كلية الشريعة والقانون — جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون و غرفة تجارة وصناعة دبي

بحوث

مؤتمر

الأعمال المصرفية الإلكترونية

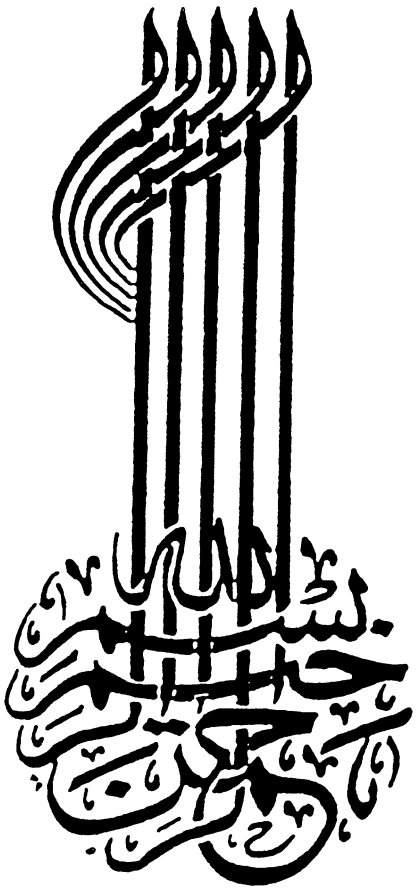
بين الشريعة والقانون

٩ - ١١ ربيع الأول ١٤٢٤هـ الموافق ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م

غرفة تجارة وصناعة دبي

المجلد الثاني

بالتعاون مع



بحوث الجزء الثاني

م	اســـــم المؤلف	اســـــم البحث	الصفحات
١٤	د. أشرف توفيق شمس الدين	الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني- دراسة مقارنة	٤٨٣-٥٧٣
١٥	أ.د. هدى حامد قشقوش	الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني	٥٧٥-٥٩٧
١٦	د. فايز عبد الله الكندري	التعاقد عبر شبكة الإنترنـــت في القـــانون الكويتي	٥٩٩-٦١٣
١٧	أ.د. محمد رأفت عثمان	ماهية بطاقة الائتمان وأنواعهـــا وطبيعتـــها القانونية ، وتميزها عن غيرها	٦١٥-٦٣٥
١٨	الصديق محمد الأمين الضرير	بطاقات الائتمان	٦٣٧-٦٥٨
١٩	د. محمد عبد الحليم عمر	بطاقات الائتمان ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها بين الشريعة والقانون	٦٥٩- ٦٩٣
٢٠	أ.د عبد الحميد البعلي	بطاقات الائتمان المصرفية – التصوير الفني والتخريج الفقهي – دراسة تحليلية مقارنة	٦٩٥-٧٤٧
٢١	أ.د . نزيه محمد الصادق المهدي	نحو نظرية لنظام بطاقـــات الائتمـــان مـــن الوجهة القانونية	٧٤٩-٧٩٦
٢٢	د. سعد محمد سعد	المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشـــئة عن استخدام بطاقة الائتمان بـــين الجهـــة مصدرة البطاقة والتاجر	٧٩٧-٨٤٦
٢٣	د. عصام حنفي محمود موسي	الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان	٨٤٧-٩٣٦

الحماية الجنائية للمستند الإلكترونى
دراسة مقارنة

الدكتور أشرف توفيق شمس الدين
أستاذ القانون الجنائى المساعد بكلية الحقوق بجامعة حلوان

مقدمة

– **تمهيد**: تتيح التكنولوجيا الحديثة القيام بالكثير من الأعمال التى كان يستحيل من قبل إنجازها: فلقد وفرت هذه التكنولوجيا فى مجال الاتصالات الإلكترونية إمكانية تحقق التواصل الإنسانى وإنجاز المعاملات فى سهولة ويسر ، وأتاح استخدامها حسن تقديم خدمات الرعاية الصحية وتنمية الملكية الفكرية ، وغيرها من مجالات([1]). وتعد شبكات المعلومات ونظم التبادل الإلكترونى للبيانات تطبيقاً للاستخدام التكنولوجيا الحديثة فى مجال الاتصالات ونقل المعلومات وهى تختلف بذلك كثيراً عن غيرها من الوسائل التقليدية للاتصال والإعلام ([2]) ، وهذا الاختلاف يؤدى إلى أمرين: **الأول** هو تعدد أوجه استعمالات هذه الوسائل واتساعها ، **والثانى** هو الحاجة إلى تنظيم قانونى يضع الإطار لهذه الاستعمالات. غير أن هذه التكنولوجيا قد يساء استعمالها وأن يهدد استخدامها السلامة العامة والمصلحة الوطنية: فإذا كانت وسائل الاتصال الإلكترونى الحديثة تتيح إنجاز المعاملات المالية بشكل سريع وموثوق فيه أياً كان مكان المتعاملين ؛ فإن استعمال هذه الوسائل لا يخلو من مخاطر ، فقد يستغل بعض المجرمين هذه الوسائل فى ارتكاب جرائمهم بطريق الاحتيال أو المساس بخصوصية هؤلاء المتعاملين وسرية معاملاتهم. وإذا

([1])*RENO (JANET): Speech before the high technology crime investigation association 1999 international training conference town & country resort & convention center San Diego, California , Monday, September 20, 1999. http://www.usdoj.gov/ index.html*

([2]) *Citizens Internet Empowerment Coalition, March 25, 2003. http://www.ciec.org/ciec.shtml*

كان التقدم التقنى قد حاول مكافحة الجرائم فى المجال الاتصالات الإلكترونية ، وذلك بأن استحدث الكثير من إجراءات سلامة وأمن هذه الاتصالات ولجأ إلى تشفيرها بما يحفظ سريتها ؛ فإن هذه الإجراءات –مع ذلك– قد أفضت إلى استغلال الجناة لهذه الإجراءات فى ارتكاب جرائمهم باستخدام وسائل اتصال يصعب اختراقها أو الوقوف على محتواها ، وهو ما يعنى أن التقدم التقنى قد أمد المجرمين بوسائل بالغة القوة والفاعلية فى ارتكاب جرائمهم([1]).

– **أهمية المستند الإلكترونى**: ترجع أهمية المستند الإلكترونى إلى أنه يتماثل مع المستند الورقى من حيث أوجه الاستعمال وأنه قد يماثله –فى نظر الكثير من التشريعات– من حيث القوة القانونية المقررة له ؛ غير أن المستند الإلكترونى له الكثير من المزايا التى تكفل له انتشاراً واسعاً وتزايداً مستمراً فى الاستخدام.

فمن ناحية فإن المستند الإلكترونى يتصل بطائفة مهمة من النظم الإدارية والتجارية والمالية التى تمتد لتشمل الدولة والأفراد على حد سواء: فالمستند الإلكترونى هو أحد الأدوات المهمة فى تنفيذ فكرة "**الحكومة الإلكترونية**" ، التى تقدم خدماتها إلى الأفراد والهيئات العامة والخاصة. وللمستند الإلكترونى صلة بنشاط الهيئات التى تعمل فى مجال البنوك والتأمين والخدمات الطبية وغيرها: فهذه الهيئات تؤدى عملها بالاعتماد على هذا المستند ومن خلاله.

والمستند الإلكترونى هو الوسيلة لتحقيق التجارة الدولية أهدافها ، فمن خلال هذا المستند وحده يمكن إنجاز المعاملات وإبرام التصرفات والصفقات التى تقتضيها فكرة **التجارة الإلكترونية**. ومن شأن كفالة حماية المستند الإلكترونى أن يفضى إلى سهولة المعاملات التجارية وسرعة إنجازها وإلى توفير النفقات([2]).وللمستند الإلكترونى صلة وثيقة **بالحق فى السرية والخصوصية** ، ذلك أن هذا المستند قد يحوى بيانات ومعلمات لا يحق للآخرين الاطلاع عليها ، وأن حماية المستند الإلكترونى فى هذه الحالة تنطوى على حماية الحق فى السرية والحق فى الخصوصية. وللمستند الإلكترونى صلة بحماية **حقوق المستهلك** ، فهذا المستند يتبلور فيه حقوق طرفى التعاقد ، فهو

([1])*Reno , op-cit.*

([2])*Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002 , op-cit.*

المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية ، والحماية المقررة للمستند الإلكترونى تتضمن فى الوقت ذاته حماية للمستهلك ذاته.

وقد أثرت الصلة بين المستند الإلكترونى وبين المصالح سالفة الذكر ، فى أن النصوص التى تحمى هذه المصالح قد تتضمن بعض صور حماية المستند الإلكترونى أو على الأقل تكملة الحماية المقررة له. ومن ذلك على سبيل المثال التشريعات التى تحمى: الحق فى الخصوصية ؛ حرية المعلومات ؛ الاتصالات الإلكترونية ؛ التجارة الإلكترونية ؛ تشريعات الكومبيوتر ؛ تشريعات حماية البيانات ؛ التشريعات المتعلقة بالحكومة الإلكترونية([1]).

ومن ناحية أخرى فإن حماية المستند الإلكترونى تؤدى إلى تحقيق الاستقرار والأمان القانونى: فحماية المستند الإلكترونى سواء من حيث الصلب والتوقيع ، وصيانته من المساس بسريته وكشف محتواه يكفل للأفراد الطمأنينة واستقرار المعاملات ، كما يؤدى إلى أن يصبح هذا المستند دليلا فى الإثبات يقف على قدم المساواة مع المستند الورقى ، وهو ما يؤدى فى النهاية إلى استقرار النظام القانونى وقلة المنازعات.

– أثر الأخذ بفكرة المستند الإلكترونى على القوانين السارية:

يؤدى الأخذ بفكرة المستند الإلكترونى إلى إحداث تعديلات مهمة على القوانين السارية ، ومن ذلك على سبيل المثال القانون المدنى والتجارى اللذين يعتمدان فى إتمام التصرفات على التوقيع الكتابى والمستندات الورقية. ويؤدى إقرار فكرة المستند الإلكترونى تشريعياً إلى وجوب تعديل هذه التشريعات([2]). كما يؤدى الأمر بالتبعية إلى تعديل القوانين المتعلقة بالإثبات المدنى والتجارى والجنائى ، وإلى أن يقرر الشارع القوة القانونية التى يسبغها على المستند الإلكترونى. كما سوف يؤدى الأخذ بفكرة المستند الإلكترونى إلى تعديل القوانين المالية والضريبية السارية والتى كانت لا

([1]) انظر مثال لهذه التشريعات فى اسكتلندا ومدى اتصالها بالتنظيم التشريعى للحكومة الإلكترونية:

Glasgow City Council : e-Government Strategy creating a 21st Century City, Issue No1 March 2002, p.35. www.glasgow.gov.uk

([2])Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.11 .

تعتد بالأدلة المستمدة من مستندات إليكترونية فى الإثبات والتعامل ، كما قد تدعو الحاجة كذلك إلى تعديل قوانين حماية المستهلك. وسوف يترتب على إقرار المستند الإلكترونى التأثير على القوانين التى تنظم حفظ الأوراق الحكومية وإعدامها([1]).

على أن الأثر المهم فى تقديرنا للأخذ بفكرة المستند الإلكترونى هو وجوب إصدار تشريع مستقل ينظم أهم تطبيقات المستند الإلكترونى فى التعامل وهى السجلات والتوقيع الإلكترونى ، ويضع الضمانات القانونية والفنية لهما ويحدد القوة القانونية التى يخلها الشارع عليهما فى الإثبات.

- اختلاف خطة التشريعات المقارنة فى موضع النص على حماية المستند الإلكترونى:

تختلف خطة التشريعات المقارنة فى موضع النص على الحماية الجنائية للمستند الإلكترونى وتتوزع إلى ثلاثة اتجاهات: **الأول** يرى إصدار قانون يعاقب فيه على جرائم الكومبيوتر بصورها المختلفة ومن ضمنها الجرائم الماسة بالمستند الإلكترونى فى صورها المختلفة ، وتقترن هذه الخطة فى تجريم هذه الأفعال بإصدار تشريعات تنص على صور معينة من المستند الإلكترونى مثل "السجلات والتوقيع الإلكترونى" ومن أمثلة التشريعات التى تبنت هذه الخطة تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية.

والاتجاه الثانى من التشريعات يذهب إلى إدخال تعديلات على النصوص التشريعية القائمة على نحو يؤدى إلى استيعابها الصور المستحدثة من الجرائم الإلكترونية ومن بينها صور الاعتداء على

([1])على سبيل المثال فقد نص قانون التخلص من الأوراق الحكومية الأمريكى لسنة ١٩٩٨ ***Government Paperwork Elimination Act (GPEA)*** على أن الهيئات الحكومية عليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة لحفظ المعلومات الإلكترونية أو تسليمها أو الكشف عنها ، كلما كان ذلك ممكناً كبديل للمستندات الورقية ؛ كما نص هذا القانون كذلك على وجوب اتخاذ الإجراءات الكفيلة باستخدام وقبول التوقيع الإلكترونى كلما كان ذلك ممكناً ، وقد حدد الشارع الأمريكى ميعاداً لإنجاز هذه الإجراءات هو الأول من أكتوبر سنة ٢٠٠٣.

Guidance on Legal Considerations Related to the Government Paperwork Elimination Act , memorandum for the heads of departments and agencies, office of the attorney general, Washington, November 22, 2000.
www.cybercrime.gov/eprocmemo.htm

المستند الإلكترونى ، ثم تفرد هذه الخطة التشريعية قوانين خاصة ببعض الموضوعات مثل الاتصالات والتوقيع الإلكترونى والتى تتضمن نصوصاً تتصل بتجريم الاعتداء على المستند الإلكترونى. ومن أمثلة التشريعات التى تبنت هذه الخطة الأخيرة القانون الألمانى والفرنسى.

والاتجاه الثالث هو الذى لم يفرد بعد تجريماً خاصاً للجرائم الإلكترونية ، وما زال يكتفى بالنصوص التقليدية التى ينص عليها فى التشريعات المختلفة ومن أهمها قانون العقوبات ، غير أنه يفرد الحماية الجنائية على بعض صور المستند الإلكترونى ومن أمثلة هذا الاتجاه غالبية تشريعات الدول العربية.

– تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية:

أولاً: على المستوى الاتحادى: اعتبر الشارع الأمريكى جرائم الكومبيوتر والجرائم الملحقة بها من الجرائم الاتحادية ، ويرجع ذلك إلى قانون سنة ١٩٨٤ الذى أقره الكونجرس بشأن تجريم الاتصال غير المرخص به ، والغش وإساءة استعمال الكومبيوتر([1]). ومنذ صدور هذا التشريع تزايدت نصوصه وتوسعت أحكامه حتى تتسنى مواجهة الصور المستحدثة من جرائم الكومبيوتر. وقد أدى الاتساع الضخم لشبكات المعلومات وعدم مركزية النشاط المتصل بالكومبيوتر إلى وجود صعوبة بالغة فى تنظيم هذا النشاط([2]). ومع تزايد استخدام الكومبيوتر وتطور تقنياته ظهرت نماذج جديدة من السلوك الضار أدت إلى تطور التشريع على نحو مواز لها ، وقد تمخض هذا التطور عن صدور عدة تعديلات منها قانون إساءة استعمال الكومبيوتر لسنة ١٩٩٤([3]). وبالإضافة إلى القوانين سالفة الذكر فقد أصدر الشارع الأمريكى فى ٣٠ يونيه سنة ٢٠٠٠ قانوناً اتحادياً **"للتوقيع الإلكترونى العالمى والتجارة الوطنية"**([4]) أجاز بموجبه قبول واستخدام التوقيع

([1]) ***"Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Law".***

([2]) ***RASKIN (Xan) / SCHALDACH-PAVIA (Jeannie): Computer crimes , American Criminal Law Review , 1996 , Vol. 33 , p.544.***

([3]) **"Computer Abuse Amendement Act of 1994".**

([4]) ***"Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-Sign Law)".***
وقد دخل هذا القانون حيز النفاذ اعتباراً من الأول من أكتوبر سنة ٢٠٠٢.

والسجلات الإلكترونية فى التعاملات التجارية الدولية وبين الولايات([1]). وقد أبقى هذا القانون الاتحادى على كافة التشريعات الصادرة من الولايات للتوقيع والسجلات الإلكترونية ، غير أنه فى حال عدم صدور مثل هذه التشريعات فإن القانون الاتحادى للتوقيع الإلكترونى هو الذى يطبق. وهو ما يعنى أن الغطاء التشريعى للمستندات الإلكترونية يمتد إلى كافة الولايات الأمريكية ، حتى ولو لم تصدر قانوناً خاصاً به([2]).

وقد سبق القانون الاتحادى للتوقيع الإلكترونى جهوداً تشريعية لإقرار التوقيع والسجلات الإلكترونية ومساواتها بالمستندات الكتابية ، ومن هذه الجهود: القواعد الاتحادية للتوقيع والسجلات الإلكترونية الصادرة فى ٢٠ مارس سنة ١٩٩٧ والتى وضعت لتطبيقها فى مجال شركات الأجهزة والقانون الاتحادى للغذاء والدواء ومستحضرات التجميل([3]) وقانون الخدمة الصحية العامة([4])([5]).

وتعود الجهود التشريعية للتوقيع والسجلات الإلكترونية إلى ما طالب به ممثلو الصناعات الصيدلانية فى سنة ١٩٩١ عن رغبتهم فى استخدام البدائل الإلكترونية مثل تلك المحررة بخط اليد. وكان تبرير ذلك ما تحققه هذه الوسائل وخاصة فى مجال حفظ السجلات من أهمية كبيرة لشركات التصنيع الصيدلانى. وقد أثمرت هذه الدعوة عن تشكيل مجموعة عمل تتحدد مهمتها فى تنمية سياسة قبول التوقيع الإلكترونى من الهيئات. وقد وضعت مجموعة العمل تقريراً فى يوليه سنة

---

e-Sign Act Raises the Speed Limit on the Information Superhighway "http://www.findlaw.com/computerstechnologylaw_1_75_1.html.

([1])New Law Makes E-Signatures Valid, Contracts created online are now as legal as those on paper, (2002) ; Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, , p.11.

([2])New Law Makes E-Signatures Valid , op-cit.

([3]) "Federal Food, Drug and Cosmetic Act".

([4]) "Public Health Service Act".

([5]) GIBBS (Jeffrey N.) and MAZAN (Kate Duffy): Electronic signatures, Understanding FDA's Electronic Records and Signatures Regulation, Medical Device & Diagnostic Industry Magazine , may 1999.

http://www.devicelink.com/phpAdsNew/adclick.php?source=http://www.devicelink.com/mddi/archive/99/05/009.html

١٩٩٢ اقتصرت فيه على إلقاء الضوء على القواعد المتصلة بالتوقيع الإلكترونى ؛ غير أنها فى ٣١ أغسطس ١٩٩٤ أصدرت تقريراً وضعت فيه القواعد المتعلقة بالسجلات الإلكترونية. كما وضعت قواعد للتوقيع والسجلات الإلكترونية صدرت فى ٢٠ مارس سنة ١٩٩٧ لتطبق على شركات الأجهزة([1]).

كما صدر نموذجاً لقانون المعاملات الإلكترونية الموحد([2]) ، وهو نموذج اختيارى ، وذلك بهدف توحيد القواعد التى تتصل بالمعاملات التجارية الإلكترونية بين تشريعات الولايات. وإلى جانب هذه التشريع فإن هناك بعض التشريعات التى يكفل الحماية الجنائية للبيانات المخزنة إلكترونياً تضمنتها تشريعات اتحادية منها ما ينص عليه الفصل ١١٩ من القسم الأول من تقنين الولايات المتحدة سالف الذكر والذى يحمل عنوان "اعتراض وسائل الاتصالات السلكية والإلكترونية والشفهية"([3]).

-**ثانياً : تشريعات الولايات:** أصدرت الكثير من الولايات الأمريكية تشريعات تتضمن وضع تنظيم للسجلات والتوقيع الإلكترونى. ويعد أول تشريع يصدر فى هذا الموضوع هو "قانون المعاملات الإلكترونية الموحد"([4]) الذى أصدرته ولاية كاليفورنيا فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٩٩ والذى دخل إلى حيز النفاذ فى أول يناير سنة ٢٠٠٠([5]). وقانون المعاملات الإلكترونية

([1])*Gibbs and Mazan , op-cit.*

([2])*"Uniform Electronic Transactions Act (UETA)".*

([3])**"Wire and Electronic Communications Interception and Interception of Oral Communications".**
UNITED STATES CODE ANNOTATED TITLE 18. CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE PART I—CRIMES,
chapter 119--wire and electronic communications interception and interception of oral communications. http://www.usdoj.gov/ wiretap2510_2.htm

([4])*Uniform Electronic Transaction Act ("UETA")*

([5])*REID (THELEN) & LLP (Priest): California Is First State In Nation To Adopt Electronic Contracting Law 2002.*
http://articles.corporate.findlaw.com//computerstechnologylaw_1_72.html

الموحد([1]) الذى أصدرته ولاية نورث كارولينا والذى دخل حيز النفاذ فى الأول أكتوبر سنة ٢٠٠٠([2]).

وقد أصدرت ولاية نيويورك تشريعاً فى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٩٩ للسجلات والتوقيع الإلكترونى([3]). وكان هدف هذا التشريع هو تنظيم وتشجيع التعامل بالسجلات الإلكترونية وقبول التوقيع الإلكترونى فى التعاملات التجارية([4]). وقد كلف الشارع فى ولاية نيويورك مكتب تقنيات الولاية([5]) بوضع تقرير يتضمن وضع تنظيم ودليل عمل لأفضل السبل لإنشاء واستخدام وتخزين والمحافظة على التوقيع والسجلات الإلكترونية (المادة الثالثة من الفصل الرابع من هذا القانون). وقد أصدرت ولاية كونتيكتكت قانوناً للمعاملات الإلكترونية فى فبراير سنة ٢٠٠٢ ودخل حيز النفاذ فى الأول من أكتوبر فى ذات السنة([6]). كما أصدرت ولاية بنسلفانيا قانوناً مماثلاً فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٩٩([7]).

- **القانون الفرنسى**: نص الشارع الفرنسى على تجريم الاعتداء على أنظمة معالجة البيانات ،وذلك بموجب الفصل الثالث من الباب الثانى من قانون العقوبات ومن ضمن الجرائم التى تضمنها هذا الفصل إدخال أو مسح أو تغيير معلومات بطريق الغش (المادة ٣٢٣-٣). كما نص الشارع الفرنسى على تجريم عدة أفعال تقع ضد المصالح العليا للدولة وذلك إذا انصبت على المعلومات أو البيانات التى تم معالجتها إليكترونياً (المواد ٤١١-٦ إلى ٤١١-١٠). وإلى جوار

([1]) *"Uniform Electronic Transactions Act (UETA)".*
([2]) *Cummings , op-cit.*
([3])*Electronic Signatures and Records Act (ESRA).*
([4]) *Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, , p.2.*
([5])*State Office for Technology's (OFT).*
([6]) *AN ACT CONCERNING THE CONNECTICUT UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT, Raised Bill No. 561*
February Session, 2002.
([7])*Saul, Ewing, Remick: Governor Ridge Signs Pennsylvania Electronic Transactions Act*
http://corporate.findlaw.com /governmentlaw_3_8.html

هذه النصوص الخاصة الواردة فى قانون العقوبات فإن الشارع الفرنسى قد نص على بعض الجوانب المتصلة بالمستند الإلكترونى فى قوانين متفرقة أهمها: قانون الإثبات والتوقيع الإلكترونى الصادر فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ / ولائحته الصادرة فى ٣٠ مارس سنة ٢٠٠١. والذى أقر فيه الشارع الفرنسى الأخذ بالدليل الإلكترونى فى الإثبات والتوقيع الإلكترونى ووضع له الضوابط التى تكفل صحته([1]). ومن التشريعات الأخرى التى تتضمن جانباً من الحماية المقررة للمستند الإلكترونى قانون حرية الاتصالات الذى صدر فى سبتمبر سنة ١٩٨٦ وعدل بقانون أول أغسطس سنة ٢٠٠٠.

– **القانون الألمانى:** تدخل الشارع الألمانى بقانون ١٥ مايو سنة ١٩٨٦ والذى عدل بمقتضاه قانون العقوبات بأن أضاف إليه المادة ٢٠٢ (أ) ، التى جرم بها فعل التجسس على المعلومات المخزنة([2]). وقد وردت هذه المادة فى الباب الخاص بجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة والسر اللذين جمعهما الشارع الألمانى فى باب واحد ، وعلة ذلك الارتباط الوثيق بين فكرة السر وبين الحياة الخاصة ، وأن عناصرهما تتحدد فى حماية سرية المحادثات([3]) ، وحماية سرية المراسلات([4]) ، وحماية الأسرار الخاصة للأفراد([5]).

كما أصدر الشارع الألمانى قانوناً للتوقيع الإلكترونى دخل حيز النفاذ فى أول نوفمبر سنة ١٩٩٧ ، وقد نص الشارع الألمانى فى هذا القانون على قواعد التوقيع الإلكترونى مثل تعريف الاصطلاحات الواردة فى التشريع وتحديد السلطة المختصة بتطبيقه ، و القواعد المتعلقة بمقدمى خدمة التوثيق و السلامة الفنية وفى الرابع نظم قواعد الإشراف وضوابطه كما نص كذلك على

([1])***LECLERCQ (Jean): Preuve et signature electroniques: de la loi du 13 mars 2000 au decret du 30 mars 2001 .***

([2])**WESSELS (Johannes) / HETTINGER (Michael): Strafrecht , Besonderer Teil 1 , (1999) , S.138.**

([3]) ***"Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes".***

([4])***"Verletzung des Briefgeheimnisses".***

([5])***Eduard DREHRR & Herbert TRÖNDLE: Strafgesetzbuch und Nebengesetze , Verlag C.H,Becck , München, 1980 , §201 , S.884f.***

القواعد الخاصة بالمسئولية والجزاءات الموقعة([1]). وقد أصدر الشارع الألمانى كذلك قانون المعلومات وخدمات الاتصالات([2]) ، والذى دخل حيز النفاذ فى أول أغسطس سنة ١٩٩٧.

– **القانون الإنجليزى:** أصدر الشارع الإنجليزى لائحة خاصة للتوقيع الإلكترونى([3]) ، والذى دخل حيز النفاذ فى الثامن من مارس ٢٠٠٢ ، وتعد هذه اللائحة استجابة للتوجيه الصادر من البرلمان الأوربى والمجلس الخاص بوضع إطار العمل المشترك للتوقيع الإلكترونى لسنة ١٩٩٩ وقد أنشأت القواعد التى أصدرها الشارع الإنجليزى هيئة خاصة تتولى إصدار شهادات صحة التوقيع الإلكترونى ، ونظم اختصاصها ومسئوليتها والقواعد الخاصة بقبول التوقيع الإلكترونى فى الإثبات أمام القضاء ([4]).

– **القانون المصرى:** لم يصدر الشارع المصرى حتى الآن قانوناً شاملاً ينص فيه على تجريم الأفعال التى تنال الحاسب الآلى بصفة عامة ، كما أنه لم يصدر كذلك قوانين تتعلق بالتجارة الإلكترونية ومدى قبول الأدلة الإلكترونية فى الإثبات. وعلى الرغم من ذلك فإن هناك عدة نصوص وردت فى تشريعات متفرقة تدل على حرص الشارع المصرى على الإحاطة بتجريم الأفعال سالفة الذكر ، زإن كان هذا التجريم مازال جزئياً. ومن أهم هذه التشريعات فى مجال حماية المستند الإلكترونى القانون رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ بشان الأحوال المدنية ، والذى أخذ الشارع المصرى فيه بفكرة السجلات والدفاتر الإلكترونية ونص على المعاقبة على تجريم الأفعال الماسة بهذه

([1]) ***Draft of a Law on the Framework Conditions for Electronic Signatures and to Amend Other Regulations. (in the version decided by the Cabinet on 16 August 2000).***
Unofficial Translation Ministry of Economics and Technology, September 2000, Germany , p.2-4.

([2]) **"Das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG)".**
http://www.Gesetze.xxl.de/iukdg_k.html

([3]) ***"The Electronic Signatures Regulations 2002".***

([4])**Statutory Instrument 2002 No. 318, The Electronic Signatures Regulations 2002.**
http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20020318.htm

السجلات ، كما ساوى بين التزوير الحاصل فيها والتزوير فى الأوراق الرسمية المعاقب عليه بموجب قانون العقوبات.

ومن النصوص التى يمكن أن تحمى أيضاً المستند الإلكترونى ما ورد النص عليه فى قانون العقوبات من نصوص تحمى الحق فى حرمة الحياة الخاصة (المادة ٣٠٩ مكررا ، ٣٠٩ مكررا (أ)) وسرية المراسلات.

وإلى جوار هذه النصوص فإن الشارع

– **الجهود الدولية والمنظمات غير الحكومية**: هناك الكثير من الجهود الدولية التى تناولت موضوع المستند الإلكترونى ولكن على نحو غير مباشر: ويرجع ذلك إلى اتصال فكرة المستند الإلكترونى بالكثير من الأفكار التى خصصت لها هذه الجهود. ومن ذلك على سبيل المثال الجهود الدولية والمتعلقة بالتجارة الإلكترونية مثل نموذج قانون التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦([1]) والذى وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية([2]) ؛ المبادرة الأوربية للتجارة الإلكترونية والتى قامت بها اللجنة الأوربية للاتصالات فى إبريل سنة ١٩٩٧([3]) إطار عمل نحو عهد جديد للتوقيع الرقمى قامت به وزارة التجارة الدولية والصناعة فى اليابان سنة ١٩٩٧ ؛ إطار عمل للتجارة الإلكترونية الدولية ، البيت الأبيض فى يوليه سنة ١٩٩٧ ؛ إعلان الوزارى الصادر فى مدينة بون فى يوليه سنة ١٩٩٧ ؛ التقرير الذى أعدته منظمة التعاون الاقتصادى والتنمية فى أغسطس سنة ١٩٩٧ عن التجارة الإلكترونية: ما تكفله من فرص وما تواجهه من تحديات للحكومات ([4]) ؛ الإعلان الذى أصدرته المنظمة السابقة فى أكتوبر سنة ١٩٩٨ بمدينة أوتاوا والذى يتضمن خطة عمل للتجارة الإلكترونية وما يتعلق بها من وثائق ؛ قرار مجلس الاتحاد الأوربى فى ١٩

([1]) *"Model Law on Electronic Commerce, (UNCITRAL)".*
([2]) *"United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)".*
([3]) *"European Commission Communication".*
([4]) *"Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)".*

يناير سنة ١٩٩٩ عن حجم الاستهلاك للمعلومات فى المجتمع ؛ خطة عمل عالمية للتجارة الإلكترونية أعدتها الغرفة الدولية للتجارة([1]) فى أكتوبر سنة ١٩٩٩ ؛ إرشادات حماية المستهلك فى مجال التجارة الإلكترونية تقرير أعدته منظمة التجارة الإلكترونية والتنمية فى ديسمبر سنة ١٩٩٩ وأتبعته بتقريرين آخرين: الأول عن حصر قوانين وسياسات حماية المستهلك المطبقة فى مجال التجارة الإلكترونية ، والثانى هو التقرير الأول للحكومة والقطاع الخاص عن مبادرات تشجيع وتنفيذ إرشادات حماية المستهلك فى مجال التجارة الإلكترونية فى مارس سنة ٢٠٠١ ؛ الوثيقة التى أصدرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى ديسمبر سنة ٢٠٠٠ عن العوائق القانونية لتطور التجارة الإلكترونية فى الوسائل الدولية التى تتعلق بالتجارة الدولية وطرق التغلب عليها ؛ خطة العمل الأوربية التى اعتمدها الاتحاد الأوربى فى يونيه سنة ٢٠٠٢ عن الاختصاص القضائى والقانون المطبق فى التجارة الإلكترونية ؛ التوجيه رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩ الصادر من المجلس الأوربى لوضع إطار مشترك للتوقيع الإلكترونى([2])([3]).

– **أهمية الموضوع ودقته**: تهدف الدراسة إلى إيضاح معالم المستند الإلكترونى وحدود ونطاق حمايته واستظهار الأفعال الإجرامية التى تنال منه ، وبيان خطة التشريعات المقارنة فى كفالة الحماية الجنائية له.

فتثير الدراسة التساؤل عن ماهية المستند الإلكترونى وعناصره؟ وعن الصلة التى تربطه بغيره من الحقوق والمصالح التى يحميها الشارع؟ ، كما تثير الدراسة التساؤل عن نطاق فكرة المستند الإلكترونى وتمييزها عما قد يختلط بها من حقوق ومصالح أخرى تخرج عن مدلولها. وتطرح الدراسة التساؤل عن أهم الأفعال الإجرامية التى تنال من المستند الإلكترونى؟ وماهية خطة

([1])*"International Chamber of Commerce".*

([2])*"Directive 1999/93/EC of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures".*

([3])*Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002 , op-cit.*

التشريعات الجنائية المقارنة فى تجريم هذه الأفعال؟ ، وما إذا كانت هذه الخطة موضع اتفاق بين هذه التشريعات أم أن كل منها قد نحا منحاً يختلف عن الآخر؟. وتثير الدراسة التساؤل عن مدى إحاطة التشريعات المقارنة بهذه الأفعال؟. وفى النهاية تطرح الدراسة سؤالين أساسيين: الأول عن مدى كفاية خطة التشريعات فى تجريم الأفعال التى تنال من المستند الإلكترونى؟ ، والثانى هو عن مدى فاعلية هذه الحماية؟.

– **خطة البحث**: نقسم الدراسة إلى فصلين نتناول فى الأول ماهية المستند الإلكترونى ، فنبين مدلوله ونطاقه وتمييزه عما قد يختلط به من أفكار. وفى الثانى نتناول بالبحث الأفعال الإجرامية التى تنال من المستند الإلكترونى وخطة التشريعات المقارنة فى تجريمها. ونتناول فى خاتمة الدراسة أهم النتائج التى أسفر البحث عنها.

الفصل الأول

ماهية المستند الإلكترونى

– **تقسيم**: نتناول فى هذا الفصل بيان مدلول المستند الإلكترونى وتحديد عناصره ، ثم نبين الصلة بينه وبين بعض الحقوق والمصالح التى يحميها الشارع وتميزه عما قد يختلط به من أفكار وذلك فى مبحثين مستقلين.

المبحث الأول

مدلول المستند الإلكترونى

–**تمهيد**:تتعدد التعاملات الإلكترونية وتختلف فيما بينها اختلافاً كبيراً: فمن ناحية قد تكون هذه التعاملات على شبكات اتصال مفتوحة للكافة دون تميز كشبكة الإنترنت أو شبكات مغلقة يقتصر التعامل من خلالها على عدد محدود من الأفراد أو الهيئات ، ومثالها الشبكات الخاصة بالشركات والمؤسسات الحكومية والهيئات التى تقدم خدمات مثل الرعاية الصحية والتأمينية(١). وقد أسهمت نظم جديدة فى الاتصالات فى زيادة أهمية وكفاءة المعاملات الإلكترونية ومثالها

(١) ***Are your financial institution's computer systems impenetrable?, Cyber Security by Chubb [sm] for Financial Institutions, 2003. http://businesses/industrygroups/index.html***

الشبكات الخاصة للمعاملات (سويفت) التى بمقدورها إتمام التصرف فى لحظات معدودة ، وكذلك وسائل الاتصال عن بعد ونظم التبادل الإلكترونى للبيانات ([1]).

– **مدى الحاجة إلى تحديد ماهية المستند الإلكترونى:** تبرز الحاجة إلى تحديد مدلول محدد للمستند الإلكترونى ، وذلك حتى يتسنى تحديد نطاقه ومعالمه واستظهار الأفعال الماسة به. وتبدو أهمية تحديد هذا المدلول من اختلاف خطة التشريعات فى النص على المستند الإلكترونى وفى مدى الحماية المقررة له فى هذه التشريعات. فغالبية التشريعات لا تفرد نظرية عامة للمستند الإلكترونى ، ولا تحدد قواعد عامة تسرى على أى مستند تتوافر له الصفة الإلكترونية ؛ وإنما تقتصر هذه التشريعات –كما سنرى– على النص على أهم تطبيقات فكرة المستند الإلكترونى مثل التوقيع والسجلات الإلكترونية.

– **اختلاف الرأى فى استيعاب مدلول المستند العادى للمستند الإلكترونى:**

لم تضع الكثير من التشريعات نصوصاً تحدد بموجبها فكرة المستند الإلكترونى وتحدد قوته فى الإثبات وتعاقب على المساس به. وقد نتج عن هذا النقص التشريعى أن ثار الخلاف فى الفقه عن سريان النصوص العقابية التى تحمى المحررات الورقية على المستند الإليكترونى ، فذهب رأى فى الفقه إلى وجوب تفسير تعبير "المستند" الواردة فى النصوص السارية تفسيراً واسعاً بحيث تشمل معه المستند الإلكترونى ؛ بينما لا يؤيد رأى آخر هذه الوجهة.

– **التفسير الواسع لفكرة المستند:** يذهب هذا الرأى إلى أن تعبير "مستند" يمكن أن يمتد ليشمل المستند الورقى والإلكترونى ، ذلك أن الأصل اللغوى لكلمة مستند لا يقتصر على نوع معين ؛ وإنما يشمل الكتابة على الورق بمدلولها التقليدى ، كما يتسع لغيرها من الصور ومنها الكتابة الإلكترونية. وأنه لا يشترط فى التوقيع على المستند إلا أن يكون هذا التوقيع دالاً على نسبة هذا

([1]) الدكتور حسين شحادة الحسين: التوثيق الإلكترونى فى الاعتماد المستندى ، دراسة قدمت إلى المؤتمر العلمى الثالث للقانونيين المصريين الذى عقدته الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع عن موضوع الجوانب القانونية للعمليات المصرفية ، القاهرة ١٩-٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢ ، ص ١.

المستند إلى صاحبه ، وأن كل وسيلة تقوم بوظيفة التوقيع فى تحديد هوية الموقع وانصراف إرادته الجازمة للالتزام بمضمون ما وقع عليه تعتبر بمثابة توقيع([1]). وفى نظر هذا الرأى فإنه يجب التخلى عن المفاهيم التقليدية "للمحرر ،"الكتابة" ، "التوقيع" ، وأنه يجب الاعتداد بالمستند الإلكترونى الذى تتوافر به من الضمانات التقنية ما يعادل الضمانات السائدة فى المستندات الورقية([2]). وأنه لا يوجد ارتباط بين فكرة الكتابة والورق ، فلا يشترط أن تكون الكتابة قد تمت على ورق موقع بمعناه التقليدى. ويعقد هذا الرأى مقارنة بين التوقيع الخطى وبين التوقيع بالختم والبصمة ، فيقول بأنه إذا كان الشارع يقبل التوقيع بالأخيرين على الرغم من أن الخاتم منفصل عن صاحبه ويمكن التحصل عليه بعيداً عن صاحبه ، وكذلك الشأن فى البصمة التى يمكن أخذها من إبهام شخص نائم أو مغشى عليه بما يعنى أن عناصر الأمان لا تتحقق أيضاً بالنسبة إليهما([3]). ويضيف بأنه إذا كان الأصل فى إثبات العمليات التجارية هو مبدأ حرية الإثبات التى تسمح بإثبات التصرفات بكافة طرق الإثبات دون أن يقام الدليل عليها ، وأن تطبيق هذا المبدأ يقتضى أن يترك للقاضى تقدير قوة الدليل المستمد من الوسائل الحديثة([4]). وينتهى هذا الرأى إلى أن المساواة بين مدلول المستند الإلكترونى والمستند الورقى يمكن أن يتحقق بالتوسع الفقهى والقضائى فى تفسير النصوص

([1]) الدكتور محمد حسام الدين لطفى: استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض على العقود وإبرامها ، دراسة مقدمة إلى ندوة وسائل حسم المنازعات فى العمليات المصرفية ، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، يونيه ١٩٩٨ ، ص ٨ ؛ ولسيادته أيضاً : الإطار القانونى للمعاملات الإليكترونية ، دراسة فى قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية ، القاهرة ٢٠٠٢ ، ص ٣٤-٣٥.

([2]) الدكتور محمد حسام الدين لطفى : استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض ، ص ١٣-١٥ ؛ الدكتور محمد السعيد رشدى

- حجية وسائل الاتصال الحديثة فى الإثبات ، بدون تاريخ أو مكان للطبعة ، ص ١٦.

([3]) الدكتور محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانونى للمعاملات الإليكترونية ، دراسة فى قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية ، القاهرة ٢٠٠٢ ص ، ٢٨ ، ٣٥.

([4])الدكتور محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانونى للمعاملات الإليكترونية ، ص ٣٩.

القائمة ، وإعطاء مدلول للمستند يشمل معه كافة الصور التى يمكن أن تنطوى تحت هذا المدلول([1]).

– **التفسير الضيق للمستند**: يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أن النصوص الحالية قد وضعت لتنظيم ما يتعلق بالمستند الورقى ، وأنه لا يمكن القول بإعادة تفسير النصوص الحالية وسريانها على المستند الإلكترونى ، وأنه لا بد من صدور تنظيم تشريعى للمستند الإلكترونى يراعى الضمانات التى يجب أن تتوافر فى هذا المستند حتى يكفل له الفاعلية فى التعامل والقبول فى التعاملات([2]).

ويضرب أنصار هذا الرأى مثلاً بجريمة التزوير التى ترتبط فى نظر الكثير من التشريعات بوجود فكرة المحرر ، ويترتب على انتفائه انتفاء الجريمة ذاتها. ومن هذه التشريعات الكثير من تشريعات الدول العربية ، فلا يعد المستند الإلكترونى فى نظر هذه التشريعات من قبيل المحرر ومن ثم تنحسر عنه جريمة التزوير([3]).

وسند هذا الرأى أن مدلول المحرر الذى عاقبت التشريعات على المساس به يتصل على وجه اللزوم "بالسندات والأوراق" ، فعلى سبيل المثال ، فإن الشارع المصرى قد أورد فى المادة ٢١١ كبيان للمحرر "الأحكام أو التقارير أو المحاضر أو الوثائق أو الدفاتر أو غيرها من السندات والأوراق

([1]) الدكتور محمد حسام الدين لطفى : استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض ص ٤١.

([2]) الدكتور عمر الفاروق الحسينى: المشكلات الهامة فى الجرائم المتصلة بالحاسب الآلى وأبعادها الدولية ، دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصرى مقارناً بالتشريع الفرنسى ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥ ، رقم ٤٥ ، ص ٧٩ .

([3]) انظر على سبيل المثال فى القانون المصرى : الدكتور غنام محمد غنام: عدم ملاءمة القواعد التقليدية لمكافحة جرائم الكومبيوتر ، ص ٣٤ ؛ الدكتور عمر الفاروق الحسينى : الإشارة السابقة ؛ الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٣١. وفى القانون الأردنى الدكتور نائل عبد الرحمن صالح: ص ٨ ؛ وفى القانون السورى الأستاذ محمد عقاد: جريمة التزوير فى المحررات للحاسب الآلى ، دراسة مقارنة ، بحث قدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائى عن الجرائم الواقعة فى مجال تكنولوجيا المعلومات فى الفترة من ٢٥ إلى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٩٣ بالقاهرة ، أبحاث المؤتمر ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ص ٣٩٨ ، غير أنه يرى أنه رغم اقتصار مدلول التزوير فى القانون السورى على وقوعه فى محرر ، فإن برامج الحاسب الآلى قد تدخل فى هذا المدلول.

الأميرية" ، ثم أحال الشارع إلى هذه "السندات والأوراق الأميرية فى المادتين ٢١٢ ، ٢١٣ من قانون العقوبات. ثم نص صراحة فى المادة ٢١٤ على معاقبة كل من "استعمل الأوراق المزورة المذكورة فى المواد السابقة". و لم يخرج الشارع المصرى عن هذا المدلول للمحرر فى كل جرائم التزوير الأخرى مثل التزوير فى المحررات العرفية والتزوير فى محررات الشركات المساهمة. وأنه مما يدل قطعاً على ارتباط فكرة المحرر بفكرة المستند الورقى أن الشارع المصرى حينما أراد تجريم صوراً لا يتحقق فيها هذا المدلول ، فإنه نص صراحة على هذه الصور بنصوص خاصة([1]).وقد التزم القضاء المصرى بهذا المدلول([2]). وعلى الرغم من أن الفقه المصرى يميل إلى أن مادة المحرر قد تكون ورقية أو غير ورقية ومن ثم يعتبرون أن الكتابة على غير المستند الورقى تدخل فى مدلول المحرر([3]) ، فإن النصوص التشريعية واتجاه القضاء لا تساعد على هذا التوسع([4]).ويرى أنصار هذا الرأى أن التزوير الحاصل فى المستندات الإلكترونية يخرج عن مدلول التزوير الحاصل على المحررات: وعلة ذلك أن فكرة التزوير فى المحرر تقتضى أن يعبر المحرر عن فكر إنسانى وأن يكون

([1])الدكتور عمر الفاروق الحسينى: رقم ٤٤ ، ص ٨٠.

([2]) رفض القضاء المصرى اعتبار تغيير الحقيقة الوارد على أرقام السيارة وقاعدة المحرك أنه تزوير فى محرر . نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٦ ص ١١٢٢ ؛ وقد قررت محكمة النقض فى هذا الحكم أيضاً أنه "يخرج عن طبيعة المحرر كل ما لا يعد حسب طبيعته الغالبة محرراً ، كالعدادات والآلات واللوحات والصور ، ولا يخرجها عن طبيعتها أن تتضمن بعض أجزائها كتابات أو علامات أو أرقاماً"ز الأستاذان محمد رفيق البسطويسى ومحمد أحمد حسن: قانون العقوبات فى ضوء أحكام محكمة النقض ، طبعة نادى القضاة ، المجلد الأول (٢٠٠٣) ص ٧١٤-٧١٥.

([3]) الأستاذ أحمد أمين: شرح قانون العقوبات الأهلى ، القسم الخاص الطبعة الثانية (١٩٢٤) ، ص ١٨٧ ؛ الدكتور محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، الطبعة الثانية ١٩٩٤ ، رقم ٣٥٨ ، ص ٢٤٨ ؛ الدكتورة فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠ ، رقم ٣١٤ ، ص ٢٧٠.

([4]) انظر فى نقد هذا الفقه الدكتور عمر الفاروق الحسينى: رقم ٤٦ ، ص ٨٢.

وجود مادى ملموس يمكن رؤيته بالعين المجردة ، وذلك على خلاف البيانات الإلكترونية التى لا يمكن رؤيتها بغير الوسائل الفنية التى تمكن من ذلك([1]).

ويضيف البعض حجة أخرى هى أن التشريعات التى تتعلق بالإثبات المدنى لم تجعل للبيانات الإلكترونية أى حجية فى الإثبات ، ومن أمثلة ذلك قانون البينات الأردنى الذى لا يجعل لهذه البيانات قيمة فى الإثبات([2]).

– **تقدير الرأيين:** فى تقديرنا أن الرأى الموسع لمدلول المستند ليشمل المستند بمعناه التقليدى والمستند الإليكترونى هو رأى محل نظر: ذلك أن نقطة البدء فى هذا الرأى هو أنه لا يوجد شكل معين للكتابة يجب الالتزام به ، ومن ثم لا يوجد ما يحول دون الاعتداد بالمحرز والتوقيع الإليكترونى حتى فى ظل غياب النص ، ونقطة البدء هذه –فى تقديرنا- غير دقيقة ، ذلك أن الكتابة التى يعتد بها أى نظام قانونى يجب أن تتمتع بصفات معينة تكفل لها تحقق دورها فى إثبات المعاملات ، ولذلك لم يثر شك فى أن الكتابة بمداد يزول بعد فترة من الوقت أو الكتابة على الآلات والأدوات وغيرها من صور لا تدخل فى نطاق الكتابة بمعناها القانونى ، و من أصول التفسير فى هذه الحالة أن يفترق المدلول الاصطلاحى للكتابة عن مدلولها اللغوى. ولا يجوز فى تقديرنا أن نفسر النصوص التى نصت على فكرة المحرر والكتابة والتوقيع لنمدها إليها إذا تحققت بوسيلة إليكترونية والسبب فى ذلك أن فكرة المستند الإليكترونى بمعناه الواسع ونظم حمايته وتأمينه لم تزل حتى الآن عرضة للتطور التقنى ، ولا يجوز التضحية باستقرار التعاملات قبل التأكد من أداء المستند الإليكترونى لدوره الذى يجب أن يرسمه له القانون. وأنه حتى بفرض صحة المساواة بين الكتابة العادية والإليكترونية ، فإن هناك سبباً يحول دون المساواة التلقائية بين الفكرتين: هذا السبب يرجع إلى أن الأخذ بفكرة التوقيع الإليكترونى على سبيل المثال يجب أن يقترن بتنظيم تشريعى دقيق يحدد طرق هذا التوقيع وصوره وآثاره فى الإثبات وضماناته وسبل

([1]) الدكتور محمد سامى الشوا: ص ١٦١.

([2])الدكتور نائل عبد الرحمن صالح: ص ٨.

حمايته وينص على شهادات توثيق هذا التوقيع ويحدد الجهة المختصة بمنح هذه الشهادات وأوضاعها وشروطها وآثارها القانونية وجزاء الإخلال بها وغيرها من شروط. وإذا لم ينص الشارع على هذا التنظيم ، فإنه يبدو من غير المنطقى –فى تقديرنا–أن نعترف للتوقيع الإليكترونى بقوته فى الإثبات. وسوف يترتب على الأخذ بالتوسع فى مدلول فكرة المحرر والتوقيع على النحو الذى ينادى به الرأى الموسع –دون وجود تنظيم تشريعى– إلى إثارة مشكلات كبيرة فى الإثبات وهو ما يهدد استقرار المعاملات بدلاً من تدعيمه. وإذا كان من الأصول المستقر عليها أنه إذا تعارضت اعتبارات العدالة مع اعتبارات الأمان والاستقرار القانونى فإن الاعتبارات الأخيرة هى الأولى بالرعاية (١)، فإنه من باب أولى إذا تعارضت هذه الاعتبارات مع اعتبارات تسهيل المعاملات وسرعة إنجازها ، فلا يجوز التضحية بأمان واستقرار المعاملات فى هذه الحالة.

وأخيراً فإنه ما ينال من الرأى الموسع أنه التشريعات المدنية والتجارية المقارنة التى أقرت فكرة المستند الإليكترونى قد لجأت إلى إصدار تشريعات خاصة تنظم تطبيقات هذا المستند مثل السجلات والتوقيع الإليكترونى ، وإذا كان هذا الرأى صحيحاً لكانت هذه التشريعات قد ساوت فى التطبيق بين فكرتى المستند دون حاجة إلى نصوص خاصة وهو ما لم يحدث ، مما يدل على أن عدم جواز إجراء هذه المساواة من خلال التوسع فى التفسير ، لأن هذا التوسع لا يلتقى مع المعنى الاصطلاحى للكتابة حتى الآن.

وفى تقديرنا أن الرأى المضيق لمدلول المستند هو الأدنى إلى اتفاقه مع النصوص التشريعية ، وأن دليل ذلك أن الشارع المصرى قد وضع نصاً خاصاً فى قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ يساوى فيه بين السجلات الورقية والسجلات المخزنة من خلال الحاسب الآلى ، وأنها تعتبر محررات رسمية (المادة ٧٢ من هذا القانون). فإنه إذا كانت هذه المساواة يمكن التوصل إليها من خلال تفسير النصوص القائمة لما كان الشارع المصرى بحاجة إلى إفراد هذا النص ، ولما

---

(١) ***GUSTAV RADBRUCH : Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Recht und Moral, Texte zur Rechtphilosophie, herausgegeben von NOBERT HOERSTER, 1977, S. 42 ff.***

كانت التشريعات المقارنة قد وضعت نصوصاً خاصة تجرم بمقتضاها الاعتداء على البيانات الإليكترونية.

– **عناصر فكرة المستند الإلكترونى:** يثور التساؤل عن العناصر المميزة للمستند الإلكترونى ، وهذه العناصر تعد فى الوقت ذاته ضابطاً يمكن من خلالها تحديد معالم ونطاق المستند الإلكترونى ، ومن ثم تحديد الأفعال التى تنال منه وتنطوى على مساس به ، كما أن تطبيق هذا الضابط يؤدى إلى إمكانية التمييز بين المستند الإلكترونى وبين غيره من صور قد تختلط به.

وفى تقديرنا أن المستند الإلكترونى يتميز بأنه ينطوى على ثلاثة عناصر **الأول** أن يتضمن تعبير عن المعانى والأفكار الإنسانية المترابطة ، **والثانى** أن يكون هذا التعبير له قيمة قانونية ، **والثالث** أن يتصف هذا المستند بالصفة الإلكترونية. والتعبير المترابط عن المعانى يعنى أن يكون ما يحويه المستند يكون أداة للتفاهم وتبادل الأفكار ، وفى هذا تأكيد للدور الاجتماعى للمستند باعتباره وسيلة للمعاملات القانونية([1]). والأهمية القانونية للمستند تعنى أن يترتب على المساس به وقوع ضرر على النحو المقرر فى جرائم تزوير المستندات العادية([2]) ، ومن أمثلة ذلك أن يقع المساس فى بيان أعد المستند لإثباته ، كالتوقيع الإلكترونى ؛ أو أن ينصب على بيان يمكن أن يتخذ سنداً أو حجة بالمعنى القانونى ولو كان على نحو عارض ومن أمثلة ذلك أن ينصب التزوير على تاريخ المستند الإليكترونى على الرغم من أن التاريخ قد لا يكون بياناً أعد المستند لإثباته. وهذه الخطة قد انتهجتها الكثير من التشريعات المقارنة ، من ذلك على سبيل المثال ما نص عليه الشارع الألمانى فى جريمة تزوير السجلات الإليكترونية من وجوب أن ينطوى السجل الإلكترونى على "واقعة لها قيمة قانونية"([3]).

([1]) الدكتور محمود نجيب حسنى : رقم ٣٥٦ ، ص ٢٤٧.

([2]) ونحيل فى شأن هذا العنصر إلى المؤلفات الفقهية العامة فى جريمة التزوير انظر على سبيل المثال : الدكتور محمود نجيب حسنى : رقم ٣٧٠ ص ٢٥٩ وما بعدهما.

([3]) *".....zum Beweis einer rechtlich erheblichen Tatsache bestimmt ist,....."*.

وأما الصفة الإليكترونية للمستند فتعنى أن العمليات المختلفة التى تتصل بالمستند مثل كتابته أو حفظه أو استرجاعه أو نقله أو نسخه تتصل بتقنية تحتوى على ما هو كهربى أو رقمى أو مغناطيسى أو لا سلكى أو بصرى أو كهرومغناطيسى أو غيرها من العناصر المشابهة"([1]).

- **أوجه الشبه والاختلاف بين عناصر المستند الإلكترونى والمحرر :**

يتماثل المستند الإلكترونى والمحرر فى أن فحوى كل منهما الحقيقة التى يريد الشارع حمايتها([2]) ، وأن كل منهما ينطوى على مجموعة من الرموز التى تعبر عن مجموعة مترابطة من الأفكار والمعانى الإنسانية ، ويتماثل كل منهما كذلك فى انطوائهما على فكرة الضرر التى هى علة تجريم المساس بهما ، كما يتماثلان فى أنه قد تكون لهما الصفة الرسمية أو العرفية.

وإذا كان ما سبق هى أوجه الشبه فإن هناك **أوجه اختلاف عديدة بينهما**: ففكرة المحرر ترتبط بتسطير محتواه فى صورة ورقية ، بخلاف المستند الإليكترونى الذى يفترض أن تكون الكتابة لها الطبيعة الإلكترونية. وإذا كانت دلالة ما انطوى عليه المحرر يمكن التوصل إليها بمجرد النظر ؛ فإن المستند الإليكترونى يقتضى أن يحفظ فى نظام تشغيل إليكترونى يمكن من خلاله الاطلاع عليه والوصول إلى محتواه ولا يمكن أن يتم ذلك بمجرد الرؤية المجردة. **ومن ناحية أخرى** فإنه إذا كانت فكرة المحرر تفترض أن يكشف عن شخصية محرره أو يمكن التعرف عليه عن طريق المحرر ، فإن هذا التحديد لا يؤخذ به دائماً بالنسبة للمستند الإليكترونى ، فإذا كان من المقرر أن تحديد الشخص الذى ينسب إليه السجل أو التوقيع الإليكترونى يعد بياناً لازماً للإقرار بصحة المستند فى كثير من الأحيان فإن هناك بعض الصور التى قد لا تتطلب ذلك ، ومن أمثلة ذلك أن قواعد

([1])**"Electronic" means relating to technology having electrical, digital, magnetic, wireless, optical, electromagnetic or similar capabilities".**

وقد تبنى هذا التعريف قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية كانساس وولاية كونيكتيكت.

Kansas Statute No. 16-1602 , 2001-2002.
http://www.kslegislatures.org/currenthappenings/index.html ; An act concerning the connecticut uniform electronic transactions act, op-cit.

([2]) انظر فى عناصر المحرر بصفة عامة: الأستاذ أحمد أمين ص ٢٨٦ ؛ الدكتور محمود نجيب حسنى : رقم ٣٥٧ ، ص ٢٤٧ وما بعدها

البيانات الإليكترونية قد لا تتضمن تحديد شخص محررها أو صفته دون أن ينال ذلك من الحماية الواجبة لها.

ومن الفروق المهمة بين المستند الإليكترونى والمحرر هو تحديد كيفية المساس بمحتوى كل منهما: فالمساس بمحتوى المستند الإليكترونى لابد وأن يختلف عن طرق تغيير الحقيقة فى المحرر ، حتى ولو اتحدا فى طريقة تغيير الحقيقة فإنه يبقى -مع ذلك- هناك فارق بين مدلول هذه الطريقة بينهما ، فعلى سبيل المثال فإنه إذا كان تغيير الحقيقة فى المحرر يمكن أن يقع بالمحو ، فإن هذه الطريقة يختلف مضمونها بحسب ما إذا وردت على محرر أم مستند إليكترونى. وقد ترتب كذلك على اختلاف الطبيعة بين المحرر والمستند الإليكترونى أنه إذا كان بالإمكان حصر طرق التزوير فى المحرر ؛ فإن هذه الطرق يجب النص عليها بصياغة مرنة يمكنها أن تستوعب صور تغيير الحقيقة فى المستند الإليكترونى.

- **بعض التطبيقات التشريعية للمستند الإلكترونى:** تختلف خطة التشريعات فى النص على تطبيقات المستند الإلكترونى: فبعض هذه التشريعات يفرد التوقيع الإلكترونى بتنظيم مستقل ، ويترك باقى تطبيقات المستند الإلكترونى للتنظيم العام الذى يتعلق بالبيانات والمعلومات الإليكترونية ، ومن أمثلة هذه الوجهة القانون الفرنسى والألمانى. بينما تذهب وجهة ثانية من التشريعات إلى النص على التوقيع والسجلات الإلكترونية معاً بتنظيم مستقل ومفصل ومن أمثلة هذه الوجهة قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك ، إذ نص على صورتين فحسب من تطبيقات المستند الإلكترونى هما "التوقيع والسجلات الإلكترونية". فى حين يتوسع اتجاه ثالث فى النص على تطبيقات المستند الإلكترونى ليشمل العقود الإلكترونية ، إضافة إلى التوقيع والسجلات الإلكترونية. ومن أمثلة هذه الوجهة القانون الاتحادى الأمريكى للتوقيع الإلكترونى الذى نص على "العقود الإلكترونية" إلى جانب صورتى التوقيع والسجلات الإلكترونية([1]). وأخيراً فإن اتجاهاً تشريعياً ينص على بعض تطبيقات المستند الإلكترونى فى مسائل

([1])*Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.11 .*

معينة ودون أن يكون هناك إطار تشريعى عام يحكم مسائل البيانات والمعلومات الإليكترونيـــة ، ومثال لهذه الوجهة التشريع المصرى الذى ينص فى تشريعات متفرقة على الأخذ ببعض تطبيقات المستند الإليكترونى مثل الأخذ بفكرة السجلات والدفاتر وقواعد البيانات الإليكترونية فى مسائل الأحوال المدنية. وسوف نشير إلى خطة التشريعات فى النص على أهم التطبيقات لفكرة المســتند الإليكترونى.

– **التوقيع الإليكترونى:** التوقيع الإلكترونى هو وسيلة إليكترونية يمكن بمقتضاها تحديـــد هويـــة الشخص المنسوب التوقيع إليه مع توافر النية لديه فى أن ينتج آثاره القانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد([1]). وترجع أهمية التوقيع الإليكترونى فى أنه يمكن استخدامه فى كافة التعـــاملات الـــتى تتطلب توقيعاً ، مثل أوامر البيع والشراء ؛ التوقيع على قوائم جرد السلع والبضائع ؛ التوقيع على فواتير الاستلام ؛ شراء تذاكر السفر ؛ السجلات المثبتة للدفع([2]). وقد عرف القانون الاتحـــادى الأمريكى التوقيع الإلكترونى بأنه "صوت أو رمز أو معالجة إلكترونية مرفقة أو متحدة بعقـــد أو بغيره من السجلات يتم تنفيذها أو إقراراها من شـــخص تتـــوافر لديـــه نيـــة التوقيـــع علـــى السجل"([3])([4]).

([1])*ELECTRONIC SIGNATURES/APPROVALS, Policy Manual University of North Texas. http://www.reference_to_dean_of_students/volume2/table_of_contents.html.*

([2])*ELECTRONIC SIGNATURES/APPROVALS, op-cit.*
http://www.reference_to_dean_of_students/volume2/table_of_contents.html.

([3]) ***"an electronic sound, symbol, or process" that is "attached to or logically associated with" a contract or other record, and that is "executed or adopted by a person with the intent to sign the record." E-Sign Law §106 (5).***
Cummings: op-cit. ; Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.11 .

([4]) التوقيع الإلكترونى لولاية كانسس يعنى صوتاً أو رمزاً أو معالجة إلكترونياً مرفقة بسجل أو متحدة به ويـــتم إجرائها أو إقرارها من شخص مصحوبة بنية التوقيع علـــى الســـجل. **Kansas Statute No. 16-1602 , 2001-2002 , op-cit.**

ويتماثل هذا التعريف مع تشريع ولاية كونيكتيكت.

An act concerning the connecticut uniform electronic transactions, op-cit.

وقد كان قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك الصادر سنة ١٩٩٩ ينص على أن "التوقيع الإلكترونى يعنى مطابقة إلكترونية تنطوى دون قيد على توقيع رقمى يخص الشخص الذى يستخدمه وحده ، وتكون قادرة على التحقق من هويته وذلك بموجب ضابط وحيد لمن يستخدمه ، يرفق أو يتحد فى البيانات كوسيلة للتحقق من إسناد التوقيع إلى البيانات الخاصة وسلامة البيانات المرسلة والمعدة من الشخص المستخدم لها كى تكون لها ذات القوة والأثر المقررة لاستخدام التوقيع الموضوع بخط اليد (المادة ١٠٢ (٣) من قانون ولاية نيويورك لسنة ١٩٩٩)([1]).

غير أن الشارع فى ولاية نيويورك رأى أن هذا التعريف للتوقيع الإلكترونى لا يفى بمتطلبات التعامل الإلكترونى ، فأصدر تشريعاً فى ٦ أغسطس سنة ٢٠٠٢ عدل بموجبه القانون السابق ووضع تعريفاً جديداً للتوقيع الإلكترونى يكفل المرونة للمتعاملين. وبموجب التعديل الجديد فإن "**التوقيع الإلكترونى هو صوت أو رمز أو معالجة إلكترونية ملحقة بسجل إلكترونى أو متحدة منطقياً به ويجريها أو يقرها شخص تتوافر لديه نية التوقيع فى هذا السجل**"([2]). ويتماثل هذا التعريف مع القانون الاتحادى الأمريكى ، كما أنه يكاد يتماثل مع التعريف الذى أورده الشارع الإنجليزى للتوقيع الإلكترونى إذ نص الفصل الأول من لائحة التوقيع الإلكترونى الصادرة فى ٨ مارس ٢٠٠٢ على أن التوقيع الإلكترونى يعنى بيانات فى شكل إلكترونى ملحقة أو متحدة منطقياً

([1]) ***"Electronic signature" shall mean an electronic identifier, including without limitation a digital signature, which is unique to the person using it, capable of verification, under the sole control of the person using it, attached to or associated with data in such a manner that authenticates the attachment of the signature to particular data and the integrity of the data transmitted, and intended by the party using it to have the same force and effect as the use of a signature affixed by hand".*** **ESRA §102 (3). Report to the Governor and Legislature, p.7 , note 3.**

([2])***"Electronic signature shall mean an electronic sound, symbol, or process, attached to or logically associated with an electronic record and executed or adopted by a person with the intent to sign the record." Laws of 2002, Chapter 314, §2. Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.7 note 4.***

بغيرها من البيانات الإلكترونية والتى تصلح كوسيلة للتوثيق"([1]). كما أنه يكاد يتطابق مع التعريف الذى نص عليه الشارع الألمانى فى المادة الثانية من قانون التوقيع الإلكترونى([2]).

ويلاحظ أن اتجاهات التشريعات المقارنة تتجه إلى التوسع فى الوسائل التى تصلح لإجراء التوقيع الإلكترونى ، وعلة ذلك هى توفير مرونة أكبر للمتعاملين فى اختيار الوسيلة التى يرونها تكفل الأمن والثقة فى هذا التوقيع([3]). غير إنه إذا كانت للمتعاملين حرية اختيار الوسيلة الفنية للتوقيع الإلكترونى ؛ فإن الجهات العامة قد يفرض عليها القانون استخدام وسيلة معينة دون غيرها فى التصرفات التى تدخل فيها مع الغير أو فيما بينها ، وعلة ذلك أن هذه الوسيلة قد يتوافر فيها قدر من الحماية للمصلحة العامة أكثر من غيرها. والسلطة التى بيدها تحديد وسيلة التوقيع الإلكترونى فى هذه الحالة هى السلطة الإدارية التى عينها الشارع لإدارة وحفظ التوقيعات والسجلات الإلكترونية([4]).

وقد ميز الشارع الألمانى بين التوقيع الإلكترونى العادى والتوقيع الإلكترونى المتقدم: ويشترك كل منهما فى أنه ينطوى على بيان فى صورة إليكترونية ملحق ببيان آخر أو مرتبط به منطقياً ويستخدم هذا البيان لتوثيق نسبته لشخص معين. غير أن التوقيع المتقدم فى نظر الشارع الألمانى ينطوى على ضوابط أشد صرامة من العادى ، فهو توقيع يتضمن شفرة مقصور استخدامها على شخص معين لا يشاركه غيره فيه ويكون قادراً على تحديد هوية مستخدمه وأنه يمكنه أن يحتفظ

([1])*"electronic signature" means data in electronic form which are attached to or logically associated with other electronic data and which serve as a method of authentication". Statutory Instrument 2002 No. 318, The Electronic Signatures Regulations 2002 , op-cit.*

([2]) *Draft of a Law on the Framework Conditions, § 2 (2) , p.4,*

([3]) *Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.7 .*

([4]) انظر مثال على ذلك قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك الذى يعهد لمكتب تقنيات الولاية بالحق فى اختيار وسيلة التوقيع الإلكترونى بالنسبة للأجهزة الحكومية. ***Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.7-8.***

بشفرة هذا التوقيع تحت إشرافه وحده ، وأن يكون بالإمكان اكتشاف أى تغيير فى بيانات هذا التوقيع تطرأ لاحقاً([1]).

وقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن استعمال بطاقات الائتمان والسحب الممغنطة هو تطبيق للتوقيع الإلكترونى([2]) ، وفى تقديرنا أن هذا الرأى محل نظر ، ذلك أن هذه البطاقات لا تعد مستنداً إليكترونياً ، كما أن كافة التشريعات قد تطلبت أن يرتبط التوقيع الإليكترونى بسجل إليكترونى سواء كان متحداً به أو ارتبط به منطقياً ، ولا يبدو هذا متحققاً فى شان هذه البطاقات.

– **السجل الإلكترونى والمستند الإلكترونى:** كان السائد فيما مضى أن كل مستند إلكترونى يعد سجلاً إلكترونياً متى كانت القواعد قد تطلبت توافره فى التعامل وكان قد استوفى الشروط التى نصت عليها القواعد المنظمة للسجلات الإلكترونية([3]). ووفقاً لهذه النظرة فإن تعبير المستند الإلكترونى يترادف مع تعبير السجل الإلكترونى ؛ غير أن التشريعات التى نصت على تنظيم السجل الإلكترونى جعلت هناك فارقاً بين مدلول كل منهما : فمن ناحية فإن مدلول السجل الإلكترونى يبدو فى بعض الصور أضيق نطاقاً من المستند الإلكترونى ، على نحو لا يعدو معه أن يكون تطبيقاً له فحسب([4]) ، ووفقاً لهذه النظرة فإن فكرة المستند هى أوسع نطاقاً من فكرة السجل الإلكترونى ، ومن ثم فإن الكثير من الصور التى تخرج عن مدلول الأخيرة ، تدخل فى مدلول الأولى. غير أنه من ناحية أخرى فإنه فى بعض الصور يبدو السجل الإلكترونى أوسع نطاقاً من فكرة المستند: وأساس هذه النظرة –كما سيلى- هو أن تعريف السجل الإليكترونى يتسم بالاتساع على نحو يشمل معه "الأصوات والصور والرسومات" ، وهو مدلول متسع يخرج عن مدلول المستند الإليكترونى بمعناه الدقيق.

([1])***Draft of a Law on the Framework Conditions, § 2 (2) , p.4.***

([2]) الدكتور ثروت عبد الحميد: التوقيع الإليكترونى ، ماهيته-مخاطره ، وكيفية مواجهتها ، مدى حجيته فى الإثبات ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ٢٠٠١ ، رقم ٩٠ ص ١٠٠ وما بعدها.

([3])**Gibbs & Mazan, op-cit.**

([4]) ***Cummings: op-cit.***

- **مدلول السجل الإلكتروني**: السجل الإلكتروني هو سجل نشأ أو نتج أو اتصل أو تم تلقيه أو حفظه بوسيلة إلكترونية([1]). وقد توسع اتجاه في تعريف السجل الإليكتروني بأنه "كل مجموعة من النصوص أو الرسوم أو البيانات أو الأصوات أو الصور أو غيرها من المعلومات تتمثل في صورة رقمية ، ويتم إنشائها أو تعديلها أو حفظها أو فهرستها أو استرجاعها أو توزيعها بواسطة نظم الكومبيوتر"([2]).

وأساس هذا التوسع هو ربط المدلول الاصطلاحي للسجل بمعناه في اللغة فالسجل في اللغة هو "بيان وضع في صورة ثابتة ، وبصفة خاصة كتابة ليحفظ المعرفة أو ذاكرة الأحداث أو الوقائع أو المعلومات أو البيانات في موضوع معين ، والتي تم جمعها وحفظها"([3]).

وفي ظل هذا الاتجاه المتوسع فإن البعض ذهب إلى اعتبار أنظمة البريد الإلكتروني الصوتي داخلة في مدلول السجل. ووفقاً لهذه الوجهة فإن الأقوال الشفوية التي تنقل بواسطة البريد الصوتي باستعمال الكومبيوتر تعتبر سجلاً مثلها في ذلك مثل الوقائع والمعلومات التي يتم حفظها([4]) ، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن هذا التوسع يتعارض مع النصوص التشريعية والقواعد المنظمة للسجل الإلكتروني([5]).

وقد توسعت بعض تشريعات الولايات الأمريكية فلم تقصر السجل الإلكتروني على ما يتم حفظه أو إنشائه بواسطة الكومبيوتر ؛ وإنما مدت مدلوله ليشمل كافة الوسائل الإلكترونية الأخرى مثل

([1]) ***"Electronic record" means a record created, generated, sent, communicated, received or stored by electronic means". Kansas Statute No. 16-1602 , 2001-2002***

([2])**Electronic record:** ***"Any combination of text, graphics, data, audio, pictorial, or other information representation in digital form that is created, modified, maintained, archived, retrieved, or distributed by a computer system"*** **(21 CFR 11.3(b)(6)).** ***Gibbs and Mazan , op-cit.***

([3]) ***"an account made in an enduring form, especially in writing,that preserves the knowledge or memory of events or facts' or 'information or data on a particular subject collected and preserved".*** **American Heritage Dictionary".** ***Gibbs & Mazan, op-cit.***

([4]) **"electronic voicemail".**

([5])***Gibbs and Mazan , op-cit.***

الفاكس والتيلكس والبريد الإلكترونى والرسائل التى تتم من خلال شبكة الإنترنت ، ومن هـذه الوجهة قانون ولاية كونيكتيكت لسنة ٢٠٠٢ الذى حرص على أن يذكر صراحة أن الوسـائل الإلكترونية لا تعنى حصرها فى الوسائل السابق ذكرها([1]).

وهناك اتجاه تشريعى مضيق لمدلول السجل الإليكترونى على نحو يجعله مقصوراً على فكرة الكتابة أو البيان الإليكترونى ، ومن هذه الوجهة الشارع المصرى الذى ساوى فى قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤([2]) بين السجلات الورقية والإلكترونية: فتنص المادة الثانية مـن هـذا القانون على أن تنشئ مصلحة الأحوال المدنية قاعدة قومية لبيانات المواطنين تشتمل على سجل خاص لكل مواطن يميزه .....". كما نصت المادة الثالثة (ج) من هذا القانون على أن المقصود بالسجلات هى السجلات الورقية أو الآلية المخزنة على الحاسب الآلى وملحقاته سواء إليكترونياً أو مغناطيسياً أو بأية وسيلة أخرى". ومفاد خطة الشارع المصرى أن السجل الإليكترونى يماثـل السجل الورقى فى كافة الوجه فيما عدا الطبيعة الإلكترونية للسجل. ويعنى ذلك أن فكرة السجل الإليكترونى ترتبط بفكرة البيان المكتوب ، لأن الشارع يتحدث عن "قواعد بيانات" ، ومـن ثم يخرج من هذا المدلول ما عداه من صور. وفى تقديرنا أن هذا المدلول للسجل الإليكترونى هـو الذى يمكن أن نطلق عليه بأن السجل الإليكترونى بمعناه الدقيق الذى يعد تطبيقاً لفكرة المسـتند الإليكترونى ، بخلاف السجل الإليكترونى بمعناه المتسع الذى يشمل الرسومات والأصوات والتى تخرج عن المدلول الدقيق له.

– **بيانات السجل الإلكترونى**: السجل الإلكترونى هو مستند ينطوى على بيانات معينة تكون لها حجيتها فى إثبات واقعة أو تصرف معين. وحتى يكتسب هذا المستند صفته فإنه يجب أن يتضمن

([1]) ***"Electronic record" means a record created, generated, sent, communicated, received or stored by electronic means, including, but not limited to, facsimiles, electronic mail, telexes and Internet messaging".***
AN ACT CONCERNING THE CONNECTICUT UNIFORM ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT, Raised Bill No. 561 February Session, 2002 , op-cit.

([2]) الجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) فى ٩ يونيه سنة ١٩٩٤.

بيانات معينة تضفى الثقة على مضمونه وتبعث على الاعتقاد بسلامة محتواه ، ومن هذه البيانات أن يكون السجل موقعاً من شخص أو أشخاص معينين ، وأن يتم ذكر أسماء هؤلاء الأشخاص وصفاتهم وتاريخ وساعة وضع توقيعاتهم على المستند. ويجب تحديد المغزى من التوقيع وما إذا كان يعنى إنشاء المستند أو مراجعته أو التصديق عليه([1]). ولهذه البيانات أهمية كبيرة فى إثبات بعض الوقائع ، فعلى سبيل المثال فإن تحديد تاريخ إتمام عملية التحويل المصرفى الإلكترونى له أهمية كبيرة فى القول بنفاذ أو عدم نفاذ التحويل فى حال إفلاس أحد أطرافه ، ومن ناحية ثانية فإنه يجوز للآمر أن يرجع فى تحويله طالما أن المبلغ لم يخرج من ذمته إلى ذمة المستفيد ، كما أن لحظة تمام التحويل تعنى أن الآمر لم يعد لديه الحق فى التصرف فى المبلغ المالى محل الأمر بالتحويل ، ومن ثم فإنه إن أصدر شيكاً عن ذات المبلغ كان مرتكباً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد([2]).

– الضوابط الفنية للتوقيع والسجلات الإلكترونية:

ذكرنا أن التشريعات التى نصت على الأخذ بالتوقيع والسجلات الإلكترونية قد جعلت لها قوة فى الإثبات مساوية للمستندات الورقية وللتوقيعات بخط اليد ؛ غير أنه لا محل لهذه القوة إلا إذا توافرت ضوابط تكفل ضمان صحة وسلامة هذه المستندات. ولتحقيق هذا الهدف صدرت لوائح إدارية تتضمن الضوابط والإجراءات الواجب اتخاذها بشأن استخدام وتوثيق التوقيع الإلكترونى والانتفاع من السجلات الإلكترونية. ويتوقف نجاح هذه اللوائح على التوفيق بين اعتبارين أساسيين: **الأول** هو أن يتيح التنظيم التشريعى للتوقيع والسجلات الإلكترونية الحرية والمرونة للأفراد فى إجراء تعاقداتهم ومعاملاتهم بأية وسيلة من وسائل التحقق الإلكترونى يرونها ملائمة لهم. ولتحقيق هذا الاعتبار فإن القانون لا يجوز أن يسلبهم حق أو ميزة مقررة لهم بمقتضى القانون

([1])*Gibbs and Mazan , op-cit.*

([2])الدكتور فياض ملفى القضاه: ص ٢١.

أو التعاقد فى حال استخدامهم للتوقيع والسجلات الإلكترونية([1]). **والاعتبار الثانى** هو أن التنظيم التشريعى يجب أن يكفل توفير الوسائل المناسبة لصحة وسلامة استخدام المستندات الإلكترونية.

– **الضوابط الفنية العامة**: هناك عدة ضوابط فنية عامة يجب أن تتوافر فى التوقيع الإلكترونى: فيجب أن يكون التوقيع خاصاً بالشخص وحده ولا يشاركه فيه غيره ، كما يجب ألا يكون قد سبق استخدام هذا التوقيع من قبل حتى ولو من صاحبه ، وعلة ذلك هى كفالة أكبر قدر من السرية على هذا التوقيع. ويجب على الشخص صاحب التوقيع أن يقر كتابة بأن توقيعه الإلكترونى ملزم قانوناً ويتساوى مع توقيعه بخط اليد من حيث الأثر القانونى ؛ غير أن هذا الإقرار غير لازم فى كل مرة يضع فيها الشخص توقيعه الإلكترونى. ويجوز للهيئة المسئولة عن التوقيع الإلكترونى أن تطلب من صاحب التوقيع أن يقدم شهادة بصحة توقيعه بمناسبة تصرف معين ، وفى هذه الحالة فإنه يجب عليه تقديمها ، ويخضع التزوير فى هذه الشهادة للقواعد العامة فى جريمة التزوير([2]).

– **الضوابط الفنية الخاصة**: إلى جوار الضوابط العامة سالفة الذكر ، فإنه يوجب ضوابط فنية خاصة للتوقيع الإليكترونى وهى تختلف من نظام تشريعى إلى آخر بحسب ما توفره من أمن وسلامة المعاملات من ناحية ، ومرونة وعدم عرقلة هذه المعاملات من جهة أخرى. وتتصل هذه الضوابط بتشفير المستند ، سواء أكان توقيعاً أم سجلاً إليكترونياً . ويلاحظ أنه لا يكفى لضمان سلامة إتمام المعاملة الإليكترونية أن يتم تشفير الرسالة المنسوبة لشخص معين ؛ وإنما يجب التأكد من نسبة هذا الرسالة لهذا الشخص وأن مضمونها لم يتعرض لتبديل أو تشويه([3]).

– **الاختيار بين تشفير الرسالة إرسالها بطريقة غير مشفرة**: هناك صورة مبسطة من الشفرة التى تستخدم فى التصرفات التى تتم على الشبكات المفتوحة أى تلك التى يمكن لأى شخص أن يدخل

([1]) ***Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.9.***

([2])**Gibbs and Mazan , op-cit.**

([3])***ABA Section Creates First Digital Signature GuidelinesTo Aid In Security Of The Internet, 1996. http://www.abanet.org/media/home.html***

إليها دون قيود ، ومثالها شبكة الإنترنت. وفى هذا النظام فإن المرسل يملك أن يختار بين مفتاحين الأول عام والآخر خاص ، والمفتاح الأول يستخدم عندما لا يرى المرسل حاجة إلى تشفير رسالته ، ، وأما المفتاح الخاص فهو الذى يسمح للمرسل أن يقوم بإرسال رسائل سرية إلى الطرف الثانى ومن ثم لا يتسنى الاطلاع عليها. وفى حالة ما إذا أراد المرسل أن يبعث برسالة إليكترونية مشفرة فإن عليه أن يستخدم المفتاحين معاً ؛ أما إن لم يرد لها هذا القدر من السرية ، فإنه يكفيه أن يستخدم المفتاح العام. وقد يعهد إلى طرف ثالث مهمة التأكد من صحة المستند والتوقيع المنسوب إلى صاحبه ، وهذا الطرف يكون موضع ثقة الطرفين وتتحدد مهمته فى أن يجرى تحقيقاً يقف من خلاله على ما إذا كانت الرسالة المنسوبة إلى الشخص صادرة منه فعلاً ، ويتحقق ذلك بالربط بين المفتاحين العام والخاص والتأكد من أنهما قد استخدما من شخص معين ، وأن يحدد تاريخ وساعة إرسال المستند([1]).

– **ضوابط المضاهاة الإليكترونية:** يتضمن التنظيم الفنى للتوقيع الإلكترونى الأخذ بوسائل تقنية لإجراء المضاهاة الإلكترونية للتوقيع الإلكترونى والتى يمكن بمقتضاها الوقوف على صحة هذا التوقيع. وتختلف الطرق الفنية للمضاهاة إلى عدة طرق ، تكفل كل واحدة قدراً معيناً من الطمأنينة والثقة فى المستند وتضمن سلامته ، وحمايته من أن يجحد ممن صدر منه([2]).

ومن هذه الوسائل: مطالبة الشخص الذى يريد التعامل مع المستند الإلكترونى بالإدلاء ببيانات شخصية معينة ومضاهاتها بالبيانات المسجلة سلفاً عنه ، وذلك قبل قيامه بالتوقيع الإلكترونى. وتستخدم هذه الوسيلة فى التعاملات الأقل أهمية أو الأقل قيمة([3]). وإذا كانت وسائل المضاهاة تختلف وتتعدد فإن استخدام الشفرة السرية تعد أهم هذه الوسائل ؛ غير أن نوع هذه الشفرة

([1])*ABA Section Creates First Digital Signature Guidelines op-cit.*

([2])*Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.12-13.*

([3])*Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.13.*

وقواعدها الفنية هو أمر يختلف بحسب كل نظام قانون كما سبق الـذكر ، ويلحـق بالشـفرة استخدام التوقيع الرقمى.

– **المضاهاة باستخدام بالشفرة سرية:** فى هذه الصورة يطالب الشخص بإدخال رقم خاص به أو كلمة سر معينة([1]) يتم مطابقتها على رقم أو كلمة سر مخزنة سلفاً ، ويطلـق عليهـا "السـر المشترك"([2]) الذى يتقاسم العلم به الشخص ومقدم الخدمة ، فإن تطابقتا كان التوقيـع تامـاً. ويصاحب إدخال الشفرة السرية عدة إجراءات تهدف إلى توثيق التوقيع مثل كتابة اسم المتعامل ، والغرض من وضع التوقيع فى المستند. وعملية التوثيق تجرى إذا كان التعامل يجرى على الشبكات المفتوحة مثل الإنترنت ، والسر المشترك يتم تشفيره باستخدام تقنية معينة يتم إنشائها فى أغلـب المتصفحات الشهيرة على الشبكة ويتم توصيل البيانات المشفرة إلى الجهة الأخيرة التى تكون طرفاً فى التعامل. وفى التعاملات البسيطة أو التى لا يكون لها قيمة كبيرة ، فإنه يكتفى بإدخال الشفرة السرية بعد استيفاء بعض البيانات عن شخص المتعامل. أما فى التعاملات التى تقتضى درجة أكبر من الأمن ، فإن هيئة أخرى هى التى تقوم بوضع الشفرة السرية بعد إجراء عملية تحقق دقيقـة لشخص المتعامل([3]).

– **المضاهاة باستخدام التوقيع الرقمى:** التوقيع الرقمى([4]) هو صورة مرسومة للتوقيع بخط اليد. وفى بعض الصور يتم أخذ توقيع الشخص بواسطة قلم ولوحة إلكترونية متصلة بجهاز كومبيوتر ، ووضع التوقيع فى هذه الصورة يماثل التوقيع اليدوى على المستندات الورقية. وتتم عملية المضاهاة بمقارنة التوقيع الإلكترونى -المماثل للتوقيع بخط اليد- مع نسخة التوقيع اليدوى المحفـوظ لـدى الطرف الآخر. وتتم عملية المقارنة غالباً بواسطة بعض برامج الكومبيوتر ، فإن أسفرت المضاهاة عن المطابقة بين التوقيعين ، اعتبر التوقيع الإلكترونى فى هذه الحالة صحيحاً. والتوقيع الرقمـى لا

([1]) "Personal Identification Number (PIN) or password"
([2]) **"Shared Secret".**
([3])***Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.14.***
([4]) **"digitized signature".**

يعدو أن يكون صورة من صور "السر المشترك" والتى تتحقق فى حالة التوقيع باستخدام شفرة سرية ، ذلك أن الطرف الثانى يكون لديه نموذجاً للتوقيع اليدوى يمكنه من المضاهاة عليه. وتزوير التوقيع الرقمى يفوق فى الصعوبة تزوير التوقيع على المستندات الورقية ، ذلك أن عملية المقارنة بين التوقيع الرقمى ونسخة التوقيع بخط اليد والتى تتم باستخدام التقنية الرقمية تتسم بدقة كبيرة تزيد عن المقارنة العادية بالعين المجردة ، وهو ما يسهل من اكتشاف هذا التزوير([1]).

– **القوة القانونية للتوقيع والسجلات الإلكترونية**: تتوقف حجية السجلات والتوقيع الإلكترونى على القوة التى يمنحها الشارع لها فى الإثبات: فإذا أقر الشارع لها هذه القوة كأداة لإثبات الحقوق والواجبات أو كوسيلة لحفظ البيانات التى تكون له حجيتها فى إثبات الوقائع كانت النتيجة المترتبة على ذلك أن المساس بهذه السجلات والتوقيعات يشكل فعلاً مجرماً.

ويترتب على الأخذ بنظام التوقيع والسجلات الإلكترونية آثار مهمة على التعاملات والتصرفات القانونية التى يكون طرفها الأفراد أو المؤسسات الخاصة أو العامة ، إذ سيكون بمقدور المستهلك ورجال الأعمال والسلطات العامة فى الدولة أن يدخلوا فى اتفاقات تعاقدية وفى إجراء تعاملاتهم باستخدام التوقيع والسجلات الإلكترونية كما لو كانوا يستخدمون المستندات الورقية والتوقيعات المحررة بخط اليد([2]). وقد حرصت التشريعات التى نصت على التوقيع والسجلات الإلكترونية على إسباغ قوة قانونية عليها تماثل ما هو مقرر للتوقيع بخط اليد وللسجلات الورقية. ومن ذلك على سبيل المثال ما تنص عليه المادة ١٠٤ من قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك من أن "التوقيع الإلكترونى يكون له ذات الصلاحية والأثر المقرر لاستعمال التوقيع الموضوع بخط اليد"([3]).

([1])*Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.14.*

([2])*Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.8.*

([3])**"The use of an electronic signature shall have the same validity and effect as the use of a signature affixed by hand (§ 104).**

وما تنص عليه المادة ١٠٥ من القانون السابق من أن "السجل الإلكترونى يكون له ذات القوة والأثر المقررة للسجلات المحررة بغير الوسائل الإلكترونية"([1])([2]). وما تنص عليه المادة الثالثة من قانون الأحوال المدنية المصرى سالف الذكر من المساواة بين السجلات الورقية والسجلات الآلية المخزنة على الحاسب الآلى وملحقاته. ويترتب على التوقيع الإلكترونى اعتبار أن القبول فى التعاقد قد وقع تاماً وهو ما يجعل العقد منعقداً ومرتباً لآثاره وملزماً قانوناً كما لو كان قد أبرم كتابة([3]). وقد نص الشارع الألمانى على وجب أن يقوم مقدم خدمة التوثيق بإحاطة صاحب التوقيع علماً بأن توقيعه الإلكترونى يعادل من حيث الأثر القانونى توقيعه بخط اليد ما لم ينص القانون على غير ذلك ، كما أن عليه أن يحصل على توقيع الشخص كتابة على علمه بذلك وذلك لضمان قيام مقدم الخدمة بواجبه([4]).

– **مدى الإلزام باللجوء إلى التوقيع والسجلات الإلكترونية:** لم تجعل غالبية التشريعات نصوص التوقيع والسجلات الإلكترونية نصوصاً آمرة ؛ وإنما تركت المجال أمام الأفراد للأخذ بهذا النظام أو بنظام التوقيع والسجلات التقليدى. غير أن هذه التشريعات حرصت مع ذلك على وضع استثناء عام جعلت بمقتضاه اللجوء إلى المستندات الإلكترونية إجبارياً ، وذلك "فى الحالات التى ينص فيها القانون على ذلك". ومن أمثلة ذلك ما نص عليه قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك من أن "استخدام واللجوء إلى التوقيع والسجلات الإلكترونية يكون اختيارياً ؛ ما لم ينص القانون على غير ذلك"([5]). ويلاحظ أن قانون التوقيع الإلكترونى الاتحادى

([1])"*An electronic record shall have the same force and effect as those records not produced by electronic means (§ 105).*

([2]) وانظر أمثلة أخرى فى قانون كاليفورنيا وبنسلفانيا. ***REID, op-cit.*** ; ***Saul, Ewing, Remick: op-cit.*** .

([3])*New Law Makes E-Signatures Valid, Contracts created online are now as legal as those on paper, 2002.*

([4])*Draft of a Law on the Framework Conditions op-cit., § 6 , p.9-10.*

([5]) *"the use and implementation of electronic signatures and records is voluntary, unless otherwise required by law".*

الأمريكى لم يتطلب يجعل استخدام أو قبول التوقيع الإلكترونى من النصوص الآمرة([1]). وقد نصت المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكترونى الألمانى على أنه ما لم ينص القانون على وجوب استخدام التوقيع الإلكترونى فإن استخدامه يكون اختياراً(المادة الأولى)([2]).

- الآثار المترتبة على المساواة التشريعية بين المستند الإلكترونى والمستند الورقى: يترتب على المساواة بين المستند الإلكترونى والمستند العادى من حيث القوة القانونية نتائج مهمة: فلا يجوز المنازعة فى صحة المستند الإلكترونى أو جحد حجية ما يتضمنه من تصرفات أو الدفع بعدم نفاذه لأن إنشائه أو صياغته أو التوقيع عليه كان باستخدام وسائل أو شكلاً إليكترونياً([3]).

ويترتب على منح التوقيع والسجلات الإلكترونية قوة مماثلة للمستندات الورقية أن يخضع الإثبات بهذه الوسائل أمام المحاكم للقواعد العامة فى الإثبات المقررة فى القانونين المدنى والجنائى ، وقد تطلب تحقيق المساواة بين المستند الإلكترونى والورقى تعديل التشريعات السارية على نحو يجيز إمكانية قبول المستند الإلكترونى كدليل أمام القضاء. ومن ذلك ما أجراه الشارع فى ولاية نيويورك بقانون سنة ٢٠٠٢ سالف الذكر من تعديل المادة ٤٥١٨ من القانون المدنى للولاية على نحو أجاز فيه قبول المستندات المشتقة من سجلات إلكترونية كدليل أمام القضاء متى كان هذا

وقد تبنى هذه الوجهة أيضاً التشريع الموحد للتعاملات الإلكترونية لولاية كاليفورنيا وبنسلفانيا.

REID: California Is First State In Nation To Adopt Electronic Contracting Law , op-cit. ; Saul, Ewing, Remick: op-cit.

([1])***Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.11 .***

([2])***Draft of a Law on the Framework op-cit. § 1 (2), p. 4.***

([3]) انظر على سبيل المثال المادة ١٠٥ (٦) من قانون التوقيع الإلكترونى الاتحادى الأمريكى لسنة ٢٠٠٠ .

"...a signature, contract or other record relating to such transactions shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely because it is in electronic form, and a contract relating to such transactions shall not be deemed invalid or unenforceable solely because an electronic signature or electronic record was used in its formation".

Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, p.11.

المستند يعبر بصورة حقيقية وصحيحة عن السجل الإلكترونى([1]). وإذا اتفق الطرفان فى التعاقد على استخدام إجراءات معينة للتأكد من سلامة التصرف الإلكترونى وضمان صحته وكشف الأخطاء التى قد تعتريه ؛ فإن إخفاق الطرف الآخر فى تنفيذ التزامه يجيز للأول أن يطلب استبعاد السجلات الإلكترونية التى لم تتخذ بشأنها هذه الإجراءات. وقد أثار البعض شبهة عدم دستورية النصوص التى تجيز قبول الدليل المستمد من التوقيع والسجلات الإلكترونية ، ذلك أنه إن لم يتفق الطرفان صراحة على ذلك فإن قبول هذا الدليل من شأنه المساس بحرية التعاقد الأمر الذى ينطوى على مساس بقاعدة دستورية([2]).

وعلى الرغم من أن الشارع الإيرلندى حتى الآن قبول السجلات والتوقيع الإلكترونى كدليل لإثبات التصرفات فى المجال المدنى ؛ أما فى نطاق القانون الجنائى ، فإنه يجوز اعتبارها أدلة للإثبات أمام القضاء الجنائى ، إذ يجيز قانون الأدلة الجنائية لسنة ١٩٩٢([3])قبول الأدلة المتحصلة من الكومبيوتر والسجلات الإلكترونية فى الإثبات([4]).

– الآثار القانونية لعدم تقرير القوة القانونية للمستند الإليكترونى فى الإثبات :

هناك عدد من المشكلات القانونية التى تثور بشأن الأخذ بفكرة المستند الإلكترونى ، وهذه المشكلات وإن كانت تتعلق بالإثبات المدنى والتجارى ؛ إلا أن لها أهمية كبيرة فى نظر القانون الجنائى. ومن هذه المشكلات أن يتطلب الشارع عدم جواز إثبات تصرف معين يتجاوز قيمته مبلغاً معيناً إلا كتابة ، وفى هذه الحالة فإن نظام نقل المستند الذى يتجاوز هذه القيمة إليكترونياً لن يؤدى إلى قبول هذا المستند فى إثبات هذا التصرف. بل إنه فى تقديرنا لا يعتبر مبدأ ثبوت

([1]) ***"…..an exhibit derived from an electronic record, made in the regular course of business, shall be admissible where the exhibit is a true and accurate representation of the electronic record". §4518 Civil Practice Law and Rules. ;Governor and Legislature on New York State's , op-cit, p.8 and note 5.***

([2])***REID: op-cit.***

([3]) ***"Criminal Evidence Act 1992".***

([4])***Smith , op-cit.***

بالكتابة يجيز تكملته بوسائل الإثبات الأخرى ، ذلك أنه لا يصدق على المستند الإلكتروني وصف المستند الكتابي.

وإقرار المستند الإلكتروني في التعامل والتسليم بقيمته القانونية له أهمية كبيرة في نظر القانون الجنائي في إثبات التصرفات سالفة الذكر ، ذلك أن الشارع قد يجرم المساس ببعض العقود المدنية ، وفي هذه الحالة لا بد من إثبات هذه التصرفات أولاً قبل بحث توافر أركان الجريمة ، ويترتب على نفي القوة القانونية للمستند الإلكتروني أن لا يكون بالإمكان إثبات هذه العقود التي تتجاوز المبالغ التي نص عليها القانون إليكترونياً. وتطبيقاً لذلك فإن جريمة خيانة الأمانة لا تتوافر بغير إثبات العقد الذي تسلم بموجبه الأمين المال المبدد ، فإذا نفى المتهم وجود هذا العقد فلابد من إثبات وجوده كتابة ولا يغني عن ذلك إثباته إليكترونياً ، وذلك إذا كان قد تجاوزت قيمته المبلغ الذي لم يجز الشارع إثباته إلا كتابة.

ومن ناحية أخرى فإن النظام الضريبي ما زال يتعمد بصفة أساسية على وجود فواتير كتابية عن البيع والشراء حتى يمكن التعويل عليها في إجراء المعاملة الضريبية ، وهو ما قد يتنافى مع فكرة المستند الإلكتروني الذي قد لا تأخذ به السلطات الضريبية([1]).

- بعض صور المستند الإلكتروني

- **العقود الإلكترونية**: العقد الإلكتروني هو عقد يتحقق بإيجاب وقبول مثل العقود العادية التي تبرم وتوقع كتابة ؛ غير أن الإيجاب والقبول يتحقق بوسيلة إلكترونية دون حاجة إلى مستند مكتوب([2]). ومن أمثلة ذلك أن يرسله الموجب عرضه إلى الطرف الآخر بطريق البريد الإلكتروني

([1])الدكتور حسين شحادة الحسين: ص ١١.

([2]) انظر في تمييز العقد الإلكتروني الدكتور أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذي عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" والذي عقد بمدينة العين في= الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ٣٧ ، ويرى في هذا الموضع أن الوسيلة المميزة لهذا العقد هو إبرامه عبر شبكة الإنترنت. وفي تقديرنا أن في هذا التحديد تضييق لفكرة

الذى قد يكون شخصاً أو هيئة اعتبارية ويقوم من يوجه إليه الإيجاب بالتوقيع عليه إليكترونياً بما يفيد القبول ويعيده للمرسل ثانية ، ومن ثم ينعقد العقد بهذه الطريقة وتكون له قوته القانونية([1]). ويستوى فى هذا القبول أن يتم فى رسالة منفصلة ترسل إلى صاحب الإيجاب أو أن ترسل فى ذات المستند الذى يتضمن الإيجاب ، ويتحقق ذلك بقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أحد الأزرار فى صفحة المستند والتى يتضمن معنى القبول ، وذلك عقب بيان شروط العقد أو أن يقوم بوضع توقيع الإليكترونى فى خانة معينة ويقوم بإعادة المستند ثانية إلى الموجب([2]).

– تحديد القوة القانونية للعقود الإلكترونية فى ظل غياب النص:

ويثور التساؤل عن مدى نفاذ العقود المبرمة من خلال مستند إليكترونى ، دون وجود تشريع وطنى ينص على المساواة بين المستند الإلكترونى والمستند العادى؟. وعلة هذا التساؤل هى أن الكثير من التشريعات لم تصدر بعد قوانين تنظم بمقتضاها السجلات والتوقيع الإلكترونى وتحدد مدى القوة القانونية لها فى الإثبات ، ومن هذه التشريعات على سبيل المثال التشريع المصرى والإيرلندى.

فى تقديرنا أن أغلب العقود المدنية لا يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً لإبرامها([3]) ، فيجوز أن تنعقد بمجرد الإيجاب والقبول الشفهى ومن باب أولى إذا أبرمت من خلال مستند إليكترونى. غير

العقد الإلكترونى الذى لا يقتصر إبرامه فقط على شبكة الإنترنت ؛ بل يمتد إلى غيرها من وسائل إليكترونية مثل الشبكات المغلقة أو نظم تبادل البيانات الإلكترونية.

([1])Cummings: ***e-Sign Act Raises the Speed Limit on the Information Superhighway, op-cit. ; New Law Makes E-Signatures Valid, Contracts created online are now as legal as those on paper, op-cit. .***

([2])*New Law Makes E-Signatures Valid, op-cit ; Cummings: op-cit.*

([3]) يعتبر القانون المدنى الإيرلندى من اقل التشريعات الأوربية تمسكاً بالشكلية ، وتنحصر العقود التى أوجب فيها الشارع الإيرلندى انعقادها كتابة فى عقود بيع الأراضى وعقود الضمان والعقود المؤجل تنفيذها لأكثر من سنة ، واتفاقات الائتمان ، وقد نص قانون حقوق الطبع الإيرلندى لسنة ١٩٦٣ على أن التنازل عن حقوق الطبع لا يتم إلا كتابة.

أن الصعوبة الحقيقية تثور فيما تقرره بعض هذه التشريعات من عدم جواز إثبات التصرف الذى يجاوز قيمة معينة إلا بالكتابة بمدلولها التقليدى ، فى هذه الصورة يثور التساؤل عن جدوى إسباغ الحماية المقررة للمستند الإلكترونى فى هذه الحالة على الرغم من عدم اعتراف الشارع بقيمته فى الإثبات؟. فى تقديرنا أنه يجب أن نفرق بين وجود العقد ذاته وبين إثباته: فإبرام العقد عن طريق المستند الإليكترونى بإيجاب وقبول يؤدى إلى وجود العقد وإنتاجه آثاره القانونية ، ومن ثم يكون جديراً بالحماية الجنائية ، أما ما يتطلبه قانون الإثبات من وجوب إثبات التصرف الذى يجاوز قيمة معينة بالكتابة ، فإن ذلك لا يؤثر على قيام العقد ، فضلاً عن أن التمسك بهذا الدفع هو مقرر لمصلحة الخصم ويجوز له أن يتنازل عن التمسك به سواء صراحة أم ضمناً ، دون أن يؤثر ذلك على نشأة الالتزام أو صحته. ومن ناحية أخرى فإن هناك الكثير من الاستثناءات التى ترد على قاعدة الإثبات بالكتابة ، كما أن الشارع الجنائى يسبغ الحماية الجنائية على بعض العقود المدنية ولو لم تكن ثابتة كتابة. وفى تقديرنا أنه يجب أن يتدخل الشارع بإصدار تشريع يحدد بمقتضاها القوة القانونية للعقود التى تبرم بوسائل إليكترونية.

– **الاعتماد المستندى الإلكترونى**: إذا أراد المشترى استيراد بضاعة ما فإنه يقوم بإبرام عقد بيع مع البائع يتفقان فيه على دفع الثمن عن طريق الاعتماد المستندى ، ثم يتوجه المشترى إلى بنكه طالباً فتح الاعتماد المستندى لصالح البائع محدداً فيه كافة تفاصيل عملية البيع ، ويقوم البنك بعد ذلك بإبلاغ البائع بالاعتماد المفتوح لصالحه ،وذلك بشكل مباشر ؛ أو عن طريق بنك مراسل له فى بلد المصدر ، ويمكن أن يقوم هذا البنك الأخير بتعزيز الاعتماد ، فإن تحقق ذلك اصبح ملتزماً بالدفع إلى المستفيد بالإضافة إلى التزام البنك مصدر الاعتماد([1]). وإذا اقتنع البنك مصدر الاعتماد بأن مستندات البضاعة مطابقة لشروط الاعتماد قام بالسداد للبنك المراسل قيمة ما دفعه

Smith (Emma): Are there legal uncertainties relating to e-commerce in Ireland? Why is it important to remove them? http://themes/global/legal.htm.

([1]) الدكتور حسين شحادة الحسين: ص ١ .

إلى المستفيد ، أما إن وجدها مخالفة لشروط الاعتماد فإنه يرسل إخطاراً إلى البنك المراسل برفض المستندات فى مدة معقولة.

وقد أفضى التقدم التقنى إلى ظهور "الاعتماد المستندى الإلكترونى"([1]) الذى تتم فيه الإجراءات السابقة عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونى. فيقوم المستورد بإرسال طلب فتح الاعتماد إلكترونياً ، ويقوم البنك بالرد عليه بذات الوسيلة ، فإن قبل أرسل نص الاعتماد إليكترونياً إلى المستفيد. وقبل انتهاء مدة صلاحية الاعتماد فإن المستفيد يرسل إليكترونياً الفواتير اللازمة المتعلقة بالشحن ، كما يقوم المستفيد بإرسال رسائل إليكترونية للأطراف المشاركة فى عملية البيع مثل الشاحن والمؤمن والمفتش لما قبل الشحن ، يطلب فيها إرسال مستنداتهم إليكترونياً إلى البنك مصدر الاعتماد. ثم يقوم البنك مصدر الاعتماد بإرسال الرسائل الإلكترونية الواردة إليه إلى البنك المراسل ([2]).

ويؤدى الاعتماد المستندى الإلكترونى إلى إتمام الصفقات فى سهولة ويسر وبسرعة كبيرة مما يؤدى إلى أن يملك المتعاملون به قدرة تنافسية تفوق غيرهم من المتعاملين بالطرق التقليدية ، كما يؤدى إلى الإقلال من تكلفة إرسال المستندات والاستفادة من ميزة التبادل الإلكترونى فى حل المشكلات الناتجة من وصول البضائع قبل وصول المستندات([3]).

وعلى الرغم من أن لائحة (٥٠٠) لم تتضمن نصاً ينظم الاعتماد المستندى الإلكترونى ؛ فإن نص المادة ٢٠ ب من هذه اللائحة قد اعتبر أن المستندات الصادرة عن وسائل تقنية حديثة كالكومبيوتر تعتبر مستندات أصلية مقبولة ما لم ينص عقد الاعتماد على غير ذلك بشرط أن يؤشر عليها على أنها أصلية وعند الاقتضاء تبدو أنها موقعة([4]).

([1]) ***"electronic documentary credit".***

([2])الدكتور حسين شحادة الحسين: ص ١-٢.

([3])الدكتور حسين شحادة الحسين: ص ١٠.

([4])الدكتور حسين شحادة الحسين: ص ١٠

- **حوالة الوفاء الإلكترونية:** تطورت وسائل الوفاء حيث أصبح بمقدور الدائن أن يوفى إلتزاماته بواسطة الوسائل الإلكترونية ، وقد أنشأت بعض الدول أنظمة وفاء وطنية ، كما أصبح هنـــاك عدة أنظمة عالمية للوفاء من أبرزها نظام شبكة السويفت SWIFT وهو نظام دولى يستخدم على نطاق واسع لإجراء الحوالات الإلكترونية الدولية. ويقصد بالوفاء الإلكترونى هو وفاء الالتـــزام بالوسائل الإلكترونية ، ويتم ذلك إما بتوجيه أمر من المدين إلى مصرفه لوفاء إلتزام بذمته بوسيلة إلكترونية إلى دائنه ؛ وإما بتوجيه أمر من المدين إلى مصرفه بتحصيل مبلغ من حساب دائنه بنـــاء على تفويض مسبق بواسطة إلكترونية([1]).

وتتم الصورة الأولى التى يطلق عليها التحويل الدائن بقيام الدائن باتخاذ الإجـــراءات المصـــرفية اللازمة لتحويل مبلغ معين إلى المستفيد سواء كان فى نفس المصرف أو فى مصرف آخر ، وسواء بدفع المبلغ مقدماً إلى البنك المحول أو بتفويضه بقيد المبلغ على حسابه لدى البنك. ويمكن للدائن أن يوجه تعليمات بذلك إلى بنكه من خلال رسالة إلكترونية ، وعند وصولها يقوم البنـــك مـــن التأكد من صحتها ومن باقى شروط التحويل مثل كفاية الرصيد ويقوم بعد ذلك بتنفيذ العملية. وأما الصور الثانية والتى يطلق عليها التحويل المدين فتتم بتفويض بنك المستفيد فى تحصيل قيمـــة التحويل من الدائن أو بنكه. وفى هذا التحويل يقوم المستفيد بإصدار تعليمات إلى بنكه بتحصيل مبلغ محدد من النقود من الدائن أو من بنكه. وفى هذه الصورة يجب أن يرفق المستفيد مع طلـــب التحويل تفويض من المحول (المدين) إلى بنكه يفوضه فيه بتحويل المبلغ إلى حساب المستفيد وبقيد القيمة على حسابه([2]). ويعد أمر التحويل مستنداً إليكترونياً يمكن أن يتعرض لأفعال التزوير.

([1]) الدكتور فياض ملفى القضاه: مسئولية البنوك الناتجة عن استخدام الكومبيوتر كوسيلة وفاء ، دراسة مقدمـــة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع القانون والكومبيـــوتر والإنترنت والذى عقد بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٦.

([2])الدكتور فياض ملفى القضاه: ص ١٧.

– **السجلات الطبية الإلكترونية:** امتد استخدام السجلات الإلكترونية إلى المجال الطبى ، حيث تشير الدراسات إلى تزايد استخدام "نظم الرعاية الطبية الإلكترونية"([1]) والتى تتيح الاحتفاظ بسجلات طبية مسجلة بوسائل إلكترونية عن المرضى ، وهو ما يتيح تقديم الرعاية الصحية لهم فى أى مكان ومعرفة سجلهم المرضى والذى يتحقق بمجرد الدخول على هذه السجلات والاطلاع عليها وهو ما يعرف بالرعاية الطبية المتنقلة([2]). كما تكفل هذه النظم عقد المؤتمرات والندوات وطلب المشورة الطبية من خلال السجلات الإلكترونية الأمر الذى يؤدى إلى ارتفاع مستوى الرعاية الطبية وإلى تقليل الأخطاء الطبية وإلى تحقيق الكسب المادى لمقدمى هذه الخدمات([3]). غير أن استخدام السجلات الإلكترونية فى المجال الطبى أدى إلى إثارة العديد من المشكلات المتصلة بأمن هذه السجلات وخصوصية المعومات التى تتضمنها والحق فى السرية وإثارة مشكلات تتصل بالتوقيع الإلكترونى عليها([4]).

المبحث الثانى

نطاق المستند الإلكترونى

– **تمهيد:** نبحث فى هذا الفصل الصلة بين فكرة المستند الإليكترونى وغيره من أفكار ، كما نميز بين الحماية المقررة له وبين بعض صور الحماية الأخرى التى قد تشتبه به.

– **المستند الإلكترونى والحكومة الإلكترونية:** من فوائد الأخذ بنظام الحكومة الإلكترونية أن التعامل مع الأجهزة الحكومية يكون ميسوراً من خلال الاتصال الإلكترونى بمواقع مختلفة وإنجاز التعاملات من خلال هذا الاتصال. ومن خلال الحكومة الإلكترونية يمكن للفرد أو للشخص المعنوى العام والخاص أن يتعامل مع الحكومة بوزارتها وأجهزتها المختلفة ، فمقدوره التعامل مع الضرائب والصحة والتعليم والعمل والمرور والاستفسار عن حالة الطقس وطلب إعانات

([1])"Electronic Health Record Systems".
([2])"Mobile Health Care".
([3]) Electronic Patient Management, About TEPR 2003.
http://www.medrecinst.com/index.about.shtml
([4])Electronic Patient Management, About TEPR 2003, op-cit.

ومساعدات اجتماعية([1]) كما أنه يمكن من خلال الحكومة الإلكترونية نقل المعلومات والاطلاع على البيانات والحصول على الوثائق والشهادات بسهولة ويسر وبلا توقف. وللحكومة الإلكترونية آثارها على الاستثمارات وتوفير فرص العمل: فسيكون بمقدور المستثمرين التعامل مع الأجهزة الحكومية والوقوف على ما تتطلبه التشريعات الوطنية من إجراءات وشروط تتصل باستثماراتهم ، دون أن يكون هناك حاجة إلى التردد على المكاتب الإدارية لأجهزة الدولة([2]). وقد نظر البعض إلى الحكومة الإلكترونية باعتبارها وسيلة مهمة لتعزيز الديمقراطية: ذلك أن من شان الأخذ بها أن تحقق التواصل بين أفراد المجتمع وسلطة الدولة ، كما أنها وسيلة فعالة لكفالة نفاذ القانون([3]). ولا شك فى أن الصلة الوثيقة بين المستند الإليكترونى والحكومة الإليكترونية تدفع إلى القول بأن الحماية المقررة لأحدهما تنطوى بطريق اللزوم على حماية الأخر.

– **الصلة بين المستند الإلكترونى والتجارة الإلكترونية:** لا شك فى أن للتجارة الإلكترونية آثاراً مهمة على التجارة الدولية([4]): فالتجارة الإلكترونية تعنى إمكانية تبادل السلع والخدمات عبر حدود الدول ودون التقيد بإقليم معين أو جنسية معينة([5]). وللتجارة الإلكترونية مزايا وفوائد

([1])*National office for formation Economy: Preliminary Findings from E - government Benefits Study, , 2002. http://www.Egov_benefits.pdf ; E-Government Act of 2002. http://frwebgate.access.gpo.gov/getdoc.html*

([2])*Glasgow City Council : e-Government Strategy creating a 21st Century City, Issue No1 March 2002 , p.23.* **www.glasgow.gov.uk**

([3]) *Holmqvist (Hans-Eric): e-Government in Sweden – visions and actions*
Speech by State Secretary at the conference Digital Government in Finland 4 October 2001 , p.4.

([4]) *Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002*
http://www.diffuse.org/commerce.html

([5]) وسع التوجيه رقم ٤٨ لسنة ١٩٩٨ الصادر من المجلس الأوربى من مفهوم التجارة الإلكترونية ليشمل تقديم كافة الخدمات عن بعد باستخدام وسائل إليكترونية ويتسع هذا التعريف ليشمل تقديم الخدمات المهنية مثل المحاماة والاستشارات القانونية والوساطة والسمسرة والرعاية الصحية والتأمين ؛ وخدمات التسلية مثل الفيديو عند الطلب والألعاب الإلكترونية وزيارة المتاحف إلكترونياً ؛ أو الخدمات المتعلقة بالمعلومات مثل المكتبات والصحف الإلكترونية ؛ وخدمات التسوق والشراء من بعد. غير أن هذا التعريف لا يغطى تقديم خدمات البث الإذاعى

عديدة: فهى تؤدى إلى سهولة إبرام الصفقات والتصرفات القانونية الدولية ، ودون حاجة إلى وسيط سواء أكان هذا الوسيط فرداً أم شركة الأمر الذى يؤدى إلى الإقلال من النفقات وإلى تخطى العقبات والحواجز الجغرافية بين الدول. ومن جهة أخرى فإن من شأن الاستناد إلى شبكات المعلومات تمكين المتعاقدين من التعرف على المعروض من السلع والخدمات ونوعيتها وأوصافها وأثمانها وشروط تسليمها وهو الأمر الذى يعزز الشفافية وييسر من إتمام التعاقدات وأطرافها على بينة وبصيرة من ظروف التعاقد وشروطه([1]).

والصلة بين المستند الإلكترونى والتجارة الإلكترونية واضحة: فإذا كان قوام هذه التجارة هى تبادل السلع والخدمات ، فإن هذا التبادل لا يعدو أن يكون فى حقيقة الأمر عقد يستجمع كافة شروطه القانونية من إيجاب وقبول ويقترن بتوقيع ينسب إلى صاحبه ويرتب آثاره القانونية. وهذا العقد فى مجال التجارة الإلكترونية هو مستند إليكترونى توافرت فيه كل أركان وشروط العقد المكتوب ، ويذيل بتوقيع إليكترونى يتناسب مع طبيعته([2]).

وحماية المستند الإلكترونى تعنى فى حقيقة الأمر حماية للتجارة الإلكترونية: فإذا كانت هذه الحماية فعالة وتكفل صيانة المستند بما تضمنه من محتوى وتكفل صحة التوقيع الإلكترونى عليه ، فإن التعامل التجارى الإلكترونى سيكون محل ثقة المتعاملين. وسوف تؤدى مثل هذه الحماية إلى

والتلفزيونى ، وخدمات البنك الإلكترونى والتسوق من خلال البريد أو الكاتالوجات ، ففى هذه الصور ينتفى تعريف التجارة الإلكترونية لعدم تقديم الخدمة من بعد أو لأن الوسيلة المقدمة بها الخدمة ليست إلكترونية. كما أن التعريف لا يسرى أيضاً فى المجال المنظم بالتشريعات المالية مثل الاستثمار والخدمات البنكية الإلكترونية.

Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002 , op-cit.

([1]) ***PIETTE-COUDOL (Thierry) / BERTRAND (André): Internet et la loi , Dalloz , 1997 , p.177-179.***

الدكتور محمد السيد عرفه: التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، مفهومها ، القاعدة القانونية التى تحكمها ومدى حجية المخرجات فى الإثبات ، ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع القانون والكومبيوتر والإنترنت والذى عقد بمدينة العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ٩.

([2])Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002 , op-cit.

انتشار هذا النوع من التجارة ومن ثم يؤدى فى النهاية إلى ازدهار التجارة الدولية وتنمية العلاقات الاقتصادية بين الدول.

– **الصلة بين المستند الإلكترونى وحماية المستهلك**: هناك صلة وثيقة بين فكرة المستند الإلكترونى وحماية المستهلك: فإذا كانت علة الأخذ بتطبيقات المستند الإلكترونى كالتوقيع والسجلات الإلكترونية هو تسهيل التعامل وسرعة إنجازه ، فإن هذه الاعتبارات لا يجب أن تتجاوز حقوق المستهلك وحمايته من الغش والخداع والتى قد تترتب كنتيجة لإتمام التصرفات من خلال الوسائل الإلكترونية([1]).

– **المستند الإلكترونى والحق فى الإعلام**:

حرية انتقال الأفكار والمعلومات هى إحدى الحريات الأساسية التى يحرص عليها كل شارع ، ويتوقف تقدم الأمم وازدهارها على مدى كفالة هذه الحرية([2]). ومن ناحية أخرى فإن حرية التعبير بصورها المختلفة هى إفصاح عن الشخصية الإنسانية فى المجتمع ، وهى الضمان الذى يقوم عليه أى مجتمع ديمقراطى حر([3]). يقصد بالحق فى الإعلام حق كل إنسان فى أن يستخلص ويتلقى وينقل المعلومات والأنباء والآراء على أية صورة دون تدخل من أحد. وهذا الحق على هذا النحو وثيق الصلة بالصور المختلفة لحرية الرأى والتعبير ، ولا سيما حرية الصحافة والإعلام ، وإن كان أوسع من حرية الإعلام لتضمنه فضلاً عن حرية الوصول لمصادر الأنباء ونشرها ، حرية الكافة

([1])***New Law Makes E-Signatures Valid, Contracts created online are now as legal as those on paper, 2002.***
http://cobrands.consumer.findlaw.com/internet/nolo/ency/029C847E-2EFC-4913-B6DDC5849ABE81F9.html

([2]) الدكتور طارق سرور: ذاتية جرائم الإعلام الإلكترونى ، رقم ١ ص ٢.

([3])***Rupert SCHOLZ & Karlheinz KONRAD: Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 123 (1998), S.61-62.***

فى البحث والتلقى والاتصال والنشر والتوزيع لكافة لمعلومات والأفكار([1]). وتتعدد وسائل استعمال الحق فى الإعلام بين وسائل مسموعة ومرئية ومكتوبة([2]).

وقد أدى التقدم التقنى إلى استحداث صور جديدة أمكن بمقتضاها نقل المعلومات بسرعة وكفاءة والوصول إليها ، سواء أتحقق ذلك من خلال شبكات المعلومات المفتوحة أو المغلقة. ويتيح هذا التقدم للفرد أن ينشئ موقعاً على شبكة المعلومات يضمنه ما يريد من معلومات ، كما يتيح هذا التقدم أن تقوم الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة بإنشاء مثل هذه المواقع أو بنوك المعلومات التى يمكن الولوج إليها والوقوف على ما تحويه.

وللمستند الإلكترونى صلة وثيقة بالحق فى الإعلام: ذلك أنه إذا كان هذا الحق الأخير يعنى أن للفرد الحق فى أن يتلقى ويطلع وينقل المعلومات ، فإن هذه المعلومات قد يحويها المستند الإلكترونى. غير أن مدلول المستند الإلكترونى لا يتطابق دائماً مع دائرة المعلومات ، فقد تصاغ المعلومات فى شكل مستند إليكترونى أو فى شكل غيرها من الصور ، ويعنى ذلك أن للمعلومات نطاقاً أوسع من نطاق المستند الإلكترونى.

– المستند الإلكترونى والملكية الفكرية والذهنية:

يتماثل المستند الإلكترونى مع المصنف فى أن لصاحب كل منهما الحق فى الاستئثار به ، ويحق له كشف محتواه أو تقييد الاطلاع عليه ، ويتماثلان كذلك فى أن الشارع يبسط حمايته لمحتوى كل منهما فلا تمتد إليه يد العبث أو التدمير أو التشويه ، كما أن لصاحب الحق فيهما فى سلطة محو مضمونهما أو سحبه أياً كان الشكل الذى عليه. ومن جهة أخرى فإن دائرة الحماية المقررة لحقوق الملكية الفكرية والذهنية قد تتداخل مع دائرة الحماية المقررة للمستند الإلكترونى: فمن ناحية فإن مدلول حق المؤلف يتسع ليشمل التعبير وليس فقط الأفكار([3]).كما أن المساس بحقوق

([1]) الدكتور هشام رستم : الحماية الجنائية لسرية السوابق الإجرامية (١٩٩٥) ص ١١٣-١١٤.

([2])***BÉCOURT (Daniel): La personne face aux médias , Gayette du palais , no.254 , 6 sept. 1994, no.3 , p.8.***

([3]) المادة الثانية من اتفاقية برن المعقودة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٩٦.

الملكية الفكرية للمصنفات المعالجة إليكترونياً قد تنتمى بالمعنى الواسع إلى المساس بالبيانات الإلكترونية ، ومن ثم تصبح الحماية المقررة لهذه البيانات هى فى الوقت ذاته حماية لحقوق الملكية الفكرية([1]). ومن ناحية أخرى فإن الكثير من التشريعات تدخل قواعد البيانات وغيرها من المصنفات المكتوبة فى دائرة الحماية المقررة لحقوق الملكية الفكرية والذهنية.

ومن ناحية ثالثة فإنه إذا كان يخرج عن نطاق حق المؤلف "الفكرة" ذاتها باعتبارها ليست محلاً للتملك([2]) ؛ فإن هذه "الفكرة" تخرج أيضاً عن نطاق المستند الإلكترونى إلا إذا تجسدت وأخذت شكلاً مادياً ملموساً انطوى عليه المستند ، فعندئذ تنصرف الحماية إلى هذا الشكل.

وإذا كانت هذه هى أوجه الشبه فإن هناك اختلافاً أساسياً بين مدلول المستند الإلكترونى والمصنف: فالمصنف لابد أن ينطوى على عنصر الإبداع ، بينما لا يتطلب المستند هذا العنصر ، إذ أن غاية ما ينطوى عليه هو بيان أو معلومات لها أهمية فى إنشاء التصرفات أو الوقائع القانونية.

ومن ناحية ثانية فإنه إذا كانت الوثائق الرسمية مثل التشريعات والقرارات والاتفاقيات والأحكام القضائية وتقارير البورصة تخرج عن مدلول المصنف([3])؛ فإنها تدخل فى مدلول المستند.

ويترتب على التحديد سالف الذكر أن محل الحماية الجنائية للمصنف يرتكز على حماية حق المؤلف على أفكاره ؛ بينما يعد محتوى المستند وسريته هو محل حماية المستند الإلكترونى. ومن ناحية أخرى فإن الاعتداء على حق المؤلف قد لا ينطوى على أى مساس بجوهر المصنف ذاته ، فمن المقرر أن المساس بحق المؤلف يتوافر إذا تم نشر أو عرض المصنف فى وقت أو بطريقة لم يخترها المؤلف ، ويعنى ذلك أن المساس بحق المؤلف فى هذه الصورة يتحقق دون أن ينطوى ذلك بأى مساس بالبيانات الإلكترونية التى يتضمنها المصنف. ويلاحظ أنه قد ينطوى المستند

([1]) الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٦ ، حيث يتناول سيادته الحماية الجنائية للبيانات المعالجة من خلال حق المؤلف.

([2]) المادة الثانية من اتفاقية برن سالفة الذكر ؛ الدكتور طارق سرور: رقم ١٤ ، ص ٣٦.

([3]) الدكتور طارق سرور: رقم ١٤ ، ص ٣٦.

الإلكترونى على عنصر الإبداع ، وفى هذه الحالة تتعدد صور الحماية المقررة له ، ولا يتنافى ذلك مع المنطق القانونى ، ذلك أنه من المقرر أن الحق الواحد قد يحميه عدة نصوص ، وأن المحرر قد ينطوى على عدة حقوق تتعدد أوجه الحماية المقررة لها.

– المستند الإلكترونى والمستندات المرسلة بطريقة إلكترونية:

يجب التفرقة بين المستند الإلكترونى من ناحية وبين المستندات المرسلة بطريقة إليكترونية من ناحية أخرى :ففى الثانية فإن المستند له أصل ورقى ويقتصر استخدام الوسائل الإلكترونية على مجرد عملية الإرسال ، ومثال ذلك المستندات المرسلة بطريق الفاكس ، ولا تدخل هذه المستندات فى مدلول المستند الإلكترونى ، ذلك أنها لا تتميز عن المستند العادى إلا فى وسيلة إرساله دون أن يمتد إلى إنشائه أو حفظه أو تعديله أو استرجاعه إلكترونياً مثل المستند الإلكترونى([1]).

– المستند الإلكترونى وسرقة الأسرار التجارية : تتداخل أفعال المساس بالمستند الإلكترونى مع فعل سرقة الأسرار التجارية وذلك إذا كان كانت هذه الأسرار مودعة فى مستند إليكترونى ، ومن ثم يكون الاطلاع غير المأذون به على هذا المستند ونقل محتواه إلى الغير مشكلاً لجريمة سرقة الأسرار التجارية. غير أن التمييز بين الموضوع الذى ينصب عليه الفعل المرتكب هو الذى يميز بين الجريمتين: فالمساس بالمستند الإلكترونى يتحقق بأفعال الاطلاع أو النسخ أو النقل غير المأذون بها دون أن يتطلب تحقق أى نتيجة أخرى ؛ أما سرقة الأسرار التجارية فتقتضى أن ينصب الفعل المرتكب على الاستيلاء على هذه الأسرار لحساب الغير ، ولذلك قد تتوافر إحداهما دون الأخرى ، فعلى سبيل المثال فقد تتوافر جريمة سرقة الأسرار دون جريمة الاعتداء على المستند الإلكترونى ، وتطبيقاً فإن قيام الجانى الذى كان يعمل فى إحدى شركات صناعة المعادن بنسخ خطط هندسية من كومبيوتر الشركة التى يعمل بها وقام بتسليمها إلى الشركة المنافسة لها ، فإن هذا الفعل يشكل

([1])Gibbs and Mazan , op-cit.

جريمة سرقة أسراراً تجارية([1]) ؛ غير أنه لا يشكل اعتداء على المستند الإلكترونى الذى احتوى هذه الخطط.

– المستند الإلكترونى والحماية الجنائية للأسرار:

للمستند الإليكترونى صلة وثيقة بالحق فى السرية والخصوصية: فيجب أن يكفل التنظيم التشريعى والفنى للمستند الإليكترونى صيانة حق الأفراد فى السرية والخصوصية. والحرص على وضع الضوابط التى تتصل بالأمن والسرية والخصوصية هى من أهم الأهداف التى تسعى إليها التشريعات التى تنص تطبيقات المستند الإليكترونى([2]).

وقد تتداخل الحماية المقررة للمستند الإلكترونى والحماية الجنائية للأسرار: ذلك أن المستند قد يحوى سراً يرغب الفرد فى الاحتفاظ به بعيداً عن تدخل الآخرين. غير أنه مع ذلك فإن التفرقة بين جرائم الماسة بالمستند الإليكترونى وإفشاء الأسرار ممكنة ، ذلك أن فعل إفشاء السر يجب أن يتم من شخص مؤتمن على الحفاظ على هذا السر([3]) ، وذلك بخلاف الاعتداء المستند الإلكترونى ، إذ يجوز أن يقع من أى شخص. ومن ناحية أخرى فإنه حتى ولو كانت الجريمة لا تتطلب إفشاء السر من أشخاص مؤتمنين عليه على نحو ما ينص عليه الشارع المصرى من تجريم الحصول بطريقة غير مشروعة على سر من أسرار الدفاع عن البلاد أو تسليمه أو إذاعته (المادة ٨٠ أ) ، فإن

([1])***Man Sentenced for Theft of Trade Secrets from Fabricated Metal Products Inc. 2002. www.cybercrime.gov/daddonaSent.htm.***

([2]) انظر على سبيل المثال قانون التوقيع والسجلات الإليكترونية لولاية نيويورك.

Report to the Governor and Legislature on New York State's op-cit., p.10.

