اتفاقات الإثبات بين الحرية والتقييد

Conventions of proof between liberty and restraint

آزرو محمد رضا [1]*

[1] كلية الحقوق جامعة غليزان، الجزائر

البريد الإلكتروني: mohammedreda.azrou@univ-relizane.dz

تاريخ الاستلام: 2022/05/10 تاريخ القبول: 2022/05/30 تاريخ النشر: 2022/06/30

ملخص:

تنظر اليوم الكثير من دول العالم بنظرة متفائلة للذكاء الاصطناعي بصفته محرك العجلة الاقتصادية وأداة لمواجهة التحديات الصناعية، وبالأخص الحاجة إلى قيام الهندسة المعمارية بالبحث عن طرق جديدة في إنشاء وتصميم سكنات وفق أنظمة ذكية تعتمد على تحسين الظروف المعيشية، وترشيد الموارد، والمحافظة على البيئة، وتأمين الرفاهية للمواطن ومسايرة التحولات العالمية بهدف تلبية مطالب الساكنة وتحقيق مكتسبات معيشية.

ولئن بقي مشرعنا بعيدا عن هذا التصور إلا أن التحولات العالمية والمشاكل المعيشية والمكاسب الذي يجنيها من استغلال السكنات الذكية ستقوده حتما إلى تشريع ذلك.

الكلمات المفتاحية: سكنات ذكية؛ بيئة؛ طاقة؛ رفاهية؛ مواطن.

Abstract:

The conclusion of contracts between individuals, whether natural or moral, is subject to the principle of the power of will, but with economic development, this principle has become insufficient to protect the weak party -consumer- against the strong party -professional.

The professional or producer usually enters into model contracts with the consumer that contain requirements amending the rules of evidence. This is what the doctrine calls evidentiary agreements. This is what we find a lot in the field of bank transactions, under which the rules of evidence are amended.

Keywords: conventions of proof, The professional, consumer

* المؤلف المرسل

مقدمة:

تعتبر العقود في وقتنا الحاضر من أهم الأدوات المستعملة في الحياة اليومية وهي المحرك الفعلي للحياة الاقتصادية، ومع تعقد الحياة وتشعبها، تنوعت العقود بشكل كبير، وظهرت عقود جديدة من أبرزها ما يعرف باتفاقات الإثبات.

غالبا ما نجد هذه الاتفاقات في المعاملات البنكية حيث بموجبه يتم إبرام عقد يحدد فيه بشكل دقيق مدى حجية المحررات الإلكترونية الصادرة من البنوك، وكيفيات الاحتجاج عليها إذا ما وقع أي خلل من الصراف الآلي.

عموما لم يكن الفقه و القضاء معترضا بشكل كبير على هذا النوع من الاتفاقات، ولكن مع التفاوت الاقتصادي بين البنك والعميل و كثرة المشاكل المطروحة على القضاء، كان لزاما أن يتراجع القضاء والفقه عن موقفه ، حيث أن البنك أو الطرف القوي عموما يسعى إلى وضع شروط تعسفية تؤثر بشكل كبير على حق العميل أو المستهلك في إثبات عكس ما هو صادر من طرف البنك من محررات إلكترونية .

يتضح لنا جليا أن اتفاقات الإثبات تكتسب أهمية عملية، لكون معظم البنوك تلجأ إليها في علاقتها مع عملائها وبالتالي فهي منتشرة بكثرة، وقد عالج القضاء الكثير من المنازعات في هذا المجال، وسببت أضرارا بليغة للعملاء، ولها أهمية علمية لأن هذا الموضوع كان مثارا للجدل بين الفقهاء ورجال القانون ولم يتم الاعتراف به إلا بعد جهود مضنية.

تم الاستعانة بمجموعة من المناهج لإتمام هذه الدراسة ، وهي المنهج التحليلي عند تحليل النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة أو تحليل الأحكام القضائية، و تم الاعتماد على المنهج الوصفي لتجديد المقصود باتفاق الإثبات وتبيان أهم بنوده مع التركيز على الشروط التعسفية التي قد تحتويه، زيادة على ذلك تم الاستعانة بالمنهج المقارن وذلك عند التطرق إلى موقف الفقه والقضاء والقانون المصري أو الفرنسي في هذه

المسألة، ومقارنته مع موقف المشرع والقضاء الجزائري.

