيك *Código de Comercio: Decreto*

sobre firma electrónica (٢٠٠٣)، المادة ١٠٧؛ تايلند، قانون المعاملات الإلكترونية (٢٠٠١)، الفرع ٣٠.

(28) تركيا، تشريع الإجراءات والمبادئ الخاصة بتنفيذ قانون التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠٥)، المادة ١٦؛ فييت

نام، قانون المعاملات الإلكترونية، المادة ٢٦.

(29) الفقرة ١ من الفرع ٢٨٠ من مدونة القوانين المدنية في ألمانيا، على سبيل المثال، تعتبر المدين مسؤولاً عن

التعويض عن الضرر الناشئ عن الإخلال بالتزام تعاقدى ما لم يكن ذلك المدين مسؤولاً عن ذلك الإخلال

("Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des

hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die

Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat). والفقرة ١ من المادة ٩٧ من مدونة قوانين الالتزامات في

سويسرا تنص على هذا المبدأ حتى بعبارة أوضح من ذلك: إذا لم يحصل الدائن على أداء الدين، يكون المدين

ومن الأمثلة على ذلك مختلف أشكال المسؤولية عن أفعال المستخدمين أو الوكلاء، أو صغار الأطفال أو الحيوانات، والمسؤولية الناشئة في أثناء مسار بعض الأنشطة التجارية أو الصناعية، (الضرر البيئي، والضرر بالمتلكات المجاورة، وحوادث النقل). وأما النظريات التي تسوّغ عكس عبء الإثبات والأحوال المعينة التي يُجاز فيها فتختلف من بلد إلى آخر.

٢٧- وفي الممارسة العملية، يؤدي مثل هذا النظام إلى نتيجة مشابهة لنتيجة المعيار المعزّز بشأن العناية المتوقّعة من المهنيين. بمقتضى القانون العام. إذ يجب على المهنيين أن يكون لديهم مقدار أدنى من المعرفة الخاصة والمهارات الضرورية للتصرّف كأعضاء في المهنة المعيّنة، وعليهم واجب في التصرّف كما يتصرّف عضو عاقل في المهنة في ظرف معيّن.⁽³⁰⁾ وهذا لا يعني بالضرورة أن عبء الإثبات معكوس، بل أن الدرجة الأعلى من معيار العناية المتوقّعة من الشخص المهني تعني في الممارسة العملية أن المهنيين يعتبرون قادرين على اجتناب فعل ما يسبّب الأذى للأشخاص الذين يستأجرون خدماتهم أو الذين يأتمنونهم على رعاية مصلحتهم على أي نحو آخر، إذا ما تصرفوا وفقاً لتلك المعايير. ولكن في بعض الظروف المعيّنة فإن ما يسمى المذهب القانوني القائل بأن الشيء ينضح بما فيه (*res ipsa loquitur*) يسمح للمحاكم بأن تفترض، في حال عدم وجود ما يثبت العكس، أن وقوع الضرر في أثناء مجرى الأمور الاعتيادي لا يمكن أن يكون ممكناً إلا من جراء إخفاق شخص ما في توخي العناية المعقولة.⁽³¹⁾

مسؤولاً عن التعويض عن الضرر الناتج عن ذلك، إلا إذا استطاع أن يثبت أن عدم الأداء لا يُعزى إلى خطأ من جانبه هو ("Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable"). وترد قاعدة مشابهة في المادة ١٢١٨ من مدونة القوانين المدنية في إيطاليا. وبمقتضى القانون الفرنسي، يُفترض دائماً وقوع إهمال إذا ما كان العقد ينطوي على وعد له نتيجة معيّنة ما (*obligation de résultat*)، لكن الإهمال شيء يجب إثباته في حال إن كان موضوع العقد يُتوخى فيه معيار أداء (*obligation de moyen*)، بدلا من نتيجة محدّدة (انظر Gérard Lègier, "Responsabilité", *Répertoire de droit civil Dalloz*, August 1989, No. 58-68).

W. Page Keeton and others, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., (Saint Paul, Minnesota, (30) West Publishing Co., 1984), section 32 at p. 187.

(31) " لا بدّ من وجود دليل إثبات معقول على الإهمال. ولكن في الأحوال التي يُبين فيها أن الشيء المعني خاضع لإدارة المدعى عليه أو مستخدميه، وأن الحادث هو حادث لا يقع، في أثناء مجرى الأمور الاعتيادي، إذا ما حرص الذين يتولون الإدارة على توخي العناية على نحو صحيح، فإنه يقدّم دليل إثبات معقولا، في حال عدم وجود توضيح من جانب المدعى عليهم، على أن الحادث وقع من جراء انعدام العناية." (C. J. Erle in *Scott v. The London and St. Katherine's Docks Co.*, Ex. Ch., 3 H & C 596, 601, 159 Eng. Rep. 665, 667 (1865)).

٢٨- وإذا ما طُبِّقت هذه القاعدة على أنشطة مقدمي خدمات التصديق، فإن من شأن ذلك أن يعني أنه حينما يلحق ضرر بطرف معوّل أو موقع، نتيجة لاستعمال توقيع إلكتروني أو شهادة تصديق إلكتروني، وحينما يُستطاع عزو ذلك الضرر إلى إخفاق من جانب مقدّم خدمات التصديق في التصرف وفقاً لالتزاماته التعاقدية أو القانونية، يُفترض إذ ذاك أن مقدّم خدمات التصديق كان مهملاً.

