عبء الإثبات في المعاملات المدنية والإلكترونية

Burden of proof in civil and electronic transaction

أزرو محمد رضا

جامعة غليزان (الجزائر)، mohammedreda.azrou@univ-relizane.dz

تاريخ الاستلام: 2022/05/09 تاريخ القبول: 2022/05/26 تاريخ النشر: 2022/06/15

ملخص:

إن تنظيم قواعد الإثبات يرتبط أساسا بتحديد أي من الخصمين يتحمل عبء الإثبات لأنه يتوقف عليه مصير الدعوى من الناحية العملية ، فهناك من اعتبر أن عبء الإثبات من النظام العام الذي لا يجوز تعديله واتجاه آخر يرى أن عبء الإثبات من القواعد الموضوعية التي يمكن تعديلها.

في بداية الأمر سنتطرق للقواعد العامة التي تحكم عبء الإثبات، ثم بعد ذلك ننتقل إلى تحديد عبء الإثبات في المعاملات الإلكترونية خاصة مع انتشارها الواسع وظهور ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني ومؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي أدى إلى تحول جذري في مفهوم عبء الإثبات .

يبرز بشكل جلي أن القواعد التقليدية أصبحت غير كافية لتنظيم عبء الإثبات وبالتالي يجب على المشرع الجزائري أن يعدل من أحكامه في هذا المجال، زيادة على ذلك يجب النص صراحة على عدم إمكانية إدراج المنتج في عقوده مع المستهلك شرط تحويل عبء الإثبات إلى المستهلك، واعتباره من الشروط التعسفية .

كلمات مفتاحية: *عبء الإثبات، المعاملات المدنية، المعاملات الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني.*

Abstract: (Do not exceed 150 words)

The organization of the rules is essentially linked to the determination of which of the Litigants bears the burden of proof because the fate of the case depends on it in practice. There are those who considered the burden of proof from the system that cannot be modified and another who consider that the burden of proof is one of the objective Rules that can be modified. First, we will discuss the general rules governing the burden of proof, Then we move on to determine the burden of proof in electronic transactions, especially with its wide spread and the emergence of what is known as the

electronic signature and the performer of electronic certification services, which led to a radical shift in the concept of the burden of proof.
It is clear that the traditional rules have become insufficient to regulate the burden of the Proof, Consequently, the Algerian legislature must amend its provisions in this area Furthermore, , it must be explicitly stated that the product cannot be included in its contracts with the consumer, provided that the burden of proof is transferred to the consumer, and considered to be arbitrary conditions
Keywords: burden of proof, civil transactions, electronic transactions, electronic signature.

مقدمة

إن تعيين من يقع عليه عبء الإثبات يعتبر من المسائل ذات الأهمية البالغة التي تحدد بشكل كبير مصير الدعوى، من الناحية العملية، فالحكم الصادر في الدعوى يرتبط أساسا بنجاح الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات في القيام بهذا الواجب، لذلك نجد أن معظم التشريعات المنظمة للإثبات قد اهتمت بشكل كبير بتوزيع عبء الإثبات لما له من أثر بالغ في مركز الخصوم في الدعوى، وهو ما يقابله بطبيعة الحال حق الخصم الثاني في إثبات عكس ما يثبته خصمه، ويحكم القاضي لأحد أطراف الدعوى إذا استطاع أحدهما في إثبات ما يدعيه دون أن يتمكن الطرف الأخر في إثبات العكس.

نلاحظ مثلا أن المشرع الجزائري قد اتخذ نفس سبيل المشرع الفرنسي حيث نص كلاهما على عبء الإثبات في القانون المدني، أما المشرع المصري فقد نص عليه في قانون منفرد هو قانون الإثبات، ولكن الملاحظ عموما أن نفس المبدأ موجود في كل من المشرع الفرنسي والجزائري والمصري.

كما يمكن للأطراف الاتفاق مسبقا على تعديل القواعد العامة للإثبات وإلقاء هذا العبء على عاتق أحدهم عند وقوع نزاع، بحيث أقره المشرع الفرنسي صراحة في القانون المدني و المشرع المصري في قانون الإثبات أما المشرع الجزائري فلم ينص على هذه الطريق، إلا أن اتفاقات الإثبات منتشرة بكثرة خاصة في مجال المعاملات البنكية.

أصبحت القواعد التقليدية التي تنظم عبء الإثبات غير كافية في وقتنا الراهن، نظرا لظهور معاملات إلكترونية تختلف بشكل كامل عن المعاملات التقليدية تميزها بطابعها الغير المادي، ومعظم التعاقدات التي تتم في شبكة الأنترنت غالبا ما تكون بين طرفين غير متوازنين منه الناحية الاقتصادية ووجود تفاوت كبير من الناحية التكنولوجية، وبالتالي أصبح تحميل المدعي عبء الإثبات لا يتناسب مع هذه المعاملات وهو ما أدى بالفقه لضرورة تعديل هذه القواعد بحيث نادى اتجاه لتحميل عبء الإثبات على الطرف المسيطر على النظام المعلوماتي، ولكن هذا الاتجاه أصبح غير صالح نظرا لظهور التوقيع الإلكتروني، بحيث يعفى الموقع من عبء الإثبات إذا كان حائزا على توقيع إلكتروني متقدم .

