تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي(*)

الدكتور / عايض راشد المري(**)

ملخص:

يتضمن هذا البحث رؤية قانونية حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي الذي أصبح إصداره ضرورة ملحة لمواكبة التطورات الحديثة التي دخلت في عالمنا اليوم. وقد بدأنا هذا البحث بمقدمة تناولت أهمية إصدار مثل هذا القانون وتجارب الدول المختلفة التي أصدرت قوانين مشابهة له. وعرضنا في الفصل الأول إبرام العقد الإلكتروني؛ فتحدثنا عن الإيجاب والقبول والأصل، ثم تحدثنا في الفصل الثاني عن إثبات العقد الإلكتروني، ولا سيما الكتابة والتوقيع والتشفير. ويستهدف هذا البحث تسليط الضوء على الجوانب التي أغفلها ذلك المشروع ليأخذها المشرع في الاعتبار عند سن قانون التجارة الإلكترونية الكويتي.

مقدمة:

أصبح الحديث في الآونة الأخيرة يدور حول التكنولوجيا الحديثة ووسائل الاتصالات المتطورة والمتجددة دائماً، وقد أصبح جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، وكل يوم تطالعنا الأخبار بتطور جديد وبوسيلة عصرية متطورة أخرى من وسائل الاتصالات، وأصبح لمعظم المحال التجارية – إن لم تكن لجميعها –

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٦م.

(**) أستاذ مساعد بقسم القانون، بكلية الدراسات التجارية، الهيئة العامة للتعليم التطبيقي والتدريب.

اتصال واستخدام للإنترنت، كذلك أصبح المستهلكون يستخدمون هذه التكنولوجيا العجيبة التي أصبحت مثل المارد الذي يمكن أن يوفر لك ما تريد وفي أي وقت تريد.

هذه الشبكة بدأت لأغراض عسكرية في عام ١٩٦٩م في الولايات المتحدة الأمريكية، وبعد انتهاء غرضها العسكري تم طرحها للعامة للاستخدام المدني والتجاري، وأصبحت ملايين من الحواسيب الإلكترونية يرتبط بعضها ببعض من خلال شبكة تسمى الشبكة العنكبوتية لارتباطها فيما بينها بما يشبه خيوط العنكبوت(١).

وكان تنامي استخدام الإنترنت سريعاً جداً، ويعتبره البعض أسرع تنامٍ لوسيلة اتصالات عن بعد في التاريخ؛ ففي عام ١٩٩٤م كان عدد المستخدمين ٣ ملايين شخص أغلبيتهم في الولايات المتحدة الأمريكية، وفي عام ١٩٩٨م وصل العدد إلى ١٠٠ مليون شخص بتعاملات بلغت في عام ٢٠٠٣م نحو ٣ تريليون دولار(٢).

وقد وصل عدد مستخدمي شبكة الإنترنت بحسب آخر إحصائية لعام ٢٠٠٤ نحو ٩٠٠ مليون مستخدم، كما أن نسبة التعاملات التي تتم في الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق الإنترنت بالنسبة لعدد المواطنين تراوح بين ٤٠ ٪ و ٦٠٪، وفي أوروبا تراوح النسبة بين ٣١ ٪ و ٦٩ ٪، ووصلت

(١) Chen (Cindy), United States and European union approaches to internet jurisdiction and their impact on e- commerce, university of Pennsylvania Journal of international Economic Law, spring 2004, p. 425

(٢) C. Ching (Lance), Electronic signatures: A comparison of American and European Legislation, Hasting international and comparative Law Review, Spring 2002, P. 200

المبالغ التي تستخدم في تلك العمليات في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها إلى نحو ٣,٢ تريليون دولار في سنة ٢٠٠٤ فقط(١).

ومما لاشك فيه أن هذه الوسائل الحديثة ما وجدت إلا للمساهمة في جعل حياتنا أكثر رفاهية وسهولة، ولزيادة سرعة وتيرة الاتصال بين الأشخاص سواء كانوا تجاراً أم مستهلكين(٢).

ولكن الإقبال على هذه التكنولوجيا الحديثة من عدمه يرجع إلى ثقة ذلك الاستخدام وقبوله من الناحية القانونية في حال عرض النزاع أمام المحكمة. فالخوف من عدم الثقة في تلك الوسائل الحديثة "والغامضة أحياناً"، وكذلك مدى قبول تلك الوسائل هما أمران جوهريان للاستفادة من المميزات الكثيرة التي توفرها تلك التكنولوجيا وتساعد على ازدهارها. والرغبة في التوثيق والتأكيد على القبول فيما بين المتعاقدين ليس حديثاً كما يعتقد البعض، بل يرجع إلى مايقرب من ٣٥٠ سنة عندما صدر قانون الاحتيال في إنجلترا عام ١٦٧٧م، الذي أكد ضرورة وجود اعتراف رسمي بين أطراف العقد في علاقاتهم التعاقدية(٣).

وهنا يأتي دور رجال القانون في كيفية تطويع ووضع التشريعات القانونية الملائمة التي تنظم تلك الوسائل الاتصالاتية – المعلوماتية – حماية لكل الأطراف من مستهلكين وتجار. فتنظيم التعاملات التي تتم إلكترونياً فيه حماية

---

(١) Chen (Cindy), op. cit., p. 428. والتريليون رقم مكون من ١٢ صفراً في أمريكا وفرنسا و١٨ صفراً في بريطانيا وألمانيا. انظر:
T. Poggi (Christopher), Electronic commerce legislation: An analysis of European and American approaches to contract formation, Virginia Journal of international Law, Fall 2000, P. 229

(٢) M. Wakana (Joann), The future of online privacy: A proposal for international legislation, Loyola of Los Angeles International and comparative Law Review, Fall 2003, P.151.

(٣) Wood Braley (Sarah), Why electronic signatures can increase electronic transactions and the need for laws governing electronic signatures, Law and Business Review of the Americas, Summer 2001, P. 422.

للمستهلك الذي يكون عادة في موقف ضعيف أمام مواجهة التاجر الذي يكون في موقف قوي؛ لأن هذا التاجر سيضع عليه من الشروط ما هو كفيل بحمايته من أي مسؤولية وبما يخدم مصلحته، وليس للمستهلك سوى الموافقة على تلك الشروط حتى ولو كانت في غير مصلحته.

كذلك في تنظيم هذه التعاملات حماية للتاجر نفسه حيث سيعرف مقدماً موقف القضاء من هذا الاتفاق لو تم نشوب نزاع نتيجة الاختلاف حول عقد من العقود التي تتم إلكترونياً، ومن ثم يتجنب كثيراً من التكاليف التي من الممكن أن يتكبدها نتيجة رفع مثل تلك الدعاوى.

وقد أصدرت لجنة الأونسيترال التابعة للأمم المتحدة في عام ١٩٩٦م القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي ساوى بين المستند الإلكتروني والمستند الورقي، وأعطى الحجية للتوقيع الإلكتروني، وساوى بينه وبين التوقيع بشكله التقليدي(١).

(١) هناك أيضاً القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني الذي أصدرته الأونسيترال أيضاً، كذلك بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فإن لديها تشريعاً ينظم التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني؛ فقد صدر التشريع الفيدرالي في سنة ٢٠٠٠ E.Sign حول التوقيع الإلكتروني بعد أن سبقت ذلك بعض الولايات بتشريعات متفرقة تنظم التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية؛ إذ أصدرت ولاية يوتا الأمريكية سنة ١٩٩٥م أول تشريع للتوقيع الإلكتروني يقبل التوقيع الإلكتروني إذا كان يستخدم تكنولوجيا التشفير بالمفتاح العام، ثم تبعتها ولاية كاليفورنيا بتشريع آخر أكثر مرونة؛ حيث تبنت معايير من الأمن وجدت قبل هذا التوقيع بدون تحديد تكنولوجيا بعينها، وبريطانيا لديها أيضاً تشريع أصبح ساري المفعول منذ عام ٢٠٠٢ م، بالإضافة إلى توجيهات الاتحاد الأوربي الخاصة بالتوقيع الإلكتروني. انظر E. Blythe (Stephen), Digital Signature Law of the United nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E- commerce with enhanced security, Richmond Journal of Law and technology, Winter 2005, p. 6 & Zamemba (Jochen), International electronic transaction contracts between U.S. and EU companies and customers, Connecticut Journal of international Law, spring 2003, P. 486 & C.Ching (Lance), op. cit., P. 203

كما اتجهت بعض الدول العربية – حديثاً – إلى تقنين التعاملات الإلكترونية بحيث يكون لها من الحجية ما للتعاملات الورقية؛ فنجد الجمهورية التونسية قد أصدرت القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، وكذلك نجد حكومة دبي قد أصدرت قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام رقم ١ لسنة ٢٠٠٠م، وكذلك القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م، والمرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني، وكذلك قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

وقد استشعرت دولة الكويت أهمية وجود قانون ينظم المعاملات الإلكترونية ليواكب الحاسبات الإلكترونية التي أصبحت واقعاً ملموساً في عصرنا الحاضر، وحتى تزيل العوائق القانونية الحائلة دون إطلاق الحكومة الإلكترونية. تقدمت غرفة تجارة وصناعة الكويت بمشروع قانون أسمته "مشروع قانون التجارة الإلكترونية" الذي نتمنى أن يرى النور قريباً، وهو ما سنحاول أن نسلط الضوء عليه بشيء من التفصيل في هذا البحث.

وعلى ذلك، فإن خطة البحث ستكون على النحو التالي:

- المبحث الأول: نطاق التطبيق.
- المبحث الثاني: إبرام العقد الإلكتروني.
- المطلب الأول: الإيجاب.
- المطلب الثاني: القبول.
- المطلب الثالث: ارتباط الإيجاب بالقبول.
- المبحث الثالث: إثبات العقد الإلكتروني.
- المطلب الأول: الكتابة.
- المطلب الثاني: التوقيع.
- المطلب الثالث: التشفير.
- المطلب الرابع: حفظ السجلات الإلكترونية.

المبحث الأول
نطاق التطبيق

سنتناول في هذا المبحث كلاً من نطاق تطبيق هذا القانون والمسائل التي استثناها المشروع من هذا القانون، على النحو التالي:

نصت المادة (١ / ١) من مشروع القانون على أنه " يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل مستند إلكتروني مستخدماً في أعمال تجارية، وتسري أحكامه على كل نزاع حول إنشاء المستندات الإلكترونية أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ".

ويظهر من نص هذه الفقرة أن المشروع قد قصر نطاق تطبيق هذا القانون على المستندات الإلكترونية المستخدمة في الأعمال التجارية فقط، وكان الأولى أن يبسط نطاق تطبيق هذا القانون على كل أنواع المعاملات الإلكترونية إلا ما يستثنى منها بنص خاص بقرار يصدر من الوزير المختص. وذلك حتى لا نحتاج إلى إصدار قانون آخر ينظم المعاملات المدنية وقانون ثالث ينظم المعاملات الحكومية.....إلخ

ويظهر أن واضعي المشروع قد تبعوا أثر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦. ولكن لو رجعنا إلى فلسفة وضع هذا القانون النموذجي لعرفنا أن لجنة الأونسيترال هي لجنة مختصة بالقانون التجاري فقط، وأن لجنة الأونسيترال عندما نظمت التجارة الإلكترونية بقانون نموذجي كانت تقصد أن تسترشد دول العالم بهذا القانون وتعدله على حسب ما تريد، وبما يتفق مع متطلباتها التشريعية، ويظهر ذلك واضحاً في إشارات متعددة في القانون، كما أنها قد نصت في هامش المادة الأولى من القانون نفسه على نصوص مقترحة يمكن للدول الاسترشاد بها إذا أرادت توسيع نطاق تطبيق هذا القانون.

وقد بدا هذا التوجه واضحاً في تطبيقات الدول التي سبقتنا في تقنين المعاملات الإلكترونية، حيث بسطت نطاق ذلك القانون على جميع عملياتها. فنجد – مثلاً – أن الجمهورية التونسية قد أسمت قانونها بقانون " المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي " كما جاء في المادة الثانية من القانون، وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

وجاء القانون البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م باسطاً نطاق تطبيقه على كل أنواع التعاملات، فنص في المادة الأولى منه على أنه " تسري أحكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية "، ثم جاء في المادة الثانية واستثنى منها مسائل تنظيم القضاء والأحوال الشخصية لغير المسلمين والمعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية، والسندات القابلة للتداول وسندات الملكية إلا المنصوص عليها في المادة (٢٠) من القانون نفسه(١).

كذلك الوضع في إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث أعلن في ٥ ابريل ٢٠٠٠م عن تحويل حكومة دبي إلى حكومة إلكترونية خلال ثمانية عشر شهراً، وقد دخل المشروع حيز التنفيذ بالفعل اعتباراً من مطلع عام ٢٠٠٢م، حيث يقوم المشروع على إلزام الدوائر الحكومية في دبي بتطبيق برنامج عمل فعال لنقل المعاملات الإلكترونية على الإنترنت خلال تلك الفترة(٢).

ثم توجت إمارة دبي ذلك الإنجاز بإصدارها قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م، فنصت المادة (٥) من القانون على أنه

---

(١) لنا تحفظ على تحديد هذه الاستثناءات في القانون، حيث كان من المستحسن أن يجعل المشرع تحديد تلك الاستثناءات تصدر بقرار من الوزير المختص بدلاً من النص عليها في القانون، وذلك حتى تسهل عملية التعديل عليها سواء بالإضافة أم الحذف.

(٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣م، ص ٤١.

"يسري هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية" وعرّف المشرع أيضاً المقصود بالمعاملات الإلكترونية في المادة (٢) من القانون بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية" كما استثنى القانون من التطبيق الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا، وكذلك سندات ملكية الأموال غير المنقولة والسندات القابلة للتداول والمعاملات التي تتعلق ببيع الأموال غير المنقولة وشرائها والتصرف فيها وتأجيرها لمدة عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها، وأي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل، ثم جاء المشرع في الفقرة الثانية من المادة الخامسة وترك إضافة تلك الاستثناءات أو حذفها أو تعديلها بيد رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام، وحسناً فعل لتسهيل إجراءات التعديل أو الحذف أو الإضافة على حسب ما يرى أنه يلزم من تعديل.

وتأكيداً من المشرع في إمارة دبي على بسط ذلك القانون ليتعدى مجال التجارة الإلكترونية فقد نص في الفصل السادس من القانون (المادة ٢٧) على الاستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الإلكترونية وقبول الإيداع والإصدار الإلكتروني للمستندات وإصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية، وقبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكل إلكتروني وطرح العطاءات واستلام المناقصات المتعلقة بالمشتريات الحكومية بطريقة إلكترونية.

وفي جمهورية مصر العربية صدر أيضاً قانون ينظم التوقيع الإلكتروني وبسط نطاق تطبيق أحكام هذا القانون على الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية[١]. وهذا القانون – في رأينا – يعد أشمل القوانين التي تحدثنا عنها سابقاً من حيث شموله وبسط نطاقه على جميع أنواع التعاملات.

(١) المادة (٢) من القانون.

المبحث الثاني
إبرام العقد الإلكتروني

لما كانت العمليات التي تتم عبر الإنترنت من الأهمية بمكان، وتكون بمبالغ كبيرة تصل إلى مليارات الدولارات – كما رأينا – فإن تكييف العقود الإلكترونية تلك يحتل مركز الصدارة بالنسبة لأهميته في نظر القانونيين، لكن أتفي القواعد القانونية الموجودة حالياً بمتطلبات هذا التكييف أم لا ؟ خاصة فيما يتعلق بإبرام العقد أو بإثباته وهما الموضوعان اللذان نتناولهما في المبحثين الثاني والثالث.

لقد أخذ موضوع العقد – كما هو معروف – مكاناً كبيراً في نصوص القانون المدني الكويتي؛ حيث تناولته المواد من ٣١ – ٢١٩ بالتفصيل. أما بالنسبة لموضوع الإثبات فقد أفرد المشرع له قانوناً خاصاً، وهو المرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠، وهو سيكون موضوع المبحث الثالث من هذه الدراسة.

ما يتعلق بإبرام العقد الإلكتروني فإن أحكام القانون الكويتي الحالية لا تحوي تنظيماً خاصاً لهذا النوع من العقود كما هو الحال بالنسبة للعقود الأخرى المسماة، فيكيف العقد الإلكتروني على أنه عقد غير مسمى؛ ما يعني ضرورة الاسترشاد بالأحكام العامة للعقد، وبالأحكام الخاصة بالعقود المسماة والمشابهة على وجه الخصوص، إضافة إلى الاستعانة بالمبادئ العامة في نظرية الالتزام(١).

(١) انظر أ. د. جمال النكاس – إبرام العقود الإلكترونية في ضوء أحكام القانون الكويتي والمقارن – ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني – نوفمبر ٢٠٠١م – ص ١٧ –وكذلك د. محمود السيد عبدالمعطي خيال –الإنترنت وبعض الجوانب القانونية – مكتبة دار النهضة – ١٩٩٨ – ص ١١٣.

ويعرّف غالبية الفقهاء العقد على أنه "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه[١]."

ولما كانت الإرادة مسألة نفسية – وإن كانت أساس قيام العقد – فمن الصعب تعرّفها ما دامت كامنة في النفس لايعلم بها سوى صاحبها، ولذلك كان من اللازم التعبير عنها بوسيلة تدل على وجودها. وقد نص القانون المدني الكويتي في المادة "٣٤" على صور التعبير عن الإرادة المعتد بها قانوناً، فجعل المشرع اللفظ والكتابة والإشارة الشائعة الاستعمال والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي واتخاذ أي موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، جعلها كلها وسائل للتعبير عن الإرادة، كما أجاز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو أن يكون ضمنياً.

ولما كان موضوع البحث هو مناقشة مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي فإننا نتساءل: أيمكن أن تشمل المادة "٣٤" مدني – بلفظها الحالي – المستندات الإلكترونية بوصفها صوراً للتعبير عن الإرادة أم لا؟.

أعتقد أن نص المادة "٣٤" من القانون المدني سالفة الذكر كافية لاعتبار استخدام المستند الإلكتروني وسيلة للتعبير عن الإيجاب والقبول[٢]. وذلك لأنها ذكرت في نهاية النص – بعد أن عددت الوسائل التي يمكن أن يتم بها التعبير عن الإرادة – عبارة "أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك كله ما لم يتطلب القانون، في حالة

---

(١) أستاذنا الدكتور السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ١– المجلد الأول – ص ١٧٢.

(٢) انظر في تأييد هذا الرأي د. فايز عبدالله الكندري – الإنترنت والإرادة التعاقدية – ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني – نوفمبر ٢٠٠١ – ص ٣٨. وكذلك د. عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الإيصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني " دراسة مقارنة " – رسالة دكتوراه – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان –الأردن – ١٩٩٧ – ص ٥٩ ومابعدها.

خاصة، حصول التعبير على نحو معين" مما يسمح معه بإضافة التعبير بالوسائل الإلكترونية بوصفها وسيلة للتعبير معترفاً بها قانوناً.

وقد تناولت المواد ٨، ١٠، ١١، ١٢ من المشروع الإيجاب والقبول وارتباط الإيجاب بالقبول. فنصت المادة "٨" من المشروع على أنه " يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك "[١].

وهذا النص قد أضاف صراحة طريقة أخرى من الطرق التي يمكن أن تستخدم للتعبير عن الإرادة كما هو منصوص عليه في المادة (٣٤) من القانون المدني الكويتي التي ذكرت إمكانة التعبير عن الإرادة باللفظ والكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه[٢].

وأعتقد أن نص المادة "٨" قد جاء تأكيداً على احتساب طريقة التعبير عن الإيجاب والقبول عن طريق المستند الإلكتروني طريقة مقبولة في إبرام العقود التي تتم إلكترونياً ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

وجاءت المواد "١٠،١١،١٢" من المشروع لتناقش موضوع الإيجاب والقبول في العقود التي تبرم إلكترونياً وارتباط القبول بالإيجاب على النحو التالي:

---

(١) وتقابلها المادة ١١/ ١ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م، والمادة ١٠ من القانون البحريني.

(٢) نصت المادة (٣٤) من القانون المدني الكويتي على أن "التعبير عن الإرادة تكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك كله ما لم يتطلب القانون، في حالة خاصة، حصول التعبير على نحو معين".

المطلب الأول
الإيجـــاب

تناولت المادة " ١٠" من المشروع موضوع الإيجاب وشكله والمدة التي يحتفظ بها الموجب على إيجابه.

فنصت المادة ١/١٠ من المشروع على أنه "يعتبر المستند الإلكتروني صادراً عن المنشئ إذا كان المرسل إليه قد استلمه وفق إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض". فقد اعتبر المشروع أن إرسال الرسالة بالطريقة التي تم الاتفاق عليها بين كل من المرسل والمرسل إليه بمنزلة إيجاب منه.

والإيجاب كما عرفته المادة "٣٩" من القانون المدني الكويتي "هو العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن، في الأقل، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية." كما ورد في المادة "٤٠" من القانون المدني شروط الإيجاب التي يجب أن تتوافر فيه، فذكر المشرع أنه يمكن أن يوجه هذا الإيجاب إلى أشخاص محددين أو غير محددين مادامت شخصية المراد التعاقد معه غير ذات أهمية، واعتبر أيضاً عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً، أما النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها أو توزيعها فإنه لا يعد إيجاباً وإنما دعوة للتعاقد.

ويجب أن يتم التمييز بين ما يعد إيجاباً وما يعد مفاوضة "الدعوة للتعاقد"؛ إذ إن هذا الأمر يعد مهماً جداً؛ لأن قبول الإيجاب يترتب عليه انعقاد العقد أما في الدعوة للتعاقد فليس فيها أي التزام قانوني – ما لم يكن قد سبب ضرراً للغير[١] – والتمييز بينهما يعتمد على وجود النية القاطعة في إحداث

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني – المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي – معهد قانون الأعمال الدولي –١٩٩٤م – ص ٦٤ ومابعدها.

الأثر القانوني أو عدم وجودها، فإن وجدت هذه النية القاطعة عد إيجاباً، وإلا فإنه يعد دعوة للتعاقد(١).

وبالنسبة للتعاقد الإلكتروني فإن اتباع إجراء معين ذكره المنشئ في موقعه الإلكتروني كأن يطلب المنشئ فيه من كل من يريد التعاقد أن يقوم بإدخال بيانات معينة "تسجيل" للشخص من خلال الجهاز الإلكتروني التابع للمرسل إليه الذي يود الحصول على السلعة أو الخدمة، ثم الضغط على "زر" موافق، فإن ذلك متى وصل إلى المرسل إليه يعد إيجاباً.

منح المشروع للمنشئ أيضاً فرصة للتخلص من الإيجاب الذي قد يعتقد المرسل إليه أنه مرسل من المنشئ، فنص على أنه إذا تسلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن المستند الإلكتروني لم يصدر عنه، وذلك بشرط أن يصل هذا الإشعار في فترة معقولة بالنسبة للمرسل إليه فلا يعد قد قام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، أو أن يكون قد مضى فترة طويلة قبل وصول ذلك الإشعار. وأعتقد أن قاضي الموضوع هو المخول بتقدير الفترة التي استغرقت أتعد فترة معقولة أم لا(٢).

كذلك استثنى المشروع هذا الإيجاب من أن يتم إذا كان المرسل إليه قد علم، أو كان عليه أن يعلم إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن المستند الإلكتروني لم يصدر عن المنشئ(٣). فالمشرع هنا أوجب على

---

(١) د. عباس العبودي – مرجع سابق – ص ٩٢، وكذلك الدكتور محمود السيد خيال – مرجع سابق – ص ١١٦ ومابعدها، وانظر كذلك د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية – لجنة التأليف والتعريب والنشر –جامعة الكويت – ٢٠٠٣ م – ص ٩١، ٩٢. كذلك انظر Ong (Rebecca), Consumer based electronic commerce: Comparative analysis of the position in Malaysia and Hong Kong, International Journal of Law and Information Technology, spring 2004, P. 104

(٢) المادة ٢/١٠ من المشروع.

(٣) المادة ٣/١٠ من المشروع.

المرسل إليه أن يحتاط، وأن يتأكد من أن المستند الذي وصل من المنشئ هو مستند صحيح، وأن المنشئ هو من أرسله بالفعل وليس أي شخص آخر أو أن يكون جهاز المنشئ كان تحت سيطرة عابث "هاكرز".

وقد قصد المشروع باتباع الإجراء المتفق عليه أن يكون – مثلاً – المرسل إليه يعلم أن طريقة المرسل في التعامل تكون بإرسال رسالة بالبريد الإلكتروني إلى المرسل إليه الذي أرسلت له الرسالة، وتتضمن الأولى إفادة بمضمون الرسالة الثانية، أي تأكيد الرسالة برسالة، ولا يتطلب ذلك من المرسل إليه سوى الدخول إلى بريده الإلكتروني للتأكد من وجود رسالة المنشئ أو عدم وجودها، ومن ثم التصرف على هذا الأساس(١).

ولأن هذه التعاقدات تتم من خلال شبكات مفتوحة يمكن للمحترفين أن ينفذوا إلى أنظمتها، فقد حرص المشروع على استثناء حالة أن يكون المرسل إليه يعلم أو كان عليه أن يعلم إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن الإرسال قد أسفر عن أي خطأ في المستند الإلكتروني كما تسلمه(٢)، من أن يعتبر إيجاباً قد يقابله قبول مما يعني انعقاد العقد.

فالمشروع قد قصد من جهة حماية الشخص حسن النية الذي يبذل العناية الكافية في أن هذا الإيجاب الذي تم عن طريق المستند الإلكتروني كاف لاعتباره إيجاباً ينعقد به العقد في حال ارتبط بقبول منه، وكذلك قصد حماية المرسل من أن ينسب إليه تصرف لم يقصده حيث من الممكن اعتراض هذه الرسالة في طريقها من المرسل إلى المرسل إليه وتغيير بعض البيانات الموجودة بها. فاستلزم المشروع أن يحتاط المرسل إليه من أي رسالة تصله، ويحاول أن يبذل العناية المعقولة أو أن يتبع الإجراء المتفق عليه بينه وبين المنشئ من اتصال أو إرسال رسالة تأكيد وغيره.

---

(١) د. عبدالفتاح بيومي حجازي – مرجع سابق – ص ١٨٦.

(٢) المادة ١٠/ ٤ من المشروع.

قد يحدث أيضاً أن تصل الرسالة الإلكترونية المرسلة من المنشئ أكثر من مرة، فهل تعد كل رسالة مستقلة عن الأخرى أو تعد نسخة ثانية من الرسالة الأولى ؟.