٢٩- ويبدو أن الإهمال المفترض هو المعيار السائد المتبع بمقتضى القوانين الداخلية. وعلى سبيل المثال، بمقتضى التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، يكون مقدّم خدمات التصديق مسؤولاً عن التعويض عن الأضرار تجاه أي كيان يعوّل على نحو معقول على شهادة التصديق المستوفية الشروط، ما لم يثبت مقدّم خدمات التصديق بأنه لم يتصرّف بإهمال.⁽³²⁾ وبعبارة أخرى يمكن القول بأن مسؤولية مقدّم خدمات التصديق عن الضرر تستند إلى معيار الإهمال مع عبء إثبات معكوس: أي أن على مقدّم خدمات التصديق أن يثبت أن تصرفاته لم تنطو على إهمال، لأنه في أفضل موقف يؤهّله للقيام بذلك، بما لديه من المهارات التقنية وسبل الوصول إلى المعلومات ذات الصلة (وهما شيان قد لا يمتلكهما الموقعون ولا الأطراف الثالثة المعوّل).

٣٠- وهذه هي الحالة أيضاً في إطار قوانين داخلية شتى خارج الاتحاد الأوروبي، تنص على قائمة مستفيضة بالواجبات التي ينبغي لمقدمي خدمات التصديق أن يراعوها، والتي تخضعهم عموماً للمسؤولية التعويضية عن أي خسارة يسببها إخفاقهم في الامتثال للالتزامات التشريعية.⁽³³⁾ وليس من الواضح تماماً ما إذا كانت هذه القوانين كلها تلجأ فعلاً إلى عكس

(32) انظر الحاشية [...] [Official Journal of the European Communities, L 13/12]. المادة ٦ من التوجيه الإداري تنص على معيار حد أدنى من المسؤولية عن الضرر؛ مما من شأنه أن يتيح إمكانية للدول المشترعة أن تعزز مسؤولية مقدّم خدمات التصديق، وذلك على سبيل المثال بتطبيق نظام المسؤولية المطلقة أو توسيع نطاق المسؤولية ليشمل شهادات التصديق المستوفية الشروط. غير أن ذلك لم يحدث حتى الآن ولا يُرجّح أن يحدث لأن من شأنه أن يضع مقدّم خدمات التصديق التابعين لأحد البلدان في موقف غير مؤات بالنسبة إلى غيرهم من مقدمي خدمات التصديق التابعين للاتحاد الأوروبي (Balboni "Liability of certification service providers..." انظر الحاشية [...].، الصفحة ٢٢٢).

(33) الأرجنتين، Ley de firma digital، (٢٠٠١)، المادة ٣٨؛ شيلي، Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma، (٢٠٠٦)، المادة ١٤؛ إكوادور، Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos، (٢٠٠١)، المادة ٥١؛ تونس، Loi relative aux échanges et au commerce électroniques، المادة ٢٢.

عبء الإثبات، لكن عددا منها ينص بالفعل نصا صريحا تماما على الأخذ بهذا العكس، إما عموما،⁽³⁴⁾ وإما فيما يتعلق بالتزامات محدّدة.⁽³⁵⁾

٣١- ويُحاجج بأن تفضيل الأخذ بنظام يقوم على الخطأ المفترض هو نتيجة لدواعي القلق من أن المسؤولية التي تستند إلى معيار الإهمال العادي لن تكون منصفة للطرف المعول، الذي قد تعوزه المعرفة التكنولوجية، وكذلك سبل الوصول إلى المعلومات ذات الصلة، لكي يفي بعبء إظهار إهمال مقدّم خدمات التصديق.

٣٤ المسؤولية المطلقة

٣٢- قاعدة المسؤولية المطلقة أو "المسؤولية الموضوعية" (*responsabilité objective*) هي قاعدة تُستخدم في عدّة نظم قانونية مختلفة من أجل عزو المسؤولية التعويضية إلى شخص ما (في الأحوال النمطية، صانعي أو مشغلي منتجات أو معدّات يُحتمل أن تكون خطيرة أو مؤذية) من دون وجود ما يدلّ على وقوع خطأ أو إخلال بواجب توحي العناية. ويُعتبر الشخص مسؤولا عن الضرر وذلك لسبب بسيط يعزى إلى طرحه منتج معيب في السوق أو إلى سوء صنعه لقطعة من المعدّات. وبما أن هذه المسؤولية تُفترض من واقعة حدوث الخسارة أو الضرر فحسب، فليس ثمة من حاجة إلى إثبات العناصر القانونية الإفرادية اللازمة لإثبات تصرف كإهمال أو الإخلال بكفالة أو السلوك العمدي.

٣٣- كما إن المسؤولية المطلقة هي قاعدة استثنائية بمقتضى أكثر النظم القانونية، ولا تُفترض في الأحوال الاعتيادية، في حال عدم وجود عبارة قانونية واضحة. وفي سياق طرائق

(34) الصين، قانون التوقيعات الإلكترونية، الصادر عام ٢٠٠٤، المادة ٢٨: "إذا تكبّد صاحب توقيع إلكتروني أو شخص يعول على توقيع إلكتروني خسارة نتيجة للتحويل على خدمة تصديق التوقيع الإلكتروني المقدّمة من مقدّم خدمات تصديق إلكتروني، أثناء قيامه بأنشطة مدنية، وإذا أخفق مقدّم خدمة التصديق الإلكتروني في تقديم دليل يثبت أن مقدّم الخدمة لم يرتكب خطأ، على مقدّم خدمة التصديق الإلكتروني أن يتحمّل إزاء ذلك المسؤولية عن التعويض عن الأضرار"، انظر أيضا تركيا، قانون التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠٤، المادة ١٣: "يتحمّل مقدمو خدمات التصديق الإلكتروني المسؤولية عن التعويض عن الأضرار التي تتكبّدها أطراف ثالثة نتيجة لانتهاك أحكام هذا القانون أو الإعلانات القانونية التي تُنشر وفقا لهذا القانون. ولا تقع المسؤولية التعويضية عن الأضرار على عاتق مقدّم خدمات التصديق الإلكتروني إذا أثبت عدم حدوث إهمال من جانبه".

