

الإثبات الإلكتروني

دراسة لأحكام قواعد الإثبات الإلكترونية على ضوء قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤

الدكتور/ مساعد صالح العنزي

أستاذ قانون المرافعات المشارك

كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص

لقد فرضت التكنولوجيا نفسها على الإنسان وأصبحت جزءاً من حياته وممارساته اليومية، سواء على مستوى الأفراد أو مؤسسات الدولة. ونتيجة لذلك، باتت المؤسسات الخاصة والحكومية تتعامل مع هذه التكنولوجيا في أدق أعمالها بما فيها بناء النظم واللوائح الخاصة بها. والقانون باعتباره الأداة التنظيمية الأولى في الدولة لفرض النظام وتنظيم مصالح الأفراد لا يمكن أن يكون بمنأى عن التكنولوجيا والوسائل الإلكترونية، فهذه الأخيرة فرضت نفسها على ساحة التشريعات الوطنية والدولية، مما استتبع تشريع قوانين ولوائح ونظم وتواءم وطبيعة هذه الوسائل، إلا أنه ليس من السهل فرض النظام القانوني التقليدي على النظام الإلكتروني وفضائه الافتراضي، مما حدا بالمشروع الكويتي مساندة التشريعات المقارنة وسن تشريعات إلكترونية لملاحقة مقتضيات ومتطلبات هذا العصر من خلال قانون المعاملات الإلكترونية المنظم لوسائل الإثبات الإلكتروني. ولخطورة الوسائل التكنولوجية الحديثة فيما يتعلق بالإثبات، فمن الواجب التصدي لوسائل الإثبات الإلكتروني التي جاء بها المشروع من حيث تعريفها وعناصرها وحجيتها لمعالجة المشكلات التي قد تثار عند تطبيق نصوص هذا القانون.

المقدمة

دخلت المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الفضاء الإلكتروني وإمكاناته اللامحدودة معاملات الإنسان حتى أصبحت جزءاً من حياته اليومية في كل أعماله الحياتية، وأضحى هذا العالم الإلكتروني عنواناً للقرن العشرين والواحد والعشرين، وشاهداً على حضارة هذين القرنين.

فقد ارتبطت مصالح الأفراد بالعالم الإلكتروني وما يقدمه من وسائل اتصال، ولم يعد لهم غنى عنها، فالذي في أقصى رقعة من العالم يستطيع، ومن خلال العالم الإلكتروني، أن يتواصل مع غيره في الجزء الآخر من أقصى العالم، وذلك بأن يكتب ما يشاء ويعرض ما يريد من الصور والآراء، والتي يمكن لأي شخص في العالم أن يشاهدها وفي أي مكان يشاء، وقد ساعدت سهولة التواصل عبر الفضاء الإلكتروني في نشوء علاقات تجارية واقتصادية ومالية بشكل لم يحدث من قبل، واستفادت منه المتاجر حيث يعرض الأفراد ما لديهم من سلع وخدمات ويختار متصفحو الوسائل الإلكترونية السلع والخدمات التي تلائمهم.

ولم تكفِ التكنولوجيا بهذا القدر، بل دخلت أنظمة المؤسسات المدنية، فالبنوك والشركات والمصالح والدوائر الحكومية التي تستخدم التكنولوجيا والوسائل الإلكترونية في جميع أعمالها وفي أدق تفاصيلها، حتى باتت هذه المؤسسات والشركات تبني نظمها ولوائحها على ما يتوفر لديها من تكنولوجيا ووسائل إلكترونية.

إن الحديث عن التكنولوجيا والوسائل الإلكترونية وهيمنتها على وسائل الاتصال بين البشر لم يعد شيئاً جديداً، وينصب اهتمامنا في هذا البحث على كيفية مواجهة هذا العالم الجديد الذي ارتبطت حياتنا به بشكل لا يقبل التجزئة.

والقانون هو الأداة التنظيمية الأولى في الدولة والذي تتمكن سلطات الدولة من خلاله من فرض النظام وتنظيم مصالح الأفراد وحماية حقوقهم ومعاقة الخارجين عنه لا يمكن أن يكون بعيداً عن التكنولوجيا وأهم مظاهرها الوسائل الإلكترونية في الاتصالات. بل إن عالم التكنولوجيا فرض نفسه على ساحة التشريعات الوطنية والدولية، وأوجب على الدول سن تشريعات وقوانين ولوائح ونظم تتوافق مع هذا العالم الجديد.

وقد ثارت العديد من المشاكل القانونية والمعوقات في إمكانية فرض النظام القانوني التقليدي على النظام الإلكتروني في المعاملات، فنحن ليس أمام عالم محسوس، بل إننا أمام فضاء أثيري افتراضي تتحرك فيه البيانات بشكل إلكتروني لا يمكن لمسها أو مشاهدتها بالعين المجردة، فيمكن للأفراد الالتقاء وقضاء العديد من الساعات وكل في مكانه رغم بعد المسافات، ولم تعد فكرة مجلس العقد بمعناها التقليدي قائمة في التعاقد عن بعد عن طريق وسائل الاتصال الحديث.

وقد انطلق المشتغلون بعلم القانون لدراسة هذا الواقع الجديد، وطرح العديد من التساؤلات على الدول والمنظمات الدولية حول كيفية التعامل مع هذه الوسائل لحماية

حقوق الأفراد وتنظيم واجباتهم عندما يتعاملون بوسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة التي يسمح بها القانون، وحصر نطاق تطبيق العالم الإلكتروني وفرض السيطرة عليه، وغيرها من التساؤلات، حتى توجت الإجابة عن ذلك بصدور تشريعات ولوائح ونظم دولية ووطنية تتماشى وطبيعة هذا النوع من التعاملات الحديثة.

ولم تكن دولة الكويت بمنأى عن هذا التقدم الهائل في القوانين الإلكترونية، وعن دراسة التساؤلات والتخوفات التي طرحت في هذا الخصوص، مما حدا بالمشرع إلى إصدار قانون المعاملات الإلكترونية محل دراستنا. وأهم ما جاء بهذا التشريع هو وسائل الإثبات الإلكترونية والتي تقرر بموجبها مجال الإثبات في التشريعات الكويتية وفقاً لقانون الإثبات التقليدي، بسبب عدم صدور أي تشريع آخر ينظم الإثبات الإلكتروني، بل إن مجال التشريع في الكويت فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية يعد محدوداً ومتواضعاً. فقانون المعاملات الإلكترونية هو الأول من نوعه على مستوى التشريع الإلكتروني في الكويت، مع بعض الإشارات المحدودة جداً في قوانين أخرى للوسائل الإلكترونية.

وقد نظم قانون المعاملات الإلكترونية وسائل الإثبات الإلكتروني، وعرف الأدوات المستخدمة فيه وعناصرها وشروط إنتاجها لآثارها، مبيناً كيفية أخذ القاضي بالدليل في حالة التعامل الإلكتروني وشروط قبول هذا الدليل وحجيته للإثبات، وقد سهل المشرع الكويتي في هذا القانون في كثير من نصوصه إمكانية استخدام الأفراد للوسائل الإلكترونية دون أن يسبغ عليها التقييد أو الشكلية أو الجمود، ولكنه من ناحية أخرى قد تشدد في نطاق تطبيق هذا القانون، وحاول قدر الإمكان أن يحصر هذا النطاق في المعاملات الإلكترونية الدائرة في معاملات الأفراد اليومية في المعاملات البسيطة، كما سيأتي شرحه في هذا البحث.

وبدوره استجاب المشرع الكويتي بسننه لهذا القانون لمتطلبات ومقتضيات هذا العصر، فلا مجال لتطويع النصوص التقليدية وتطبيقها على الوقائع الدائرة في التعامل الإلكتروني، ونحن نتفهم تخوف المشرع من إدخال الوسائل الإلكترونية لعالم التشريعات الكويتية، فهذا القانون يحق لنا أن نسميه القانون الممهد لقوانين إلكترونية أخرى أو باكورة القوانين الإلكترونية. ولحكمة ابتغاها المشرع، فقد أثر أن يضيق من نطاق تطبيق هذا القانون، وحصره في التعاملات المدنية والتجارية والإدارية مع عدة استثناءات لقوانين أخرى سيأتي ذكرها في حينه.

ونحن بدورنا كباحثين في مجال علم القانون، نحاول أن نجاب ونتاجوب مع الأسئلة المطروحة في التشريعات الإلكترونية للأخذ بما يليب احتياجات المجتمع واستخراج الفائدة العلمية والعملية التي يحتاجها كل من يتعامل مع الوسائل الإلكترونية، فنظرية الإثبات هي الميدان الذي تدور حوله التساؤلات والشكوك في التعامل الإلكتروني، فقرة وخطورة الوسائل الإلكترونية تكمن في تحديد الزمان والمكان فيهما، وإمكانية التلاعب بذلك، وتزوير التعامل، وكيفية إسناد التعامل للفرد، ومدى قدرة الوسيلة الإلكترونية في الصمود لعمليات القرصنة والتلاعب، وكيفية تحديد هوية الأفراد فيه، ووقت التعامل، وتوفر شروط الأمن في التعامل وغيرها من مخاوف وتساؤلات. لهذه الأسباب وقع اختيارنا لموضوع الإثبات الإلكتروني ووسائله للإجابة عن ماهية الإثبات ومجاله، والفرق بين الإثبات الإلكتروني محل دراستنا والإثبات التقليدي، والتصدي لوسائل الإثبات الإلكتروني التي جاء بها المشرع من حيث تعريفها وعناصرها وحجبتها.

وللإجابة عن هذه الأسئلة وغيرها فإن خطة البحث تشتمل على تناول النظرية العامة للإثبات في مبحث تمهيدي، نعرف من خلاله الإثبات ونحدد ماهيته ومحله وشروطه، وذلك بهدف إعطاء فكرة موجزة عن هذه النظرية وأهميتها الكبيرة في مجال علم القانون، وحتى تتضح التجديدات التي جاءت بقانون المعاملات الإلكترونية.

ويتضمن المبحث الأول مبادئ لنظرية الإثبات بشكل عام، ومن ثم حصرها في الإثبات الإلكتروني بشكل موسع لتحديد إطار هذا الإثبات في محاولة للوصول لمفهوم الإثبات الإلكتروني على ضوء ما جاء به التشريع الكويتي لمقارنته بالإثبات التقليدي. وعلى ضوء هذا الترتيب لموضوعات الإثبات الإلكتروني يمكن بعد ذلك الولوج لأحكام وسائل الإثبات الإلكتروني لتعريفها وتحديد شروطها وحجبتها وشروط إنتاجها لآثارها على ضوء ما جاء به المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية وذلك في مبحث ثان.

مبحث تمهيدي

مفهوم الإثبات

علم الإثبات هو علم قائم بذاته، خصص له المشرع الكويتي قانوناً هو القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ولعلم الإثبات أركان وشروط وإجراءات تساهم وبشكل كبير، إن لم يكن أساسياً في تحقيق العدالة وتكوين اقتناع القاضي ليأتي حكمه متفقاً وصحيح القانون.

وعلم الإثبات له مفهوم وفلسفة خاصة قوامها كيفية تقديم الأدلة من حيث ما يجوز منها وما لا يجوز، وقوة كل دليل والنظام الإجرائي لوسائل الإثبات بما يفيد تحقيق المواجهة واحترام حق الدفاع.

وحتى يمكن إدراك خصائص هذا العلم فلا بد من عرض ما تطلبه الفقه والقضاء لتحديد الوقائع التي يرد عليها الإثبات والشروط الواجب توافرها في هذه الوقائع أو ما يسمى بمحل الإثبات. وقبل شرح الأمر في القانون الوضعي لابد من عرض النظريات المختلفة في الإثبات وعلى دور القاضي وأعوانه في إجراء الإثبات.

ولمعرفة ماهية علم الإثبات، نخصص المطلب الأول للتعريف بماهية هذا العلم ومذاهبه، قبل أن نبحث في محل الإثبات والشروط الواجب توافرها فيه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

ماهية علم الإثبات

يقصد بماهية الإثبات المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي و المعنى الشرعي، وهو ما جعل للإثبات مذاهب شتى كانت - وما زالت - ذات أهمية كبيرة في وضع قواعد الإثبات في التشريعات القديمة والمعاصرة.

ولتعريف علم الإثبات وأهميته وشرحه بشكل واف سنخصص الفرع الأول من هذا المطلب، ثم نتعرض للمذاهب التي تعددت بشأن الإثبات في الفرع الثاني منه.

الفرع الأول

التعريف بعلم الإثبات وأهميته

أولاً: التعريف

المقصود بالإثبات في اللغة: من ثَبَّتَ الشيءَ ثَبَاتاً وثَبُوتاً بمعنى استقر وصح وتحقق وأقام، فيقال: ثبت الأمر إذا صح وتحقق، ومنه: أثبت الشيء، أي أقره، مثال قوله

تعالى: ﴿يَمْحُوا اللَّهُ مَا يَشَاءُ﴾^(١)، أي يقر بشكل مؤكد، وأثبت الأمر إذا أقام حجته.^(٢)

الدلول الاصطلاحي للإثبات: يعرف البعض الإثبات بأنه: «إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يترتب عليه من آثار قانونية».^(٣)

كما يعرفه بعض الفقه بأنه: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها»^(٤). وعرف القضاء الكويتي الإثبات بأنه: «إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود أو نفي واقعة قانونية وترتب آثارها»^(٥). وهناك عدة تعريفات ذكرها الفقه تركز على ذات المفهوم ولكنها قد تختلف اختلافاً يسيراً في الصياغة^(٦).

ويتضح من خلال هذه التعريفات أن الإثبات يمتاز بخصائص أهمها:

أولاً: أن الإثبات الذي يقع أمام الجهات القضائية يختلف عن الإثبات بمعناه العام الذي يعتبر خالياً من كل قيد ولا يكون أمام القضاء، كالإثبات العلمي ونحوه.

ثانياً: أن الإثبات ينصب على وجود أو عدم وجود واقعة يرتب عليها القانون آثاراً ولا يتعلق بالحق المتنازع فيه، فالحق شيء معنوي غير مادي يتعذر التدليل على وجوده، لذلك ينصب الإثبات على مصدر الحق أو الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق.^(٧)

ثالثاً: أن طرق الإثبات في المواد غير الجزائية يتم تحديدها وفقاً للقانون، وهذا التقييد يلتزم به الخصوم كما يلتزم به القاضي، فلا يجوز استعمال أي وسيلة من وسائل

(١) سورة الرعد، الآية ٣٩.

(٢) انظر: ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، حرف التاء فصل التاء، ج ٢، ص ٢٠ - ٢١.

(٣) سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، المطبعة العصرية ص ١.

(٤) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة، دار النشر للجامعات العربية، ج ٢، ص ١٣-١٤.

(٥) مجلة القضاء والقانون، الحكم الصادر في ١١/٤/١٩٨٣ السنة الحادية عشرة، العدد الثالث، ص ٢٨٢.

(٦) انظر: أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الثالثة ١٩٨٧، ص ١٣. محمد السعيد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى ١٩٨٨، ص ٥. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، ص ١٤. سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة في الإثبات، ١٩٩٧، ص ٣. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات، الدار الجامعية ١٩٨٥، ص ٩.

(٧) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٦. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون - نظرية الحق، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ج ٢ ص ٤٦٦ - ٤٦٧.

الإثبات إلا إذا قرر القانون جواز استعمالها كطريقة لإثبات الواقعة، والسبب في ذلك يرجع إلى خطورة النتائج المترتبة على الإثبات لكونه الوسيلة الوحيدة التي تمكن القاضي من إعمال النص الواجب التطبيق للفصل في النزاع.

والإثبات الذي نحن بصدده لا يقتصر على الواقعة المنشئة للحق، وإنما يمتد إلى كافة الآثار المترتبة عليه، كإنقضاء الالتزام أو بطلانه أو انتقاله، كما أن نظرية الإثبات لا تقوم على الوقائع التي تقع في تنظيم القانون المدني، وإنما تشمل جميع معاملات القانون الخاص، كما تطبق على معاملات القانون العام، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك.^(٨)

وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين القواعد الموضوعية المتعلقة بالإثبات عن قواعده الإجرائية، والسبب في ذلك يرجع إلى مدى تعلق قواعد الإثبات وإجراءاته بالنظام العام، فالقاعدة إن إجراءات الإثبات تتصل بالنظام العام لتعلقها بإجراءات التقاضي، أما قواعد الإثبات الموضوعية، فيذهب الرأي الراجح إلى عدم تعلقها بالنظام العام بما يجيز للأفراد الاتفاق على مخالفتها.^(٩)

فنظرية الإثبات تشمل في طياتها قواعد موضوعية وقواعد إجرائية، والمشرع الكويتي جمع بين هذه القواعد ووضعها في قانون واحد هو المرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١١٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية. وجاء في المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون سبب أخذ المشرع بهذا المعنى بقوله: «وذلك حتى تجتمع - في صعيد موحد ومستقل - هذه الأحكام مع تلك، مما يكون أقرب إلى المنطق، وأدعى لتسهيل مهمة المتقاضي والقاضي والباحث، وأبعث على رعاية قواعد الإثبات - بشقيها - بحسبانها الطريقة التي يتوصل بها صاحب الحق إلى التدليل على حقه وعرضه على القضاء لتمكينه منه».^(١٠)

ثانياً: أهمية الإثبات

انطلاقاً من قاعدة « البيّنة على من ادعى » تتجلى أهمية دور الإثبات في منازعات الأفراد، فالنفس البشرية خلقها الله سبحانه ملهماً فيها الفجور والتقوى، فالخطأ وارد من البشر إلى يوم الدين، وفي اللحظة التي يصاب فيها الشخص بضرر ناتج عن خطأ يرجع سببه إلى الغير، فإن الحاجة تقضي الرجوع إلى القضاء لأخذ الحق أو رد المظالم.

(٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٤٦٧.

(٩) انظر: أسامة أحمد المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٩، ص ١٢ محكمة التمييز الكويتية بجلسة ٢٠٠١/١/١٤، دعوى رقم ٢٠٠٠/١٤٧ أحوال.

(١٠) المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

ويلتزم القاضي الحياد في مواجهة الأطراف، فشرف القضاء ونزاهته وحياد القاضي تمنعه من الميل إلى جانب أحد الخصوم مهما توافرت لديه معلومات شفوية عن الواقعة، لأن القاضي لا يقض بعلمه الشخصي، وهنا يأتي دور الإثبات في النزاع، فالمدعي أو حتى المدعى عليه في بعض الأحيان، يجب أن يؤكد ما يثبت وجود الحق أو انقضائه أو عدم وجوده، مقدماً ما لديه من أدلة إثبات يحددها القانون لإثبات ما يدعي من القول، فيقوم القاضي بالتحقق من وجود هذه الأدلة ويفحصها ويقدر مدى اتساقها مع ما يدعيه المدعي، ويمارس نفس الدور حيال المدعى عليه إذا قدم أدلته، فيصدر القاضي حكمه مستنداً على الأدلة التي قدمها الأطراف، سواء استجاب لطلبات الخصوم أو رفضها كلها أو بعضها.

ولا نبالغ إذا قلنا إن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في المجال القانوني، حيث لا تخلو قضية من القضايا التي تنظرها المحاكم من تطبيق لهذه النظرية⁽¹¹⁾. وقد عبر البعض⁽¹²⁾ عن هذه الحقيقة، بأن الدليل وحده هو الذي يحيي الحق ويجعله مفيداً. La preuve Seule Vivifie le droit et le rend.

الفرع الثاني

مذاهب الإثبات

١- مذهب الإثبات المطلق: système absolu ou libre

يرمي مذهب الإثبات المطلق إلى إطلاق يد القضاء في إثبات الوقائع ومدى انصرافها إلى الحقيقة دون التقيد بوسائل إثبات يحددها القانون على سبيل الحصر، فالقاضي في هذا المذهب غير مقيد، ويكون له دور إيجابي في تسيير الدعوى، فيمكن له مباغته الخصوم وقبول أي دليل يقدمونه ومناقشتهم في هذه الأدلة وطرحها إن لزم الأمر⁽¹³⁾.

ويرى البعض أن هذه الحرية المطلقة للقاضي ميزة تحسب لهذا المذهب، حيث يتكفل المذهب بمطابقة الحقيقة القضائية لوقائع النزاع لتحقيق أكبر قدر ممكن من العدالة⁽¹⁴⁾.

(11) أسامة المليجي، مرجع سابق، ص ٦.

(12) ploniol - Ripert، Traité pratique du droit civil، 2 éd. T. 7. 2 Ième partie، avec le Com Cour de p. Epi. J. rodout et Gabold. N. 1407. p. 829

(13) توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، طبعة ١٩٨٢، ص ١١.

(14) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣.

والواقع أن ذلك عيب في هذا المذهب يحسب عليه لا له، فالنزاع على هذا النحو يكون تحت نزاهة وعدالة القاضي وهو بشر في النهاية، والخطأ وارد منه لا محالة^(١٥) بل إن هذا المذهب يضع النزاع تحت تقدير القاضي وهو من يقدر مدى توافر الحقيقة بالنزاع. ومعلوم مدى خطورة هذا الأمر، فعملية التقدير تختلف من قاضٍ إلى آخر، وهو ما يؤدي إلى عدم استقرار الأحكام وتضاربها، وبالتالي عدم استقرار معاملات الأفراد، فالخصوم يمكن لهم أن يستندوا إلى الأدلة الضعيفة كشهادة الشهود والتي لها عيوب كثيرة^(١٦).

وقد كان هذا المذهب هو الوحيد المأخوذ به في الشرائع القديمة، بل لا زالت بعض الشرائع تأخذ به، مثل القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي، كما أنه معمول به في أغلب التشريعات الجنائية في معظم الدول نظراً لما تتمتع بها الدعاوى الجنائية من خصوصية تميزها عن الدعاوى المدنية^(١٧).

٢- مذهب الإثبات القانوني أو المقيد : *Système juridique*

يعد مذهب الإثبات القانوني أو المقيد النقيض لمذهب الإثبات الحر، ويقصد بهذا المذهب، أن الأدلة التي تقدم في الدعوى محددة وفقاً للقانون تحديداً دقيقاً من حيث قوتها، ونوعها، ومدى الأخذ بها، وكيفية أخذ القاضي بها، كما يحدد القانون نفسه ماهية الأدلة التي يمكن للخصوم طرحها، وموقف القاضي من هذه الأدلة.

ويبدو من ذلك أن موقف القاضي من إدارة الخصومة موقف سلبي، بحيث يقتصر دوره على أخذ الأدلة إذا قررها القانون، وفحصها ومدى قابليتها لموافقة حقيقة النزاع وإصدار الحكم.

وعلى هذا النحو يكون هذا المذهب قد تلافى العيوب التي جاء بها مذهب الإثبات الحر، فالخصوم لن يتمكنوا من الإسهاب في تقديم الأدلة الضعيفة أو غير المجدية في الدعوى، كما أن تحديد طرق الإثبات وتقنياتها يبعث على الثقة في نفوس الأفراد واستقرار معاملاتهم.

ولكن هذا الأمر لم يجعل هذا المذهب في منأى عن النقد، إذ إن هذا المذهب حجّم كثيراً دور القاضي في الدعوى، وجعله كالألة يأخذ ادعاءات الأفراد مرفقة بأدلتهم، ثم يقوم بمهمة إصدار الحكم دون أن يكون له دور في النزاع.

(١٥) رانسون، فن القضاء، طبعة سنة ١٩١٢، ترجمة محمد رشدي، مكتبة مصطفى الحلبي، ص ٣١.

(١٦) أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٣٠.

(١٧) محمد شكري سرور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي (دراسة مقارنة)، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر بجامعة الكويت، ١٩٩٤، ص ٥ و ٦.

أما العيب الأكبر الذي يشوب هذا المذهب، هو أنه باعد كثيراً بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، فما أن يحتاط المعتدي بعدم قيام الأدلة ضده، فإنه يكون بمنجى عن المساءلة القانونية، الأمر الذي تأباه العدالة والدين والمجتمع.

٣- مذهب الإثبات المختلط: système mixte

مزج مذهب الإثبات المختلط بين المذهبين السابقين، فأخذ ما فيهما من مزايا وتلافى ما جاء فيهما من عيوب، فمن خلال مذهب الإثبات المختلط تكوّنت لدى القاضي مساحة من سلطته التقديرية في تسيير الخصومة. وتختلف هذه المساحة من دليل إلى آخر، ومن مادة إلى أخرى، ومن تشريع إلى آخر. أي أنه جمع بين مبدأ حياد القاضي ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها، وترك مساحة للقاضي في تقدير ما يعرض عليه من الأدلة التي حددها القانون.

ويعد هذا المذهب أفضل المذاهب الثلاثة، فهو يوفر قدراً من الضمانة لحقوق الأفراد وتيسيراً لحقوقهم البسيطة، وأهم ما يوفره هذا المذهب هو تقريبه بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية دون الإخلال بحقوق الأفراد والثقة في التعامل. وعلى هذا النحو أخذت معظم التشريعات الحديثة بهذا المذهب ومنها المشرع الكويتي^(١٨)، فسلطة القاضي التقديرية تبلغ أقصى حد لها إذا كنا بصدد إنزال تطبيق المواد الجنائية، وتنحصر إلى أدنى حد لها في المواد المدنية، وتأخذ درجة متوسطة عند تطبيق المواد التجارية.

المطلب الثاني

محل الإثبات

يثار تساؤل مهم، هل كل شيء جائز إثباته أمام القضاء ؟

بلا شك أن الإجابة عن هذا السؤال ستكون بالنفي، فكما أوضحنا سابقاً إن المذهب المختلط الحديث قد وازن بين المذاهب المختلفة واقتضب بشكل يسير قواعد الإثبات، فأصبح للإثبات محل وشروط يجب توافرها حتى يمكن القيام بعملية الإثبات. وبما أن محل الإثبات يرد على واقعة مادية يرتب عليها القانون آثاراً كما أسلفنا، فذلك يستدعي التعرض لمعنى الواقعة و ماهية محل الإثبات قبل تحديد ملامح وشروط هذا المحل.

(١٨) عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية ٢٠٠٧، الكتاب الأول، ص ٣٤٨.

الفرع الأول ماهية محل الإثبات

ذكرنا أنفاً أن الإثبات يرد على الواقعة المادية المنشئة أو النافية للحق والتي يرتب عليها القانون آثاراً، فالحق عبارة عن سلطة أو مكنة يمارس بها صاحبها المزايا التي يمنحها الحق تجاه الغير، توجب احترام هذا الغير لهذه السلطة وعدم منازعة صاحب الحق في حقه، غير أن الحق شيء معنوي غير مادي، يستحيل إثباته بالدليل المادي الملموس، لذلك ينصب إثبات الحق على الواقعة المنشئة للحق سواء أكانت تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية، فالإثبات يكون أولاً للواقعة، لذلك قيل: «محل الإثبات لا يكون إلا واقعة قانونية»^(١٩). ونرى أن الإثبات ينصب على واقعة مادية ترتب آثاراً قانونية كواقعة الميلاد أو الوفاة أو إحداث ضرر للغير، ويجب دائماً الفصل بين الواقع والقانون؛ لأن الواقع من عمل الخصوم والقانون من عمل القاضي^(٢٠).

ويقصد بالواقعة الواقعة المادية (fait matériel) التي يرتب القانون عليها أثراً^(٢١). فالواقعة ليست مصدرراً للأثر القانوني، وإنما هي حالة ترتب الأثر القانوني دون أن تكون هي مصدر لنشوء الحق أو نقله أو انقضائه، فهي تصطبغ بالصبغة القانونية وتأخذ اسم الواقعة القانونية؛ لأن القانون يرتب على وجودها أثراً قانونياً^(٢٢).

وتنقسم الواقعة القانونية إلى وقائع طبيعية أو قانونية مجردة، لا أهمية لإرادة الإنسان فيها كالميلاد والموت، وإلى وقائع بشرية أو اختيارية، تدخل الإرادة فيها بالفعل وتتم باختيار الإنسان، ولهذا تعد هذه الأعمال أعمالاً قانونية بالمعنى الواسع^(٢٣)، وتنقسم إلى نوعين:

- العمل المادي أو العمل القانوني، وهو أي عمل يرتب القانون آثاره لمجرد دخول الإرادة عنصراً فيه دون النظر إلى مضمون الإرادة، ومثاله العمل غير المشروع والفضالة^(٢٤).

(١٩) إبراهيم دسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص ٤٦٥. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٩.

(٢٠) عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء، مطبوعات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢، الباب الثاني.

(٢١) عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان أول محمد علي، ١٩٥٣-١٩٥٤، ص ٣.

(٢٢) فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٧، ص ٨٦.

(٢٣) وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٠٧.

(٢٤) أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، رسالة دكتوراه، ١٩٥٩، ص ٥٥.

- التصرف القانوني، وهو الذي تعلن فيه إرادة الشخص إلى غاية احترامها القانون ويرتب عليها آثاراً، أي أنه ينظر إلى مضمون الإرادة هنا، وتتحدد الآثار القانونية وفقاً للمضمون كعقد البيع أو الإيجار ونحوه^(٢٥). وليس كل واقعة قانونية يمكن إثباتها أمام القضاء، بل يجب أن تتوافر في هذه الواقعة عدة شروط وقواعد حتى يمكن تقديمها للقضاء.

الفرع الثاني

شروط محل الإثبات

الواقعة المراد إثباتها في الدعوى تختلف عن طريق الإثبات الذي حدده القانون لإثبات هذه الواقعة، فالشروط التي نحن بصدد ذكرها في هذا الفرع تتعلق بالواقعة المراد إثباتها أو محل الإثبات دون طرق الإثبات، فالشهادة مثلاً طريقة من طرق الإثبات يقرر القانون الشخص الذي يمكنه استخدامها أو عدم استخدامها، فالمشرع في هذا المقام يحدد الطريقة دون الواقعة نفسها. أما إذا حظر القانون إثبات واقعة ما لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، أو كانت غير منتجة في الدعوى، أو أجاز القانون إثبات واقعة ما، فالمسألة هنا تتعلق بشروط محل الإثبات التي سيأتي ذكرها. والقصد من ذلك، أنه عندما يحظر القانون واقعة معينة فلا يجوز إثباتها حتى لو كانت الطريقة المستخدمة جائزة كالكتابة أو الشهادة^(٢٦).

وتتلخص شروط محل الواقعة المراد إثباتها، أو شروط محل الإثبات بأنه يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به، وأن تكون منتجة بالدعوى، وأن تكون جائزة القبول.

١- أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به :

يقصد بذلك أن الواقعة المراد إثباتها يجب أن تكون متصلة بالحق المتنازع فيه ومتعلقة بالدعوى، فقد يحصل أن تكون الواقعة المراد إثباتها هي مصدر الحق نفسه، فهنا لا نحتاج إلى بيان العلاقة بين الحق ومصدره، ولكن نظراً لأن الإثبات لا يرد دائماً على مصدر الحق أو الحق ذاته، فهنا ينتقل الإثبات من مصدر الحق إلى شيء قريب أو متعلق بالمحل الأصلي أو مصدر الحق ذاته^(٢٧).

(٢٥) أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٢٦) سمير تناغو، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢٧) وهو ما يعرف بـ «الإثبات المباشر» و «الإثبات غير المباشر» انظر: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ١٨٠ وما بعدها.

والواقعة، أو محل الإثبات، إذا تجلت بهذا الشكل، فإنه من شأنها أن تقنع القاضي بوجود الحق ذاته، أما إذا كانت الواقعة غير متصلة بالحق، فإنها تكون غير متعلقة به، وبالتالي لا يجوز إثباتها. ونص قانون الإثبات الكويتي على هذا الشرط صراحة في المادة الثانية التي تنص على أنه: «يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى»، والحكمة من هذا الشرط هي عدم إضاعة وقت القاضي بأمر لا جدوى من إثباتها؛ لأنها لن تغير وجهة نظر المحكمة بالموضوع، ومسألة مدى تعلق الواقعة بالحق المطالب به تعتبر مسألة تقديرية تخضع لسطة قاضي الموضوع دون معقب من محكمة التمييز^(٢٨). وهو رأي محل نظر؛ لأن الواقعة يجب أن تثبت بشكل صحيح حتى يمكن تطبيق القانون على الوقائع تطبيقاً صحيحاً.

٢- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى:

يقصد بهذا الشرط أن الواقعة المراد إثباتها يجب أن تصب في نهاية المطاف إلى تكوين عقيدة القاضي، وتساهم على الأقل في قيام الأثر القانوني المدعى به^(٢٩).

ويضرب الفقه عدة أمثلة في الوقائع المنتجة في الدعوى، فمن طالب بملكية عين وتقدم بواقعة التقادم الطويل كسبب للملكية وادعى أنه حاز هذه العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة، فهذه واقعة منتجة في الإثبات، بل هي الواقعة الأصلية ذاتها وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى. أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات^(٣٠).

والواقعة متى كانت منتجة في الإثبات، فإنه من البديهي أن تكون متعلقة في الدعوى والعكس غير صحيح^(٣١)، فقد تتعلق الواقعة بالدعوى إلا إنها لا تكون منتجة فيها، ففي المثال السابق ذكره، نجد أن واقعة وضع اليد رغم تعلقها بالحق المطالب به إلا إنها غير منتجة في الإثبات. وعلى أية حال، فإن مسألة تقدير ما إذا كانت الواقعة منتجة في الإثبات من عدمه تعتبر من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز^(٣٢).

(٢٨) محمد السعيد رشدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية ١٩٩٨، ص ٣٦.

(٢٩) أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دراسة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٨٤، ص ١٩-٢٠.

(٣٠) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٣١) وقد ثار خلاف في الفقه حول مدى اجتماع أو تفرق شرط تعلق الواقعة في الدعوى وشرط إنتاج الواقعة في الدعوى. انظر: رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

(٣٢) محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص ٣٧.

٣ - يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول:

يقصد بالواقعة الجائز قبولها بالإثبات، أن تكون مقبولة عقلاً وقانوناً، فالمستحيل لا يمكن إثباته لاستحالة، ومثال ذلك هو أن يقوم شخص بإثبات رابط البنية بينه وبين من يصغره سناً، فالقضاء يرفض طلب إثبات مثل هذه الوقائع على الرغم من أنها مباحة، إلا أنه يستحيل إثباتها عقلاً^(٣٣).

كما أنه لا يجوز إثبات أمر يخالف النظام العام أو الآداب، فلا يجوز أن يثبت شخص دين مقامرة، أو التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، أو إثبات العلاقة الجنسية غير المشروعة؛ لما في ذلك من مخالفة للنظام العام والآداب العامة.^(٣٤) وجواز إثبات الواقعة بالدليل الذي حدده القانون هي مسألة قانونية تبسط محكمة التمييز رقابتها عليها. وقد نص المشرع الكويتي في قانون الإثبات على أنه: «يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها... جائزاً قبولها».