أجابت عن هذا التساؤل الفقرة الخامسة من المادة العاشرة من المشروع واعتبرت أن كل مستند إلكتروني يتسلمه المرسل إليه على أنه مستند مستقل وأن يتصرف على هذا الأساس إلا إذا كانت نسخة ثانية منه وعلم المرسل إليه أو كان عليه أن يعلم إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن المستند إنما هو نسخة ثانية.

فالشخص عند استخدامه للحاسب الآلي وبسبب وجود مشكلة في هذا الحاسب أو ملحقاته من " فأرة " أو لوحة مفاتيح أو في طريقة الاتصال بالإنترنت قد يعتقد أنه لم يتم الإرسال فيقوم بإرساله مرة ثانية، وعندها تصل إلى المرسل إليه أكثر من نسخة. وحماية للوضع الظاهر من أنه قد وصل أكثر من رسالة فقد اعتبر المشروع كلاً منها رسالة مستقلة إلا في حالة كان المرسل إليه يعلم أو كان سيعلم لو بذل جهداً معقولاً أن الرسالة الثانية ما هي إلا تكرار للرسالة الأولى وأن هذا التكرار حصل بسبب حدوث خطأ أو مشكلة فنية في أثناء الإرسال، فهنا فقط لا يمكن اعتبار النسخة الثانية نسخة مستقلة عن الرسالة الأولى. ويستطيع المرسل إليه من خلال ملاحظته للرسالتين أن يعرف أن هاتين الرسالتين هي لموضوع واحد، كما يمكنه أن يرسل رسالة إلى المرسل ليتأكد من الرسالة الثانية.

المطلب الثاني
القبـــول

تحدثنا في المطلب الأول عن الإيجاب، وعرفنا أن إرسال المستند الإلكتروني من المنشئ إلى المرسل إليه يعد إيجاباً إلا في الحالات الاستثنائية التي تناولناها سابقاً والتي يمتنع فيها اعتبار إرسال تلك الرسالة الإلكترونية إيجاباً.

والإيجاب وحده لايكفي لانعقاد العقد بل لا بد أن يصدر قبول مطابق لهذا الإيجاب حتى يتم هذا العقد، فالقبول هو تعبير صادر من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يعلن فيها موافقته على ما جاء في هذا الإيجاب من شروط، كما يعلن موافقته واستعداده لإبرام العقد بالشروط المبينة في ذلك الإيجاب(١).

وتناولت المادة "١١" من المشروع مسألة القبول فاعتبر المشروع الإقرار بتسلم الرسالة الإلكترونية بمنزلة قبول لها.

وقد أجاز المشروع أن يتم إقرار المرسل إليه بتسلم تلك الرسالة الإلكترونية بأي وسيلة من الوسائل سواء كانت تلك الوسيلة آلية أم أي وسيلة أخرى أم أي سلوك من جانب المرسل إليه، وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع تسلم المستند الإلكتروني(٢).

فمثلاً، يكون هذا الإقرار قد تم إذا أرسل المرسل إليه رسالة إلكترونية يؤكد فيها أنه قد تسلم الرسالة الإلكترونية، ويذكر فيها الموضوع بالتفصيل والشروط وكل مايتعلق بتلك الرسالة. أما إن احتوت تلك الرسالة على تعديل للشروط التي ذكرت في الرسالة الأولى فإن رسالة المرسل إليه تعد كأنها رفض للإيجاب الأول، وتعد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول من جانب المنشئ حتى ينعقد العقد(٣).

كذلك قد يرسل المرسل إليه البضاعة المتفق عليها في الرسالة التي وصلت من المنشئ، أو يرسل البيانات التي طلبها المنشئ في الرسالة الإلكترونية عن طريق الفاكس أو البريد العادي.

ولكن قد يشترط المنشئ – من باب الحيطة – تلقي الإقرار بالتسلم حتى يعتد بالرسالة الإلكترونية المرسلة إلى المرسل إليه، وخلال الوقت الذي لم

---

(١) Rosas (Roberto), Comparative study of the formation of electronic contracts in American Law with references to international and Mexican law, Houston Journal of international Law, Fall 2003, P. 81 -82

(٢) المادة ٢/١١ من المشروع.

(٣) يسقط الإيجاب في حالات، منها أن يرد القبول معدلاً لما جاء في الإيجاب، المادة ٣/٤٣ من القانون المدني الكويتي. انظر أيضاً أستاذنا الدكتور عبدالرزاق السنهوري –الوسيط في شرح القانون المدني –١– نظرية الالتزام بوجه عام – المجلد الأول – ص ٢٦٨.

يتسلم فيه المنشئ إقراراً بالتسلم من المرسل إليه فلا قيمة لهذه الرسالة الإلكترونية المرسلة[١]. ومن ثم لا يتحمل المنشئ أي التزام تجاه المرسل إليه حتى يصله الإقرار بالتسلم بحسب الطريقة المتفق عليها بين المنشئ والمرسل إليه، وإلا كان هذا الإقرار غير معتد به.

وقد لايشترط المنشئ تلقي الإقرار بالتسلم، ولا يتسلم الإقرار به في الوقت المحدد أو خلال وقت معقول، أو لا يحدد أصلاً المنشئ أجلاً محدداً لتسلم ذلك الإقرار، وهنا فإن المنشئ يقوم بإرسال إشعار للمرسل إليه يذكر فيه أنه لم يتلق أي إقرار بالتسلم ويحدد له وقتاً معقولاً يتعين في غضونه تلقي ذلك الإقرار، فإذا لم يصل في الوقت المحدد فإنه يحق للمنشئ أن يعامل المستند الإلكتروني كأنه لم يرسل أصلاً[٢] أو أن يلجأ إلى التمسك بما له من حقوق أخرى[٣].

المطلب الثالث
ارتباط الإيجاب بالقبول
"زمان ومكان إرسال الرسائل الإلكترونية وتسلمها"

لما كانت العقود التي تبرم عن طريق الانترنت أو الوسائل الأخرى آلياً هي عقود بين غائبين[٤]، فإن زمان إرسال الرسائل الإلكترونية ومكانها من الأهمية

---

(١) المادة ٣/١١ من المشروع.

(٢) يكون الإيجاب خلال الوقت المحدد لتلقي الإقرار بالتسلم إيجاباً ملزماً طوال تلك الفترة، أما إذا انتهت المدة دون ورود ذلك الإقرار فإن الإيجاب يسقط. المادة ٢/٤١ والمادة ٤٨ من القانون المدني الكويتي. وانظر كذلك السنهوري – المرجع السابق – ص ٢٦٨–٢٦٩، ولذلك عندما تصل رسالة إلكترونية إلى الشخص ولا يرد عليها فلا يعد ذلك السكوت قبولًا لها حتى لو ذكر ذلك المرسل. انظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد – خصوصية التعاقد عبر الإنترنت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ م – ص –٨١ وما بعدها.

(٣) المادة ٤/١١ من المشروع.

(٤) وهذا الرأي – العقود الإلكترونية تبرم بين غائبين – قد يعارضه البعض حيث يستندون إلى أن التكنولوجيا الحديثة قد مكنت المتعاقدين من التحدث أحدهما إلى الآخر وجهاً لوجه وفي الوقت نفسه وكأنه يجمعهما مجلس عقد واحد، وأن هذا الاجتماع وإن كان حكمياً =

بمكان، وذلك حتى يمكن معرفة وقت انعقاد العقد، ومن ثم معرفة الوقت الذي يترتب عليه في ذمة كل من الأطراف التزامات متبادلة.

فمعرفة زمان انعقاد العقد له أهمية كبيرة؛ حيث لا ينعقد العقد إذا كان الإيجاب قد سقط، أو إذا كانت المهلة المحددة للقبول قد انتهت، أو كان القابل قد علم برجوع الموجب عن إيجابه، وكذلك يفيد معرفة الزمان في معرفة أهلية المتعاقدين وفي تحديد وقت انتقال الملكية، ومن ثم من يتحمل تبعة الهلاك، وفي معرفة القانون الواجب التطبيق.

أما تحديد مكان العقد فتبدو أهميته في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد، وفي تحديد قواعد التنازع التي ينظمها القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد، فالقاعدة أن العقد ينعقد في المكان الذي يوجد فيه طرفاه، وفي الوقت الذي تتقابل فيه إرادتهما، ولكن التعاقد عن طريق الإنترنت لا يلتقي فيه المتعاقدان وجهاً لوجه، فهو تعاقد بين غائبين.(١)

وقد نصت المادة ٤٩ من القانون المدني الكويتي على أنه " يعتبر التعاقد بالمراسلة أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون أو العرف بخلافه "(٢).

وهناك أربع نظريات تتناول موضوع تحديد زمان ارتباط الإيجاب بالقبول ومكانه:

- النظرية الأولى – مذهب إعلان القبول: ويذهب أنصار هذا المذهب إلى أن العقد ينعقد بمجرد إعلان الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه.

= فإنه يعامل كما لو أنهما في المجلس نفسه، لأن المعلومات تتبادل بينهما في اللحظة نفسها ولا تحتاج إلى وقت. انظر تأييداً لهذا الرأي د. عبدالفتاح بيومي – المرجع السابق – ص ٢٠٥، وكذلك الدكتور ممدوح محمد خيري المسلمي – مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠ م – ص ١٩.

(١) د. محمود عبدالمعطي خيال – مرجع سابق – ص ١٢٤ وما بعدها.

(٢) انظر كذلك د. حسام الدين كامل الأهواني – مرجع سابق – ص ٥٤ وما بعدها.

- النظرية الثانية – مذهب تصدير القبول: ويؤيد أنصار هذه النظرية أصحاب النظرية الأولى، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجعة فيه، ولايكون ذلك إلا إذا كان من صدر عنه القبول قد بعث قبوله إلى الموجب؛ بحيث لا يملك أن يسترده، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به.
- النظرية الثالثة – مذهب تسليم القبول: ويرى أنصار هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره؛ إذ يمكن استرداده وهو في الطريق، وأنه لا يكون نهائياً إلا إذا وصل إلى علم الموجب، سواء علم به الموجب أو لم يعلم، واعتبروا أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به.
- النظرية الرابعة – مذهب العلم بالقبول: ويشترط أنصار هذا المذهب علم الموجب بهذا القبول – وليس إعلانه فقط – وذلك لأن الإرادة التي يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً لا ترتب ذلك الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه، ويتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب(١).

وقد تناولت مسألة زمان ومكان إرسال الرسائل الإلكترونية وتسلمها المادة "١٢" من المشروع على النحو التالي:

١ – زمان إرسال الرسائل الإلكترونية وتسلمها:

نصت المادة ١٢/١ من المشروع على أنه "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليـــه على خلاف ذلك، يقع إرسال المستند الإلكتروني عندما يدخل المستند في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل المستند الإلكتروني نيابة عن المنشئ."(٢)

---

(١) د. السنهوري – مرجع سابق – ص ٣٠٦ ومابعدها & Rosas (Roberto), op. cit., P. 84

(٢) وتقابلها المادة ١٥/١ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية – ١٩٩٦ م. وكذلك انظر E.Blythe (Styphen), op. cit., no. 36.& D.Gabriel (Henrv), The fear of the unknown: The need to provide special procedural protections in international electronic commerce, Loyola Law Review, Summer 2004, P.320 & T. Poggy (Christopher), op. cit., P. 267

ويظهر من النص السابق أن المشروع قد اعتبر الوقت الذي يخرج فيه المستند من سيطرة المنشئ –أو نائبه – ويدخل في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة ذلك المنشئ أو النائب عنه هو الوقت المعتد به لاعتبار الإيجاب قد أرسل وأفصح عنه. أما إذا كان هذا المنشئ ما زال يكتب الإيجاب في موقعه الإلكتروني هو، أو في موقع المرسل إليه ولم يضغط على زر الموافقة للإرسال فهنا لا يعد مثل هذا الإيجاب قد تم؛ لأنه من الممكن أن يرجع الموجب في إيجابه قبل إكمال تعبئة ذلك الإيجاب.

وأعتقد أنه منذ لحظة ضغط زر الموافقة من قبل المنشئ أو نائبه على الطلب (الإيجاب) يكون قد خرج من سيطرته لأن الأمر – كما نعلم جميعاً – يخرج من جهاز المنشئ إلى "السيرفر" أو "الخادم" الرئيسي ليصل إلى نظام المرسل إليه. وذلك كله ما لم يتفق كل من المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، كأن يتفقا على أنه لا يعد في عداد الإرسال خروج الأمر عن سيطرة المنشئ، وإنما يحتاج إلى إجراء آخر قبل اعتباره قد أرسل.

ثم جاءت الفقرة الثانية من المادة "١٢" من المشروع مقتفية أثر القانون النموذجي، فذكرت أنه في حال كان المرسل إليه قد حدد نظام معلومات – مسبقا– لتسلم المستندات الإلكترونية، فإن التسلم يقع في وقت دخول المستند الإلكتروني نظام المعلومات المعين، أو وقت استرجاع المرسل إليه للمستند الإلكتروني إذا أرسل إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

وعلى ذلك يعتبر تسلم المرسل إليه الرسالة الإلكترونية قد تم من الوقت الذي تصل فيه إلى نظام المعلومات المحدد منه، أو استرجاع تلك الرسالة في حال وصولها إلى نظام تابع له، ولكن ليس النظام المتفق عليه لاستقبال تلك الرسائل الإلكترونية.