(35) بربادوس، الفصل ٣٠٨ باء من قانون المعاملات الإلكترونية (١٩٩٨)، الفرع ٢٠: "لا يتحمّل مقدّم خدمات التصديق المأذون له بالعمل المسؤولية عن الأغلط في المعلومات الواردة في شهادة تصديق معتمدة في حال أن (أ) كانت المعلومات مقدّمة من الشخص المبيّنة هويته في الشهادة المعتمدة أو بالنيابة عنه؛ و(ب) استطاع مقدّم خدمات التصديق أن يثبت أنه اتخذ جميع التدابير المعقولة عمليا بغية التحقق من تلك المعلومات." انظر أيضا بيمودا، قانون المعاملات الإلكترونية، ١٩٩٩، الفرع ٢٣، الفقرة ٢ (ب).

التوقيع والتوثيق الإلكتروني، قد تؤدي المسؤولية المطلقة إلى إلقاء عبء مفرط على عاتق مقدم خدمات التصديق، مما من شأنه أيضا أن يعوق صلاحية الصناعة للاستمرار تجاريا في مرحلة مبكرة من مسار تطورها. وفي الوقت الحالي، لا يبدو أن هناك بلدا يفرض مسؤولية مطلقة لا على مقدم خدمات التصديق ولا على أي أطراف أخرى مشمولة في عملية إنشاء التوقيعات الإلكترونية. وصحيح أنه في البلدان التي تنص قوانينها على فهرست بالالتزامات الإيجابية على مقدمي خدمات التصديق، فيكون معيار واجب العناية على مقدمي خدمات التصديق عاليا جدا في الأحوال النمطية، ويقترّب في بعض الحالات من نظام المسؤولية المطلقة، لكن مقدم خدمات التصديق يستطيع مع ذلك إبراء ذمته من المسؤولية إذا استطاع أن يبيّن أنه تصرف متوخيا الحرص اللازم في عمله.⁽³⁶⁾

(ب) الأطراف الذين يحق لهم المطالبة بتعويضات عن الأضرار ومقدار التعويضات الممكن تحصيلها

٣٤- إحدى المسائل الهامة في تعيين مدى مسؤولية مقدمي خدمات التصديق والموقعين أيضا تتعلق بفئة الأشخاص الذين قد يحق لهم المطالبة بتعويض عن الضرر الذي يسببه إخلال من جانب أي طرف بالتزاماته التعاقدية أو القانونية. والقضية الأخرى ذات الصلة بتلك المسألة تتعلق بمدى الالتزام بالتعويض وأنواع الأضرار التي ينبغي التعويض عنها.

٣٥- المسؤولية التعويضية التعاقدية تترتب عموما على الإخلال بالتزام تعاقدي. وفي سياق مرفق المفاتيح العمومية، يوجد عادة عقد بين الموقع ومقدم خدمات التصديق. ومن ثم فإن تبعات حالات الإخلال من جانب أي واحد منهما بالتزاماته التعاقدية تجاه الآخر تقررها عبارات العقد، كما تحكمها القوانين الواجب تطبيقها على العقود. وفيما يخص التوقيعات والشهادات الإلكترونية، فإن المسؤولية خارج إطار علاقة تعاقدية محدّدة بوضوح، إنما تنشأ في الأحوال النمطية في الحالات التي يتكبّد فيها شخص ما ضررا في أثناء التعويل المعقول على المعلومات المقدّمة إما من مقدم خدمات التصديق وإما من الموقع، والتي تبيّن أنها زائفة أو غير دقيقة. وعادة، لا يكون الطرف الثالث المعوّل قد أبرم عقدا مع مقدم خدمات التصديق، ويحتمل ألا يدخل في تعامل مع مقدم خدمات التصديق على الإطلاق، ما عدا فيما يتعلق بالتعويل على الشهادة. وقد يؤدي ذلك إلى طرح أسئلة صعبة لا تحظى بالإجابة عنها كليا في بعض الولايات القضائية.

(36) على سبيل المثال، إكوادور وبنما وشيلي.

٣٦- ففي إطار أكثر نظم القانون المدني، يمكن أن يُفترض أن مقدّم خدمات التصديق من شأنه أن يكون مسؤولاً عن التعويض عن خسارة يتكبدها الطرف المعوّل نتيجة للتعويل على معلومات غير دقيقة أو زائفة، حتى من دون وجود أحكام محدّدة في هذا الخصوص في تشريعات محدّدة تعالج موضوع التوقيعات الإلكترونية. وفي عدّة ولايات قضائية، قد تُستخلص هذه المسؤولية من الحكم العام بشأن المسؤولية التقصيرية عن المضرّة، الذي أُدخل في معظم تقنينات القانون المدني،⁽³⁷⁾ مع بعض الاستثناءات القليلة.⁽³⁸⁾ ذلك أنه في بعض الولايات القضائية، يمكن إجراء قياس تمثيلي بين ما يقوم به مقدّم خدمات التصديق وما يقوم به الكتاب العدول، الذين يعتبرون عموماً مسؤولين عن الضرر الذي يسببه وقوع إهمال في أدائهم واجباتهم.