يبقى أن ننوه إلى أن هناك بعض الوقائع لا يجوز إثبات عكسها لاعتبارات الصياغة الفنية كالقرينة القانونية القاطعة التي لا يجوز إثبات عكسها، ومثالها الشهير القرينة المستمدة من حجية الشيء المحكوم به، أو من العلم بالقانون بمجرد نشره بالجريدة الرسمية، أما القرائن البسيطة فيجوز إثبات عكسها.

(٣٣) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(٣٤) محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٦.

المبحث الأول

خصوصية الإثبات الإلكتروني

اعترف المشرع الكويتي بالإثبات الإلكتروني كإثبات مواز ومعاون للإثبات التقليدي، وذلك لوجود خصائص وأثار تميزه عن الإثبات بالوسائل التقليدية، ويرجع ذلك لاتساع نطاق تطبيق الإثبات الإلكتروني واختلاف ماهيته عن الإثبات التقليدي، ولذلك فإن تحديد فكرة ومفهوم الإثبات الإلكتروني تتطلب التعرض لماهية الإثبات الإلكتروني في مطلب أول، حتى يمكن أن نحدد أوجه الخلاف بينه وبين الإثبات التقليدي في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

ماهية الإثبات الإلكتروني

يتميز الإثبات الإلكتروني بخصائص لأنه يعمل في المسائل والمعاملات الإلكترونية، مما يستوجب التصدي لتعريف الإثبات الإلكتروني في الفرع الأول، ومن ثم أهم خصائصه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التعريف بالإثبات الإلكتروني وأهميته

أولاً: التعريف

لم تعرف القوانين العربية أو الأجنبية معنى الإثبات الإلكتروني^(٣٥) ولم يرد في كتب الفقه تعريف واضح للإثبات الإلكتروني، واقتصر دورها على تحديد ملامح وأسس ومفهوم الإثبات الإلكتروني دون وضع تعريف له أو تعريف طرق الإثبات وتحديد ماهيتها^(٣٦).

(٣٥) انظر أ- القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٢/٣/٢٠٠٠ بشأن اعتماد وموامة

الإثبات التكنولوجي للمعلومات مع قانون التوقيع الإلكتروني.
LOI no 2000 - 230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la prevue aux-
technologies de l. information et relative à la signature électronique . J.O. Numéro 62
.du 14 Mars 2000 page 3968

ب- القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن التوقيع الإلكتروني.
(٣٦) انظر: محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية،
٢٠٠٦، ص ٢٦٨ وما بعدها. يونس عرب، الكويت والتشريع السيبراني الملائم، ورقة عمل مقدمة
للمؤتمر الوطني للتشريعات الإلكترونية، الكويت، مجلس الأمة، ٩-١٠ يونيو ٢٠١٣، ص ١١،
ويقصد بها التشريعات التي تتواءم واستخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة. فالأمن السيبراني هو =

ومن الأهمية بمكان وضع تعريف جامع مانع للإثبات الإلكتروني يوضح معناه ونطاقه والأدوات والطرق التي تحدد نطاق تطبيقه، فالتشريعات الجديدة دأبت على وضع قوانين تنظم طرق الإثبات الإلكتروني وتبين كيفية استخدامها، وتوضح تطبيقها دون التطرق لتعريف الإثبات الإلكتروني، مما يعني عدم وجود تنظيم شامل لعملية الإثبات الإلكتروني. والراجح أن السبب في ذلك يعود للاعتقاد السائد بأن الإثبات الإلكتروني كأحكام عامة لا يختلف عن الإثبات التقليدي، والاختلاف يكمن فقط في طرق الإثبات، ولا نرى صحة هذا الاعتقاد، مما يدعو إلى الحاجة لوضع تعريف خاص للإثبات الإلكتروني. ويمكننا اقتراح تعريف للإثبات الإلكتروني يتمثل في «إقامة الدليل بالوسائل الإلكترونية التي يحددها القانون المنظم لوسائل الإثبات الإلكتروني أمام القضاء، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها».

والتعريف على هذا النحو يحدد نطاق تطبيق الإثبات الإلكتروني واقتصره على أدلة الإثبات الإلكترونية دون التقليدية، وهذا الأمر ليس بترف نظري، حيث إن ذلك يسمح بمعرفة القانون الواجب التطبيق عند إثارة مسألة مدى تعلق الأدلة المقدمة بالإثبات الإلكتروني أو التقليدي، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الدليل أو عدم قبوله وقوته في الإثبات والنظام الإجرائي لتقديمه.

ولعل ما جعلنا نتبنى هذا التعريف هو ما يميز الإثبات الإلكتروني بوجود أن يكون الدليل المقدم فيه إلكترونيًا، إلى جانب اقتصار طرق الإثبات في هذا الإثبات على الطرق الإلكترونية دون التقليدية.

ثانياً: أهمية الإثبات الإلكتروني:

لم يعد هناك مجال للتشكيك في مدى أهمية وسائل الإثبات الإلكترونية؛ وذلك لاتساع المعاملات التي تتم بوسائل الاتصال الحديثة الإلكترونية في الآونة الأخيرة، مما دفع التشريعات المحلية والدولية إلى تبني أنظمة خاصة تعالج وتحدد الإثبات الإلكتروني وطرقه لتميزها عن الإثبات التقليدي⁽³⁷⁾.

= عبارة عن مجموع الوسائل التقنية والإدارية التي يتم استخدامها لمنع الاستخدام غير المصرح به وسوء الاستغلال واستعادة المعلومات الإلكترونية ونظم الاتصالات والمعلومات التي تحتويها، بهدف ضمان توافر واستمرارية عمل نظم المعلومات وتأمين حماية وسرية وخصوصية البيانات الشخصية، ولحماية المواطنين من المخاطر في الفضاء السيبراني.
(37) معوان مصطفى، الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، طبعة 2009، ص 151.

فوسائل الإثبات الإلكترونية أُلقت بظلالها على عالم الأوراق والمستندات والوثائق التقليدية، وحولتها إلى مجموعة بيانات تُحفظ في الأجهزة الإلكترونية، حيث يمكن لأي شخص وفي أي مكان الاطلاع عليها، وعلى ملايين ومليارات الكلمات والأحرف الموجودة في الفضاء الإلكتروني بشكل غاية في اليسر والسهولة.

إن وجود وسائل الاتصال الإلكترونية في حياتنا لم يعد أمراً ثانوياً، بل أصبح أمراً ضرورياً يحتم على الشخص عدم إمكانية الاستغناء عن الوسائل الإلكترونية، فالمعلومات والبيانات التي يتم تداولها عبر الحاسب الآلي (الكمبيوتر) وشبكة الإنترنت يمكن التمسك بها كأدلة أمام المحاكم، ويجوز للقاضي الاستناد إليها والثقة بما جاء فيها في حل النزاع المعروض عليه، وإن كانت هناك فرصة احتمال وجود خطأ في عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب محرر هذه البيانات أو من جانب وسائل نقل الاتصال ذاتها^(٣٨). فالمخاطر التي جاءت بها الوسائل الإلكترونية، وأهمها الأخطاء الفنية أو الغش أو التدليس أو القرصنة، حدثت ببعض التشريعات - ومنها التشريع الكويتي - إلى استبعاد بعض المعاملات من التنظيم الإلكتروني، وإبقاء نطاق التعامل بشأنها وإثباتها للقوانين التقليدية أو الخاصة^(٣٩).

فوسائل الاتصال الإلكترونية والتي لم ينظمها القانون كالفاكس والتلكس والإيميل، لم تؤدِ إلى ظهور وسائل وطرق للإثبات الإلكتروني فقط، بل توسعت وأثارت مسألة إمكانية وجود قضاء إلكتروني بإجراءات إلكترونية خاصة به ينادي به البعض، ليتسنى للأطراف الحصول على حكم يستند إلى وسائل الإثبات الإلكترونية، مع ملاحظة أنه يتمتع بقواعد خاصة تتلاءم وطريقة عمله^(٤٠).

الفرع الثاني

خصائص الإثبات الإلكتروني

من خلال تعريفنا السابق للإثبات الإلكتروني، يتضح لنا أن لهذا الإثبات الإلكتروني خصائص وأسساً يمتاز بها عن الإثبات التقليدي، يمكن إيجازها بالآتي :

Assoya et Boudouin ،1

(٣٨)

signiature، électronique par cryptographie à Clé publique، Jcp. 2003 .146

(٣٩) انظر: المادة الثانية من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ بشأن المعاملات الإلكترونية.

(٤٠) مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد ٣ السنة ٣٦، ٢٠١٢، ص ٨٩.

أولاً: الإثبات بوسائل الإثبات الإلكترونية يتعلق بالدليل الإلكتروني فقط:

قد يبدو بديهياً هذا الأمر للوهلة الأولى، فالدليل الإلكتروني مرتبط ارتباطاً مباشراً بالإثبات الإلكتروني، إلا أن النصوص المنظمة لطرق الإثبات الإلكتروني الكويتي أوضحت لنا إمكانية تحول الدليل الذي أعد بوسائل الاتصال الإلكتروني إلى مستخرج ورقي يتشابه إلى حد كبير والدليل التقليدي، فالقواعد المنظمة لصحة الدليل الورقي الذي استخرج من الدليل الإلكتروني تتطلب تطبيق القواعد الخاصة بصحة الدليل الإلكتروني دون تطبيق قواعد الإثبات التقليدية، وكذلك فإن الجهات الحكومية وعند استخدامها للدليل الإلكتروني فإن لها مطلق الحرية في تحديد شكل الدليل، وقبوله، والطريقة التي تناسب عملها كجهة إدارة، الأمر الذي يختلف عنه في الإثبات التقليدي.

ثانياً: خصوصية طرق الإثبات الإلكتروني وانطباقها على الأدلة الإلكترونية فقط :

تعتبر طرق الإثبات التي تم تنظيمها بقانون المعاملات الإلكترونية خاصة بالمسائل المتعلقة بالإثبات الإلكتروني فقط، فلا يمكن تطبيق الأحكام الخاصة بطرق الإثبات الإلكتروني على المسائل التي تتطلب تطبيق قواعد الإثبات التقليدي، والعكس صحيح. فالمستند الإلكتروني مثلاً يختلف في تعريفه عن المستند الكتابي أو التقليدي، ولذلك فإن الأحكام الخاصة بالمستند الإلكتروني تختلف عن الأحكام الخاصة بالمستند الكتابي، وكذلك فإن طرق الإثبات الإلكتروني تتمتع بخصوصية من حيث نطاق تطبيقها، حيث يقتصر تطبيقها على المعاملات والمسائل الخاصة بالمعاملات الإلكترونية دون التقليدية، أي تلك التي تتم وفقاً لأحكام قانون المعاملات الإلكتروني.⁽⁴¹⁾

ففي فرنسا، وقبل صدور قانون « تطويع الإثبات لتكنولوجيا المعلومات»، ذهب جمهور الفقه إلى أن محاولات القضاء التوسع في تحديد المقصود بالحررات والتوقيع الإلكتروني يعد خروجاً من القضاء عن مهمته في تطبيق القانون، وتحوله إلى إنشاء قواعد قانونية تحت غطاء التغيير، الأمر الذي حدا بالمشرع الفرنسي إلى إصدار القانون سالف الذكر ليعترف بالإثبات الإلكتروني ونطاق تطبيقه⁽⁴²⁾.

Christophe DEVYS، du Sceau numérique ..à la signature numérique، rapport - (41)
.intermedire de l'information (OJTI) mai 1992، p.1 et s

E.WERY، droit de la preuve، vers une preuve électronique، droit et nouvelles (42)
technologies، actualité، 25 janV. 1999، p.1 et s

المطلب الثاني التمييز بين الإثبات بالوسائل الإلكترونية والإثبات بالوسائل التقليدية

الإثبات الإلكتروني نظام قانوني له إطار خاص يمتاز به عن الإثبات التقليدي دون أن ينفصل عنه، ومن الأجدد بيان أهم ما يميز الإثبات الإلكتروني عن التقليدي وخصوصاً ما يتعلق بنطاق التطبيق والآثار القانونية.

الفرع الأول نطاق التطبيق

حصر المشرع الكويتي في القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ مجال تطبيق قانون المعاملات الإلكترونية على المعاملات المدنية والتجارية والإدارية فقط دون غيرها، وبمفهوم المخالفة فإن جميع المعاملات الأخرى، وأخصها المعاملات الجنائية، لا تدخل ضمن نطاق تطبيق هذا القانون وأحكامه، والحكمة من ذلك أن دائرة الإثبات في الوقائع الجنائية تخضع لنظام الإثبات الحر الذي لا يلزم القاضي باتباع طريق إثبات معين لإثبات وقائع معينة كالدليل الكتابي الرسمي أو العرفي، سواء الخاضعة لقانون الإثبات التقليدي أو أي نظام قانوني آخر للإثبات كوسائل الإثبات العرفية لدى بعض القبائل.^(٤٢)

بالإضافة لذلك، استثنى المشرع أيضاً تطبيق المعاملات التالية :

أ- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والوصية:

وحسناً فعل المشرع عند استبعاده لقواعد إثبات وأحكام قانون المعاملات الإلكترونية في مجملها بالنسبة للمسائل والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والسبب في ذلك يرجع إلى عدة أمور، فقانون الأحوال الشخصية تحكمه قواعد إثبات

(٤٢) بفضل تسمية الوقائع الجنائية على المعاملات الجنائية، فدور الإرادة في دائرة تطبيق قواعد وأحكام القوانين الجنائية لا يتماثل مع دور الإرادة المتعلقة بالمعاملات المدنية والتجارية والإدارية، نظراً لعدم وجود إيجاب في معظم الوقائع الجنائية التي يقتصر دورها على إرادة الجاني وحده، باستثناء بعض الوقائع التي يعتد بإرادة المجني عليه . انظر: عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢، ص ٢٥٣ .
- Garcon. « code pénal annoté » tom I, paris, Librairie du recueil sirey, 1952, article 295, N.235. .

خاصة به تختلف عن أحكام قواعد الإثبات الواردة في قانون الإثبات^(٤٤)، نظراً للطبيعة الخاصة التي تنظم قانون الأحوال الشخصية، وفلسفته ومصادره والذي يتبنى في مجمل أحكامه الشرع الإسلامي الحنيف^(٤٥).

والأحكام التي تنظم مسائل الأحوال الشخصية هي ذات طبيعة خاصة لارتباطها الشديد بشؤون الأسرة وتفصيل الأزواج والأبناء، الأمر الذي حدا بالمشرع الكويتي إلى استبعاد التعامل الإلكتروني في هذا الخصوص، حتى لا تنكشف أسرار البيوت، وتصاب أعراض الأسر وكرامتها، بعيداً عن عالم الفضاء الإلكتروني الذي قد يتعرض للاختراق والتدمير.

ب- سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أصلية أو تبعية:

الأموال العقارية في التشريعات الكويتية، لها تنظيم خاص يتمثل بالمرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بقانون التسجيل العقاري، بل إنه في معظم التشريعات المقارنة تكون للعقار تنظيمات خاصة به، سواء ببيعه أو شرائه أو حيازته أو إيجاره أو توريثه وغيرها من التصرفات القانونية، وما سبب ذلك إلا للأهمية الاقتصادية الكبيرة والمهمة للعقارات التي تحرص الدول كل الحرص على تنظيمها وتأمين التصرف بها.^(٤٦)

لهذا السبب أبعد المشرع المعاملات المتعلقة بالعقار عن هذا القانون، وإن كنا ندعو المشرع إلى وضع قواعد خاصة لتنظيم العقار في التعاملات الإلكترونية.

ج - السندات الإذنية والكمبيالات القابلة للتداول :

يقصد بالسند الإذني (السند لأمر) هو صك مقرر طبقاً لأوضاع قانونية محددة يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المحرر، يدفع مبلغاً معيناً من النقود لأمر شخص آخر هو المستفيد في تاريخ معين أو مجرد الاطلاع.^(٤٧)

ويقصد بالكمبيالة: صك يقرر وفقاً لأوضاع معينة ويتضمن أمراً من الساحب إلى مدينه، وهو المسحوب عليه، بأن يؤدي مبلغاً من النقود في تاريخ محدد أو قابل للتحديد أو بمجرد الاطلاع لأمر شخص ثالث هو المستفيد.^(٤٨)

(٤٤) محكمة النقض، الطعن رقم ٦١ لسنة ٥٦ مكتب فني ٣٩ صفحة رقم ٥٤١ تاريخ ١٩٨٨/٣/٢٩.

(٤٥) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠، ص ٢٢ وما بعدها.

(٤٦) انظر: القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٤ بشأن تنظيم مصدقة الشهر العقاري والتوثيق في مصر. المرسوم بقانون رقم ٢٢ لسنة ٥٥ بشأن إشهار التصرفات على العقار في فرنسا.

(٤٧) المادة ٤٠٥ من قانون التجارة الكويتي . قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

(٤٨) المادة ٥٠٨ من قانون التجارة.

وقد استبعد المشرع السندات والكمبيالات القابلة للتداول من تطبيق أحكام هذا القانون، ويعني ذلك أن السندات والكمبيالات غير القابلة للتداول تدخل في نطاق أحكام هذا القانون.

والحكمة من استبعاد السندات والكمبيالات القابلة للتداول من أحكام هذا القانون، هو أن تداول السند أو الكمبيالة يلزم الكتابة عليها، وتفريغ التوقيع في ظهر الورقة التجارية، وهو ما يعرف بـ «التظهير»^(٤٩). لذلك لا مجال لتطبيق قواعد التعامل الإلكتروني على الكمبيالات والسندات الإذنية القابلة للتداول لحاجة الكتابة التقليدية عليها عند التداول. ونلاحظ أن المشرع لم يستبعد تطبيق أحكام «الشيك» من هذا القانون، والسبب في ذلك أن الشيك يعتبر أداة وفاء وليس أداة ائتمان، فتداوله نادر عملاً لأنه مستحق الوفاء لدى تحريره، وفي الفروض التي يتداول فيها الشيك فإنه يغلب أن يكون بقصد التوكيل في قبض قيمته.