سنحاول من خلال هذه المقالة معالجة الإشكالية التالية: ما هي القواعد العامة لعبء الإثبات؟ وما هي الحلول المقترحة لتحديد عبء الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية ؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم المقالة إلى مبحثين ، المبحث الأول بعنوان عبء الإثبات في المعاملات المدنية، وفي المبحث الثاني عبء الإثبات في المعاملات الإلكترونية .

المبحث الأول: عبء الإثبات في المعاملات المدنية

نلاحظ أن معظم التشريعات المنظمة لقواعد الإثبات قد وضعت قواعد عامة لتحديد من يتحمل عبء الإثبات وهو ما سنعالجه في المطلب الأول، إلا أنه يمكن عن هذه القواعد بأن يتفق الأطراف مسبقا على من يتحمل عبء الإثبات وهو ما سنعالجه في المطلب الثاني

المطلب الأول: القواعد العامة لعبء الإثبات

نلاحظ أن هناك أربعة قواعد عامة في مجال تحديد عبء الإثبات وهي: البينة على من ادعى (أولا)، البينة على من يدعي خلاف الأصل (ثانيا)، البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت بالقرينة القانونية (ثالثا)، وأخيرا البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا (رابعا).

أولا: البينة على من ادعى

تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :"على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه "، وهو نفسه نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، وتقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "من يطلب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته، كذلك من يدعي التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التي أدت إلى انقضائه"

وهو ما أقره القضاء الجزائري بقوله: "من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه.

ومكن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ولما كان الثابت – في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنين إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه يكونوا قد خالفوا القانون.

ومتى كان ذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه"[1].

[1] قرار مؤرخ في 19- 11- 1990 ملف رقم 63149 ، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1992، ص 20 مأخوذ عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 93 .

من المبادئ المقررة في الفقه الإسلامي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وفي القانون الوضعي توجد القاعدة ذاتها، فالمدعي هو الذي يتحمل في الأصل عبء الإثبات سواء كان دائنا يدعي ثبوت المديونية أو مدينا يدعي التخلص منها، والمقصود بالدين قد يكون بالمعنى المتداول أي قرض أو غيره من التعهدات أو الالتزامات.

يجب علينا في البداية تحديد من هو المدعي في هذه الحالة بشكل دقيق، وهو من يرفع الدعوى على الغير ليطالبه بحق معين، وبالتالي يقع عليه عبء إثبات دعواه، فلو أن شخصا طالب أخر بمبلغ من مال ، فعليه أن يثبت مديونية ذلك الشخص، كأن يكون تصرفا قانونيا كعقد قرض أو عقد بيع أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب[1] .

لا يشترط في هذه الحالة أن يكون المدعي هو رافع الدعوى أمام القضاء، بل المقصود به هو المدعي بالواقعة محل الإثبات، فليس من الضروري أن يكون المدعي في نطاق الإثبات هو رافع الدعوى فالمدعى عليه في دفعه يصبح مدعيا[2]. يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يحدد من هو المدعي والمدعى عليه، وهي مسألة بالغة الأهمية وغاية في الصعوبة، حيث يكون القاضي بصدد تحديد مراكز الخصوم في مجال الإثبات، فمن يتحمل عبء الإثبات يكون في مركز أضعف من مركز خصمه، فيكون الخصم في مركز سلبي على عكس المدعي الذي يكون في موقف إيجابي وهو ما يحدد نتيجة الدعوى[3] . فيمكن القول في هذه الحالة أن من يتحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى و المدعى عليه في الدفع فكلاهما مدع في دعواه.

ثانيا: البينة على من يدعي خلاف الأصل

لا يكلف المدعي في جميع الحالات بعبء الإثبات فهو لا يستقيم في كل الحالات، فقد نجد في الكثير من الحالات أن المدعي لا يكلف بعبء إثبات دعواه التي رفعها أمام القضاء، بل يكلف الخصم بهذه المهمة وفق طبيعة وضع كل منهما.

فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد المطل، لا يكلف وهو المدعي في الدعوى إثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق، بل الجار المدعى عليه هو الذي يقع ليه عبء إثبات أن له حق ارتفاق يجيز له فتح المطل[4]. ففي هذا المثال لا يكلف المدعي عليه بعبء الإثبات بل المدعي هو المكلف بذلك، لأن طبيعة الوضع تقتضي خلو العقار من حقوق الارتفاق، حتى يثبت صاحب المصلحة عكس ذلك.