٣٧- وأما في الولايات القضائية القائمة على القانون العام، فإن الوضع قد لا يكون واضحاً تماماً. ذلك أنه في حال ارتكاب مضارّة في أداء الأفعال التي يحكمها عقد ما، كانت الولايات القضائية القائمة على القانون العام تلجأ تقليدياً إلى اقتضاء وجود صلة تعاقّد من نحو ما بين فاعل المضرّة والطرف المضروور. لكن بما أن الطرف الثالث المعوّل لا يدخل في عقد مع مقدّم خدمات التصديق، ويحتلّ ألا يدخل في تعامل مع مقدّم خدمات التصديق على الإطلاق، باستثناء ما يتعلق بالتعويل على التصديق الزائف، فقد يصعب في بعض الولايات القضائية القائمة على القانون العام (في حال عدم وجود حكم قانوني صريح) على الطرف المعوّل أن يثبت سبباً لرفع دعوى على مقدّم خدمات التصديق.⁽³⁹⁾ فإذا لم يكن

(37) المادة ١٣٨٢ من مدونة القوانين المدنية الفرنسية تنص على أنه "أياً كان التصرف البشري الذي يسبب ضرراً لشخص آخر فإن الذي وقع الضرر من جراء خطئه يُلزم بالتعويض عنه. وهذه القاعدة العامة بشأن المسؤولية قد استلهمت منها أحكام مشابهة في عدّة بلدان أخرى، ومنها مثلاً المادة ٢٠٤٣ من مدونة القوانين المدنية في إيطاليا، والمادة ٤٨٣ من مدونة القوانين المدنية في البرتغال.

(38) تحتوي مدونة القوانين المدنية الألمانية على ثلاثة أحكام عامة (في الفروع ٨٢٣ أولاً، و٨٢٣ ثانياً، و٨٢٦)، وعلى بعض من القواعد المحدّدة التي تعالج عدداً من حالات المضارّة الضيقة التحديد على الأرجح. والحكم الرئيسي هو في الفرع ٨٢٣ أولاً، والذي يختلف عن المدونة الفرنسية من حيث إنه يشير صراحة إلى إيذاء شخص آخر في "حياته أو بدنه أو صحته أو حريته أو ممتلكاته أو في أي حق له من حقوقه".

(39) على سبيل المثال، بالنسبة إلى القانون العام الإنكليزي، يستنتج أحد المؤلفين بأنه "في حال عدم وجود تشريع، فإن مسؤولية [مقدّم خدمات التصديق] تجاه [الطرف الثالث] بعيدة عن اليقين، ومع ذلك فإنه يمكن التكهن بأن [الطرف الثالث] يتكبّد خسارة نتيجة إهماله. علاوة على ذلك، فإن من الصعب أن يرى المرء كيف يستطيع [الطرف الثالث] أن يحمي نفسه. فإذا لم يكن هناك مسؤولية عن الضرر، فإنه يمكن المحاججة بأن هناك ثغرة واضحة على الأقل. وقد يسدّ القانون العام الثغرات، لكن العملية الإجرائية لا تتسم باليقين ولا يُعوّل عليها". (Paul Todd, *E-Commerce Law* (Abingdon, Oxon, Cavendish Publishing Limited, 2005).

هناك صلة تعاقد، فإن سبب لرفع دعوى بناء على المضرّة بمقتضى القانون العام من شأنه أن يتطلّب تبيان حدوث إخلال بواجب العناية يدين به فاعل المضرّة تجاه الطرف المضرور. وليس واضحا كليا ما إذا كان يوجد واجب من هذا النحو على مقدّم خدمات التصديق بالنسبة إلى جميع الأطراف المعوّلين المحتملين. وعلى العموم، يحجم القانون العام عن إخضاع شخص "للمسؤولية عن دفع تعويض بمقدار غير محدد طوال فترة غير محدّدة من الزمن، لفئة غير محدّدة"⁽⁴⁰⁾ عن سوء تأكيد ناجم عن إهمال، ما لم تكن الكلمات التي تُنطق بها بإهمال "قد قيلت بلفظها مباشرة، مع معرفة أو ملاحظة بأنّها سوف يُتصرّف بناء عليها، لشخص ما يلتزم المتكلم تجاهه بعلاقة واجب من نحو ما، ناجمة عن منصب عام أو عقد أو غير ذلك، بأن يتصرّف بعناية إذا ما كان عليه ذلك في أي حال."⁽⁴¹⁾

٣٨- في هذه الحالة، القضية المعنية هي تحديد الطيف الذي يشمل الأشخاص الذين يدين لهم مقدّم خدمات التصديق (أو الموقع فيما يتعلق به) بواجب العناية. وهناك أساسا ثلاثة معايير قد تُستخدم في تحديد الطيف الذي يشمل الأشخاص الذين يجوز لهم في حال من هذا القبيل أن يؤكّدوا حسب الأصول الصحيحة ما لهم من مطالبات على مقدّم خدمات التصديق، وهي:⁽⁴²⁾