د- أي مستند يستلزم القانون إفراغه في محرر رسمي أو توثيقه أو ورد في تنظيمه نص خاص في قانون آخر:

نص المشرع على أن المستندات التي من الواجب إفراغها أو توثيقها في محرر رسمي لا تخضع لأحكام هذا القانون، ومثالها المستندات المتعلقة بالجنسية وجوازات السفر وغيرها من المستندات التي يجب أن تفرغ بمحرر رسمي^(٥٠) وأن تكون صادرة من الجهة المختصة بإصدارها.

ومن البديهي أن مثل هذه المستندات يجب أن تكون خارج نطاق التعامل الإلكتروني؛ لأن التنظيم الإلكتروني يتناول المسائل المتعلقة بمعاملات الأفراد اليومية.

فمثل هذه المستندات والوثائق يجب أن يصدر في تنظيم تعاملها الإلكتروني تشريع خاص ينظم كيفية إنشائها وإرسالها واستقبالها وتجديدها، منعا لقيام أي تزوير بشأنها.

والملاحظ أن المشرع الكويتي قد استثنى من تطبيق أحكام هذا القانون المستندات التي ورد تنظيم بشأنها في قوانين أخرى، وقد ردد المشرع ذات العبارة في الأحكام

(٤٩) عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤/٢٠١٥، بند ٤٨، ص ٧٣ وما يليهما.

(٥٠) يقصد بالمحرر الرسمي هو كل ورقة يثبت فيها الموظف العام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما يتم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك في حدود سلطته واختصاصه. انظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٥٨.

الختامية لقانون المعاملات الإلكترونية، فنص المشرع في المادة ٤٣ على أنه: «لا تخل أحكام هذا القانون بالأحكام التي ترد في التشريعات الخاصة»، وهذا الأمر يفصح عن نية المشرع في حرصه على استقرار التعامل بالقوانين الأخرى، وعدم رغبته في خلط التعامل بالأوراق و المستندات التي جاءت فيها تنظيمات خاصة بشأنها.

وحسناً فعل المشرع الكويتي في هذا الأمر، فقانون المعاملات الإلكترونية يعد الأول من نوعه على مستوى التشريع الكويتي، وحسن التشريع يستدعي الدخول في عالم الفضاء الإلكتروني بشكل تدريجي لاكتشاف المثالب والعيوب التي قد تنشأ - كأي تشريع آخر - عند تطبيق أحكام هذا القانون، الأمر الذي حدا بالمشرع إلى عدم جواز إثبات المستندات الواجب إفراغها في محرر رسمي، أو المستندات ذات الطبيعة الخاصة التي تم تنظيمها بقوانين أخرى بالوسائل الإلكترونية.

الفرع الثاني

من حيث الآثار القانونية

نص المشرع على أن للسجل والمستند والرسالة والتوقيع الإلكتروني ذات الآثار المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية التقليدية، متى ما أجريت وفقاً لأحكام قانون المعاملات الإلكترونية^(٥١).

أولاً: من حيث إلزام الأطراف بالتعامل بوسائل الإثبات الإلكتروني:

ترك المشرع للأفراد الحرية في مدى قبول التعامل بالوسائل الإلكترونية، فلا يلزم الشخص بالتعامل بالوسائل الإلكترونية إلا بوجود قبول لتعامله بهذه الوسائل، ومن الأهمية أن نشير إلى أن مسألة الإيجاب والقبول الوارد ذكرها في هذا المقام لا تتعلق بما هو معروف بالتعاقد أو أركان العقد، فمرحلة القبول هنا التي ينظمها النص هي قبول التعامل بالوسائل الإلكترونية والاعتراف بقوتها في الإثبات، وليس القبول بالتعاقد الإلكتروني، فقد يقبل الشخص التعامل بالوسائل الإلكترونية في مرحلة التفاوض قبل إبرام العقد، ولكنه لا يقبل العقد الذي طرح عليه.

فالأصل في التعامل بالوسائل الإلكترونية هو خضوعها التام لمبدأ سلطان الإرادة، فلا يلتزم الشخص بالتعامل بالوسائل الإلكترونية ما لم يكن قد وافق عليها ابتداءً^(٥٢).

(٥١) المادة رقم ٣ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي ٢٠ لسنة ٢٠١٤.

(٥٢) وهذا ما أفصحت عنه المذكرة التفسيرية بقولها: إن النص جاء «بقاعدة هامة وهي احترام اتفاق الطرفين في اختيار تطبيق أحكام هذا التشريع أو استبعاده إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة».

ولم يشترط المشرع أن يكون القبول بشكل صريح، بل يمكن استنتاج موافقته عن طريق سلوكه الإيجابي الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على الموافقة، ومثال ذلك لو طرح (أ) جهازاً للبيع عن طريق موقعه الإلكتروني، وعبر (ب) عن رغبته بشراء هذا الجهاز، ثم أخبره (أ) أن الدفع سيكون إلكترونياً، فوافق (ب) على هذه الطريقة، فموافقة (ب) على هذا النحو تكون قبولاً منه بالوسيلة التي ستؤدي إلى جعل التعاقد إلكترونياً وليس تقليدياً، وستنضه ضمن نطاق التعاملات الإلكترونية. أما لو اعترض (ب) على طريقة الدفع وعبر عن قبوله بالتعاقد لكن دون استخدام الوسائل الإلكترونية، فهنا لا مجال لتطبيق قواعد التعامل الإلكتروني عليه، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة.

وقد اشترط المشرع في قبول الشخص الضمني للتعامل الإلكتروني أن يكون سلوكه الإيجابي لا توجد معه ظروف الحال بوجود شك في دلالة على موافقته، وهذا تشدد من المشرع على معيار القبول الضمني للتعامل بالوسائل الإلكترونية، بما يؤكد ما ذهبنا إليه من أن المشرع احتاط كثيراً في دخول قواعد التعامل الإلكتروني لحياة الأفراد. فالسكوت لا يعتبر قبولاً للتعامل لاشتراط المشرع أن يكون السلوك إيجابياً، تطبيقاً للمبدأ العام في القانون المدني «لا ينسب لساكت قول، والسكوت في معرض الحاجة بيان»، فأي إشارات أو عبارات مبهمة أو قابلة للتأويل لا يمكن الاعتداد بها واعتبارها قبولاً ضمناً. أما القبول الصادر من الجهات الحكومية، فقد اشترط المشرع أن يكون هذا القبول بشكل صريح، فلا يجوز أن يفسر سلوك الإدارة قبولاً ضمناً مهما ارتقت أو علت درجة الدلالة فيه.

والجدير بالذكر أن حرية الأفراد في عدم قبول التعامل بهذا القانون لا يعني أن مواده اختيارية كما قد يفهم، فهذا الفهم غير سليم، فلا يوجد قانون مواده اختيارية، فجميع قواعده ملزمة سواء قواعده الآمرة أو المكملية، والقاضي ملزم بتطبيق هذه القواعد، والصحيح هو أن هذا القانون واجب التطبيق، إلا إذا اتفق الأطراف على عدم تطبيقه.

ثانياً: من حيث القوة في الإثبات :

لوسائل الإلكترونية الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية ذات القوة في مجال الإثبات للوثائق والمستندات والتوقيعات الكتابية التقليدية، مع التنويه بأن كلمة «مستند» الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية لا وجود لها في قانون الإثبات، فقانون الإثبات نظم الورقة الرسمية والورقة العرفية ولم يأت بشيء فيما يتعلق بالمستندات، فكلمة مستند

في قانون الإثبات لاتعني مجرد الورقة المكتوبة، إنما تعني أن الورقة تعد أساساً للإثبات، فهناك فرق بين ورقة مكتوبة حتى ولو كانت موقعة، وبين مستند معد للإثبات، فالخطاب مثلاً ورقة مكتوبة وتحمل توقيعاً وليس بالضرورة أن يكون لهذه الورقة المكتوبة الموقعة نفس الحجية أو قوة الأثر القانوني للمستند المعد للإثبات قصراً^(٥٣).

فحتى تكون الصياغة منضبطة يجب أن تكون ألفاظه متوافقة مع العبارات الواردة في قانون الإثبات، لأنه بالرجوع إلى قانون الإثبات لا نجد ذكراً للكلمة «مستند».

وعلى أي حال، فإن المشرع ساوى في قوة وحجية الإثبات في الوسائل الإلكترونية مع الوسائل التقليدية المعروفة في قانون الإثبات متى استوفت في إنشائها وإتمامها الشروط المنصوص عليها في قانون المعاملات الإلكترونية وإجراءاته. ومعنى ذلك، أن محتوى المستند الإلكتروني الرسمي يكون حجة ليس فيما بين المتعاقدين فقط، بل تكون حجته في مواجهة الغير أيضاً، ومؤدى ذلك أن الحجية الرسمية التي يفترضها هذا المستند لا يجوز نقضها إلا بالطعن في التزوير بالطرق المقررة لذلك قانوناً، وهو أمر يتساوى فيه قانون الإثبات الإلكتروني مع قانون الإثبات التقليدي.

(٥٣) ياسر الصيرفي، مداخلة في حلقة نقاشية بعنوان مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، نظمتها مجلة الحقوق بتاريخ ٢٠٠٥/٤/٥ ومنشورة بمجلة الحقوق ملحق العدد ٣، السنة ٢٩، ص ٣٩٥.

المبحث الثاني أدوات الإثبات الإلكتروني

أدوات الإثبات هي التي يقدمها أطراف الدعوى للقاضي لإثبات صحة ادعاءاتهم وهو ما يسمى بالأدلة.

وأدوات الإثبات الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية لها ذات الحجية وقوة الإثبات المقررة لأدوات الإثبات التقليدي، وخصص المشرع الكويتي في قانون المعاملات الإلكترونية لكل وسيلة للإثبات فصلاً خاصاً نظم به خصائص وشروط كل أداة وأثرها القانوني.

وقد أورد المشرع نوعين فقط من وسائل الإثبات الإلكتروني، يتمثل الأول منهما في المستند أو السجل الإلكتروني، بينما يتمثل الآخر في التوقيع الإلكتروني، ولم ينظم ما عداها من وسائل الإثبات الإلكترونية كالتلكس والفاكس وغيرها .

ومن الملاحظ أن أية وسيلة إلكترونية يمكن استخراجها على شكل مادي كالورقة تنقلب إلى محرر أو ورقة مادية ملموسة، يتعامل معها القضاء على أنها دليل إثبات حتى لو كانت مستخرجة من بيانات إلكترونية، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، حيث إن التطور السريع لوسائل الاتصال التكنولوجية ألقى بظلاله على هذه الوسائل والأدوات الإلكترونية، ومدى اعتبارها من أدلة الإثبات، الأمر الذي حدا بالتشريع الكويتي ومعظم التشريعات المقارنة، إلى تنظيم وسائل الإثبات الإلكتروني تشريعياً.

وقد اتجهت النظم التشريعية والقضائية والفقهية بوجه عام إلى قبول وسائل الإثبات التي تتوفر فيها الثقة الكافية للإثبات من حيث صحة إثبات الواقعة وصلاحيّة الدليل وسيلة الإثبات للاحتجاج به، وهذا ما دفع المشرع الكويتي إلى تأمين وسائل الإثبات الإلكترونية من خلال ما يعرف بعملية التصديق الإلكتروني^(٥٤).

ولمعرفة وسائل الإثبات الإلكترونية التي أوردتها المشرع الكويتي، سنخصص المطلب الأول للمستند أو السجل الإلكتروني لبيان مفهومه وتعريفه وشروطه وحجتيته، ومن ثم نتعرض للتوقيع الإلكتروني لتوضيح تعريفه وشروطه وحجتيته في المطلب الثاني، مسאיرة للمشرع في تنظيمه لهذا القانون.

(٥٤) انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص ٢١٠.

المطلب الأول

المستند أو السجل الإلكتروني

تعرف المستندات والسجلات الإلكترونية وتميز بين بعضها بعضاً وبين أدلة الإثبات الأخرى. وقد تضمن قانون المعاملات الإلكترونية تساؤلات عدة حول المفهوم الذي اعتنقه المشرع الكويتي فيما يتعلق بالمستندات والسجلات الإلكترونية، فتارة يخلط المشرع بينهما وتارة أخرى يميز بينهما، وهذا ما دعانا إلى معالجة هذا الأمر من خلال التعرض لمفاهيم كل من المستند والسجل الإلكتروني وأوجه الخلاف بينهما.

وتجدر الإشارة إلى أن المستندات والسجلات الإلكترونية هي أدلة إثبات ذات وجود مادي أو إلكتروني، تطلب المشرع شروطاً لوجودها وقيامها حتى تنتج آثارها، فعندما يقدم الدليل للقضاء فإنه يمر بمرحلتين: أولاهما مرحلة وجوده وفحص شروطه كدليل، ومدى إمكانية تقديمه للقضاء، وثانيهما هي مرحلة توافر شروط إنتاجه لآثاره القانونية.

ففي البداية يجب أن تتوافر في الدليل الإلكتروني العناصر والأركان المطلوبة التي تقوم وجوده كدليل، وبعد أن يتم قبوله كدليل، تأتي مسألة مدى قدرته على إنتاج آثاره.

وتقسيم مراحل حياة الدليل الإلكتروني ليس محض تقسيم نظري للأمر، فإلى جانب أن هذا الأمر قد تقرر بنص التشريع، فإن طبيعة الأشياء تقتضي أن نفرق بين وجود الشيء وبين الآثار التي ينتجها، فلا يستقيم عقلاً أن ننظم مباشرة آثار شيء قبل أن نعرف ماهيته ووجوده ونشأته وإمكانية إدراكه عن باقي الأشياء .

وقد قسم المشرع الكويتي في قانون المعاملات الإلكتروني الدليل الإلكتروني على هذا النحو، حيث تضمن التعريف عناصر المستند أو السجل الإلكتروني، على الرغم من الاختلاف الدقيق بينهما كما سيأتي ذكره، ثم جاء في الفصل الثالث من القانون وحدد الشروط الواجب توافرها في المستند أو السجل الإلكتروني لكي ينتج آثاره القانونية.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أنه، وبحسب طبيعة المستند أو السجل الإلكتروني وما يكتنفه من مخاطر تتصل بحفظ المعلومات وتبادلها، فإنه يلزم توافر عدة شروط كي يتم الاعتراف به كدليل إثبات^(٥٥).

(٥٥) محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات - مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٥٣. محسن عبدالحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٧، ص ١٦، SEDLLIAN Valérie « preuve et signature électronique» art. sur le site: www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm

الفرع الأول

تعريف المستند أو السجل الإلكتروني وعناصره

أولاً: تعريفه

عرف المشرع الكويتي المستند أو السجل الإلكتروني بأنه: «مجموعة بيانات أو معلومات يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو استقبالها كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، وتكون قابلة للاسترجاع بشكل يمكن فهمه».

وقد عرّف بعض الفقه المستند الإلكتروني بأنه البيانات المخزنة على أي وسيط أو في جهاز كمبيوتر أو أي جهاز مماثل، ويمكن أن تقرأ أو تفهم من خلال أي من هذه الوسائل أو من خلال شخص، ويشمل كذلك ما تم تقديمه من بيانات افتراضية أو مطبوعة^(٥٦).

وقبل التعرف على عناصر المستند الإلكتروني، يجب أن نشير لبعض الملاحظات حول تعريف المستند أو السجل الإلكتروني الوارد بقانون المعاملات الإلكترونية، مع التنويه إلى أن المشرع الكويتي لم يلتزم بالصياغة القانونية لمصطلحات الإثبات الواردة في قانون الإثبات التقليدي، ففي قانون الإثبات التقليدي لم يستخدم المشرع لفظ document «مستند» أو «سجل» وإنما استخدم لفظ papier «ورقة»، وبطبيعة الحال فإن الورقة تكون مستنداً إذا كانت معدة للإثبات

ومن ثم يقال إن المستند هو كل ورقة معدة للإثبات أساساً، على عكس الورقة المكتوبة، حتى لو كانت موقعة، فقد لا تكون معدة للإثبات، وبالتالي ليس بالضرورة أن تكتسب نفس الحجية أو الأثر القانوني للمستند المعد للإثبات.

هناك أيضاً تناقض في التشريع بين لفظ «مستند» و«سجل»، حيث إن التشريع يعتبرهما مصطلحاً واحداً، بدليل أنه استخدم حرف «أو» وذلك للإشارة إلى أنهما مترادفان في المعنى، أو تفيد المغايرة ومن ثم فالمشرع الكويتي ميز بين المستند والسجل ولم يعتبرهما مترادفين، وفي الأحكام الواردة في المواد ٢، ٣، ٦ يتضح أن المشرع قد فرق بين المصطلحين باعتبار كل منهما مفهوماً يختلف عن الآخر.

(٥٦) ياسر الصيرفي، حلقة نقاشية بعنوان «مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي»، مرجع سابق، ص ٣٩.

ونرى أن سبب ذلك هو اختلاف الفقه والتشريعات المقارنة في استخدام هذين المصطلحين، حيث تأخذ بعضها بمفهوم واحد لكل من المستند والسجل، ولكن بعضها الآخر يفرق بينهما، بحيث يجعل أحدهما أشمل وأوسع من الآخر.