([3]) نص الشارع المصرى فى المادة ٣١٠ من قانون العقوبات فى فقرتها الأولى على أن "كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعاً إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس ....". كما نص الشارع الأردنى فى المادة ٣٥٥ من قانون العقوبات على معاقبة ١-كل من حصل بحكم وظيفته أو مركزه الرسمى على أسرار رسمية وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها.... ٢- كان يقوم بوظيفة رسمية واستبقى بحيازته وثائق سرية..... . ٣- كان بحكم مهنته على علم بسر وأفشاه دون سبب مشروع.

الفارق يبقى أيضاً بين الفكرتين. فمدلول "السر" فى جرائم إفشاء الأسرار أضيق نطاقاً من مدلول سرية المستند : فالقانون يحمى السر أياً كان الشكل الذى حفظ فيه هذا السر ، ولا يقصد الشارع حماية هذا الشكل ، وإنما جاءت الحماية على نحو عرضى ، ومن جهة أخرى ، فقد يكون المستند الإلكترونى غير متضمن لسر ما ، ولكن رغم ذلك فلا يجوز الاطلاع عليه ، فالكثير من البيانات الشخصية التى تتضمنها المستندات الإلكترونية لا تنطوى على أسرار بالمعنى الدقيق لمدلول السر ومن ثم لا تشملها الحماية الجنائية الواردة بالنصوص التى تجرم إفشاء الأسرار. وأخيراً فإن هذه النصوص تربط فكرة السر بالعمل المهنى أو الوظيفى لمن ائتمن عليه ، بينما فكرة البيانات الإلكترونية هى أوسع نطاقاً من ذلك ولا ترتبط بها دائما([1]). وتقتصر خطة التشريعات على تجريم وسيلة المساس بالحق فى سرية المستند فى غالبية الصور تاركة تحديد مضمون هذا الحق للمجنى عليه ، فهذا الحق فى تقديرنا يمكن أن يطلق عليه الحق فى "خصوصية المستند الإلكترونى". وعلى خلاف هذه الخطة ، فإن خطة الفقه والقضاء المقارنين تذهب إلى وضع ضوابط لمدلول السر الذى يعد إفشائه إخلالاً بواجب حفظه.

- التمييز بين الحماية المقررة للمستند الإلكترونى والحماية المقررة لنظم تشغيل الحاسب الآلى:

قد تشتبه الحماية المقررة للمستند الإلكترونى مع تلك المقررة لنظم تشغيل نظم الحاسب الآلى: ووجه هذا الشبه أن محل الاعتداء فى الحالتين ينصب على البيانات التى يتضمنها المستند أو برنامج التشغيل. ولعل هذا التشابه هو الذى دفع برأى فى الفقه إلى القول بأن البيانات المدخلة إليكترونياً لا تنفصل عن البرامج التى تنظمها وأنهما لذلك لا تختلفان فى الطبيعة باعتبارهما كياناً معنوياً ، وأن حماية هذه البرامج تعد فى الوقت ذاته للبيانات المعالجة إليكترونياً([2]).

([1])الدكتور نائل عبد الرحمن صالح: ص ٩.

([2])الدكتور على عبد القادر القهوجى: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، بمدينة العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ٤.

وفى تقديرنا أن هذا الرأى محل نظر ، ذلك أن تماثل البيانات الإليكترونية مع برامج تشغيل النظام الذى يتم التعامل مع هذه البيانات فى ظله لا يعنى تماثلهما فى المصلحة التى يحميها الشارع. فالشارع يحمى فى الأولى ما انطوت عليه هذه البيانات من وقائع لها أهمية فى الإثبات ، بينما يحمى فى الثانية نظم إدارة الحاسبات الآلية وهى مصلحة مختلفة عن الأولى ، ولذلك كان من المتصور أن يتحقق مساس بإحدى المصلحتين دون الأخرى ، فعلى سبيل المثال يمكن أن ينصب فعل الجانى على تزوير مستند إليكترونى أو كشف سريته ، دون أن يمتد فعله إلى نظام التشغيل. وعلى العكس يمكن أن ينصب فعل الجانى على الإخلال بنظام التشغيل دون أن ينال من البيانات والمستندات المحفوظة فى هذا النظام ، وهذا التباين يعكس اختلافاً فى المصلحة التى رأى الشارع جدارة حمايتها. وأنه حتى إذا تحقق من فعل الجانى الوارد على نظام التشغيل مساس بالمستندات الإلكترونية المحفوظة فى هذا النظام ، فإن الأمر لا يعدون أن يكون تعدداً معنوياً للجرائم ، ذلك أن فعل الجانى قد أفضى فى هذه الصورة إلى نتيجتين مختلفتين ، وهنا يوقع القاضى عقوبة الجريمة الأشد ، غير أن ذلك لا ينفى التعدد فى هذه الحالة.

ومن ناحية أخرى فإن خطة التشريعات المقارنة لا يبدو أنها تؤيد هذا الرأى ، فعلى سبيل المثال فإن الشارع الفرنسى قد ميز بين الأفعال التى تنصب على البيانات وتلك التى تنصب على البرامج التى تتعلق بعمل بجهاز الحاسب ، وعاقب عليها بنصوص مختلفة ، فالمادة ٣٢٣-٢ من قانون العقوبات تعاقب على جريمة تعطيل أو إفساد نظام التشغيل ؛ بينما عاقبت المادة ٣٢٣-٣ على إتلاف المعلومات أو محوها باستعمال الخداع. وأخيراً فإنه حتى إن انطوى نص واحد على حماية المصلحتين معاً ، فإن ذلك لا يعنى اتحادهما ، ذلك أنه من المقرر أن النص الواحد قد يحمى مصلحة واحدة أو مصالح متعددة(١) وأن ذلك لا ينال من وجوب التمييز بينهما لما يترتب على تحديد المصلحة التى ينالها الفعل بالإيذاء من أهمية.

---

(١) الدكتور حسنين إبراهيم صالح عبيد: فكرة المصلحة فى قانون العقوبات ، المجلة الجنائية القومية ، المجلد ١٧ ع ٢يوليو ١٩٧٤ رقم ٨ ص٢٥٠.

الفصل الثانى

الأفعال الماسة بالمستند الإلكترونى

– طبيعة المستند الإلكترونى وأثره على تطبيق نصوص التجريم العامة على أفعال المساس به:

يثور التساؤل بشأن الطبيعة القانونية للمستند الإلكترونى وهو يعد منقولاً ومن ثم يمكن أن يكون محلاً للحماية المقررة بالنصوص التى تحمى المنقول فى قانون العقوبات ومنها جرائم التخريب والتعييب والإتلاف([1]) ، أم أن له طبيعة تخرج عن ذلك؟. وأهمية هذا الخلاف تبدو بالنسبة إلى القوانين التى لم تفرد حتى الآن تجريماً للمساس بالبيانات الإلكترونية بصفة عامة وللمستند الإليكترونى بصفة خاصة مثل القانون المصرى ، فإذا كان جوهر الإتلاف يتمثل فى تخريب الشىء أو الانتقاص من منفعته بجعله غير صالح للاستعمال أو تعطيله ، ويستوى فيه أن يكون كلياً أو جزئياً ، فهل يمكن تطبيق هذا النص على بيانات المستند الإلكترونى فى حال المساس بها؟.

ذهب رأى إلى أن البيانات الإلكترونية لا تعدو أن تكون مالاً معنوياً يتساوى فى المدلول مع المال المنقول ، وأنه مال به كيان مادى يمكن إدراكه وحيازته ، وأن كلمة "الشى" الذى ينصرف إليها التجريم فى جريمة الإتلاف تشمل الشىء بمعناه المادى والمعنوى معاً ، وأن من شأن عدم تطبيق النصوص التى تجرم أفعال الإتلاف عليه أن يجرده من الحماية الجنائية ، وينتهى هذا الرأى إلى أنه بالإمكان تطبيق النصوص المتضمنة تجريم المساس بهذا المنقول على أفعال المساس بالبيانات([2]).

([1]) انظر على سبيل المثال فى القانون المصرى المادة ٣٦١ من قانون العقوبات.

([2])الدكتورة هدى حامد قشقوش: الإتلاف العمدى لبرامج وبيانات الحاسب الإلكترونى ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٠-١١ ؛ الدكتور الشحات إبراهيم محمد منصور: الجرائم الإليكترونية فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعين بحث فقهى مقارن ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٩.

ويضيف أنصار هذا الرأى أن العبرة فى التفسير هو بالوقوف على قصد الشارع والمصلحة الحقيقية التى أراد حمايتها ، وليست العبرة فيه بالتفسير الحرفى للنصوص ، وأن التوسع فى التفسير الذى يستلهم علة التجريم لا ينطوى على مساس بمبدأ الشرعية([1]). بينما **ذهب الرأى الغالب** فى الفقه إلى أن جرائم التخريب والتعييب والإتلاف يجب أن ترد على منقول مادى ، وأنه يخرج من مدلول المنقول المعلومات والبيانات المخزنة إليكترونياً([2]) ، ولذلك فإن فعل إتلاف أو تعييب مستند إليكترونى لا تمتد إليه النصوص التى تجرم هذه الأفعال إذا انصبت على مستند له طبيعة مادية. وفى تقديرنا أن هذا الرأى الأخير أدنى إلى الصواب ، ويؤيده ما لجأت إليه التشريعات المقارنة من استحداث نصوص تجرم للمساس بالبيانات الإلكترونية –وهو ما سوف نشير إليه لاحقاً–، وهذه الخطة تكشف عن عدم كفاية النصوص العامة فى تجريم الاعتداء على هذه البيانات.

– **تأصيل أفعال المساس بالمستند الإليكترونى**: يمكن تأصيل أفعال المساس بالمستند الإليكترونى إلى طائفتين من الأفعال : الأولى تتضمن الأفعال الماسة بمحتوى المستند الإليكترونى ، والثانية تشمل الأفعال الماسة بسرية هذا المستند. ونخصص لكل طائفة مبحثاً مستقلاً.

([1]) الدكتور هدى قشقوش: ص ١٦ .

([2]) الدكتور غنام محمد غنام: عدم ملاءمة القواعد التقليدية لمكافحة جرائم الكومبيوتر دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ٩ ؛ الدكتور هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات ، (١٩٩٤) ، ص ٣١٣-٣١٤ ؛ الدكتور جميل عبد الباقى الصغير: القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، ص ١٥٧ ؛ الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٤٦ ؛ الدكتور نائل عبد الرحمن صالح: واقع جرائم الحاسوب فى التشريع الأردنى ، ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠ ، ص ٥.

المبحث الأول

الأفعال الماسة بمحتوى المستند الإليكترونى

– **بيان هذه الأفعال:** تتنوع صور المساس بمحتوى المستند الإليكترونى وتختلف فيما بينها ؛ غير أنه يمكن مع ذلك تأصيلها فى طائفتين الأولى هى أفعال تزوير المستند الإليكترونى والثانية هى إتلاف هذا المستند.

أولاً : تزوير المستند الإليكترونى

– التفرقة بين المستند الإلكترونى والمستند الورقى من حيث المساس بالمحتوى:

هناك تفرقة مهمة بين المستند الإلكترونى والمستند الورقى من حيث المساس بمحتوى كل منهما: فالمساس بمحتوى المستند الإلكترونى وتغييره قد يتم فى أى وقت ولا يتسنى كشفه أو الوقوف عليه أو إقامة الدليل على وقوعه ، ومن ناحية ثانية فإن عدداً كبيراً من الأشخاص يجوز لهم الاطلاع على المستندات الإلكترونية والتعامل معها يفوق بكثير المتعاملين فى المستندات الورقية ، وأخيراً فإن المساس بمحتوى المستند الإلكترونى يبدو أكثر سهولة من المساس بالمستند العادى ، فعلى سبيل المثال فإن تزوير التوقيع على المستند الورقى يترك أثراً فى كثير من الأحوال يدل عليه ، بخلاف التزوير المنصب على التوقيع الإلكترونى الذى يتألف من شفرة تحدد هوية الموقع ، وهذه الشفرة يمكن التدخل فيها أو محوها ، وتزويرها قد يكون أسهل من التوقيع الكتابى كما أن اكتشافه والوقوف على مرتكبه قد يصعب فى كثير من الأحيان([1]).

– أهمية تجريم التزوير فى المستند الإليكترونى: التزوير فى المستند الإلكترونى يمثل صورة لا تقل أهمية عن التزوير فى المستندات الورقية ، وتتمثل هذه الأهمية من عدة أوجه: **الأولى** أن المستند الإلكترونى قد حل محل المستندات الورقية فى الكثير من المعاملات التجارية ومن ثم فإن المساس بمحتوى هذه المستندات يؤدى وقوع المتعاقدين فى عيب من عيوب الإرادة مثل الغلط أو التدليس

([1]) GIBBS and MAZAN :op-cit.

الأمر الذى يؤدى إلى إثارة الكثير من المنازعات ومن ثم تهديد استقرار هذه التعاملات. **ومن جهة ثانية** فإن الاعتماد على الطبع الورقى لأصل المستند الإلكترونى وقبوله فى التعامل يؤدى إلى نتيجة مؤداها أن المساس بمحتوى المستند الإلكترونى سيترتب عليه بالضرورة مساس بالصورة الورقية طبق الأصل لهذا المستند([1]). وإذا كانت المحررات الرسمية والعرفية تنطوى على إثبات لوقائع قانونية لها حجيتها فى الإثبات وصار لهذا المحررات الشكل الإليكترونى ، فإن التغيير فى محتواها من شأنه أن ينطوى على مساس بحجية ما تضمنته من وقائع. وأخيراً يبدو أهمية تجريم التزوير فى المستند الإليكترونى فى ضوء ما سبق وأن ذكرناه تفصيلاً من أن فكرة المحرر فى جرائم التزوير التقليدية لا تلتقى مع فكرة المستند الإليكترونى الأمر الذى يجعل من هذا التجريم ضرورة لحماية هذا المستند. وتختلف خطة التشريعات المقارنة فى تجريم تزوير المستند الإليكترونى إلى اتجاهين الأول: يضع نصوصاً عامة لتجريم هذا التزوير ، ومن ثم يمتد حكم هذه النصوص ليشمل التزوير الحاصل فى كافة صور هذه المستندات مثل القانونين الفرنسى والألمانى ، وأما الاتجاه الثانى فيجرم بعض الصور لتزوير المستندات الإليكترونية ومن هذه التشريعات القانون المصرى.

– أولاً : تجريم تزوير المستندات الإليكترونية بنصوص عامة:

ذهب الشارعان الفرنسى والألمانى إلى تجريم تزوير المستندات الإليكترونية بنصوص عامة فى قانون العقوبات. وفيما يلى تناول هذين التشريعين بالدراسة.

– القانون الفرنسى: يرجع تجريم التزوير فى المستندات الإلكترونية إلى ما تقدم به أحد نواب البرلمان الفرنسى([2]) فى ٥ أغسطس سنة ١٩٨٦ من اقتراح يرمى إلى إدخال بعض التعديلات على جريمة التزوير فى المحررات المنصوص عليها فى قانون العقوبات لتشمل أيضاً تغيير الحقيقة فى

([1]) الدكتور حسن عبد الباسط جميعى: إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٣ وما بعدها.

([2]) هو النائب الفرنسى **Jacques Godfrain** الذى عرف هذا التشريع باسمه ، وكان قد سبق هذا الاقتراح مشروع قانون تقدم به وزير العدل الفرنسى ، إلا أنه لم يصدر آنذاك. الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٣٩.

البيانات الإلكترونية([1]) ؛ غير أن هذا الاقتراح لم يؤخذ به ، ورأى مجلس الشيوخ اعتبار تزوير المستندات الإلكترونية جريمة مستقلة عن جريمة التزوير فى المحررات. وقد صدر القانون رقم ٨٨-١٩ فى ٥ يناير سنة ١٩٨٨ الذى انطوى على تجريم صورتين: **الأولى** هى تزوير المستندات المعالجة آلياً أياً كان شكلها إذا كان من شأنها الإضرار بالغير (المادة ٤٦٢-٥) ، **والصورة الثانية** فهى الخاصة باستعمال المستندات المزورة سالفة الذكر (المادة ٤٦٢-٦)([2]).

وبمناسبة استبدال قانون العقوبات الفرنسى سنة ١٩٩٤ بالقانون القديم ألغى الشارع الفرنسى نص المادتين سالفتى الذكر ، وأخذ باقتراح تعديل نص جريمة التزوير الأصلية ليستوعب أيضاً المستندات الإلكترونية ، وذلك بتعديل نص المادة ٤٤١-١ من قانون العقوبات والنص على أنه **"التزوير هو كل تغيير بطريق الغش فى الحقيقة ويكون من شأنه إحداث ضرر ويرتكب بأى طريقة كانت ، سواء أكان ذلك بالكتابة أو بأى سند آخر للتعبير عن الفكر والذى يكون الغرض منه أو كنتيجة له شأناً فى إثبات حق أو واقعة لها آثار قانونية"**([3])([4]). وقد تبنى هذه الوجهة أيضاً قانون التجارة الإلكترونية لدوقية لكسمبورج الصادر فى يونيه سنة ٢٠٠٠ والذى

([1]) وقد كانت خطة هذا المشروع هى تطويع نصوص الجرائم التقليدية مثل السرقة والنصب وخيانة الأمانة والتزوير وغيرها لتشمل البيانات الإلكترونية. الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٣٩.

([2])الدكتور عمر الفاروق الحسينى ، رقم ٤٨ ، ص ٨٦ ؛ الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٤١ ؛ الدكتور طارق سرور: رقم ٤٨ ، ص ٨٤.

([3]) ***"Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des cosequences juridique".***

([4]) ***MARCO (Estelle De): Le Droit Pénal Applicable sur Internet, Mémoire de D.E.A. Informatique et Droit Sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Vivant , Université de Montpellier 1 Institut de Recherches et d'Etudes pour le Traitement de l'Information juridique , 1998 , no.12.***
http://www.juriscom.net/universite/memoire6/penal/html.

عدل نص المادة ١٩٦ من قانون العقوبات التى تجرم التزوير ، فأضاف الكتابة والتوقيع الإلكترونى إلى محل جريمة التزوير بصورتها التقليدية([1]).

وتطبيقاً لذلك فإنه تزويراً تغيير الحقيقة نتيجة بعض طلاب الجامعة المسجلة على كومبيوتر الجامعة ، حتى ولو لم يتم طبعها فى صورة ورقية([2]). والصياغة الجديدة لنص المادة ٤٤١ – ١ سالفة الذكر تسمح باستيعاب النص لكل صور التعبير عن الفكر والتى تكون فى شكل إليكترونى ؛ بل وحتى تلك التى لم يتوصل إليها العلم بعد ، متى كان لها شأن فى إثبات حق أو واقعة لها نتائج قانونية([3]). كما أن الشارع الفرنسى بهذا النص لم يقصر طرق التغيير فى الحقيقة على طرق معينة محددة على سبيل الحصر ؛ وإنما أطلق النص من أى قيد يحدد كيفية وقوع التزوير([4]).

– **القانون الألمانى:** نص الشارع الألمانى فى المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات الواردة فى باب التزوير على تجريم "تزوير السجلات المعالجة تقنياً". ونصت الفقرة الأولى من هذه المادة فى بندها الأول على تجريم فعل "كل من توصل بطريق الخداع إلى ١-"إنشاء سجل مصطنع معالج تقنياً أو قام بتغيير الحقيقة فيه" كما عاقب فى البند الثانى على استعمال هذا السجل([5]). وقد ساوى الشارع الألمانى بين إنشاء سجل إلكترونى مصطنع وبين إحداث التغيير فى النتيجة المؤدى إليها هذا

([1])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٧٢.

([2]) الدكتور غنام محمد غنام: ص ٣٧

([3]) الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠ ؛ الدكتور طارق سرور: رقم ٤٩ ، ص ٨٥.

([4]) الدكتور عمر الفاروق الحسينى: رقم ٤٨ ، ص ٨٨.

([5]) ***§ 268 Fälschung technischer Aufzeichnungen***
(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr 1. eine unechte technische Aufzeichnung herstellt oder eine technische Aufzeichnung verfälscht oder
2. eine unechte oder verfälschte technische Aufzeichnung gebraucht,".
- Strafgesetzbuch , besonderer Teil , 2002
http://www.gesetze-xxl.de/gesetze/_stgb.htm.

السجل ، وذلك من خلال قيام الجانى بإحداث تأثير مخل بعمل السجل([1]). وقد نص الشارع الألمانى على تجريم بعض الصور الخاصة بالمستند الإليكترونى ، وذلك بعد أن وضع الإطار العام لتجريم هذه المستندات فى المادة ٢٦٨ سالفة الذكر ، ومن أهم هذه الصور: تزوير البيانات التى لها قيمة فى الإثبات([2]) (المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات) ؛

ثانياً: تجريم بعض صور تزوير المستندات الإليكترونية: اقتصرت بعض التشريعات على تجريم بعض صور تزوير المستندات الإليكترونية ومن بينها القانون المصرى ، إذ اقتصر الشارع المصرى على تجريم تزوير السجلات والدفاتر الإليكترونية للأحوال المدنية ، ولم يضع نصوصاً عامة تجرم تزوير البيانات والمستندات الإليكترونية. وفيما يلى نبين خطة هذا القانون.

– خطة القانون المصرى: جرم الشارع المصرى تزوير السجلات الإلكترونية الخاصة بالأحوال المدنية ، وسبق أن ذكرنا أن الشارع المصرى قد ساوى فى قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ بين السجلات الورقية والإلكترونية فى تطبيق أحكامه. وقد اعتبر الشارع المصرى البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية بمراكز الأحوال المدنية بيانات واردة فى محررات رسمية ، فنص فى المادة ٧٢ من القانون السابق على أن "فى تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات **تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية** وملحقاتها بمراكز معلومات الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة بها المستخدمة فى إصدار الوثائق وبطاقات تحقيق الشخصية **بيانات واردة فى محررات رسمية. فإذا وقع تزوير فى المحررات السابقة أو غيرها من المحررات الرسمية تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات** ([3]).

([1]) ***".....(3) Der Herstellung einer unechten technischen Aufzeichnung steht es gleich, wenn der Täter durch störende Einwirkung auf den Aufzeichnungsvorgang das Ergebnis der Aufzeichnung beeinflußt".***

([2])**§ 269 "Fälschung beweiserheblicher Daten".**

([3]) نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أن "فى تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية وملحقاتها بمراكز معلومات الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة بها المستخدمة فى إصدار الوثائق وبطاقات تحقيق الشخصية بيانات واردة فى محررات رسمية".

وقد نصت المادة ٧٤ من قانون الأحوال المدنية سالف الذكر على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى غيره من القوانين يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين **كل من اطلع** أو شرع فى الاطلاع أو حصل أو شرع فى الحصول **على البيانات أو المعلومات التى تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية** أو وسائط التخزين الملحقة **بها أو قام بتغييرها بالإضافة أو بالحذف أو بالإلغاء أو بالتدمير أو بالمساس** بها بأى صورة من الصور أو أذاعها أو أفشاها فى غير الأحوال التى نص عليها القانون وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فيه ، فإذا وقعت الجريمة على البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة تكون العقوبة السجن.

– **تقدير خطة الشارع المصرى**: على الرغم من أن الشارع المصرى قد حاول الإحاطة بصور المساس بالبيانات والسجلات الإليكترونية الخاصة بالأحوال المدنية ، فإن خطته مع ذلك لا تسلم من النقد ، ذلك أن الشارع قد اعتبر هذه البيانات المسجلة محررات رسمية وعاقب على تزويرها بعقوبة الجناية (المادة ٧٢ بفقرتيها) ؛ بينما عاد فى المادة ٧٤ ونص على تجريم "تغيير هذه البيانات بالإضافة أو الحذف أو بالإلغاء" وعاقب على هذه الأفعال بوصف الجنحة ، وهو فى تقديرنا تناقض ما كان يجب على الشارع أن يقع فيه ، لأن النص الأول يشتمل بالضرورة على ما تضمنه النص الثانى ، فتغيير هذه البيانات بالإضافة أو الحذف أو الإلغاء لا تعدو أن تكون هى صور التزوير.

ومن جهة أخرى يؤخذ على المادة ٧٤ سالفة الذكر نصها على تجريمها "المساس" بالبيانات والمعلومات "بأى صورة من الصور" ، ذلك أن تعبير "المساس" وإن كان يصلح لأن يرد فى الشروح الفقهية إلا أنه لا يصلح أن يكون بذاته فعلاً مجرماً ، والنص على تجريم "المساس بأى صورة من الصور" يعنى أن السلوك الإجرامى غير محدد وأن الفعل المعاقب عليه يكتنفه الغموض ومن فإنه فى تقديرنا نص غير دستورى.

ثانياً : إتلاف المستند الإليكترونى

- خطة التشريعات المقارنة فى تجريم إتلاف المستند الإليكترونى:

لا يوجد تجريم لإتلاف المستند الإليكترونى على نحو أصيل ؛ وإنما يمكن التوصل إلى حماية هـذا المستند من الأفعال التى تعد إتلافاً له بصورة غير مباشرة ، وذلك من ناحيتين : **الأولى** أن تنصب أفعال الإتلاف على نظام التشغيل الذى يحتوى المستند الإليكترونى فيؤدى بالتبعية إلى إتلاف هذا المستند. **والثانية** أن ينصب الإتلاف على البيانات التى يحتويها المستند وفى هذه الحالة تكون الحماية مقررة للبيانات الإليكترونية بصفة عامة ، غير أنها تمتد بطريق التبعية إلى المستند الإليكترونى بمعناه الدقيق.

- إتلاف نظام معالجة البيانات: جرم الشارع الفرنسى جريمة تعطيل([1]) أو تعييب([2]) تشغيل نظام معالجة البيانات (المادة ٣٢٣-٢). وتتحقق هذه الجريمة بصور مختلفة : فقد تكون وسيلة التعطيل مادية كما لو وقع على الأجهزة عنف أو تخريب أو قطع وسائل الاتصال مما أدى إلى تعطلها ، وقد تتحقق بوسيلة معنوية مثل إدخال فيروس فى نظام التشغيل ([3]).ويستوى مع التخريب أن يقوم الجانى بتشويه المعلومات المخزنة على نحو لا يجعلها غير صالحة للاستعمال([4]). وأما التعييب فهو لا يؤدى إلى توقف الأجهزة عن العمل ؛ وإنما يؤدى إلى جعلها لا تعمل بصورة معتادة مما يؤثر على أدائها. وتطبيقاً لذلك تتوافر الجريمة إذا قام الجناة بإرسال عدد كبير من الرسائل الإلكترونية إلى أحد المواقع مما أدى إلى ارتباك العمل بها وتعطيلها([5]).ويلاحظ أن تعطيل جهاز الحاسب المخزن به المستندات والوثائق الإلكترونية عن العمل لا يدخل فى مدلول التخريب

([1]) **"entraver".**
([2]) **"fausser".**

([3])الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٦.

([4]) الدكتورة هدى قشقوش:

([5])الدكتور جميل عبد الباقى الصغير: الإنترنت والقانون الجنائى ، ص ٦٣.

والتعييب فى تطبيق نص المادة ٣٢٣-٢ من قانون العقوبات الفرنسى ؛ وإنما يعتبر من قبيل الإتلاف المادى المعاقب عليه طبقاً لنص المادة ٣٢٢-١ من قانون العقوبات الفرنسى([1]).

وقد جرم الشارع الألمانى فى المادة ٢٧٠ من قانون العقوبات كل من توصل بطريق الخداع إلى إحداث تأثير يؤدى إلى الإخلال عمل نظام البيانات الإلكترونية([2]).

ويلاحظ أن الإتلاف فى هذه الصورة لا ينال البيانات التى يحويها نظام معالجة البيانات ؛ وإنما ينال من هذا النظام نفسه ، ولذلك فإن الحماية التى توفرها هذه الصورة للمستند هى فى الواقع حماية غير مباشرة ، ذلك أن الشارع لا يهدف إلى حماية المستند كما ذكرنا- على نحو أصيل ؛ وإنما يهدف إلى حماية نظم معالجة البيانات وقيامها بدورها ، ومن ثم تمتد الحماية إلى المستند على نحو تبعى.

– **المساس بالبيانات التى يحويها نظام معالجة البيانات**: المساس ببيانات نظام المعالجة بإدخال بيانات أو محوها لا يعنى أن نكون بصدد صورة من صور تزوير هذه البيانات ؛ وإنما الأثر الذى يحدثه هذا المساس بتلك البيانات هو إتلاف النظام وعدم قدرته على القيام بعمله ، ومثال ذلك محو بعض أوامر التشغيل الأمر الذى يترتب عليه تعطيل النظام ،ولذلك فإن التكييف الصحيح لهذه الصورة هو أنها تنتمى إلى جرائم الإتلاف. وقد نص الشارع الفرنسى على معاقبة كل من **"أدخل بيانات بطريق الغش فى نظام معالجة البيانات أو محى أو عدل البيانات التى يحتوى عليها النظام بطريق الغش"** (المادة ٣٢٣-٣)([3]). ولا يحمى الشارع الفرنسى بهذا النص النظام من الناحية المادية ، ولكنه يوفر بهذا النص الحماية للبيانات الموجودة بالنظام من أى نشاط

([1]) الدكتور طارق سرور: رقم ٤٩ ، ص ٨٦.

([2]) ***§ 270 Täuschung im Rechtsverkehr bei Datenverarbeitung***
Der Täuschung im Rechtsverkehr steht die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleich.

([3]) ***"Le fait d'introduire frauduleusement des donnees dans un système de traitement automatisé ou supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu;il contient est puni de trois ans d'emrisonnement et de 300000 F d'amende".***

إجرامى([1]). تتضمن هذه الجريمة صور ثلاثة : الإدخال ؛ المحو ؛ التعديل. ولا يشترط أن تتوافر هذه الصور جميعاً ؛ بل يكفى لتحقق الجريمة أن تتوافر إحداها. وموضوع الجريمة هو المعلومات التى تم معالجتها إلكترونياً ، وهو ما يعنى شمولها لكافة البيانات الواردة فى المستندات الإلكترونية. ويقصد بفعل الإدخال إضافة بيان جديد على النظام ، ويستوى فى ذلك وجود بيانات سابقة تم إضافة البيان الجديد إليها ، أو أن يكون موضع الإضافة كان خالياً من البيانات قبل تحققها([2]).

وهناك تفرقة مهمة بين هذه الجريمة وجريمة التزوير المنصوص عليها فى المادة ٤٤١-١ من قانون العقوبات سالفة الذكر ، فجريمة التزوير تقتضى تغييراً فى الحقيقة ، وهى تفترض من بين عناصرها أن ينتج ضرر من هذا التغيير ؛ بينما جريمة المساس بالبيانات المنصوص عليها فى المادة ٣٢٣-٣ ، فتتحقق بمجرد الإدخال أو التعديل أو المحو ولو لم يترتب على ذلك أى ضرر ، بل ولو لم يكن هناك تغيير فى الحقيقة بالمعنى الدقيق ، فالشارع الفرنسى نظر إلى هذه الجريمة باعتبارها من جرائم الخطر([3]).

وهذه الجريمة عمدية ، ويستفاد ذلك من تطلب الشارع وقوعها بطريق الغش ، ويعنى ذلك أن هذا القصد ينتفى إذا قام الجانى بمحو أو تعديل بيانات النظام على وجه الخطأ.

- **تجريم الأعمال التحضيرية**: عاقب الشارع الفرنسى على المساهمة فى جماعة أو الاتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحضير بعمل أو أعمال مادية بقصد ارتكاب جريمة أو أكثر من جرائم تعطيل أو تعييب أو المساس ببيانات نظام معالجة البيانات(المادة ٣٢٣-٤). ويمثل هذا النص خروجاً على القواعد العامة فى التجريم ، إذ يعاقب الشارع الفرنسى على الأعمال التحضيرية ، ويعلل ذلك الخروج هو رغبة هذا الشارع فى كفالة حماية وقائية لنظم المعلومات والبيانات

([1])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥٥.

([2])الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٩.

([3]) Marco , op-cit. , No. 113.

الإلكترونية([1]). ويعاقب الشارع الفرنسى على هذا النشاط بعقوبة الجريمة الأصلية. ويلاحظ أنه إذا تمت الجريمة التى تم التحضير لها بالفعل وساهم الجناة فيهما ، فإننا نكون بصدد تعدد مادى للجرائم لا يقبل التجزئة ، على أنه يجب أن تتوافر علاقة السببية فى هذه الحالة بين الأفعال التحضيرية وبين الجريمة التى ارتكبت([2]).

وقد عاقب الشارع الفرنسى على الشروع فى الجريمة بعقوبة الجريمة الأصلية (المادة ٣٢٣-٧).

- **مسئولية الشخص المعنوى**: أجاز الشارع الفرنسى مساءلة الأشخاص المعنوية عن ارتكاب صورتى الإتلاف المنصوص عليهما فى المادتين ٢٣٢-٢ ، ٢٣٢-٣ من قانون العقوبات سالفى الذكر ، وذلك طبقاً للنصوص العامة التى تقرر المسئولية الجنائية لهذه الأشخاص (المادة ٣٢٣-٦). وقد يسأل الشخص المعنوى عن هذه الجرائم سواء بصفته فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو متدخلاً فيها ، كما أنه يسأل عن الجريمة التامة أو الشروع فيها ، غير أنه يجب لتحقق هذه المسئولية أن يثبت أن الجريمة قد ارتكبت بواسطة أحد أعضاء أو ممثلى الشخص المعنوى وأن تكون قد ارتكبت باسم أو لحساب هذا الشخص (المادة ١٢٢-٢ من قانون العقوبات الفرنسى). وتوافر مسئولية الشخص المعنوى لا تعنى استبعاد مسئولية الأشخاص الطبيعيين الجنائية ، سواء بصفتهم فاعلين أو شركاء أو متدخلين فى نفس الجريمة (المادة ١٢١-٢ من قانون العقوبات فى فقرتها الثالثة)([3]).

([1]) الدكتور على عبد القادر القهوجى ، ص ٤٨ ؛ الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٤٧-٤٨.

([2]) الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٤٩.

([3])الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٤٧.

المبحث الثانى

الأفعال الماسة بسرية المستند

– **تمهيد:** تعدد صور الأفعال الماسة بسرية المستند والتى نصت عليها التشريعات المقارنة: فقد تأخذ هذه الأفعال صورة الدخول غير المشروع على السجلات الإلكترونية ، وقد تأخذ صورة نسخ محتوى المعلومات والبيانات التى يحويها المستند أو طبعها([1]). ونشير فيما يلى إلى خطة التشريعات المقارنة فى النص على هذه الأفعال ، ثم نبين الأركان المشتركة لهذه الجرائم.

أولاً : خطة التشريعات المقارنة فى النص على الجرائم الماسة بسرية المستند الإليكترونى

– **القانون المصرى:** لم يضع الشارع المصرى نصوصاً تقرر تجريم فعل الدخول غير المشروع والمساس بالبيانات الإلكترونية المحفوظة ، وإنما نص الشارع فى نصوص متفرقة على تقرير بعض صور هذه الحماية([2]) من أهمها ما نص عليه فى قانون الأحوال المدنية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٩٤ السابق الإشارة إليه من أن البيانات والمعلومات المتعلقة بالأحوال المدنية والتى تشتمل عليها

([1])*Are your financial institution's computer systems impenetrable?, op-cit.*

([2])ومن الصور الأخرى التى نص عليها الشارع المصرى ما نص عليه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٠المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٢. فى شأن الإحصاء والتعداد على العقاب على الإخلال بسرية البيانات الإحصائية أو البيانات الفردية ، فقد نصت المادة الثالثة من هذا القانون على أن البيانات الفردية التى تتعلق بأى إحصاء أو تعداد سرية ولا يجوز اطلاع أى فرد أو هيئة عامة أو خاصة عليها ، كما لا يجوز استخدامها لغير الأغراض الإحصائية أو نشر ما يتعلق منها بالأفراد إلا بمقتضى إذن مكتوب من ذوى الشأن. وقد شددت المادة الرابعة من القانون العقوبة فى حالة الإخلال بسرية البيانات الإحصائية أو إفشاء البيانات الفردية أو سراً من أسرار الصناعة أو التجارة أو غير ذلك من أساليب العمل التى يكون قد اطلع عليها بمناسبة عمله فى الإحصاء أو التعداد ، كذلك شدد العقوبة فى حالة الحصول بطريق الغش أو التهديد أو الإيهام بأى وسيلة أخرى على بيانات أو معلومات سرية بشأن الإحصاءات أو التعدادات أو الشروع فى ذلك. ويلاحظ أن هذه البيانات الفردية هى بيانات خاصة بعدد أفراد الأسرة وتتصل بالإحصاءات والتعداد ولا تتعلق بالحياة الخاصة للأفراد الدكتور طارق سرور: رقم ٣٩ ، ص ٦٩-٧٠.

"السجلات أو الدفاتر أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة "سرية" ، ولا يجوز الاطلاع عليها أو الحصول على بياناتها إلا فى الأحوال التى نص عليها (المادة ١٣ فى فقرتها الأولى من هذا القانون).

بل إن الشارع قد اعتبر أن البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة التى تشتمل عليها السجلات والدفاتر الإلكترونية السابق ذكرها **"سراً قومياً"** لا يجوز الاطلاع عليه أو نشره إلا لمصلحة قومية أو علمية وبإذن كتابى من مدير مصلحة الأحوال المدنية أو من ينيبه (المادة ١٣ فى فقرتها الثانية).

وإذا كان تحليل هذين النصين يؤدى إلى القول بأن الشارع لم يقصد حماية البيانات الإلكترونية فى هذه الحالة ؛ وإنما قصد حماية السر ، فإن إسباغ الشارع صفة السر على كافة البيانات المخزنة تجعل من هذه الحماية –فى تقديرنا– ذات طبيعة مختلطة.

وقد نصت المادة ٧٤ من قانون الأحوال المدنية سالف الذكر على أنه مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى غيره من القوانين يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين **كل من اطلع أو شرع فى الاطلاع أو حصل أو شرع فى الحصول على البيانات أو المعلومات التى تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة بها ..... أو أذاعها أو أفشاها** فى غير الأحوال التى نص عليها القانون وفقاً للإجراءات المنصوص عليها فيه ، فإذا وقعت الجريمة على البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة تكون العقوبة السجن".

ونصت المادة ٧٦ من هذا القانون على أنه يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة بأية صورة من الصور ، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا وقعت الجريمة فى زمن الحرب".

– **القانون الفرنسى**: عاقب الشارع الفرنسى بنص المادة ٣٢٣-١ من قانون العقوبات على مجرد الدخول بطريق الخداع فى كل أو جزء من نظام للمعلومات أو إبقاء الاتصال به على نحو غير

مشروع([1]). وقد شدد العقوبة إذا ترتب على نشاط الجانى إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل هذا النظام([2]).

وقد شدد الشارع الفرنسى العقاب فى حالة ما إذا ترتب على الدخول فى النظام أو البقاء فيه محو أو تعديل البيانات التى يحويها النظام أو ترتب عليهما تعطيل النظام عن القيام بعمله. ويجب لتوافر هذا الظرف أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الدخول غير المشروع أو البقاء فى النظام وبين محو أو تعديل البيانات أو تعطيل النظام عن القيام بعمله.أما إن كان هذا المحو أو التعديل يرجع إلى أسباب أخرى هى التى أدت إليه كالقوة القاهرة والحادث الفجائى فإن صلة السببية تعد منتفية ولا يسأل الجانى فى هذه الحالة عن الظرف المشدد([3])

ويحمى الشارع الفرنسى كذلك سرية المستند الإليكترونى من خلال المواد ٢٢٦-١٦ إلى ٢٢٦-٢٤ من قانون العقوبات التى تجرم المساس بسرية المعلومات المخزنة.

وقد كان الشارع الفرنسى ينص بموجب القانون رقم ٨٧-١٧ الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٧٨ الخاص بالمعلوماتية والبطاقات والحرية([4]) على تجريم استخدام المعلومات المسجلة فى غير الأغراض التى وضعت من أجلها فى الحاسب الآلى ، كما كان يجرم أيضاً جريمة إفشاء هذه المعلومات. كما كان ينص بموجب قانون ١٩ لسنة ١٩٨٨ على تجريم محو البيانات الإلكترونية كلها أو بعضها أو تعديلها([5]).

([1]) ***"Le fait d'accéder ou de se maintenir, fraulduleusement, dans tout ou partie d'un systàme de traitement automatisé de données est pun d'un an d'emprisonnement et de 100000 F d'amende".***

([2]) ***"L'orsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de donée contenues dans le système, spoit une altéeration du fonctionnement de ce système , la pein est ……".***

([3])الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٤.

([4]) ***"Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés".***

([5]) الدكتورة هدى قشقوش: الإتلاف العمدى لبرامج وبيانات الحاسب الإلكترونى ، ص ١١-١٢.

وقد ألغى الشارع الفرنسى هاتين المادتين ونقل نصهما إلى قانون العقوبات الحالى الصادر سنة ١٩٩٤ ، ثم أضاف جرائم أخرى إلى هاتين الصورتين هى جريمة الحصول بطريق الخداع على معلومات خاصة بأحد الأشخاص أو وضع معلومات بذات الوسيلة تخص أحد الأشخاص على الرغم من اعتراضه المبنى على أسباب مشروعة (المادة ٢٢٦-١٨). وجريمة وضع معلومات فى ذاكرة الكومبيوتر عن أصول الشخص العرقية أو آرائه السياسية أو الفلسفية أو الدينية أو انتماءاته النقابية أو تتعلق بسلوكه (المادة ٢٢٦-١٩). كما نص الشارع الفرنسى على تجريم اطلاع الغير ممن ليس له صفة فى تلقى هذه البيانات ، دون إذن من صاحب الشأن إذا كان من شأنها المساس باعتبار صاحب الشأن أو المساس بحرمة حياته الخاصة (المادة ٢٢٦-٢٢). ومفاد خطة الشارع الفرنسى أنه جرم أفعال جمع المعلومات وحفظها ونقلها وربطها بغيرها من معلومات أو الإطلاع عليها وجرم إفشاء الأسرار المودعة فى بنوك المعلومات والمأخوذة بطريقة مشروعة ممن له حق الإطلاع عليها ، وذلك فى الحالات التى يتم الحصول فيها على هذه المعلومات بشكل مشروع ضماناً لعدم إفلات الجانى فى هذه الحالة من العقاب([1]).

– **القانون الألمانى** : تدخل الشارع الألمانى بقانون ١٥ مايو سنة ١٩٨٦ فأضاف المادة ٢٠٢ (أ) إلى قانون العقوبات ، التى جرم بمقتضاها فعل التجسس على المعلومات المخزنة. ويتحقق الركن المادى لهذه الجريمة بفعل الحصول على المعلومات المحفوظة أو نقلها ، وذلك بطريق الدخول غير المصرح به للجانى لهذه المعلومات([2]). ومن المستقر عليه فى نظر الفقه والقضاء الألمانيين أنه يلزم لتحقق هذه الجريمة أن تكون هذه المعلومات مخزنة بوسيلة إلكترونية مثل الكومبيوتر وشبكات

([1]) الدكتور طارق سرور: رقم ٣٧ ، ص ٦٥.

([2]) ***§ 202a "Ausspähen von Daten (1) Wer unbefugt Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, sich oder einem anderen verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.***

(2) ***Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden".***

المعلومات والأرشفة الإلكترونية وقد اشترط الشارع الألمانى أن تتوافر لهذه المعلومات حماية خاصة ، ومثال ذلك استلزام توافر كلمة سر للولوج إلى هذه المعلومات أو بطاقة خاصة([1]).

– **القانون الأمريكى**: جرم الشارع الأمريكى الاتصال بأجهزة كومبيوتر بطريق الخداع([2]) وذلك بموجب المادة ١٠٣٠ (أ) فى فقرتها الثانية. ونص على "حظر الاتصال العمدى غير المأذون به لأجهزة الكومبيوتر ذات الشأن الاتحادى"([3]).

وقد أوضح الشارع الأمريكى المقصود بعبارة "أجهزة الكومبيوتر ذات الشأن الاتحادى" من أنها كل جهاز كومبيوتر مقصور استعماله على مؤسسة مالية أو حكومة الولايات المتحدة ، أو –فى حالة عدم قصر استخدامه على النحو السابق– ، فإنه يكون مستخدماً فى أو بواسطة مؤسسة مالية أو حكومة الولايات المتحدة وأن يكون التصرف المشكل للجريمة مؤثراً فى عملية لهما تجرى باستخدام هذا الكومبيوتر ؛ أو متى تم استخدام واحد أو أكثر من أجهزة الكومبيوتر فى ارتكاب الجريمة ليست جميعها موجودة فى ولاية واحدة([4]).

وقد جرم الشارع الأمريكى صوراً مختلفة من الأفعال يجمع فيما بينها "فعل الدخول غير المشروع" ، ومن أهم هذه الصور: ١–الاتصال بغير إذن بكومبيوتر ، للحصول على معلومات تتعلق بالدفاع الوطنى أو العلاقات الخارجية أو للحصول على معلومات فى السجل المالى لمؤسسة مالية أو لمكاتب حماية المستهلك أو للتلاعب فى المعلومات المخزنة على الكومبيوتر الذى من شأنه إحداث أثر ماس للعملية التى تجريها حكومة الولايات المتحدة بهذا الكومبيوتر([5]).

٢– الاتصال بكومبيوتر ذا شأن اتحادى دون أن يكون مرخصاً بإجراء هذا الاتصال أو بالتجاوز لهذا الترخيص ، وذلك بنية سلب أو الحصول على أى شئ ذا قيمة([6]).

([1])*WESSELS (Johannes) / HETTINGER (Michael): Strafrecht , Besonderer Teil 1 , (1999) , S.138.*

([2]) *"Fraud in Connection with Computers".*

([3]) *"Unauthorized, intentional access to federal interest computers".*

([4]) **18 U.S.C. § 1030(e)(2) (1994) , *Raskin / Schaldach-Pavia, p.545.***

([5]) **Sections 1030(a)(1)-(3).**

([6]) **Section 1030 (a)(4), *Raskin / Schaldach-Pavia, p.546.***

٣- الدخول العمدى غير مأذون به لكومبيوتر ذو شأن اتحادى ، وتمكنه بهذه الوسيلة من تغيير أو إلحاق الضرر أو محو البيانات المسجلة به ، أو منع استخدام مشروع لهذا الكومبيوتر([1]).

وقد تضمن قانون ١٩٩٤ ثلاثة إضافات مهمة إلى التعديل الصادر بموجب قانون ١٩٨٤ ؛ الأول غير بمقتضاه ما شمله من أفعال ارتكبت على كومبيوتر ذو شأن اتحادى وأثرت على هذه الأجهزة إلى الأفعال المرتكبة على أجهزة كومبيوتر فى داخل إحدى الولايات فى مجال التجارة أو الاتصالات وأثرت على أى جهاز آخر. والثانى لم يعد بمقتضاه "الاتصال غير المأذون به" متطلباً فى كل جريمة ، إذ قصد الشارع أن يوسع فى نطاق المسئولية الجنائية فى الأفعال التى ترتكب من شخص له حق الاطلاع فى شركة أو مستخدم مصرح له بذلك ، الذين لم يكن التجريم يشملهم بموجب قانون سنة ١٩٨٦([2]).

ثانياً : العناصر المشتركة فى جرائم المساس بسرية المستند الإليكترونى

– **الجانى:** الجانى فى جرائم الاتصال غير المشروع هو من يتصل بجهاز كومبيوتر مشمول بالحماية بدون أن يكون مأذوناً له بذلك ولا يكون له التوقع المعتاد لمساس فعله بالحق فى الخصوصية فى حال الاتصال المجرى من أو إلى جهاز مشمول بالحماية. ولا تتطلب الجريمة صفة خاصة فى فاعلها ، إذ ترتكب من أى شخص سواء أكان له صلة وظيفية فى مجال أنظمة المعالجة الإلكترونية أم أنه لا تتوافر له مثل هذه الصفة([3]).. ويخرج عن هذا المدلول من كان يرتبط بعلاقة عقدية قائمة مع مالك أو مدير جهاز كومبيوتر مشمول بالحماية تتيح له تحقيق الاتصال كلياً أو جزئياً بهذا الجهاز([4]).

([1]) **Subsection 1030(a)(5) , *Raskin / Schaldach-Pavia, p.546.***

([2])***Raskin / Schaldach-Pavia, p.546.***

([3])الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥١.

([4]) انظر فى هذا المدلول المادة ٢٥١٠ من التقنين الاتحادى للولايات المتحدة

"computer trespasser" A) means a person who accesses a protected computer without authorization and thus has no reasonable expectation of privacy in any communication transmitted to, through, or from the protected computer; and

– **فعل الدخول غير المشروع**: وتتحقق الجريمة بفعل الدخول ، و لم تحدد التشريعات المقارنة المقصود بفعل الدخول أو الوسيلة المتبعة فى ذلك الدخول ، ومن ثم تقع الجريمة بأى وسيلة من الوسائل ، فقد يتم الدخول باستعمال أجهزة خاصة تمكنه من كسر شفرة قاعدة البيانات أو أن يستخدم الشفرة الصحيحة الخاصة بشخص آخر مأذون له بالدخول([1]). وتفترض الجريمة أن نظام الدخول على البيانات غير متاح للجمهور ؛ وإنما يكون الإذن فيه مقصوراً على عدد محدود من الأشخاص أو الهيئات([2]).

ويستوى أن يتم الدخول إلى قواعد البيانات كلها أو إلى جزء فقط من نظام التشغيل ، وتتحقق الصورة الأخيرة إذا تمكن الجانى من كسر شفرة بعض قواعد البيانات أو مواقع المعلومات دون أن يتمكن من اختراق كل مواقع النظام .

وقد يكون البقاء غير المشروع لاحقاً على دخول قد تم بوجه مشروع ، ويتحقق ذلك بتجاوز شخص النطاق الزمنى أو الغرض المصرح له فى الاتصال بنظام المعلومات([3]).

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن جريمة الدخول غير المشروع هى جريمة وقتية ؛ فى حين أن البقاء داخل النظام يتصف بالاستمرار([4]). **وفى تقديرنا أن هذا الرأى محل نظر** ، ذلك أن العبرة فى تحديد طبيعة الجريمة هو بتحديد مدى قابلية ركنها المادى للاستمرار ، ولا شك فى أن الدخول

B) does not include a person known by the owner or operator of the protected computer to have an existing contractual relationship with the owner or operator of the protected computer for access to all or part of the protected computer."

([1]) الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٠.

([2])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥٠.

([3]) الدكتور جميل عبد الباقى الصغير: القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، الكتاب الأول الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلى (١٩٩٢) ، ص ١٥٠.

؛ الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٢ ؛ الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥١

([4])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥١.

على نظم حفظ البيانات الإلكترونية يمكن أن يستمر فترة من الوقت يتجدد أثناءها ارتكاب الركن المادى للجريمة ، ولا تقف الجريمة إلا بإنهاء الجانى دخوله غير المشروع. ويلاحظ فى تقديرنا أنه لا يجوز الاستناد إلى تعدد صورتى التجريم فى النص الفرنسى سالف الذكر والذى يجرم فعلى الدخول والبقاء ، لأن هذا التعدد كان لعلة أخرى مفادها مواجهة صورة تجاوز الشخص الذى كان دخوله قد تم بوجه مشروع لنطاق الإذن المخول له ، وهو الأمر الذى لا صلة له بطبيعة الجريمة.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الدخول قد يكون مشروعاً إذا كان عن طريق الصدفة أو الخطأ أو السهو وأنه كان يجب على الشخص فى هذه الحالة أن يقطع اتصاله وينسحب فوراً فإن بقى سرى عليه نص العقاب([1]). **وينتقد البعض** هذا الرأى بقولهم أن الدخول بطريق الصدفة أو الخطأ أو السهو يتسم بعدم المشروعية وإن كان القانون الجنائى لا يعاقب سوى على الدخول العمدى ، وعندئذ يعاقب الجانى إذا بقى عمداً بالنظام([2]).

وفى تقديرنا أن الرأيين محل نظر ، ذلك أن الجريمة لا تتوافر بمجرد الدخول غير المشروع ؛ وإنما يجب أن يتصف هذا الدخول بالخداع ، ويعنى ذلك أن احتمال السهو أو الخطأ قد لا تتوافر فى حال وجود الخداع ، ومن ناحية أخرى فإن الدخول المجرد من الخداع ، لا يعد دخولاً غير مشروع ، ذلك أن سماح النظام بالدخول دون أن ينطوى هذا الدخول على أى غش أو خداع فإن الفعل يتجرد من صفة عدم المشروعية ، حتى ولو ثبت أن هذا السماح كان بسبب خطأ فى التشغيل ، ذلك أنه لا ينسب فى هذه الحالة للشخص إثم.

وقد يكون الدخول مشروعاً فى ذاته غير أن البقاء فى النظام قد يتسم بعدم المشروعية ، وفى هذه الحالة يكون قد شابه الغش ، كما قد يكون الدخول مفتوحاً للكافة غير أنه يكون مقيداً بقواعد

([1]) الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٢.

([2])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥٢.

بيانات معينة دون أن يمتد إلى ملفات النظام الأمر الذى يترتب عليه عدم جواز الدخول لهذه المواقع([1]).

- استعمال طرق خداعية:

يجب أن يتحقق الاتصال غير المشروع بطريقة خداعية ، ويفسر تعبير "طرق الخداع" تفسيراً واسعاً ، فهو لا يتطلب أن يستخدم الجانى وسائل تدليسية فى إحداث هذا الاتصال ، بل يكفى أن يتحقق دون أن يكون الجانى مأذوناً له به متى كان القصد الجنائى متوافراً لديه. وقد فسر القضاء الفرنسى تعبير"الدخول بطريق الخداع" التى نص عليها الشارع الفرنسى فى المادة ٣٢٣-١ سالفة الذكر بأنها تشمل كل الوسائل غير المشروعة التى يتمكن بها الجانى من الدخول فى نظام معالجة آلية للمعلومات([2]). ويتحقق ذلك إذا كان حق الاطلاع على البيانات والسجلات الإلكترونية مقصوراً على أشخاص أو هيئات معينة ليس من بين الجانى. وقد يحدث فى بعض الأحيان أن يكون هذا الاتصال مأذوناً به للعامة ؛ غير أنه يكون مقيداً ببعض القيود. وفى هذه الحالة لا يكون حق الدخول على البيانات مشروعاً إلا بعد استيفاء هذه القيود. ومن أمثلة هذه القيود سداد مبالغ مالية معينة نظير الدخول على موقع إلكترونى معين ونسخ بعض الملفات منه([3]).

ويترتب على عدم استيفاء هذه القيود أن يصبح الاتصال الإلكترونى غير مشروع. ويتوافر الخداع إذا تمكن الجانى من فك الشفرة السرية للدخول ؛ بل ويتوافر الخداع أيضاً إذا تمكن الجانى

([1])الدكتور جميل عبد الباقى الصغير: القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، ص ١٥١ ؛ الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥٣.

([2]) Paris 5 avril 1994 d.1994.IR , p.130

الدكتور طارق سرور ، رقم ٤٧ ، ص ٨١.

([3])*Hacker Into United States Courts' Information System Pleads Guilty , 2002.*
www.cybercrime.gov.

من استخدم كلمة السر أو الشفرة الحقيقية فى هذا الدخول متى لم يكن مأذوناً لـــه بالـــدخول. ويستوى أن يكون الدخول على النظام قد تم مباشرة أو بطريق غير مباشر([1]).

وتطبيقاً لذلك قضى القضاء الأمريكى بإدانة أحد الأشخاص بتهمة الدخول غير المشروع على سجلات إحدى المحاكم الاتحادية. وتتحصل وقائع هذه القضية فى أن نظام حفـــظ المعلومـــات الإلكترونى فى المحاكم الاتحادية الأمريكية يجيز للعامة حق الاتصال بالسجلات الإلكترونية الخاصة بهذه المحاكم([2])([3]) والتى تضم الأحكام والقرارات والمستندات المتعلقة بالدعاوى التى عرضـــت على المحكمة وأصدرت حكمها أو قراراتها فيها ، كما تحوى أيضاً تقارير إحصائية تتصل بعمل هذه المحاكم غير أن هذا النظام قد قيد حق نسخ هذه المعلومات وإنزالهـــا علـــى الكومبيـــوتر الشخصى أو طبعها بسداد مقابل نقدى عن كل صفحة ، وقد قام الجانى بالاتصال بســـجلات محكمة مقاطعة كولومبيا ، وتمكن من نسخ الملايين من الصفحات إلى جهازه كما أنه باستخدام برنامج خاص استنبطه تمكن من وضع ملفات إلكترونية خفية فى نظام تشغيل سجلات المحكمـــة الإليكترونى تسببت فى عدم احتساب أى نفقات تنتج من عملية نســـخ أو طبـــع المســـتندات الإلكترونية وهو ما أدى إلى إلحاق أضرار مادية جسيمة بهذا النظام([4]).

– جريمة الاتصال غير المشروع تتوافر ولو لم يترتب ضرر بالمجنى عليه:

لم تتطلب التشريعات التى جرمت فعل الاتصال الإلكترونى غير المشروع أن يترتب ضرر بـــالمجنى عليه ، ويعنى ذلك فى حقيقة الأمر أن الجريمة تتوافر بمجرد قيام الجانى بالاتصال إليكترونياً بأجهزة

([1])الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، ص ٥١.

([2]) ***"The Public Access to Court Electronic Records, (PACER)".***

([3]) ويتولى إدارة هذا النظام المكتب الإدارى لمحاكم الولايات المتحدة." **Administrative Office of the United States Courts**".

ويمكن الدخول على سجلات المحاكم الاتحادية إما من خلال حجرة خاصة داخل كل محكمة ؛ وإما باســـتخدام الكومبيوتر الشخصى عبر شبكة الإنترنت.

Hacker Into United States Courts' Information System Pleads Guilty , op-cit.

([4])***Hacker Into United States Court , op-cit.***

الكومبيوتر المخزن بها المستندات والسجلات الإلكترونية ، ويعنى ذلك أن هذه الجريمة من جرائم السلوك المجرد التى لا تفترض تحقق نتيجة من أى نوع. وعلة خطة هذه التشريعات فى تقديرنا أن الحق الذى تحميه نصوص هذه التشريعات هو الحق فى السرية الذى يتحقق المساس به بمجرد قيام الجانى بالاتصال غير المشروع. وتطبيقاً لذلك قضى القضاء الأمريكى بتوافر جريمة الاتصال بطريق الاحتيال فى حق شخص تمكن من استخدام وصلة هاتف تليفونى فى الاتصال غير المشروع بأجهزة الكومبيوتر الخاصة بإحدى الشركات التى تعمل فى مجال التجهيزات الإلكترونية بالولايات المتحدة ، وقام من خلال هذا الاتصال بالدخول على المواقع الخاصة بجامعة ليدز بإنجلترا وتمكن من فحص قوائم بأسماء الأشخاص فى هذه الجامعة وشفراتهم الخاصة. وقد قضى بإدانة المتهم على الرغم مما دفع به دفاعه من أن لم يتحقق أى ضرر بالجهات التى اتصل بها الجانى ، بل وأنه لم يحاول الحصول على مال كنتيجة لهذا الاتصال([1]).

– القصد الجنائى:

جرائم الدخول إلى نظام معالجة البيانات أو البقاء فيه هى جريمة عمدية ، فيجب أن يعلم الجانى بأنه يدخل إلى موقع لا يجوز له الدخول فيه وأن تتجه إرادته إلى ذلك. ومن ثم لا تتوافر إذا كان الدخول أو البقاء قد تم بطريق الخطأ ، وتطبيقاً لذلك ينتفى القصد الجنائى إذا ثبت أن الجانى قد دخل على قواعد البيانات مصادفة وأنه كان وليد خطأ ، و لم يكن فعله كاشفاً عن توافر هذا القصد. ومن الأمثلة أيضاً إذا كان الدخول على النظام يتم بموجب اشتراك وكان قد سبق للشخص الدخول بوجه مشروع ؛ غير أنه قد انتهت مدة اشتراكه وكان يجهل ذلك. ومن القرائن الدالة على توافر القصد هى استخدام وسائل خداعية فى تحقيق الدخول أو البقاء فى النظام. ويتحقق ذلك إذا كان الدخول على النظام يتطلب شفرة أو بطاقة معينة فقام الجانى بسرقة هذه البطاقة أو بكسر هذه الشفرة([2]). وإذا توافر القصد الجنائى ، فإنه لا عبرة بالبواعث التى

([1]) ***BLOOMBECKER (Jay): Spectacular computer crimes, National Center for computer Crime Data , Santa Cruz . http://www.com/index/compcri.htm***

([2])الدكتور جميل عبد الباقى الصغير: القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، ص ١٥١.

تكون وراء قيام الجانى بفعله ، فيستوى أن يكون هذا الدخول قد تم بدافع الفضـــول أو حـــب الاستطلاع أو إثبات القدرة على التغلب على قيود النظام(١) أو أن يكون الغرض هو الاســـتفادة من المعلومات والبيانات التى تحتويها السجلات وقوائم البيانات الإلكترونية ، أو القيام بأى عمل آخر غير مشروع.

خاتمة الدراسة

أظهرت الدراسة مدى الحاجة إلى تحديد ماهية المستند الإلكترونى: نظراً لأن التشريعات المقارنة لا تفرد نظرية عامة للمستند الإلكترونى ، ولا تحدد قواعد عامة تسرى على أى مستند تتوافر له الصفة الإلكترونية ؛ وإنما تقتصر على النص على أهم تطبيقات فكرة المستند الإلكتـــرونى مثـــل التوقيع والسجلات الإلكترونية.

وقد تصدت الدراسة للرأى الموسع لمدلول المستند الذى يجمع بين المســـتند بمعنـــاه التقليدى والمستند الإليكترونى **وأظهرت أن هذا الرأى محل نظر** ذلك أن الكتابة التى يعتد بها أى نظام قانونى يجب أن تتمتع بصفات معينة تكفل لها تحقق دورها فى إثبات المعاملات ، وأنـــه لا يجوز فى تقديرنا أن نفسر النصوص التى نصت على فكرة المحرر والكتابة والتوقيع لنمدها إليها إذا تحققت بوسيلة إليكترونية والسبب فى ذلك أن فكرة المستند الإليكترونى بمعناه الواســـع ونظـــم حمايته وتأمينه لم تزل حتى الآن عرضة للتطور التقنى ، ولا يجوز التضحية باستقرار التعاملات قبل التأكد من أداء المستند الإليكترونى لدوره الذى يجب أن يرسمه له القانون. وأنه حتى بفرض صحة المساواة بين الكتابة العادية والإليكترونية ، الأخذ بفكرة التوقيع الإليكترونى يجب أن يقترن بتنظيم تشريعى دقيق يحدد طرق هذا التوقيع وصوره وآثاره فى الإثبات وضماناته وسبل حمايته ويـــنص على شهادات توثيق هذا التوقيع ويحدد الجهة المختصة بمنح هذه الشهادات وأوضاعها وشروطها وآثارها القانونية وجزاء الإخلال بها وغيرها من شروط. وإذا لم ينص الشارع على هذا التنظيم ، فإنه يبدو من غير المنطقى –فى تقديرنا–أن نعترف للتوقيع الإليكترونى بقوتـــه فى الإثبـــات. وأن

---

(١) الدكتور على عبد القادر القهوجى: ص ٥٤.

الأخذ بمدلول متسع لفكرة المحرر والتوقيع على النحو الذى ينادى به الرأى الموسع -دون وجود تنظيم تشريعى- سوف يؤدى إلى إثارة مشكلات كبيرة فى الإثبات وهو ما يهدد استقرار المعاملات بدلاً من تدعيمه. وأن هذه الاعتبارات هى التى دعت التشريعات المقارنة إلى إفراد نصوص خاصة لبعض تطبيقات المستند الإليكترونى.

وقد أظهرت الدراسة أن المستند الإلكترونى يتميز بأنه ينطوى على ثلاثة عناصر الأول أن يتضمن تعبير عن المعانى والأفكار الإنسانية المترابطة ، والثانى أن يكون هذا التعبير له قيمة قانونية ، والثالث أن يتصف هذا المستند بالصفة الإلكترونية.

وقد تناولت الدراسة خطة التشريعات فى النص على **تطبيقات المستند الإلكترونى:** فأظهرت أن بعض هذه التشريعات يفرد التوقيع الإلكترونى بتنظيم مستقل كالشارع الألمانى والفرنسى بينما تذهب وجهة ثانية من التشريعات إلى النص على التوقيع والسجلات الإلكترونية معاً بتنظيم مستقل ومفصل ومن أمثلة هذه الوجهة قانون التوقيع والسجلات الإلكترونية تشريعات الولايات الأمريكية ، وأن هناك اتجاهاً تشريعياً ينص على بعض تطبيقات المستند الإلكترونى فى مسائل معينة ودون أن يكون هناك إطار تشريعى عام يحكم مسائل البيانات والمعلومات الإليكترونية ، مثل التشريع المصرى.

-وقد تناولت الدراسة **مدلول التوقيع الإلكترونى** من كونه وسيلة إليكترونية يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب التوقيع إليه مع توافر النية لديه فى أن ينتج آثاره القانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد. وعرضت لاستخداماته **وتصدت للرأى القائل** بأن استعمال بطاقات الائتمان والسحب الممغنطة هو تطبيق للتوقيع الإلكترونى وأظهرت أن هذه البطاقات لا تعد مستنداً إليكترونياً ، كما أن كافة التشريعات قد تطلبت أن يرتبط التوقيع الإليكترونى بسجل إليكترونى سواء كان متحداً به أو ارتبط به منطقياً ، ولا يبدو هذا متحققاً فى شان هذه البطاقات.

كما تناولت الدراسة **المقصود بالسجل الإلكترونى** ومن أنه سجل نشأ أو نتج أو اتصل أو تم تلقيه أو حفظه بوسيلة إلكترونية. وأوضحت الدراسة الضوابط الفنية التى تكفل الثقة والأمان

للسجل والتوقيع الإليكترونى وأبانت المقصود بالتشفير وضوابط المضاهاة الإليكترونية وصور هذه المضاهاة.

وأظهرت الدراسة أنه يترتب على **المساواة بين المستند الإلكترونى والمستند العادى** من حيث القوة القانونية نتائج مهمة: فلا يجوز المنازعة فى صحة المستند الإلكترونى أو جحد حجية ما يتضمنه من تصرفات أو الدفع بعدم نفاذه لأن إنشائه أو صياغته أو التوقيع عليه كان باستخدام وسائل أو شكلاً إليكترونياً. وأن إقرار المستند الإلكترونى فى التعامل والتسليم بقيمته القانونية له أهمية كبيرة فى نظر القانون الجنائى فى إثبات التصرفات القانونية ، التى يلزم إثباتها قبل بحث توافر أركان الجريمة ،

وقد تناولت الدراسة **إيضاح عدة صور للمستند الإليكترونى** مثل : العقود الإليكترونية وتصدت لتحديد القوة القانونية لها فى حال غياب النص الذى يقر الأخذ بالمستند الإليكترونى ، كما عرضت الدراسة للاعتماد المستندى الإلكترونى وحوالة الوفاء الإلكترونية والسجلات الطبية الإلكترونية.

وقد أوضحت الدراسة الصلة بين المستند الإليكترونى وبعض الأفكار الأخرى مثل والحكومة الإلكترونية :والتجارة الإلكترونية وحماية المستهلك وأوضحت أن من شان حماية المستند الإليكترونى أن يكفل حماية هذه النظم.

وأظهرت الدراسة أن **دائرة الحماية المقررة لحقوق الملكية الفكرية والذهنية قد تتداخل مع دائرة الحماية المقررة للمستند الإلكترونى** غير أن الدراسة أظهرت الفارق بينهما فأوضحت أن عنصر الإبداع لا يعد عنصراً فى المستند بخلاف المصنف ، وأن ما يخرج من مدلول الأخير قد يدخل فى مدلول المستند. وأنه بينما محل الحماية الجنائية للمصنف يرتكز على حماية حق المؤلف على أفكاره ؛ فإن محتوى المستند وسريته هو محل حماية المستند الإلكترونى. كما أن الاعتداء على حق المؤلف قد لا ينطوى على أى مساس بجوهر المصنف ذاته وأنه إن انطوى المستند الإلكترونى على عنصر الإبداع ، وفى هذه الحالة تتعدد صور الحماية المقررة له ، ولا يتنافى ذلك مع المنطق

القانونى ، ذلك أنه من المقرر أن الحق الواحد قد يحميه عدة نصوص ، وأن المحرر قد ينطوى على عدة حقوق تتعدد أوجه الحماية المقررة لها.

وأظهرت الدراسة أنه يجب **التفرقة بين المستند الإلكترونى من ناحية وبين المستندات المرسلة بطريقة إليكترونية من ناحية أخرى** :ففى الثانية فإن المستند له أصل ورقى ويقتصر استخدام الوسائل الإلكترونية على مجرد عملية الإرسال.

وتناولت الدراسة الصلة بين المستند الإلكترونى وسرقة الأسرار التجارية : وانتهت إلى وجوب التمييز بين نوعى الحماية فأظهرت أن المساس بالمستند الإلكترونى يتحقق بأفعال الاطلاع أو النسخ أو النقل غير المأذون بها دون أن يتطلب تحقق أى نتيجة أخرى ؛ أما سرقة الأسرار التجارية فتقتضى أن ينصب الفعل المرتكب على الاستيلاء على هذه الأسرار لحساب الغير ، ولذلك قد تتوافر جريمة سرقة الأسرار دون جريمة الاعتداء على المستند الإلكترونى .

وأظهرت الدراسة الصلة الوثيقة بين المستند الإلكترونى والحق فى السرية والخصوصية ، وأوضحت أنه على رغم تداخل الحماية المقررة للمستند الإلكترونى مع **الحماية الجنائية للأسرار** فإنه مع ذلك فإن التفرقة بينهما ممكنة ، ذلك أن فعل إفشاء السر يجب أن يتم من شخص مؤتمن على الحفاظ على هذا السر ، وذلك بخلاف الاعتداء المستند الإلكترونى ، إذ يجوز أن يقع من أى شخص. وأن مدلول "السر" فى جرائم إفشاء الأسرار أضيق نطاقاً من مدلول سرية المستند : فالقانون قد يحمى السر أياً كان الشكل الذى حفظ فيه هذا السر ، ولا يقصد الشارع حماية هذا الشكل ، وإنما جاءت الحماية على نحو عرضى ، وأن المستند الإلكترونى قد يكون غير متضمن لسر ما ، ولكن رغم ذلك فلا يجوز الاطلاع عليه ، ذلك أن الكثير من البيانات الشخصية التى تتضمنها المستندات الإلكترونية لا تنطوى على أسرار بالمعنى الدقيق لمدلول السر ومن ثم لا تشملها الحماية الجنائية الواردة بالنصوص التى تجرم إفشاء الأسرار ، ولكنها مشمولة بحماية المستند .

كما **تصدت الدراسة للتميز بين الحماية المقررة للمستند الإلكترونى والحماية المقررة لنظم تشغيل الحاسب الآلى**: من حيث أن محل الاعتداء فى الحالتين ينصب على البيانات التى

يتضمنها المستند أو برنامج التشغيل. وقد أبانت الدراسة أن تماثل البيانات الإليكترونية مع برامج تشغيل النظام الذى يتم التعامل مع هذه البيانات فى ظله لا يعنى تماثلهما فى المصلحة التى يحميهـا الشارع. فالشارع يحمى فى الأولى ما انطوت عليه هذه البيانات من وقائع لها أهمية فى الإثبات ، بينما يحمى فى الثانية نظم إدارة الحاسبات الآلية وهى مصلحة مختلفة عن الأولى ، ولذلك كان من المتصور أن يتحقق مساس بإحدى المصلحتين دون الأخرى

وقد أصلت الدراسة أفعال المساس بالمستند الإليكترونى بردها إلى طائفتين من الأفعال : الأولى تتضمن الأفعال الماسة بمحتوى المستند الإليكترونى ، والثانية تشمل الأفعال الماسة بسرية هذا المستند. وبينت أنه يمكن تأصيل الجرائم الماسة بمحتوى المستند بردها إلى طائفتين الأولى هى أفعال تزوير المستند الإليكترونى والثانية هى إتلاف هذا المستند.

وقد أظهرت الدراسة **خطة التشريعات المقارنة فى النص علـى تجـريم التزويـر فى المستندات الإليكترونية** فأوضحت أن هناك بعض التشريعات التى أوردت فى قوانينها العقابيـة نصوصاً عامة تجرم أفعال تزوير هذه المستندات وتناولت خطة القانون الفرنسى الذى عدل نص التجريم الخاص بجريمة التزوير التقليدية على نحو شمل نطاقها معه المستند الإليكترونى ، كما تناولت الدراسة خطة الشارع الألمانى الذى أضاف إلى باب التزوير نصوصاً خاصـة بتزويـر المسـتند الإليكترونى

وأوضحت الدراسة خطة الشارع المصرى الذى جرم تزوير السجلات الإلكترونية الخاصة بالأحوال المدنية ، وكيف أنه ساوى بين السجلات الورقية والإلكترونيـة فى تطبيـق أحكامه وأنه قد اعتبر هذه بيانات واردة فى محررات رسمية ، وتصدت الدراسة لتقـدير خطـة الشارع المصرى فى التجريم سالف الذكر فأوضحت أن خطته لا تسلم من النقـد ، ذلـك أن الشارع قد اعتبر هذه البيانات المسجلة محررات رسمية وعاقب على تزويرها بعقوبة الجناية (المادة ٧٢ بفقرتيها) ؛ بينما عاد فى المادة ٧٤ ونص على تجريم "تغيير هذه البيانات بالإضافة أو الحذف أو بالإلغاء" وعاقب على هذه الأفعال بوصف الجنحة ، كما أنه من جهة أخرى يؤخذ على المادة ٧٤ سالفة الذكر نصها على تجريمها "المساس" بالبيانات والمعلومات "بأى صورة من الصـور" ،

وهو ما لا يصلح أن يكون بذاته فعلاً مجرماً ، والنص على تجريم "المساس بأى صورة من الصور" يعنى أن السلوك الإجرامى غير محدد وأن الفعل المعاقب عليه يكتنفه الغموض ومن فإنه فى تقديرنا نص غير دستورى.

وقد أظهرت الدراسة خطة التشريعات المقارنة فى تجريم إتلاف المستند الإليكتـــرونى فأظهرت أنه لا يوجد تجريم لإتلاف المستند الإليكترونى على نحو أصيل ؛ وإنما يمكن التوصل إلى حماية هذا المستند من الأفعال التى تعد إتلافاً له بصورة غير مباشرة ، وذلك من ناحيتين : الأولى أن تنصب أفعال الإتلاف على نظام التشغيل الذى يحتوى المستند الإليكترونى فيؤدى بالتبعية إلى إتلاف هذا المستند. والثانية أن ينصب الإتلاف على البيانات التى يحتويها المستند وفى هذه الحالة تكون الحماية مقررة للبيانات الإليكترونية بصفة عامة ، غير أنها تمتد بطريق التبعية إلى المســـتند الإليكترونى بمعناه الدقيق.

وتناولت الدراسة الأفعال الماسة بسرية المستند الإليكترونى والـــتى نصـــت عليهـــا التشريعات المقارنة: وأظهرت خطة القانون المصرى الذى يجرم أفعال الاطلاع والحصول وإذاعة وإفشاء البيانات الخاصة بالأحوال المدنية أو اختراق سريتها، كما بينت خطة الشارع الفرنسى من تجريمه مجرد الدخول بطريق الخداع فى كل أو جزء من نظام للمعلومات أو إبقاء الاتصال به على نحو غير مشروع ومن تجريمه أفعال جمع المعلومات وحفظها ونقلها وربطها بغيرهـــا مـــن معلومات أو الإطلاع عليها وجرم إفشاء الأسرار المودعة فى بنوك المعلومات والمأخوذة بطريقـــة مشروعة ممن له حق الإطلاع عليها ، كما عرضت لخطة الشارع الألمانى التى تقترب من خطـــة الشارع الفرنسى فى هذا التجريم.

وبينت الدراسة خطة الشارع الأمريكى بتجريم فعل الاتصال بأجهزة كومبيوتر بطريق الخداع ، ومن تعدد صور هذا التجريم .

وبينت الدراسة **العناصر المشتركة فى جرائم المساس بسرية المســـتند الإليكتـــرونى** ، سواء بالنسبة للجانى أو فعل الدخول غير المشروع على البيانات واستعمال طـــرق احتياليـــة فى ارتكاب هذه الجريمة ، وعرضت لبعض التطبيقات القضائية لهذه الجرائم.

– أهم نتائج الدراسة:

فى تقديرنا أن التشريعات المقارنة التى عرضت لها الدراسة لم تنجح تماماً فى خطتها فى كفالة حماية جنائية فعالة للمستند الإليكترونى ، فمن ناحية فإنه على خلاف ما هو سائد بالنسبة لفكرة المحرر التقليدية فإن هذه التشريعات لم تقم بإرساء معالم واضحة للمستند الإليكترونى ، فبعضها اقتصر على إصدار قانون للتوقيع الإليكترونى ، والبعض الأخر أضاف له السجل الإليكترونى ، وبعض هذه التشريعات وسعت فى مدلول هذا السجل على نحو قد أخرج بعض صوره من مدلول المستند بمعناه الدقيق. وبعض التشريعات المقارنة قد خلطت بين فكرة المستند الإلكترونى وبين البيانات والمعلومات الإليكترونية ، على الرغم من التفرقة المهمة بينهما ، بل ولقد خلط بعض هذه التشريعات بين المستند وبين نظم معالجة البيانات وتشغيل الحاسبات.

وفى تقديرنا أن الحاجة تبدو ملحة إلى إصدار قانون يرسى فيه الشارع دعائم نظرية متكاملة للمستند الإليكترونى ، يتناول فيه تكوين هذا المستند وأوضاعه وشروط صحته وقوته القانونية فى الإثبات وأهم تطبيقاته ويضع الإطار العام للقواعد الفنية التى يلجأ إليها المتعاملون بالمستند الإليكترونى ، وأن يراعى الشارع فى هذا القانون المدلول التقليدى للمحرر وأثر الأخذ بفكرة المستند الإليكترونى على هذا المدلول فى مختلف التشريعات النافذة ، وأن ينص على صور المساس بهذا المستند ، وذلك بتأصيلها على نحو ما انتهت إليه الدراسة. وفى تقديرنا أن تجريم أفعال المساس بالمستند الإليكترونى يجب أن يسبقه الأخذ بسياسة وقائية تحاول أن تضع الضوابط التى تقى من المساس به قبل وقوعه .

ثبت بالمراجع

أولاً : مراجع باللغة العربية

الدكتور أسامة أبو الحسن

- خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور إسماعيل عبد النبى شاهين

- أمن المعلومات فى الإنترنت بين الشريعة والقانون ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور أشرف توفيق شمس الدين :

- الصحافة والحماية الجنائية للحق فى الخصوصية ، دراسة مقارنة دراسة مقدمة إلى المؤتمر العلمى الثانى الذى عقدته كلية الحقوق بجامعة حلوان فى موضوع الإعلام والقانون ، وذلك فى الفترة من ١٤ إلى ١٥ مارس ١٩٩٩ ، بقاعة المؤتمرات بالقاهرة.

الدكتور الشحات إبراهيم محمد منصور

- الجرائم الإليكترونية فى الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعين بحث فقهى مقارن ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٢.

الدكتور ثروت عبد الحميد

- التوقيع الإليكترونى ، ماهيته-مخاطره ، وكيفية مواجهتها ، مدى حجيته فى الإثبات ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ٢٠٠١.

الدكتور جعفر عبد السلام

- الإطار التشريعى للنشاط الإعلامى ، دار المنار ، ١٩٩٣.

الدكتور جميل عبد الباقى الصغير

- القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، الكتاب الأول الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢.

- الإنترنت والقانون الجنائى ، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالإنترنت ، دار النهضة العربية ٢٠٠١.

الدكتور حسن عبد الباسط جميعى

إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

الدكتور حسنين ابراهيم صالح عبيد

- فكرة المصلحة فى قانون العقوبات، المجلة الجنائية القومية، المجلد ١٧ع ٢يوليو ١٩٧٤ .

الدكتور حسين شحادة الحسين

- التوثيق الإلكترونى فى الاعتماد المستندى ، دراسة قدمت إلى المؤتمر العلمى الثالث للقانونيين المصريين الذى عقدته الجمعية المصرية للاقتصاد السياسى والإحصاء والتشريع عن موضوع الجوانب القانونية للعمليات المصرفية ، القاهرة ١٩-٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢ .

الدكتور طارق سرور

- ذاتية جرائم الإعلان الإلكترونى ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ٢٠٠١.

الدكتور محمد السعيد رشدى

- حجية وسائل الاتصال الحديثة فى الإثبات ، بدون تاريخ أو مكان للطبعة.

الدكتور محمد السيد عرفه

- التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، مفهومها ، القاعدة القانونية التى تحكمها ومدى حجية المخرجات فى الإثبات ، ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع القانون والكومبيوتر والإنترنت والذى فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور على عبد القادر القهوجى

- الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور عمر الفاروق الحسينى

- المشكلات الهامة فى الجرائم المتصلة بالحاسب الآلى وأبعادها الدولية ، دراسة تحليلية نقدية لنصوص التشريع المصرى مقارناً بالتشريع الفرنسى ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥.

الدكتور غنام محمد غنام

- عدم ملاءمة القواعد التقليدية فى قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكومبيوتر، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور فياض ملفى القضاه

- مسئولية البنوك الناتجة عن استخدام الكومبيوتر كوسيلة وفاء ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع القانون والكومبيوتر والإنترنت والذى عقد بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور محمد أمين البشرى

- التحقيق فى جرائم الحاسب الآلى ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور محمد السيد عرفة

- التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" بمدينة العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور محمد حسام الدين لطفى

- الإطار القانونى للمعاملات الإليكترونية ، دراسة فى قواعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية ، القاهرة ٢٠٠٢.

استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض على العقود وإبرامها ، دراسة مقدمة إلى ندوة وسائل حسم المنازعات فى العمليات المصرفية ، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى ، يونيه ١٩٩٨ .

الدكتور محمد سامى الشوا

- ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤.

الأستاذ محمد عقاد

جريمة التزوير فى المحررات للحاسب الآلى ، دراسة مقارنة ، بحث قدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائى عن الجرائم الواقعة فى مجال تكنولوجيا المعلومات فى الفترة من ٢٥ إلى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٩٣ بالقاهرة ، أبحاث المؤتمر ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ص ٣١٩-٤٠٩.

الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان

- جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠.

- الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١.

الدكتور ممدوح عبد الحميد عبد المطلب

- جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية "الجريمة عبر الإنترنت" – من منظور أمنى ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور نائل عبد الرحمن صالح

- واقع جرائم الحاسوب فى التشريع الأردنى ، ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتورة هدى حامد قشقوش

- جرائم الحاسب الآلى فى التشريع المقارن ، دار النهضة العربية ١٩٩٢.

- الإتلاف العمدى لبرامج وبيانات الحاسب الإلكترونى ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الذى عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة فى موضوع "القانون والكومبيوتر والإنترنت" ، وذلك بفندق هيلتون العين فى الفترة من ١- مايو سنة ٢٠٠٠.

الدكتور هشام محمد فريد رستم

- قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات مكتبة الآلات الحديثة ، أسيوط ١٩٩٤.

- الحماية الجنائية لسرية السوابق الإجرامية ، مكتبة الآلات الحديثة ، أسيوط ، ١٩٩٥.

ثانياً : مراجع بلغات أجنبية

١- باللغة الإنجليزية

- ***ABA Section Creates First Digital Signature Guidelines To Aid In Security Of The Internet, 1996.***
http://www.abanet.org/media/home.html

- ***AN ACT CONCERNING THE CONNECTICUT UNIFORM*** ELECTRONIC TRANSACTIONS ACT, Raised Bill No. 561, February Session, 2002.

- ***Are your financial institution's computer systems impenetrable?,*** **Cyber Security by Chubb [sm] for Financial Institutions, 2003.**
http://businesses/industrygroups/index.html

- ***BLOOMBECKER (Jay)***

Spectacular computer crimes , National Center for computer Crime Data , Santa Cruz . http://www.com/index/compcri.htm

- ***Citizens Internet Empowerment Coalition, March 25, 2003.***
http://www.ciec.org/ciec.shtml

- ***Cummings (Matthew)***
e-Sign Act Raises the Speed Limit on the Information Superhighway
http://www.findlaw.com/computerstechnologylaw_1_75_1.html.

- ***- Draft of a Law on the Framework Conditions for Electronic Signatures and to Amend Other Regulations. (in the version decided by the Cabinet on 16 August 2000).***

- ***Unofficial Translation Ministry of Economics and Technology, September 2000, Germany.***
- Electronic Patient Management, About TEPR 2003:
http://www.medrecinst.com/index.about.shtml

- ***E-Government Act of 2002.***
http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/getdoc.cgi?dbname=107_cong_public_laws&docid=f:publ347.107

- ***GIBBS (Jeffrey N.) and MAZAN (Kate Duffy)***
Electronic signatures: Understanding FDA's Electronic Records and Signatures Regulation , Medical Device & Diagnostic Industry Magazine , may 1999.
http://www.devicelink.com/mddi/archive/99/05/009.html

- ***Glasgow City Council : e-Government Strategy creating a 21st*** **Century City, Issue No1 March 2002.**
www.glasgow.gov.uk

- ***Guide to Electronic Commerce Regulation, 2002***
http://www.diffuse.org/commerce.html

- ***Guidance on Legal Considerations Related to the Government Paperwork Elimination Act , memorandum for*** **the heads of** ***departments and agencies, office of the attorney general, Washington, November 22, 2000.***
www.cybercrime.gov/eprocmemo.htm

- ***Hacker Into United States Courts' Information System Pleads Guilty ,*** 2002.
www.cybercrime.gov

- ***Helbling (Christian James)***

- Electronic Records and Signatures in Healthcare and the Interplay of E-Sign, HIPAA and UETA, 2001.

http://www.bipc.com/consumerlaw_1_392.htmlHolmqvist (Hans-Eric) -

- ***e-Government in Sweden – visions and actions***
Speech by State Secretary at the conference Digital ***Government in Finland 4 October 2001.***

- Kansas Statute No. 16-1602 , 2001-2002
http://www.kslegislatures.org/currenthappenings/index.html
patron , Michigan Law Review , 1996 , Vol. 94 , p.2553.

- ***New Law Makes E-Signatures Valid, Contracts created online are now as legal as those on paper, 2002.***

http://cobrands.consumer.findlaw.com/internet/nolo/ency/029C847E-*2EFC-4913-B6DDC5849ABE81F9.html*

- ***Man Sentenced for Theft of Trade Secrets from Fabricated Metal Products Inc. 2002***
www.cybercrime.gov/daddonaSent.htm.

- ***National office for formation Economy: Preliminary Findings from E - government Benefits Study, , 2002.***

http://www.Egov_benefits.pdf

- *NICHOLSON (Cynthia K.)*
- Computer viruses: Information age vulnerability and the technopath , American Criminal Law Review , Vol. 27 , 1990 , p.525.

- *RASKIN (Xan) / SCHALDACH-PAVIA (Jeannie)*
- Computer crimes , American Criminal Law Review , 1996 , Vol. 33 , p.541ff.

- ***The Oregon Administrative Rules contain OARs filed through January 15, 2003, DEPARTMENT OF CONSUMER AND BUSINESS SERVICES, DIVISION OF FINANCE AND CORPORATE SECURITIES DIVISION 780 , ELECTRONIC SIGNATURES ACT***

- ***REID (THELEN) & LLP (Priest)***
California Is First State In Nation To Adopt Electronic Contracting Law 2002.
http://articles.corporate.findlaw.com/articles/file/00053/002195/title/Subject/topic/Computers%20%20Technology%20Law_Digital%20Signatures/filename/computerstechnologylaw_1_72

- ***RENO (JANET)***
- Speech before the high technology crime investigation association,1999 international training conference town & country resort & convention center San Diego, California , Monday, September 20, 1999
http://www.usdoj.gov/ index.html

□ ***Report to the Governor and Legislature on New York State's Electronic Signatures and Records Act, Prepared by New*** **York** ***State Office for Technology November*** **1, 2002**
http://www.oft.state.ny.us/esra/ESRA_Report_2002/ESRA_Report_section4.htm

□ ***Saul, Ewing, Remick***

- Governor Ridge Signs Pennsylvania Electronic Transactions Act
http://corporate.findlaw.com /governmentlaw_3_8.html

□ ***Smith (Emma)***
. Are there legal uncertainties relating to e-commerce in Ireland? Why is it important to remove them?
http://themes/global/legal.htm.

□ ***- Statutory Instrument 2002 No. 318, The Electronic Signatures*** *Regulations 2002.*
http://www.legislation.hmso.gov.uk/si/si2002/20020318.htm

□ ***- UNITED STATES CODE ANNOTATED TITLE 18. CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE PART I—CRIMES,***
chapter 119 wire and electronic communications interception and interception of oral communications.
http://www.usdoj.gov/ wiretap2510_2.htm

٢- مراجع باللغة الألمانية

□ ***DREHRR (Eduard) & TRÖNDLE (Herbert)***

- Strafgesetzbuch und Nebengesetze , Verlag C.H,Becck , München, 1980

□ ***Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG), 1997.***

http://www.Gesetze.xxl.de/iukdg_k.html

□ ***LÖHNIG (Martin)***
- Verbotene Schriften im Internet , Juristische Rundschau , 1997 , S. 496.

□ ***RADBRUCH (GUSTAV)***
- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Recht und Moral, Texte zur Rechtphilosophie, herausgegeben von NOBERT HOERSTER, 1977, S. 42 ff.

□ ***SCHOLZ (Rupert) & KONRAD (Karlheinz)***
- *Meinungsfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 123 (1998).*

- ***SCHÖNKE (Adolf) & SCHRÖDER (Hörst)***
-Strafgestzbuch, Kommentar , C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982 ,

- ***Strafgesetzbuch , besonderer Teil , 2001***
http://www.gesetze-xxl.de/gesetze/_stgb.htm

- ***Verordnung zur digitalen Signatur (Signaturverordnung - SigV) 1997.***

- ***WESSELS (Johannes) / HETTINGER (Michael)***
Strafrecht , Besonderer Teil 1 , 23. Neubearbeitete Auflage , C.F. Müller Verlag , Heidelberg 1999.

٣- مراجع باللغة الفرنسية

- *ATIAS (Christian)*
- La protection pénale de la vie privée , XIIèmees Journées de l'Association francaise de droit pénal en hommage au doyen Fernard BOULAN (Aix-en-Provence, 17-18 mars 1994) , Presses universitaires d'Aix-Marseille , 1994 , p.87-103.

- ***BÉCOURT (Daniel)***
- La personne face aux médias , Gayette du palais , no.254 , 6 sept. 1994

- ***FOËX (Raymond A.)***
- La loi fédérale sur la protection de la vie privée du 23 mars 1979 , revue pénale suisse , no.1 , 1982 , p.47-69.

- ***LECLERCQ (Jean)***
- Preuve et signature electroniques de la loi du 13 mars 2000 au decret du 30 mars 2001.

- ***PELLETIER (Hervé)***
- Atteinte à la vie privée ,Art. 226-1 à 226-3, Juris - Classeur Penal, 1994.

- ***MARCO (Estelle De)***

Le Droit Pénal Applicable sur Internet, Mémoire de D.E.A. Informatique et Droit Sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Vivant , ***Université de Montpellier 1 Institut de Recherches et d'Etudes pour le Traitement de l'Information juridique , 1998.***
http://www.juriscom.net/universite/memoire6/penal/html.

- ***PIETTE-COUDOL (Thierry) / BERTRAND (André)***
- Internet et la loi , Dalloz , 1997.

الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني

أ.د. هدى حامد قشقوش
أستاذ القانون الجنائي – كلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

خطـــة البحـــث

مقدمـــة.

١- تعريف الموضوع وتأصيله.

٢- أهمية الموضوع.

٣- تبرير الخطة وإعلانها.

الفصل الأول: المصلحة المحمية جنائياً من التحايل.

المبحث الأول: اختلاف المصلحة المحمية باختلاف التجريم.

- شرعية تداول البيانات.
- سرية البيانات وخصوصيتها.
- حماية المستهلك المعلوماتي عن الغش والتحايل.
- حماية الثقة في التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني.

- مفهوم التزوير الإلكتروني في القانون المصري والفرنسي والإماراتي.
- جريمة تقليد أو تزوير بطاقة الوفاء أو السحب في القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩١.

الفصل الثاني: الجرائم المستحدثة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول: موقف المشرع المصري والإماراتي من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني.

أولاً: موقف المشرع المصري من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني.

١- جريمة الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

٢- جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد التوقيع الإلكتروني.

ثانياً: موقف المشرع الإماراتي من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني.

١- جريمة إنشاء أو نشر شهادة بغرض احتيالي.

٢- جريمة الطلب المزيَّف أو غير المصرح به.

المبحث الثاني: الحماية الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني.

أولاً: مفهوم تشفير البيانات والتوقيع الإلكتروني.

ثانياً: جريمة فك مفاتيح التشفير الإلكتروني في مشروع القانون المصري.

الخاتمـــة.

مقدمـــة

١- تعريـــف الموضوع وتأصيله:

إن أهم ما يميِّز عالم اليوم هو ثورة وتكنولوجيا المعلومات، والمجال المصرفي من أكثر المجالات استخداماً للوسائل الإلكترونية Les moyens éléctroniques في التعامل مما يثير العديد من المشاكل القانونية في نطاق المعاملات الإلكترونية L'échanges éléctroniques. ومن أهم تلك المشكلات التوقيع الإلكتروني وحمايته جنائياً من صور الاعتداء عليه بجريمة مما يحتم علينا تسليط الضوء على هذا الموضوع.

وتعريف التوقيع الإلكتروني La signature éléctroniques كما جاء في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لحكومة دبي رقم ٢ لعام ٢٠٠٢م هو "توقيع مكوَّن من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة[1].

والحماية الجنائية La protéction pénal للتوقيع الإلكتروني يُقصَد بها تأمين هذا التوقيع من الاعتداء عليه بجريمة والحفاظ عليه بإصباغ حماية المشرع الجنائي بنصوص تجريمية لملاحقة الجاني المعلوماتي ومساءلته جنائياً عن الفعل المسند إليه بعقوبات رادعة، مع الأخذ في الاعتبار حماية هذا التوقيع بأساليب إلكترونية كالتشفير.

ومن ناحية تأصيل هذا الموضوع فهو يقع في صميم القسم الخاص لقانون العقوبات الذي يهتم بتحليل كل جريمة على حدة ببيان أركانها والقانون الواجب التطبيق عليها. ويتعلق في

---

(١) قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لعام ٢٠٠٢م – الجريدة الرسمية العدد ٢٧٧ السنة ٣٦، ١٦ فبراير ٢٠٠٢م – دبي.

– انظر أيضاً في تفصيلات هذا الموضوع: بحث مطول للمؤلف بعنوان "الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية" دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

جانب منه ببعض الجرائم التقليدية كالتزوير ولكن في جانبه الأكبر بجرائم المعلوماتية ذات الطبيعة الخاصة[1].

٢- أهميـــة الموضـــوع:

يحتل موضوع الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني موقعاً هاماً في الدراسات القانونية الجنائية الحديثة فهو من موضوعات الحاضر والمستقبل وهذه الأهمية تتبلور أمامنا سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية.

فمن الناحية النظرية يثير مفهوم الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني والجرائم التي تمثل اعتداءً عليه، وما يثيره من مشاكل قانونية جنائية متعلقة بفكرة العقود الإلكترونية والتجارة الإلكترونية للتحايل الذي قد يظهر من جانب العميل أو التاجر أو الغير، وصور الاعتداء المتمثلة في الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع أو تزويره.

ومن الناحية العملية التطبيقية يثير مشاكل اختراق نظم المعلومات، وعدم الأمان في استخدام شبكة الانترنت في المعاملات، وممارسة قطاع البنوك لهذه النمطية من المعاملات الإلكترونية وأساليب الحماية الإلكترونية[2].

٣- تبريـــر الخطـــة وإعلانهـــا La Justification du plan :

لتحليل موضوع حماية التوقيع الإلكتروني يقتضي الأمر تسليط الضوء على المصلحة المحمية جنائياً والتي يقرر المشرِّع الجنائي النص على تجريم المساس بها أو انتهاكها وقد تتمثل في شرعية تداول البيانات المعالجة إلكترونياً وسريتها أو الثقة التي يوليها المشرِّع للمعاملات والتوقيع

---

(1) راجع للمؤلف بحث مطول بعنوان "جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

انظر أيضاً: - Cedric Manara: Commerce éléctronique, Dalloz – Jan. 2000 N° 2.

(2) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري - مجلس الوزراء – جهاز دعم واتخاذ القرار - مركز المعلومات لجنة التنمية التكنولوجية ٢٠٠٠.

الإلكتروني والتحايل الذي قد يقع من أحد أطرافها أو الغير، ومن ناحية أخرى التركيز على صور التجريم التي اهتم بها المشرِّع المصري في مشروع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية المصري وكذلك قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لحكومة دبي والقانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وتعديل نصوص قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وهذه الصور تتمثل في الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني والحماية التقنية أيضاً كذلك. ونعرض خطة البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: المصلحة المحمية جنائياً من التحايل.

الفصل الثاني: الجرائم المستحدثة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

الفصل الأول
المصلحة المحمية جنائياً من التحايل

٤- تأصيل:

لا يتدخل قانون العقوبات بنص تجريمي إلا في حالة وجود مصلحة intérêt جديرة بالحماية الجنائية لأن الجريمة تمثل -في الواقع- اعتداء على تلك المصلحة والمشرِّع في نطاق حمايته للمعاملات الإلكترونية ومنها التوقيع الإلكتروني يحمي العديد من المصالح كما يواجهه العديد من أنماط التحايل.

لذلك نهتم بالتركيز على نقطتين أساسيتين نعرضهما تباعاً:

المبحث الأول: اختلاف المصلحة المحمية باختلاف التجريم.

المبحث الثاني: جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول

اختلاف المصلحة المحمية باختلاف صور التجريم

٥- أولاً: شرعية تداول البيانات :

ويُقصد بذلك أن يتم تداول البيانات الإلكترونية بشكل مشروع، وأن يتم التداول لمن له حق التداول والاستخدام.

وقد عبَّر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية la loi type du la CNUDCI sur le commerce éléctronique عن ذلك بالنص في المادة ٢/ب.

«le terme échange de domées informatique E.D.I. désigne le transfert électronique d'une information d'ordinateur á d'ordinateur mettant au œuvre une nome convenue pour structurer l'information»[(١)].

وقد جرَّم المشرِّع التونسي في المادة ٤٦ من قانون التجارة الإلكترونية التعامل في البيانات بدون ترخيص.

ويُشترط أن يتم تداول البيانات عن طريق مزوِّد الخدمة الإلكترونية المصرح له بذلك. وهذا التداول يتم سواء في عملية التعاملات المصرفية أو العقود الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية[(٢)]. ويتم تبادل المعلومات عن طريق شبكة الانترنت أو الاكسترانت.

٦- ثانياً: سرية البيانات وخصوصيتها:

فالتعامل عبر الانترنت يقتضي الأمان في المعاملات الإلكترونية – وقد نص مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على ضرورة احترام الحق في سريـــة البيانات الخاصة بالعملاء

---

(1) La loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique – la commission des N.U. pour le droit commercial international - 1996.

(2) Directive du conseil d'Europe N° 2000 31 du 8 Jan. 2000 – Pub. N.U. art. 1 et 2.
انظر أيضاً:
- مجلة انترنت العالم العربي – أكتوبر ١٩٩٩.

واحترام الحق في الخصوصية. فأهم المخاطر التي تتعرض لها الشبكة هو عدم الأمان security وهي أعلى الأسباب التي يتخوف منها العميل بنسبة ٥٣ % بالمقارنة ببقية الأسباب الأخرى – ثم يأتي عامل صعوبـــة التجول عبر الشبكة بنسبة ٣٥ % – ثم عدم وجود اختيارات كافية بنسبة ٢٧ % – ثم عدم الثقة no trust بنسبة ٢٤ % – ثم ارتفاع الأسعار بنسبة ٢٠ %.

لذلك وضعت البنوك بالتعاون مع منظمتي الفيزا والماستركارد نظام إلكتروني يتسم بحماية عالمية عن طريق رقم مشفّر لا يعرفه إلا العميل وذلك للحد من التحايل الإلكتروني.

٧- ثالثاً: حماية المستهلك المعلوماتي من الغش والتحايل:

وهي من أهم المصالح التي يحميها القانون في المعاملات الإلكترونية ليكون المستهلك المعلوماتي على علم تام بكافة الشروط الجوهرية للمعاملة قبل توقيعه إلكترونياً وهذا ما اهتم به مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري وأفرد الباب السابع لحماية المستهلك من التحايل.

وقد نص القانون التونسي[١] في الباب الخامس منه على حق المستهلك في الحماية الضرورية بتوفير البيانات الجوهرية للبائع وتحديد شروط التعاقد والسحب والدفع الإلكتروني.

٨- رابعاً: حماية الثقة في التوقيع الإلكتروني:

وهي من أهم المصالح محل الحماية الجنائية في نطاق جرائم المعلوماتية. وقد اهتم المشرِّع الفرنسي بالتوقيع الإلكتروني ونص على مساواته في الحجية مع التوقيع التقليدي[٢]. وذلك في نص المادة ١٣١٦/١:

"l'écrit sous forme électronique est admise en prévue au meme titre que l'écrit sur support papiér".

---

(١) القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية ٩ أغسطس ٢٠٠٠ منشور بالرائد الرسمي التونسي ١١ أغسطس ٢٠٠٠.

(2) Philippe. Nataf: commentaires sur la loi portant adaptation du droit de la preuve aux téchnologie de l'information – J.C.P. N°21 – Mai 2000 p. 836 et ss.

وأعقب هذا النص نص المادة ٣/١٣١٦ والتي قررت أن الكتابة على محتوى إلكتروني لها نفس القوة في الإثبات كالكتابة على محتوى ورقي. وقد حسم بذلك جدلاً فقهياً استمر لسنوات لم يحسم بعد في مصر.

وحماية التوقيع الإلكتروني يقودنا إلى الحديث منطقياً إلى تحليل جريمة تزوير هذا التوقيع كأهم الجرائم التي يمكن أن تقع عليه إهداراً للثقة في المعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني

جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني

٩- مفهوم التزوير الإلكتروني في القانون المصري والفرنسي والإماراتي:

التزوير -في مفهوم قانون العقوبات- هو تغيير الحقيقة بقصد الغش ويكون بإحدى الطرق المقررة قانوناً في محرر يحميه القانون. وقد نص على التزوير في المحررات القانون المصري في المواد من ١١١ — ١١٨ عقوبات، ونص عليه المشرِّع الإماراتي في المواد ٢١٦ — ٢٢٣ عقوبات، وفي القانون الفرنسي في المادة ٤٤١ من القانون الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٤م.

و لم ينص المشرِّع المصري -بنص خاص- على جريمة التزوير المعلوماتي مما أثير بشأنه جدلاً فقهياً في مدى مساواته بالتزوير التقليدي.

وكانت الخطوة الأولى من جانب المشرِّع الفرنسي في القانون رقم ١٩ لعام ١٩٨٨م الملغى والمتعلقة بجرائم المعلوماتية الذي جرَّم للمرة الأولى تزوير المستندات المعلوماتية La falsification des documents informatisées وذلك في نص المادة ٤٦٢/٥ — ثم بعد تعديل القانون الفرنسي في عام ١٩٩٤م أفرد المشرِّع باباً خاصاً للجرائم التي تمثل اعتداءً على نظام المعالجة الآلية للبيانات des atteirtes aux systemes de tretement automatisé.[1]

(1) le neveau code pénal français – éd. Prat – Paris 1994 – chapitre III.

ونص فيه على معظم نصوص القانون رقم ١٩ الملغى والمتعلقة بجرائم المعلوماتية مرة أخرى. وتحديداً في نص المادة ٣/٣٢٣ والمتعلقة بإدخال بيانات أو محـــو أو تعديل بيانات لنظام المعلوماتية.

أما المشرِّع الإماراتي فقد سارع وأصدر في خطوة إيجابية قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لعام ٢٠٠٠م وجرَّم بنص المادة ٣٠ الطلب المزيَّف الذي يقوم الجاني فيه بتقديم بيانات غير صحيحة عن هويته إلى مزوِّد خدمات التصديق الإلكتروني[١]. والمشرِّع المصري في مشروع قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية جرّم[٢] كذلك فعل تزوير التوقيع الإلكتروني.

١٠- الركن المادي لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني:

الركن المادي في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني لا يختلف عن الركن المادي في جريمة التزوير التقليدية من حيث عناصره، فالركن المادي يقتضي عنصران: العنصر الأول أن يتم تغيير الحقيقة بإحدى الطرق المنصوص عليها قانوناً للتزوير وهي خمس طرق محددة "وضع إمضاءات أو أختام أو بصمات مزورة، تغيير المحررات أو الأختام أو الإمضاءات أو زيادة كلمات، أو وضع أسماء أو صور أشخاص آخرين مزورين، أو التقليد أو الاصطناع"، والعنصر الثاني هو ضرورة توافر الضرر الذي لا يكتمل الركن المادي إلا به فيشترط تحقق الضرر للغير وهذا الضرر قد يكون مادياً كخسارة مادية للمجنى عليه وأيضاً قد يكون أدبياً بفقدان الثقة في المعاملات في المجتمع عموماً.

---

(1) قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م – المرجع السابق.

(2) مشروع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية المصري – المرجع السابق.

انظر أيضاً: مشروع قانون جرائم المعلوماتية الذي تم وضعه بمعرفة المؤلف للجنة الوطنية لليونسكو مصر ١٩٩٨م – وكذلك لمكتب وزراء الداخلية العرب – القاهرة ١٩٩٩م.

١١- أسلوب تزوير التوقيع الإلكتروني:

القاعدة العامة في قانون العقوبات تقضي بأن الوسائل المستخدمة في ارتكاب الجريمة سواء لدى القانون إلا استثناء. وفي حالة التزوير المعلوماتي تأخذ الجريمة طبيعة خاصة نظراً لاستخدام الكمبيوتر في إجراء التزوير لأن المستندات التي تم التوقيع عليها هي أصلاً مستندات معالجة آلياً des documents informatisés وليست محررات des écritures مكتوبة بالمفهوم التقليدي.

والتزوير المعلوماتي يتم بأن يجري الجاني تغييراً في برامج الحاسب للحصول على نتائج غير حقيقية أو يجري تغييراً على المستندات المسجلة في ذاكرة الحاسب.

وكانت الأعمال التحضيرية للقانون رقم ١٩ لعام ١٩٨٨م تنص على اصطلاح التزوير المعلوماتي le faux informatique وكان المقترح للصياغة الأولى للمادة ٤٦٢/٥ من القانون المشار إليه "تجريم التزوير في المحررات المعلوماتية le faux en écriture informatique" ولم يكن هذا التعبير مقبولاً لدى المحاكم آن ذاك وتم الاستقرار في النص على تسمية المستندات المعالجة آلياً.

١٢- جريمة تقليد أو تزوير بطاقة الوفاء أو السحب في القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩١م:

بعد إلغاء القانون الفرنسي رقم ١٩ لعام ١٩٨٨م والمتعلق بجرائم المعلوماتية بمقتضى القانون الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٩٤م ألغي النص الخاص بتجريم تزوير المستندات المعالجة آلياً المنصوص عليه في القانون رقم ١٩. ولكن كان المشرِّع قد تدارك إحدى صور التزوير المعلوماتي[1] بالقانون رقم ١٣٨٢ والصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩١م ونص بمقتضى المادة ١/٦٧

---

(1) راجع للمؤلف بحث بعنوان "الصور الإجرامية المستحدثة لبطاقات الدفع الإلكتروني" مقدم لمركز بحوث الشرطة – القاهرة ٢٠٠٠.

منه على تجريم تقليد أو تزوير بطاقة الوفاء أو السحب الآلي، وعاقب عليها بالحبس من ١-٧ سنوات والغرامة.

١٣- الركن المادي للجريمة:

حدد النص صورتان للركن المادي إما التقليد أو التزوير. والتقليد يعني صناعة شيء مماثل لشيء آخر بمعنى صناعة بطاقة ائتمان تماثل بطاقة أخرى حقيقية. أما التزوير فيعني -كما سبق- تغيير الحقيقة أي تغيير يحدثه الجاني في بطاقة الائتمان في أي من البيانات المدونة عليها.

١٤- الركن المعنوي:

هو القصد الجنائي الخاص بمعنى اشتراط توافر علم وإرادة الجاني مع إضافة نية خاصة هي نية استعمال البطاقة فيما زورت من أجله إما بالسحب أو الوفاء.

١٥- كيفية تزوير التوقيع الإلكتروني في البطاقة:

بلا شك هذه البطاقة عند استخدامها يتم إدخال رقم سري خاص بالعميل – هو في الواقع بمثابة توقيع إلكتروني تم عن طريقه استخدام هذه الأرقام التي تعبر عن شخص العميل، واصطناع البطاقة المزورة، أو تزوير البطاقة في كلا الحالتين هناك تغيير للحقيقة بقصد الغش. أياً كانت صورة التوقيع سواء بأرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة إلكتروني كما حدد المشرِّع الإماراتي في تعريفه للتوقيع الإلكتروني.

ولكن بلا شك فإن التزوير لا يشكل الجريمة الوحيدة التي تمثل اعتداءً على التوقيع الإلكتروني فهناك جرائم أخرى مستحدثة وهي على النحو التالي:

الفصل الثاني

الجرائم المستحدثة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني

١٦- تمهيد :

كان نتيجةً لظهور فكرة التوقيع الإلكتروني والحاجة للحماية الجنائية لهذا التوقيع أن نص المشرع في بعض التشريعات على صور مستحدثة لحماية هذا التوقيع من الاعتداء عليه بجريمة فنص في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على تجريم بعض هذه الأفعال وكذلك نص القانون الإماراتي على أنماط جديدة من الجرائم المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: موقف المشروع المصري والإماراتي من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني.

المبحث الثاني: الحماية الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول

موقف المشرع المصري والإماراتي

من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني

١٧- أولاً: موقف المشرع المصري من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني:

اهتم مشروع التجارة الإلكترونية بالجرائم المستحدثة التي تمثل اعتداءً على التوقيع الإلكتروني وهي على التفصيل التالي:

١٨- ١) جريمة الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني:

فقد نص المشروع في المادة ٢٦ على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد وردت في قانون

آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن ٣٠٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل بطريق الغش أو التدليس على نظام معلومات أو قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيعات الإلكترونية ويعاقب بنفس العقوبة من اتصل أو أبقى الاتصال بنظام المعلومات أو قاعدة البيانات بصورة غير مشروعة".

١٩- الركن المادي للجريمة :

الركن المادي للجريمة يتكون من صورتين:

الصورة الأولى: الدخول بطريق الغش أو التدليس على نظام معلومات أو قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيعات الإلكترونية.

الصورة الثانية: تتمثل في الاتصال أو الإبقاء على الاتصال بنظام المعلومات أو قاعدة البيانات بصورة غير مشروعة.

ويلاحظ على هذا النص أنه قد جاء متأثراً بالقانون الفرنسي في تعديله الجديد عام ١٩٩٤م في نص المادة ١/٣٢٣ تحديداً والتي تحرم الدخول غير المشروع على نظام المعالجة الآلية Le fait d'accéd ou de re maintenir fraduleusement dans tout, ou partie d'un systeme de traitement automatise. (١)

٢٠- الركن المعنوي:

القصد الجنائي هو جوهر الركن المعنوي وهو قصد عام يتطلب علم وإرادة الجاني.

وفي الشق الثاني من الصورة الثانية والتي يجرم نصها الإبقاء على الاتصال بنظام المعلومات أو قاعدة البيانات ويعني ذلك أن الشخص قد دخل على النظام بطريق المصادفة أو التجريب ولكن أبقى متعمداً على تدخله.

٢١- العقوبة:

عاقب المشروع على هذه الجريمة بالحبس والغرامة على اعتبار كونها جنحة. وتصاعد بقيمة الغرامة - ونرى أنه محق في ذلك - نظراً للخسارة المادية الناتجة عن التدخل غير المشروع وجعل

(1) la neveau code pénal français 1994 – chapitre III. Art. 323/1.

الحبس جوازياً. [1]

٢٢- ٢) جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد توقيع إلكتروني:

وقد جرم المشرع في نص المادة ٢٧ منه أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ١٠,٠٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من صنع أو حاز أو حصل على نظام معلومات أو برنامج لإعداد توقيع إلكتروني دون موافقة صاحبه".

٢٣- الركن المادي للجريمة:

جرم النص صوراً ثلاث للاعتداء على التوقيع الإلكتروني وهي:

١- صنع برنامج لإعداد التوقيع الإلكتروني دون موافقة صاحبه.

٢- حيازة برنامج لإعداد توقيع إلكتروني دون موافقة صاحبه.

٣- الحصول على برنامج لإعداد توقيع إلكتروني دون موافقة صاحبه.

٢٤- الركن المعنوي:

الصنع والحيازة والحصول على برنامج لإعداد التوقيع الإلكتروني دون علم صاحبه لا يمكن تصورها إلا بتوافر القصد الجنائي وهو قصد عام.

٢٥- ثانياً: موقف المشرِّع الإماراتي من الجرائم المستحدثة للاعتداء على التوقيع الإلكتروني:

اهتم المشرع الإماراتي بموضوع التوقيع الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية وأورد فصلاً خاصاً بالعقوبات على الجرائم التي حددها ومنها ما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني[2] وذلك يوضحه التفصيل التالي:

---

(1) راجع للمؤلف بحث بعنوان مطول "الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية" دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠ ص٤٩ وما يليها.

(2) راجع نصوص قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ – حكومة دبي، المرجع السابق ص٣٣ وما يليها.

٢٦- ١) جريمة إنشاء أو نشر شهادة بغرض الاحتيال:

وقد نصت المادة ٢٩ من القانون على أنه "يعاقب كل من أنشأ أو نشر عن معرفة أو وفر أية شهادة أو بيانات غير صحيحة لأي غرض احتيالي أو أي غرض آخر غير مشروع، بالحبس وبغرامة لا تجاوز ٢٥٠,٠٠٠ درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين".

والمشرع هنا يجرم إنشاء أو نشر "شهادة المصادقة الإلكترونية" وهي الشهادة التي يصدرها مزوِّد خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة، ويشار إليها في هذا القانون بـــ "الشهادة" وهذا التعريف ورد بنص المادة ٢ والتي توضح معنى كل اصطلاح على حدة. (١)

ويلاحظ أن الإنشاء هنا هو نوع من الاصطناع الذي يعتبر إحدى طرق التزوير المنصوص عليها قانوناً.

٢٧- ٢) جريمة الطلب المزيَّف أو غير المصرح به:

نص عليها قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة ٣٠ "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر، يعاقب كل من قدم متعمداً بيانات غير صحيحة عن هويته أو تفويضه إلى مزود خدمات التصديق بغرض طلب استصدار أو إلغاء أو إيقاف شهادة، بالحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ١٠٠,٠٠٠ درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وهذه الجريمة تقترب من التزوير في مفهومه التقليدي في نص قانون العقوبات المصري فيما يتعلق بصورة وضع أسماء أو صور أشخاص آخرين مزورين فقد ينتحل الشخص هوية غيره أو إبدال شخصية – والجاني في نص المادة ٣٠ من قانون المعاملات يعطي متعمداً بيانات غير صحيحة عن هويته أو تفويضه أي مزود خدمات التصديق.

---

(١) راجع نص المادة ١ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق ص٥ وما يليها.

٢٨- التجريم بنص احتياطي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي:

تحوَّط المشرع الإماراتي – ونؤيده في ذلك – من عدم تجريم فعل معين يتعلق بالاعتداء على المعاملات الإلكترونية فنص في المادة ٣٢ منه على العقاب على أي فعل يشكل جريمة بموجب التشريعات النافذة "باستخدام وسيلة إلكترونية" وعاقب عليه بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز ١٠٠,٠٠٠ درهم أو إحداها – ويعاقب بالعقوبة الأشد إذا كانت العقوبات المقررة في تلك التشريعات تزيد على العقوبة المقررة في هذه المادة – وذلك يعني أنه إذا تم الاعتداء على التوقيع الإلكتروني بجريمة لم يكن منصوص عليها في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، ولكنها منصوص عليها في تشريع آخر نافذ فيجب العقاب عليها وفقاً لهذا النص. ويمثل هذا النص - من وجهة نظرنا - بعد نظر للمشرع الإماراتي يواجه به حالات مستقبلية محتملة مع التطور التكنولوجي المتلاحق. كذلك نص المشرع الإماراتي على المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري ونحن تؤيده في تقرير مسئولية الشخص الاعتباري في هذا المجال لإمكانية ارتكاب هذه الجرائم عن طريق مؤسسات تتمتع بالشخصية الاعتبارية.

المبحث الثاني

الحماية الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني

٢٩- تمهيد :

أهم ما يهدد المعاملات والتجارة الإلكترونية هو أمن البيانات وتأمين عملية التوقيع الإلكتروني والتحقق من شخصية المتعاقدين وتأمين سلامة عملية تداول البيانات لإتمام الصفقة التجارية لذلك كان لا بد من إيجاد وسيلة حماية لتأمين هذه العملية عن طريق تشفيرها لذلك نوضح مفهوم تشفير البيانات والتوقيع الإلكتروني ثم تجريم فض مفاتيح التشفير وذلك على النحو التالي:

٣٠- أولاً: مفهوم تشفير البيانات والتوقيع الإلكتروني:

التشفير هو "تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها". والتشفير له ضوابطه وقواعده المتمثلة في الآتي:

القاعدة الأولى: إباحة تشفير البيانات والمعلومات التي يتم تدوينها أو التعامل فيها من خلال الوسائط الإلكترونية وقد أحال مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري إلى اللائحة التنفيذية الخاصة في شأن تحديد القواعد الخاصة بتشفير المستندات والبيانات الإلكترونية خاصة فيما يتعلق بتشفير التوقيع الإلكتروني وبطاقات الائتمان التي يتم نقلها أو تخزينها عبر وسائط إلكترونية.

القاعدة الثانية: احترام سرية البيانات المشفرة والاعتراف بحق أصحابها في الخصوصية لذلك جرم المشروع الاعتداء عليها. وهذه البيانات المشفرة تعتبر خاصة بصاحبها لا يجوز فصم سريتها إلا بناءً على تصريح كتابي منه.

القاعدة الثالثة: استخدام التشفير كوسيلة معتد بها قانوناً في شأن تحرير البيانات والمعلومات بواسطة الجهات المختصة وفقاً للائحة التنفيذية.

٣١- كيفية تشفير التوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني يُعرف بأنه "وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة" وهذه البيانات تكون في النهاية "كود سري" خاص بشخص معين ويأخذ هذا التوقيع صور عدة منها التوقيع الرقمي أو الكودي وهو الذي يتكون من عدة أرقام يتم تركيبها بطريقة معينة في شكل كود لتقوم بوظيفة التوقيع وهناك أيضاً صورة التوقيع الذي يستخدم النظام البيومتري Biometric system [1] ويسمى التوقيع بنظام .Ben – op .

٣٢- ١) الصورة الأولى: التوقيع الرقمي أو الكودي:

وهو يستخدم في التعاملات البنكية وغير البنكية مثل بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم سري لا يعرفه إلا العميل الذي يدخله في ماكينة السحب الآلي حين يطلب أي معلومات عن حسابه أو لسحب جزء من رصيده والتي تعمل بنظامين نظام Off-line ونظام On-line، وفي الحالة الأولى يتم تسجيل العملية على شريط مفناطيسي ولا يتغير موقف العميل الحالي في حسابه

(1) راجع نصوص القانون التونسي المتعلقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، جريدة الرائد التونسي، المرجع السابق.

إلا في آخر اليوم بعد انتهاء ساعات العمل، أما نظام On-line ففيه يتغير موقف العميل وتحديثه فور إجراء العميلة وهو الغالب في التعامل في نظام البطاقات الذكية Smart Card والتي تحتفظ بداخلها بذاكرة تسجل كل عمليات العميل. كذلك قد يستخدم التوقيع الإلكتروني الرقمي في المراسلات الإلكترونية التي تتم بين التجار الموردين والمستوردين أو بين الشركات فيما بينها.

٣٣- طرق تشفير التوقيع الإلكتروني:

ويتم تشفير Encryption هذه الرسائل وتحويلها إلى بيانات غير مفهومة للآخرين وإرسالها إلكترونياً بعدة طرق للتشفير منها: **أولاً** النظام السيمتري Symmetric ويعني ذلك أن مُصدر الرسالة والمرسل إليه يستخدمان نفس مفتاح التشفير لفك رموز الرسالة وقبل إرسال الرسائل المشفرة يتم إرسال مفتاح التشفير إلى المرسل إليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة ثم تطور إلى نظام Asymetrique وهي وسيلة تتيح استخدام العديد من الأرقام المعقدة يتعذر تزويرها.(١)

وثانياً هناك طريقة أخرى لتشفير التوقيع الإلكتروني الرقمي هي نظام التشفير بطريقة المفتاح العام وهي سلسلة من الهندسة العكسية algorithm وهي تستخدم مفتاحين مختلفين واحد للتشفير والآخر لفك التشفير ويتمتع المفتاحان بخاصية هامة هي أنه لو عُرف أحد هذين المفتاحين لا يمكن معرفة المفتاح الآخر حاسبياً وكل مفتاح منهما سواء المفتاح العام أو الخاص يحمل علامة رياضية لا يمكن معرفتها إلا من جانب صاحبها، والمفتاح الخاص لا يتصور معرفة شخص آخر به غير صاحبه فهو يظل سراً على الآخرين أما المفتاح العام فيمكن معرفته لبعض الجهات المختصة ولا يقصد منه بقاؤه سراً.

ولضمان الأمان في عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الإلكتروني وجدت الحاجة إلى طرف ثالث في عملية التجارة الإلكترونية يكون محل ثقة الأفراد ويتمثل في هيئة محايدة مختصة يكون لها سلطة إشهار وتوثيق التوقيع الإلكتروني وهذا ما نص عليه المشرع التونسي وكذلك مشروع التجارة الإلكترونية المصري(٢).

---

(1) راجع بحث المؤلف المطول عن "الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية"، المرجع السابق ص٧٦ وما يليها.

(2) Théo Hassler : Droit de l'audio-visuol l'internet – Dalloz. Av. 1999. P. 1188 et ss..

٣٤- ٢) الصورة الثانية: التوقيع باستخدام طريقة Pen - op أو التوقيع بالقلم الإلكتروني:

وهي عبارة عن استخدام قلم إلكتروني حسابي يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الكمبيوتر وذلك عن طريق استخدام برنامج معين ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين الأولى خدمة التقاط التوقيع الإلكتروني والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع. يتلقى البرنامج أولاً بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة المستخدمة وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة ويتتبعها الشخص ثم تظهر رسالة تطالبه بتوقيعه باستخدام قلم على مربع في داخل الشاشة ويقوم هذا البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع بما في ذلك حجم وشكل التوقيع والنقاط والخطوط والالتواءات، ثم يقوم الشخص بالضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة بأنه موافق أو غير موافق على هذا التوقيع، فإذا تمت الموافقة يتم تشفير تلك البيانات الخاصة بالتوقيع وتخزينها عن طريق البرنامج وهنا يأتي دور خدمة التحقق من صحة التوقيع وهي تقوم بفك رموز الشفرة البيومترية ثم تقارن المعلومات مع التوقيع المخزن وترسلها إلى برنامج الكمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إذا كان التوقيع صحيحاً أم لا.

٣٥- العلة من التشفير:

تتسم المعاملات الإلكترونية بوجود طرف ثالث غير المتعاقدين قد يكون الغير مستخدم الشبكة، وقد تكون جهة أخرى لذلك كان لا بد من وسيلة للمحافظة على سرية البيانات وحمايتها لكي لا يستطيع أي شخص الإطلاع عليها غير المتعاقدين أو من يُصرح له قانوناً بذلك فاستخدمت وسيلة التشفير بكتابة أرقام أو رموز معينة بدلاً من الكتابة العادية بحيث يكون المفتاح الخاص Private Key بالشفرة لا يعرفه إلا أطراف العملية التجارية – وأمن الشفرة يتبع حجم مفتاحها فكلما كان طويلاً كلما زاد أمن الشفرة، والشفرات التجارية الحديثة يبلغ طولها ٥٦ بت على الأقل[1].

(1) Lamy, Alain Bensoussan la problématique française: Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique.

٣٦- وضع ضوابط التشفير من جهة خاصة:

نص مشروع التجارة الإلكترونية المصري على ضرورة تخصيص جهة معينة لوضع ضوابط التشفير وكذلك وضع الضوابط المتعلقة باستيراد واستخدام أجهزته والبرامج التي تستخدم لإتمامه.

وحسناً فعل مشروع القانون في تحديد جهة واحدة تختص بمباشرة قواعد التشفير وهي مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء – والعلة من ذلك ترجع لحساسية موضوع التشفير وتعلقه بمصالح الدولة العليا وارتباطه في بعض الحالات بتشفير بيانات تتعلق بالأمن القومي للبلاد ولذلك كان الحرص على تخصيص جهة واحدة. ويتم استيراد أدوات التشفير أو تصنيعها تحت رقابة رئاسة مجلس الوزراء.

ومن هنا اهتم المشروع وكذلك قانون التجارة الإلكترونية التونسي بتجريم فك مفاتيح التشفير الإلكتروني.

٣٧- ثانياً: جريمة فك مفاتيح التشفير الإلكتروني في المشروع المصري:

نص مشروع القانون المصري على تجريم فك مفاتيح التشفير الإلكتروني وجعل العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن ٣٠٠٠ - ١٠,٠٠٠ جنيه وذلك لكل من يقوم بكشف مفاتيح التشفير المودعة بمكتب التشفير أو فض معلومات مشفرة في غير الأحوال المصرح بها وشدد العقاب في حالة العود بالحبس مدة لا تقل من سنتين والغرامة التي لا تقل عن ١٠,٠٠٠ – ٥٠,٠٠٠ جنيه – وقد جرم المشروع كذلك – إذاعة أو تسهيل إذاعة التوقيع الإلكتروني أو فض شفرته دون مسوغ قانوني – فقد نصت المادة ٣٠ منه على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد، يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل إذاعة أو استعمل ولو في غير علانية محرراً أو توقيعاً إلكترونياً أو فض شفرته دون مسوغ قانوني أو دون موافقة صاحب الشأن، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنتين إذا كان مرتكب الأفعال المشار إليها بالفقرة الأولى من كان أميناً على المحرر أو التوقيع الإلكتروني بصفة صناعته أو وظيفته أو كان من العاملين لديه".

٣٨- اهتمام المشرع التونسي بجريمة فض مفاتيح التشفير:

عاقب المشرع التونسي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على جريمة فض مفاتيح التشفير فنص على أنه "يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالحبس لمدة تتراوح بين ٦ أشهر وعامين وبغرامة تتراوح بين ١٠٠٠ و ١٠,٠٠٠ دينار أو إحدى هاتين العقوبتين". والركن المادي للجريمة يتمثل في فض مفاتيح التشفير ومعرفة مضمون الرسالة الإلكترونية المشفرة، والركن المعنوي يتمثل في القصد الجنائي العام.

الخاتمة

٣٩- نستخلص من تحليل موضوع الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني بعض النتائج والمقترحات الآتية:

(١) ضرورة توفير حماية جنائية لتدعيم الثقة في المعاملات الإلكترونية وخاصة حماية التوقيع الإلكتروني، وهذا يقتضي تجريم الاعتداء عليه بجريمة خاصةً تزوير التوقيع الإلكتروني أو الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق به، أو جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد التوقيع الإلكتروني.