بالتالي ستنصب هذه المداخلة على تبيان حدود حرية الأفراد في إبرام اتفاقات الإثبات، وعلى هذا الأساس سنجيب في هذه المداخلة على الإشكالات التالية: هل يمكن للأفراد إبرام اتفاقات تعدل من قواعد الإثبات؟ ما هي حدود حرية الأفراد في إبرام مثل هذه الاتفاقات؟، و ما هو دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في اتفاقات الإثبات؟

وللإجابة على هذه الإشكالات القانونية تم تقسيم المداخلة إلى مبحثين:

المبحث الأول: مدى اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام.

المبحث الثاني: مدى اعتبار اتفاقات الإثبات عقود إذعان وسلطة القاضي في تعديله

المبحث الأول

مدى اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام

لقد وقع جدل فقهي كبير في مسألة الاعتداد باتفاقات الإثبات، فهناك اتجاه فقهي يرى أنه لا يجوز للأفراد أن يبرموا اتفاقات تعدل من قواعد الإثبات، لأنها تمس بالنظام العام وهو ما سنعالجه في المطلب الأول، واتجاه فقهي ثاني يرى أن هذه الاتفاقات صحيحة بشرط أن تمس فقط القواعد الموضوعية للإثبات وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: عدم قدرة الأفراد إبرام اتفاقات الإثبات باعتبارها من النظام العام

يجمع الفقه[1] عموما على تقسيم قواعد الإثبات إلى قواعد شكلية (إجرائية) تتعلق بإجراءات التقاضي وكيفية تقديم الأدلة أمام القضاء ومن أمثلتها أن المشرع الجزائري قد خصص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] الباب الرابع منه بعنوان "في وسائل

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام الإثبات – آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 94

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر: قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون

الإثبات" من المادة 70 إلى غاية المادة 193 تحتوي على الإجراءات المتبعة لتقديم أدلة الإثبات أمام القضاء.

وهناك قواعد موضوعية تحدد أدلة الإثبات وقيمة كل دليل ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحله ودور القاضي في الإثبات، وهو ما نجده مثلا في الباب السادس من القانون المدني الجزائري[1] والمعنون ب "إثبات الالتزام" من المواد 323 لغاية المادة 350 منه.

لم يعترف الفقه الفرنسي[2] في بداية الأمر باتفاقات الإثبات، لأنه اعتبر أن كل قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام انطلاقا من عبارة اهرنج "العدالة تسموا على الحرية"، مما ينتج عنه بطلان كل الاتفاقات التي تهدف لتعديل قواعد الإثبات، سواء كانت قواعد شكلية أو موضوعية.

زيادة على ذلك فإن إدارة الإثبات هو من صميم عمل القاضي، والعدالة من صميم عمل الدولة، ولذلك لا يجوز أن يترك مثل هذا الأمر ينظمه الخصوم باتفاقهم.

القضاء الفرنسي[3] في بداياته كان رافضا لهذا النوع من الاتفاقات، مما نتج عن هذا الاتجاه رفض اتفاقات الإثبات بشكل مطلق وبالتالي استبعاد فكرة حرية التعاقد أو مبدأ سلطان الإرادة، فلا يجوز وفق هذا الاتجاه أن يتفق الأشخاص على تعديل قواعد الإثبات الاجرائية أو الموضوعية المتعلقة بالإثبات.

بعض من الفقه المصري ساند هذا الاتجاه حيث يرى أن قواعد الإثبات متعلقة

الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر 21)، ص 3 وما يليها.

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

[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. 30.

[3] CA Montpellier,1er ch.,9avril 1987, confirmé par Cass.civ.,1er ch., 8 novembre 1989 -, Sté Crédicas, *Bull.civ.*I.no 342., cité par A. Bensoussan et Y. le roux; Cryptologie et signature électronique aspects juridiques, Hermès Science Publication, Paris, 1999, p.79.

