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 الثالث

بالتعاون مع

بحوث الجزء الثالث

م	اسم المؤلف	اسم البحث	الصفحات
٢٤	ثناء أحمد محمد المغربي	الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان	٩٤٣-٩٨٢
٢٥	د. ممدوح خليل البحر ، أ.د عدنان أحمد ولي العزاوي	بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها * دراسة قانونية مقارنة *	٩٨٣-١٠٣٤
٢٦	د. موسى رزيق	رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له	١٠٣٥-١٠٧٨
٢٧	أ.د. محمد سامي الشوا	الجرائم المعلوماتية للتعدي على الذمة المالية للغير	١٠٧٩-١١٢١
٢٨	أ.د. محمود أحمد طه	المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان	١١٢٣-١١٥٦
٢٩	د. محمد صبحي نجم	المسؤولية الجزائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان	١١٥٧-١١٧٣
٣٠	أ. هشام فتحي سيد حسن	وسائل حماية المستهلك الإلكتروني بين الشريعة والقانون	١١٧٥-١٢١٥
٣١	د. سيد حسن عبد الله	المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك	١٢١٧-١٢٦٦
٣٢	د. عبد الحق حميش	حماية المستهلك الإلكتروني	١٢٦٧-١٣١٥
٣٣	د. غنام محمد غنام	حدود المسئولية الجنائية للمصارف المالية عن مخالفة واجب السرية وعن غسيل الأموال	١٣١٧-١٣٦٣
٣٤	د. خالد سعد زغلول	ظاهرة غسيل الأموال البنوك ومسئولية في مكافحتها	١٣٦٥-١٤٠٦

" الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان "

ثناء أحمد محمد المغربى
محامية بالنقض نائب مدير عام بالبنك المركزى المصري
عضو إتحاد المحامين العرب

تمهيد

البيئة التجارية وما تتميز به من تطور وإبداع وسهولة وسرعة في المعاملات تقدم لنا يوم بعد الآخر نظما قانونية ووسائل تتلاءم مع الحياة التجارية المتطورة وهو ما حققه التقدم العلمي في وسائل الاتصال والمعلومات من ظهور التجارة الاليكترونية وما ترتب على ذلك من ظهور فكرة النقود الاليكترونية – بطاقات الائتمان – حيث يتم الدفع من خلال حاسب آلي وانترنت.

وظهور بطاقات الائتمان – بطاقات الوفاء – أضاف للبيئة التجارية وسيله مضمونه تميزها عن وسائل الوفاء التقليدية، وذلك من خلال تنظيمها للعلاقة القانونية بين أطرافها الثلاثة : المصدر والتاجر وحامل البطاقة [1].

وتتضمن البطاقة ذاتها بيانات عديدة منها اسم حامل البطاقة، وتاريخ الإصدار وتاريخ الصلاحية، واسم البنك المصدر بالإضافة إلى شعار الهيئة الدولية وهو السحب والشريط الممغنط[2].

([1]) د. كيلانى عبد الراضى محمود " النظام القانوني لبطاقة الوفاء والضمان. ص ٣..

([2]) د. عبد الفتاح بيومى حجازى " النظام القانوني لحماية التجارة الاليكترونية ". ص ١١٠.

والصرافة الاليكترونية وثيقة الصلة بالتجارة الاليكترونية، حيث يمكن تحويل المبالغ المالية لحسابات أخرى ودفع الفواتير، وتحويل مبالغ لجهات أخرى خارج البنك عن طريق الصرافة الاليكترونية[1].

ونتيجة للثورة التي حدثت في نظم المعلومات وانعكاسها على بطاقات الائتمان فقد تعددت الوظائف التي تؤديها، فهي تربط بين ثلاثة أطراف هم : المصدر للبطاقة والتاجر الذى يقبلها في الوفاء والحامل لها، في حين تقتصر دورها كوسيلة ائتمان من خلال علاقة الحامل بالمصدر فقط، وينظم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما.