وقد كان سائداً في الفقه أن كل مستند إلكتروني يعد سجلاً إلكترونياً متى كانت القواعد القانونية قد تطلبت تواجده في التعامل، وكان قد استوفى الشروط التي نصت عليها القواعد المنظمة للسجلات الإلكترونية، غير أن التشريعات التي نصت على تنظيم السجل الإلكتروني جعلت هناك فارقاً بين السجل والمستند الإلكتروني، ففكرة المستند تبدو أوسع نطاقاً من فكرة السجل الإلكتروني، ومن ثم فإن كثيراً من الصور تخرج عن مدلول الأخيرة و تدخل في مدلول الأولى، ومن ناحية أخرى فإنه على العكس في بعض الصور يبدو مصطلح السجل الإلكتروني أوسع نطاقاً من فكرة المستند، وأساس هذه النظرة - كما سييلي شرحه - هو أن تعريف السجل يتسم بالاتساع على نحو يشمل معه «الأصوات والصور والرسومات» وهو مدلول واسع يخرج عن مدلول المستند الإلكتروني بمعناه الدقيق، فالسجل الإلكتروني هو سجل نشأ أو نتج أو اتصل أو تم تلقيه أو حفظه بوسيلة إلكترونية، أو هو كل مجموعة من النصوص أو الرسوم أو البيانات أو الأصوات أو الصور أو غيرها من المعلومات تتمثل في صورة رقمية يتم إنشاؤها أو تعديلها أو حفظها أو فهرستها أو استرجاعها أو توزيعها بواسطة نظم الكمبيوتر.^(٥٧)

وأساس التوسع في مفهوم السجل فيما نعتقد هو ربط الاصطلاح القانوني لكلمة السجل بمعناه في اللغة، فالسجل لغة هو: «الكتاب الذي تدون فيه العهود والأحكام ونحوها»^(٥٨).

أي أن السجل يستخدم اصطلاحاً لكي يكون ذاكرة لحفظ الأحداث أو المعلومات في ترتيب زمني معين أو غيره، وذلك لجمعها وحفظها عند الحاجة والرجوع إليها، وليس بالضرورة أن يحتوي السجل على إثبات للدين أو نفي لدين معين كالمستند.

وجدير بالذكر أن بعض التشريعات، كالقانون الإماراتي والقانون الأردني، قد خلطت بين مصطلحي «سجل» و «مستند» واعتبرتهما مصطلحين يعبران عن معنى واحد.

(٥٧) أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر «الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون» المقام في غرفة تجارة وصناعة دبي، مايو ٢٠٠٣، المجلد الثاني، ص ٥٠٩.

(٥٨) جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت ١٩٦٤، ص ٨٠٦.

ونحن نرى أن المصطلحين يختلفان من حيث المدلول والمفهوم كما سبق شرحه، ولكن المشرع الكويتي يحاول من خلال هذا القانون أن يكون شاملاً لكل ما قد يستجد في الواقع العملي، حتى يكون مشمولاً بتطبيق أحكام هذا القانون، لذلك فقد ترك المشرع تفسير وشرح مفهوم السجل والمستند، إضافةً للتعريف الوارد بالقانون، إلى الفقه والقضاء ليربط المفاهيم بالواقع العملي لمسايرة المدلول لما يستجد من معاملات وأمور مستقبلية.

ثانياً: عناصر المستند الإلكتروني:

للمستند الإلكتروني عناصر وضوابط محددة يمكن من خلالها تحديد معالمة ونطاقه، حتى لا يحدث خلط بينه وبين المستند وغيره من الأوراق سواء أكانت أوراقاً مسطرة بمفهومها التقليدي أم غيرها، ولذلك يجب تحديد العناصر التي يجب توافرها حتى نطلق على ورقة ما مصطلح المستند أو السجل الإلكتروني.

١- أن يتضمن المستند تعبيراً عن المعاني والأفكار الإنسانية التي يمكن للإنسان فهمها واستيعابها :

الثابت أن العالم الإلكتروني مليء بالبيانات والرموز والدلالات الرقمية التي تقوم أجهزة الحاسب الآلي وغيرها من الوسائل الإلكترونية بتحويلها إلى صور أو حروف أو أصوات يمكن للأفراد فهمها واستيعابها.

فإذا ما رجعنا للمستند الإلكتروني، فإن بداية نشأته وتكوينه تكون من خلال لغة لا يمكن للإنسان أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما يجب أن تخزن هذه المعلومات في الحاسب الآلي أو أي وسيط إلكتروني آخر، وهذا الأخير يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآله وحروفها التي تتكون من توافيق أو تبادل بين رقم الصفر ورقم الواحد إلى اللغة المقروءة للإنسان.^(٥٩) فالمستند يجب أن يكون أداة للتفاهم والأفكار، وفي هذا تأكيد للدور الاجتماعي للمستند باعتباره وسيلة للمعاملات الإلكترونية.

٢ - وجود المستند أو السجل على وسيط ملموس أو أي وسيط إلكتروني آخر:

يجب أن يكون المستند أو السجل الإلكتروني موجوداً على الوسائط الملموسة كالأقراص المضغوطة وأجهزة التخزين وغيرها، أو أن يوجد على الوسائط غير الملموسة

(٥٩) حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار

النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٠٠.

.D.KAPLAN، internet، les enjeux pour la france، AFTEL، ed. 1995، p.93 ets -

كالرسائل الإلكترونية s.m.s. أو البلوتوث أو «الآي ار» أو غيرها من وسائل الاتصال عبر الأثير والتي ترسل من خلالها البيانات والمعلومات.

ولا ريب أن في ذلك سعة وتيسيراً من المشرع عندما يحدد ملامح وجود المستند أو السجل الإلكتروني والوسائط، أي وسائل الاتصال التي يمكن أن تحمل السجلات والمستندات الإلكترونية. فحتى لا يثار اللبس أو الغموض حول الأدوات والوسائط الناقلة للمستندات والسجلات الإلكترونية، ترك المشرع إمكانية توفرها ووجودها على أي وسيط إلكتروني أو ملموس بشكل مادي دون أن يحصر الأمر في وسائط محددة.^(٦٠)

٣ - القابلية للاسترجاع:

حتى نكون أمام مستند أو سجل إلكتروني فقد اشترط المشرع أن تكون البيانات أو المعلومات المتضمنة في المستند أو السجل قابلة للاسترجاع بشكل يمكن فهمه، فلم يشترط المشرع أن تسترجع البيانات أو المعلومات كما هي عليه وقت إنشائها أو تخزينها على الوسائط الإلكترونية، وفي ذلك تيسير من المشرع للمتعاملين بهذه الوسائط.

فالبيانات والمعلومات الإلكترونية لا تدون على وسائط ورقية تقليدية أو دعامات مادية تتعرض للأضرار المعروفة كالكشط أو التمزيق أو الإتلاف أو غيرها، ولكن من المتصور أن تصيبها أضرار تقنية تصيب بعض أجزائها أو تغير من شكلها أو أنماطها، بحيث لا يمكن أن يستوعبها الشخص لعدم إمكان إعادتها لحالتها الأولى.^(٦١) فالمستندات أو السجلات التي لا يمكن استرجاعها أو التي لا يمكن فهمها وإدراكها عند استرجاعها لا يمكن أن تعتبر مستنداً أو سجلاً إلكترونياً وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية مهما احتوت من بيانات ومعلومات مهمة ومعدة للإثبات.

ويرى جانب من الفقه أن نشأة المحرر الإلكتروني وقبوله كدليل إثبات (المستند أو السجل في القانون الكويتي) لا يجب أن تقتصر بوسائل قادرة على منع المتلصقين من الاطلاع عليه وتعديله بالحو أو بالإضافة، ولا يمنع من قبوله كدليل يقدم في الإثبات، بل يؤثر ذلك فقط على حجيته في الإثبات وقدرته على إثبات ما يتضمنه من اتفاق، وما يترتب

(٦٠) كان القضاء الفرنسي له سبق الفصل في إقرار انفصال الكتاب عن الأدوات المستخدمة في إحداثها، وبالتالي فإنه لا يلزم للاعتراف بصحتها وقوعها على حامل مادي. للمزيد انظر: أحمد

شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات. www.eastlaws.com

(٦١) انظر: محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١، ص ٢٠١.

عليه من حقوق والتزامات، وما يدل على ذلك أن بعض التشريعات نصت على أنه في حالة الإلزام بتقديم أصل المستند إلى شخص معين، فإنه يجب أن يكون الدليل الإلكتروني قابلاً للدخول عليه واستخراجه وعرضه بشكل قابل للفهم من هذا الشخص، وهو ما يدل على اكتفائه بكون المحرر قابلاً للقراءة والاطلاع عليه، أما ما عدا ذلك من عيوب مادية أو قانونية فللمحكمة أن تقدر ما يترتب على تلك العيوب في المحرر لإسقاط قيمته في الإثبات بناء على طلب الطرف الآخر.

الفرع الثاني

شروط إنتاج المستند أو السجل الإلكتروني لآثاره

بعد نشأة الدليل الإلكتروني كمستند أو سجل إلكتروني وتوافر شروط وجوده وصحته، ينبغي البحث بعد ذلك عن قدرة الدليل الإلكتروني على إنتاج آثاره في الإثبات بعد تحقيقه للشروط التي تطلبها المشرع لإنتاج آثاره.

وقد نص القانون الفرنسي على سبيل المثال ومن خلال المادة ١٣٦٦ - ١ من القانون المدني على أن: «تقبل الكتابة بالشكل الإلكتروني في الإثبات كالكتابة على دعامة ورقية، شرط أن يكون بالإمكان التحقق من هوية الشخص الصادر عنه وفقاً للأصول، وأن تنشأ وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها»^(٦٢).

وقد أخذ القانون الكويتي بذات الشروط التي حددها المشرع الفرنسي، ولكنه أضاف إليها شرط إمكانية الاحتفاظ بالبيانات إلى جانب إمكانية الاحتفاظ بالدليل الإلكتروني نفسه.

أولاً: ضرورة احتفاظ المستند أو السجل الإلكتروني بذات الشكل الذي نشأ عليه أو تم إرساله به:

يجب أن يحتفظ المستند أو السجل الإلكتروني بالشكل الذي تم إنشاؤه عليه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات صحة البيانات التي وردت فيه عند الإنشاء والإرسال أو التسليم.

والواضح أن إرادة المشرع ذهبت إلى الفصل بين مضمون المستند أو السجل الإلكتروني وشكله، ويقصد بالشكل الحركة أو التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي،

(62) L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

فالأعمال القانونية ليست إلا أشكالاً^(٦٣) فالعمل قبل أن يوجد شكله يكون مجرد تفكير في ذهن الإنسان، وهو أمر لا يعتد به القانون.

ولم يحدد المشرع في شكل المستند أو السجل استناداً إلى المعيار الشكلي الجامد الذي قد لا يتلاءم مع الحياة الإلكترونية، خصوصاً أننا قد نواجه عمليات تجارية يفترض فيها السرعة في التبادل والمعاملة، فسلطان الإرادة يجب أن يكون هو السائد في مثل هذه التعاملات دون أن يقيد المشرع إرادة الأفراد في قالب معين.

لذلك وضع المشرع شكل المستند أو السجل في قالب معين، وهو يجب أن يحتفظ بالشكل الذي تم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه، بل لم يكتف المشرع بذلك، وأضاف أن المستند أو السجل سواء أكان في إنشائه أو إرساله أو تسلمه يجب على الأقل أن يمكن الشخص من إثبات دقة البيانات التي وردت فيه.

فالإثبات هنا لا يقتصر على شكل المستند أو السجل بالحالات التي تطلبها المشرع (الإنشاء - الإرسال - التسليم)، وإنما اشترط المشرع بالإضافة إلى ذلك إمكانية إثبات صحة ودقة البيانات التي وردت فيه لإنتاج آثاره، وبمفهوم المخالفة فإنه لو احتفظ المستند أو السجل بشكله الذي أنشئ عليه إلا أن البيانات التي وردت فيه لا يمكن إثباتها أو فهمها، فهنا يختل شرط من شروط إنتاج المستند أو السجل الإلكتروني لآثاره القانونية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم فاعلية آثاره وزوال قيمته في الإثبات.

وهذا الأمر بديهي لمن يتعامل مع الوسائط الإلكترونية، فالكلمات والبيانات الإلكترونية قد تنشأ في نظام إلكتروني معين، وعند إرسالها إلى نظام تشغيل آخر قد يطرأ تغيير على ألوان الكتابة وحجم الأحرف ومقياس الصورة، وهذا التغيير في شكل المستند أو السجل لا ينقص من قيمته في الإثبات كما قرر المشرع، فطالما أن البيانات الواردة فيه يمكن قراءتها وفهمها، فإن قيمة المستند أو السجل الإلكتروني القانونية في الإثبات تكون قائمة، ويمكن الاعتداد بها أمام القاضي.

(٦٣) فتحي والي، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ١٥٨. يضع المشرع الشكلية في الأعمال القانونية عندما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وذلك لكي يحد من إرادة الأفراد المخاطبين بهذا القانون ويضمن عدم المساس بحرياتهم، ففي القانون العام تعد الشكلية هي الأصل العام فيه، فإجراءات الدعوى الجنائية وقرارات الموظفين العموميين تبرز الشكلية بشكل جلي، حيث يحدد المشرع الاختصاص وشكل القرار ووقته وزمانه، ودائماً يقرها المشرع بقواعد تتعلق بالنظام العام. للمزيد انظر: أحمد سرور، نظرية البطلان، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

-Albert (Raphaël): Le control juridictionnel de l' administration au moyen du recours pour excès de pouvoir. Payot, Paris, 1926, p.218.

ثانياً: قابلية البيانات للاحتفاظ والتخزين :

يجب أن تكون البيانات الواردة في المستند أو السجل الإلكتروني قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها حتى يمكن الرجوع إليها في أي وقت، ونجد هنا أن المشرع نظم في هذا الشرط مضمون المستند أو السجل الإلكتروني والذي يقتصر بشكل بديهي على البيانات الواردة فيه. وقد ذكرنا أن المشرع حدد شكل المستند أو السجل الإلكتروني ولم يتشدد في تحديد شكله، بأن يظهر بقالب جامد معين، وإنما يسر على الأفراد شروط إثبات مستنداتهم وسجلاتهم الإلكترونية. والأمر نفسه جاء به المشرع عند تنظيمه لمضمون المستند أو السجل، وهي البيانات، ويقصد بالبيانات النصوص أو الرموز أو الأصوات أو الرسوم أو الصور أو برامج الحاسب الآلي أو أي من قواعد البيانات.^(٦٤) أي ما يحتويه المستند أو السجل الإلكتروني، وهذا الشرط يعد مكملاً لعنصر القابلية للاسترجاع الذي سبق شرحه في عناصر المستند أو السجل الإلكتروني، فكل عمل يحتوي على عنصرين، الأول: نشاط ترتب عليه حدث نتيجة لهذا العمل أو النشاط، فالنشاط هو إنشاء المستند أو السجل وقابلية بياناته الواردة فيه للاحتفاظ والتخزين، والثاني: هو النتيجة التي حددها المشرع وهي فهم هذه البيانات في حالة استرجاعها.

فالعودة إلى البيانات في أي وقت ليست هي ما تطلبه المشرع لقيام المستند أو السجل كدليل إلكتروني، وإنما يجب أن يمكن الأفراد من فهم هذه البيانات، مع التنويه إلى أن شرط الفهم يتعلق بوجود المستند أو السجل كدليل إلكتروني، فإذا ما حال شيء من إمكانية فهم البيانات الواردة فيه، فإنه لا تقوم قائمة لهذا الدليل، ولا يمكن الاعتداد به إطلاقاً في الإثبات. والتميز بين العناصر هنا ليس تفرقة مادية لعملية إثبات المستند أو السجل الإلكتروني، بقدر ما هي تفرقة منطقية، فمن الناحية المادية لا يمكن الفصل بينهما، فهما كعملة النقد لا يتصور وجودهما إلا مجتمعين. ويقابل الفقه بصفة عامة بين عنصري العمل القانوني أي بين النشاط والحدث، ويطلق على الأول اصطلاح الشكل وعلى الثاني اصطلاح المضمون، فالشكل في معنى أقل اتساعاً هو الوسيلة التي يتحقق بها الحدث، أي الوسيلة التي يظهر بها أمام الغير^(٦٥)، فشكل أو وسيلة المستند أو السجل هو إمكانية احتفاظه بشكله الذي تم إنشاؤه عليه أو إرساله أو تسلمه، أما الحدث أو النتيجة على ذلك فهي قابلية هذه البيانات للفهم.

(٦٤) انظر: المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية، الفصل الأول - تعريفات.

(٦٥) انظر: تفصيل ذلك. فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٥٩.

ثالثاً: تحديد هوية منشئ أو مستلم المستند أو السجل الإلكتروني

يجب أن تدل البيانات الواردة في السجل أو المستند الإلكتروني على هوية المنشئ أو المستلم وتاريخ ووقت الأعمال أو التسلم.

يعد هذا الشرط من الضروريات في مجال الإثبات، فأي دليل سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً يجب أن يعود بالنهاية إلى منشأه، وأن يتمكن الأفراد من الاحتجاج به بمواجهته أو عليه، وهو ما جعل التشريعات المقارنة تحرص على النص عليه في أتون تنظيمها للدليل الإلكتروني.

فالمشرع الفرنسي في القانون المدني اشترط في المادة ١/١٣٦٦ أن:

L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi conditions de nature à en garantir l'intégrité. et conservé dans des.

بمعنى، « تُقبل الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات، شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، شرط أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي صدرت عنه».