(٢) ضرورة توفير الحماية الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني: وذلك عن طريق تشفيره وتحويل بياناته إلى رموز أو إشارات لحمايته وسريته، مع ضرورة تجريم فض مفاتيح التشفير كما فعل المشرع التونسي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، وكذلك مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

(٣) أن التحايل الإلكتروني قد يظهر من جانب عدة أطراف متمثلاً في تحايل التاجر أو العميل أو الغير ويجب على المشرع الجنائي أن يواجه كافة صور التحايل لحماية كافة المصالح المعتدى عليها

(٤) إن صور التجريم المستحدثة لحماية التوقيع الإلكتروني من المؤكد تزايدها في المستقبل نظراً للتوسع المتوقع في حجم التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية مما يحتم صياغة النصوص الجنائية بشكل مرن يسمح بدخول الصور المستحدثة مستقبلاً في النص بما لا يمثل اعتداءاً على مبدأ الشرعية الجنائية.

مراجع البحث

أولاً: المراجع العربية:

- د. مأمون محمد سلامة: قانون العقوبات – القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩١.
- د. محمود نجيب حسني: القسم الخاص لقانون العقوبات، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣.
- مجلة انترنت العالم العربي – السنة الأولى – العدد الخامس فبراير ١٩٩٨.
- مجلة PC الطبعة العربية – السنة الخامسة العدد ٧، أغسطس ١٩٩٩.
- مشروع قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية المصري– مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار رئاسة مجلس الوزراء – القاهرة ٢٠٠٠.
- القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية ٩ أغسطس ٢٠٠٠ منشور بالرائد الرسمي التونسي ١١ أغسطس ٢٠٠٠.
- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ – حكومة دبي، الجريدة الرسمية العدد ٢٧٧ السنة ٣٦ – فبراير ٢٠٠٢.
- د. هدى حامد قشقوش:

١- الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

٢- جرائم الحاسب الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

٣- الصور الإجرامية المستحدثة لجرائم بطاقات الدفع الإلكتروني – مركز بحوث الشرطة، القاهرة ١٩٩٨.

٤- إعداد مشروع قانون جرائم المعلوماتية لليونسكو – اللجنة المصرية، القاهرة ١٩٩٨.

٥- إعداد مشروع قانون المعاملات والاتصالات الإلكترونية لمجلس وزراء الداخلية العرب – مكتب الإعلام الأمني، القاهرة ١٩٩٩.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Costes Lionel: transaction en lien, paiment électronique, gâleries marchandes virtuelles, Bul d'actualité lamy - droit de l'informatique, N°. 97 Nov. 1997.

- Hassler Théo,: Droit de l'audio-visuel "l'internet" Dalloz N°.13 Av. 1999.

- La loi type de la CNUDCI sur la commerce éléctrionique 1996 – Nation Unies.

- La loi française No 2000 13 Mars 2000 Portant adaptation du droit de la preuve aux téchnologie de l'information et relative á la signature électronique – J.O. N° 62 du 14 Mars 2000.

- Note Générad : Actualité : A perçu rapide sur la directive 2000 sur la commerce éléctronique la semaine juridique – N° 38 – Sep. 2000.

- Tribunal de grande instance de paris 23 Sep. 1999 – Dalloz 2000 N°. 21.

التعاقد عبر شبكة الإنترنت في القانون الكويتي

د. فايز عبدالله الكندري

أستاذ القانون الخاص المساعد ــ كلية الحقوق- جامعة الكويت

مقدمة:

لم تعد شبكة الإنترنت مجرد وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم، بل إنها قد أصبحت أيضا وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها. ونظرا إلى ما تتصف به شبكة الإنترنت بأنها شبكة مفتوحة يسمح لأي شخص من الجمهور بالدخول إليها دون أي قيد أو شرط سوى أن يكون متصلا بها بواسطة جهاز الحاسب الآلي، و باعتبارها وسيلة اتصال دولية عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية، يثير إبرام العقود عبر هذه الشبكة العديد من المشكلات والتساؤلات القانونية من الوجهتين النظرية والعلمية وعلى المستويين الوطني والدولي، ومن ذلك مسألة الإرادة التعاقدية من حيث التعبير عنها وتوافق إرادتي طرفي العقد (المزمع إبرامه) على قيامه. أما فيما يخص ركني العقد الآخرين ، المحل والسبب ، فهما ركنان متطلبان ولازمان لقيام العقد في كل حالات ، كغيره من صور التعاقد الأخرى. وفي هذا الصدد، لا يبدو لنا أن الفقه قد وجد شيئا من الخصوصية[1]: فالمحل ينبغي أن يكون ممكنا ومشروعا ومعينا، غير مخالف للنظام العام وحسن الآداب. كما أن السبب في التعاقد، يلزم له بشكل خاص شرط المشروعية .

---

(١) جمال النكاس / نظرية العقد في القانون الكويتي وملاءمتها لتنظيم التعاقد الإلكتروني/ ندوة الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني / وزارة العدل / ٣ ــ ٥ نوفمبر ٢٠٠١م / ص ٢٢ ــ أسامه مجاهد / خصوصية التعاقد عبر الإنترنت / مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت / ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠م / جامعة الإمارات العربية المتحدة / كلية الشريعة والقانون / ص ٦٥ .

فالرضا هو قوام العقد وأساسه [1] بما في ذلك التعاقد الإلكتروني، وحتى يقوم الرضاء بالعقد لابد من توافر إرادة متجهة إلى إحداث اثر قانوني، وان يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، وان تتطابق مع إرادة أخرى معبرا عنها بدورها.

والتعاقد عبر شبكة الإنترنت ليس من شأنه أن يثير أي تساؤل حول مسألة توافر الإرادة التعاقدية، حيث يفترض القانون المدني بنص المادة ٣٣ منه ـــ بحسب الأصل العام ـــ توافر هذه الإرادة في المتعاقد وقت إجراء التصرف، ومن ثم لا يلزم إثبات وجودها لديه عندئذ:

١. يلزم، لوجود الرضاء، توافر الإرادة عند إجراء التصرف، وان يحصل التعبير عنها.

٢. ويفترض توافر الإرادة عند إجراء التصرف، ما لم يثبت العكس أو يقضي القانون بخلافه ".

بيد أن الأمر يختلف عندما يتعلق بالتعبير عن الإرادة من جهة، وبالتقاء إرادتي التعاقد من جهة أخرى. إذ تثور بشأنهما عدد من التساؤلات تستوجب الوقوف عليها بالنظر إلى أحكام القانون المدني الكويتي ومعرفة فيما إذا كانت هذه الأحكام تتواءم مع التعاقد عبر شبكة الإنترنت أم انه سوف تكون هناك حاجة إلى قواعد خاصة في هذا الخصوص.

وعلى ذلك، فإن هذه في المتعاقد سوف تسلط الضوء، أولا، على التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر شبكة الإنترنت (المبحث الأول)، ومن ثم ندرس مسألة توافق رادتي التعاقد عبر هذه الشبكة (المبحث الثاني).

---

[1] " العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون". م ٣١ مدني.

المبحث الأول

التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر شبكة الإنترنت

الإرادة باعتبارها مكونة للرضاء ليس لها قيمة قانونية إلا إذا حصل التعبير عنها، وفي هذا الشأن لم يستلزم المشرع الكويتي – بحسب الأصل العام – طريقه خاصة للتعبير عن الإرادة. فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذي يحلو له إعمالا لنص المادة ٣٤ من القانون المدني والتي تقضي بما يلي:

"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وذلك ما لم يتطلب القانون، في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين ".

وعلى ذلك، يصح أن يحصل التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية بصفة عامة، وعلى وجه الخصوص بواسطة شبكة الإنترنت سواء تم ذلك عن طريق خـــــدمة " World Wide web " أم خدمة البريد الإلكتروني "E – mail" أم أي خدمة أخرى من الخدمات التي تقدمها هذه الشبكة.

فعرض التاجر للسلع أو المنتجات للبيع مع بيان أثمانها وأوصافها على موقع في شبكة الإنترنت يمثل إيجابا موجها إلى كل من يدخل هذا الموقع لاتخاذه موقفا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود. بالمقابل، ضغط زائر الموقع لأيقونة الموافقة "Cliquage" يعد تعبيرا من جانبه على قبوله لهذا الإيجاب. فكل من التاجر والزائر قد اتخذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود في إبرام عقد البيع. والشأن كذلك عندما يرسل التاجر رسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية لبعض الأشخاص يعرض من خلالها شراء منجاته

بالثمن المحدد بالرسالة، حيث يعد ذلك إيجابا يكون للمرسل إليه الحرية في قبوله برسالة إلكترونية من جانبه.

وفي هذا الصدد يعبر الفقيه الفرنسي THOUMYREبالآتي:

" Faire ses courses sur le Web est devenu un jeu d'enfant une simple pression sur le bouton de nos souris suffit à passer des commandes à l'autre bout du monde . Tout va pour le mieux , jusqu'à ce que l'on s'aperçoive que le produit commandé ne convient pas , que la facturation est plus lourde que prévue ou que les conditions de garanties sont draconiennes . L'internaute se trouve alors lié par un contrat dont l'ensemble des termes n'ont pas toujours été portés à sa connaissance. En effet , il arrive fréquemment que les principales clauses contractuelles soient dissimulées sous une épaisse couche de liens hypertextes ou tout simplement inexistantes . Or , la facilité avec laquelle le consommateur effectue ses achats sur l'Internet peut parfois dénaturer son consentement ou même , le transformer en simple réflexe . Nous faisons face ici à la problématique des cyber-contrats d'adhésion qui , non seulement n'offrent aucune possibilité de négociation à la partie faible mais l'incite en plus à accepter les termes d'un contrat quasiment invisible" [1]

ويصعب أن يكون العدول عن التعبير بالإيجاب أو القبول، في إطار التعاقد الإلكتروني، لذلك ينبغي والتروي، قبل إرسال أو إدخال أية بيانات تتضمن إيجابا أو قبولا. حيث تحصر المادة ٣٧ مدني، إمكانية الرجوع عن ذلك، بفرض وصول العدول قبل التعبير عن الإرادة أو في نفس الوقت، وهو أمر متعذر ماديا في هذا النوع من التعاقد[٢].

وإذا اختلف التعبير عن الإرادة " عرض السلع أو ضغط زر الموافقة " مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد. ومع ذلك، يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه، إذا أثبت انه عول عليه معتقدا مطابقته لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة.

---

(1) L;échange des consentements dans le commerce électronique/op.cit./p.6.

(٢) جمال النكاس / مشار إليه / ص ٢١ .

وعلى ذلك، لا يوجد شيء من الخصوصية في إبرام العقود عبر الإنترنت إلا في وسائل مباشرتها بصفة خاصة بطريقة التعبير عن الإرادة التعاقدية والتي لا تتنافى بدورها مع أحكام القانوني المدني الكويتي.

كما أن موضوع الأهلية للتعاقد الإلكتروني، وان كان يثير مشكلات خاصة ترتبط بشيوع استخدام الوسائل الإلكترونية لدى الناشئة من صغار السن، فإنه لا مناص من تطبيق الأحكام الخاصة بإبطال العقود التي يبرمها هؤلاء، دون علم أولياء أمورهم، إعمالا لنصوص المواد ٨٥ مدني وما بعدها. وفي جميع الأحوال، فإن ضبط الأمور في هذا الشأن، لا يكون " إلا من خلال إنشاء جهات متخصصة للرقابة على عملية التداول الإلكتروني، من خلال شفرة سرية، وباستخدام وسائل تقنية متطورة، وعلى ورأسها ما يعرف بتقنية " المفتاح المزدوج"[1].

المبحث الثاني

تلاقي إرادتي التعاقد عبر شبكة الإنترنت

تضمنت المادتين ٤٨ و ٤٩ من القانون المدني أحكاما خاصة بالتعاقد عن طريق المراسلة، وهو تعاقد يتم بين غائبين أي مع الغياب المادي للمتعاقدين أثناء تبادل التعبير عن الإرادتين حيث يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن بين تعبير كل منهما عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر.

والتعاقد بالمراسلة قد يتم بطريق إيفاد رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذاك، أو بالمكاتبة عن طريق البريد، أو عن طريق البرق أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال الأخرى، وشبكة الإنترنت تعد اليوم أحد هذه الوسائل بل وأهمها على وجه الإطلاق. فالعقد الذي يبرم عبر الإنترنت يبرم عن بعد بغياب المتعاقدين المادي والمعاصر أثناء تبادل التعبير عن إرادتهما

---

[1] جمال النكاس / مشار إليه / ص ٢٢ .

العقدية، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد (Contrat à distance)، أي العقود التي تتم عبر المراسلة الأمر الذي يستوجب بالضرورة تطبيق الأحكام الواردة بالمادتين المذكورتين آنفا والخاصة في تحديد وقت قيام الإيجاب ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصا القبول، وأخيرا لتحديد زمان ومكان إبرام العقد وهذا إلى جانب الأحكام العامة الواردة بالقانون المدني وذلك فيما يتعلق بالتوافق بين الارادتيين والذي يتم بدوره على خطوات ثلاث: الإيجاب والقبول ثم ارتباط القبول بالإيجاب.

(أ) الإيجاب

باعتبارها شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية تمكن من التفاعل بين صاحب الموقع فيها وزائر لهذا الموقع، يسمح الإنترنت بإصدار إيجاب [1]الأكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينه من العقود وعلى الأخص البيوع. حيث تمكن شبكة الإنترنت العميل الذي يتصل بموقع التاجر من دراسة الإيجاب المقدم من هذا الأخير، وطلب المعلومات التي يرغبها، بل و يمكنه التجربة في بعض الأحيان، فتعرض ـــ على سبيل المثال ـــ بعض المواقع ملابس للبيع وتسمح بتجربتها على مانيكانات افتراضية " Mannecquinc Virtuels".

والإيجاب الذي يتم عبر شبكة الإنترنت قد يكون إيجابا خاصا موجه إلى أشخاص محددين وهو الذي يتم في الغالب بواسطة البريد الإلكتروني، وقد يكون إيجابا عاما موجه إلى جميع زائري الموقع عبر صفحات الوب Web[2].

---

[1] بحســـب المادة ٣٩ من القانون المدني، الإيجاب ينبغي أن يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له وان يتضمن طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية.

[2] " يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد مع مراعاة ظروف الحال". م ١/٤٠ مدني.

بالنظر إلى الصفة الدولية التي تتمتع بها شبكة الإنترنت والتي لا تتقيد بحدود الدول فإن الإيجاب الموجه عبره يكون موجها إلى جميع زائري الموقع بالإنترنت من مختلف دول العالم، ومع ذلك يجوز تحديد نطاق مكاني للإيجاب lieu du couverture أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب بالنص على ذلك صراحة.

أخذا بالاعتبار بأن الإيجاب الذي يتم عبر الإنترنت هو إيجاب بالمراسلة فإنه يبقى، عملا بنص المادة ٤٨ من القانون المدني، قائما طوال الفترة التي يحددها الموجب لبقائه والالتزام بالإبقاء عليه طوال الفترة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له وإبداء رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب:

١-إذا حصل الإيجاب بالمراسلة، بقى قائما طوال الفترة التي يحددها الموجب لبقائه. فإن لم يحدد الموجب لذلك مدة، التزم بالإبقاء على الإيجاب، طوال الفترة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له وإبقاء رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب.

٢ - يسقط الإيجاب إذا لم يصل القبول إلى الموجب في الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال، واو صدر الموجب له في وقته المناسب".

يرجع لقاضي الموضوع مسألة تقدير الفترة المعقولة التي يبقي فيها الإيجاب قائما عند عدم قيام الموجب نفسه بتحديدها، فالمسألة مردها لظروف كل حالة، وهي من ثم مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها القول الفصل.

ب) القبول

مجرد ضغط من وجه إليه الإيجاب لأيقونة " الموافقة يعد كافيا، بنظرنا، للتعبير عن القبول ومن ثم يسمح بانعقاد العقد إذا وصل إلى علم من وجه إليه. فالقبول بواسطة اللمس أو الضغط " cliquage " على أيقونه القبول يعد صورة من صور التعبير عن الإرادة تتفق مع ما قضيت به المادة ٣٤ من القانون المدني. في هذا الشأن، عبر الأستاذ الدكتور – جمال النكاس على انه "وبالتحليل الدقيق لدور كل من أطراف العقد الإلكتروني، يبين عن الطرف الموجب، يعبر عن

إرادته الباته الجازمة من خلال الجهاز، يستوفي في ذلك الحالة التي يوجه فيها عرضا عاما للجمهور، أو عرضا خاصا لفرد أو أفراد يتعامل معهم، فطالما توافرت في هذا العرض شروط العقد وأركانه الأساسية، اعتبر إيجابا يكفي لقيام العقد أن يصادفه قبول غير مشروط من قبل الطرف الآخر (الموجب له). كما أن الطرف الموجب له، يعبر عن إرادته قبول العقد بمجرد أن يرسل للطرف الآخر ما يدل على ذلك. ليقوم العقد بمجرد دخول الرسالة في صندوق الرسائل الخاص بالموجب ".

وقد يطلب في بعض الأحيان من الشخص تأكيد للقبول الذي تم بالضغط على أيقونة القبول وذلك بالضغط عليها مرة أخرى للسماح بانعقاد العقد، عندئذ لا يكون القبول قد صدر إلا بصدور التأكيد من لحظة الضغط للمرة الثانية على أيقونة " القبول ".

وفي تقديرنا، انه من الصعوبة بمكان اعتبار السكوت الملابس[1] تعبيرا عن القبول في التعاقد عبر الإنترنت تطبيقا لنص المادة ٤٤ من القانون المدني، إذ " إن سهولة إرسال الإيجاب عبر الإنترنت، سواء أكان ذلك بواسطة صفحات الوب Web أو بواسطة البريد الإلكتروني، قد يؤدي إلى فرض التعاقد على الشخص الذي اعتاد التعامل مع متجر افتراضي عبر الشبكة وذلك بمجرد إرسال التاجر – على سبيل المثال – لرسالة إلكترونية عدم الرد عليها خلال مدة معينة بمثابة القبول "[2] لما جاء فيها من إيجاب. فظروف التعامل السابق لا يكفي، بنظرنا، لاعتباره من قبيل السكوت الملابس في التعاقد عبر الإنترنت، بل يجب إن يقترن بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظروف أخرى يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للإيجاب.

---

(١) " ١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا.

٢- ويعتبر السكوت قبولا، بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا كان الإيجاب لمحض منفعة الموجب له، وكذلك يعتبر سكوت المشتري، بعد تسلمه البضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن، قبولا لما ورد في هذه القائمة من شروط ". مادة ٤٤ من القانون المدني.

(٢) أسامه مجاهد / مشار إليه / ص ٨٣ .

(ج) ارتباط القبول بالإيجاب

مهما قيل بصدد معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية في العقود المبرمة بواسطة شبكة الإنترنت نظرا لما تتمتع به من صفة التفاعلية " Interactivité" والتي تسمح بحضور افتراضي معاصر للمتعاقدين " [1]présence virtuelle simultantée"، فإن البعد المكاني بين الموجب والقابل يظل واقعا مؤثرا لا يمكن إنكاره وخاصة فيما يتعلق باعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود المبرمة عن بعد أي العقود التي تتم بالمراسلة أو بين غائبين ومن ثم وجوب تطبيق الأحكام الخاصة بهذا النوع من التعاقد، وعلى الأخص فيما يتعلق في تحديد مكان وزمان إبرام العقد.

فعلى مستوى توقيت ومكان إبرام العقد، فإن الأهمية الخاصة التي ينطوي عليها هذا الموضوع، بالنظر إلى إمكانية الرجوع عن العملية التعاقدية قبل تمام إبرام العقد، وبالنظر إلى زمان تنفيذه وزمان حساب التعويضات المترتبة على التأخير في تنفيذه، إضافة إلى ضرورة تحديد مكان إبرام العقد، لتحديد الاختصاص القانوني والقضائي، فإن كل ذلك يحتم تحديد الزمان والمكان. فإن أهم النظريات التقليدية[2]، التي تجعل من اتصال القبول بعلم الموجب في العقود التي تبرم بين غائبين، أساسا لتحديد زمان ومكان العقد، بشكل أساسي المادة ٤٩ من القانون المدني الكويتي.

---

(١) انظر؛ BEAURE D'AUGERES , BREESE et THUILIER / Paiment numerique sur internet Etat de l'art, aspects juridique et impact sur les metiers / THOMSON PUBLISHING / 1997 . 78 .

(٢) في هذا الخصوص ، أورد الدكتور جمال النكاس أربع نظريات " على النحو الآتي :

- النظرية الأولى، هي النظرية التي ترى في اللحظة التي يتكون قرار القبول لدى الموجب له .
- الثانية" التي ترى ضرورة العلم الحقيقي من قبل الموجب بقبول الموجب له وتعتبره تاريخا لقيام العقد .
- الثالثة، وهي التي تعتمد تاريخ تصدير القبول من قبل الموجب له تاريخا لقيام العقد .
- النظرية الرابعة، وهي التي تسود في الوقت الحالي ، وهي تعتمد وصول القبول للموجب تاريخا، بغض النظر عن علمه الحقيقي من دونه .مشار إليه / ص ٢٦ / هامش رقم ٨ .

ووفق نص المادة ٩٥ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ هناك ضابطين للإسناد لتحديد الاختصاص القانوني والقضائي: الموطن المشترك للمتعاقدين، و قانون الدولة التي تم فيها العقد إذا اختلف موطن المتعاقدين. ولا يثير الضابط الأول إشكاليات خاصة بالتعاقد إلكترونيا طالما كان موطن المتعاقدين واحداً، إلا أن الضابط الثاني قد يثير بعض الصعوبات. فهناك من التشريعات من أخذ بمحل تسليم الإيجاب كمعيار، ومنها ما يعتمد على محل علم الموجب بالقبول. وأخرى تبنت المكان الذي صدر فيه القبول، وغيرها اعتمد المكان الذي أرسل منه القبول[1].

القانون الكويتي تبنى بدوره نظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاد العقد وزمانه. فقد نصت المادة ٤٩ من القانون المدني على انه " يعتبر التعاقد بالمراسلة انه قد تم في الزمان والمكان الذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقض القانون أو العرف بخلافه ". وقد علقت المذكرة التفسيرية على ذلك بقولها: " وتعرض المادة ٤٨ والمادة يوما بعد يوم، على اثر تقدم العلم وتكنولوجيا العصر. وهذه هي صورة يزداد شيوعها طريق إيفاد رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف، أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد أو عن طريق البرق أو ما يشبهه من وسائل الاتصال الأخرى. وسمة هذا التعاقد انه يتم بين غائبين، دون أن يسمع احد هما الآخر فور أداء عبارته الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن، تطول أم تقصر، بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر ".

وعلى ذلك، يعد العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت قد تم عملا بحكم المادة ٤٩ من القانون المدني في الزمان والمكان الذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب بحسب الأصل العام – وان كان من الممكن أن تتم بعض العقود وفق آلية أقرب من حيث الشكل للتعاقد بالهاتف في، فيكون

---

[1] انظر: يوسف العلي / جمال النكاس / مدى ملاءمة تطبيق قواعد التنازع المستقرة حاليا على التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت/ ندوة الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني / وزارة العدل / ٣ –٥ نوفمبر ٢٠٠١م / ص ١٨٨ .

التطبيق لأحكام التعاقد بطريق الهاتف (المادة ٥٠)[١] والتي تختلف بحكمها من حيث زمان انعقاد العقد عن التعاقد بالمراسلة وتلتقي معه في الحكم الخاص بمكان انعقاد العقد -:

" يعتبر التعاقد بالمراسلة انه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون بخلافه".

وكما أشار البعض على إن " الصعوبة في تطبيق النص هنا على التعاقد باستخدام شبكة الإنترنت يكمن في تحديد مكان استلام القبول. فالفقه على إن النص يستدعي الربط بين زمان العلم بالقبول ومكانه بحيث ينعقد العقد في المكان والزمان الذي يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول. والعالم الافتراضي لا يقوم على تواجد فعلي في مكان محدد. كما انه يقوم على وسائط نقل تكنولوجية وربما وسطاء تجاريين أيضا. فالشركة الموجبة على الشبكة قد يكون مقرها باريس مثلا، في حين إن مقر الشركة القائمة على الشبكة (والأجهزة الفنية الخاصة بالشبكة) موجودة في الولايات المتحدة الأمريكية. أو ربما كانت الشركة القائمة على إدارة الموقع لا تعدو أن تكون وسيط تتلقى الطلبات لتحويلها إلى الشركة المصنعة أو المسوقة للمنتج والتي تقوم بكل الالتزامات التعاقدية " [٢]

إلا أنه وبحسب ما نصت عليه المادة ٣٦ من القانون المذكور، تسلم الموجب للقبول يعد قرينه على علمه، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك:

" ١ ـــ يوجد التعبير عن الإرادة بمجرد صدوره عن صاحبه. و مع ذلك لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من وجه إليه.

٢ ـــ و يعتبر وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على علمه به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ".

---

[١] يسري على التعاقد بطريق الهاتف، أو بأي طريق مشابه، حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه. ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله" .

[٢] يوسف العلي / مشار إليه / ص ١٨٩.

وهو الأمر الذي يتحقق لحظة دخول رسالة القبول في صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب، مما يعني أن كل ما يقال في نطاق التعاقد بالمراسلة عن وجود فاصل زمني بين تصدير القبول ووصوله إلى الموجب هو على وشك الاندثار فالتصرفات التي تتم عبر شبكة الإنترنت هي تصرفات عن بعد ولكنها – وهذا على خلاف وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية الأخرى – فورية و متعا صره.

وفي الفقه المقارن جرى العمل على إن يكون زمان إبرام العقد مرتبطا بالعلم الحقيقي من قبل الموجب بالقبول، كما هو الحال في المادة ١/٢ من نموذج جمعية المحامين الأمريكية، أو على الأقل إمكان العلم ويأخذ المشرع الإنجليزي بذات التوجه، وكذلك يتجه الفقه والقضاء في ألمانيا، وسويسرا. في حين لازال القضاء في فرنسا مستقرا على اعتبار تاريخ إرسال القبول لا وصوله لعلم الموجب، زمنا لقيام العقد. أما مكاذلك،ام فإن الفقه يتجه إلى تأكيد الحاجة إلى ما يؤكد وصول الإيجاب والقبول إلى الموجه إليه، من خلال إرسال تأكيد في صيغة " علم بالوصول"، حسما للتراعات. عدا عن ذلك ، فإن بعض التشريعات ، كالسويسري والألماني ، يذهب إلى اعتبار لحظة خروج القبول من جهاز الموجب له ، زمنا لصدور القبول ، ووقت وصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى جهاز الموجب . زمنا لقيام لعقد. هذا ويتعرض الفقه المقارن لفرض هام في العمل ينصب على الحالة التي يصل فيها القبول إلى الموجب خارج الموعد المحدد لذلك، كما هو ثابت في التاريخ الوارد لإرسال القبول واستلامه، حيث يصر الفقه، وبحق، على ضرورة أن يعبر الموجب في حالة عدم رغبته بالتعاقد، ومن خلال إشعار بعلم الوصول على إبداء هذه الرغبة للموجب له، حتى بتحلل من العقد، ففي حال سكوته عن ذلك، فإن من الأولى أن يعتبر العقد قائما [1].

[1] جمال النكاس / مشار إليه / ٢٦ .

الخاتـــمة

" تسارعت في السنوات الأخيرة وتيرة استخدام الحاسوب ودخلت التعاملات التجارية والخاصة باستخدام شبكة الإنترنت مرحلة جديدة من العلاقات القانونية التي لم تكن في حسبان المشرع عند تنظيمه للتعاملات التجارية. ويشهد العلم اليوم تزايد مستمرا في الأخذ بما اصبح يعرف بالتجارة الإلكترونية. ولما كانت التشريعات القائمة لا تلبي دائما حاجة المتعاملين بهذا النوع من الأعمال التجارية.فقد اصبح لزاما إدخال بعض التعديلات على القانون بما يقلل من الهوة القائمة بين الواقع والتشريع. ويحاول مشروع قانون التجارة الإلكترونية توفير الحد الأدنى من القواعد التي قد تسعف القاضي عند نظره أي نزاع متعلق بالتجارة الإلكترونية.ولما كانت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " يونسترال " قد أعدت مشروع قانون حول ذات الموضوع ولذات الأهداف، فقد تقرر أن يكون هذا المشروع هو الأساس الذي ينطلق منه مشروع القانون الكويتي لسببين رئيسيين: أولهما أن مشروع اللجنة المذكورة قد أعد بعناية فائقة وروعي فيه إمكانية تفاوت التشريعات الوطنية في بعض التفاصيل، وهو ما جعل هذا المشروع مقبولا لدى كثير من الدول الراغبة في أن يكون القانون الكويتي قريبا في تنظيمه من تشريعات الدول الأخرى في ذات المجال مما يساعد في تماثل الحلول لذات المشكلة القانونية، وهي مسألة تلقى أهمية في القانون الدولي الخاص".

كان ذلك جزء من مقدمة المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المعد من جانب غرفة وتجارة وصناعة الكويت، والذي يعالج بدورة المسائل التي تثيرها التجارة الإلكترونية والتي من بينها استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في مجال إبرام العقود. حيث جاءت المادة الثامنة من المشروع لتقرر جواز هذا الاستخدام، " لتؤكد تطبيق هذه القاعدة والتي قد يكون تطبيقها محل شك في مجال التعاقد باستخدام المستندات الإلكترونية نتيجة قيام الشك في وجود نية الأطراف في بعض التعاملات كما هو الحال في العروض التي قد تنشأ

بواسطة الحاسوب دون تدخل مباشر من الإنسان، أو لسبب آخـــر قائم على الشك في وسيلة الإبلاغ وناتج عن عدم وجود مستند ورقي".

وكما أبانت المذكرة الإيضاحية للمشروع المذكور نص المادة ٨ المشار إليها لا " تعالج الحالات التي يكون فيها الإيجاب والقبول كلاهما بوسائل إلكترونية فحسب، بل تتناول أيضا الحالات التي يكون فيها الإيجاب فقط أو القبول فقط قد تم بوسيلة إلكترونية. أما بالنسبة لزمان ومكان تكوين العقود فالمرجع فيها للقواعد المقررة سلفا في القانـــــون في هذا المجال دون تقرير أي أحكام خاصة بالتعاقد بوسائل إلكترونية.أما عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك) فقد كان النص عليها تأكيدا لمبدأ استقلال إرادة الأطراف في مجال إبرام العقود، وحتى لا يفهم من النص أنه يفرض شكلا معينا لإبرام العقود باستخدام وسائل إلكترونية، وإنما جاء النص ليؤكد إمكانية قيام الإيجاب والقبول من خلال استخدام المستندات الإلكترونية متى ما قبل أطراف العلاقة بذلك.

وإلى حين إقرار مشروع قانون التجارة الإلكترونية، لا يوجد ما يمنع من إبرام العقود بمختلف أنواعها من خلال شبكة الإنترنت. فمن خلال هذه الدراسة المتواضعة، تبين أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد عبر هذه الشبكة تمثل أهم خصوصيته، كما أتضح لنا بأنه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم بالمراسلة أي عن بعد.

فلا جدال في أن التعاقد عبر الإنترنت يخضع إلى الأحكام العامة المتعلقة بإبرام العقد والواردة في القانون المدني الكويتي، ومن ثم تسري بشأنه الأحكام الخاصة بوجود الإرادة التعاقدية والتعبير عنها وتلاقي إرادتي التعاقد، ولا يبدو أن هناك شيئا من الخصوصية، من وجهة نظرنا، ما يستوجب استحداث قواعد خاصة في هذا الخصوص.

إن إبرام العقود عبر الإنترنت، أو ما يسمى بصفة عامة بالتجارة الإلكترونية والتي يقصد بها التصرفات التي تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، لا تثير، في القانون الكويتي أي مشكلة تذكر من وجهة نظرنا، فالمادة ٣٤ تسمح بأن يكون التعبير عن الإرادة

باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، وهو الأمر الذي يتحقق عبر وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية منها والحديثة كالإنترنت. كما تسري على الإيجاب والقبول الصادرين عبر الإنترنت أحكام التعاقد بالمراسلة والتي تحدد أيضا مكان وزمان انعقاد العقد في مثل هذه الحالة.

وعلى ذلك، نخلص إلى انه إذا كان من الضروري استحداث قواعد خاصة بشأن العقود المبرمة عبر الإنترنت فإن ذلك لا يكون بصدد إبرام هذه العقود للأسباب سالفة الذكر، وإنما لإسباغ الحماية المطلوبة للمتعاقد في حالة التعاقد عن بعد ومن تطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت وهذا إلى جانب قواعد وأدلة إثبات هذا النوع من التعاقد الإلكتروني.

ماهية بطاقة الائتمان
وأنواعها، وطبيعتها القانونية، وتمييزها عن غيرها

أ.د. محمد رأفت عثمان

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر- عضو مجمع البحوث الإسلامية

تقديم البحث:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على جميع أنبيائه ورسله، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين. وبعد، فكما تغيرت وتطورت صور الحياة الاجتماعية، وأخذت أشكالا جديدة، لم تكن معهودة للأجيال السابقة، تغيرت وتطورت أيضا صور التعامل المالي، ومن هذا التغير والتطور في هذا المجال، التعامل مع البنوك بواسطة بطاقات الائتمان، التي انتشرت في العالم انتشاراً كبيراً، حتى أصبحت وسيلة يسهل الحصول عليها، يتعامل بوساطتها الملايين في كثير من بلاد العالم، مع البنوك من ناحية، ومع أصحاب المتاجر، والفنادق، وشركات الطيران، وغيرها من ناحية أخرى، وأصبحت إحدى الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك للمتعاملين معها، وإحدى الوسائل التي تيسر للشخص الحصول على احتياجاته من السلع والخدمات في الأماكن التي يحل بها، ولا يحتاج إلى أن يحمل معه كثيرا من النقود التي سيطالب بها مقابل شرائه للسلع التي يريد شراءها، أو الخدمات التي تؤدى له، مع تعرض هذه النقود لخطر الضياع أو السرقة.

وموضوع هذا البحث هو هذه الوسيلة الجديدة في التعامل المالي.

وسنبين حقيقتها، والأنواع التي تتنوع إليها، وطبيعتها القانونية والشرعية، والأمور التي تميزها عن غيرها، والله ولى التوفيق.

أسماء متعددة لبطاقة الائتمان :

أطلق على هذه الوسيلة الجديدة في التعامل المالي في الكتابات العلمية التي تناولتها، والاستعمال المصرفي عدة أسماء، فقد سميت ببطاقات الائتمان، وبطاقات الاعتماد، وبطاقات الدفع البلاستيكية، وبطاقات الدفع الإلكترونية، والنقود البلاستيكية، وكان الأكثر شيوعا من هذه التسميات هو اسم بطاقات الائتمان [1].

وفى حين يرى فريق من الكاتبين والباحثين أن اسم بطاقة الائتمان اكثر تعبيراً عن حقيقة هذه الوسيلة الجديدة في التعامل المالي، من الناحية اللغوية والعلمية، لأن لفظ "itcred" الإنجليزي الذي نقلت عنه الترجمة العربية يعنى: " ائتمان واعتماد " وأيضا فلأن البطاقة بجانب كونها وسيلة للوفاء أو الدفع مثل الشيكات، فإنها تمنح حاملها ائتمانا مصرفيا قصير الأجل. [2] نقول في حين يرى فريق من الكاتبين والباحثين ذلك، نرى رأيا لأحد الباحثين الفضلاء مخالفا لهذا الرأي، فيرى الأستاذ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان أن العنوان السليم المناسب لهذا النوع من البطاقات هو " بطاقات الإقراض " لأن كلمة "credit" تعنى صراحة معنى الإقراض في المصطلح الاقتصادي والتجاري، والقانونين الإنجليزي والأمريكي في مجال البطاقات المالية، وأيضا فلأن طرفي عقد هذا النوع من البطاقات يسميان مقرضا ومقترضا فتسميتها ببطاقات الإقراض اسم مناسب لحقيقتها، ويميزها عن نظيراتها من البطاقات الأخرى في الشروط، وتسديد الديون الذي ينبني عليه أحكام شرعية.

وأيضا فلأن المصطلح الشرعي للقرض ينطبق على هذه الصورة في التعامل.

وأما كلمة " ائتمان " فليست عنوانا صحيحا لهذه المعاملة ولا هي وصف مناسب لها، لأنه لا أثر للائتمان أصلا، ولا وضعا، في صحة تكييف العقد فيبنى عليه حكم.

---

(١) د. محمد عبد الحليم عمر. الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان ص ١٤. إيتراك للنشر .

(٢) المصدر السابق صـــ ١٤.

ويبيِّن الأستاذ الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان أن تسمية القرض بالائتمان لعله من قبيل افتراض ثقة المقرض في أمانة المقترض وصدقه، كما يبين أنه لا يوجد سبب واضح يدعو إلى أن نعدل عن لفظ " القرض " وما اشتق منه، ونستعمل ألفاظا أقل ما يقال فيها إن المراد منها غامض على أهل العربية أنفسهم.

ثم أجاب عما يمكن أن يقال إن لكل علم مصطلحاته، وأن القاعدة أنه لامشاحة في الاصطلاح، فقال لكن لا ينبغي أن يخرج المصطلح عن معاني اللغة وطرائقها. (١)

ما سبق كان بيانا لاتجاهين في بيان الوصف المناسب لهذا الوسيلة الجديدة في التعامل المالي، وأرى أنه يمكن الرضا بإطلاق اسم " بطاقة الائتمان " الذي شاع بين الباحثين والكاتبين، والاستعمال المصرفي على هذه الوسيلة في التعامل المالي لأمرين :-

الأول : شيوع هذه التسمية حتى أصبحت علماً على هذه الصورة من التعامل المالي.

الثاني : أن هذه التسمية داخلة في مجال الاصطلاح، والقاعدة – كما أشار إليها الأستاذ الفاضل الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان أنه لامشاحة في الاصطلاح، والاصطلاح قد يخرج بعض الكلمات عن مدلولها اللغوي، إلى معنى آخر يريده جماعة خاصة، ولهذا وجدنا تعريفات لكلمة " الاصطلاح " تفيد هذا المعنى، فقد عرف الاصطلاح بأنه " إخراج اللفظ عن معنى لغوى إلى معنى آخر لبيان المراد " وقيل هو " إخراج اللفظ عن معنى لغوى إلى آخر لمناسبة بينهما " وقيل أيضا هو " اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعنى " وقيل : " لفظ معين بين قوم معينين " (٢) فيصح أن نقبل تسمية " بطاقة الائتمان " على أنها اصطلاح أخرج اللفظ عن معنى لغوى إلى معنى آخر لبيان المراد، وأيضا فيمكن القول بأن تسميتها بهذا الاسم من باب التجوز في استعمال الكلمات بإطلاق السبب وهو الائتمان وإرادة المسبب وهو البطاقة، لأن

---

(١) البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أو سليمان ص ٢٣ وما بعدها دار القلم بدمشق.

(٢) التعريفات، للجرجاني، على بن محمد الجرجاني صـــ ١٥.

الجهة التي أصدرت البطاقة قد ائتمنت الشخص الذي سمح له باستعمالها، على أن يؤدى الحق الذي ائتمنته عليه، فصار مسموحا له بمقتضى ذلك أن يستدين بها، وفقا للاتفاقية التي أبرمت بينهما. (١)

تعريف بطاقة الائتمان :

هناك تعريفات متعددة لبطاقة الائتمان، أحدها ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي، وهو أنها مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما، يمكنه من شراء السلع والخدمات، ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالا، لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب النقود من المصارف. (٢)

وعرفت أيضا بأنها " بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله، تمكنه من الحصول على السلع والخدمات، من محلات وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السلع، أو الخدمات بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر الائتمان فيسدد قيمتها له، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهريا بإجمالي القيمة لتسديدها، أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه. (٣)

---

(١) الدكتور نزيه كمال حماد، بطاقة الائتمان غير المغطاة، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشرة .

(٢) القرارات والتوصيات الصادرة عن المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة بجدة، أشار إليها الدكتور محمد عبد الحليم عمر في بحثه : الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان صـــ ١٤ وانظر : الدكتور نزيه كمال حماد في بحثه بطاقة الائتمان غير المغطاة الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي.

(٣) ذكر هذا التعريف الدكتور عبد الوهاب أو سليمان في كتابه البطاقة البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد صـــ ٢٧ نقلا عن الدكتور أحمد زكى بدوي في معجم المصطلحات التجارية والتعاونية.

كما عرفت تعريفا مصرفيا بأنها : أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات، مقبولة على نطاق واسع محليا ودوليا لدى الأفراد، والتجار، والبنوك، كبديل للنقود، لدفع قيمة السلع والخدمات المقدمة لحامل البطاقة، مقابل توقيعه على إيصال بقيمة التزامه، الناشئ عن شرائه للسلعة، أو الحصول على الخدمة، على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك المصدر للبطاقة، عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع، ويطلق على عملية التسوية، بين البنوك الأطراف فيها أسم : نظام الدفع الإلكتروني، والذي تقوم بتنفيذه الهيآت الدولية المصدرة للبطاقات. (١)

المصدرون للبطاقات :

هناك جهتان رئيستان على مستوى العالم، تتوليان إصدار البطاقات العالمية على اختلاف أنواعها، هما " أميركان اكسبريس " و " فيزا " ويطلق عليهما في عرف المصرفيين اسم راعى البطاقة.

فأما الجهة الأولى وهى الأمريكان اكسبريس فهي أحد البنوك والمؤسسات المالية الكبرى، التي تمارس العمل المصرفي، والمصدرة لبطاقات " أمريكان اكسبريس " وتقوم هذه المؤسسة بالإشراف المباشر على عملية إصدار البطاقات، ولا تسمح بمنح ترخيص لإصدار البطاقات لأي بنك، أو مؤسسة مصرفية أخرى، وهى التي تعمل على أن تصل إلى التجار والمؤسسات التي تقبل العمل بالبطاقات، حقوقهم المالية منها مباشرة، نيابة عن حاملي البطاقة، وليس من شروطها أن يكون لحامل البطاقة حساب مصرفي لديها، أو في أي فرع من فروعها، مكتفية بأن تتأكد من مقدار الملاءة المالية لمن يريد الحصول على البطاقة الائتمانية، فتقوم بإصدار البطاقة حسب المعايير الائتمانية التي وضعتها محققة لسياستها نحو إصدار هذه البطاقات.

---

(١) د. محمد عبد الحليم عمر في كتابه : الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبة لبطاقات الائتمان صـ ٥ نقلا عن: نشرة عن بطاقات الدفع البلاستيكية، صادرة عن مركز البطاقات بالبنك الأهلي المصري، فقرة أولا.

ولا تسمح " الأمريكان اكسبريس " لأي بنك من البنوك الأخرى أن يضع اسمه على بطاقاتها، إلا في نوع واحد منها هو " الأمريكان اكسبريس الذهبي " بشرط أن يوجد لمن يريد حمل هذه البطاقة حساب عند هذا البنك، وأن يقوم البنك بضمان العميل.

وهناك ثلاثة أنواع من البطاقات تصدرها " الأمريكان اكسبريس " يتناسب كل منها مع قدرات العميل المالية، وحجم ما يقدم له من التسهيلات، وهى:

- بطاقة الأمريكان اكسبريس الخضراء.
- بطاقة الأمريكان اكسبريس الذهبية، وهى تمنح لمن لديهم قدرات مالية عالية، وتتميز بأن التسهيلات التي تمنح لحامل هذه البطاقة ليس لها حد لسقف ائتماني معين.
- بطاقة الأمريكان الماسية.

وأما الجهة الثانية وهى منظمة " الفيزا " فهى صاحبة الامتياز في صرف البطاقات التي تحمل اسم " Visa " لكنها لا تقوم بإصدار هذه البطاقات، وليست مؤسسة مصرفية، وإنما هى مثل ناد يقوم بمساعدة البنوك الأعضاء في إدارة خدماتهم، وتتكون إدارتها من ممثلي البنوك الأعضاء.

وتقوم منظمة " الفيزا " بالترخيص للبنوك التي ترغب في إصدار البطاقة " فيزا " حسب الاتفاق الذي يتم بينها وبين هذه البنوك، وتتميز بالمرونة الكافية التي تسمح بأن تخضع البطاقات الصادرة من أعضاء منظمة " الفيزا " للأنظمة التي وضعها البنك المصدر لها، وبما يتناسب مع رغبات عملائه وأنظمته الداخلية، دون أن تتدخل منظمة " الفيزا " في ذلك، ولهذا فإن من الممكن أن تكون البطاقة الصادرة بطاقة خصم فورى من الرصيد (الحساب الجارى) أو بطاقة خصم شهرى، أو بطاقة ائتمان، وكل هذا حسب السياسة التي ينتهجها البنك المصدر للبطاقة.

منظمة "الفيزا" تمنح تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من البطاقات :

النوع الأول : بطاقة "الفيزا الفضية" وحدودها الائتمانية منخفضة نسبيا، وتمنحها "الفيزا" لأغلب عملائها، إذا توافر الحد الأدنى من المتطلبات لديهم، وهذه البطاقة توفر للعميل كل أنواع الخدمات التي تتوافر عند منظمة "الفيزا" وذلك مثل السحب النقدى من البنوك، وأجهزة السحب النقدى الآلية، والشراء من المحلات التجارية.

النوع الثانى : بطاقة "الفيزا الذهبية" وحدودها الائتمانية عالية، وتمنحها "الفيزا" لعملائها الذين تتوافر لديهم القدرة المالية العالية.

وبجانب الخدمات التي تمنحها بطاقة الفيزا الفضية، فإن بطاقة "الفيزا الذهبية" تمنح زيادة على ذلك خدمات أخرى، كالتأمين على الحياة، وخدمات دولية، مثل الحق في الأولوية عند الحجز في مكاتب السفر، والفنادق، والتأمين الصحى، والخدمات القانونية.

النوع الثالث : بطاقة "فيزا الكترون" وهذه البطاقة يستخدمها حاملها في أجهزة الصرف الآلى الدولية، وفى الأجهزة القارئة للشريط المغناطيسى. (١)

ما سبق كان بيانا لأنواع البطاقات التي تصدرها الجهتان الرئيستان على مستوى العالم، وهما "أمريكان اكسبريس" و "فيزا" وسنبين فيما يأتى أنواع بطاقة الائتمان بحسب نوع العلاقة بين المصدر للبطاقة وحاملها، وهو التقسيم الرئيس لبطاقات الائتمان، والذى له التأثير إلى حد كبير على التكييف الفقهى لها، وعلى بعض الجوانب المصرفية والمحاسبية المتصلة بها.

أنواع بطاقة الائتمان بحسب نوع العلاقة بين المصدر للبطاقة وحاملها وطبيعتها القانونية:

تتنوع بطاقة الائتمان إلى أنواع ثلاثة :

(١) د. عبد الوهاب أبو سليمان، البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد ص ٣٧ - ٣٩

أحدها : بطاقة السحب الفورى DEBT CARDويطلق عليها أيضا اسم بطاقة الصرف الآلى A.T.M وهى خاصة بالعملاء الذين لهم حسابات جارية، أو توفير استثمارى لدى البنك الذي يصدر البطاقة.

وفى استطاعة حامل هذه البطاقة أن يستخدمها على مدار الساعة للسحب النقدى فقط، ومن خلال الأجهزة التي خصصها لذلك البنك الذي أصدرها.

وأحيانا تتفق مجموعة من البنوك المحلية على الاشتراك في شبكة اتصال بينها، وتقوم بإصدار بطاقة تتيح لحاملها أن يستخدمها للسحب النقدى، بالإضافة إلى أجهزة الصرف الآلى التابعة للبنك المصدر للبطاقة، من خلال جميع الأجهزة التي تتبع البنوك المشتركة في شبكة المحلات، وكذلك الشراء من مجموعة التجار المتصلين اليكوترونيا مع هذه البنوك.

النوع الثانى : بطاقة الخصم الشهرى، أو الدفع الشهرى، أو القيد الآجل CHARGE CARD، وهى بطاقة تتيح لحاملها أن يستخدمها في عمليات الشراء المختلفة والحصول على الخدمات في شتى أنحاء العالم، بالإضافة إلى صلاحيتها في عمليات السحب النقدى، ومن خلال الأجهزة التابعة للبنوك التي أصدرتها في كافة أنحاء العالم.

وإصدار هذه البطاقة لا يتطلب من حاملها الدفع المسبق للبنك الذي يصدرها في صورة الحساب الجارى كما هو في البطاقة التي من النوع الأول، وإنما تتم محاسبة البنك لصاحب البطاقة شهريا، بأن يرسل البنك الذي أصدر البطاقة لحاملها كشف حساب كل شهر، مبينا المبالغ المستحقة عليه بالتفصيل، نتيجة ما اشتراه من سلع أو ما حصل عليه من خدمات من التجار، وكذلك ما حصل عليه من النقود من آلات السحب النقدى أو البنوك، ويجب أن يكون كل ذلك غير متجاوز للحد الأقصى للبطاقة.

ومطلوب منه أن يسدد هذه المبالغ خلال مدة يحددها البنك، في كشف الحساب وتتراوح هذه المدة ما بين ٢٥ يوما و ٤٠ يوماً، وتتضمن اتفاقية إصدار البطاقة أنه عند تأخر حامل

البطاقة عن السداد خلال الفترة المحددة فإن البنك يفرض عليه فوائد تتراوح ما بين ١,٥ %، ١,٧٥% .

ويلاحظ أن هذا النوع يستخدم كأداة وفاء وائتمان حيث تمثل الفترة الزمنية الموجودة بين الشراء والسداد، مدة الائتمان التي يسمح بها البنك لحامل البطاقة في صورة قرض بدون فوائد، وهو ائتمان قصير الأجل.

وقد بدأت بعض البنوك التقليدية في البلاد العربية بإصدار هذا النوع من البطاقات، وإن كان في نطاق محدود، وكذلك بعض البنوك الإسلامية التي تتعامل في بطاقات الائتمان.

النوع الثالث : بطاقة الائتمان القرضية، أو التسديد بالأقساط CREDIT CARD وهذه البطاقة لها نفس المواصفات والمزايا والصلاحيات للنوع التالى وهى بطاقة الخصم الشهرى، إلا أن حامل البطاقة ليس ملزما بأن يكون له حساب عند البنك المصدر للبطاقة، ولو كان له حساب لدى البنك المصدر لها فإنه ليس من الشروط أن يتوافر له الرصيد عند البنك لخصم ما عليه من مبالغ الاستخدام.

وسداد المبالغ المستحقة على حامل البطاقة لا يتم كل شهر، وإنما يقسط على أقساط دورية تتناسب مع دخله، تم اعتبار المبلغ المتبقى عليه قرضا يجب أن يدفع فوائد عليه.

وهذا النوع من البطاقات يمثل أداة وفاء وائتمان، لأنها تؤدى إلى إنشاء دين متجدد في ذمة حامل البطاقة هو قيمة مشترياته الشهرية أو مسحوباته النقدية.

مع ملاحظة أن هناك حدا أقصى لقيمة هذا الدين ومدته، وهذا متوقف على الاتفاق الذي تم بين البنك وحامل البطاقة، وطبقا لهذا الاتفاق يمنح البنك المصدر للبطاقة حاملها ائتماناً يسمح له بأن يسدد رصيد استخدامات البطاقة على آجال قصيرة أو طويلة، مقابل دفع فوائد على الرصيد المدين، الذي يظهر بكشف الحساب كل شهر والأرصدة السابقة عليه.

وهذا النوع من البطاقات هو الأكثر انتشارا في أمريكا والدول الغربية. [1]

أنواع بطاقات الائتمان من حيث استخدامها :

تتنوع بطاقات الائتمان من حيث استخدامها إلى نوعين :

النوع الأول : بطاقة الائتمان العادية، وهو النوع الغالب في بطاقات الائتمان، ويستعملها حاملها في شراء السلع والحصول على الخدمات، والسحب النقدى من أجهزة السحب الآلى، أو من البنوك المشتركة في عضوية البطاقة.

النوع الثانى : بطاقة السحب الألكترونية، وهى لا تستخدم إلا في عملية سحب النقود، إما عن طريق استعمال أجهزة الصرف الآلى الدولية، أو في الأجهزة القارئة للشريط المغناطيسى، المزودة بها البنوك المشتركة في عضوية البطاقة.

وإلى جانب ذلك هناك - على نطاق ضيق - البطاقة المحلية، وهى بطاقة لا تستعمل إلا في داخل الوطن في البنك الذي يصدرها، وبالعملة الوطنية.

أما النوع الآخر - وهو الأكثر انتشاراً - فهو الذي يستخدم في جميع أنحاء العالم وبكل العملات.[1]

أنواع البطاقات من حيث الجهة المصدرة لها :

تتنوع بطاقات الائتمان من هذه الحيثية إلى أربعة أنواع :

---

(١) د.محمد عبد الحليم عمر، الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان صـ ١٧ وما بعدها، والدكتور عبد الستار أبو غدة في بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها. مصدر سابق صـ ٣ وما بعدها

(٢) د.محمد عبد الحليم عمر، الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان. مصدر سابق ص ٢٠، ٢١ وذكر مصدره : دليل استخدام نظام كارت فيزا بنك مصر

النوع الأول : بطاقات تشارك في عضوية إصدارها جميع البنوك على مستوى العالم، تحت رعاية منظمة عالمية، مثل بطاقة الفيزا والماستر كارد.

النوع الثانى : بطاقات تصدرها وترعاها مؤسسة مالية واحدة، فهى التي تشرف مباشرة من خلال فروعها على عملية إصدار البطاقة والتسويات مع التجار، ولا تسمح بترخيص لأى بنك أو مؤسسة مصرفية بإصدار البطاقة، وهى بطاقات أمريكان اكسبريس.

النوع الثالث : بطاقات تقوم بإصدارها مؤسسات تجارية لكى يستخدمها حاملوها في الشراء من هذه المؤسسات بالذات وفروعها، وذلك مثل محطات البترين، والفنادق، والمطاعم الكبرى، على أن تدفع المستحقات إلى المؤسسة التجارة مباشرة، إما بعد فترة – وهو يمثل منح ائتمان منها إلى حاملى هذه البطاقة – وإما في حصول حاملها على بعض المميزات، مثل تخفيض سعر السلعة او الخدمة، أو أولوية تقديم الخدمة لصاحب البطاقة.

النوع الرابع : بطاقة ضمان الشيك، وهى بطاقة تقوم البنوك بإصدارها لعملائها، ليقدموها عند دفع مستحقاتهم بشيكات مسحوبة على البنك، لكى يتأكد أن قيمة الشيك ستصرف عند تقديمه إلى البنك.

والنوع الأول والثانى هما المقصودان في تناولنا لبطاقات الائتمان، لأنهما يمنحان ائتمانا لحامل البطاقة، ويستخدمان بصورة واسعة على مستوى أنحاء العالم.

أما النوع الثالث فلا يعدو أن يكون أسلوبا يراد به التسويق لمنتجات المؤسسة، وعاملا من العوامل التي تؤدى إلى وجود ولاء الزبائن لهذه المؤسسة.

وكذلك النوع الرابع، فهم يستخدم محليا، ولضمان سداد البنك لقيمة الشيكات [1].

---

(١) المصدر السابق صـ ٢١، ٢٢

العلاقات الناشئة عن إصدار واستخدام بطاقة الائتمان :

استخدام بطاقة الائتمان لا يمثل علاقة بين حامل البطاقة والجهة المصدر لها فقط، وإنما تتعدد العلاقات في استخدامها، وتأخذ ثلاثة أنواع من العلاقات هى :-

- العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها.
- العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر.
- العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر.

وكل نوع من هذه العلاقات مبنى على عقد بين طرفيه، ونحتاج إلى بيان الحكم الفقهى لكل عقد من هذه العقود الثلاثة.

وتحدث خطوات إصدار البطاقة و العلاقات بين الأطراف التي لها صلة بالبطاقة على الصورة الآتية :

أولاً : يقوم البنك بإصدار البطاقة لطالبها، وقد فرض البنك رسماً للإصدار، ورسماً للاشتراك، أى مقابلاً ماليا نظير هذين الأمرين فيستوفى البنك ممن صدرت له البطاقة رسم الإصدار، ورسم الاشتراك، وقد يعفيه من أحدهما أو من كليهما.

والعلاقة المتمثلة في هذا العمل هى تقديم خدمة يقوم بها البنك تعريفا وتمهيداً لاستخدام البطاقة، وهى خدمة يجوز للبنك أن يحصل على مقابل مالى نظير تقديمها لعميله.

وهذا الالتزام المالي من العميل قابل البطاقة للبنك مصدر البطاقة يحدث قبل الاستخدام الفعلى للبطاقة فيما أصدرت من أجله.

ثانياً : يتفق البنك مصدر البطاقة مع التاجر على أن يقبل البيع لحامل بطاقته مداينة، ويضع تحت تصرفه الوسائل التي يستلزمها ذلك، فتنشأ علاقة تقديم خدمة أيضا، وهى مما يجوز أخذ الأجرة عليه.

وهذا الالتزام المالي من التاجر قابل البطاقة للبنك هو أيضا قبل الاستخدام الفعلى للبطاقة فيما خصصت له.

ثالثاً : يشترى حامل البطاقة سلعة من التاجر أو يحصل على خدمة ذات قيمة مالية، ولا يدفع ثمنا لذلك لمن باع له السلعة أو أدى له هذه الخدمة، وإنما يوقع على مستند خاص يمكن التاجر قابل البطاقة من أن يحصل على الثمن من البنك مصدر البطاقة، وتنشأ هنا علاقة بين حامل البطاقة والبنك المصدر لها، ويترتب على هذه العلاقة التزام مالى من جهة حامل البطاقة للبنك الذي أصدرها.

رابعاً : يقدم التاجر أو مقدم الخدمة الذي قبل التعامل ببطاقة الائتمان، إلى البنك مصدر البطاقة، نسخة من مستند الدفع الذي وقع عليه حامل البطاقة، وهنا تنشأ علاقة تعاقدية بين البنك والتاجر الذي قبل التعامل بالبطاقة، استنادا إلى ما اتفق عليه بين الجانبين، تجاه أى حالة قبول للبطاقة.

كما ينشأ مع هذه العلاقة التزام مالى على البنك للتاجر الذي قبل التعامل ببطاقة الائتمان.

وينشأ أيضا التزام مالى مقابل للبنك على حامل البطاقة، وهو قيمة ما حصل عليه حامل البطاقة من سلع أو ما أدى إليه من خدمات، لأنه لم يدفع أثمانها، وإنما اكتفى بالتوقيع على مستند الدفع.[1]

العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها :

العلاقة الشرعية بين مصدر البطاقة وحاملها تتنوع إلى نوعين : فهى إما علاقة قبل استخدام البطاقة وإما علاقة بعد استخدامها، فأما التكييف الشرعي للعلاقة بينهما التي تسبق استخدام البطاقة فأنها علاقة ضمان، ذلك أن مصدر البطاقة ملتزم بأداء كل الديون التي تحدث في ذمة

(١) الدكتور عبد الستار أبو غدة بطاقة الائتمان، تصورها، والحكم الشرعي عليها، صـ ٦، ٧ بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بجدة في دورته الثانية عشرة.

حامل البطاقة ونتجت عن استخدامها في حدود السقف المبين في شروط البطاقة تجاه التجار ومقدمى الخدمات المشتركين في نظام البطاقة.[1]

والملتزم في عقد الضمان يطلق عليه عدة أسماء، فيسمى ضامنا، وضحيناً، وحميلاً، وزعيماً، وكافلاً، وكفيلاً، وصبيراً، وقبيلاً، غير أن العرف جرى على أن الضمين يستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في كل هذه الأمور. [2]

والضمان هنا قبل أن تحدث عملية الشراء أو الحصول على الخدمات بواسطة استعمال البطاقة، هو ضمان شئ لم يجب بعد على المضمون عنه، وهى مسألة مختلف فيها بين الفقهاء على رأيين، أحدهما ما يراه فقهاء الشافعية وهو أن من شرط صحة الضمان أن يكون المضمون ثابتا وقت ضمانه، فلا يصح عندهم - وفقا لما يراه الشافعى في مذهبه الجديد بمصر - ضمان ما لم يجب بعد على المضمون عنه وهو المدين، سواء أكان سبب الوجوب قد جرى أم لا، ومثلوا للمضمون الذي لم يجب بعد لكن جرى سبب وجوبه بنفقة الزوجة وخادمها والأقارب في المستقبل، فالزوجية موجودة وهى سبب وجوب نفقة الزوجة، وكذلك السبب في نفقة خادمها، وكذلك القرابة موجودة، وهى سبب وجوب نفقة الأقارب.

ومثل الشافعية للمضمون الذي لم يجر سبب وجوبه بضمان ما سيقرضه لفلان.

وعلل الشافعية هذا الرأي عندهم بأن الضمان وثيقة بالحق، فلا يصح أن يسبق الضمان هذا الحق، وقياسا على الشهادة فإنها لا تصح على الشيء الذي لم يحدث بعد.

---

(١) الدكتور عبد الستار أبو غدة في بطاقات الائتمان تصورها والحكم الشرعي عليها صـ ١٧.

(٢) مغنى المحتاج، لمحمد الشربينى الخطيب جـ ٢ صـ ١٩٨

هذا هو احد رأيين في الفقه الإسلامى، والرأى الآخر يرى أصحابه صحة ضمان ما سيجب، كثمن الأشياء التي سيبيعها التاجر أو ما سيعرضه أحد الناس، وهو ما يراه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة.(١) ويراه الشافعي في مذهبه القديم ببغداد.(٢)

واستند هذا الرأي إلى ما ياتى :

أولاً : قول الله عز وجل : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ (٣) فالآية دلت على ضمان حمل البعير مع أنه لم يكن وجب، وإذا اعترض بأن الضمان هو ضم ذمة إلى ذمة، وإذا لم يكن على المضمون عنه شئ فلا يوجد ضم، فالرد على هذا الاعتراض أن الضامن قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، ويثبت في ذمته ما يثبت في ذمته وهذا يكفى. (٤)

ثانياً : أن الحاجة قد تدعو إلى ذلك (٥).

ونرى الأخذ بهذا الرأي، لأن الحاجة إذا كانت تدعو إلى صحة ضمان ما سيجب، فإن حاجة الناس أمر مراعى في تشريع الكثير من الأحكام، كالسلم والإجارة وغيرهما قال تبارك

---

(١) حاشية الشلبى على تبين الحقائق ص ٤، ص ١٥٢، ومواهب الجليل ج ٥ ص ٩٩، وشرح منتهى الإيرادات للبهوتى ج ٢ ص ٢٤٨وانظر الدكتور نزيه كمال حماد في : بطاقات الائتمان غير المغطاة ص ٤ بحث مقدم إلى المجمع الفقهي الإسلامي بجدة، الدورة الثانية عشرة، وقد ذكر هذه المصادر التي أثبتناها هنا.

(٢) مغنى المحتاج، لمحمد الشربينى الخطيب، شرح المنهاج للنووي ج ٢ ص٢٠٠، ٢٠١ وكفاية الأخبار في حل غاية الاختصار لأبى بكر بن محمد الحسيني الحصنى ج ١ ص ٢٧٧ وحاشية البرماوي على شرح الغاية لابن قاسم الغزى ص ١٧٩. والتنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعي ص ٧٤، ٧٥ لأبى إسحاق إبراهيم بن على الشيرازي، طبع مصطفى البابي الحلبي وحاشية الباجورى على بن قاسم الغزى ج ١ ص ٣٨١دار إحياء الكتب العربية.

(٣) سورة يوسف من الآية ٧٢

(٤) دكتور نزيه حماد مرجع سابق وبين مرجعه كشاف القناع للبهوتى.

(٥) مغنى المحتاج، لمحمد الشربينى الخطيب، شرح المنهاج ليحيى بن شرف النووي جـ ٢ صـ ٢٠٠، ٢٠١

وتعالى:﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ [1] وقال عز وجل : ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ [2].

فالتكييف الشرعي للعلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها في الفترة التي تسبق استخدام البطاقة هو أنها علاقة ضمان، ولا يؤثر في صحة الضمان أن المضمون لما يوجد بعد، وأما التكييف الشرعي للعلاقة بينهما في فترة استخدام البطاقة، فيرى الدكتور عبد الستار أبو غدة أنها علاقة حوالة، لأن حامل البطاقة أحال التاجر – الذي اشترى منه السلعة، أو أدى له خدمة – على مصدر البطاقة، لكى يحصل على مستحقاته، نظير السلعة التي باعها لحامل البطاقة، أو الخدمة التي اديت له. [3]

ونرى أن التكييف الشرعي للعلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها فترة استخدام البطاقة، كما يصح أن تكون علاقة حوالة يصح أن تكون علاقة ضمان، لأن مصدر البطاقة ملتزم بأن يسدد فوراً كل إثمان الأشياء التي اشتراها حامل البطاقة، أو الخدمات التي أديت إليه باستخدام البطاقة.

العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر :

يحسن هنا أن نبين أنه بوجد حالتان إحداهما أن يكون البنك المصدر للبطاقة هو المتعهد بدفع قيمة المشتريات وأجور الخدمات للتجار، فيكون البنك المصدر متوليا لمهمتين هما إصدار البطاقة والدفع للتجار.

والحال الثانية أن يقوم إلى جانب البنك الذي أصدر البطاقة البنك التاجر، فيتعهد البنك التاجر بالدفع للتجار ويقتسم البنكان :

---

(١) سورة الحج الآية ٧٨

(٢) سورة البقرة الآية ١٨٥

(٣) الدكتور عبد الستار أبو غدة، مصدر سابق صـــ ١٥

- البنك المصدر للبطاقة والبنك التاجر – العمولة التي تؤخذ من التجار.
- والعلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر القابل للتعامل مع حاملها إذا كان مصدر البطاقة هو المتعهد بالدفع – هى علاقة ضمان، لأن حقيقة الضمان للمال هى كما عرفه الإمام أحمد الدردير : " التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره " [1] والبنك المصدر التزم أن يؤدى للتجار دينا على غيره هو حامل البطاقة، هذا الدين وهو أثمان ما حصل عليه حامل البطاقة من سلع، وأجور ما أدى إليه من خدمات.

ولا تقتصر صحة الضمان على أن يكون المضمون به – وهو الدين – لازما للمضمون وهو من عليه الدين – في الحال، بل يصح الضمان ولو كان المضمون به لازما في المستقبل وهى مسألة خلافية لكن الجمهور على هذا الرأي كما بينا سابقا، وفى هذا الاتجاه يوضح البهوتى ماهية الضمان بقوله : " التزام ما وجب على غيره مع بقائه وما قد يجب ".[2]

ويرى الدكتور عبد الستار أبو غدة أن هذه العلاقة التي بين مصدر البطاقة وقابلها (التاجر) إذا كان مصدر البطاقة هو المتعهد بالدفع هى علاقة كفالة (ضمان) مقترنة بالحوالة التي تمت بين حامل البطاقة ومصدرها وكان التاجر فيها محالاً على مصدر البطاقة.

وبيَّن الدكتور عبد الستار أبو غدة أن فائدة الكفالة هنا – مع أن الحوالة تكفى وحدها لتوصيل التاجر إلى حقه – هى استمرار التزام مصدر البطاقة (أو البنك التاجر) بالأداء للتاجر، دون ربط بالرجوع على المحيل في حالة الإفلاس فبعض الفقهاء برى أن من حق المحال أن يرجع على المحيل إذا حدث إفلاس المحال عليه. [3]

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير جـ ٣ صـ ٤٢٩ و ٤٣١ دار المعارف بمصر

(٢) الروض المربع، لمنصور بن يونس البهوتى صـ ٢٤١ طبع الجهاز المركزي للكتب بمصر

(٣) الدكتور عبد الستار أبو غدة في بطاقات الائتمان، تصورها والحكم الشرعي عليها صـ ٢٠

يرى ذلك أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد، وإن كان هناك اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه حول الوجوه التي يحصل فيها إفلاس المحال عليه.

كما يرى حق المحال في الرجوع على المحيل عند الإفلاس شريح وعثمان البتى وجماعة من الفقهاء.

وأما جمهور الفقهاء فيرون أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشىء، وذلك لأن الحوالة لا تخلو أن تكون إما بيعا أو استيفاء، وكل منهما لا يصح الرجوع فيه.

فهى إما أن تكون بيع دين بدين، ومع أن بيع الدين بالدين لا يصح فإنها استثنبت من عدم صحة بيع الدين بالدين لمسيس حاجة الناس إليها، وإما أن حقيقتها هى استيفاء للديون، وكل منهما كما بينا لا يصح الرجوع فيه.

وأيضا فلأن براءة المحيل من الدين حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على المحيل عند الإفلاس، وكل ما كان كذلك لا يعود إلا بسبب جديد كما في الإبراء. [1]

وأما إذا كان المتعهد بالدفع هو البنك التاجر (وليس البنك المصدر) فإننا نرى - كما يرى الدكتور عبد الستار أو غدة أن علاقة (البنك التاجر بالتاجر) هى علاقة ضمان، لأن البنك التاجر قد التزم أن يسدد للتاجر ثمن السلعة التي اشتراها منه حامل البطاقة، أو أجر ما حصل عليه من خدمات، وهذا هو حقيقة الضمان، فإنه التزام ما وجب على غيره وما قد يجب. [2]

---

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) جـ ٢ صـ ٣٦٥ دار التوفيق بمصر، ومغنى المحتاج لمحمد الشربينى الخطيب جـ ٢ صـ ١٩٥، والروض المربع للبهوتى صـ ٢٤٤، وكفاية الأخبار للحصنى جـ ١ صـ ٢٧٦ وفتح القدير، للكمال بن الهمام جـ ٧ صـ ٢٤٣ دار الفكر وشرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتى مطبوع مع فتح القدير جـ ٧ صـ ٢٤٤

(٢) الروض المربع مصدر سابق صـ ٢٤١.

العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر :

العلاقة بينهما هى علاقة حوالة، لأن حامل البطاقة عند شرائه سلعة من التاجر، أو حصوله على خدمة تستحق أجرة، فإنه مطالب بأداء ثمن ما حصل عليه من سلع أو خدمات، ولكنه لا يدفع للتاجر هذا الثمن أو أجرة الخدمة، وإنما يحيله إلى البنك المتعهد بالدفع، سواء أكان هو البنك المصدر للبطاقة أم البنك التاجر.

فالبنك مصدر البطاقة يقول لحاملها – كتعبير الدكتور الضرير – خذ هذه البطاقة، واشتر بها من التاجر أو احصل على خدمات، ولا تدفع ثمنا لذلك، وإنما أجل التاجر على لأدفع له ثمن السلعة أو الخدمة التي حصلت عليها، ويقول البنك المصدر أيضا للتاجر : بايع حامل البطاقة وأنا ملتزم أمامك بسداد أثمان ما يشتريه حامل البطاقة، وحامل البطاقة يقول للتاجر : أحلتك على البنك مصدر البطاقة بثمن ما حصلت عليه، فإذا حصل الشراء فقد حصلت صورة الحوالة مستوفية أركانها وشروطها برضا الأطراف الثلاثة فالبنك مصدر البطاقة مدين لحاملها وهو أى البنك محال عليه وحامل البطاقة هو المحيل وهو مدين للتاجر (المحال) فهذه الحوالة على مدين، وهى جائزة باتفاق العلماء. [1]

وبعد، فهذا ما يسره الله تبارك وتعالى كتابته في هذا الموضوع، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد، وعلى آله، وأصحابه، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

---

[1] البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرير، بحث بطاقة الائتمان مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة الثانية عشرة صـــ ١١ .

مصادر البحث مرتبة بحسب ورودها فيه

١- القرآن الكريم.

٢- الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان للدكتور محمد عبد الحليم عمر. ليتراك للنشر

٣- البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، للدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان. دار القلم

٤- التعريفات للجرجانى. على بن محمد الجرجانى.

٥- بطاقة الائتمان غير المغطاة، للدكتور نزيه كمال حماد بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامى بجدة، الدورة الثانية عشرة.

٦- القرارات والتوصيات الصادرة عن المجمع الفقهى لمنظمة المؤتمر الإسلامى في دورته السابقة بجدة.

٧- مغنى المحتاج، لمحمد الشربينى الخطيب.

٨- شرح منتهى الإرادات، للبهوتى.

٩- كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار، لأبى بكر بن محمد الحسينى الحصنى.

١٠-حاشية البرماوى على شرح الغاية، لأبن قاسم الغزى.

١١-الشرح الصغير على أقرب المسالك، لأحمد بن محمد ابن أحمد الدردير. دار المعارف.

١٢-الروض المربع، لمنصور بن يونس البهوتى. طبع الجهاز المركزى للكتب بالقاهرة.

١٣-التنبيه في الفقه على مذهب الإمام الشافعى لأبى اسحاق إبراهيم بن على الشيرازى. مصطفى البابى الحلبى.

١٤-حاشية الباجورى على بن قاسم الغزى. دار إحياء الكتب العربية.

١٥-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) دار التوفيق.

١٦-فتح القدير للكمال بن الهمام. دار الفكر.

١٧-شرح العناية على الهداية، لمحمد بن محمود البابرتى، مطبوع مع فتح القدير للكمال بن الهمام. دار الفكر

١٨-بطاقة الائتمان، للدكتور محمد الأمين الضرير، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامى بجدة.

"بطاقات الائتمان"

الصديق محمد الأمين الضرير

أستاذ الشريعة الإسلامية- بكلية القانون جامعة الخرطوم

وردت تعريفات كثيرة لبطاقة الائتمان ، تبين حقيقة هذه البطاقة ، أكتفى بذكر تعريفين منها :

التعريف الأول :

أورده الدكتور/ عبد الوهاب أبو سليمان نقلاً عن معجم المصطلحات التجارية للدكتور أحمد زكي بدوي ، وقال إنه هو التعريف الاقتصادي، وهذا هو التعريف :

بطاقة الائتمان هى بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله ، لتمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة ، عند تقديمه لهذه البطاقة ، ويقوم بائع السلع والخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف ، مصدر بطاقة الائتمان ، فيسدد قيمتها له ، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهريّاً بإجمالي القيمة لتسديدها، أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه .

التعريف الثاني : هو تعريف مجمع الفقه الإسلامي وهو :

بطاقات الائتمان هى مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما ، يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند ، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع .

ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف .

ولبطاقات الائتمان صور :

منها ما يكون السحب أو الدفع بموجبها من حساب حاملها فى المصرف، وليس من حساب المصدر، وتكون بذلك مغطاة، ومنها ما يكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها فى مواعيد دورية، ومنها ما يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع خلال فترة محددة

من تاريخ المطالبة ، ومنها ما لا يفرض فوائد ، وأكثرها يفرض رسماً سنوياً على حاملها، ومنها ما لا يفرض فيه المصدر رسماً سنوياً[1] .

يتبين من هذين التعريفين أن الهدف الأساسي من بطاقة الائتمان هو تمكين حاملها من الحصول على السلع والخدمات من غير دفع الثمن نقداً، لأن مصدر البطاقة (المصرف) هو الذى يدفع الثمن، إما من حساب العميل، أو من حساب مصدر البطاقة ، ثم يطالب العميل .

ويضيف تعريف المجمع أوصافاً أخرى من أوصاف البطاقة، هى أن من أنواع هذه البطاقة ما يمكن حاملها من سحب نقود من المصارف، ومنها ما يفرض

فوائد على رصيد العميل غير المدفوع، وأكثرها يفرض رسماً سنويّاً. وهذا وصف عام لبطاقات الائتمان، وليس من التعريف، وسيأتي تفصيله وزيادة .

I- أهمية بطاقات الائتمان فى المعاملات المالية :

يتفق جميع الذين كتبوا فى بطاقات الائتمان على أهميتها للأفراد، وفائدتها لجميع المتعاملين بها، ويرون أن إصدار بطاقات الائتمان أصبح من الخدمات المصرفية المهمة، ومن الحاجات الأساسية للأفراد فى المجتمعات المتقدمة والنامية، فانتشرت بطاقات الائتمان انتشاراً واسعاً فى السنوات الأخيرة حتى وصل عدد البطاقات٨٠٠ مليون بطاقة ، وتحقق بطاقات الائتمان منافع لكل الأطراف المشاركة فيها[2].

والتعامل بالبطاقة له آثار على المجتمع، وعلى الاقتصاد الوطني، بعضها إيجابي وبعضها سلبي [3]

١- أنواع بطاقات الائتمان :

بطاقات الائتمان ثلاثة أنواع هى :

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الأول (٧١٧) .

[2] - مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع المجلد الأول:بحث الدكتور القرى ٣٧٥-٣٨١، وبحث الدكتور عبد الستار ٣٥٩، وبطاقات المعاملات المالية الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان ٥٠-٥٢ .

[3] ينظر بحث الدكتور القرى بمجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الأول ٣٨٧و٣٨٨، وبطاقات المعاملات المالية .

١- كردت كارد CREDIT CARD

٢- شارج كارد CHARGE CARD

٣- دبت كارد DEBIT CARD

وفيما يلي تعريف بكل نوع منها:

١/٢- كردت كارد CREDIT CARD

يختلف الذين بحثوا بطاقات الائتمان فى ترجمة العبارة الإنجليزية لاسم البطاقات ، ولهذا سأستعمل العبارة الإنجليزية لكل البطاقات .

يتفق جميع الذين كتبوا فى هذا النوع على أنه يحتوي على فائدة (ربا) معروفة .

٢/٢- الشارج كارد= CHARGE CARD

اختلف الباحثون فى بيان حقيقة هذه البطاقة، وسأثبت هنا ما اتفقوا عليه:

الشارج كارد هى بطاقة تمكن حاملها من استخدامها فى عمليات الشراء المختلفة، وتلقى الخدمات، والسحب النقدي، والأصل فى هذه البطاقة أن يدفع العميل ما عليه من مستحقات فى آخر كل شهر عندما يرسل إليه البنك مصدر البطاقة الحساب، أي أن العميل يجب أن يكون له رصيد عند إرسال كشف الحساب، ولا يلزم أن يكون الرصيد موجوداً عند استعمال البطاقة؛ لأن العميل يحصل عند كل استخدام للبطاقة على قرض بقيمة مشترياته بدون فائدة، لكن إذا لم يسدد العميل ما عليه فى الموعد المحدد يأخذ البنك فوائد على التأخير فى السداد، وبعض البنوك الإسلامية لا تأخذ فوائد، وتكتفي بسحب البطاقة وإلغاء العضوية.

وتوجد فروق بين الشارج كارد والكردت كارد، أهمها أن الكردت كارد يقدم البنك فيها قرضاً حقيقيّاً بفائدة، ولحامل البطاقة حق الاختيار فى طريقة الدفع، أما فى الشارج كارد فإن العميل مطالب بدفع المبلغ كاملاً فى نهاية الشهر من غير فائدة[1].

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الأول ٤٥٠،٣٤٩،٣٨٠والحلقة الفقهية السادسة لبنك البركة ٩، وبطاقات المعاملات المالية ٤٦،٤٥

٣/٢- الدبت كارد = DEBIT CARD

يشترط لاصدار هذه البطاقة أن يكون العميل له حساب فى البنك، فيه رصيد يستطيع البنك مصدر البطاقة أن يخصم منه ما يحصل عليه حامل البطاقة عند استعمالها، والبنك لا يقدم قرضاً لحامل هذه البطاقة، ولا يسمح له باستعمال البطاقة إلا فى حدود رصيده بالبنك، ولهذه البطاقة نفس استخدامات الشارج كارد والكردت كارد فى الحصول على السلع، والخدمات، والنقد، ولكن الغالب استخدامها للسحب النقدي[١].

٣- أطراف بطاقة الاعتماد :

١-مصدر البطاقة ٢- حامل البطاقة ٣-التاجر الذى يقبل البطاقة ٤-المنظمة الراعية لهذه البطاقة .

هذه هى أطراف بطاقة الائتمان، وفيما يلي وصف لدور كل طرف منه.

١/٣- مصدر البطاقة

مصدر البطاقة هو المؤسسة أو البنك الذى يصدر البطاقة لعميله بناء على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية بصفته عضواً فيها، وهو الذى يسدد وكالة عن حامل البطاقة قيمة المشتريات للتاجر[٢] .

٢/٣- حامل البطاقة :

هو الشخص الذى صدرت البطاقة باسمه، أو خول باستخدامها، والتزم لمصدر البطاقة بالوفاء بكل ما ينشأ عن استعماله البطاقة، فحامل البطاقة قد يكون هو

---

[١] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع-الجزء الأول ٣٧٩ و٤٤٨، والحلقة الفقهية السادسة لدله البركة ٨،٩ وبطاقة المعاملات المالية ٤٩-٥٢.

[٢] بحث مقدم من مجموعة دله البركة فى الحلقة الفقهية السادسة:٣ وبحث مقدم من البنك الإسلامي الأردني فى الحلقة الفقهية السادسة لدله البركة:١٠، وبطاقات المعاملات المالية:٢٠.

الشخص الذى صدرت البطاقة باسمه، وقد يكون هو الشخص الذى يستخدم البطاقة بناء على تفويض من صاحبها[1] .

٣/٣- التاجر الذى يقبل البطاقة :

التاجر هو الذى يتعاقد مع مصدر البطاقة على تقديم السلع والخدمات الموجودة عنده عندما يطلبها حامل البطاقة من البنك الذى تم الاتفاق معه[2] .

٣/ ٤- المنظمات الراعية للبطاقة :

توجد منظمات عديدة ترعي البطاقات أشهرها :

١- منظمة الفيزا VISA CARD

٢- الأمريكان اكسبرس "3 AMERECAN EXPRESS"[3]

منظمة الفيزا [4]

منظمة الفيزا هى عبارة عن ناد يضم البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء التى تلتزم بالأنظمة واللوائح المعمول بها فى المنظمة مع عدم التعارض الداخلي مع النظام للعضو المشترك فى هذه المنظمة، وهذه المنظمة لا تهدف إلى الربح، وإنما تقدم خدماتها للمشتركين من الأعضاء بسعر التكلفة، ومن هذه الخدمات المقاصة، والتسويات، وخدمة التفويض...وتتقاضى منظمة الفيزا رسوم عضوية من البنوك ورسوماً على الخدمات الأخرى .

وتتكون إدارة المنظمة من ممثلي البنوك الأعضاء، ومنظمة الفيزا لا تصدر البطاقات، وإنما تصدر البطاقات البنوك، وتخضع البطاقة للأنظمة التى يضعها البنك المصدر لها، دون التدخل من منظمة

---

(١) بطاقات المعاملات المالية ٢٠ و٢٢ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) مركز تطوير الخدمة المصرفية بيت التمويل الكويتي ٤٤٧ وبطاقات المعاملات المالية ٥٥ .

(٤) اقتصرت فى بحثي على وصف لدور منظمة الفيزا، لأنها الأكثر استعمالاً فى المؤسسات المالية الإسلامية، وهى أكثر البطاقات انتشاراً فى العالم- الدكتور القرى بجلة الفقه الإسلامي ٧/ص ٣٧٧.

الفيزا، ويمكن أن تكون البطاقة المصدرة بطاقة خصم فوري Debit Card ، أو بطاقة خصم شهري Charge Card،

أو بطاقة ائتمانCredit Card حسب سياسة البنك، وتمنح منظمة الفيزا تراخيص إصدار ثلاثة أنواع من البطاقات هى:

١- بطاقة الفيزا الفضية ٢- بطاقة الفيزا الذهبية ٣- بطاقة الفيزا الكترون [١]

٤/ العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان :

١-العلاقة بين مصدرها وحاملها ٢- العلاقة بين مصدرها والتاجر ٣-العلاقة بين حاملها والتاجر ٤- العلاقة بين المصدر والمنظمة الراعية

البحوث التى تعرضت للعلاقة التعاقدية بين أطراف البطاقة لم تفصل بين العلاقة القانونية والعلاقة الفقهية، وكل البحوث التى اطلعت عليها تحدثت عن العلاقة الفقهية فقط ما عدا بحثين تحدثا عن العلاقة القانونية حديثاً مستقلاً، هما بحث الدكتور عبد الستار الخويلدي : " بطاقات الدفع والائتمان فى فقه القضاء المقارن"، وبحث الدكتور عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان:" بطاقات المعاملات المالية "،، فقد خصص القسم الأول منه للدراسة القانونية لبطاقات المعاملات المالية ١٨-٨٥، وقد اعتمدت على هذين البحثين فى بيان العلاقات التعاقدية فى القانون .

يقول الدكتور عبد الوهاب :

بطاقات المعاملات المالية بقسميها : الاقراضية، و بطاقات السحب المباشر من الرصيد يرتبط أطرافها بعضهم ببعض بعلاقات ومسئوليات ثنائية حيناً، وثلاثية حيناً آخر .

العلاقات والمسئوليات الثنائية تظهر فى الأتي :

١- العلاقة بين مصدر البطاقة وحامل البطاقة ٢- العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر .

٣- العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر[٢].

---

[١] المصدر السابق ٤٥٣و٤٧٠وبطاقات المعاملات المالية ٥٥-٥٨ .

[٢] لم يذكر العلاقة بين المصدر والمنظمة .

ويقول :

هذه العلاقة بين كل طرف وآخر مستقلة فى تكييفها متميزة فى مسئولياتها، كما تكون العلاقة ثلاثية بين الأطراف الثلاثة الرئيسيين: مصدر البطاقة، وحامل البطاقة، والتاجر جميعاً فى عقد واحد بعلاقات ومسئوليات مختلفة.

وبطاقات المعاملات المالية الاقراضية وغير الاقراضية تتطلب فى الغالب هذه الأطراف الثلاثة بحيث يتم العقد كآلاتي :

١-عقد بين مصدر البطاقة وحامل البطاقة (العميل)

٢-عقد بين مصدر البطاقة والتاجر.

٣-يظل هذان العقدان معلقين حتى يبدأ حامل البطاقة الشراء من التاجـــــــر،

الشراء بالبطاقة هو العقد الثالث

فهذه ثلاثة عقود منفصلة ليست عقداً واحداً فى القانون الإنجليزي، يقول مستر ملت J.L Millet : تنشأ ثلاثة عقود منفصلة لدى استعمال البطاقة تظهر فى ساحة العمل .

الأول: عقد بيع بين التاجر وحامل البطاقة .

الثاني: عقد بين التاجر والشركة المصدرة للبطاقة التى توفى بالتزامها على نحو ما تستوجبه البطاقة من تسديد للمبالغ المستحقة للتاجر الممثلة فى السندات الموقعة من حامل البطاقة .

الثالث: عقد بين الشركة المصدرة للبطاقة وحاملها(العميل) فهذه ثلاثة عقود منفصلة، من ثلاثة أطراف منفصلين، كل واحد منهم طرف فى عقدين من العقود الثلاثة ...

ويقول الدكتور عبد الوهاب إن القانون الأمريكي يعده عقداً مكوناً من ثلاثة أطراف[1] .

علاقة مصدر البطاقة (المقرض) بحامل البطاقة (المقترض) ومسئولياته.

يقول الدكتور عبد الوهاب :

العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة بين مقرض ومقترض، تقتضي هذه العلاقة بين هـــذين الطرفين أن مصدر البطاقة لا يكون مسئولاً ولا ضامناً للبضاعة

---

[1] بطاقات المعاملات المالية ٦٢ -٦٤ .

المعيبة التي يشتريها حامل البطاقة من التاجر، ولا يكون مطالباً بحال من الأحوال من قبل المقترض بإعادة القيمة إليه .

غير أن المادة (٧٥) من قانون القرض الاستهلاكي أكدت مسئولية مصدر البطاقة عن أي نقص أو مخالفة تحدث من قبل التاجر، ذلك أنه توجد علاقة تجارية قوية بين مصدر البطاقة والتاجر الذى قبل البيع ببطاقة الاقراض.. فإذا اشتري حامل البطاقة بضاعة لم يرتح لنوعيتها أو مستوي جودتها، فإن له الحق فى إقامة الدعوى على المقرض مصدر البطاقة، وعليهما معاً[١].

ويقول الدكتور عبد الستار الخويلدى :

التكييف السائد لهذه العلاقة – علاقة صاحب البطاقة بالبنك – هو عقد الوكالة حيث يكون البنك فيه وكيلاً لصاحب البطاقة، ويكون صاحب البطاقة الآمر بالدفع موكلاً، والتاجر مستفيداً. وهذه الوكالة من صاحب البطاقة إلى البنك بالدفع غير قابلة للمراجعة والإلغاء، فلا تمنع وفاة صاحب البطاقة البنك من السداد للتاجر.

وكيف بعضهم العلاقة بالحوالة، وتتمثل الصورة فى أن حامل البطاقة (العميل) يدعو مصدر البطاقة، وهو البنك (المحال عليه) لخلاص التاجر المستفيد (محال له) [٢].

ويقول الدكتور عبد الوهاب:

لمصدر البطاقة الحق فى إنهاء العقد فى أي وقت شاء، وحق ملكية البطاقة،وإعادتها فى أي وقت يريد[٣].

ويقول الدكتور الخويلدي :

إن البطاقة تعتبر ملكاً للبنك المصدر الذى له الحق فى سحبها فى كل وقت وبدون ذكر الأسباب[٤].

---

[١] بطاقات المعاملات المالية ٦٥.

[٢] بطاقات الدفع والائتمان فى فقه القضاء المقارن:٩و١١.

[٣] بطاقات المعاملات المالية٦٦ وبطاقات الدفع والائتمان ١٣.

[٤] المصدر السابق ١١و١٢.

وقد قرر القضاء أن صاحب البطاقة الذى وقع على الفاتورة لا يمكنه الاعتراض لدى البنك على دفع الثمن مهما كانت المآخذ التى قد تثار ضد التجار، ولكن هذا المبدأ له استثناءات ، فقد قررت القوانين المنظمة للبطاقة إمكانية قبول الاعتراض فى ثلاث حالات .

١- السرقة ٢- حالة الفقدان ٣- إفلاس التاجر المستفيد.

والاعتراض له كيفية خاصة لا يقبل بدونها منها أن يكون كتابة .

العلاقة والمسئوليات بين مصدر البطاقة والتاجر

إن القانونين الإنجليزي والأمريكي لم يحددا علاقة مصدر البطاقة بالتاجر فى عقد البطاقة، وإنما جعلا حرية التعاقد هى التى تحكم قضاياهما بموجب الاتفاق المبرم بينهما، قد يكون التاجر وكيلاً لمصدر البطاقة، وقد يكون العكس، يعتمد هذا فى المقام الأول على نصوص الاتفاقية بينهما:

إذا أصبحت العلاقة بين التاجر ومصدر البطاقة علاقة وكالة، يعني أن التاجر أصبح وكيلاً لمصدر البطاقة فأي معاملة تجارية يتمها التاجر بهذه الصفة مع حامل البطاقة المقترض يصبح العقد مكوناً من طرفين هما مصدر البطاقة (المقرض)، وحامل البطاقة (المقترض)، كذلك قد يكون مصدر البطاقة وكيلاً .

ويقول الدكتور عبد الستار الخويلدى:

يبدو من أول وهلة أنه ليس هناك علاقة مباشرة بين التاجر والبنك، فهناك تعهد مبدئي من الطرفين عند إعداد فكرة البطاقة مفاده التزام البنك بخلاص التاجر عند تقديم الفاتورة، والتزام التاجر بتسديد خدماته لحامل البطاقة عند تقديمها إليه من طرف حاملها.

وقد أقر فقه القضاء المقارن إمكانية رجوع البنك المصدر للبطاقة على التاجر الذى قبل البطاقة وهو يعلم أنها مسروقة.

مسئولية حامل البطاقة أمام التاجر

قضت المحكمة فى قضية. Re. Charge card service Ltd.1988. أن مسئولية حامل البطاقة(المقترض) فى تسديد قيمة مشترياته للتاجر تكون منتهية بتقديم البطاقة للتاجر، وتدوين المعلومات المطلوبة عنها، حيث وافق التاجر على هذا منذ قبل البطاقة صيغة وأسلوباً فى تسديد قيمة مبيعاته

لأصحاب البطاقات، وإن الواجب عليه التوجه إلى مصدر البطاقة الذى أبرم معه اتفاقية التسديد للبطاقة بحقوقه المالية .

لكن ثمة استثناء هو أنه إذا نصت الاتفاقية على المسئولية المشتركة بين مصدر البطاقة وصاحبها، أو أنه إذا أخفق مصدر البطاقة فى التسديد يكون صاحب البطاقة مسئولاً مسئولية متساوية مع مصدر البطاقة.

٥- التكييف الشرعي للعلاقات التعاقدية بين أطراف البطاقة ووجه اختلافه عن الواقع القانوني :

هذا هو أهم جانب فى موضوع البطاقات، لأنه هو الذى ينبني عليه بيان الحكم الشرعي بالجواز، أو بعدمه ، وقد اختلف القانون فى تكييف هذه العلاقات، كما اختلف فى تكييفها الباحثون من الفقهاء، فقد رأينا القانون الإنجليزي يعتبر هذه العلاقات عقوداً ثلاثة منفصلة عن بعضها، بينما القانون الأمريكي يعتبرها عقداً واحداً، ورأينا بعض القانونيين يكيف العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على أنها وكالة، ويكيفها بعضهم بأنها حوالة، وبعضهم على أنها علاقة بين مقرض ومقترض، وكما اختلف القانونيون اختلف الفقهاء أيضاً فكيفها بعضهم على أنها حوالة أو حمالة، وبعضهم على أنها وكالة وحوالة.

والطريقة السليمة الموصلة إلى التكييف الصحيح الموصل إلى الحكم الشرعي هى أن ننظر إلى كل نوع من أنواع البطاقات الثلاث على حدة، وأبدأ بابسطها وهى:

١/٥ الدبت كارد (Debit Card) :عندما تستعمل للصرف الآلي:

العلاقة فى هذه البطاقة قد تكون بين طرفين مصدر البطاقة وحاملها إذا كان السحب من جهاز مصدر البطاقة، وقد تكون بين ثلاثة أطراف : مصدر البطاقة وحاملها، وصاحب الجهاز، إذا كان السحب من غير جهاز مصدر البطاقة؛ لأن حامل البطاقة قد يستعملها للسحب من أجهزة البنك مصدر البطاقة، وقد يستعملها من أجهزة غيره .

١/١/٥- فإذا استعملها من أجهزة البنك مصدر البطاقة :

I- فان كانت العملة التى فى حساب العميل، والعملة التى سحبها واحدة، فإن العلاقة تكون مثل علاقة السحب بالشيك من البنك، أي أن حامل البطاقة يكون مقتضياً لجزء من دينه من البنك مصدر البطاقة؛ لأن تكييف الحساب الجاري هو أنه قرض من صاحب الحساب إلى البنك، فتكون هذه العملية جائزة من غير خلاف .

هل يستحق البنك أجراً عليها؟

لا يجوز أخذ أجر على هذا السحب إذا كان الجهاز فى نفس فرع البنك الذى فيه حساب حامل البطاقة، لأنه لا فرق فى هذه الحالة بين من يسحب من حسابه عن طريق الشيك، و من يسحب عن طريق البطاقة ، ففي الحالتين لا يجوز للبنك أن يطالبه باجر على السحب، لان البنك مدين وملتزم بتسديد الدين عند الطلب عن طريق الشيك، أو عن طريق البطاقة .

أما إذا كان الجهاز فى فرع آخر سواء كان فى نفس البلد أو فى بلد آخر، فيجوز للبنك أن يأخذ أجراً على توصيل المبلغ إلى حامل البطاقة، ويجوز أن يختلف الأجر باختلاف مكان الفرع المسحوب منه، ويجوز أن يكون الأجر مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من المبلغ المسحوب، لأنه لا توجد فيه شبهه الربا. ولكن لابد من أن يقدر الأجر فى الحالتين تقديراً عادلاً يتناسب مع الخدمة التى يقدمها البنك فى توصيله المبلغ لحامل البطاقة .

ب/ وإن كانت العملة التى فى حساب العميل مختلفة عن العملة التى سحبها –حساب العميل بالريال، وسحب دولارات- فإن العملية يكون فيها اقتضاء للدين بغير جنسه، فتدخل فى عقد الصرف، وهو المعروف عند الفقهاء بصرف ما فى الذمة، وهو جائز إذا كان البنك يخصم مقابل الدولارات من حساب العميل فى نفس الوقت الذى سحب فيه العميل الدولارات، كما إذا سحب من الفرع الذى فيه حسابه ، ولا يجوز أخذ أجر فى هذه الحالة.

أما إذا كان البنك يخصم الريالات التى تقابل الدولارات من حساب العميل بعد فترة ، كما إذا سحب من فرع غير الفرع الذى فيه حسابه، فان العملية لا تكون من صرف ما فى الذمة الجائز، وتحتاج لتكييف آخر، هو أن يعتبر البنك مقرضاً- الدولارات لحامل البطاقة عند سحبه للدولارات، ثم تحدث عملية مقاصة عندما يأخذ البنك المبلغ من حساب العميل تصحبها عملية صرف- صرف ما فى الذمه - ويجب لصحة هذه العملية أن تكون بسعر الصرف يوم المقاصة، وليس يوم سحب العميل للدولارات، ولا يجوز أخذ أجر فى هذه الحالة لما فيه من شبهة الربا، لان البنك مقرض .

٢/١/٥- وإذا استعمل حامل البطاقة – البطاقة للسحب من غير أجهزة البنك مصدر البطاقة الذى فيه حسابه :

فان التكييف الذى يصحح هذه العملية هو أن يعتبر حامل البطاقة مقترضاً للمبلغ الذى سحبه من صاحب الجهاز، ومحيلاً لصاحب الجهاز على البنك الذى أصدر له البطاقة، وهذه حوالة صحيحة عند جميع الفقهاء؛ لان مصدر البطاقة –المحال عليه – مدين لحامل البطاقة- المحيل-،ثم إذا كانت العملة واحدة فلا إشكال، أما إن كانت العملة مختلفة بأن كان حساب حامل البطاقة بالريالات، وسحب من الجهاز دولارات، فان الواجب على البنك المصدر للبطاقة أن يجري عملية مصارفة بينه وبين صاحب الجهاز الدائن بسعر يوم الأداء، وليس بسعر اليوم الذى سحب فيه حامل البطاقة الدولارات.

هذا هو التكييف الذى يصح به استعمال بطاقة السحب الآلي، وتبقي بعد ذلك مآخذ سأبحثها فى مبحث لاحق .

٢/٥- تكييف الدبت كارد Debit Card عندما تستعمل فى شراء السلع:

استعمال هذه البطاقة فى شراء السلع من التاجر العلاقة فيها بين ثلاثة أطراف: مصدر البطاقة، وحاملها، والتاجر صاحب السلع، وهى شبيهة بالعلاقة فى حالة السحب الآلي عندما يكون السحب من جهاز غير جهاز مصدر البطاقة، والتكييف الصحيح لها هو أنها عقد حوالة، البنك مصدر البطاقة يقول لحامل البطاقة خذ هذه البطاقة، واشتر بها من التاجر، ولا تدفع الثمن، وأحل

التاجر على، وأنا أدفع له، ويقول مصدر البطاقة للتاجر بايع حامل البطاقة وأنا سأدفع لك الثمن، وحامل البطاقة يقول للتاجر أحلتك على البنك مصدر هذه البطاقة بالثمن، فإذا حصل الشراء فقد تمت الحوالة مستوفية لأركانها وشروطها، برضاء الأطراف الثلاثة .

وبطاقة الدبت كارد (Debit Card)هذه يكون البنك(مصدر البطاقة) فيها مديناً لحامل البطاقة وهو(المحال عليه)، وحامل البطاقة هو(المحيل)، وهو مدين للتاجر (المحال)، فالحوالة هذه على مدين، وهى جائزة باتفاق الفقهاء .

ويؤيد هذا التكييف بالحوالة العبارة التالية التى جاءت فى بحث الدكتور عبد الوهاب: " يقوم نظام البطاقات على أساس التزام البنك مصدر البطاقة بتسديد قيمة مشتريات حامل البطاقة مباشرة للمحلات التجارية. ويؤيده أيضاً قوله: البنك المصدر للبطاقة هو المسئول الوحيد أمام التاجر عن قيمة مبيعاته لحامل البطاقة.

ولا يصح أن تكيف هذه البطاقة بالكفالة؛ لأن الكفالة هى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، يستطيع فيها الدائن أن يطالب المكفول-المدين- وأن يطالب الكفيل، والدائن فى هذه المعاملة لا يستطيع أن يطالب المكفول –حامل البطاقة- وإنما يطالب البنك وحده، وهذه صفة الحوالة التى ينتقل فيها الدين من المدين –العميل- إلى المحال عليه .

ولا يصح أن تكون وكالة؛ لأن حامل البطاقة لا يملك الدفع للتاجر، والوكالة لا تكون إلا فى تصرف مملوك للموكل .

٣/٥- تكييف الشارج كارد (Charge Card)المشروطة فيها الفائدة :

هذه البطاقة قد تستعمل للصرف الآلي، وقد تستعمل لشراء السلع مثل الدبت كارد، ولكنها تختلف عنها فى أنها لا يلزم أن يكون حاملها له رصيد فى البنك مصدر البطاقة عند استعمالها؛ لأن البنك يعطيه مهلة شهر من استعماله للبطاقة يقدم له الفواتير بعد الشهر، فإذا دفع لا يطالبه بفوائد عن الشهر الذى انتظره ، وإذا تأخر عن الدفع طالبه بفوائد عن التأخير، وهذه المطالبة بالفوائد معروفة ومشروطة فى العقد .

هذه هى حقيقة هذه البطاقة قانوناً، فهي تتضمن قرضاً لمدة محدودة – شهر وقد

يزيد – لا يطالب فيها البنك حامل البطاقة بفائدة، وإنما يطالبه بالفائدة علـــى التأخير بعد المدة المحددة .

ولكن بعض البنوك الإسلامية تستعمل هذه البطاقة، ولا تأخذ فوائد، لا على المدة الأولي المحددة – الشهر – ولا على التأخير بعد الشهر، وليس فيها شرط بالفوائد، وإنما تكتفي بإنذار حامـــل البطاقة، وسحبها منه إذا لم يدفع، والغاء عضويته.

واضح أن الشارج كارد حسب حقيقتها القانونية تتضمن قرضاً مشروطاً فيه الفائدة عند التأخير، فيكون الاشتراك فيها محرماً بسبب هذا الشرط؛ لأنها معاملة ربوية، ولهذا فلا فائدة من البحـــث عن تكييفها ؛ لأن البحث عن التكييف الغرض منه الوصول إلى الحكم الشرعي وقـــد عرفنـــا الحكم[1] ويبقي علينا النظر فى تكييف الشارج كارد التى تتعامل بها بعض البنوك الإسلامية ، ولا يشترط فيها فائدة .

١/٣/٥– تكييف الشارج كارد Charge Card غير المشروط فيها الفائدة عندما تستعمل فى الصرف الآلي :

عندما يستعمل حامل هذه البطاقة البطاقة فى الصرف الآلي يكون مقترضاً سواء كان الســـحب للنقود من جهاز البنك مصدر البطاقة، أو من جهاز غيره، غير أنه يكون مقترضاً مـــن البنـــك مصدر البطاقة إذا كان السحب من جهازه، فتكون العلاقة بينهما علاقة مقرض بمقترض، فـــإذا وفي حامل البطاقة عند حلول الأجل بجنس العملة التى سحبها فـــلا إشـــكال ، وإذا وفي بغـــير جنسها، فإن العملية تتضمن عملية صرف ما فى الذمة، وهى جائزة إذا كانت بسعر يوم الصرف.

أما إذا كان السحب من غير جهاز مصدر البطاقة فإن حامل البطاقة يكـــون مقترضـــاً مـــن البنك صاحب الجهاز، ومحيلا له على بنكه المصدر للبطاقة ، وهذه الحوالة جائزة، وإن كانـــت على غير مدين ، على مذهب الحنفية .

---

[1] حاول بعض الباحثين أن يجوز الاشتراك فى هذه البطاقة إذا دخل المشترك فيها علىأن يلتزم بسداد ماعليه فى الموعد المحدد، ولا يتأخر حتى تفرض عليه فوائد، ويري هؤلاء الباحثون ان الشرط باطل والعقد صحيح.

ثم إن البنك مصدر البطاقة – المحال عليه- إذا وفي الدين الذى على حامل البطاقة –المحيل- يصبح مقرضاً لحامل البطاقة المبلغ الذى دفعه يتقاضاه منه عند حلول الأجل على النحو الذى ذكرتـــه سابقاً .

٢/٣/٥- تكييف الشارج كارد Charge Card غير المشروط فيها الفائدة عندما تستعمل فى شراء السلع :

إذا استعمل هذه البطاقة حاملها فى شراء سلعة من التاجر، فإنه يصبح مديناً للتاجر بثمن السلعة، فيحيله بالثمن على البنك- مصدر البطاقة- وهذه حوالة جائزة كما قلت، ثم يصبح البنك مقرضاً ثمن السلعة لحامل البطاقة عندما يدفعه للتاجر، يتقاضاه منه عند حلول الأجل بالكيفية التى ذكرتها سابقاً .

هذا هو تكييف الشارج كارد (Charge Card) عندما تكون خالية من شرط الفائـــدة عنـــد التأخير فى سداد القرض . وتبقي بعد ذلك محاذير نعالجها فى مبحث لاحق.

أما الشارج كارد المشتملة على شرط الفائدة عند التأخير فهي معاملة غير شرعية مثل الكرد كارد (Credit Card) التى ذكرتها فى أول بحثيووعدت بتقديم بديل لها .

٦- المآخذ الشرعية على البطاقات الائتمانية :

٦/١- الكردت كارد ، والشارج كارد المشروط فيها الفائدة على التأخير فى السداد :

المأخذ واحد وهو أن هاتين البطاقتين تتضمنان قرضاً بفائدة، وهو كاف لابعادهما ، والبحث عن بديل لهما ، وهو ما سأفعله فى نهاية البحث إن شاء الله

٦/٢- الشارج كارد الخالية من شرط الفائدة ، والدبت كارد .

١- **الرسوم**

أ- رسوم الإصدار ، أو رسوم العضوية ب- رسوم التجديد

ج- رسوم التجديد المبكر د- رسوم استبدال البطاقة عند الضياع أو التلف أو السرقة :

إذا كان البنك مصدر البطاقة يأخذ هذه الرسوم على نوعي البطاقة، الدبت كارد ، والشارج كارد، بمقدار واحد فلا مانع من أخذها، ولا مأخذ عليها ؛ لأنها تكون عبارة عن أجر على عمل، أو منفعة تؤديه شركة البطاقة ووكلاؤها لحامل البطاقة[1].

أما إذا كان البنك لا يأخذ الرسم فى الدبت كارد ، ويأخذه فى الشارج كارد، أو كان يأخذ فى الشارج كارد رسماً أكبر من الذى يأخذه فى الدبت كارد ، فإنه يخشى أن يكون الرسم الذى يأخذه البنك فى حالة الشارج كارد فائدة مستترة على القرض الذى يمنحه البنك لحاملها، ولهذا فإن الأسلم أن تكون الرسوم واحدة فى البطاقتين .

احتساب سعر بيع البطاقة

جاء فى النموذج المقدم من قطاع الأموال بمجموعة دله البركة ما يلي :

يتم احتساب سعر بيع البطاقة وفقاً للمعادلة التالية :

السعر = إجمالي التكاليف المباشرة + معدل مخاطر عدم السداد + إجمالي قيمة المزايا والمنافع والخدمات + قيمة الربحية المطلوبة .

هذه المعادلة تعكر على الرسوم من جهتين:

الأولي: إدخال معدل مخاطر عدم السداد الذى يخشى أن يتضمن فائدة .

الثانية : قيمة الربحية المطلوبة التى يخشى أن تكون أكثر فى حالة الشارج كارد منها فى حالة الدبت كارد .

٢/ العمولة :

يتقاضى البنك مصدر البطاقة عمولة من حامل البطاقة فى السحب النقدي سواء كان السحب من أجهزة البنك المصدر للبطاقة أو من أجهزة غيره.

---

[1] مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع الجزء الأول ٣٦٢ د/ عبد الستار و٤١٠، رفيق، والعدد الثامن الجزء الثاني ٦١٥ د. الجواهري . وانظر رأي القرى فى العدد السابع ٣٩٢، ٣٩٣، وانظر أيضاً مجموعة دله البركة – الحلقة الفقهية السادسة ٢٣.

ويتقاضى البنك مصدر البطاقة عمولة من التجار على العمليات التجارية التى تمت من خلال استعمال البطاقة تتراوح بين ١% و٥% من قيمة الفاتورة وهذه العمولة قد يتقاضاها بنك التاجر إذا كان هو الذى يدفع قيمة الفاتورة للتاجر، وتوزع فى هذه الحالة بينه وبين البنك المصدر للبطاقة، أما إذا كان البنك المصدر للبطاقة هو التاجر، فإنه يأخذ كل العمولة.

العمولة فى حالة السحب النقدي بالدبت كارد :

إذا كان السحب من أحدفروع البنك المصدر للبطاقة، فإنه يجوز أخذ العمولة؛ لأنها تكون مقابل تحويل المبلغ لحامل البطاقة من حسابه إلى الفرع المحسوب منه،

أما إذا كان السحب من غير فروع البنك المصدر للبطاقة، فإن الفرع المسحوب منه يكون مقرضاً لحامل البطاقة، فيكون فى أخذ العمولة شبهة الربا .

العمولة فى حالة السحب النقدي بالشارج كارد

السحب بالشارج كارد يكون قرضاً سواء كان من فروع البنك المصدر للبطاقة، أو من غيره ، فيكون فى أخذ العمولة شبهة الربا .

العمولة فى حالة شراء السلع من التجار

سؤال: من يدفع هذه العمولة حقيقة ؟ التاجر أم حامل البطاقة – المشتري ؟

الجواب: هو أن التاجر إذا كان يبيع لحامل البطاقة بنفس السعر الذى يبيع به لغيره ، من غير زيادة، فإن العمولة يدفعها التاجر من ثمن السلعة .

أما إذا كان التاجر يبيع لحامل البطاقة بأكثر مما يبيع به لغيره، فانه يحمل العمولة لحامل البطاقة، فيكون حامل البطاقة هو الذى يدفعها حقيقة .

وسأذكر الحكم على أن التاجر هو الذى يدفع العمولة حقيقة اعتماداً على أن القانون يمنع التاجر من البيع لحامل البطاقة بأكثر من سعر البيع نقداً.

العمولة فى حالة شراء السلع من التجار بالدبت كارد :

العمولة قد يأخذها من التاجر بنك التاجر،إذا كان هو الذى يدفع قيمة الفاتورة، وقد يأخذها البنك المصدر للبطاقة إذا لم يتوسط فى المعاملة بنك التاجر .

فإذا كان الذى يأخذها بنك التاجر، وكان ثمن السلعة (١٠٠) فان بنك التاجر يخصم (٢) مثلاً، ويدفع للتاجر (٩٨)، وبـــــما أن بنك التاجر يدفع ال (٩٨)

للتاجر عند تقديم القسيمة، ثم يحصل المبلغ من البنك المصدر للبطاقة عن طريق نظام المقاصة، فإن بنك التاجر يكون مشترياً القسيمة التى ثمنها (١٠٠) ب (٩٨) من التاجر، على أن يحصل المائـــة من البنك المصدر للبطاقة عند المقاصـــة ، فيأخذ نصيبه من العمولة، ويعطى البنك المصدر نصيبه ، وهذا شبيه بخصم الكمبيالة الممنوع لما فيه من شبهة الربا .

وأما إذا كان الذى يدفع الفاتورة للتاجر، ويأخـــــذ العمولة هو البنك المصدر للبطاقة ، لعـــدم وجود بنك التاجر، فالمفروض أن يدفع البنك المصدر للبطاقة ثمن البطاقة، وهو (١٠٠) من رصيد حامل البطاقة، فإذا أخذ البنك من ال (١٠٠) العمولة (٢)، فأنها تكون نظير الخدمة التى أداهـــا للتاجر، وتكون من قبيل أجرة السمسار ، وهى جائزة ،وليس فيها شبه بخصم الكمبيالة .

قد يقال إن بنك التاجر وكيل عن البنك المصدر للبطاقة فلم لا يعامل معاملته ، والجواب هو أن بنك التاجر يدفع للتاجر من ماله ، ثم يطالب البنك المصدر للبطاقة بما دفعه .

نعم قد تزول الشبهة إذا دفع بنك التاجر أل (١٠٠) كاملة للتاجر وعندما تسلمها مـــن البنـــك المصدر للبطاقة طالب هذا البنك التاجر بدفع (٢) .

العمولة فى حالة شراء السلع من التجار بالشارج كارد

العمولة فى حالة شراء السلع بالشارج كارد Charge Card فيها شبهة الربا، إذا تولي دفع ثمـــن السلعة للتاجر بنك التاجر وخصم العمولة؛ لأنه يدفع أل(٩٨) للتاجر، ويأخذ بعد فترة (١٠٠) من البنك المصدر للبطاقة، وهذا شبيه بخصم الكمبيالة ، كما قلنا فى حالة الشراء بالدبت كارد .

أما إذا تولى الدفع للتاجر البنك المصدر للبطاقة ، وأخذ العمولة، فإنها تكون مقابل الخدمة الـــتى يقدمها للتاجر بجلب الزبائن، وتأخذ حكم أجرة السمسار، وهى جائزة .

وفقه هذه المسالة أن حامل البطاقة يشترى السلعة بمائة (١٠٠) من التاجر، ويحيله بالمائة على البنك مصدر البطاقة، فإذا طالب التاجر مصدر البطاقة بالمائة فى أي وقت، فإنه يجـــوز لمصـــدر البطاقة أن يخصم منها العمولة (٢)، ويدفع للتاجر الباقي، ولا شبه لهذه العملية بخصم الكمبيالة،

وكون المصدر للبطاقة سيطالب حامل البطاقة بالمائة كاملة لا يؤثر فى هذا الحكم ؛ لأن هذه المائة هى القرض الذى منحه البنك لحامل البطاقة ليشتري به السلعة، وقد فعل. نعم قد تدخل فى هذه العمولة شبهة الربا إذا كانت تختلف باختلاف المدة التى يطالب فيها التاجر البنك المصدر للبطاقة بالدفع، فتزيد النسبة بزيادة الأجل .

العمولة التى تدفعها البنوك الأعضاء للمنظمة العالمية :

هذه عمولات يدفعها البنك المصدر، وبنك التاجر، وفقاً لجدول محدد متفق عليه، وهى تخص الأعمال التى تتوسط المنظمة العالمية فى تقديمها للطرفين على مستوي الاتصالات والمراسلات والمقاصة، وتمكين الأعضاء من استخدام الشيكات التابعة للمنظمة ...

العمولة على هذه الخدمات لا مأخذ عليها، ولكن جاء فى نفس المرجع السابق أن المنظمة تغطي مصاريفها كاملة من خلال عدة جهات من بينها: فروق العملة والرسوم على كل عملية شراء أو سحب نقدي .

و لم يرد فى البحث توضيح لهاتين الجهتين، ويخشى أن يكون فيهما مآخذ شرعية.

٣/ فرض غرامات تأخير على حامل البطاقة

تفرض البنوك الربوية فائدة عن كل يوم يتأخر فيه حامل البطاقة عن سداد القرض الذى عليه، وهذا ربا صريح، وقد صدرت بعض الفتاوى بجواز فرض غرامات تأخير على حامل البطاقة الذى يماطل فى سداد ما عليه من القرض على أن تصرف هذه الغرامات فى أوجه البر، ولا يستفيد منها البنك .

هذه الغرامات هى فى رأيي ربا، مثل الفائدة، لا يجوز فرضها، وصرفها فى وجوه الخير لا يغير من الحكم شيئاً .

٤/ استخدام البطاقة لشراء الذهب والفضة

صدرت بعض الفتاوى بجواز استعمال البطاقة فى شراء الذهب والفضة من التجار معتمدة هذه الفتاوى على أن قسيمة الدفع التى يوقع عليها العميل حامل البطاقة تعتبر وسيلة دفع مؤكدة

تصرف فوراً حال تقديمها إلى البنك التاجر، لهذا فهي تخول التاجر الحصول على المبلغ فوراً مما يحقق شرط التقابض فى بيع الذهب والفضة ، ويعتبر كالدفع بالشيكات وهو جائز شرعاً.

ولا أوافق على هذه الفتوى؛ لأن الفورية المطلوبة شرعاً فى شراء الذهب والفضة غير متحققة فى الشراء بالبطاقة؛ لأن حامل البطاقة عندما يقدم البطاقة للتاجر يتسلم الذهب ويوقع على القسيمة لا يدفع الثمن للتاجر، والذى يدفع الثمن للتاجر هو بنك التاجر، أو البنك المصدر للبطاقة عندما يقدم التاجر إليهما القسيمة بعد فترة يتفق عليها، وهذه الفترة فى حالة بنك التاجر تصل إلى ثلاثة أيام من تسلمه قسيمة البيع وهذا مختلف عما جاء فى فتوى بيت التمويل الكويتي من أن القسيمة تصرف فوراً حال تقديمها إلى بنك التاجر .

وحتى لو صح ما فى الفتوى من أن بنك التاجر يدفع ثمن الذهب فوراً عندما تقدم إليه القسيمة ، فان شرط التقابض فى المجلس لا يكون متحققاً؛ لأن المجلس الذى يجب أن يتحقق فيه التقابض هو مجلس الشراء الذى يتم بين حامل البطاقة والتاجر الذى يبيع الذهب، وليس مجلس تقديم القسيمة لبنك التاجر .

وقياس بطاقة الائتمان على الشيك؛ لأن كلاً منهما أداة وفاء ، قياس مع الفارق، والفارق هو أن الشيك أداة وفاء فى الحال، فيكون قبضه قبضاً حكميّاً لمحتواه، وبطاقة الائتمان أداة وفاء فى المآل ؛ لأن التاجر لا يستطيع أن يحصل على ثمن الذهب الذى اشتري بها إلا بعد فترة من الزمن، وهذا هو المآخذ الشرعي .

مخرج لاستعمال البطاقة فى الحصول على الذهب والفضة :

يمكن الحصول على الذهب والفضة بالبطاقة إذا طلب صاحبها من التاجر أن يقرضه مقداراً من الذهب والفضة، ويسجل القرض فى القسيمة، وبما أنا قد كيفنا العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة، وحامل البطاقة، والتاجر على أنها حوالة، فإن حامل البطاقة الذى اقترض الذهب من التاجر يصبح مديناً للتاجر فيحيله على البنك مصدر البطاقة على النحو الذى ذكرته سابقاً، وعندما يقدم التاجر القسيمة للبنك مطالباً بالسداد، فإن كان عند البنك ذهب قضى منه الدين

وإن لم يكن عنده ذهب أجرى مع التاجر عقد صرف بالعملة التي يتفقان عليها بسعر الذهب يوم عقد الصرف لا يوم القرض ، على النحو الذى ذكرته فى حالة سحب صاحب البطاقة نقوداً من جهاز غير جهاز البنك مصدر البطاقة.

٥/ حرية حامل البطاقة فى استخدامها :

من المعروف أن حامل البطاقة حر فى استعمالها فيما يشاء ، وقد يستعمل بعض حاملي البطاقة البطاقة استعمالاً يتنافى مع الشريعة الإسلامية ، كأن يشتري بها خمراً مثلاً فماذا يكون موقف البنك المصدر للبطاقة فى هذه الحالة ؟

عالجت بعض البنوك هذه الحالة معالجة حسنة بالنص فى شروط البطاقة على " أن للبنك الحق فى إلغاء البطاقة، إذا أساء حاملها استخدامها، وبوجه خاص فى حالة استعمالها للوفاء بأثمان بضائع أو أعمال أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

وينبغي أن يضاف إلى هذا النص نص آخر يفيد أن البنك لا يكون ملزماً بدفع قيمة القسيمة .

٧- البديل للكرد كارد "3 Credit Card"

تبين لنا أن التعامل بالدبت كارد Debit Cardوالشارج كارد Charge Card الخالية من الفائدة يجوز شرعاً، مع الالتزام بالأحكام التي ذكرتها.

أما الكرد كارد Credit Card ،ومثلها الشارج كارد ذات الفوائد، فلا يجوز التعامل بهما لما فيهما من الربا .

تمكن الكرد كارد حاملها من الحصول على ما يحتاج إليه من سلع، وخدمات ، ونقود من غير أن يدفع مقابل ما يأخذه نقداً فى الحال؛ لأن مصدر البطاقة يدفع المقابل، ويقيده قرضاً على حامل البطاقة يحصله منه على أقساط، ويتقاضى عليه فائدة هى مكسبه من المعاملة، وهذا كسب غير مشروع، فهل يوجد بديل يحقق ما تحققه الكرد كارد لحاملها ولمصدرها بطريقة مشروعة ؟

نعم يوجد بديل يحقق لحامل البطاقة الحصول على السلع من غير أن يدفع الثمن حالاً، ويحقق لمصدر البطاقة ربحاً مشروعاً من تعامله مع حامل البطاقة .

هذا البديل هو **بطاقة البيع بالتقسيط**:ويكون ذلك بأن ينشىء البنك الإسلامي، أو البنوك الإسلامية مجتمعة متاجر للبيع بالتقسيط ، مملوكة لها ملكاً كاملاً،أو بالمشاركة مع مؤسسة أو تاجر، يشتري حامل البطاقة منها ما يريده بالأقساط ، والربح الحلال الذى يجنيه البنك من هذه المعاملة هو الفرق بين ثمن السلعة حالاً و ثمنها مؤجلاً ، وهذه الزيادة جائزة عند جمهور الفقهاء ؛ لأن الأجل له حصة من الثمن فى البيع، بخلاف القرض، ولهذا فإن هذا البديل لا يصلح فى الحصول على النقود (السحب الآلي)

ويكتمل هذا البديل لو أن البنوك الإسلامية أنشأت لها منظمة خاصة تسمى (المنظمة الإسلامية) بدلاً عن التعامل مع منظمة الفيزا أو غيرها، وتكون لهذه المنظمة الإسلامية نظمها وقوانينها، وتشترك فيها كل البنوك الإسلامية، وتصدر بطاقات خاصة بها .

والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل

بطاقـــات الائتـــــمان
ماهيتها والعلاقات الناشئة عن استخدامها
بين الشريعة والقانون

دكتور/ محمد عبد الحليم عمر
أستاذ المحاسبة – مدير مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي
بجامعة الأزهر

تقديـــــم

بطاقات الائتمان إحدى وسائل الدفع الإلكترونية التى انتشرت على مستوى العالم انتشارًا واسعًا حيث أصبحت من أنشطة الخدمات المصرفية التى تقدمها مئات الألوف من البنوك وتجنى من وراء ذلك أرباحًا طائلة، ويتعامل بها مئات الملايين من الأفراد لشراء احتياجاتهم من السلع والخدمات وسحب مبالغ نقدية بموجبها دون الحاجة إلى حمل نقود معهم، وتمثل وسيلة سهلة للحصول على ائتمان قصير الأجل لهم، كما أن الملايين من المؤسسات الاقتصادية حول العالم تقبل البيع وتأدية الخدمات بموجب هذه البطاقات مما يزيد من مبيعاتها وضمان حصولها على حقوقها من مصدر البطاقة، ومع أن جذور نشأة هذه البطاقات تمتد إلى بداية القرن العشرين الميلادى (١٩٠٤م) وبصوره بسيطة وفى علاقة مباشرة بين البائع وحامل البطاقة وتستخدم على المستوى المحلى، إلا أنها تطورت فى مراحل ثلاث متعاقبة انتهت إلى الوضع الذى هى عليه الآن بوجود منظمات عالمية راعية للبطاقة ودخلت البنوك فى التعامل بها بدءاً من عام ١٩٥١م، والتعامل بها على مستوى العالم أيا كان مكان البنك المصدر لها فى إطار نظام متكامل للمعلومات والاتصالات الإلكترونية، ولقد دخلت هذه البطاقات إلى العالم الإسلامي مؤخراً وفى مرحلتها الثالثة حيث يحملها مئات الألوف من المسلمين ويبيع بموجبها العديد من المتاجر، هذا فضلاً على أن البنوك الإسلامية بدأت الاشتراك فى إصدارها والتعامل بها، ومع كل هذا يلاحظ على استخدام البطاقات فى العالم الإسلامي عدة ملاحظات من أهمها: ضعف ثقافة بطاقات الائتمان لدى الكثيرين من العامة وممن يتعاملون بها مما أنتج مشكلات عديدة، كما أنه لا توجد تشريعات

خاصة فى صورة نظم وقوانين فضلاً عن قلة السوابق القضائية والرأى الفقهى القانونى حولها من أجل تنظيم التعامل بها وتوفير الحماية للمتعاملين فيها، إضافة إلى الخلاف بين الفقهاء المعاصرين حول التكييف الشرعى للبطاقة وحكم التعامل بها مما يوقع المسلمين فى حرج شديد، ولذا فإنه من توفيق الله أن يتم طرح موضوع بطاقات الائتمان ضمن محاور مؤتمر: «الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون» الذى تنظمه كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، لأن بطاقات الائتمان تمثل إحدى أهم الخدمات المصرفية الإلكترونية التى تتعامل بها البنوك، ويشرفنى أن أتقدم بهذا البحث حول بطاقات الائتمان طبقاً للإطار التالى:

- الالتزام بما ورد من نقاط فى الخطوط العريضة للموضوع التى وردت فى ورقة المؤتمر والتى تتحدد فى كل من: ماهية بطاقات الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها، والعلاقات التعاقدية، بين أطرافها ثم المسئولية عن الاستخدام غير المشروع لها.
- التكييف الشرعى لبطاقات الائتمان والحكم الشرعى عليها وعلى ما يتصل بها من معاملات.
- لن أتعرض لنشأة البطاقات وتطورها ومزاياها وعيوبها لأن ذلك معروف ولا حاجة إليه فى موضوع البحث.
- سوف أقتصر على تناول بطاقات الائتمان التى تصدرها البنوك فقط التزاماً بالإطار العام للمؤتمر الذى يتناول الخدمات المصرفية الإلكترونية.

أهداف البحث:

فى إطار موضوع البحث ومحدداته السابق ذكرها وانطلاقاً من غرض عقد هذا المؤتمر فإنه يمكن تحديد أهداف البحث فى الآتى:

١- تقديم معلومات كافية حول بطاقات الائتمان يستفيد منها المتعاملون بها.

٢- بيان ماهية وطبيعة بطاقات الائتمان بالشكل الذى يمكن أن يفيد فى التنظيم القانونى لها.

٣- تقديم معلومات حول الجوانب الشرعية لبطاقات الائتمان يمكن أن تساعد فى إصدار قرار من المؤتمر حول التكييف الشرعى لها والحكم الشرعى عليها خاصة وأن الموضوع عرض فى أكثر من دورة على مجمع الفقه الإسلامى الدولى منذ عام ١٩٩١م وحتى عام ٢٠٠٠م ولم يصل فيه إلى قرار شامل.

خطة البحث:

تمشياً مع الإطار العام لموضوع البحث ومحدداته وسعياً نحو تحديد أهدافه فإنه يمكن تنظيم خطة البحث فى المباحث التالية:

المبحث الأول: ماهية بطاقات الائتمان وأنواعها وطبيعتها.
المبحث الثانى: العلاقات التعاقدية بين أطراف بطاقات الائتمان.
المبحث الثالث: الجوانب الشرعية لبطاقات الائتمان.

المبحث الأول
ماهية بطاقات الائتمان وأنواعها وطبيعتها

أولاً: مفهوم بطاقات الائتمان:

أ – المسمى أو المصطلح: يطلق على بطاقات الائتمان فى الكتابات العلمية والاستعمال المصرفى مسميات عدة منها: بطاقات الائتمان – بطاقات الاعتماد – بطاقات الدفع الإلكترونية – النقود الإلكترونية – البطاقات البنكية – بطاقة الإقراض – بطاقة الوفاء – النقود البلاستيكية.