وهذا الموضوع مهم؛ حيث إن المنشئ يقيد نفسه بمضمون الرسالة التي صدرت عنه مدة زمنية معينة من تاريخ تسلم من وجهت إليه تلك الرسالة،

ولذلك فإن تحديد وقت التسلم يعول عليه؛ لأن المدة المذكورة سوف تحسب من هذا التاريخ، وخلالها يجب على المرسل إليه إبداء قبوله للرسالة ومن ثم انعقاد العقد أو رفضه، أو يلتزم الصمت فتنقضي المدة، ومن ثم يسقط الإيجاب لعدم اقتران القبول بها(١).

ولكن لو وصلت تلك الرسالة إلى نظام المعلومات الرئيسي "غير التابع للمرسل إليه" ولم تصل نهائياً له فهنا متى تعتبر الرسالة الإلكترونية قد وصلت؟ أعتقد أن هذا الموضوع قد ناقشته المادة (١١) من المشروع التي تعرضنا لها آنفاً والتي قسمت حالات الإيجاب إلى ما يأتي: إذا كان هناك اتفاق بين المنشئ، والمرسل إليه أصلاً على إرسال إقرار بالتسلم، أو عدم اشتراط ذلك من قبل المنشئ، ولم يصل الإقرار في وقت معقول، فعلى المنشئ أن يرسل إلى المرسل إليه إشعاراً يعطي فيه وقتاً محدداً أو وقتاً معقولاً لتسلّم ذلك الإقرار أو اعتبار الإيجاب كأنه لم يرسل، ولا يتحمل المنشئ في تلك الحالة أي التزام تجاه المرسل إليه.

ثم جاءت الفقرة ٢ / ب المادة ١١ من المشروع، وتحدثت عن الحالة التي لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات معيناً لاستقبال تلك الرسائل الإلكترونية، وقد اعتبر المشروع مجرد دخول تلك الرسالة في نظام تابع للمرسل إليه بمنزلة تسلم لها.

فإذا كان للمرسل إليه بريدان إلكترونيان – مثلاً –، أحدهما للأعمال والآخر خاص به ولأغراضه الخاصة، ثم وصلت هذه الرسالة إلى البريد الخاص، ودخلت هذا النظام، فإنه يعدّ قد تسلمها.

ولا يوجد ارتباط بين وقت إرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها وبين مكان إرسالها واستقبالها. فمثلا لو أرسلت الرسالة الإلكترونية إلى نظام معلوماتي تابع للمرسل إليه، ولم يكن المرسل إليه في ذلك الوقت في مكتبه

(١) د. عبدالفتاح بيومي – مرجع سابق – ص ٢٠٠ – ٢٠٢.

الذي يوجد فيه النظام المعلوماتي التابع له، فإن المرسل إليه يكون قد تسلم تلك الرسالة في اللحظة التي استخرجت فيها من ذلك النظام المعلوماتي حتى ولو كان المكان مختلفاً عن مقره الأصلي(١).

وجدير بالذكر أن كل ما قيل بشأن زمان تسلم الرسالة الإلكترونية مشروط بعدم اتفاق كل من المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، فإن اتفقا فإن ذلك الاتفاق هو الذي يسري.

٢ – مكان إرسال الرسائل الإلكترونية وتسلمها:

واجه المشروع مسألة تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية واستقبالها بعدة فروض نتناولها على النحو الآتي:

- إذا اتفق المنشئ والمرسل إليه على تحديد مكان لإرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها، فإنه يطبق ما تم الاتفاق عليه بينهما بشأن ذلك المكان. وعليه فإن إرسال رسائل أو استقبالها عن طريق المكان غير المتفق عليه لا يعتد به، ولا يرتب أي التزام في ذمة أي من المنشئ أو المرسل إليه.
- إذا لم يحدث اتفاق بين المنشئ والمرسل إليه فإن المشروع نص على أن المستند الإلكتروني يعتبر قد أرسل من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنه قد تسلم في المكان الذي فيه مقر عمل المرسل إليه(٢).

وفي هذه الحالة يحدد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية ومكان تسلمها بإرسالها من مقر عمل المنشئ وتسلمها أيضاً من مقر عمل المرسل إليه.

هذا إذا كان لكل من المنشئ والمرسل إليه مقر عمل واحد. ولكن ما الحال إذا كان لكل منهما أكثر من مقر عمل ؟.

---

(١) الفقرة ٣ من المادة ١٢ من المشروع.

(٢) المادة ١٢/ ٤ من المشروع، وكذلك D.Gabriel (Henrv), op. cit., P. 321

- إذا كان لكل من المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فإن العبرة هنا تكون بأكثر تلك المقار علاقة بالمعاملة التي أرسلت الرسالة الإلكترونية لأجلها. فمثلاً، إذا كان للمنشئ مقر لبيع الأغذية وآخر للسيارات وآخر لبيع الأقمشة، وكانت الرسالة متعلقة بالسيارات فإن الرسالة تكون مرسلة من المكان الذي يمارس فيه عمله في بيع السيارات. وكذلك الحال بالنسبة إلى المرسل إليه إذا كان له أكثر من مقر عمل؛ فمثلاً له مقر لبيع أجهزة الحاسب الآلي، وآخر لبيع السيارات فإذا كانت الرسالة متعلقة ببيع السيارات فإنها تكون قد تسلمت إذا دخلت نظام المعلومات التابع للمرسل إليه في مقره الخاص بهذا النوع من الأنشطة.
- إذا لم يكن هناك مقر عمل أوثق من غيره بالمعاملة المعنية فإن الرسالة تكون قد أرسلت أو استقبلت في المكان الذي يوجد به المقر الرئيسي للمنشئ أو المرسل إليه. ومن ثم فإن استقبال تلك الرسالة الإلكترونية أو إرسالها من أي من الفروع التابعة لنشاط ذلك المنشئ أو المرسل إليه يكون غير ذي فائدة ولا اعتبار له، ولا يكون ذلك المكان معتداً به في إرسال تلك الرسائل أو استقبالها.
- أشار المشروع أيضاً إلى الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، واعتبر أن إرسال الرسالة الإلكترونية أو استقبالها في مقر إقامة كل من المنشئ أو المرسل إليه المعتاد هو المكان الذي يعتد به لإرسالها أو استقبالها، وتعتبر أرسلت أو استقبلت إذا كان مكان إرسالها أو استقبالها من ذلك المكان.

المبحث الثالث
إثبات العقد الإلكتروني

لاشك أن موضوع الإثبات يعتبر الشغل الشاغل للفقهاء القانونيين بعد أن زادت استخدامات الوسائل الحديثة المعتمدة على الحاسب الآلي، ومن ثم استغني عن الورق بوصفه وسيطاً معروفاً للمستندات، وأصبحت المستندات الإلكترونية هي الدليل المتوفر بعد التعامل بهذه الوسائل الحديثة.

والسؤال الذي يبحث دائماً عن إجابة هو هل يعادل المستند الإلكتروني المستند الورقي من حيث القوة ؟ وهل يعتد به في الإثبات ؟ وهل تعادل الكتابة الإلكترونية الكتابة على الورق ؟ والتوقيع الإلكتروني الذي جاء بديلاً عن التوقيع بمفهومه التقليدي هل يعتد به قانوناً؟ هذا ما سنتناوله في هذا المبحث.

تناولت المواد من (٣– ٧) وكذلك المادة (٩) من المشروع موضوع الإثبات، فجاءت المادة (٣) تنص على أنه " تحوز المعلومات التي تتخذ شكل مستند إلكتروني، ذات الأثر القانوني المقرر للمستند الكتابي ". كما أكدت المادة (٩) من المشروع أنه لا يجوز رفض قبول المستند الإلكتروني لمجرد أنه ليس في شكله الأصلي – إذا كان هذا المستند هو أفضل دليل متوقع أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به، وذلك مع مراعاة جدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء المستند الإلكتروني أو تخزينه، أو الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات أو الطريقة التي حددت بها هوية منشئها، أو لأي عمل آخر يتصل بالأمر، على أن تكون هذه الطريقة جديرة بالتعويل عليها[١].

(١) انظر كذلك J.A.Oyarzabal (Mario), International Electronic Contracts, University of Miami-American Law Review, Summer 2004, P. 518 & P. 314

وقد قصد المشروع من وراء سرد هذه المواد قطع التأويلات حول المستند الإلكتروني أيعادل المستند الكتابي بشكله التقليدي "الورقي" المعروف أم لا، فجاءت المادة (٣) من المشروع صريحة في عباراتها بتساوي القيمة القانونية للمستند الإلكتروني بالمستند الورقي.

ثم جاء في المواد اللاحقة مفصلاً للشروط الواجب توافرها في المستند الإلكتروني حتى يعتد به، وذلك فيما يتعلق بالكتابة والتوقيع والأصل، وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

المطلب الأول

الكتابـة

قام المشروع بعملية توسيع لمفهوم الكتابة التقليدية المعروفة التي تكون على وسيط ورقي، وأضاف إليه الوسائط الأخرى الحديثة التي تقوم بالوظيفة نفسها التي تؤديها الوسائط الورقية، ولا سيما أن اشتراط الوسيط الورقي يقف عائقاً أمام قبول المستندات الإلكترونية في الإثبات.

وقد أجمع الفقه العربي والأجنبي أيضاً على عدم اشتراط وسيلة معينة للكتابة المعتد بها قانوناً[١]، فكل كتابة تؤدي المعنى المراد تكفي، وذلك أياً كانت لغة التعبير سواء كانت اللغة الوطنية أو لغة أجنبية[٢]، أو كانت بصيغة رموز خاصة ما دام الطرفان يحتفظان بمفتاح لهذه الرموز معتمد منهما[٣].

---

(١) هذا لا يعني أنه لا يوجد فقهاء قد عارضوا هذا الاتجاه الحديث واعتبروا الكتابة عن طريق الوسائل التكنولوجية لا تصلح عنصراً من عناصر الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون حتى وإن قمنا بتحويل تلك الكتابات غير المرئية إلى مستندات ورقية باستخدام الطابعة. لتأييد هذا الرأي انظر:
Lucas (Andre), Le Droit de l,informatique, 1987, presses universitaires de France,Paris, P. 371, N. 316

(٢) عبد المنعم فرج الصدة – الإثبات في المواد المدنية – الطبعة الثانية – ١٩٥٤ – شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر – ص ١٠٨.

(٣) د. سليمان مرقس – الوافي – ج ٥ – أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية – المجلد الأول (الأدلة المطلقة) – طبعة ١٩٩١ – ص ٢٣١.

من جهة أخرى لا يشترط في الكتابة أن تكون بخط من وقعها، وإنما يصح أن تكون بخط شخص أجنبي أو أن تكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو بالطباعة[١].

بل إن المشرع لم يذكر شكلاً محدداً في المادة التي يمكن أن يكتب بها المحرر "المستند"، فيمكن أن يكتب على الورق أو الجلد أو الخشب أو غير ذلك. كما يمكن أن يكتب بالمداد السائل أو بالمداد الجاف أو بالقلم "الرصاص" أو غير ذلك، وإن كل ما تطلبه المشرع هو ثبوت المحرر لصاحبه[٢]. بل إن البعض قد وصل إلى أبعد من ذلك، فقد أضفى وصف الكتابة على الأشكال والطرق التي لا تكون مقروءة للعين؛ فأضاف وصف الكتابة على التسجيلات المغناطيسية[٣].

---

(١) د. جلال علي العدوي – مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية – بدون سنة طبع – ص ١٦٤، عبد المنعم الصدة – الصفحة نفسها، نقض مدني مصري بتاريخ ١٩٦٦/٣/٢٨م – مجموعة المكتب الفني – س ١٧ ص ٧٤٠، وكذلك الدكتور حسن عبدالباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠م – ص ١٧ وما بعدها وكذلك:
Lemunier (Francis), Notions generales regime des preuves, encyclopedie delmas pour la vie des affaires, 9 edition, 1988, J.Delmas et cie, p. 14.

(٢) د. محمد حسام لطفي – المفهوم الحديث للمحرر وقانون الإثبات – مجلة مصر المعاصرة – عددا يوليو وأكتوبر ١٩٨٩ – العددان ٤١٧، ٤١٨ – السنة الثمانون – ص ٦٤١.

(٣) Larrieu (Jacques), Les nouveaux moyens de prevue: Pour ou contre L,identification des documents informatiques a des ecrit s sous seing prives? Lamy droit de l,informatique, nov. 1988 (H), P.12, n 15.

وقد اعتبرت محكمة نيوهامشير الأمريكية سنة ١٨٦٩م أن البرقية والتلكس والفاكس وشرائط التسجيل والتسجيل على شرائط الكمبيوتر مستوفية لشرط الكتابة. فالمهم ليس شكل الوسيلة بل يكفي أن تكون في وسيط ملموس فقط، ولا يهم بعد ذلك أن تكون قد كتبت بقلم أو بريشة. انظر:
J.Smedinghoff (Thomas) & Hill Bro (Ruth), Digital signature and electronic document verification, John Marshall Journal,Spring 1999, P. 735

والأحكام المشار إليها:
Josef Denunzio Fruit Co. v. Crane, 79 F. Supp. 117 (S.D. Cal. 1948) (Telex); McMillan Ltd. V. Weimer Drilling & Eng. Co., 512 So. 2d 14 (Ala. 1986) (Mailgram); Ellis Canning Co. v. Bernstein, 348 F. Supp. 1212 (D. Colo. 1972) (Tape recording); Bazak Intl Corp. v. Mast Indus., Inc., 535 N.E. 2d 633 (N.Y. 1989) (Fax); People v. Avila, 770 P. 2d 1330 (Colo ct. App. 1988) (computer disk) & Clyburn v. Allstate, 826 F. Supp. 955 (D.S.C. 1993).