يترتب على هذه القاعدة، أن من يمسك بالأصل لا يكلف بإثباته ومن يدعي خلاف الأصل فعليه إثباته.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام**، الجزء2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2000، ص 69

[2] سجى عمر شعبان آل عمرو، **دور الخصوم في الإثبات**، دار الكتب القانونية، مصر 2012، ص 39.

[3] عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 63.

[4] كيفاجي الضيف، دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، **مجلة المعيار**، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة ، العدد 35، 2014.ص 266.

وهذا ما يؤدي إلى أن من يستقر في مركز معين لا يكون مطالبا بإثبات شرعيته، إنما يطالب الشخص الذي يدعي خلافه أن يقيم الدليل على صحة زعمه، وذلك حفاظا على استقرار الحقوق و نشر الأمن والطمأنينة بين أفراد المجتمع.

زيادة على ذلك فإن من يدعي خلاف الأصل فهو يستحدث وضعا جديدا، فعليه يقع عليه عبء إثبات الوضع الجديد حتى يتمتع بحماية القانون، يترتب على هذه القاعدة البراءة في نطاق الحقوق الشخصية و في نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر

أ- في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة

في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته، فمن يدعي دينا على ذمة الغير عليه أن يثبت مصدر هذا الدين فإن عجز عن ذلك رفضت دعواه، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية بقولها:"الأصل براءة الذمة، عبء إثبات خلاف ذلك وقوعه على عاتق من يدعيه"[1]

أما إذا تمكن من إقامة الدليل على ذلك، أصبح الثابت عرضا أن المدعى عليه مدين وعلى هذا الأخير إما أن يسلم بوجود الدين وإما يدعي انقضاءه بالوفاء أو التنازل أو التقادم، وحينئذ يكون المدين المدعى عليه على خلاف الثابت عرضا ويقع عليه عبء إثبات سبب انقضاء الدين [2]، ومن يطالب بثمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع، والشريك الذي يطالب شريكه بنصيبه من الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة ومقدار الخسارة التي لحقتها.

انعكاسا لهذا المبدأ تم إقرار مبدأ الشك يفسر لصالح المدين المنصوص عليها في الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري، التي تنص:"يؤول الشك لمصلحة المدين"، إضافة إلى ذلك فإن الأصل أن الشخص يكون أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون.

ب- في نطاق الحقوق العينية ، الأصل هو الظاهر

الأصل في الحقوق العينية هو الظاهر، فالحائز للعين غير مطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك، والذي يدعي عكس ذلك فهو يدعي خلاف ذلك فيقع عليه عبء الإثبات.، ومن ثم فإن الحائز يكون دائما مدعى عليه في دعوى الملكية، إلا إذا ما تبين من خلال وثائق المدعي أن الظاهر يؤيد دعواه وينفي دفاع المدعي عليه، فعند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه[3].

---

[1] الطعن رقم 12164 لسنة 85 قضائية، الدوائر المدنية جلسة 11/16/ 20121.

[2] سعادنة العيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، **مجلة المفكر**، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014، ص 191

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 73

وهو ما نصت عليه المادة 823 من القانون المدني الجزائري بقولها:"الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك "، ويذلك جعل النص من حيازة الحق قرينة على الملكية، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف مدعي الملكية[1] .

ثالثا: البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت بالقرينة القانونية

قد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية، ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية، وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها، فيكون الثابت فرضا كالثابت أصلا وكالثابت ظاهرا، ومن ثم فمن يدعي خلاف ما هو ثابت فرضا بالقرينة القانونية فعلى عاتقه يقع عبء تقديم الدليل.

من أمثلة ذلك مسؤولية حارس الحيوان[2] و مسؤولية حارس البناء عن تهدم البناء[3]، ومسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة[4]، فكل هؤلاء افترض القانون التقصير من جانبهم ، وبالتالي فإن مدعي التعويض لا يكلف إثبات التقصير

رابعا: البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا

إذا ما ادعى الشخص خلاف الأصل وخلاف الظاهر أو خلاف المفروض بالقرينة القانونية، يكون هو المكلف بعبء الإثبات، فإذا نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه وفق ما هو منصوص قانونا فإنه ما أثبته يصبح ثابتا فعلا.
يترتب على ذلك أن من يتمسك بما هو ثابت فعلا لا يتحمل عبء الإثبات بل يتحمله من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا[5].

عندما يرفع الدائن دعواه ضد المدين ويثبت دينه بعقد رسمي محرر لدى الموثق، فيصبح هذا الدين ثابت فعلا، فإن لم يطعن المدين في صحة العقد الرسمي ، ولم يناقش دليل الدائن، ودفع الدعوى بانقضاء الدين بالمقاصة، كان هذا بمثابة إقرار ضمني منه بالدين، فيكون الدين ثابتا ضمنا ، وعلى المدين عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت ضمنا.