وقد بدأت بطاقات الائتمان في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٩٥٠، ومنذ ذلك التاريخ عرف العالم وسيلة جديدة من وسائل الوفاء وهى بطاقات الائتمان " Les carttes de credit" لأهميتها[2].

وقد أثارت بطاقات الائتمان مناقشات حاده بين الأوساط القانونية والتجارية والمهتمين بتطوير وسائل الوفاء، لتميزها ببعض الخصائص التي تجعلها مستقلة عن وسائل الوفاء التقليدية، ومن ناحية أخرى فالطبيعة القانونية والوظائف التي تقوم بها تجعلها تأخذ مكانها بين وسائل الوفاء الحديثة.

ومن أجل ذلك، ستتناول الدراسة في هذا البحث نقاط تسعى إلى الوقوف على النظام القانونى لبطاقة الائتمان، وكيفية إيجاد القواعد القانونية اللازمة لحماية هذه البطاقة واستخدامها من خلال المسئولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، وينقسم هذا البحث الى ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول : ما هيه بطاقة الائتمان، وأنواعها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها.

---

(1) د. عبد الفتاح بيومى حجازى. مرجع سابق. ص ١٠٦.

(2) د. فايز نعيم رضوان " بطاقات الوفاء " ص ٦، أ. د. سميحة القليوبى " الأوراق التجارية " دار النهضة ١٩٨٧. رقم ١٧٥ ص ٣٤٥.

المبحث الثانى : العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان : مصدر البطاقة وحاملها، مصدر البطاقة والتاجر، حامل البطاقة والتاجر.

المبحث الثالث : المسئولية المدنية والجنائية عن الإستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان.

المبحث الأول

ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتميزها عن غيرها

يتطلب دراسة موضوع ما تحديد اطاره ومفهومه حتى يمكن معرفة محور البحث. لذلك سنتناول في مطالب ثلاث تتضمن ، ماهية بطاقة الائتمان، أنواعها وتميزها عن غيرها، الطبيعة القانونية لتلك البطاقات.

المطلب الأول : ماهية بطاقة الائتمان.

بداءه، يصعب ايجاد تعريف معين لبطاقة الائتمان لتعدد العلاقات الناشئة عن استخدامها وتشابكها، وقله التشريعات في تناول البطاقة ومعالجتها.

فمن التعريفات التي وردت في هذا الصدد : " ان بطاقة الائتمان عقد يتعهد فيه مصدر البطاقة لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين، وبموجب هذه البطاقة يفي حامل البطاقة بمشترياته لدى المحلات التجارية المتعاقدة مع مصدر البطاقة بقبول الوفاء بمشتريات حاملى البطاقات الصادرة منه[1].

وايضا تعرف على انها " بطاقات تصدر بمعرفة مؤسسة ماليه او بنك باسم احد الاشخاص وتؤدى وظيفتى الوفاء والائتمان. اى انها تعطى لحاملها الحق في متابعه سداد المبالغ التي استخدامها من الاعتماد المفتوح لدى مصدر البطاقة[2].

---

(1) د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق ص ٨، ٩.

(2) د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق ص ٧١.

وكذلك انها " بطاقات مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم حامل البطاقة وتوقيعه ورقمه ورقم حسابه وتاريخ وانتهاء صلاحيتها، واسم الجهة المصدرة لها وشعارها، بشكل بارز على وجه البطاقة وبواسطة هذه البطاقة يستطيع حاملها سحب المبالغ النقدية من ماكينات سحب النقود الخاصة بالبنوك، أو تقديمها كأداة وفاء للخدمات والسلع التي يحصل عليها من الشركات والتجار الذين يتعامل معهم. أو أداء ضمان للوفاء في حدود مبلغ معين[1].