ولأن الاسم أو المصطلح لـه أثر على بيان طبيعة المسمى وبالتالى على تصوره وإصدار الحكم الشرعى عليه فإن الأمر يقتضى تحرير الاسم أو المصطلح الصحيح الذى يدل على هذه البطاقات، وهذا ما سنحاوله فى الآتى:

كلمة البطاقة (Card) لا خلاف حولها فهى تذكر فى كل المسميات وتعبر عن الجانب الشكلى الذى يتمثل فى صناعة البطاقة من مواد بلاستيكية لها مواصفات كيميائية محددة – مادة كلوريد الفنيل غير المرئى PVC – الذى يتم تشكيله على هيئة رقائق عن طريق البثق بأجهزة خاصة وبعد تجميع الرقائق يتم طباعة البيانات عليها شاملة شعار واسم المنظمة واسم البنك المصدر واسم حاملها ورقمها وتواريخ الإصدار والانتهاء ويلصق عليها شريط البيانات الممغنط، وشريط التوقيع والصورة المجسمة ثلاثية الأبعاد التى تماثل العلامة المائية فى النقود الورقية وإضافة لذلك يسلم العميل الرقم السرى ليستخدمه فى السحب النقدى من آلات ATM ثم تقطع على

هيئة مستطيل بمساحة ٥ × ٨سم[١].

- أما الكلمة المضافة للبطاقة فإنه اختياراً بين الكلمات السابقة نجد ما يلى:

- إضافة لفظ «البلاستيكية إلى البطاقة» يدل على المادة المصنوعة منها وبالتالى فهو يتعلق بالناحية الشكلية وليس الموضوعية، كما أن إضافة لفظ «الإلكترونية» لا يتعلق بالناحية الموضوعية وإنما يدل على كيفية صنعها والأجهزة التى تعمل من خلالها البطاقة.
- إضافة لفظ النقود لا تعبر عن حقيقتها لأن بين النقود والبطاقات اختلافات سيأتى بيانها فيما بعد.
- إضافة لفظ بنكية لا يعبر عن حقيقتها لأنه توجد مؤسسات ائتمانية غير بنكية تصدر البطاقة، كما قد تصدر البطاقة من نفس البائع وليس من البنوك.
- تسميتها ببطاقة الدفع. أو الوفاء يعبر عن وظيفة واحدة من وظائف البطاقة كما لا يدل على ما تحمله من معانى الثقة فى حاملها والائتمان الذى تقوم عليه، هذا فضلاً على أنه يمكن استخدامها فى سحب النقود وهذه العملية ليس فيها دفع ولا وفاء بدين.

يبقى لدينا ألفاظ «الائتمان والاعتماد والإقراض» والائتمان والاعتماد قريبان فى المعنى إلى حد الترادف فى اللغة الإنجليزية (Credit) وبالتالى يبقى الخيار بينهما وبين لفظ الإقراض، فهل اسمها المعبر عن حقيقتها «بطاقة الائتمان أو بطاقة الإقراض»؟

بالرجوع أولاً إلى معاجم اللغة للتعرف على معنى كل من كلمتى ائتمان وقرض فى اللغة الإنجليزية المنقول عنها اللفظين يتضح استخدام لفظ مستقل لكل منهما فمعنى ائتمان Credit وقرض: Loan ولكل منهما مفهومه الخاص[٢].

كما أنه فى اللغة العربية بينهما فرق، فالائتمان يعنى الثقة المتبادلة التى تجعل الإنسان يطمئن إلى مداينة أحد الناس، أما القرض فهو مال يعطيه شخص لآخر على أن يرد بدله.

وفى الاصطلاح المصرفى فإن الائتمان أو الاعتماد هو تعهد يصدره بنك لطرف آخر بأن يمنحه أو يسدد عنه مبلغاً من المال فى المستقبل[٣]، أما القرض فهو مبلغ يدفعه البنك فعلاً، وبالتالى

---

(١) رياض فتح الله بصله – جرائم بطاقات الائتمان – دار الشروق، القاهرة ١٩٩٥م ص ١٤.

(٢) تحسين التاجى الفاروقى – «قاموس مصطلحات المصارف والمال والاستثمار» الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية بالأردن – ١٩٩٧م، مادة Loan، Credit .

(٣) د/ مدحت صادق «أدوات وتقنيات مصرفية – دار غريب بالقاهرة – ٢٠٠١ ص ١١.

فإن المعنيين مختلفان خلافاً لما يقول به البعض[1]:

- أن بعض أنواع بطاقات الائتمان لا ينتج عن التعامل به قرضاً أو ديناً فى ذمة العميل كما سيلى فيما بعد. وبالتالى فمسمى بطاقة الإقراض لا يشملها مما يحتاج الأمر إلى إضافة كلمات أخرى تجعل المصطلح مطولاً.
- أن الاصطلاح والعرف المصرفى استقر على تسميتها بطاقات الائتمان. والتسميات الأخرى قليلة الاستخدام.
- أن الائتمان هو الاستعداد للمداينة أو التعهد بوضع البنك مبلغاً معيناً تحت تصرف العميل سواء استخدمه كله أو بعضه أم لا، وهو ما عليه بطاقات الائتمان، أما القرض فهو للتعبير عن دين وقع فعلاً[2].

هذا هو المسمى وتحريره الذى يساهم فى توضيح جزء من حقيقة بطاقات الائتمان التى تزيدها بياناً فى الفقرة التالية.

ب- مفهوم بطاقات الائتمان: كالعادة فإن التعريفات تتعدد بتعدد الكتّاب يركز كل منهم على جانب واحد من البطاقة بل إن البعض يختار تعريفاً مستقلاً لكل نوع من أنواع البطاقات وباستعراض هذه التعريفات التى يمكن الرجوع إليها فى مواطنها[3] يمكن القول إن أقرب تعريف لتوضيح حقيقة بطاقات الائتمان هو التعريف الذى أورده مجمع الفقه الإسلامي الدولى

---

(١) د/ عبد الوهاب أبو سليمان «البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد» دار القلم بدمشق – مجمع الفقه الإسلامي ١٩٩٨، ص٢٣ – ٢٥.

(٢) د. محمد زكى شافعى – مقدمة فى النقود والبنوك – دار النهضة العربية ص ٢١٥.

(٣) فى الكتابات الشرعية ورد تعريف بطاقة الائتمان فى جميع البحوث التى قدمت فى المؤتمرات التى عقدها مجمع الفقه الإسلامي بالبحرين عام ١٩٩١م، وبجدة عام ١٩٩٢م، وسلطنة برونـاى عام ١٩٩٣م، وبالرياض عام ٢٠٠٠م، وكذا ندوة فقه بطاقات الائتمان التى عقدها البنك الأهلى التجارى السعودى بالبحرين عام ١٩٩٨م،
ومن الكتابات الاقتصادية: د. فرج عزت فى كتابه اقتصاديات النبنوك – جامعة عين شمس ٢٠٠٠م، – د. مدحت صادق – أدوات وتقنيات مصرفية – مرجع سابق.
ومن الكتابات القانونية: د. على جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار النهضة العربية ١٩٩١م، د. محمد بهجت فايد «عمليات البنوك والإفلاس» – دار النهضة العربية ٢٠٠٠م. – د. جميل عبد الباقى الصغير: «الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة» – دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٩م.

ونصه: «بطاقات الائتمان مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعى أو اعتبارى بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف»[1].

فهذا تعريف مقبول ولكن يحتاج إلى بعض التوضيحات البسيطة منها: أنه ليست هناك حاجة إلى النص على الشخص باعتباره طبيعياً أو اعتبارياً، لأن كلمة شخص تشملهما معاً عند الإطلاق، ولأنه فى العادة تمنح لأشخاص طبيعيين، وأنه كما يتم إصدار البطاقة بموجب عقد بين المصدر حامل البطاقة فإنه يتم توقيع عقد أو اتفاقية بين البنك والتاجر يحسن النص عليهما فى التعريف إضافة إلى الإشارة لرجوع المصدر على الحامل لاستيفاء حقه.

وبأخذ هذه الملاحظات فى الاعتبار يمكن إعادة صياغة التعريف ليكون كالآتى:

«بطاقة الائتمان مستند يعطيه مصدره لشخص بناء على عقد أو اتفاقية بينهما يلتزم فيها المصدر بدفع قيمة مشتريات حامل البطاقة من التجار المتعاقدين مع بنك عضو فى إصدار البطاقة مسبقاً بقبول البيع وتأدية الخدمات بموجبها، ودفع مسحوباته النقدية من البنوك، ثم رجوع المصدر على حامل البطاقة فيما بعد لاستيفاء هذه المدفوعات».

هذا هو مفهوم بطاقة الائتمان بصفة عامة، ولكن الأمر يتطلب للتعرف أكثر على ماهيتها بيان أنواعها وهذا ما سنوضحه فى الفقرة التالية:

ثانياً: أنواع بطاقات الائتمان:

تتعدد أنواع البطاقات لعدة اعتبارات فمن حيث المزايا توجد البطاقات العادية أو الفضية أو الذهبية وتختلف فيما بينها فى حدود الائتمان والمزايا الإضافية التى يتمتع بها حاملها، وبحسب الجهة المصدرة توجد البطاقات التى ترعاها منظمة عالمية ويشارك فى إصدارها جميع البنوك على مستوى العالم مثل فيزا وماستر كارد، وبطاقات ترعاها وتصدرها مؤسسة مالية واحدة مثل بطاقة أمريكان اكسبريس، وبطاقات تصدرها مؤسسات تجارية لعملائها ليشتروا منها فقط دون وجود بنك وسيط، كما توجد بطاقة ضمان الشيك، أما من حيث النظم التكوينية لها فتوجد

(١) قرارا وتوصيات المجمع الفقهى فى دورته السابعة المنعقدة بجدة ١٤١٢هـ - قرار رقم ٧/١/٦٥ فقرة رابعاً.

البطاقة الممغنطة، والبطاقة الرقائقية، والبطاقة الذكية[1]، ومن حيث نطاق التعامل بها توجد البطاقات المحلية والإقليمية والعالمية، وأخيراً بحسب طبيعة العلاقة وكيفية التعامل بالبطاقة توجد ثلاثة أنواع منها.

وسوف نتناول بيان أنواعها حسب التقسيم الأخير لأن التقسيمات الأخرى تندرج فيها ولا تؤثر على ماهيتها كثير فكل منها يمكن أن تكون بطاقة فضية أو ذهبية كما أنه لا تختلف البطاقات فى حقيقتها بحسب المنظمة الراعية لها أو الشكل التكوينى لها، كما ستقصر على البطاقات التى تصدر عن البنوك ويتم التعامل بها عالميًّا لاتصالها بموضوع المؤتمر، وفى ظل هذا التقسيم المختار توجد ثلاثة أنواع من البطاقات هى:

النوع الأول: بطاقة الخصم أو القيد المباشر والفوري (Debit Card) ويتم إصدارها بأن يقوم حامل البطاقة بفتح حساب جاري لدي البنك المصدر البطاقة يودع فيه مبلغاً معيناً يعادل الحد الأقصي المسموح له بالشراء في حدوده شهرياً، وعندما يقوم حامل البطاقة بالشراء من التجار أو الحصول على خدماتهم يرسلون مستندات الشراء أو أداء الخدمة للبنك المتعاقدين معه الذي يدفع المستحق لهم بالإضافة إلى حساباتهم المفتوحة لدى البنك، ويقوم البنك المصدر بالخصم أولاً بأول بقيمة مبالغ الشراء من حساب العميل الجاري المفتوح لدي البنك، كما يتم الخصم أيضاً بقيمة المسحوبات النقدية بالبطاقة من آلات السحب (ATM) أو من البنوك، وفي نهاية كل شهر يرسل البنك كشف حساب إلى حامل البطاقة مطالباً إياه بإيداع مبلغ مماثل في الحساب الجاري حتي يعود الرصيد المطلوب الاحتفاظ به لدي البنك إلى كامل المبلغ، وإذا حدث وكشف الحساب بمعني زيادة المبلغ المخصوم به على الرصيد فإن البنك يحمل العميل بفائدة ينص عليها في اتفاقية إصدار البطاقة يتراوح معدلها بين ١,٥%، ١,٧٥% شهرياً، أى من ١٨% إلى ٢١% سنوياً.

النوع الثاني: بطاقة الخصم الشهري أو الدفع المؤجل (Charge Card) وإصدارها لا يتطلب من حاملها الدفع المسبق للبنك المصدر في صورة حساب جاري، وإنما يطالب البنك المصدر حامل البطاقة بقيمة مشترياته ومسحوباته في نهاية كل شهر على أن يسددها في مدة تالية

---

(١) للتعرف أكثر على أنواع البطاقات يراجع: كتابنا «الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان» نشر – مؤسسة إيتراك للنشر والتوزيع – القاهرة – ١٩٩٧م، ص ١٧-٢٦، وكتاب: «جرائم بطاقات الائتمان» لرياض فتح الله بصيله – مرجع سابق ص١٣-١٥.

تتراوح بين ٢٥، ٤٠ يوماً وإذا تأخر عن السداد يحمل بفائدة فى حدود النسب المذكورة فى النوع الأول.

النوع الثالث: بطاقة الائتمان القرضية أو السداد على فترات لا حقه (Credit Card) وهي مثل النوع الثاني إلا أن الاتفاق يكون ليس على المطالبة بكامل المبلغ في نهاية كل شهر وإنما يدفع جزءاً ويقسط الباقي على شهور تالية مع حساب فائدة بنفس المعدلات السابق ذكرها على المبلغ المقسط.

وقد يدمج النوعين الثاني والثالث معاً ويكون حامل البطاقة بالخيار إما الدفع شهرياً بدون فوائد، أو الدفع على أقساط بفوائد.

وتوجد بعض الضوابط لإصدار البطاقات والتعامل بها تجدر الإشارة إليها لمزيد من التعرف علي ماهية هذه البطاقات وهذا ما سنوضحه في الفقرة التالية:

ثالثاً: أهم ضوابط إصدار البطاقات والتعامل بها:

أ - يقوم البنك قبل إصدار البطاقة لأي شخص بإجراء دراسة ائتمانية للتعرف على قدرة العميل على سداد المبالغ المطلوبة منه لأن الائتمان يعني الثقة في العميل.

ب ـــ يتم وضع حد أقصي للمبلغ المسموح الشراء أو السحب في حدوده شهرياً لكل عميل يجب أن لا يتجاوزه مثل ٥٠٠٠ أو ١٠٠٠٠ جنيه شهرياً أو أكثر من ذلك حسب دخل العميل ودرجة الملاءة ونزاهته والثقة فيه .

ج ـــ يتم وضع حد أقصي لمشتريات العميل أو حصوله على الخدمات من كل تاجر كل مرة مثال ذلك الحد الأقصى لشركات الطيران ٢٠٠٠ جنيه وفي الفنادق الكبيرة ٤٠٠٠ جنيه ومحلات التجزئة والسوبر ماركت ٥٠٠ جنيه ولا يجوز للتاجر تقديم سلعة أو خدمة في المرة الواحدة بأكثر من الحد المنصوص عليه في اتفاقيته مع البنك، كما يوجد حداً أقصي للمسحوبات النقدية بواسطة البطاقة سواء من البنوك المشاركة أو أجهزة الصرف الآلي ATM

د ـــ يدفع العميل رسوماً لإصدار البطاقة وتجديدها في حدود من ٥٠ إلى ١٥٠ جنيه في بعض البنوك وذلك مقابل طبع البطاقة وتكاليف الإصدار وقد تصدر بعض البنوك البطاقات بدون رسوم لبعض الشخصيات المرموقة أو على الإطلاق لترويج البطاقة وزيادة المصدر منها.

هـ- عندما يرغب حامل البطاقة فى الشراء من التجار يختار السلعة أو الخدمة وبدلاً من تقديم ثمنها نقداً يقدم البطاقة للتاجر الذى يتأكد من صحة البطاقة ومن شخصية حاملها وأنها

تخصه ويحرر فاتورة أو قسيمة البيع ويبصم عليها بالبطاقة بواسطة الآلة المسلمة إليه من البنك POS ويأخذ توقيع العميل على الفاتورة مع مضاهاته بنموذج توقيعه على البطاقة، وفى نهاية كل مدة متفق عليها أربعة أيام أو أسبوع فى العادة يرسل كشف مطالبة للبنك المتعاقد معه بقيمة المستحق له طرف حملة البطاقات مرفقاً بها صوراً من قسائم البيع فيضيف البنك المبلغ لحساب التاجر المفتوح لدى البنك بعد خصم عمولة البنك والتى تتحدد بنسبة حوالى من ١% إلى ٥% من قيمة القسائم.

و – عندما يريد سحب مبالغ نقدية من آلات السحب النقدى يدخل البطاقة فى الآلة ويدخل الرقم السرى الخاص به على لوحة المفاتيح الموجودة بها والمبلغ المطلوب فيخرج له المبلغ ويتم الإبلاغ للبنك المصدر إلكترونياً بواسطة الآلة.

ز – يقوم البنك باستيفاء مستحقاته عن المبالغ التى دفعها للتجار من حملة البطاقات إما بالخصم على الحساب الجارى لحامل البطاقة المفتوح لديه إذا كانت من النوع الأول، أو إرسال كشف مطالبة فى نهاية كل شهر له بالمستحق عليه فى النوع الثانى، أو الجزء المتفق عليه فى النوع الثالث، وإذا تأخر عن السداد يحمله بالفوائد حسب ما سبق ذكره.

ح - يمكن إصدار بطاقات إضافية لزوجة حامل البطاقة أو أبنائه ويتم استخدام هذه البطاقات الإضافية والتعامل عليها مثل البطاقة الأصلية .

ط ـــ فترة صلاحية البطاقة سنة يلزم تجديدها والذي يتم تلقائياً ما لم يبد أي طرف الرغبة في عدم التجديد، وتحميل من يستخدمها بعد فترة الصلاحية مسئولية ذلك.

ى ـــ إذا فقدت البطاقة أو تلفت فعلي حامل البطاقة سرعة إبلاغ المصدر حتى يتوقف التعامل عليها. ويقوم البنك بإيقاف التعامل على البطاقة إلكترونياً ويتم تبليغ ذلك إلى جميع التجار على مستوى العالم إضافة إلى محو بياناتها من ذاكره آلات السحب النقدى.

ك- يحق للبنك المصدر إيقاف البطاقة في أي وقت لمدة معينة أو إلغائها إذا تبين له سوء استخدام حامل البطاقة لها أو قصر في تنفيذ التزاماته ويبلغ ذلك لجميع التجار وإذا باع التاجر بموجب بطاقة موقوفة لا يكون البنك ملزماً بدفع المستحق له، كما انه يحق لحامل البطاقة طلب إلغائها في أي وقت.

هذه هي أهم الضوابط لإصدار البطاقة والتعامل بها والتي ساهمت في التعرف أكثر على ماهيتها التى تستكمل التعرف عليها تتبادل طبيعتها فى الفقرة التالية.

ثالثاً: طبيعة بطاقات الائتمان وتمييزها عن غيرها:

أ – الوضع الاقتصادى لبطاقات الائتمان:

يمكن التعرف على هذه الطبيعة بالنظر إلى وضعها ودورها الاقتصادي والذي نبدأه ببيان أن الاقتصاد يدور حول كيفية إشباع الحاجات الإنسانية من السلع والخدمات المنتجة من الموارد، وحيث أنه لا يمكن لأي شخص أن ينتج جميع ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته فإن النشاط الاقتصادي يقوم على التخصص وتقسيم العمل بين الناس وبالتالى يحتاج كل شخص إلى ما لدى الآخرين ومن هنا وجد التبادل الذى صعب فيه التبادل العينى للسلع مقايضة فوجدت النقود بصفة أساسية لتؤدى وظيفة التبادل والتمويل، الأمر الذى أوجد نوعين من الاقتصاد هما: الاقتصاد الحقيقى ومجاله إنتاج واستهلاك السلع والخدمات، ثم الاقتصاد النقدى والمالى اللازم لإتمام الإنتاج والتبادل والاستهلاك، أى لخدمة الاقتصاد الحقيقى، ومن هنا يظهر وضع بطاقات الائتمان الاقتصادى بأنها ضمن أدوات الاقتصاد المالى والنقدى التى تتحدد فى كل من النقود، والأوراق المالية (الأسهم والسندات) والأوراق التجارية (الكمبيالات – السندات الأذنية – الشيكات) ورغم اشتراك بطاقات الائتمان مع هذه الأدوات فى كونها جميعاً أدوات الاقتصادى المالى والنقدى ، إلا أنها تختلف كلية فى الوظيفة المالية مع الأسهم والسندات والكمبيالات والسندات الأذنية، وتتشابه إلى حد ما مع كل من النقود والشيكات، فهل تتفق معهما تماماً أم تتميز عنهما؟ هذا ما سنتعرف عليه فى النقاط التالية.

ب ــ المقارنة بين بطاقات الائتمان والنقود: رغم أن البعض يطلق على بطاقات الائتمان مسمي النقود البلاستيكية أو النقود الإلكترونية، إلا أن هذا الإطلاق غير صحيح، لأنه إذا كانت تشترك مع النقود في كونها وسيلة دفع إلا أنها لا تؤدي وظيفة النقود بصفتها مخزناً للقيمة حيث أنه يمكن لشخص بدلاً من تخزين السلع لوقت الاحتياج إليها، الاحتفاظ بالنقود وإلى آجال طويلة بما يمكنه الحصول على السلع وقت احتياجه، وهذا لا يتوفر في بطاقات الائتمان التي لها فترة صلاحية تحدد بسنة ثم يتطلب الأمر تجديدها ويمكن إلغائها أو إيقاف التعامل بها بواسطة المصدر أو حاملها وبالتالي تتلاشي القيمة المخزونة فيها، ومن جانب آخر فإن النقود غير إسمية بمعني أنه يمكن لأي شخص استخدامها بينما البطاقات إسمية[1] لا يمكن لغير الشخص الصادرة باسمه أن

(١) د. جميل عبد الباقى الصغير – مرجع سابق، ص ١١.

يستخدمها، هذا فضلاً علي أن النقود تتمتع بالقبول العام لها من جميع الناس، بينما بطاقات الائتمان وإن كان يقبلها ملايين التجار إلا أنه توجد في البلد الواحد عدة متاجر لا تقبل البيع بها لأنها لم تتعاقد مع المصدر على قبولها والبيع بموجبها ، وأخيراً فإن استخدام النقود يقوم على علاقة ثنائية بين دافعها والمدفوعة له بينما البطاقة ذات أطراف ثلاثة وأن المعاملة بها لا تنتهي بمجرد إطلاع التاجر عليها بل لا بد أن تستكمل المعاملة بحصول التاجر على حقه نقداً من البنك، ثم إن المصدر للنقود هو السلطة النقدية ممثلة في البنك المركزي وتستمد قوتها من الإلزام الرسمي لها ولا يجوز قانوناً لأى شخص عدم قبولها، أما المصدر لبطاقات فهى البنوك التى لا تملك سلطة إجبار التجار المتعاقدين معها على قبولها البيع بموجبها[1].

جـ- المقارنة بين بطاقات الائتمان والشيك: إذا كان الشيك يتفق مع بطاقة الائتمان في كونه يؤدي وظيفة المبادلة بصفته وسيلة دفع وأنه يقوم على علاقة بين ثلاثة أطراف أحدها البنك ، إلا أنه يختلف عن البطاقة في أن مصدره (محرر الشيك) غير معروف وبالتالي لا يتمتع بالقبول الذى تتمتع به بطاقة الائتمان إضافة إلى التزام البنك بالدفع للتاجر الذى باع السلعة أو أدى الخدمة بموجب البطاقة سواء كان لديه غطاء لمبلغ الشراء فى صورة حساب جارى أو لم يكن لديه، وسواء دفع حامل البطاقة للبنك أم لم يدفع، بينما البنك المسحوب عليه الشيك لا يدفع قيمته للمستفيد إلا إذا كان لساحب الشيك رصيد كاف فى حسابه لدى البنك، وما يؤكد أن البطاقة أقوى من الشيك فى التعامل، أنه يوجد نوع من البطاقات يسمى «بطاقة ضمان الشيك» تصدرها بعض البنوك لعملائها ليقدموها للتجار كتأكيد على ضمان صحة الشيكات المسحوبة على البنك وضمان سداد البنك لها عند تقديم التجار لها.

د- وضع بطاقة الائتمان ضمن وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى: بتطور وسائل الاتصالات وإنشاء شبكات عالمية لها دخل العمل المصرفى مجالاً جديداً فى أداء خدماته فيما يعرف بالعمليات المصرفية الإلكترونية والتى تقوم على تقديم المصرف الخدمات المصرفية التقليدية أو المستحدثه من خلال شبكات الاتصال الإلكترونية دون حاجة إلى انتقال العميل للبنك وتقتصر صلاحية الدخول على هذه الشبكات على المشاركين فيها بواسطة أدوات وأرقام سرية، ومن أهم

(١) يوجد نص في اتفاقية إصدار البطاقة يؤيد ذلك: منه ما ورد في اتفاقية إصدار بطاقة «ماستر كارد البنك الأهلي المصري» بند (١٦) ما نصه « لا يكون البنك مسئولاً بأي وجه إذا رفضت أية منشأة قبول البطاقة » ويرد فى جميع اتفاقيات الإصدار لدى كل البنوك.

الخدمات المصرفية التى تتم إلكترونياً: إتاحة معلومات عن الخدمات التى يؤديها البنك وحصول العملاء على خدمات محدودة كالتعرف على معاملاتهم وأرصدتهم وتحديث بياناتهم وطلب الحصول على قرض، ثم خدمات تنفيذ طلبات العملاء بإجراء عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال أو سحب مبالغ من ماكينات الصرف ATM وبطاقات الائتمان وإصدار وسائل دفع لنقود إلكترونية، وما يهمنا هنا هو المقارنة بين وسائل الدفع الإلكترونية والتى من بينها بطاقات الائتمان حيث يوجد منها ما يلى[1]:

- بطاقة القيمة المخزنة Stored Value Card كالبطاقة الذكية Smart Card ، والتى يدخل فى تكوينها معالج بيانات ووسيلة ذاكرة لتخزين المعلومات على رقائق معبأة فى بنية البطاقة ومن هذه المعلومات قيمة البطاقة ممثلة فى الحد الأقصى لمبلغها وبيان ما تم استخدامه منها والباقى المسموح استخدامه كوسيلة دفع ويتم قراءة هذه المعلومات بإدخالها على الحاسب الآلى، ثم توجد البطاقة فائقة الذكاء (Super Smart Card) والتى يدخل فى تكوينها معالج بيانات وذاكرة وشاشة عرض صغيرة ومفاتيح محشوة في نسيج البطاقة وبالتالى فكأنها حاسب أو كمبيوتر صغير[2]. يمكن التعرف من خلالها على القيمة المخزنة فى البطاقة وما استخدم منها والباقى.
- النقود الإلكترونية: وتتمثل فى إتاحة البنك لنقدية إلكترونية Electronic Cash بتخزين وحدات أو مبلغ من النقود على الحاسب الآلى للشخص الذى يتم تحميله ببرنامج خاص لهذا الغرض ويقوم صاحب هذه النقود بإجراء عمليات نقدية بواسطة الحاسب مثل تحويل الأموال أو دفع ثمن مشترياته عن طريق التجارة الإلكترونية وذلك بتحويل الثمن من النقود المخزنة على الحاسب إلى الوسائط الإلكترونية (الحاسب الآلي) الخاص بالطرف المقابل.
- بطاقات الائتمان بأنواعها الثلاث الصادرة عن البنوك والتى ترعاها المنظمات العالمية مثل فيزا وماستر كارد وأمريكان أكسبريس والتى يتم دفع قيمة المشتريات والخدمات للتجار بها أو السحب بواسطتها من آلات (Automatic Teller Machines (ATM وبالمقارنة فإنه يمكن إصدار بطاقات الائتمان بأشكال ثلاث الممغنطة أو الذكية أو مفرطة الذكاء كما

---

(١) البنك المركزى المصرى: «ضوابط العمليات المصرفية الإلكترونية» منشور بملحق مجلة الأهرام الاقتصادى الصادرة فى ١٥ أبريل ٢٠٠٢م ص٦-٧.

(٢) رياض فتح الله بصله مرجع سابق، ص٢١.

قد تستخدم بطاقات القيمة المخزنة وتسمى أيضًا المدفوعة مقدماً إما لاستخدامها فى المكالمات التليفونية أو السحب بها من آلات السحب النقدى ولا تستخدم فى الشراء أما النقود المخزنة على الحاسب الآلى فهى لا تدخل فى إطار بطاقات الائتمان.

د – الوظائف المالية لبطاقة الائتمان[1]: يمكن القول إن بطاقات الائتمان تؤدى الوظائف المالية التالية:

١- أنها أداة أو وسيلة دفع ووفاء، حيث يستخدمها حاملها فى دفع أو الوفاء بقيمة مشترياته من التجار بدلاً من دفع الثمن نقداً.

٢- أنها أداة ائتمان: خاصة فى النوع الثانى Charge Card حيث لا يكون لحامل البطاقة رصيد لدى البنك المصدر وإنما يطالبه بالمبلغ الذى سدده للتجار بعد فترة تتراوح بين خمس وعشرين وأربعين يوماً وتمثل هذه الفترة ما بين شراء حامل البطاقة للسلع وسداده المطلوب منه للبنك مدة الائتمان والتى لا يتحمل عنها بفوائد، أما إذا لم يسدد خلال هذه الفترة فإن البنك يحمله بفوائد عن المدة الجديدة التى تدخل فى فترة الائتمان أيضاً، أما بالنسبة للنوع الثالث Credit Card فإنها تقوم من الأصل على الائتمان لأنه ليس مطلوباً من حامل البطاقة السداد للبنك فوراً وإنما يقسط المبلغ على فترات تمثل مدة الائتمان، وبالنسبة للنوع الأول من البطاقات Debit Card فإنه لا يوجد فيها ائتمان حيث يدفع حاملها مقدماً للبنك المصدر مبلغاً يسدد منه البنك قيمة مشترياته ومسحوباته، ولكن إذا كشف الحساب بمعنى زيادة قيمة المشتريات عن هذا المبلغ فإنه يوجد ائتمان ويحمل البنك حامل البطاقة بفوائد من وقت كشف الحساب حتى تغذية الرصيد.

٣- أنها تستخدم فى سحب النقود من آلات السحب ومن فروع البنوك المشاركة فى عضوية البطاقة وهى بذلك تعتبر كأنها حافظة نقود.

والبطاقات بهذا الشكل تقوم على علاقة تعاقدية ثلاثية بين أطرافها ترتب حقوقاً والتزامات لكل طرف وهذا ما سنتعرف عليه فى المبحث التالى.

---

(١) د. كيلانى عبد الراضى محمود: «النظام القانونى لبطاقات الوفاء والضمان» – دار النهضة العربية بالقاهرة ١٩٩٨م، ص ٢١٨-٢٢٦.

المبحث الثانى
العلاقات التعاقدية فى بطاقات الائتمان

ونبدأ ذلك بتحديد أطراف التعامل فى بطاقات الائتمان وطبيعة العلاقة التعاقدية بينهم ممثلة فى التزامات وحقوق كل طرف من أطارفها ثم المسئولية الناشئة عن إخلال أى طرف منهم بالتزاماته، وذلك فى الفقرات التالية.

أولاً: أطراف التعامل ببطاقات الائتمان:

إن بطاقة الائتمان تقوم على اتفاقية تتضمن ثلاثة أطراف هم:

أ – جهة إصدار البطاقة: وتتمثل فى كل من:

١- **المركز العالمى للبطاقة:** وهو منظمة أو مؤسسة عالمية تتولى إنشاء البطاقة ورعايتها والموافقة على عضوية البنوك فى جميع أنحاء العالم للمشاركة فى إصدارها، وتسوية المستحقات المالية بينهم عن طريق بنك عالمى تختاره المنظمة، ثم القيام بدور المحكم لحل أى نزاعات تنشأ بينهم، ومن أهم هذه المراكز منظمة فيزا، وماستر كارد، وداينرز كلوب، والمقر الرئيسى لها جميعاً الولايات المتحدة الأمريكية كما توجد لها مكاتب إقليمية فى مناطق العالم المختلفة، والعضوية فى إصدار هذه الأنواع من البطاقات مفتوحة لجميع البنوك على مستوى العالم، وبجانب ذلك توجد بطاقة أمريكان أكسبريس ويقتصر إصدارها على سلسلة بنوك أمريكان أكسبريس فى العالم، كما توجد بعض البطاقات ليست فى مستوى شهرة هذه الأنواع الأربعة تصدر عن مؤسسات إقليمية مثل بطاقات أكسيس ويور كارد فى أوربا، وبطاقات J.C.B فى اليابان.

٢- **بنك الإصدار:** ويتمثل فى البنوك على مستوى العالم التى تتعاقد مع المركز العالمى للبطاقة للاشتراك فى عضوية إصدارها[1] والتعاقد مع التجار المحليين لقبول البيع وتأدية الخدمات بموجبها ودفع مستحقات التجار عن المشتريات بموجب بطاقات الائتمان الصادرة عنهم.

---

(١) توجد ثلاث مستويات لدرجة العضوية هى: عضو أساسى – عضو مشارك – عضو منتسب. راجع: كتابنا: «الإطار الشرعى والمصرفى والمحاسبى لبطاقات الائتمان» مرجع سابق ص ٩٥-١٠٢.

٣- **بنك التاجر:** من المعروف أنه يمكن استخدام بطاقات الائتمان الصادرة من أى بنك فى العالم للشراء من أى تاجر متعاقد للبيع بالبطاقة سواء فى دولة البنك المصدر أو أى دولة أخرى فى العالم، ولا يقتصر قبول التاجر البيع بموجب البطاقة الصادرة من البنك المتعاقد معه التاجر فقط، وإنما يبيع بموجب أى بطاقة صادرة من أى بنك فى العالم مشترك فى عضوية البطاقة، ومن هنا فإن التاجر يبيع بهذه البطاقات ثم يتصل بالبنك المتعاقد معه لصرف مستحقاته ويقوم هذا البنك (بنك التاجر) بالاتصال بالبنك المصدر للبطاقة لاستيفاء حقه من خلال بنك التسويات التابع للمنظمة الراعية البطاقة.

ويمكن النظر لهذه الأطراف الثلاثة (المركز العالمى للبطاقة – بنك الإصدار – بنك التاجر) على أنهم طرف واحد لأن التزاماتهم الأساسية واحدة وهى التعهد بدفع مستحقات التجار عن مشتريات حاملى البطاقة.

ب– التاجر: وهو اصطلاح يطلق على الشركات والمؤسسات والبنوك التى يتم الاتفاق معهم على قبول البيع وتأدية الخدمات وسحب النقود بموجب البطاقة ثم يرجع التاجر على البنك المتعاقد معه لاستيفاء حقه.

جـ– حامل البطاقة: وهم الأفراد الذي يوافق البنك المصدر على طلبهم بالحصول على البطاقة لاستخدامها فى شراء السلع والخدمات من التجار أو السحب النقدى من البنوك أو الماكينات المعدة لهذا الغرض، ثم دفع ما عليهم للبنك المصدر حسب نوع البطاقة كما سبق ذكره.

هؤلاء هم أطراف البطاقة فما هى حقوق والتزامات كل منهم؟ هذا ما سنتعرف عليه فى الفقرة التالية.

ثانياً: التزامات وحقوق أطراف البطاقة قبل بعضهم:

ينظم العمل بالبطاقة بين أطرافها اتفاقيات أو عقود يحدد فيها التزامات وحقوق كل طرف، لذا فإن المدخل المناسب للتعرف على العلاقات التعاقدية فى بطاقة الائتمان هو الرجوع إلى نماذج هذه الاتفاقيات كما هى فى الواقع والتى لا تختلف من بنك إلى آخر كثيراً[1] ومن

(١) نماذج اتفاقية إصدار البطاقات فى كل من: بطاقة فيزا بنك مصر، بطاقة ماستر كارد البنك الأهلى المصرى وبطاقة فيزا بنك البحرين الإسلامي، وبطاقة ماستر كارد بنك القاهرة السعودى، وبطاقة الراجحى الفضية فيزا، وكذا اتفاقيات التاجر فى كل من ابنك القاهرة السعودى، والبنك السعودى الفرنسى.

الجدير بالذكر أنه لا يوجد عقد واحد ينظم العلاقة بين الأطراف الثلاثة، بل يوجد عقد بين مصدر البطاقة وحاملها يعرف فى الواقع العملى باسم «اتفاقية إصدار البطاقة» كما يوجد عقد بين المصدر والتاجر يعرف فى الواقع العملى باسم «اتفاقية التاجر» أما العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر فهى ليست مكتوبة فى عقد لأنه يشترى منه السلع والخدمات بموجب فواتير الشراء المحررة عند كل عملية ومن كل تاجر على حدة، ولذا فإنه يحال إلى العقدين الآخرين فى التعرف على حقوق والتزامات كل من التاجر وحامل البطاقة فيما بينهما.

أ – التزامات وحقوق مصدر البطاقة وحاملها [1]:

(التزامات وحقوق المصدر)

أولاً: الالتزامات:

١- الالتزام بتسليم البطاقة للحامل بعد التعاقد معه وكذا الرقم السرى والالتزام بالمحافظة على بيانات حامل البطاقة والرقم السرى وعدم إفشائها للغير.

٢- الالتزام بمضاها توقيع حامل البطاقة على الفواتير المقدمة إليه من التاجر مع نموذج التوقيع المحفوظ لديه.

٣- إرسال كشف حساب شهرى لحامل البطاقة موضحاً به المستحق عليه نتيجة استخدامه البطاقة فى الشراء من التجار والسحب النقدى ويعتبر حامل البطاقة مسئولاً عنها ما لم يبد اعترضه كتابة خلال خمسة عشر يوماً.

٤- دفع قيمة مشتريات العميل منها ومسحوباته النقدية بموجب البطاقة وطبقاً لما ورد فى فواتير التجار المؤيدة لذلك والمكتملة من حيث كونها مطبوع عليها بيانات البطاقة حتى ولو لم يوقع العميل على هذه الفواتير.

٥- رد المبالغ التى سبق تحميلها على حامل البطاقة عند رد البطاقة واستلامه أشعار الرد من التاجر.

٦- الالتزام بإبلاغ التجار عن البطاقات المسروقة أو المفقودة إلى جميع التجار فى جميع أنحاء العالم فور إبلاغ حامل البطاقة له بذلك ومحو الرقم السرى من على برامج آلات السحب.

---

(١) من المقرر أن التزامات كل طرف من أطراف البطاقة تمثل فى أغلبها حقوقاً للطرف المقابل.

ثانياً: الحقوق:

١- استيفاء الرسوم المقررة على إصدار البطاقة وتجديدها.

٢- حساب عمولات على السحب النقدى.

٣- حساب المبالغ المستحق بالعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف السائد أو المعتمد من البنك.

٤- المصدر غير مسئول عن عدم صلاحية البضاعة أو الخدمة المقدمة وعلى حامل البطاقة حل مشاكله هذه مع التجار دون تحميل المصدر أية مسئولية عن ذلك.

٥- البطاقة ملك للمصدر وعلى حاملها ردها عند انتهاء العمل بها.

٦- الحق فى الفوائد المنصوص عليها فى العقد.

٧- الحق فى التنازل عن حقوقه الناشئة على حامل البطاقة للغير دون حاجة إلى إبلاغه أو موافقته.

٨- الحق فى تعديل شروط العقد أو الاتفاقية وتصبح ملزمة بعد إخطار حملة البطاقات بأى أسلوب يراه المصدر.

٩- الحق فى إلغاء البطاقة أو وقف التعامل بها دون إبداء الأسباب. أو إذا أساء حامل البطاقة استخدامها[1].

(التزامات وحقوق حامل البطاقة)

أولاً: الالتزامات:

١- تقديم البيانات المطلوبة منه لإصدار البطاقة بصدق .

٢- دفع الرسوم المطلوبة للمصدر سواء عند الإصدار أو التجديد.

٣- الالتزام باستخدام البطاقة بالأسلوب المقرر وفى الحدود المصرح له بها، وإذا تجاوز الحد الأقصى يكون ملزماً بالسداد للبنك.

٤- الالتزام بسداد المستحق للمصدر والذى دفعه للتجار عن مشتريات حامل البطاقة منهم بموجب البطاقة طبقاً لنوع البطاقة إما بالخصم من حسابه الجارى لدى البنك المصدر وإما بالسداد فى الشهر التالى خلال المدة المحددة فى النوع الثانى، أو الأقساط فى مواعيدها فى النوع

(١) من وجوه إساءة الاستخدام فى البنوك الإسلامية استخدام البطاقة فى شراء سلع أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. كما سينص على ذلك فى اتفاقية الإصدار.

الثالث. وكذا الالتزام بسداد ما سحبه نقداً.

٥- التوقيع على قسائم البيع بنفس نموذج التوقيع على البطاقة.

٦- الالتزام بالمحافظة على البطاقة وعلى الرقم السرى الخاص به.

٧- إذا فقدت البطاقة أو سرقت فعلى حاملها سرعة إبلاغ المصدر تليفونياً أو بالفاكس ثم يعزز ذلك كتابياً ويلتزم بأية مبالغ نتجت عن استخدام الغير لها فى الفترة بين العقد ووصول الإخطار الكتابى للبنك.

٨- المسئولية بالتضامن عن البطاقات الإضافية الملحقة ببطاقته لأى من أفراد أسرته.

٩- الالتزام بفتح حساب جارى لدى البنك فى النوع الأول بقيمة البطاقة للتعامل عليه بالبطاقة وبدفع الفوائد المقررة فى حالة كشف هذا الحساب.

١٠- الالتزام بالفوائد المقررة فى حالة تأخر السداد فى النوع الثانى أو عن الرصيد المستحق عليه فى النوع الثالث.

١١- البطاقة ملك للمصدر وعليه الالتزام بردها عند توقف العمل بالبطاقة.

ثانياً: الحقوق:

١- استلام كشف الحساب من البنك شهرياً بدون إرفاق صور فواتير الشراء به، وإذا أراد صوراً من هذه الفواتير يدفع عنها الرسوم المقررة للبنك.

٢- عدم تحميله بمبالغ عن فواتير لا تخصه وأثبت ذلك بعدم وجود بيانات البطاقة مطبوعة على قسائم البيع.

٣- الحق فى استرداد المبالغ السابق تحميله بها عن بضاعة اشتراها ثم ردها للتاجر.

٤- الحق فى إلغاء البطاقة أو تجديدها أو عدم تجديدها.

ب – التزامات وحقوق البنك والتاجر فى علاقتهما ببعضهما:

(التزامات وحقوق البنك)

أولاً: الالتزامات

١- تزويد التاجر بأدوات العمل بالبطاقة مثل الأوراق والطابعة والنهاية الطرفية للحاسب الآلى.

٢- سداد المستحق للتاجر عن التعامل بالبطاقة متى كانت المستندات سليمة عن طريق الإضافة لحساب التاجر المفتوح بالبنك.

٣- الإبلاغ عن البطاقات الموقوف التعامل بها.

ثانياً: الحقوق:

١- الحق فى ملكية الطرفية وأدوات العمل المسلمة للتاجر.

٢- الحق فى تعليق حقوق التاجر لديه إذا خالف شروط الاتفاقية.

٣- الحق فى إلغاء الاتفاقية بعد إخطار الطرف الآخر.

(التزامات وحقوق التاجـــــر)

أولاً: الالتزامات :

١- قبول البطاقة والبيع أو تأدية الخدمات بموجبها لحاملها.

٢- دفع العمولة المقررة للبنك عن كل عملية بيع.

٣- تجهيز الموقع لتركيب الطرفية وتوفير مصدر كهربائى وخط تليفونى لتشغيلها والمحافظة على المعدات وأدوات العمل المسلمة إليه من البنك ودفع الرسوم المقررة عنها وردهـــا للبنك عند إلغاء التعاقد بينهما.

٤- فتح حساب لدى البنك للتعامل عليه.

٥- التأكد من شخصية حامل البطاقة والحصول على توقيعه على قسائم البيع والتأكد من أن هذا التوقيع مطابق لنموذج التوقيع على البطاقة بواسطة الآلة المسلمة لـــه ويعطـــى العميل صورة من هذا القسائم.

٦- التأكد من صحة البطاقة سواء من حيث النواحى الشكلية أو صلاحيتها وعدم انتـــهاء تاريخها أو أن يكون سبق إبلاغه بوقف العمل بها من خلال مطالعة القائمة الســـوداء المبلغة لـــه من البنك بالبطاقات الموقوفة أو الملغاه والتأكد من عـــدم إدراج البطاقـــة المقدمة إليه فى هذه القائمة.

٧- إعداد قسائم البيع وأخذ بصمة البطاقة وتوقيع العميل عليها.

٨- البيع بالأسعار العادية دون زيادة أو فرض رسوم على حامل البطاقة.

٩- عدم تحميل حامل البطاقة بجزء من أو كل العمولة التى يدفعها التاجر للبنك.

١٠-عدم إعطاء حامل البطاقة نقوداً بموجب البطاقة.

١١-عدم البيع بما يتجاوز الحد الأقصى المصرح لـــه البيع به فى المرة الواحـــدة وضـــرورة الحصول على موافقة البنك على المعاملات التى تتجاوز الحد الأقصى.

١٢-عدم الدخول فى اتفاقية أخرى عن ذات البطاقة مع بنك أخر.

١٣-إصدار إشعار رد البضاعة المرتجعة من حامل البطاقة وإرسالها للبنك.

ثانياً: الحقوق:

١- الحق في قيمة البضائع والخدمات التى باعها لحاملى البطاقات.

٢- الحق فى تزويده بأدوات العمل اللازمة للبيع بموجب البطاقات.

٣- الحق فى إلغاء العلاقة التعاقدية بعد إخطار الطرف الآخر.

جـــ- أما التزامات وحقوق حامل البطاقة والتاجر فى العلاقة بينهما، فإنها تستفاد مما سبق ذكره فى الفقرتين السابقتين لأنه لا يوجد عقد أو اتفاقية مكتوبة بينهما فهى بداية تخضع للعلاقة بـــين بائع ومشتر ويستوفى التاجر حقوق من البنك المتعاقد معه، غير أنه إذا رفض البنك الدفع للتاجر لخلل فى البطاقة فإن حق التاجر يكون فى ذمة حامل البطاقة، كما أن المشاكل التى تنـــتج عـــن صلاحية البضاعة بين التاجر وحامل البطاقة تختص بهما وليس للبنك مسئولية عنها.

هذه هى التزامات وحقوق أطراف البطاقة بناء على العلاقة التعاقدية بينهم، وإذا أخل أى طرف بالتزاماته فإنه يخضع للمسئولية عن ذلك وهذا ما سنوضحه فى الفقرة التالية:

ثالثاً: المسئولية المدنية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

يرتب إصدار البطاقة والتعامل بها التزامات على كل طرف من أطرافها كما سبق ذكره، وإخلال أى طرف بالتزاماته يشكل ضرراً على الأطراف الأخرى وعلى النظام العام الاقتصادى يوقعه فى د ائرة المسئولية التى يفرق فيها قانوناً بين كل من: المسئولية المدنية، التى تنشأ كقاعـــدة عامة عندما يرتكب الشخص خطأ يترتب عليه إلحاق ضرر بالغير يستوجب التعويض سواء تمثل هذا الخطأ فى الإخلال بالتزام سابق منصوص عليه فى العقد حيث تنعقد المسئولية المدنية العقدية، أو تمثل هذا الخطأ فى مخالفة لواجب فرضه القانون حيث تنعقد المسئولية المدنيـــة التقصـــيرية[1]. وجزاء هذه المسئولية إعطاء الحق للطرف الأخر فى فسخ العلاقة فضلاً عن حقـــه فى تعـــويض

(١) د. جميل عبد الباقى الصغير: «الحماية الجنائية والمدنية لبطاقة الائتمان الممغنطة» مرجع سابق، ص ١٦٢. وفيه تفصيل كاف واف عن المسئولية المدنية والجنائية لبطاقات الائتمان.

الإضرار الناتجة عن عدم تنفيذ هذه الالتزامات.

وإلى جانب ذلك قد ينطوى الاستخدام غير المشروع للبطاقة على مخالفة للنظام العام إلى الحد الذى يشكل هذا الاستخدام جناية منصوص على تجريمها فى قانون العقوبات مما تنشأ معه المسئولية الجنائية التى يجازى عليها الجانى بإحدى العقوبات المنصوص عليها مثل السجن والحبس والغرامة، وهنا تجدر الإشارة إلى أن تجريم العمل وخضوعه للمسئولية الجنائية لابد أن يقوم على وجود نصوص قانونية قاطعة وصريحة تحدد كل جريمة وأركانها وكيفية إثباتها والعقوبات المقررة عليها، وهذا ما لم يوجد فى بطاقات الائتمان لأن قانون العقوبات حدد الجرائم على سبيل الحصر وليس من بينها ما يتعلق بالجرائم الإلكترونية وبما أنه لا يجوز القياس فى مجال التجريم[1]، لذلك فإنه تبقى كثيراً من صور جرائم بطاقات الائتمان غير مشمولة بالتجريم طبقاً لقانون العقوبات[2] ونظراً لقلة السوابق القضائية فى بلادنا فإن الأمر يبقى فى دائرة الفقه القانونى والذى يختلف فقهاء القانون كثيراً فى تحديد الاستعمالات غير المشروعة التى تدخل فى دائرة التجريم، ولذا فإننا لن ندخل فى تفاصيل كثيرة حول المسئولية المدنية والجنائية وإنما سنشير إجمالاً إلى بعض صورها على الوجه التالى.

أ – بالنسبة لمصدر البطاقة: والذى يتعاقد مع المنظمة العالمية للمشاركة فى عضوية إصدار البطاقة وهو بالطبع لا يمكنه إصدار بطاقات ائتمان إلا بعد هذا الاشتراك فى عضوية الإصدار وتراقبه فى لك السلطات النقدية بالدولة ممثلة فى البنك المركزى، وعلى فرض مخالفته ذلك – وهو أمر يكاد يكون مستحيلاً – فإنه يكون قد ارتكب جريمتى النصب والتزوير وكلاهما تحمله كشخصية معنوية بمسئولية مدنية عقوبتها إبطال عمله ثم تعويض من وقع عليهم ضرر نتيجة ذلك، إلى جانب المسئولية الجنائية على الأشخاص العاملين فيه الذين قاموا بهذا العمل عن جريمتى النصب والتزوير.

ب- بالنسبة لحامل البطاقة: فإنه تتعدد صور المخالفات والجرائم التى تمثل إخلالاً بالتزامه أو بالنظام العام وتتمثل هذه الصور فى الآتى:

---

(١) د. جميل عبد الباقى الصغير: «الحماية الجنائية والمدنية لبطاقة الائتمان الممغنطة» مرجع سابق، ص ١٦٢. وفيه تفصيل كاف واف عن المسئولية المدنية والجنائية لبطاقات الائتمان.

(٢) د. محمد محيى الدين عوض «أهم الظواهر الانحرافية والإجرامية» بحث منشور بمجلد ندوة «الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها» أكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالرياض – ١٩٩٨م ص٥.

١- تقدم العميل إلى بنك مصدر لاستخراج البطاقة بموجب بيانات غير سلمية تتضمن الكذب أو الاحتلاق وفى العادة فإن أكثر ما يقدمه العميل للبنك من معلومات يكون مؤيداً بمستندات يتم التلاعب فيها، مثل بيانات عن دخله الذى يحاول زيادته لاستخراج بطاقة بحد أقصى مرتفع أو محل إقامته بشكل مغاير حتى لا يمكن ملاحقته أو حتى استخدام بطاقة تحقيق شخصية مزورة باسم غير اسمه، وكل ذلك يدخل في جريمة النصب والاحتيال والتدليس وهى منصوص عليها فى قانون العقوبات باستخدام طرق احتيالية يقصد منها إيهام المتعاقد الآخر بغير الحقيقة لحمله على التعاقد»[١]. وهذا يحمله مسئولية مدنية ومسئولية جنائية، أما المسئولية المدنية فتتمثل فى تحمله بتعويض الأضرار التى تقع على المصدر نتيجة عدم إمكانية استيفاء مستحقاته قبل حامل البطاقة إضافة إلى حق المصدر فى إلغاء البطاقة، أما المسئولية الجنائية فتعدد جوانبها منها جريمة النصب والاحتيال وجريمة التزوير فى المحررات وكلاهما يقضى بايقاع عقوبة جنائية على مرتكبهما.

٢- جريمة تزوير بطاقة الائتمان: إن بطاقة التأمين من حيث الشكل مصنوعة من مواد كيماوية خاصة مغلفة وبواسطة أدوات عدة وأنها تحتوى على وسائل تأمينية مثل الشريط الممغنط وصورة حامل البطاقة ويزيد الأمر فى البطاقات الذكية بوجود معالج البيانات والشاشة والمفاتيح، إلا أن كل ذلك لم يمنع بعض العصابات الإجرامية أو الأفراد من تزوير هذه البطاقات إما تزويراً كلياً أو جزئياً ، فالتزوير الكلى يقوم على صنع بطاقات مقلدة مثل الأصلية تماماً، أما التزوير الجزئى فيكون بتغيير بعض بيانات البطاقة، ونظراً لأنه المهم فى البطاقة ليس الناحية الشكلية المادية فقط والتى تتوافر أدوات صنعها فى السوق، وإنما المهم هو المعلومات التى يتم تشفيرها عليها لذلك فإن المزورين يحاولون الحصول على معلومات حقيقية من البطاقات المتداولة مثل اسماء حملة البطاقات وأرقامها ونقل هذه المعلومات إلى البطاقات المزورة المقلدة ثم ترويجها بواسطة عصابات إجرامية أخرى[٢].

وعند استخدام هذه البطاقات المزورة واكتشافها فإنه يترتب على المشاركين في هذه الجريمة مسئولية مدنية تتمثل فى تحمل مسئولية تعويض الأضرار التى وقعت على أى طرف وحق المصدر فى إبطال العقد بإلغاء البطاقة، كما تنشأ المسئولية الجنائية ممثلة فى جريمة التزوير فى المحررات

(١) د. عبد الرازق السنهورى «نظرية العقد» دار الفكر ببيروت – ص ٣٩٣.

(٢) رياض فتح الله بصيله – جرائم بطاقات الائتمان – مرجع سابق – ص ٧٩ – ١١٧.

وجريمة النصب.

٣- عدم سداد المستحق عليه للمصدر أو التأخر فى السداد: من المقرر أنه يتم إرسال كشوف مطالبات من المصدر لحامل البطاقة شهرياً وأن عليه أن يسددها لاستكمال الرصيد الموجود فى الحساب الجارى بالنسبة للنوع الأول من البطاقة، أو يسددها كلها بالنسبة للنوع الثانى، أو القسط المستحق عليه بالنسبة للنوع الثالث وذلك خلال المدة المنصوص عليها فى اتفاقية إصدار البطاقة، فإن لم يسدد أو تأخر فإن نصوص الاتفاق الموقع عليها تقضى بتعويض المصدر بفائدة منصوص عليها فى الاتفاقية طوال مدة التأخير وهذا يمثل جزاء يتفق مع نصوص القانون المدنى سواء فى إقرار هذه الفائدة أو كونها بنسبة زيادة على ما تم تحديده فى القانون المدنى طبقاً لنصوص قوانين البنوك.

٤- عدم الإبلاغ عن فقد البطاقة أو سرقتها طبقاً للإجراءات المحددة فى اتفاقية الإصدار واستخدام الغير لها في الشراء أو السحب فهذا يمثل مسئولية على حامل البطاقة تقضى بتحمله المبالغ التى دفعها المصدر إلى جانب تعويضه عن الإضرار التى قد تقع عليه جراء ذلك إلى جانب مسئولية جنائية تتمثل فى جريمة النصب.

٥- الشراء بما يجاوز الحد الأقصى للبطاقة وهذا يقتضى بتحميل حامل البطاقة غرامة ١٠% من قيمة مبالغ الشراء المخالف حسبما تنص عليه اتفاقية الإصدار التى وقعها مع المصدر.

٦- إذا لم يرد البطاقة للمصدر عند إنتهاء صلاحيتها أو إلغائها ومضى فى استخدامها فإنه يكون مرتكباً لجريمتى خيانة الأمانة والنصب.

جـ- بالنسبة للتاجر: المتعاقد لقبول البيع وتأدية الخدمات بموجب البطاقات، فمن أهم مسئولياته التى يحاسب عليها ما يلى:

١- الزيادة في أسعار السلع والخدمات التي يبيعها بموجب البطاقات عن أسعار البيع النقدي التي يبيع بها أو تقاضى أية عمولة أو تأمين من حامل البطاقة بخصوص العملية أو تحميل حامل البطاقة بأية نسبة من الرسوم التي يدفعها التاجر للبنك، فإن فعل ذلك فإنه يتحمل مسئولية رد هذه المبالغ طبقاً لاتفاقية التاجر وهذه تمثل مسئولية مدنية.

٢- التزوير فى فواتير أو قسائم البيع، وذلك بصور عدة تحدث في الواقع منها استغلال عدم معرفة الأجانب باللغة التي تكتب بها القسائم والفواتير، أو بعدم إكمال بيانات الفواتير خاصة المبلغ وكتابته بمبلغ يزيد عن ما تم الاتفاق عليه بعد مغادرة حامل البطاقة، وفي صورة

أخرى تتكرر كثيراً هو أنه بعد أخذ البطاقات من العملاء لأخذ بصمتها على فواتير الشراء بواسطة الآلة الإلكترونية POS فإنه يبصم بها الفواتير الأصلية ويبصم معها فواتير على بياض يقوم بعد ذلك بملء بياناتها بمبالغ عن عمليات شراء أو تقديم خدمة لم يحصل عليها حامل البطاقة ويرسلها مع كشوف المطالبات للبنك لقيدها لحسابه وخاصة مع الأجانب التي تأخذ دورة سداد الفواتير إجراءات طويلة. فيما بين التاجر وبنك التاجر ثم بين بنك التاجر وبنك المنظمة العالمية راعية ا لبطاقة ثم بينه وبين البنك المصدر للبطاقة، وهذه الصور عند اكتشافها يتحمل التاجر فيها بمسئولية مدنية يقضى عليه فيها بجزاء مدني يتمثل في بطلان هذه المعاملات ومطالبته برد هذه المبالغ إلى جانب تعويض أى ضرر وقع جراء ذلك على الأطراف الأخرى وغيرهم، وإلى جانب ذلك يتحمل بمسئولية جنائية لقيامه بجريمة التزوير ويخضع للعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات عن جناية التزوير.

٣- البيع بموجب بطاقات انتهت صلاحيتها أو بطاقات مفقودة وتم إبلاغه بواسطة المصدر بفقدها وذلك إما بالبيع بموجبها رغم إعلانه بالفقد وتحرير الفواتير بتاريخ البيع الصحيح أو تحرير فواتير البيع بتاريخ سابق على إبلاغه بالفقد، أو سحبه للبطاقات الملغاة بناء على إعلانه بها ثم اصطناع فواتير بيع بموجبها غير حقيقية وتحريرها بتاريخ سابق على تاريخ إبلاغه والاستيلاء على المبالغ لنفسه. وكل ذلك يحمله مسئولية مدنية يقضى بموجبها بمطالبته برد المبالغ التي حصل عليها وتعويض البنك عن أية أضرار وقعت عليه من جراء ذلك طبقاً لنصوص القانون المدني والاتفاقية إلى جانب تحمله بمسئولية جنائية عن التزوير أو التواطؤ مع العميل فى جريمة نصب باستخدام طرق احتيالية للحصول على مبالغ ليست من حقه وتقضى هذه المسئولية بإيقاع العقوبة المقررة في قانون العقوبات عليه.

٤- التقصير في التأكد من شخصية حامل البطاقة وسلامة البطاقة وعدم الاستخدام السليم لأسلوب العمل بها، طبقاً لما سبق ذكره وما هو منصوص عليه فى العقد، فإذا قصر في أى من ذلك وباع بموجب البطاقة فإنه يكون قد وقع في المسئولية المدنية ويكون عليه تعويض البنك بأية أضرار وقعت عليه من جراء ذلك.

هذه هى بطاقات الائتمان كما يجرى العمل بها فما هو موقف الشريعة الإسلامية منها؟ هذا ما سنتناوله فى المبحث التالى.

المبحث الثالث
الجوانب الشرعية لبطاقة الائتمان

أولاً: التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان :

يعني بالتكييف الشرعي تحديد أي نوع من المعاملات أو العقود الشرعية المسماه التي يمكن إلحاق البطاقة به بناءً على ما ترتبه من التزامات وحقوق على أطرافها، وبناءً على ما سبق في التعرف على ماهية وطبيعة البطاقة نجد أنها تدور حول أسلوب سداد البطاقة من التجار الذي يتم من خلال التزام البنك المتعاقد مع التاجر بأن يسدد للتجار ديونهم على حملة البطاقة الناتجة عن البيع لهم بموجب هذه البطاقات، وبفحص هذا الأسلوب في السداد نجد أن فيه معني كل من الوكالة، والحوالة، والقرض، والضمان أو الكفالة، فأي منها ينطبق على البطاقة أكثر؟! لقد أختلف الفقهاء المعاصرون حول ذلك، وفي التحليل التالي نحاول تبيان ذلك.

أ - تكييف البطاقة على أنها وكالة: وتصوير ذلك أن حامل البطاقة يوكل المصدر في سداد ديونه للتجار.

وهنا نجد أن هذا التكييف يمكن أن ينطبق على النوع الأول من البطاقة على أساس أن حامل البطاقة يوكل المصدر في دفع ديونه إلى التجار من ماله المودع لديه في الحساب الجاري الذي يشترط فتحه لإصدار هذا النوع من البطاقة ، ولكنه لا ينطبق على النوع الثاني والثالث الذي لا يكون لحامل البطاقة مالاً لدي البنك المصدر، حتى ولو اعتبرنا كل الأنواع الثلاثة وكالة فإن التزام المصدر بالدفع من مال حامل البطاقة أو من ماله أمام التاجر يجعل العميلة فيها صفة الضمان قياساً على ما جاء فى تصوير أحد الفقهاء لمسألة شراء الوكيل للموكل بالأجل فيقول: للبائع مطالبة كل من الوكيل والموكل بالثمن ويكون الوكيل كضامن والموكل كأصيل[1].

ب ـــ تكييف البطاقة على أنها حوالة: ويمكن تصور ذلك بأن حامل البطاقة يحيل للتاجر على المصدر بالدين الناتج عن مشتريات الأول من الثاني، ومن شروطه الحوالة أن تكون بدين وعلى دين لازم عن عقد الحواله[2] وهذا ما لا يوجد في البطاقة عند التعاقد على إصدارها لأن الدين ينشأ بعد استخدامها في الشراء، وعدم ثبوت الدين عند الحوالة يجعل العميلة وكالة أو

(١) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ـــ نشر مصطفى الحلبي بمصر ـــ ٢/٢٣١.
(٢) المرجع السابق ـــ ص ٢ / ١٩٤.

كفالة[1] كما أن الحوالة على من لا دين عليه تكييف شرعاً على أنها كفالة حيث جاء بـــه ولا تصح الحوالة على من لا دين لـــه، وقيل تصح برضاه بناءً على أنها استيفاء فقبوله ضمان لا يبرأ به المحيل[2].

ج ـــ تكييف البطاقة على أنها قرض: وتصوير ذلك في البطاقة يدخل في نطـــاق المســـألة الفقهية التي يصورها أحد الفقهاء بقوله" وإذا أمر رجل رجلاً بأن ينقد عنه فلاناً ألفـــا درهـــم فنقدها رجع بها على الآمر لأن هذا من الآمر استقراض من المأمور"[3] ومع أن هذا المثال يقترب من النوعين الثاني والثالث إلا أنه لا ينطبق على النوع الأول فضلاً على أن الموضوع لا يقتصـــر على أمر حامل البطاقة للبنك المصدر بالسداد عنه بل إن جوهر البطاقة يدور حول التزام البنـــك بداية أمام التجار بسداد المستحق لهم على حملة البطاقات، وبالتالى فمرتكز البطاقة هـــو هـــذا الضمان الذى يبدأ قبل نشوء الدين.

د ـــ تكييف البطاقة على أنها ضمان أو كفالة:ـــ رغم أن البطاقة فيها معـــاني الوكالـــة والحوالة والإستقراض إلا أن معني الكفالة فيها أظهر للآتي:

١ـــ مرتكز البطاقة يدور حول التزام المصدر بدفع مستحقات التاجر عن ديـــون حملـــة البطاقة الناتج عن شراء السلع والخدمات أو عن السحب النقدي من البنوك الأخرى، وبالتـــالي فتصوير العملية على أن البنك ضامن والتاجر مضمون لـــه وحامل البطاقة مضمون عنه والدين الناتج عن الشراء مضمون، فهذا التصور على أنها ضمان هو الأقرب لحقيقة البطاقة.

٢ـــ إن التكييف القانوني للبطاقة يسير على أنها ضمان أو كفالة حيث جاء في جزء مـــن تعريف قانوني للبطاقة أن " التاجر يرسل نسخة من الفاتورة إلى الجهة المصدره للبطاقـــة فتتـــولى ضامنة الوفاء في حدود مبلغ معين سداد قيمتها"[4] وجاء الضمان صراحة في عنوان كتاب قانوني النظام القانوني للبطاقة الوفاء والضمان[5]. ويقول أحد القانونيين " موقف المصدر للبطاقة مـــن

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/٣٢٣ ـــ ٣٢٦

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ـــ مرجع سابق ٢/١٩٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ـــ دار المعرفة ببيروت ـــ ٢٠/٥٥

(٤) د/ جميل عبد الباقي الصغير ـــ مرجع سابق ص ١٠.

(٥) د/ كيلاني عبد الراضي محمود ـــ مرجع سابق.

التاجر هو موقف الضامن"[1].

٣ــ ولماذا نذهب بعيداً وهاهم فقهاؤنا الرواد يوردون في أبواب الكفالة مسألة تنطبق تماماً على بطاقة الضمان كما يتضح من النصوص التالية:

ــ لدي المالكية جاء" ومن قال لرجل بايع فلاناً فما بايعته من شيء فأنا ضامن ثمنه، لزمه إذا ثبت ما بايعه"[2].

ــ لدي الشافعية جاء " يشترط في المضمون كونه حقاً ثابتاً حال العقد وصحَّ في القديم ضمان ما يجب، كثمن ما سيبيعه أو سيقرضه لأن الحاجة قد تدعو إليه"[3].

ــ لدي الحنابلة : جاء " ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علىَّ، فلقد لزمه ما صحَّ أنه أعطاه"[4].

ــ أما لدي الحنفية: فالأمر أوضح بشكل حيث أورد الإمام شمس الدين السرخسي في مؤلفه القيم «المبسوط»[5] ضمن موضوعات كتاب الكفالة باباً سماه " ضمان ما يبايع به الرجل" بدأ بالفكرة الأساسية لبطاقات الائتمان بقوله " وإذا قال الرجل (المصدر) لرجل (التاجر) بايع فلاناً (حامل البطاقة) فما بايعته به من شيء فهو علىَّ، فهو جائز على ما قال " ثم شرع يذكر الصور المختلفة لهذه الفكرة بما يتطابق تماماً مع ما يرد في اتفاقيات البطاقة كما يتضح من البنود الآتية:

البند الأول: إن البطاقة تتيح لحاملها الشراء من عدد كبير من التجار الذين يتعاقد معهم المصدر وهذا ما يصوره السرخسي بقوله " ولو قال لقوم خاصة ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على، كان عليه ما يبيع به أولئك القوم ولا يلزمه ما بايع غيرهم " لأن غيرهم لم يتعاقد معهم

البند الثاني: إن البطاقة تتيح لحاملها تكرار الشراء وهذا ما يصوره السرخسي بقوله " بخلاف ما لو قال كلما بعته بيعا فأنا ضامن بثمنه، لأن كلمة كلما تقتضي التكرار فيصير بهذا اللفظ ملتزماً يجب مبايعته مرة بعد مرة"

---

(١) د/ على جمال الدين عوني ــ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ــ دار النهضة العربية بالقاهرة ــ ص ٥٤٥.

(٢) مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والأكليل للمواق ــ مطبعة النجاح بليبيا ٩٦/٥

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ــ مرجع سابق ــ ٢٠١/٢.

(٤) المغني لابن قدامه ــ مكتبة الكليات الأزهرية ومكتبة الجمهورية ٥/ ٥٧٩.

(٥) المبسوط للسرخسي ــ مرجع سابق ــ ٥٠/٢٠ ــ ٥٢.

البند الثالث: يحدد المصدر للبطاقة حدًّا أقصي يمثل المبلغ الذي يمكن لحاملها استخدام البطاقة للشراء في حدوده ويكون المصدر غير ملتزم بسداد ما يزيد عن هذا الحد وهو ما يصوره السرخسي في قوله " وعلى هذا لو قال بعه ما بينك وبين ألف درهم وما بعته من شيء فهو عليَّ إلى ألف درهم فباعه متاعا بخمسمائة ثم باعه حنطة بخمسمائة لزم الكفيل المالان جميعاً وإن باعه متاعاً آخر بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لأنه قيد الكفالة بمقدار الألف فلا تلزمه الزيادة على ذلك".

البند الرابع : ينص في اتفاقية البطاقة على أن لها مدة صلاحية تحدد بسنة ولا يجوز استخدامها بعد ذلك والبنك المصدر يكون غير ملزم بالسداد عن بطاقات استخدمت بعد أنتهاء فترة الصلاحية، وهذا ما يصوره السرخسي بقوله " ويستوي إن وقّت لذلك وقتاً أو لم يوقت، إلا أن في الوقت يراعي وجود المبايعة في ذلك الوقت، حتي إذا قال ما بايعته به اليوم فباعه غداً لا يجب على الكفيل شيء من ذلك، لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل، ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل"

البند الخامس: تحدد مجالات استخدام البطاقة في كل من شراء السلع والخدمات من التجار ثم السحب النقدي من الآلات أو البنوك أو فروعها، كما أنه توجد بطاقات لا تستخدم إلا في السحب النقدي (بطاقة السحب) وبطاقات لا تستخدم إلا في الشراء (بطاقة الوفاء) كما أنه يرد فى اتفاقيات البنوك مع التجار عدم إعطاء حامل البطاقة نقوداً ولا يلزم المصدر سداد ما يخالف ذلك، وهذا كله ما يصوره السرخسي، في عبارة شاملة، بقوله " وكذلك لو قال ما أقرضته فهو عليَّ فباعه متاعاً، أو قال ما بايعته فهو عليَّ فأقرضه شيئاً لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لأن قيَّد الكفالة بسبب فلا تتناول شيئاً آخر والمبايعة غير الإقراض ثم يستدرك بقوله: ولو قال ما داينته من شيء فهو على لزمه القرض وثمن المبيع، لأن إسم المداينة يتناول الكل فإنه عبارة عن سبب وجوب الدين".

البند السادس: إن البنك لا يسدد للتجار إلا بموجب قسائم البيع التي تثبت أن المبايعة تمت وأن الدين من البيع ثبت في ذمة حامل البطاقة، وفي ذلك يقول السرخسي " لا يؤخذ الكفيل بشيء حتي تقوم البينة على أنه بايعه بعد الكفالة" وقسائم البيع التي عليها بصمة البطاقة وتوقيع حاملها هي البينة المطلوبة.

البند السابع: أنه يجوز للمصدر إيقاف التعامل بالبطاقة نهائياً أو مدة من الوقت وبالتالي لا

يكون ملزماً بسداد مبالغ نتجت عن استخدام بطاقات ملغاه بشرط أن يبلغ التجار بذلك وهذا ما قال به السرخسي في عبارة فقهية " فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته، ثم باعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء.

وهكذا نجد أن السرخسي سبق بذكر الفكرة الأساسية لبطاقات الائتمان وأورد الشروط الأساسية للتعامل بها الأمر الذي يمكن معه القول إن السرخسى هو صاحب فكرة بطاقات الائتمان ولو أن حاضر المسلمين كان متصلاً بماضيهم باستمرار واستفادوا بهذه الثروة الفقهية لكان لهم السبق فى إنشاء بطاقات الائتمان والعمل بها وفق أحكام الشريعة، كما أن إيراد السرخسى لهذا الموضوع ضمن أبواب كتاب الكفالة فيه دليل واضح على أن التكييف الشرعى المناسب لبطاقات الائتمان هو عقد الكفالة، وهو عقد مشروع لكن ذلك ليس كافياً للحكم بالجواز الشرعى على البطاقة قبل أن نتعرف على مدي استكمالها لأركان عقد الضمان وشروطه ومدي شرعية المعاملات المتصلة بها وهذا ما سنتناوله في الفترة التالية:

ثانيا: الحكم الشرعي على بطاقات الائتمان:

أ-مدى توافر أركان وشروط عقد الضمان أو الكافلة في بطاقة الائتمان: شأن أى عقد فإن أركان العقد ثلاثة إجمالاً هى: العاقد والمعقود عليه والصيغة وفي بيان مدى توفرها في بطاقة الائتمان بصفتها عقد ضمان يتضح ما يلي:

١- **العاقد:** عقد الضمان ثلاثي الأطراف هم الضامن والمضمون عنه والمضمون له، وهو ما يتوفر في البطاقة، فالمصدر هو الضامن وشرطه الرشد أو الأهلية وهو متوفر له بصفته شخصية معنوية[١].

والمضمون عنه وهو حامل البطاقة ومن أهم شروطه معرفته ليعلم هل هو موسرا أم لا؟ وهو ما يتم في بطاقة الائتمان حيث يصدر البنك له البطاقة بعد دراسة حالة العميل الائتمانية.

والمضمون له وهو التاجر ويستفيد بضمان حقه.

٢- **المضمون:** وهو مبلغ الدين الناشئ في ذمة حامل البطاقة للتاجر أو البنوك الأخرى عن مشترياته أو مسحوباته النقدية وأهم شرط فيه كونه ثابتاً لازماً، ومع أن دين البطاقة لا يكون موجوداً عند إصدارها الذي يمثل عقد الضمان، فإن جميع المذاهب الفقهية تجيز مسألة ضمان ما

(١) د. أحمد على عبد الله- الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي- ١٩٨٦- السودان.

سيجب كما بيناه في الفقرة السابقة.

٣- الصيغة: وتتمثل في الإيجاب والقبول الذي يدل على رضا أطراف البطاقة، وإصدار البنك للبطاقة بناء على طلب حاملها، وكذا اتفاقية البنك مع التجار يحقق ركن الصيغة.

ب-شروط وأحكام التعامل بالبطاقة ومدى شرعيتها: ونتناولها وفق ما يلي:

١- رسوم الإصدار والتجديد: من شروط إصدار البطاقة حصول البنك المصدر على رسوم من حاملها عند الإصدار والتجديد واستخراج بدل الفاقد عنها، ويختلف مقدار هذا الرسم من بنك إلى آخر كما قد تعفى بعض البنوك الحامل من هذه الرسوم، وأخذ هذه الرسوم يلقى شبهة التعامل بالربا حيث لا يجوز في عقد الضمان أن يحصل الضامن على أجر مقابل ضمانته كما جاء "وكذلك تبطل الكفالة إذا فسدت نفسها كما إذا أخذ الضامن جعلا من رب الدين أو المدين أو من أجنبي لأن الضامن إذا غرم رجع بما غرمه مع زيادة الجعل وذلك لا يجوز، لأنه سلف بزيادة"[١].

وفي الحقيقة فإن هذه الرسوم ليست مقابل الضمان وإنما لتغطية مصاريف إصدار وطبع البطاقة حيث يرد ذلك صراحة في اتفاقيات الإصدار ما نصه "أتعهد بأن أدفع للبنك رسما سنويا يحدد البنك مقداره مقابل البطاقة لتغطية مصاريف الإصدار والطبع" ويدل على ذلك أيضا أن مقدار هذه الرسوم ثابت في نفس البنك على كل أنواع البطاقات دون ارتباط بمبلغ الدين المضمون سواء الحد الأقصى للبطاقة أو بما يشترى به أو يسحبه حاملها كل شهر.

٢- العمولة التي يحصل عليها البنك من التاجر كنسبة من قيمة مبيعاته لحملة البطاقات، وهى تلقى بشبهة الربا على المعاملة إذا كيفت هذه العمولة على أنها أجر للبنك على الضمان، ولكن بالتحليل يوجد أنه يمكن تخريج هذه الرسوم إما على أنها سمسرة للبنك الذي أرسل حملة البطاقة للتاجر، وهى جائزة شرعاً[٢].أو أنها أجر على توصيل الدين على أساس أنه "لا يلزم تسليم الدين للكفيل ليؤديه"[٣] وبالتالي فكان البنك يعد وكيلاً في توصيل الدين[٤] والأجر على الوكالة

---

(١) حاشية الخرشى- مرجع سابق ٦/٣٠.

(٢) د. عبد الستار أبو غدة "بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي" بحث مقدم إلى المؤتمر السابع لمجمع الفقه الإسلامي- منشور بمجلة المجمع- العدد السابع- الجزء الأول صـ٣٣٦.

(٣) التاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب- مرجع سابق- ٥/١٠٥.

(٤) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير- مرجع سابق- ٣/٣٣٩.

جائز شرعاً.

٣- عمولة وفوائد السحب النقدي بموجب البطاقة: تنص الشروط في اتفاقية البطاقة بتحميل العميل عمولة على عمليات السحب النقدي بواسطة البطاقة سواء من آلات السحب أو من البنوك المشاركة فى العضوية وتقدر إما بنسبة مئوية من المبلغ المسحوب (٠,٢% إلى ١%) أو بمبلغ مقطوع مثل ٢,٧٥ دولار على المسحوبات بالعملة الأجنبية، وبعض البنوك تكتفى بذلك وبعضها الآخر تحسب إضافة عليها فائدة على المبالغ المسحوبة تحدد في العقد بنسبة مئوية من المبلغ وحسب المدة من تاريخ السحب إلى تاريخ السداد.

وبالنظر أولا في عمولة أو رسوم السحب النقدي نجد أن الفقهاء المعاصرين اختلفوا حولها[١] ما بين مجيز على أساس أنها مقابل وخدمات وتكاليف تجهيز الآلات وتحويل المبالغ وبشرط أن تكون بمبلغ مقطوع وليس كنسبة مئوية من المبلغ المسحوب بينما يرى آخرون أنها غير جائزة شرعاً.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الفوائد أو العمولة ليست شرطا ضروريا تفرضه المنظمة العالمية بل يمكن إلغاؤه من اتفاقية الإصدار دون المساس بالبطاقة وهو ما يحدث فعلاً في بعض البنوك كما جاء في الاتفاقية الصادرة عن إحداها ما نصه: "أن جميع المسحوبات النقدية تتم دون احتساب عمولة أو رسوم"[٢].

٤- سعر صرف العملات الأجنبية التي اشترى بها أو سحبها حامل البطاقة من الخارج ويقوم البنك المصدر بالسداد بالعملة الأجنبية ثم يستوفى حقه من حامل البطاقة بالعملة المحلية السداد بالعملة الأجنبية، والنص على ذلك في اتفاقيات الإصدار أن سعر الصرف يحسب على أساس السعر السائد، أو الجاري يوم السداد، وهذا الشرط بهذه الكيفية جائز شرعاً[٣].

أما الفوائد المحسوبة على هذه المبالغ فإنها من الربا المحرم شرعاً، ومع مراعاة أن البنوك الإسلامية المشاركة فى عضوية إصدار البطاقات لا تحمل العميل بأية فوائد على هذه المبالغ.

٥- فوائد التأخير التي ترد في اتفاقية الإصدار يتحمل العميل بها في النوع الأول إذا كشف الحساب، وفي النوع الثاني إذا تأخر حامل البطاقة عن السداد في الموعد المحدد، وفي النوع الثالث

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولى ١٤١٢هـ العدد السابع الجزء الأول ص٤٧، ٤٧٦، ٦٥١، ٨٠٧.

(٢) اتفاقية إصدار بطاقة بيت التمويل الكويتى.

(٣) سنن ابن ماجه- تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي- ٢/٧٦٠ حديث رقم ٢٢٦٢.

كشرط أساسي في الإصدار، ومن المعلوم أن هذه الفوائد ربا تحرمه الشريعة الإسلامية الأمر الذي يلقى على المسلمين مسئولية عدم التعامل بها ففي النوع الأول والثاني لا يتأخروا عن السداد، ولكن يثار هنا تساؤل: على إيراد شرط الفوائد في هذين النوعين يبطل العقد حتى لو نوى حامل البطاقة السداد وعدم التأخير حتى لا يتحمل بهذه الفوائد؟ يرى بعض الفقهاء المعاصرين[1] أنه يجوز الدخول في هذه الاتفاقية مع وجود هذا الشرط فيها طالما نوى المسلم السداد وعدم التأخير على أساس أن الشرط لاغ والعقد باق.

بل إن الأمر يذهب إلى أبعد من ذلك فإن البنوك الإسلامية المشتركة في عضوية إصدار هذه البطاقات لا تذكر شرط الفوائد من الأصل بل حتى في البنوك غير الإسلامية فإنه يمكن لحامل البطاقة طلب إلغاء هذا الشرط ويجاب لطلبه.

أما الفوائد على النوع الثالث والتي تمثل شرطاً أساسياً فيها لأن حامل البطاقة لا يسدد كامل القيمة دائماً وإنما يظل قرضا متجدداً في ذمته فإن ذلك من الربا المحرم شرعاً، وخروجاً من ذلك يمكن أن يتم الائتمان بموجب هذه البطاقة في إطار عقد البيع وليس عقد الائتمان. وذلك بتحريم قسائم البيع باسم البنك الذي يقوم ببيع البضاعة مرابحة إلى حامل البطاقة بثمن الشراء زائد ربح يسدد على أقساط[2] ولقد طبق البنك الأهلي التجارى السعودى هذه الفكرة بنجاح.

٦- المزايا الإضافية التي يقدمها المصدر لحامل البطاقة مثل التأمين على حامل البطاقة وحق الحصول على استشارات طبية وقانونية مجاناً وأولوية لحجز المضمون لدى الفنادق وشركات الطيران وتقديم المعلومات العامة من خلال الاتصال التليفوني المجاني بأى مكان في العالم.

وبداية نذكر أن هذه المزايا ليست ملزمة كشرط لإصدار البطاقة ويمكن إلغاؤها ومن وجه آخر فإن حصول المضمون عنه (حامل البطاقة) على مال أو خدمات في إطار عقد الضمان جائز لدى الفقهاء حيث جاء "وأما إذا كان الجعل للمدين على أن يأتي بضامن فسواء كان من رب الدين أو من أجنبي فجائز وكذا من الضامن للمدين"[3] وبالتالي فهذه المزايا الإضافية جائزة شرعاً.

---

(١) د. عبد الستار أبو غدة- مرجع سابق- ٦٦٤/١.

(٢) لقد سبق للباحث تقديم هذا المقترح وأسلوب العمل به تفصيلاً في بحث له بعنوان "الإطار الشرعي والمحاسبي لبطاقات الائتمان" منشور بمجلة كلية التجارة – جامعة عين شمس ١٩٩٢م.

(٣) حاشية الخرشي- مرجع سابق- ٢/٦.

٧- أنه في الكفالة أو الضمان يكون لصاحب الحق مطالبة كل من الأصل والضامن كما جاء "وللمستحق مطالبة الضامن والأصيل اجتماعاً وانفراداً"[١] وجاء أيضا "ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"[٢] وفي البطاقة تنقطع المطالبة بين التاجر وحامل البطاقة وتتوجه إلى مطالبة التاجر فقط إلى البنك المتعاقد معه، وهذا الشرط لا يخالف شرعا لأن مبناه الاتفاق والرضى وقد رضى التاجر بالاقتصار على مطالبة البنك دون حامل البطاقة حيث جاء "إن الطالب مخير بين طلب الغريم أو طلب الضامن"[٣] وجاء أيضا "في الحالات الست وهى العسر واليسر والغيبة والحضور والموت والحياة ... فإن اشترط ضمانه أو شرط رب الحق أخذ أيها شاء كان له طلب الضامن إذا جاء الأجل ولو حضر الغريم مليا" والتاجر لا يمكنه مطالبة حملة البطاقة المتعددين والذي يكون بعضهم من بلاد أخرى.

وبذلك ننتهى من إعداد هذا البحث الذي حاولنا فيه تقديم أهم المعلومات حول بطاقة الائتمان فإن كنا وفقنا في ذلك فهذا من فضل الله وإن كانت الأخرى فمن نفسي وتقصيري.

والله ولى التوفيق

(١) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى- مرجع سابق- ٢٠٨/٢.

(٢) المغنى لابن قدامة- مرجع سابق- ٥٩٠/٥.

(٣) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير- مرجع سابق- ٣٣٧/٣.

مراجع البحث

كتب:

١- شرح فتح القدير لابن الهمام الحنفى – دار الفكر ببيروت.

٢- د. أحمد شرف الدين – د. محمد المرسى زهر – مبادئ القانون كلية الحقوق – جامعة عين شمس – بدون تاريخ.

٣- مغنى المحتاج للخطيب الشربينى – نشر مصطفى الحلبى بمصر.

٤- المبسوط للسرخسى – دار المعرفة بيروت ١٤٠٩هـ.

٥- تحسين التاجر الفاروقى «قاموس مصطلحات المصارف والمال والاستثمار الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية – الأردن ١٩٩٧م.

٦- د. جميل عبد الباقي الصغير "الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان" دار النهضة العربية بمصر ١٩٩١م.

٧- رياض فتح الله "جرائم بطاقات الائتمان" دار الشروق – القاهرة ١٩٩٥

٨- د. عبد الرازق السنهوري "نظرية العقد" دار الفكر ببيروت- بدون تاريخ.

٩- د. عبد الوهاب أبو سليمان "البطاقات البنكية والسحب المباشر من الرصيد" دار القلم بدمشق- مجمع الفقه الإسلامي بجدة ١٩٩٨م.

١٠-د. على جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية- دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩١م.

١١-د. فرج عبد العزيز عزت "اقتصاديات البنوك" كلية التجارة – جامعة عين شمس ٢٠٠٠م.

١٢-د. كيلاني عبد الراضي محمود – النظام القانوني لبطاقات الوفاء- دار النهضة العربية بمصر – ١٩٩٨م.

١٣-د. محمد زكي شافعي- مقدمة في النقود والبنوك- دار النهضة العربية بالقاهرة -بدون تاريخ.

١٤-د. محمد بهجت غانم – عمليات البنوك والإفلاس- دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠٠م.

١٥-د. محمد عبد الحليم عمر "الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان" نشر إيتراك بمصر- القاهرة ١٩٩٧م.

١٦-د. محمد محيى الدين عوض "أهم الظواهر الاقتصادية الانحرافية والإجرامية" بحث منشور

بمجلد ندوة "الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها" أكاديمية نايف للعلوم الأمنية بالرياض ١٩٩٨م.

١٧-د. مدحت صادق "أدوات وتقنيات مصرفية" دار غريب بالقاهرة ٢٠٠١م.

بحوث ووثائق:

١- البنك المركزى المصرى «ضوابط العمليات المصرفية الإلكترونية» منشورة بملحق مجلة الأهرام الاقتصادى ٢٠٠٢/٤/١٥م.

٢- صور اتفاقيات إصدار البطاقات الائتمانية وصور اتفاقية التاجر فى كل من: بنك مصر – البنك الأهلى المصرى – بنك البحرين الإسلامي – بنك القاهرة السعودى – البنك السعودى الفرنسى.

٣- فتاوى الخدمات المصرفية – مجموعة دلة البركة بالسعودية- ١٩٩٨م.

٤- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولى المنشور فيها بحوث ومناقشات عام ٩١، ٩٢ ٩٣، ٢٠٠٠م.

٥- مركز تطوير الخدمة المصرفية ببيت التمويل الكويتى- بحث عن بطاقات الائتمان المصرفية- مقدم إلى الثانية للأسواق المالية المنعقدة بالبحرين – نوفمبر ١٩٩٢م.

٦- ندوة: "فقه بطاقات الائتمان" التي عقدها البنك الأهلي التجاري السعودي - بالبحرين ١٦-١٧/٥/١٤١٩هـ - ١٩٩٨/٨/٧م.

٧- نشرة عن بطاقات الدفع البلاستيكية صادرة عن مركز البطاقات بالبنك الأهلي المصري.

بطاقـــات الائتمـــان المصرفيـــة
التصوير الفني والتخريج الفقهي
دراسة تحليلية مقارنة

أ.د. عبد الحميد البعلي
المستشار بالديوان الأميري - دولة الكويت

تهيئة :

بطاقات الائتمان نظام مستحدث مركب:

لاشك أن ما نحن بصدده اليوم مرحلة جديدة في الممارسات العملية مالية ومصرفية.

تقوم على: "المنظومة الخماسية لنظام البطاقات الائتمانية".

وأخطر ما فيها :

(١) أنها لا تتمتع بشكل ما من أشكال الحماية التشريعية القانونية كالأوراق التجارية مثلاً.

هذا ولا يوجد حتى الآن حماية قانونية للبطاقة الائتمانية كوسيلة دفع في القوانين العربية الوضعية على الرغم من انتشار التعامل بها في البلاد العربية وصيرورتها ذات طابع دولي وأن ما نص عليه بشأنها في التنظيمات العالمية الكبرى مثل: Visas و Master Card وغيرها يعتبر إطاراً للتعامل وتبقى المسائل العملية التفصيلية من اختصاص القضاء المحلي وإن القانون الفرنسي رقم ٦٩٥ في ١٩٨٥/٧/١٢م وتم إضافة فصل جديد بعنوان "بطاقات الدفع" إلى أمر ١٩٣٥/١٠/٣٠ بمقتضى القانون المؤرخ في ١٩٩١/١٢/٣٠م كما أحدثت المجموعة الأوروبية ١٩٨٧ مجموعة قوانين تعرف باسم "مجلة حسن استعمال الدفع عن طريق الآلة" بهدف حماية حامل البطاقة من ذلك: حرية دراسة العروض المقدمة إليه قبل إبرام العقد وتوضيح واجبات الأطراف بدقة وتحديد التسعيرة بكل شفافية.

(٢) كما أن المنظمات العالمية تنفرد بملكية العلامات التجارية الخاصة بهذه البطاقات بأنواعها كوسيلة للتغلغل والسيطرة.

وفي تاريخ الاقتصاد الإسلامي أداة شبيهة "تسمى الرقاع" فقد ذكر ناصر خسرو في كتابه سفر نامة "أن كل من معه مال في سوق البصرة عليه أن يعطيه للصراف ويأخذ منه رقاعاً، ثم يقوم حامل هذه الرقاع بشراء ما يلزمه من السوق ويدفع للبائع بدلاً من المال"[1].

ومما يهمني ذكره أن "المنظومة الخماسية للبطاقات الائتمانية" تقوم على مجموعة من الركائز تساعد كثيراً في التخريج الشرعي، ومن ثم يتعين أخذها بعين الاعتبار، ومن هذه الركائز ما يلي:

١- إن هذا النظام يقوم على تعدد وترابط وتكامل العلاقات بين جميع الأطراف المشتركة فيه، ومن ثم تؤثر هذه العلاقات في بعضها البعض.

٢- إن هذا النظام يتبنى فكرة العقد المركب أي أكثر من عقد في صعيد أو نظام واحد متعدد المراحل.

ومن ثم فكرة تحول العقد أي الانتقال من عقد إلى عقد بحسب الشروط والأوصاف الجوهرية التي تتوافر في كل عقد.

٣- وبناء على فكرتي العقد المركب وتحّول العقد قد يجتمع في الشخص الواحد أحد أطراف علاقة معينة أكثر من وصف أو صفة، ومن ثم لا بأس من تغليب وصف أو صفة على أخرى، فالوكالة مثلاً:

- قد تقع على وجه الإجارة.
- وقد تقع على وجه الجعالة.

كل عقد بشروط وأحكامه الشرعية المعتبرة.

---

(١) ص٩٦ – ترجمة يحيى الخشاب ١٩٦٥م ط لجنة التأليف والترجمة والنشر – القاهرة .

٤- إن هذه العقود ليست على سبيل الحقيقة الشرعية وإنما يجري التخريج عليها لضبط أحكامها ودرء الشبهات عنها وتصحيحها.

٥- يجب التفصيل في كل علاقة من هذه العلاقات العقدية وما تتضمنه من أحكام كل علاقة بحسبها وما يثور فيها من شبهات وكيفية تجنبها ومنع المخالفات الشرعية فيها.

٦- إن هذه المنظومة لبطاقات الائتمان المصرفية جرى بها عرف تجاري غالب.

ومن المعلوم أنه يعتبر في كل مكان وزمان ما هو المتعارف بشروطه الشرعية.

المبحث الأول

التصوير الفني لبطاقة الائتمان والمقصود بها

الفرع الأول

وصف البطاقة وأنواعها

وصف البطاقة :

بطاقة بلاستيكية مصنوعة من مادة خاصة مستطيلة الشكل طبع على أحد وجهيها الأمامي بشكل بارز: رقمها وتاريخ صلاحيتها واسم حاملها واسم الشركة العالمية للبطاقة وشعارها والمصرف المصدر بها.

وعلى الوجه الخلفي شريط معلومات الكترومغناطيس أسود اللون ومكتوب عليه أن البطاقة ملك البنك المصدر لها وعنوانه، يليه شريط ورقي أبيض اللون مخصص لتوقيع حاملها. والحديثة منها تطبع عليها بطريقة خاصة صورة حاملها وتوقيعه.

أنواع البطاقة :

وتتنوع إلى أنواع عديدة :

- بطاقة الائتمان (الآجل) : credit cards
- Budget cards .
- بطاقة على الحساب . بطاقة الخصم/ الدفع الشهري . بطاقة الوفاء المؤجل Charge cards . بطاقة القرض غير المتجدد .
- Co-branded cards .

- Company cards .
- Debit cards . البطاقة المدنية . بطاقة الخصم الفوري
- ATM Bank cards . بطاقة الحساب البنكي / الجاري
- Cheque Guarantee cards . بطاقة ضمان الشيك
- Gold cards . البطاقة الذهبية
- Purchasing cards .
- Store cards . بطاقة الشراء من المحل التجاري
- Chip cards & electronic purses .
- Revolving credit card . بطاقة ائتمان القرض المتجدد
- Prepaid card . بطاقة أجور الخدمات المدفوعة مقدماً
- Discount price card . بطاقة الخصم على الأسعار
- Business card . بطاقة رجال الأعمال
- Local card . البطاقة المحلية

الفرع الثاني
التصوير الفني لطبيعة العلاقات والتعاقدات
التي تنظم بطاقات الائتمان

التصوير الفني الدقيق لطبيعة العلاقات والعقود التي تنظم بطاقات الائتمان:

* المنظومة الخماسية للبطاقة (أطراف التعامل بها وفيها) والعلاقات الأساسية فيها :

أولاً:

– المنظمة العالمية الفيزا International Master Visa أو الماستر كارد وغيرها: وهي التي تملك العلامة التجارية للبطاقة Logo وتكون هذه المنظمة هي صاحبة الترخيص (الامتياز) للبطاقة التي تحمل أسمها وشعارها.

– الأعضاء فيها هم البنوك والمؤسسات المالية التي تصدر البطاقة وبناء على ما تقدمه لهم المنظمة من خدمات فنية وإدارية في إدارة نشاط إصـــدار البطاقات مثل :

– المتوسط بين الأعضاء بشأن الاتصالات والمراسلات .

– عمليات المقاصة والتسوية .

– خدمات تطوير النظام باستمرار .

وتلتزم المؤسسات المالية الأعضاء في المنظمة باحترام الأنظمة والقواعد العامة لنظام البطاقات التي تصدرها المنظمة العالمية .

وتتقاضى المنظمة من أعضائها :

– رسوم الاشتراك (العضوية) .
– رسوم الخدمات .
– رسوم على كل عملية شراء أو سحب نقدي .

ثانياً: المؤسسة المالية (البنك) المصدر للبطاقة :

عضو في المنظمة العالمية للبطاقة يقوم بإصدار البطاقة لعملائه بناء على ترخيص معتمد من المنظمة العالمية يصدر بناء على طلب من المؤسسة المالية وتقييمه ومن ثم قبوله عضواً من عدمه.

ويقوم البنك العضو في المنظمة العالمية بإصدار أنواع مختلفة من البطاقات وتختلف المزايا والسقوف المسموح بها للشراء أو السحب النقدي وكذلك رسوم الاشتراك باختلاف نوع البطاقة. وتتقاضى البنوك من عملائها حاملي البطاقة ما يلي :

– رسوم الاشتراك (العضوية) يدفع لمرة واحدة عند الموافقة على طلب العميل للحصول على البطاقة .

– رسوم التجديد عند انتهاء مدة البطاقة السابقة وطلب تجديدها .

– رسوم الاستبدال عند فقدان البطاقة أو تلفها أو سرقتها واتّباع العميل الإجراءات المنصوص عليها في هذا الشأن .

وهناك شروط وأحكام تنظم العلاقة بين البنك المصدر وبين عملية حامل البطاقة وتشترك جميع أنواع البطاقات فيما تنشأه من التزام البنك المصدر للبطاقة بالدفع الفوري لقيمة الفواتير أو قسائم الشراء المستحقة للتجار أصحاب السلع والخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة باستخدام البطاقة مع رجوع البنك المصدر للبطاقة على عميله حامل البطاقة لتحصيل المبالغ المدفوعة عنه بحسب نوع البطاقة .

ومما هو مهم وجدير بالذكر أن :

البنك المصدر يقوم بدفع المبلغ المطلوب من قبل البنك التاجر بالدولار ثم يقوم البنك المصدر بتمويل ما دفعه بالدولار عادة إلى ما يقابله بالعملة المحلية التي يتعامل بها مع عملية صاحب البطاقة حتى يتم تسديد المبلغ منه سواء عن طريق الخصم من الحساب أو بإرسال كشف والمطالبة بالسداد وفي حالة سداد حامل البطاقة التزاماته خلال الفترة المحددة المسموح بها لا يلتزم بأي زيادة عن المبلغ المستحق أما في حالة تأخره عن السداد في تلك المدة المحددة فإن البنك

المصدر يحسب فوائد تأخير عن كل يوم تأخير .

أو تفرض غرامات تأخير على المدين المماطل على أن تصرف في وجوه الخير العامة ولا يتمولها البنك نفسه .

وهناك من البنوك المصدرة ما يحمّل العميل حامل البطاقة جميع المصاريف الفعلية التي يدفعها بسبب استخلاص مستحقاته مثل : النفقات القضائية وأتعاب المحاماة .

ومن الواضح أن البنك المصدر يدفع المبالغ لمستحقيها بالدولار عادة ، وقد يختلف هذا عن عملة حساب البطاقة التي يتعامل بها العميل مع البنك المصدر ومن ثم فإن تسوية المعاملة تحتاج إلى عملية صرف أي تحويل المستحقات من الدولار إلى العملة المحلية .

وبعض البنوك يقوم بذلك على أساس السعر المعلن لديها في يوم قيد قيمة تلك المشتريات أو الخدمات على حساب حامل البطاقة .

والبعض يعتمد سعر الصرف السائد في التاريخ الذي فيه سداد القيمة من جانب البنك نيابة عن العميل حامل البطاقة .

ومن البنوك من يعتمد سعر الصرف السائد في تاريخ استلام بيان المبالغ المستحقة من المنظمة العالمية .

ثالثاً : حامل البطاقة : Card Holder

وهو العميل الذي تم إصدار البطاقة باسمه بناء على طلبه من البنك المصدر للبطاقة ومقابل رسم اشتراك سنوي وتتنوع التزامات حامل البطاقة بحسب نوع البطاقة وما تتضمنه من شروط وأحكام ومن أهم هذه الالتزامات :

– الالتزام بإيداع مبلغ مالي يتفق عليه يتناسب مع الحد الأعلى للائتمان المسموح له باستخدام البطاقة . يوجد مثل هذا الالتزام في بطاقات الخصم الفوري وبعض بطاقات الخصم الشهري وفي هذه الحالة يقوم البنك المصدر بالسحب مباشرة من الحساب لسداد المستحقات .

– الالتزام بدفع تأمين نقدي كضمان لحقوق الغير والبنك المصدر طوال فترة استمرار العضوية وهذا الالتزام بالإضافة إلى إلألتزام الأول يجعل البطاقة أشبه بالشيك ولا تقدم المزايا والتسهيلات المرجوة لحاملها .

– الالتزام بسداد كامل المستحقات المطلوبة خلال فترة محددة دون أية فوائد وهذه الفترة تتراوح ما بين ٣ و ٤ أسابيع .

– الالتزام بتقديم بعض الضمانات في حالة إعطاء العميل حامل البطاقة فترة سماح لسداد المستحقات المطلوبة منه .

وللبنك المصدر للبطاقة الحق في إلغاء البطاقة عندما يرى ذلك دون إبداء أسباب وعلى الأخص في الحالات التالية :

– إذا خلف حامل البطاقة أي شرط من شروط وأحكام إصدار واستخدام البطاقة .

– إذا أساء استخدام البطاقة وبوجه خاص في حالة استخدامها للوفاء بأثمان بضائع أو أعمال أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

وفي حالة استخدام البطاقة في السحب النقدي تأخذ البنوك المسحوب منها عمولة أو رسوم محددة عن كل كسب نقدي سواء كانت تلك البنوك هي البنك المصدر نفسه أو غيره من البنوك الأعضاء في المنظمة مقابل تمكين حامل البطاقة من هذا السحب .

رابعاً : التاجـــر : Merchant

هو الذي اعتمد قبول البطاقة في عمليات البيع أو تقديم الخدمة بناء على الاتفاقية المعقودة مع البنك التاجر / القابل والمتضمنة القواعد والإجراءات العملية التي تتبع في هذا الشأن ويلتزم البنك بسداد المبالغ المستحقة للتاجر في حسابه من جراء استخدام البطاقة خلال فترة يتفق عليها مخصوماً منها النسبة المئوية المتفق عليها لصالحه وتوزع هذه النسبة المخصومة بين من قيمة قسيمة البيع بين البنك التاجر والبنك المصدر حسب نظام متفق عليه تم وضعه بمعرفة المنظمة العالمية نظراً

لاشتراكهما معاً في جلب الزبائن وتقديم الخدمة اللازمة لتيسير استخدام البطاقات، وذلك ما لم يكن بنك التاجر هو البنك المصدر للبطاقة نفسه .

وعند دفع قيمة القسيمة / الفاتورة المستحقة للتاجر ليقوم البنك التاجر بدوره بتحصيل تلك المبالغ من مصدري البطاقة عن طريق نظام المقاصة والتسويات لدى المنظمة العالمية التي تتبع لها البطاقة.

خامساً : بنك التاجر : Merchant – Bank

هو البنك الذي يقوم بإدارة مجموعة من التجار والذين تعاقد معهم لقبول البطاقة وتزويدهم بكل ما يحتاجونه من معلومات وأجهزة ، ويقوم بنك التاجر بإرسال بياناً قسيمة البيع عن طريق المنظمة العالمية إلى البنك المصدر للبطاقة في حالة استقلالهما وتزويده بمعلومات مفصلة عن العملية، وذلك لتسوية الحسابات وتحصيل المبلغ المطلوب Interchange وكذلك يقوم بنك التاجر بإرسال بيانات قسيمة السحب النقدي للبنك المصدر ومطالبته بتسوية الحسابات نتيجة استخدام عملية حامل البطاقة في السحب النقدي .

وكذلك يقوم التاجر مع البنك المصدر بتسوية مردودات المشتريات، وذلك كله من خلال نظام يسمى BASE II حيث يخصم ما يعادل المبلغ بالدولار من حساب البنك المصدر ويودع في حساب بنك التاجر وهذا النظام تابع للمنظمة العالمية ومتخصص في إجراءات عمليات التسوية والتقاص اليومية بين مختلف البنوك الأعضاء في المنظمة.

الفرع الثالث

المقصود ببطاقة الائتمان

CREDIT CARD

معنى مصطلح Credit إذا كانت البطاقة من هذا القبيل :

* لدى الاقتصاديين تعني :

قدرة الشخص أو (الشركة) على اقتراض المال أو على التعاقد على صفقات تجارية أو الحصول على بضائع أو خدمات مقابل وعد بالدفع في المستقبل[1].

* وعند القانونيين تعني :

قيمة السلعة التي تم الاتفاق على أن يؤجل المشتري دفعها إلى وقت معلوم يحدده له البائع[٢] .

* وفي القانون الأمريكي في المجالين الاقتصادي والتجاري تعني :

منح دائن لشخص قرضاً مؤجل السداد أو إحداث دين مؤجل الدفع ذي علاقة ببيع البضائع والسلع وتقديم الخدمات[٣] .

وفي معجم المصطلحات التجارية والتعاونية (عربي – إنجليزي – فرنسي)[٤] :

بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعملية تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة ويقوم بائع السلع أو الخدمات بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف (مصدر الائتمان) فيسدد قيمتها له ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً

---

(١) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال – نبية غطاس ص١٤٦ – ص١ – بيروت لبنان

(٢) L.B. Curzon, Dictionary of law, third Edition Kuala Lumpur , 1989. P.111 .

(٣) Ahmed Al-melhem, the lagalRegen of payment cards, Acomp arative study between American, british and Kuwait laws with particular reference to credit cards, these for the degree of Ph .D.in the faculty of law, uni of Exeter, 1990,P.5 .

(٤) أحمد زكي بدوي – ص٦٢ – ط ١٩٨٤ – دار النهضة العربية – بيروت .

بإجمالي القيمة لتسديدها أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه .

ويستفاد من هذه المعاني أن بطاقة الـ Credit :

تعطي حاملها قدرة أو مكنه الحصول على بضائع أو خدمات أو قرض نقود أو دين مؤجله الدفع في وقت معلوم .

ولا نريد أن نستطرد أكثر من ذلك في تفسير معنى مصطلح "ائتمان" وبخاصة أنه مصطلح معرب عن أصله اللاتيني cardit card لتظل أقرب إلى حقيقة النظام الذي تقوم عليه البطاقة وهو ما يُعبر عنه مصطلح credit في المعاجم الأجنبية الاقتصادية والقانونية على نحو ما سبق سرده ، والتي تدل صراحة على الإقراض مع تأجيل السداد أو الدفع وهو المعنى غير ظاهر في معنى كلمة (ائتمان) في المعاجم العربية والتي لم يستعملها الفقهاء الأقدمون [1] .

تعريف مجمع الفقه الإسلامي بمنظمة المؤتمر الإسلامي[2] لبطاقة الائتمان :

عرف مجمع الفقه الإسلامي بطاقة الائتمان غير المغطاة بأنها :

مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع . ويكون الدفع من حساب المصدر ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة وبعضها لا يفرض فوائد .

---

(١) جاء في معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد – أن الائتمان مبادلة قيم حاضرة بقيم آجلة – ص٦٥ ط١ واشنطن المعهد العالمي للفكر الإسلامي وجاء في معجم الوسيط أن الائتمان اسم لحالة الطمأنينة والثقة المتبادلة وهي مصدر على وزن افتعال مشتق من الفعل الثلاثي (أمن) يقال ائتمن فلاناً أمنه واستأ من فلانا : طلب منه الأمان وائتمنه ج١ – ص٦١ – ط١ دار الفكر – بيروت .

(٢) قراره رقم ٧/١/٦٣ في دورة مؤتمره السابع بجدة في ذي القعدة سنة ١٤١٢هـ الموافق مايو ١٩٩٢م ، أيضاً قراره رقم ١٢/٢/١٠٨ في دورة مؤتمره ١٢ بالرياض في جمادى الآخرة ١٤٢١هـ الموافق سبتمبر ٢٠٠٠م الذي أكمل فيه التعريف السابق في قراره الأول .

ومن أنواع هذا المستند ما يمكّن من سحب نقود من المصارف .

ويلاحظ البعض[1] على هذا التعريف أنه يقدم وصفاً عاماً لبطاقة الائتمان بعيداً عن الفروق الفردية بين بطاقة وأخرى .

المبحث الثاني
التخريج الفقهي
لفروع ومسائل بطاقات الائتمان

الفرع الأول
منهجية التخريج الفقهي

يتضح لنا من التصوير السابق لبطاقات الائتمان أنها منظومة متكاملة تشكل دورة مستندية مترابطة حتى تحقق أغراضها بالنسبة لكل طرف فيها وهذه الحقيقة الواقعية العملية يجب تؤخذ بعين الاعتبار عند الدراسة الفقهية لبطاقات الائتمان ومن ثم التخريج الفقهي لمسائلها وفروعها الجزئية ومعنى ذلك أن: أن العمليات المتلاحقة لبطاقة الائتمان منذ بدايتها من المنظمة العالمية للبطاقة التي تحمل شعارها مروراً بالبنك المصدر للبطاقة والذي يملكها ثم بحاملها الذي تحمل أيضاً أسمه وتخوله وتمكنه من استخدامها لدى التجار في شراء السلع أو الحصول على الخدمات أو السحب النقدي من أي من البنوك الأعضاء في المنظمة العالمية التي تحمل البطاقة شعارها ومن ثم بنك التاجر والبنك المصدر للبطاقة حتى تتم عمليات المقاصة والتسوية مع حامل البطاقة عن طريقهما من خلال المنظمة العالمية أعني أنظمتها في شأن عمليات التسوية والمقاصة وبذلك تنتهي الدورة المستندية إن صح التعبير في عمل بطاقة الائتمان من خلال كافة العلاقات التعاقدية المرتبطة بها .

---

(١) نواف عبدالله باتوباره – بحث سابق – ص١٣٩ .

وتأسيساً على ذلك فإن الدراسة والتخريج الفقهي يجب أن يأخذ في الاعتبار هذه الدورة للبطاقة حتى يمكن أو يتيسر الحكم على الفروع والمسائل والجزئيات التي تتعلق ببطاقة الائتمان سواء بالمنع أو الحظر أو الإباحة وسواء بالحل أو الحرمة حتى تتطهر البطاقة حين استعمالها واستخدامها من المخالفات والمحظورات الشرعية وتحقق كافة الأغراض منها سواء كانت أغراضاً مادية أو إيمانية وشرعية أيضاً .

ومن أهم ما أريد أن أخلص إليه أيضاً أننا حين نُخرّج مسألة من مسائل البطاقة على عقد من العقود المسماه في فقه الشريعة الإسلامية فإنما يكون ذلك لتوفر معنى من معاني ذلك العقد أو حكماً من أحكامه في تلك المسألة وليس حقيقة ذلك العقد باسمه وحكمه ، وقد يجتمع في منظومة البطاقة أكثر من حكم لأكثر من عقد من العقود المسماه في الفقه الإسلامي ولا حرج في ذلك شرعاً بل أنه الأقرب إلى حقيقة بطاقة الائتمان كما تحصل في الواقع والممارسة العملية وسيكون ذلك منهجنا في سرد فروع ومسائل بطاقة الائتمان على ضوء أحكام الفقه الإسلامي على النحو التالي:

الفرع الثاني
مدخل الحقوق والالتزامات التي تولدها / ترتبها البطاقة
في كل مرحلة وعلاقة تعاقدية

في كل مرحلة من المراحل التي تمر بها بطاقة الائتمان ترتب العلاقات التعاقدية فيها حقوقاً والتزامات متبادلة لأطراف التعامل والتعاقد، ومن المسلم به أن كل التزام قبل طرف يشكل حقاً للطرف الآخر وكذلك كل حق لأي طرف يشكل التزاماً على الطرف الآخر ومن هنا كانت الحقوق والالتزامات متبادلة بين الطرفين، ومن ثم يجب النظر في هذه الحقوق والالتزامات وفي وصف الإطار التعاقدي المتولدة أو المنبثقة منه بغرض ضبطها وذلك على ضوء أحكام الفقه الإسلامي إعمالاً لأصل شرعي ثابت ومستقر ومجمع عليه هو ألا يأكل أحد مال أحد بالباطل لقوله تعالى : "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" البقرة / من الآية ١٨٨ .

وما يتلارتب على مخالفة ذلك الأصل في التعامل من مفاسد لا يعلم مداها إلا الله سبحانه وتعالى تعم ولا تخص، تعم كافة الأموال وعموم الناس لوجود جرثومة الباطل وتعدّيها وانتشارها فتصبح وباء يطال الكل .

ترتيب الأولويات بمعيار الغرض النهائي :

أما تعدد العلاقات التعاقدية والمراحل التي تمر بها البطاقة وكان الغرض النهائي من البطاقة هو تيسير أو تسهيل حصول حاملها على ما يريده منها – سواء كان ذلك في شكل سلع وخدمات أو في شكل نقدي – بشكل أفضل من أي وسيلة أخرى لديه .

أمام ذلك كانت هذه المرحلة وهذه العلاقة ذات أولوية أولى بين العلائق المختلفة التي تمر وترتبط بها البطاقة .

الفرع الثالث

العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها

أولاً: أهم الحقوق والالتزامات التي ترتبها هذه العلاقة ومناقشتها على ضوء أحكام الفقه الإسلامي:

- يلتزم مصدر البطاقة بالسداد الفوري لكل دين يترتب على حامل البطاقة بسبب استخدامها ويقابله التزام العميل حامل البطاقة بسداد القيمة عند مطالبة البنك المصدر له بذلك.

ومفاد هذا الالتزام أن البطاقة وثيقة تتضمن تعهد المصدر بالسداد للتاجر أو البنك المسحوب منه ثم الرجوع على عميله حامل البطاقة وفقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها في هذه الوثيقة أو بمقتضاها ويبدأ تنفيذ هذا التعهد بعد تحريك حامل البطاقة لحقه باستخدام البطاقة فعلاً وفق الشروط المتفق عليها مع المصدر[1].

(١) من هذه الشروط – أن البطاقة تتيح لحاملها تكرار الشراء في حدود حد أقصى لمشتريات العميل وإذا ما تم تجاوزه فإن المصدر لا يكون ملزماً بالمبلغ الذي تم تجاوزه .

- كيفية تنفيذ هذا الالتزام :

يتم تنفيذ هذا الالتزام على النحو التالي :

عندما يقوم حامل البطاقة بالتعامل بموجبها مع التاجر فإن الأخير يصدر ما يسمى بقسيمة البيع يظهر فيها نوع الخدمة وتاريخها والمبلغ المطلوب ويوقع عليها العميل وتسليم نسخة منها للعميل حامل البطاقة ويحتفظ التاجر بدوره بنسخة له ثم يرسل أصل القسيمة إلى البنك الذي يتعامل معه (بنك التاجر) طالباً تحصيل قيمتها في حسابه .

والبنك التاجر بمجرد التأكد من صحة البيانات وخلال فترة معينة قد تكون ثلاثة أيام يقوم بإيداع قيمة تلك القسيمة في حساب التاجر مخصوماً منها عمولة معينة تمثل نسبة مئوية من قيمة الفاتورة (١ ، ٢%) ثم يقوم البنك التاجر بدوره بتحصيل قيمة القسيمة من حساب البنك المصدر من خلال نظام يسمى BASE II وهذا النظام تابع للمنظمة العالمية التي تتبع لها البطاقة، ثم يقوم البنك بتحصيل ما دفعه من عميله حامل البطاقة سواء عن طريق الخصم من الحساب أو بإرسال كشف الحساب والمطالبة بالسداد في الأجل المتفق عليه .

- أن البطاقة تحدد بمدة معينة ولا يجوز استخدامها بعد ذلك ما لم تجدد .
- أن المصدر لا يلتزم بالسداد قبل ثبوت الدين بإقرار حامل البطاقة المتمثل في توقيعه على قسائم البيع .
- التزام العميل حامل البطاقة بإيداع مبلغ مالي يتفق عليه يتناسب مع الحد الأعلى المسموح له باستخدام البطاقة .
- التزام العميل حال البطاقة بدفع تأمين نقدي تحت يد البنك المصدر طوال فترة استمرار العضوية كضمان لحقوق الغير أو البنك المصدر.
- التزام العميل حامل البطاقة بسداد كامل المستحقات المطلوبة منه خلال فترة محددة .
- التزام العميل حامل البطاقة بتقديم بعض الضمانات في حالة اعطائه فترة سماح لسداد المستحقات المطلوبة منه ومن هذه الضمانات (تقديم كفيل أو رهن ودائعه وحساباته لدى البنك أو جعلها متضامنة مع بعضها البعض) .

ثانياً : التخريج الفقهي لهذا الالتزام :

لقد تعددت الآراء الفقهية المعاصرة في هذه المسألة بما موجزه :

(١) مُصدر البطاقة كفيل (ضامن) لحاملها :

باعتبار أن الكفالة ضم الذمتين في المطالبة والدين[١]. وأن ضمان ما لم يجب جائز عند جمهور الفقهاء[٢] من الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة إذ أن صدور البطاقة ومن ثم الضمان يكون قبل نشؤ الدين في ذمة حامل البطاقة إلا أن المصُدر لا يطالب المضمون عنه حامل البطاقة إلا بعد أن يؤديه عنه في حساب التاجر أو بنك التاجر لأنه لا يمكله قبل الآداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له أن يرجع على الموكل بالثمن قبل الآداء[٣]، بل إن المُصدر لا يلتزم بالسداد فعلاً وآداءً قبل ثبوت الدين بإقرار حامل البطاقة المتمثل في توقيعه على قسائم البيع التي تسمى قسائم الدفع أيضاً Sales draft – sales slip للتاجر و لم تقم بّينه على عدم صحة توقيع حامل البطاقة على القسيمة[٤].

وقد اعترض البعض[٥] على هذا التخريج بأن مصدر البطاقة الذي هو كالكفيل يتقاضى من

---

(١) د. محمد عثمان الفقي – فقه المعاملات دراسة مقارنة ص٤٣٦ ط١٤٠٦ دار المريخ - الرياض أيضاً أنظر في تأييد هذا التخريج مناقشات الفقهاء – مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٧ ح١- ص٦٥١ – ٦٨٢ – سنة ١٤١٢هـ - أنظر في معنى الضمان: مغني المحتاج – الشربيني الخطيب – ح٢ – ص١٩٨ – م. الاستقامة القاهرة .

(٢) المبسوط للسرخسي مجلد ١٠ ج٢٠ – ص٥٠ ط٣ – ١٣٩٨هـ دار المعرفة بيروت – شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ح٧ ص١٨٣ ط الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٨٩هـ - مواهب الجليل للحطاب ج٥ ص٩٩ ط٢ مكتبة النجاح – ليبيا سنة ١٣٩٨هـ- مغني المحتاج للشربيني الخطيب – مرجع سابق ص٢٠٠- المغني والشرح الكبير لابن قدامه – ح٢ – ص٧٠-٧٢ – طدار الكتاب العربي – بيروت ١٩٧٢م .

(٣) شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ح٧ – ص١٩١ .

(٤) أنظر د. محمد عبدالحليم عمر – الإطار الشرعي والمحاسبي لبطاقات الائتمان – المجلة العلمية للاقتصاد والإدارة كلية التجارة – جامعة عين شمس – ع٢ – سنة ١٩٩٢ – ص١٨ .

(٥) د. رفيق المصري – الجامع في أصول الربا – ص٣٨٠ – ط١ دار القلم دمش ١٤١٢هـ - د. محمد علي القري – بطاقات الائتمان – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – ع٧ – ح١ – ص٢٧٣ – سنة ١٩٩٢م.

حاملها رسوم اشتراك وتجديد سنوية ، ومن ثم تكون بمثابة أجر على الضمان إذ لا ترتبط هذه الرسوم بتكاليفه الحقيقية والأصل في الكفالة التبرع ومن ثم لا يجوز أخذ الأجر عليها .

وأجيب عن هذا الاعتراض بأن الرسوم التي يتقاضاها مصدر البطاقة إنما هي رسوم مقطوعة عند الإصدار أو التجديد بصفتها أجراً مقابل الخدمات الفعلية المقدمة لحامل البطاقة[١] ولا مانع من اختلاف هذه الرسوم باختلاف الخدمات أو المزايا وليس باختلاف مقدار الدين (المبلغ المستخدمة له البطاقة) أو أجله (مقدار مهلة السداد)[٢] .

كما أجيب أيضاً بأن هذه الرسوم تدفع للمصدر سواء استخدم حامل البطاقة البطاقة أو لم يستخدمها[٣] .

وأن ما يأخذه البنك المصدر من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه (حامل البطاقة) جائز شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة بمثل السعر الذي يبيع به بالنقد[٤] ومعلوم أن المصدر يدفع للتاجر المبلغ المطلوب بموجب قسيمة البيع مخصوماً منه عمولة المصدر بنسبة معينة من القيمة الاسمية لقسائم البيع وأنها مقابل خدمات يقدمها المصدر للتاجر مثل :

القيام بالإعلان والترويج عن التجرة الذين يقبلون التعامل بالبطاقة وإدراجهم في الدليل الذي يوزعه المصدر على حاملي البطاقات وكذلك قيامه بتحصيل الدين للتاجر فضلاً عما يتكبده المصدر من مصاريف أو تكاليف تنظيم هذا العمل .

---

(١) قرار الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٨(١٢/٢) في دورته (١٢) بالرياض في سبتمبر سنة ٢٠٠٠ – تتمثل الخبرة المقدمة في أن البنك المصدر يعرف بهذا العميل (حامل البطاقة) الجهات التي تتعامل معه ويفتح له ملفاً ويبين حدود استخدام البطاقة وغير ذلك من الخدمات .

(٢) فتوى ندوة البركة (١٢) للاقتصاد الإسلامي بعمان في يوليو ١٩٩٦م ، وقد كنا ممن شاركوا في هذه الندوة بعد أن طالبنا في الندوة السابقة عليها عقد ندوة خاصة لبطاقات الائتمان لأهميتها ودقتها فكانت هذه الندوة (٢) .

(٣) بحث د. محمد عبدالحليم عمر السابق – ص٢٧ .

(٤) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٨ (١٢/٢) في دورته (١٢) في سبتمبر سنة ٢٠٠٠ – المشار إليه .

حالات السحب النقدي بالبطاقة :

أما حالات السحب النقدي من قبل حامل البطاقة فهو خدمة اقتراض من مصدرها ولا حرج فيه شرعاً إذا لم يترتب عليه زيادة ربوية ولا يعد من قبيل الزيادة الربوية الرسوم المقطوعة التي لا ترتبط بمبلغ القرض أو مدته مقابل هذه الخدمة وكل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة لأنها من الربا المحرم شرعاً[1] .

(أ) الالتزامات الأخرى لحامل البطاقة :

بالإضافة إلى ما ذكرناه من التزامات حامل البطاقة بصدر الحديث عن مسألة الكفالة والضمان من الرسوم فهناك التزامات أخرى مثل :

- صلاحية البطاقة بمدة محددة لا يجوز استخدامها بعد انقضائها ما لم تجدد .
- تحديد حد أقصى سقف Card limit للمبلغ المسموح لحامل البطاقة الشراء بموجبها وإذا تم تجاوزه لا يكون المصدر ملزماً بالمبلغ الذي تم تجاوزه .
- لا يجوز لحامل البطاقة شراء الذهب والفضة وكذا العملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة[2].
- تحديد التجار الذين يقوم حامل البطاقة بالشراء منهم .
- التزام حامل البطاقة عدم استخدامها فيما يخالف أحكام الشريعة الأإسلامية .
- التزام حامل البطاقة بسداد كامل المستحقات المطلوبة منه خلال مدة محددة تتراوح بين ٣-٤ أسابيع .

وغير ذلك من الالتزامات السابق بيانها بصدد التصوير الفني للبطاقة، ومن المعلوم أن مخالفة حامل البطاقة لأي من هذه الالتزامات بعضها أو كلها يعطي المصدر حق إلغاء صلاحية البطاقة بصفة دائمة أو مؤقته ودون إبداء الأسباب، وهنا يتم تسجيل البطاقة الممنوعة من التداول Hot

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٨ (١٢/٢) في دورته (١٢) في سبتمبر وقراره رقم ١٣(٢/١٠) و١٣(٣/١) .

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٨ (١٢/٢) المشار إليه .

List ويبلغ بها التجار لعدم التعامل بها .

وعلى هذا النحو تتضح صورة الالتزامات المتقابلة في هذه العلاقة التعاقدية بين مصدر البطاقة وحاملها.

- **فرض غرامات / فوائد تأخير على حامل البطاقة :**

(أ) الفوائد الربوية التي تفرضها البنوك التقليدية المصدرة للبطاقات عن كل يوم تأخير وتحتسبها على أساس مبلغ الدين هي من الربا المحرم والمقطوع بحرمته، وذلك إذا كشف حساب حامل البطاقة الجاري المخصص للخصم عليه بقيمة المستحقات عليه بموجب استخدام البطاقة، وكذلك إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد لأن المصدر بعد أن يقوم بالسداد عن حامل البطاقة يصير في موقف المقرض فقد جاء في المبسوط للسرخسي[1] :

"إن ما يرجع به الكفيل على الأصيل بمنزلة بدل القرض فإن الكفيل يصير مقرضاً ذمته من الأصيل بالالتزام للمطالبة بالكفالة ثم يصير مقرضاً ماله منه بالآداء عنه". وكل زيادة على القرض ربا جلي محرم بالإجماع[2].

هذا وقد نجحت بعض البنوك الإسلامية الأعضاء في بطاقة (فيزا) في تعديل بعض شروط اتفاقية إصدار البطاقة وعدم تحميل العميل بفوائد تأخير دون اعتراض من المركز العالمي للبطاقة[3] .

وعلى هذا الأساس فإن النص على تحميل حامل البطاقة فوائد بنسبة معينة من الدين عند تأخره في السداد كما تفعل البنوك التقليدية غير جائز شرعاً لحرمته .

---

(١) ح٢ – ص٦٦ – ٦٧ .

(٢) حكي الإجماع النووي في المجموع ٤٤٢/٩ م. العاصمة بالقاهرة – ابن هبيره في الإفصاح – ص٢٧٦ وابن قدامه في المغني ٣/٣،٤ وابن رشد في المقدمات الممهدات ٥٠١- ٥٠٢ – ابن حزم في مراتب الغجماع – ص٨٩ – الشوكاني في نيل الأوطار ١٨٩/٥ – حاشية الصعيدي على كفاية الطالب الرباني ٩٩/٢ – موسوعة الإجماع لسعدي أبو جيب ح١ – ص٤٢٩ – الإجماع لابن المنذر .

(٣) أنظر د. محمد عبدالحليم عمر – مرجع سابق – ص٢٣ – ولن يؤثر ذلك على التعامل بالبطاقة .

(ب) **الأصل أن المدين ملئ :**

الشريعة تفرق بين حالة المدين (حامل البطاقة) المعسر والموسر المماطل، فإذا ثبت أنه معسر فيجب إنظاره نظرة ميسرة أي إعطائه مهلة للسداد لقوله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" البقرة/٢٨٠ .

وإذا ثبت أنه موسر مماطل فيسري في شأنه حديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لَيُّ الواجد يُحلُّ عرضه وعقوبته"(١). وحديثه صلى الله عليه وسلم "مَطْلُ الغَنِيِّ ظلم فإذا اتبع أحدكم على مَلِيّ فَلْيَتْبَعْ "(٢) .

والأصل أن المدين (حامل البطاقة) ملئ قادر على الدفع وليس معسراً حتى يثبت العكس بالإعلان رسمياً عن إفلاسه أو إعساره(٣) . وقد جاء في تبصرة الحكام(٤) :

"الغالب الملاء حتى يثبت عدمه"

وبناء عليه فتأخر المدين في الوفاء بالتزاماته المالية بغير عذر شرعي قرينة على مماطلته بل هو – تأخر المدين – من المماطله. جاء في فتح الباري وتحفه الأحوذي بشرح جامع الترمذي(٥) :

"المراد من المطل الامتناع أو تأخير ما استحق آداؤه بغير عذر شرعي" .

---

(١) صحيح البخاري رقم ٢٤٠٠ ح٧١٥/٢ علقه البخاري وصححه ابن حبان ورواه أبو داود والنسائي أنظر اسني المطالب – محمد الحوت رقم ١٢١٧ – ط. دار الكتاب العربي – بيروت .

(٢) رياض الصالحين للنووي رقم ١٦١٨ بتحقيق ناصر الدين الألباني . ط المكتب الإسلامي – أخرجه البخاري رقم ٣٨ – كتاب الحوالة – باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة – اللؤلؤ والمرجان – محمد فؤاد عبدالباقي – رقم ١٠٠٨ .

(٣) وهو ما تبناه تقرير هيئة أسلمة الاقتصاد في جمهورية الباكستان بناء على موافقة خبراء الشريعة – منشور بمجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي . المجلد ٣ العدد ١ – ص٤٠ – ١٤١٤/١٩٩٤ – تصدرها الجمعية الدولية للاقتصاد الإسلامي بلندن

(٤) تبصرة الحكام لابن فرحون بهامش فتح العلى المالك للشيخ عليش ٣٢٦/٢ – ط. دار الفكر – بيروت – منح الجليل للشيخ عليش ١٤٢/٣ ط. دار النجاح بيروت .