بعد عرض المبادئ العامة التي تحكم عبء الإثبات يمكن أن نجمله في القول التالي"كل من يتمسك بالثابت حكما- أصلا أو ظاهرا أو فرضا- أو بالثابت فعلا – حقيقة أو ضمنا- لا يقع عليه عبء الإثبات، وإنما يقع عبء

[1] كيفاجي الضيف، المرجع السابق، ص 267.

[2] أنظر: المادة 138 من القانون المدني الجزائري

[3] أنظر: المادة 139 من القانون المدني الجزائري

[4] أنظر: المادة 2/140 من القانون المدني الجزائري

[5] كيفاجي الضيف، المرجع السابق، ص 268.

الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا ، لأنه يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت"[1]، وغني عن البيان أن تحديد من يتحمل عبء الإثبات من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.

المطلب ثاني: اتفاق الأطراف على تحديد عبء الإثبات

لقد وقع اختلاف فقهي في هذه المسألة، فنجد أن اتجاها يرى عدم إمكانية تعديل قواعد الإثبات بشكل عام ومن بينها عبء الإثبات (أولا)، واتجاه أخر من الفقه يرى أنه يمكن للأطراف تعديل القواعد العامة في عبء الإثبات لأنها من القواعد الموضوعية (ثانيا).

أولا: لا يمكن الاتفاق على تعديل القواعد العامة في عبء الإثبات

على الرغم من ذلك فإن بعضا من الفقه الفرنسي[2] لم يعترف بهذا التقسيم ويرى أن قواعد الإثبات بشكل عام لا يمكن تعديلها وبالتالي لا يحق للأفراد أن يتفقوا على تعديل عبء الإثبات، لأنها متعلقة بالنظام العام تطبيقا لمقولة اهرنج الشهيرة "العدالة تسموا على الحرية"، مما يترتب عليه عدم الأخذ باتفاقات الإثبات بصفة عامة و عبء الإثبات بشكل خاص، فلا مجال للتمييز هنا بين القواعد الموضوعية والشكلية في مجال الإثبات

نجد مثلا أن الفقه المصري في بدايته اعتبر أن قواعد الإثبات من النظام العام وذلك من خلال تفسيره للمادة 60 من قانون الإثبات التي تنص على ما يلي:"في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. "

على الرغم من وضوح النص القانوني فإن بعض من الفقه يرى أن المشرع عندما أقر هذه المادة كان يهدف تجنب فساد ذمة الشهود أو نسيانهم أو خطأهم أو اختلاف مشاهداتهم أو شهادتهم زورا وهو ما يؤدي إلى تعطل عمل مرفق العدالة ويمس بالنظام العام، وبناءا على ذلك فإن قواعد الإثبات عموما تعد من النظام العام ولا يجوز مخالفتها[3].

زيادة على ذلك فإن بعض من الفقه لم يجز تعديل القواعد الموضوعية للإثبات قبل وقوع النزاع لأنها فيها نوع من المضاربة وجهل عما سيكون عليه الحال وقت النزاع، أما إذا تم تعديل قواعد الإثبات بعد وقوع النزاع فإنه تعتبر صحيحة ويأخذ بها لأنها تكون متعلقة بمصلحة شخصية[4] .

مسايرة لهذا الاتجاه فإن بعضا من الفقه اعترف عموما أن قواعد الإثبات الموضوعية أو الإجرائية منها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على تعديل أحكامها إلا في مجال عبء الإثبات أو ما يتعلق بالواقعة المطلوب إثباتها.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 77.

[2] Robert le balle, des conventions sur le procédé de preuve en droit civil, Collection théses français, université de Paris Faculté de droit, A, Réty, 1923, p.123.

[3] أحمد نشأت، **رسالة الإثبات**، الجزء الأول، دون دار نشر، ص 161 وما بعدها.

[4] عايض راشد المري، **مدى حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2005، ص 172.

ثانيا: يمكن الاتفاق تعديل القواعد العامة في عبء الإثبات

غالبية الفقه[1] يرى أنه يمكن للأطراف أن تعدل من القواعد العامة المتعلقة بعبء الإثبات لأنها من القواعد الموضوعية على عكس القواعد الإجرائية المتعلقة بسير مرفق العدالة والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال تعديلها، ومن أمثلة القواعد الإجرائية ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 70 إلى غاية المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] الباب الرابع منه بعنوان "في وسائل الإثبات" من المادة تحتوي على الإجراءات المتبعة لتقديم أدلة الإثبات أمام القضاء.