ويُلاحظ أن التعريفات السابقة تدور حول فكرة اساسية هى الائتمان، فهو جوهر البطاقة وعلى ذلك يمكن القول بأن بطاقة الائتمان هى عبارة عن " اداة مصرفية بلاسينيكية كبديل للنقد للوفاء والائتمان في نفس الوقت، وتعطى لحاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتمانى من مصدر هذه البطاقة، وذلك للوفاء بقيمة مشترياته من سلع او خدمات لدى التجار المتعاقد معهم المصدر بقبول الوفاء بالبطاقات مقابل توقيع الحامل للتاجر على ايصال بقيمة التزاماته، على ان يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك مصدر البطاقة. ويتعين على حامل البطاقة سداد القيمة لمصدرها خلال اجل معين متفق عليه، ولا تمنح هذه البطاقات إلا بعد تأكد مصدرها من وجود ضمانات كافية(شخصية او عينية) تتناسب مع الحد المصرح به للبطاقة(ويطلق على هذه العملية نظام الدفع الاليكترونى).

وتقوم الهيئات الدولية بادارة العملية المصرفية حيث عن طريقها تتم عملية المقاصة والتسويات الاليكترونية وتحويل الاموال بين بنك الحامل وبنك التاجر القائم بعملية التحصيل، وهى التي تمنح التصريح للمؤسسات المالية الكبرى والبنوك بجميع انحاء العالم في التعامل في نظام البطاقات البلاستيكية سواء بإصدار البطاقات او تحصيل اشعارات المبيعات للتجار، واكثر تلك الهيئات انتشارا(فيزا - ماستر كارد).

([1]) د. عبد الفتاح بيومى حجازى – مرجع سابق ص ١٠٦ ، ١٠٧ . يراجع الهامش ايضاً.

المطلب الثانى : انواع بطاقات الائتمان وتميزها عن غيرها.

نظرا لتعدد انواع بطاقات الدفع الاليكترونى في اى بطاقات الائتمان او بطاقات الوفاء التي تصدرها البنوك وافرزها التعامل التجارى، وتشابهها في الشكل الخارجى، فإنه يتعين بيان انواعها وهى تلك الممثلة في بطاقة ضمان الشيكات، وبطاقة السحب الآلى، بطاقة الوفاء، بطاقة الائتمان وسنتناول كل نوع على حدا وما تتميز به بطاقة الائتمان عنه.

أولاً : التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة ضمان الشيكات.

تعرف بطاقة ضمان الشيكات على انها " بطاقة بموجبها يتعهد البنك لعميله حامل البطاقة بضمان سداد الشيكات المسحوبة من قبله على هذا البنك وفقا لشروط البطاقة[1]. وتحتوى هذه البطاقة على اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الاقصى الذى يتعهد البنك بالوفاء به في كل شيك يحرره العميل واذا تم تحرير الشيك ضمن الشروط وخاصة ان يكون وفقا للحد الاقصى المسموح به وكتابة رقم البطاقة على ظهر الشيك وصحة توقيع الساحب، فإن البنك المسحوب عليه يلتزم بدفع قيمة الشيك للمستفيد بغض النظر عن وجود او عدم وجود رصيد كاف لديه[2]. ففي بريطانيا الحد الاقصى للوفاء يكون بمبلغ ٥٠ الف جنيه استرليني[3].

فإذا ما قورن بين بطاقة ضمان الشيكات وبطاقة الائتمان، نجد ان الاخيرة تضمن وفاء قيمة سلع وخدمات حصل عليها حامل البطاقة من التاجر، وتقوم الجهة المصدرة بسداد المبالغ المطالب بها من الحامل لاحقا بينما بطاقة ضمان الشيكات تضمن الوفاء بقيمة شيك مسحوب من الحامل والبنك المسحوب عليه من حقه رفض الشيك في حالتي تجاوز الحد الاقصى للرصيد

---

(1) د. فياض القضاه. محاضرة فى نادى صاحبات المهن والاعمال .

(2) د. عبد الفتاح بيومى حجازى. مرجع سابق ص ١١٢، د. جميل عبد الباقى الصغير. الحماية المدنية والجنائية لبطاقات الائتمان . ص ٢٧٠.

(3) د. فياض القضاه – مرجع سابق، ندوه.