(٥) فتح الباري ٤٥٦/٤ – تحفة الأحوذي ٥٣٥/٤ رقم ١٣٢٣ .

(ج) **عقوبة غرامة التأخير :**

وفي خصوص اشتراط غرامة في حالة تأخر السداد تصرف في وجوه البر :

صدرت فتوى ندوة البركة[1] ونصها :

"يجوز اشتراط غرامة مقطوعة أو بنسبة محددة على المبلغ والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع، وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر ولا يتملكها مستحق المبلغ .

ويستأنس لذلك بالقول بالتعزير بالمال عند بعض الفقهاء وبما ذهب إليه بعض المالكية من صحة التزام المقترض بالتصدق إن تأخر عن السداد وتكون المطالبة بذلك – عند الامتناع – على أساس دعوى الحسبة لصالح جهة البر الملتزم بالتصدق عليها".

وتحفظ الشيخ عبدالله بن المنيع فيرى جواز اشتراط الغرامة على أن يستحقها الدائن ويتم تحديد مقدارها عن طريق القضاء أو التحكيم . وتحفظ الشيخ الدكتور الصديق محمد الأمين فيرى منع الاشتراط ولكن يستحق الدائن التعويض عن الضرر ويتم تحديد مقداره عن طريق التحكيم بالاستئناس بمستوى الربح في المؤسسات المالية الإسلامية :

والعقوبة على مماطلة المدين الموسر ظاهر نص الحديث النبوي الشريف الصحيح وقال بها بعض الفقهاء لانتزاع ما عليه من دين[2] .

---

(١) ندوة البركة (١٢) عمّان – يوليه ١٩٩٦م ، وتحفظ الشيخ محمد المختار السلامي على أصل الموضوع .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم ص١٤٤، ٢٦٦– البدائع للكاساني ج١٧٣/٧– المهذب للشيرازي ٤٢٢/١ – العقوبة بالمال في الفقه الإسلامي – د. رمضان الشربناصي – بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون – ص٣١٥ وما بعدها – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات – ع٤ مايو ١٩٩٠م – ابن تيميه في الحسبة ص٤٩ وما بعدها – ط. دار الكتب العلمية – إعلام الموقعين لابن القيم ج٢٣٢٢٢/٣ – المغني والشرك الكبير لابن قدامه ٢٦٣/١٠ – معين الحكام لطرابلسي – ص ١٩٥ – ط٢ – الحلبي المصري الفتاوى الهندية ح١٦٧/٢ – فتح القدر للكمال بن الهمام ٢١٢/٤ ، وذكر أبو يوسف يرى جواز التعزير بأخذ المال .

وقال ابن فرحون[1] : والتعزير يكون على ترك الواجب مثاله .. ترك قضاء الدين مع القدرة على الآداء إلى أربابه فإنه يعاقب حتى يؤدي ما يجب عليه" .

والأصل أن فرض العقوبة المالية التعزيرية يكون للقاضي أو الوالي كما ذكر ابن فرحون وغيره، ولما كان ذلك منتفياً بعدم وجود الحماية القانونية لنظام بطاقات الائتمان المصرفي ولوجود المصلحة المتعينة فإنه لا يجوز اعتبار مبلغ العقوبة دخلاً أو كسباً للبنك، وأنه يجب استعمال ذلك المبلغ لأغراض البر والخير في الصندوق المخصص لذلك إن وجد[2] .

(د) **المصاريف الفعلية لانتزاع ما على المدين (حامل البطاقة) من دين :**

وهذه المصاريف من قبيل الضرر المادي الفعلي بسبب مماطلة المدين فيتحملها وقد جاء في فتاوى ابن تيمية[3] أن المدين ضامن لما ينفقه الدائن بالمعروف .

ومن هذه المصاريف أتعاب المحاماة والرسوم القضائية وما يماثلها من النفقات وقد أفتى بجواز ذلك بعض الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية[4] .

(ب) **السحب النقدي ببطاقة الائتمان :**

• تتيح البطاقة لحاملها خدمة السحب النقدي المباشر لمبالغ نقدية بالعملات المختلفة حسب مكان تواجده وذلك من ماكينات السحب المخصصة لذلك ومن البنوك الأعضاء في البطاقة في المنظمة العالمية وفي هذه الحالة يتأكد جهاز الصرف الآلي من مطابقة الرقم السري وحدود الاستخدام المسموح به لحامل البطاقة من خلال ارتباط ذلك الجهاز بمركز التفويض في المنظمة العالمية.

---

(١) تبصرة الحكام مرجع سابق ح٢/٢٩٤ .

(٢) وهو ما أخذ به تقرير خبراء الشريعة في باكستان – مرجع سابق – فتوى هيئة الرقابة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية .

(٣) الفتاوى ج٢٩/٥٣٠ .

(٤) بيت التمويل الكويتي والمادة ٩/د من شروط وأحكام بطاقة فيزا التمويل – البنك الإسلامي الأردني – المادة ١١/د من شروط وأحكام بطاقة الماستر كارد العالمية الصادرة عن البنك .

- وفي يوليو ١٩٩٦م أصدرت ندوة البركة بعمّان فتوى بالجواز نصها :

"لا مانع شرعاً من استخدام بطاقة الائتمان في السحب النقدي من البنك المُصدر أو فروعه أو البنوك الأعضاء المتفق معها على تمكن حامل البطاقة من السحب سواء كان له رصيد لدى البنك المصدر للبطاقة أم لم يكن له رصيد ووافق البنك المصدر على تقديم تسهيلات لحامل البطاقة دون تقاضي فوائد على ذلك . كما لا يمتنع شرعاً استخدام البطاقة للسحب النقدي من أجهزة الصرف الآلي المنتشرة في العالم .

ويجوز أخذ العمولة على ذلك سواء كانت لصالح البنك المُصدر للبطاقة أم غيره من البنوك الأعضاء ، وسواء كانت العمولة مبلغاً مقطوعاً أم نسبة مئوية من المبلغ ، بشرط ألا تزيد العمولة في حالة السحب على المكشوف ، وذلك على أساس أن العمولة تقابل خدمة فعلية لتوصيل المال للساحب ولا ترتبط بمقدار الدين ولا بأجل الوفاء .

- ثم صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٨ (١٢/٢) في سبتمبر سنة ٢٠٠٠ بالرياض ونص على أن :

"السحب النقدي من قبل حامل البطاقة اقتراض من مصدرها ولا حرج فيه شرعاً إذا لم يترتب عليه زيادة ربوية ، ولا يعدّ من قبيلها (الزيادة الربوية) الرسوم المقطوعة التي لا ترتبط بمبلغ القرض أو مدته مقابل هذه الخدمة . وكل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة لأنها من الربا المحرم شرعاً كما نص على ذلك المجمع في قراره رقم ١٣ (٢/١٠) و ١٣ (٣/١) .

وقد ذهب البعض[1] إلى أن اشتراط أي نفع لصالح المقرض يخرج عقد القرض من أن يكون إرفاقا وقربة ، ولا فرق بين الزيادة في القدر أو الصفة .

---

(١) د. عبدالوهاب أبو سليمان – بطاقات المعاملات المالية ص١٠٢ – ١٠٤ – بحث غير منشور – مكة المكرمة ١٩٩٦م – مشار إليه في بحث نواف باتوبارة – مرجع سابق ص١٨٢ – والمراجع المشار إليها في بحث د. أبو سليمان : مواهب الجليل للحطاب ح٤ – ص٥٤٦ ط١ مطبعة السعادة – مصر – البهوتي – كشاف القنع ح٣ – ص٣١٧ .

وقد اختلفت هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في تصوير وحكم المسألة :

• فذهبت بعض الهيئات الشرعية[1] إلى أن ما يأخذه البنك مقابل قيام العميل حامل البطاقة بالسحب النقدي عموله من قبيل الأجرة وأن هذه الأجرة عبارة عن رسم مقابل تحويل المبلغ إلى حامل البطاقة وهو جائز شرعاً سواء كان الدفع من الرصيد الإيجابي في حساب العميل أو من حسابه المكشوف على سبيل القرض الحسن وهذا الرسم لا يجوز أن يكون مقطوعاً أو بنسبة مئوية من المبلغ شريطة أن لا يرتبط بالأجل .

على حين ذهبت هيئة شرعية أخرى إلا أنه في حالة انكشاف رصيد حامل البطاقة وقيام البنك بالدفع عنه فلا يؤخذ منه عمولة لأنه قرض حسن[2] .

وذهبت هيئة شرعية ثالثة[3] إلى أنه في حالة السحب النقدي فلا يجوز تحصيل مبالغ زائدة سواء باسم رسم خدمة أو أي اسم آخر لأن ذلك من الربا .

وذهبت هيئة شرعية رابعة[4] إلى أن ما يأخذه البنك في حالة تغطية سحب مبالغ على المكشوف هو عمولة مقابل خدمات يقوم بها البنك مثلها مثل غيرها من حالات شراء البضائع ولا علاقة لها بعدم كفاية رصيد العميل وقيام البنك بالسداد نيابة عنه ومن ثم لا توجد أية شبهة حول تحصيلها في هذه الحالة .

والحق الرائق في المسألة عندنا هو ما انتهى إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وهيئة الفتوى والرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي .

---

(١) البنك الإسلامي الأردني – الهيئة الشرعية .

(٢) بيت التمويل الكويتي فتوى رقم (١٧٣) .

(٣) شركة الراجحي المصرفية قرار رقم (٤٧) .

(٤) بنك دبي الإسلامي فتوى رقم (٩٠) .

• المصارفة عند تسوية حسابات حامل البطاقة :

حامل البطاقة يمكنه التعامل بها لدى التجار والبنوك الأعضاء في البطاقة في أي دولة من دول العالم، ومن ثم تختلف عملات التعامل عن العملة التي نص العقد مع المصدر على التحاسب بها وتحتاج تسوية المعاملات إلى عملية صرف أي تحويل المستحقات من الدولار مثلاً أو أي عملة أجنبية أخرى إلى العملة المحلية ولكن يتم ذلك باستخدام سعر صرف ينص عليه في الاتفاقية. ويختلف تحديد سعر الصرف من مصدر إلى آخر:

فقد يحدد بالسعر المعلن يوم قيد المستحقات على حساب حامل البطاقة في البنك[1] .

وقد يحدد بالسعر المعتمد في البنك يوم الخصم من حساب حامل البطاقة .

وقد يحدد بالسعر السائد والمعلن لدى البنك يوم التحويل أي التاريخ الذي تم فيه السداد من جانب البنك نيابة عن العميل حامل البطاقة[2] .

وقد يحدد بالسعر السائد في تاريخ استلام بيان المبالغ المستحقة من المنظمة العالمية[3].

وقبض الدَّين بعملة أخرى عملية صرف جائزة عند الفقهاء بشروطها من الفورية والتقابض ومؤدى ذلك أن يكون سعر الصرف هو الجاري والمعلن وقت القبض ، والقبض هنا من قبيل القبض الحكمي لأن هذا صرف ما في الذمة وهو جائز عند جمهور الفقهاء فمتى يكون هذا القبض الحكمي متحققاً فيما نحن بصدده هل هو :

يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر أي السداد في حسابه .

أو يوم الحسم من حساب حامل البطاقة .

وبينهما فارق زمني قد يتغير فيه سعر الصرف المعلن .

---

(١) هذا هو المتبع لدى شركة الراجحي المصرفي للاستثمار ، وبيت التمويل الكويتي التونسي السعودي .

(٢) هذا هو المتبع لدى البنك الإسلامي الأردني .

(٣) هذا هو المتبع لدى بيت التمويل الكويتي .

أو هو تاريخ استلام المصدر بيان المبالغ المستحقة من المنظمة العالمية وبينه وبين التوقيتين السابقين فارق زمني أيضاً قد يتغير فيه سعر الصرف المعلن .

ولما كان سعر يوم القبض أو وقت القبض – لأن السعر قد يختلف من وقت لآخر في اليوم الواحد أي في نفس اليوم – وهو المعتبر شرعاً لما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال : "كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدينار وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : لا بأس أن تأخذها بسعر يومها[1]".

والحديث الشريف يضعنا أمام تاريخين هما :

الأول: تاريخ نشوء الدين المتمثل في نتيجة عملية البيع "كنت أبيع الابل بالبقيع" بالدنانير .

الثاني: وتاريخ سداد الدين بعملة أخرى غير تلك التي نشأ بها وهي في الحديث الدنانير بدلاً عن الدراهم أو الدراهم بدلاً عن الدنانير .

وقد حدد الحديث الشريف سعر يوم الأخذ للعملة الأخرى التي لم ينشأ بها الدين وهو سعر يوم القبض لهذه العملة الأخرى ونعتقد أن هذا هو ظاهر ومعنى ومفهوم الحديث الشريف وتأسيساً عليه نكون فيما يتعلق بالبطاقة أيضاً أمام تاريخين :

الأول: تاريخ نشوء الدين وهو يوم قيد قيمة الخدمات على حساب حامل البطاقة أي تاريخ قسيمة البيع أو الدفع إذ منذ هذا التاريخ يصبح حامل البطاقة مديناً بقيمة استخدام البطاقة نتيجة البيع والشراء (عقد البيع) .

ثانياً: تاريخ سداد وآداء ودفع هذا الدين والوفاء به بعملة أخرى غير تلك التي نشأ بها أي تاريخ أخذه من المدين أي (عند الصرف) وهنا ينظر :

---

(١) سنن ابن ماجه ح٤ – ص٧٦٠ – حديث رقم ٢٦٢ .

١- إذا تم الأخذ بالقيد والخصم من حساب حامل البطاقة لدى المُصدر فيكون السعر المعتبر شرعاً هو سعر صرف وقت ذلك القيد والخصم أو الحسم من الحساب .

٢- إذا تم الأخذ بعد المطالبة الفعلية في حالة عدم وجود الحساب - ونعتقد أنه أمر نادر - فيكون السعر المعتبر شرعاً هو سعر صرف يوم الآداء الفعلي أو السداد الفعلي وهو تاريخ القبض.

وعلى ضوء ما انتهينا إليه يجب أن نفهم ما انتهت فتوى ندوة البركة[١] من أنه :

يجوز اتفاق البنك المصدر مع حامل البطاقة على تحويل قيمة المبالغ المستحقة باستخدام السعر المعلن لدى البنك يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر[٢] (يوم السداد) وذلك بالحسم من حساب حامل البطاقة إن كان فيه رصيد أو بإقراض البنك له بدون فوائد بإضافة المبلغ إلى حسابه المكشوف ثم الحسم منه إذا كان البنك قد وافق على إقراضه في هذه الحالة .

ويعتبر شرط التقابض متوافراً وهو من قبيل القبض الحكمي لأن هذا صرف ما في الذمة وهو جائز عند جمهور الفقهاء .

وهناك من البنوك[٣] (المُصدر للبطاقة) من يقوم بإضافة عمولة إضافية بنسبة ١% مثلاً من قيمة المعاملة إلى سعر الصرف يعتبرونها مقابل الخدمات التي تقدم للعميل بهذا الخصوص وبخاصة أنه لا يمكن ابتداء معرفة عدد العمليات التي سيقوم بها العميل وبالتالي عدم إمكانية تحديد تكاليف الصرف التي يقوم بها البنك لصالح حامل البطاقة.

---

(١) مرجع سابق .

(٢) يتضح من تحديد يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر بيوم السداد أن المعول عليه هو تاريخ السداد وليس تاريخ نشؤ الدين وهو يوم قيد العملية لصالح التاجر بموجب قسيمة البيع أو الدفع .

(٣) بيت التمويل الكويتي .

(ج) **استخدام بطاقة الائتمان في شراء الذهب والفضة :**

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواءً بسواء يداً بيد وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"(١) .

وفي رواية "ولا تبيعوا منهما غائباً بناجز"(٢) .

ومعنى ذلك أن شراء الذهب والفضة يخضع لشروط تقابض البدلين أي التسليم الفوري (يداً بيد) للمبيع والثمن .

وقد اعتبرت بعض الفتاوى والهيئات الشرعية والباحثين أن قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة للتاجر تقوم مقام القبض كالشيك وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على جواز شراء الذهب والفضة بالشيكات المصدّقة على أن يتم التقابض بالمجلس(٣) .

وعلى الرغم من أن هناك وجه اختلاف بين الشيك المصدّق وقسيمة الدفع التي يوقعها حامل البطاقة من ناحية أن الشيك المصدّق يفيد وجود المبلغ الصدر به الشيك يقيناً في حساب المدين

---

(١) صحيح مسلم كتاب المساقاة حديث رقم ٢٩٧١ .

(٢) مسند أحمد كتاب باقي مسند المكثرين – حديث رقم ١١٠٧٠ .

(٣) قرار رقم ٩٥/١/٨٨ في دورته التاسعة بشأن تجارة الذهب . وقد جاء بفتوى ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي في يوليه ١٩٩٦ أنه "يجوز استخدام بطاقة الائتمان في شراء الذهب والفضة وصرف العملات بشرط عدم التأجيل أو التأخير بالاشتراط أو العرف ، مع مراعاة أنه لا يحصل اختلال التقابض بالتأخير غير مقصود (٧٢ ساعة) على ما هو المتبع في القيود المصرفية طبقاً لقرار مجمع الفقه الأإسلامي . وذلك لأن قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة تقوم مقام القبض كالشيك بل هي أقوى منها كما أفاد الفنيون لأنها ملزمة للتاجر وتبرأ بها ذمة حامل البطاقة من الدين حالاً ، وليس له الاعتراض على الوفاء بقيمتها" . وقد تحفظ على هذه الفتوى كل من الشيخ محمد المختار السلامي و د. الصديق محمد الأمين الغدير – أنظر أيضاً بحث نواف عبدالله أحمد باتورباه – مرجع سابق – ص١٨٦ .

مما يقطع بأن استلام الدائن للشيك المصدق قبض لمبلغه في الذمة وليس هكذا قسيمة الدفع فقد يكون حساب العميل حامل البطاقة مكشوفاً، ولكن الحاصل أن بنك التاجر بمجرد استلام قسيمة الدفع يقوم بالدفع في حساب التاجر ثم يتابع التحصيل من حامل البطاقة، وتكون النتيجة تحقق القبض للبدلين سواء كان قابضاً فعلياً أو حكمياً بالقيد في حساب التاجر ومن ثم تصح المعاملة شرعاً.

هذا وإن كان مسلك هيئة الفتوى والرقابة الشرعية في بيت التمويل الكويتي أولى بالاعتبار إذ رأت الهيئة أنه لابد من التقابض الفوري في شراء الذهب (وأيضاً الفضة) وأن أي بطاقة يتحقق فيها القبض الفوري لا مانع شرعاً من استخدامها في شراء الذهب وأن قسيمة الدفع التي يوقع عليها العميل حامل بطاقة الفيزا تعتبر وسيلة دفع مؤكدة تصرف فوراً حال تقديمها إلى بنك التاجر لذا فهي تخول التاجر الحصول على المبلغ فوراً مما يحقق شرط التقابض في بيع الذهب والفضة ويعتبر كالدفع بالشيكات وهو جائز شرعاً[1] .

(د) خدمات التأمين الإضافية التي يقدمها المصدر لحامل بعض البطاقات فقط :

وتتمثل خدمة التأمين الإضافية لحاملي بعض البطاقات كالبطاقة الذهبية في التأمين ضد مخاطر السفر إذا استخدمت البطاقة في حجز التذاكر ، وكذا ضد الحوادث بشكل عام .

ولما كان التأمين التجاري محل خلاف بين الفقهاء المعاصرين إذ يجيزه البعض ويمنعه الأكثرون ولكن التأمين التعاوني محل إجماع المعاصرين من العلماء والمجامع الفقهية على جوازه لذلك نكتفي هنا بإيراد فتوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في هذا الشأن ونصها :

---

(١) بيت التمويل الكويتي – التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية – سلسلة الاقتصاد الإسلامي – الكويت – ص٢٣ – ٢٥ .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم ٢
بشأن التأمين وإعادة التأمين

أما بعد:

فإن مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠- ١٦ ربيع الثاني ١٤٠٦هـ /٢٢ – ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥م.

بعد أن تابع العروض المقدمة من العلماء المشاركين في الدورة حول موضوع "التأمين وإعادة التأمين".

وبعد مناقشة الدراسات المقدمة.

وبعد تعمق البحث في سائر صوره وأنواعه ، والمبادئ التي يقوم عليها والغايات التي يهدف إليها.

وبعد النظر فيما صدر عن المجامع الفقهية والهيئات العلمية بهذا الشأن.

قـــرر :

١- أن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجاري عقد فيه غرر كبير مفسد للعقد، ولذا فهو حرام شرعاً.

٢- أن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التعاوني القائم على أساس التبرع والتعاون. وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التعاوني.

٣- دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التعاوني وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

والله أعلم

ونخص بالذكر فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[1] والتي انتهت إلى :

لا مانع شرعاً من التعويض عن الأضرار والإصابات التي تلحق بحامل البطاقة الذهبية وفق الشروط التالية :

أ- أن يكون التعويض عن الإصابات والحوادث والتي تلحق ضرراً ما دون النفس فقط أي دون حالات الوفاة .

ب- أن يكون التعويض وفق قواعد الدِّية الشرعية .

ج- إذا زاد مبلغ التعويض عن قيمة الدية الشرعية فإن العميل يفوض بيت التمويل الكويتي بالتصرف في هذه الزيارة في وجوه الخير .

د- في حالة تعويض حامل البطاقة في حالات الطوارئ والاخلاء والإعادة للوطن أو إلى محل الإقامة بعد الحوادث يجب أن يكون ذلك بمقدار الأضرار الفعلية التي لحقت بحامل البطاقة ....

(٢) تخريج العلاقة بين مُصدر البطاقة وحاملها على أساس الحوالة وما قيل فيه :

عند أصحاب هذا الاتجاه[2] وعلى هذا الأساس يكون المصدر للبطاقة محالاً عليه وحاملها محيلاً والتاجر الدائن محال. ودليلهم ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه

---

(١) المرجع السابق، وهناك بطاقة فيزا الذهبية شركة الراجحي المصرفية للاستثمار حيث تقدم هذه الخدمة وفق النص التالي: "بالاتفاق مع باركليز للتـــامين الدولي أصبح حاملوا بطاقة الراجحي فيزا الذهبية يتمتعون بتغطية تأمينية ضد الحوادث لاقدر الله بحد أقصى ٢٥٠ ألف دولار أمريكي كما يتمتع جميع أفراد عائلتك بهذه التغطية" . والبنك العربي الإسلامي بالبحرين ينص على "تأمين صحي على أساس التكافل الإسلامي ضد الحوادث في حالة السفر عند استخدام بطاقة فيزا بمبلغ يصل إلى (٥٠) ألف جنيه استليني" ، وذلك عن طريق شركة التكافل للتأمين الإسلامي .

(٢) منهم د. وهبة الزحيلي – د. عبدالسلام العبادي – والشيخ حمزة – ود. رفيق المصري – ود. محمد علي القري – أنظر مناقشات مجمع الفقه الإسلامي حول بطاقات الائتمان مجلة المجمع ع٧ ج١ ١٤١٢هـــ - ص٦٦٩ ، ٦٨٠ ، ٦٨٢ .

وسلم قال "مطل الغنى ظلم وإذا اتبع أحدكم على ملئ فليتبع"[١].

ففي هذا الحديث يقول الشيخ سيد سابق[٢] أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الدائن إذا أحاله الدائن على غنى ملئ قادر أن يقبل الإحالة وأن يتبع الذي أحيل عليه بالمطالبة حتى يستوفى حقه.

وتوجه إلى هذا التخريج عدة انتقادات هي[٣]:

– إن دين حامل البطاقة لم ينشأ عن تعاقده مع مصدرها ومن شروط الحوالة أن تكون بدين ثابت مستقر عند نشوئها كما يذهب إلى ذلك بعض الفقهاء[٤] .

– إن المحال عليه (المصدر) ليس مديناً ولا وديعاً للمحيل عندما يوقع حامل البطاقة للتاجر على قسيمة البيع بما يفيد إحالته على المصدر لاستيفاء حقه وبالتالي فهي حوالة على مقرض فتكون قرضاً مقابل باشتراك تصير فيه شبهة ربا[٥].

– إن ذمة حامل البطاقة تظل مشغولة بالدين حتى يسدده للمصدر والحوالة تؤدي إلى براءة المحيل من الدين لنقله إلى ذمة المحال عليه[٦].

– خصم مصدر البطاقة المحال عليه جزءاً من الحوالة يعد كسباً ربوياً[٧].

– التاجر المحال ليس له حق مطالبة مطالبة حامل البطاقة (المشتري والمحيل) ومن طبيعة عقد الحوالة أن للمحال مطالبة المحيل إذا كان المحال عليه غير ملئ[٨] .

---

(١) صحيح البخاري – كتاب الحوالة – حديث رقم ٢١٢٥ .
(٢) فقه السنة ح٣ – ص٣٠٢ – ط٢ ١٤١١هـ – دار الفتح – القاهرة .
(٣) أنظر نواف عبدالله أحمد باتوبارة – مرجع سابق – ص١٦٧ – وما بعدها حيث أورد هذه الانتقادات .
(٤) مغني المحتاج للشربيني ح٢ – ص١٩٤ – ١٩٥٥ – الاستقامة – القاهرة .
(٥) د. رفيق المصري – بطاقة الائتمان – ص٤١١ .
(٦) مغني المحتاج للشربيني ح٢ – ص١٩٥ – مرجع سابق .
(٧) عبدالله بن المنيع – أحكام بيع الدين محاضرة غير منشورة بالبنك الإسلامي للتنمية في ١٤١٧/٩/٤هـ .
(٨) بكر بن عبدالله أبو زيد – بطاقة الائتمان حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية – ص٣٧ – ٣٨ – ط. مؤسسة الرسالة – عمان ١٤١٦هـ .

(٣) تخريج العلاقة بين مُصدر البطاقة وحاملها على أساس الوكالة وما قيل فيه :

(أ) ذهب رأي[١] إلى أن حامل البطاقة الذي يفتح حساباً في المصرف ويأخذ البطاقة منه هذه العملية تتضمن توكيلاً للمصرف مصدر البطاقة بأن يدفع عن حاملها ومستعملها ما يقع عليه من التزامات مالية وأن يحتسب ما دفعه عنه يقتطعه من حسابه فهناك توكيل حامل البطاقة وهذا حسب قوله: لاشك فيه أبداً لأنه كيف يستطيع المصرف أن يقتطع من حساب العميل حامل البطاقة مبلغاً من حسابه دون إذن منه؟ فلذلك عملية إصدار البطاقة وأخذها تتضمن توكيلاً للمصرف مصدرها بأن يدفع عنه والأمر بالدفع معلوم ودفع الوكيل عن المدين بأمره هذا لا يعتبر تبرعاً كما هو معروف وإنما يجعل حقاً للوكيل في أن يرجع على الموكل بما دفع عنه من دين.

(ب) وذهب رأي[٢] إلى أننا أمام عملية تحصيل دين للتاجر على حامل البطاقة ومصدر البطاقة قام بدفع هذا الدين من ماله لاختصار الإجراءات ثم ذهب ليحصل مستحقاته على هذا الذي حمل البطاقة وهذا الأمر موجود في كثير من مجالات الوكالات والسمسرة.. وبعض الوكلاء يزيد في العمولة لأنه أجل بالثمن للموكل فيكون ربا ضمنياً .. لأنه أخذ هذا الفرق الزائد لقاء الدفع وتعجيل السداد .... ولابد من التنبيه على أن عملية تحصيل الدين بنسبة معلومة منه هي وكالة بأجر وليس من التزامات الوكيل أن يؤدي الدائن من ماله وإلا صارت كفالة وهناك تضاد بين مقتضي الكفالة (لأنها ضمان) وبين مقتضي الوكالة (لأنها أمانة) والذي يجب على الوكيل أن يؤدي ما وكل بتحصيله بعد قيامه بالتحصيل فعلاً ولكن في نظام البطاقة تحملت شركة البطاقة التزاماً لا يلزمها وهو أن تؤدى أولاً ثم تطالب المدينين .... ومن الواجب شرعاً أن لا يكون القصد من عمولة التحصيل أو من زيادة نسبتها إيجاد مقابل لعملية تسديد الفواتير لمستحقيها قبل عملية تحصيلها وإلا كان فيه إخفاء للمراباه ضمن الوكالة وهذا مالا يتوافر هنا للتفاوت الكبير في مدة الأجل الفعلي لكل من المديونية والتوفيه للدين وعدم الربط العقدي بينهما .. فليس هناك

---

(١) المرحوم الشيخ مصطفى الزرقا – الآراء المنشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة – ح١- ص٦٧٢ في موضوع بطاقات الائتمان .

(٢) د. عبدالستار أبو غدة – بطاقات الائتمان – مجلة مجمع الفقه الإسلامي – ع٧ ج١ ١٤١٢هـ - ص٦٥٨ – ٦٦٥ .

أجل ممنوح قصداً في البطاقة ولكن هناك فترة سماح بسبب المراسلات والاشعار.

(ج) وذهب رأي[1] إلى أنه يمكن القبول بتخريج العلاقة على أنها وكالة بأجر بشرط أن يتأخر التاجر في تسلم المبلغ المستحق له حتى يقوم مصدر البطاقة (الوكيل) بتسلم هذا المبلغ من حامل البطاقة أو من حسابه في البنك ثم بعد ذلك يقوم بدفعه للتاجر .

(د) وذهب رأي[2] مخالف إلى أن العقد المبرم بين مصدر بطاقة الائتمان والمحلات التجارية أو التي تقدم الخدمات المتعاقدة مع المصدر لوجدنا أن هذا العقد صريح في أن مصدر البطاقة ملتزم بذاته بدفع هذا المبلغ الذي اشترى به حامل البطاقة إذن هناك التزام من مصدر البطاقة نحو المحلات التجارية ونحوها بدفع الدين الذي التزم به المشتري فإذن الشركة المصدرة لبطاقة الائتمان هي عبارة عن كفيل لهذا الدين (كفيل بالدين) .

وعلى هذا الرأي كما يصرح يخالف القول بأنها وكالة بأجر وأنه عند إصدار البطاقة يكون هناك توكيل من التاجر أو صاحب الخدمات لمصدر بطاقة الائتمان في أن يحصل المبلغ الذي اشترى به أو التزامه حامل البطاقة وهذا الوكيل يبادر بدفعه المال من جيبه ثم يعود على الدين بتحصيل المبلغ وطبق على القضية أحكام الوكالة والوكالة بأجر .

والذي يظهر لي: أن كلا من الآراء السابقة عوّل على ناحية أو جزئية فرعية في منظومة متكاملة للبطاقة فصاحب الرأي الأول (أ) أسس تخريجه على وجود حساب لحامل البطاقة لدى مصدر البطاقة وليس هكذا الحال والواقع دائماً .

وصاحب الرأي الثاني (ب) الذي ذهب إلى أن التزام مصدر البطاقة بالوفاء للتاجر التزام لا يلزمه يخالف نصوص والتزامات العقد المبرم بينهما، والعقد المبرم بينه وبين حامل البطاقة أيضاً، وأن القول بأنه ليس هناك أجل ممنوح قصداً في البطاقة ولكن هناك فترة سماح بسبب المراسلات والإشعارات يخالف المقصود من البطاقة ذاتها وغرض حاملها منها وما قد ينص عليه من فترة

---

(١) نواف عبدالله باتوباره – مرجع سابق – ص١٥٧ .

(٢) د. نزيه حماد – مناقشات بطاقات الائتمان– مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٧ ح١ ١٤١٢هـ - ص٦٦٤.

سداد فيها.

وحتى الرأي المخالف (د) ركز على جزئية التزام مصدر البطاقة بالسداد عن حاملها دون مناقشة ما يسبق ذلك من رسوم يحصل عليها بموجب علاقة تعاقدية ويتبع ذلك من خصم نسبة مما يؤديه للتاجر بموجب علاقة تعاقدية أخرى.

(٤) تخريج هذه العلاقة على أساس القرض وما قيل فيه :

حيث يتم التعاقد بين مصدر البطاقة وحاملها على أساس أن يقدم الأول للثاني قرضاً نقدياً حسب اتفاقية وشروط يوافق عليها الطرفان وتحقق فيها أركان عقد الاقراض وأن العوض في هذا العقد وهو المبلغ الذي يخوّل مصدر البطاقة حاملها استخدامه في الحصول على احتياجاته وهو قرض مفتوح حتى يبلغ نهايته فإذا تم تسديده كاملاً أو منجماً خلال فترة صلاحية البطاقة منح حامل البطاقة قرضاً جديداً[١] .

وأن هناك قرضاً حسناً في بعض الأحيان من البنوك التي لاتشترط أن يكون السحب من حساب العميل مباشرة وإنما أن يدفع المصدر ثم يستوفى[٢] .

وقد ذهب رأي[٣] إلى أنه وقد يبدو أن فيها معنى القرض وأن هذا ما تصوره الدراسات الاقتصادية الوضعية حيث ترى أن العميل يحصل عند استعماله للبطاقة على قرض أوتوماتيكي من المصدر لكن المشكلة هنا أنه إن كان قرضاً وجب لوجوده أن يقبض المقترض مبلغ القرض وهذا لا يوجد في الصيغة المذكورة إلا أن يكون قبضاً حكيماً قام به مصدر البطاقة نيابة عن حاملها فأقرضه من نفسه وسدد عنه دينه وأن القرض عقد تمليك وعند المالكية الملك يثبت بالعقد ولو لم يقبض المال[٤] .

ومن المقطوع به شرعاً أن كل قرض جرّ نفعاً فهو ربا . والنفع المقصود وهو نفع المقرض.

---

(١) د. عبدالوهاب أبو سليمان – بطاقات المعاملات المالية – مرجع سابق – ص٨٩ – ٩٠ .
(٢) د. عبدالستار أبو غدة – مرجع سابق .
(٣) د. محمد علي القري بن عيد – مجلة مجمع الفقه الإسلامي ع٧ ح١ – ص٣٨٩ – ٣٩١ .
(٤) مشار إليه في نواف عبدالله باتوباره – مرجع سابق – ١٥٩ .

الفرع الرابع

العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر

طبقاً لمعيار ترتيب الأولويات بحسب الغرض النهائي من البطاقة وهو تيسير أو تسهيل حصول حاملها على ما يريده منها تأتي هذه العلاقة في المرتبة الثانية بين العلائق المختلفة التي تربط وتمر بها البطاقة.

لاشك أن استخدام / استعمال حامل البطاقة لبطاقته مع التاجر أو التجار المسموح بتعامله معهم والراغبين في ذلك وموافقتهم عليه سلفاً بموجب نظام ومنظومة بطاقة الائتمان يترتب عليه تحريك حامل البطاقة لحقه في الانتفاع بالبطاقة وذلك عندما يشتري من هذا التاجر سلعة أو خدمة فيتعلق ثمنها بذمته ويصير مديناً به ويكون التاجر دائناً له بهذا المبلغ وذلك عند التوقيع على قسيمة البيع (فاتورة الشراء) والتي تسمى أيضاً قسيمة الدفع ولكن طبقاً لنظام ومنظومة بطاقة الائتمان يرسل التاجر الدائن نسخة من هذه القسيمة إلى بنك التاجر للتحصيل من مصدر البطاقة رأساً وفوراً تنفيذاً لالتزامه العقدي بذلك. وهنا يثور التساؤل عن تخريج علاقة حامل البطاقة بالتاجر . وقيل في شأنها بالتخريجات التالية :

١- تخريج هذه العلاقة على أساس عقد الحوالة وما قيل فيه :

على أساس هذا التخريج يكون حامل البطاقة (المدين) محيلاً والتاجر (الدائن) محالاً والمصدر للبطاقة محالاً عليه . والدين المحال به معلوم ولازم على الدين حامل البطاقة .

ولا يشترط جمهور الفقهاء عدا المالكية لصحة الحوالة أن يكون للمحيل دين على المحال عليه، وعلى رأي المالكية الذين يشترطون في الحوالة أن يكون للمحيل دين على المحال عليه فيكون تخريج العلاقة على أساس الحمالة (الكفالة) لأن المحال عليه احتمل سداد الدين عن المحيل .

٢- **هذه العلاقة علاقة بيع أو إجارة[١] وما قيل فيه :**

فقد تكون عقد بيع: البائع فيه هو التاجر والمشتري هو حامل البطاقة. وقد يكون عقد إجارة (خدمات) المؤجر هو التاجر وحامل البطاقة هو المستأجر، وفي كلا العقدين يستحق التاجر الثمن أو الأجرة بموجب توقيع حامل البطاقة على سند البيع أو الإجارة لتنتقل مسئولية المطالبة بالمبلغ إلى مصدر البطاقة الذي ضمن للتاجر السداد.

٣- **قيل أيضاً أن هذه العلاقة وكالة[٢] :**

فحامل البطاقة يجعل التاجر وكيلاً عنه يقترض باسمه من مصدرها ويسدد دينه لنفسه واستدرك أن الخصم الذي يحصل عليه التاجر في هذه الحالة يكون زيادة على القرض وهو ممنوع شرعاً.

الفرع الخامس

العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر

كما سبق فإن نظام البطاقات يستوجب وجود علاقة مسبقة من التجّار وأحد البنوك الأعضاء في المنظمة العالمية والذي يسمى البنك التاجر/ البنك المصدر، وبموجب هذه العلاقة التعاقدية يقبل التاجر التعامل بالبطاقة ويلتزم البنك بسداد المبالغ المستحقة للتاجر بسبب استخدام تلك البطاقة خلال مدة سريانها محسوماً من قيمتها النسبة المئوية المتفق عليها وتتراوح بين ١، ٢% من قيمة الفاتورة وتوزع هذه النسبة بين المصدر وبنك التاجر إن وجد، ويستقل بها المصدر ، فضلاً عما يوفره البنك للتاجر من معلومات وبيانات وأجهزة وتأمين نوعية جيدة من حاملي البطاقات.

وعند التعامل يرسل التاجر أصل قسيمة البيع إلى البنك لتحصيل قيمتها في حسابه وعند الدفع لقيمة القسيمة يقوم البنك التاجر بدوره بتحصيل تلك المبالغ من مصدري البطاقة عن طريق نظام المقاصة والتسويات لدى المنظمة العالمية التي تتبعها البطاقة.

وفي تخريج هذه العلاقة تعددت وجهات النظر على النحو التالي :

---

(١) د. عبدالوهاب أبو سليمان – مرجع سابق – ص١١٧ .

(٢) أوراق الحلقة الفقهية السادسة – مجموعة دلة البركة – ص٩ .

١- **العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر علاقة (ضمان) وما قيل فيه :**

فمصدر البطاقة يضمن للتاجر قيمة مبيعاته بواسطة البطاقة ضمن الحدود المسموح بها لحامل البطاقة وما يحصل عليه المُصدر من عمولة في هذه الحالة إنما يحصل عليه من المكفول له التاجر وليس المكفول عنه حامل البطاقة وقيل رداً على ذلك أن الكفالة عقد تبرع فلا يجوز فيه المقابل مطلقاً وإلا انقلب معاوضة[١]، فضلاً عن أنه يجوز للكفيل التصالح عن الدين بالحطيطه منه.

٢- **تخريج هذه العلاقة على أساس الوكالة بأجر وما قيل فيه :**

وذلك على أساس أن التاجر يوكل المُصدر في تحصيل قيمة الفاتورة ولكن الحاصل أن المصدر يؤديها من ماله فصارت كفالة واختلف مقتضى الوكالة عن مقتضى الكفالة فالأولى أمانة والثانية ضمان، وأن المصدر يحصل على نسبة من قيمة من الفاتورة ولا يسددها كاملة للتاجر، ولا يقلل من التزام المصدر بالسداد من ماله أو يؤثر فيه القول بأنه التزام لا يلزمه وهو أن يؤدي أولاً ثم يطالب المدينين فهو قول تصوري غير واقعي وليس هو حاصل المسألة وإلا انقلبت المسألة وخرجت عن أن تكون التزاماً في بطـــاقة الائتمان في علاقة التاجر بالمُصدر والأصل أنها التزام جوهري في العقد بينها.

٣- **تخريج هذه العلاقة على أساس السمسرة وما قيل فيه :**

حيث يقدم مصدر البطاقة خدماته للتاجر ويحصل على نسبة من قيمة قسيمة / فاتورة البيع وأهم هذه الخدمات تحصيل دين حامل البطاقة[٢].

---

(١) الشيخ محمد المختار السلامي– مناقشات بطاقات الائتمان– مجمع الفقه الإسلامي مجلة المجمع ع٧ المجلد ١ ص٦٨٢ – ١٤١٢هـ .

(٢) أنظر مفاد ذلك في د. عبدالستار أبو غدة – أوراق ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي وفي مجلة مجمع الفقه الإسلامي ح١ العدد٧ الدورة٧ ١٩٩٢م – ص٣٦٦ ، ويقول : ومن المقرر شرعاً جواز أخذ أجر معلوم متفق عليه على كل من تحصيل الدين أو توصيل الدين وما يجوز أخذه من الطرفين يجوز أخذه من أحدهما كما هو الحال في عمولة السمسرة إذ يجوز اشتراطها على كل من البائع والمشتري أو على واحد منهما فقط – محمد نقي العثماني يميل كذلك إلى القول بهذا التكييف – د. حسن الجواهري – مجلة المجمع الفقهي العدد٨ سنة ١٩٩٤م – ص٦٢٣ .

وقيل في رد هذا التخريج أن السمسار لا يقوم بالسداد للتاجر من حسابه كما يحصل في علاقة المصدر بالتاجر[1] .

٤- هذه العلاقة علاقة بيع بين المصدر والتاجر على أن يبيعه بأقل من الثمن[2] وما قيل فيه:

فالحقيقة والواقع أن البنك (المصدر) هو المشتري الحقيقي للبضاعة التي يريدها العميل وأن البنك المصدر هو الذي يدفع قيمة قسيمة البيع ثم يقوم العميل (حامل البطاقة بشراء هذه السلعة من البنك (المصدر) على أن يسدد الثمن في ضمن شهر واحد مثلاً بزيادة معينة، ولا بأس أن يأخذ نسبة من الثمن من التاجر ومن العميل معاً بشرط أن لا يرتبط هذا بالقرض الذي يحصل من البنك في بعض الحالات ولا بالأجل الذي يشترط فيه تسديد القرض فمع هذين الشرطين يكون ما يأخذه البنك من التاجر بل ومن العميل أيضاً جائز.

وقيل في الاستدراك على هذا التخريج[3] أن المنتفع الحقيقي من عملية الشراء هو حامل البطاقة. كما أنه لا يوجد نص في العلاقة العقدية بين المصدر وحامل البطاقة يوكل حاملها بالشراء باسم المصدر .

٥- العلاقة شبيهة بخصم / حسم الأوراق التجارية[4] وما قيل فيه :

إن قيام المصدر باقتطاع نسبة مئوية من قيمة الفاتورة المستحقة للتاجر يجعل المسألة شبيهة إلى حد كبير بخصم (حسم) الأوراق التجارية إذ يمكن تصور أن الفاتورة التي وقّع عليها المشتري (حامل البطاقة) بأنها كمبيالة مستحقة الدفع يقوم التاجر بحسمها لدى البنك المصدر مقابل نسبة

---

(١) نواف نواف عبدالله باتوباره – مرجع سابق – ص١٦٢ .

(٢) أنظر د. حسن الجواهري – مرجع سابق – ٦٢٤ – ٦٢٦ .

(٣) نواف عبدالله باتوباره – مرجع سابق .

(٤) أنظر د. سامي حسن محمود – تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية – ص٢٨١ – ط٢ – ١٤٠٢هـ مطبعة الشرق – عمان – د. محمد علي القري - بطاقات الائتمان – مرجع سابق ص٣٩١ – بكر بن عبدالله أبو زيد – بطاقة الائتمان – حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية ص٣٧ – ط. بمؤسسة الرسالة ١٤١٦هـ - عمان ..

٣% (أو أقل أو أكثر) . ولهذا لا يستطيع التاجر في حالة مماطلة البنك أو إفلاسه الرجوع قانوناً على حامل البطاقة (المشتري) لأن المصدر قد استحق في ذمة حاملها نسبة معينة للتسديد عنه (رسوم الاشتراك) ونسبة أخرى في ذمة التاجر للتسديد له .

ويرد على هذا التخريج[١] بأن الهدف من عملية الخصم أنه قرض والمصدر لم يقصد أن يكون مشترياً للحق الثابت في الفاتورة ، ولا أن يكون محالاً به ، وإنما قصد الاقراض وحين يسدد حامل البطاقة قيمة الفاتورة للمصدر يكون المصدر بذلك قد استرد قرضه زائداً عليه ما حسمه سابقاً من قيمة الفاتورة الأمر الذي يدخلنا في شبهة الربا .

٦- **تخريج هذه العلاقة على أساس الحوالة[٢] وما قيل فيه :**

حيث إن حامل البطاقة يحيل التاجر على المصدر بكامل الثمن فيتحول الحق من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة مصدرها وتبرأ ذمة حامل البطاقة براءة تامة فليس للتاجر حق الرجوع على حامل البطاقة ، وصار المبلغ المحال به ديناً علي مصدر البطاقة لصاحب الحق وهو التاجر ، فسداد هذا الدين بعد حسم جزء منه يعتبر من قبيل بيع الدين بأقل من مقداره أو من ضروب بيع الاثمان بأثمان أخرى مما يعتبر من بيوع المصارفة وما لبيوع الأثمان بعضها ببعض من أحكام تتعلق بوجوب المماثلة في حال اتحاد العوضين جنساً وبالتقابض في مجلس العقد مطلقاً .

وعليه فحسم مصدر البطاقة المحال عليه جزءاً من الحوالة لصالحه يعتبر كسباً ربوياً . حيث إن مصدر البطاقة ليس كفيلاً لحامل البطاقة حتى يمكن أن يقال بأن هذا الحسم في مقابلة الكفالة إذ تبرأ ذمة البطاقة براءة تامة من حق التاجر وليس هذا شأن الكفالة فإن شأن الكفالة أن ذمة المكفول مشغولة بحق المكفول له حتى يقال بأن هذا الحسم أجر وكالة إذ ذمة الموكل تكون مشغولة بالحق ولا تعلق للحق بذمة الوكيل ومن ثم لا تتأثر مسئولية الموكل بالوكالة فيما تعلق

---

(١) نواف عبدالله باتوباره – مرجع سابق .

(٢) الشيخ عبدالله بن المنيع – بحث بطاقة الائتمان – مجلة المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي – ص١١٩ وما بعدها – العدد ١١ – ١٤١٩هـ /١٩٩٨م .

بذمته من حقوق تتناولها الوكالة .

وليس مصدر البطاقة سمساراً للتجار حتى يقال بأن هذا الحسم عمولة سمسرته فلم يكن من مصدر البطاقة مجهود أو إشارة أو توجيه لحامل البطاقة نحو التاجر .

إن هذا الحسم لم يكن على سبيل "ضع وتعجل" لأنه في مسألة ضع وتعجل لا يجوز الاشتراط في عقد البيع وإنما الأمر راجع إلى الدائن نفسه ورغبته في تعجيل المؤجل والتنازل عن بعض الحق لقاء التعجيل ثم إن مبلغ الحوالة ليس مؤجلاً حتى يقال بإمكان خضوع هذه المسألة لضع وتعجل.

وخلاصة القول إن علاقة التاجر بمصدر البطاقة علاقة محال على محال عليه حيث انتقل حق التاجر من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة مصدرها انتقالاً مطلقاً وأحكام الوكالة والكفالة والسمسرة لا ينتقل بها الحق عن ذمة من وجب عليه الحق وهو حامل البطاقة .

والحقيقة أن القول بأن ذمة حامل البطاقة تبرأ براءة تامة من حق التاجر وأن حق التاجر أنتقل من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة مصدرها انتقالاً مطلقاً صحيح إلى حد كبير في خصوص علاقة حامل البطاقة بالتاجر ولكنه ليس صحيحاً في خصوص علاقة حامل البطاقة (المدين) بالمُصدر الذي يصير بعد سداد الدين دائناً لحامل البطاقة في حدود السقف المسموح به ، والمتفق عليه بينهما ، حتى يتم الوفاء أو إستيفاء الدين من المدين الأصلي حامل البطاقة وهذا الوضع برمته أي في علاقة المصدر بالتاجر أو علاقة التاجر بحامل البطاقة أو علاقة الأخير بالمُصدر هو ما تفرضه وتقتضيه تلك المنظومة المستحدثة من العلاقات التعاقدية التجارية لبطاقة الائتمان المصرفية .

هذا ونقول إن انتقال الدين من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة المصدر صحيح إلى حد كبير وليس مطلقاً لما هو موجود في فقه القضاء الانجليزي من أن التاجر الذي يتمكن من الحصول على دينه نتيجة إفلاس المُصدر فإنه يحق له الرجوع المباشر على حامل البطاقة لأنه تربطه به علاقة تعاقدية تقوم على التزويد بالسلعة[1].

---

(١) د. عبدالستار الخويلدي – بطاقات الدفع والائتمان في فقه القضاء المقارن– بحث مقدم لندوة البركة ١٢– للاقتصاد الإسلامي بعمّان – ص٨ والمراجع الأجنبية المشار إليها فيه .

المبحث الثالث

ما نراه من أن نظام بطاقة الائتمان قائم على منظومة تعاقدية ومركبة من عدة عقود تجارية

الفرع الأول

نظام بطاقة الائتمان منظومة تعاقدية متكاملة

بطاقة الائتمان مهما تعددت وتنوعت (ذهبية وفضية وبرونزية .. إلخ) فإنها جميعها تتفق في اعتمادها على إجراءات عامة يخضع كل نوع منها لهذه الإجراءات وتنفرد كل بطاقة من هذه البطاقات بخصائص ليس لها تأثير على المبدأ العام في إيجادها واعتبارها من قبل مصدريها من أعظم أدوات الاستثمار استثماراً كما يقول فضيلة الشيخ عبدالله بن سليمان المنيع[1] .

ومن المتفق عليه والمسلم به أن بطاقة الائتمان تنشأ عن علاقات متعددة من اطراف مختلفة كما سبق القول في القسم الأول من هذا البحث (التصوير الفني) وهذه الأطراف على وجه التحديد .

- المنظمة العالمية التي تملك العلامة التجارية للبطاقة .
- البنك المصدر للبطاقة بناء على ترخيص معتمد من المنظمة .
- حامل البطاقة عميل البنك المصدر الذي يشترك في نظامات البطاقات ويستخدمها في احتياجاته المختلفة .
- البنك التاجر المعتمد من قبل المنظمة العالمية بمهمة الترويج للبطاقة .
- التاجر وهو الذي يعتمد قبول البطاقة في تقديم الخدمات المطلوبة بها .

وهذه العلاقات المتعددة والأطراف المختلفة تحقق خدمات ومنافع متبادلة أي بمقابل لأصحابها في إطار العلاقة التعاقدية المنظمة لكل علاقة .

---

(١) بحثه بطاقة الائتمان – مجلة مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي العدد ١١ لسنة ١٤١٩هـ/١٩٩٨م – ص١١٣ وما بعدها

فهناك خدمة ومنفعة فعلية وحقيقية تؤدى على وجه الاشتراك تؤديها أو تتيحها المنظمة العالمية والبنك سواء المصدر أو التاجر ويتمكن منها المستفيد سواء كان التاجر أو العميل حامل البطاقة وهذه الخدمة أو المنفعة مقابل أنواع متعددة من العمولات يحددها العرف التجاري السائد بضرورة مراعاة ما قيدت به هذه العمولات في حالتي السحب النقدي وشراء الذهب والفضة من توافر شروط الصرف من المثلية والفورية والتقابض.

وفي حالة السحب النقدي يشترط وجود رصيد دائن حقيقي حتى يتحقق القبض الحكمي بموجب بطاقة الائتمان .

الفرع الثاني
بطاقة الائتمان مركبة من عدة عقود تجارية

يرى البعض[1] الأصل في استخدام البطاقة أن هناك توكيلاً وكفالة وهناك قرضاً حسناً في بعض الأحيان من البنوك التي لا تشترط أن يكون السحب من حساب العميل مباشرة وإنما أن يدفع المصدر ثم يستوفى .

يرى البعض[2] أن بطاقة الائتمان تتضمن وكالة وكفالة .

فمثلاً :

(١) في خصوص العلاقة بين "المصدر والتاجر" ، في البنك المصدر أكثر من "صفة" :

- الوكالة .
- الجعالة .
- الكفالة مع الحطيطة بتصالح الكفيل مع الدائن على بعض الدين وهو جائز وشبهة الربا غير واردة كما تقول الموسوعة الكويتية[3] مع جواز تغليب صفة معينة لا على سبيل الحقيقة وإنما

(١) د. عبدالستار أبو غدة – أوراق ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي – ص٢ .
(٢) الشيخ مصطفى الزرقا – مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورة ٧ ح١ – ص٦٧٢ .
(٣) الموسوعة الكويتية ح٣٤ / ٣١٩ .

للتخريج عليها .

فقد جاء في حاشية الدسوقي[1]: (أعلم أن التوكيل على اقتضاء الدين تارة يكون إجارة ، وتارة يكون جعالة .... وليس المراد وقوعها بلفظ إجارة أو جعالة وإنما المراد أن العقد وقع على صورة الإجارة بأن عين الزمان أو العمل أو على صورة الجعالة بأن لم يعين الزمـــان ، ولذا قال المصنف أو إن وقعت بأجرة أو جعل و لم يقل أو إن كانت إجارة أو جعالة) .

وجاء به أيضاً : "... وزاد ابن شاس وابن الحاجب التوكيل في الحمالة وفسر ذلك ابن هرون بأن يوكله على أن يتكفل لفلان بما على فلان ، وقد كان التزام لرب الدين الذي على فلان أن يأتيه بكفيل به عنه ..." .

فالوكالة وصف غالب في هذه العلاقة وقد يتعلق بها حق شخص ثالث فتصبح لازمة[2]. ولكن الذي يجمع هذه الأوصاف في هذه العلاقة مع علاقة البنك التاجر والتاجر والبنك المصدر هو وصف السمسرة .

السمسرة (السعي) :

لأنه أنسب للوساطة بين الناس لإمضاء الصفقات التجارية مقابل أجر على "سعيه" وفي ترويج السلع والتعريف بها والطواف على المشترين لإغرائهم بالشراء، وتسمى أيضاً بالمناداة والدلالة[3].

– وعقد البخاري في صحيحه باباً بعنوان أجر السمسرة[4] .

– وجاء في المبسوط للسرخسي[5] عن قيس بن كرد الكناني قال: كنا نتبايع في الأسواق بالأوساق ونسمي أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الأسماء ....

---

(١) ح٣ – ص٣٩٧ ، وص ٣٧٨ – ط. دار الكتب .

(٢) م١٥٢١ مجلة الأحكام العدلية .

(٣) التعريفات الفقهية – ص٢٩٣ – الإشارة إلى محاسن التجارة – ص٩٥ – مسائل السمسرة للأبياني – تقديم محمد أبو الأجفان – ص٦٧ – المغني لابن قدامه ح٥ – ص٤٦٦ .

(٤) فتح الباري ٤٥٢/٤ ، ٣٧٠ – ٣٧١ .

(٥) ح١١ /١١١ – ١١٢ – أيضاً كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ١٩٤/٢ .

– بشرط أن يقابل العمولة خدمة أو منفعة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً، وفي ذلك تنص المادة (٢/٣٠٥) مدني كويتي: "ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشتراطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً".

وتنص المادة (٢/٢٢٧) مدني مصري على "كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة"[١] .

(٢) وفي خصوص العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها ذهب رأي[٢] إلى وجود عقدين أساسيين هما :

(أ) عقد إقراض حيث يخول مصدر البطاقة حاملها التصرف في حدود سقف أو مبلغ يحدده له.

(ب) عقد وكالة حيث يفوض حامل البطاقة المصدر لسحب من رصيده لقضاء ديونه وكافة المستحقات والعمولات للبنك نفسه ولغيره .

وإلى وجود عقدين أساسيين بين مصدر البطاقة والتاجر هما :

أ- عقد ضمان مالي يتم بموجبه تسديد المصدر لحساب التاجر مباشرة قيمة مبيعات حامل البطاقة ، وذلك بعد توافر كافة الشروط المطلوبة في سندات البيع .

ب- عقد وكالة يقوم المصدر بموجبه بتحصيل مستحقات التاجر من حامل البطاقة.

وإلى عقود تتم بين حامل البطاقة والتاجر بيعاً أو إجارة أو غير ذلك من العقود التي قد يرتبط بها حامل البطاقة مع المحلات التجارية والمالية .

---

(١) أنظر في شرحها أساسيات العمل المصرفي الإسلامي د. عبدالحميد محمود البعلي – ص٢٢ – ٢٣ .
(٢) د. عبدالوهاب أبو سليمان – مرجع سابق – ص١٣٨ – ١٣٩ .

الفرع الثالث

مدخل الحقوق والالتزامات التي تولدها العلاقات النظامية لأطراف البطاقة وشروطها التعاقدية

المزايا المؤكدة التي تتيحها البطاقة :

- المزايا المؤكدة للتعامل بالبطاقة خاصة لحامليها والتجار المتعاملين معهم :

(ح) تجنب التاجر المخاطر المرتبطة بالشيك مثل : شيك بدون رصيد أو توقيع غير مطابق أو مزور .

(خ) عدم تعامل التاجر بالنقد يجنبه التزييف والسرقة وغيرها .

(د) إنخفاض نسبة المخاطر في التعاملات التجارية .

(ذ) تجنب حامليها مخاطر سرقة النقود وفقدها .

(ر) توفير الوقت والجهد في سحب النقود لحاملي البطاقة .

- المزايا المؤكدة لمصدر البطاقة :

(ز) العمولة المخصومة من قيمة الفاتورة / قسيمة البيع التي يسددها للتاجر.

(س) الرسوم التي يحصلها من حامل البطاقة وبخاصة :

(١) رسوم العضوية .

(٢) رسوم الاشتراك أو إصدار البطاقة .

(٣) رسوم التجديد .

(٤) رسوم الاستبدال وتشمل .

- رسوم الضياع أو الفقدان أو التلف .

(٥) رسوم البطاقة الإضافية .

ونحن نعتقد أن جوهر الأمر بالنسبة لبطاقة الائتمان هو ما تولده من مزايا وحقوق والتزامات لجميع أطرافها، وأنه وفقاً للمعيار الذي اخترناه وهو الغرض الرئيسي من البطاقة والهدف منها تأتي العلاقة الثلاثية بين: مصدر البطاقة وحاملها والتاجر على رأس الأهمية في العلاقات التعاقدية للبطاقة، وأن هذه العلاقة الثلاثية ذات طبيعة خاصة في ظل أي تخريج لها وتحت أي عقد مسمى معروف.

فالقول بالوكالة فيها لا يدخلها تحت أحكام الوكالة الفقهية العادية بإطلاق إذ أن استعمال البطاقة والتوقيع على قسيمة البيع (الفاتورة) من حامل البطاقة بمثابة الإذن بالدفع للمصدر غير قابل للمراجعة أو الاعتراض أو الإلغاء من قبل حامل البطاقة وذلك حرصاً على مصلحة التاجر أي ارتباط مصلحته كطرف آخر بالعلاقة بين المصدر وحامل البطاقة وبذلك صار السداد أيضاً مضموناً إذا لا يستطيع حامل البطاقة إيقافه بالاعتراض أو الإلغاء للإذن بالدفع هذا من ناحية ومن ناحية أخرى على أساس التزام مصدر البطاقة بالسداد للتاجر الذي انتقل حقه من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة المصدر وعلى هذا التصوير الفني الواقعي العملي لنظام البطاقة في إطار هذه العلاقة الثلاثية لا نستطيع القول بإطلاق بأنها وكالة لأن الوكالة الفقهية عقد جائز ومن ناحية أخرى فإن الحاصل في الصورة العملية أن مصلحة التاجر متعلقة دائماً أبداً بعلاقة حامل البطاقة بالمصدر وهي مصلحة حقيقية تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العلاقة بين المصدر وحامل البطاقة .

ومما هو جدير بالذكر أن مبدأ عدم رجوع حامل البطاقة في إذنه بالدفع بمجرد التوقيع على قسيمة البيع أي أنه غير قابل للإلغاء وعدم قبول اعتراضه على السداد أو المراجعة فيه يستثنى منه أي هذا المبدأ – ثلاث حالات في فقه القضاء والقوانين المنظمة للبطاقة[1] هي :

أ- حالة السرقة .

ب- حالة الفقدان .

ج- إفلاس التاجر المستفيد .

---

(١) د. عبدالستار الخويلدي – بطاقات الدفع والائتمان في فقه القضاء المقارن – مرجع سابق ص١١ والمراجع الأجنبية المشار إليها فيه .

هذا وقد نصت كل البطاقات على كيفية وإجراءات ومواعيد القيام بالاعتراض ونصت على أشكاله ونعتقد أن التفسير السليم والطبيعي والمتسق لهذه العلاقة الثلاثية كمثال أو كنموذج مرده إلى وجود التزام المصدر بتوفية وسداد التاجر عند تقديم قسيمة البيع (الفاتورة) الموقعة من حامل البطاقة والتزام التاجر بتقديم خدماته لحامل البطاقة عند تقديمها إليه من حاملها مع الاحتراز الشديد من حالات التواطؤ أو التقصير من جانب التجار مثل:

(ش) عدم التثبت من صفة حامل البطاقة. حيث أقر فقه القضاء المقارن إمكانية رجوع البنك المصدر على التاجر الذي قبل البطاقة وهو يعلم أنها مسروقة .

(ص) إعداد التاجر لقسائم بيع بمبالغ تقل عن الحد الأدنى المضمون ، وبذلك يتأكدون من السداد مهما كان السبب .

(ض) إعداد التاجر لقسائم بيع بتاريخ سابق لتاريخ عدم نفاذ البطاقة .

الفرع الرابع
كيف تكون البطاقة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية

أولاً : الأصل والأولى هو تنقية هذا النظام من المخالفات الشرعية:

تأسيساً على ما تقدم من تصوير دقيق لبطاقة الائتمان والتأكد من أنها تقوم على علاقات تعاقدية متشابكة المصالح محققة النتائج لكل أطرافها وأنها تخضع لنظام محكم يتسم بالصرامة أحياناً وبعد سرد الاجتهادات الفقهية العديدة التي قيلت في تخريج أحكام هذه البطاقة على عقد مسمى من العقود الفقهية وثبت لنا بوضوح أن عقداً واحداً مسمى لا ينطبق باطلاق بتمام أحكامه عليها ، ولهذا قيل بوجود أكثر من عقد مسمى من العقود الفقهية في العلاقة النظامة الواحدة للبطاقة على نحو ما سبق سرده تفصيلاً .

وعلى هذا الأساس وأمام ذلك النظام المحكم المترابط نرى أن تنقية هذا النظام من المخالفات الشرعية والشبهات السردية يكون هو الأصل والأولى من تمحلات نوردها في شكل مرابحة أو

غيرها إذ ستغلب عليها الصورية فضلاً عن الشكلية التي قد تكتفي بمجرد الاشتراك اللغوي في المعنى دون الحقيقة والمضمون والجوهر .

وعلى هذا النحو من تنقية علائق البطاقة المختلفة من المخالفات الشرعية يُصبح مضموناً توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية وبخاصة إذا علمنا أن الطابع التعاقدي لمنظومة العلاقات المختلفة لهذه البطاقة يجعلها قابلة للمراجعة والتعديل وقد نجحت بعض المصارف الإسلامية في ذلك مثل : بطاقة فيزا التمويل ، وبطاقة الراجحي الفضية (فيزا) فعضوية بيت التمويل الكويتي مثلاً بمنظمة فيزا العالمية يلتزم باللوائح والأنظمة المعمول بها في هذه المنظمة وبما لا يتعارض على النظام الداخلي للعضو المشترك وهو ما صدرت به فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبيتك فقد جاء بها أن :

الانضمام إلى عضوية منظمة الفيزا لا يلزم العضو بغير ما يلتزم به نظامه الأساسي فلا مانع شرعاً من هذه العضوية[1] .

هذا وقد أوصت "لجنة الشروط التعسفية الفرنسية إبطال مفعول الشروط التي يكون من أغراضها أو من آثارها تمكين المحترفين Professionnel من تغيير شروط العقد حسب إرادتهم بدون أن يعبر المستهلك عن إرادته بصفة صريحة وذلك إما بالتوقيع على عقد جديد أو بالتوقيع على ملحق (كتيب تكميلي أو إضافي) ، وهكذا تكون اللجنة قد أوصت بإبطال مفعول ما يعرف بشروط الاتفاق الضمني .

وقد أكد فقه القضاء إن أي تعديل في الاتفاقية يجب أن يتم باتفاق الطرفين الذين وقعا على العقد الأصلي وبالتالي لا يمكن للبنك الذي حوّر العقد من جانب واحد أن يحتج بهذا التعديل لدى حامل البطاقة[2] .

---

(١) أبحاث ندوة البركة (١٢) للاقتصاد الإسلامي – مرجع سابق – ص٢٢ .

(٢) د. عبدالستار الخويلدي – مرجع سابق – ص١٣ .

ثانياً : الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها في إصدار البطاقة والتعامل بها :

وتأسيساً على ذلك فإن إصدار بطاقة الائتمان والتعامل بها يجب أن يخضع لمجموعة من الضوابط الشرعية الحاكمة التي يجب مراعاتها وهي :

١. إن الرسوم أيا كان نوعها التي يقوم بدفعها حامل البطاقة ومستخدمها ، وهي محددة على سبيل الحصر يجب أن تكون مقابل ما تقدمه الجهات المنظمة للبطاقة من خدمة حقيقية ومنفعة واقعية ، ولهذا يجب أن تتقيد أو تتحدد هذه الرسوم بالقيمة الفعلية لهذه الخدمات والمنافع المتحققة حسبما يحددها العرف التجاري السائد .

٢. إن الفوائد الربوية أيا كان شكلها أو مسمّاها محرمة شرعاً متمثلة في الزيادة المشروطة سلفاً ومنسوبة إلى مقدار الدين احتراماً لقاعدتي التماثل عند اتحاد الجنس والفورية والتقابض مطلقاً .

٣. إن العمولة التي يحصل عليها المصدر وبنك التاجر إن وجد يجب تمحيصها وتدقيقها حتى لا تخفى ربا أو تحمل شبهة الربا إذ احتمالات الشبهات فيها واردة ومن ثم تعيّن تنقيتها من المخالفات الشرعية كأن تكون مثلاً على غرار طريقة تحديد الرسوم التي يدفعها حامل البطاقة مقطوعة ومحددة سلفاً بذاتها .

٤. يجب مراعاة ما انتهت إليه المجامع الفقهية وبخاصة فتوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن بطاقة الائتمان في قراره رقم ١٠٨/٢/١٢ السابق الإشارة إليه .

٥. يجب مراعاة ما انتهت إليه المجامع الفقهية وبخاصة فتوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن التأمين التجاري وحرمته وحلّ التأمين التعاوني ، وذلك حين النظر في المزايا الإضافية التي تتيحها بعض بطاقات الائتمان .

(خلائص البحث)

بطاقات الائتمان تمثل مرحلة جديدة ومعاصرة في الممارسة المصرفية والمالية وفق منظومة خماسية نظامية محددة وواضحة تحقق المصلحة لجميع أطرافها وعلى الرغم من ذلك لا تتوفر لها الحماية القانونية الواجبة كالأوراق التجارية مثلاً ، وتقوم هذه المنظومة على تعدد وتكامل العلائق بين جميع الأطراف المشتركة فيها بما يشكل دورة مستندية مترابطة ، ومن ثم تتبنى هذه المنظومة من الناحية التعاقدية عدة عقود مركبة في صعيد أو نظام متعدد المراحل ، وما يستلزمه ذلك أيضاً من تبني نظرية تحّول العقد أي الانتقال من عقد إلى آخر بحسب الشروط والأوصاف الجوهرية التي تتوفر في كل علاقة تعاقدية .

وبناء على نظريتي العقد المركب وتحوّل العقد قد يجتمع في الشخص الواحد من أطراف العلاقة أكثر من وصف وأكثر من صفة ، وعلى هذا النحو من التصوير الفني والواقعي لبطاقة الائتمان يصعب من الناحية الشرعية التخريج لعلاقة معينة من علائق البطاقة على أساس عقد مسمى واحد من العقود المسماة في فقه الشريعة كعقد الحوالة أو عقد الكفالة ونحو ذلك .

ولذلك اخترنا منهج مناقشة الحقوق والالتزامات التي تولدها وترتبها بطاقة الائتمان في كل مرحلة وعلاقة تعاقدية ونظامية وتناولنا هذه العلائق مرتبة وفق معيار الغرض النهائي من البطاقة ومن ثم ناقشنا أهم الحقوق والالتزامات التي ترتبها :

أولاً: العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها وما قيل بشأن التخريج الفقهي لها وما يتعلق بها من:

- حالات السحب النقدي بالبطاقة .
- غرامات التأخير على المدين المماطل على أساس الأصل أن المدين ملئ والقرينة المترتبة على ذلك والمستفادة منه والاستئناس بحالات القول بالتعزير بالمال عند بعض الفقهاء .
- المصارفة عند تسوية حسابات حامل البطاقة ووقت تحديد سعر الصرف الذي يتحقق فيه

التقابض وذلك على أساس التفريق – في حالة البطاقة- بين تاريخ نشوء الدين وقيده وتاريخ آداء وسداد الدين بعملة أخرى ودفعه ، أي تاريخ أخذه من المدين وتوفيه الدائن مع الأخذ في الاعتبار حالة التقابض الحكمي في صرف ما في الذمة إذا كان للعميل حساب لدى المُصدر .

- استخدام بطاقة الائتمان في شراء الذهب والفضة .
- خدمات التأمين الإضافية التي تتيحها بعض البطاقات .

ثانياً: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر وما قيل بشأن التخريجات الفقهية المختلفة لها ومناقشتها .

ثالثاً: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر وما قيل بشأن التخريجات الفقهية المختلفة لها ومناقشتها .

رابعاً: العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر وما قيل بشأن التخريجات الفقهية المختلفة لها ومناقشتها .

وانتهينا بناء على مدخل الحقوق والالتزامات التي تولدها العلاقات النظامية لأطراف البطاقة وشروطها التعاقدية إلى ضرورة بيان كيف تكون البطاقة متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية على قاعدتين هما : الأصل والأولى هو تنقية هذا النظام من المخالفات الشرعية وفقاً لقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح .

ثم بيان جملة من الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها في إصدار البطاقة والتعامل بها وفتح حوار حولها مع الجهات المنظمة للبطاقات والمالكة لـــ (شعار البطاقة) .

هذا ونستمد من الله دائماً العون والعلم والسداد فهو القائل سبحانه "واتقوا الله ويعلمكم الله".

نحو نظرية عامة لنظام
بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية

الأستاذ الدكتور
نزيه محمد الصادق المهدي
أستاذ القانون المدني
ووكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة

مقدمة : في ازدياد استخدام الوسائل الالكترونية في الأعمال المصرفية :

أدى الاستخدام المتزايد للحاسبات الآلية "الكمبيوتر" وما تنطوي عليه من وسائل وأدوات إلكترونية حديثة، إلى إحداث ثورة تكنولوجية على الوسائل القانونية التقليدية، وعلى وجه الخصوص كانت الأعمال المصرفية (عمليات البنوك) من أهم المجالات التي بدأت في استخدام هذه المظاهر الإلكترونية الحديثة، لما فيها من تيسير وسهولة وسرعة إجراء المعاملات المصرفية بما يتفق مع ما تتميز به الأعمال التجارية بصفة عامة والعمليات المصرفية بصفة خاصة من سرعة وثقة وائتمان متميز يتعارض مع الطرق التقليدية المستندة للاستعمالات الورقية والإجراءات الإدارية المعقدة التي تتطلب وقتاً طويلاً فضلاً عن تكلفتها المالية وعبئها الإداري الكبير، على النظام المصرفي، وتعتبر بطاقات الائتمان الإلكترونية إحدى الاستخدامات الإلكترونية المتعددة في مجال الأعمال المصرفية، وهي ليست وحدها، بل هناك منها "الكمبيالة الإلكترونية"، والتي تفترض، مع اختلاف أنواعها، الاستغناء عن الكتابة الورقية وإرسال كافة بيانات الكمبيالات المستحقة في تاريخ واحد، إلكترونياً، عن طريق الحاسب الآلي مباشرة إلى غرفة المقاصة لدى البنك المركزي والذي يتولى إخطار بنك المسحوب عليه، إلى آخر إجراءاتها الإلكترونية،

وكذلك "السند الإذني الإلكتروني" الذي يستند إلى استخدامات إلكترونية عن طريق الحاسب الآلي ومن شانها توفير الجهد والوقت والمال، وكذلك هناك "بطاقات الدفع الإلكترونية" وكذلك "بطاقات الصراف الآلي" وتعتبر كلها من أهم نتائج التزاوج بين الوسائل الإلكترونية والمعاملات المصرفية وذلك فضلاً عن النظم الإلكترونية المصرفية الحديثة مثل النقود الإلكترونية والشيك الإلكتروني والاعتماد المستندي الإلكتروني، وتأتي بطاقات الائتمان الالكتروني في مقدمة الاستخدامات المصرفية الالكترونية، وهي التي سيقتصر عليها بحثنا الماثل، محاولين إيجاد نظرية عامة لها من الوجهة القانونية[1].

وسيكون بحثنا على النحو التالي :

المبحث الأول : ماهية أو مضمون نظام بطاقة الائتمان :

ونحاول في هذا المبحث بيان المقصود ببطاقات الائتمان الإلكترونية المصرفية، وتحديد أنواعها وصورها، ثم خصائصها ووظائفها، وبيـــان ذاتيتها المستقلة مميزين بينها وبين الأنظمة الأخرى المشابهة لها.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان وآثارها القانونية :

ونحاول في هذا المبحث تحديد الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمـــان واستعراض النظريات المتعددة التي حاولت رد هذه الطبيعة لأحد النظم القانونية المعروفة سلفاً، محاولين بيان التكييف القانوني المختار، ثم نقوم ببيان العلاقـــات القانونية التي تنشأ عن نظام بطاقات الائتمان والالتزامات الناشئة عن كل علاقة.

---

1) مع ملاحظة أننا لن نتناول في هذا البحث موضوع المسئولية الناشئة عن بطاقة الائتمان، لأن هذه المسئولية – بمختلف أنواعها – هي محور مستقل من محاور المؤتمر الماثل، هو المحور السادس.

المبحث الأول

ماهية أو مضمون نظام بطاقة الائتمان

تمهيد :

يقتضي بيان ماهية أو مضمون نظام بطاقات الائتمان ، تحديد عدة أمور تعتبر دعائم أو أركان هذا النظام ، وسنتعرض لأهم هذه الأمور والتي يمكن إجمال ملامحها الأساسية الكافية لبيان ماهية أو مضمون نظام بطاقة الائتمان في الأمور الآتية:-

أولاً : تعريف نظام بطاقة الائتمان والمقصود بها.

ثانياً: خصائص ووظائف بطاقات الائتمان.

ثالثاً: ذاتية بطاقة الائتمان وتمييزها عما يشابهها.

وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : تعريف نظام بطاقة الائتمان والمقصود بها :

لا يمكن تعريف بطاقة الائتمان تعريفاً محدداً على عجالة، لأنها، من ناحية أولى، تتعدد صورها وأنواعها وما تخوله من مكنات لصاحبها، ومن ناحية ثانية، فإنه تتولد عنها علاقات متعددة ومتشابكة يصعب إخضاعها لمفهوم واحد، وكذلك من ناحية ثالثة فإنه بالإضافة إلى أن التنظيم التشريعي لها قليل، حيث أنها من النظم المستحدثة في الأعمال المصرفية، فإنه حتى بالنسبة للتشريعات التي نظمتها تنظيماً معقولاً، مثل "قانون ائتمان المستهلك" الصادر في إنجلترا سنة ١٩٧٤، والذي تعرض لتحديد الأحكام والعلاقات الناشئة عن بطاقة الائتمان، فإنه لم يتضمن تعريفاً محدداً دقيقاً للبطاقة، ولكن من استعراض التعريفات والمفاهيم المختلفة التي حاول الفقه إضفاءها على نظام بطاقة الائتمان.[1] يمكن القول أن كافة هذه التعريفات - أياً كانت

(١) فقد عرفها أستاذنا الدكتور على جمال الدين عوض - في كتابه: عمليات البنوك من الوجهة القانونية - القاهرة- طبعة دار النهضة العربية - ١٩٨٨ "وهو يطلق عليها اسم بطاقات الاعتماد" بأن: "بطاقة الاعتماد يتلخص تعريف نظامها في أن جهة ما - بنكاً أو شركة استثمار - تصدر هذه البطاقة من ورق

الاختلافات في صيغتها ومضمونها – قد اشتركت في أن المقصود بنظام بطاقة الائتمان ذلك النظام الذي يستند إلى قيام جهة معينة (في الغالب تكون بنكاً) بإصدار بطاقة ورقية أو من البلاستيك أو أي مادة أخرى تضمن المتانة والسلامة وعدم التلف أو إمكان التزوير، لصالح شخص آخر (العميل) بحيث يقوم عند شرائه سلعة أو حصوله على خدمة معينة ، بتقديم هذه البطاقة لبائع هذه السلعة أو مقدم تلك الخدمة ، بدلاً من سداد ثمنها نقداً ، ويقوم البائع بإرسال الفاتورة للبنك مصدر البطاقة والذي يسدد له هـــذه المبالغ ويرسل حساباً إلى العميل في آخر كل مدة طالباً منه السداد.

وبذلك نرى أنه أياً كان التعريف الحرفي الاصطلاحي لنظام بطاقة الائتمان المصرفية، فإن هذا النظام يفترض عدة مقومات :-

---

أو بلاستيك أو أي مادة أخرى، ويذكر فيها اسم العميل الصادرة له وبياناته... ويستطيع تقديمها عند شرائه لسلعة أو حصوله على خدمة، إلى البائع بدلا من دفع ثمن السلعة أو الخدمة ثم يرسل البائع الفاتورة إلى مصدر البطاقة (عادة البنك) حيث يسددها له، ثم يرسل هذا البنك الفاتورة إلى العميل آخر كل مرة متفق عليها طالباً سدادها." ص ٤٢٨.

ويعرفها البعض الآخر بأن بطاقة الائتمان هي صورة خاصة متميزة مستقلة في ذاتيتها عن بطاقات الوفاء العامة والتي لا تعتبر بطاقة ائتمان، حيث أن بطاقة الائتمان هي تلك البطاقة التي تهيئ لحامل البطاقة علاقة دائمة أو مستمرة للائتمان عن طريق فتح الاعتماد الذي يستطيع بواسطته الوفاء بجميع المشتريات التي ينفذها."

د. فايز نعيم رضوان- بطاقات الوفاء- مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – طبعة ١٩٩٠– ص١٧.

ويعرفها البعض الثالث بأنها: "بطاقة الائتمان عبارة عن بطاقة تتضمن معلومات معينة عن حاملها (الاسم ورقم الحساب) وعادة ما تصدرها جهة مصرفية معينة (بنك أو مؤسسة مصرفية مالية) بحيث تمكن حاملها من سداد قيمة مشترياته دون دفع ثمن وبقيام الجهة مصدرة البطاقة بتعجيل الوفاء للبائع ثم ترجع لاحقاً على الحامل."

فداء يحيى أحمد الحمود- النظام القانوني لبطاقة الائتمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع- طبعة ١٩٩٩– ص١٥.

وفي نفس هذا المفهوم وتلك التعريفات أنظر:-

د. محمد سالم – الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء – الطبعة الأولى – دار النهضة – ١٩٩٥ – ص ١٢٠.

د. حياة شحاته – مخاطر الائتمان في البنوك التجارية – رسالة دكتوراة – ١٩٨٩ – ص ٣٤.

ممدوح الرشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – ٢٠٠١ – ص ٢٠٧ ، ٢٠٨.

د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – مجلة إدارة الفتوى والتشريع بدولة الكويت – السنة الرابعة – ١٩٨٤ – العدد الرابع – ص٨.

(أ) بالنسبة لأطرافه: فإنه أياً كانت صورة أو نوع بطاقة الائتمان فإنها تستلزم علاقة ثلاثية بين ثلاثة أشخاص أولهم: مصدر بطاقة الائتمان، والذي يكون في غالب الأحوال بنكاً أو مؤسسة مصرفية مالية تحترف الأعمال والاعتمادات المصرفية، وثانيهم: العميل حامل البطاقة والذي يلتزم بفتح حساب لدى البنك مصدر البطاقة ويدفع رسم اشتراك سنوي مقابل إصدار البطاقة ويلزم بالتزامات جوهرية على النحو الذي سنراه بالتفصيل في المبحث الثاني وثالثهم: البائع أو محلات تقديم البضائع أو الخدمات والتي تبرم عقداً مع البنك مصدر البطاقة تتعهد فيه بقبول سداد التزامات العميل الناشئة من ثمن المشتريات ومقابل الخدمات عن طريق بطاقات الائتمان بدلاً من السداد النقدي، وسنرى بالتفصيل مدى وأساس التزام هذا البائع بقبول السداد بالبطاقة بدلاً من النقود. وتعتبر هذه العلاقة الثلاثية بين الأطراف الثلاثة في بطاقة الائتمان من أهم أسس ترتيب الالتزامات والروابط القانونية الناشئة عن بطاقة الائتمان كما سنرى بالتفصيل.[1]

(ب) بالنسبة لمحل الالتزام الناشئ عن بطاقة الائتمان: فهو يمثل أساساً في التزام منافذ البيع أو تقديم الخدمات ببيع السلع والبضائع وتقديم الخدمات للعميل مقابل تقديمه بطاقة الائتمان ودون استلزام السداد النقدي، بشرط أن يقوم العميل بالدفع إلى البنك مصدر البطاقة على فترات وأن يكون الدفع مؤجلاً على أقساط بحيث يدفع العميل فائدة على قيمة هذه المبالغ، وفقاً لنصوص العقد المبرم بينه وبين البنك مصدر البطاقة.[2].

(جـ) بالنسبة لسبب الالتزام بإصدار بطاقة الائتمان: نجد أن سبب الالتزام الرئيسي أو الدافع والباعث على إصدارها، هو حصول العميل على ائتمان يمنحه إياه البنك مصدر بطاقة الائتمان، يتمثل في حصول العميل على المشتريات والخدمات فوراً دون سداد نقدي بل بمجرد تقديم بطاقة الائتمان للتاجر أو البائع، وحلول البنك محله في هذا السداد الفوري، مقابل قيام العميل بعد ذلك بالسداد للبنك وفقاً لنصوص العقد المبرم بينهما ومقابل الفائدة المتفق عليها،

---

(١) د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص٦.
د. فايز نعيم رضوان– بطاقات الوفاء– المرجع السابق– ص١٩.
د. علي سيد قاسم – قانون الأعمال – جـ٣ – الطبعة الثانية – دار النهضة ١٩٩٩ ص٤٦٣ رقم ٤٠٧.

(٢) ممدوح الرشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – المرجع السابق– ٢٠٠١ ص٢١٢ بند٣٠٩.

بحيث يعتبر هذا الائتمان الذي يقدمه البنك مصدر البطاقة للعميل حاملها هو أهم الأركان والمقومـــات الأساسية لنظام بطاقة الائتمان.[1] وبذلك فإن أي نظام يشتمل على المقومـــات الثلاث السابقة يدخل في مفهوم المقصود ببطاقات الائتمان ولعل الفقرة التالية الخاصة بخصائص ووظائف بطاقة الائتمان، تعطي مزيداً من الضوء على ماهية هذا النظام.

ثانياً : خصائص ووظائف بطاقة الائتمان :

أياً كانت أنواع أو صور بطاقات الائتمان، فإنه لكي تندرج تحت النظام القانوني لبطاقات الائتمان المصرفية الإلكترونية التي تمنح العميل ميزة الشراء بدون سداد فوري وتأجيل السداد لفترات آجلة ، فإنها تتميز بخصائص معينة وتؤدي وظائفاً محددة على النحو التالي :-

(١) خصائص البطاقة:

يرى الفقه أن بطاقة الائتمان تتميز بخاصتين متقابلتين أو على نحو أدق ، تلعب دوراً مزدوجاً في نفس الوقت بالنسبة للتاجر وبالنسبة للعميل حامل البطاقة :- [2]

---

(١) د. حياة شحاتة – مخاطر الائتمان في البنوك التجـــارية – رسالة الدكـــتوراة السالفة الذكر – ١٩٨٩ – ص ٣٤، حيث ترى حرفياً أن: "فكرة الائتمان هي الفكرة الأساسية والجوهر الرئيسي لبطاقة الائتمان وهي فكرة تفترض أن يكون هناك فاصل زمني بين تقديم مانح الائتمان لوسائل الوفاء لعملية الشراء، وبين استرداد تلك الوسائل."
وانظر في نفس المعنى: د. على قاسم – قانون الأعمال جـــ٣ المرجع السابق– ١٩٩٩ بند ٣٠٣ ص٤٦١.
و د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق بند ٥٣٩ ص٤٢٩.
و فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقات الائتمان – المرجع السابق – ١٩٩٩ – ص ١٤.
و د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ٧٤.

(٢) د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق – رقم ٥٣٧ ص ٤٢٨ حيث عرض بالتفصيل ما يتضمنه نظام بطاقات الائتمان والتي يطلق عليها لفظ (بطاقات الاعتماد) من خصيصتين أساسيتين متقابلتين هما الضمان بالنسبة للتاجر وفتح الاعتماد (الائتمان) بالنسبة لحامل البطاقة.
– وفي نفس المعنى : ممدوح الرشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – طبعة ٢٠٠١ – المرجع السابق – بند ٣٠٩ – ص ٢١٣ ، بند ٤٠٩ ص ٢١٣ ، ٢١٤.
– و د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ٨١.

– فمن ناحية أولى، بالنسبة للتاجر (أو البائع أو مقدم الخدمات) تقدم البطاقة له ضماناً لمديونية العميل المشتري، حيث أن مصدر البطاقة (البنك) يتعهد بدفع الفاتورة في حدود مبلغ معين ولو لم يكن للعميل رصيد في حسابه لدى مصدر البطاقة، وإذا جاوزت الفاتورة مبلغاً معيناً متفقاً عليه، فهو لا يدفعها إلى التاجـــر إلا مع تحفظ أي بشرط تحصيل هذا القدر الزائد من العميل[1] وإن كنا نرى أن وجود مثل هذا التحفظ يضعف من القوة الائتمانية والوفائية للبطاقة، ويقلبها من أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت إلى تعهد معلق على شرط وهو ما يتعارض مع الهدف المقرر منها في تسهيل وسرعة المعاملات المصرفية وتطبيق الوسائل الإلكترونية الحديثة عليها.

– ومن ناحية ثانية، بالنسبة للعميل حامل بطاقة الائتمان، فإن البطاقة تتضمن تلقائياً فتح اعتماد لهذا العميل لدى البنك مصدرها بحيث أنه لن يلتزم بدفع القدر الزائد على رصيده الدائن في حسابه مع مصدر البطاقة إلا على أقساط، وهو اعتماد متجدد، وهو تسهيل له قيمة وخاصة في وفاء أثمان المواد الاستهلاكية والخدمات الشخصية.[2]

(٢) وظائف البطاقة :

رغم أن البعض يرى[3] أن "الوظيفة الأساسية لبطاقة الائتمان هي الدفع عند التسوق أو شراء البضاعة أو الحصول على خدمات، وكذلك التوسع في استخدامها في كافة العمليات المصرفية من سحب وإيداع وتمويل وكذلك وسيلة تحقيق شخصية للعميل عند صرف الشيكات."

---

(١) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – الموضع السابق.

(٢) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ص ١٣.
د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ٤٨.
ومع ذلك فإن هذا الاعتماد الناشئ عن بطاقة الائتمان يختلف عن الاعتماد المستندي – كما سنرى بالتفصيل في التمييز بينهما – كما أن له مخاطر معينة إذا لم يقترن بضمانات وشروط وسريان فوائد.
أنظر في هذه المخاطر بالتفصيل :
د. حياة شحاته – مخاطر الائتمان في البنوك التجارية – رسالة الدكتوراة السابق ذكرها – ١٩٨٩ – ص ٣٨ وبعدها.

(٣) ممدوح الرشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – المرجع السابق – طبعة ٢٠٠١ ص٢١٣.

إلا أننا نرى أن هذا الرأي يطبع وظيفة بطاقة الائتمان بطابع مادي يقتصر على كونها وسيلة شراء أو سحب أو إيداع أو تحقيق شخصية، ولكننا نرى أن بطاقة الائتمان تتميز بخصائص ووظائف قانونية فريدة من شأنها جعل البطاقة إحدى الوسائل القانونية المعاصرة لإدخال الترعة الإلكترونية الحديثة على الأعمال المصرفية وسهولة وسرعة القيام بعمليات الشراء والبيع الإلكتروني دون التقيد بوسائل الدفع النقدية التقليدية.

ولهذا فإنه يمكن القول أن الفقه يري إمكان الاستفادة من نظام بطاقات الائتمان للقيام بوظائف قانونية ومصرفية متعددة من شأنها جعل بطاقات الائتمان إحدى أدوات العمليات المصرفية الإلكترونية الهامة[1]، ويمكن إجمال أهم هذه الوظائف فيما يلي:-

(١) تقوم البطاقة بوظيفة الائتمان كما سبق ذكره بالتفصيل، حيث أن مصدر البطاقة -البنك- يعجل سداد القيمة نقداً للتاجر، ويقيدها علي الحساب الآجل للحامل ويستوفيها منه علي دفعات، مما يحقق له نوعاً كبيراً من الائتمان.

(٢) تعتبر بطاقة الائتمان وسيلة مضمونة فعالة للسداد تفوق الشيكات والنقود وهي أقل عرضة للسرقة أو الضياع منها.

(٣) تقوم البطاقة بدور هام مفيد للحامل فتمكنه من شراء احتياجاته والحصول على خدماته في الحال ثم القيام بسداد قيمتها في المستقبل حسب حالته وظروفه المالية.

(٤) تعتبر بطاقة الائتمان من أحدث الوسائل الإلكترونية المصرفية التي تتميز باليسر والسهولة في التعامل وسرعة قبولها وتداولها في دول مختلفة ومتعددة.

---

(١) Hanson, D.G: Service – Banking, 3, edit, P. 220 – 222.

فداء يحيى أحمد الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – طبعة ١٩٩٩ – ص ١٥، ١٦.

د. فايز نعيم رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ١٩٩٠ – ص ٦١ وبعدها.

د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – بند ٥٤٦ – ص ٤٣٤.

د. علي سيد قاسم – قانون الأعمال جـ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع– ١٩٩٩ ص٤٦٦.

(٥) وبالنسبة للتاجر البائع تعتبر بطاقة الائتمان أداة وفاء مضمونة توفر له الضمان وتأكيد سداد حقوقه دون أي تعسر أو صعوبة من ناحية المدين (الحامل)، ومن ناحية أخرى هي تضمن للتاجر إيداع حقوقه فوراً في حسابه المباشر، فهي من هذه الناحية تمثل وسيلة حماية له من ضياع نقوده أو سرقتها أو السطو عليها.

(٦) وكذلك يرى الفقه[1] أن بطاقة الائتمان تؤدي للبنك مصدرها وظيفة مزدوجة وفائدة قبل الأطراف الأخرى في العلاقة، فهي تحقق للبنك عمولة في مواجهة التاجر مقابل التعجيل بثمن المشتريات وذلك حسب العقد المبرم بينهما، كما أنها تفيد للبنك فائدة من حساب العميل حامل البطاقة مقابل الائتمان الممنوح له، وحسب فترة قيامه بسداد مدفوعاته.

ثالثاً: ذاتية بطاقة الائتمان وتمييزها عما يشابهها :

بما أن بطاقة الائتمان يتم التعامل بها وسداد الديون شأنها شأن أدوات الدفع المصرفية الأخرى مثل الشيك والنقود والاعتمادات المستندية، فكان من الطبيعي أن تختلط طبيعتها مع هذه الأدوات المشابهة لها ، فضلاً عن بعض بطاقات الدفع المصرفية الأخرى التي تقترب جداً من بطاقة الائتمان ومع ذلك يظل هناك فرق واضح بينهما في الطبيعة وفي الآثار تبعاً لذلك، ولهذا سنقوم فيما يلي بتمييز بطاقة الائتمان عما يختلط بها من الأدوات المصرفية وبطاقات الدفع الأخرى وبيان الفروق بينهم :-

(١) التمييز بين بطاقة الائتمان وما يقترب منها من بطاقات مصرفية أخرى :-

(أ) تمييز بطاقة الائتمان عن بطاقة الوفاء (الدفع) :-

يستند نظام بطاقة الوفاء أو ما يسمى (Debit-card) إلى قيام الحامل بوفاء ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية المعتمدة لدى الجهة المصدرة للبطاقة،

---

(١) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ص ١٦.

د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ٩٠.

وذلك بتحويل ثمن البضائع والخدمات من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر[١]. بحيث يرى الفقه أن بطاقات الوفاء بهذا المفهوم لا تعتبر من قبيل بطاقات الائتمان ولا تقوم إلا بوظيفة الوفاء فقط ولا تقدم لحاملها أي ائتمان بالمعنى المصرفي المعروف الذي يفترض تتابع سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة.[٢] وبذلك فإن الفارق الأساسي بين بطاقات الائتمان وبين بطاقات الوفاء (أو الدفع) أن هذه الأخيرة لا تتضمن أي صورة من صور الائتمان، وذلك لكون مصدر البطاقة (البنك) لا يتعهد بتقديم أي ائتمان لعملائه[٣]. وحامل بطاقة الوفاء لا يملك أجلاً للوفاء إلا في حالة استثنائية، هي حالة الوفاء غير المباشر، فقد يستفيد الحامل من الفترة الواقعة بين تاريخ الشراء وتاريخ إرسال الفواتير للجهة المصدرة[٤].

وإن كنا نرى أن هذه الاستفادة هي نوع من الاستفادة العرضية المادية الراجعة أحياناً لوجود فترة زمنية بين تاريخ الشراء وبين تاريخ إرسال الفواتير للجهة المصدرة، وذلك بعكس بطاقات الائتمان التي يعتبر الائتمان أحد مقوماتها الأساسية التي تعتبر من أهم أهداف إنشاء البطاقة وهي

---

(١) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ص ١٦.
د. رفعت أبادير – المرجع السابق – ص ٩٦.

(٢) د. فايز نعيم رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ١٧.

(٣) د. علي قاسم – قانون الأعمال – جـ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع (في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) – المرجع السابق – رقم ٤٠٤ ص ٤٦١، وإن كان يرى إمكانية اشتمال بطاقة الوفاء أيضاً على بطاقة ائتمان إذا تعهدت الجهة مصدرة البطاقة بدفع قيمة ما أجراه العميل من مشتريات للبائع المعتمد ثم تقوم بعد ذلك بتحصيل المبالغ المستحقة لنا بعد ذلك وفي مواعيد متفق عليها من العميل نقداً أو بشيك أو بتحويل مصرفي، فتؤدي بذلك البطاقة الوظيفتين معاً، وتستخدم كأداة ووسيلة ائتمان.
وفي نفس المعنى: د. فايز رضوان – المرجع السابق – بطاقات الوفاء – ص ١٦.

(٤) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ص ١٦، حيث ترى أن ذلك يكون عندما تقوم الجهة المصدرة بتسوية العملية بين التاجر وحامل البطاقة إما بصورة مباشرة (On-Line) أي لحظة إجراء الصفقة عن طريق التحويل المباشر من رصيد الحامل إلى رصيد التاجر، أو بطريقة غير مباشرة (Off-Line) حيث تقوم الجهة المصدرة بسداد الفواتير للتاجر بعد وصولها إليها، أي أن الأمر يقوم على وجود رصيد أو حساب للحامل.

أن يمنح البنك مصدرها ائتماناً إلى حاملها بأن يسدد مشترياته بها ثم يقوم بالسداد بعد فترة آجلة مقابل فائدة متفق عليها بين الطرفين.

(ب) **التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الصراف الآلي :-**

تسمى بطاقة الصراف الآلي ببطاقة الدفع الفوري أو بطاقة التحويل الإلكتروني عند نقاط البيع والشراء، وهي تخول حاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة وبنظام خاص يعتمد على رقم سري للعميل يستطيع بواسطته صرف المبلغ آلياً من الجهاز.

ويتفق الفقه على أن نظامي بطاقة الائتمان وبطاقة الصراف الآلي يختلفان من نواحي متعددة، أهمها ما يأتي : [1]

(أ) أن استخدام بطاقة الصراف الآلي يعتمد على الأموال الموجودة بالفعل في حساب حامل البطاقة ولا يسمح بالصرف عند عدم وجود رصيد بعكس بطاقة الائتمان والتي تقدم ائتماناً حقيقياً للعميل، وهذا هو الفارق الجوهري بين النظامين، فبطاقة الصراف الآلي هي أداة سحب، بينما بطاقة الائتمان هي أداة ائتمان.

(ب) ينشا نظام بطاقة الصراف الآلي عن عقد واحد يبرم بين حامل البطاقة والبنك المصدر فقط، أما نظام بطاقة الائتمان ـــ فيستند إلى علاقة ثلاثية ناشئة عن إبرام ثلاثة عقود بين أطراف العلاقة الثلاثة على التفصيل السابق ذكره في أركان بطاقة الائتمان.

(جـ) بطاقة الصراف الآلي يحدد لها الحد الأقصى المسموح السحب به في اليوم، أما في بطاقة الائتمان فهي تحدد بمقدار السقف المتفق عليه، والذي قد يتم دفعة واحدة وفي يوم واحد.

---

(١) أنظر في هذه الفروق :
د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ٤٦ وبعدها.
د. علي قاسم – المرجع السابق – ص ٤٦١ وبعدها.
ممدوح الرشيدات – المرجع السابق – رقم ٨٠٩ – ص ٢٢١.
فداء الحمود – المرجع السابق – ص ١٨.

(د) تستخدم بطاقة الصراف الآلي لإجراء إيداعات في الحساب، بينما بطاقة الائتمان فلا تتوفر فيها هذه الخاصية.[١]

(هـ) وأخيراً قد يوجد تشابه بين بطاقة الصراف الآلي وبطاقة الائتمان في أنه لا يجوز السحب نقداً من الحساب، ولكن في السحب من الحساب في بطاقة الائتمان إذا كان الرصيد مدين فإنه يدفع فواتير، أما في بطاقة الصراف الآلي فلا يسحب إلا إذا توافر رصيد، إلا إذا منح البنك العميل تسهيلات بالسحب بحد معين، فتتحول عندئذ إلى بطاقة ائتمان في هذا الصدد.[٢]

(جـ) التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة ضمان الشيكات :-

بطاقة ضمان الشيكات (Cheque Guarantee Card) هي بطاقة يتعهد بموجبها البنك أو الجهة مصدرة البطاقة للحامل بأن يضمن سداد الشيكات المسحوبة من قبله على هذا البنك وفقاً لشروط تلك البطاقة، والتي تحتوي على اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الأقصى الذي يتعهد البنك بالوفاء به. [٣]

ويمكن إجمال أهم الفروق بين نظامي بطاقة ضمان الشيكات وبطاقة الائتمان فيما يأتي:[٤]

(أ) أن البنك المصدر بطاقة ضمان الشيكات، يضمن الوفاء بقيمة الشيك المسحوب من الحامل، أما في بطاقة الائتمان فإنه يضمن الوفاء بقيمة سلع ومشتريات حصل عليها الحامل من التاجر.

(ب) أن نطاق بطاقة ضمان الشيكات أوسع، لأن الحامل يملك سحب الشيك لأي شخص، بينما بطاقة الائتمان لا تقبل إلا من التجار المتعاقدين مع الجهة المصدرة.

---

(١) ممدوح الرشيدات – المرجع السابق – ص ٢٢١.

(٢) ممدوح الرشيدات – المرجع السابق. د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ١٦.

(٣) أنظر في نطاق بطاقة ضمان الشيكات بالتفصيل –
Ellinger, E.P., : Modern Banking Law – P. 395.
Aubrey: Commercial and Consumer Credit – London, 1982, P. 324.

(٤) أنظر في هذه الفروق بالتفصيل : فداء الحمود – المرجع السابق – ص ١٩ وبعدها.

(جـ) أن رفض البنك الوفاء بسبب تجاوز الحد الأقصى المتفق عليه وعدم وجود رصيد، يثير المسئولية الجنائية للحامل عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد، أما بالنسبة لبطاقة الائتمان فإنها تفترض التزام مصدر البطاقة بسداد قيمة مشتريات حامل البطاقة سداداً فورياً للتاجر بغض النظر عن رصيد حامل البطاقة، ثم يقوم بالرجوع على الحامل بعد فترة آجلة مطالباً إياه بالسداد، وهذا هو الذي يجعل الائتمان هو العنصر الأساسي في هذه البطاقة.

(٢) التمييز بين بطاقة الائتمان وبعض الأدوات المصرفية المقاربة :-

بعد أن خلصنا إلى تمييز بطاقة الائتمان عن البطاقات المصرفية الأخرى، نتطرق الآن إلى التمييز بين نظام بطاقة الائتمان ذاته وما يقوم عليه من ائتمان كما رأينا وبين بعض عمليات وأدوات مصرفية أخرى مقاربة منه ولكنها تختلف عنه من نواحي متعددة وتأتي على رأس هذه الأدوات المصرفية: خطاب الاعتماد المستندي، وبعض الأوراق التجارية وخاصة الكمبيالة، والشيك.

(أ) التمييز بين بطاقة الائتمان وبين خطاب الاعتماد المستندي :-

عند قيام البنك بفتح اعتماد مستندي لصالح العميل، ويصدر خطاب الاعتماد المستندي إلى المستفيد بناءً على طلب العميل[1]، قد يبدو وجود تقارب واختلاط بين خطاب الاعتماد

---

(١) أنظر بالتفصيل في الاعتمادات المصرفية وأنواعها وخاصة الاعتماد المستندي وما ترتكز عليه من ضمان وائتمان لصالح العميل :

د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ٣٢٩ بند ٤٠٥ وبعدها.

د. علي سيد قاسم – قانون الأعمال – جـ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع – ١٩٩٩ – المرجع السابق ص ٢٨ وبعدها، و ص ٤٠٥ وبعدها.

د. سميحة القليوبي – الأسس القانونية لعمليات البنوك – دار النهضة – ١٩٨٨ – ص ٣٧٧.

د. حسني المصري – عمليات البنوك – دار الفكر العربي – ١٩٨٧ – ص ١٣.

المستندي في هذه الحالة وبين بطاقة الائتمان، ولكن حقيقة الأمر أن الطبيعة القانونية المختلفة لكل منهما تؤدي إلى التمييز الواضح بينهما وخاصة من النواحي التالية : [1]

(١) أن خطاب الاعتماد المستندي يصدر إلى المستفيد بناءً على طلب العميل، ويدفع العميل عمولة إلى البنك مقابل إصداره، أما بطاقة الائتمان فيصدرها البنك إلى العميل (حامل البطاقة) بناءً على عقد مسبق معه ولا تصدر إلى البائع، والعمولة المدفوعة بالنسبة لبطاقة الائتمان يدفعها البائع إلى البنك وليس العميل كما هو الحال في الاعتماد المستندي.

(٢) من أهم المميزات التي أكد عليها الفقه بالنسبة لبطاقة الائتمان أن التعامل بها يعتبر "وفاء نهائياً"[2]، أما خطاب الاعتماد المستندي فلا يعتبر وفاء نهائياً.

(٣) في خطاب الاعتماد المستندي ، يقوم المشتري عادة باختيار البنك الذي يتعامل معه، أما في بطاقة الائتمان فإن البائع (التاجر ومقدم الخدمات) هو الذي يختار البنك أو مصدر البطاقة الذي يرغب في التعامل معه.

(٤) ولعل التشابه الوحيد بين النظامين يوجد في أن البنك يلتزم، بالنسبة لكل من خطاب الاعتماد المستندي وبطاقة الائتمان، بدفع قيمة المستندات والفواتير التي تقدم إليه، ولكن النظام القانوني لكل منهما يختلف تماماً، الأمر الذي يجعل بطاقة الائتمان لا تعتبر إطلاقاً صورة من صور الاعتماد المستندي.

---

(١) أنظر في ذلك بالتفصيل :

د. رفعت أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ١٠١ وبعدها.

ممدوح الرشيدات – التشريعات المالية والمصرفية – طبعة ٢٠٠١ – المرجع السابق – بند ٨٠٩ ص ٢٢٠.

د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ٢٥٨ وبعدها.

(٢) د. علي سيد قاسم – قانون الأعمال – جـ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع – ١٩٩٩ – المرجع السابق – بند ٤١٦ – ص ٤٧٠.

(ب) **التمييز بين بطاقة الائتمان وبين بعض الأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك):**

قد تقترب بطاقة الائتمان من بعض صور الأوراق التجارية وخاصة الكمبيالة والشيك، ولكنها رغم هذا التقارب تختلف عنها تماماً في الطبيعة والآثار القانونية :-

فأولاً: بالنسبة للكمبيالة: فإن مظهر التقارب الشديد بين النظامين (الكمبيالة وبطاقة الائتمان) أن كلا منهما يحقق وظيفة الائتمان بالإضافة لوظيفة الوفاء، حيث يملك الساحب -في الكمبيالة- تأجيل أداء قيمتها إلى تاريخ لاحق فتحقق له بذلك وظيفة الائتمان التي تحققها بطاقة الائتمان حين يقوم الحامل بسداد قيمة المشتريات في أجل لاحق وعلى دفعات فتمنحه البطاقة من ثم وظيفة الائتمان، ولكن مع ذلك يظل النظامان (الكمبيالة وبطاقة الائتمان) مختلفين تماماً، فمن ناحية أولى فقد اشترط المشرع في الكمبيالة بيانات إلزامية مجردة يجب أن تشتمل عليها وإلا فقدت صفتها بوصفها كمبيالة وطبيعتها كورقة تجارية ، أما بطاقة الائتمان فهي لا تشتمل إطلاقاً على البيانات الإلزامية للكمبيالة، ومن ناحية ثانية فإن الكمبيالة - كورقة تجارية قابلة للتداول عن طريق التظهير بينما بطاقات الائتمان لا يمكن تداولها ولا تقدم إلا من خلال حاملها الشرعي الذي أصدرها البنك له وهي غير قابلة للانتقال للغير.[1]

وثانياً: بالنسبة للشيك: قد يقترب النظامان من بعضهما في أن الشيك يفترض علاقة ثلاثية بين ثلاثة أشخاص هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد، تماماً كما تستند بطاقة الائتمان إلى علاقة ثلاثية بين الحامل والتاجر والجهة مصدرة البطاقة (البنك) ومع ذلك فإن النظامين يختلفان تماماً من عدة نواحي هامة تميز بينهما، فمن ناحية أولى فإن الشيك ينتقل - مثل الكمبيالة عن طرق التظهير أما بطاقة الائتمان فلا تنتقل ولا تقدم إلا بواسطة حاملها، ومن ناحية ثانية فإن

---

(١) د. علي قاسم - قانون الأعمال - جـ٣ - وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع - ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ٤٢ وبعدها.

فداء الحمود - النظام القانوني لبطاقة الائتمان - المرجع السابق - ص ٢٣ ، ٢٤.

هناك اختلافاً بين الشيك وبين بطاقة الائتمان كوسيلتين للوفاء، فالمستفيد من الشيك لم يقبله قبـــولاً نهائيـــاً بوصفه سداداً نهائياً قاطعاً للدين ، بل يبقى الدين الأصلي قائماً بكـــل ما له من ضمـــانات إلى أن تصرف قيمة الشيك ، [1] أما بطاقة الائتمان فتنشئ علاقة تعاقدية مباشرة بين البنك مصدرها والتاجر ، يلتزم بمقتضاها البنك بسداد قيمة مشتريات حامل البطاقـــة ، فهي تمثل وفاء نهائياً وليس مشروطاً . [2] ، ومن ناحية ثالثة فإن بطاقة الائتمان يستعملهـــــا حاملها عدة مرات كما يشاء خلال فترة سريان مفعولها حسب اتفاقه مع مصـــدرها في العقـــد المبرم بينهمـــا وعادة ما تكون هذه الفترة سنة قابلة للتجديد ، أما الشيـــك فإنه يستعمل مرة واحـــدة فقط ينتهي بعدها ويكون محدد الدفع بمبلغ معين من النقود مذكور فيه ، وأخيراً فإن بطاقة الائتمان أداة ائتمان يتوفر لها شرط القبول العـــام والثقـــة والضمان في التعامل ، أما الشيك فهو أداة وفاة ولا يضمنه سوى وجـــود رصيد قائم وقابل للسحب في حساب ساحب الشيك.[3]

---

(١) د. علي جمال الدين عوض – الشيك – رقم ٦١.

وانظر بالتفصيل في هذه التفرقة: ممدوح الرشيدات محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – ٢٠٠١ – المرجع السابق – رقم ٨٠٩ ص ٢١٩ وبعدهما.

(٢) وهو ما يطلق عليه الفقه ، أن أمر الوفاء الناتج عن بطاقة الائتمان هو نهائي ومجرد" "Irrevocable et abstrait" .

د. على قاسم – المرجع السابق – رقم ٤١٦ ص ٤٧٠.

وانظر في نفس المعنى : د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ٢٤٠ وبعدها.

(٣) د. رفعت فخري أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ١٣٠.

د. على جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق – بند ٥٤٣ ص ٤٣.

ممدوح الرشيدات – المرجع السابق – ص ٢٢٠.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان
وآثارها القانونية

أولاً : طبيعتها القانونية :

تمهيد :

نقوم في هذا الصدد ببحث الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان وما ينشأ عنه من علاقة ثلاثية بين أشخاصها الثلاثة مستعرضين النظريات الفقهية المتعددة التي حاولت بيان هذه الطبيعة القانونية، محاولين الانتهاء إلى بيان الطبيعة القانونية المتلائمة مع هذا النظام المستحدث، مع ملاحظة أننا سنقتصر في هذا المجال على بحث الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان في ذاته، وسنقوم – في المبحث الثاني المخصص لآثار نظام البطاقة – ونحن بصدد دراسة العلاقات الناشئة عنها ببيان التكييف القانوني للعقد الذي يربط بين كل طرفين من أطراف هذه العلاقة على حدة لتحديد الالتزامات والحقوق الناشئة في هذا الصدد.

وسنرى عند استعراضنا – فيما يلي – للنظريات المختلفة في بيان الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، أن الملاحظة الأساسية عليها، أنها حاولت رد هذه الطبيعة القانونية لأحد النظم المعروفة في نظرية الالتزامات دون مراعاة الطبيعة الذاتية لنظام بطاقات الائتمان بوصفه نظاماً مصرفياً إلكترونياً مستحدثاً من نظم الأعمال المصرفية.

النظرية الأولى : الاشتراط لمصلحة الغير :

ولعل نقطة التشابه بين النظامين لدى أنصار هذا التكييف – أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير هو نظام يفترض علاقة ثلاثية – مثل بطاقة الائتمان – تستند إلى (عقد) يشترط فيه أحد المتعاقدين (المشترط) على المتعاقد الآخر (المتعهد) بأن يقوم بتنفيذ التزام لصالح شخص ثالث ليس

طرفاً في العقد (المنتفع) بحيث ينشأ له حق مباشر قبل المتعهد.[1]

بحيث يرون تفسير بطاقة الائتمان في ضوء عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وخاصة في علاقة التاجر بالجهة المصدرة للبطاقة (البنك) فيعتبر حامل بطاقة الائتمان هو (المشترط) وقد اشترط في العقد المبرم بينه وبين البنك مصدر بطاقة الائتمان (المتعهد) حقاً مباشراً للتاجر (المنتفع) في استيفاء دينه وثمن البضائع من هذا البنك المتعهد، ويؤيدون ذلك بأن الاشتراط لا يتطلب كون المنتفع موجوداً وقت إبرام العقد، بل يجوز أن يكون شخصاً مستقبلاً أو غير معين وقت إبرام عقد الاشتراط، مما يصلح معه تطبيقه على التاجر (المنتفع) الذي تعامل معه بعد ذلك حامل بطاقة الائتمان. [2]

---

(١) انظر بالتفصيل في عقد الاشتراط لمصلحة الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه ، والعلاقات التي ينشئها – والمترتبة على عقد واحد!! – والحق المباشر الذي ينشا للمنتفع مباشرة من العقد دون أي إجراء آخر .

د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – طبعة ١٩٨١ ، جـ١ – مصادر الالتزامات – ص ٧٧٣ وبعدها .

د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – القسم الأول – مصادر الالتزام – ١٩٩٤ – بند ١٠٨ – ص ١٦١ وبعدها .

كتابنا : النظرية العامة للالتزام – جـ١ – مصادر الالتزام – مع أحدث التطبيقات المعاصرة للمسئولية المدنية – القاهرة ٢٠٠٢ – ص ٢١٥ وبعدها.

وانظر في النصوص القانونية المنظمة لنظام الاشتراط لمصلحة الغير: المادة ١٥٤ من التقنين المدني المصري وما بعدها.

وفي أحكام محكمة النقض الهامة في تمييز نظام الاشتراط لمصلحة الغير، وأن كافة علاقاته، وخاصة حق المنتفع، ينشأ عن عقد واحد وهو ما يميزه كما سنرى عن بطاقة الائتمان ، ما حكمت به من أن : " مفاد نص المادتين ١٥٤ ، ١٥٥ من قانون المدني ، أن الاشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة ، وهو ينطوي على خروج طبيعي على مبدأ نسبية أثر العقد ... ويترتب عليه أن المتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع حقاً مباشراً رغم أنه ليس طرفاً في العقد ..... " .

(نقض مدني جلسة ١٩٨٠/١/٢٩– الطعن ٦٠٤ سنة ٤٤ ق مجموعة المكتب الفني– السنة ٣١ ص٣٤٤).

(٢) د. رفعت فخري أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – طبعة ١٩٨٤ – منشورة لدى مكتبة سعيد رأفت – ص ٦٢.

ويلاحظ أنصار هذا التكييف أن حق التاجر قبل البنك مصدر بطاقة الائتمان يكون حقاً مستقلاً مباشراً ولا يجوز للبنك الدفع في مواجهته بالدفوع المستمرة من علاقته بالحامل، وذلك تماماً مثل عقد الاشتراط .

ومع ذلك يؤخذ على هذه النظرية أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يصلح أساساً قانونياً للطبيعة القانونية لنظام بطاقة الائتمان لوجود كثيراً من الاختلافات القانونية بين النظامين، أهمها:- من ناحية أولى، أنه في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، فإن المشترط هو الذي يقوم بتحديد شخص المنتفع من عقد الاشتراط، أياً كان الوضع، سواء كان هذا المنتفع موجوداً وقت إبرام عقد الاشتراط أم كان غير معين أو مستقبلاً أو قابلاً للتحديد بعد ذلك[1]، وكان تطبيق هذا العنصر الجوهري في عقد الاشتراط على بطاقة الائتمان مفاده أن حامل البطاقة (المشترط) هو الذي يتولى تحديد المنتفع من البطاقة، في حين أن نظام بطاقة الائتمان يقوم على عكس ذلك، حيث أن الجهة مصدرة البطاقة وهي غالباً البنك (المتعهد) هي التي تتولى تحديد التاجر (المنتفع) الذي يتعامل معه الحامل، وهو الأمر الذي يختلف تماماً مع مفهوم عقد الاشتراط لمصلحة الغير.

ومن ناحية ثانية فإن من أهم أركان عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن تتوافر لدى المشترط نية اشتراط الحق المباشر للمنتفع وفي نفس الوقت الذي تكون له مصلحة (مادية أو أدبية) وهو ما عبرت عنه المادة ١٥٤ مدني مصري بنصها على أنه "١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذه هذه الالتزامات مصلحة، مادية كانت أم أدبية." في حين أن نظام بطاقة الائتمان يستند - قانوناً - إلى عكس ذلك، حيث أن حق التاجر في استيفاء ثمن مبيعات وقيمة خدماته، ينشأ من عقود نموذجية (Conrat-Type) مبرمة بينه وبين

---

(١) كتابنا : النظرية العامة للالتزام - جـ١ - مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٢ - المرجع السابق - ص ٢١٩ .
ونرى أن أهم دليل على ذلك في عقد التأمين على الحياة - وهو أحد تطبيقات عقد الاشتراط لمصلحة الغير - قد يكون المنتفع فيه - المستفيد من التأمين - غير موجود وغير معين في العقد ، بل قد لا يكون قد جاء إلى قيد الحياة أصلاً ، مثال الوالد المستأمن (المشترط) الذي يبرم عقد تأمين على حياته (عقد اشتراط) مع المؤمن (المتعهد) لصالح أولاده الموجودين وقت إبرام العقد وكذلك من سيكون قد ولد منهم وجاء إلى قيد الحياة وقت وقوع الخطر (المنتفع).
وانظر بالتفصيل في ذلك :
كتابنا : عقد التأمين - طبعة ٢٠٠١ دار النهضة ص ٢٤ وبعدها .
بل ويجوز للمشترط في عقد الاشتراط نقض حق المنتفع وتغييره أو اشتراط الحق للمشترط نفسه ولكن بشروط وفي حدود معينة. (السنهوري - المرجع السابق - ص ٧٨٠).

الجهة مصدرة البطاقة (البنك) وليس من العقد المبرم بين الحامل وبين هذه الجهة المصدرة، وهو الأمر الذي نرى معه أن الخاصية القانونية الأساسية في عقد الاشتراط لمصلحة الغير – والتي تمثل استثناء على مبدأ نسبية أثر العقد – وهي نشوء حق مباشر للمنتفع، إنما ينشأ من عقد واحد هو عقد الاشتراط الذي أبرم بين المشترط والمتعهد، بعكس بطاقة الائتمان التي ينشأ فيها حق التاجر في مواجهة البنك مصدر البطاقة من عقد مستقل يبرم بينهما على استقلال وينفصل تماماً عن العقد الذي يبرم بين حامل البطاقة وبين البنك مصدر هذه البطاقة .

ومن ناحية ثالثة، تؤدي ملاحظتنا السابقة الأخيرة إلى فارق آخر جوهري بين النظامين، وهو أنه حيث أن الاشتراط يقوم على عقد واحد فقط ، هو مصدر حق المنتفع في نفس الوقت، فإن المتعهـــد يستطيع أن يتمسك في مواجهة المنتفع بكافة الدفوع المستمدة من عقد الاشتراط وهو ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من التقنين المدني المصري بنصها على أن "ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد." وهو الأمر الذي يختلف عن النظام القانوني لبطاقة الائتمان، حيث أن الجهة المصدرة للبطاقة (البنك) لا تستطيع أن تحتج في مواجهة التاجر بالدفوع الناشئة عن علاقتها بالعميل حامل بطاقة الائتمان[1]، لأن هذه العلاقة ناشئة عن عقد البيع المبرم بين حامل البطاقة والتاجر، وأما البنك مصدر البطاقة فإنه أجنبي عن هذا العقد ولا يستطيع أن يتمسك بالدفوع الناشئة عنه، لأن التزامه ناشئ عن عقد آخر مستقل مبرم بينه وبين التاجر.[2]

وبذلك فإن نظام بطاقة الائتمان لا يمكن تكييفه قانوناً استناداً إلى أنه نوع من الاشتراط لمصلحة الغير، ونحن نرى أن السبب في ذلك – كما رأينا بالتفصيل – أن الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على إبرام عقد واحد فقط، بين المشترط والمتعهد، وهو الذي ينشأ منه الحق المباشر المستقل للمنتفع بعكس نظام بطاقة الائتمان الذي يفترض لذلك إبرام عدة عقود وليس عقداً واحداً .

---

(١) مثل الدفع بالبطلان أو الفسخ ، وخاصة في حالة عدم قيام المشترط بتنفيذ التزامه قبل المتعهد، فإنه يجوز لهذا المتعهد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه في مواجهة المنتفع ، استناداً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ."

(٢) فداء يحيى الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – ١٩٩٩ – المرجع السابق – ص ٧٩ ، ٨٠.

النظرية الثانية : الوفاء مع الحلول :

الوفاء طريقة من طرق انقضاء الدين، فإذا كان الوفاء من المدين، فإن الدين ينقضي نهائياً، وإذا كان الوفاء من غير المدين، فإن الموفي يحل حلولاً – قانونياً أو اتفاقياً [1] – محل الدائن ويكون له الرجوع على المدين الذي استفاد من هذا الوفاء بشروط وفي حدود تكفل التقنين المدني المصري بتحديدها [2]، وقد رأى جانب من الفقه أن نظرية الوفاء مع الحلول (وخاصة الحلول الاتفاقي) تقترب جداً من نظام بطاقة الائتمان ولذلك فإنه يمكن تفسير الطبيعة القانونية لهذا النظام الأخير (بطاقة الائتمان) بأنه نوع من الوفاء مع الحلول الاتفاقي محل المدين.[3] على أساس

---

(١) ذلك أن حلول الموفي محل الدائن قد يكون بنص القانون ، ويسمى عندئذ " الحلول القانوني " ، وقد يكون باتفاق بين الموفي والدائن ، أو بين الموفي والمدين ، ويسمى عندئذ " بالحلول الاتفاقي ".
أنظر في الحلول مع الاتفاق بالتفصيل:
د. السنهوري – الوسيط – جـ٣ – آثار الالتزام – المرجع السابق – البنود من ٤٠٢-٤٠٥.
د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزام – المرجع السابق – بند٤١٧ – ص٦٨٧.
د. جلال العدوي – أحكام الالتزام – ١٩٨٦ – ص ٣٠٩ وبعدها.
د. عبد الحي حجازي – أحكام الالتزامات – بند ١٥٣ – ص ١٩٧.

(٢) حيث تنص المادة ٣٢٦ من القانون المدني المصري ، في شأن الحلول القانوني ، على أنه: " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية ..... "
وتنص المادة ٣٢٧ مدني مصري ، بشأن الحلول الاتفاقي ، بأنه ، " للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء. " وانظر أيضا نص المادة ٣٢٨ .
وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه : " تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدني على أن للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء ، وقد قصد من هذا الشرط الأخير درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه ، متفقان غشاً على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر في المرتبة ، فيما إذا أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء. "
نقض مدني مصري – جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ – مجموعة المكتب الفني ، السنة ٢٨ ، ص ٧٤٥ ، الطعن ٣٨٨ ، سنة ٤٣ ق.

(٣) انظر في عرض هذا الرأي : د. رفعت فخري أبادير ، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق ص ٦١ وبعدها، وفداء الحمود – النظام القانوني لبطاقات الائتمان – المرجع السابق ص٧٦-٧٨ مع عرض تفصيلي للانتقادات الموجهة له.

أن نظام الوفاء مع الحلول يقوم على أنه إلى جانب الوفاء البسيط، فقد توجد للغير الموفي دعوى أخرى هي دعوى الحلول، يستطيع بموجبها أن يرجع على المدين بنفس الدين الذي كان للدائن والذي قام الغير بالوفاء به، ويبقى بما له من خصائص وما يكفله من ضمانات، وهذا هو مقتضى الوفاء مع الحلول، الذي يترتب عليه بقاء الدين في العلاقة بين الموفي والمدين، بالرغم من أن الوفاء قد أدى إلى انقضائه في العلاقة بين المدين والدائن، ويستطيع الموفي أن يرجع على المدين، بدعوى الحلول (محل الدائن) لأنها تتيح له أن يستفيد بضمانات الدين، ولا تعرضه بالتالي لمزاحمة بقية الدائنين إذا كان المدين معسراً.[1] فيقال، تطبيقاً لأحكام الحلول على بطاقة الائتمان، أن التاجر (الدائن) حتى يستوفي حقه من حامل بطاقة الائتمان (المدين) قد اتفق مع الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان، غالباً البنك، (الغير موفي) على أن تحل محله قبل الحامل، ثم تقوم هذه الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان، بعد الوفاء للتاجر، بالرجوع على المدين حامل البطاقة بسداد الدين الذي كان عليه للتاجر، وبذلك يمكن تفسير بطاقة الائتمان في نظر هذا الرأي - بأنها نوع من الحلول الاتفاقي.

ولكننا نرى - مع جانب من الفقه -[2] أنه رغم هذا التقارب، أو القياس على نحو أدق، بين أحكام الحلول وبطاقة الائتمان، فإن النظامين يختلفان في أحكام قانونية هامة تجعل من الصعب إضفاء الطبيعة القانونية للحلول (وخاصة الاتفاقي) على بطاقة الائتمان ، ومن أهم أوجه هذا الخلاف ، من ناحية أولى ، أنه من الخصائص الأساسية لنظام بطاقة الائتمان أن الاتفاق على حلول البنك مصدر البطاقة محل العميل المدين حامل البطاقة في سداد دينه تجاه التاجر البائع دائن العميل ، هذا الاتفاق ينتج عن عقد مستقل مبرم بين البنك مصدر البطاقة والتاجر الدائن وهذا العقد يبرم سلفاً مقدماً قبل الوفاء ، وهو الأمر الذي يتعارض تماماً مع أحكام الحلول في

---

(١) د. عبد الودود يحيى - المرجع السابق - رقم ٤١٦ ص ٦٨٦.

وانظر كذلك: د. محمد شكري سرور - أحكام الالتزام ١٩٩٦ - بند ٣٦٧ - ص ٢٧٤ ، ٢٧٥.

(٢) فداء يحيى الحمود - النظام القانوني لبطاقة الائتمان - المرجع السابق - ١٩٩٩ - ص ٧٨.

د. فايز رضوان - بطاقات الوفاء - ص ٢٣ وبعدها ، ص ٢٤٤ وبعدها .

القانون المدني، حيث يرى الفقه، وخاصة الفقه الفرنسي[1]، أن الحلول لا يجوز قبل الوفاء باعتبار أن الوفاء هو سبب الحلول ومن ثم فإذا وجد اتفاق بين الغير وبين الدائن بالنسبة لدين مستقبل، كما هو الحال في بطاقة الائتمان ، فهو ليس اتفاقاً على الحلول، لأنه لا حلول في ديون لم تنشأ، بل هو في أكثر الاحتمالات المتصورة "وعد بالحلول" وليس "حلولاً كاملاً"، وحتى بالنسبة للقانون المصري، فنحن نرى أنه لا يمكن تطبيق تكييف الحلول على بطاقة الائتمان، لأن نصوص القانون المصري تستلزم في الاتفاق على الوفاء مع الحلول أن يكون صريحاً، أو على الأقل يستفاد بدلالة مباشرة صريحة واضحة في الاتفاق، وهو ما لا أثر له في بطاقة الائتمان .[2]

ومن ناحية ثانية، رأينا العبارة الصريحة للفقرة الأخيرة من المادة ٣٢٧ مدني مصري، والتي تنص على أنه لا يصح أن يتأخر الحلول عن وقت الوفاء، وهو نفس ما قررته محكمة النقض في الحكم الذي أشرنا إليه، ومعنى ذلك أن نظام الوفاء مع الحلول لا يمنح أي ائتمان آجل للمدين ولا يجوز أن يتأخر عن وقت الوفاء، فهو طريقة من طرق انقضاء الدين بالوفاء في القانون المدني، بعكس نظام بطاقة الائتمان، الذي هو أداة من أدوات المعاملات المصرفية التجارية (الإلكترونية) التي تستند أساساً إلى منح المدين حامل بطاقة الائتمان، صورة من صور الائتمان الآجل في ذمة البنك مصدر البطاقة، ومن ناحية ثالثة، فإنه بالنسبة لنظام الوفاء مع الحلول، فإن الغير الموفي يحل محل الدائن في الدين بكافة خصائصه وكل ما كان له أو ضده من الدفوع، وعلى وجه الخصوص يستطيع المدين أن يتمسك في مواجهة الموفي بكافة الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة الدائن، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٣٢٩ مدني مصري[3]، أما بالنسبة لنظام بطاقة

---

(١) ستارك – الالتزامات – بند ٢٣٥٠ – مارتي ورينو – الالتزامات – بند ٦١٢ – كولان وكابيتان ودي لامور انديز – بند ٣١٣ .