بالنظام العام، وأن المشرع عندما أخذ بالكتابة في التصرفات التي تزيد عن حد معين ، هو خوفه من فساد ذمة الشهود أو نسيانهم أو شهادتهم زورا، كما أن شهادة الشهود في التصرفات ذات القيمة الكبيرة قد يعطل عمل القضاة وسير العدالة وهو ما يعد إخلالا بالنظام العام.

زيادة على ذلك فإن بعضا من الفقهقد اعتبر هذه الاتفاقات لا يجب الأخذ بها إن تم قبل وقوع النزاع لأن فيه نوعا من المضاربة وأن كلا الطرفين قد قبلا بهذا الاتفاق في وقت يجهل عما سيكون عليه الحال وقت النزاع، وهو ما يعتبر مساسا بالنظام العام ولا يمكن أن يجيزه القانون، أما إذا أبرمت هذه الاتفاقات بعد وقوع النزاع فإنها تعتبر صحيحة ويأخذ بها القضاء، لأنه في هذه الحالة يكون الأمر متعلقا بالمصلحة الشخصية للمدعى عليه، حينئذ في وقت يسمح له بتقدير الوضع.

وذهب جانب أخر من الفقه الفرنسي إلى التضييق العمل بهذه الاتفاقات بشكل كبير ورفضها كمبدأ عام واستثناء يمكن الأخذ بها في مجال تحديد عبء الإثبات أو ما يتعلق بالواقعة المطلوب إثباتها.

غير أن هذا الرأي واجه العديد من الانتقادات ولم يصمد لفترة طويلة، من بينها أنه لا مانع من اتفاق الأفراد على تعديل القواعد الموضوعية للإثبات لأنها تهدف بالدرجة الأولى لحماية المصالح الشخصية للأفراد، وبالتالي يحق لهؤلاء الأفراد من باب الأولى التنازل عن هذه الحماية .

لقد ظهر بعد ذلك اتجاه يدعوا إلى الاعتراف بهذه الاتفاقات وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب ثاني: جواز إبرام اتفاقات الإثبات لكونها لا تمس بالنظام العام.

تراجع الفقه الفرنسي عن موقفه الرافض لاتفاقات الإثبات ومنح الحرية للأفراد لإبرام هذه العقود، بشرط أن تمس فقط القواعد الموضوعية للإثبات، أما القواعد

الإجرائية فلا يجوز بأي حال من الأحوال الاتفاق على مخالفتها لأنها من النظام العام، لقد واكب القضاء الجزائري هذا الاتجاه الفقهي فنص في أحد أحكامه على ما يلي: "إيجار – الاعذار المنصوص عليه في المادة 117(ق ت) إجراء يتعلق بالنظام العام، يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"[1].

يعتبر هذا موقف مساير للتطورات الاقتصادية التي يعيشها المجتمع بحيث أصبح العقد يشكل ركيزة أساسية للتطور الاقتصادي، ويستعمل بشكل كبير في الحياة العملية مما ترتب عنه ظهور عقود جديدة تواكب هذا التطور، من بينها ما يعرف باتفاقات الإثبات.

يرى غالية الفقه الفرنسي أن هذه الاتفاقات قد ساهمت بشكل كبير في منح المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات قبل صدور النصوص القانونية المنظمة لها، وقد أسموها بالطريق الاتفاقي[2].

كان القضاء الفرنسي داعما لصحة اتفاقات الإثبات قبل الاعتراف التشريعي بها بقوله: "تخضع حقوق الأطراف لحرية التصرف فيها، وكل تصرف يرد عليها يجوز إثباته اتفاقا ..."[3].

لقد واكب المشرع الفرنسي الرأي المساند لصحة اتفاقات الإثبات وأقرها بنص تشريعي وفق القانون 2000- 230 المؤرخ في 13 مارس 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات بإضافة المادة 1316-2 إلى القانون المدني وأصبحت المادة 1368

[1] القرار رقم 32113، الصادر بتاريخ 1-06-1985، مأخوذ عن: المجلة القضائية الجزائرية، العدد 2، 1990، ص 94 .

[2] D. Gobert et E .Montero, La signature dans les contrats et les paiements : l'approche fonctionnelle, Consult and trading, 2000, disponible sur le site : www.consultandtrading.com_daor.pdf, .,p.54et 55.