- (أ) **معياري إمكانية التوقع** - هذا أوسع معايير المسؤولية نطاقا. وبناء على هذا المعيار، سوف يكون الموقع أو مقدّم خدمات التصديق مسؤولا عن الضرر تجاه أي شخص كان تعويله على التأكيدات الزائفة يمكن توقعه على نحو معقول؛
- (ب) **المعيار القائم على النية والمعرفة** - هذا معيار أضيق نطاقا من سابقه، يقصر المسؤولية التعويضية على الخسارة التي يتكبّدها أحد أعضاء مجموعة الأشخاص الذين ينوي الشخص المعني أن يقدّم معلومات لصالحهم وبتوجيههم، أو يعرف أن المتلقي ينوي تقديمها؛
- (ج) **معياري الصلة القانونية** - هذا أكثر المعايير تقييدا، يقتضي إنشاء واجب يُؤدّى للزبون فحسب، أو لشخص يربطه بمقدّم المعلومات اتصال محدّد.

Sneddon, *Legal Liability and e-transactions* ... (انظر الحاشية [١١])، الصفحة ١٥. pp. 149-150. وقد تم التوصل إلى استنتاجات مشابهة بخصوص القانون الأسترالي، انظر *Sneddon, Legal Liability and e-transactions* ... (انظر الحاشية [١١])، الصفحة ١٥.

(40) عبارة قالها القاضي *Ultramares Corporation v. George A. Touche et al*، محكمة الاستئناف في نيويورك، ٦ كانون الثاني/يناير ١٩٣١، 174 N.E. 441، الصفحة ٤٤٥.

(41) المرجع نفسه، الصفحة ٤٤٧.

(42) *Smedinghoff, "Certification authority: liability issues"* (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٣-١.

٣٩- لكن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لا يسعى إلى "الإحاطة الشاملة بجميع الأشخاص الذين قد ينضون في فئة الأطراف المعولّين"، والتي يمكن أن تشمل "أي شخص له علاقة تعاقدية بالموقع أو مقدّم خدمات التصديق أو ليست له علاقة تعاقدية بهما".⁽⁴³⁾ وعلى نحو مماثل، يقتضي التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية أن يعتبر مقدّم خدمات التصديق مسؤولاً عن التعويض عن وقوع أضرار تجاه "أي كيان أو شخص اعتباري أو طبيعي يعول على نحو معقول" على شهادة التصديق المستوفية الشروط. والواضح أن التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي يستند إلى وجود مخطط خاص. بمرافق المفاتيح العمومية، لأنه لا يطبق إلا في حالات التوقيعات الرقمية (شهادات التصديق المستوفية الشروط). ومفهوم الكيان يُفسّر عادة بأنه يشير إلى الأطراف الثالثة المعوّلة، وقد أخذت بتنفيذ التوجيه الإداري بهذا المعنى جميع الدول ما عدا اثنتين منها.⁽⁴⁴⁾

٤٠- وعلى غرار قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لا يضيّق التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي فئات الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا مستوفي الشروط لاعتبارهم من الأطراف المعوّلة. ولذلك فقد اقترح بأنه حتى في إطار القانون العام "من البديهي فيما يتعلق بتقديم خدمات التصديق أن يكون مقدّم خدمات التصديق ملزماً بواجب توخي العناية تجاه كل من قد يُعول على شهادات التصديق الصادرة عنهم في اتخاذ قراره بشأن القبول بتوقيع إلكتروني معيّن في معاملة معيّنة، لأن الغرض الجوهرية الذي تصدر من أجله الشهادة هو التشجيع على ذلك التعويل".⁽⁴⁵⁾

٤١- جانب آخر يثير الاهتمام يتعلق بطبيعة الخسارة التي يمكن استردادها من موقع أو مقدّم خدمات تصديق. وعلى سبيل المثال، في بعض الولايات القضائية القائمة على القانون العام، تعتبر المطالبات بالتعويض عن الخسائر الاقتصادية المحض الناجمة عن عيوب في المنتجات، غير قابلة لتحصيلها بناء على المضرّة التقصيرية. غير أن هناك حالات من الاحتيال الدولي، أو حتى حالات سوء الإفادة الناجم عن إهمال، في بعض الولايات القضائية القائمة

(43) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع (انظر الحاشية [...])، الفقرة ١٥٠.

(44) الاستثناءان هما الدانمرك وهنغاريا "Liability of certification service providers ..." (Balboni، انظر الحاشية [...])، الصفحة ٢٢٠.

(45) (Lorna Brazell, *Electronic Signatures: Law and Regulation* (London, Sweet and Maxwell, 2004) الصفحة ١٨٧.

على القانون العام، تعتبر استثناءات من قاعدة الخسارة الاقتصادية.⁽⁴⁶⁾ ومن المثير للاهتمام أن يلاحظ فيما يتعلق بذلك أن اللوائح التنظيمية للتوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠٢ الخاصة بالمملكة المتحدة لم تستنسخ أحكام المسؤولية التعويضية الواردة في التوجيه الإداري بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن الاتحاد الأوروبي. ولذا فإن هناك قواعد معيارية بشأن المسؤولية التعويضية تُطبّق فيما يتعلق، في هذه الحالة، باختبار مدى قرب احتمال وقوع الضرر.⁽⁴⁷⁾ وأما مقدار التعويضات التي يمكن تحصيلها عن الأضرار، فهي مسألة تُترك لتقريرها في الأحوال النمطية بمقتضى القوانين ذات الصلة العامة بشأن العقود أو بشأن المضارّة. وبعض القوانين يقتضي صراحة من مقدّم خدمات التصديق أن يحصلوا على تأمين على المسؤولية عن الأضرار، أو من ناحية أخرى أن يعلنوا لجميع الموقعين المحتملين، ضمن ما يقدمونه من المعلومات، عن الكفالات المالية بشأن المسؤولية عن الأضرار.⁽⁴⁸⁾