(٢) حيث أن نظام بطاقة الائتمان يفترض علاقة ثلاثية بين ثلاثة أشخاص ، البنك مصدر البطاقة ، والعميل حاملها ، والتاجر الدائن ويحكم كل علاقة منها عقد مستقل – كما سنرى بالتفصيل في المبحث الثاني – ولذلك لا يوجد نص صريح على أي حلول في هذا النظام.

(٣) حيث تنص المادة ٣٢٩ مدني مصري على أن: " من حل ، قانوناً أو اتفاقاً ، محل الدائن ، كان له حقه ، بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن."

الائتمان فلا يوجد أي أساس قانوني أو بند اتفاقي في العقد المبرم بين البنك المصدر للبطاقة وبين التاجر يتعلق بالحكم القانوني للدفوع التي تكون لحامل البطاقة ضد التاجر ومدى جواز تمسكه بهذه الدفوع في مواجهة البنك مصدر البطاقة.

وأخيراً فإن النظام القانوني للوفاء مع الحلول يفترض انقضاء الدين بين المدين والدائن ، ونشأته بين المدين والموفي كما ذكرنا [1] ، وتطبيق ذلك على بطاقة الائتمان يفترض أن الدين ينقضي بين الحامل والتاجر وينشأ بين الحامل والبنك المصدر للبطاقة ، في حين أن الواقع ونظام بطاقة الائتمان ، وفقاً للاتجاه الراجح ، يفترض أن ذمة الحامل تبقى مشغولة للتاجر بالمبلغ الذي يمثل ثمن المشتريات لحين قيام الجهة المصدرة بالسداد للتاجر [2].

وبذلك لا يصلح نظام الوفاء مع الحلول لتأسيس الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان.

وانظر في الأحكام المتواترة لمحكمة النقض المصرية على ذلك:

نقض مدني – جلسة ١٩٧١/٣/٢٥ – مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٢ ص ٣٨٤.

نقض مدني – جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩ – مجموعة المكتب الفني – السنة ١٩ ، ص ٤٤٣.

(١) انظر بالتفصيل في ذلك :

د. السنهوري – الوسيط – جـ٣ – المرجع السابق – ص٧٧٣ وبعدها.

د. جلال العدوي – أحكام الالتزام – المرجع السابق – ص ٣١٥ وبعدها.

د. عبد الودود يحيى – الموجز – المرجع السابق – ص ٦٩٦ وبعدها.

(٢) فداء يحيى أحمد الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – ١٩٩٩ – المرجع السابق – ص ٧٨ .

ويبررون ذلك بأن هذا هو الذي يفسر نظام بطاقة الائتمان والتي لا تتضمن سداداً فوريا للثمن المشتريات والخدمات، بل تستند إلى ائتمان آجل مستقبل يقوم على الوفاء بدفعات دورية آجلة حسب الاتفاق بين البنك مصدر البطاقة وبين العميل حاملها ، مع ملاحظة ما يراه البعض أن هذا هو الفرق بين بطاقة الائتمان وبين بطاقة الوفاء أو الدفع الفوري التي يعتبر أم التحويل فيها نهائي ومجرد.

د. علي قاسم – قانون الأعمال – جـ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع – المرجع السابق – ١٩٩٩ – بند ٤١٦ – ص ٤٧٠ – ٤٧١.

النظرية الثالثة : حوالة الدين :

يقصد بحوالة الدين، ذلك العمل القانوني الذي بموجبه يدخل شخص كمدين في التزام قائم بدلاً من المدين الأصلي، دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مضمون الدين، وهي بالمعنى الذي قصده المشرع المصري – في المواد ٣١٥ ومابعدها من التقنين المدني – ذلك العقد الذي بموجبه يحتال مدين جديد الدين الذي على المدين السابق، ونتيجة ذلك هي براءة المدين السابق، ودخول المدين الجديد في الدين ، مع بقاء الالتزام كما هو دون تغيير[١] وعلى ذلك المعنى جرى قضاء محكمة النقض المصرية.[٢]

ولعل أنصار هذا التكييف حاولوا قياس بطاقة الائتمان على نظام حوالة الدين، على أساس القول بأن حامل البطاقة (المدين الجديد) على أن يحل هذا الأخير محله في الدين الذي في ذمته قبل التاجر (الدائن المحال عليه)، وأن هذا التاجر قد أقر ذلك بمقتضى العقد المبرم بينه وبين البنك المصدر للبطاقة أو على الأقل ضمناً بإرساله الفواتير إلى هذا البنك لسدادها الأمر الذي يفترض قبوله هذه الحوالة[٣] أو في تفسير آخر قال البعض أن التاجر (الدائن) قد اتفق مع البنك المصدر (المدين الجديد) على أن يتحمل هذا الأخير الدين الناشئ في ذمة العميل حامل البطاقة (المدين الأصلي) وأن رضاء هذا الأخير بالحوالة يستفاد من العقد المبرم بينه وبين البنك مصدر البطاقة

---

(١) د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – ١٩٩٤ – المرجع السابق – بند ٣٧٣ – ص ٦١٦. وانظر في نظام حوالة الدين بالتفصيل :
د. عبد الودود يحيى – رسالة الدكتوراة بعنوان " حوالة الدين ، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري " جامعة القاهرة – ١٩٥٧ – طبعة ١٩٦٠ .

(٢) حيث حكمت محكمة النقض المصرية بأن " مفاد المواد ٣١٥ ، ٣٢١ من القانون المدني أن حوالة الدين تتحقق إما باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه الذي يصبح بمقتضاه مديناً بدلاً منه، ولا ينفذ في مواجهة الدائن بغير إقراره، وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضاء المدين الأصلي ."
نقض مدني مصري – جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ – الطعن رقم ٦٠٦ – السنة ٤٣ ق ، مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٩ – رقم ٢٠٤ ص ١٠٣١ .

(٣) انظر في عرض هذا التكييف بالتفصيل :
فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – ١٩٩٩ – المرجع السابق – ص ٧٤.
ممدوح الرشيدات – التشريعات المالية والمصرفية – ٢٠٠١ – المرجع السابق – ص ٢١٧ وبعدها.

(المدين الجديد) أو يستفاد ضمناً بتوقيعه على الفواتير المرسلة لهذا البنك لسدادها. [1]

ولكن أياً كان التفسير القائل به أنصار هذه النظرية، سواء بان الحوالة هي من قبل حامل البطاقة حسب عقده مع البنك مصدر البطاقة، أم هي من قبل التاجر وفقاً للعقد المبرم بينه وبين البنك المصدر للبطاقة، فإن الطبيعة القانونية لنظام بطاقة الائتمان يختلف تماماً عن نظام حوالة الدين من عدة نواحي قانونية هامة، منها، من ناحية أولى، يقوم نظام حوالة الدين على إبرام عقد واحد فقط ، إما بين المدين والمحال عليه (المواد ٣١٥ وما بعدها من القانون المدني المصري) وإما بعقد بين الدائن والمحال عليه (مادة ٣٢١ مدني) وفي الحالة الأولى – انعقاد الحوالة بعقد بين المحيل والمحال عليه، يستمد المحال له حقه قبل المحال عليه استناداً لعقد الحوالة هذا دون أن يبرم أي عقد آخر بمعنى أنه لا توجد علاقة مباشرة بين المحال عليه والمحال له، بل يكون رجوع هذا الأخير (المحال له) بمقتضى عقد الحوالة فقط، وفي الحالة الثانية، إذا كان الدائن هو المحيل بعقد بينه وبين المحال عليه، فإنه يستوفي حقه من المحال عليه طبقاً لهذا العقد، ولا توجد علاقة مباشرة بين هذا المحال عليه وبين المدين.[2] ويتناقض هذا الحكم الناشئ عن حوالة الدين تماماً مع أحكام بطاقة الائتمان، لأنه، يكون رجوع التاجر الدائن فيها على البنك مصدر البطاقة بناءً على علاقة مباشرة بينهما ناشئة عن العقد المبرم بينهما وليس على أساس عقد حوالة كما هو الحال في نظام حوالة الدين، وحتى في التصور الآخر عند رجوع البنك المصدر للبطاقة على العميل الحامل (المدين) إذا فرضنا أن التاجر هو المحيل، فإن ذلك يكون على أساس عقد مباشر مبرم سلفاً بين هذا البنك مصدر البطاقة وبين المدين حامل البطاقة، وليس على أساس أي عقد حوالة[3] ومن ناحية ثانية، فإنه من الأحكام الجوهرية لحوالة الدين ثبوت حق المحال عليه في التمسك في مواجهة المحال له

---

(١) انظر في ذلك د. رفعت فخري أبادير– بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – ١٩٨٤ المرجع السابق ص٥٦.

(٢) د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزامات – الأحكام – ١٩٩٤ – المرجع السابق – رقم ٣٧٥ ، ٣٧٦ ص ٦٢٠ ، ٦٢١. د. أنور سلطان – أحكام الالتزام – ١٩٨٣ – ص ٣٣٢.

(٣) انظر في نفس المعنى بهذا الانتقاد :
فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ١٩٩٩ – ص ٧٤.

بكافة الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت ثابتة له في مواجهة المحيل المدين الأصلي، وكذلك حقه في التمسك بالدفوع التي كانت للمحيل في مواجهة المحال له.[1] ويتعارض هذا الأثر القانوني لحوالة الدين مع أحكام بطاقة الائتمان لأن مفاد تطبيقه عليها كان مؤداه الاعتراف للبنك المصدر للبطاقة (المحال عليه مجازاً) بحق التمسك في مواجهة التاجر (الدائن مجازاً) بكافة الدفوع المستمدة من علاقة هذا التاجر مع حامل البطاقة، وهو حكم لا يطبق إطلاقاً على بطاقة الائتمان ويتعارض مع أثرها القانوني الذي من شأنه إلزام البنك مصدر البطاقة بالوفاء دون التمسك بالدفوع،[2] ومن ناحية ثالثة، فإن أبرز آثار حوالة الدين هو براءة ذمة المدين الأصلي من الدين براءة نهائية، حيث يحل المدين الجديد في الدين محل المدين الأصلي، حتى إذا ما رجع الدائن على المحال عليه فوجده عند حلول أجل الوفاء معسراً، لم يعد من حقه أن يرجع مرة أخرى على المدين القديم الذي برئت ذمته.[3] وهو أمر يختلف تماماً عن نظام بطاقة الائتمان ويتناقض مع طبيعتها، حيث أنه لا تبرأ ذمة حامل البطاقة – وفقاً للرأي الغالب بمجرد توقيعه على الفاتورة، بل يظل حامل البطاقة ملزماً بالسداد حتى يقوم البنك مصدر البطاقة بالسداد.[4]

وبذلك لا يصلح نظام حوالة الدين كتفسير للطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان .

---

(١) وفي ذلك يقضي نص المادة ٣٢٠ من القانون المدني المصري بأن للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها ، وكذلك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، سواء تمت الحوالة بعقد بين المدين والمحال عليه (م ٣١٥ وبعدها) أم تمت بعقد بين الدائن والمحال عليه (م ٣٢١). ومثال ذلك الحق بالتمسك باعتبار العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال لأي سبب من أسباب البطلان كوجود عيب من عيوب الإرادة مثل غلط أو تدليس أو إكراه.
د. السنهوري – الوسيط – جـ٣ – المرجع السابق – بند ٢٣٦ ، أنور سلطان – المرجع السابق – بند ٣٥١ ، د.عبد المنعم البدراوي – بند ٢٩٧ ، د. عبد الودود يحيى – بند ٣٨٧ .
ومن أمثلة تطبيقات محكمة النقض المصرية:-
نقض مدني – جلسة ٢٥ مارس ١٩٨٠ – مجموعة المكتب الفني السنة ٣١ – رقم ١٧٢ – ص ٨٧١ .

(٢) انظر في نفس المعنى: د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ١٩ وبعدها ، وص ٢٥٨ وبعدها، وفداء الحمود – المرجع السابق – ص ٧٥.

(٣) د. السنهوري– بند ٣٣٥، د. عبدالمنعم البدراوي بند ٢٩٥، د. محمد شكري سرور– بند ٣٢١ ص٢٤٢.

(٤) انظر في ذلك بالتفصيل :-
د. رفعت فخري أبادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية – المرجع السابق – ص ٥٧.

النظرية الرابعة : الكفالـــة :

الكفالة عقد من العقود يكفل بمقتضاه شخص يسمى الكفيل سداد الالتزام الذي في ذمة شخص آخر هو المدين، بأن يتعهد الكفيل للدائن بأن يسدد هذا الالتزام إذا لم يسدده المدين نفسه. وقد نظم التقنين المدني المصري عقد الكفالة في المواد ٧٧٢ وبعدها إلى المادة ٧٨١.[١] ولذلك تصور أنصار هذه النظرية إمكان اعتبار بطاقة الائتمان نوعاً من أنواع الكفالة، على أساس أن البنك مصدر البطاقة إذ يتعهد للتاجر بأن يسدد له - في حدود مبلغ معين حسب اتفاقهما - قيمة الفواتير الموقعة من حامل البطاقة، فإن ذلك يعتبر -في نظرهم- كفالة من البنك (الكفيل عندئذ) لديون العميل حامل البطاقة (المدين عندئذ) في مواجهة التاجر البائع (الدائن عندئذ) ولا سيما أن القانون قد أجاز إمكان كفالة الدين المستقبل أو الدين الشرطي.[٢]

ولكن رغم ذلك فإن أحكام الكفالة تختلف تماماً عن أحكام بطاقة الائتمان ، وعلى وجه الخصوص بالنسبة لالتزامات البنك مصدر البطاقة حيث لا يمكن اعتباره كفيلاً لاختلاف خصائص التزاماته مع خصائص عقد الكفالة، الأمر الذي يخرج بطاقة الائتمان من الطبيعة القانونية للكفالة من عدة نواحي،[٣] فمن ناحية أولى، فإن عقد الكفالة يفترض وجود التزام

---

(١) حيث عرفت المادة ٧٧٢ مدني مصري عقد الكفالة بأنه : " الكفالة ، عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام ، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يفي به المدين نفسه. "
وانظر بالتفصيل في خصائص وأحكام الكفالة:-
د. محمود جمال الدين زكي- التأمينات العينية والشخصية - الطبعة الثالثة - القاهرة ١٩٧٩ ص٣١ وبعدها.

(٢) حيث تنص الفقرة (١) من المادة ٧٧٨ من التقنين المدني المصري على أنه: " تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدماً المبلغ المكفول ، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي."

(٣) انظر في ذلك : د. علي قاسم - قانون الأعمال - جـ٣ - رسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع - ١٩٩٩ - المرجع السابق - بند ٤١٥ ص ٤٧٠ وبعدهما .
د. على جمال الدين عوض - عمليات البنوك من الوجهة القانونية - ١٩٨٨ - المرجع السابق - بند ٤٧١ ص ٣٧٢ وبعدهما ، وبند ٩٣٤ ص ٦٨٢ وبعدهما ن وبند ٥٣٧ ص ٤٢٨ وبعدهما .
د. رفعت أبادير - بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية - المرجع السابق - ص ٦٣ .
د. فداء الحمود - النظام القانوني لبطاقة الائتمان - المرجع السابق - ص ٨٠ ، ٨١ .

أصلي وقائم في ذمة المدين الأصلي ، ويأتي التزام الكفيل كالتزام تبعي أو احتياطي في المرتبة الثانية في حالة عدم وفاء المدين الأصل بالدين ، بحيث إذا رجع الدائن على الكفيل أولاً قبل رجوعه على المدين ، كان للكفيل أن يتمسك في مواجهته " بالدفع بالتجريد " أي بضرورة الرجوع على المدين أولاً قبل الكفيل ، وذلك بعكس التزام البنك مصدر بطاقة الائتمان الذي يكون التزامه أصلياً ومباشراً في مواجهة الدائن (التاجر) ومستقلاً عن التزام المدين حامل بطاقة الائتمان ، ويرجع الدائن التاجر على البنك مصدر البطاقة رجوعاً مباشراً أصلياً دون أن يستطيع أن يدفع في مواجهته بالدفع بالتجريد ، ونحن نرى أن ذلك أثراً من آثار وجود علاقة مديونية مباشرة ناشئة عن عقد مستقل مبرم بين البنك مصدر بطاقة الائتمان والتاجر الدائن ، ومن ناحية ثانية ، يؤدي الحكم السابق إلى أثر ثاني ، حيث أنه لما كانت الكفالة عقداً تابعاً احتياطياً ، فإنه لا يكون صحيحاً إلا إذا كان الالتزام الأصلي المكفول صحيحاً، وهو ما نصت عليه المادة ٧٧٦ مدني مصري صراحة بقولها: "لا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً"، ويترتب على ذلك أنه - في عقد الكفالة - يستطيع الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التي من حق المدين أن يدفع بها.[1] أما في نظام بطاقة الائتمان فإن تعهد البنك مصدر البطاقة في مواجهة التاجر الدائن هو تعهد قطعي ونهائي ومباشر ولا يستطيع التمسك في مواجهته بالدفوع الثابتة لحامل البطاقة في مواجهة التاجر، ومن ناحية ثالثة، فإنه من خصائص عقد الكفالة أن الأصل فيه أنه من عقود التبرع حيث يلتزم الكفيل بكفالة التزام المدين بدون مقابل، وحتى لو كان بمقابل فإن الالتزام بدفع هذا المقابل يكون على عاتق المدين ولا يتصور أن يكون على عاتق الدائن، أما نظام بطاقة الائتمان فإن سداد البنك مصدر بطاقة الائتمان بالدين إلى الدائن التاجر يكون دائماً بمقابل يتمثل في عمولة يدفعها التاجر (الدائن) له حسب نصوص العقد المبرم بينهما، ومن ناحية رابعة يختلف النظامان اختلافاً جوهرياً في حكم

(١) وفي ذلك تنص المادة ٧٨٢ من التقنين المصري على أنه: " ١- يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين."
وبالتفصيل انظر: د. محمود جمال الدين زكي – التأمينات العينية والشخصية – المرجع السابق – ص ٣٣.

هام، وهو أنه في حالة إفلاس المدين، فإنه بالنسبة لعقد الكفالة يجب على الدائن أن يتقدم ويتدخل في التفليسة مطالباً بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أضاعه بسبب إهماله في التدخل في تفليسة المدين[1] ، أما في نطاق بطاقة الائتمان، فإن البنك المصدر لهذه البطاقة يتحمل مخاطر إفلاس أو إعسار حامل البطاقة، ويتولى البنك سداد ديون هذا الحامل إلى التاجر الدائن الذي لا يلتزم بالتدخل في تفليسة المدين الحامل، لأن حقه ليس تابعاً أو احتياطياً، بل هو حق مباشر في ذمة البنك مصدر بطاقة الائتمان طبقاً للعقد المستقل المبرم بينهما.

وبذلك أيضاً لا يصلح عد الكفالة كأساس لتكييف الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان.

النظرية الخامسة : الإنابة في الوفاء بالدين :

الإنابة في الوفاء هي طريقة من طرق انقضاء الالتزام بالوفاء ، تفترض حصول المدين على رضاء دائنه بقيام شخص ثالث بالالتزام بوفاء الدين بدلاً من المدين ، فهي تقوم على وجود ثلاثة أشخاص ، المدين ويسمى المنيب ، والدائن ويسمى المناب لديه ، والغير الذي يلتزم بالدين بدلاً من المدين ويسمى المناب . [2] وتتخذ الإنابة في الوفاء صورتين ، فهي إما إنابة كاملة إذا كانت تتضمن تجـــديداً للدين بتغيير المدين ، ويكون ذلك إذا تضمن الاتفاق على رضاء المناب لديه (الدائن) بالتزام المدين الجديد (المناب) وبراءة ذمة المنيب (المدين الأصلي) من الدين ، فهي

---

(١) وهو ما تقضي به المادة ٧٨٦ مدني مصري بنصها على أنه: " إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن. "

(٢) وقد عرفتها المادة ٣٥٩ مدني مصري بقولها: "١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ٢- ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي."
وانظر بالتفصيل في أحكام الإنابة بالوفاء: د. عبد الودود يحيى – المرجع السابق – رقم ٤٣٣ ص ٧١٦ وبعدهما ، و د. جلال العدوي – أحكام الالتزام – المرجع السابق – ص ٣٤٣ وبعدهما ، و د. محمد شكري سرور – المرجع السابق – بند ٤٠٦ ص ٣٠٥ وبعدهما .

هنا إنابة كاملة تتضمن تجديد الدين بتغيير المدين وبراءة ذمته. ولكن قد لا تتضمن الإنابة تجديداً للدين ولا براءة ذمة المدين الأصلي ، بل يبقى هذا الأخير (المنيب) ملتزماً إلى جانب المدين الجديد (المناب) ويكون للدائن مدينان يستطيع الرجوع على أي منهما، وتسمى الإنابة في هذه الحالة إنابة ناقصة أو قاصرة[1] وقد حاول جانب من الفقه قياس أحكام بطاقة الائتمان على أحكام الإنابة الكاملة في الوفاء[2] على أساس أن حامل بطاقة الائتمان (المنيب) قد أناب البنك المصدر لبطاقة الائتمان (المناب) بمقتضى العقد المبرم بينهما أو لمجرد توقيعه الفاتورة، في الوفاء بدينه للتاجر الدائن (المناب لديه) الذي ارتضى هذه الإنابة بمقتضى العقد المبرم بينه وبين البنك المصدر للبطاقة أو بمجرد اكتفائه بإرسال الفاتورة الموقع عليها من حامل البطاقة إلى البنك، مصدر هذه البطاقة، وقد تحمس جانب من الفقه لهذا التكييف، على أساس وجود العلاقة الثلاثية في كل من نظامي الإنابة في الوفاء وبطاقة الائتمان وأن الإنابة تصلح لتكييف بطاقة الائتمان في كافة جوانب هذه العلاقات[3]، فالإنابة تصلح لتكييف طبيعة التزام البنك المصدر للبطاقة (المناب) في مواجهة التاجر الدائن (المناب لديه) لأنها تنشئ علاقة دائنية مباشرة بينهما مستقلة عن علاقة المناب بالمنيب أو علاقة المنيب بالمناب لديه، فضلاً عن أنهم يرون بالإضافة لذلك أن نظام الإنابة، يتلافى النقد الذي وجه إلى تكييف الكفالة الذي لا يصلح لتبرير نظام بطاقة الائتمان حيث أن الكفالة لا تسمح للدائن (التاجر) أن يرجع على الكفيل (البنك) قبل الرجوع

---

(١) وقد حكمت محكمة النقض المصرية بأنه " لم تستلزم المادة ٢/١٨٧ من القانون المدني القديم ، والمادة ٣٥٩ من القانون المدني الجديد ، أن يكون المناب لديه طرفاً في الاتفاق الذي يتم بين المنيب والمناب، كما لا تشترط للقبول شكلاً خاصاً ، ولا وقتاً معيناً ، بل يكفي لقيامها بالنسبة للمناب لديه ، أن يقبلها مادام لم يحصل العدول عنها من طرفيها."

– نقض مدني مصري ، جلسة ١٢ فبراير ١٩٥٩ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ١٠ ص ١٤٣ .

(٢) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين – موسوعة أعمال البنوك – جـ٢ – طبعة سنة ١٩٩٣ – ص ٧٣٧ وبعدها وخاصة ص ٧٥٧ .

(٣) انظر في عرض هذا الرأي بالتفصيل :

د. رفعت أبادير ـــ بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية ـــ المرجع السابق – ص ٧١ وبعدهـــا .

على المدين الأصلي (حامل البطاقة) وإلا كان للبنك أن يتمسك في مواجهة التاجر بالدفع بالتجريد، أما الإنابة فهي تسمح للتاجر، بل تلزمه، بالرجوع مباشرة على البنك المصدر للبطاقة والذي لا يستطيع أن يحتج ضده بأي دفوع مستمـــدة من علاقته بالمنيب، لأن حق المناب لديه في مواجهة المنيب، يأتي في المرتبة الثانية ، أي لا يجوز اللجوء إليه إلا عند استحالة الحصول على الوفاء من المناب الذي أصبح هو المدين.

ورغم التقارب الشديد بين نظامي الإنابة في الوفاء وبطاقة الائتمان ، إلا أنه مع ذلك تبقى أوجه اختلاف قانونية بين النظامين تجعل من العسير تكييف بطاقـــة الائتمان على أنها نوع من الإنابة في الوفاء ، وذلك لأنه ، من ناحية أولى ، أن التكييف السابق اهتم بالإنابة المبرمة بين المدين حامل البطاقة (المنيب) وبين مصدر البطاقة (المناب لديه) وجعلها أساس الوفاء للتاجر ، وتجاهل تماماً العقد المباشر المستقل المبرم بين البنك مصدر بطاقة الائتمان وبين التاجر البائع ، حيث يعتبر هذا العقد المستقل هو أساس رجوع التاجر على البنك وهو أساس التزام البنك بالوفاء للتاجر استناداً للالتزامات المتبادلة بينهما طبقاً لهذا العقد المباشر المبرم بينهما وليس استناداً إلى أي إنابة أو عقد آخر ، وهذا هو الذي يفسر عدم أحقية البنك بالاحتجاج ضد التاجر أو التمسك في مواجهته بأي دفوع ناشئة من عقد أو علاقة أخرى، لأن التزام البنك قبل التاجر التزام مباشر ناشئ من العقد المستقل المبرم بينهما ، ومن ناحية ثانية ، فإن نظرية الإنابة في الوفاء لا تعطي تفسيراً للعمولة التي يلتزم التاجر بسدادها للبنك مصدر بطاقة الائتمان ، وذلك لأن نظام الإنابة لا يعرف في أحكامه أي نوع من العمولة ، بينما يســـتند نظام بطاقة الائتمان على وجود عمولة يستوفيها البنك من التاجر كأحد السمـــات الجوهرية لنظام بطاقة الائتمان ، وعلى ذلك فالنظامان مختلفان من هذه الناحية [1] ، ومن ناحية ثالثة ، يوجد فارق قانوني أساسي آخر بين النظامين ، وهو أنه طبقاً لنظام الإنابة في الوفاء فإنه يعطي الحق للدائن المناب لديه (التاجر مجازاً) الحق في أن يطالب المناب (البنك المصدر للبطاقة مجازاً) بكافة المبالغ المستحقة على

(١) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ص ٨٧.

المدين المنيب (حامل البطاقة مجازاً) والتي ترتبت على كافة مشترياته من التاجر والبائع ، ذلك أن الإنابة في الوفاء تمنح الدائن المناب لديه حق استيفاء دينه كاملاً من المناب ، ولكن هذا الحكم القانوني الهام لا ينطبق على نظام بطاقة الائتمان ، لأن التاجر البائع لا يملك أن يطالب البنك المصدر للبطاقة إلا بمبالغ تدخل ضمن الحد المسموح به والممنوح لحامل البطاقة من قبل البنك مصدر البطاقة ، فإذا طالب التاجر بقيمة فواتير تتجاوز هذا الحد الأقصى الممنوح للعميل حامل بطاقة الائتمان ، جاءه الرفض – إلكترونياً – من قبل البنك مصدر البطاقة.

وبذلك تؤدي هذه الاختلافات القانونية الهامة إلى عدم إمكان تفسير الطبيعة القانونية بطاقة الائتمان بأنها نوع من الإنابة في الوفاء.

التأصيل المختار للطبيعة القانونية لنظام بطاقة الائتمان :

إزاء عدم إمكان رد الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان لأي تكييف قانوني للنظم المشابهة لها ، على النحو السابق بيانه ، ونرى أن سبب ذلك هو محـــاولة النظريات السابقة تجاهل الطبيعة الذاتية المميزة لبطاقة الائتمان وأنها إحدى العمليات المصرفية الإلكترونية الحديثة التي تتضمن سرعة وسهولة في سداد بعض الديون في نفس الوقت التي تمنح فيه العميل حامل البطاقة نوعاً من الاعتماد أو الائتمان لدى الجهة مصدرة بطاقة الائتمان التي غالبا ما تكون بنكاً ، وفي ضوء كل ذلك فإنه يلزم ، بادئ ذي بدء ، تحليل العناصر والسمات الأساسية التي يقوم عليها نظام بطاقة الائتمـــان وهو التحليل الذي اهتم به اهتماماً جوهرياً الفقه الفرنسي [1].

---

(١) من أهم من اهتموا بإجراء هذا التحليل في الفقه الفرنسي في رسالة دكتوراة مخصصة لذلك:

CHABRIER (P.G): "Les cartes des crédit" Thèse, Paris, 1968, P. 84 et suit.

وكذلك :

LUCAS de LEYSSAC: "Les cartes de paiement et le droit civil" 1980, P. 67. No. 33.

وكذلك :

LEBEGUE: "L'utilisation des nouveaux moyens de paiement dans la vie quotidienne," 1984, P. 557.

BOISSON: "Les cartes de paiement émises sous l'eguide d'un fournisseur" Thèse, Paris, 1985, P. 185.

وباستعراض كافة الاتجاهات، والاعتداد بالنظريات السابقة في محاولة تحديد الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان، وعلى وجه الخصوص الانتقادات التي وجهت إليها، نجد أنه أياً كانت الخلافات التفصيلية بينها، فإنها تكاد تجمع على أن نظام بطاقة الائتمان يستند إلى ركنين أساسيين، يشتمل كل منهما على عدة مقومات ، وأول هذه الأركان : الاستقلال ، وثانيهما : السمات الخاصة المميزة ، وذلك كما يلي :-

أولاً : الاستقلال :

يرى الفقه أن أهم الأركان التي تقوم عليها بطاقة الائتمان، هو أنها أحد الأشكال أو الأدوات المصرفية المستقلة من عدة نواحي ، فمن ناحية أولى: استقلال بطاقة الائتمان من حيث الشكل ، حيث تهيئ البطاقة لحاملها علاقة دائمة أو مستمرة للائتمان عن طريق فتح الاعتماد الذي بواسطته يستطيع الوفاء بجميع المشتريات التي يقوم بها ، ويطلق البعض على ذلك الاعتماد من حيث الشكل "الاعتماد الدائر" بمعنى تجديد الاعتماد بالتتابع مع التسويات المنفذة من جانب حامل البطاقة لمصدرها[1]، ومن ناحية ثانية: استقلال بطاقة الائتمان بنظامها القانوني: ذلك أن عمليات الائتمان المصرفية التقليدية، كانت تتخذ دائماً إحدى صورتين، إما في صورة قرض شخصي يضع فيها المقرض مبلغاً نقدياً تحت تصرف المقترض الذي تكون له الحرية الكاملة في استعمال النقود المقترضة في أي غرض دون أي اعتراض أو إشراف من المقرض، وإما في صورة قرض مخصص لغرض معين بحيث يكون للمقترض حق مراقبة كيفية استخدام القرض في هذا الغرض وحق طلب فسخ العقد في حالة مخالفة المقترض لذلك.[2] أما بطاقة الائتمان فإنها تقوم على نموذج خاص يستبعد كل تنظيم خاص بالقرض المخصص لغرض معين، وتستقل بالأحكام القانونية المميزة لها التي لا تندرج تحت أي من القوالب القانونية التقليدية، ومن ناحية ثالثة: استقلال بطاقة الائتمان من حيث موضوعها ووظيفتها بحيث تعتبر على حد تعبير البعض، أحد

---

(١) د. فايز نعيم رضوان – بطاقات الوفاء – ١٩٩٠ – المرجع السابق – ص ١٧ ، ١٨.

(٢) د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق رقم ٤٥٧ ص ٤٩٥.
د. سميحة القليوبي – الأوراق التجارية – ١٩٨٧ – رقم ١٧٥ – ص ٣٤٥ .
د. فايز رضوان – العقود التجارية وعمليات المصارف لدولة الإمارات العربية المتحدة – ١٩٩٠ ص١٤٠.

الأشكال الفنية الحديثة للأعمال المصرفية، والتي تمنح حاملها الثقة والائتمان والوسائل العملية للوفاء التي تلائم احتياجاتهم الخاصة دون انتظار أو خوف من تراكم الديون[1]، وأخيراً: استقلال بطاقة الائتمان من حيث مصدرها، حيث أنها لا تصدر من أي شخص عادي أو تاجر أو هيئة عادية، بل يجب صدورها من مؤسسة مصرفية متخصصة مسئولة عن سداد كل ما ينشأ عن البطاقة من ديون ناتجة عن مشتريات أو خدمات، وفي أغلب الحالات يكون البنك هو مصدر بطاقة الائتمان.[2]

ثانياً : السمات والخصائص المميزة :

ويرى الفقه أن الركن الثاني الجوهري الذي يرتكن عليه نظام بطاقة الائتمان ، أنها تتميز بسمات وخصائص مقصورة عليها وتتميز بها عن العمليات والوسائل المصرفية الأخرى، ومن أهم هذه السمات[3]، من ناحية أولى، أن الجهة المصدرة للبطاقة -غالباً البنك- تلتزم قبل التاجر والبائع التزاماً شخصياً مباشراً بدفع مستحقاته قبل العميل حامل البطاقة وذلك كالتزام مستقل عن أي علاقة أخرى، بحيث أنها لا تستطيع أن تتمسك في مواجهة هذا التاجر بالدفوع الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين الحامل والتي يجوز للحامل أن يتمسك بها، ومن ناحية ثانية أن التزام الجهة المصدرة للبطاقة - البنك - معلق على اتخاذ التاجر لكافة الإجراءات والالتزامات المفروضة عليه بواسطة العقد المبرم بينه وبين البنك مصدر البطاقة، ومن ناحية ثالثة فإن البطاقة تلزم التاجر

---

(١) د. فايز رضوان - بطاقات الوفاء - المرجع السابق - ص ٢١.
بواسون - الرسالة السابق ذكرها - ص ١٠.

(٢) ليبيج : استخدام أدوات حديثة للوفاء - المرجع السابق - ص ٥٥٧ .
موسو : وسائل وأدوات الوفاء الحديثة - ١٩٨٤ - باريس ص ٤٦٣ .

(٣) د. رفعت أبادير - المرجع السابق - ص ٨ .
فداء الحمود - المرجع السابق - ص ٨٨ ، ٨٩ .
د. فايز رضوان - المرجع السابق - ص ٤٨ .
د. ممدوح الرشيدات - المرجع السابق - ص ٢١٣ .

بالرجوع على الجهة المصدرة للبطاقة – البنك – فقط، ولا يستطيع الرجوع على العميل حامل البطاقة الذي لا يشترط وجود رصيد حال له في البنك بل يتمتع بائتمان آجل في مواجهة هذا البنك مقابل فائدة محددة سلفاً بينهما .

ونحن نرى في ضوء كافة الاعتبارات والآراء والنظريات السابقة ، واستناداً لأحكام نظام بطاقة الائتمان ، أن بطاقة الائتمان أداة مصرفية إلكترونية حديثة تتلاءم مع العمليات المصرفية الحديثة المعاصرة تركز وتوحد علاقة قانونية ثلاثية ناشئة بين ثلاثة أشخاص، يربط كل اثنين منهما عقد مستقل ، في وسيلة أو عملية مصرفية واحدة تؤدي وظيفة قانونية هامة ، ناشئة عن البطاقة في ذاتها ومستقلة عن كافة العقود الثلاثة وما ينشأ عنها من روابط قانونية تربط بين طرفي كل عقد بالتزاماتهما المتبادلة الناشئة عن العقد استناداً لمبدأ " نسبية أثر العقد " فتأتي بطاقة الائتمان رغم كل ذلك وتستقل عن هذه الروابط وما ينشأ عنها من دفوع أو عيوب شكلية أو موضوعية ، وتقوم البطاقة بدفع ديون حاملها قبل التاجر والناشئة عن مشترياته وخدماته التي حصل عليها من هذا التاجر، ومن ناحية ثانية ، في نفس الوقت تحقق البطاقة للعميل حاملها ، ائتماناً آجلاً في ذمة الجهة مصدرة البطاقة ـــ والتي غالباً ما تكون بنكاً ـــ بحيث يستطيع العميل سداد ديونه بعد فترة زمنية معينة ، مقابل فائدة محددة في العقد المبرم بين الاثنين ، العميل والبنك.

وعلى هذا فإنه في ضوء هذه الطبيعة المزدوجة لبطاقة الائتمان والتي قوامها شقان: دفع ديون العميل للتاجر، مع حصوله على ائتمان من البنك مصدر البطاقة، فإننا نرى تحديد الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان بأنها :-

" عملية مصرفية إلكترونية حديثة تتضمن أداة دفع ووسيلة ائتمان في وقت واحد "

******

ونقوم فيما يلي ببيان الجزء الثاني من هذا المبحث ، وهو تحديد الآثار القانونية لبطاقة الائتمان ، والمتمثلة في العلاقات القانونية المترتبة عليها وما ينشأ عنها من التزامات.

ثانياً : الآثار القانونية لبطاقة الائتمان :

لما كنا قد رأينا أنه يترتب على بطاقة الائتمان نشـــأة علاقة ثلاثية بن ثلاثة أشخاص يربط بين كل اثنين منهما عقد مستقل تترتب عليه حقوق والتزامات فإن بيان الآثار القانونية لبطاقـــة الائتمان تقتضي استعراض هذه العلاقات الثلاث، العلاقة بين البنك مصدر البطاقة وبين العميل حاملها ، والعلاقة بين البنك وبين التاجر والعلاقة بين العميل حامل البطاقة وبين التاجر ، مع بيان تكييف كل عقد يربط بينهم ، وتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عنه بين طرفيه.

(١) العلاقة بين البنك (مصدر البطاقة) والعميل حاملها :

يجمع الفقه على أن العقد المبرم بين البنك مصدر بطاقة الائتمان وبين العميل حاملها يسمى غالباً "عقد انضمام " Contrat d'adhérant [(١)]، وهو الأمر الذي أدى بالبعض إلى القول أنه بالنظر إلى تكييف هذا العقد وطريقة إبرامه، فإنه يعتبر "عقد إذعان" بالمعنى الحقيقي.[(٢)] ويستند الفقه في ذلك إلى طريقة إبرام العقد بين الطرفـــين والتي تفترض أن البنك مصدر البطاقة يعد نموذجاً معداً سلفاً يتضمن كافة شروط وأحكام بطاقة الائتمان والتزامات العميل والفائدة المترتبة على الأرصدة وغيرها من الأحكام، ولا يكون أمام العميل إلا تقديم طلب إلى البنك برغبته "في الانضمام" إلى نظام بطاقات الائتمان، فيقوم البنك بعد البحث والتحري عن مركز العميل والثقة والائتمان اللتين يتمتع بهما، بالقبول أو الرفض، فإذا قبل، فإنه يرسل النموذج للعميل الذي عليه،

---

(١) أستاذنا الدكتور علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق – بند ٥٤١ – ص ٤٣٠ . وكذلك د. فايز نعيم رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص ١٥٩ .
وفي الفقه الفرنسي انظر نفس المعنى حرفيا .
DELLANGER, R. : Op. Cit. P. 17.
CHABRIER, Op. Cit., P. 98.
TONY, D.: Crédit Cartes, 1948, P. 89.
ويطلق البعض أحياناً عليه اسماً مقارباً هو " عقد حامل البطاقة."
Contrat titulaire.

(٢) انظر :-
RODIERE et RIVES 0 LANGE, P. 203.
GAVALDA et STOUFFLET : Op. Cit., " Le convention de carte, dite contra t d'adhérant , implique une demande du client d adhérer à un contrat d'adhésion." P. 336.

إذا وافق على الشروط برمتها دون حق مناقشة بعضها أو طلب تعديله، أن يقدم موافقته للبنك، والتي تعتبر عندئذ إيجاباً من العميل بإبرام عقد الانضمام والحصول على البطاقة، فإذا أصدر البنك موافقة نهائية على ذلك، يعتبر ذلك قبولاً، وينعقد العقد بينهما ويقوم البنك بتسليم بطاقة الائتمان للعميل بالطريقة المتفق عليها في العقد، وبذلك فالعقد الذي يبرم بين الطرفين – البنك والعميل حامل البطاقة – هو عقد ملزم للجانبين عبارة عن انضمام العميل لنظام بطاقة الائتمان وإذعانه لكل ما يشتمل عليه من نصوص[1]، وباستقراء الحقوق والالتزامات المتبادلة الناشئة عن هذا العقد، نستعرض أولاً التزامات البنك مصدر البطاقة ثم التزامات العميل حاملها.

(أ) التزامات البنك مصدر البطاقة:

يمكن القول، من ناحية أولى، أن الالتزام الأساسي للبنك مصدر البطاقة، هو الوفاء للتاجر – بثمن المشتريات ومقابل الخدمات التي حصل عليها العميل باستخدام بطاقة الائتمان، ورغم أن هذا الالتزام شخصي على البنك في مواجهة التاجر بناءً على العقد المبرم بينهما سلفاً، أي أن العميل حامل البطاقة يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، فإن البنك يلتزم بالوفاء بثمن المشتريات في حدود المبالغ المصرح بها، فإذا قام البنك بسداد الديون التي تجاوز العميل بها هذه الحدود فإن جانباً من الفقه يرى أنه يكتسب عندئذ صفة الوكيل وتأخذ أحكام رجوعه على العميل أحكام تجاوز الوكالة[2]، ولكنا نرى أنه لا

---

(١) وينقضي عقد الانضمام بحلول أجله المتفق عليه ، وينتهي عندئذ حق العميل في استعمال بطاقة الائتمان ، وقد ينقضي بالفسخ – إذا أخل العميل بالاعتبار الشخصي الممنوح له كما سنرى بالتفصيل – ومتى انفسخ العقد سواء بحلول الأجل أو لأي سبب ، فلا يؤثر ذلك على حقوق التاجر التي اكتسبها قبل الفسخ ويظل البنك ملتزماً بسداد فواتيره السابق. د. علي جمال الدين – المرجع السابق – رقم ٤٥٤١ ص٤٣٠.

(٢) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص ٣١٠.
ويرى الأستاذ الدكتور علي جمال الدين: " أن البنك يقوم – بالسداد – في حدود المبلغ المتفق عليه بوضعه الحد الأقصى لاستخدامه البطاقة – يكون في مركز الضامن أمام التجار الدائنين ، وفيما يجاوزه يكون وكيلاً عن العميل في هذا الوفاء . " المرجع السابق – ص ٤٣٠.
ونحن نرى أن البنك في وفائه للتاجر في حدود المبلغ ، لا يكون ضامناً ، بل يكون مديناً أصلياً ، استناداً إلى العقد المباشر المستقل المبرم بينه وبين التاجر والذي يتعهد فيه البنك للتاجر بسداد الديون الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان في حدود المبلغ المسموح المتفق عليه ، وقد سبق أن انتقدنا النظريات التي تعتبر البنك ضامناً أو كفيلاً أو محالاً عليه للعميل حامل البطاقة (أنظر المبحث الأول من هذا البحث).

يمكن تطبيق ذلك لأنه سبق ورأينا عدم إمكان تكييف بطاقة الائتمان على أساس وكالة أو كفالة أو حوالة، ونرى أن الأساس القانوني الوحيد لرجوع البنك عندئذ هي نظرية "دفع غير المستحق" أو "الإثراء بدون سبب" على أساس أن البنك قد حدث له افتقار في الذمة بهذا الوفاء المتجاوز الذي يفتقر إلى السبب ونتج عنه إثراء في ذمة العميل، فيستطيع البنك الرجوع عليه على هذا الأساس، أما إذا لم يتم تحديد الحد الأقصى للمبلغ المسموح به، فإن البنك يكون ملزماً بوفاء جميع العمليات الناتجة عن بطاقة الائتمان . [1]

ومن ناحية ثانية، فإن البنك يلتزم بأن يرسل لحامل البطاقة كشفاً دورياً (في الغالب يكون شهرياً) بالمشتريات التي أجراها هذا الحامل مستخدماً البطاقة والتي سددها البنك للتاجر وقيدت في الحساب المدين للعميل لدى البنك خصماً من الائتمان الممنوح له، ويرى الفقه أن هذا الكشف يجب أن يكون تفصيلياً، مشتملاً الصفقات والمشتريات التي أجراها حامل البطاقة وأسماء التجار الذين تعامل معهم، والمبلغ المقيد على حسابه المدين والرصيد المتراكم، والفوائد والرسوم المحتسبة على العميل، وعادة ما يتفق في العقد المبرم بين البنك وبين العميل عل أن يقوم العميل بإعلام البنك بأي معارضة بالكشف خلال مدة ثلاثين يوماً وإلا سقط الحق في الاعتراض، وذلك لضمان استقرار العمل المصرفي.[2] ومن ناحية ثالثة، وهو من أهم التزامات البنك مصدر البطاقة، يلتزم البنك بفتح اعتماد لمصلحة العميل حامل البطاقة بأي وسيلة من وسائل الائتمان، فيعتبر البنك عندئذ بمثابة المقرض لحامل البطاقة بالمبالغ التي سددها البنك للتاجر.[3] وهو الالتزام الذي نصت عليه التشريعات الوضعية التي

---

(١) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – ١٩٩٩ – المرجع السابق – ص ٣٦.

(٢) فداء الحمود – المرجع السابق ص٣٧ . ممدوح الرشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – ٢٠٠١ – المرجع السابق بند ٥٠٩ ص٢١٦. د. فايز رضوان – المرجع السابق ص١٦٥، ١٦٦.

(٣) د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية، المرجع السابق – رقم ٥٤١ ص٤٣١، د. فايز رضوان – بطاقات الوفاء – المرجع السابق – ص١٦٤، د. علي قاسم – قانون الأعمال – جـ٣– وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع – المرجع السابق رقم ٤١٣ ص٤٦٨، د. رفعت فخري أبادير – المرجع السابق ص١٢، فداء الحمود ، المرجع السابق ص٣٧، ٣٨، ممدوح الرشيدات – المرجع السابق بند ٥٠٩ ص٢١٥.

-على قلتها- اختصت بطاقة الائتمان بتنظيم تشريعي خاص، وعلى رأس هذه التشريعات، القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤، والذي اعتبر بطاقة الائتمان وسيلة مستحدثة "للائتمان" تدخل بين وسائل الوفاء المتمثلة بالصكوك التي تمنح ائتماناً، سواء كانت على شكل سند، أم وسائل تكنولوجية مصرفية حديثة.(١) وقد سبق أن رأينا في خصائص بطاقة الائتمان وأركانها أن من بين الأركان الأساسية لها قيام البنك مصدر البطاقة بفتح اعتماد بالمعنى الدقيق لمصلحة الحامل، وتكون قيمة هذا الاعتماد المفتوح هو المبلغ المسموح به لحامل البطاقة، بمعنى أن عملية الائتمان التي تنشأ عن بطاقة الائتمان تتمثل في أن البنك - مصدر البطاقة - يلتزم بالوفاء فوراً للتاجر بقيمة الفواتير التي تشمل أثمان المشتريات والخدمات التي حصل عليها العميل باستخدام البطاقة، ويكون ذلك ناشئاً عن التزام البنك مصدر البطاقة بفتح اعتماد لحامل البطاقة بمبلغ معين بأي وسيلة ائتمان، وعادة ما تكون قرضاً ، بحيث يظل البنك ملتزماً في مواجهة حامل البطاقة، طبقاً للعقد المبرم بينهما، في الاستمرار في فتح الاعتماد بالائتمان المفتوح للعميل لسداد المبالغ الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان و"تغطية الالتزامات المتعاقبة التي يبرمها حامل البطاقة"(٢) وذلك بالطبع مقابل الفائدة وفي الحدود المتفق عليها في عقد الانضمام المبرم بين البنك مصدر بطاقة الائتمان وبين حاملها، وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الالتزام الأساسي الملقى على عاتق البنك بمنح العميل الاعتماد بالائتمان بوصفه أحد أهم الآثار القانونية المترتبة على بطاقة الائتمان(٣)، وكذلك الفقه الفرنسي.(٤).

---

(١) انظر أيضاً قانون ائتمان المستهلك :
"Credit Consumer Act.)
وهو القانون الإنجليزي لسنة ١٩٧٤ الصادر في المملكة المتحدة، والذي تعرض لبطاقة الائتمان بوصفها إحدى الوسائل المصرفية الأساسية في فتح الائتمان.

(٢) د. فايز رضوان - بطاقة الائتمان - المرجع السابق - ص ١٦٥ .

(٣) Cass. Com. 23/1/1967. D.. 1967-7-164, Cass. Com. 12 nov. 1946, D.. 1947 - P. 109.

(٤) حيث يؤكد اشتمال بطاقة ائتمان على التزام البنك بفتح اعتماد ائتمان لحاملها، وأن الخزانة العامة الفرنسية حاولت إيقاع الحجز على حساب اعتماد الائتمان المفتوح لمصلحة العميل من قبل البنك مصدر البطاقة، فرفض القضاء ذلك استناداً إلى أن رصيد الاعتماد المفتوح لصالح العميل حامل بطاقة الائتمان غير قابل للحجز عليه. انظر في ذلك في الفقه الفرنسي بالتفصيل:
CHABRIER "Lers crates de redit. "Op. Cit. P. 103.
ESCATRRA "Principes de droit commercial" Op. Cit. V. 1. No. 614.

(ب) **التزامات العميل حامل البطاقة:**

يعتبر الالتزام بالسداد من الالتزامات الرئيسية التي يرتبها عقد بطاقة الائتمان في ذمة العميل حامل البطاقة، حيث يلزمه هذا العقد بأن يسدد للبنك ما دفعه البنك سداداً لفواتيره التي استخدم فيها بطاقة الائتمان، ويرى الفقه أن بطاقة الائتمان تستلزم عادة قيام العميل بفتح حساب جاري لدى البنك مصدر البطاقة[1] ، بحيث أن التزام العميل بالسداد هنا هو مماثل تماماً لعقد القرض الذي يلتزم المقترض فيه أساساً بسداد المبالغ التي استخدمها من قيمة القرض[2]، هذا بالطبع مع مراعاة آجال السداد والفترات الممنوحة كائتمان للعميل والتي يتضمنها العقد بالتفصيل، كما ينظم كيفية السداد، وسعر الفائدة التي يتحملها العميل عند تأخره في سداد مستحقات البنك، وعادة يتفق على بدء سريان هذه الفوائد بمجرد إبلاغ البنك للعميل بكشوف الحساب المدينة الناشئة عن بطاقة الائتمان، ويرى البعض التشدد في استخلاص علم العميل بكشوف الحساب المدينة حيث يبدأ من هذا العلم سريان الفوائد التأخيرية ، فاستلزم أن يكون إخطار العميل بهذه الكشوف ، ليس مجرد إرسالها بالبريد العادي ، بل يجب إرسالها بالبريد المسجل المصحوب بعلم الوصول والذي يتم فيه توقيع الحامل على الاستلام ، وفي كل الأحوال يقع على البنك ـــ لسريان الفوائد ـــ عبء إثبات علم العميل حامل بطاقة الائتمان بكشوف المديونية التي أرسلها له البنك . [3]

ولذلك فإننا نرى أن ما نص عليه القانون الإنجليزي الخاص بائتمان المستهلك والصادر سنة ١٩٧٤ والسابق ذكره ، من أن وجود شرط في الكشف بالتزام الحامل بدفع المبالغ المسحوبة خلال خمسة عشر يوماً من استلام الكشف وما يترتب عليها من سريان الفوائد ن بغض النظر عن التوقيع على ورقة الاستلام او إقامة دعوى، فنحن نرى أن هذا الشرط ـــ في نظرنا ـــ يعتبر شرطاً تعسفياً يتعارض مع طبيعة الإذعان التي تميز العقد المبرم بين البنك والعميل حامل البطاقة بوصف

---

(١) د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق بند ٥٤١ ص٤٣٠.

(٢) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – رقم ١٧٨ – ص ٣٥٠.

د. فايز رضوان – المرجع السابق ص١٧٣. روديير، ريف لانج – المرجع السابق رقم ٢٠٣ ص٢٥١.

(٣) فداء الحمود – النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق – ١٩٩٩ – ص ٣٤.

الأخير هو الطـــرف المذعن ، ولذلك يقع مثل هذا الشرط ـــ في نظرنا ـــ باطلاً ويستطيع العميل اللجوء للقاضي لإعفائه منه.

وكذلك من الالتزامات التي تقع على العميل حامل بطاقـــة الائتمـــان ، الالتزام باستخدام هذه البطاقـــة استخـــداماً سليمـــاً طبقاً لما اتفق عليه في العقـــد واســـتناداً لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يحكم جميع العقـــود قانوناً [1] ويرى الفقـــه أن هذا الاستخدام السليم يلـــزم حامل البطاقة بالمحافظة عليها من الضياع أو السرقة ويكون مسئولاً عن استعمالها الشخصي بواسطته وحده، وعن استعمال الرقم السري الخاص بها، وعن الاستعمال المخالف لها. ويلزم الحامل بإبلاغ البنك مصـــدر البطاقة فور ضياعها أو سرقتها وإثبات ذلك بمحضر رسمي محرر لدى الجهات المختصة حتى يحمي البنك من مخاطر صرف مبالغ ناتجة عن استعمال غير شخصي للبطاقة من قبل حاملها الأصلي.[2]

---

(١) وعلى سبيل المثال ما تنص عليه المادة ١/١٤٨ من التقنين المدني المصري من أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ، وبطريقة تتفق على ما يوجبه حسن النية."

انظر في كيفية تطبيق مقتضيات مبدأ حسن النية على الالتزامات العقدية أثناء تنفيذ العقد :-

كتابنا : النظرية العامة للالتزام – جـــ١ – مصادر الالتزام – طبعة ٢٠٠٣ – ص ٢٥٥ وبعدها.

وانظر في مراعاة مبدأ حسن النية في المرحلة "قبل التعاقدية" – كتابنا :- الالتزام قبل التعاقدي "بالإدلاء ببيانات العقد – القاهرة – الطبعة الثانية – ٢٠٠٠ – دار النهضة العربية ص٣٠- وبعدها.

(٢) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – بند ٥٤٢ – ص ٤٣١ ، ويرى أن من مظاهر الاستخدام غير السليم للبطاقة أن يتجاوز العميل في مشترياته حد الرصيد المسموح له بذلك في عقده مع البنك ، لأنه بذلك يخلق ، في تعامله مع التاجر ، وسيلة احتيالية لإيهام التاجر بوجود رصيد على غير الحقيقة، الأمر الذي قد يتعرض معه العميل حامل البطاقة لعقوبة جريمة النصب إذا توافرت أركانها.

وانظر: ممدوح الرشيدات– محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية– المرجع السابق– ٢٠٠١ ص٢١٦.

وكذلك د. رفعت أبادير – المرجع السابق – ص ٣٠ . وفداء الحمود – المرجع السابق – ص ٣٠.

و د. فايز رضوان – المرجع الساق – ص ١٧٠.

وقد اشترط القانون الإنجليزي لسنة ١٩٧٤ الخاص بائتمان المستهلك – والسابق ذكره – على التزام حامل بطاقة الائتمان باستعمالها وحده شخصياً دون غيره، ويبرز الفقه ذلك استناداً إلى أن العقد المتعلق بها هو من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي :-

Tony, D., "Credit Card, Last – Ref. P. 89.

(٢) العلاقة بين البنك مصدر البطاقة والتاجر :

ينظم هذه العلاقة عقد مستقل يبرم بين الطرفين، البنك مصدر البطاقة والتاجر الذي اشترى منه العميل حامل البطاقة، ويسمى هذا العقد بالفرنسية « Contrat Fournisseur » [١] ويطلق عليه الفقه المصري أحياناً " عقد مورد " [٢] وأحياناً " عقد التاجر " [٣] وهي تعبيرات تفيد نفس المعنى وهو التزام البنك مصدر البطاقة بدفع ثمن المشتريات التي وردها التاجر للعميل حامل بطاقة الائتمان مقابل عمولة.

ونتعرض فيما يلي لالتزامات طرفي العقد ، سواء البنك مصدر البطاقة أم التاجر.

(أ) التزامات البنك مصدر البطاقة :

يمكن إجمال الالتزامات المترتبة عن العقد السابق والملقاة على عاتق البنك مصدر البطاقة في ثلاثة التزامات أساسية، مع شئ من التفصيل تحت كل التزام، فأما بالنسبة للالتزام الأول – فهو الالتزام بإنشاء نظام للوفاء، أي بعبارة أدق يلتزم البنك في عقده مع التاجر بإنشاء وسيلة جديدة للوفاء بقيمة حقوق التاجر لدى حاملي هذه الوسيلة بسهولة وسرعة وتجنب أي مخاطر، ولا شك أن كل ذلك يتركز في التزام البنك بإصدار بطاقة الائتمان تتوافر لها الخصائص الإلكترونية التكنولوجية الحديثة التي من شأنها تحقيق هذه الاعتبارات، وهو الأمر الذي يفترض عدة اعتبارات، فمن ناحية أولى، يلتزم البنك في مواجهة التجار المتعاقدين معه بإصدار بطاقة ائتمان بشكل معين مميز يسهل للتاجر تمييزها والتعرف عليها من جهة ويحميها من محاولات التزوير والتقليد من جهة أخرى[٤]. ولا شك أن ذلك يتطلب، من ناحية ثانية، استخدام أحدث

---

(١) FOUNIERES "Les cartes de paiement" Op. Cit. P.46
GAVALDA et STOUFFLET, J.C.P. 1966 – 1 – 2044.
CHABRIER: : "LES CARTES DE CREDIT" OP. CIT. P. 76.

(٢) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص ٣١١. فداء الحمود – المرجع السابق – ص ٣٩.

(٣) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – ص ٤٣٢ رقم ٥٤٣.
د. فايز رضوان – المرجع السابق – ص ٢٣٥.

(٤) SOUSSI – ROUBI : "Carte de credit." Dauoz com. No. 56.

الأدوات التكنولوجية الإلكترونية الحديثة في تنفيذ نظام بطاقات الائتمان، بحيث لا يقتصر البنك على إصدار البطاقة وإعطائها لعميله الحامل، بل يلتزم بإعداد الأدوات اللازمة لتسجيل عملات البيع والشراء التي ينفذها هؤلاء العمال مع التجار، مستخدمين البطاقة، وهو الأمر الذي يستلزم استخدام أحدث الوسائل الإلكترونية في تسجيل هذه العمليات وأن يتضمن العقد المبرم بين البنك وبين التجار شرطاً يلتزم بمقتضاه البنك بتلقي الرسائل الإلكترونية التي تحمل إلى علمه العمليات التي تم تنفيذها باستخدام البطاقات لدى هؤلاء التجار[1]، ومن ناحية ثالثة يلتزم البنك مصدر البطاقة بالإعلان عن بطاقات الائتمان التي يصدرها لتعريف الجمهور بمزاياها وما تقدمه من تسهيلات في سعة الوفاء بمشترياتهم مع منحهم ائتماناً آجلاً بسداد ديونهم الناشئة عنها من جهة أخرى وذلك لترويج معاملات التجار وضمان إقبال العملاء على التعامل معهم من خلال نظام هذه البطاقة.

وأما الالتزام الثاني على البنك ، فهو الوفاء للتاجر بالمديونية التي يوقعها حامل بطاقة الائتمان والناتجة عن مشترياته وخدماته التي حصل عليها من التاجر مستخدماً بطاقة الائتمان ، ولعل هذا الالتزام بالوفاء هو أهم الالتزامات المترتبة في ذمة البنك المصدر للبطاقة ، وهو التزام مباشر وقطعي وناشئ عن تعهد البنك المباشر في مواجهة التاجر في العقد الذي يرمانه ، بقبول البنك سداد قيمة العمليات التي يقوم بها حامـــل بطاقة الائتمان بمجرد تقديمه بطاقة الائتمان للتاجر والتحقق من شخصيته [2] وأما عن وقت هذا الوفاء، فإنه يتم في الحال فور إتمام العملية مع

GAVALDA et STOUFFLET, Op. Cit., No. 342, P. 436.
RODIERE et RIVE-LANGE, Op. Cit. No. 205, P. 254.

(١) ولذلك يرى الفقه أن ذلك يضع التزاماً على عاتق البنك ، مصدر البطاقة، بإمداد التجار بالآلات والأجهزة التي تمكنهم من القراءات المناسبة مع شكل البطاقة والتعرف على البيانات المخزنة فيها تفادياً لأي محاولة تحايل أو غش من جانب حامل البطاقة.

Paiement émises sous l'eguide d'un fournisseur" Thèse, Paris, 1985, P. 103 et suit.

و د. فايز رضوان – المرجع السابق – ص ١٢٣.

(٢) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – بند ٥٤٣ – ص ٤٣٢. د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – بند ١٧٨ – ص ٣٥١. جافلدها وستوفليه – المرجع السابق – رقم ٣٤٢ – ص ٤٣٦. بلانجيه – المقال السابق – ص ٩.

العميل حامل البطاقة ، وهنا تكمن الفائدة الجوهرية للطبيعة الإلكترونية الحديثة لبطاقة الائتمان وأنها تربط التاجر إلكترونياً بالحاسب المركزي للبنك مصدر البطاقة فتنتقل المبالغ الناتجة من أثمان المشتريات فوراً من حساب البنك إلى الحساب المصرفي للتاجر ، ويكون التـــزام البنك أمام التاجر بتسوية الفاتورة شخصياً ومباشراً وقطعياً ولا يعطله عدم وجود رصـــيد للعميل أو معارضة من جانبه ، ولا يستطيع البنك أن يتمسك في مواجهة التاجـــر بأي دفوع ناشئة عن العلاقة أو العقد المبرم بين البنك وبين العميل كما رأينا بالتفصيل . وهذه هي الفائدة الجوهرية لبطاقة الائتمان لكونها في نفس الوقت أداة وفاء نهائي قطعي غير معلق على شرط. (١)

(ب) **التزامات التاجر :**

يلتزم التاجر المرتبط بالبنك مصدر البطاقة بعقد والذي سبق أن سميناه "عقد مورد" أو "عقد التاجر" بأن يقبل الوفاء بثمن المشتريات التي يحصل عليها الحامل عن طريق البطاقة، ويعني ذلك عدم أحقية التاجر في رفض قبول البطاقة وطلب ثمن نقدي ولا يكون للتاجر الحق في رفض بطاقة أي حامل، ذلك أن منح البطاقة للحامل يكون بناء على عقد مبرم بين البنك وحامل البطاقة ولا يكون التاجر طرفاً فيه، أما التزام التاجر بقبول الوفاء بالبطاقة الصادرة من البنك، فهو التزام ناشئ من عقد مستقل -عقد مورد- مبرم بين التاجر وبين البنك يلزم التاجر بقبول استيفاء

---

(١) د. علي قاسم – قانون الأعمال – جـــ٣ – وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع – ١٩٩٩ – المرجع السابق – بند ٤١٥ ، ٤١٦ ص ٤٧٠ ، ٤٧١.

د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – ص ٤٣٢.

د. فايز رضوان – المرجع السابق – ص ١٤٤ ، ١٤٥ حيث يرى أن البنك ملتزم دائماً بسداد ديون التاجر ، حتى إذا وقع أي خطأ في نقل قيمة المدفوعات أو تم مسح للأشرطة المحتوية على معلومات العملية، فإن العرف المصرفي قد استقر على مسئولية البنك عن مثل هذه الأخطاء والمخاطر في نقل الأموال إلكترونياً، وهي قاعدة قرينة اعتبار المتعاقد المحترف – البنك – مسئولاً مسئولية موضوعية تستند إلى نظرية المخاطر وتحملا لتبعية ووجوب تعويض الغير عن الضرر دون أي حاجة لإثبات خطأ.

أنظر بالتفصيل في المسئولية الموضوعية الحديثة وأركانها ومعيارها وتطبيقاتها :-

كتابنا : النظرية العامة للالتزام – جـــ١ – مصادر الالتزام – مع أحدث التطبيقات المعاصرة للمسئولية المدنية في مجال برامج الكمبيوتر والمعلوماتية، والهندسة الوراثية البشرية، والمسئولية الطبيعية، ومسئولية التلوث البيئي – طبعة ٢٠٠٣ دار النهضة العربية – الفصل الخاص بالمسئولية الموضوعية من ص٤٩٢ وبعدها.

حقوقه ببطاقة الائتمان الصادرة من هذا البنك استناداً للعقد المبرم بينهما، ولذلك فإننا على عكس جانب من الفقه نذهب إلى أن العقد المبرم بين هذا التاجر البائع وبين البنك هو عقد غير لازم للتاجر ومن ثم يستطيع رفض التعامل بالبطاقة وله أن يشترط على الحامل الحصول على الثمن نقداً[1] ، فنحن نرى أن هذا الرأي يتعارض تماماً مع نظام بطاقات الائتمان ومن شأنه هدم هذا النظام وجعله نظاماً عديم الفائدة ومجرداً من أي وظيفة مصرفية سواء بالدفع أو الائتمان ويتعارض مع طبيعة العقد المبرم بين البنك مصدر البطاقة وبين التاجر وهو عقد ملزم للجانبين يلزم التاجر بناء عليه بقبول استيفاء حقوقه من حامل البطاقة بواسطة البطاقة وليس له حق المعارضة أو رفض البطاقة في التعامل أو اشتراط استيفاء حقوقه نقداً. ولكن إلزام التاجر بقبول بطاقة الائتمان في استيفاء حقوقه من حاملها، لا يمنع إعطاء التاجر حق التأكد من صلاحية البطاقة، من حيث تاريخ وانتهاء العمل بها وأنها ما زالت في فترة صلاحية الوفاء بها، وأن كافة هذه التواريخ واضحة ومثبتة على البطاقة وكذلك اسم العميل وتوقيعه واسم البنك وبياناته، وبعد التأكد من ذلك يقوم التاجر قبل إتمام عملية البيع بالاتصال بالمركز العائد للبنك المصدر للبطاقة (ويسمى مركز التفويض) حتى يتأكد من كل ذلك ومن وجود ائتمان للعميل ومن موافقة البنك[2] وأخيراً يلتزم التاجر بدفع عمولة للبنك مقابل التزام هذا الأخير بالوفاء بقيمة

---

(١) ممدوح رشيدات – محاضرات في التشريعات المالية والمصرفية – طبعة ٢٠٠١ – المرجع السابق – بند ٦٠٩ – ص ٢١٧ حيث ذهب هذا الرأي حرفياً، تحت عنوان " طبيعة التزام البائع (محلات البضائع والخدمات):- إلى أن "العقد المبرم بين البنك المصدر للبطاقة وبين هذه المحلات (التاجر) هو عقد غير لازم، ويكون للتاجر البائع، الحق في قبول التعامل بهذه البطاقة أو رفض التعامل بها." وبالطبع كما ذكرنا في المتن فإن القول بذلك من شأنه هدم نظام بطاقة الائتمان وتجريده من كافة خصائصه كأداة مصرفية إلكترونية تقتضي الدفع والائتمان في نفس الوقت.

(٢) انظر بالتفصيل في الخطوات التنفيذية وكيفية القيام باستخدام بطاقة الائتمان في السداد والإجراءات التي يجب اتباعها للتأكد من سلامة البطاقة وأنها غير مسروقة أو ضائعة من صاحبها وتجنب كافة المخاطر المتصورة في هذا المجال:-

فداء الحمود : النظام القانوني لبطاقة الائتمان – المرجع السابق ، ١٩٩٩ – من ص ٤٠ إلى ص ٤٥.

د. رفعت فخري أبادير – المرجع السابق – ص ٧٧ وبعده.

د. أدونيس حجل – بطاقات الاعتماد – مجلة المصارف العربية – ١٩٨٤ – عدد ٤٣ – ص ٢٥.

العمليات التي نفذها حاملو بطاقات الائتمان لدى التاجر، ويتم تحديد سعر هذه العمولة في العقد المبرم بين الطرفين، البنك والتاجر، وهي تتراوح عادة بين٠,٧٥% و٢% وتقدر هذه العمولة على إجمالي النفقات التي يرسلها التاجر لمصدر البطاقة (البنك)[١].

(٣) العلاقة بين حامل البطاقة وبين التاجر :

يرجع تكييف العلاقة بين هذين الطرفين إلى طبيعة العقد الذي أبرم بينهما، فهو إما عقد بيع أو عقد نقل أو أي عقد تقديم خدمات أخرى عادي محله الانتفـــاع المقصود بالعلاقة بين الطرفين، وهو مستقل تماماً عن أي عقد آخر بين أشخاص بطاقة الائتمان، بحيث يرى الفقه أنه لا يؤثر فيه عقد الانضمام (المبرم بين العميل والبنك) ولا عقد التاجر، أو المورد، (المبرم بين البنك وبين التاجر).[٢] ولا توجد أي صعوبة في تحديد الآثار القانونية الناشئة عن هذه العلاقة، لأنها تتحدد حسب طبيعة العقد المبرم بين الطرفين وما يرتبه من حقوق والتزامات على عاتق كل منهما.

فمثلاً، لما كان الغالب أن تتمثل هذه العلاقة بين حامل البطاقة وبين التاجر في عقد بيع، فإنه تنطبق بينهما كافة أحكام وشروط والتزامات عقد البيع الواردة في القانون المدني، إلا في مسألة واحدة فقط، هي طريقة دفع الثمن، حيث أن المشتري (حامل البطاقة) يتسلم الشئ المبيع من التاجر البائع، في حين أن هذا البائع لا يقبض الثمن نقداً مباشرة من المشتري، بل يقبل بطاقة الائتمان كوسيلة دفع، أما الوفاء الفعلي بالثمن فإنه يتم من قبل البنك مصدر البطاقة استناداً إلى العقد المبرم بين هذا البنك وبين التاجر البائع .

****

HANSON: Service Banking – Last – Ref. P. 222.

بل أن البعض يرى أن اتخاذ التاجر لإجراءات التأكد من سلامة وصلاحية بطاقة الائتمان ليس حقاً له فقط بل التزام عليه أيضاً :

د. فايز رضوان – المرجع السابق – ص ١٥٢.

(١) د. أودنيس حجل – بطاقات الاعتماد – المرجع السابق – ص ٢٨.

(٢) د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – المرجع السابق رقم ٥٤٤ ص ٤٣٢.

الخلاصة

أن بطاقة الائتمان هي عملية مصرفية إلكترونية حديثة تتضمن أداة وفاء ووسيلة ائتمان في نفس الوقت ، وأنها تسخر الوسائل الإلكترونية التكنولوجية الحديثة في تيسير وسرعة إجراء بعض العمليات المصرفية ، بحيث يستغني فيها عن الوسائل التقليدية مثل استخدام النقود أو الأوراق التجارية كالشيك أو الكمبيالة وتحل محلها أساليب إلكترونية سريعة تقوم على قيد العمليات مباشرة في حساب التاجر لدى البنك مصدر البطاقة مع منح العميل حامل البطاقة ائتماناً آجلاً يجعله يستطيع الحصول على ما يشاء من مشتريات وخدمات ويستخدم البطاقة في دفع ثمنها بواسطة البنك ، ثم يقوم هو بعد ذلك بسداد ديونه لدى البنك حسب العقد المبرم بينهما ومقابل الفائدة المتفق عليها بينهما ، ونظير حصول البنك أيضاً على عمولة من التاجر مقابل قيامه بضمان سداد قيمة المعاملات الناتجة عن استخدام البطاقة وقيدها في حساب التاجر المصرفي.

وأنه إذا كانت تتولد بعض المشاكل والمخاطر عن بطاقة الائتمان مثل تعرضها للتزوير أو السرقة أو تغيير التوقيع على البطاقة المفقودة أو المسروقة للتمكن من صرف غير المستحق ، أو تعرضها للسطو إلكترونياً من قراصنة الحاسبات الآلية وغير ذلك من مخاطر البطاقة ومشاكل الائتمان الناشئ عنها ، فإن كافة هذه المشاكل والمخاطر ، فضلاً عن أن سببها يرجع لحداثة بطاقات الائتمان وعدم استقرار أحكامها، وقلة النصوص التشريعية المنظمة لها والمرتبة لحمايتها وخاصة من الناحية الجنائية ، فإن العمل المصرفي قد بدأ الآن في اللجوء لإجراءات تقنية ووسائل إلكترونية حديثة ، تحد من المخاطر الناشئة عن نظام بطاقات الائتمان ، وتوفر الضمانة والحماية للاستفادة من المزايا الجوهرية التي توفرها هذه البطاقة كأداة وفاء ووسيلة ائتمان تقوم بخدمة مصرفية إلكترونية حديثة أصبح لا غنى عنها في العمليات المصرفية المعاصرة .

والله ولي التوفيق ...

المسائل القانونية
التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان
بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر

د. سعد محمد سعد

عميد كلية الحقوق بجامعة عدن

اليمن

المقدمة :

شهد القطاع المصرفي تطوراً ملحوظاً على المستوى العالمي في السنوات الأخيرة سواء في حجم التعامل أم في وسائل التعامل. وتعد التغيرات الهيكلية والعملية في نظام المدفوعات من أنصع التطورات التي شهدها القطاع المصرفي، الذي يعتمد معظمه في الوقت الحاضر على شبكات إلكترونية وشيكات للنقد، وشبكات أكبر لبطاقات الائتمان .

فإذا كان أول إصدار لبطاقات الائتمان في عام ١٩١٤م إلا أن هذه البطاقات ظلت ثنائية الأطراف (محصورة بين العميل ومصدرها)، حتى عام ١٩٥١م عندما أصدر نادي داينرز بطاقة ائتمان أطلق عليها (الداينرز) التي أصبح بمستطاع حاملها استخدامها لدى طرف ثالث كأداة وفاء لما يحصل عليه من سلع أو خدمات، من دون تحديد مبلغ معين، وعلى ضمان نادي الداينرز. وفي ذلك العام نفسه أصدر بنك (فرانكلين ناشيونال) في نيويورك أول بطاقة ائتمان ثلاثية الأطراف، وشكل بذلك البداية الحقيقية لإدخال البنوك بطاقات الائتمان إلى نظام المدفوعات.

وبهذا أصبحت بطاقة الائتمان وثيقة يمنحها مصدرها لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو الحصول على الخدمات ممن يعتمد هذه الوثيقة، من دون دفع الثمن حالاً، وإلزام المصدر بالدفع لمن يعتمدها.

فبعد أن كانت العلاقة الناشئة عن استخدام البطاقة ثنائية محصورة بين حامل البطاقة والجهة المصدرة لها، أصبحت العلاقة ثلاثية الأطراف. وبهذه المثابة تنشأ عن استخدام بطاقة الائتمان ثلاث علاقات قانونية مختلفة من حيث طبيعتها القانونية والآثار المترتبة عنها، وهذه العلاقات:

١. علاقة بين الجهة مصدرة البطاقة ومستخدم هذه البطاقة، تنظم على وفق العقد المبرم بينهما، الذي يسمى بـــ (عقد البطاقة).

٢. علاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر الذي يقبل بالبطاقة كأداة وفاء للسلع والخدمات التي يقدمها لحامل البطاقة، وتنظم هذه العلاقة بعقد بين الجهة المصدرة والتاجر يطلق عليها((اتفاقية التاجر)) .

٣. علاقة بين التاجر ومستخدم البطاقة. وهذه العلاقة الأخيرة ما كان لها أن تنشأ لولا وجود عقد بين الجهة المصدرة والتاجر ((اتفاقية التاجر)) الذي على أساسه يقبل التاجر البطاقة كأداة وفاء.

موضوع البحث:

الموضوع الذي وقع عليه اختيارنا لنتقدم به لهذا المؤتمر يتناول العلاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر الذي يقبل البطاقة كأداة وفاء لما يقدمه من سلع أو خدمات لمستخدم البطاقة، التي تنظمها اتفاقية التاجر، و تنفرد بوضع شروطها الجهة المصدرة ،التي يلاحظ من خلال نماذج هذه الاتفاقية انعدام التوازن العقدي بين طرفي الاتفاقية، أيضاً اختلاط وتشابه أحكام هذه الاتفاقية مع العديد من مفاهيم أنظمة القانون المدني التقليدية وهذا الأمر يقود إلى التساؤل فيما إذا كان هذا الوضع يقتضي تدخل المشرع بوضع قواعد قانونية خاصة لتنظيم هذا النوع الجديد

من العقود ؟ أم أن ما هو مستقر من مفاهيم قانونية تقليدية كاف لمعالجة انعدام التوازن العقدي في العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر؟ وبعد ذلك لا حاجة إلى تدخل المشرع لتنظيمها بقواعد خاصة.

الإجابة عن هذا التساؤل هي الغاية التي نرجوها من هذا البحث، ولذا فإن تحقيق هذه الغاية سيكون متعذراً من دون القيام بالتحايل القانوني للمسائل التي تثيرها العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر.

ولما كانت المسائل القانونية التي تثيرها هذه العلاقة ترتبط،في الواقع، باتفاقية التاجر التي تعد الإطار القانوني المنظم لهذه العلاقة، لذا سوف تكون دراستنا لماهية اتفاقية التاجر وطبيعتها، وكذا للوسائل القانونية التقليدية في القانون المدني المتاحة لمواجهة انعدام التوازن العقدي ومدى إمكانية تطبيقها على العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر.

وعلى ذلك، نقسم خطة بحثنا إلى فصلين:

الفصل الأول: ماهية اتفاقية التاجر وطبيعتها القانونية.

الفصل الثاني: الوسائل القانونية لمواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر.

الفصل الأول
ماهية اتفاقية التاجر وطبيعتها القانونية

تمهيد :

لكي تشرع الجهة المصدرة للبطاقة في الإعلان عن طرح خدمات بطاقات الائتمان، فلا بد أن تكون قد دخلت في علاقة أو علاقات تعاقدية مع تاجر أو عدد من التجار تضمن من خلالها حصول من تتعاقد معهم لاحقاً من الأفراد أو الهيئات، على السلع أو الخدمات بواسطة تقديم البطاقة. ولهذا كانت اتفاقية التاجر هي الأساس القانوني الأول في جعل بطاقة الائتمان وسيلة وفاء بالالتزام. فما هي اتفاقية التاجر؟ وما هي طبيعتها القانونية.

إن الإجابة عن هذين السؤالين هي موضوع دراستنا في هذا الفصل وذلك في مبحثين، يخصص الأول للتعريف بماهية اتفاقية التاجر، ويخصص الثاني للطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية.

المبحث الأول
ماهية اتفاقية التاجر

تمهيد :

لبيان ماهية اتفاقية التاجر وأهميتها بالنسبة لموضوع هذا البحث فإنه لابد من تعريف هذه الاتفاقية لكون التعريف بالشيء يعد من أحكامه، فتحديد الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر وكذا الحماية القانونية لأطراف العلاقة القانونية الناشئة عن هذه الاتفاقية يرتبط بالتعريف بهذه الاتفاقية وخصائصها المميزة ، وهو ما سيتم تناوله في هذا المبحث في مطلبين، يخصص الأول للتعريف باتفاقية التاجر، ويخصص الثاني لخصائصها المميزة.

المطلب الأول

التعريف باتفاقية التاجر

من أجل ضمان استعمال حامل البطاقة، التي تصدرها الجهة المصدرة، بما في ذمته للدائن التاجر، من مبلغ مالي مقابل ما حصل عليه من سلع أو خدمات، تلجأ الجهة مصدرة البطاقة إلى إبرام اتفاقيات مسبقة مع التجار تلتزم لهم بموجبها بسداد قيمة فاتورة السلع أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة التي تصدرها، مقابل التزامهم رأي التجار بقبول البطاقة التي تصدرها.

ومن ذلك يمكن تعريف اتفاقية التاجر أنها: عقد يلتزم بموجبه أحد الأطراف، وهو بنك في الغالب، بتسديد قيمة المشتريات والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر وهو التاجر، لمستخدم البطاقة الصادرة من الطرف الأول، مقابل أن يلتزم الطرف الآخر بقبول البطاقات الصادرة من الطرف الأول كوسيلة وفاء .

فالغاية الأساسية من هذا العقد هي تمكين حامل البطاقة التي يصدرها البنك من استخدامها كوسيلة وفاء للدين الذي في ذمته للتاجر، مقابل ما قدمه له من سلع أو خدمات بدلاً من الوفاء الفوري بواسطة النقود. فيلتزم البنك، لتحقيق هذه الغاية، للتاجر بسداد قيمة هذه المشتريات أو الخدمات من الحساب المصرفي أو الائتمان الممنوح لمستخدم البطاقة بتحويله إلى الحساب المصرفي للتاجر في البنك نفسه أو في البنك الذي يختاره هذا التاجر، ويكون هذا التحويل على وفق الشروط للشروط والضوابط المحددة في الاتفاقية.

فتحقيق هذه الغاية يشكل أهمية بالنسبة لأطراف الاتفاق- الجهة مصدرة البطاقة والتاجر لما يعود لكل منهما من منافع مالية بسبب استخدام البطاقة.

فالجهة مصدرة البطاقة تجني عوائد مالية كبيرة من عملية استخدام الأفراد لبطاقة الائتمان في الوفاء بقيمة مشترياتهم أو الخدمات التي تحصلوا عليها من الجهة التي تقبل البطاقة، كون الغالب من البطاقات المتداولة لا يتم إصدارها وحصول الشخص عليها إلا مقابل رسوم إصدار وإن كانت هذه الرسوم تتفاوت من مصدر إلى آخر، وكذا رسوم التجديد وغيرها من الرسوم.

والواقع أن العوائد المالية التي تحصل عليها الجهة مصدرة البطاقة لا تقتصر فقط على ما تحصل عليه من رسوم يدفعها حامل البطاقة، بل وعلى ما تحصل عليه كذلك من التاجر كنسبة من قيمة كل فاتورة شراء أو تقديم خدمة ،التي تصل في بعض الأحيان إلى ٥% من قيمة الفاتورة، وهذه في الواقع تعُد أكثر بكثير مما تحصل عليه الجهة المصدرة من رسوم من حامل البطاقة، فكلما زاد عدد مستخدمي البطاقة زادت العوائد المالية التي تحصل عليها الجهة مصدرة البطاقة. وإضافة إلى ذلك، تحصل الجهة مصدرة البطاقة على مبالغ مالية عن طريق فوائد التأخير، لاسيما إذا كانت البطاقة ذات ائتمان متجدد، إذ يمكن أن يصل سعر الفائدة على متأخرات السداد إلى ضعف الفائدة في القروض العادية [١] .

كما أن الفوائد والمنافع والمزايا التي تحققها اتفاقية التاجر لا تقتصر على الجهة مصدرة البطاقة حسب، بل إنها تمتد أيضاً إلى التاجر، إذ أدى انتشار قائمة مستخدمي بطاقات الائتمان واتساعها إلى التأثير الإيجابي في التاجر الذي يقبل الوفاء بواسطة البطاقة، لأنه من نتائج هذا الاستخدام الواسع للبطاقات، زيادة حجم المبيعات بالنسبة لهذا التاجر، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى زيادة أرباحه [٢].

المطلب الثاني

خصائص اتفاقية التاجر

تتميز هذه الاتفاقية بعدة خصائص كغيرها من العقود، وإن كانت تعد من العقود غير المسماة لعدم وجود تنظيم تشريعي لها. وهذه الخصائص يمكن استخلاصها من بعض الاتفاقيات التي تبرمها البنوك مع التجار الدين يقبلون على التعامل بنظام البطاقة. والواقع أن لبيان هذه الخصائص أهمية خاصة بالنسبة لموضوع البحث، فعلى أساس هذه الخصائص يمكن تحديد الطبيعة

---

(1) انظر تفصيلاً في الفوائد والمنافع المالية التي تحصل عليها الجهة المصدرة للبطاقة، بحثنا الموسوم ((بطاقات الوفاء البلاستيكية كوسيلة وفاء بالالتزام)) المقدم لمؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، في الفترة من ٢١-٢٣- ديسمبر ٢٠٠٢م جامعة اليرموك، ص ٨ و٩.

(2) انظر تقصيلاً المرجع السابق، ص ١٠.

القانونية لاتفاقية التاجر، وكذا الحماية القانونية لأطرافها. ويمكن إيجاز أهم هذه الخصائص بالآتي:

١- عقد رضائي:

تعد اتفاقية التاجر من العقود الرضائية ،التي يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين، أي توافق الإيجاب والقبول على إحداث الأثر القانوني، من دون الحاجة إلى القيام بإجراء معين، إذ تنعقد اتفاقية التاجر بإيجاب يصدر من التاجر، وذلك على شكل طلب يتقدم به إلى البنك يعبر فيه عن رغبته بالتعامل بنظام البيع أو تقديم الخدمات بواسطة البطاقة على وفق النماذج المعد لذلك من قبل البنك. ويقوم البنك بدراسة الطلب والتأكد من مدى ملاءمته للانضمام إلى نظام التعامل بالبطاقة التي يصدرها البنك، ومدى مقدرته على الوفاء بمتطلبات البطاقة، وغيرها من الأمور التي تأخذها البنوك عادة في الاعتبار في عقودها المصرفية، ومعاملاتها مع الغير،التي تقوم في الأساس على توافر مقومات الشخصية والمقدرة والضمان في الشخص الذي تتعاقد معه، سواء كان هذا الشخص طبيعياً أم اعتبارياً.

وبعد تأكد الجهة مصدرة البطاقة من توافر المقومات الواجب توافرها في مقدم الطلب تقوم بإخطار مقدم الطلب، بالموافقة على طلبه، ودعوته إلى توقيع العقد المعد سلفاً من قبلها.

والواقع أنه إذا كانت اتفاقية التاجر تعد كتابةً ويتم التوقيع عليها دون مناقشة، فإن ذلك لا يخرجها عن خاصيتها الرضائية، كون الكتابة هنا ليست شرطاً لانعقاد العقد بل لإثباته. كما لا يخرج ذلك اتفاقية التاجر من خاصيتها الرضائية، كون أحد الأطراف، وهو البنك، يتولى وحدهَ تحديد شروط الاتفاق، وعدم إعطائه للطرف الآخر، وهو التاجر، لمناقشة هذه الشروط أو تعديلها. فإذا كان ذلك الوضع ينقص من حرية التاجر، إلا أنه لا يعدمها، فالتاجر مازال في وسعه أن يرضى بالتعاقد أو يرفضه برمته من دون مناقشة، فعدم التكافؤ في مركز طرفي الاتفاقية لا يكون من الناحية القانونية، بل يكون من الناحية الاقتصادية فقط.

٢- عقد ملزم للجانبين:

تُعد اتفاقية التاجر من العقود التي تنشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، أي يعد كل متعاقد بموجبها دائناً ومديناً معاً. فالبنك إذا كان التزامه الأساسي والجوهري يتمثل في تسديد قيمة فواتير الشراء أو الحصول على الخدمات التي يحصل عليها مستخدم البطاقة، فإن هذا الالتزام من أجل تنفيذه بشكله الصحيح، يتوجب عليه أن يقوم -وعلى نفقته-[1] بتزويد التاجر بآلات التفويض وهي أجهزة إلكترونية قارئة للشريط المغناطيسي على البطاقة، للتأكد من سلامتها وتغطية سقفها الائتماني لقيمة السلع أو الخدمة، وبوجه عام لتنظيم عمل البطاقة كوسيلة وفاء، كما يلتزم البنك بمد التاجر بكل المعلومات والتوجيهات اللازمة لنظام عمل البطاقة كوسيلة وفاء ، يلتزم كذلك بقبول فواتير البيع أو الخدمات متى ما تمت صحيحة ودفع قيمتها للتاجر، وذلك عن طريق تحويل قيمتها من حساب مستخدم البطاقة المصرفي أو من الائتمان الممنوح له إلى حساب التاجر في البنك نفسه أو أي بنك يختاره بموجب الاتفاقية، الذي يسمى ببنك التاجر.

كما يلتزم التاجر بقبول البطاقة الصادرة عن البنك كوسيلة وفاء لحاملها، وأن ينفذ تعليمات البنك بشأن إجراءات ملء البيانات المدونة على فاتورة البيع أو تقديم الخدمة والتأكد من مطابقة توقيع مستخدم البطاقة مع التوقيع الذي على البطاقة، وكذا التأكد من أن السقف الائتماني للبطاقة يغطي قيمة ما تحصل عليه مستخدم البطاقة من سلع أو خدمات

٣- عقد معاوضة:

تتجلى خاصية المعاوضة في اتفاقية التاجر في المقابل الذي يحصل عليه كل طرف لما أعطاه للطرف الآخر، فالبنك مقابل خدمات دفع فواتير المشتريات أو الخدمات التي يحصل عليها مستخدم البطاقة بخصمها من رصيده الائتماني، وكذا مقابل عملية تحويل هذه المبالغ إلى حساب التاجر، يحصل على مبلغ مالي، وهو نسبة الخصم من قيمة كل فاتورة يقدمها التاجر. أما التاجر

(١) انظر البند ١/٣ من اتفاقية تاجر للبنك السعودي الفرنسي وأيضاً البند ٦/؟ من اتفاقية تاجر لبنك القاهرة السعودي.

فإنه مقابل الخصم الذي يحصل عليه البنك، و يحصل على الخدمات العديدة التي يقدمها له البنك.

٤- عقد مستقل:

إن التزام الجهة مصدرة البطاقة بسداد قيمة فاتورة السلع أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة، التي تصدرها من التاجر لا يقوم استناداً إلى التزام سابق، بل هو التزام مستقل قائم بذاته.

وتتجلى صور استقلالية اتفاقية التاجر وذاتيتها في الأمور الاتية :

أ- أن تعهد الجهة مصدرة البطاقة للتاجر بسداد قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة من التاجر بموجب البطاقة، هو في الواقع التزام قطعته على نفسها الجهة مصدرة البطاقة قبل نشوء الالتزام في ذمة حامل البطاقة تجاه التاجر.

ب- أن حق التاجر في الرجوع بقيمة السلعة أو الخدمة يكون على الجهة المصدرة فقط، وليس للتاجر الرجوع على حامل البطاقة وإن أفلست

الجهة مصدرة البطاقة، مادام قيمة هذه الفاتورة لا يتجاوز حد التعامل الأقصى المصرح به[١].

ج- أن الجهة المصدرة للبطاقة لا تكون متضامنةً ولا شريكة للتاجر بشأن ما يترتب على العقد الذي بينه وبين حامل البطاقة، الذي بموجبه حصل حامل البطاقة على السلع أو الخدمات من التاجر [٢].

---

(١) يقصد بحد التعامل الأقصى المصرح به، مجموعة قيمة مبيعات التاجر لشخص واحد حامل للبطاقة في آن واحد بدون الرجوع إلى الجهة مصدرة البطاقة. ويحدد هذا الحد إما بملحق اتفاقية التاجر، أو بناء على إخطار رسمي من الجهة مصدرة لوقت لاحق، نظراً لكون هذا الحد لا يظل ثابتاً، بل يمكن للجهة المصدرة تعديله.

(٢) نصت على هذا المعنى المادة (٢٥) في كل من الاتفاقية التجارية للبنك السعودي الفرنسي والخاصة بنقاط البيع، واتفاقية التاجر الخاصة بالبنك السعودي البريطاني، بقولها: " لا يعتبر طرفا هذه الاتفاقية بموجب هذا الاتفاق أحدهما شريكاً أو وكيلاً للآخر، ولا يجوز تفسير أي نص في هذه الاتفاقية على أنه يعني إقامة شراكة تضامنية أو اتحاد ائتماني، إن كل طرف يعتبر مسئولاً بصفة فردية فقط على التزاماته المنصوص عليها في هذه الاتفاقية)).

د- أن الجهة مصدرة البطاقة لا تكون متضامنة ولا شريكة لحامل البطاقة أيضاً، بشأن ما يترتب عليه من التزامات أخرى تجاه التاجر، عدا دفع فاتورة الشراء أو تقديم الخدمات، إذ تكون علاقة التاجـــر بحامل البطاقة كعلاقته بغيره من الأشخاص الذين يقدم لهم السلع أو الخدمات نقداً [1] .

٥- من العقود الواردة على تقديم الخدمات:

تعد اتفاقية التاجر من العقود الواردة على تقديم الخدمات، فهي عبارة عن تقديم خدمة مصرفية لقاء أجر معلوم، وتكمن الخدمة هنا في تمكين التاجر من تصريف بضاعته أو تقديم خدماته، واستيفاء قيمة ذلك من الرصيد الائتماني للعميل،وتحويله إلى الحساب المصرفي للتاجر. وبذلك تكون النسبة التي يقتطعها البنك من قيمة كل فاتورة هي أجر مقطوع لقاء إجراءات قبول طلب التاجر في التعامل بنظام البطاقة، وإجراءات فتح الملف، وتعريف الجهات الخارجية التي سيحتاج التعامل معها.... الخ.

(١) وعلى هذا المعنى نصت المادة (١٠) في الاتفاقيتين المشار إليهما في الهامش السابق، بقولها: " يوافق التاجر على التعامل مع جميع شكاوى حامل البطاقة بخصوص البضاعة أو الخدمات الأخرى والتي يحصل عليها بموجب البطاقة المصرفية تماماً، كما لو أن هذه البضاعة أو الخدمات يبعث من قبل التاجر نقداً)).

المبحث الثاني
الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر

تمهيد :

لما كانت اتفاقية التاجر من العقود غير المسماة، فإنه يكون من الأهمية بمكان التعرف على طبيعتها القانونية، لما في ذلك من فوائد نظرية وعملية في آن واحد .

وقد أشير سابقاً إلى أن الغاية الأساسية لاتفاقية التاجر هي حصول طرف ثالث على ما يريده من سلع أو خدمات بمجرد تقديمه للبطاقة، ويتولى السداد النقدي لقيمة هذه السلع أو الخدمات طرف آخر وهو الجهة مصدرة البطاقة، فإن هذا الوضع جعل هذه الاتفاقية تتشابه في بعض جوانبها مع عدد من المفاهيم القانونية التقليدية، كالكفالة (الضمان)، والوكالة، والاشتراط لمصلحة الغير. وهذا الأمر ترتب عليه اختلاف وجهات النظر حول الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية، إذ ظهرت ثلاثة آراء في هذا الشأن، الأول يرى أنها كفالة(ضمان)، والثاني يرى أنها وكالة، والثالث يرى أنها اشتراط لمصلحة الغير. وفيما يأتي نتناول هذه الآراء الثلاثة في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول
عقد الكفالة واتفاقية التاجر

تقسيم :

البحث في إمكانية تكييف العلاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، والناشئة عن اتفاقية التاجر، بأنها عقد كفالة، يقتضي أولاً عرض الرأي القائل بذلك، ثم تقييم هذا الرأي وهو ما سنتبعه فيما يأتي:

من الآراء التي تناولت الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر رأي يقول أن العلاقة بين مصدر البطاقة ومن يقبلها — الذي هو التاجر– هي علاقة كفالة أو ضمان، بمعنى أن المصدر يضمن لهذا

التاجر أن يدفع له قيمة ما يبيعه أو ما يقدمه من خدمات. وقد برر أنصار هذا الرأي ما ذهبوا إليه من إعطاء صيغة الكفالة على اتفاقية التاجر بما يأتي:-

١- أن العقد المبرم بين مصدر بطاقة الائتمان والمحلات التجارية التي تقدم السلع أو التي تقدم الخدمات صريح في أن الجهة المصدرة للبطاقة ملتزمة بذاتها بدفع المبلغ الذي اشترى به حامل بطاقة الائتمان، وأن ذلك يعني أن هناك التزاماً من الجهة مصدرة البطاقة نحو المحلات التجارية ونحوها بدفع الدين الذي على المشتري، وأن هذا الالتزام يجعل من الجهة مصدرة البطاقة عبارة عن كفيل لهذا الدين [١].

٢- أن أخذ الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان نسبة من قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة من التاجر، لا ينفي عن اتفاقية التاجر كونها كفالة، كون الأجرة عن الكفالة المحرمة شرعاً هي التي يطالب بها المكفول عنه لا المكفول له [٢]، فالشركة المصدرة للبطاقة هي كفيل كونها لا تأخذ أجراً عن الكفالة من المدين (المكفول عنه) وإنما تأخذ من الطرف الثاني في اتفاقية التاجر، وهو الدائن، الذي مصلحته تقتضي أن يدفع هذه العمولة للشركة مصدرة البطاقة حتى يشجع الزبائن على الشراء بالبطاقة [٣].

والواقع أن الكفالة باعتبارها عقداً يلتزم بمقتضاه شخص بكفالة شخص آخر(المدين)، بأن يتعهد للدائن أن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه. أو بمعنى آخر التزام إنسان بأداء دين إنسان آخر إذا كان هذا الأخير لم يقم بأدائه، ويتحقق ذلك بضم الذمة المالية للكفيل إلى ذمة المدين بحيث تكون مكونات العنصر الإيجابي لذمته المالية ضامناً عاماً للدائن [٤]. وهو ما

---

(١) انظر هذا الرأي في مناقشات أعضاء مجمع الفقه الإسلامي لموضوع بطاقة الائتمان، المنشورة في مجلة الفقه الإسلامي، جدة، العدد(٧)، الجزء(١) ١٩٩٢، ص ٦٦٤و٦٧٢و٦٧٧.

(٢) نظر المرجع السابق، ص ٦٧٥.

(٣) انظر المرجع السابق، ص ٦٧٢.

(٤) د. أحمد محمود سعد: التأمينات العينية والشخصية في القانونين المصري- و اليمني- الكفالة، والرهن الحيازي- دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٨٠.

عبرت عنه المادة (١٠٣٦) من القانون المدني اليمني بقولها: ((الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عليه للاستيثاق فيما كفل به)).

فالكفالة بهذا المعنى لا تجعل التزام الكفيل يقوم بذاته بل يقوم استناداً إلى التزام سابق أو معاصر على شخص آخر ، بقصد تأمين هذا الالتزام، الذي يسمى بالدين الأصلي، ولهذا يكون التزام الكفيل بالضرورة هو التزام تابع، لأنه يرتبط في وجوده وفي زواله بالالتزام المكفول، ومن هنا وصفت الكفالة بأنها عقد تابع [١].

إن خاصية التبعية لعقد الكفالة تجعل التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين المكفول، وبهذا ترتبط الكفالة بالالتزام الأصلي للمكفول وجوداً وعدماً، فلا تقوم الكفالة إلا إذا وجد التزام قانوني سابق عليها أو معاصر لها. ومن جانب آخر فلا يكون الكفيل ملزماً بالوفاء بالدين الأصلي إلا إذا لم يقم المدين بالوفاء به. وهذا الأمر يختلف تماماً عما جرى عليه التعامل بموجب اتفاقية، التاجر ويتضح مما جاء في نماذج هذه الاتفاقية أن خاصيتها الأساسية تكمن في أنها عقد أصلي، ويمكن ذكر أبرز أوجه الاختلاف بين عقد الكفالة واتفاقية التاجر ،التي يمكن من خلالها القول بعدم إعطاء هذه الاتفاقية وصف الكفالة، بما يأتي:

١. تفترض الكفالة القيام بالتزام أصلي لضمان الوفاء به، فيجب أن يوجد التزام يضمنه الكفيل، سواء قبل انعقاد الكفالة أو معاصر لانعقادها، ومن ثم لا تقوم الكفالة إذا لم يكن هناك التزام أصلي ناشئ عن وجود التزام قانوني، مهما كان مصدره، فليس المهم مصدر هذا الالتزام السابق أو المعاصر، بل المهم وجود هذا الالتزام، بحيث يستوي أن يكون مصدر هذا الالتزام العقد أو العمل غير المشروع أو الفعل أو القانون [٢] .

---

(١) د. جميل الشرقاوي: التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني اليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٢١

(٢) انظر في ذلك تفصيلاً عند كل من : د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص٣٨- د.أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ١٨١- د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١مم ، ص ٩٤.

فإذا كان الدين المكفول مصدر العقد، فلا تقوم الكفالة إلا إذا انعقد ذلك العقد بتوافر أركانه وشروط صحته التي يتطلبها القانون. وهذا يعني أن الكفالة لا تقوم كتصرف قانوني ينتج آثاره إلا إذا كان مصدر التزام المدين المكفول موجوداً، فإذا كان مصدر الالتزام غير موجود، فإن الكفالة باعتبارها عقداً تابعاً لهذا الالتزام الأصلي، لا يتصور وجودها [1].

إن وجوب وجود التزام أصلي كشرط لقيام الكفالة يقتضي بالضرورة وجود دائن ومدين، في عقد سابق لعقد الكفالة، إذ يكون المدين ملزماً بموجب هذا العقد بتقديم كفيل أو أن تكون الكفالة ضرورية لانعقاد العقد، وبذلك تكون الكفالة معاصرة للعقد الذي يضمن الكفيل المدين الوفاء به، كما هو الحال في عقد الحصول على ائتمان مصرفي، أو تجديد ائتمان سابق.

إن العقد السابق كشرط لقيام الكفالة لا وجود له عند انعقاد اتفاقية التاجر، إذ تنعقد هذه الاتفاقية من دون تحديد للمدين الذي تكفله الجهة المصدرة ولا تحديد لمقدار ما تلتزم به، لأنه من الأمور المسلم بها، وإن الغاية التي ترجوها الجهة مصدرة البطاقة من دخولها في اتفاق مع التاجر تكمن في تمكين من ستدخل معهم مستقبلاً في عقود البطاقة من استخدام هذه البطاقة كوسيلة وفاء بدلاً من الوفاء الفوري بالنقود فور حصولهم على السلع والخدمات.

إن عدم وجود أي عقد سابق بين التاجر، الذي هو الطرف الآخر في اتفاقية التاجر، مع الغير، حامل للبطاقة التي تصدرها الجهة مصدرة البطاقة، يقتضي استبعاد اعتبارها عقد كفالة،ذلك لأن تطبيق قواعد الكفالة على اتفاق التاجر سيشكل إجحافاً بحق التاجر(الدائن)، كما سيؤدي إلى إصابته بضرر، لأن ذلك يمكن أن يؤدي إلى عدم إمكانية استيفاء حقه من الجهة المصدرة فيما لو تمسكت هذه الجهة بقواعد عقد الكفالة، وتبعية التزامها باعتبارها كفيلاً وأن التزامها يرتبط، وجوداً وعدماً، بالالتزام الأصلي، وتمسكها بجميع الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي.

---

(١) قد عبر المشرع اليمني عن الارتباط الواجب توافره بين الكفالة والالتزام الأصلي، عندما جعل إبطال الحق المكفول ، إحدى الحالات التي تبرأ فيها ذمة الكفيل من التزامه. انظر نص المادة (٣/١٠٥٣) مدني يمني.

٢. ولا يقدح من سلامة الرأي باستبعاد أن تكون الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر هي عقد كفالة، ما نصت عليه غالبية التشريعات من جواز أن يكون محل الالتزام المكفول مستقبلياً [١]، وذلك استثناء من الأصل العام الذي يقضي أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت نشوء العقد[٢].

فهذا الاستثناء يمكن الحديث عنه عند وجود العقد وجوداً مادياً، أي عندما يكون هناك وجود مادي لمصدر الالتزام، فإذا وجد هذا المصدر فبعد ذلك يبحث فيما لو كان المحل موجوداً وقت نشوء هذا المصدر أم أن وجوده ممكناً في المستقبل، ومثال ذلك عقد الاستصناع الذي تبرمه مؤسسة إنتاج الأثاث المدرسية مع إحدى المدارس، الذي تتشرط فيه المدرسة على المؤسسة إيجاد كفيل يضمن استلامها للأثاث محل العقد في الوقت المحدد في العقد من دون تأخير. فهذا العقد وإن كان محله مستقبلياً إلا أنه موجود وجوداً مادياً. أما إذا لم يكن العقد في الأصل موجوداً فلا يمكن الحديث عن محل الالتزام المستقبل، ومثال ذلك إذا طلبت مؤسسة الأثاث من إحدى المصانع الكبيرة للأثاث بأن تكفلها فيما تبرمه من عقود في وقت لاحق، فإن الكفالة هنا لا تقوم نظراً لعدم وجود مصدر الالتزام وقت الكفالة.

وهذا الأمر ينطبق على اتفاقية التاجر والتي عند انعقادها لا يكون هناك التزام للمدين الذي تلتزم الجهة مصدرة البطاقة للتاجر بالوفاء بقيمة فاتورة مشترياته أو ما حصل عليه من خدمات. وإن عدم وجود عقد سابق العقد هذا المدين والتاجر وقت انعقاد اتفاقية التاجر، يؤدي إلى نفي القول بأن محل التزام الجهة المصدرة هو ضمان الوفاء بالتزام مستقبل،وبذلك استبعاد أن تكون الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر هي عقد الكفالة .

٣. أن خاصية التبعية لعقد الكفالة للعقد الأصلي تظهر أهميتها أيضاً في الآثار المترتبة على الكفالة، لا سيما في علاقة الكفيل بالدائن، التي لها وجهان، الوجه الأول يتصل بضوابط مطالبة الدائن للكفيل بالدين المكفول، والوجه الثاني يتصل بالحقوق التي يتمسك بها الكفيل في مواجهة الدائن التي تعرف بدفوع الكفيل لدفع مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين المكفول.

---

(١) انظر نص المادة(١٠٣٥) من القانون المدني اليمني.

(٢) انظر نص المادة (٢/١٨٥) من القانون المدني اليمني.

فمن جهة فإن قواعد عقد الكفالة لا تعطي للدائن الحق في أن يرجع على الكفيل لمطالبته بالدين مباشرة قبل مطالبة المدين بالوفاء بالدين،فالدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل إلا في الحالة التي لم يقم فيها المدين بالوفاء بالدين، ومن جهة ثانية أن عدم الوفاء من قبل المدين بالدين في حد ذاته لا يلزم الكفيل بالوفاء به، بل يقتضي إلزامه بالوفاء حصول الدائن على سند واجب التنفيذ على الكفيل[1]. وهذا يعني أنه إذا أراد الدائن الحصول على حقه من الكفيل، يتوجب عليه مطالبة الكفيل مطالبة قضائية حتى يحصل على سند تنفيذي في مواجهته، يستطيع بمقتضاه التنفيذ الجبري على أمواله.

والسؤال هنا، هل حصول التاجر (الدائن) على حقه بما قدمه من سلع وخدمات لحامل البطاقة يقتضي أولاً مطالبة المدين (حامل البطاقة) ويقتضي ثانياً، في حالة عدم الوفاء من المدين عند حلول الأجل، مطالبة الجهة المصدرة قضائياً والحصول على سند تنفيذي، كما هو الحال في عقد الكفالة.

والإجابة هي النفي، لأن نصوص اتفاقية التاجر تلزم الجهة مصدرة البطاقة وحدها بسداد قيمة فاتورة قيمة المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة، من دون أن يسبق ذلك مطالبة المدين (حامل البطاقة) بالوفاء، من ودون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء والحصول على سند تنفيذي بإلزام الجهة المصدرة بالوفاء،ومرد ذلك أن التزام الجهة المصدرة بالوفاء بقيمة فاتورة المشتريات والخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة هو التزام أصلي وليس تبعياً، لأن التزامها لم يقم على التزام سابق أو معاصر له.

إن هذا الاختلاف بين عقد الكفالة واتفاقية التاجر يُعد سبباً آخر لرفض تطبيق فكرة الكفالة على العلاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، الناشئة عن اتفاقية التاجر.

---

(١) انظر في ذلك تفصيلاً عند كل من: د. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء(١٠)، ١٩٧٠م، ص ١٠٠- د. محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، الطبعة (٣) ١٩٧٩٥م، ص ٨٧.- د. عبد الفتاح عبد الباقي، التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة، الطبعة (٢)، ١٩٥٤م، ص١٢٠- د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٥٥و٥٦ – د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ٢٠٠ وما بعدها – د. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١١٧.

وأما الشق الآخر للعلاقة بين الكفيل والدائن، والمتمثل في الدفوع التي تكون للكفيل في مواجهة مطالبة الدائن له بالوفاء بالدين إذا لم يتم الوفاء به من قبل المدين، فيتلخص في حق الكفيل في التمسك بجميع الدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي، سواء تعلق بتقرير بطلانه أو بقابليته للإبطال، إذ يستطيع الكفيل أن يتمسك بكل الدفوع التي تتعلق بصحة مصدر التزام المدين ، فإذا كان التزام الكفيل باطلـــاً أو قابلاً للإبطال ، فإن التزام الكفيل يكون بالتبعية أيضاً على النحو [1].

والكفيل عندما يتمسك بأوجه الدفع التي تكون للمدين أن يتمسك بها في مواجهة الدائن، فهو – أي الكفيل – لا يتمسك بها باسم المدين، بل باسمه هو وبقصد براءة ذمته هو، وليس بقصد براءة ذمة المدين. لذا فإن الكفيل يستطيع أن يتمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الأصلي وإن لم يتمسك بها المدين.

والواقع، ووفقاً لنصوص اتفاقية التاجر- يمكن القول إن ما يكون للكفيل في عقد الكفالة من دفوع خاصة بالدين المكفول، لا يكون للجهة مصدرة البطاقة بشأن العقد المبرم بين التاجر (الدائن) وحامل البطاقة (المدين). ويعود سبب ذلك إلى كون اتفاقية التاجر عقد مستقل بذاته (أصلي)، عن العقد الذي نشأ لاحقاً بين التاجر وحامل البطاقة، وأن استقلالية هذه الاتفاقية توجب على الجهة مصدرة البطاقة دفع قيمة فواتير المشتريات والخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة، من دون أن يكون لها الحق في أي دفوع في مواجهة التاجر(الدائن) بشأن العقد المبرم بينه – أي التاجر – وحامل البطاقة، فلا يكون لها الدفع بالبطلان أو الفسخ أو التجريد [2] ..

---

(١) انظر تفصيلاً دفوع الكفيل الخاصة بالدين الأصلي عند كل من : =، ص٦٤ حتى٧٤ - د. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص ٩٠ – د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق ، ص - د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة ١٩٧٥م – د. محمد حسين منصور مرجع سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها -

(٢) يقصد بالدفع بالتجريد، حق الكفيل في أن يطالب من الدائن تجريد المدين من أمواله أولاً، ثم الرجوع عليه بما تبقى من دين. أي أن يدفع رجوع الدائن عليه بوجوب التنفيذ على أموال المدين أولاً لاستيفاء حقه، قبل التنفيذ.

إلخ، وإنما يتوجب عليها الوفاء بقيمة فاتورة المشتريات والخدمات التي تحصل عليها حامل البطاقة بواسطة البطاقة.

فالتزام الجهة المصدرة بالوفاء بموجب اتفاقية التاجر هو التزام شخصي ومباشر قبل التاجر،ولا أثر لما يطرأ من ظروف في علاقة التاجر بحامل البطاقة، على هذا الالتزام الشخصي المباشر للجهة مصدرة البطاقة.

ونخلص مما تقدم: إن اختلاف الخاصية الأساسية والمميزة لعقد الكفالة باعتبارها عقداً تابعاً للعقد الأصلي المكفول، عن خاصية اتفاقية التاجر، باعتبارها عقداً مستقلاً بذاته (أصلياً) التي لم ينكرها أنصار الرأي المنادي بتطبيق فكرة الكفالة على اتفاقية التاجر، يستبعد الأخذ بما ذهبوا إليه من تكييف لطبيعة علاقة الجهة مصدرة البطاقة بالتاجر من أنها كفالة، وذلك لوجود تباينات عديدة بين كل من عقد الكفالة واتفاقية التاجر، أبرزها ما تم تناوله فيما سبق.

المطلب الثاني
عقد الوكالة واتفاقية التاجر

يرى أنصار هذا الاتجاه [1]، أن العلاقة القائمة بين البنك مصدر البطاقة والتاجر والناشئة عن اتفاقية التاجر، أنها عقد وكالة. ويستند أنصار هذا الاتجاه فيما ذهبوا إليه على الآتي:

١- على الالتزام الأساسي للجهة للبنك البطاقة، بموجب الاتفاقية، الذي يتمثل في دفع قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي تحصل عليها مستخدم البطاقة، فالبنك في رأيهم عندما يقوم بتحصيل مستحقات التاجر من مستخدم البطاقة ووضعها في حساب التاجر بعد خصم عمولته، فإنه يكون بذلك وكيلاً عن التاجر في استيفاء قيمة المشتريات أو الخدمات التي قدمها

(١) د. عبد الغفور إبراهيم أبو سلمان، المرجع السابق، ص٧٦٠ حتى ٧٦٥و ٧٨٥.- د. عبدالستار أبو عزة،، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ، العدد (٧) الجزء (١)، ص ٦٥٧-٦٥٩- . د. وهبه الزحيلي، في مناقشته لموضوع التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان في دورة مجمع الفقه الإسلامي السابعة سنة ١٩٩٢م، أنظر محاضر هذه الدورة، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد (٧) الجزء (١)، ص ٦٦٨ و٦٦٩. وكذا الحال بالنسبة د. مصطفى الزرقاء، انظر رأيه عند المناقشة سالفة الذكر، في المرجع نفسه، ص ٦٧٢.

لمستخدم البطاقة. وأن وضعية البنك هذه كوكيل عن التاجر سواء كان التحصيل الذي يقوم به من الحساب البنكي لمستخدم البطاقة، أو في ظل عدم وجود أي حساب، أي في الحالة التي لا يشترط فيها على فتح الحساب، بل يتم إصدار البطاقة على أساس الائتمان المصرفي الممنوح له، كون البنك في هذه الحالة في رأيهم – وإن قام بدفع دين حامل البطاقة للتاجر، من ماله (أي مال البنك)، فهو يقوم بذلك لاختصار الإجراءات لأنه بعد ذلك يستعيد ما قام بدفعه للتاجر من مستخدم البطاقة [1] .

٢- على حق البنك المصدر، بالخصم من حساب التاجر قيمة السندات غير الصحيحة، وقيمة البضاعة المعادة إليه من مستخدم البطاقة [2] .

إن ما ذهب إليه أنصار هذا الاتجاه من تكييف للطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر بأنها عقد وكالة، لا يمكن الاتفاق معه نظراً لسهولة دفع الحجج التي استندوا عليها بما يأتي:

أ- أن قيام البنك مصدر البطاقة بسداد قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة سواء بخصمها من حسابه أو من الائتمان الممنوح له وتحويله إلى حساب التاجر لا يعني بأن جميع أوجه العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة والتاجر تشكل نيابة تعاقدية، لأن بنوداً عديدة في نماذج اتفاقية التاجر يمكن معها استبعاد فكرة الوكالة، ومن ذلك، البنود التي تعطي للبنك الاعتراض على دفع قيمة المشتريات أو الخدمات إذا كانت تتجاوز الحد الأقصى المسموح به لمستخدم البطاقة [3]، فهذا الأمر يستبعد أن يكون البنك المصدر للبطاقة وكيلاً للتاجر، لأن الأصل في الوكالة أنه إذا باشر الموكل التصرف فلا يمكن للوكيل الاعتراض. ويعد قيام التاجر باعتماد البطاقة، إذا نظرنا إلى العلاقة بينه وبين البنك وكالة، من قبيل مباشرة الموكل التصرف بنفسه.

---

(١) انظر د. عبد الغفور إبراهيم، المرجع السابق، ص ٧٦٠ وحتى ٧٦٥ .

(٢) انظر د. عبد الستار أبو عزة، المرجع السابق، ص ٦٥٩.

(٣) النظر البند (١٠/ز) من اتفاقية التاجر.لبنك القاهرة السعودي

ومن النصوص الواردة في نماذج اتفاقية التاجر التي يمكن القول معها بعدم ملاءمة الطبيعة القانونية للوكالة مع الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر، البند الذي يقضي بعدم جواز مطالبة التاجر لمستخدم البطاقة بأية نسبة من الرسوم، التي قد يشترط البنك على التاجر دفعها. فهذا البند يعني التقييد من صلاحية التاجر في علاقته مع مستخدم البطاقة[1]، وهذا التقييد يتنافى مع طبيعة الوكالة، إذ لا يجوز للوكيل أن يقيد صلاحية الموكل في معاملاته مع الغير.

ب- أن حجة أنصار الاتجاه القائل بأن الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر هي وكالة، استناداً إلى أن البنك يقوم بالخصم من حساب التاجر مباشرة قيمة السندات غير الصحيحة،وقيمة البضاعة المعادة إليه من دون الرجوع إليه، أن هذه الحجة تصلح في الأساس لدفع ما ذهبوا إليه، وليس لتأكيد رأيهم، لأنه لو كان البنك وكيلاً للتاجر فإن وكالته هذه لا تعطيه الحق في التنفيذ على أموال موكله لصالح الغير.

المطلب الثالث

اشتراط لمصلحة الغير واتفاقية التاجر

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العلاقة القائمة بين مصدر البطاقة والتاجر، الناشئة عن اتفاقية التاجر بأنها اشتراط لمصلحة الغير. فالبنك هو المشترط والتاجر المشترط عليه ومستخدم البطاقة المشترط له.

فيرى أنصار هذا الاتجاه[2] أنه إذا كان التاجر، وفقاً لمبدأ نسبية العقد، بإمكانه رفض قبول البطاقة كوسيلة وفاء، نظراً لعدم وجود علاقة تعاقدية بينه وبين مستخدم البطاقة، إلا أن مبدأ نسبية العقد ليس مطلقاً، فوفقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، فأنه بإمكان مستخدم البطاقة التمسك بأن العقد المبرم بين البنك مصدر البطاقة والتاجر، يحتوي على شرط بتحقيق منفعة له، تتمثل في موافقة التاجر مع البنك المصدر للبطاقة على قبول البطاقة كوسيلة وفاء لثمن المشتريات

(١) النظر البند (٦/هـ) من اتفاقية التاجر الذي يتعامل بها البنك السعودي الفرنسي
(٢) انظر: د. فياض ملقي القضاة، مرجع سابق، ص ١٤.

أو الخدمات التي حصل عليها. فمستخدم البطاقة يستطيع الاعتماد على العقد المبرم بين البنك مصدر البطاقة والتاجر، الذي لم يكن هو طرفاً فيه، استناداً إلى ما يتضمنه هذا العقد من شرط للبنك يلزم التاجر بتنفيذه، يقضي بوجوب قبول البطاقة الصادرة عن البنك كوسيلة وفاء لما يحصل عليه مستخدمها من مشتريات أو خدمات .

والواقع أن تكييف العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة والتاجر بموجب اتفاقية التاجر بأنه اشتراط لمصلحة الغير هو ما نميل إليه وذلك لجملة من الأسباب نوجزها فيما يأتي:

أولاً: كون الهدف الأساسي من هذه الاتفاقية يتمثل في قبول التاجر، الوفاء بواسطة البطاقة التي يستخدمها من منحه البنك إياها بموجب عقد البطاقة، مع التزام البنك بتسديد قيمة ما حصل عليه مستخدم البطاقة، الذي يُعد من الغير بالنسبة لاتفاقية التاجر. وهو أمر جائز وإن كان خلافاً للمبدأ العام القاضي بنسبية العقد المنصوص عليه في المادة (٨٢٠) من القانون المدني اليمني، وذلك لأن المشرع إذا كان قد جعل الأصل هو نسبية العقد، إلا أنه أورد على هذا الأصل استثناء أن يجوز بموجبه أن يكتسب الغير حقوقاً ويتحمل التزامات ذلك في حالتي التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير .

ثانياً: فموجب الاشتراط لمصلحة الغير يكتسب الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه. ويحدث ذلك عندما يتم الاتفاق بين شخصين يتعهد أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص آخر أجنبي عن العقد، أداء معيناً يشترطه الطرف الآخر في هذا الاتفاق[1] .

ومن هذا يتضح أن ماهية الاشتراط لمصلحة الغير تتفق مع ماهية اتفاق التاجر، التي يتعهد بموجبها التاجر أن يؤدي السلع أو الخدمات لمستخدم البطاقة والقبول بالبطاقة التي يصدرها

---

(١) انظر ذلك عند كل من: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط الجزء (١)، مرجع سابق، فقرة ٣٦٤. د. عبدالفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ٥٨٩ و٥٩٠ د. جميل الشرقاوي شراح النظرية العامة للالتزامات في قانون ج.ع.ي ، الكتاب الأول المصادر، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م، ص٣٥٧- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص - د. عبدالحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٦م، ص٤٤ وحتى ٤٦. د. عمر السيد أحمد، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ٢٧٤.

الطرف الآخر في الاتفاقية وهو البنك، كوسيلة وفاء بدلاً من الوفاء مباشرة بالنقود .

ثالثاً: إن ما يشترطه الفقه[1] لصحة عقد الاشتراط لمصلحة الغير، التي تتمثل في أن يكون التعاقد باسم المشترط، وأن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد ، وأن تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات المشترطة، وأخيراً أن يكون المستفيد موجوداً ومعيناً عند ترتيب أثر العقد أو ممكن الوجود والتعين في المستقبل.. إن هذه الشروط الأربعة للاشتراط لمصلحة الغير متوافرة في عقد اتفاقية التاجر على النحو الآتي:-

فالشرط الأول، الذي بموجبه يتوجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن يتم التعاقد باسم المشترط نفسه على التزامات يشترطها لصالح الغير، متوافر في اتفاقية التاجر، لأن البنك مصدر البطاقة في اتفاقية التاجر يتعاقد باسمه هو لا باسم مستخدم البطاقة،وأن تعاقده هذا، غايته خلق التزام في ذمة التاجر لصالح مستخدم البطاقة. ويتمثل هذا الالتزام في قبول البطاقة التي يصدرها البنك لمستخدمها كوسيلة للوفاء .

كما أن الشرط الثاني، الذي يقضي أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، متوافر في اتفاقية التاجر، لأن الغاية من هذه الاتفاقية هي إنشاء حق مباشر لمستخدم البطاقة، الذي يعد أجنبياً عن هذا العقد ويتمثل هذا الحق، في استخدام البطاقة كوسيلة للوفاء بما عليه من دين، مقابل ما حصل عليه من سلعة أو خدمة من دائنه (التاجر) ، الذي يعد الطرف الثاني في اتفاقية التاجر.

كما لا تخفى على أحد، المصلحة التي تكون للبنك من اشتراطه على التاجر قبول البطاقة الصادرة منه كوسيلة وفاء، فقد سبق الإشارة إلى أن الفوائد المالية تعد مصلحة مادية للبنك مصدر البطاقة، وبذلك فإن وجود هذه المصلحة للبنك تجعل من الشرط الثالث لصحة الاشتراط

(١) د. أنور سلطان، مرجع سابق ص ٢١٩و٢٢٠ – د. عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق ص ٥٩٤، – د. عمر السيد أحمد، مرجع سابق، ص ٢٧٧حتى ٢٨٠– د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء ٢٩. الالتزامات ، ص ٦٠٧– د. علي نجيده النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية ، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط الطبعة الأولى، مطابع البيان التجارية دبي، ص ٣٩٣ ص ٣٩٥– د. عبدالحكم فودة، مرجع سابق ص ٤٧و٤٨.

لمصلحة الغير، والمتمثل في وجود مصلحة شخصية للمشترط في تنفيذ الالتزامات المشترطة، متوافراً في اتفاقية التاجر.

كما يتوافر في اتفاقية التاجر الشرط الرابع والأخير لصحة الاشتراط لمصلحة الغير ، الذي نصت عليه المادة (٢١٨) من القانون المدني اليمني بقولها: ((يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع إنساناً أو جهة موجودين أو محتملي الوجود، كما يجوز ألا يعين المنتفع وقت العقد متى كان تعيينه مستطاعاً في وقت أن ينتج الاشتراط أثره)) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا كان وجود المستفيد، سواء كان شخصاً أم جهة، يعد شرطاً لصحة الاشتراط لمصلحة الغير. إلا أن عدم وجود هذا المستفيد وعدم تعينه وقت انعقاد الاشتراط لمصلحة الغير، لا يؤدي إلى عدم صحة هذا الاشتراط، متى كان هذا التعيين ممكناً عند ترتيب أثر عقد الاشتراط .

ففي اتفاقية التاجر إذا كان مستخدم البطاقة، باعتباره المستفيد من هذا الاتفاق غير معين، إلا أنه عندما ينتج العقد المبرم بين البنك والتاجر أثره، يكون تعيين من يتوجب على التاجر قبول الوفاء منه بواسطة البطاقة ممكن التعيين عن طريق حمله للبطاقة التي يصدرها البنك تقديمها للوفاء.

ونخلص مما تقدم إلى أن توافر جميع شروط صحة الاشتراط لمصلحة الغير في اتفاقية التاجر على النحو السابق، يمكن القول معه أن طبيعة هذه الاتفاقية هي اشتراط لمصلحة الغير.

رابعاً: إن آثار الاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في المادة (٢١٧) من القانون المدني، هي الآثار نفسها المترتبة على اتفاقية التاجر، فكما هو الحال في اتفاقية التاجر، وإن كانت ثنائية الأطراف، فإنه يترتب عليها ثلاث علاقات، فإن الأمر نفسه في الاشتراط لمصلحة الغير ، يترتب عليه ثلاث علاقات، الأولى بين المشترط والمتعهد، والثانية بين المشترط والمستفيد (المشترط له)، والثالثة بين المتعهد والمستفيد.

فعلاقة المشترط بالمتعهد (المشترط عليه)، تخضع للاتفاق الذي تم بينهما (عقد الاشتراط)، وبمقتضى ذلك يكون للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته نحو المشترط له (المستفيد)، ما لم

يتبين من الاتفاق أن المستفيد وحده هو الذي يكون له مطالبته المتعهد بالتزاماته قبل المستفيد[1]. وهذا ماهو حاصل بالفعل في اتفاقية التاجر فالاشتراط الذي تتضمنه هذه الاتفاقية يعطي لمستخدم البطاقة وحده،حق مطالبة التاجر بالتزاماته المتعلقة بقبول البطاقة كوسيلة وفاء.

ولما كان للمشترط حق أصلي في مطالبة المشترط عليه (المتعهد) بتنفيذ الالتزامات[2] الناشئة عن عقد الاشتراط، فإنه إذا لم يقم المشترط عليه بتنفيذ الالتزامات قبل المستفيد، كان للمشترط الحق في المطالبة بالتعويض، طبقاً للقواعد العامة، ويكون التعويض في هذه الحالة عما لحق بالمشترط نفسه من أضرار من جراء عدم تنفيذ المشترط عليه (المتعهد) لالتزامه، كما يكون للمشترط -طبقاً للقواعد العامة كذلك- أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المشترط عليه بما تعهد به.

فهذا الأثر هو الأثر نفسه المترتب عن علاقة مصدر البطاقة بالتاجر، فإذا رفض التاجر قبول البطاقة الصادرة من البنك، فإن ذلك يعطي للبنك الحق في مطالبته بالتعويض، عما لحقه من أضرار من جراء عدم التنفيذ، والمتمثل في عدم قبول البطاقة الصادرة من البنك كوسيلة وفاء [3]، لأن عدم قبول البطاقة من قبل التاجر يؤدي إلى الإخلال بالثقة بالبطاقة الصادرة من البنك.

ومن جانب آخر فإنه وفقاً لما جرى عليه التعامل، وفقاً لاتفاقية التاجر، يُعد إخلال التاجر بالتزامه في قبول البطاقة كوسيلة وفاء،من الحالات التي يكون للبنك مصدر البطاقة فسخ العقد.

أما الطرف الآخر في عقد الاشتراط، وهو المشترط عليه (المتعهد) ، فإنه إذا كان يلتزم بحسب الاتفاق بينه وبين المشترط، فإن له من ناحية أخرى أن يطالب المشترط ما فرضه عليه العقد من التزامات، وفي هذا أيضاً يتفق الاشتراط لمصلحة الغير مع اتفاقية التاجر، التي تعطي للتاجر مقابل التزامه بقبول البطاقة كوسيلة وفاء، الحق في مطالبة البنك بقيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها مستخدم هذه البطاقة.

---

(١) د. عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق ص٥٩٦- د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص٢٢١- د. عبدالحكم فودة ، مرجع سابق، ص ٥٠- د. عمر أحمد السيد، مرجع سابق، ص ٢٨٣و٢٨٤ د. علي نجده، مرجع سابق، ص ٩٦٣ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٦٢٠.

(٢) انظر: المادة (٢١٧/ثانيا) من القانون المدني اليمني

(٣) انظر: البند (١٢/ب) من اتفاقية التاجر للبنك السعودي الفرنسي.

فأما علاقة المشترط بالمستفيد فتحدد على أساس الدافع إلى الاشتراط، فإذا كانت العلاقة بينهما معاوضة مثلاً، فقد يكون الدافع من الاشتراط وفاء دين سابق في ذمة المشترط، وقد يكون الدافع تنفيذ التزام عقدي واجب على المشترط تجاه المستفيد ... إلخ .

فالعلاقة هنا بين المشترط والمستفيد لا تخرج عن مضمون العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة والشخص مستخدم البطاقة، فهي في الواقع علاقة معاوضة، إذ يعاوض البنك عن ما يقدمه من خدمة لمستخدم البطاقة بما يحصل عليه من رسوم اشتراك وكذا رسوم التجديد وغيرها من الرسوم.