[3] CA Montpellier,1er ch.,9avril 1987, confirmé par Cass.civ.,1er ch., 8 novembre 1989 -, Sté Crédicas, *Bull.civ.*I.no 342., cité par A. Bensoussan et Y. le roux; Cryptologie et signature électronique aspects juridiques, Hermès Science Publication, Paris, 1999, p.79.

بموجب القانون المدني الجديد[1]، التي تنظم تنازع الأدلة الكتابية وتقر بالوجود القانوني لاتفاقات الإثبات دون تحديد أي شرط لصحتها مع ضرورة أن يكون هذا الاتفاق صحيحا.

لقد سار المشرع المصري على نفس النهج وأقر صراحة بصحة اتفاقات الإثبات بموجب المادة 60 من قانون الإثبات بقوله: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك."

زيادة على ذلك فإن القضاء المصري بدوره أنه يجيز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها لأنها ليست من النظام العام وذلك بقوله:" قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بتحديد محل الإثبات، وعبئه وطرقه لا تعتبر من النظام العام لأنها مقررة لمصلحة الخصوم. ومن ثم يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلا إلى الطرف الأخر صراحة أو ضمنا "[2].

المبحث ثاني:

مدى اعتبار اتفاقات الإثبات عقود إذعان وسلطة القاضي في تعديلها

على الرغم من الانتشار الكبير لاتفاقات الإثبات بحيث أصبحت تشكل واقعا لا مفر منه خاصة في مجال المعاملات البنكية، إلا أن الواقع العملي قد أفرز عدة مشاكل، حتى اعتبارها البعض عقود إذعان بما أنها تبرم بين محترف ومستهلك وهو ما سنعالجه في المطلب الأول، مما أدى في الكثير من الحالات إلى تدخل القاضي في تعديل البنود الواردة

[1] Art 1368 C.civ « A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».

[2] نقض مدني 6 جانفي 1976، مجموعة الكتاب الفني، س 26، ص 106. ونقض مدني 28 ماي 1986، مجموعة المكتب الفني، س 37، ص 615.

في هذه الاتفاقات متى رأى أنها تحتوي على شروط تعسفية وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مدى اعتبار اتفاقات الإثبات عقود إذعان

الأصل في العقود أن تتم بتوافق إرادة الأطراف، فالعقود هي ظاهرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار سواء من حيث الإقدام على إبرامها أو من حيث مناقشة شروطها بين الأطراف[1].

لكن مع تزايد النشاط الاقتصادي واتساعه وتشابكه وتعقده، ظهر نوع جديد من العقود يقيد من حرية الأفراد في مناقشة الشروط التي يتضمنها العقد، حيث يقوم أحد المتعاقدين بتنظيم عدد كبير من العقود من نفس النوع، بموجبها يحدد شروطا موحدة لهذه العقود ويعرضها على الأشخاص، ولا يكون أمام هؤلاء الأشخاص سوى قبول أو رفضها مجتمعة دون أي نقاش[2]، تسمى بعقود الإذعان.

وهو ما أقره المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، حيث أنه لم يعرف عقود الإذعان لأنها من عمل الفقه ولكنه أبرز جوهرها، وهو عدم إمكانية مناقشة بنود العقد من طرف المذعن.

حتى يكون اتفاق الإثبات عقد إذعان يجب أن تتوافر ثلاث شروط، الشرط الأول عدم التوازن الاقتصادي ما بين أطراف العقد والشرط الثاني أن يكون محل الخدمة سلعة أو خدمة أساسية في حياة المستهلك، وأخيرا أن يصدر الإيجاب بشكل دائم وبصورة قاطعة.

---

[1] عبد الرحمن حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الارادية للالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 124.

[2] عبد محمد شريف، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 166 و عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 244.

يحق لنا التساؤل هل اتفاقات الإثبات تعتبر مستوفية لشروط عقد الإذعان؟

المقصود بعدم التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد، أن يكون أحد الأطراف محتكر فعلي أو قانوني لسلعة أو لخدمة ، ولا يكفي أن يتمتع بالقوة الاقتصادية وهو ما نجده في الاتفاقات المبرمة بين البنك والعميل[1].