ولذلك يظهر أن المقصود بالكتابة إنما يفسر في ضوء وظيفة الكتابة والغرض منها وليس على أساس نوعية الوسيط أو الأحبار المستخدمة أو شكل الحروف أو الرموز[١].

ولذلك جاءت المادة (٤) من المشروع تؤكد هذا الاتجاه وهو توسيع المفهوم بما يستوعب كل الوسائل الحديثة بالشروط التي تحقق الأمان ونسبة المحرر لصاحبه، فنصت المادة (٤) من المشروع على أنه "يستوفي المستند الإلكتروني شرط الكتابة إذا تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيه على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"[٢].

وقد اعتمد المشروع نهج "النظير الوظيفي" الذي يقوم على تحليل للأغراض والوظائف التي كانت تنسب إلى الاشتراط التقليدي الورقي بهدف تقرير تلك الوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية. فمثلاً من بين الوظائف التي يؤديها المستند الورقي أن يكون مقروءاً، وأن يبقى على شكله مدة من الزمن من غير تغيير، وكذلك تتوافر إمكانية استنساخه أكثر من نسخة، ويحوز كل طرف في العلاقة على البيانات نفسها، وإمكانية التوقيع عليه وأن يكون مقبولًا قانوناً. وهذه الشروط جميعاً يمكن توفيرها – بمستوى أعلى – من خلال المستندات الإلكترونية باتباع بعض وسائل الأمان التي يمكن أن تؤكد مصداقية المستندات الإلكترونية بالدرجة نفسها لمصداقية المستندات الورقية إن لم تزد عليها[٣]. أو في صورة برامج للحاسب الإلكتروني[٤].

---

(١) د. عبدالباسط جميعي – مرجع سابق – ص ١٩.

(٢) وتقابلها المادة ١/٦ من القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية. وكذلك نجد أن المشرع المصري في المادة ١٥ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات قد ساوى أيضاً في الحجية بين الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والكتابة الورقية والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. وكذلك الأمر في فرنسا حيث صدر القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ وأعطى الكتابة الإلكترونية المقترنة بالتوقيع الإلكتروني الحجية القانونية.

(٣) دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦) فقرة ١٦، ص ٢٠.

(٤) د. محمد السعيد رشدي – الإثبات في المواد المدنية والتجارية "وفقاً للقانونين المصري والكويتي" الطبعة الأولى –١٩٩٥/١٩٩٦ – مؤسسة دار الكتب – الكويت – ص ٦١.

ومنهج النظير الوظيفي Functional - equivalent هو منهج القانون النموذجي للأونسيترال، وقد بدا ذلك واضحاً عندما استبعد تطلب شكل معين في الكتابة أو في التوقيع، بل ركز على الوظيفة لكل منهما، كما أنه أكد ضرورة ما يسمى بحيادية الوسيط، أي أنه ليس من المهم اختيار وسيط معين وشكل معين أو لمجرد أنه في شكل إلكتروني يقبل دليلاً[١].

وقصد القانون النموذجي من اشتراط أن يكون المحرر مقروءاً هو أن يكون المحرر مدوناً بحروف ورموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يحتاج إلى الاحتجاج بها. أما بالنسبة للشرط المتعلق بإمكانية الرجوع إلى المستند الإلكتروني لاحقاً فهو ما يسمى بدائمية المستند؛ أي أن يتم التدوين على وسيط بحيث يمكن الرجوع له لاحقاً، واسترجاع البيانات الموجودة فيه من دون أن تتغير[٢].

وفي رأينا، أن المشروع قد أحسن صنعاً بوضعه حداً لقبول الشكل الذي يجب أن يكون عليه المستند الإلكتروني وهو إمكانية الاطلاع عليه والرجوع إليه لاحقاً للتأكد من سلامته وموافقته للمقصود منه[٣].

- مدى اعتبار المستند الإلكتروني أصلاً:

تثير مسألة أيعد المستند الإلكتروني أصلاً أم يعد نسخة من الأصل تساؤلات كثيرة عند الفقهاء بخاصة أن هذا المستند يوجد على وسيط إلكتروني لا على وسيط ورقي، كما هو معروف في السابق. ولذلك جاءت المادة (٦) من المشروع منهية هذا الجدل، فنصت على أنه "يعتبر المستند أصلاً إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئ فيه للمرة الأولى في

(١) D.Gabriel (Henry), op. cit., P. 313 & C.Ching (Lance), op. cit., P. 221

(٢) د. عبدالباسط جميعي – مرجع سابق – ص ٢٠ وما بعدها.

(٣) رسالتنا لدرجة الدكتوراه – مدى حجية الإثبات بالوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٩٨ – ص ٧٣-٧٤.

شكله النهائي بوصفه مستنداً إلكترونياً، وكانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات. وتقدر سلامة المعلومات بتحديد إذا ما كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير وأي تغيير يطرأ في أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض، وتقدر درجة التعويل في ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وفي ضوء جميع الظروف ذات الصلة".

ويظهر من النص السابق أن المشروع قد اشترط شروطاً لاعتبار المستند الإلكتروني أصلاً يعتد به، يمكن توضيحها فيما يلي:

١ – التأكيد على وسيلة الأمان المستخدمة لحفظ تلك المعلومات منذ المرة الأولى لإنشائها، والاطمئنان إلى أن هذه المعلومات لم يطرأ عليها أي تعديل أو تغيير منذ ذلك الحين؛ أي منذ أن أصبحت في شكلها النهائي لأول مرة بوصفها مستنداً إلكترونياً. والأمان المستخدم لحفظ تلك الوثيقة الإلكترونية يكون من خلال نظام معلوماتي مؤمن من الاختراق والعبث، وهو السبيل لإثبات أن هذا المستند لم يتعرض لأي عبث ولم تتغير المعلومات المسجلة به.

ونجد القرص المدمج "CD" من الوسائل الحديثة التي يمكنها – إلى حد ما – الاحتفاظ بالمستند الإلكتروني دون تغيير؛ إذ لا يمكن الكتابة عليه مرة أخرى، وكذلك نجد الميكروفيلم قد يستجيب لشرط الدائمية وإن يكن التعديل الذي يمكن أن يجرى على المستند غير واضح[١].

ويزداد الأمر صعوبة حين تكون المعلومة محفوظة على ذاكرة الحاسب الآلي "الهارد ديسك" فكيف يمكن أن يتأكد أن تلك المعلومة لم يتم إحداث

(١) Chamoux (Francoise), La valeur probante: une reforme S impose. Memories optiques & systems, N 68, sept. / oct. 1988, P.36; Pitte-coudel (Thierry) et Bensoussan (Alian), Techange de donnees informatise et le droit,1991, P. 39; Iteanu (Olivier), Internet et le droit, 1996, eyrolles, Paris, P70; Courtin- Vincent (pascal), La prevue du paiement d une somme d argent (d l ecrit a la telematique), These, ParisI, 1989, P.263

تعديل عليها – سواء بالإضافة أو الحذف – منذ أول تسجيل لها. أعتقد أن من الصعوبة إثبات حدوث تعديل على المستند أو عدم حدوثه في تلك الحالة، ولكن يظل ذلك ضريبة التطور.

٢ – يجب أن تكون المعلومات الموجودة على المستند الإلكتروني مما يمكن عرضه على الشخص المقرر والمشترط تقديمها إليه، ومما يمكن عرضه مرة أخرى متى أردنا ذلك سواء عن طريق الشاشة أم بطباعته على وسيط ورقي أو غير ذلك من الوسائل.

وتقدر سلامة المعلومات الموجودة على ذلك المستند الإلكتروني بتحديد إذا ما كانت المعلومات قد بقيت مكتملة ودون تغيير. وما دام هذا المستند لم تصل إليه يد العبث فإنه يكون موثوقاً به ويعتبر أصلاً، أما لو دارت الشكوك حول إمكانية تعرضه للعبث فإن القاضي سيكون متشككاً، ويمكن ألا يعتبره أصلاً.

ومع ذلك فقد استثنى المشروع من شرط عدم التعديل على الشكل النهائي للمستند الإلكتروني بعض الإضافات التي لا تقدح في قيمته، منها إضافة أي تظهير للمستند لتحويل الملكية من شخص لآخر، وأي تغيير يعتبر من المتعارف عليه في الإبلاغ أو التخزين أو العرض.

وقد ربط المشروع أيضاً درجة التعويل على إمكانية قبول ذلك المستند بالغرض الذي من شأنه أنشئت المعلومات، وكذلك جميع الظروف ذات الصلة المتعلقة بكل حالة.

المطلب الثاني
التوقيع

يعتبر التوقيع العنصر الثاني والمهم في تكوين عناصر الدليل الكتابي التي يتطلبها القانون في كثير من التصرفات القانونية ولا سيما إذا زادت قيمة هذه التصرفات على مبلغ " ٥٠٠٠ " دينار كويتي أو كانت غير محددة القيمة كما نص على ذلك قانون الإثبات الكويتي. بل إن هناك بعض الفقهاء قد اعتبر

التوقيع العنصر الوحيد وذلك على فرض أن الورقة تتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه[1].

وقد ظهرت التوقيعات الجديدة تحت مسميات وتكنولوجيات عدة أيضاً، فنجد التوقيع الرقمي أول التوقيعات ظهوراً؛ حيث إنه باستخدام عدة أرقام بعضها مع بعض يمكن أن يتعرف البرنامج الآلي شخصية المستخدم، وهذا ما جاء واضحاً في تسمية ولاية "يوتا" الأمريكية للقانون المنظم للتوقيع بـ "قانون يوتا للتوقيع الرقمي"، ولكن مع التطور المستمر للتكنولوجيا – وخوفاً من عدم ملاحقة التشريعات لتلك التكنولوجيات واستخدامها لتقنيات جديدة للتوقيع اتجهت الدول – الولايات الأخرى – إلى تسمية التوقيع الجديد بالتوقيع الإلكتروني؛ وذلك حتى يستوعب جميع أنواع التكنولوجيا المنظمة له، وهذا ما فعلته ولاية كاليفورنيا وكثير من الدول، وهو ما يسمى بالحياد التكنولوجي

(١) أستاذنا الدكتور السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج ٢ – نظرية الالتزام بوجه عام – المجلد ١ – الإثبات – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية – ١٩٨٢ – ص ٢٣٢، أحمد نشأت – رسالة الإثبات – الطبعة السابعة – ج ١ – ص ٢٦١، توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ١٩٨٢ – ص ٦٧، منصور مصطفى منصور – الإثبات في المواد المدنية والتجارية – مذكرات لطلبة حقوق جامعة الكويت – ص –٢٩. وهذا ما قضت به أيضاً محكمة النقض المصرية في أحكام متعددة لها بأن "الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده، فإذا خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله، بل إنها لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه " نقض ١٩٦٩/١/١٦ – مجموعة المكتب الفني – س ٢٠ – ص ١١١، الطعن رقم ٤٩٠١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٢/١٠/٢٩م – مجموعة المكتب الفني – س –٤٣ – ص ١٠٩٥، وكذلك تواترت أحكام محكمة التمييز الكويتية على ذلك. انظر الطعن رقم ٥٠ لسنة ١٩٩٢ م تجاري جلسة ١٩٩٢/١١/٣٠ م وكذلك الطعن رقم ٢٣٧ /٩٠ تجاري جلسة ١٩٩٣/٣/٧ م، الطعن ٩٢/١٨٥ تجاري جلسة ١٩٩٣/٤/٤م، الطعن ٩٣/٣٩ مدني جلسة ١٩٩٤/٦/١٣م. انظر مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في الفترة من ١٩٩٢/١/١م حتى ١٩٩٦/ ١٢/٣١م في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية – القسم الثالث – المجلد الأول / يوليو ١٩٩٩م – ص ١٨٧، ١٨٨.

Technology - Neutral وهذا ما سار عليه القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية، وكذلك مشروع القانون الكويتي موضوع البحث.

وبالإضافة إلى التوقيع الرقمي والإلكتروني ظهر أيضاً التوقيع البيومتري Biometric Signature، وهو نوع من التوقيعات يعتمد على الخصائص الشخصية للمستخدم؛ فيستخدم مثلاً البصمة وحركة عضلات اليد في أثناء التوقيع وقزحية العين والصوت وغيرها(١).

والتوقيع – سواء كان تقليدياً أم إلكترونياً – يسعى إلى تحقيق وظيفتين مهمتين، وهما تعيين "إظهار" شخصية الموقع، وكذلك دليل موافقته على ما جاء في "المستند" الموقع عليه(٢).

ولكن بسبب الظروف الاجتماعية كان التركيز منصباً على شكل ذلك التوقيع دون وظيفته، فكان التوقيع بالإمضاء والتوقيع بالختم والتوقيع ببصمة الإصبع. وكانت تلك الطرق كافية في ظل التصرفات التي كانت تبرم على الورق. فقد كان يعد توقيعاً في ظل القانون الروماني قيام المواطن بغمس الخاتم في لوح من الشمع، وفي العصور اللاحقة كان الأوربيون يستخدمون الخاتم المصنوع من الطين للتوقيع على المستندات، ثم دخل التوقيع بخط اليد على الورق(٣).

---

(١) A. Rambarran (Ian), I accept, but do they? ... The need for electronic signature legislation on Mainland China, Transnational Lawyer, Spring 2002, P. 408 et.