معظم القواعد الموضوعية المتعلقة بالإثبات قد نص عليها المشرع الجزائري في الباب السادس من القانون المدني الجزائري[3] والمعنون ب "إثبات الالتزام" من المواد 323 لغاية المادة 350 منه .

غير أنه في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين ينص قانون حماية المستهلك الفرنسي في ملحقه على قائمة غير حصرية من الشروط التعسفية ، ومن بينها الشرط الوارد في الاتفاق والذي ينقل عبء الإثبات إلى عاتق المستهلك، وبالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بعدم تطبيقه[4].

نقل عبء الإثبات إما يكون قبل المنازعة أو أثنائها، فعندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى طرف معين يحق أن يتفق الأطراف مسبقا على إلغاء هذه القرينة وإعادة عبء الإثبات إلى الطرف الأخر، ومثاله أن حارس الحيوان هو من يتحمل الضرر الذي يحدثه الحيوان إلا إذا كان الضرر لسبب أجنبي، ولكن يجوز للأطراف الاتفاق مسبقا على نقل عبء الإثبات للمضرور.

كما يمكن تعديل عبء الإثبات أثناء سير الدعوى، فيجوز لأحد أطراف النزاع أن يثبت واقعة لم يكن أصلا مكلفا بإثباتها، فإن أجابه القاضي في ذلك لا يحق لهذا الخصم فيما بعد أن يحتج بأنه لم غير مكلف قانونا بالإثبات.

المبحث الثاني: عبء إثبات المعاملات الإلكترونية

بتطبيق القواعد العامة للإثبات أو تطبيق اتفاقات الإثبات سيؤدي ذلك بالضرورة إلى تحميل عبء الإثبات على الشخص الذي ينازع في العقد الإلكتروني الذي سيتعين عليه إقامة الدليل على وجود العقد الإلكتروني، وهذا ما لا يتوافر لدى المستهلك الإلكتروني لأنه لا تتوافر لديه الوسائل التقنية اللازمة ذلك.

لتجاوز هذه الصعوبات هناك اتجاه فقهي اقترح أن يتحمل عبء الإثبات المسيطر على النظام المعلوماتي سواء كان مدعي أو مدعى عليه (المطلب الأول)،كما أن التوقيع الإلكتروني يعتبر من أهم وسائل الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية ويتميز بوجود طرف ثالث محايد يسمى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يضمن صحة وموثوقية هذا

---

[1] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 88.

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر: قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر 21)، ص 3 وما يليها.

[3] لمزيد من التفاصيل أنظر: الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[4] Henri Alterman, les cartes bancaires et la preuve, petites Affiches, 29 mai 1996.

التوقيع، فذلك سيترتب عليه حتما أن يتحمل عبء الإثبات الشخص الذي ينازع في صحة التوقيع الإلكتروني (المطلب الثاني)

المطلب الأول: عبء الإثبات يقع على عاتق المتحكم في النظام الإلكتروني

من المتعارف عليه أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي أو أي شخص يدعي خلاف الوضع الثابت فرضا، فإن لم يتمكن المدعي من إقامة الدليل على صحة زعمه خسر دعواه، غير أن هذه القاعدة لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية، لأن الثابت فرضا في هذه الحالة يعود في أغلب الحيان إلى المتحكم في النظام الإلكتروني، لذلك نجد أن بعض من الفقه الفرنسي[1] دعي إلى ضرورة إيجاد معيار جديد لتحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية زيادة على ذلك فإن التعاقدات الإلكترونية تتميز بوجود طرفين غير متوازين من حيث القوة الاقتصادية، فأحدهما طرف قوي هو المنتج والأخر يكون طرفا ضعيفا يسمى بالمستهلك، مما يترتب عليه أن المنتج هو من تكون لديه السيطرة الكاملة على النظام المعلوماتي، وهو ما يترتب عليه صعوبة أو استحالة حصول المستهلك على دليل إثبات في حال وقوع نزاع.

يترتب على سيطرة المنتج أو الطرف القوي على النظام الإلكتروني عند إبرام العقود الإلكتروني، أن هذا الأخير يتحمل عبء الإثبات في حال وقوع نزاع، أي أن المسيطر على النظام الإلكتروني يقع عليه عبء الإثبات حتى لو لم يكن مطلوبا منه الإثبات[2] .

يسعى هذا الاتجاه البحث عن الحقيقة، ولذا فإنه يعتمد على فكرة القدرة على الإثبات، إذ ينبغي من تكون لديه عناصر الإثبات أن يقدمها في الدعوى[3] .

لكن قد يثور تساؤل حول من هو الشخص المتحكم والمسيطر على النظام المعلوماتي هل هو صاحب الأدوات المعلوماتية أو المستعمل المتفوق؟[4].