إلا أنه، وبقراءة نصوص قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، نلاحظ أن المشرع جعل قرينة هوية منشئ أو مستلم الدليل الإلكتروني يمكن استنباطها من البيانات الواردة في المستند أو السجل الإلكتروني.

أي أنه قد يكون المستند أو السجل الإلكتروني خالياً من أي اسم أو تاريخ أو وقت للإرسال، لكن يمكن أن يستدل على ذلك من خلال البيانات الواردة في المستند أو السجل الإلكتروني والتي تدل على هوية صاحب هذه البيانات .

وهذا الأمر محمود في نظرنا، لأنه يكفل تساهلاً في التعامل للأفراد دون أن يلتزموا بشكالية معينة في التعامل قد ترهق المتعاملين وتربك معاملاتهم. ومع ذلك، فقد يسجل بعض التخوف من عمليات الاختراق والقرصنة التي بإمكانها أن تصطنع وتزور دليلاً إلكترونياً يخلو من تاريخ إرسال أو وقت للتسليم، فأنظمة التشغيل غالباً ما تحتفظ في أرشيفها بتاريخ وأوقات إنشاء المراسلات والسجلات الإلكترونية، وتدوّن ذلك في أي معاملة إلكترونية تباشر فيها، وهو ما يضمن معه توثيق وقت وتاريخ التعامل؛ لذلك أحسن المشرع بعدم الاعتداد بتاريخ ووقت واسم منشئ الدليل الإلكتروني، وجعل دلالة الإنشاء

أو التسلم أو الإرسال والوقت تستنبط من البيانات الواردة في الدليل الإلكتروني، وهذا الأمر يعد اعتداداً بالتخوف من الاختراق السابق شرحه، وهو ما يتيح سهولة في الإثبات.

وقد ذهب رأي في الفقه المقارن، إلى أن التشريعات ما كان لها أن تنص على ذلك الشرط بالنسبة إلى المحرر الإلكتروني (يقابله المستند أو سجل في القانون الكويتي)، ولم تكن هناك حاجة لتحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني، فذلك الأمر من سمات التوقيع الإلكتروني وأحد وظائفه التي يجمع عليها الفقه، فتحديد هوية الشخص منشئ المحرر بصفة عامة دون تخصيص لمحرر تقليدي أو محرر إلكتروني أول وظيفة يتولى التوقيع تحقيقها وليس المحرر نفسه، فليس المهم تحديد هوية محرر الكتابة أو منشئ المحرر، وإنما المهم هو تحديد هوية الموقع الذي سيلتزم بما ورد في المحرر وما هو مدون به^(٦٦). ومع وجاهة هذا الرأي إلا أننا لا نتفق معه، فالرأي السابق اقتبس فكرة المحرر التقليدي وعناصرها ووضعها على المحررات أو المستندات أو السجلات الإلكترونية، فعملية التوقيع أو الإمضاء أو أي وظيفة من وظائف التوقيع التقليدي لا تتماشى مع المستندات أو السجلات الإلكترونية، فقد يقوم شخص بإرسال رسالة إلكترونية تحتوي على مستند ما لا يتوافر فيه توقيع يدوي كما هو موجود في التوقيع التقليدي، وقد لا تتوافر له الأجهزة التي تمكن من توثيق التوقيع التقليدي وجعله كبيانات إلكترونية يمكن استخدامها في المعاملات الإلكترونية؛ لهذا ترك المشرع الحرية للأفراد في استخدام البيانات الواردة في المعاملات الإلكترونية، والتي تختلف بشكل كبير عن المعاملات العادية المنظمة في الإثبات التقليدي.

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني

أدى تطور ثورة المعلومات وظهور وسائل الاتصال الحديثة، وأهمها الإنترنت، إلى دخول العالم حضارة جديدة غير تقليدية تعتمد بشكل مباشر على المعلومات أياً كانت صورتها، وتمتاز هذه الأخيرة بإمكانية تحويل ما تحويه من بيانات ومعطيات من شكل

(٦٦) محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

- CAPRIOLI (E.A.)، Le juge et la prévue électronique، Art. Disponible sur، www. Caprioli-aVoCots.com. ; RAY NOUARD (A)، Le droit de l'écrit électronique، petites Affiches، 2 avril 2001، n°65، p.15. ; BERNARD (C) l'utilisation de la signature électronique au CNRS، Centre national de la recherche scientifique، Paris، pp. 6-10 ; BLANCHETTE (J.- F.)، Les actes authentiques électronique، une réalité au 1er février، Revue du droit des techniques de l'information de la communication، n°47، novembre 2005، p.18.

إلى آخر حسبما تمت معالجتها أو نقلها من مكان لآخر أو من شخص لآخر، وفقاً لوسيلة الاتصال الحديثة المستخدمة في ذلك، ولعل هذه المزايا لوسائل الاتصال الحديثة واختلاف أنواعها ودرجاتها وتنامي استخدامها في التعاملات، وخصوصاً المبادلات التجارية الدولية، أدى شيئاً فشيئاً إلى الاستغناء بشكل كبير عن الأوراق التقليدية في التعامل، ليحل محلها مخرجات وسائل الاتصال الحديثة كالأشرطة المغنطة والرسائل البريدية وأسطوانات الفيديو وغيرها. ونتيجة لهذا التطور الهائل لوسائل الاتصال الحديثة، بدأت تظهر عدة تساؤلات يتعلق أهمها بكيفية إثبات التصرفات القانونية التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، ومدى حجية المستخرجات غير الورقية التي تخرج من وسائل الاتصال في الإثبات، مع دراسة مدى إمكانية استيعاب النصوص الحالية للإثبات لهذه المخرجات، وكذلك حجية مخرجات هذه الوسائل في ظل القواعد القانونية الحالية للإثبات.

فالثابت أن إثبات أي تصرف قانوني في معظم التشريعات يكون من خلال الأدلة الكتابية على المستند أو الدعامة الورقية لأنها الوسيلة الأكثر شيوعاً، مع الأخذ في الاعتبار أن الكتابة في حد ذاتها لا تنتج أي أثر قانوني - كقاعدة - إلا بعد التوقيع عليها كشرط لاعتبار ما ورد فيها صحيحاً للاعتداد به كدليل، فالتوقيع شرط لصحة الورقة لأهميته في إثبات التصرفات القانونية التي تحتويها هذه الورقة بحسبانه الدليل على صحة هذا المستند أو المحرر ونسبته إلى من وقع، إلا أن الأمر يصعب إذا كنا بصدد توقيع إلكتروني غير تقليدي، فهل يتم الاعتداد به كالتوقيع التقليدي لينتج آثاره القانونية؟ الإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا إلى التعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني قبل تقرير حجيته للاعتداد به في مجال الإثبات عندما يكون موجوداً على أحد مخرجات وسائل الاتصال الحديثة.

الفرع الأول

المقصود بالتوقيع الإلكتروني وتمييزه عن التوقيع التقليدي

السائد في معظم التشريعات والنظم القانونية أن إثبات التصرفات القانونية، أيّاً كانت طبيعة التصرف يكون من خلال الكتابة على مستند ورقي موقع بخط اليد على الورقة المكتوبة التي يراد الاحتجاج بها، فالقانون لا يعتد بالدليل الكتابي كامل في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالكتابة من ناحية والتوقيع الخطي من ناحية أخرى يمثلان عنصري الدليل الكتابي الكامل في النظم التقليدية للإثبات^(٦٧). فيبرز هنا دور

(٦٧) ففي كل من فرنسا ومصر والكويت، فالتوقيع إلى جانب الكتابة هما عنصرا الدليل الكتابي المعد =

التوقيع باعتباره العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي، سواء في الأوراق العرفية أو الرسمية، فبالنسبة للأوراق العرفية، يعد التوقيع، كقاعدة، شرطاً لصحة الورقة بافتراض أنها تتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه^(٦٨). أما الورقة الرسمية، فيشترط إضافة إلى ما سبق أن تكون صادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطاته واختصاصاته^(٦٩). مفاد ذلك أن الدليل الكتابي وبدون التوقيع يفقد طبيعته كدليل كتابي ولا مجال لبحث حجيته، فالدور المهم للتوقيع يتمثل في أنه ينسب ما جاء بالورقة إلى شخص موقعها حتى لو كتبت بخط غيره.

أولاً: التوقيع التقليدي على الدليل الكتابي

لم يعرف المشرع الكويتي في قانون الإثبات المقصود بالتوقيع رغم أهميته، ولم يرق كذلك كل من الفقه والقضاء بتعريف التوقيع مع اكتفائهما بذكر عناصره بشكل غير مباشر، والسبب في ذلك، حسبما نرى، هو عدم الرغبة في تقييد ما أطلقه المشرع حتى يستوعب مفهوم التوقيع كل ما يمكن أن يظهر في المستقبل من صور جديدة للتوقيعات. والتوقيع لغة، من فعل «وقع» يعني أن يوجز من قام بهذا الفعل رأيه بالكتابة، كتوقيع العقد أو السند ونحوه، بأن يكتب الكاتب اسمه في ذيله إمضاء له أو إقراراً به. فالموقع هو كاتب التوقيع، ولذلك قيل بأن التوقيعات هي «التأشير التي تعبر عن رأي صاحبها»^(٧٠)، مع ملاحظة أن الأمر يتعلق بالإرادة وليس الرأي.

وفي غياب التعريف التشريعي للتوقيع، فقد تصدى كل من الفقه والقضاء لمحاولة تعريف التوقيع دون أن يصلوا إلى تعريف محدد وشامل له، فالقضاء المصري قام بالتصدي لإحدى صور التوقيع التقليدي دون وضع تعريف محدد له بصفة عامة، حيث عرفت بعض الأحكام التوقيع بالإمضاء بأنه: «الكتابة المخطوطة بيد من تصدر عنه»^(٧١).

= أصلاً للإثبات. انظر: عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥ وما يليها. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٢ وما يليها.

(٦٨) حيث إن المحررات العرفية نوعان، الأول محررات عرفية معدة للإثبات وهي التي تكون موقعة من ذوي الشأن فتعتبر أدلة كاملة، أما النوع الثاني فهو محررات عرفية غير معدة للإثبات وهي في الغالب لا تكون موقعة ويعطيه القانون حجية في الإثبات تتفاوت بحسب ما يتوافر لها من عناصر الإثبات.

(٦٩) انظر: محمد السعيد رشدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٦٠.

(٧٠) المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠٥٠.

(٧١) نقض مدني مصري جلسة ٢٢ مايو ١٩٩١، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم ٢١٥٠، س ٥١ ق، ص ١١٧١.

أما بالنسبة للفقهاء، فقد ذهب البعض إلى أن اصطلاح التوقيع يتضمن معنيين: الأول يتمثل في فعل أو عملية التوقيع ذاتها، أي واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة أو إشارة معينة تسمح بتمييز شخص الموقع، بينما المعنى الثاني للتوقيع هو المقصود بالتوقيع في نطاق الإثبات والمتمثل بـ «علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره»^(٧٢). بينما عرفه البعض الآخر بأنه: «علامة شخصية خاصة ومتميزة يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه»^(٧٣)، أو «أي علامة توضع على الوثيقة بنية التصديق والموافقة عليها»^(٧٤).

ونرى وجوب تعريف التوقيع من خلال تحديد الدور الذي يلعبه في التصرفات القانونية بحيث يشتمل على ثلاثة عناصر توضح هذا الدور، أولها هو تحديد هوية وشخصية الموقع، بينما يتمثل الدور الثاني للتوقيع باعتباره تعبيراً واضحاً عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون الورقة التي وقعها، في حين أن الدور الأخير للتوقيع يتمثل بكونه دليلاً على حضور أطراف التصرف وقت التوقيع أو حضور من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً وخاصة الوكلاء.

ومن خلال هذا التعريف فإن التوقيع يحدد شخصية وهوية الموقع، وهذه من أهم وظائفه نظراً لتحديد هوية أطراف التصرف، وهذه خاصية تميز التوقيع بالإمضاء عن غيره من طرق التوقيع الأخرى كالختم مثلاً، وذلك لأن التوقيع بالإمضاء يتجه مباشرة إلى تحديد هوية الموقع الذي يستخدم غالباً الاسم في التوقيع، وعلى الرغم من كون التوقيع بالإمضاء الذي يحمل الاسم يحدد تحديداً مباشراً وواضحاً شخصية الموقع، إلا أن المشرع الكويتي وكذلك المصري أضافا له، لظروف اجتماعية، طريقتين من خلال إمكانية التوقيع بالختم وببصمة الإصبع، ومنحهما ذات قيمة التوقيع بالإمضاء.

كذلك يشكل التوقيع أداة صحة بحيث يعطي التصرف القانوني قوة وقيمة أكبر لدلالته على تعبير الموقع في الالتزام بالتصرف المثبت في الورقة التي يوقعها بخط يده، وهو بذلك يؤكد توافر نية التوقيع لدى من قام به، أما دلالة التوقيع على حضور أطراف

(٧٢) محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون - دراسة حول حجية مخرجات الحاسب

الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة سعيد عبد الله، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٧٩.

(٧٣) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني- ماهيته - مخاطره وكيفية مواجهتها - مدى حجيتها في

الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٠.

(74) LUPTON W., The digital signature: Your identity by the Numbers, Richmond Journal of Law technology, Volume VI, Issue 2, fall. 1999, p. 4

التصرف وقت التوقيع، فتعتبر وسيلة لا يتسلل إليها شك لتصديق السند أو المحرر الموقع وصحة البيانات الواردة فيه، فهو من الناحية القانونية الإجراء المطلوب لتصديق وتوثيق المعلومات التي يتضمنها السند أو المحرر.

نخلص مما سبق إلى أن هناك عنصرين جوهريين للتوقيع يمثلان ماهيته، أولهما اعتبار التوقيع علامة خطية وشخصية تميز هوية الموقع أياً كان الشكل الذي تتخذه هذه العلامة، بينما العنصر الثاني للتوقيع يتمثل بأنه يترك أثراً متميزاً يبقى ولا يزول، وهذا يتطلب أن يكون التوقيع مقروءاً ومرئياً ليعتد به، وهو لن يكون كذلك إلا إذا وضع على مستند مادي أياً كانت طبيعته، ويترك أثراً واضحاً يبقى ولا يزول مع الزمن.

ثانياً: التوقيع الإلكتروني على الدليل الإلكتروني

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتوقيع التقليدي، فإن الأمر يختلف تماماً فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني؛ لأنه أداة جديدة متطورة في قانون الإثبات تستوجب تعريفها بشكل واضح جلي لا يكتنفه غموض، باعتباره أداة جديدة للإثبات في نطاق المعاملات الإلكترونية بشكل عام.

فظهر وسائل الاتصال الحديثة والاستخدام المتزايد لها أوجد بعض العوائق القانونية التي تشوب التعاملات القانونية التي تتم وفقاً لهذه الوسائل، ومن أهم هذه العوائق أن التوقيع التقليدي لا يتفق تماماً مع ظاهرة الإدخال الآلية في مجال معالجة المعلومات، فالتوقيع بمعناه التقليدي في قانون الإثبات لا يكون إلا على مستند أو دعامة ورقية، ولا يتصور بالتالي توافقه مع استعمال الوسائل الآلية الإلكترونية، ولا يمكن أن يساير التوقيع التقليدي المكتوب الوسائل الحديثة لنقل المعلومات.

ولواجهة هذا الواقع الجديد، اتجهت معظم التشريعات الحديثة لتعريف التوقيع الإلكتروني بشكل واضح وجلي لا يكتنفه غموض أو لبس على المستويين الدولي والوطني.

وعلى صعيد التشريعات الدولية يتصدر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي قرره لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL، والذي لم يورد تعريفاً صريحاً ومباشراً للتوقيع الإلكتروني، إلا أنه ذكر مصطلح التوقيع الإلكتروني في المادة السابعة منه، والمح لوجوده ومهد لاستخدامه من خلال توضيح وظائفه الأساسية

ومن بين أهم هذه الوظائف ضرورة تحديد هوية الموقع وموافقته على مضمون الوثيقة من خلال اتباع منهج «النظير الوظيفي»^(٧٥).

وفي التوجيه الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩، نجد تعريفين للتوقيع الإلكتروني يميز بينهما على أساس مستويات التأمين المطلوبة في التوقيع. فالتعريف الأول ورد في شأن التوقيع الإلكتروني في صورته البسيطة، بينما كان التعريف الثاني خاصاً بالتوقيع الإلكتروني المتقدم، فالتوقيع الإلكتروني في صورته البسيطة وفقاً للمادة الثانية من التوجيه الأوروبي يعرف بأنه: «بيانات في شكل إلكتروني ترتبط أو تتصل منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، ويستخدم كوسيلة للمصادقة»^(٧٦).

أما التعريف الخاص بالتوقيع الإلكتروني المتقدم، فقد أكد التوجيه الأوروبي بأنه: «التوقيع الإلكتروني الذي يستوفي المتطلبات التالية :

- ١ - أن يكون مرتبطاً بالموقع بشكل فريد.
- ٢ - أن يكون قادراً على تحديد هوية الموقع.
- ٣ - أن ينشأ باستخدام وسائل يحتفظ بها الموقع وتقع تحت سيطرته.
- ٤ - أن يكون مرتبطاً بالبيانات التي يشير إليها على نحو يؤدي إلى اكتشاف أي تغيير لاحق يتم إدخاله على هذه البيانات»^(٧٧).