(٢) D.Gabriel (Henry), op. cit., P. 314

(٣) Lupton (W.Everett), The Digital signature: Your identity by the numbers, Richmond Journal of Law and technology, Fall 1999, P. 3

كما اعتبرت المحاكم الأمريكية الاسم المكتوب عن طريق البرقية والتلكس والآلة الكاتبة والاسم المكتوب على أوراق الشركات "Letter head" والفاكس، كلها تعد توقيعاً. انظر:
J. Smedinghoff (Thomas), op. cit., P. 736

والأحكام المشار إليها في الهامش، وهي:
Selma saving Bank v. Webstar Country Bank 206 S.W. 870 (Ky 1918); Hillsotrm v. Gosnay, 614 p.2d 466 (Mont. 1989); Pike Indus., Ins. v. Middlebury Assoc.., 398 A. 2d 280 (vt. 1979); Joseph Denunzio Fruit Co. v. Crane, 70 F. Supp. at 117; Waston v. Tom Growney Equip. Inc. 721 p. 2d 1302 (N.M. 1986); Matter of save - on carpet of Arizona, Ins., 545 F. 2d 1239 (9 th Cir. 1976); Madden v. Hegadon, 565 A. 2d 725 (N.J. Super. 1989)

ومع دخول التكنولوجيا أصبح من اللازم التفكير في حل يمكن اللجوء إليه لاستيعاب التوقيعات الإلكترونية التي أصبحت الوسيلة الأكثر انتشاراً في التعاملات الإلكترونية. ولذلك يمكن الرجوع إلى وظيفة التوقيع بوصفه معياراً لقبول التوقيع من عدمه، وهذا ما نصت عليه المادة (٥) من المشروع؛ حيث نصت على أنه " يعتبر توقيعاً في حكم القانون بالنسبة للمستند الإلكتروني إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الموقع والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني، وكانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئ أو أرسل من أجله المستند الإلكتروني في جميع الأحوال، بما في ذلك أي اتفاق له علاقة بالموضوع."[١]

والمشروع بهذا النص قد انتهج طريقة جديدة في تعريفه للتوقيع لم يكن يعرفها في السابق؛ إذ كان يعرفه بتعداد صوره دون وظائفه، مما كان يجعل قبوله صعباً في ظل تلك النصوص. فقد نصت المادة (٨) – الفقرة الثانية – من القانون الكويتي رقم "٢٥" لسنة ١٩٨٠م بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية على ما يأتي: "فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة الأوراق العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم."

وانتهاج المشروع – كما قلنا – هذه الطريقة الجديدة التي تلائم الوسائل التي تفرزها التكنولوجيا المتطورة والمتجددة لا نحتاج معه إلى أن نغير هذا التعريف كل فترة لتتواءم قوانيننا مع هذا التطور الحديث.

وهذه الطريقة تتمثل في التركيز على الوظيفة وليس الشكل، فما يهم في الأمر هو وظيفة التوقيع وليس شكله[٢]، فما دامت تحقق الوظائف التي تبعث الأمان وتؤكد في الوقت نفسه أن هذا التوقيع يعبر بصفة صادقة عن هوية

---

(١) وتقابلها المادة ٧/ ١ من القانون النموذجي.

(٢) D.Gabriel (Henrv), op. cit.,P. 313

الموقع، فإنه يمكننا أن نقول إننا أمام توقيع معترف به، ويحقق كل المتطلبات القانونية.

وعلى ذلك يظهر أن المشروع اشترط ليكون التوقيع معترفاً به أن يحتوي على الشروط الآتية:

١ – استخدام طريقة تعين من خلالها هوية الموقع.

٢ – التدليل على موافقة الموقع على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني.

٣ – استخدام طريقة يمكن التعويل عليها.

أولاً – استخدام طريقة يمكن من خلالها تحديد هوية الموقع:

يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط[١]؛ فالمشرع في قانون الإثبات عندما ذكر الطرق التي يمكن أن تستخدم في التوقيع كالتوقيع ببصمة الإصبع وبالختم وبالإمضاء كان يقصد التأكيد على هوية الموقع وألا يتم تزوير التوقيع أو أن ينسب إلى شخص توقيع لم يقم به.

فمن المهم عندما تستخدم طريقة معينة للتوقيع أن تتمكن من تحديد هوية الموقع تحديداً دقيقاً غير قابل للتأويل، وذلك يكون من خلال عملية توثيق معينة للتأكد من صحة التوقيع. ويقصد بهذا التوثيق أن تستخدم وسيلة مأمونة للتشفير يمكن من خلالها نسبة هذا التوقيع لصاحبه، وهذا ما سنتناوله في الشرط الثالث بالتفصيل.

ثانياً – التدليل على موافقة الموقع على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني:

يعتبر التوقيع بمنزلة الأداة الوحيدة المستخدمة للتدليل على الصحة القانونية للتصرف المراد إثباته، وهو الذي يعطي لهذا التصرف القوة القانونية،

(١) انظر أيضاً د. محمد زهرة – مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية – بحث مقدم في مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي – الطبعة الأولى–١٩٩٤ –ص ٤٤٨ وما بعدها.

ويحوله إلى تصرف قانوني وحقيقي، ومن ثم يصبح ملزماً للأطراف الموقعين عليه[1]. كما يعتبر وجود التوقيع على المستند بمنزلة دليل على موافقة الموقع على ما جاء فيه من معلومات. ومما هو جدير بالذكر أن مكان التوقيع في الورقة ليس من الأهمية بمكان؛ فقد يكون في أسفل الورقة أو في الأعلى أو في أحد جانبيها، المهم أن يكون ذلك التوقيع موجوداً حتى يمكن أن ينسب إلى الموقع موافقته على ما جاء في المستند إلا إذا أنكر حدوث ذلك التوقيع بالطرق المعروفة للإنكار في قانون الإثبات.

وهذا الكلام قد يكون مقبولاً في المستندات الورقية حيث يمكن مضاهاة التوقيع الموجود بالتوقيع الرقمي، ولكن الصعوبة تكمن في التوقيع الإلكتروني حيث لا يعدو أن يكون طلاسم غير معروفة ابتدعها برنامج الحاسب الآلي، ومن الصعوبة التأكد من مصداقيتها، وهذا ما يعطي موضوع الأمان والثقة أهمية قصوى بالنسبة للتوقيع الإلكتروني؛ إذ يتحتم أن يدل بوضوح وثقة على موافقة الموقع على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني.

ثالثاً – استخدام طريقة يمكن التعويل عليها:

استلزم المشروع – لكي يكون التوقيع الإلكتروني معترفاً به – أن تستخدم طريقة يمكن التعويل عليها، وتبعث الأمان والطمأنينة في نفوس المتعاملين بهذا النوع من التوقيعات الإلكترونية.

ويمكن الاستدلال على الطريقة التي يعول عليها بملاحظة بعض الاعتبارات، منها مستوى التطور التقني للمعدات التي يستخدمها كل طرف من الأطراف، وطبيعة النشاط التجاري، والتواتر الذي تحدث به المعاملات التجارية بين الأطراف، ونوع المعاملة وحجمها، وقدرة نظم الاتصال المستخدمة واستخدام الإجراءات التي تتطلبها وسيلة التوثيق التي يضعها الوسطاء بين الأطراف، والامتثال للأعراف والممارسات التجارية، وأهمية المعلومات الواردة في الرسالة

(١) رسالتنا – ص ٨٧ – وكذلك حكم النقض الفرنسي المشار إليه في الهامش رقم ١ من الصفحة نفسها.

الإلكترونية وقيمتها، ومدى قبول طريقة التعيين للهوية في الموضوع المعني وقت الاتفاق أو عدم قبولها، أو وقت وصول الرسالة الإلكترونية[١].

ولأن هذه التوقيعات تستخدم في شبكات مفتوحة مثل شبكة الإنترنت فإن مسألة اعتراض هذه الرسالة والاطلاع عليها وتغيير ما فيها من معلومات أمر وارد، ولذلك اقترح البعض أن يتم الحصول على اتفاق ورقي يحمل توقيعات المتعاملين قبل التعاقد؛ لإضفاء الصلاحية القانونية على تلك التعاقدات اللاحقة فيما بينهم، وذلك يتطلب بالطبع الدخول في جماعات مغلقة، كل جماعة تستخدم نظاماً إلكترونياً معيناً، ولا يستطيع أي شخص من خارجها تبادل الرسائل الإلكترونية، وهذا بالطبع يحد من انتشار التجارة الإلكترونية التي أصبحت واقعاً لا يمكن وقف زحفه، مما يجعل طريقة الشبكة المغلقة غير مجدية[٢]. ولذلك جاء التفكير في آلية أخرى يمكن من خلالها تبادل الرسائل الإلكترونية في الشبكات المفتوحة ووجود الأمان المنشود. وهنا بدأ استخدام وسيلة تشفير الرسائل بحيث لا يستطيع أحد من غير المعنيين الاطلاع على محتواها، كما يضمن المتعاملون أيضاً أن الرسالة لم تعترض، ولم يتم أي تغيير في بياناتها، وقد كان الاهتداء إلى هذه الطريقة بمنزلة الحل السحري والفريد لمشكلة استخدام الرسائل عبر شبكة الإنترنت[٣].

ويقسم بعض الفقهاء مستويات الأمن التي يمكن أن تتوافر من خلال التوقيع الإلكتروني إلى أربعة مستويات: يتمثل الأول في موافقة الأطراف على إبرام العقد؛ وذلك عن طريق الضغط على أيقونة "موافق "، وعندما يكون في الأمر استخدام للبطاقات الائتمانية أو مستوى أعلى من الأمن يبدأ المستوى الثاني المتمثل بالمرحلة الثانية في استخدام كل من الأطراف لرقم سري

(١) الفقرة ٥٨ من دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ١٩٩٦، ص ٣٩.

(٢) Rihaczek (Karl), Digital Signature surrogates for open EDI, The EDI Law Review, 2, 1995, P. 229

(٣) Rubin (Harry), Faser (Leigh) and Smith (Monica), US and international Law, Aspects of the internet: Fitting square pegs into Round holes, international Journal of Law and information technology, vol. 3, No. 2, summer 1995, P. 136.

يستطيع من خلاله الحصول على أمان معين؛ بحيث من لا يملك هذا المفتاح فإنه لا يستطيع دخول هذا الموقع والاطلاع على معلوماته، ثم يأتي المستوى الثالث من مستويات الأمن الذي يمكن أن يوفر التوقيع الإلكتروني باستخدام التوقيع البيومتري[١] أو التوقيع باستخدام الخصائص الشخصية للموقع مثل بصمة الإصبع أو العين أو الصوت، وذلك بتوفير برنامج يستطيع تعرف هذه الخصائص، ثم يأتي بعد ذلك المستوى الرابع من الأمن، وهو التشفير باستخدام المفتاح العام أو مايسمى ب "PKI"، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل[٢].

المطلب الثالث
التشـفيـر

يقصد بالتشفير "عملية تحويل نص رسالة إلى شكل غير مفهوم، وإرسالها إلى المرسل إليه، ثم قيام المرسل إليه – عن طريق استخدام مفتاح فك التشفير – بتحويل الرسالة إلى الشكل المفهوم".

ومن شأن وصول الرسالة مشفرة وقيام المرسل إليه بفك رموزها باستخدام مفتاح فك الشيفرة أن تتأكد حقيقتان؛ الأولى: أن الرسالة وصلت من الشخص المعني بإرسالها، والثانية: أن هذه الرسالة لم يعبث بها في أثناء انتقالها من المرسل إلى المرسل إليه؛ لأن المرسل هو الشخص الوحيد الذي يملك المفتاح الذي يمكنه تحويل الرسالة من الشكل المفهوم إلى الشكل "المشفر" الذي يمكن معه إرجاعها إلى شكلها القديم في حال استخدام مفتاح فك الرمز[٣].

---

(١) للتفصيل في هذا الموضوع – انظر رسالتنا المشار إليها سابقاً، ص ١١١ وما بعدها.

(٢) E.Blythe (Styphen), op. cit., no. 9 & Licoln (Anda), Electronic Signature Laws and the need for uniformity in the global market, Journal of small and emerging business Law, Spring 2004, P. 70.

(٣) Nicoll (Christopher), EDI evidence and the Vienna Convention, The Journal of business Law, January 1995, P. 32.

وقد ظهر التشفير في بادئ الأمر بنظام يسمى التشفير "السيمتري" Symetrique، ويعني التشفير وفك التشفير بمفتاح واحد، حيث يتم إرسال هذا المفتاح من المرسل إلى المرسل إليه بطريقة معينة – وتكون آمنة بالطبع – لكي يستطيع المرسل إليه فك شيفرة الرسالة التي تصل إليه من المرسل(١). ولأن هذه الطريقة لم تكن فعالة ولا سيما أنها تتطلب إرسال المفتاح الخاص بفك الشيفرة إلى المرسل إليه في كل مرة يستقبل فيها رسالة من المرسل، كما أنه من الممكن أن يتم الحصول على مفتاح فك الشيفرة والاطلاع على الرسالة وتغيير بعض معلوماتها وتشفيرها، ومن ثم إرسالها مرة أخرى سواء كان ذلك بقصد الإضرار بالمتعاقدين أم كان بقصد العبث من قبل بعض "مراهقي" الإنترنت. لذا جاء التفكير في إيجاد آلية أخرى تؤدي الغرض نفسه وعلى درجة أكبر من الأمان، ولكن تكون عملية تداولها أسهل من الطريقة السابقة، ولذلك تم التوصل إلى طريقة التشفير اللاسيمتري "Asymetrique" أو التشفير باستخدام المفتاح العام(٢).