مما لا شك فيه أن المتحكم في النظام هو من يكون مالكا للأجهزة والأدوات الإلكترونية كالبرامج وملحقاتها، لأنه هو من يختارها بإرادته الحرة، مما يترتب عليه تحمل عبء الإثبات في حال وقوع نزا، أما إذا استأجر هذه الأدوات والأجهزة فإن من يكون مسيطرا عليها هو الذي يكون متحكما في النظام، وهو ما يترتب عليه في هذه الحالة أن المسيطر قد يكون المؤجر أو المستأجر، وفي

[1] Elise DARAGON , droit de la preuve et informatique, thése de doctorat, faculté de droit, université Grenoble, 1996, p ..184

[2] Voir : J. Devéze, Contribution a l'étude de la charge de la preuve en matière civile, Thése doctorat, faculté de droit, Toulouse, 1980, p. 231.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، **إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت"دراسة مقارنة"**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2009، ص 134.

[4] المقصود بالمستعمل المتفوق هو الخبير المتخصص في المعلوماتية المسؤول عن النظام، وهو الوحيد المتاح له الدخول إلى جميع مستويات النظام الإلكتروني، لمزيد من المعلومات، انظر:

Elise DARAGON , op.cit, p . 188.

حال وقوع نزاع فإن على القاضي أن يلجأ إلى خبير في المعلوماتية ليفصل بشكل قاطع من هو المتحكم في النظام أثناء وقوع النزاع هل هو المؤجر أم مستأجر الأجهزة والأدوات الإلكترونية .

إن إلقاء عبء الإثبات على المتحكم والمسيطر على النظام المعلوماتي يتوافق مع المادة 10 من القانون المدني الفرنسي التي تنص:"كل شخص وملزم بتقديم المساعدة للقضاء من أجل إظهار الحقيقة"[1].

لقد أثر هذا الاتجاه الفقهي على التشريعات الحديثة التي أقرت صراحة بأن عبء الإثبات يكون دائما على عاتق المهني في علاقاته التعاقدية مع المستهلك ، لأنه هو من يملك المعلومات الأولية عن السلع والخدمات وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة وفقا للمادة R 212-1 في البند 12[2] من قانون حماية المستهلك ، وأدرجها ضمن القائمة السوداء التي لا يمكن للمحترف أن يوردها ضمن عقوده مع المستهلك.

على الرغم من أهمية هذا الشرط فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو المشرع الفرنسي إذ لم يدرج هذا الشرط ضمن الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك أو قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ تنص المادة 29 من هذا القانون على الشروط التعسفية بشكل دقيق دون أن تعالج مسألة نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك.

من الأمثلة المتعارف عليها في هذا هي المعاملات التي تتم بين العميل والبنك، فعندما يقوم العميل باستخراج أمواله من الصراف الآلي فإن هذا الأخير يكون تحت السيطرة التامة للبنك ولذلك فإن القضاء الفرنسي[3] رفض في البداية هذا النوع من المحررات لأنها من صنع البنك.بعد ذلك تراجع عن هذا الموقف واعتبر أن مستخرجات الصراف الآلي تكون بالشراكة بين العميل والبنك[4] .

المطلب ثاني: افتراض موثوقية وسيلة إثبات التعاقد الإلكتروني

نلاحظ أن عبء الإثبات لا يقع على عاتق المتحكم في النظام الإلكتروني في حال وجود توقيع إلكتروني، لأن هذا النوع من التوقيعات يختلف جذريا عن التوقيع الخطي من حيث إنشائه وعمله، فقد أوجدت التشريعات الوطنية كالمشرع الفرنسي والمصري والجزائري ضمانات تكفل عدم سيطرة أي من أطراف التعاقد عليه، حيث تم إنشاء ما يعرف بمؤدي

[1] Art 10 du code civile : " Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité."

[2] Art 212-1 code de la consomation :" Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :
"... 12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.

[3] Tribunal d'instance de sept, 9 mai 1984 Dall. 1985, p.395, note A Benabent.

[4] لمزيد من المعلومات أنظر: محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر، ص 192 وما بعدها .

خدمات التصديق الإلكتروني أو الطرف الثالث الموثوق، وهي جهة محايدة ومعتمدة من قبل الدولة تعمل على ضمان صحة وسلامة التوقيعات والمحررات الصادرة من ذوي الشأن وحفظها لأغراض الاحتجاج بها عند المنازعة[1].

أصبحت المعاملات الإلكترونية في وقتنا الراهن تحظى بانتشار واسع لدى الأفراد وخاصة عند إبرام العقود، و عادة ما يتم إثبات هذه العقود بالتوقيع الإلكتروني.