(ج) القدرة على الحد من المسؤولية أو التنصّل منها تعاقدياً

٤٢- من المتوقع أن يسعى مقدّمو خدمات التصديق عادة بقدر الإمكان إلى الحد من مسؤوليتهم التعاقدية أو مسؤوليتهم عن المضرة التقصيرية تجاه الأطراف الموقعة والمعولة. أما فيما يخص الموقع، فيلاحظ في الأحوال النمطية اللجوء إلى إدخال بنود تقييدية ضمن عدّة عناصر من وثائق العقد، ومنها مثلاً بيانات الممارسة المتبعة في عملية التصديق. وتلك البيانات قد تفرض حداً أعلى على مدى المسؤولية بحسب الحوادث العرضية، أو بحسب سلسلة الحوادث العرضية، أو بحسب الفترة الزمنية، وتستبعد فئات معيّنة من تصنيف الأضرار. وهناك أسلوب آخر يُتبع في تضمين شهادات التصديق الحد الأقصى من قيمة المعاملة التي يجوز استخدام الشهادة من أجلها، أو قصر استخدام الشهادة على أغراض معيّنة فقط.⁽⁴⁹⁾

(46) Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٥.

(47) Dumortier and others, "The legal and market aspects of electronic signatures" (انظر الحاشية [...])، الصفحة ٢١٥.

(48) تركيا، قانون التوقيعات الإلكترونية، ٢٠٠٤، المادة ١٣؛ والأرجنتين، *Ley de firma digital*، (٢٠٠١)، المادة ٢١ (أ) (١)؛ انظر أيضاً المكسيك، *Código de Comercio: Decreto sobre firma electrónica*، (٢٠٠٣)، المادة ١٠٤ (ثالثاً).

(49) انظر Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٥-٢-٥-٤؛ و Hindelang, "No remedy for disappointed trust ..." (انظر الحاشية [١٥])، القسم ٤-١-١.

٤٣- وفي حين يعترف أكثر النظم القانونية عموماً بحق الأطراف في العقد في اللجوء إلى الحد من المسؤولية التعويضية أو استبعادها من خلال الأحكام التعاقدية، فإن هذا الحق يخضع عادة إلى عدة قيود وشروط مختلفة. وعلى سبيل المثال، في معظم الولايات القضائية القائمة على القانون المدني، يعتبر اللجوء إلى استبعاد كلي لمسؤولية شخص ما التعويضية عن خطأ من جانبه، غير مسموح به،⁽⁵⁰⁾ أو يكون خاضعاً لتقييدات واضحة.⁽⁵¹⁾ علاوة على ذلك، إذا كانت شروط العقد لم يتم التفاوض عليها بحرية، بل فرضها أحد الأطراف أو قرّرها مسبقاً ("عقود الإذعان")، فقد يتبيّن أن بعض الأنواع من البنود التقييدية تعتبر "تعسفية" ومن ثم باطلة.

٤٤- وأما في الولايات القضائية التي تطبّق القانون العام، فقد تُستخلص نتيجة مشابهة من عدّة نظريات مختلفة يؤخذ بها. ففي الولايات المتحدة، على سبيل المثال، تلجأ المحاكم عموماً إلى عدم إنفاذ أحكام تعاقدية يتبيّن أنها "منافية للضمير". ومع أن هذا المفهوم يعتمد عادة على تقرير الظروف المعينة المحيط بالقضية، فإنه يشير عموماً إلى شروط العقد "التي لا يضعها أي إنسان عاقل، وغير خاضع لتوهّم، من ناحية، والتي لا يقبلها أي إنسان منصف وأمين، من ناحية أخرى"،⁽⁵²⁾ والتي تتميز "بعدم وجود خيار مجدّد من جانب أحد الأطراف ومع كون أحكام العقد مؤاتية على نحو غير معقول للطرف الآخر".⁽⁵³⁾ وعلى نحو مماثل لمعالجة مفهوم "عقد الإذعان" في القانون المدني، طُبّق هذا المذهب لمنع حدوث حالات اللجوء إلى

(50) في فرنسا، يمكن من حيث المبدأ استبعاد المسؤولية الناجمة عن إخلال بالعقد. ولكن من حيث الممارسة العملية، تميل المحاكم إلى إبطال تلك البنود حيثما يتبيّن أن البند المعني قد يحل الطرف من عواقب إخلال بالتزام تعاقدية "جوهرية" (انظر "Légier, "Responsabilité contractuelle" (انظر الحاشية [...])، العدد ٢٦٢ و٢٦٣).

(51) في معظم بلدان القانون المدني، يحظر القانون التنصّل من المسؤولية الناجمة عن إهمال جسيم أو إخلال جسيم بخصوص واجب تفرضه قاعدة من قواعد السياسة العامة. ولدى بعض البلدان قواعد صريحة في هذا الشأن، ومن ذلك مثلاً المادة ١٠٠ ثانياً من مدونة قوانين الالتزامات في سويسرا، والمادة ١٢٢٩ من مدونة القوانين المدنية في إيطاليا. وهناك بلدان أخرى، مثل البرتغال، ليس لديها قواعد قانونية مشابهة، لكنها تحقّق النتيجة نفسها أساساً، مثل إيطاليا (انظر António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil* (Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 1985)، الصفحة ٢١٧).