وأما في علاقة المشترط عليه (المتعهد) بالمستفيد، فيترتب على الاشتراط أن يكتسب المستفيد حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، وهذا الحق مستمد من طبيعة عقد الاشتراط، متى تم هذا العقد صحيحاً. وهو يترتب له من دون حاجة إلى قبوله. ولهذا فإنه يكون للمستفيد أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه عقد الاشتراط، كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند امتناعه عن تنفيذ التزامه هذا. وبالمقابل يكون للمتعهد أن يتمسك قبل المستفيد بالدفوع التي تنشأ له من عقد الاشتراط، كالدفع ببطلان هذا العقد أو إبطاله. وإذا لم يقم المشترط بتنفيذ ما التزم به بموجب عقد الاشتراط، كان للمتعهد أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته.

وهنا أيضاً نلاحظ الاتفاق في الأثر المترتب عن علاقة المتعهد بالمستفيد مع الأثر المترتب عن علاقة التاجر بمستخدم البطاقة، إذ يترتب على هذا العقد حق مباشر لمستخدم البطاقة قبل التاجر في قبول البطاقة كوسيلة وفاء، من دون الحاجة إلى أن يكون هذا المستخدم للبطاقة طرفاً في اتفاقية التاجر، ومن ودون الحاجة حتى أيضاً لقبوله بما اشترطه البنك على التاجر لصالحه. فلا يوجد ما يمنع مستخدم البطاقة من الرجوع على التاجر بالتعويض عما أصابه من ضرر، إذا رفض التاجر قبول البطاقة كوسيلة وفاء. وبالمقابل فإن بطلان اتفاقية التاجر أو قابليتها للإبطال يعطي للتاجر الحق في دفع قبول البطاقة كوسيلة وفاء، وكذا الحال إذا لم ينفذ البنك التزامه بموجب اتفاقية التاجر.

الفصل الثاني
مواجهة انعدام التوازن العقدي
في اتفاقية التاجر

تمهيد :

إذا كان إنشاء اتفاقية التاجر يتم خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، لاستقلال الجهة مصدرة البطاقة بتحديد مضمون الالتزام العقدي في عقد مطبوع معد سلفاً من قبلها، واقتصار دور التاجر بالرضا بالتعاقد من دون مناقشة شروط الاتفاقية ومن دون أن يكون له حق تعديل هذه الشروط أو إضافة شروط أخرى، إلا أنه بمجرد التوقيع على هذه الاتفاقية تصبح ملزمة ولا يجوز لأي من طرفي الاتفاقية بمفرده إنهاء هذه الاتفاقية أو تعديل شروطها، ما لم تعطه هذه الاتفاقية ذلك. كما لا يجوز للقاضي في غير الحالات المنصوص عليها في القانون، تعديل هذه الاتفاقية أو إنهائها. كل ذلك وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وهو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

وهذا الوضع في الأساس يوفر حماية للجهة مصدرة البطاقة، كونها هي التي تنفرد بصياغة شروط الاتفاقية. ومن الطبيعي أن من ينفرد بتحديد شروط العقد يحرص على تأمين مصالحه وإن أدى ذلك إلى إهدار بعض الحقوق للطرف، الآخر أو تكبيله بالتزامات لا تتناسب مع التزاماته هو. وبعبارة أخرى يخلق انفراد أحد الأطراف وحده بتحديد مضمون التزام العقد، عدم التكافؤ بين مركز طرفي العقد، أو إخلال بتوازن العقد.

والواقع أن هذا الوضع لا تشذ عنه اتفاقية التاجر، التي تعد في الوقت نفسه من العقود غير المسماة، باعتبارها من الظواهر الاقتصادية الجديدة لدخولها الصناعة المصرفية مؤخراً. ولهذا الأمر، يقتضي البحث في الحماية القانونية الفعالة للتاجر باعتباره الطرف الضعيف في الاتفاق، الذي في الغالب يكون التمسك بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ليس في صالحه.

إن البحث في حماية قانونية فعالة للتاجر، يقتضي في الأساس البحث في قواعد الحماية التلقيدية في القانون المدني، للنظر في مدى ملاءمتها مع طبيعة وخصائص العلاقة القائمة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، في توفير مظلة حماية واقية للتاجر، وهذا يؤدي إلى عدم الحاجة إلى وجود قواعد قانونية خاصة لحماية التاجر، أما أن الحاجة لازالت قائمة لمثل هذه القواعد القانونية الخاصة لتوفير الملائمة للتاجر.

فالقانون المدني يوافر للمتعاقد في الحالة التي ينعدم فيها التكافؤ بين طرفي العقد، الحماية القانونية، فهناك قواعد تحمي الطرف المذعن في عقد الإذعان، وقواعد تحمي المغبون في الحالة التي لا يكون فيها تعادل.

كما أن قواعد التفسير يمكن للقاضي من خلالها الوصول إلى حماية المدين. وفي هذا الفصل سنتناول قواعد الحماية المشار إليها لنتبين مدى توافيرها حماية فعالة للتاجر، إذ سنتناول في المبحث الأول، حماية التاجر وفقاً لقواعد عقود الإذعان، وفي المبحث الثاني وفقاً لقواعد الغبن، وفي المبحث الثالث، عن طريق تفسير العقد.

المبحث الأول
حماية التاجر وفقاً لقواعد عقد الإذعان

تمهيد :

تناول حماية التاجر وفقاً لقواعد عقد الإذعان يقتضي، أولاً تحديد مفهوم عقد الإذعان، ووسائل حماية الطرف الضعيف في هذا العقد، وبعد ذلك إجراء مقارنة بينها وبين اتفاقية التاجر، حتى نتمكن من خلالها إعطاء الرأي في صلاحية قواعد عقد الإذعان في حماية التاجر في اتفاقية التاجر. وهذا ما سيتم اتباعه في مطلبين اثنين كما يأتي:

المطلب الأول

مفهوم عقد الإذعان ووسائل حماية الطرف المذعن

مفهوم عقد الإذعان :

يُعرف عقد الإذعان أنه: العقد الذي يعرض فيه الموجب شروطاً تمَّ إعدادها مسبقاً، إما بوساطته وإما من قبل الغير، ولا يقبل التفاوض فيها مع المتعاقد الآخر[1] .

أي هو الذي يسلم فيه أحد المتعاقدين بشروط مقررة مسبقاً يضعها المتعاقد الآخر ،الذي لا يقبل مناقشته فيها.

ويوجد في الفقه اتجاهان في تحديد نطاق ما يدخل في مفهوم عقود الإذعان، أحدهما يضيق هذا النطاق والآخر يوسعه .

فالاتجاه الغالب في الفقه[2]، لا يكتفي بانفراد أحد المتعاقدين بتحديد شروط العقد واقتصار المتعاقد الآخر بالرضا بهذه الشروط من دون مناقشتها، ولا بوجود شروط تعسفية أو مجحفة بحق الطرف الآخر لكي يدخل العقد في نطاق عقود الإذعان، بل يتوجب فوق ذلك، توافر مقومات ثلاث بتوافرها مجتمعة يوصف العقد أنه عقد إذعان، وأما هذه المقومات أن تتعلق بسلع أو خدمات تعد من الضروريات وأولى بالنسبة للمستهلكين، وثانيها أن يتمتع من يقدم هذه السلع أو الخدمات باحتكار قانوني أو فعلي، والمقومة الأخيرة، أن يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط مماثلة ولمدة غير محددة.

---

(١) د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص١٦٩ وانظر تعريفات مشابهة عند كل من: د. سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٤٥.

(٢) د. حسن عبد الباسط الجميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٩١م ، ص ١١٢- ١١٥، و د. سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص ٦٠ و ٦١.

وأما الاتجاه الآخر في الفقه[1]، وهو اتجاه حديث، فإنه يوسع من نطاق مفهوم عقود الإذعان، بالاكتفاء بوصف هذا العقد أنه من عقود الإذعان

إذا انفرد أحد طرفيه بتحديد شروط من دون أن يكون للطرف الآخر حق التفاوض وأن يتضمن العقد الذي يبرم على هذا النحو شروطاً مجحفة. فإذا توافر في العقد هذان الشرطان عُد عقد إذعان، وليس شرطاً يتعلق هذا العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلكين، ولا أن يكون من ينفرد بتحديد شروط العقد في حالة احتكار قانوني أو فعلي، أو أن يتمتع بقدرة اقتصادية كبيرة، كما لا يشترط أن يكون الإيجاب في عقود الإذعان عاماً ولمدة غير محددة.

والحجج التي استند عليها أنصار هذا الرأي[2]، في توسيع نطاق مفهوم عقود الإذعان، يمكن إيجازها بالآتي:

١- حماية الطرف الضعيف في العقد، أي حماية المستهلك في مواجهة التاجر المحترف، إلا من خلال عقود نموذجية لا يقبل فيها أي مساومة أو تفاوض.

٢- أن القانون لم يستلزم في عقود الإذعان، أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية بالنسبة للمستهلك، ولا وجود احتكار لهذه السلعة أو الخدمة من قبل أن يقدمها، وإنما اكتفى بأن يرتضي أحد الأطراف ويسلم بمشروع العقد الذي وضعه الطرف الآخر مسبقاً.

---

(١) د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء ١، مصادر الالتزام، الطبعة ٢، القاهرة، ١٩٩٥م، ص١٢٤ وما بعدها، د. نبيل إبراهيم سعد: نحو قانون خاص للائتمان، منشأة المعارف، ١٩٩١م، ص٩١، د. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص١٧٩، د. محمدعبد الظاهر حسين: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠١/٢٠٠٢م، ص ٥٢ و ١١٢، د. نزيه صادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص٦٩ و ٧٠.

(٢) انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين: مرجع سابق، ص ٥٢، د. رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص ١٧٩.

حماية الطرف المذعن:

إذا توافرت صفة الإذعان في العقد، فإن القانون يبسط حمايته للطرف المذعن، وذلك من خلال إعطائه الحق في طلب رفع الضرر الذي يؤدي إلزامه بتنفيذ الشروط التعسفية أن يلحق به، وكذا من خلال منح القاضي سلطة تفسير الشك إن وجد، في مصلحة الطرف المذعن.

١- طلب دفع الضرر:

المظهر الأساسي للحماية القانونية للمذعن في عقود الإذعان، وفقاً لنص المادة (٢١٤) من القانون المدني اليمني، يتمثل في تخويل الطرف المذعن في أن يطلب من القاضي الحكم بتعديل الشروط التعسفية بما يرفع عنه إجحافها، أو بإعفائه كلية منها، سواءً كان يعلم بها وقت التعاقد، أم لم يكن يعلم بها.

٢- تفسير الشك في مصلحة المذعن:

المظهر الثاني للحماية القانونية للمذعن، وفقاً لنص المادة (٢١٣) من القانون المدني ، تتمثل في وجوب تفسير الشك، إن وجد في عبارات العقد، دائماً في مصلحة الطرف المذعن. ومقتضى ذلك أنه إذا اتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض، و لم تسعف طرق التفسير القاضي في تبديد هذا الغموض، وبقى ثمة شك في معرفة ما اتجهت إليه إرادة العاقدين، وجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن، في جميع الأحوال، وذلك خلافاً للقاعدة العامة في التفسير، المنصوص عليها في المادة (٢١٢) من القانون المدني اليمني ، التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المدين.

المطلب الثاني

المقارنة بين اتفاقية التاجر وعقد الإذعان

إن الوصول إلى استنتاج بتمتع التجار بقواعد الحماية التي منحها المشرع للطرف المذعن في عقد الإذعان، يقتضي القيام بمقارنة بين اتفاقية التاجر وعقد الإذعان، وذلك من خلال بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما. وهو ما سنقوم به فيما يأتي:

أولاً: **مظاهر التشابه:**

تتشابه اتفاقية التاجر مع عقد الإذعان في مسألتين، الأولى أن كلاً منهما ينفرد فيه طرف بتحديد شروط العقد، ويقتصر دور الطرف الآخر في الرضا بهذه الشروط، من خلال التوقيع على العقد المطبوع أو النموذجي المعد سلفاً. أما المسألة الثانية، فهي أن كلاً منهما يتضمن شروطاً تعسفية.

١- العقد المطبوع أو النموذجي:

العقد المطبوع هو عقد معد مسبقاً، ليتم التعاقد بموجبه في الظروف الموحدة توفيراً للوقت والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف المنضم للعقد، وإما بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد، لنقص خبرته وقلة كفاءته[1]. ويحتوي هذا العقد على شروط التعامل وآثاره، أي ما يقع على الأطراف من التزامات وما يكون لهم من حقوق.

واتفاقية التاجر هي من العقود المكتوبة، التي يكون النموذج المكتوب هو العقد بين الطرفين، إذ يقتصر دور التاجر على ملء الفراغات التي فيه لمعرفة بياناته الخاصة.

---

(١) نظر في العقد المطبوع أو العقد النموذجي: د. أحمد الملحم: نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط فيها، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، سنة ٨٦م، ص٢٤٦- د. حسن عبدالباسط الجميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، ١٩٩٠-١٩٩١م، ص ١٠٧ حتى ١١٠- د. سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص٥٩ حتى ٦١ – د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠١/٢٠٠٢م، ص ١١و ١٢.

وعلى الرغم من أن ليس كل عقد مطبوع أو نموذجي يعد من عقود الإذعان، إلا أنها لا تختلف عن عقود الإذعان في كون إرادة الطرف الذي ينضم إليها ليست حرة في مناقشة شروط العقد أو تحديد مضمون الالتزام العقدي، بل إن بعضها يتضمن شروطاً مجحفة بالنسبة للطرف المنضم إليها.

إن ظاهرة العقود المطبوعة أو النموذجية تعد في الواقع خروجاً عن المبدأ الأساسي للتعاقد في القانون المدني اليمني وغيره من القوانين العربية، التي تقوم نظرية العقد فيها على مبدأ سلطان الإرادة، الذي بموجبه يمكن لإرادة الإنسان أن تنشئ في مجال التصرفات القانونية، الحقوق والمراكز القانونية. فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ إلا من إرادة الأطراف في العقد، والقوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون، وإنما من الإرادة. وهذا يعني أن إرادة الإنسان تشرع بذاتها لذاتها.

ومن نتائج ذلك أن أطراف العقد متساوون في تحديد مضمون العقد وفي اختيار الشروط التي تلائمهم، ولهم حق تحديد الالتزامات والحقوق المترتبة على العقد وأن يصلوا بها إلى المدى الذي يريدون تحقيقه[1].

إن مبدأ سلطان الإرادة لم يعد في عصرنا الراهن هو المرتكز الذي يقوم عليه التعاقد ويعود ذلك إلى ظهور أنماط جديدة من المعاملات واتساع النشاط الاقتصادي والتجاري لتنوع السلع والخدمات وما يقتضيه من سرعة في إتمام المعاملات والصفقات. فكل ذلك أدى إلى إهدار هذا المبدأ الأساسي في التعاقد، إذ لم تعد إرادة جميع أطراف العقد حرة في مناقشة شروط العقد وتحديد مضمونه، بل أصبح المتعاقد الذي يحتل مركزاً اقتصادياً أقوى هو الذي ينفرد بتحديد مضمون العقد، ويقتصر دور المتعاقد الآخر بالرضا بهذه الشروط، من خلال التوقيع على عقد مطبوع أو نموذجي معد سلفاً، أو رفض هذه الشروط، الأمر الذي جعل عدم التكافؤ بين مركزي العاقدين في هذه العقود هو السمة البارزة لها.

---

(١) انظر في مفهوم مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عليه: بحثنا الموسوم " مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني " مؤسسة العمال للطباعة والنشر والتوزيع، عدن، ١٩٩٦م.

إن عدم التكافؤ في العقود يعد في الواقع ظاهرة ملازمة لغالبية حالات التعاقد في الوقت الراهن، بسبب تنوع السلع والخدمات، الأمر الذي يجعل عدم التكافؤ ليس قاصراً على المستهلك في مواجهة المحترف، بل يمكن أن يوجد بين المحترفين أنفسهم إذ يكون أحدهم متفوقاً في مجال احترافه [1].

٢- الشروط التعسفية:

التشابه الآخر بين عقود الإذعان واتفاقية التاجر يتمثل في وجود شروط يراعي فيها الطرف الذي ينفرد بصياغة بنود العقد مسبقاً، مصلحته يفرض شروط مجحفة على الطرف الآخر.

ويقسم الفقه[2]، الشروط المجحفة (التعسفية) في عقد الإذعان إلى ثلاث مجموعات:

المجموعة الأولى: وتتعلق بالشروط الخاصة بتكوين العقد ، التي ينفرد بتحديدها الطرف الذي تولى تقديم مشروع العقد المطبوع، كالشروط المتعلقة بلحظة إبرام العقد وسريانه، أو المتعلقة بتحديد أهم العناصر في محل العقد وهو ثمن السلعة أو الخدمة.

المجموعة الثانية: وتتعلق بالشروط الخاصة بتنفيذ العقد، ومن أهم الشروط التي يهدف من وراءها المحترف تخفيف الأعباء عليه، وكذا التخفيف من مسئوليته على حساب مصلحة الطرف الآخر، هي تلك الشروط، التي تتعلق بتخفيف التزامه بضمان العيوب الخفية، إما بقصر هذا الالتزام على بعض أجزاء الشيء، وإما بجعل مدة التزامه قصيرة جداً.

المجموعة الثالثة: وتتعلق بالشروط الخاصة بعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية. ويدخل في هذه المجموعة، الشروط التعسفية التي تعطي للمحترف الحق بتعديل العقد أو إنهائه بإرادته المنفردة، وأيضاً الشروط التي تلزم الطرف الضعيف بالتنازل عن حقه في الرجوع إلى المحاكم العادية،

---

(١) د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ٢٢و٢٣.

(٢) انظر هذه الشروط التعسفية تفصيلاً عند د. حسن عبد الباسط الجميعي، مرجع سابق، ص١١٣- ص١١٥.

وتوجيهه إلى إجراءات التسوية الودية أو التحكيم، وكذا الشروط التي تتطلب من الطرف الضعيف، لإنهاء العقد، إخطار الطرف القوي، خلال مدة معينة، وتكون المدة غير كافية وغير معقولة للمطالبة بإنهاء العقد، الأمر الذي يؤدي إلى الاستمرار في التعاقد إذا لم يخطر الطرف الضعيف برغبته في عدم الاستمرار خلال هذه المدة غير المعقولة.

وفقاً للاتفاقيات التي يجري التعاقد فيها في الواقع العملي بين البنوك والتجار، يمكن القول إن هذه الاتفاقيات تتضمن مجموعة من الشروط التي تراعي فيها البنوك مصلحتها، تدخل في مفهوم الشروط المجحفة أو التعسفية في عقود الإذعان. ومن هذه الشروط المجحفة التي تتضمنها اتفاقيات التاجر:

١- الشرط الذي يعطي البنك حق تعديل النسبة من قيمة كل فاتورة شراء أو تقديم خدمة قدمها التاجر لحامل البطاقة، في أي وقت وبإرادته المنفردة[١].

٢- الشرط الذي يعطي فيه البنك لنفسه حرية الرجوع إلى أي جهة، أو لجنة، أو هيئة قضائية[٢]. أي يستبعد حل المنازعات عن طريق القضاء العادي.

٣- الشرط الذي يعطي فيه البنك لنفسه حق إنهاء العقد بإرادته المنفردة[٣].

٤- الشرط الذي يمنع التاجر من مطالبة البنك بأي تعويض عن الأضرار والخسائر التي لحقت به بسبب وجود أي خلل أو عطب في طرفيه نظام البيع التابع للبنك، أو بسبب عدم قدرة طرفيه نظام البيع على الاتصال بالنظام الإلكتروني لتحويل الأموال [٤]. أي في الأحوال التي يكون فيها الضرر الذي يلحق بالتاجر سببه الأجهزة التابعة للبنك.

---

(١) انظر هذا الشرط في المادة (١٤/ب) من اتفاقية التاجر للبنك السعودي الفرنسيس، ونفس البند من اتفاقية التاجر للبنك السعودي البريطاني.

(٢) انظر هذا الشرط في المواد ٣و ٤ من اتفاقية التاجر للبنك السعودي الفرنسي.

(٣) انظر المادة: (١٢/ب) من اتفاقية التاجر الخاصة بالبنك السعودي الفرنسي.

(٤) انظر المادة :(٩/د) من اتفاقية التاجر لبنك القاهرة السعودي.

٥- الشرط الذي يلزم التاجر بتعويض البنك عن أي التزام قد ينشأ بينه وبين حامل البطاقة بشأن السلع المباعة أو الخدمات التي يكون التاجر قد قدمها .

إن صيغة العموم في هذا الشرط وعدم تحديده للحالات التي يثبت فيها مسئولية التاجر، والحالات التي تعود المسؤولية فيها على البنك، وإن كانت هذه المسئولية لها علاقة بدفع قيمة السلع أو الخدمات، يجعل من هذا الشرط شرطاً تعسفياً.

ثانياً: **مظاهر الاختلاف :**

إن إفراغ الرضا من اتفاقية التاجر بعقد مكتوب تقوم بصياغة بنوده البنوك، كما هو الحال في عقد الإذعان الذي يتولى المحترف صياغة بنوده، إضافة إلى وجود جملة من الشروط التعسفية في اتفاقية التاجر، لا يعني عدم وجود اختلاف جوهري بين هذه الاتفاقية وعقود الإذعان، سواء تم النظر إلى عقود الإذعان في نطاق المفهوم الضيق، أم في نطاق المفهوم الواسع لها.

فاختلاف اتفاقية التاجر عن عقود الإذعان، وفقاً للمفهوم الضيق لعقود الإذعان الذي أخذ به غالبية الفقه على النحو السابق، يعود إلى أن هذه الاتفاقية لا تتعلق بسلعة أو بمرفق يعد من الضروريات، كون نظام التعامل بالبطاقة لا يعد الوسيلة الوحيدة أمام التاجر لتصريف بضائعه أو لتقديم خدماته للجمهور، فالأصل أن تعامله يتم مباشرة مع زبائنه، وأن مقابل ما يقدمه لهم من سلع أو خدمات يحصل عليه مباشرةً منهم نقداً. كما أن الجهات مصدرة البطاقة لا تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي.

وأما اختلاف اتفاقية التاجر عن عقود الإذعان حتى في ظل المفهوم الواسع لهذه العقود الذي تؤيده فنرى أنه أولى بالاتباع ، الذي لا يشترط لوصف العقـــد بأنه من عقود الإذعان تعلقه بسلعة أو خدمة ضرورية، ولا أن يكون الموجب في حالة احتكار قانوني أو فعلي، أو يتمتع بقدرة اقتصادية كبيرة، كما لا يشترط أن يكون الإيجاب في عقـــد الإذعان عاماً ولمدة غير محددة.

إن اختلاف اتفاقية التاجر عن عقود الإذعان حتى في ظل هذا المفهوم الواسع يعود إلى أن هذا الجانب الفقهي، في استبعاده للشروط والمقومات التي قال بها الفقه من قبل، ويهدف إلى حماية المستهلك في مواجهة تجار لا يتعاملون إلا من خلال عقود نموذجية لا يقبلون فيها أي مفاوضة. ولما كان مفهوم المستهلك ينحصر في كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من وصف المستهلك كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة [1].

فالتاجر بانضمامه إلى نظام التعامل بالبطاقة بإبرامه لاتفاقية التاجر يهدف من وراء ذلك خدمة نشاطه وحرفته التجارية ليس الشخصية أو العائلية. ولذا تعد هذه الاتفاقية من الأعمال التجارية التبعية بالنسبة له.

إن اختلاف اتفاقية التاجر عن عقود الإذعان على النحو السابق بيانه، يستعبد إمكانية حماية التاجر بالحماية المقررة للطرف المذعن في عقد الإذعان وبهذا لا يمكن للتاجر أن يطلب من القضاء التعديل من الشروط التعسفية المجحفة بالنسبة،له ولا إنهاء الاتفاقية بسبب هذه الشروط، كما أن التفسير لبنود الاتفاق في الحالة التي يكتنف الشرط الغموض لا يمكن في كل الأحوال أن يفسر لمصلحته، كما هو الحال بالنسبة للمذعن، بل ستكون سلطة القاضي مقيدة هنا باتباع القواعد العامة للتفسير، التي بمقتضاها تفسير الشك لمصلحة المدين سواء كان هذا المدين هو التاجر، أم البنك.

---

(١) انظر: د. حسن عبد الباسط الجميعي، حماية المستهلك- الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م، ص١٠و ١١ – وأيضاً: د. محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص ٧٠، هامش ١.

المبحث الثاني

مواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر وفقاً لنظرية الغبن

تمهيد :

تقوم نظرية الغـــبن على مجرد عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة ، أي لا يكون للمتعاقد الحق في الطعن بالعقد على أساس الغبن إلا في عقود المعاوضة. فعدم المساواة في الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد، والتفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفي العقد، هو مناط نظرية الغبن.

واتفاقية التاجر، كما سبقت الإشارة إليها، هي من عقود المعاوضة، التي تتضمن شروطاً مجحفة تخفف بواسطتها الجهة مصدرة البطاقة من التزاماتها، وتشكل في الوقت نفسه إرهاقاً للتاجر، لذا فهي من العقود التي تتصف بانعدام التوازن العقدي. وبهذه المثابة يبرز التساؤل حول مدى مواجهة انعدام التوازن العقدي بواسطة نظرية الغبن.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي أولاً بيان الأساس الذي تقوم عليه الحماية وفقاً لنظرية الغبن (مطلب أول) وبعد ذلك يمكن تقدير مدى ملاءمة نظرية الغبن لمواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر (مطلب ثان).

المطلب الأول

الأساس الذي تقوم عليه الحماية وفقاً لنظرية الغبن

يعرف الغبن[1] أنه: "الخسارة المالية التي تلحق المتعاقد في عقد من عقود المعاوضة، إذا كانت قيمة ما أخذه أقل من قيمة ما أعطاه بمقتضى العقد، أي كانت الخسارة التي لحقت بالمتعاقد نتيجة لعدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه.

أو هو كما تقول المادة (١٨١) من القانون المدني اليمني: "... أن يكون أحد العوضين غير متعادل مع العوض الآخر...".

وإذا كان الغبن نتيجة لعيب من عيوب الإرادة، كالغلط أو التدليس أو الإكراه فيمكن الطعن في العقد على أساس العيب إذا توافرت شروط الطعن فيه، وهنا يكون الطعن للعيب لا للغبن. أما الغبن في ذاته أي مجرد عدم التعادل، فلا يعد عيبـــاً في الإرادة ولكنه يعد عيباً في العقد يعتد به المشرع في أحوال خاصة فترتب عليه آثار تختلف من حالة إلى أخرى. لأن الأصل العام أن الغبن وإن كان فاحشاً لا يؤثر في العقد ما لم يكن مصحوباً بغرر، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨١) على أنه: "لا تأثير للغبن على صحة العقد من البائع العاقل إلا إذا كان فاحشاً وفيه غرر".

والأحوال الخاصة والمتعلقة بالمتعاقد التي يعتد فيها بالغبن في ذاته نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة نفسها بقولها: " ويتأثر العقد بالغبن دائماً إذا وقع على مال وقف أو صغير أو من في حكمه أو على المتصرف عن غيره بالوكاله أو الفضالة ".

---

(١) انظر في تعريف الغبن: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط،ج١، مرجع سابق،ص ٢٠٣- د. عبدالفتاح عبدالباقي، مرجع سابق ، ص ٤٠٢.- د. محمود عبدالرحمن محمد: الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الإداءات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١٢. — د. عمر السيد مؤمن: التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي دراسة مقارنه بالقانون المدني المصري والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٧م، ص ١٢٣. — د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني الجزء الثاني في الالتزامات، المجلد الأول نظرية العقد والإرادة المنفردة، طبعة أربعة ، ١٩٨٧م، ص ٤٠٧.

ومن هذا النص يتبين أنه يشترط في الغبن في ذاته، والذي يعطي للمغبون الحق في طلب إبطال العقد:

١- أن يكون من وقع عليه الغبن إما أحد الأشخاص عديمي الأهلية سواء كان ذلك بسبب صغر سنه، أم بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية، أو أن يكون المغبون جهة وقف ، أو أن يكون الغبن الذي وقع على الشخص ناتجاً عن إبرام العقد من قبل شخص آخر سواء كان هذا الشخص نائباً أم فضولياً.

والحكمة من الاعتداد بالغبن بالنسبة لهؤلاء الأشخاص هي أن كلاً منهم جدير بأن يحيط المشرع ماله برعاية خاصة، بالإضافة إلى أن عقودهم تبرم غالباً بواسطة من ينوب عنهم، وقد لا يتوقى النائب في تعاقده ما ينبغي من الحرص على أموال هؤلاء الأشخاص.

٢- أن يكون الغبن فاحشاً[1]، وهذا يعني أنه لا يكفي مجرد عدم التعادل بين أداءات الطرفين أياً كان مقداره، بل لابد أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة، وهو ما عبر عنه المشرع بالفاحش، وهو ما زاد عن عشر قيمة المعقود عليه.

وذلك أن عدم التعادل بين إداءات الأطراف في عقود المعاوضة أمر مألوف في التعامل، ومن المستحيل في الواقع أن نتكافأ جميع المنافع في جميع العقود، ذلك لأن روح التجارة تقتضي وجود

(١) صياغة نص المادة (١٨١) ق.م.ي قد يوحي بالاعتقاد بأن المشرع قد استلزم في عقد كامل الأهلية التي يكون قابلاً للإبطال بسبب الغبن المصحوب بالغرر وحده أن يكون عدم التعادل فيه فاحشاً، وهو مايزيد عن عشر قيمة المعقود عليه وقت البيع. أما عقد ناقص الأهلية أو عديمها أو العقد الذي يبرم بواسطة النائب سواء كان وصياً أو وكيلاً أم عضواً معبراً أو متولياً للوقف، فيكون العقد قابلاً للإبطال ولو كان عدم التعادل يسيراً، إلا أن هذا الاعتقاد قد حضة المشرع في نص المادة (٥١٣) عندما حدد الغبن الفاحش لعقد البيع لعقار مملوك لناقص الأهلية أو عديم الأهلية بنصف العشر لقيمة العقار وقت البيع . لذا لافرق بين ابطال عقد كامل الأهلية وعقد ناقص أو عديم الأهلية أو العقد الذي يبرم بواسطة النائب من حيث جاسمة عدم التعادل، إذ يشترط في جميع الأحوال أن يكون الغبن فاحشاً، والفرق الوحيد هو أن يشترط في عقد كامل الأهلية أن يكون فيه غرر، بينما لا يشترط الغرر في الأحوال الأخرى التي يعتد بها المشرع في الغبن في ذاته لإبطال العقد .

الربح، وكل متعاقد يهدف من وراء تعاقده على كسب أو فائدة أكبر مما يعطي بموجب العقد لذا فإن الأمر يقتضي عدم الاتفات إلى القدر اليسير من عدم التعادل وعدم السماح بعدم التعادل الجسيم.

المطلب الثاني

تقدير مدى ملاءمة قواعد الغبن في مواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر وفقاً لنظرية الغبن

الحالات الخاصة التي يعتد فيها المشرع بالغبن في ذاته والمنصوص عليها في المادة (١٨١) من القانون المدني اليمني، من الممكن توافرها في اتفاقية التاجر، سواءً كانت هذه الحالات متعلقة بأهلية التعاقد، أم كانت متعلقة بإبرام الاتفاقية عن طريق الغير وليس بواسطة التاجر نفسه.

فإذا كان الأصل في التعاقد أن العقد لا يعد صحيحاً إلا إذا كان المتعاقد كاملاً لأهلية الأداء القانوني، إلا أن القانون يجيز للقاصر إبرام بعض التصرفات القانونية وذلك في الأحوال التي يتم فيها الإذن لهذا القاصر بإدارة جزء من ماله لاختياره في رشده[1] ففي هذه الحالة فإنه ليس من المستبعد أن يقوم هذا القاصر المأذون له بالتجارة بالانضمام إلى نظام التعامل ببطاقة الائتمان، وذلك عن طريق إبرام اتفاقية التاجر مع أحد البنوك إذا كانت عملية إدارته للمال المأذون بالتجارة فيها تقتضي مثل هذا التصرف ويكون هذا التصرف صحيحاً ومنتجاً لجميع آثاره، باستثناء الحالات التي يكون فيها التصرف منطوياً على غبن فاحش إذ يكون لولي هذا القاصر أو وصيه أو للقاصر نفسه التخلص من انعدام التعادل إما بطلب إعادة التوازن العقدي وإما بطلب إبطال العقد[2].

كما أن الحالات الخاصة والمتعلقة بإبرام العقد عن طريق الغير وليس عن طريق الشخص نفسه يمكن أيضاً تحققها في اتفاقية التاجر، لأنه إذا كان من شروط إعطاء الشخص صفة التاجر مباشرةً

(١) انظر نص المادة (٦١) من القانون المدني اليمني.
(٢) انظر نص المادة (٦٢) من القانون المدني اليمني.

هذا الشخص العمل التجاري باسمه ولحسابه الخاص، إلا أنه لا يلزم لتوافر هذا الشرط أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية بنفسه، وإنما يمكن أن يقوم بهذه الأعمال نائباً عنه ولكن لحسابه، أي لحساب التاجر.

لذلك يمكن أن يقوم وكيل التاجر بالاتفاق على انضمام التاجر لنظام التعامل ببطاقة الائتمان كوسيلة أداء مقابل السلع أو الخدمات التي يقدمها لكل من يحمل البطاقة الصادرة عن الجهة التي قام الوكيل بتوقيع اتفاقية التاجر معها.

كما أن العضو المعبر عن الشركة التجارية، باعتبارها شخصاً اعتبارياً، وبسبب موقعه وصفته هذه، سواء كان مديراً لهذه الشركة أم عضواً أم موظفاً فيها يمكن له إبرام اتفاقية التاجر كغيرها من التصرفات القانونية التي له حق إبرامها مع الغير، التي تنصرف آثارها إلى الشركة .

ولا تقتصر الحالات التي يمكن فيها إبرام اتفاقية التاجر عن طريق النائب على النيابة التي تتم بالاتفاق، كعقد الوكالة وعقد الشركة، وإنما يمكن أن يتم إبرام اتفاقية التاجر استناداً على نصوص القانون، فالأب أو الجد الصحيح في حالة عدم وجود الأب تكون له ولاية على مال الصغير وبموجبها تكون له سلطة في مباشرة التصرفات القانونية نيابة عن الصغير المميز أو غير المميز، وذلك بموجب القانون، فالصغير إذا ورث محلاً تجارياً فلا يوجد ما يمنع الولي من إبرام اتفاقية التجار نيابة عن هذا الصغير.

كما أن الشخص الذي تكون له نيابة قضائية بموجب حكم صادر من القاضي يخوله إنابة الغير في القيام بالأعمال التجارية، يمكن في الأحوال التي تتطلبها إدارة الأعمال التجارية إبرام اتفاقية التاجر، كما لو قررت المحكمة استمرار الشركة التي ورثها الصغير عن أبيه وعدم تصفيتها وتعيين وصي لإداراتها[1]، وكذا إذا قرر القاضي تسليم المحل التجاري المتنازع عليه لحارس قضائي يتكفل بحفظه وإدارته وتعطي له صلاحية القيام بالتصرفات التي تكفل حسن إدارة هذا المحل التجاري.

---

(١) انظر: نص المادة (٢٣) من القانون التجاري اليمني.

كما أن إبرام اتفاقية التاجر عن طريق الفضالة مسألة ليست مستبعدة، فالوكيل الذي انتهت وكالته إبرامه لاتفاقية التاجر تجاوزاً لحدود وكالته وصلاحيته بموجب الوكالة، يكون فضولياً.

ومن العرض السابق يتبين أن نظرية الغبن يمكن أن تعطي التاجر حماية في مواجهة انعدام التوازن العقدي فقط، في الأحوال التي سبق استعراضها ، التي تدخل في مفهوم الأحوال الخاصة المنصوص عليها في المادة (١٨١) من القانون المدني اليمني، أما في غير تلك الأحوال فلا يمكن للتاجر المطالبة بإعادة التوازن العقدي ولا بإبطال العقد.

والواقع أنه حتى في الحالات التي يتوافر فيها الاستثناء الوارد في نص المادة(١٨١) فإن نطاق حماية التاجر من انعدام التوازن العقدي في عقد البطاقة سيكون محدداً، وذلك بسبب المفهوم الضيق الذي تبناه المشرع للغبن، الذي يقتصر على الجانب المادي، أي على قيمة المنفعة ذاتها، من دون النظر إلى نفسية المتعاقد ومن دون النظر إلى قيمة المنفعة أو الشيء. أي من دون مد نطاق الغبن إلى جميع الحالات التي تفرض فيها شروط قاسية وباهضة، إذا كان المتعاقد الآخر لا يملك بسبب حاجته الملحة، سوى الخضوع والاستسلام لتلك الشروط، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة أعبائه في نهاية المطاف[1].

(١) د. محمود عبدالرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٩٠.

الخاتمـــة

في خاتمة بحثنا الموسوم ((المسائل القانونية التي تثيرها علاقة الجهة مصدرة البطاقة بالتاجر- الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان)) خرجنا بجملة من الاستنتاجات والتوصيات نوجزها بالآتي:

أولاً: **الاستنتاجات :**

١- أن العلاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر تنظم وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، الذي يطلق عليه في الحياة العملية بـــ (اتفاقية التاجر)، وفيها تنفرد الجهة مصدرة البطاقة بوضع شروطها مسبقاً بعقد مطبوع لا يسمح للتاجر بالتفاوض بشأن هذه الشروط، وينحصر الرضا بهذه الاتفاقية من قبله بالتسليم بهذه الشروط. ولهذا يمكن القول: أن اتفاقية التاجر هي: العقد الذي تتولى الجهة مصدرة البطاقة إعداده وتحديد شروطه، الذي بموجبه تشترط الجهة مصدرة البطاقة على التاجر قبول البطاقة التي تصدرها هي أو تصدرها جهات أخرى بناء على اتفاق بينهما كأداة وفاء لما يحصل عليه حامل البطاقة من سلع أو خدمات، وأيضاً تتعهد فيه الجهة المصدرة للتاجر بسداد قيمة فاتورة السلع أو الخدمات التي يحصل عليها حامل البطاقة، أما من حسابه البنكي أو من الائتمان الممنوح له من الجهة المصدرة في الأحوال التي تكون فيها البطاقة المستخدمة كأداة وفاء من البطاقات التي تمنح من دون اشتراط فتح مستخدمها حساباً جارياً لدى الجهة المصدرة.

٢- على الرغم من عدم وجود تنظيم تشريعي للعلاقة بين الجهة مصدرة البطاقة والبنك، إلا أنه و من خلال ما تضمنته نماذج العقود التي كانت محلاً لبحثنا يمكن القول إن اتفاقية التاجر تتشابه مع العديد من العقود المدنية من حيث الخصائص، إذ تُعد هذه الاتفاقية من جهة من العقود الرضائية التي تنعقد لمجرد اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، أي بمجرد اتفاق القبول مع ما جاء في الإيجاب. فالخاصية الرضائية لاتفاقية التاجر لايقدح فيها أن يكون رضا التاجر بها عن طريق التسليم بالشروط الموضوعه سلفاً من قبل الجهة المصدرة، لأن هذا التسليم لا يعني انعدام الرضا. كما أن انفراد الجهة المصدرة بتحديد شروط هذه الاتفاقية لا يستبعد عنها

الخاصية الرضائية، وإن أثرات الجهة المصدرة نفسها على حساب التاجر بوضع شروط لصالحها وتضر بالمقابل بالتاجر، لان هذا الوضع يخلق انعدام التوازن العقدي فقط، الذي يمكن أن يوجد أيضاً حتى في عقود المساومة.

أما الخاصية الثانية لاتفاقية التاجر تكمن في كونها من عقود المعاوضة الملزمة للجانبين فكل طرف يكتسب حقوقاً ويتحمل التزامات، فالجهة المصدرة ملزمة بمد التاجر بالأجهزة والمعدات والمستندات والوثائق كافة التي تسهل للتاجر مهمة قبول البطاقة كأداة وفاء لما يقدمه لمستخدم البطاقة من سلع أو خدمات، كما أنها ملزمة بسداد قيمة فواتير السلع أو الخدمات للتاجر أول بأول وبمجرد تقديم التاجر لهذه الفواتير. والخاصية الأخيرة وذات الأهمية العملية في مجال بحثنا هذا في أن اتفاقية التاجر عقد مستقل بذاته، فهي لا تقوم استناداً لعقد سابق عليها،

٣- الإذعان بمعناه الحقيقي وهو الخضوع وعدم القدرة على التفاوض بشأن شروط العقد، سواءً كان من أذعن لهذه الشروط على علم وإدراك كامل بها وبالإجحاف الذي يلحقه من جراء قبوله بهذه الشروط، أم كان لا يعلم بها و لم يتم تنبيهه إليها. فإذعان بهذا المعنى قد أعتن المشرع بوضع الحماية الكفيلة برفعه على المتعاقد المذعن، وذلك عن طريق منح القاضي سلطة رفع التعسف عن الطرف المذعن، وإما بإعفائه من تنفيذ الشروط التعسفية، وإما باستبعاد هذه الشروط التعسفية.

أن قواعد حماية الطرف المذعن المنصوص عليها في القانون المدني لايمكنها أن تواجه حالة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر حتى في ظل المفهوم الواسع لعقود الإذعان، الذي نقر به، و يكتفى فيه لاعتبار العقد بأنه من عقود الإذعان، وانفراد أحد طرفي العقد بوضع شروط التعاقد وعدم إعطاء الطرف الأخر الحق في التفاوض على هذه الشروط، بصرف النظر عما إذا كانت السلعة أو الخدمة محل العقد تُعد من الضروريات أم لا، وبصرف النظر عما إذا كان الطرف الذي انفرد بوضع شروط التعاقد في مركز احتكار قانوني أو فعلي لهذه السلعة أم لا. ويعود سبب عدم استفادة التاجر من حماية الطرف المذعن إلى أن الحماية وفقاً لقواعد الإذعان تقتصر على المستهلك، وهو من تكون غايته من التعاقد بالإذعان تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية

مادية كانت أو معنوية، سواء كان هذا المستهلك فرداً عادياً أم تاجراً لا يبتغي من العقد خدمة نشاطه التجاري.

فهذا المفهوم للمستهلك لا يدخل فيه التاجر عند إبرامه لاتفاقية التاجر، لأن رضاه بالشروط المعدة من قبل الجهة مصدرة البطاقة دخوله في اتفاقية التاجر ليس الغرض منه تلبية حاجاته الشخصية والعائلية، بل إن غايته خدمة نشاطه التجاري وتوفير فرص أو سع للبيع أو تقديم السلع بالبطاقة.

٤- أن نظر المشرع اليمني للغبن من ناحية موضوعية(مادية) أي تقدير قيمة المنفعة تقديراً مادياً بحتاً، أي بقيمة الشيء في حد ذاته طبقاً للقوانين الاقتصادية وظروف العرض والطلب بغض النظر عن القيمة في نظر المتعاقد.

إن هذه النظرة المادية للغبن لا يمكن أن توافر الحماية الفعالة لتاجر، ولا يمكنها مواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر، بل ستكون الحماية محصورة في الحالات التي تكون الشروط المجحفة متعلقةمن جهة بعدم التعادل بين الأداءات المالية المتقابلة في العقد، أي عندما تكون مرتبطة بقيمة الشيء أو المنفعة في ذاتها، أما الأحوال الأخرى التي يكون فيها انعدام التوازن العقدي لا ينصب عن قيمة المنفعة في ذاتها، وإنما في الأحوال التي يتم فرض شروط باهضة ومرهقة على التاجر سواء في تشديد مسئوليته، أم في عدم إعطائه الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه عن توقف نظام طرفية البيع أو تقديم الخدمة التابعة للجهة مصدرة البطاقة.

فوفقاً للنظرة المادية للغبن لا يمكن حتى في الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الطعن بالغبن والمتعلقة بنقص الأهلية أو بإبرام العقد بواسطة... ونائب أو فضولي عن التاجر، حتى في هذه الحالة لا يمكن الطعن باتفاقية التاجر على أساس قواعد الغبن إلا إذا تعلق الأمر بقيمة المنفعة ذاتها وفقاً قانون العرض والطلب، أما في الأحوال الأخرى التي أشرنا إليها فيما سبق، فلا يمكن الطعن باتفاقية التاجر على أساس الغبن.

لذا نرى عدم قصر النظرة إلى الغبن على العنصر المادي فقط، بل لابّد من النظر إلى الجانب النفسي للمتعاقد، أي لابد من مد نطاق الغبن ليشمل كل حالة تفرض فيها شروط وأعباء باهضة على المتعاقد الآخر، إذا كان هذا الأخير لا يملك بسبب حاجته، سوى الخضوع والاستسلام لتلك الشروط ، التي تزيد من أعبائه في نهاية المطاف.

ثانياً: **التوصيات** :

إن ما توصلنا إليه من استنتاجات بعدم ملاءمة قواعد الإذعان لمواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر، ومحدودية أثر قواعد الغبن في في مواجهة انعدام التوازن هذا، يقتضي منا وضع بعض التوصيات التي نرى أنها سوف تساعد على مواجهة انعدام التوازن العقدي في اتفاقية التاجر، وذلك على النحو الآتي:

١- نوصي بتبني المشرع قواعد قانونية عامة تكفل مواجهة انعدام التوازن العقدي في العقود كافة، يمكن تطابقها على العقود غير المسماة، والتي منها اتفاقية التاجر.

٢- نوصي بتحديد المشرع المقصود بالشروط المجحفة وذلك من خلال تحديد قائمة بما يدخل ضمن الشروط المجحفة، وألاّ تكون هذه القائمة على سبيل الحصر.

٣- نوصي المشرع بتبني مفهوم واسع للغبن مشتملاً على جانبيه المادي والنفسي للمتعاقد، وهجر المفهوم الضيق الذي يقصر الغبن في جانبه المادي والمتمثل في قيمة المنفعة في ذاتها.

قائمة المراجع

د. أحمد الملحم:

١. نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط فيها، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت سنة ١٩٨٦.

د. أحمد محمود سعد:

٢. التأمينات العينية والشخصية في القانونين المصري واليمني، الكفالة والرهن الحيازي، دار النهضة العربية، القاهرة.

د. أنور سلطان:

٣. الموجزفي النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مصادر الالتزام. منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٧٠م.

جميل الشرقاوي:

٤. التأمينات العينية والشخصية في القانون اليمني،دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

٥. شرح النظرية العامة للالتزامات في قانون ج ع ي، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٩م.

د. حسام الدين الاهواني:

٦. النظرية العامة للالتزام، ج(١) مصادر الالتزام، ط (٢) القاهرة، ١٩٩٥.

د. حسن عبد الباسط الجميعي:

٧. اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م.

٨. الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦م.

د. رجب كريم عبد اللاه:

٩. التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م

د. سعد محمد سعد:

١٠. مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة افسلامية والقانون اليمني، دار العمال للطباعة والنشر، عدن، عدن، ١٩٩٦.

١١. البطاقات البلاستكية كوسيلة وفاء بالالتزام، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك الأردن، الفترة من ٢١-٢٣ ديسمبر ٢٠٠٢م

د. سليمان مرقس:

١٢. الوافي في شرح القانون المدني -٢- في الالتزامات، المجلد الرابع، العقد والإرادة المنفردة، طبعة (٤)، ١٩٨٧م.

د. سعيد سعد عبد السلام:

١٣. التوازن العقدي في نطاق عقود الاذعان، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨م.

د. سمير عبد السيد تناغو:

١٤. التأمينات الشخصية والعينة، منشأة المعارف بالاسكندرية، طبعة ١٩٧٥م.

د. عبد الحكم فودة:

١٥. النسبة والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٦م.

د. عبدالرزاق السنهوري:

١٦. - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (١) مصادر الالتزام، طبعة١٩٧٠م.

١٧. - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء (١٠) التأمينات العينية والشخصية، طبعة ١٩٧٠م.

د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان:

١٨. بطاقة المعاملات المالية، مجلة مجمع الفقه الأسلامي جدة العدد العاشر، الجزء الثاني، ١٩٩٧م .

١٩. د. عبدالفتاح عبدالباقي:
- التأمينات الشخصية والعينية، القاهرة،ط(٢)، ١٩٥٤م.
٢٠. نظرية العقد والإرادة المنفردة. بدون ذكر مكان النشر، سنة ١٩٨٤م.

د. علي جمال الدين عوض:
٢١. عمليات البنوك من الموجة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨م

د. علي نجيدة:
٢٢. النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية الإماراتي وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ط(١)، مطابع البيان التجارية.

د. عمر السيد مؤمن:
٢٣. نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥م.
٢٤. التغرير والغبن كعيبين في الرضا في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

د. فياض ملقي القضاة:
٢٥. مسئولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ١-٣ مايو ٢٠٠٠م.

د. محمد عبد الظاهر حسين:
٢٦. الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، ٢٠٠١/٢٠٠٢م.

د. محمد حسين منصور:
٢٧. النظرية العامة للائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١م.

د. محمود عبد الرحمن محمد:

٢٨. الاستغلال والغبن في العقود ودورهما في إقامة التوازن بين الإداءات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

د. محمود جمال الدين زكي:

٢٩. التأمينات الشخصية والعينية، مطابع دار الشعب، الطبعة(٧)، ١٩٧٥م.

د. نبيل إبراهيم سعد:

٣٠. نحو قانون خاص للائتمان، منشأة المعارف، بالاسكندرية، ١٩٩١م.

د. نزيه صادق المهدي:

٣١. الالتزام قبل التعاقد، بالإداء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٢م.

٣٢. محاضر مناقشات أعضاء مجمع الفقه الإسلامي لموضوع بطاقة الائتمان، منشورة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد (٧) الجزء (١)، ١٩٩٢م.

٣٣. ورقة عمل الحلقة الدراسية حول بطاقة الائتمان التي عقدت في مجمع الفقه الإسلامي، منشورة في نفس المرجع السابق، وثيقة رقم (٥).

٣٤ وثيقة مركز تطوير الخدمة المصرفية ببيت التمويل الكويتي بعنوان (بطاقة الائتمان المصرفية في بيت التمويل الكويتي)، منشورة في نفس المرجع السابق، وثيقة (١).

نماذج العقود:

٣٥. اتفاقية التاجر للبنك السعودي البريطاني.

٣٦. اتفاقية التاجر للبنك السعودي الفرنسي.

٣٧. اتفاقية التاجر لبنك القاهرة السعودي.

تم بحمد الله ،

" الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان "

الدكتور

عصام حنفي محمود موسي

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

كلية الشريعة والقانون بأسيوط- جامعة الأزهر

مقدمة

تلعب تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية دوراً هاماً في الاقتصاد وذلك بعد أن شهد العقد الأخير مساهمة فعالة لهذا النوع من التجارة من تسهيل المعاملات وانتقال رأس المال، فهي تمنح الدول خاصةً النامية والفقيرة أملاً في نفاذ أفضل إلى الأسواق المختلفة من خلال المعلومات والمصادر الأخرى التي لم تكن متاحة من قبل، وذلك يجعل هناك تخوف واضح من ظهور التفاوت الرقمي بين الدول المتقدمة والنامية الذي من شأنه توسيع الفجوة في الدخل والثروة بين الشمال والجنوب. مما يفرض على حكومات الدول النامية ضرورة إدخال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والاهتمام بها.

وتبعاً لذلك فقد تطورت المعاملات التجارية ووسائلها بشكل سريع ومتلاحق،نظراً للسرعة التي تتميز بها هذه المعاملات، وإدخال الوسائل التكنولوجية الحديثة، التي لعبت دوراً أساسياً بأساليب الفن المصرفي. فقد أد ذلك إلى أن تلعب البنوك دوراً أساسياً في خلق الائتمان بما يتوافر لديها من إمكانيات مالية هائلة، وبما يتيح لها الفن المصرفي من وسائل متطورة.

فلا يمكن إغفال دور البنوك في بناء الاقتصاد الوطني والعالمي، فالبنوك تحتل مكانه بارزة في الحياة الاقتصادية، حيث تساهم قي تمويل المشاريع الجماعية، كما أنها تسهل على الأفراد حياتهم العادية، حتى أن الأفراد بدءوا يلجئون إلى البنوك في كثير من أمورهم المالية، و لم تعد

البنوك مجرد مؤسسات لقبول الودائع أو منح القروض، بل أصبح الفرد لا يستطيع الاستغناء عن البنوك لكي يفيد من خدماتها، خاصةً ما يطلق عليه حالياً وسائل الدفع الحديثة.

فالعصر الذي نعيش فيه عصر تتلاحق فيه التطورات التي تستهدف خدمة الإنسان، ففي مجال المعاملات التجارية تسعي الابتكارات الحديثة ووسائل التكنولوجيا المتطورة إلى تكريس الثقة والائتمان بين المتعاملين فيها على تحقيق السرعة المطلوبة في إتمام العمليات التجارية، من هذه الابتكارات التي تقدم لكل من التجار وعملائهم وسائل الدفع مضمونة هي بطاقات الائتمان.

فنظراً لمخاطر السرقة والضياع التي تتعرض لها النقود كوسيلة للوفاء، خاصةً في مجال المعاملات التجارية التي تعتمد على السرعة والانتقال من مكان إلى أخر فقد ابتدع نظام بطاقات الائتمان الذي يخدم البنوك والتجار والأفراد كوسيلة للوفاء بالالتزامات.

فقد أصبحت بطاقات الائتمان وسيلة حديثة من وسائل الوفاء التي استقرت في البيئة التجارية نتيجة للتعاون بين البنوك والعملاء والتجار لضمان المعاملات والوفاء، وقد أدي هذا إلى جعل بطاقات الائتمان تأخذ مكانتها بين وسائل الوفاء الحديثة، حيث تعتبر هذه البطاقات جزءاً من سلسلة متصلة من التطور في مجال وسائل الوفاء التي توضع تحت تصرف المستهلكين للوفاء بمعاملاتهم مع التجار.

فهذه البطاقة وسيلة مبتكرة يستطيع حاملها ان يذهب لدي التاجر الذي يقبل الوفاء بمثل هذه البطاقات ويحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات ويقدم البطاقة لتدوين بياناتها على فاتورة الشراء ثم يقوم بالتوقيع عليها بنفس توقيع البطاقة، ثم يقوم التاجر بإرسالها إلى الجهة مصدرة البطاقة لتسديد المبالغ الموقع عليها من حامل البطاقة في فاتورة الشراء سواء بالدفع المباشر أو إضافة هذه المبالغ لحساب التاجر، ثم يقوم البنك مصدر البطاقة بمطالبة عميله بهذه المبالغ خلال فترة زمنية محددة وفقاً لما هو متفق عليه بينهما [1]

---

(1) Ripert et Roblot, Traite de droit commercial, tame, librairie generale de droit et de jurisprudence, E. J.A pairs 1996 2449 P 554.
- Lucas de Leyssac, carte bancarires, Rev. dr banc, 1991- 2.

يتضح من ذلك أن هذه الوسيلة تؤدي إلى تسهيل شراء احتياجات الأفراد بوسيلة حديثة في الوفاء بثمن مشترياتهم، كما أنها تحمل ضماناً للتجار الذين يقبلونها في التعامل حيث يلتزم البنك مصدرها بالوفاء بثمن المشتريات التي تمت باستعمالها.

ويجب ملاحظة أن هذه البطاقات لم تصبح في تطور لاحق في المعاملات التجارية قاصراً على البنك، فقد وجدت المحلات التجارية الكبرى ذات الانتشار الواسع، وكذلك محطات توزيع البترين أن بإمكانها التوسع في الخدمات التي تقدمها لعملائها بإصدار بطاقات جديدة تستخدم للوفاء بمشتريات العميل. [1]

نبذة تاريخية لبطاقات الائتمان:-

إن من أهم ما أبدعه العصر في مجال المعاملات التجارية والاقتصادية نظام بطاقات الائتمان، الذي ظهر أول ما ظهر في أمريكا، ثم البلاد الأوروبية، ثم أخذ في الانتشار في البلاد العربية وغيرها.

ويعتبر ظهور بطاقات الائتمان أحد اهم التطورات التجارية التي طرأت على الأسواق العالمية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية وبداية النصف الثاني من القرن العشرين، حيث تبلورت فكرة البطاقات الائتمانية رغم معرفة هذه البطاقات قبل هذا التاريخ بكثير.

فقد ظهرت هذه البطاقات في الولايات المتحدة الأمريكية حوالى عام ١٩١٤، حيث ابتكرته شركة "سترن يونين" لتسهيل أعمال عمالها، ثم تبعتها بعد ذلك شركات البترول الأمريكية وسكك الحديد وبعض الفنادق الفخمة والمحلات الكبري، ولكن ضمن حدود خاصةً لبعض العمال. فمثلاً أصدرت شركات البترول الأمريكية بطاقات معدنية لعملائها لشراء بعض ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع التابعة لها وتسوية حسابات هذه المشتريات في نهاية كل مدة

أيضاً د. رفعت فخري أبادير- بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، مجلة إدارة الفتوي والتشريع- الكويت، ١٩٨٤. ص ١٢.

(١) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٤٩، ص ٥٥٤.

محددة [1] فقد كانت شركة "جنرال تيروليوم كوربويشن" في كاليفورنيا بإصدار أول بطاقة ائتمان حقيقية، توزع علي الجمهور لدفع قيمة البترين، على أن تسدد المبالغ المترتبة عليهم في تواريخ لاحقة وكان ذلك عام ١٩٢٤

وقد توسع الأمر في عام ١٩٥٠، حيث لم يقتصر استخدام البطاقات الائتمانية على منافذ الشركة التي أصدرت البطاقة وإنما امتد ليشمل منافذ بيع وخدمات أخرى تقوم بالاشتراك مع مصدر البطاقة لقبول بطاقته. [2]

وعام ١٩٥٠ يمكن القول أنه البداية الحقيقية لبطاقات الائتمان بالمفهوم الحديث، حيث اتسع الاستخدام الحقيقي لهذه البطاقات على يد البنوك التي أخذت على عاتقها اصدار هذه البطاقات والتوسع في دائرة استخدامها دون التقيد بمنافذ التوزيع للجهة مصدرة البطاقة وليس فقط داخل أمريكا بل على مستوي دولي. [3]

وكان أول البنوك الأمريكية التي أصدرت بطاقات الائتمان هو بنك ناشيونال فرانكلين بنيويورك، حيث أصدر بطاقة عرفت باسم (*National credit card*) [4] ثم تطور الأمر إلى دخول بنوك متعددة في إصدار بطاقة الائتمان واحدة يكون مجال قبولها واسع وكان ذلك عام ١٩٥٨ من قبل شركة ايدكان اكسبريس وبنك مانهاتن، وبنك أمريكا.

وقد بدأت الهيئات المالية مثل *Diners clubs*(١٩٤٩)، واميركان اكسبريس (١٩٥٨) في إصدار بطاقات تمكن المستفيدين منها من الحصول على سلع وخدمات من الفنادق

---

(١) د. سميحة القليوبي- الأوراق التجارية-. الطبعة الثالثة- ١٩٩٩- دار النهضة العربية ص ٤٦٢.
أيضاً د. مختار بربري- قانون المعاملات التجارية- دار النهضة العربية- ١٩٩٥-ص ٤٥٩.
أيضاً د. على جمال الدين عوض- عمليات البنوك من الوجهة القانونية- طبعة ١٩٨٩- ص ٦٦٤.

(٢) د. رفعت فخري أبادير- المرجع السابق- ص١٨
ايضاً د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص٤٦٢
ايضاً د. فايز نعيم رضوان- بطاقات الوفاء- مكتبة الجلاء بالمنصورة- عام ١٩٩٠- ص٦.

(٣) د. محمد توفيق سعودي- بطاقات الائتمان- الناشر دار الأمين- عام ٢٠٠١-ص ١٨.

(٤) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص٤٦٢

الكبري وشركات النقل والسياحة، وصارت هذه البطاقات عامة وعالمية بسبب شمولها نطاقات أوسع من نطاق البطاقات التي كانت معروفة وقتئذ، وكانت هذه الهيئات المصدرة تحصل من عملائها- مقدماً- على ما يضمن استرداد ما تقوم بدفعه لحساب فواتيره.(١)

وفي عام ١٩٦٧ قامت ثمانية بنوك بإصدار بطاقة مشتركة عرفت باسم (*Master card*)، وهي الأكثر رواجاً وانتشاراً في الولايات المتحدة الأمريكية.

وفي فرنسا ظهرت حوالي عام ١٩٥٤ بطاقة دينرزكلوب (*Cartes de Diners club*) وانتشر استخدام هذه البطاقات خاصةً البطاقات الزرقاء الفضية عام ١٩٦٧ ثم البطاقات الزرقاء الدولية عام ١٩٧٣ التي تمنح لحاملها الحق باستخدامها داخل فرنسا وخارجها، وأيضاً ظهرت البطاقات الخضراء *la carte verte*(٢)، ثم ظهرت بطاقات الكارت الذهبي *la carte dorce* الصادرة من اتحاد الفنادق(٣) .

وقد اخذت بطاقات الائتمان مكاناً تزايداً في فرنسا من بين الوسائل المضمونة لتنمية المال بسرعة، حيث استخدمت البطاقات المصرفية وأخذت ترتقي وتتقدم، ففي عام ١٩٩٣تم حيازتها بواسطة ٢١,٨ مليون حامل، وكانت بتنفيذ نحو ١,٦ مليار اتفاقية، ونحو أكثر من ٥٣٠٠٠٠تاجر مشترك. (٤)

وفي انجلترا اهتمت البنوك بإصدار بطاقات الائتمان كوسيلة حديثة للوفاء، حيث كانت أولى بطاقة ائتمان بريطانية من إصدار *Bank braclaus*عام ١٩٦٦بترخيص من بنك اوف أميركا بالألوان الثلاثة (الأزرق- الأبيض و الذهبي)، بل أن بنك باركليز قد استورد العملية

---

(١) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- ص٦٦٤

(٢) ريبر- المرجع السابق- بند ٢٤٤٩-ص ٥٥٤.

(٣) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٦٣.

أيضاً د. نادية نعيم رضوان- المرجع السابق- ص٧.

(٤) CHABRIE. Les carte de credit 1968- Dalloz de dr cam vis crate de cridet.
- STOUFFLET, les cartes de credit en France. Etudes de droit contemporain, 1970.189

كاملة بما في ذلك برامج الكمبيوتر والشروط الخاصة بالإصدار سواء بالنسبة لحاملي البطاقات أو التجار. وفي عام ١٩٧٢ قامت البنوك الكبرى الأخرى في بريطانيا بإصدار بطاقة أكسس (*Access*) بعد أن استوردت تكنولوجيا أمريكية وأصبحت متفرعة عن *Master Card* [١]. حيث أنه من اجل قبول بطاقة باركليز وبطاقة اكسس عالمياً، قامت شركة بطاقة القرض المتحدة المحدودة(*access*) وهي مملوكة لأربعة بنوك بريطانية هي لويدس، ميدلاند، نات وست، والبنك الملكي الاسكتلندي، قانت هذه الشركة بالاتفاق مع هيئة ماستر كارد لكي يتم استخدام بطاقة أكسس في جميع المحالات التجارية التي تقبل فيها بطاقة (ماستر كارد). كما قامت شركة فيزا بالاتفاق مع بنك باركليز على استخدام بطاقات البنك في جميع الحالات التي تقبل بطاقة فيزا. [٢]

ومنذ عام ١٩٨٠أصبحت بطاقة *ACESS* لها النصيب الأوفر في أسواق انجلترا، في حين أن بطاقة فيزا هي الأكثر رواجاً في العالم، والمنافسة قائمة، والأسواق الأوروبية مفتوحة وقابلة للتوسع والزيادة في استخدام بطاقات الائتمان.

وسبب وجود فيزا وماستر كارد هو أن القفزة الكبرى في مجال بطاقات الائتمان جاءت من بنك أميركا، *Banke of America*الذي عرض أن يرخص للبنوك الأخرى ان تستخدم بطاقة *Bank Americard* ذات الألوان الأزرق والأبيض والذهبي، حيث أن هذه الخطوة هي التي أتاحت لبطاقات الائتمان ان تنتشر عبر العالم حيث أصبحت تمكن حاملها من الحصول على ما يريده لدي أي تاجر يقبلها حول العالم، ثم جمعت كل تراخيص هذا البنك المحلية والدولية تحت اسم واحد هو

(*Visa*) فيزا.

---

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية-الجزء الثاني- ١٩٩٤-ص ٧٣٩.

(٢) د. عبد الوهاب إبراهيم ابوسليمان – البطاقات البنكية- الطبعة الأولى ١٩٩٨- دار العلم دمشق- مجمع الفقه الإسلامي – جدة- ص ٤١.

لجأت مجموعة من البنوك الأمريكية المنافسة عام ١٩٦٦ تحت اسم *Di inter bank* إصدار بطاقة جديدة عرفت باسم *Master charge* وبعد ذلك سميت *Master Card* ماستر كارد وتوسعت البنوك في إعطاء مزيد من المزايا من خلال بطاقات ذهبية منها أميركان اكسبريس وفيزا وماستر كارد، وانتشرت هذه البطاقات خارج أمريكا في كندا واليابان وأنجلترا وسائر دول العالم.

أهم المنظمات التي تتولى رعاية بطاقات الائتمان:-

يتضح من ذلك أن أهم المنظمات العالمية في مجال بطاقات الائتمان هي الفيزا *Visa* والماستر كارد *Master card* وأميركان اكسبريس *American Express* وسوف نتناول بيان أهم منظمتين يقومان برعاية هذه البطاقات وهم منظمة الفيزا وأميركان اكسبريس:-

١- منظمة الفيزا:-

مقرها مدينة سان فرانسيسكو بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وهي منظمة غير ربحية تنضوي تحت لوائها البنوك التي ترغب بإصدار بطاقة خاصة بها، فهذه المنظمة تعطي حق إصدار البطاقات للبنوك والأعضاء المشتركين فيها.

وهذه المنظمة تقسم العالم إلى ٧ مناطق هي الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأوربا واسيا وأمريكا اللاتينية وأفريقيا والشرق الأوسط [١]، وتقبل البطاقات الائتمان المرتبطة بهذه المنظمة أكثر من مائة وستون دولة حول العالم، وتقبل بطاقة الائتمان المرتبطة بهذه المنظمة أكثر من ستة ملايين مؤسسة تشمل شركات الطيران والفنادق والمطاعم والمحلات الكبرى والنوادي ووكالات تأجير السيارات وغير ذلك.

تقوم منظمة الفيزا بالآتي:-

أ- قبول طلبات البنوك في إصدار بطاقة خاصة بها أو رفضها.

ب- تزويد البنوك الأعضاء بالخبرة الفنية لإصدار البطاقات.

---

(١) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق-ص ٤٧٠.

ج- تقديم الخدمات بين البنوك الأعضاء في حالات المراسلة الخاصة بالمنظمة والمقاصة والتسديد وفي عمليات التفويض.

د- تطوير خدمات البطاقات على تزويد البنوك الأعضاء بها.

يتضح من ذلك ان منظمة الفيزا تسعي لخدمة البنوك الأعضاء التي تصدر البطاقة لهم من الناحية الإدارية والفنية والخدماتيه، وتتكون إدارتها من ممثلي البنوك الأعضاء.

فهذه المنظمة هي صاحبة الترخيص (الامتياز) للبطاقات المصرفية التي تحمل اسم (*Visa*)، وهي لا تقوم بإصدار هذه البطاقات وهي ليست مؤسسة مصرفية، بل هي ناد يساعد البنوك الأعضاء على إدارة خدماتهم. (١)

والمنظمة ترخص للبنوك الراغبة في إصدار بطاقة (فيزا) حسب الاتفاق المبرم بينها وبينهم، وتتميز بمرونة كافية بحيث تخضع البطاقات الصادرة من أعضاء منظمة فيزا للأنظمة واللوائح التي يضعها البنك المصدر لها.

تمنح منظمة الفيزا العالمية تراخيص إصدار ثلاثة انواع من بطاقاتها وهي:-

١- بطاقة فيزا الفضية:-

وهي ذات حدود ائتمانية منخفضة نسبياً، وتمنح لأغلب العملاء، وتوفر هذه البطاقة جميع أنواع الخدمات المتوفرة من منظمة الفيزا.

ب- بطاقة فيزا الذهبية:-

وهي ذات حدود ائتمانية عالية وتمنح العملاء ذات الموارد المالية المرتفعة ورجال الأعمال والمستثمرين، وتوفر هذه البطاقة بالإضافة للخدمات المتوافرة للبطاقة الفضية خدمات أخرى مثل أولوية الحجز في مكاتب السفر والفنادق والتأمين الصحي والخدمات القانونية.

ج- بطاقة فيزا إلكترون:-

وتستخدم في أجهزة الصرف الآلي الدولية او في الأجهزة القارئة للشريط المغناطيسي. (٢)

---

(١) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٣٨.

(٢) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٣٩.

٢- منظمة اميركان اكسبريس *American Express*:-

هذه المنظمة مؤسسة مالية كبيرة تزاول أنشطة المصرفية فضلاً عن أنها المصدرة لبطاقات اميركان اكسبريس، تشرف هذه المنظمة مباشرةً على عملية إصدار البطاقات، دون أن تمنح تراخيص إصدار البطاقات لأي بنك أو مؤسسة مصرفية اخرى، وهي التي ترتب موضوع استيفاء حقوق التجار والمؤسسات التي تقبل البطاقة لحقوقهم منها مباشرة نيابة عن حملة البطاقة، ولا تلزم حملة البطاقة فتح حسابات مصرفية لديها، أو في أحد فروعها وكيفية معرفة المقدرة المالية للعميل.

هذه المؤسسة لا تقبل وضع اسم بنك أخر على بطاقاتها إلا في نوع واحد من بطاقاتها هي الأميركان اكسبريس الذهبية.

تصدر هذه المؤسسة ثلاثة أنواع من البطاقات:-

أ- بطاقة اميركان اكسبريس الخضراء.

ب- بطاقة اميركان اكسبريس الذهبية.

ج- بطاقة اميركان اكسبريس الماسية.

وقد ساعدت هذه المنظمات (الفيزا) أميركان اكسبريس، ماستر كارد على الانتشار السريع لبطاقات الائتمان عن طريق البنوك. وعليه فقد حل عصر النقود البلاستيكية بالاستعمال المتنامي لهذه البطاقات، فالناس أصبحوا يستعملونها كبديل للنقود والشيكات كما زادت شعبيتها لملاءمتها لعقد الصفقات التجارية وزيادة الرغبة لدي التجار عبر العالم لقبولها محل الشيكات. [1]

يوجد حوالي (٨٦) مليون بطاقة فيزا و (٦٥) مليون بطاقة ماستر كارد وحوالي (١٥) مليون بطاقة أميركان اكسبريس، تستعمل في الولايات المتحدة الأمريكية اكثر من نصف العائلات هذه البطاقات وكل عائلة تملك بطاقة أو اكثر، وأكثر من ١٧ مليون عائلة في أمريكا

---

(١) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٦٣.

ايضاً د. محي الدين إسماعيل علم الدين- المرجع السابق- ص ٧٤٠.

تستعمل ثلاث بطاقات أو أكثر، وحوالي ٦ مليون عائلة تستعمل ٩ بطاقات أو أكثر. المستهلكون ينفقون حوالي ٦٣ مليار دولار على حسب بطاقات الائتمان بجميع أنواعها، أي حوالي ٥٤٠ دولار لكل عائلة [١] هذه الاحصائية كانت موضوعة عام ١٩٨٧ أما الآن فإن هذه الأرقام زادت أضعافاً مضاعفة. فعلى سبيل المثال نجد أن هناك ٨٠٠مليون بطاقة ماستر كارد منتشرة في سائر انحاء العالم.[٢]

ظهور بطاقات الائتمان في الدول العربية:-

مع إدخال المصارف العربية للحاسب والأخذ بنظام تحويل الودائع إلكترونياً او ما يسمي بالمصرفية الإلكترونية، أدخلت بطاقة الائتمان لتحل تدريجياً محل العملات ومحل أوامر الصرف (الشيكات).

ولأن المصارف العربية جزء من الاقتصاد العالمي ومرتبطة به، فقد اتجهت المصارف العربية نحو ربط اجهزتها بأنظمة الشبكات العالمية مثل فيزا وماستر كارد وأميركان اكسبريس وغيرها. [٣]

ظهرت هذه البطاقات وانتشرت ولاقت رواجاً في البلاد العربية، فقد أخذت البنوك العربية وكالات وتراخيص لإصدار بطاقات الائتمان من المؤسسات الراعية لها (فيزا، ماستر كارد) وأخذت تشجع المواطنين على اقتنائها.

فقد دخلت اولى البطاقات المصرفية الممغنطة إلى السوق العربية وكانت على شكل بطاقة وفاء من خلال البنك العربي الأفريقي إلى مصر في سبتمبر من عام ١٩٨١ وقد عرفت في ذلك الوقت باسم (فيزا كارد البنك العربي). [٤]

---

(١) LAUIS E . BOONE and DAVID: L.K kurtz contemporary Business Fifthedition ١٩٨٧, Dry den press New York USA p٥٢٥

(٢) www.Visa Algazera.com

(٣) رياض فتح الله بصلة- جرائم بطاقة الائتمان- دار الشروق – الطبعة الأولى ١٩٩٥-ص٩.

(٤) عماد على الخليل- الحماية الجزئية لبطاقات الوفاء- دراسة تحليلية مقارنة – دار وائل للنشر والتوزيع ط١، عمان، الأردن سنة ٢٠٠٠، ص ١٦.

ثم بدأ بنك مصر بإصدار بطاقة فيزا بنك مصر في عام ١٩٩٢، ثم أصدر بطاقة ماستركارد بنك مصر، بفئات ثلاثة مرتبة تنازلياً حسب الحد الأقصي للبطاقة إلى جولد كارد، بيزنس كارد، استارد كارت) ثم اصدر البنك الأهلي المصري بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري، وبطاقة ماستركارد والبنك الأهلي المصري.

وقد أكد خبراء ومتخصصون مصرفيون أن امام مصر فرصة كبيرة لأن تكون مركزاً مالياً مهماً - ليس على الوطن العربي فحسب بل الشرق الوسط- في سوق بطاقات الائتمان او ما يعرف باسم النقود البلاستيكية، إذا نجحت في تحقيق خطتها الطموحة لإصدار ستة ملايين بطاقة بحلول عام ٢٠٠٣.

وبلغ إجمالي عدد بطاقات الائتمان في مصر ٢٤٠ ألف بطاقة وهي نسبة بسيطة جداً بالنسبة لتعداد سكان مصر وعددهم ٦٥ مليون نسمة، ومقارنة مع توقعات بأن يبلغ عدد هذه البطاقات على مستوي العالم ٣,٤ مليار بطاقة بحلول عام ٢٠٠٣.

وقد بدأت مصر خطوات فعالة لزيادة العمل بالبطاقات الائتمانية، وهو ما يؤهلها لتبوء مركز مالي مهم في الشرق الأوسط، من هذه الخطوات برنامج مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار التابع لمجلس الوزراء الذي يستهدف رفع عدد هذه البطاقات في السوق المصرية إلى ما بين خمسة ملايين وستة ملايين بطاقة خلال خمسة أعوام.

وقد ذكر مدير تسويق منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا في مؤسسة كارد انترناشيونال [1] ان مؤسسته تولى اهتماماً خاصاً بمصر، موضحاً أنها ستكون أهم سوق لبطاقات الائتمان بحلول نهاية عام ٢٠٠٣بفضل الخطوات النشطة والفعالة التي تقوم بها البنوك والأجهزة المعنية في هذا المجال.

أيضاً رياض فتح الله بصلة- المرجع السابق-ص ٩.

(١) مؤتمر "عالم بلا نقود" الذي انعقد يوم الخميس ٢٠٠٠/٩/١٤ وحضره لفيف من رجال الاقتصاد.

وتعتبر المملكة العربية السعودية أحد البلدان القليلة في العالم التي تملك شبكة وطنية واحدة للصرف والتحويل الإلكتروني، بسبب وضع مؤسسة النقد السعودي خطة شاملة للتنسيق بين المصارف منذ منتصف الثمانينات [1]. ومع ضرورة توافر الأحكام والمبادئ الإسلامية في كافة المعاملات البنكية، كانت الحاجة في السعودية لإصدار بطاقات الفيزا المتوافقة مع احكام الشريعة الإسلامية.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية ظهرت بطاقات الائتمان في بداية الثمانينات وتحديداً في عام ١٩٨٢، عندما قام بنك البتراء الأردني بإصدار هذه البطاقة من مؤسسة فيزا العالمية ثم تبعه بنك القاهرة- عمان، ثم قامت عدة بنوك بإصدار بطاقة الفيزا عندما اشهر إفلاس بنك البتراء. وفي عام ١٩٩٨ قامت ثمانية بنوك أردنية بتأسيس شركة فيزا الأردن لخدمات البطاقات. وقد وضع البنك المركزي الأردني تعليمات للبنوك المصدرة للبطاقات يجب اتباعها ومراعاتها. ومراعاة قانون مراقبة العملة الأجنبية وما يصدر بمقتضاه من تعليمات عند إصدار الائتمان، حيث تلتزم هذه البنوك بتزويد البنك المركزي بكشوفات شهرية تبين أسماء عملائها حاملي البطاقات الائتمانية السقف الممنوح لكل منهم وعملياتهم وبواسطتهم مع إقرارها بحق البنك المركزي الأردني بإجراء أي تفتيش دوري على أعمالهم وسجلاتهم. [2]

والجدير بالذكر أن منطقة الشرق الأوسط والوطن العربي رغم انها سوق نامية لا تملك إلا حصة ضعيفة للغاية في سوق بطاقات الائتمان، إلا أنها في الوقت نفسه تملك أفاق نمو واعدة وفي مقدمتها مصر.

---

(١) فيصل أبو زكي- كيف تدفع من دون نقود، الاقتصاد والأعمال، مجلد ١٥ العدد ١٥٨، فبراير ١٩٩٣،ص ٦١-٦٤.

(٢) القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٦- الخاص بمراقبة العملة الأجنبية وقانون البنوك الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٧١، قانون البنك المركزي الأردني.
أيضاً عماد على الخليل- المرجع السابق – ص ٤٦٣.

أهمية وفوائد بطاقات الائتمان:-

أهميتها:-

تعتبر بطاقات الائتمان وسيلة وفاء بالنسبة لحاملها يتفادي بها الأخطار التي قد يتعرض لها عند حملة النقود من فقد أو سرقة، كما تجعل حاملها مطمئناً إلى عدم رفض التاجر لها، الأمر الذي يجعل لهذه البطاقات قوة إبراء تشبه الوفاء النقدي إلى حد كبير. [1]

كما أن هذه البطاقات تؤدي إلي تسهيل شراء احتياجات الأفراد بوسيلة حديثة في الوفاء بثمن مشترياتهم [2] فهي بديلاً مفيد ومغرياً ومختلفاً عن الطريقة التقليدية لدفع أثمان الأشياء، وطريقة حديثة للإقراض، وذلك بإيجاد مصدر جاهز وسريع للطلب النقدي في الحالات الطارئة الملحة لحامل البطاقة، كما أنها وسيلة للدخول في عالم البنوك الجديد، ومفتاح للتسهيلات الأتوماتيكية، وذلك ان بطاقة الإئتمان تمثل أهمية أساسية في تجارة التجزئة في البنوك.[3]

وأهمية هذه البطاقات تتزايد في الوقت الراهن كأحد حلول الدفع المرنة والبسيطة [4]،لا سيما لرجال الأعمال المستثمرين كثيرى التنقل لتلبية احتياجاتهم المالية في أي مكان في العالم، نظراً لاستخدامها العالمي بين الدول، حيث يستطيع حاملها أن يستخدمها في بلد غير البلد المصدرة لها.

إن بطاقات الائتمان تقلل تكاليف إصدار النقود الجديدة وتخفض حجم النقد المصدر، وتساعد على دعم موارد العملات الأجنبية. كما ان هذه البطاقات ستكون الشغل الشاغل للمصرفيين والمتخصصين خلال الأعوام القليلة المقبلة، في ظل الاتجاه العالمي القوي نحو التكنولوجيا المالية والمصرفية.

---

(1) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٦٣.

(2) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ٧.

(3) Competan, Eric N, inside commercial Banking New york C John wiley&sons p98-99

(4) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٤٩- ص ٥٥٤.

ويجب ملاحظة أن التوسع في إصدار البطاقات الائتمانية ليس هدفاً نهائياً في حد ذاته، إذ ان الهدف الأساسي من هذه البطاقات هو العمل على زيادة كفاءة نظام المدفوعات وزيادة الكفاءة الانتاجية للأنظمة المصرفية بوجه عام ومواكبة التطور التكنولوجي الهائل في الصناعة المصرفية العالمية. كما أن هذه لبطاقات تساعد في نمو الاقتصاد لأنها من وسائل الدفع الجيدة، كما أنها تفتح خطوط ائتمان في البنوك، وتسهل زيادة طلب الأفراد وتشجع الحركة الاقتصادية بوجه عام.

فوائدها:-

لقد أصبح لبطاقات الائتمان في المجتمعات الحديثة شاناً مهماً ومن الأساسيات، فهي على مستوي الأفراد مهمة وتحقق فوائد كثيرة، وهي مهمة جداً بالنسبة للتاجر الذي يعرض سلعته وخدماته، كما انها مفيدة للبنك الذي يصدرها :-

أ- فائدة البطاقة بالنسبة لحاملها:-

١- عدم الاحتياج إلى حمل نقود كثيرة معه، لأن الأموال قد تتعرض للسرقة او الضياع، او قد يتعرض هو للهجوم والسطو المسلح.

٢- تمكنه من شراء ما يبدو له شراؤه في ظروف مفاجئه لم يستعد لها، بحمل ما يقابلها من الأموال.

٣- تمكن الحامل من الحصول على ائتمان بطريقة سهلة وميسرة، كما أنها تزود حاملها بتسهيلات نقدية في أي دولة كان، ضمن حدود ممنوحة له عند طلبه.

٤- تحمل معها وسيلة المحاسبة وضبط المصاريف وتوثيق السداد للمطالبات كما أنها تيسر للحامل السداد بأي عملة كانت.

٥- الحصول على السلعة والخدمات بأسعار تشجيعية مخفضة، حيث يلجأ التجار إلى تخفيض ثمن السلعة عن السعر السوقي.

ب- فائدة البطاقة بالنسبة للبنك:-

١- تسهم في تقليص نفقات البنوك، يث يتم عملها واستعمالها بوسائل تكنولوجية حديثة.

٢- يمثل إصدار البنك لهذه البطاقات عدة مزايا لأنها من العمليات المربحة لها نظير ما تتقاضاه من عمولات وفوائد وإيرادات، مثل الرسوم المحصلة من حملة البطاقات، والعمولة المستقطعة من التجار،والفوائد على المبالغ غير المحصلة من حملة البطاقات، وفروق سعر الصرف في حالة السداد بعملة أجنبية.

٣- توطيد الثقة والعلاقة بين البنوك وعملائها، حيث عادة تعطي البنوك هذه البطاقات لعملائها المعروفين لديها الذين لهم علاقات مصرفية شبه دائمة ومتنوعة. (١)

٤- اكتساب عملاء جدد للبنك، كالتجار الذين يقومون بفتح حسابات لهم لقيد مستحقاتهم، وكذلك حملة البطاقات.

ج- فائدة البطاقة بالنسبة للتاجر:-

١- زيادة الإيرادات من بيع السلع والخدمات.

٢- تجنب التاجر قيام عملائه بإصدار شيكات ليس لها رصيد، حيث أن البنك يضمن للتاجر تغطية المبالغ الناشئة عن استعمال بطاقة الائتمان عند تقديم المستندات بصورة صحيحة.

٣- تعتبر دعاية للتاجر نتيجة إدراج أسمائهم وبياناتهم في الجهة التي تصدر البطاقة للترغيب في الإقبال عليها.

٤- يستقطب التاجر عملاء جدد، وبنوعية جيدة، وثقافة عالية.

٥- تخفف على التاجر مخاطر الاحتفاظ بمبالغ نقدية كبيرة في متجره، فيأمن من السرقة أو السطو المسلح من الخارج.

٦- تجعل التجار يدخلون الوسائل التكنولوجية الحديثة للتعامل مع هذه البطاقات واستخدامها.

التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان:-

لا شك أن إرادة أطراف العلاقات الناشئة عن استعمال بطاقة الائتمان ليست وحدها التي تحدد معالم النظام القانوني لتلك الوسيلة الجديدة من ووسائل الوفاء، فهناك قواعد تشريعية قابلة للتطبيق عليها وتعتبر من ضمن الإطار الذي يحدد هذا النظام القانوني.

---

(١) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٦٤.

في فرنسا نجد أن القانون المصرفي الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤ يشتمل على معني واسع لعمليات البنوك بحيث يمكن ان يندرج تحتها عملية إصدار بطاقات الوفاء[١]

لقد خطا المشرع الفرنسي نحو التوسع في نطاق عمليات البنوك بإصدار هذا القانون حيث وجد ان القوانين المتعلقة بالتنظيم المصرفي وخاصةً قانوني ١٤،١٣ يونية ١٩٤١ لا يطبقان إلا على البنوك والمؤسسات المالية المسجلة لدي البنك المركزي الفرنسي التي أصبحت لا تمثل إلا ما يقرب من ٤٥% من النشاط المصرفي بالنسبة للاقتصاد الفرنسي.

فقد عددت المادة ٢/١من القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٤٨ بشان الأنشطة المصرفية والرقابة على مؤسسات الائتمان، عمليات البنوك فيما يلي:-

١- تقبل الودائع من الجمهور.

٢- عمليات الائتمان بصورة المختلفة.

٣- وضع العديد من وسائل الوفاء تحت تصرف العملاء وإدارة المشروعات، ويهدف المشرع من إدراج هذا النشاط تعداد جميع وسائل الوفاء الحديثة وخاصةً بطاقات الائتمان [٢]

وقد جاءت المادة ٣ من القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤ لتوسع من دائرة عمليات الائتمان، فقد نصت على أنها "كل عمل يقوم به شخص على سبيل الثقة بوضع أو الوعد بوضع أموال تحت تصرف شخص أخر أو يسلمها له مقابل الفائدة التي يستحقها الطرف الأول، كما تشمل التعهد بالدفع عن طريق التوقيع على ورقة تجارية بصفته ضامناً احتياطياً مثلا

---

(١) LUCAS De LEYSSAc المرجع السابق- ص٢

ايضاً ريبير – المرجع السابق- بند ٢٤٤٩.

أيضاً CHABARIER – المرجع السابق.

(٢) l'alilea 2 "article 1" designe trais activites:

- Recevoir des fonds du public
- Operation de credit
- mis a la disposition de la clientele au la gestion de moyens de paidment.

أو كفيلاً مصرفياً أو ضامناً، وهذا التعريف للائتمان يشمل جميع عمليات تسليف النقود واستحقاق مانح الائتمان للعمولة. (١)

وقد جاءت المادة ٤من القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير ١٩٨٤ لتعتبر بطاقات الائتمان من ضمن وسائل الوفاء، حيث اعتبرت كوسائل وفاء جميع الصكوك أياً ما كان شكل السند او الوسائل التكنولوجية الحديثة المستخدمة في هذه الصكوك لتسمح لكل الأشخاص بنقل الأموال، هذا التعريف يتسع ليشمل تحته جميع وسائل الوفاء الحديثة كما هو الشأن بالنسبة لبطاقات الائتمان.

كما صدر في فرنسا القانون رقم ٢٢بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات الائتمان. والقانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للمنتجات والخدمات. (٢)

فقد حرص المشرع الفرنسي على إصدار القانون رقم ٢٢ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ الذي تضمن حماية فعالة لحامل البطاقة أثناء تعاقده مع مصدر هذه البطاقة سواء في مرحلة التعاقد التمهيدي أو مضمون عقد فتح الاعتماد والذي تستند عليه بطاقة الائتمان. بل إن المادة ٢/٩من هذا القانون نصت على سلطة القاضي الذي ينظر نزاعاً متعلقاً بعقد البيع الذي يستخدم فيه بطاقة الوفاء بين حامل البطاقة وأحد التجار الذين يقبلون الوفاء بالبطاقة أن يأمر بوقف التزام حامل البطاقة بسداد المبلغ المستخدم من الاعتماد المفتوح، بل أن فسخ عقد البيع يترتب عليه تلقائياً إلغاء الاعتماد الممنوح لتمويل هذه العقود، ولكن يشترط لإنتاج هذه الشروط في مواجهة المؤسسة الائتمانية مصدرة البطاقة أن يتم اختصامها في الدعوى المنظورة (٣)

---

(١) د. ماير نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ٤٥.

(٢) ROUBACH" La loi du 10 janv. 1978 Relative a L information et a la protection des consommateurs dans la domaine de certaines operations de credit" Gazpal 11 daet 382

(٣) د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٦٥.

ولم يكتف المشرع الفرنسي بحماية المستهلك في مرحلة تعاقده مع البنك أو المؤسسة مصدرة بطاقة الائتمان، بل لقد أصدر القانون رقم ٢٣ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ الذي يخصص فصله الخامس لحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد منح بطاقة الائتمان.[١] حيث يعتبر العقد القائم بين البنك مصدر البطاقة وحاملها من ضم عقود الإذعان [٢].

كما صدر القانون رقم ١٣٨٢ الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩١ حيث قام بتعديل المادة ٦٧ من الرسوم بالقانون الصادر في ٣٠ أكتوبر ١٩٣٥ وأضاف الفقرتين ٦٧/١و ٦٧/٢والتي نصت على ثلاثة جرائم يمكن أن تقع على بطاقة الائتمان وهي: تزوير بطاقة الائتمان، واستعمال بطاقة مزورة، وقبول بطاقة مع العلم بتزويرها. [٣]

وفي أنجلترا صدر قانون إقراض المستهلك وهو قانون لحماية المقترض المستهلك وهو القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٤والذي تم العمل به في عام ١٩٨٥ [٤]، وقد خصص هذا القانون جزء منه لبطاقات الائتمان، وقد عالج هذا القانون معظم الحالات التي يمكن أن تقع على بطاقات الائتمان أو بواسطتها.

والهدف من وضع هذا القانون هو تعريف المقترض المستهلك وتوعيته بأعباء القرض وتكاليفه، كما أنه يستهدف حمايته من الاستغلال السيئ الذي قد يتعرض له من قبل مصدر البطاقة، والتاجر، حيث أنهما يتفقان على تحقيق نتائج ربحية معينة. أعطي القانون حماية إضافية للمقترض (حامل البطاقة)، وهي أن مصدر البطاقة مسئول عن تصرفات التاجر نحو حامل البطاقة، ولكن لا يعني هذا أن لحامل البطاقة الحق في التعويض- إذ أصابه ضرر- من الجهتين ومرتين لموضوع واحد.

---

(١) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ٦٤.

(٢) G .Nicolas, le nouveau contrat. Commercant- cartes- bancaires, Banque et droit, 1989. 204.
- CAMELOT, Un nouveau contrat pour les titulaires d,une carte C.B Banque 1990.1166

(٣) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٤٩.

(٤) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص٥٥.

قانون حماية المقترض المستهلك يمتد إلى كل ما يسمي (مقترضاً مستهلكاً) في عقد اتفاقية إقراض بأي شكل أو أداة من الأدوات.

كما أن المادة ٥٦ من هذا القانون واسعة جداً، حيث تجعل مصدر البطاقة مسئولاً عن تصرفات التاجر إذا أقدم على غش صاحب البطاقة [١]، كما أن المادة ٥٧ تجعل مصدر البطاقة مسئولاً مسئولية قانونية متساوية مع التاجر فيما يتعلق بمعاملات إقراض المستهلك فيما يتعلق بفسخ العقد، وغش السلع.

ورغم أن قانون ائتمان المستهلك الصادر في عام ١٩٧٤ تعرض لبطاقات الائتمان كما نري إلا انه لم يعرف هذه البطاقة تعريفاً واضحاً.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر القانون الخاص بغش الحاسوب وإساءة استخدامه عام ١٩٨٤، ثم صدر عام ١٩٨٧ قانون أمن الحاسوب، وقد قانت جميع الولايات تقريباً ومنذ منتصف الثمانينات بسن القوانين لتجريم أنشطة الاعتداء على الحاسوب [٢]، كما صدر قانون الولايات المتحدة للحكومة الفيدرالية وهو قانون الإقراض رقم ١٠٣ *Truth in lending act tila* حيث نصت المادة ١٦٠٢ من هذا القانون على انه "يعد قبولاً استلام البطاقة، أو توقيعها، أو استعمالها، أو تخويل غيره صلاحية استعمالها بقصد الحصول على نقد، أو عين من الأعيان، أو عمل او خدمة ديناً"[٣]. كما يعد هذا القانون الأمريكي كل معاملة مالية بالبطاقة عملية مستقلة عن الأخرى، فكل واحدة منها تمثل عقداً جديداً. [٤]

كما نص قانون الإقراض في الولايات المتحدة الأمريكية على أن "حامل بطاقة الإقراض مسئول عن التصرفات غير القانونية بالبطاقة بشرط أن تكون البطاقة مقبولة قانوناً في حدود خمسين دولار، زيادة على هذا وان يعلم مصدر البطاقة حامل البطاقة إعلاماً كافياً بالمسئوليات

---

(١) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٩٧.

(٢) د. عماد على الخليل- المرجع السابق- ص ٣٨.

(٣) د.عبد الوهاب إبراهيم سليمان المرجع السابق –ص ٥٥.

(٤) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٥٧.

المحتملة، ويزوده بعنوانه الكامل ليتمكن من إشعاره بالبريد المدفوع الأجرة مسبقاً في حالة فقدان البطاقة، أو سرقتها. وينبغي أن يعلم أن دفع خمسين دولاراً حسب قانون الإقراض(*Tila*) لـــدي استعمال بطاقة الإقراض استعمالاً غير قانوني عام لجميع حاملي البطاقات سواء في هذا الأفراد أو الشركات.(١)

من أفضل التشريعات المتعلقة بالتحويلات الإلكترونية القانون الأمريكي المعروف باسم *Electronic Funds Transfer Act* وهو يفرض على المنشآت المالية أن ترسل إلى كـــل عميـــل إيصالاً مكتوباً عن كل معاملة يتم فيها تحويل إلكتروني *EFT* مبيناً فيه تفضيل المبلـــغ والتـــاريخ والحساب ومكان محطة الكمبيوتر الطرفية *Terminal* ويجب أن تبين مصـــاريف التحويـــل إذا وجدت ولكن يمكن ان تظهر على الشاشة دون الإيصال المكتوب. ويجب أن ترســـل كشـــف حساب شهري لكل حساب تم منه أو إليه تحويل إلكتروني. ويجب أن يتضمن هـــذا الكشـــف معلومات محددة من بينها التحويل ومصاريف مسك الحساب. قبل أن يتم أي تحويل يجـــب أن يزود البنك العميل بمعلومات ووثائق عن المعاملات التي يمكن أن يجريها وكيفية تشغيل الحساب، ويتضمن البيان مسئولية العميل عن المعاملات غير المصرح بها. ومن يمكنه الاتصال به إذا حدث استعمال غير مصرح به، والإجراءات لتصحيح الأخطاء. ويعتبر القانون العميل مسئولاً عن أي استعمال غير مصرح به للبطاقة الإلكترونية. (٢)

والملاحظ أن كثيراً من الدول ومنها الدول العربية لم تنظم تشـــريعاً أحكـــام هـــذه البطاقات، حيث لم تجار الحماية القانونية لبطاقات الائتمان في الدول العربية سرعة دخولهـــا إلى سوق التعامل في هذه الدول.

فعلى سبيل المثال كان أمام واضعي القانون التجاري المصري رقم ١٧ لســـنة ١٩٩٩ فرصة لوضع تنظيم قانوني لهذه البطاقات ضمن عمليات البنوك. ولكن صدر قـــانون التجـــارة

---

(١) SloaN, IRVING J, the law and legislation of credit cards use and misuse London, Roma, New York: aceans publications, in 1987. P19
مشار إليه في د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ١١٦.

(٢) د. محي الدين إسماعيل علم الدين- المرجع السابق-ص ٧٤٦.

الجديد منظماً لعمليات البنوك في المواد (٣٠٠-٣٧٧) دون أن يضع تنظيماً قانونياً لهذه البطاقات.

ويبدو أن المشرع أكتفي بأن تندرج هذه البطاقات ضمن عمليات البنوك وفقاً لما جاءت به المادة (٣٠٠) حيث قررت بأن عمليات البنوك هي العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار وأياً كانت طبيعة هذه العمليات.

والواضح أن عدم قيام المشرع المصري بوضع تنظيم قانوني لهذه البطاقات يرجع إلى حالة الاختلاف الفقهي المصري والعربي حول الطبيعة القانونية لهذه البطاقات خاصةً أن أحكامها تختلف من بلد إلى أخر ومن بنك إلى أخر.

فالحقيقة أن تنظيم العلاقات القانونية الناشئة عن إصدار هذه البطاقات وأثار هذه العلاقات إنما ينبع من الواقع التي تتم بمناسبة إصدار البطاقة، وهي العقد الذي يبرم بين البنك مصدر البطاقة والتاجر الذي يقبل الوفاء بقيمة بضائعه أو خدماته بواسطة هذه البطاقة وكذلك العقد الذي يبرم بين البنك وحامل البطاقة.

ولكن يجب مراعاة أنه رغم غياب نصوص تحكم إصدار هذه البطاقات والعلاقة بين أطرافها إلا أن هذا لا يمنع من وضع تنظيم شامل لها من خلال ما تشترطه مع العملاء وضرورة فتح حساب جار لتشغيل البطاقة والضمانات اللازمة لإصدارها.

بل قد يكون من المستحسن في الفترة السابقة غياب هذه النصوص التشريعية لكي يكون للمؤسسات المالية والمصارف والمنظمات التي تهتم بمثل هذه البطاقات فرصة لمواصلة التقدم والتطوير لتلافي ما قد يظهر فيها من عيوب نتيجة انتشارها في البيئة التجارية.

لكن ورغم ذلك يجب عدم إهمال وضع تنظيم قانوني لهذه البطاقات خاصة في المرحلة الحالية بعد ان اكتملت الصورة بالنسبة لها. فهناك واجب يقع على عاتق المشرع لحماية هذه البطاقة واستخداماتها المختلفة، ووضع قانون خاص بها يستطيع حمايتها بشكل كامل، وعدم ترك الأفعال غير المشروعة التي تقع على هذه البطاقات للقواعد والنصوص العامة الموجودة في القوانين الجنائية والمدنية والتجارية ويمكن أن يستمد هذا القانون الخاص ببطاقات الائتمان من

التشريعات التي سبقتنا في هذا المجال في دول مثل فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ومن أراء الفقهاء وأحكام القضاء.

لذلك كانت أهمية دراسة بطاقات الائتمان وبيان طبيعتها القانونية حتى تكون أمام المهتمين بها وأمام المشرع وأمام القضاء عند حدوث خلاف أمام المحاكم.

وقد قمنا بتقسيم دراسة هذا الموضوع إلى فصلين: نتحدث في الفصل الأول عن الأحكام المميزة لبطاقات الائتمان من خلال بيان ماهية هذه البطاقات وأنواعها وخصائصها وبيان الحقوق والالتزامات المترتبة عليها. ونتحدث في الفصل الثاني عن التكييف القانوني لبطاقات الائتمان من خلال تحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان بالنظر إلى كل علاقة على حدا ومن خلال تحديد طبيعتها القانونية على أساس كونها وحدة واحدة، ومن خلال النظر إليها على أنها ذات طبيعة خاصة وعلى ذلك يتم تقسيم هذه الدراسة كما يلي:-

الفصل الأول: الأحكام المميزة لبطاقات الائتمان

المبحث الأول: ماهية بطاقات الائتمان

المبحث الثاني: تصنيف وخصائص بطاقات لائتمان

المبحث الثالث:- الالتزامات والحقوق المترتبة على إصدار هذه البطاقات.

الفصل الثاني:- التكييف القانوني لبطاقات الائتمان

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان بالنظر إلى علاقاتها المتعددة

المبحث الثاني:- الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان كوحدة واحدة.

المبحث الثالث:- الطبيعة الخاصة لبطاقات الائتمان.

الفصل الأول

الأحكام المميزة لبطاقات الائتمان

تقسيم:-

قبل بيان الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، كان من المهم بيان الأحكام المميز لها، من خلال بيان ماهية هذه العلاقات، وتصنيفها وتحديد خصائصها، وبيان الالتزامات والحقوق المترتبة عليها.

لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:-

المبحث الأول: ماهية بطاقات الائتمان

المبحث الثاني: تصنيف وخصائص بطاقات الائتمان

المبحث الثالث:- الالتزامات والحقوق المترتبة على إصدار هذه البطاقات.

المبحث الأول

ماهية بطاقات الائتمان

أولاً تعريف بطاقات الائتمان في اللغة:

إن مصطلح بطاقات الائتمان يتكون من كلمتين:- بطاقة، والائتمان

البطاقة: الدفعة الصغيرة من الورق وغيره، يكتب عليها بيان ما تعلق عليه.جمعها بطائق، وبطاقات [1]

الائتمان: أصل هذه الكلمة في اللغة مأخوذ من كلمة أمانة، وأمن، دافعاً ومن مشتقاتها استئمان، ائتمن.

(أمَّن على الشيء) دفع مالاً مقسطاً لينال هو أو ورثته قدراً من المال متفق عليه، أو تعويضاً عما فقد.

(ائتمن) فلاناً وثق به (وائتمن فلاناً على الشيء) جعله امنياً عليه.

---

(1) المعجم الوجيز –مجمع اللغة العربية- طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم-١٩٩٣- ص٥٥

(استئمان فلان) وثق به [1].

يتضح من ذلك أن تسمية هذه البطاقات باسم "بطاقات الائتمان" إنما هو من قبيل افتراض ثقة مصدر البطاقة في أمانة الحامل وصدقه. وفقاً لمصطلح الكلمة في اللغة العربية.

وبالرجوع للمصطلح الاقتصادي العربي لهذه التسمية نجد أن بطاقات الائتمان تعني من الناحية الاقتصادية "بطاقة خاصة يصدرها المصرف لعميله، تمكنه من الحصول على السلع والخدمات من محلات وأماكن معينة عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم بائع السلع والخدمات بالتالي بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل إلى المصرف مصدر الائتمان، ليسدد قيمتها له، ويقدم المصرف للعميل كشفاً شهرياً بإجمالي القيمة لتسديدها، أو لخصمها من حساب جاري لطرفه" [2].

والائتمان أيضاً من الناحية الاقتصادية تعني "عقد يمنح بمقتضاه مصرف أو أي منشأة مالية أخرى حق سحب لعميل له، في حدود مبلغ معين أو كفالة قرض متعاقد عليه لمدة معينة أو غير معينة" [3].

يتضح من المصطلح الاقتصادي واللغوي لكلمة ائتمان أنها تعني ثقة المصرف أو أي منشأة مالية أخرى في العميل عندما تضع تحت تصرفه حق شراء سلع أو خدمات على أن يقوم المصرف بتسديد ذلك نيابة عنه على أن يرجع عليه بعد ذلك للمطالبة بهذه المبالغ أو استقطاعها من حسابه بعد الاتفاق على ذلك. فالمصرف يعطي الثقة والأمان لكل من التاجر وحامل البطاقة فهو يعطي الثقة والأمان للتاجر في أنه سوف يأخذ حقه من البنك في حالة قيام العميل بشراء السلع والخدمات والتوقيع على الفواتير التي تدل على ذلك، فهذه الطريقة تكون أئمن للتاجر من الشيكات التي يحررها العميل لأنها قد لا يتوافر لها رصيد. كما أن المصرف يعطي الثقة والأمان للعميل الذي يقوم بشراء السلع والخدمات من أي مكان وفي أي وقت مع الطمأنينة في أن البنك

---

(1) المعجم الوجيز –المرجع السابق- ص٢٥

(2) بدوي أحمد ذكي –معجم المصطلحات التجارية والتعاونية، عربي، إنجليزي، فرنسي- بيروت دار النهضة العربية للطباعة والنشر- عام ١٤٠٤هـ/١٩٨٤، كلمة بطاقة ائتمان ص٦٢

(3) معجم المصطلحات القانونية –د. عبد الواحد كرم- مكتبة النهضة العربية- الطبعة الأولى ١٩٨٧ –ص٦٠

سوف يقوم بالسداد طبقاً للفواتير عند مطابقة توقيع العميل عليها، فهذه الوسيلة تعطي للعميل الثقة في عدم الاعتداء على أمواله وعدم سرقتها، فالبنك وفقاً لأحكام هذه البطاقات – على ما سنرى- يعطي ائتمانه للعميل سواء كان لهذا العميل حساب جاري أم لا، لأنه في النهاية يعطيه ثقته ويجعل الغير يثق في قدرته المالية.

ويجب ملاحظة أنه من اللبس في البحوث القانونية أن تعنون جميع أنواع البطاقات بـــ (بطاقات الائتمان) بالمعنى السابق في المصطلح الاقتصادي واللغوي، لأن هذا المصطلح لا يتحقق في بطاقة السحب المباشر من الرصيد وهي بالفعل ليست ضمن بطاقات الائتمان.

أما من الناحية الشرعية فإن مصطلح بطاقات الائتمان يكون بعيداً عن حقيقة وصفه لأن كلمة (استئمان) في المصطلح الشرعي الفقهي "هو أن يشتري منه ولا يسأل كيف يبيع". وكذلك " بيع الأمانة والاسترسال: هو أن يقول الرجل اشتر مني سلعة كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة، فيشتري منه بما يعطيه من الثمن" [1].

كما جاء التعريف بما يسمى "عقد الاستئمان" في الفقه الإسلامي: بأنه "عقد الاسترسال والاستلام. وصورته: أن يكشف طالب البيع أو الشراء، أو نحوهما للعاقد الآخر أنه لا دراية له فيما هو مقدم عليه، وأنه واضع الثقة به، ومستنصحة، فيطلب منه أن يبيع منه، أو يشتري بما يتبع به الناس، أو يشتري، ويتم العقد بينهما على هذا الأساس.

ورغم تسليمنا بأن مصطلح بطاقات الائتمان لا يدل على حقيقة معناه من الناحية الشرعية إلا أننا نرى أنه يمكن النظر إليها من ناحية الثقة والأمانة المتوافرة بين أطرافه الثلاثة (البنك والحامل والتاجر) والتي على أساسها يتعامل كلاً منهما مع الآخر. فهذه البطاقة تقوم أساساً على الائتمان أي الثقة والأمان المتوافر بين أطرافه الثلاثة. أما بحث العقود التي تربط الأطراف الثلاثة فهذا موضوع آخر سوف نتعرض له من الناحية الشرعية عند بيان الطبيعة القانونية لهذه البطاقات.

---

(1) القباب أبو العباس أحمد بن قاسم الخزامي، شرح المسايل التي وضعها ابن جماعة في البيوع، مخطوط مكة المكرمة، مكتبة مكة المكرمة- فقه حنفي رقم ٣١، ص٦٤

أما معنى الائتمان وفقاً لاصطلاح عمليات البنوك فإنها تعني تقديم البنك لعميله أو لشخص يحدده العميل فوراً أو في أجل معين أدوات للوفاء، أي نقود أو أدوات أخرى يستخدمها العميل في الوفاء بديونه، وقد لا يقدم البنك هذه النقود أو الأدوات فعلاً بل يكتفي أن يتعهد بتقديمها، في مقابل ذلك يتعهد العميل بدفع عمولة أو فائدة للبنك، كما يتعهد بأن يرد هذه الأدوات إلى البنك، أي يرد النقود أو أي وسيلة أخرى قدمها له البنك ليمكنه من الوفاء بديونه [1].

يتضح من ذلك أن مصطلح "بطاقات الائتمان" أقرب إلى طبيعة هذه البطاقات لأنها تعتبر من ضمن عمليات الائتمان لتوافر عناصر الائتمان بها. فالعنصر الأول المتمثل في تقديم وسيلة وفاء لطالب الائتمان متحققة في إبرام عقد بين مصدر البطاقة والحامل بمقتضاه يلتزم الطرف الأول بفتح اعتماد لمصلحة الحامل، والعنصر الثاني المتمثل في دفع العمولة بمقتضاه يلتزم الطرف الأول بفتح اعتماد لمصلحة الحامل، والعنصر الثاني المتمثل في دفع العمولة لمانح الائتمان فهذا أيضاً متحقق ولكن هذه العمولة قد يتحملها في بعض الأحيان التاجر الذي يقبل الوفاء بالبطاقة، والعنصر الثالث المتمثل في التزام طال الائتمان برد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد الممنوح له، فهذا أيضاً متحقق لأنه في جميع حالات بطاقات الائتمان يلتزم العميل برد مبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح له من قل مصدر البطاقة، أو قيام البنك باستقطاعها من حساب العميل الجاري بالاتفاق على ذلك.

---

(1) أ. د سميحة القليوبي –الأسس القانونية لعمليات البنوك– دار النهضة العربية– ١٩٨٨ رقم ٥٨ص ٣٨٠
أيضاً أ.د علي جمال الدين عوض –المرجع السابق– ص٤٢٣ رقم ٤٠٥

- HAMEL, LAGARD et SAUFFRET "traite de droit commercial" Dalloz 1966 no 69 P. 808
- MARCHAL et POULON, Monnaie et credit dans le economie Francaise 1987 P18

راجع أيضاً –ريبير– المرجع السابق– بند ٢٣٧٦– ص٤٥١

وقد ذهب القضاء والفقه الفرنسي إلى اعتبار بطاقات الائتمان من ضمن عمليات الائتمان نظراً لتوافر عناصر الائتمان بها [1]. وقد ذهب أيضاً الفقه المصري إلى ذلك [2].

ثانياً تعريف بطاقات الائتمان فقهياً:-

عرف البعض بطاقة الائتمان بأنها "بطاقة من ورق أو بلاستيك أو مادة أخرى يصعب العبث في بياناتها أو تزويرها، تصدرها جهة ما -بنك أو شركة استثمار- يذكر فيها اسم العميل الصادرة له وعنوانه ورقم حسابه لدى الجهة التي أصدرتها، وعندما يحصل هذا العميل على سلعة أو خدمة فبدلاً من أن يدفع الثمن فوراً فإنه يقدم بطاقة الاعتماد إلى البائع الذي يدون بياناتها في الفاتورة، التي يوقعها العميل، ثم يرسل البائع الفاتورة إلى مصدر البطاقة حيث يسددها له، ثم تقوم الجهة مصدرة البطاقة بإرسال الفاتورة إلى العميل آخر كل شهر أو مدة متفق عليها طالبة سدادها[3]".

وقد عرفها البعض الآخر بأنها [4] "بطاقة تتخذ عدة أشكال من مادة بلاستيكية متعددة الألوان ويمكن تعريفها بأنها عقد تعهد بمقتضاه الجهة المصدرة للبطاقة وهي في الغالب أحد البنوك بفتح اعتماد في حدود مبلغ معين لمصلحة شخص يسمى حامل البطاقة (العميل)، الأمر الذي يمكنه من الوفاء وسداد قيمة مشترياته لدى المحال التجارية التي ترتبط ذات الوقت بالجهة مصدرة البطاقة بعقد يلزمها بقبول الوفاء بمقتضى هذه البطاقة لمبيعاتها أو خدماتها وذلك خلال مدة معينة".

---

(1) د. فايز نعيم رضوان -المرجع السابق- ص٤٥١

(2) د. علي جمال الدين عوض -المرجع السابق- رقم ٥٢٤ ص ٥٢٨
وأيضاً د. سميحة القليوبي -الأوراق التجارية- المرجع السابق- ص٤٦٤

(3) د. علي جمال الدين عوض -المرجع السابق- ص٦٦٣ رقم ٥٣٧

(4) د. سميحة القليوبي -الأوراق التجارية- المرجع السابق- ص٤٦٤

يتضح مما سبق أن التعريف الأول لبطاقات الائتمان يهتم ببيان كيفية عمل هذه البطاقات، أما التعريف الثاني فإنه يوضح طبيعة العقود التي تربط أطراف العلاقات الناشئة عن إصدار بطاقات الائتمان.

وهناك جانب ثالث في الفقه يحصر العلاقات الناتجة عن إصدار هذه البطاقة ويضع مسمى لكل علاقة، حيث يذهب إلى أن [1] "البطاقة يصدرها بنك أو شركة ائتمان ويتفق بينه وبين المحلات الموردة للسلع والخدمات باتفاق يسمى عقد امتياز *Franchise agreement* تقبل بموجبه هذه المحلات البيع إلى كل من يحمل بطاقة مقابل إبرازه هذه البطاقة وتوقيعه على فاتورة الثمن، وفي نهاية كل شهر يتقدم المحل البائع بالفواتير إلى البنك أو شركة البطاقات لصرف قيمتها خلال مدة معينة (خمسة أيام مثلاً) بعد خصم عمولة للبنك متفق عليه. وبين كل حامل بطاقة والمحل الذي يشتري منه يسمى عقد على شراء كل سلعة أو على أداء كل خدمة يحصل عليها منه يسمي *Forecount contract* وهو العقد الذي يتم فيه توريد السلعة أو أداء الخدمة مقابل البطاقة، حيث يتم سداد الثمن بواسطة البنك أو شركة البطاقات".

بينما ركز البعض الأخر على العقد الأساسي الذي قامت عليه البطاقة باعتباره هو الأهم والذي يوضح العلاقة بين البنك مصدر البطاقة والحامل. حيث عرف هذا الاتجاه بطاقة الائتمان بأنها [2] "بطاقة تمنح بناء على تعاقد خاص بين إحدى الهيئات المالية القائمة على تسهيل الائتمان وأحد الأشخاص، وبموجب هذا التعاقد تقوم هذه الهيئة بفتح اعتماد بمبلغ محدد من المال فإذا أراد حامل البطاقة شراء سلعة أو الحصول على خدمة من أحد المحال المعتمدة لدي تلك الهيئة المصدرة يقوم بتقديم البطاقة إليه حيث تقوم الجهة المصدرة بتسوية العملية ثم تسترد مقابلها من حامل البطاقة وفقاً لشروط عقد فتح الاعتماد".

---

(1) د. محي الدين إسماعيل علم الدين – المرجع السابق – ص٧٥٤

(2) د. عمر سالم- الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية ١٩٩٥- ص ١٢.

ويؤيد التركيز على العقد الأساسي بين المصدر الحامل هذا الرأي أيضاً حيث عرف بطاقة الائتمان بأنها [1] " صك أسمي يخول من أصدر لمصلحته الحق في الحصول على ما يلزمه من سلع أو خدمات من مؤسسات بعينها يحددها مصدر الصك الذي يلتزم بالوفاء على أن يكون له حق استرداد ما دفعه من مالك الصك وذلك وفقاً للشروط المتفق عليها العقد المبرم بينهما

بينما أكد البعض الأخر على علاقات أطراف العلاقة حينما عرف بطاقات الائتمان بأنها [2]""عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد مبلغ معين لمصلحة شخص أخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدي المحلات التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حاملي البطاقات الصادرة عن الطرف الأول، على ان تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة."

يتضح من هذه التعريفات أن البعض يهتم ببيان كيفية عمل البطاقة، بينما يهتم البعض الأخر بالعلاقات الثلاثية الناتجة عن إصدار هذه البطاقات والمترتبة على وجود عقدين، أحدهما بين المصدر والحامل والأخر بين المصدر والتاجر. بينما يهتم البعض الأخر بالعقد الأساسي الذي تعتمد عليه هذه البطاقة وهو العقد القائم بين مصدر البطاقة والحامل والاهتمام بشروط هذا العقد.

البعض الأخر قام بوضع تعريف شامل لكافة البطاقات البنكية والتي تعتبر بطاقات الائتمان أحداها، حيث عرف البطاقة البنكية بأنها [3] " الأداة تكون باسم بطاقة إقراض أو بطاقة خدمات بنكية، أو بطاقة بنكية، أو بطاقة شيك مضمون، أو بطاقة سحب مباشر، أو أي اسم أو عنوان أخر، صدر برسم أو بغير رسم من مصدره. لاستعمال حاملها للأغراض التالية: أ- الحصول على النقود، السلع، الخدمات، أو أي شيء أخر له قيمة على أساسا القرض.ب-

---

(1) د. مختار بديري - المرجع السابق- ص ٤٥٩.

(2) LAUCAC de LEYASSA C "les cartes paiement et le droit civil" dans collection"les cartes paiement 1980 P55. No5.

راجع أيضاً ريبير – المرجع السابق- بند ٢٤٤٩ص ٥٥٤.

(3) راجع SLOAN, IRVING المرجع السابق- ص ١١٩- ١٢٠

شهادة، أو ضمان لشخص أو مؤسسة، ليتمكن صاحبها من الحصول على قرض تحت الطلب، يكون مساوياً أو أكثر من المقدار الضروري لتسديد سندات شراء حاملها أو شيكاته، فرداً كان أو مؤسسة. ج- ما يمكن حامل البطاقة من صلاحية الحصول على ما يبغيه من فتح حساب قرض، أو قرض مؤقت من أجل استدانة مبلغ من المال، أو كتابة شيك، أو السحب نقداً أو كتابة بأمر بنقد، أو شيكات سياحية، أو تحويل من حساب إلى حساب أخر، أو حساب أخر مؤقت، أو لشراء سلع، أو دفع لخدمات، أو أي شيء أخر ذي قيمة مالية، أو للحصول على أي معلومة ذات علاقة بحسابات القروض، أو القروض المؤقتة".

يتضح من هذا التعريف أنه يشمل أغلب عمليات البنوك والتي من ضمنها بطاقات الائتمان، فهذا التعريف واسع فضفاض شامل لأغلب المعاملات البنكية.

ونحن نؤيد الرأي الذي يوضح طبيعة العلاقات الناتجة عن إصدار البطاقة، ولكن مع اهتمامنا بكيفية عملها لذلك نعرف بطاقات الائتمان بأنها" بطاقة يصدرها بنك أو مؤسسة مالية أخرى (مصدر البطاقة)- سواء برعاية شركة عالمية أو بنك عالمي أم لا- بناء على عقد ائتمان بين المصدر والعميل(حامل البطاقة) يذكر في هذه البطاقة اسم العميل الصادر له وعنوانه ورقم حسابه إن وجد- لدي الجهة التي أصدرتها، هذه البطاقة تمكن العميل من الحصول على السلع والخدمات - بدلاً من دفع الثمن فوراً- من طرف ثالث(التاجر أو البائع) الذي يدون بيانات هذه البطاقة في فاتورة، والتي يوقعها العميل بتوقيع مطابق للبطاقة، ثم يرسل التاجر الفاتورة إلى مصدر البطاقة حيث يسددها له، بناء على عقد بينهما، على أن يقوم حامل البطاقة بسداد قيمة مشترياته إلى البنك مصدر البطاقة أو السماح للبنك بخصم قيمة المشتريات من حسابه الجاري بناء على شروط الاتفاق المبرم بينهم".

يتضح من ذلك أن لبطاقة الائتمان أطرافاً هي:-

١- شركة عالمية أو بنك عالمي يرعي البطاقة(فيزا، أو ماستركارد، أو اميركان اكسبريس أو غيرهم)

٢- وكالات محلية للشركة العالمية (بنوك محلية أو مؤسسات مالية)، أو فروع للبنك العالمي تستخدم للوساطة بين الشركة العالمية والعملاء.

٣- أصحاب المتاجر (المؤسسات التجارية) والخدمات (وهم من يتعاملون مع هذه البطاقة)

٤- حملة البطاقة، وهم العملاء الذين يشترون أو يحصلون على خدمات البطاقة قدر حاجتهم.

العلاقات بين هذه الأطراف بصورة مجملة هي كالآتي:-

أ- تتفق الشركة العالمية مع الوكالات المحلية(أو يتفق البنك العالمي مع فروعه) لإصدار البطاقة لكل من يتعامل بها سواء كان عضواً مشترياً، أو طالباً لخدمة، أو عضو بائعاً أو عارضاً للخدمة.

ب- يتقدم حامل البطاقة (المشتري) إلى صاحب المتجر (البائع) أو يتقدم من يريد الخدمة فيتسلم ما أراد لقاء الالتزام بالدفع عن طريق مصدر البطاقة (البنك أو المؤسسة المالية). بتوقيع الفاتورة مع إعطاء صورة البطاقة وإعطاؤه صورة الفاتورة.

ج- يتقدم صاحب المتجر أو الخدمة بالفاتورة الموقعة من حامل البطاقة إلى البنك أو المؤسسة المالية، وحينئذ يتسلم من البنك العالمي أو الشركة العالمية أو فروعها ثمن البضاعة أو الخدمة.

د- يقوم البنك (مصدر البطاقة) بإرسال صورة الفاتورة للمشتريات أو الخدمات للعميل مطالباً أياه تسديد ثمن ما دفعه البنك على شكل دفعات منظمة أو غير منتظمة، أويقوم البنك بخصم ذلك المبلغ من حساب عميله إذا كان صاحب حساب دائن عند البنك.

هـ- إذا تأخر حامل البطاقة عن سداد التزاماته في الفقرة المحددة المسموح بها في العقد، فإنه يحسب عليه فائدة من أجل التأخير.

و- إذا لم يسدد حامل البطاقة التزاماته وما يترتب عليه فسوف توضع البطاقة في قائمة منع الاستخدام إلى أن يتم المحاسبة بين البنك والعميل.

ثالثاً:- التعريف المصرفي لبطاقات الائتمان

التعريف المصرفي لبطاقات الائتمان بأنها [1]"إدارة مصرفية للوفاء بالالتزامات مقبولة على نطاق واسع محلياً ودولياً لدي الأفراد والتجار والمصارف كبديل للنقود لدفع قيمة السلع

---

(1) نشرة عن بطاقة الائتمان صادرة من مركز البطاقات- البنك الأهلي المصري عام ١٩٩٦.

والخدمات المقدمة لصاحب البطاقة مقابل توقيعه على إيصال بقيمة التزامه الناشئ عن شرائه للسلعة، أو الحصول على الخدمة على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من المصارف المصدرة للبطاقة عن طريق المصرف الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع، ويطلق على عملية التسوية بين البنوك والأطراف فيها، اسم نظام الدفع الإلكتروني، والذي تقوم بتنفيذه الهيئات الدولية المصدرة للبطاقة".

يتضح من هذا التعريف أنه يبين كيفية وإجراءات عمل البطاقة وإجراء المقاصة التي بها يستطيع التاجر الحصول على ثمن السلع والخدمات.

كما أن الفكر التأميني المعاصر في مجال بطاقات المعاملات الدائنية على أن يختص بتعبير بطاقة الائتمان على البطاقة التي تسمح للعميل بشراء بضائع أو الحصول على خدمات من منافذ البيع أو الخدمات، شريطة أن يتم الدفع على فترات، حيث يحق للعميل دفع جزء من المبلغ آخر الشهر بينما يقسط الباقي على شهور تالية بنسبة فائدة تتراوح بين ١٧% إلى ١٩%، أو أن يتم الخصم من حساب العميل بطريقة فورية أو خلال أيام وفق نصوص العقد بين العميل والمصرف [١].

رابعاً: التعريف الشرعي لبطاقات الائتمان

كان لزاماً على المنظمات والهيئات والمصارف الإسلامية وعلماء الفقه تحديد طبيعة بطاقات الائتمان والحكم الشرعي لها. ذلك أن المصارف الإسلامية كان يجب عليها أن تتعامل بهذا الأسلوب الجديد في معاملات الناس في العصر الحديث. وأن تواكب التطور المتسارع الذي حل في النواحي المصرفية، لتبدأ من حيث انتهى الناس، مستفيدة من هذا الحكم الهائل في تطور الأساليب المصرفية، واضعة نصب عينيها وجوب موافقة هذه الأساليب المستحدثة لأحكام الشريعة الغراء وغاياتها السامية التي لا تعارض التطور في هذا المجال، وأنما تنظمه وتهذبه وفق قواعدها المحكمة.

---

(١) LONGLEY, D, SHAIN, and CAELL ١, W. information security stacktion, press, ١٩٩٢. P. ١٠٦, P. ١٣٥, and PP (٤٨١ – ٤٨٨).

إن إصدار بطاقة تشتمل على خدمات مصرفية يعود نفعها على حامل البطاقة وعلى التاجر الذي يقبلها وعلى المؤسسة التي أصدرتها، ويتخلل ذلك تقاضي أجور وعمولات ورسم اشتراك وتجديد لقاء تقديم هذه الخدمة هو من الأمور المستجدة في الحياة المعاصرة، ويعد ضرباً من ضروب تطور أساليب المعاملات في حياة البشرية، الأمر الذي لم تقف الشريعة الإسلامية حجر عثرة في طريقه، وإنما أرست القواعد الأساسية التي يجب أن تراعي عند النظر في حكم هذه المستجدات من جانب أهل العلم والفقه.

فوضعت الشريعة الإسلامية الضوابط العامة التي تضمن بقاء المستجدات متوافقة مع الأحكام الشرعية، دون أن يؤدي ذلك إلى تحليل ما حرم الله تعالى أو تحريم ما احل.

ويمكن القول بأن عقد البطاقات البنكية بأقسامة وأنواعه وإجراءاته وأهدافه عقداً جديداً على الفقه الإسلامي، لا يندرج في صورته الكلية تحت عقد واحد من عقود المعاملات الشرعية المعروفة في المصروفات الفقهية. حيث تعدد الأطراف، وتتنوع العلاقات والالتزامات.

ومن الصعب تكييفه في صورته الكلية بعقد واحد: حوالة، أو جعالة، أو ضمان، أو وكالة. أو عقدين معاً: كالوكالة والكفالة، والوكالة والجعالة... إلى آخر ما ذهب إليه خبراء مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة.

وقد عرفها مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة ١٤١٢ هـ [1] بأنها "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناء على عقد بينهما، يمكنه من شراء السلع والخدمات، ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً، ويتضمنه التزام المصدر بالدفع".

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السابعة، العدد السابع، عام ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م ج ١- ص ٣٥٩ – ٣٨٢.

وقد عرفها البعض [1] بأنها "الأصل في استخدام البطاقة أنها توكيلاً وكفالة، وهناك قرضاً حسناً في بعض الأحيان من البنوك التي لا تشترط أن يكون السحب من حساب العميل مباشرة، وإنما أن يدفع المصدر، ثم يستوفي حقه بعد ذلك من العميل".

وعرفها البعض الآخر بأنها [2] "تتضمن وكالة وكفالة، فحامل البطاقة الذي يفتح حساباً في المصرف، ويأخذ البطاقة منه، هذه عملية إصدار البطاقة وأخذها من المصرف تتضمن توكيلاً للمصرف مصدر البطاقة، بأن يدفع عن مستعملها وحاملها أن يدفع عنه ما يقع عليه من التزامات مالية، وأن يحتسب ما دفعه عنه، يقتطعه من حسابه، يعني إذن فيها توكيل وفيها كفالة وضمان ..."

وقد صور البعض بطاقات الائتمان بأنها [3] "بطاقات بلاستيكية يصدرها بنك أو شركة بناء على رغبة أحد عملائها بشروط محددة تحمل اسم عميلها واسم المنظمة الراعية واسم مصدر البطاقة. يقوم العميل عند حاجته لبضاعة أو خدمة بإبراز هذه البطاقة لدى المتاجر أو الهيئات التي تقبل التعامل بهذه البطاقة ويحصل على ما يريده ويدفع قيمة المشتريات البنك مصدر البطاقة، بعد إطلاعه على الفاتورة الموقعة من العميل المتضمنة سلامة البضاعة أو الخدمة وبيان قيمتها، وتسجيل المؤسسة المالية مصدرة البطاقة المبلغ على حساب عميلها الذي استلم البطاقة منها. فترسل كشف حساب يسدده خلال مدة معلومة أو تخصمه من حسابه لديها حسب الاتفاق. وبطاقة الائتمان وفقاً لما سبق لا يظهر لها من الناحية الشرعية ما يجب الاعتراض على قيام البنك أو المؤسسة المالية بإصدار هذه البطاقة، بشرط ألا يترتب على قيامه بذلك أخذ أو إعطاء أي فائدة محرمة بشكل ظاهر أو مستتر سواء مع عملائها أو الشركة العالمية راعية الإصدار".