أما على الصعيد الوطني، فقد توالى إصدار التشريعات المتعلقة بالتوقيع والتجارة الإلكترونية والتي عرفت في نصوصها التوقيع الإلكتروني، سواء أكان ذلك في أولى المبادرات التي تطرقت للتوقيع الإلكتروني في قانون ولاية UTAH الأمريكية عام ١٩٩٥، أم كان ذلك في التشريعات اللاحقة لبعض الدول الأوروبية والعربية، مع ملاحظة أن بعض التشريعات الوطنية أقرت تشريعات مستقلة تنظم التوقيع الإلكتروني، بينما اكتفى البعض منها بتعديل أحكام وقواعد الإثبات العامة في القانون المدني كالقانون الفرنسي^(٧٨).

(٧٥) تنص المادة السابعة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على أنه: «عندما يشترط القانون وجود توقيع شخص يستوفي ذات الشروط إذا استخدمت طريقة لتحديد هوية الموقع وانصراف إرادته إلى الالتزام بما وقع عليه». وانظر حول منهج النظير الوظيفي: دليل التشريع الملحق بقانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦، ص ٢٠ وما بعدها.

(٧٦) انظر: معوان مصطفى، الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠٩، ص ٣٤٣ وما يليها.

(٧٧) المرجع نفسه.

(٧٨) من الدول التي أقرت تشريعات خاصة لتنظيم التوقيع الإلكتروني إنجلترا وإيطاليا وألمانيا ومصر والكويت والإمارات.

وقد عرّف المشرع المصري في القانون رقم ٢٠٠٤/٥ التوقيع الإلكتروني بأنه: «ما يوضع على محرر إلكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره»^(٧٩). ويلاحظ على هذا التعريف أنه تضمن عنصرين أساسيين: أولهما بيان الأشكال التي قد يتكون منها التوقيع الإلكتروني، بينما يتمثل العنصر الثاني في التأكيد على وظائف التوقيع الإلكتروني والذي يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

أما المشرع الكويتي، فالواضح من تعريفه للتوقيع الإلكتروني في القانون ٢٠١٤/٢٠ أنه اتخذ التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني كنموذج اقتدى به واستقى منه منهجه في تعريفه لهذا التوقيع، حيث فرق المشرع الكويتي بين نوعين من أنواع التوقيع الإلكتروني، مشيراً إلى أنه قد يكون توقيعاً بسيطاً أو عاماً، أو قد يكون توقيعاً محمياً. وقد عرف المشرع الكويتي التوقيع الإلكتروني البسيط أو العام بأنه: «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في مستند أو سجل إلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة بها بالضرورة، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره»^(٨٠).

أما التوقيع الإلكتروني المحمي، فقد أكدت المادة ١٩ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي على أن: «يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

- أ - إمكانية تحديد هوية الموقع.
- ب - ارتباط التوقيع بالموقع نفسه دون غيره.
- ج - تنفيذ التوقيع باستخدام أداة توقيع آمنة، وتقع تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره وقت التوقيع.
- د - إمكانية كشف أي تغيير في البيانات المرتبطة بالتوقيع المحمي أو في العلاقة بين البيانات والموقع»^(٨١).

(٧٩) المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني المصري الصادر بالقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.

(٨٠) انظر: المواد من ١ إلى ١٨ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ الصادر في ١١ فبراير ٢٠١٤.

(٨١) المواد من ١ إلى ١٩ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، مع ملاحظة أن بعض التشريعات =

وتبعاً للتشريعات المختلفة وتباينها اختلف الفقه حول تعريف التوقيع الإلكتروني، إلا أن التعريفات التي ساقها كل منهم تدور كلها حول فكرة واحدة تتمثل في إظهار شكل التوقيع الإلكتروني وبيان خصائصه. والاختلاف في الفقه حول تعريف التوقيع الإلكتروني يرجع لاختلاف الرؤية التي ينظر إليها كل فقيه عند تعريفه له^(٨٢).

وللتوفيق بين مختلف التعريفات التي قيلت في التوقيع الإلكتروني، نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه بقوله: إن التوقيع الإلكتروني يتمثل في «بيانات في شكل إلكتروني ترتبط أو تلحق بمحرر إلكتروني، بهدف تحديد هوية الموقع في معاملة إلكترونية وبيان رضائه عنها»^(٨٣).

الفرع الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني

من الواضح أن حجية التوقيع الإلكتروني تختلف فيما إذا كان هذا التوقيع الإلكتروني بسيطاً أو محمياً، والمسألة التي يقتضي بيانها التعرض لصور كل من التوقيع الإلكتروني والتقليدي لاستيضاح إمكانية تطويع القواعد العامة في الإثبات لتطبيقها على ما لم يرد بشأنه نص بالنسبة للتوقيع الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠١٤/٢٠.

إن عدم وجود تعريف محدد ودقيق للتوقيع الإلكتروني أدى إلى اختلاف الفقه حول مدى قبوله، وبالتالي حجيته في الإثبات كالتوقيع التقليدي، ويجب بدءاً استعراض صور وأشكال التوقيع التقليدي لمقارنتها بالتوقيع الإلكتروني حتى يمكن معرفة إنتاج الأخير لآثاره القانونية من عدمه.

تستخدم مصطلح توقيع إلكتروني محمي كالقانون الكويتي والإماراتي، بينما يستخدم البعض الآخر مصطلح توقيع متقدم كالتوجيه الأوروبي للتوقيعات، وبعضها يستخدم مصطلح توقيع إلكتروني آمن كالقانون النمونجي للتجارة الدولية «الأونسترال».

(٨٢) فقد عرفه البعض بأنه: «إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء أكان هذا الإجراء على شكل رقم أم إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة تعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد أنه بالفعل صدر من صاحبه، أي حامل الرقم أو الشفرة». انظر: نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، تعريفه - مدى حجته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤١. بينما عرفه البعض الآخر بأنه: «مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر

عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه». انظر:

DAVIO E., Internet face au Droit, Cahiers C.R.I., n 12, Ed. Story Sciatica, 1997, p. 80.

(٨٣) محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٤٦.

أولاً: صور التوقيع التقليدي

تنص المادة (١٣) من قانون الإثبات المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ على أنه: «تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ...».

ويتبين لنا من هذا النص أن هناك ثلاث صور للتوقيع التقليدي هي الإمضاء والختم والبصمة^(٨٤)، وهذا ما أكده كذلك القضاء في أكثر من موضع عندما أوضح بأن «التوقيع بالإمضاء أو ببصمة أو بصمة الختم هو المصدر الرئيسي لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية»^(٨٥).

وأكثر هذه الصور للتوقيع انتشاراً هو الإمضاء الذي يقصد به الكتابة المنوطة بيد من تصدر عنه، والذي يكون عادة بكتابة الاسم الأصلي للموقع مع جواز أن يكون التوقيع بالاسم الذي اعتاد الموقع التوقيع به، ولو لم يكن هو الاسم الوارد بشهادة الميلاد، والتوقيع بالاسم الأصلي أو اسم الشهرة لا يعد شرطاً لاعتباره توقيعاً صحيحاً ينسب لشخص القائم به، بل من الممكن أن يكون من التوقيع بعلامة مألوفة اعتاد الموقع أن يوقع بها، والتوقيع المنتج لآثاره على هذا النحو يجب أن يكون بيد من ينسب إليه المحرر الموقع، لا بيد شخص آخر حتى لو كان باسمه كالوكيل، لأن الوكيل الذي يبرم تصرفات بالنيابة عن الموكل يوقع هذه التصرفات بإمضائه هو لا بإمضاء الموكل؛ لأن التوقيع عمل شخصي لا يقوم به إلا صاحبه ولا يجوز التوكيل فيه^(٨٦).

وبالنسبة للصورة الثانية للتوقيع التقليدي المتمثل بالختم، فقد عرفه الفقه بأنه: «وسيلة ميكانيكية بطبع توقيع الشخص»^(٨٧) أو «أداة معينة أو بلاستيكية لها شكلها الخاص وتتضمن اسم الشخص وتستخدم في طبع الاسم على الورق فيما يعد توقيعاً له»^(٨٨). وليس

(٨٤) نجد النص ذاته في قانون الإثبات المصري في المادة ١٤.

(٨٥) نقض مدني، ٧ ديسمبر ١٩٩٣، مجموعة أحكام محكمة النقض، الطعن رقم ١٢٠٦، س ق ٥٨، ص ٣٥٠. وانظر كذلك: الطعن رقم ٢١٤٣، س ق ٥٨، ص ٢٦٦. وكذلك تمييز كويتي في الطعن رقم ٨٨/٢، جلسة ١٩٨٨/٧/٤، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٦، العدد الثاني، يونيو ١٩٩٥، القاعدة رقم ٨٩، ص ٢٢٩.

(٨٦) محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٧٧ ومايليها.

(٨٧) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته - مخاطره وكيفية مواجهتها - مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٢.

(٨٨) محمد محمد سادات، المرجع السابق، ص ٤٩.

بالضرورة أن يكون الاسم المطبوع على الختم هو الاسم في شهادة الميلاد، فيجوز أن يكون اسماً مختصراً شريطة أن يكون هو الاسم الذي اعتاد الشخص التوقيع به .

وفيما يتعلق ببصمة الأصبع التي تعتبر صورة ثالثة للتوقيع التقليدي، فهي الأثر الذي يتركه أصبع الشخص على الورق بعد غمسه في مداد ملون . ويشتهر استخدام البصمة في التوقيع نظراً لما ينفرد به أصبع الشخص من التواءات ومنحنيات تتشكل منها البصمة ومن المستحيل أن تتشابه بين شخصين، مما يضيف عليها نوعاً من التفرد والتميز .

ولعل اشتهار التوقيع بالبصمة سببه عدم استطاعة البعض القراءة والكتابة، ولكن هذا لا يمنع أن يقوم بها المتعلم إذا طلب منه الطرف الآخر الإمضاء بالكتابة مع البصمة بقصد التحقق من صحة الإمضاء .

والواضح لنا من نص المادة ١٣ سالفه الذكر أن المشرع الكويتي أعطى للمحركات العرفية الموقعة حجية كاملة في الإثبات في مواجهة من وقَّعها أياً كان شكل هذا التوقيع بشرط عدم إنكاره لهذا التوقيع^(٨٩). وفي حالة إنكار الشخص المنسوب إليه المحرر للتوقيع فإن قوة الإثبات لهذا المحرر تزول مؤقتاً، ويقع على من يتمسك بهذا المحرر عبء إثبات صدوره من صاحب التوقيع، وله في ذلك أن يطلب من المحكمة إحالته إلى التحقيق الذي يتم وفقاً لإجراءات رسمها قانون الإثبات تعرف باسم تحقيق الخطوط^(٩٠).

ثانياً: صور التوقيع الإلكتروني

من خلال استقراء نصوص قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني نلاحظ أن المشرع الكويتي قد انتهج سلوكاً مغايراً عما قام به بالنسبة للتوقيع التقليدي، واكتفى المشرع بتعريفين للتوقيع الإلكتروني أحدهما للتوقيع البسيط والآخر للتوقيع المحمي. ونرى أن هذا التوجه من المشرع الكويتي توجه حميد ومبرر لما قد يواجهه من نتائج سلبية من جراء تحديد صورة معينة للتوقيع الإلكتروني، ذلك أن التكنولوجيا دائمة التطور وأن التقنيات في تطور دائم مما يجعل من الصعب وضع صور تصلح للحاضر والمستقبل؛ لذلك فقد فضل المشرع، وحسنًا فعل، ترك تحديد ذلك الأمر لما ستنتجه التكنولوجيا الحالية وما ستسفر عنه من تقنيات جديدة مستقبلاً.

(٨٩) محمد السعيد رشدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ٦٧.

(٩٠) المواد من ٢٨ إلى ٣١ من قانون الإثبات الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠.

فالتوقيع الإلكتروني البسيط عرفه المشرع الكويتي بأنه: «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في مستند أو سجل إلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة بها بالضرورة، لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره».

وقد أعطى المشرع هذا التوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الكتابي المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى روعي في إنشائه وإتمامه الضوابط الفنية الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية ولائحته التنفيذية^(٩١).

وفيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني المحمي فقد أوضح القانون وجوب توافر بعض الشروط حتى يتمتع مثل هذا التوقيع بالحجية في الإثبات، وقد حددت المادة «١٩» من القانون هذه الشروط بالآتي :

- أ - إمكانية تحديد هوية الموقع .
- ب - ارتباط التوقيع بالموقع نفسه دون غيره .
- ج - تنفيذ التوقيع باستخدام أداة توقيع آمنة، وتقع تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره وقت التوقيع.

د - إمكانية كشف أي تغيير في البيانات المرتبطة بالتوقيع المحمي أو في العلاقة بين البيانات والموقع، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية اللازمة لذلك. والشرط الأول المتمثل في إمكانية تحديد هوية الموقع متطلب كذلك في التشريع الفرنسي في المادة ١/١٣٦٦ التي تؤكد أنه: «تقبل الكتابة الإلكترونية في الإثبات بنفس قدر الكتابة على دعامة ورقية بشرط أن يتوافر في المحرر الإلكتروني إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون المحرر قد كتب وحفظ وفقاً لشروط من شأنها أن تضمن سلامة وصحة

(٩١) المادة ١٨ من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤، وكذلك فعل المشرع

الفرنسي في المادة ١٣٦٦ من القانون المدني،
L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.)

محتواه»^(٩٢). ويتضمن هذا الشرط مضمون الشرط الثاني المتعلق بارتباط التوقيع بالموقع نفسه دون غيره.

فالتوقيع الإلكتروني وفقاً لهذا الشرط يجب أن يتم إنشاؤه عن طريق أدوات خاصة بشخص الموقع نفسه دون غيره، حتى يكشف عن هوية صاحبه ويدل على شخصيته بما يؤكد سلطته في إبرام التصرف القانوني وإرادته في الالتزام بمضمون المحرر^(٩٣). فالتوقيع الإلكتروني الذي يتم باستخدام مفتاح التوقيع الرقمي الخاص يجب أن تكون أدواته خاصة بشخص الموقع الذي يحافظ عليها حتى لا تصل إلى الغير، سواء أكانت منظومة هذا المفتاح مدونة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي أم على قرص ممغنط^(٩٤).

وفيما يتعلق بالشرط الثالث بأن يكون التوقيع باستخدام أداة توقيع آمنة، وتقع تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره وقت التوقيع، فيقصد بها، بحسب تعريف المشرع الكويتي لها في المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية، الجهاز أو البيانات الإلكترونية المعدة بشكل فريد لتعمل بشكل مستقل أو بالاشتراك مع أجهزة وبيانات إلكترونية أخرى على وضع توقيع إلكتروني لشخص معين، وتشمل هذه العملية أية أنظمة أو أجهزة تنتج أو تلتقط بيانات فريدة مثل رموز أو مناهج حسابية أو حروف أو أرقام أو مفاتيح خصوصية أو أرقام تعريف الشخصية.

والواضح من هذا الشرط أن المشرع الكويتي يشترط للاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني أن يكون الموقع مسيطراً وحده على أداة التوقيع دون غيره، وأن تكون هذه الأداة آمنة تتوافر بها الضوابط الفنية والتقنية التي تحدد مصدر إنشاء هذه الكتابة ودرجة سيطرة منشئها على الوسائط المستخدمة في إنشائها، وهذا يتطلب أن يكون الموقع مسيطراً على الوسيط الإلكتروني المدون عليه منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني

(٩٢) المادة ١/١٣٦٦ من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بالقانون رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ أصبحت كالآتي: (L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.).

(٩٣) عبدالفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٤٤٣.

(٩٤) أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٢٤ وما يليها.

حتى يتأكد صاحب التوقيع من أنه ينفرد بهذا التوقيع، بحيث لا يستطيع شخص غيره أن يستعمله ويفك رموزه ويوقع بدلاً من صاحبه^(٩٥).

وأخر الشروط التي تطلبها المشرع الكويتي ليكون للتوقيع الإلكتروني المحمي حجية في الإثبات، يتعلق في إمكانية كشف أي تغيير في البيانات المرتبطة بالتوقيع المحمي أو في العلاقة بين البيانات والموقع، فالمستند أو السجل الإلكتروني وبما يتضمنه من بيانات خاصة بالمرحرف نفسه أو بالتوقيع الإلكتروني، قد يتعرض للتعديل أو التغيير أثناء عملية نقله من المرسل إلى المرسل إليه، وذلك بسبب تدخل شخص من الغير أو من المرسل إليه شخصياً، أو بسبب عطل في الوسائل الفنية^(٩٦). وعلى ذلك فإن الموقع ملزم بالتأكد من سلامة بيانات المستند أو السجل الإلكتروني من خلال وسيلة التوقيع الإلكتروني، إذ يستطيع هذا التوقيع أن يكشف أي تغيير في بيانات السجل أو المستند الإلكتروني عن طريق فحص التوقيع الإلكتروني، فيجب على المرسل إليه أن يقوم بفحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني والمفتاح العام للمرسل الذي يسمح للمرسل إليه بالعثور على ملخص المستند أو السجل الإلكتروني، ثم يقوم هذا الأخير بعمل ملخص آخر للسجل أو المستند الإلكتروني بواسطة برنامج، وإذا تم التطابق بين الملخصين فإن السجل أو المستند الإلكتروني يكون صحيحاً، ولم تمتد إليه يد التغيير أو التعديل^(٩٧).

(٩٥) عبدالفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ٤٤٤. وكذلك خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الاتفاقات الدولية والتشريعات العربية والقانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩٦ وما يليها.

ونحن نرى أن منظومة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تكون مؤمنة إذا توافرت فيها الشروط الواردة في المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون المعاملات الإلكترونية المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ والتي تتمثل في :

- ١- الطابع المنفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
 - ٢- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
 - ٣- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
 - ٤- حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.
 - ٥- عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المرحر الإلكتروني قبل توقيعه له.
 - ٦- ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علماً تاماً بمضمون المرحر الإلكتروني قبل توقيعه له.
- (٩٦) عيسى غسان عبدالله الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ١٩٩ وما يليها.
- (٩٧) عاطف عبدالحميد حسن، التوقيع الإلكتروني، مفهومه، صورته، حجيته في الإثبات في نطاق المعاملات المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٣٩.

وكل هذه المتطلبات الفنية تستلزم تدخل الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وهذه الجهات عرفها المشرع الكويتي بالمادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية وأطلق عليها مصطلح مزود خدمات التصديق، وهذا الأخير هو «الشخص الطبيعي أو المعنوي المعتمد من الجهة المختصة بإصدار شهادات تصديق الإلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية والمنظمة بموجب أحكام هذا القانون»^(٩٨). أما مصطلح شهادة التصديق الإلكتروني، فقد عرفها القانون بأنها: «الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها والتي تصادق على إثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين، وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة».

نخلص من ذلك إلى أن توافر الشروط سالفة الذكر يجعل التوقيع الإلكتروني متمتعاً بحجية في الإثبات في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، مساوية للحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. ومفاد ذلك أن حجية التوقيع الإلكتروني قرينة بسيطة على صحة التصرف القانوني المتضمن هذا التوقيع، إذ يجوز لمن يدعي العكس إثبات ما يدعيه بشرط التقيد بحكم المادة ٤٠ من قانون الإثبات التي تنص على أنه: «لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على خمسة آلاف دينار، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي»^(٩٩).

وبحسب ما نرى، تتفق هذه المادة مع الحكمة التي اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البيئة، فالتصرف الثابت بالكتابة قام به المتعاقدان لاستبعاد البيئة حتى فيما لا يزيد عن خمسة آلاف دينار، والقول بغير ذلك يؤدي إلى الالتفات عما قصده المتعاقدان، وأمكن هدم الكتابة بالبيئة مما يعني هدم الدليل الأقوى بالأضعف، وهذا غير منطقي^(١٠٠)، فالكتابة أقوى من شهادة الشهود، يستوي في ذلك أن تكون كتابة تقليدية أو كتابة إلكترونية، فعبارة «دليل كتابي» جاءت في النص نكرة فتسري بالتالي على أي دليل كتابي سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً.

(٩٨) والجهة المختصة بحسب القانون هي «الجهة التي تعهد إليها الدولة الإشراف على إصدار التراخيص اللازمة لمزاولة خدمات التصديق الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني وغير ذلك من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية والمعلومات».

(٩٩) وهذه المادة تقابل المادة ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي.

(١٠٠) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، الإثبات وآثار الالتزام، الجزء الثاني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٣٩٢، فقرة ١٩٩، هامش ٣.

ونعتقد بأنه، وعلى الرغم من حرص المشرع على إحاطة التوقيع الإلكتروني بنظام أمن، إلا أن قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي لم ينص على افتراض أو قرينة صحة التوقيع الإلكتروني الذي يتم إنشاؤه وفقاً للنظام الآمن السابق ذكره، ومفاد ذلك أنه يتعين تطبيق الأحكام الواردة في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بهذا الشأن، مما يعني أن اللجوء إلى القواعد العامة في الإثبات يؤدي إلى أن صحة المحرر تتوقف على اعتراف الموقع أو عدم إنكاره إياه عند مواجهته به، مما يستتبع بالتالي فقدان السجل أو المستند الإلكتروني كل حجية بمجرد إنكار التوقيع، وعلى من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته. وفي ذلك، بحسب ما نعتقد، انتقاص من فاعلية المستند أو السجل الإلكتروني كدليل بالإثبات.^(١٠١)

الخاتمة

ليس من اليسير الإلمام بالقواعد المقررة للنظم الإلكترونية وبسط الرقابة التشريعية عليها؛ لأننا أمام عالم يشهد تطوراً سريعاً بشكل تخطى السرعة المعهودة لتطور الأمور، فتطور الوسائل الإلكترونية لا يحسب بالقرن ولا بالعقود ولا بالسنوات، بل بالأشهر والأيام. وفي أيامنا هذه، تبرز في كل فترة وجيزة وسيلة إلكترونية جديدة ونظام إلكتروني قد يماثل في أفكاره ونظامه مع النظم السابقة، لكن استخدام الأفراد له طور من إمكانياته وجعل منه أغراضاً لم تكن مفترضة عند إنشائه، ولسنا بحاجة إلى ضرب الأمثلة على ذلك، فبمجرد النظر لأجهزة الهواتف المحمولة الذكية، سنعلم مدى التطور السريع الذي خاضته تكنولوجيا العصر والتطور المنتظر من هذه الوسائل التي لن يكون لها حدود في استعمالها.

والمشرع الكويتي، وإن كان متأخراً في إصداره للتشريعات الإلكترونية، إلا أنه استطاع أن يواكب منظومة التشريعات الإلكترونية المقررة في التشريعات المقارنة والدولية، فهو لم يكتفِ بتعديل بعض النصوص النازمة لهذه التشريعات فحسب، كما فعل التشريع الفرنسي بقواعد الإثبات الإلكتروني، بل استلهم المشرع التجارب التشريعية الأخرى ونظم لها على أثر ذلك قانوناً بفصول متعددة يقرر قواعد تتعلق بالوسائل الإلكترونية وقواعد إثباتها، وهذا الأمر محمود على إطلاقه لعدة أسباب، أولاً ما يتعلق بالشق التكنولوجي وهو أن الوسائل الإلكترونية، وبهيمنتها على حياة الأفراد بأدق تفاصيلهم، لا يتصور أن يأتي المشرع بتعديل تشريعي لعدة مواد في القانون لينظم حركة الفضاء

(١٠١) محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٦٧.

الإلكتروني الذي بات موازياً لعالمنا. وثانياً ما يتعلق بالشق الفني، وهو اختلاف التنظيم التشريعي بين القانون الكويتي والفرنسي في مجال الإثبات، حيث إن الأول قد أفرد له قانوناً خاصاً، أما الثاني فقد نظم قواعد الإثبات في القانون المدني لأسباب لا يتسع الحديث عنها. وثالثاً ما يتعلق بالشق النظري وهو أن الإثبات الإلكتروني يتميز عن التقليدي بدرجة لا ترقى إلى الانفصال، ولا تصل إلى التطابق، فهما مفهومان متوازيان لكل منهما عالمه الذي ينفرد بأدواته وحججه وقيمه في الإثبات.

وقواعد الإثبات الإلكتروني، والتي حازت محل اهتمامنا، لم يتردد المشرع في تنظيمها وإفراد النصوص والمتون لها؛ لأنها وبحق تعتبر «إكسير» التعامل الإلكتروني.

فالمستند أو السجل الإلكتروني هو واجهة التعبير للإرادة في التعامل الإلكتروني. وحتى يحظى التعامل الإلكتروني بحجية في الإثبات، يجب أن يتمتع المستند أو السجل الإلكتروني بالعناصر والشروط التي تطلبها المشرع. واحتوت النصوص على تشابك كبير في صياغة المصطلحات المنظمة للمستند أو السجل. ونحن نأمل أن ينتبه المشرع لهذا الخلط، سواء ما جاء في هذا القانون وبالأخص ما بين المستند أو السجل، أو عند مقارنتها بمصطلحات الإثبات الإلكتروني التقليدي. و التعديل الذي نأمل أن يتدخل المشرع لتنظيمه - بعيداً عن مقتضيات حسن الصياغة وضبط النصوص - ضروري لدرء الثغرات القانونية التي تجعل نصوصه عاجزة عن تقديم الحاجة التشريعية التي ابتغاهها المشرع، فالمشرع في المادة (٣) من القانون قد استخدم حرف العطف «و» عند الحديث عن المستند والسجل الإلكتروني، وذلك حين قرر بأن: «يكون كل من السجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني...». ومفهوم ذلك، أن المستند والسجل لا يختلف أحدهما عن الآخر. وفي الفصل الثالث تحت عنوان «المستند أو السجل الإلكتروني» لم يستخدم المشرع حرف العطف «و» ما يفيد أن كلاهما يختلف عن الآخر، وقد سرت باقي نصوص التشريع باستخدام حرف العطف «و» أو «أو» التي تفيد المغايرة دون أن يبين المشرع مسلكه في ذلك، مع تأكيدنا للاختلاف بين المستند والسجل كما جاء شرحه في هذه الدراسة.

و استخدم المشرع أيضاً ألفاظاً خاصة بأدلة الإثبات الإلكترونية دون أن يستعين بالألفاظ الواردة في الإثبات التقليدي، على الرغم من أن المشرع قد قرر أن وسائل الإثبات الإلكتروني، إذا استوفت شروط إنتاج آثارها، فإنها تتمتع بذات الآثار القانونية المترتبة على «الوثائق والمستندات الكتابية»، وقد فات المشرع أن هذه الألفاظ غير معهودة في مجال الإثبات التقليدي، وهو ما نأمل أن ينتبه له المشرع لخطورة الآثار المترتبة على هذه الصياغة، فالأثر القانوني ينتجه الحكم الوارد في النص القانوني، ولتفعيل النص

القانوني فإننا بحاجة للفرص الموجود في الواقعة حتى تنطلق الآثار القانونية التي حددها المشرع. واختلاف اللفظ أو المصطلح القانوني عن الفرض المطروح في الواقعة يستتبع ذلك اختلاف الحكم المراد تطبيقه على الواقعة، وهو أمر قد يؤدي إلى ضياع حقوق الأفراد إن وجدوا أن الأحكام والحقوق الكامنة في النصوص القانونية لا تتلاءم وواقعة النزاع المطروح.

ونصوص القانون هي مكملة لبعضها بعضاً فيما بينها وبين النصوص الأخرى، فندأوناً لضبط المصطلحات الواردة في قانون المعاملات الإلكتروني هو ضرورة تشريعية وأكاديمية لتتمكن نصوص القانون من توفير الحماية القانونية المقررة للأفراد وإشباع الحاجات.

لقد اتضح لنا من دراسة قواعد الإثبات التي جاء بها قانون المعاملات الإلكترونية، أن المشرع قد تساهل في مسألة إثبات أدوات الإثبات الإلكتروني؛ وذلك لأن نصوص القانون جاءت لتنظم مصالح الأفراد التي تكون بعيدة عن التعاملات التي قد تكون لها قيمة كبيرة في اقتصاديات الدول كالعقارات، وإن كان واقع الحال يحكي أن التعاملات التي تتم عبر الإنترنت ليست باليسيرة. وحسن التدبير التشريعي يفترض مثل هذا المسلك المحمود، بحيث يمكن للمراقب أن يستكشف المشاكل التي قد تنتج عند تطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية وقواعد إثباته. فعندما يعتاد المجتمع على هذا النظام الإلكتروني، فإنه سيؤمن بالنصوص، ويستوعب الغاية التي رسمها المشرع لذلك، ويأتي تبعاً لذلك القضاء ليفعل الحقوق الواردة في النصوص القانونية، ويمارس دوره كجهة منوطة بتفعيل القوانين وتطبيق غاية المشرع، وإذا ما تراءى للمشرع أية عيوب في التشريع، فإنه يقوم بإعادة النظر بالنصوص التي قد تحتاج إلى تعديل أو إلغاء، دون أن تمس هذه المراجعة للنصوص المعاملات المهمة التي استثناها المشرع من هذا القانون، والتي قد يضيفها لاحقاً.

ونحن إذ نؤيد المشرع لإقراره مثل هذا القانون الذي يعد النواة الأولى في مجال التشريعات الإلكترونية، فإننا نأمل أن تتضمن المنظومة التشريعية جميع القوانين الإلكترونية كقوانين التجارة الإلكترونية، وقوانين الأمن الإلكتروني، وقوانين المرافعات وإجراءات التقاضي الإلكترونية وغيرها، فالعالم مقبل على تطور هائل في الوسائل الإلكترونية، وكل ما كان مادياً في حياتنا بدأ بالانقلاب بشكل تدريجي إلى شيء أثيري إلكتروني يجد مجال تطبيقه فقط عبر الوسائل الإلكترونية، متخلياً بذلك عن العالم الذي نعيش فيه.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- المؤلفات العامة:

- ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ١٩٦٨.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون - نظرية الحق، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- أحمد أبو الوفاء، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثالثة ١٩٨٧.
- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الرابعة، ٢٠١٠.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مكتبة العلم للجميع، بيروت، ٢٠٠٥.
- أسامة أحمد المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات في المواد المدنية والتجارية، ١٩٩٩.
- المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دراسة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٨٤.
- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، طبعة ١٩٨٢.
- جبران مسعود، معجم الرائد، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، بيروت ١٩٦٤.
- جلال العدوي، مبادئ الإثبات، طبعة ١٩٨٣.
- رانسون، فن القضاء، طبعة سنة ١٩١٢، ترجمة محمد رشدي، مكتبة مصطفى الحلبي.
- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات، الدار الجامعية ١٩٨٥.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، المطبعة العصرية، القاهرة، ١٩٨١.
- سمير عبد السيد تناغوا، النظرية العامة في الإثبات، ١٩٩٧.
- عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء، مطبوعات مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، الطبعة الثانية، ٢٠٠٢.

- عبد الرسول عبد الرضا، جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية ٢٠٠٧.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٢، طبعة ثالثة جديدة ٢٠١١.
- عبد الفضيل محمد أحمد، الأوراق التجارية في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثالثة، ٢٠١٤/٢٠١٥.
- عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٢.
- محمد السعيد رشدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية ١٩٩٨.
- محمود شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٨٦.
- **المؤلفات المتخصصة :**
- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني- ماهيته - مخاطره وكيفية مواجهتها - مدى حجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٠.
- عبد الرزاق السنهوري، التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، أول محمد علي، ١٩٥٣-١٩٥٤.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات، بدون دار نشر، ٢٠٠٧.
- محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون - دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة سعيد عبد الله، القاهرة، ١٩٩٢.

- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، ٢٠٠٦.
- محمد محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات - مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونياً في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١١.
- معوان مصطفى، الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، طبعة ٢٠٠٩.
- نجوى أبو هيب، التوقيع الإلكتروني، تعريفه - مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

الأبحاث والرسائل العلمية:

- أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات. www.eastlows.com
- أحمد فتحي سرور، نظرية البطلان في قانون الإجراءات الجنائية رسالة دكتوراه، ١٩٥٩.
- أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر «الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون» المقام في غرفة تجارة وصناعة دبي، مايو ٢٠٠٣، المجلد الثاني.
- زبيب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في التشريع المغربي، عرض في إطار التكوين المستمر، محكمة الاستئناف بمراكش، منشور بموقع المحكمة: www.cacmarrakech.ma
- عايش راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.
- فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، طبعة ١٩٩٧.
- مساعد صالح العنزي، خصوصية الإجراءات في التحكيم الإلكتروني، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، العدد ٣ السنة ٣٦، ٢٠١٢.
- معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات، السنة ٢٧، العدد ٥٦، أكتوبر ٢٠١٣.

- وجدي راغب فهمي، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.

الندوات والمؤتمرات:

- المؤتمر الوطني للتشريعات الإلكترونية، الكويت - مجلس الأمة، ٩-١٠ يونيو ٢٠١٣.
- حلقة نقاشية بعنوان مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، نظمتها مجلة الحقوق بتاريخ ٥/٤/٢٠٠٥ ومنشورة بمجلة الحقوق ملحق العدد ٣، السنة ٢٩، ٢٠٠٥.
- مؤتمر «الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون» المقام في غرفة تجارة وصناعة دبي، مايو ٢٠٠٣.

ثانياً: المراجع الأجنبية :

- Albert Raphaël , Le control juridictionnel de l' administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, Payot, Paris, 1926.
- Assoya et Boudouin, signature électronique par cryptographie à Clé publique, JCP. 1461. 2003.
- BLANCHETTE (J.- F.), Les actes authentiques électronique, une réalité au ler février, Revue du droit des techniques de l'information de la communication, n47°, novembre 2005.
- BERNARD (C) l'utilisation de la signature électronique au CNRS, Centre national de la recherché scientifique, Paris, 2004.
- CAPRiOLI (E.A.), Le juge et la prévue électronique, Art. Disponible sur, www. Caprioli-avocats.com.
- Christophe DEVYS, du Sceau numérique ..à la signature numérique, rapport intermediaire de l'information (OJTI) mai 1992.
- DAVIO E., Internet face au Droit, Cahiers C.R.I., n 12, Ed. Story Sciatica, 1997.
- Garçon. « code pénal annoté » tom I, paris, Librairie du recueil Sirey, 1952, article 295, no.235.

- KAPLAN D., internet, les enjeux pour la france, AFTEL, ed. 1995.
- LUPTON W., The digital signature: Your identity by the Numbers, Richmond Journal of Law technology, Volume VI, Issue 2, fall. 1999.
- PLONJOL - RIPER, Traité pratique du droit civil, 2 éd. T . 7 2Ième partie, avec le Com COURE de p. EPMIN, J. RODOUNT et GABOLD. N. 1407.
- RAY NOUARD (A), Le droit de l'écrit électronique, ptites Affiches, 2 avril 2001.
- SEDLLIAN V. " preuve et signature électronique", art, sur le site: www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm
- WERY E., droit de la preuve, vers une preuve électronique, droit et nouvelles technologies, actualité, 25 janv. 1999 .
- LOI no 230 - 2000 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l' information et relative à la signature électronique . J.O. Numéro 62 du 14 Mars 2000 page 3968.