من خلال استقراء نصوص القانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[2] نجد أن المشرع الجزائري قد منح الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني الموصوف وساوى بينه وبين التوقيع الخطي بموجب المادة 8 بقوله:"يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

حتى يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط والضوابط الفنية والتقنية، وفق المادة 7 من نفس القانون وهي :

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقّع دون سواه.
- أن يمكّن من تحديد هوية الموقّع.
- أن يكون مصمّما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقّع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصّة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات

يهدف النص على هذه الشروط حتى يتسنى للقاضي أداء مهامه على أحسن وجه من حيث الاطمئنان لصحة التوقيع الإلكتروني ومدى إمكانية التعويل عليه[3] ، وفي هذه الحالة يجب على الشخص الذي يدعي عدم صحة التوقيع الإلكتروني الموصوف عبء عدم توافر شروط صحته المنصوص عليها في المادة 8 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، ويعد ذلك تطبيقا للمبدأ العام أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع الثابت فرضا(قرينة قانونية).

من المتعارف عليه قانونا أن وجود القرينة يترتب عليه إعفاء من يتمسك بها من عبء الإثبات الذي كان يقع لولاها، ويقع عليه فقط عبء إثبات توافر الشروط القانونية فيها.

يترتب على ذلك أنه في حال وجود نزاع أحد طرفيه حائز لتوقيع إلكتروني موصوف يعفى من عبء إثبات صحة ذلك التوقيع، ولكن لا يبقى موقفه سلبيا بل يقع على عاتقه إثبات توافر الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 8 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين[4].

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 137.

[2] القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 137.

[4] لمزيد من التفاصيل أنظر: تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق ، ص 138 وما بعدها.

تأكيدا على أهمية التوقيع الإلكتروني فإن المشرع الجزائري في المادة 9 من نفس القانون لم يستبعد التوقيع الإلكتروني حتى وإن لم يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن لا يستبعده كدليل إثبات، غير أنه في هذه الحالة لا يكون للتوقيع الإلكتروني حجية قاطعة مقارنة بالتوقيع الإلكتروني الموصوف، وبالتالي يقع على صاحب التوقيع عبء إثبات صحته وأنه تتوافر فيه الشروط القانونية.

غير أنه ومن خلال استقراء النصوص القانونية يجب التمييز في هذه الحالة بين التوقيع الإلكتروني الصادر من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني الصادر من الطرف الثالث الموثوق.

فالتوقيع الإلكتروني الصادر من الطرف الثالث الموثوق هو توقيع إلكتروني ذو حجية كاملة، وبالتالي يقع على المتضرر عبء إثبات أنه قد اعتمد على شهادة إلكترونية لا تستوفي الشروط القانونية والتقنية، لأنه يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة لصالح المتدخلين في الفرع الحكومي، وهم عموما الهيئات ذات الطابع الإداري، ومن أمثلة ذلك التوقيع الإلكتروني الصادر من مصالح وزارة العدل، حيث تعتبر وسيلة التصديق موثوقة إلى غاية إثبات العكس طبقا للمادة 5 من القانون رقم 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة[1]، وهو أمر بديهي لأن المحررات الإلكترونية الصادرة من وزارة العدل تعتبر محررات رسمية إلكترونية ذو حجية كاملة.

أما التوقيع الإلكتروني الصادر من مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، إذا ما تم إصداره بواسطة شهادة إلكترونية موصوفة فإن عبء إثبات الضرر يقع على المتضرر، أما إذا تم إصدار التوقيع الإلكتروني بواسطة شهادة إلكترونية غير موصوفة فإن عبء الإثبات يكون على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

على خلاف ذلك فإن المشرع المصري لم ينص بشكل صريح على افتراض موثوقية التوقيع الإلكتروني على الرغم من تعداد ضوابطه التقنية والقانونية، وبالتالي يجب الرجوع في هذه الحالة إلى القواعد العامة في عبء الإثبات، التي تنص في هذه الحالة أن المدعي هو من يتحمل عبء الإثبات، ويكتفي صاحب التوقيع الإلكتروني إنكار صحة نسبته إليه عندما يكون محررا عرفيا إلكترونيا، وذلك حتى لو استوفى الشروط والضمانات الفنية والقانونية التي تؤكد موثوقيته [2].

[1] تنص المادة 5 من القانون 15-03 المؤرخ في 1 فبراير 2015 المتعلق بعصرنة العدالة على مايلي:"تفترض الموثوقية في وسيلة التصديق إلى غاية إثبات العكس متى أنشأ التوقيع وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة"

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 138.

خاتمة:

يتضح لنا جليا من خلال هذه المقالة المكانة الكبيرة التي تحتلها مسألة عبء الإثبات سواء من الناحية الفقهية أو القضائية أو التشريعية، لأن تحديد من يتحمل عبء الإثبات هو المعيار الفاصل الذي يحدد مصير الدعوى المرفوعة أمام القضاء، فالقاضي يحكم لصالح الشخص الذي يقيم الدليل على صحة ادعاءاته ويستبعد الطرف الخصم الذي عجز عن ذلك.