(52) *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979), (1975), 132 U.S. 406, 410 (1975), cited in Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٥-٢-٥.

(53) المرجع نفسه، استشهداً بقضية *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 315, 320 (D.C. 1965)، ومذكور في Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٥-٢-٥.

"الممارسات التجارية المعوّجة" من جانب أطراف لديهم تفوّق في القوة على المساومة.⁽⁵⁴⁾ علما بأنه ليس كل شرط تعاقدى ينحو هذا المنحى يعتبر باطلا. ولكن مع أن المحاكم تعتمد عموما إلى إنفاذ شكل قياسي ما من عقود الإذعان، التي تنعدم فيها القدرة على المساومة بخصوص الشروط، حتى في عقود المستهلكين، فإنه يحدث أحيانا أن تتمتع المحكمة عن إنفاذ بند في عقد قياسي إذا ما أدى إدراجه في العقد إلى مفاجأة محزنة.⁽⁵⁵⁾

٤٥ - وأخيرا ينبغي القول بأن من الجائز، في نظامي القانون المدني والقانون العام كليهما، أن تعتمد قواعد حماية المستهلكين إلى تقليص قدرة مقدّم خدمات التصديق بدرجة كبيرة على الحد من مسؤوليته عن الضرر تجاه الموقع، وذلك في الظروف التي يؤدّي فيها تقييد هذه المسؤولية إلى حرمان الموقع فعلا من حق أو من سبيل انتصاف يعترف بهما القانون الواجب تطبيقه.

٤٦ - وأما الإمكانية المتاحة لمقدّم خدمات التصديق لكي يحد من مسؤوليته المحتملة تجاه الطرف المعوّل فمن شأنها أن تكون في معظم الحالات خاضعة إلى قيود أكبر كثيرا من ذلك. وما عدا نماذج الأعمال التجارية المغلقة التي يكون من اللازم فيها للطرف المعوّل أن يتقيد بشروط العقد،⁽⁵⁶⁾ فإن الطرف المعوّل كثيرا جدا ما لا يكون ملزما بموجب عقد تجاه مقدّم خدمات التصديق أو حتى تجاه الموقع. ومن ثم فإنه من حيث إن الطرف المعوّل قد يكون لديه مطالبة بشأن مضارّة تقصيرية، تجاه مقدّم خدمات التصديق أو الموقع، فإن هذين الطرفين قد لا يكون لديهما أي وسيلة للحد من مسؤوليتهما فعلا، لأن من شأن ذلك أن يتطلب، بمقتضى معظم النظم القانونية، توجيه إشعار واف بالعرض إلى الطرف المعوّل بخصوص تقييد المسؤولية. كما إن عدم معرفة هوية الطرف المعوّل من قبل وقوع الضرر قد يمنع مقدّم خدمات التصديق (ويُحاجج بأن ذلك قد يمنع الموقع في حالات أكثر) من اللجوء إلى تهيئة نظام فعال لغرض الحد من مسؤوليته. وهذه المشكلة نمطية الظهور في النظم المفتوحة

(54) *First Financial Ins. Co. v. Purolator Security, Inc.*, 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979),

cited in Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٥-٢-٥.

(55) Raymond T. Nimmer, *Information Law*, section 11.12[4][a], at 11-37, cited in Smedinghoff,

"Certification authority: liability issues" (انظر الحاشية [٢٣])، القسم ٤-٥-٢-٥.

(56) كما هو متوخّى بشأن E-Authentication Federation administered by the General Services

Administration of the United States Government (انظر E-Authentication Federation, Interim Legal

Document Suite, version 4.0.7، متاحة على الموقع الشبكي <http://www.cio.gov/eauthentication/>، الذي

تم الدخول إليه في ٨ شباط/فبراير ٢٠٠٧).

حيث يتفاعل الغرباء من دون اتصال مسبق، وهي تترك الموقع معرضاً لعواقب يُحتمل أن تكون وخيمة عليه.⁽⁵⁷⁾ وهذه الحال يرتقي الكثيرون، وخصوصاً ممثلي صناعة التصديق، أنها عائق خطير الشأن أمام اتساع نطاق استخدام طرائق التوقيع والتوثيق الإلكترونية، باعتبار الصعوبة التي يلقاها مقدّمو خدمات التصديق في تقدير مدى تعرّضهم للمسؤولية التعويضية.