وعدم وجود رصيد او وجود رصيد غير كافي مما يجعل اركان جريمة اصدار شيك بدون رصيد متوافرة.

ثانياً: التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة السحب الآلى :

بطاقة السحب الآلى (الصرف الآلى) تحول حاملها امكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد اقصى متفق عليه من خلال اجهزة خاصة، حيث يقوم العميل بإدخال البطاقة في فتحه خاصة بالجهاز ثم ادخال رقمه السرى وتحديد المبلغ المطلوب سحبه بالضغط على لوحه مفاتيح الجهاز ويقوم الجهاز بعد ذلك بصرف المبلغ آليا واعاده البطاقة له، ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة(On Line) وكل ما في الامر ان الهدف من وجودها التسهيل على العملاء وتوفير احتياجاتهم من النقود المودعه لدى البنك من العميل.

ومن هذا التعريف يبين ان بطاقة الصرف الآلى لا تقدم للعميل ائتمان، لاقتصار دورها على سحب المبالغ المودعه لدى البنك. ولا يقوم الجهاز بصرف اى مبلغ في حالة عدم وجود رصيد للعميل، ولا يمكن التعامل مع التاجر بها لسداد قيمة المشتريات كما هو في بطاقة الائتمان التي تُقبل للوفاء بقيمة السلع والخدمات. وفي كل الاحوال فإن هذه البطاقة ليست بطاقة ائتمانية لعدم وجود تسهيل ائتماني للعميل عادة.

ثالثاً : التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الوفاء.

تخول بطاقة الوفاء " debit card" حاملها بدفع قيمة السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية المتعاقدة مع الجهة المصدرة لها، وذلك بتحويل قيمة البضائع والخدمات من حساب حامل البطاقة الى حساب التاجر البائع بصورتين احدهما مباشرة On Line وتتم لحظة الشراء لدى التاجر عن طريق التحويل المباشر من حساب الحامل الى حساب التاجر اما الصوره الاخرى غير مباشرة " Off Line" حيث تقوم الجهة المصدرة بسداد

الايصالات للتاجر بعد وصولها اليها[1]. ويطلق على هذه البطاقات تسمية " بطاقات الوفاء المؤجلة ".

ومن خلال تعريف بطاقة الوفاء، نجد انها ليست بطاقة ائتمانية لقيام الجهة المصدرة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر إن وجد رصيد دائن لحامل البطاقة دون تقديم تسهيلات ائتمانية. اما في بطاقة الائتمان فإن الجهة المصدرة تتعهد بتقديم تسهيلات ائتمانية للحامل والسداد للتاجر.

ومن ناحية أخرى فإن الحامل في بطاقة الوفاء لا يملك آجلا للوفاء إلا في حالة الوفاء غير المباشر(بطاقات الوفاء المؤجلة) فيتمتع الحامل باجل فعلى للوفاء بقيمة السلع والخدمات اما في بطاقة الائتمان فإن الحامل بمقتضى العقد المبرم مع الجهة المصدرة، يتعهد الوفاء بالمبلغ ضمن أجل ممنوح له من الجهة المصدرة قد يصل الى ثلاثين يوما او خمسة وخمسون يوما. ومن امثلة بطاقات الوفاء في فرنسا بطريقة الدفع غير المباشر بطاقة LA carte bleu.[2].

رابعاً : التمييز بين بطاقة الائتمان وبطاقة الحساب :

بطاقة الحساب " Charge card" ترخص لحاملها الشراء على الحساب في الحال، على ان يتم السداد لاحقا، فهى لا تقدم ائتمان لحاملها ولكن عليه سداد قيمة مشترياته بمجرد ارسال الفاتورة اليه مع عدم تحمله من جراء ذلك اى فوائد[3]. وبذلك نلاحظ ان بطاقة الحساب تعتمد على الشراء بدين يتم سداده كله لاحقا، ولكن في بطاقة الائتمان يتم السداد خلال مده معينه ومتعاقبه من الاعتماد المسموح به للحامل والذى يتم السحب على اساسه مضافا الى السداد فائده معينة مقابل ادارة العملية المصرفية.