تبعا لذلك نجد أن القواعد التقليدية المتعلقة بإثبات المعاملات المدنية انطلقت من فكرة أن البينة على من ادعى أو البينة على من يدعي خلاف الأصل أو البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت بالقرينة القانونية ، وأخيرا البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا .

زيادة على ذلك يمكن للأطراف أن تتفق مسبقا على تحديد من يتحمل عبء الإثبات في حال وقوع النزاع باعتبار أن عبء الإثبات من القواعد الموضوعية التي يمكن الاتفاق على تعديلها.

إلا أنه يلاحظ أن المعاملات الإلكترونية المنتشرة بكثرة في وقتنا الراهن أصبحت القواعد العامة لتحديد عبء الإثبات غير كافية، لأن تطبيقها سيؤدي إلى أن يقوم المستهلك أو الطرف الضعيف بإقامة الدليل ضد الطرف القوي وهو ما يكون صعبا أو مستحيلا في الكثير من الحالات .

لذلك فإن بعض من الفقه الفرنسي اقترح وضع حل لتجاوز هذا الإشكال، بحيث حمل عبء الإثبات في المعاملات الإلكترونية للطرف المسيطر على النظام، لأن ذلك يتوافق الحقيقة القضائية المنصوص عليها في المادة 10 من القانون المدني الفرنسي.

إلا أنه تم تجاوز مشكلة عبء الإثبات عند سن القوانين المنظمة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بحيث اعتبر أن التوقيع الإلكترونية المرتبط بشهادة إلكترونية موصوفة يفترض فيه الموثوقية وكل شخص يريد أن يقيم الدليل على عكس ذلك يتحمل عبء إثباته.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ميز بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني والطرف الثالث الموثوق، فهذا الأخير هو وحده من يصدر توقيعا إلكترونيا موصوفا، أما مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني فالأصل أنه يصدر توقيعا إلكترونيا موصوفا إلا أنه يمكن أن يصدر توقيعا عاديا وفي هذه الحالة يكون عبء الإثبات على عاتق مؤدي الخدمات.

من خلال هذه المقالة يمكن أن نضع المقترحات التالية:

-ضرورة اعتراف المشرع الجزائري صراحة بحجية اتفاقات الإثبات باعتبارها من الحلول العملية لحل مشكلة عبء الإثبات.

- يجب على المشرع الجزائري أن ينص صراحة في قوانينه أن نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك يعتبر من الشروط التعسفية ، وهذا حماية للطرف الضعيف.

– ضرورة تدخل القاضي في بعض الحالات إذا ما رأى أن نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك سوف يسبب ضررا لهذا الأخير.

– ضرورة وضع برامج تكوينية لصالح كل الأطراف المتعاملة في العدالة على كيفية استعمال التوقيع الإلكترونية، وتكوين القضاة خصوا لحل النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية .

– ضرورة وضع شبكة انترنت ذات تدفق عالي عبر المستوى الوطني، لأنه يعتبر الركيزة الأساسية في تفعيل المعالات الإلكترونية وتنمية التجارة الإلكترونية

قائمة المراجع:

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- تامر محمد سليمان الدمياطي، **إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت"دراسة مقارنة"**، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2009.
- سجى عمر شعبان آل عمرو، **دور الخصوم في الإثبات**، دار الكتب القانونية، مصر 2012.
- سعادنة العيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، **مجلة المفكر**، جامعة بسكرة، العدد 11، 2014.
- عايض راشد المري، **مدى حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاهرة، 2005.
- عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات – آثار الالتزام**، الجزء2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،2000
- عمر بن سعيد، **الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني**، الطبعة الأولى الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- القانون رقم 25 لسنة 1968 بشأن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية المصري، الصادر بتاريخ 30-05-1968، **الجريدة الرسمية** عدد 22.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية **الجريدة الرسمية** عدد 21، ص 3 وما يليها.
- القانون 15-03 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 هـ الموافق ل 1 فبراير 2015 المتعلق بعصرنة العدالة، **الجريدة الرسمية** عدد 6، ص 4 وما يليها.

- القانون 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 هـ الموافق ل 1 فبراير 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **الجريدة الرسمية** عدد 6، ص 6 وما يليها.
- كيفاجي الضيف، دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي، **مجلة المعيار**، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة ، العدد 35، 2014.
- محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية**، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة نشر.
- J. Devéze, **Contribution a l'étude de la charge de la preuve en matière civile**, Thése doctorat, faculté de droit, Toulouse, 1980.
- Elise DARAGON , **droit de la preuve et informatique**, thése de doctorat, faculté de droit, université Grenoble, 1996.
- Henri Alterman, les cartes bancaires et la preuve**, petites Affiches**, 29 mai 1996.