٤٧- وقد أدت الرغبة في توضيح القانون بشأن هذا الجانب بعدد من البلدان إلى الاعتراف صراحة بحق مقدّم خدمات التصديق في الحد من مسؤوليتهم عن الضرر. وعلى سبيل المثال، يلزم التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بضمان جواز أن يبيّن مقدّم خدمات التصديق في شهادة تصديق مستوفية الشروط "التقييدات على استخدام تلك الشهادة" ما دامت تلك التقييدات "معرّفاً بما لدى أطراف الثالثة".⁽⁵⁸⁾ وهذه التقييدات قد تكون في الأحوال النمطية من فئتين: فقد تكون هناك قيود تحد من أنواع المعاملات التي يجوز استخدام شهادات معيّنة أو أصناف معيّنة من الشهادات؛ وقد تكون هناك أيضاً قيود تحد من قيمة المعاملات التي يجوز استخدام الشهادة المعيّنة أو الصنف المعيّن من الشهادات بخصوصها. وبمقتضى أي من هاتين الفرضيتين، فإن مقدّم خدمات التصديق يُعفى صراحة من المسؤولية عن التعويض "عن الضرر الناجم عن استخدام شهادة تصديق مستوفية الشروط تتجاوز نطاق التقييدات المفروضة عليها"⁽⁵⁹⁾ علاوة على ذلك، فإن التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي يكلف الدول الأعضاء في الاتحاد بمهمة ضمان "جواز أن يبيّن مقدّم خدمات التصديق في الشهادة المستوفية الشروط حداً يفرضه على قيمة المعاملة التي يمكن استخدام الشهادة من أجلها، شريطة أن يكون ذلك الحد معترفاً به لدى أطراف الثالثة".⁽⁶⁰⁾ وفي تلك الحالة، لا يكون مقدّم خدمات التصديق مسؤولاً عن التعويض عن الضرر الناتج عن تجاوز هذا الحد الأقصى.⁽⁶¹⁾

٤٨- لكنّ التوجيه الإداري الصادر عن الاتحاد الأوروبي لا يضع حداً أعلى للمسؤولية التعويضية التي يجوز أن يتكبّدها مقدّم خدمات التصديق. غير أن التوجيه الإداري يتيح المجال بالفعل لمقدّم خدمات التصديق لكي يحد من القيمة القصوى بحسب المعاملة التي يجوز

(57) Sneddon, "Legal liability and e-transactions ..." (انظر الحاشية [١١])، الصفحة ١٨.

(58) European Union Directive on electronic signatures (see note [...])، الفقرة ٢ من المادة ٦.

(59) المرجع نفسه.

(60) المرجع نفسه، المادة ٦، الفقرة ٣.

(61) المرجع نفسه.

استخدام الشهادة من أجلها، معنياً بذلك مقدّم خدمات التصديق من المسؤولية التعويضية التي تتجاوز حد القيمة الأعلى.⁽⁶²⁾ وعلى سبيل الممارسة المتبعة في الأعمال التجارية، كثيراً ما يلجأ أيضاً مقدّمو خدمات التصديق إلى اعتماد حد أعلى إجمالي بشأن مسؤوليتهم التعويضية، بناءً على أساس تعاقدية.

٤٩ - وهناك عدّة قوانين داخلية أخرى تؤيد تلك الممارسات التعاقدية بالاعتراف بحد ما يوضع على المسؤولية التعويضية التي يتحملها مقدّم خدمات التصديق تجاه أي طرف يُحتمل أن يلحق به ضرر. وفي الأحوال النمطية، تسمح هذه القوانين بوضع تقييدات حسبما هو محدد في الشهادة تبعاً لبيان الممارسة المتبعة الصادر عن مقدّم خدمات التصديق، وفي بعض الحالات تعفي صراحةً مقدّم خدمات التصديق من المسؤولية التعويضية، في حال أن استخدمت شهادة ما لغرض يختلف عن الغرض الذي صدرت من أجله.⁽⁶³⁾ علاوة على ذلك، تعترف بعض القوانين بحق مقدّم خدمات التصديق في إصدار شهادات تصديق من أصناف مختلفة. وفي وضع مستويات تعويل مختلفة موصى بها،⁽⁶⁴⁾ مما يتيح في الأحوال النمطية مستويات مختلفة من التقييد (ومن الأمان) تبعاً للأجرة المدفوعة. غير أن بعض القوانين الأخرى تحظر صراحةً فرض أي قيود أخرى تحدّ من المسؤولية التعويضية غير ما هو ناتج عن القيود المفروضة على استخدام الشهادات أو قيمتها.⁽⁶⁵⁾

(62) (انظر الحاشية [...]، الصفحة ٥٥) Dumortier and others, “The legal and market aspects of electronic signatures” and discussion in Hindelang, “No remedy for disappointed trust ...” (انظر الحاشية [١٥]، القسم ٤-١-١).” Balboni, “Liability of certification service providers ...” (انظر الحاشية [...]، الصفحة ٢٣٠، الذي تذهب أبعد من ذلك من ذلك (4) article 6 by ... the transaction (...), which has nothing to do with a limitation of the potential amount of damage that can arise from that transaction.”

(63) الأرجنتين، *Ley de firma digital (2001)*, article 39; Barbados, chapter 308B, Electronic Transactions Act (1998), section 20, paragraphs 3 and 4; Bermuda, Electronic Transactions Act, 1999, section 23, paragraphs 3 and 4; وشيلي، *Ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma (2002)*, article 14، وفييت نام، Law on Electronic Transactions, article 29, paragraphs 7 and 8 (the latter however without express exemption of liability)

(64) سنغافورة، Electronic Transactions Act (chapter 88) 1998, sections 44 and 45، وموريشيوس، Electronic Transactions Act 2000, articles 38 and 39

(65) تركيا، Electronic Signature Law, 2004, article 13

٥٠ - والبلدان التي أخذت بنهج في الحد الأدنى من الشروط، اعتبرت كذلك أن التدخّل التشريعي في هذا الخصوص غير مرغوب فيه عموماً، وفضّلت أن تترك هذه المسألة للأطراف لكي يقرّروها بموجب عقد.⁽⁶⁶⁾

(66) انظر بخصوص أستراليا، Sneddon, *Legal liability and e-transactions* (see note [11]), pp. 44-47; and for the United States, Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (see note [23]), section 5.2.51.