فيما يخص شرط أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات، فإن تقدير أن البطاقات البنكية من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها فهي متروكة للسلطة التقديرية للقاضي.

مع ضرورة تبني المفهوم الموسع لعقد الإذعان، فيكفي أن يكون أحد طرفي العقد متفوقا في الخبرة أو القوة الاقتصادية على الطرف الأخر[2]، بالتالي فإن القول بمدى حاجة الأفراد للبطاقات الإلكترونية متروك لتفسير القضاء، على أن يكون هذا التفسير مرنا يراعي من خلاله المركز الاقتصادي والفني للمتعاقدين.

إذا ما حاولنا معرفة مدى توافر شرط إصدار الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة، فإن الملاحظ أن نموذج الاتفاق المقدم من طرف البنوك للعملاء أن الإيجاب الموجه من البنك للجمهور هو إيجاب عام وليس لشخص معين، ومستمر من حيث المدة الزمنية فلا يحدد الاتفاق المدة الزمنية التي يجب العاقد عليها، والإيجاب يكون بصورة قاطعة، فالعميل إما يقبل هذا الاتفاق أو يرفضه كله.

يترتب على اعتبار اتفاقات الإثبات عقد إذعان نتائج مهمة وخطيرة وهي:

- تصبح المحررات الإلكترونية حجية تفوق ما هو مقرر للمحررات العرفية[3].

---

[1] و عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 236.

[2] حسام الدين الأهواني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 389 و حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 389.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية،مصر، 2000، ص 74.

- قلب عبء الإثبات، فالشخص المدعى عليه بمحرر إلكتروني موقع إلكترونيا لا يستطيع إنكارها بل عليه أن يثبت عكس ما ادعى عليه به، وهو ما يؤدي إلى إعطاء المحررات الإلكترونية الحجية المطلقة بسبب صعوبة إثبات عكس ما في المحررات الموقعة إلكترونيا[1].

- بناء على ذلك فإن هذا النوع من الاتفاقات تجعل المحررات الإلكترونية لها نفس حجية المحررات الرسمية وبالتالي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، على الرغم من عدم توافر المحرر الإلكتروني لكامل عناصر الدليل الكتابي[2].

بعض من الفقه[3] يميز بين حالتين ، ففي حالة ما إذا كان طرف اتفاق الإثبات متساويين من حيث القوة الاقتصادية أو كانا محترفين فإن على القاضي أن يأخذ به، أما الحالة الثانية إذا كان هناك تفاوت بين الطرفين كأن يكون أحدهما مهني وأخر مستهلك، يجب في هذه الحالة أن يقوم القاضي بتعديل أحكامه .

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل اتفاقات الإثبات

غالبا ما يتضرر العميل من اتفاقات الإثبات التي يحرره البنك، بسبب الشروط التعسفية التي يحتويها، وفي هذه الحالة يحق للعميل أن يلجأ للقضاء لكي يلغي هذه الشروط متى اقتضى الأمر ذلك.

يمكن للقاضي عند إصدار حكمه أن يتبنى المفهوم الواسع لعقود الإذعان في مجال الاتفاقات المتعلقة بإصدار البطاقات البنكية الإلكترونية، وبالتالي يمكن أن يعدل الشروط التعسفية أو يلغيها لصالح الطرف المذعن، وهو ما تنص عليه المادة 110 من

[1] أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 276.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 74.

[3] علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات"دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 115.

القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يجب على القاضي في فرنسا عندما يعرض عليه اتفاق إثبات يحتوي في أحد بنوده على تحويل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك، أن يلغيه بصفة قطعية وفقا للمادة R 212-1 في البند 12 من قانون حماية المستهلك[1]، وهو ضمن القائمة السوداء التي لا يمكن للمحترف أن يوردها ضمن عقوده مع المستهلك.

على الرغم من خطورة هذا الشرط نجد أن المشرع الجزائري لم يدخله ضمن الشروط التعسفية سواء في قانون حماية المستهلك أو قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فمثلا المادة 29 من هذا القانون حددت بشكل دقيق الشروط التعسفية دون التطرق إلى بند نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك[2].