التشفير باستخدام المفتاح العام:

ويقصد بهذا النظام استخدام سلسلة من العمليات الحسابية(٣) "Algorithm" بواسطة مفتاحين، أحدهما عام والآخر خاص، ويتمتع هذان المفتاحان بخاصية أنه لو أمكن معرفة أحدهما، فليس من الممكن معرفة الآخر(٤).

---

(١) Willms (Wilfried) De la signature au " notaire electronique ", La validation de la communication electronique, Melanges Pardon (Jean), Bruylant, Bruxelles, 1996,P.573 & Wood Braley (Sarah), op. cit., P. 425.

(٢) Syx (D.), Vers de nouvelles formes de signature?, Le probleme de la signature dans les rapports juridique electroniques, Droit de linformatique, 1968/3, P.14,N.54 et 58 & Porter (Rebecca), Do Electronic signatures mean an end to the dotted line?, Association of trial lawyers, sept. 2003, P. 55

(٣) انظر قاموس المورد لمنير البعلبكي – طبعة ١٩٩٩م – ص ٣٧.

(٤) Perritt (Henry), Electronic contracting and publishing in context, 1991, Wiley Publications, P. 27 & Wood Braley (Sarah), op. cit., P. 425

ولتوضيح كيفية عمل هذا النظام من التشفير، نشير إلى وجود مفتاحين لدى الشخص الذي يريد استخدام الرسائل الإلكترونية في تعاملاته، أحدهما عام والمقصود به أنه يمكن لأي شخص أن يحصل عليه حيث يكون متاحاً على الموقع الإلكتروني للمرسل أو أي مكان آخر يمكن الوصول إليه، والآخر خاص وسري؛ أي يحتفظ به الشخص المرسل لديه ولا يمكّن أحداً من الوصول إليه. وعندما يريد أن يرسل رسالة يقوم بتشفيرها بالمفتاح الخاص ويرفق بها توقيعه الإلكتروني مستخدماً المفتاح الخاص للتشفير، ويبعثها برفقة برنامج التشفير، فيقوم المرسل إليه بفك شيفرة الرسالة باستخدام المفتاح العام.

وقد يتبادر إلى ذهن البعض أنه من الممكن أن يعترض الرسالة أحد الأشخاص المحترفين، ويقوم بفكها باستخدام المفتاح المتاح على الشبكة، ومن ثم يعرف ما فيها، ثم يقوم بإرسالها مرة أخرى. والرد على ذلك أن هذا الشخص الذي أمكنه فك ترميز الرسالة باستخدام المفتاح العام لا يمكنه ترميزها مرة أخرى؛ لأنه لا يملك المفتاح الخاص الذي من المفترض أن يكون في مكان آمن لدى المرسل، ولكن على فرض أنه باستخدام ترميز آخر قام بترميز تلك الرسالة مرة أخرى، فإن المرسل إليه يمكنه اكتشاف ذلك التلاعب عندما تصله الرسالة، ويقوم بعملية تأكد من سلامتها، وعدم العبث بها.

ويمكن للمرسل إليه أن يتأكد من أن المرسل هو فعلاً من قام بإرسال الرسالة، وأنه لم يتم العبث بها في أثناء انتقالها من نظام المرسل إلى نظامه، وذلك بتشفير جزء من الرسالة باستخدام برنامج التشفير المرفق مع الرسالة وباستخدام المفتاح العام، فإذا حصل على النتيجة نفسها فإن الرسالة صحيحة ولم يتم العبث بها، أما إذا اختلفت النتيجة فهنا يعرف أنه قد تم اعتراضها من قبل أحد المتلصصين، ومن ثم يجب عليه إبلاغ المرسل بشكه في صحة الرسالة ليقوم المرسل بإرسال مفتاح آخر أو الاتفاق على آلية أخرى لإرسال الرسالة[١].

(١) Wright (Benjamin), Legal identity and signatures on the information highway, the Law of electronic commerce, Emerging topics, second edition,1996, Little - Brown &Company, P:1:8

ولكن كيف للمرسل إليه أن يتأكد من أن المرسل هو الشخص الذي يملك هذين المفتاحين العام والخاص؟ أي كيف يتأكد من أن الشخص الذي أرسل هذا المفتاح يخصه بالفعل؟ وأمام ذلك جاء التفكير في جهة محايدة وذات خبرة تستطيع أن تمنح شهادات تصديق تؤكد ملكية الأشخاص للمفاتيح التي يتعاملون بها في شبكة الإنترنت، ولا سيما أن المتعاملين في هذه الشبكة نادراً ما يعرف أحدهما الآخر، وتسمى بسلطات الإشهار(١).

وقد اهتمت القوانين المناظرة التي تناقش التجارة الإلكترونية بمسألة النص على تعريف مزود خدمة التصديق "التوثيق" وشهادة المصادقة الإلكترونية، فقد نصت المادة (٢) من قانون إمارة دبي على أن المقصود بمزود خدمة التوثيق هو "أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية ...."، كما عرفت شهادة المصادقة الإلكترونية بأنها "شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة.."(٢).

ومن شأن هذه الجهة المحايدة أن تؤكد للمرسل إليه أن المفتاح المستخدم في التشفير هو مفتاح تابع للمرسل وأنه المالك له، كما أنه يتحمل مسؤولية المحافظة عليه في مكان آمن لا يمكن الوصول إليه، ولذلك فإن أي تصرف يتم من خلال استخدام ذلك المفتاح فإن مالكه المسجل في هيئة التصديق يعد مسؤولاً عنه ما لم يبلغ عن ضياعه قبل حدوث التصرف بوقت كاف(٣).

---

(١) Certification Authority وكذلك انظر د. محمد حسام لطفي – الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية – القاهرة – ٢٠٠٢م – ص ٧٣.

(٢) وقد عرفت المادة ١ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ م بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني المصري شهادة التصديق الإلكتروني بأنها " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع ".

(٣) Wright (Benjamin), Authenticating EDI: The location of a trusted record-keeper, Computer Law & Practice, January / February 1990, P. 80 & Porter (Rebecca), op.cit. P. 55 & A.Rambarran (Ian), op. cit., P.411 & Wood Braley (Sarah), op. cit., P. 427 & Lupton (W. Everett), op. cit., P. 17.

كما أن من شأن هذه الجهة المحايدة أن تفي بمتطلبات القانون لتضفي على التوقيع الإلكتروني المستخدم الصلاحية القانونية المطلوبة.

وقد جاء المشروع ليترك للجهة المسؤولة عن التصديق على تواقيع التجار مسؤولية تحديد المعايير التي تجعل من الطريقة المستخدمة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئ أو أرسل من أجله المستند الإلكتروني.

ويفهم من النص أن الطريقة تكون جديرة بالثقة اعتماداً على نوع العملية التي أنشئ من أجلها المستند الإلكتروني، ولذلك أعتقد أنه من الضروري أن يكون هناك حد أدنى من شروط الأمان يجب التأكد منها في كل استخدام للتوقيع على المستندات الإلكترونية، وأن تكون تلك المعايير واضحة ومعروفة للجميع، لما لها من أهمية بالغة، وبخاصة أن هذه التواقيع تستخدم في شبكات دولية مفتوحة، ومن ثم فإنه قد يتعامل معها أناس من خارج الدولة، وإن احتواءها على المعايير العالمية المتعارف عليها في التشفير والتوثيق يجعل من هذه التواقيع والتشفيرات موثوقاً بها.

ولكن لدي تحفظ حول إسناد وضع المعايير إلى الجهة المسؤولة عن التصديق على توقيعات التجار "غرفة التجارة والصناعة"؛ إذ يجب أن تكون الجهة المنوط بها وضع تلك المعايير جهة محايدة ليس لها أي مصلحة من تلك التعاملات؛ وذلك إبعاداً للشبهة عنها وحتى يكون لها مصداقية معينة، ونؤكد ضرورة إسناد هذه المهمة إلى جهة محايدة ومتخصصة في هذا المجال حتى تكون المعايير واضحة ومعلنة للجميع، ويعرف مقدماً أجديرة هذه الطريقة بالتعويل عليها أم غير جديرة.

ويتبادر إلى الذهن تساؤل يتعلق بكيفية معاملة شهادات التصديق الأجنبية أي التي تكون صادرة من الخارج، هل يمكن الوثوق بها؟ وهل يمكن اعتبار التشفير المستخدم تشفيراً موثوقاً به؟ أعتقد أنه إذا كان لدينا معايير واضحة ومحددة وتراعي في الوقت نفسه المعايير العالمية المتعلقة في هذا الموضوع، وإذا كانت تلك الشهادات تحتوي على المعايير نفسها الموجودة لدينا فلا أرى مانعاً من قبولها، وإلا فلا يعتد بهذه الشهادات غير المطابقة للمواصفات الأمنية؛

إذ إن المرسل قد يحضر شهادة من جهة غير معروفة وغير موثوق بها، ويطلب الأخذ بمعايير تلك الجهة واعتماد التوقيع الإلكتروني الذي تم بناءً على تلك المعايير.

المطلب الرابع
حفظ السجلات الإلكترونية

قد يتطلب القانون الاحتفاظ بمستندات وسجلات بعينها فترة من الزمن، فإذا كانت السجلات والمستندات ورقية فلا مشكلة، حيث من الممكن أن تحفظ في مكان آمن طوال تلك الفترة، وإن كان ذلك الأمر يؤرق كثيراً من الشركات الكبيرة التي تقدر مراسلاتها بالأطنان سنوياً، وتستهلك مساحات شاسعة بالإضافة إلى مصاريف المحافظة عليها وصونها من التلف. وإذا كان المستند إلكترونياً في الأصل، فمن الضروري أن تستخرج نسخة منه بواسطة الطابعة، وتحفظ في شكل مستند ورقي.

كل ذلك سارع في التفكير بإيجاد آلية أخرى تسمح بالاحتفاظ بتلك الأطنان من الورق في شكل إلكتروني لما لهذا الأمر من فوائد عديدة متمثلة في اختزال الوقت وتوفير المال بالإضافة إلى الدرجة الكبيرة من الأمان ومنح ميزة كبيرة تتمثل في سرعة استرجاع المعلومات – في حال الرغبة – أينما كانت هذه المعلومات موجودة في كوم تلك الأطنان.

وهذا ما قام به المشروع في المادة السابعة منه؛ حيث أعطى للمستندات والسجلات المحتفظ بها بصورة إلكترونية الصلاحية لأن يعتد بها، وتكون مستوفية للشروط القانونية، في حال توافر الشروط الآتية:

١ – إذا تيسر الاطلاع على هذه المستندات بطريقة يمكن لذوي الشأن من خلالها الرجوع إليها كلما أرادوا ذلك أو كان هناك حاجة لذلك[١].

(١) المادة٧/ ١/أ من المشروع.

٢ – يشترط للاحتفاظ بالسجل أو المستند الإلكتروني أن يحتفظ به بالشكل الذي أنشئ أو تسلم به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت[١].

٣ – يجب أن يشتمل المستند الإلكتروني المحفوظ على بيانات تساعد على توضيح درجة موثوقيته وأمانه، ولذلك يجب الاحتفاظ بالمعلومات التي تثبت منشأ المستند الإلكتروني وجهة وصوله وتاريخ إرساله واستقباله ووقت كل منهما[٢].

هذا، وقد اكتفى المشروع بالشروط التي ذكرناها آنفاً، ولم يشترط وجود كل البيانات والمعلومات سواء ذات الأهمية أو غير ذات الأهمية، كما لم يشترط وجود البيانات التي يكون القصد منها التمكن من إرسال المستندات الإلكترونية أو استقبالها[٣].

وأجاز المشروع أن يلجأ الشخص إلى أي شخص آخر لمساعدته على حفظ المستندات الإلكترونية والسجلات والمعلومات أو استرجاعها إذا تطلب القانون حفظها، على أن يراعي الشروط التي ذكرناها آنفاً عند قيامه بعملية الحفظ[٤].

(١) المادة ٧/١/ب من المشروع.
(٢) المادة ٧/١/ج من المشروع.
(٣) المادة ٧/٢ من المشروع.
(٤) المادة ٧/ ٣ من المشروع.

خاتمة

إن دخول التكنولوجيا في كل جزء من حياتنا اليومية قلب مفاهيم قانونية كثيرة خلال فترة زمنية محدودة، وأدى إلى التفكير جدياً وسريعاً في أن يتم تنظيم استخدام تلك التكنولوجيا وحسن استثمارها.

فقد أدى الاستخدام المتزايد لشبكة الإنترنت إلى حدوث تعاملات تجارية وغير تجارية عبر تلك الشبكة، وقابل ذلك فراغ قانوني من حيث التنظيم، مما حدا بالدول – كل من جهته – إلى إصدار قوانين تنظم تلك التعاملات، فقد قامت لجنة الأونسيترال في الأمم المتحدة بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لتكون قواعده بمنزلة المرشد للدول عند صياغة قوانينها التي تنظم التعاملات الإلكترونية. ولم تكتف اللجنة بإصدار ذلك القانون بل أصدرت أيضاً قانوناً آخر للتوقيع الإلكتروني، وتبعتها في ذلك كثير من دول العالم، منها – على سبيل المثال –: الولايات المتحدة وبريطانيا وفرنسا وتونس والأردن ولبنان والبحرين ودبي ومصر والكويت "مشروع القانون محل البحث".

وقد ساوت تلك القوانين بين المستند الإلكتروني والمستند الورقي، وأضفت الحجية على التوقيع الإلكتروني وساوت بينه وبين التوقيع التقليدي الذي يتم بالإمضاء أو ببصمة الإصبع أو بالختم.