---

(1) د. عبد الستار أبو غدة - بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي- بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بجدة -عام ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢م ص٦٥٧ - ٦٥٩

(2) أ.د مصطفى الزرقا -مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة- الدورة السابعة- ج١ ص٦٧٢

(3) WWW. AL Baraka investment et development. Com.

المبحث الثاني

تصنيف وخصائص بطاقات الائتمان

أولاً تصنيف بطاقات الائتمان

هناك أنواع مختلفة ومتعددة لبطاقات الائتمان المتداولة في السوق، حيث يمكن تقسيم بطاقات الائتمان تقسيمات متعددة كما يلي:-

١- تقسيم بطاقات الائتمان من ناحية دفع الرسوم.

أ- بطاقات يؤخذ رسم اشتراك في مقابلها.

ب- بطاقات لا يؤخذ رسم اشتراك في مقابلها.

٢- تقسيم بطاقات الائتمان من ناحية الخصم

أ- بطاقة الخصم الفوري (بطاقة التحويل الالكترونية) [١].

وهي بطاقة تصدر للعملاء الذين لهم حسابات لدى البنك المصدر لهذه البطاقة، وذلك للخصم الفوري من حساب العميل عند استخدامها في المحلات التجارية لشراء البضائع والخدمات، وهي مرتبطة بجهاز حاسب آلي متصل بقاعدة معلومات عن حساب ورصيد العميل، بحيث لا يتمكن العميل من استخدام البطاقة في كل مرة إلا بعد خصم مبلغ الاستخدام من رصيد حسابه.

ب-بطاقة الاعتماد (الخصم الشهري) [٢]

وهي تمكن حاملها من استخدامها في المحلات التجارية لشراء البضائع والخدمات، وللحصول عليها يدفع العميل رسوم اشتراك وتجديد كما يجب أن يكون للعميل حساب دائن لدى البنك المصدر للبطاقة، ليستوفي منه قيمة استخداماته للبطاقة، والأصل في شروط منح هذا النوع من البطاقات أن يكون في حساب العميل رصيد يكفي تسديد قيمة مشتريات العميل، فإذا

---

(١) راجع – ريبير – المرجع السابق – بند ١/٢٤٤٩، ص٥٥٦

(٢) ريبير – المرجع السابق – بند ١/٢٤٤٩ ص ٥٥٧

لم يكن هناك رصيد، تخصم البنوك قيمة الفواتير من حساب العميل، وتحتسب فوائد على رصيده المدين لحين تغطية العميل لحسابه المدين.

جـ-بطاقة الوفاء.

وهي التي يستخدمها العميل في وفاء ثمن السلع والخدمات، وتعتبر ضماناً للتاجر، وفيها ليس للعميل حق في اعتماد لدى الجهة التي أصدرتها يمكنه أن يدفع فيه فواتيره، وكل ماله أنه لا يلزم بالدفع إلا آخر كل شهر، وإلى أن يحل آخر الشهر يكون له اعتماد قصير. [1]

د-بطاقة الاعتماد الحقيقي

وهي كالنوع السابق حيث يكون التسديد فيها على هيئة دفعات، ولكن تزيد عليها حق العميل في اعتماد متفق عليه، بحيث يكون دائماً لدى العميل قدرة على استخدام البطاقة في حدود ائتمانية متفق عليها ما دام العميل منتظماً في سداد الفوائد المستحقة عليه شهرياً.

٣-تقسيم بطاقات الائتمان حسب امتيازها.

أ- بطاقة فيزا الفضية: [2]

وهي تناظر بطاقة ماستر كارد الفضية وبطاقة أميركان اكسبريس الخضراء، وهذه البطاقة ذات حدود ائتمانية منخفضة نسبياً، وتمنح لأغلب العملاء، عند انطباق الحد الأدنى من المتطلبات عليهم، وتوفر هذه البطاقة جميع أنواع الخدمات المتوافرة من قبل المنظمة التي ترخص بإصدارها.

ب- بطاقة الفيزا الذهبية

وهي تناظر بطاقة ماستر كارد الذهبية، وبطاقة الأميركان اكسبريس الذهبية، وهذه البطاقة ذات حدود ائتمانية عالية، وتمنح للعملاء ذوي الكفاءة المالية العالية، وتمنح العملاء إضافة

---

(1) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق- ص٦٦٥ بند ٣٩٥ أيضاً د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص٤٦٩. أيضاً د. مختار بريري – المرجع السابق – ص٤٥٩

(2) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان – المرجع السابق – ص٣٩

إلى الخدمات المتوافرة للبطاقة السابقة: تأميناً على الحياة، وخدمات أخرى دولية فريدة: كأولوية الحجز في مكاتب السفر، والفنادق، والتأمين الصحي، والخدمات القانونية.

جـ- بطاقة فيزا الكترون:

ويقابلها بطاقة أميركان إكسبريس الماسية، وهي بطاقة تستخدم في أجهزة الصرف الآلي الدولية أو في الأجهزة القارئة الشريط المغناطيسي.

٤- تقسيم البطاقات الائتمانية بالنظر إلى اشكاليات تأمينها

١- البطاقة الممغنطة [١]

تقسم هذه البطاقات إلى ثلاثة أنواع هي:

أ- البطاقة ذات الممانعة المغناطيسية العالمية

هي بطاقة ممغنطة ذات شريط ممغنط ذو مادة ذات مانعة مغناطيسية عالية، وملاحظ أن ممانعة الشريط الممغنط ترتبط بمدى حجم المجال المغناطيسي اللازم لشطب أو لإزالة أو لتحوير البيانات المسجلة على الشريط، هذه البطاقة يمكن محو أو إزالة بيانات الشريط الممغنط على مثل هذه البطاقات بواسطة مغناطيس من المغناطيسيات كما يمكن تحوير ما عليها من بيانات بواسطة وحدات كتابة وقراءة الشريط المغناطيسي [٢].

ب- بطاقة ذات العلامة المائية الممغنطة هذه البطاقة تتضمن مساراً ممغنط مزود ببيانات لا يمكن محوها.

الجدير بالذكر أن البطاقة ذات الممانعة المغناطيسية هي بطاقة قوية ولكن ليست مؤمنة، والبطاقة ذات العلامة المائية الممغنطة وإن تسمح لنظام بالتعرف على البطاقة على أنها البطاقة المصدرة بشكل شرعي، فإنها لا تسمح للنظام التعرف علي العميل على أنه المالك الحقيقي

---

(١) راجع Longley, d., shain – المرجع السابق – ٧٨. أيضاً ريبير – المرجع السابق – بند ٢٤٤٩/١

(٢) د. رياض فتح الله بصلة – جرائم بطاقات الائتمان – دار الشروق – الطبعة الأولى – ١٩٩٥ – ص١٢١.

للبطاقات إلا عند إدخال رقم الهوية الشخصي *PIN*، والثابت إمكانية حسابه وإمكانية سرقته وإمكانية عدم استخدامه

٢- البطاقة الرقائقية [١]

هذه البطاقات تحتوي على شريحة ذاكرة مطمورة في الجسم اللدائني للبطاقة، وهي تنقسم إلى بطاقة ذكية وبطاقة مفرطة الذكاء [٢].

أ- البطاقة الذكية

وتحتوي البطاقة الذكية على شرائح معالجة متناهية الصغر، وعندما توضع البطاقة في الجهاز القارئ تصل إليه الطاقة، يقوم المعالج مع الجهاز الصراف الآلي الحاوي للقارئة بالتنفيذ العمليات التي يطلبها العميل، ويجري تسجيل البيانات على البطاقة ضمن ذاكرة الشريحة،تتميز هذه البطاقة بأنها تتضمن معالج بيانات ووسيلة ذاكرة لتخزين البيانات على شريحة معبأة في بنية بطاقة الائتمان. [٣]

وتتفوق البطاقة الذكية على البطاقة الممغنطة في سعة تخزينها.

ب- البطاقة مفرطة الذكاء

هذه البطاقة تحمل ذات المميزات بالنسبة للبطاقات الذكية، ولكنها تتميز بأن بها امكانية التوقيع الرقمي، حيث أن نقطة البدء في تأمين مسار المعلومات المنشأة بواسطة البطاقة مفرطة الذكاء هي التوقيع.

ثانياً:- خصائص بطاقات الائتمان:-

يتضح من تعريف بطاقات الائتمان وتصنيفها أن أهم الخصائص التي تتميز بها هي:-

---

(١) رياض فتح الله بصلة- المرجع السابق- ص ١٢٤.

(٢) ريبير – المرجع السابق- بند ١/٢٤٤٩.

(٣) AURIOL . la Puce mord dans la fraude. Banque juillet 1993, P83.
- BERNIER, Les mystires de la pute, banque fevriere. 1994, P 64.

١- بطاقة الائتمان أداة وفاء وأداة الائتمان

تعتبر بطاقة الائتمان أداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت فهي أداة وفاء لأن حاملها يستطيع الوفاء بالتزاماته تجاه المتاجر أو صاحب الخدمة من خلال تقديمها دون حاجة إلى حمل النقود، فهي وسيلة فعالة للسداد عن غيرها من وسائل الوفاء الأخرى، وذلك لسهولة حملها واستخدامها وقبولها لدي أصحاب المحلات التجارية والخدمات، أسهل وأضمن من الشيكات مثلاً، كما أنها أقل عرضة للسرقة أو الضياع.

كما أنها من ناحية أخرى أداة ائتمان حيث يقدم مصدرها (البنك او المؤسسة المالية) عادةً تسهيلات وآجال للوفاء بقيمة مسحوباتهم، وحتى في حالة وجود حساب جاري للحامل لدي البنك، فإن البنك وفاء البنك للتاجر لا يتم فور الشراء عادة بل لحين وصول المستندات المثبتة لشراء العميل ، أو أن الخصم عادة لا يتم إلا أخر مدة محددة قد تكون شهر مثلاً وإلى أن تحل هذه المدة أو تكتمل إرسال المستندات وتحقيقها يكون للعميل ائتمان قصير وغير مقصود لذاته من الأطراف [١]

٢- بطاقة الائتمان علاقة ثلاثية الأطراف

تقوم بطاقة الائتمان على علاقة ثلاثية الأطراف (مصدر البطاقة- الحامل – التاجر) وكل طرف من هذه الأطراف يترتب له حقوق وعليه التزامات ويرتبط مع الآخرين كل على حدي بعقود مستقلة ينتج عنهم وحدة واحدة ذات علاقة ثلاثية الأطراف. لذلك تعتبر بطاقة الائتمان ذات طبيعة مختلفة ولا تدخل تحت أي نوع من وسائل الوفاء التقليدية [٢]

٣- بطاقة الائتمان تمثل لحاملها ملاءة وثقة:-

طالما أن بطاقة الائتمان تتمتع بقبول لدي جميع المتعاملين، فإن هذا يعني أن حاملها يتمتع بملاءة وثقة في مجال المعاملات، فالبنك يمثل ائتمان للعميل ويمثله أمام المحلات التجارية وأصحاب الخدمات وهؤلاء يثقون في البنك مصدر البطاقة ولديهم طمأنينة على مقدرة البنك

---

(١) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٣٩-ص ٦٦٥.

(٢) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ١٢.

للوفاء، والبنك يثق في حامل البطاقة التي أصدرها له بعد دراسة وبعد استيفاء البيانات والتحريات اللازمة. إذن بطاقة الائتمان قائمة على الثقة والائتمان وتحقيق الربح.

٤- بطاقة الائتمان مملوكة للبنك:-

تبقي هذه البطاقة ملكاً للبنك في جميع الأوقات، فالعقد القائم بين البنك ومصدر البطاقة موضوع لمدة محددة ومجدد ضمنياً إلا إذا أفصح مصدر البطاقة أو الحامل عن رغبته في عدم التجديد [١]، فإذا كانت هذه الرغبة صادرة من البنك مصدر البطاقة فإن الحامل يجب عليه أن يعيدها إلى البنك بناء على هذا الطلب، كما يجوز للحامل في أي وقت أن يفسخ هذه الاتفاقية فيما يختص باستعماله البطاقة- على ألا يمس ذلك أية التزامات تجاه البنك قد تنشأ عن استخدام البطاقة قبل الفسخ- وذلك بتسليم البطاقة إلا البنك كما يجوز للبنك إلغاء البطاقة في أي وقت دون إشعار مسبق، ويجوز له أيضاً أن يرفض إعادة إصدارها أو تجديدها أو استبدالها[٢]. كما يحتفظ البنك بحقه في تعديل شروط عمل البطاقة مع إخطار الحامل بذلك وهذا الأخير له الحق في الموافقة أو الرفض وتسليم البطاقة. [٣]

كما أنه في علاقة البنك مصدر البطاقة بالتاجر يكون الاتفاق بينهما عادة لمدة سنة قابلة للتجديد الضمني ولكن يحتفظ كلاً منها بحقه في فسخ العقد في أي وقت بدون إخطار سابق أو إبداء الأسباب طالما أرسل خطاب بهذا الطلب [٤]

٥- استخدام بطاقة الائتمان على المستوي المحلي والدولي:-

---

(١) راجع NICOLAS – المرجع السابق- ٢٠٤

أيضاً CAMELOT- المرجع السابق- بند ١١٦

(٢) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٧٤ص٦٧٢.

(٣) ريبير –المرجع السابق- بند ٢٤٥٠-ص ٥٥٧.

(٤) نقض فرنسي ٢٧ فبراير ١٩٩٠- دالوز سري ١٩٩١- ٣٨- تعليق فاسير ، أيضاً نقض ١ مار س ١٩٩٣ ١٩٩٤j.C.p رقم ٢٢١٩٤ مع تعليق COUTANT

من خصائص بطاقة الائتمان سهولة استخدامها وتداولها ليس فقط على المستوي المحلي بل تتعداها إلى المستوي الدولي.

المبحث الثالث

الالتزامات والحقوق المترتبة على بطاقات الائتمان

تمهيد وتقسيم:-

في هذا المبحث نتناول الالتزامات والحقوق المترتبة على إصدار بطاقة الائتمان. والجدير بالذكر في هذا الشأن أن الالتزامات المترتبة في ذمة شخص تجاه شخص أخر إنما هي بمثابة حقوق لهذا الطرف الأخر والعكس، لذلك فإن دراسة الالتزامات إنما هو دارسة الحقوق في ذات الوقت ومما لا شك فيه أن دراسة هذه الالتزامات يوضح إلى حد كبير الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان.

وبما أن بطاقة الائتمان علاقة واحدة ثلاثية الأطراف، لذلك سوف نتناول الالتزامات المتبادلة بين مصدر البطاقة وحاملها في مطلب أول، ثم الالتزامات المتبادلة بين مصدر البطاقة والتاجر في مطلب ثاني، ثم الالتزامات المتبادلة بين حامل البطاقة والتاجر في مطلب ثالث.

المطلب الأول

الالتزامات المتبادلة بين مصدر البطاقة وحاملها

أولاً:- التزامات مصدر البطاقة تجاه حاملها:-

العلاقة بين مصدر البطاقة (البنك أو المؤسسة المالية) والحامل قائمة على عقد يسمي عقد الانضمام [1]. حيث يتم هذا العقد ويتم إصدار البطاقة بناء على طلب مطبوع وفق نموذج معين يقدمه العميل للبنك، حيث يقدم طلب الحصول على بطاقة الائتمان بتعبئة البيانات الموجودة فيه والتي يتضمن عادةً اسم العميل وعنوانه ووضعه المالي، ونوع البطاقة التي يريدها، وقيمة رصيدها كما يتضمن هذا النموذج شروطاً مطبوعة تبين الالتزامات التي تقع على عاتق

---

(1) د. على جمال الدين عوض – المرجع السابق- بند ٥٤١- ٦٦٥.
أيضاً د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٢٦.

العميل وأحيانا شروط وكيفية الاستخدام، كما تتضمن حقوق العميل والتي تعتبر التزامات على البنك، ثم يوقع العميل الطلب ويقدمه للجهة المصدرة، حيث يقوم الموظف المختص بالجهة المصدرة بفحص الطلب وتقديم تقرير عن العميل، ومدي كفاءته المالية والشخصية بناء على تعامله مع الجهة المصدرة (بنك أو مؤسسة مالية) وكذلك مقدار رصيده خلال العام، كما يجري الأخذ بعين الاعتبار عند فتح الائتمان المكانة الاجتماعية للعميل والمؤهل العلمي، والملاءة والممتلكات المالية والعقارية، ثم يرفع الموظف تقريره بذلك إلى مدير الجهة المصدرة أو مسئول منح البطاقات الذي يصدر الموافقة النهائية بمنح او عدم منح بطاقة الائتمان، وبهذه الموافقة يتم التعاقد بين مصدر البطاقة والحامل [1].

على أنه يجب مراعاة ان البنك (الجهة المصدرة) غير ملزمة بإجابة طلب العميل لأن العملية تتضمن اعتماد في الغالب، ولا يجبر البنك على فتح الاعتماد لشخص لا يرغبه بسبب عدم توافر شروط معينة فيه، كما أن البنك يضمن العميل أمام التاجر، وهو ما يعني أن البنك لا يعتبر في حالة إيجاب دائم ينتظر موافقة العميل [2].

ينقضي هذا العقد بحلول الأجل المتفق عليه، ولكن يجدد ضمنياً إلى ان يخطر أحد طرفيه الأخر بعدم الرغبة في الاستمرار، وعندئذ يسقط حق العميل في استخدام البطاقة وإلا كان مرتكباً لجريمة النصب [3]، كما أن هذا العقد قائماً على الاعتبار الشخصي لذلك ينقضي بكل ما يؤثر في الثقة في العميل [4].

---

(1) محكمة باريس ٣٠ سبتمبر ١٩٨٨ -B.R.D.A١٩٨٨/٢٤- ص ١٠

(2) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٤١ص ٦٦٥- عكس ذلك د. سميحة القليوبي- المرجع السابق –ص ٤٧٢.

(3) جنح باريس ١٦ اكتوبر ١٩٧٤- الفصلية ١٩٧٥ص ١٥٧٠ بنك ١٩٧٥-ص ٣٢٤.

(4) ريبير –المرجع السابق- بند ٢٤٥٠.

والجدير بالذكر أن عمليات البنوك ومنها بطاقات الائتمان تتم على نماذج مطبوعة من جانب البنك ويقتصر دور العميل فيها على التوقيع على النموذج الخاص بطلب إصدار بطاقات ائتمان لذلك يعتبر هذا العقد من ضمن عقد الإذعان [١].

لذلك يري الفقة الفرنسي أنه بما أن بطاقة الائتمان تخضع لعقد إذعان بين مصدر البطاقة والحامل فهي إذن تخضع للقانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ الخاص بحماية المستهلك [٢].

فقد تجاوب المشرع الفرنسي مع المستجدات الجديدة في عصرنا وتدخل لحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية وذلك بإصدار القانون رقم ٢٣ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ الذي أصبح بمقتضاه يمكن تحريم الشروط التي ترد في بطاقات الائتمان، أو تحديدها أو تنظيمها عن طريق ما يصدره مجلس الدولة من قرارات بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية التي تكونت بموجب نص المادة ٣٦ من القانون رقم ٢٣ بتاريخ ١٠ يناير ١٩٧٨ [٣].

فهذا القانون تطبق أحكامه على جميع العقود التي يكون محلها أموال أو خدمات، فهو يطبق أياً ما كانت الوثيقة التي تحتوي على العقد أو شكل العقد نفسه، سواء كانت في شكل طلب بضاعة، أو فواتير، أو بطاقات، فهذه الحماية تشمل أي وثيقة تحتوي على شروط عامة وضعها الطرف الأقوى اقتصادياً وأحال إليها عند إبرامه العقد مع المستهلك [٤]. يتضح من ذلك أن حامل بطاقة الائتمان باعتباره مستهلكاً للخدمات التي تقدمها المؤسسات الائتمانية التي تصدر هذه البطاقات يتمتع بالحماية التي نص عليها هذا القانون.

---

(١) باريس ٣٠ ديسمبر ١٩٨٨- B.R.D.A ١٩٨٨/٢٤- ص ١٠.

(٢) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٥٠-ص ٥٥٧.

(3) Reccommandation n°94 – 02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties au non d' dun credit BOCC R.F.. 27 septembre 1994, 432 J.C.P.1994. 111 - 67053

(٤) المادة ٣٥ من القانون الفرنسي رقم ٢٣ الصادر في ٣٠يناير ١٩٧٨

وفي مصر أعطى المشرع للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان حيث نصت المادة ١٤٩ من القانون المدني المصري على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

هذه بداية أردنا توضيحها قبل الحديث عن التزامات مصدر البطاقة تجاه الحامل والتي نوردها فيما يلي:-

١- الالتزام بوفاء ديون العميل الناشئة عن استخدام البطاقة

يلتزم البنك (مصدر البطاقة) بدفع ثمن المشتريات والخدمات التي نفذها حامل البطاقة في حدود المبلغ المتفق عليه مع حامل البطاقة، حيث يكون البنك ضامناً في حدود هذا المبلغ، وفيما يجاوزه يكون يتلاعب العميل في الوفاء [١]. ويرى جانب آخر [٢] أن الجهة مصدرة البطاقة ترجع بما زاد عن الحد المسموح به على حامل البطاقة على أساس فكرة الإسراء بلا سبب وليس على أساس عقد الوكالة، لأن مصدر البطاقة قام بالوفاء في هذه الحالة من تلقاء نفسه وبدون الرجوع إلى العميل وبإرادته، لذلك فإن مطالبتها بالمبالغ الذي وقعتها زيادة عن المسموح به يكون على أساس الإثراء لحامل البطاقة بلا سبب.

أما إذا لم يحدد مبلغ الائتمان في العقد ففي هذه الحالة يكون مصدر البطاقة ملزماً بالوفاء بجميع العمليات التي نفذها حامل البطاقة، ولا يستطيع الحامل أن يحتج على مصدر البطاقة لمنعه من الوفاء، فهو لا يمكنه ذلك إلا في حالة ضياع البطاقة أو سرقتها [٣].

٢- التزام البنك بالإفصاح عن كافة المعلومات والمحاذير المترتبة على إصدار البطاقة.

---

(١) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – بند٥٤١ ص٦٦٦

أيضاً د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص٤٧٥، أيضاً ريبير – المرجع السابق – بند ٢٤٥٠

(٢) د. محمد توفيق سعودي – المرجع السابق – ص٢٩

(٣) CABBILLAC et TEYSSIE RTD COM. 1985. 793.

يشترط المشرع الفرنسي في المادة ٤ من القانون رقم ٢٣ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ أن يعلق البنك أو الجهة مصدرة البطاقة، للجمهور معلومات كافية عن المؤسسة المصرفية وطبيعتها القانونية ومضمون وحدة العملية التي تعلن عنها والثمن الإجمالي لها والرسوم والفوائد والعمولة والتعويضات وأي مبالغ أخرى مترتبة على العلاقة بين المصدر والحامل (المستهلك).

ويجب مراعاة أن الحامل لا يلتزم بسداد قيمة مشترياته أو الخدمات التي تلقاها والفوائد المستحقة عليها إن وجدت إلا من يوم سداد البنك للتاجر [١].

كذلك يلتزم البنك بإيضاح جميع المحازير وطرق الحفاظ على البطاقة لعميله وحالات الإبلاغ عن فقدها أو سرقتها وكيفية وسرعة هذا الإبلاغ ومسئولية العميل في حالة عدم الإبلاغ.

٣- التزام البنك بالتحقق من توقيع عميله على فواتير الشراء المرسلة من التاجر.

يلتزم البنك بالتحقق من توقيع عميله ومضاهاة هذا التوقيع على النماذج التي يحتفظ بها لديه، وإلا كان مسئولاً عن الوفاء غير الصحيح [٢].

فالبنك ملتزم بالوفاء للتاجر طالما تحقق من توقيع العميل (صاحب البطاقة)، والبنك في هذه الحالة يصبح ملتزماً شخصياً، ولا يمكنه التخلص من ذلك بنقص مقابل الوفاء أو إعسار العميل. فالبنك يعد ضامناً، ولكن هو لا يدفع إلا بعد التحقق من المستندات وتوقيع العميل [٣].

٤- التزام البنك بإرسال كشف حساب لحامل البطاقة

يلتزم البنك بإرسال كشف حساب لعميله من وقت لآخر، يبين بالتفصيل العمليات التي نفذها خلال المدة المحددة بالعقد وعادة تكون كل شهر.

---

(١) CREDOT, Conditions et effets des oppositions en matiere de cartes de paiement, P.4, 15 septembre 1986.

(٢) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق – ص٤٧٥

(٣) نقض تجاري فرنسي ٣٠ نوفمبر ١٩٨٢ – دالوز سيري – ١٩٨٣ – – ٤٧٠i.R مع تعليق فاسير. أيضاً نقض فرنسي ١٠ يوليو ١٩٩٠ – المجلة العدلية ١٩٩٠ – ٢١٦.

فيجب أن يتضمن كشف الحساب المرسل للحامل المشتريات التي نفذها، والرصيد المتبقي له، وما تم سحبه والرصيد الجديد، والمبلغ المسموح به بعد العمليات، والفائدة المستحقة -إن وجدت- وميعاد استحقاقها، وغير ذلك من البيانات التي تهم حامل البطاقة.

والبنوك عادة تشترط أنه يجب على العميل في حالة اعتراضه على كشف الحساب أن يبادر إلى ذلك في خلال شهر فإذا لم يبادر إلى ذلك في خلال شهر، فإذا لم يبادر إلى ذلك اعتبر قبولاً منه على بيانات كشف الحساب.

٥- التزام البنك بفتح اعتماد للعميل إذا اتفق على ذلك.

قد ينطوي الاتفاق بين مصدر البطاقة والحامل على قيام البنك بفتح اعتماد، وهذا الاعتماد قد يتطلب اتفاقاً مستقلاً كما هو الحال في بعض الأنظمة كما في النظام الفرنسي، وفي بعض الأنظمة الأخرى يكون هذا الاعتماد حتمياً [١].

ثانياً:- التزامات الحامل تجاه مصدر البطاقة:-

تتحدد التزامات الحامل تجاه مصدر البطاقة على أساس قيام العقد على الاعتبار الشخصي، لذلك يرتب هذا العقد التزامات الحامل.

والقاعدة أنه يجوز إثبات هذه الالتزامات بكافة طرق الإثبات باعتبار أن إصدار بطاقة الائتمان يدخل ضمن عمليات البنوك التي تعتبر من العمليات التجارية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات [٢]،ولكن يجب ملاحظة أن العقد المبرم بين الحامل ومصدر البطاقة يعتبر تجارياً بالنسبة للبنك باعتباره عملاً تجارياً يجوز إثباته في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات [٣]. أما إثبات هذا العقد في مواجهة العميل وبالتالي إثبات الالتزامات المترتبة عليه، إنما يتوقف على كون

---

(١) د. علي جمال الدين عوض -المرجع السابق- بند ٥١٤ ص٦٦٧

(٢) د. ثروت على عبد الرحيم- شرح القانون التجاري المصري الجديد- دار النهضة العربية- ٢٠٠٠- ص

أيضاً د. محمود سمير الشرقاوي- القانون التجاري- دار النهضة العربية- طبعة ١٩٨٢-ص

(٣) نص المادة ٦٩/١ تجاري على أنه"يجوز إثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على ذلك".

هذا العمل يعتبر تجارياً بالنسبة للعميل أم لا، فإذا كان هذا العميل تاجراً وتعلق عملية إصدار البطاقة بأعمال تجارته كان العمل تجارياً ويجوز في هذه الحالة إثبات الالتزامات بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان إصدار البطاقة لشخص ليس تاجراً ولا يتعلق إصدارها بعملية تجارية فإن التزامات العميل في هذه الحالة يجب إثباتها وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني والتي تشترط الكفاية في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على خمسمائة جنية أو كان غير محدد القيمة [1]. كما لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بغير الكتابة، كذلك تخضع المعاملات المدنية لقاعدة عدم جواز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين [2].

لذلك تحرص البنوك والمؤسسات الائتمانية على كتابة كل الاتفاقات التي تتم بينها وبين حامل البطاقة حتى تستطيع إثبات التزامات الحامل بسهولة بدون نزاع.

بعد هذا التمهيد سوف نقوم ببيان التزامات الحامل على النحو التالي:-

١- التزام الحامل بإعلام مصدر البطاقة بكل ما يتعلق بشخصه قبل إبرام التعاقد.

يلتزم الحامل بإعلام مصدر البطاقة بكل ما يتعلق بشخصه من حيث حالته المدنية، وموطنه، وعنوانه، ومهنته، والمؤهل الحاصل عليه، ودخله الشهري أو السنوي، وبصفة عامة جميع المعلومات التي تهم مصدر البطاقة قبل إبرام العقد، كما يلتزم الحامل بإخطار المصدر بكل ما يستجد أو يتغير من هذه المعلومات.

والغالب أن يتضمن الاتفاق المبرم بين مصدر البطاقة والحامل شرطاً يواجه حالة إفلاس أو الحجر على حامل البطاقة، بمقتضاه يلتزم الحامل أو السنديك الذي ينتقل إليه إدارة أموال المفلس أن يسارع إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة لإرجاع بطاقة الائتمان لمصدرها، فإذا استمر

---

(١) المادة ٦٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨المعدل بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢د. حسن أبو النجا- مبادئ وطرق الإثبات القضائي- المكتبة القانونية- ١٩٩٧-ص ١٣٢.

(٢) المادة ٢٩٥ مدني المعدلة بالمادة ١٥ من قانون الإثبات الجديد المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩، الجريدة الرسمية ١٩٤ مكرر أ في ١٩٩٩/٥/١٧- د. ثروت على عبد الرحيم – المرجع السابق-ص

حامل البطاقة أو السنديك في استعمال البطاقة فإن المبالغ التي استخدمها بعد شهر الإفلاس أو تاريخ قرار الحجر تعتبر ديناً على جماعة الدائنين ويلتزم السنديك بردها لمصدر البطاقة [1].

٢- التزام الحامل بالاستعمال الشخص للبطاقة:-

القاعدة العامة أنه لا يجوز لصاحب البطاقة السماح لأي شخص أخر باستخدام البطاقة، لأنه لا يحق له أن يتنازل عنها لغيره، لأن شخصية الحامل كانت محل اعتبار عند التعاقد، فلا يجوز له أن يحل محله شخص أخر دون موافقة مصدر البطاقة، فعلى الحامل أن يحافظ بصفة دائمة على البطاقة وعلى أي رقم سري صادر له وإبقائه تحت سيطرته الشخصية.

ولكن استثناء من ذلك أجاز القضاء الفرنسي لحامل البطاقة السماح لأفراد عائلته باستخدامه وفي هذه الحالة يكون الحامل مسئولاً عما نفذه الغير باستخدام البطاقة كما لو كانت صادرة منه شخصياً. وحينما تكون البطاقة مصدرة لحساب شركة وكان استخدامها مخصصاً للمديرين، فإن هؤلاء المديرين والشخص المعنوي يكونوا مسئولين بالتضامن عن استخدام هذه البطاقة [2].

كما يجوز للبنك إصدار بطاقة إضافية باسم أي شخص يفوضه حامل البطاقة الأصلي لاستخدامها على حسابه، ويكون حامل البطاقة الأصلي مسئولاً عما يترتب على استخدام البطاقة الأضافية التي تخضع لنفس شروط الاستخدام هذه، ولكن بالإضافة إلى سلطاته الأخرى يجوز للبنك إلغاء بطاقة المستخدم المفوض في أي وقت بناء على طلب كتابي من حامل البطاقة الأصلي وفور إعادة هذه البطاقة أو قيام المستخدم المفوض بتسليمها إلى البنك [3].

٣- يلتزم حامل البطاقة باستخدام البطاقة استخداماً سليماً

---

(١) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ١٦٩، أيضاً د. سميحة القليوبي- المرجع السابق-ص ٤٨٠.

(١) محكمة باريس ٥ يونيو ١٩٩٢ .RTD com ١٩٩٣- ٣٤٩ مع تعليق CABRLLAC

(٢) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٧٤ص ٦٧٣.

يلتزم حامل البطاقة باستعمال البطاقة بالطريقة المنصوص عليها في العقد، ويلتزم بتنفيذ شروط العقد بما يتفق ومبدأ حسن النية ولا يسئ استخدام البطاقة، ولا يحق له أن يتجاوز الائتمان المسموح به والمنصوص عليه في العقد [1]، فإذا جاوزت مشتريات العميل حد الرصيد فإن التاجر يضار لأن البنك لن يدفع له، وقد يتعرض العميل لجزاء جريمة النصب باعتبار تقديم البطاقة وسيلة احتيالية لايهام التاجر بوجود رصيد أو بوجود اعتماد وهمي، أما إذا كان القدر الزائد داخلاً في حدود ما يضمنه البنك فإن البنك سيدفع للتاجر الذي لن يصيبه ضرر، لكن البنك هنا يدفع على المكشوف وهذا يكون اعتماداً للعميل اجبارياً ولا جريمة فيه ويتحمله البنك باعتباره من مخاطر المهنة، ولا يكون أمامه إلا إبطال البطاقة للمستقبل ولا يجدد العقد [2].

هذا ويحق للبنك سحب البطاقة عند مخالفة العميل لالتزامه باستخدام البطاقة استخداماً سليماً لأن البطاقة تعد بمثابة وديعة يترتب على عدم المحافظة عليها اعتباره خائناً للأمانة ويتعرض للمسئولية الجنائية، بمعني ان العميل يلتزم قانوناً، بالحفاظ على البطاقة وإعادتها إلى البنك المصدر لها عند طلبه ذلك سواء بمناسبة انتهاء مدتها أو عدم رغبة أي منهما في تجديدها[3].

٤- الالتزام بالوفاء بقيمة المشتريات أو الخدمات

يعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق الحامل، حيث يلتزم العميل بالوفاء بقيمة مشترياته أو تعاملاته للبنك مصدر البطاقة إما فوراً أو كل شهر أو كل ثلاثة أشهر وفقاً للاتفاق بينهما ونوع وطبيعة البطاقة.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يخلو عقد من عقود بطاقات الائتمان من الشرط الخاص ببيان كيفية السداد ونظامه ومدته والجزاءات التي تترتب على مخالفته بل أن بعض العقود تتضمن اسم كفيل أو تأمين لضمان استرداد المبالغ التي يستخدمها حال البطاقة.

---

(1) د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٣٥.

(2) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٤٢ص ٦٦٧.

(3) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٧٩.
أيضاً د. محمد توفيق سعودي – المرجع السابق-ص ٣٥.

ويلتزم حامل البطاقة بالتوقيع على فواتير البيع في كل مرة يستخدم البطاقة لشراء السلع أو الحصول على خدمات معينة ويجوز التوقيع الإلكتروني بالرقم السري حيث يعتبر دليلاً كافياً على القبول [١].

وينشأ التزام حامل البطاقة بالوفاء بقيمة مشترياته أو الخدمات التي قدمها له التاجر بناء على توقيعه على فواتير الشراء أو تأدية الخدمة، بمعني أن توقيع حامل البطاقة على الفاتورة يمثل رضاءه بالالتزام ويمثل أيضاً التزامه للجهة مصدرة البطاقة بالوفاء بقيمة الفاتورة للتاجر [٢]. فالأمر بالدفع بواسطة بطاقة الائتمان أمراً محتوماً ونهائياً لا يجوز الرجوع فيه [٣].

لذلك لا يجوز للعميل حامل البطاقة عدم الوفاء للجهة المصدرة للبطاقة بحجة وجود دفوع يملكها هذا العميل قبل التاجر لأن الالتزام بقيام حامل البطاقة بسداد المبالغ التي استخدمها باستعمال بطاقة الائتمان من الالتزامات الشخصية التي يرتبها عقد الانضمام بين الحامل المصدر فلا يستطيع الحامل أن يتحلل منه بأثارة منازعات مع التاجر الذي تعامل معه [٤]

٥- الالتزام بالإسراع بإخطار مصدر البطاقة في حالة ضياعها أو سرقتها:-

إذا فقدت البطاقة أو سرقت وجب على العميل إخطار الجهة المصدرة للبطاقة فوراً وبالطريقة المحددة في تعاقده معها، وإلا تحمل نتيجة التأخير أو عدم الإخطار. وجرى العمل على الاكتفاء بالإبلاغ تليفونياً كطريق سريع مع تعزيز كتابي إلى الجهة مصدرة البطاقة ما لم يتفق على طريقة محددة للإخطار.

---

(١) محكمة Mntpellier ٩ أبريل ١٩٨٧- J.C.P ١٩٨٨-٢-٢٠٩٨٤ مع تعليق BOIZARD— RTD-١٩٨٨ -٢٦٩، وتعليق REV- CARBILLAC-بنك ١٩٨٧- ١٢٥-تعليق RTDCiv- MESTRE ١٩٨٨CREDOT -٧٥٨- تعليق

(٢) CARBRILLAC et TEYSSLE – RTD com- 1985- 793.

(٣) ريبير- المرجع السابق- بند ١/٢٤٥ ص ٥٥٨.

(٤) Recommondation no 94- 02 relative aux contrats porteurs des cartes de payment assorties au non d un credit BOCC R.F 27 septembre 1994 D.C.P 1994- 11. 67053.

ومنذ وقت إخطار مصدر البطاقة بضياعها أو سرقتها تنتقل المسئولية عن الاستعمال غير الشرعي للبطاقة من الحامل إلى المصدر حتى اللحظة التي يقوم فيها مصدر البطاقة بإخطار التجار الذين تعاقد معهم بواقعة السرقة أو الضياع عن طريق إدراج رقم البطاقة في قائمة المعارضات التي يرسلها دورياً إلى هؤلاء التجار. ومنذ وصول قائمة المعارضات مدرجاً فيها رقم البطاقة، يجب على التاجر فرض رقابته حتى لا تستعمل هذه البطاقة، وذلك عن طريق مراجعة قائمة المعارضات، وإلا انعقدت مسئوليته عن المبالغ التي استعملت فيها البطاقة بعد إخطاره بقائمة المعارضات عن الضياع أو السرقة[1].

المطلب الثاني

الالتزامات المتبادلة بين مصدر البطاقة والتاجر

أولاً:- التزامات مصدر البطاقة تجاه التاجر

العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر قائمة على عقد يسمى عقد المورد أو عقد التاجر *le contrat - fournisseur* ، وهو أيضاً عقد نموذجي قائم على الاعتبار الشخصي [2] .

يتم التعاقد مع التاجر بناء على طلب يتقدم به البنك مصدر البطاقة إلى المنظمة الأصلية صاحبة هذه البطاقة للتصريح له بالتعامل مع التجار لتحصيل فواتير مبيعاتهم التي تتم باستخدام البطاقة، سواء كانت البطاقات التي أصدرها لعملائها أو البطاقات المصدرة بمعرفة البنوك الأخرى، أي تكون مهمة البنك القيام بعملية المتلقي. وهذه العملية مختلفة عن عملية إصدار البطاقات.

بعد الحصول على موافقة المنظمة للتعامل في هذا النشاط يقوم البنك بإبرام عقود مع التجار لقيامه بتحصيل الفواتير لحسابهم [3].

---

(1) د. علي جمال الدين عوض – المرجع السابق – بند ٥٤٥ ص٦٦٩

(2) ريبير – المرجع السابق – بند ٢٤٥

(1) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٨٠.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن البنك في هذه الحالة إما أن يقتصر دوره على القيام بتحصيل الفواتير لحساب التجار، وبالتالي لا يقوم بالسداد لهم إلا بعد الرجوع للعميل وأخذ المستحقات منه [1]، وإما أن يعطي البنك للتاجر سلفة على حساب مدين بضمان هذه الفواتير لحين تحصيلها، وإما أن يقوم البنك بشراء الفواتير من التجار ويدفع كامل قيمتها لحساب التاجر مقابل عمولة[2].

وبالرجوع للقانونين الأنجليزي والأمريكي السابق ذكرهما- يتبين أنه لم يحدد علاقة مصدر البطاقة بالتاجر في عقد البطاقة، وإنما جعلا حرية التعاقد هي التي تحكم قضاياهما بموجب الاتفاق المبرم بينهما.

يتضح من ذلك ان هذا العقد يعتبر من العقود الرضائية الملزم للجانبين، ولكنه عقد مستمر يتطلب تنفيذاً متتابعاً.

وسوف نستعرض التزامات مصدر البطاقة تجاه التاجر فيما يلي:-

١- التزام مصدر البطاقة بإصدار بطاقات الائتمان وبالشكل المتفق عليه مع التاجر.

لكي يكون التعاقد بين مصدر البطاقة والتاجر له معني، لابد من قيام البنك باستقطاب عملاء يحملون بطاقات الائتمان، ولابد من أن تقوم جهة الإصدار بتطوير نظام البطاقات من وقت لأخر حتى تحقق هدفين الأول مصلحة التاجر والثاني حماية البطاقة من مخاطر التزوير او السرقة أو غيرها، لذلك يحتفظ مصدر البطاقة لنفسه بحقه في تعديل شكل البطاقة التي أصدرها

---

(٢) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر ١٩٨٢- دالوز سيري ١٩٨٣- I.R-٤٧٠ مع تعليق VASSEUR وايضاً نقض فرنسي ١٠ يوليو ١٩٩٠- المجلة العدلية- ١٩٩٠- ٢١٦.

(٣) NICOLAS, le nouveau contrat commercant- cartes Bancaires, Banque et droit 1989, 204

- CAMELOT, UN nouveau contart pour les titulaires d une carte .C.B, Banque.1990, 1100.

ولكن بشرط أن يتحمل تكاليف هذا التعديل. وقد يتم الاتفاق بين مصدر البطاقة والتاجر على اقتسام تكاليف هذا التعديل إذا كان من شأنه تحقيق مصلحة الطرفين كما تقدم [1].

٢- التزام مصدر البطاقة بتزويد التاجر بالأدوات التكنولوجية الحديثة في تنفيذ نظام بطاقات الائتمان:-

يلتزم مصدر البطاقة بتزويد التاجر بالأدوات اللازمة لتسجيل العمليات من بيع وشراء التي ينفذها العملاء باستخدام البطاقة، مثل آلة الضغط على السندات، وفواتير البيع، وسندات إرجاع البضاعة، وغير ذلك من الأدوات الكتابية والمستندات والآلات اللازمة لإتمام عملية البيع بين التاجر وحامل البطاقة.

وتزويد التاجر بمثل هذه الأدوات يكون محلاً لبعض الشروط الاتفاقية بين مصدر البطاقة والتاجر، وعادةً يحتفظ مصدر البطاقة بحقه في اختيار التعديلات الملائمة على هذه الأدوات وفقاً للدارسات والابتكارات التي يتقدم بها [2].

٣- التزام مصدر البطاقة بعمل حملات إعلانية عن بطاقات الائتمان وأسماء التجار الذين يقبلون التعامل بها.

يلتزم مصدر البطاقة بعمل حملات إعلانية بتعريف الجمهور بالبطاقة المصدرة وخصائصها وتسهيلاتها والمحلات التي يتم استخدامها فيها والمتعاقد معها، هذا الالتزام يقع أساساً على عاتق مصدر البطاقة إلا إذا وجد شرط في العقد بنقل هذا الالتزام على عاتق التجار.

٤- الالتزام بالوفاء للتاجر:-

يلتزم المصدر بالوفاء للتاجر بقيمة المشتريات التي تتم بواسطة البطاقة الائتمانية استناداً على العقد المبرم بينهم.

والتزام البنك تجاه التجار بتسديد قيمة الفواتير المعروضة عليه يكون التزاماً شخصياً ومباشراً وقطعياً لا يعطله عدم وجود رصيد للعميل، أو إعسار العميل. كما أن التزام مصدر

---

(1) HALGOUT "L utilisation en France des cortes de paiement et de credit" Banque 1977 P1320.

(2) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ١٢٣.

البطاقة أمام التاجر بموجب عقد الاتفاق بينهما يكون التزاماً مجرداً من الدفوع التي يمكن أن يتمسك بها العميل تجاه التاجر [1]

فلا يجوز للبنك التمسك في مواجهة التاجر بدفوع يملكها قبل عميله حامل البطاقة [2]، كالإدعاء بعدم كفاية رصيده لديه، أو بإعسار العميل أو باعتراض العميل على الوفاء [3].

ومما لا شك فيه أن التزام مصدر البطاقة على هذا النحو مشروط بتقيد التاجر بالالتزامات التي يفرضها البنك والقيام بكافة التعليمات و لم يكن هناك خطأ أو إهمال من التاجر، فيجب على التاجر الالتزام بالإجراءات المطلوبة منه، وفي الحدود المسموح بها لحامل البطاقة.

ويمكن حصر الحالات التي يعفى فيها مصدر البطاقة من الوفاء للتاجر في الحالتين التاليين:-

أ- عدم قيام التاجر بالإجراءات الصحيحة المطلوبة منه:-

كان يقوم التاجر بإثبات العمليات التي نفذها حامل البطاقة في فواتير أو نماذج غير المتفق عليها والمسلمة إليه من مصدر البطاقة أو عدم قيام التاجر باتباع الإجراءات المنصوص عليها بشأن تحرير الفواتير أو قام بإرسال نماذج مغايرة.

ب- تجاوز الحد المضمون والممنوح لحامل البطاقة والمنصوص عليه في العقد:-

في هذه الحالة لا تلتزم الجهة المصدرة للبطاقة بسداد هذه المبالغ الزائدة إلا بشرط التحصيل من حامل البطاقة [4]. ولكن إذا حصل التاجر من مصدر البطاقة على تصريح بتجاوز المبالغ المسموح بها لحاملي البطاقات، ففي هذه الحالة يجب على التاجر أن يذكر رقم التصريح الذي حصل عليه على الفاتورة قبل أن يوقع عليها حامل البطاقة[5].

---

(1) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر ١٩٨٢- دالوزسيري- ١٩٨٣- ١. - ٤٧٠R مع تعليق VASSEUR، وأيضاً نقض فرنسي ١٠ يوليو ٩٩٠- المجلة العدلية- ١٩٩٠- ٢١٦.

(2) فداء يحي الحمود - النظام القانوني لبطاقات الائتمان- دار الثقافة والنشر والتوزيع- عمان ١٩٩٩- ص ٤٣.

(3) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٥٠- ص ٥٥٨.

(4) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٤٣- ص ٦٦٨.

(5) د. فايز نعيم رضوان المرجع السابق- ص١٣٥.

٥- التزام مصدر البطاقة بإرسال قوائم البطاقات المزورة أو المفقودة أو المسروقة إلى التاجر:-

تلتزم الجهة المصدرة للبطاقة بإعلان التجار بقوائم البطاقات المزورة والمسروقة والمفقودة أول بأول وذلك عن طريق مؤسسات متخصصة لهذا الغرض أو دوائر تليفزيونية، حتى يتم تفادي قبول هذه البطاقة لدي التاجر، وحتي تتفادي الجهات المصدرة للبطاقة تحمل المسئولية.

لذلك ينبغي على التاجر في البداية التأكد من صلاحية البطاقة وأنها ليست ضمن قائمة المحظور التعامل بها.

ثانياً:- التزامات التاجر تجاه مصدر البطاقة

١- التزام التاجر بقبول البطاقات التي تعاقد على قبولها

يلتزم التاجر بقبول بطاقات الائتمان التي تعاقد على قبولها مع مصدرها إذا استخدمت بطريقة مشروعة وضمن التعليمات الواجب اتباعها عند استخدامها.

فالتاجر يلتزم بقبول التعامل بالبطاقة مع العملاء المترددين عليه دون أن يشترط الوفاء النقدي، وإلا تعرض لجزاء فسخ عقده مع البنك مصدر البطاقة، حيث يعد تعاقده والتزاماته في مواجهة البنك اشتراطاً لصالح الغير حامل البطاقة[١].

يلتزم التاجر بناءاً على ذلك بتقديم البضائع والخدمات بالسعر العادي لكل حاملي البطاقات دون تفرقة [٢]، وبدون إضافة العمولة التي يلتزم بدفعها التاجر لمصدر البطاقة [٣].

٢- التزام التاجر بالتحقق من صلاحية البطاقة والقيام بالإجراءات المطلوبة:-

على التاجر التأكد من سلامة وصلاحية البطاقة من خلال مراجعة التواريخ الخاصة بها مثل تاريخ ابتداء العمل بها وتاريخ انتهاء استعمالها لأن هذه البطاقة يكون لها مدة محددة فإذا أهمل في ذلك كان مسئولاً بموجب هذه البطاقة.

---

(٣) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٨١.

(١) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٥٠ص ٥٥٨، د. ادنيس حجل- بطاقة الاعتماد- مجلة المصارف العربية- عدد ٤٣ يوليو ١٩٨٤- ص ٢٥.

(٢) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ١٤٧.

بعد التأكد من صلاحية البطاقة، يقوم التاجر بالتأكد من حقيقة حاملها، ثم يضع البطاقة فوق الآلة المخصصة للطبع على الفاتورة في المكان الصحيح ثم يخرج التاجر الفاتورة من الآلة ويملاء البيانات المدونة عليه بكتابة واضحة.

ويجب على التاجر التأكد بعد ذلك من صحة توقيع حامل البطاقة على الفاتورة بمضاهاته بنموذج التوقيع الموجود على البطاقة ذاتها، حيث تنعقد مسئولية التاجر إذا أهمل في التأكد من صحة توقيع حامل البطاقة [1]، كما عليه التأكد بأن البطاقة ليست من ضمن قائمة البطاقات الممنوعة لسرقتها أو تزويرها أو فقدها.

على التاجر أن يتأكد بعد ذلك من أن المعلومات المدونة على سند البيع واضحة وكاملة على الصور الأربعة، ثم إعطاء حامل البطاقة صورة الفاتورة، ورد البضاعة لصاحبها، وتسليمه البضاعة.

يلتزم التاجر بعد ذلك بإرسال فواتير المبيعات للجهة مصدرة البطاقة، ويحدد العقد الموقع بينه وبين هذه الجهة المدة التي يلتزم فيها التاجر بإرسال صور الفواتير.

٣- يلتزم التاجر بالا ينجز المعاملة مع الحامل في الحالات الآتية:-

أ- إذا كانت البطاقة في قائمة البطاقات الموقوفة والمرسلة إليه من المصدر.

ب- إذا كانت مدة صلاحية البطاقة منتهية.

ج- إذا كان العميل تجاوز سقف رصيد بطاقته إلا إذا حصل التاجر على تفويض من مصدر البطاقة باتمام عملية البيع.

٤- يلتزم التاجر بتحمل المسئولية فيما يتعلق بأي دعوى، أو فقد، أو ضمان ينشأ عن أي معاملة تجارية بينه وبين حامل البطاقة،ودون أن يكون لمصدر البطاقة أي مسئولية في ذلك.

---

(١) نقض فرنسي ٢ ديسمبر ١٩٨٠- دالوز- ١٩٨١- ٥٣٢ i.R- مع تعليق VASSEUR

ولكن هذا لا يمنع من التزام مصدر البطاقة بإمداد كل من التاجر وحامل البطاقة بالمعلومات التي تكون لديه ومتعلقة بالنزاع بينهما، بل يلتزم مصدر البطاقة بإمداد أياً من الطرفين بأدلة الإثبات التي يكون محتفظاً بها وتؤدي إلى حسم النزاع بين التاجر وحامل بطاقة الائتمان[1].

٥- التزام التاجر بدفع العمولة لمصدر البطاقة:-

يلتزم التاجر بدفع رسم عضوية، وعمولة الخدمات أو المبيعات على إجمالي مبالغ الفواتير وهذه العمولة يقوم مصدر البطاقة بخصمها من مستحقات التاجر، حيث يحق للبنك اقتطاع عمولة من قيمة الفواتير التي تسددها للتاجر [2]. تتراوح نسبة هذه العمولة عادة بين (٠,٥% و ٢,٥%) وذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في العقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة [3].

وتختلف نسبة العمولة المعروضة على التجار من قبل مصدري البطاقات، فقد تنخفض نسبة العمولة التي يتقاضاها مصدر البطاقات من المحلات التجارية الكبيرة، حيث تكون أرقام المبيعات مرتفعة جداً، والتوقعات كبيرة.

من السياسات الاقتصادية التي يتبعها مصدر البطاقة فرض نسبة متفاوتة على قيمة المبيعات بحيث يراعي ما يدر منها ربحاً عالياً على التاجر، فترتفع نسبة العمولة عليه، وما كان منها محدد السعر والربح رسمياً فتنخفض النسبة عليه، مثل البترول ومشتقاته [4].

المطلب الثالث

الالتزامات المتبادلة بين التاجر وحامل البطاقة

أولاً: التزامات حامل البطاقة تجاه التاجر

---

(١) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ١٤٨.

(٢) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٤٣-ص ٦٦٨.

(٣) د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق-ص ٤٩.

(٤) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان – المرجع السابق- ص ١٣٢.

ينظم العلاقة بين التاجر وحامل البطاقة العقد المبرم بين كل منهما والبنك مصدر البطاقة، بالإضافة إلى العلاقة العقدية الجديدة بينهما وهي عقد الشراء أو عقد الالتزام بتقديم الخدمة.

بناء على ذلك يمكن بيان التزامات حامل البطاقة تجاه التاجر على الوجه التالي:-

١- يلتزم الحامل بالتوقيع على فاتورة الشراء أو تقديم الخدمة:-

يلتزم حامل البطاقة بالتوقيع على فاتورة الشراء ليستطيع التاجر تحصيلها ومتى وقع العميل الفاتورة فإن حق التاجر لا ينقضي إلى بوفاء هذه الفاتورة [١].

فالاتجاه الغالب في الفقه يذهب إلى أن التزام العميل لا ينقضي قبل التاجر لمجرد توقيعه على الفاتورة المقدمة من التاجر أو التوقيع الإلكتروني بالرقم السري على الآلة بل بالوفاء الفعلي من البنك المصدر للبطاقة وإلا كان للتاجر حق الرجوع مباشرةً على العميل المشتري على أساس العلاقة التعاقدية بينهما [٢]

وهذا الاتجاه يري أن التاجر يلتزم بالرجوع مباشرة على مصدر البطاقة بقيمة مطالبته، وعدم الرجوع على العميل حامل البطاقة إلا بعد أن يرفض مصدرها الوفاء له.

ولكن يبدو أن ما ذهب إليه أغلب الفقه في هذا الموضوع لا يتفق مع ما ذهب إليه القضاء الأنجليزي في قضية صدر الحكم في ٤ يوليو ١٩٨٨ من محكمة الاستئناف تتلخص وقائعها في أن البطاقة مصدرها بنك بينه وبين المحلات الموردة للسلع والخدمات اتفاق يسمي *Franchise agreement* تقبل بموجبه هذه المحلات البيع إلى كل من يحمل بطاقة مقابل

---

(١) د. سميحة القليوبي – المرجع السابق- ص ٤٨٤.
أيضاً د. على جمال الدين عوض- عمليات البنوك من الوجهة القانونية- المرجع السابق- بند ٥٤٤- ص ٦٦٩.
ايضاً د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص ٤٧، أيضاً د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٦٣.

(٢) د. على جمال الدين عوض- الاعتمادات المصرفية وضماناتها- دار النهضة العربي- ١٩٩٤- ص ١٤٢.

إبرازه هذه البطاقة وتوقيعه على فاتورة الثمن، وفي نهاية كل شهر يتقدم المحل البائع بالفواتير إلى البنك لصرف قيمتها خلال مدة معينة (خمسة أيام) بعد خصم عمولة للبنك متفق عليها. وبين كل حامل بطاقة والمحل الذي يشتري منه عقد على شراء كل سلعة أو على أداء خدمة يحصل عليها منه يسمي *forecourt contract* وهو العقد الذي يتم فيه توريد السلعة أو اداء الخدمة مقابل البطاقة، حيث يتم سداد الثمن بواسطة البنك. ولكن حدث ان عجز عن سداد الفواتير التي تقدم إليه من أصحاب المحلات. وفي أحدى هذه الحالات اختار البنك او شركة مصدرة البطاقات ان يلجأ إلى التصفية الاختيارية، وعهد المصفي إلى أحدى شركات التحصيل بأن يقوم بتحصيل الديون المستحقة على حاملي بطاقات الائتمان وتجمع لديها مبلغ ٢مليون جنية استرليني، أراد أصحاب المحلات الحصول على حقوقهم من هذا المبلغ ومن حملة بطاقات الائتمان بالرجوع عليهم مباشرةً واقاموا دعوى بذلك مستندين إلى أن الوفاء بواسطة بطاقات الائتمان يعتبر وفاء مشروطاً بأن يتم التحصيل، فإذا لم يتم التحصيل كان للدائن (أصحاب المحلات) أن يرجع على حامل بطاقة الائتمان طالباً إليه ان يؤدي الثمن لأن الوفاء بموجب بطاقة الائتمان والفاتورة المحررة عند الشراء لم يتم، ورأوا أن هذا يشبه الوفاء بالشيك، فهو وفاء مشروط بشرط تحصيل الشيك فإذا رفض جاز الرجوع على الساحب. وهذا يشبه الوفاء باعتماد مستندي حيث أنه إذا لم يدفع البنك قيمة خطاب الاعتماد عند تقديم المستندات جاز للبائع الرجوع على المشتري بموجب عقد البيع لأن الوفاء بخطاب الاعتماد المستندي وفاء مشروط بشرط دفع قيمته إلى البائع عند تقديم المستندات.

غير أن القضاء الإنجليزي رفض الدعوى استناداً إلى ما يلي:-

أولاً:- أن هناك اختلافاً بين مطابقة الائتمان والشيك كوسيلتين للوفاء، لأن المستفيد من الشيك لم يقبله سداداً نهائياً لدينه، و لم يتعهد له البنك بأن يدفع قيمة الشيك، الشيك إذ لا توجد علاقة تعاقدية بينه وبين ذلك البنك، بينما في حالة بطاقات الائتمان توجد علاقة تعاقدية بين صاحب المحل (التاجر) وبين الشركة مصدرة بطاقة الائتمان تعهدت فيه هذه الأخيرة بأن تؤدي إليه قيمة ما يشتريه حملة بطاقات الائتمان. لذلك فإنه يقبل هذه البطاقة على انها وفاء نهائي.

ثانياً:- هناك اختلاف أيضاً بين بطاقة الائتمان وخطاب الاعتماد المستندي وذلك من الأوجه التالية:-

أ- ان الاعتماد المستندى يتعلق ببيوع كبيرة الحجم بينما تستعمل البطاقة في بيوع صغيرة القيمة.

ب- أن الاعتماد المستندي يؤدي عمولة البنك قيمة المشتري، اما بطاقة الائتمان فيحصل البنك على عمولة فيها من البائع.

ج- ان هناك تشابهاً بين خطاب الاعتماد وبطاقة الائتمان في أن كلاً منهما يوجد وراءه التزام على البنك (او مصدر البطاقة) بأن يدفع قيمة الفواتير التي تقدم إليه.

د- في خطاب الاعتماد يختار المشتري البنك الذي يصدره وكلما يفعل ذلك البائع ولذلك يحق للبائع أن يعتبر الأمر متوقفاً على حصوله على النقود ولا يكتفي بخطاب الاعتماد وفاء نهائياً. أما في بطاقة الائتمان فإن البائع هو الذي يختار البنك الذي يقبل بطاقاته ويتعامل مع عملائه لذلك فإنه بما أبرمه من عقد مع هذا البنك (مصدر البطاقة) يعتبر قابلاً لاعتبار هذه البطاقات وفاءاً نهائياً معتمداً على البنك في الحصول على حقه.

ثالثاً:- أنه لتحديد ما إذا كان الوفاء ببطاقة الائتمان مشروطاً او نهائياً، يجب تحليل العلاقات بين الأطراف لاستخلاص نيتهم. يخلص من هذا التحليل:-

أ- أن حامل بطاقة الائتمان قد اتفق مع البنك أو الشركة مصدرة البطاقات على أن يكون من حق البنك أن يخصم من حساب حامل البطاقة قيمة الفواتير حتى قبل أن يؤديها إلى التاجر، وهذا يفيد أن الطريق المرسوم بين الأطراف هو ان يؤدي حامل البطاقة إلى البنك ويؤدي البنك إلى التاجر ولا يتصور أن يكون قصد الأطراف هو أن يدفع حامل البطاقة مرتين مرة إلى البنك ومرة إلى التاجر. ولذلك لا يجوز للتاجر أن يرجع على حامل البطاقة وكل ماله أن يرجع على البنك.

ب- يؤدي ما تقدم أن التاجر لم يضع في اعتباره في وقت ما الرجوع على حامل البطاقة، فهو لا يحتفظ بعنوان ولا بمعلومات عنه، ولو كان لوفاء ببطاقة الائتمان مشروطاً لحرص التاجر على الاحتفاظ بالمعلومات التي تمكنه من الرجوع على حامل البطاقة [1].

يمكن القول بان القضاء الأنجليزي ينظر إلى بطاقات الائتمان كوحدة واحدة، أي كعلاقة واحدة لها ثلاثة اطراف تقوم على الإنابة الكاملة التي تبرأ فيها ذمة المدين (الحامل) ويقبل الدائن(التاجر) الرجوع على مدين أخر(مصدر البطاقة) بالدين فينوب البنك عن حامل البطاقة في الوفاء إلى التاجر، وينقضي دين الحامل ولا يصبح إلا حق الرجوع على مصدر البطاقة باعتباره المدين الوحيد.

٢- يلتزم العميل تجاه التاجر بأن تكون بطاقته صالحة وحقيقية.

فإذا كانت بطاقته غير صالحة أو مزورة أو مرفوضة واستعمل الحامل طرق احتيالية لايهام التاجر بأنها صالحة وحقيقية كان الحامل مرتكباً لجريمة النصب [2]، ونري في هذه الحالة أحقية التاجر في الحصول على تفويض من الحامل.

ثانياً:- التزامات التاجر تجاه حامل البطاقة

١- التزام التاجر ببيع السلع بسعرها النقدي دون زيادة، وأن لا يكون بالسلعة عيب، وفي ذلك تنص المادة ٧٥ من قانون الائتمان الاستهلاكي الانجليزي رقم ٧٥ الصادر عام ١٩٧٤ على انه"إذا اشتري حامل البطاقة بضاعته لم يرتح لنوعيتها أو مستوي جودتها، او حصل على خدمة معينة بطريق البطاقة و لم يكن راضياً عنها، فإن لحامل الحق في إقامة دعوى على التاجر الذي اشتري منه تلك البضاعة، والشخص الذي حصل منه على الخدمة غير المرضي عنها، وكذلك له الحق في إقامة الدعوى على المقرض مصدر البطاقة، وعليهما اعني التاجر ومصدر البطاقة معاً"

---

(١) د. محي الدين إسماعيل علم الدين- المرجع السابق- ص ٧٥٤عرض هذا الحكم وتحليله في:
HOWAED, JOHANSON: Credit cards internat omal Banking law"November 1988) P 82- 83

(١) د. على جمال الدين عوض- المرجع السابق- بند ٥٤٢-ص ٦٦٧.

وحماية لحامل البطاقة قررت المادة ٢/٩من القانون الفرنسي الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ المتعلق بحماية المستهلك أن المحكمة في حالة النزاع حول تنفيذ عقد البيع بين التاجر وحامل البطاقة أن توقف تنفيذ عقد الاعتماد إلى أن يتم الفصل في النزاع. وإذا حكم في النزاع المتعلق بعقد البيع بالفسخ او البطلان، قررت المادة ٣/٩ من القانون الفرنسي بأنه يستطيع مصدر البطاقة (المؤسسة الائتمانية) في هذه الحالة الرجوع على التاجر إذا كان هو المتسبب في بطلان أو فسخ عقد البيع بتعويضه

(أي المصدر) عن الأضرار التي أصابته نتيجة البطلان أو الفسخ والمتمثلة في عدم استحقاقه الفوائد عن المبالغ التي كانت مستحقة".

٢- يلتزم التاجر بانه في حالة رد البضاعة من قبل مشتريها حامل البطاقة أن لا يدفع له قيمتها نقداً، ولكن يعد سند الدين بالصيغة المعدة، ويرفعها مع المستندات الأخرى التي سيودعها لتسحب من حسابه لدي البنك مصدر البطاقة، أو بأي طريقة يتم الاتفاق عليها لتسوية ذلك بين التاجر والمصدر للبطاقة [١].

٣- يلتزم التاجر بجميع الالتزامات التي تترتب بموجب عقد البيع كالتسليم الفوري للبضائع المشتراة بموجب عقد البيع أو تسليمها بتاريخ معين أي وضعها تحت تصرف المشتري وذلك إما بالمناولة المادية أو التسليم الفوري، وغير ذلك من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع [٢]

---

(١) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٦٦.

(٢) د. مختار بريري- قانون المعاملات التجارية- دار النهضة العربية- ١٩٩٦-ص ٢٢.

الفصل الثاني
التكييف القانوني لبطاقات الائتمان

تمهيد وتقسيم:-

تبدو اهمية البحث عن الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان، في أنه يترتب عليه تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على هذه البطاقات والرجوع إلى الأصل القانوني لهذا النظام.

إن تحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، وإلى أي النظم القانونية ينتمي وإلى أي المراكز القانونية يوضع إنما هو من الموضوعات الحيوية التي تساعد القضاء على تحديد القواعد القانونية التي تطبق على النزاع المعروض أمامها، خاصةً إذا أثير نزاع بين أطراف البطاقة بشأن مطالبتهم لبعضهم البعض في خارج إطار العلاقات القانونية. كما أنه يساعد من ناحية اخرى اطراف العلاقة (مصدر البطاقة- التاجر –الحامل) على صياغة الاتفاقات القانونية بينهما بما يتفق مع الطبيعة القانونية لهذا النظام، لأن ذلك يساعد على استكمال الحقوق والالتزامات التي عجز الأطراف عن تقريرها او لم يصرحوا بها في اتفاقاتهم. كما أن تحديد الطبيعة القانونية لهذا النظام بالرجوع إلى الأصل القانوني إنما يساعد على استكمال الأحكام التي تستجد والتي تكتشف فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بهذا النظام.

لذلك يقع على عاتق الفقه والقضاء تحليل هذا النظام ووضع القواعد القانونية التي تتماشى مع التطورات الحديثة والتكنولوجيا المتطورة في مجال المعاملات التجارية، فيجب على الفقه أثناء تحليله لهذا النظام وبيان طبيعته القانونية أن يتحرر من القوالب القانونية التقليدية والبحث عن وسائل وطرق للتعاقد تتفق مع التطور في مجال المعاملات التجارية. فيجب التحليل الداخلي والخارجي لطبيعة هذا النظام وإظهار أبعاده ونتائجه لإيجاد تصور كامل وصحيح. إن التحليل العلمي والتكييف الفقهي السليم يساعد على توحيد الرأي الفقهي.

لذلك يجب على الفقه عند تحديد الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان اختيار الأصول القانونية التي تتفق وهذا النظام، والتي يتوافر فيها الثقة والائتمان اللذان يجب ان يتوافرا

في المعاملات التجارية وكذلك الوسائل التي تمتاز بالسرعة الناتجة عن استعمال التقدم التكنولوجي والذي يتلاءم في الوقت الحالي مع إبرام الصفقات التجارية.

إن الغاية من بيان التكييف القانوني لبطاقات الائتمان هو محاولة لإيجاد نظام قانوني متطور يمكن انطباق احكامه على بطاقات الائتمان ونظامها ومميزاتها باعتبارها اداة وفاء وأداة ائتمان في ذات الوقت، بحيث يشمل هذا النظام جميع المزايا وخصائص العلاقات المتبادلة في بطاقات الائتمان، وما لأطرافها من حقوق وما عليهم من التزامات مستمدة من طبيعة العلاقة متعددة الأطراف، وما يترتب على هذه العلاقة من حقوق والتزامات لكل طرف تجاه الأخر.

وإذا ما استعرضنا المحاولات الفقهية والقضائية والتشريعية لتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان نجد انها تنقسم إلى ثلاثة اتجاهات:-

الاتجاه الأول:- ينظر إلى بطاقات الائتمان على أنها ذات علاقات متعددة وينظر إلى كل عقد من العقود التي تبرم بمناسبة نظام بطاقة الائتمان كعقد مستقل، ويعطي كل من هذه العقود وصف قانوني قد يختلف عن عقد اخر أبرم لاستكمال هذا النظام.

وهذا الاتجاه هو ما قرره القانون الإنجليزي لائتمان المستهلك رقم ٧٥ الصادر عام ١٩٧٤ حيث نص على ان عقود اتفاقية أدوات الإقراض ليست اتفاقية واحدة، ولكنها تتضمن اتفاقيات مختلفة فهي:- اتفاقية بين مقرض ومقترض، واتفاقية بين مقرض ومقترض، وتاجر. واتفاقية بين مقرض وتاجر. ولابد أن ينظر إلى كل اتفاقية على حدة منفصلة عن اخرى [١]. فهنا ثلاثة عقود منفصلة من ثلاثة أطراف منفصلين كل واحد منهم طرف في عقدين من العقود الثلاثة، ولكن ليس واحد منهم طرفاً في العقد الثالث [٢].

---

(١) JONES, SALLY, the law relating to credit cards London: BSP, professional Books 1989. P 113

(١) AL-MELHEM Ahmad A. the legal regeme of payment cards, Comparative study between American , British and Kuwait law with particular Reference to credit card, these for the degree of R hd, in the faculty of law: England: University of Exeter 1990 P 356 - أنظر د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان المرجع السابق- ص ١٠٢

ويبدو أن هذا الاتجاه هو مسلك المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالنظام القانوني لبطاقات الائتمان حيث تطلبت المادة ٩ من القانون الفرنسي رقم ٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ أن يحدد في عقد فتح الاعتماد قيمة الأموال أو الخدمات التي يمولها هذا الاعتماد لذلك استقر الفقه الفرنسي على أن عقد بطاقة الائتمان عقد مستقل، فهو قرض شخصي من حيث شكله وقابليته للتجديد، وهو في نفس الوقت اعتماد مخصص حيث ان المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة تعلم التاجر الذي يرتبط معها بعقد والذي يقوم بإخطارها أولاً بأول بالمبالغ المستعملة من الاعتماد وطبيعة المشتريات التي تفرض حامل البطاقة [1]. فالواضح أنه رغم استغلال عقد الاعتماد بين مصدر البطاقة والتاجر إلا أنه مرتبط من ناحية أخري بالعقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة،وعقد البيع بين الحامل والتاجر، ويؤكد ذلك نص المادة ٩ من القانون الفرنسي رقم ٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ في فقرتها الثانية حيث قررت أن المحكمة تستطيع في حالة النزاع حول تنفيذ عقد البيع بين التاجر وحامل البطاقة أن توقف تنفيذ عقد الاعتماد إلى ان يتم الفصل في النزاع. ويؤكد هذا الترابط بين العقود الفقرة الثالثة للمادة ٩ سالفة الذكر التي تقرر بأن يبطل عقد فتح الحساب أو يتم فسخه تلقائياً بمجرد بطلان او فسخ العقد الأصلي بين الحامل والتاجر وهو العقد الذي يخصص الاعتماد لتغطية تكاليفه. لذلك يجب أن تتضمن عقود البيع أو تقديم الخدمات التي استعملت فيها بطاقة الائتمان الإشارة إلى الاعتماد الممنوح من مصدر البطاقة،ونصت المادة ٢٤ من القانون الفرنسي رقم ٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ على عقوبة الغرامة على تخلف هذا البيان.

الاتجاه الثاني:- ينظر إلى بطاقة الائتمان كوحدة واحدة دون النظر إلى كل عقد مستقل عن الأخر. ويجمع انصار هذا الاتجاه موضوع واحد هو ضمان مصدر البطاقة أو عدم ضمانه للمبالغ المستخدمة من حامل البطاقة للتاجر [2].

---

(١) د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق- ص٢٢٠.

(٢) المرجع السابق رقم ٣٣٦- ص ٤٣٣ CHABRIE

ويبدو أن هذا الاتجاه هو ما قرره القانون الأمريكي حيث يعتبر نظام بطاقة الائتمان عقداً واحداً مكوناً من ثلاثة اطراف، مصدر البطاقة، وحامل البطاقة العميل، والتاجر، هذا التصوير مستفاد مما يقرره هذا القانون من أن إصدار البطاقة من قبل البنك لحاملها هو مجرد عرض بتقديم ائتمان من قبله لحامل البطاقة، يعد هذا العرض قبولاً من قبل حامل البطاقة عندما يستلزمه لدفع مشترياته من التاجر[1].

الاتجاه الثالث:- يري هذا الاتجاه أن محاولة الفقه التقليدي إدخال نظام بطاقات الائتمان تحت القوالب التشريعية التقليدية يعتبر عقبة أمام التطور الذي تقوم عليه المعاملات التجارية التي لا تعرف الجمود لذلك يري هذا الاتجاه ضرورة التحليل القانوني للأنظمة الحديثة ووضع الأنظمة القانونية الخاصة بها. وتشكك هذا الاتجاه حول مقدرة أي نظام قانوني قائم او تقليدي على احتواء نظام بطاقات الائتمان ويري أن لها طبيعة خاصة.

لذلك سوف نقوم ببيان هذه الاتجاهات الثلاثة كلاً في مبحث مستقل:-

والجدير بالذكر في هذا المجال أن مجموع الحقوق والالتزامات المترتبة على إصدار هذه البطاقات، وخصائص هذه البطاقات ومميزاتها أنما هي المحدد الأساسي لوضع التكييف القانوني لها.

بالإضافة لبيان الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان. موضح التكييف الشرعي لها، حيث أن بطاقات الائتمان بخصائصها وأقسامها وأنواعها وإجراءاتها تعتبر عقداً جديداً على الفقه الإسلامي، لا يندرج في صورته الكلية تحت عقد واحد من عقود المعاملات الشرعية المعروفة في المشروعات الفقهية، حيث تتعدد الأطراف وتتنوع العلاقات والالتزامات، ومن الصعب تكييفه في صورته الكلية بعقد واحد، ولكننا نؤمن من ناحية أخرى بأن صيغ المعاملات الإسلامية في الفقه الإسلامي تتسع لاستيعاب المستجدات العصرية سواء بدخولها في صيغة واحدة أو دخولها في صيغ مركبة.

---

(1) المادة ١٦٠٢ من قانون الولايات المتحدة للحكومة الفيدرالية.

راجع د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ١٠٣.

لذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية:-

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان بالنظر إلى علاقاتها المتعددة

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان كوحدة واحدة.

المبحث الثالث: الطبيعة الخاصة لبطاقات الائتمان.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان بتحليل علاقاتها المتعددة

هذا الاتجاه يذهب في تحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان إلى تكييف كل عقد من العقود التي يؤدي إلى وجود النظام القانوني لهذه البطاقات. وعلى وجه الخصوص العقد الذي يربط مصدر البطاقة بالحامل والعقد الذي يتم بين مصدر البطاقة والتاجر، باعتبار أن هذين العقدين هما أساس نظام بطاقات الائتمان، حيث يستقل كل عقد من هذين العقدين عن الأخر بطبيعته القانونية.

ويبدو أن هذه هي وجهة نظر الفقه الفرنسي أيضاً [1]، حيث ينظر إلى بطاقة الائتمان على أنها عقدين، أحدهما بين مصدر البطاقة والحامل ويسميه عقد انضمام، والعقد الأخر بين مصدر البطاقة الحامل ويسميه عقد المورد [2]، ولكن الفقه الإنجليزي والقانون الإنجليزي ينظر بذات الأهمية للعلاقة بين التاجر وحامل البطاقة لأنها ترتب مسئوليات على عاتق كل من التاجر ومصدر البطاقة[3].

لذلك سوف نتناول تحديد الطبيعة القانونية لكل عقد من هذه العقود على النحو التالي:-

أولاً:- الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط مصدر البطاقة وحاملها

ينظر القانون الإنجليزي لائتمان المستهلك رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٤ إلى هذا العقد على أنه عقد بين مقرض ومقترض، لأن كلمة *credit* ورد تحديد معناه في الفصل التاسع لهذا القانون على انها تعني الدين النقدي، كما أن أطراف عقد هذا النوع من البطاقات يسمي مقرضاً (*creditor*) ومقترضاً

---

(1) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٥-ص ٥٥٧.

(2) NICOLAS , ٢٠٤ المرجع السابق- ص

* CAMELOT, ١١٦٦ المرجع السابق- ص

(3) JONES, SALLY ١٩٨ المرجع السابق- ص

(*Borrower*) [١]، كما ورد تحديد معني اتفاقية صيغة القرض (اتفاقية إصدار البطاقة) في المادة الأولى من الفصل الرابع عشر، من القانون الإنجليزي الصادر عام ١٩٧٤ بأنها "اتفاقية عادية بقصد اشتراط قرض، بصيغة من صيغ القرض، في حدود الاتفاقيات العادية ضمن قانون قرض المستهلك رقم ٧٥ الصادر في عام ١٩٧٤[٢] .

ومن المعروف أن القرض إما أن يكون قرضاً جارياً، وهو الذي يسحب منه المقترض كلما طرأت له حاجة من وقت لأخر حتى يبلغ المقدار المحدد، وإما أن يكون قرضاً ثابتاً وهو مقدار من النقود يتسلمه المقترض دفعة واحدة أو على دفعات.

لذلك ينظر إلى بطاقة الائتمان وفقاً لأحكام القانون الإنجليزي على انها من هذا النوع الجاري من القروض، إذ يتفق الطرفان: المقرض والمقترض على الحد الأعلى للقرض، يستفيد منه المقترض بطريق البطاقة بقصد الحصول على احتياجاته من السلع والخدمات، والسحب النقدي من المقرض، أو التاجر (الطرف الثاني) في حدود المبلغ المقرر [٣].

ورغم أن هذه العلاقة بين مصدر البطاقة والحامل والقائمة على عقد القرض تقتضي إلا يكون مصدر البطاقة مسئولاً ولا ضامناً للبضاعة المعيبة التي يشتريها حامل البطاقة من التاجر، ولا يكون مطالباً بحال من الأحوال من قبل المقترض بإعادة دفع القيمة إليه. إلا ان المادة ٧٥ من قانون إقراض المستهلك الإنجليزي أكدت مسئولية مصدر البطاقة عن أي نقص، أو مخالفة تحدث من قبل التاجر، ذلك أنه توجد علاقة تجارية قوية بين مصدر البطاقة والتاجر الذي قبل البيع ببطاقة الإقراض، وان حامل البطاقة يتعامل مع مصدر البطاقة ذي السمعة الطيبة والشهرة الجديدة، فقد عقد عليه الثقة، وأنه لا يتعامل ولا يضع في قائمته إلا التاجر ذا السمعة الطيبة [٤] .

---

(١) JONES, SALLY المرجع السابق-ص ٨٠

(٢) JONES, SALLY المرجع السابق-ص ١٠٢- ١٠٣

(٣) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ٥٠.

(١) AL MELHEM, A, AHMED المرجع السابق- ص ٢٥٣

فالمادة (٧٥) تعطي المقترض صاحب البطاقة الحق في إقامة الدعوى على الطرفين مادامت مرتبطين ببعضهما فهذا النوع من الاتفاقات المكونة من ثلاثة اطراف رئيسية عادةً ما يعمل كل واحد منهم باستقلالية تامة ولمصلحته الخاصة في كل معاملة تجارية لكن قد تكون علاقته بالأطراف الأخرى علاقة وكالة في الوقت نفسه [١].

ويذهب الفقه الفرنسي [٢]، والقانون الفرنسي رقم ٢٢ الصادر في ١٠ يناير لسنة ١٩٧٨ إلى اعتبار العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها من قبيل عقود فتح الاعتماد، وهذا العقد يتعهد مصدر البطاقة بان يضع تحت تصرف العميل (حامل البطاقة) سواء أكان ذلك مباشر أو غير مباشر، أداة ائتمان في حدود مبلغ معين ولمدة محددة أو غير محددة[٣].

فقد تطلبت المادة ٩ من القانون الفرنسي رقم ٢٢ الصادر في ١٠ يناير ١٩٧٨ بان يحدد في عقد فتح الاعتماد قيمة الأموال أو الخدمات التي يمولها هذا الاعتماد.

كما أن محكمة النقض الفرنسية أيدت هذا الاتجاه [٤]، حيث قامت بتكييف العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها على أنها عقد فتح اعتماد يتضمن وعداً بالقرض، ونحن نؤيد هذا الاتجاه ونري ان هذا العقد من قبيل عقد الاعتماد والذي يتضمن وعداً بالقرض، لأن ذلك ينطبق على حامل البطاقة الذي يتمتع بمهلة للسداد لمصدر البطاقة عند قيامه بالشراء من التاجر، وينطبق أيضاً على حالة قيام الحامل يفتح حساب جاري دائن لدي المصدر للبطاقة، لأنه في حالة عدم تغطية الحساب لقيمة المشتريات يكون هناك وعداً بالقرض من البنك لتغطية ذلك.

---

(٢) د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان- المرجع السابق- ص ١٠٤.

(٣) راجع NICOLAS- المرجع السابق- ص ٢٠٤.
أيضاً SAMELOT – المرجع السابق- ١١٦٦.

(٤) د. على البارودي- القانون التجاري- الجزء الأول- عمليات البنوك- منشاة المعارف- ١٩٨٤-ص ٣٦٥.
أيضاً د. حسني المصري- عمليات البنوك- دار الفكر العربي- ١٩٨٧-ص ٥٠-٥٣.
أيضاً د. فايز نعيم رضوان- المرجع السابق-ص ٢٤٣.

(١) نقض فرنسي ٣٠ نوفمبر ١٩٨٢ المجلة العدلية ١٩٨٣-ص ١٤٩، أيضاً نقض فرنسي ٢٣ يناير ١٩٦٧- دالوز- ١٩٦٧- ص ١٦٤.

التكييف الشرعي للعقد المبرم بين مصدر البطاقة والحامل:-

نظام بطاقة الائتمان يتضمن ابتداءً عدة عقود، كل واحد منها عقد مستقل في أطرافه ومسئولياته والتزاماته المالية والشرعية عن العقد الأخر، وإن كانت لا تظهر أثاره كاملة إلا بإكمال كل عقد وتفصيله في إطاره الخاص، لذلك يعتبر نظام بطاقات الائتمان من الأمور المصرفية المعقدة غاية التعقيد.

ولكن من الجدير بالذكر انه لايوجد ما يمنع من تعدد التكييف الشرعي للطرف الواحد مع طرف معين في العقد لأكثر من علاقة شرعية واحدة باعتبارات مختلفة، ولكل واحد من هذا التكييف وتلك العلاقة أثاره الشرعية المختصة به دون تداخل، أو تضارب هذا التعدد في التكييف الفقهي للطرف الواحد في العقد الواحد من حيث اختلاف الجهة وانفكاكها أمر مسلم به في الفقه الإسلامي بل من بدهياته [1].

يذهب الفقه إلى ان بطاقات الائتمان سواء كانت بزيادة على مبلغ القرض والتسديد على أقساط أو كانت بطاقة مؤقتة خالية من الزيادة إنما هي من قبيل عقد الإقراض، حيث أن العقد في كل منهما يتم بين مصدر البطاقة وحاملها على أساس تقديم الأول للثاني قرضاً مالياً من النقد حسب اتفاقية وشروط يوافق عليها الطرفان.

فالعلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها هي علاقة مقرض يتمثل في مصدر البطاقة وتعترض هو حامل البطاقة [2].

والتعريف الشرعي لعقد القرض في الفقه الإسلامي هو "دفع المال من جهة القربة لينتفع به أخذه، ثم يتخير في رده مثله أو عينه على ما كان على صفته" [1]. وبرغم إيجاد التعريف الشرعي لعقد الإقراض إلا أنه شمل كافة الأمور المتعلقة ببطاقة الائتمان وأغراضها.

---

(2) أحمد بن عبد الله بن حميد –القواعد- الطبعة الأولى- مكة المكرمة- معهد البحوث العلمية وأحياء التراث الإسلامي جامعة أم القري- ج2- ص ٥٣٨.

(1) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجده- الدورة السابعة- العدد السابع- عام ١٤١٢هـ/١٩٩٢م ج١ص ٦٥٧- ٦٥٩

والقرض بمعني المال المدفوع للمقترض يشترط لصحته أن يكون مما يصح بيعه من الأعيان التي يضبط قدرها وصفتها بالطرق المعتادة بين الناس، وكذلك المنافع فإن"ما جاز قرضه جاز قرض منفعته" [٢] . بهذا يتضح ان التعريف الشرعي للقرض يتسع ليشمل بطاقات الائتمان.

اتفق هذا الجانب من الفقه على ان العقد بين مصدر البطاقة والحامل هو عقد قرض ولكن اختلفوا فيما إذا كان قرضاً حسناً أم قرضاً بفائدة ربوية وذلك بالنظر إلى الأموال الزائدة التي يأخذها البنك مصدر البطاقة.

بالنسبة لرسم العضوية ورسم التجديد ورسم استبدال البطاقة عند الضياع أو التلف أو السرقة اتفقا على أنها من الأجر على عمل أو منفعة، حيث المقصود منها تغطية النفقات الإدارية والأدوات المكتبية[٣].

أما بالنسبة للعمولة التي يأخذ البنك من التاجر فقد اختلفت الآراء بشأنها: فقد ذهب رأي إلى أنها عمولة خدمات تؤخذ من التاجر على كل عملية بيع سلعة، أو تقديم خدمة، أي هي عبارة عن أجره وكالة وساطة بين التاجر وحامل البطاقة وكما هو الحال في عمولة السمسرة [٤]. ويذهب رأي أخر إلى أنها أجر على قبول البنك لضمان العميل، ويذهب رأي ثالث على أنها أجر على قبول البنك للحوالة من العميل على البنك للمحتال وهو التاجر[٥] .

---

(٢) ابن شاس جلال الدين عبد الله- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة- الطبعة الأولى- تحقيق محمد أبو الاكفان ، وعبد الحفيظ منصور- دار الغرب الإسلامية، عام ١٤١٥هـ/١٩٩٥م ح٢- ص٥٦٥.

(٣) الشرواني عبد الحميد- حاشية على تحفة المحتاج- بيروت دار الفكر- حـ ٥ص ٤٢

(١) القرار رقم ١ المجمع الفقه الإسلامي الدولي بجده- الدورة الثالثة بعمان الأردن- ١٤٠٧هـ/١٩٨٦م.

(٢) د. عبد الستار أبو غده- بطاقات الائتمان وتكييفها الشرعي- مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجده- الدورة السابعة- ١٤١٢هـ/١٩٩٢م ح١٠ ص٥، أيضاً المرجع السابق- ص٤٧٦.

(٣) بحث عن بطاقات الضمان المصرفية والتكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي- مجلة مجمع الفقه الإسلامي- المرجع السابق ص ٣٠-٣١.

أما بالنسبة للفائدة التي تأخذها البنوك من الحامل نتيجة التأخير في سداد القرض فهناك اتفاق على أنها من الربا المحرم، لأن هذه الزيادة المفروضة على مقدار القرض بخاصة مقابل التاخير تمثل حقيقة ربا المسيئه التي أجمعت الأمة الإسلامية على تحريمه دون خلاف وهو ما يسمي ربا الجاهلية [1].

أما فيما يتعلق بتأثير شرط الفائدة الربوية على عقد بطاقة الائتمان فقد ذهب المالكية والشافعية إلى أن الشروط الباطلة في العقد تؤدي إلى بطلان العقد وعدم صحته [2]. بينما يري كل من الحنفية والحنابلة صحة العقد وبطلان أمثال هذه الشروط [3].

ثانياً: الطبيعة القانونية للعقد الذي يربط مصدر البطاقة بالتاجر (عقد المورد)

إن القانون الإنجليزي لم يحدد علاقة مصدر البطاقة بالتاجر في عقد البطاقة بشكل صريح وإنما جعل حرية التعاقد هي التي تحكم قضاياهما بموجب الاتفاق المبرم بينهما، فقد يكون التاجر وكيلاً لمصدر البطاقة، وقد يكون العكس. يعتمد هذا في المقام الأول على نصوص الاتفاقية بينهما فإذا لم يتم استخلاص طبيعة هذه العلاقة من نصوص الاتفاقية فإن المادة ٥٦ من القانون الإنجليزي رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٤ تقرر بأن "المفاوض في المعاملات التجارية يعد وكيلاً يمثل الأصيل صاحب المصلحة، كما يمثل نفسه أصالة حسب وصفه القانوني". هذه المادة تعني بالنسبة لنظام بطاقات الائتمان أن التاجر الذي يجري مفاوضات ومساومات مع المقترض صاحب البطاقة يعمل لمصلحة نفسه وفي ذات الوقت هو وكيل عن المقترض مصدر البطاقة.

---

(٤) راجع في ذلك. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز- الطبعة الأولى- تحقيق الرحالي الفاروق وأخرين قطر- ١٣٩٨هـ/١٩٧٧م - ح٢، ص ٤٧٨.
أيضاً القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد- الجامع لأحكام القران- بيروت دار أحياء التراث العربي- ح٢-ص ٢٠٢.

(١) ابن شاس جلال الدين عبد الله- المرجع السابق- ص ٥٦٦.

(٢) البهوتي منصور بن يونس- شرح منتهي الإرادات- المدينة المنورة- المكتبة السلفية ح٢- ص ٢٢٧

هذا العقد كما سبق ان ذكرنا يسميه الفقه الفرنسي بعقد المورد (التاجر) [1]. يترتب عليه حقوق والتزامات – سبق أن ذكرناها - من هذه الحقوق والالتزامات يتضح أن هذا العقد لا يندرج تحت نظام تداول الديون سواء عن طريق الخصم التجاري أو عن طريق تداول الديون المتولدة أو عن طريق تقديم سلفة على القوائم المثبتة لتلك الديون، لأن هذا التحليل يتطلب بالضرورة وجود سند قابل للتداول يتضمن المراد الوفاء به. وهذا لا يتوافر في فاتورة الشراء التي يوقعها حامل البطاقة والتي تسمح للتاجر لنمطالبة بقيمتها لا تكون إلا مجرد اعتراف بالدين ولا تكون سنداً قابلاً للتداول كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية [2].

كما لا يندرج هذا العقد تحت مدلول الحلول الاتفاقي لأن المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري يشترط لصحة الحلول أن يكون هذا الاتفاق قد تم بين الغير (مصدر البطاقة) الذي قام بالوفاء والدائن (التاجر) وقت قيام الغير بالوفاء للدائن، وهذا لا ينطبق على نظام بطاقات الوفاء، كما أن الحلول الاتفاقي لا يتقرر إلا بنص صريح في العقد، ولا يوجد مثل هذا النص في عقود بطاقات الائتمان.

كما لا ينطبق على هذا العقد حوالة الحق، لأن الحوالة لا تكون نافذة من قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها وأعلن بها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (المادة ٣٠٥ مدني). وهذا الأمر يتعزز تحققه في بطاقات الائتمان.

كما لا يمكن إدراج هذا العقد تحت عقد الكفالة، فالكفالة طبقاً لنص المادة ٧٧٢ من القانون المدني المصري وهي "ذلك العقد الذي بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه"[3]، وتكييف التزام مصدر البطاقة بالسداد للتاجر على أنه كفالة لا يمكن التسليم به وذلك لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل قبل أن يرجع على المدين الأصلي إضافة إلى أنه لا يجوز الرجوع على الكفيل إلا إذا تعذر الرجوع

---

(3) ريبير- المرجع السابق- بند ٢٤٥٠ ص ٥٥٧.

(4) د. فايز نعيم رضوان – المرجع السابق – ص٢٢٦

(1) د. ثروت على عبد الرحيم- المرجع السابق- ص

على المدين الأصلي[1]. وما يحدث في بطاقات الائتمان على خلاف ذلك حيث أن مصدر بطاقة الائتمان يقوم بالوفاء تلقائياً بمجرد وصول الفواتير من التاجر إليه موقعة من الحامل دون الاحتجاج بأي عزر أو التمسك بدفع. كما أن التاجر لا يطالب الحامل بالوفاء[2].

أيضاً لا يمكن التسليم بأن مصدر البطاقة يعتبر وكيلاً بالعمولة عن التاجر، فالمادة ١٦٦ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ تنص على أن "الوكالة بالعمولة عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه قانونياً لحساب الموكل"[3].

بالرجوع لنظام بطاقات الائتمان نجد أن الوفاء المستحق لدى حامل البطاقة ينتج من إبرام هذا الأخير عقد بيع بينه وبين التاجر ولا يقوم بالوفاء بالثمن بل يقدم له بطاقة الوفاء للاطلاع عليها وأخذ صورتها على الفاتورة التي يوقعها حامل البطاقة. من جانب آخر لا يلتزم حامل البطاقة بسداد هذه المبالغ لمصدر البطاقة إلا بعد وصول قوائم الفواتير الذي وقع عليها. هذه القوائم توضح تاريخ ومبلغ المشتريات التي نفذها حامل البطاقة وكذلك اسم التاجر، من ذلك يتضح عدم وجود المبرر الذي يجعل التاجر يلجأ إلى إبرام عقد وكالة بالعمولة على مصدر البطاقة حيث لا توجد أي معلومات يريد إخفائها والتي تميز أو تلجأ الأشخاص إلى إبرام عقد الوكالة بالعمولة[4].

وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تكييف العقد بين مصدر البطاقة والتاجر على أنه من قبيل ضمان الوفاء، أي أن مصدر البطاقة يكون وكيلاً عن التاجر وهذه الوكالة تتضمن ضمان الوفاء من قبل الغير وهو الحامل، ويقوم مصدر البطاقة بتحقيق هذه النتيجة بالوفاء مقدماً بقيمة الفواتير بمجرد وصولها إليه، فهو بمثابة الوكيل الضامن[5].

---

(١) المستشار –أنور طلبة– التعليق على نصوص القانون المدني– الجزء الثاني– دار المطبوعات الجامعية– ١٩٧٦– ص٢٣٧– ٢٤٦.

(٢) د. محمد توفيق سعودي – المرجع السابق– ص٧٨

(٣) د. ثروت على عبد الرحيم– المرجع السابق– ص

(٤) راجع CHABRIER المرجع السابق – ص٨٣

(٥) راجع CHABRIER المرجع السابق – ص٨٠

ولكن يرد على ذلك [1]، بأنه من الصعب التسليم بذلك، لأن فكرة الضمان تفترض أن للمدين الأصلي وهو حامل البطاقة أن يحتج في مواجهة مصدر البطاقة بصفته وكيلاً عن التاجر بالدفوع المستمدة من العلاقة الأصلية بين حامل البطاقة والتاجر، وفي نظام بطاقات الائتمان لا يملك حامل البطاقة الاحتجاج في مواجهة مصدر البطاقة بالدفوع التي يملكها في مواجهة التاجر.

وقد ذهبت القضاء الفرنسية [2]، بتكييف العلاقة التي تربط بين مصدر البطاقة والتاجر بأنها وكالة سواء بالنسبة للالتزام مصدر البطاقة بالوفاء للتاجر في حدود المبلغ المسموح به لحامل البطاقة، أو فيما يجاوز هذا المبلغ، حيث يعمل مصدر البطاقة بصفته وكيل عن التاجر في تحصيل الفواتير التي تزيد قيمتها عن المبلغ المسموح به لحامل البطاقة إلا إذا وجد شرط يلتزم مصدر البطاقة بضمان تنفيذ المدين الأصلي وهو حامل البطاقة لالتزاماته.

يتضح مما سبق اختلاف الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة والسبب في ذلك اختلاف نصوص الاتفاقيات المبرمة بين المصدر والتاجر.

التكييف الشرعي للعقد المبرم بين مصدر البطاقة والتاجر.

ذهب رأي [3] إلى تكييف هذه العلاقة على أنها حوالة، أو وكالة بأجر، حيث قرر هذا الرأي بأنها إما من قبيل الحوالة، واليوم الحوالات المصرفية تكون مقابل أجر، فيمكن أن نعتبرها من هذا القبيل، أو أن نعتبرها من قبيل الوكالة بالأجر، باستيفاء مبلغ أو بوكالة بالقبض، أو وكالة بالدفع وهذا كله سائغ عند الفقهاء.

---

(4) د. محمد توفيق سعودي – المرجع السابق – ص ٨٠

(1) محكمة باريس – ٢٥مايو ١٩٧٠ – – ١٩٧٠R.T.D civ – ص٥٨١ مع تعليق CORNU أيضاً نقض فرنسي ١٧ مايو ١٩٨٢ – دالوز – ٤٦٥.

(2) د. وهبة الزحيلي – مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة- الدورة السابعة- ح١- ص٦٦٨-٦٦٩

فالوكالة في اللغة هي "الحفظ، والكفالة، والضمان والتفـويض" [1]، وفي المصـطلح الفقهي "استنابه جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة" [2]، وتصح الوكالة بكل قول يدل على الأذن في التصرف (كوكلتك أو فوضت إليك) في كذا، أو جعلك نائباً عني، ويصلح بكل قول أو فعل من الوكيل يدل على القبول [3] .

ويذهب رأي أخر [4] إلى تكييف هذه العلاقة بأنها قائمة علـى الكفالـة، فالشـركة المصدرة للبطاقة هي كفيل لأنها لا تأخذ أجراً على الكفالة من المدين المكفول، وإنما تأخذ مـن طرف ثالث هو البائع.

ثالثاً:- الطبيعة القانونية للعلاقة بين التاجر وحامل البطاقة

العقد الذي يتم بين التاجر وصاحب البطاقة قد يكون عقد بيع يكون التاجر هو البائع، وحامل البطاقة هو المشتري، أو بمقتضاه يكون التاجر أو صاحب الخدمة مؤجراً وحامل البطاقة مستأجراً. في هذه الحالة تصنف العقود بيعاً أو إيجاراً أو غيرها حسب طبيعة العقـد وتتحـدد علاقتها حسب هذا التصنيف، ففي حالة البيع يقدم التاجر البضاعة للحامل ويمكنه من استلامها وتملكها، وفي حالة الخدمات يمكن التاجر حامل البطاقة من الانتفاع المتفق عليه. وفي مثل هـذه العقود يستحق التاجر الثمن أو الأجرة الذي يقدمه الحامل من خلال بطاقته التي قبـل التـاجر التعامل بها.

العقود التي تتم بين حامل البطاقة والتاجر تخضع في الأركان والشروط والأحكام العقد المصنف سواء كان بيعاً أو إجارة أو غير ذلك.

---

(1) الدردير أبوالبركات أحمد – الشرح الصغير على اقرب المسالك ح٣ ص ٥٠١ الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ دار المعارف.

(2) البهوتي – المرجع السابق- ح٢ ص ٤٦١.

(3) البهوتي- المرجع السابق- ح ٣-ص٤٦١-٤٦٢.

(4) د. نزيه حماد- مجلة مجمع الفقه الإسلامي- بجده- الدورة السابقة- ح ١-ص ٦٦٤.

تنتهي العلاقة بين الحامل والتاجر بإتمام الإجراءات المطلوبة وتنتقل مسئولية المطالبة بالثمن إلى البنك مصدر البطاقة الذي ضمن للتاجر تسديد مبيعاته أو أجور خدماته، وتنتهي مسئولية حامل البطاقة لدفع قيمة مشترياته بالبطاقة من التاجر بقبول التاجر للبطاقة ثمناً لمبيعاته، حيث أنها تقوم مقام تلك المشتريات، كما لو كان الدفع نقداً. وقد قبل التاجر بهذا بموافقته على الاتفاق الذي وقعه مع مصدر البطاقة. وحينئذ فليس للتاجر الحق بأن يرجع على حامل البطاقة وهذا ما سبق أن عرضنا في قضية محكمة الاستئناف الإنجليزية التي صدر الحكم فيها في ٤ يوليو ١٩٨٨ [1].

ولكننا نرى أنه إذا اشترط في العقد المبرم بينه وبين مصدر البطاقة أنه (التاجر) له الحق في الرجوع على حامل البطاقة في حالة إخفاق مصدر البطاقة في تسديد الدين خاصة في حالة الإفلاس كان له هذا الرجوع على الحامل.

أي أنه إذا نص الاتفاق على المسئولية المشتركة بين مصدر البطاقة وحاملها، أو أنه إذا أخفق مصدر البطاقة في التسديد، يكون حامل البطاقة هو المسئول. فحينئذ يصبح الحامل مسئولاً مسئولية مشتركة مع مصدر البطاقة، وهذا يعني أن التعامل بالبطاقة تسديداً للمشتريات إنما هو من قبيل التسديد المشروط. رغم أننا نرى ان مثل هذا الشرط لا يتوافر غالباً في مثل هذه الاتفاقات.

من ناحية أخرى المادة ٥٦ من قانون إقراض المستهلك الإنجليزي رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٤ تعني بالنسبة لنظام بطاقات الائتمان أن التاجر الذي يجري مفاوضات ومساومات مع المقترض صاحب البطاقة يعمل لمصلحة نفسه، وفي نفس الوقت هو وكيل عن المقرض مصدر البطاقة. نتيجة هذه المادة (٥٦) يصبح المقرض مصدر البطاقة مسئولاً عن أي غش يحدثه التاجر الذي أقنع حامل البطاقة المقترض بأن يتم العقد، ولا يستطيع مصدر البطاقة (المقرض) تفادي هذه المسئولية بطريق مباشر، أو غير مباشر. وتظل مسئولية التاجر قائمة بهذا الاعتبار، فهو يعد قانوناً طرفاً رئيسياً في عقد البيع أو تقديم الخدمات وبالتالي يضمن العيوب الخفية وغيرها من

---

(1) راجع ما سبق أن ذكرناه بخصوص هذه القضية، ص

الضمانات الناشئة عن هذا العقد، وهو من ناحية أخرى وكيلاً عن المقرض (مصدر البطاقة) في الوقت نفسه.

المادة ٧د من هذا القانون أيضاً تجعل المقرض (مصدر البطاقة) مسئولاً مسئولية قانونية متساوية مع التاجر فيما يتعلق بمعاملات إقراض المستهلك فيما يتعلق بفسخ العقد، وغش السلع.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان كوحدة واحدة

في التحليل السابق لتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان قمنا بتكييف كل عقد من العقود التي تؤدي إلى وجود نظام بطاقات الائتمان.

فقد قمنا بالنظر إلى كل علاقة قانونية على استقلال دون إيجاد نوع من الترابط يضع هذه العلاقات تحت نظام قانوني واحد، وهذا ما يتجه إليه الفقه الحديث، حيث يذهب إلى تحديد الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان كنه كوحدة واحدة مترابطة دون الدخول في تحليل كل عقد على استقلال مع الاعتماد على علاقة أصلية يعتبر من وجهة نظرهم أساس النظام.

ورغم اقتناعنا بأن هذه المحاولات ما هي إلا محاولة لإرجاع هذا النظام لبطاقات الائتمان إلى أحد القوالب القانونية التقليدية، وهو مالا يتفق مع هذا النظام الحديث المتسم بالتعقيد، والذي يعتمد أساساً على الوسائل التكنولوجية الحديثة والمتشابك العلاقات – لذلك يهتم أصحاب هذا الاتجاه بالعلاقة بين المصدر والتاجر باعتبارها العلاقة الأصلية لهذا النظام – إلا أننا سوف نستعرض هذا الاتجاه للتوضيح. مع تسليمنا بصعوبة وضع هذا النظام الجديد في إحدى هذه القوالب القانونية التقليدية.

يذهب أيضاً أنصار هذا الاتجاه إلى التفرقة بين ما إذا كان مصدر البطاقة لا يضمن الوفاء للتاجر أو أنه يضمن الوفاء له.

* فإذا كان مصدر البطاقة لا يضمن الوفاء للتاجر. ففي هذه الحالة يقوم مصدر البطاقة بالوفاء للتاجر بمجرد تقديم الفواتير الموقعة من حامل بطاقة الائتمان. ويقوم بعد ذلك بالرجوع على حامل البطاقة مطالباً إياه بسداد المبلغ الذي قام بالوفاء بها للتاجر، فإذا حصل عليه انتهى

الأمر، وإذا كان للعميل حساب جار لدى المصدر وقام هذا الاخير بخصم هذه المبالغ منه انتهى الأمر أيضاً، أما إذا لم يكن للعميل حساب جار وامتنع عن السداد فيكون لمصدر البطاقة حق الرجوع على التاجر لاسترداد ما وفاه. وفي هذه الحالة يعتبر هذا الأمر وكالة صادرة من المدين (حامل البطاقة) إلى شخص آخر (مصدر البطاقة) بالوفاء باسمه للدائن (التاجر). أو وكالة صادرة من الدائن (التاجر) لدائنه الشخصي (المصدر) في تحصيل حقوقه لدى مدينه (حامل البطاقة) [1].

وهذا الاتجاه لا يمكن التسليم به: **أولاً** لأن هذا غير متحقق عملاً، لأن ضمان مصدر البطاقة الوفاء للتاجر في حدود المبلغ المسموح به يعتبر حالياً بالنسبة لبطاقات الائتمان من القواعد العامة والقاسم المشترك بين جميع عقود بطاقات الائتمان وإلا لما أقبل عليها أحد. **ثانياً** الوكالة كقاعدة عامة يمكن الرجوع فيها، وحتى لو أدرج شرط عدم الرجوع في الوكالة، لأن مصدر البطاقة يلتزم بالوفاء للتاجر حتى لو رجع الحامل عن الوكالة لأن المصدر ملتزم بالوفاء للتاجر بعقد مستقل، كما يتضح ضعف تكييف العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر على أنها وكالة تحصيل في أن المدين لا يتم تعينه إلا في لحظة قيام الحامل بتوقيع فاتورة الشراء.

* أما إذا كان مصدر البطاقة يضمن الوفاء للتاجر فهذه هي القاعدة العامة والقاسم المشترك لجميع عقود وبطاقات الوفاء - كما سبق أن ذكرنا - فإن أنصار هذا الاتجاه يذهبوا إلى تكييف بطاقة الوفاء على أنها تقوم على الإنابة في الوفاء [2]، المقررة بموجب المادة ٣٥٩ من القانون المادة المدني التي تنص على أنه "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. ولا تقتضي الإنابة أن يكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي".

---

(1) د. فايز نعيم رضوان –المرجع السابق- ص٢٨٤-٢٤٩

لمزيد من التفاصيل بخصوص أحكام الوكالة – راجع د. عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء السابع – المجلد الأول – بند ٢٠٨ ص ٤٦٣

(1) د. محي الدين إسماعيل علم الدين –المرجع السابق- ص٧٥٧

يتضح من نص المادة ٣٥٩ مدني أن الإنابة في الوفاء هو الاتفاق الذي يعطي المدين(المنيب) للدائن (المناب لديه) مدين أخر أو شخص من الغير (المناب) الذي يلتزم بالوفاء بدين للدائن [١]. فحامل البطاقة (المنيب) يطلب من مصدر البطاقة(المناب) بالوفاء للتاجر (المناب لديه).

فالإنابة في الوفاء تقتضي وجود أشخاص ثلاثة كما هو الحال في نظام الوفاء بالبطاقة وهو المنيب وهو حامل البطاقة وهو المدين الذي ينيب الشخص الأجنبي- وهو مصدر البطاقة لأنه يعتبر من الغير عن العلاقة التي تربط حامل البطاقة والتاجر- ليفي الدين إلى الدائن، والمناب (مصدر البطاقة) وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين (حامل البطاقة) ليفي الدين إلى الدائن والمناب لديه (التاجر) هو الدائن الذي ينيب المدين الشخص الأجنبي وهو مصدر البطاقة لديه ليفي له الدين.

ويري أصحاب هذا الرأي أن نظرية الإنابة في الوفاء يصلح لتفسير طبيعة التزام مصدر البطاقة قبل التاجر، فالسمة التي تتميز بها الإنابة أنها تنشئ علاقة دائنية بين المناب والمناب إليه مستقلة عن علاقة المناب بالمنيب، وعن علاقة المنيب بالمناب لديه، يكون التزام المناب في مواجهة المناب لديه التزاماً شخصياً مباشراً، ويستخلص من ذلك أنه لا يجوز للمناب ان يحتج على المناب لديه بالدفوع المستمدة من علاقته بالمنيب [٢]، وهذا ينطبق على بطاقة الائتمان... بالإضافة أن نظام الإنابة يصلح لتفسير التزام التاجر بالرجوع على مصدر البطاقة قبل الرجوع على الحامل [٣].

---

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الثالث- نظرية الالتزام بوجه عام- دار إحياء التراث العربي رقم ٥١٠ص ٨٥٥.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- رقم ٥٢٠ص ٨٦٦.

(٢) د. عبد الزاق السنهوري- المرجع السابق- رقم ٥٢٢-ص ٨٦٨.

وأننا نري أنه رغم اقتراب هذا الرأي من النظام القانوني في بطاقات الائتمان، إلا أننا ندعم الرأي الذي يري أنه لا يمكن التسليم به [١]، لأنه اغفل العقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة والذي هو الأساسي أيضاً في بطاقة الائتمان بصرف النظر عن علاقة الحامل بمصدر البطاقة كما أن الإنابة تقتضي أن يكون للمناب لديه (الدائن- التاجر) الحق في أن يطالب المناب(مصدر البطاقة- المدين) بكافة المبالغ المستحقة على المنيب (الحامل المدين الأصلي) وهذا يتعارض مع نظام بطاقات الائتمان لأنه لا يجوز للتاجر مطالبة مصدر البطاقة إلا في حدود المبلغ المسموح به.

يذهب رأي أخر إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان على أساس العلاقة الأصلية بين التاجر والبنك مصدر البطاقة [٢].

وتقرر نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المواد من ١٥٤- ١٥٦ من القانون المدني المصري، حيث تنص المادة ١٥٤ على أنه"يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ان يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد. ويجوز كذلك للمشترط ان يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وأضافت المادة ١٥٥ أنه يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته ان ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن مخالفاً لما يقتضيه العقد. ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق سراحاً أو

---

(٣) د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٩٦.

(٤) د. سميحة القليوبي- المرجع السابق- ص ٤٨١، أيضاً د. رفعت فخري أبادير- المرجع السابق- ص٦٢

أيضاً د. محمد توفيق سعودي- المرجع السابق- ص ٩٧.

ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع أخر محل المنتفع الأول، كماله ان يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة".

وأضافت المادة ١٥٦ أنه"يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصياً مستقبلاً أو جهة مستقلة، كما يجوز ان يكون شخصاً او جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة".

يتضح من ذلك أن في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد شخص مع أخر، فيشترط الأول (المشترط le promettant) مع الثاني (المتعهد le stipulant) حقاً لمصلحة شخص ثالث (المنتفع le peneficiaire) بحيث يكون للمشترط مصلحة أدبية اومادية من الاشتراط [1].

بتطبيق ذلك على بطاقة الائتمان، يمكن القول بأنه تعاقد شخص مع أخر (مصدر البطاقة مع التاجر) فيشترط الأول (مصدر البطاقة- المشترط) مع الثاني (التاجر- المتعهد) حقاً لمصلحة شخص ثالث (حامل البطاقة- المنتفع).

فالبنك في تعاقده مع التاجر يشترط قبوله الوفاء بالبطاقة للمنتفع حامل البطاقة تحقيقاً لمصلحة مادية للبنك المشترط.

تفيد هذه النظرية في أن حامل البطاقة (الغير) يكتسب حقاً مباشراً قبل التاجر (المتعهد) حيث يستطيع حامل البطاقة مطالبة التاجر بقبول الوفاء بالبطاقة التي أصدرها البنك، كما تفيد في أن البنك (المشترط) يجوز له أن يطالب (التاجر المتعهد) بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة (المنتفع حامل البطاقة) (المادة ١٥٤ مدني).

كما تفيد هذه النظرية أيضاً في أن يكون المنتفع (حامل البطاقة) شخصً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره عندما يتقدم حامل البطاقة بالشراء من التاجر، وهذا كما هو واضح يتطابق مع نظام بطاقات الائتمان.

---

(١) عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- العقد- الطبعة الثالثة- ١٩٨١-ص ٧٧٣. أيضاً د. سليمان مرقص- أصول الالتزامات – ١٩٥٧- بند ٣١٦-ص ٤١٣.

ولكن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها تجيز للمتعهد (التاجر) أن يتمسك قبل المنتفع (الحامل) بالدفوع التي تنشأ عن العقد. لأنه كما هو واضح من الناحية العلمية ووفقاً لما أشار إليه القضاء الإنجليزي في القضية الصادر الحكم فيها في ٤ يوليو ١٩٨٨، أنه لا يحق للتاجر الرجوع على حامل البطاقة لأخذ مستحقاته في حالة عدم استطاعته الحصول عليها من البنك مصدر البطاقة، خاصةً في حالة شهر إفلاس البنك مصدر البطاقة وتصفيته لأن الحامل قد يكون دائناً هو الأخر للبنك المصدر إذا كان لديه حساب جار، وبالتالي لا يجوز للتاجر (المتعهد) التمسك في مواجهة (الحامل المنتفع) بالدفوع التي كان يستطيع أن يتمسك بها في مواجهة البنك (المشترط).

ورغم ذلك إلا أننا نري أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي أقرب النظريات توافقاً مع نظام بطاقات الائتمان، لذلك يجب على المشرع في مصر والدول العربية أن يضع في اعتباره ذلك عند وضع تنظيماً قانونياً لبطاقات الائتمان.

ومن الناحية الشرعية يري البعض ان بطاقة الائتمان تتضمن عقداً مركباً يحتوي على الوكالة والكفالة والقرض الحسن [1]. فهي وكالة حيث يوكل حامل البطاقة العميل مصدر البطاقة في دفع المستحقات المترتبة على استخدام البطاقة مقابل أجر على ذلك، وهي كفالة حيث يكفل المصدر العميل حامل البطاقة عند التاجر الذي يقبل التعامل بالبطاقة، وهي قرض حسن عندما يقرض المصدر العميل حامل البطاقة قرضاً حسنً في حالة عدم كفاية رصيد للمستحقات التي عليه أو يضمنه إلى نهاية المدة المقررة له للوفاء بالمستحقات للبنك والتي عادةً ما تكون نهاية الشهر.

المبحث الثالث

(١) د. عبد الستار أبو غدة- مجلة مجمع الفقة الإسلامي بجده- الدورة السابقة- العدد السابع- ١٩٩٢م ص ٦٥٧
أيضاً د. مصطفي الزرقا - مجلة مجمع الفقه الإسلامي- المرجع السابق- ح١- ص ٦٧٢.
أيضاً سلسلة الاقتصاد الإسلامي-رقم ٨- التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية-بيت التمويل الكويتي ص١٤-١٦

الطبيعة الخاصة لبطاقات الائتمان

يتضح من استعراضنا السابق لتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان أن جميع المحاولات الفقهية والقضائية لوضع هذا النظام في قوالب قانونية تقليدية لم يسلم من النقد، فهذه الوسيلة تعتبر وسيلة حديثة من وسائل الوفاء لا يمكن لأي قالب من القوالب القانونية التقليدية أن يفسر جميع العلاقات القانونية المتشابكة الناشئة عنها نظراً لارتباطها بالتطور الاقتصادي والتكنولوجي للمعاملات التجارية، وإن كنا نري أن أقرب هذه النظريات هي الاشتراط لمصلحة الغير.

وأننا نري ان النقص التشريعي في مجال بطاقات الائتمان في المرحلة السابقة له ما يبرره، حيث ان هذه الوسيلة تعتبر في كثيراً من الدول من الوسائل الحديثة التي تتميز بالتجديد والتطور، فكان يجب الانتظار حتى يستقر النظام القانوني لهذه البطاقات لبيان أحكامه الأساسية التي تقوم عليها، حتى يمكن وضع تشريع محدد لها يرتب التطورات التي قد تلحق عليها في المستقبل حتى لا يكون هذا التشريع جامداً مما يعوق حركة التطور والسرعة والائتمان التي تتميز بها المعاملات التجارية.

لذلك وبعد استقرار النظام لهذه البطاقات وبيان أسس الأحكام التي يقوم عليها يجب على المشرع في مصر والدول العربية وضع تنظيم قانوني لبطاقات الائتمان، كما هو الحال في أنجلترا وأمريكا وفرنسا- يبين أحكامها الأساسية وطرق حمايتها الجنائية والمدنية، مما يساعد على انتشار هذه الوسيلة السهلة كبديل عن حمل النقود وما تحمله من مخاطر.

وعند قيام المشرع بوضع التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان عليه أن يراعي ان هذه البطاقات تعتبر وسيلة حديثة للوفاء تتمتع بطبيعة قانونية خاصة تستند على التطور الاقتصادي والتكنولوجي في مجال المعاملات المالية، كما أنها أقرب إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير مع إمكانية تجميع بعض القواعد القانونية في كل من الوكالة والإنابة في الوفاء.

خاتمة

تلعب البنوك والمؤسسات المالية الأخرى دوراً هاماً في بناء الاقتصاد الوطني والعالم، حيث تحتل مكانة بارزة في الحياة الاقتصادية، وتساهم في تمويل المشاريع المختلفة، كما انها تسهل على الأفراد حياتهم العادية، حيث بدأ الأفراد في اللجوء إلى البنوك في كثيراً من أمورهم المالية، و لم تعد هذه المؤسسات مجرد مؤسسات لقبول الودائع ومنح القروض وإنما اصبحت تقوم بدور هام للأفراد ولكي تفيدهم في حياتهم،وأصبح الشخص لا يستطيع الاستغناء عن هذه المؤسسات لكي يفيد من خدماتها، خاصةً ما يطلق عليه حالياً وسائل الدفع الحديثة المتمثلة في بطاقات الائتمان.

فقد أصبحت بطاقات الائتمان وسيلة حديثة من وسائل الوفاء التي استقرت في المعاملات التجارية نتيجة للتعاون بين البنوك والعملاء والتجار لضمان المعاملات والوفاء، وقد أدي هذا إلى جعل بطاقات الائتمان تأخذ مكانتها بين وسائل الوفاء الحديثة، حيث تعتبر هذه البطاقات جزء من سلسلة متصلة من التطور الاقتصادي والتكنولوجي في مجال المعاملات التجارية خاصة مجال وسائل الوفاء التي توضع تحت تصرف المستهلكين للوفاء بمعاملاتهم مع التجار.

فهذه البطاقة وسيلة مبتكرة يستطيع حاملها أن يذهب لدي التاجر الذي يقبل الوفاء بمثل هذه البطاقة ويحصل على ما يحتاج إليه من سلع أو خدمات، ويقدم البطاقة لتدوين بياناتها في فاتورة الشراء، ثم يقوم بالتوقيع على الفاتورة بنفس التوقيع المسجل في البطاقة، ثم يقوم التاجر بإرسالها إلى الجهة مصدرة البطاقة لتسديد المبالغ الموقع عليها من الحامل في فاتورة الشراء، سواء بالدفع المباشر أو بإضافة هذا المبالغ لحساب التاجر ثم يقوم البنك مصدر البطاقة إما بخصم هذه المبالغ من حساب العميل حامل البطاقة، أو مطالبته بهذه المبالغ خلال فترة زمنية معينة وفقاً لما هو متفق عليه.

وقد قمنا في هذا البحث ببيان أهمية وفائدة هذه البطاقات، وتكلمنا عن التطور التاريخي لها وبيان الوضع التشريعي في الدول المختلفة، ثم قمنا ببيان الأحكام المميزة لهذه

البطاقات من خلال تعريفها في اللغة وعند الفقهاء وعند الصيارفة، ثم قمنا بتصنيف هذه البطاقات وبينا أنواعها المختلفة من عدة نواحي، ثم وضحنا الخصائص التي تتميز بها بطاقات الائتمان، ثم تعلمنا بعد ذلك عن الحقوق والالتزامات المترتبة على بطاقات الائتمان باعتبار ذلك هو المدخل الصحيح لبيان الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، الائتمان باعتبار ذلك هو المدخل الصحيح لبيان الطبيعة القانونية لهذه البطاقات وعند بيان هذه الطبيعة القانونية- بينا الاتجاهات المختلفة في هذا الشأن حيث هناك اتجاه ينظر إلى بطاقات الائتمان على انها ذات علاقات متعددة فأخذ يحدد طبيعة كل عقد من العقود التي يجمعها هذا النظام، أما الاتجاه الثاني فإنه ينظر إلى بطاقات الائتمان كوحدة واحدة.

وانتهينا إلى ان جميع المحاولات الفقهية والقضائية التي وضعت لتحديد الطبيعة القانونية لنظام بطاقات الائتمان لم تسلم من النقد، لأنها أردت أن تضع هذا النظام في قالب من القوالب القانونية التقليدية رغم تشابك العلاقات الناشئة عنها وتعقيدها، رغم أن هذه الوسيلة تعتبر حديثة ومرتبطة بالتطور التكنولوجي والاقتصادي للمعاملات التجارية وان كنا نري أن أقرب النظم التقليدية لبطاقات الائتمان هي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.

ورغم أن النقص التشريعي في مصر الدول العربية في مجال بطاقات الائتمان له ما يبرره في المرحلة السابقة، حيث أن حداثة هذه الوسيلة يجعلها متطورة ومتجددة، فكان يجب الانتظار حتى تستقر أسس أحكام هذا النظام، إلا أننا نري أن الوقت قد حان للمشرع في مصر والدول العربية بعد استقرار أسس هذا النظام، لوضع تنظيم قانوني لبطاقات الائتمان حتى يوحد أسس التعامل بهذه البطاقات مع مراعاة وضع تشريع مرن يواكب التطورات التي قد تلحق بهذا النظام في المستقبل، حتى لا يكون التشريع عثره أمام التطور والتجديد.

==========

قائمة المراجع

أولاً:- المراجع باللغة العربية

١- المستشار أنور طلبة

- التعليق على نصوص القانون المدني المصري- الجزء الأول- دار المطبوعات الجامعية- ١٩٧٦.

٢- د. ثروت على عبد الرحيم

- شرح القانون التجاري المصري الجديد- دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة ٢٠٠٠.

- القانون التجاري والبحري- ١٩٩٥/١٩٩٦.

٣- د. حسن أبو النجا

- مبادئ وطرق الإثبات- المكتبة القانونية ١٩٩٧.

٤- د. حسن المصري

- عمليات البنوك- دار الفكر العربي- ١٩٨٧.

٥- د. حمدي عبد الرحمن، د. خالد حمدي

- إثبات الالتزام في المواد المدنية والتجارية- المكتبة القانونية- ١٩٩٦.

٦- د. رفعت فخري أبادير

- بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية- مكتبة سعيد رأفت- ١٩٨٤.

- بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية- مجلة إدارة الفتوي والتشريع- دولة الكويت- السنة الرابعة- العدد الرابع- ١٩٨٤

٧- أ. رياض فتح الله بصلة

- جرائم بطاقات الائتمان- دار الشروق- الطبعة الأولى ١٩٩٥.

٨- د. سليمان مرقس

- أصول الالتزامات- ١٩٥٧.

٩- د. سميحة القليوبي

- الأوراق التجارية- دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة ١٩٩٩.

- الأسس القانونية لعمليات البنوك- دار النهضة العربية- الطبعة الثالثة ٢٠٠٣.

١٠- د. عبد الرزاق السنهوري

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الأول- النظرية العامة للالتزامات بوجه عام دار إحياء التراث العربي

- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء السابع- المجلد الأول- ١٩٨٩.

- الوسيط في شرح القانون المدني- العقد- الطبعة الثالثة- ١٩٨١.

١١- د. عبد الستار أبو غدة.

- بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي- بحث مقدم إلى مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجده- الدورة السابعة- ١٤١٢هـ/١٩٩٢م.

١٢- د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان.

- البطاقات البنكية- دار القلم دمشق- الطبعة الأولى ١٩٩٨.

١٣-د. على البارودي

- القانون التجاري- عمليات البنوك- الجزء الأول- منشأة المعارف- ١٩٨٤.

١٤- د. على جمال الدين عوض.

- عمليات البنوك من الوجهة القانونية- طبعة ١٩٨٩.

- الاعتمادات المصرفية وضماناتها- دار النهضة العربية- ١٩٩٤.

١٥- عماد علي خليل
- الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء- دراسة تحليلية مقارنة- دار وائل للنشر والتوزيع ح١- عمان الأردن- ٢٠٠٠
١٦- د. عمر سالم
- الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء- دار النهضة العربية- الطبعة الأولى- ١٩٩٥.
١٧- د. فايز نعيم رضوان
- بطاقات الوفاء- مكتبة الجلاء بالمنصورة- ١٩٩٠.
١٨- فؤاد يحي الحمود
- النظام القانوني لبطاقات الائتمان- دار الثقافة والنشر والتوزيع- عمان- ١٩٩٩.
١٩- د. محمد توفيق سعودي
- بطاقات الائتمان- دار الأمين ٢٠٠٠
٢٠- د. محمود سمير الشرقاوي
- القانون التجاري- الجزء الأول- دار النهضة العربية- ١٩٨٢.
٢١- د. محي الدين إسماعيل علم الدين
- موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية- الجزء الثاني- ١٩٩٤.
٢٢- د. مختار بريري
- قانون المعاملات التجارية- دار النهضة العربية ١٩٩٦.
٢٣- أبن شاس، جلال الدين محمد.
- عقد الجواهر الثمينة في مواهب عالم المدينة- الطبعة الأولى- بيروت- دار الغرب الإسلامية- ١٤١٥/١٩٩٥
٢٤- أحمد بن عبد الله بن حميد
- القواعد- الطبعة الأولى- مكة المكرمة- معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي- جامعة أم القري.
٢٥- البهوتي، منصور بن يونس
- شرح منتهي الإرادات - المدينة المنورة- المكتبة السلفية.
٢٦- القباب، أبو العباس أحمد بن قاسم الخزامي
شرح المسائل التي وضعها ابن جماعة في البيوع- مكة الكرمة- مكتبة مكة المكرمة

ثانياً:- نشرات ومؤتمرات ومجلات

١ - نشرة عن بطاقة الائتمان صادرة من مركز البطاقات- البنك الأهلي المصري ١٩٩٦.
٢- مجلة مؤتمر الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجده- الدورة السابعة- ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢.
٣- سلسلة الاقتصاد الإسلامي- رقم ٨- التكييف الشرعي لبطاقات المصرفية- بيت التمويل الكويتي.
٤- ادنيس حجل- بطاقة الاعتماد- مجلة المصارف العربية- العدد ٤٣ يوليو ١٩٨٤.
٥- فيصل أبو زكي- كيف تدفع من دون نقود- مجلة الاقتصاد والعمال- مجلد ١٥- العدد ١٥٨.

ثالثاً:- مراجع باللغة الفرنسية

1- AURIOL, la puce mord dans la fraude, Banque. Juillet 1993.
2- BERNIER, les mysteres de la puce, Banque fevriere 1994.
3- CABRILLAC, et TEYSSLE, RTD. Com. 1985.
4- CAMELOT, un nouveau contrat pour les titulaires d une carte C.B Banque 1990.
5- CHABRIER, les cartes de credit 1968, Dalloz de dr. com vis carte de credit.

6- CREDOT, Conditians et effects des opposition en matiere de cartes de paiement, P.A. 15 September 1986.
7- HAMEL, LAGARD, et SAUFFRET, "traite de droit commercial Dalloz 1966"
8- LUCAC, de LEYSSAC "les cartes de paiement et le drait civil" dans collection"les cartes paiement 1980"
- cartes bancaires, Rev- dr banc. 1991
9- MARCHAL, et POULON, Monnaic et credit dans l economie Francaise 1987.

10- NICOLAS, le nauveau contrat- commercant cartes bancaires, Banque et droit 1989.
11- RIPERT, et ROBLOT, traite de droit commercial tom2. librairie generale de droit et de jurisprudence . E.J.A Paris 1996.
12- ROUBACH "la lui du 10 Janv, 1978 Relactive a l information et la Protection des certaines operation de credit Gaz pal 11 doct 382.
13- STOUFFLET, les cartes de credit en France. etudes de droit conteporain. 1970.

رابعاً:- مراجع باللغة الإنجليزية

1- (LOUIS, E BOONE) and (DAVID, L KURTZ) camtemporary, Business, fifthedition 1987. Dryden press New York USA.
2-SLOAN, IRVING.J the law and legislation of credit use and misuse London, Rome, New York, oceans publications, inc, 1987.
3- LONGLEY, D, SHAIN, and CAELLI, W information security stacfatan press 1992.
4- HOWARD, JOHNSON, credit cards internat and banking law, November 1988.
5- JONES, SALLY, the law Relating credit cards Landon :BSP professional Bankes 1989.