فغالبية البنوك تدرج في اتفاق الإثبات المبرم مع العميل بندا يكون على النحو التالي "أوافق من الآن على الاعتداد بالبيانات التي تدون على وسائط ممغنطة، كوسيلة إثبات غير قابلة لإثبات العكس وذلك في حالة حدوث نزاع بيني وبين البنك أمام القضاء"[3]، لقد

[1] Art 212-1 code de la consommation :" 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".

[2] لمزيد من التفاصيل حول القائمة السوداء أنظر الموقع التالي:

abusive https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Clause تاريخ الدخول على الموقع 12/09/ 2021 على الساعة 19:44.

[3] أشار إلى هذه الصيغ: محمد حسين منصور، قانون الإثبات والإثبات الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص119.

رفض القضاء الفرنسي هذا النوع من البنود لأنه يؤدي إلى قلب قواعد الإثبات ويفقد المستهلك حقه في الإثبات وهو من الحقوق الأساسية ويعد من النظام العام.

يجب في هذه الحالة تقييد هذا الاتفاق بحيث لا يؤدي إلى وضع العميل في مأزق قانوني، ويجب على القاضي في هذه الحالة عدم الاعتراف بمثل هذه البنود التي تتضمن منع العميل من إثبات عكس ما هو وارد في السندات الإلكترونية[1] .

نجد أن البنوك الجزائرية قد أقرت بدورها هذا النوع من الاتفاقات ووضعت شروطا عامة حتى يتحصل الزبون على بطاقة الدفع الخاصة به، فنجد مثلا أن القرض الشعبي الجزائري وضع نموذج لاتفاق إثبات كي يحصل الزبون على بطاقته البنكية وذلك بموجب المادة 8 التي تنص على أن:" تشكل تسجيلات الآلات الأوتوماتيكية ...إثباتا للعمليات المنفذة بواسطة البطاقة ومبررا لحسمها على الحساب.."

غير أنه يمكن للزبون حامل البطاقة أن يقدم شكوى في حال ما وجد أي خطأ خلال 30 يوما من ابتداء من تاريخ إرسال كشف الحساب.

لقد لعب القضاء الفرنسي[2] دورا مهما في تعديل اتفاقات الإثبات وذلك بموجب حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 6 ديسمبر 2017، ترفض فيه أحد بنود اتفاق الإثبات، ملخص هذه القضية أن شركة RBI وقعت في 17 جوان 2011 مع الناشر BIT عقد نشر وتوزيع حزمة برمجيات مع مكافأة ابتداء من 1 مارس 2012.

نظرا لعدم اشتغال هذه البرمجيات قامت شركة RBI بإنهاء العقد بموجب رسالة في 1 مارس 2012، حيث اعتبرت شركة BIT أن هذا الفسخ غير مؤسس وفجائي وطالبت

[1] عباس عبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 186.

[2] Arrêt n° 1517 du 6 décembre 2017 (16-19.615) - Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique - ECLI:FR:CCASS:2017:CO01517, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_574/1517_6_38166.html

بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها.

مقابل ذلك طالبت شركة RBI بالفسخ القضائي للعقد، وهو ما وافق عليه قضاة الموضوع وتم تأييد الحكم من قبل محكمة النقض، ورفضت الحجج المقدمة من قبل شركة BIT، ومن أهم الحجج التي تم الاستناد عليها البند 6.1 من اتفاق الاثبات المبرم بين الشركتين والذي ينص على سقوط حق شركة BRI في المطالبة بالتعويض بعد مرور 15 يوما من استلام حزمة البرامج.

رفضت محكمة النقض تطبيق هذا البند بقولها: "تعتبر اتفاقات الإثبات صحيحة فيما يخص حقوق الأفراد، إلا أنه لا يحق لأحد الأطراف أن ينشأ قرينة لا يمكن دحضها..."

يتضح لنا جليا من خلال هذا الحكم أن لكل طرف من أطراف اتفاق الإثبات الحرية الكاملة في وضع الشروط التي يراها مناسبة بشرط أن لا تمس بحق أحد الأطراف أن يثبت عكس ما هو منصوص عليه في اتفاق الإثبات ولو كان طرفي العقد محترفين[1].