وقد قسمنا دراستنا في هذا البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث: تناولنا في المقدمة سرعة انتشار استخدام شبكة الإنترنت، وذلك لبيان أهمية هذا المشروع وضرورة التنظيم القانوني للتعاملات التجارية الإلكترونية.

ثم تناولنا في المبحث الأول تطبيق ذلك القانون والمسائل المستثناة منه، وفي المبحث الثاني تناولنا إبرام العقد الإلكتروني والإيجاب والقبول وارتباط كل منهما بالآخر.

في المبحث الثالث تحدثنا عن إثبات العقد الإلكتروني، فتطرقنا للكتابة، ثم لمفهوم الأصل، والمستند الإلكتروني أيعد مستنداً أصلياً أم يعد صورة، وعرفنا أن المشروع أضفى صفة الأصل على ذلك المستند الإلكتروني في حال توافرت شروط معينة، ثم تطرقنا للتوقيع وعرفنا أن هناك أنواعاً من التوقيعات الجديدة التي ظهرت لتواكب هذا النوع من الكتابات الإلكترونية، ووضحنا موقف المشروع محل البحث من تلك التوقيعات الإلكترونية، ثم تناولنا تقنية التشفير بوصفها آلية للحصول على الموثوقية والأمان. وفي الختام تعرضنا لحفظ السجلات الإلكترونية ومتطلباته القانونية، وعرفنا أن المشروع أجاز الحفظ على الوسائط الإلكترونية بشروط معينة أيضاً.

وفي النهاية نورد بعض الملاحظات المهمة على مشروع التجارة الإلكترونية الكويتي، وهي:

١ – أود أن أبدي تحفظي على التسمية، فقد سمّي المشروع بقانون التجارة الإلكترونية، وبذلك اقتصر على المعاملات التجارية دون غيرها، ومن ثم فإننا نتمنى أن يمتد هذا القانون إلى كل المعاملات التي تتم بصورة إلكترونية ليكون أكثر شمولاً، وأقترح تعديل اسمه ليصبح "مشروع قانون التعاملات الإلكترونية".

٢ – أغفل المشروع حماية البيانات الخاصة " البيانات الشخصية " حيث يتم في أثناء إجراء المعاملات الإلكترونية تبادل البيانات الشخصية للعملاء بين الشركات والبنوك، ولذلك كان من المهم النص في المشروع على حماية تلك البيانات وسريتها وخصوصيتها، وحق الشخص في معرفة البيانات التي تتداول عنه والاعتراض عليها[١]. وهذه المعلومات تستخدم في مجال

(١) نص قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي في الباب السادس منه على حماية البيانات الشخصية. ولذا يجب النص على تجريم تلك الأفعال، وعدم تركها بدون نص حتى لا يكون الأمر خاضعاً لتأويل الفقهاء من حيث مدى انطباق الجرائم المنصوص عليها في قانون الجزاء الكويتي من سرقة ونصب وخيانة أمانة على تلك الجرائم =

التجارة الإلكترونية بشكل واسع لمحاولة جمع معلومات كثيرة متعلقة بالمستهلكين لمعرفة عناوينهم واحتياجاتهم، وبياناتهم الشخصية[١]. فهل يضمن المرسل أو المستقبل أن الرسالة لا يعترضها شخص ثالث ولا يقرؤها، ثم يرسلها مرة أخرى؟ وتظهر خطورة ذلك الاعتراض خاصة إذا كانت الرسالة فيها أسرار مهمة أو أرقام بطاقات ائتمانية، ولا يستطيع أي كان أن يضمن عدم حدوث ذلك الاعتراض حتى في أكثر أنظمة المراقبة صرامة[٢].

٣ – أغفل المشروع الحماية الجنائية للاعتداء على البيانات والمعلومات التي تتداول إلكترونياً. فهذه البيانات والمعلومات وأرقام الحسابات وغيرها تتداول عبر الشبكات اللاسلكية مثل شبكة الإنترنت، مما يجعلها عرضة للاعتداء بأشكال عدة، مثل السرقة والإتلاف والاستيلاء وغيرها، ولذلك فمن الضروري أن يشتمل المشروع على الحماية الجنائية وتجريم الأفعال التي تعد اعتداء على تلك المعلومات أو ما يسمى بالجرائم المعلوماتية.

٤ – أغفل المشروع أيضا تنظيم هيئات منح شهادات التوثيق للتوقيع الإلكتروني والمستخدم في المعاملات الإلكترونية، ومن الضرورة أن تكون هناك جهة

= الإلكترونية، أم هل تعد تلك الجرائم المعلوماتية مستحدثة لا يوجد نص لتجريمها؟؟ وهو ما يعد خللاً كبيراً يحتاج لتدخل تشريعي. وللتدليل على أهمية هذا الموضوع فإن كثيراً من الاجتماعات تعقد بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد الأوربي حول آلية السماح بانتقال البيانات الإلكترونية بينهما، وتدل تلك الاجتماعات على أهمية البيانات الشخصية للمستخدمين وحمايتها بكل الوسائل حتى لا تصبح أسرار الناس سلعاً تتداول، تباع وتشترى. انظر M.Wakana (Joann), op. cit., p. 152

(١) M.Wakana (Joann) Op.cit., p. 164، وقد دلت التجربة على ضياع كثير من خصوصيات الأشخاص المستخدمين للإنترنت من جراء إرسال بياناتهم الشخصية عن طريق الشبكة. انظرMorgan (Deborah), Digital signatures: Will government registration of users mean that anonymity in transactions on the internet is forever lost?, University of Illinois Law Review, 2004, P.1031 note 5.

(٢) Wood Braley (Sarah), op. cit., P. 420

محايدة تقوم بإصدار شهادات توثيق للتوقيعات الإلكترونية يتأكد المتعاملون من خلالها أن الموقع إلكترونياً هو الشخص نفسه المعني، ويُطمأن إلى موافقة الموقع على ما جاء في الوثيقة الإلكترونية مما يوفر جواً من الأمان والثقة بين المتعاملين بهذه التوقيعات.

قائمة المراجع

أولاً – المراجع العربية:

- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع – منشورات الأمم المتحدة.
- قانون المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١ م الأردني.
- القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن التوقيع الإلكتروني.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة من ١٩٩٢/١/١م حتى ١٩٩٦/١٢/٣١م في المواد التجارية والمدنية والأحوال الشخصية والعمالية – القسم الثالث.
- المرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة٢٠٠٢م البحريني بشأن المعاملات الإلكترونية.
- مشروع القانون موضوع البحث.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – "الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية" دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة – التراسل الإلكتروني – لجنة التأليف والتعريب والنشر – جامعة الكويت – ٢٠٠٣م.
- د. أحمد نشأت – رسالة الإثبات – الطبعة السابعة – ج ١.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد – خصوصية التعاقد عبر الإنترنت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠م.
- د. توفيق حسن فرج – قواعد إثبات في المواد المدنية والتجارية – ١٩٨٢.
- د. جلال علي العدوي – مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية – بدون سنة طبع.

- د. جمال النكاس – إبرام العقود الإلكترونية في ضوء أحكام القانون الكويتي والمقارن – ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني – نوفمبر ٢٠٠١م – ص ١٧.
- د. حسام الدين كامل الأهواني – المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي – معهد قانون الأعمال الدولي –١٩٩٤م.
- د. حسن عبدالباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – دار النهضة العربية – ٢٠٠٠م.
- د. سليمان مرقس – الوافي – ج ٥ – أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية – المجلد الأول (الأدلة المطلقة) – طبعة ١٩٩١.
- د. عايض راشد المري – مدى حجية الإثبات بالوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٩٨.
- د. عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الإيصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني " دراسة مقارنة " – رسالة دكتوراه – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان –الأردن – ١٩٩٧.
- د. عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ١– المجلد الأول.
- د. عبدالفتاح بيومي حجازي – النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة – مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية – الكتاب الثاني – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٣م.
- د. عبد المنعم فرج الصدة – الإثبات في المواد المدنية – الطبعة الثانية – ١٩٥٤ – شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر.
- د. فايز عبدالله الكندري – الإنترنت والإرادة التعاقدية – ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني – نوفمبر ٢٠٠١.

- د. محمد السعيد رشدي – الإثبات في المواد المدنية والتجارية " وفقاً للقانونين المصري والكويتي " الطبعة الأولى –١٩٩٥/١٩٩٦ – مؤسسة دار الكتب – الكويت.
- د. محمد حسام لطفي – المفهوم الحديث للمحرر وقانون الإثبات – مجلة مصر المعاصرة – عددا يوليو وأكتوبر ١٩٨٩ – العددان ٤١٧،٤١٨ – السنة الثمانون.
- د. محمود السيد عبدالمعطي خيال –الإنترنت وبعض الجوانب القانونية – مكتبة دار النهضة – ١٩٩٨.
- د. ممدوح محمد خيري المسلمي –مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت – دار النهضة العربية –٢٠٠٠ م.
- د. منصور مصطفى منصور – الإثبات في المواد المدنية والتجارية – مذكرات لطلبة حقوق جامعة الكويت.

ثانياً – المراجع الأجنبية:

- A. Rambarran (Ian), I accept, but do they?... The need for electronic signature legislation on Mainland China, Transnational Lawyer, Spring 2002.
- Chamoux (Francoise), La valeur probante: une reforme S impose. Memories optiques & systems, N 68, sept. / oct. 1988.
- Chen (Cindy), United States and European union approaches to internet jurisdiction and their impact on e- commerce, university of Pennsylvania Journal of international Economic Law, spring 2004.
- Courtin- Vincent (pascal), La prevue du paiement d une somme d argent (d l ecrit a la telematique), These, ParisI, 1989.
- D.Gabriel (Henrv), The fear of the unknown: The need to provide special procedural protections in international electronic commerce, Loyola Law Review, Summer 2004.
- E. Blythe (Stephen), Digital Signature Law of the United nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E- commerce with enhanced security, Richmond Journal of Law and technology, Winter 2005
- Iteanu (Olivier), Internet et le droit, 1996, eyrolles, Paris.

- J.A.Oyarzabal (Mario), International Electronic Contracts, University of Miami-American Law Review, Summer 2004.
- J.Smedinghoff (Thomas) & Hill Bro (Ruth), Digital signature and electronic document verification, John Marshall Journal,Spring 1999.
- L.Morgan (Deborah), Digital signatures : Will government registration of users mean that anonymity in transactions on the internet is forever lost ? University of Illinois Law Review, 2004.
- Larrieu (Jacques), Les nouveaux moyens de prevue : Pour ou contre L,identification des documents informatiques a des ecrit s sous seing prives ? Lamy droit de l,informatique, nov. 1988 (H).
- Lemunier (Francis), Notions generales regime des preuves, encyclopedie delmas pour la vie des affaires, 9 edition, 1988, J.Delmas et cie.
- Lincolin (Anda), Electronic Signature Laws and the need for uniformity in the global market, Journal of small and emerging business Law, Spring 2004.
- Lucas (Andre), Le Droit de l,informatique, 1987, presses universitaires de france,Paris.
- Lupton (W. Everett), The Digital signature : Your identity by the numbers, Richmond Journal of Law and technology, Fall 1999.
- M. Wakana (Joann), The future of online privacy : A proposal for international legislation, Loyola of Los Angeles International and comparative Law Review, Fall 2003.
- Nicoll (Christopher), EDI evidence and the Vienna Convention, The Journal of business Law, January 1995.
- Ong (Rebecca), Consumer based electronic commerce : A comparative analysis of the position in Malaysia and Hong Kong, International Journal of Law and Information Technology, spring 2004.
- Perritt (Henry), Electronic contracting and publishing in context, 1991, Wiley Publications.
- Pitte-coudel (Thierry) et Bensoussan (Alian), L echange de donnees informatise et le droit,1991.
- Porter (Rebecca), Do Electronic signatures mean an end to the dotted line ?, Association of trial lawyers, sept. 2003.

- Rihaczek (Karl), Digital Signature surrogates for open EDI, The EDI Law Review, 2, 1995.
- Rosas (Roberto), Comparative study of the formation of electronic contracts in American Law with references to international and Mexican law, Houston Journal of international Law, Fall 2003.
- Rubin (Harry), Faser (Leigh) and Smith (Monica), US and international Law, Aspects of the internet : Fitting square pegs into Round holes, international Journal of Law and information technology, vol. 3, No. 2, summer 1995.
- Syx (D.), Vers de nouvelles formes de signature ?, Le probleme de la signature dans les rapports juridique electroniques, Droit de linformatique, 1968/3.
- T. Poggi (Christopher), Electronic commerce legislation : An analysis of European and American approaches to contract formation, Virginia Journal of international Law, Fall 2000.
- Willms (Wilfried) De la signature au " notaire electronique ", La validation de la communication electronique, Melanges Pardon (Jean), Bruylant, Bruxelles, 1996.
- Wood Braley (Sarah), Why electronic signatures can increase electronic transactions and the need for laws governing electronic signatures, Law and Business Review of the Americas, Summer 2001.
- Wright (Benjamin), Authenticating EDI : The location of a trusted recordkeeper, Computer Law & Practice, January / February 1990.
- Wright (Benjamin), Legal identity and signatures on the information highway, the Law of electronic commerce, Emerging topics, second edition,1996, Little - Brown &Company.
- Zamemba (Jochen), International electronic transaction contracts between U.S. and EU companies and customers, Connecticut Journal of international Law, spring 2003.