([1]) د. جميل عبد الباقى الصغير. مرجع سابق ص ٢٧، د. عبد الفتاح بيومى حجازى. مرجع سابق هامش ص ١١٣.

([2]) د. جميل عبد الباقى الصغير. مرجع سابق ص ٢٧.

([3]) مجلة الدراسات المالية والمصرفية – المعهد العربى للدراسات المصرفية. العدد ٣ لسنة ١٩٩٥.

لوحظ في التعاريف السابقة لانواع البطاقات انفراد بطاقة الائتمان ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها من وسائل الوفاء الأخرى، لما تقوم عليه من الكفاءة الائتمانية. كما انها تحقق ايضا مزايا لأطرافها. ومن اهم هذه المزايا :

١- قبول البطاقة كأداة وفاء وتداولها في دول العالم بدلا من مخاطر حمل النقود.

٢- البطاقة وسيلة سهلة ومرنه لسداد تكاليف السفر والسياحة واتمام الصفقات التجارية الصغيرة اثناء السفر بالخارج، كما تمكن عاملها من سداد قيمة مشترياته وفقا لظروفه.

٣- توفر البطاقة لحاملها عنصر الامان لعدم استخدام غيره لها، وفي حالة الضياع او السرقة يمكن ابلاغ الجهة المصدرة لايقاف التعامل بها فوراً.

٤- تقوم البطاقة بوظيفة ائتمانية لقيام الجهة المصدرة بسداد قيمة المشتريات للتجار فور تقديم الفواتير لها ثم الاسترداد من الحامل لاحقا على دقعات آجله مما يساعد على انتعاش الاقتصاد ورواجه.

٥- احدى وسائل الحد من الطلب على العملات الاجنبيه، اذ انها وسيلة دولية تستخدم بجميع العملات ويتم مطالبة العميل بالمعادل بالجنيه المصري، مما يقلل الطلب على العملات الاجنبيه لاغراض استهلاكية واحداث نوع من التوازن بسوق الصرف الاجنبى.

٦- تدر ايرادات غير تقليدية للبنوك ممثلة في رسوم الاشتراك، العملات من الاستخدام، عمولات محصلة من التجار نظير خدمه تحصيل الاشعارات – كمبيو بين العملة الاجنبية لحاملى البطاقات والعوائد المدينة المحصلة من العملاء..... الخ كما انها من اهم وسائل توظيف السيولة بالبنك.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان : –

مما لا شك فيه، كما رأينا ان بطاقات الائتمان تنفرد ببعض الخصائص التي تميزها عن غيرها من وسائل الوفاء، وتحقق مزايا لاطرافها الثلاثة : مصدر البطاقة، وحاملها والتاجر مما جعل الفقهاء والقضاء يهتمون بتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان بغرض الوصول الى القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الناشئة بين اطرافها وسنعرض بعض هذه الآراء فيما يلى :-

ذهب الجانب الفقهى الذى يطلق على بطاقة الائتمان مسمى العقود البلاستيكية أو الاليكترونية بأنها نقوداً[1]. ولكن مردود على ذلك بأن النقود متداولة ومحدده القيمة وسند ملكيتها الحيازة. أما بطاقة الائتمان فهى غير متداولة لشخصية الاستخدام، ولا يمكن تحويلها أو نقل ملكيتها للغير. كما يوجد نوع من التباين في قيمتها نظرا لاختلاف التسهيل الائتمانى الذى يمنح لحامليها كلا حسب مقدرته.

وينظر رأى آخر الى بطاقة الائتمان على أنها تشبه في نظامها القانونى لحواله الحق، وهى ذلك العقد الذى بموجبه ينقل الدائن حقه قبل مدينة الى شخص آخر يحل محله في علاقته بالدين[2]. وبالتالى يفسر نظام الوفاء بالبطاقة وفقا لفكرة حواله الحق التي تؤدى حقوق التاجر الى مصدر البطاقة بكل ما يتعلق بها من حقوق والتزامات. فمصدر البطاقة " المحال له " الحق في مطالبة حامل البطاقة " المحيل عليه " بسداد المبالغ التي قام بالوفاء بها للتاجر " المحيل " مقابل دفع عمولة.