خاتمة:

يمكن لنا القول في أخر المطاف أنه يحق للأطراف ابرام اتفاقات تعدل من قواعد الإثبات، بشرط أن تمس فقط القواعد الموضوعية للإثبات لأنها تهدف لحماية المصالح الشخصية للأفراد، أما القواعد الإجرائية فلا يمكن تعديلها لأنها متعلقة بسير مرفق العدالة.

زيادة على ذلك فإن اتفاقات الإثبات كانت من ضمن الطرق التي أقرت بحجية المحررات والتوقيعات الإلكترونية حتى قبل أن يعترف بها المشرع، وتكريسا لأهميتها البالغة فقد اعترف بها المشرع الفرنسي فيما بعد وذلك بموجب المادة 1368 من القانون

[1] Eric Caprioli et Pascal Agosti , Convention de preuve : quelques rappels nécessaires, https://www.usine-digitale.fr/article/convention-de-preuve-quelques-rappels-necessaires.N632743

المدني الجديد.

لكن مع تزايد استعمال هذا النوع من الاتفاقات خاصة بين البنوك والعملاء، وظهور اختلالات واضحة بين الطرفين من حيث القوة الاقتصادية والتمكن من التكنولوجيات الحديثة، أصبحت البنوك باعتبارها الطرف القوي تضمن هذه الاتفاقات شروطا تعسفية تحول من خلاله عبء الإثبات إلى المتعاملين وتحرمهم من حقهم في الإثبات، حتى أن بعض من الفقه اعتبره من عقود الإذعان ويحتوي على شروط تعسفية.

لذا كان لزاما على المشرع والقضاء أن يتدخل لحماية الطرف الضعيف عموما و العميل خصوصا من هذه الشروط التعسفية ، فنجد أن قانون الاستهلاك الفرنسي قد منع بشكل قاطع نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك، وسانده في ذلك القضاء الفرنسي.

على أساس هذه الدراسة يمكن أن نضع التوصيات التالية:

- على المشرع الجزائري أن يعترف صراحة بصحة اتفاقات الإثبات كما فعل ذلك المشرع الفرنسي والمصري ، وذلك بتعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني.

- يجب على المشرع الجزائري أن يضيف شرط نقل عبء الإثبات من المحترف إلى المستهلك ضمن الشروط التعسفية، بتعديل المادة 29 من قانون القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي.

- على الرغم من أن معظم البنوك الجزائرية تعطي للعميل صاحب البطاقة الحق في تقديم شكوى إذا ما وقع أي خلل في عمليات السحب، إلا أن ذلك يعتبر غير كاف، فلابد أن تدخل القاضي الجزائري في تعديل اتفاقات الإثبات إذا ما احتوت شروطا تعسفية تهدد حق الطرف الضعيف في الإثبات.

- ضرورة تكريس الحق في الإثبات وحمايته بنصوص قانونية صريحة حتى لا يجد الطرف الضعيف نفسه في موقف لا يسمح له بإثبات عكس ما هو وارد في المحررات الإلكترونية

الصادرة من البنك.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية

- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية (ج ر 21).

- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الكتب ورسائل الدكتوراه

- أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، بدون دار نشر، 2000.

- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول، دون دار نشر، 2008.

- حسام الدين الأهواني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

- حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998

- عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنلوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2005.

- عباس عبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010

- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

- عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

- عبد الرحمن حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الارادية

للالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.

- عبد الرحمن محمد شريف، عقود الاذعان، دار النهضة العرية، القاهرة، مصر، 1998.

- علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

- عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997.

- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.

- محمد حسين منصو، قانون الإثبات والإثبات الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

المراجع باللغة الأجنبية

- A. Bensoussan et Y. le roux ;Cryptologie et signature électronique aspects
juridiques, Hermès Science Publication, Paris, 1999.

- D.Gobert et E.Montero, la signature dans les contrats et les paiements l'approche fonctionnelle, consult and trading, 2000.

-Eric Caprioli et Pascal Agosti, Convention de preuve : quelques rappels nécessaires, https://www.usine-digitale.fr/article/convention-de-preuve-quelques-rappels-necessaires.N632743.

-Robert le balle, Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil, Collection Thèses françaises Thèses, Université de Paris Faculté de droit, A. Réty, 1923.