ويتعارض هذا التكييف مع تنص المادة ١٦٩٠ من القانون المدنى الفرنسى المقابلة للمادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري والتي تنص على " تكون الحواله نافذة قبل المدين او قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها". على ان نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم ان يكون هذا القبول ثابت التاريخ وهو الامر الغير متوافر في بطاقات الوفاء[3].

كما يتجه رأى أخر بالقول ان بطاقة الائتمان تقوم على فكرة القرض حيث يقدم المقرض للمقترضين مبلغا نقديا للتصرف فيه بغرض معين. وفي حالة تجاوز المقترض هذا الغرض، فإن من حق المقرض فسخ العقد لمخالفة المقترض غرض العقد. ويطلب رده فوراً[4].

---

(1) د. محى الدين علم الدين – موسوعه اعمال البنوك ج – ١٢ ص ٧٣٧.

(2) أ.د. عبد الرازق السنهورى " الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد " الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، ص ٤٧٢.

(3) د. فايز رضوان – مرجع سابق. ص ٢٣٠.

(4) د. محيى الدين علم الدين – مرجع سابق ص ٧٣٧ .

ولا نتفق مع هذا الرأى حيث ان القرض ينشأ علاقة ثنائية بين المقرض والمقترض فقط وعلاقتهما منفصلة عن الغير. والوفاء ينشأ منذ تاريخ العقد وفقا لشروطه. بينما بطاقة الائتمان تنشأ علاقة ثلاثية بين المصدر والعميل سواء كان حامل او تاجر، كما ان مصدر البطاقة يبرره الوفاء السابق على الاتفاق، وهو التسهيل الائتماني الممنوح لحامل البطاقة ولذلك لا يعتبر قرضا حقيقيا من مصدر البطاقة، ولكن وسيلة للوفاء والائتمان.

ويرى رأى إلى أن بطاقة الائتمان تقوم على فكرة الوكالة إذ تنص المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري على ان " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" وعلى ذلك، يقوم الوكيل بالتعاقد مع الغير باسم موكله بحيث يبدو له بأنه الموكل وليس الوكيل[1]. وبالرجوع إلى بطاقة الائتمان نجد أن مصدرها يقوم بتحصيل الحقوق لحساب التاجر، ولكن باسم الأخير لدى حامل البطاقة. ويرد على هذا الرأي بأن مصدر البطاقة يقوم بالوفاء للتاجر قبل قيامه بتحصيل هذه المبالغ من حامل البطاقة إلا أن الفقه الفرنسي مستقر على انه لا يوجد ما يمنع الوكيل من دفع مبالغ نقدية مقدمه للموكل في إطار عقد الوكالة، وهذا ما يحدث عادة بالنسبة للوكيل المكلف بشراء بضائع الى الموكل"[2].

ومجمل القول نرى جانب الفقه قد ذهب إلى أن بطاقات تشبه النظم القانونية التي تحكم حوالة الحق أو الدين أو القرض أو تلك التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير أو هي نوع من الوكالة أو الكفالة. وانتهي إلي إنها ليست نظاماً من تلك الأنظمة بل أنها ذات طبيعة خاصة بها ويتعين البحث عنها وتكييفها من خلال التشريعات المقترحة .

والفقه الجنائي يري أن هذه البطاقات لا تكون شيكاً أو نقوداً ورقية حيث أن الشيك أداة وفاء يدفع قيمتها بمجرد الإطلاع علية أما بطاقة الائتمان تحل محل الشيك في الوفاء ولا يجوز الرجوع

([1]) أ.د السنهورى – مرجع سابق – العقود الواردة على العمل ص ٣٧٢.

([2]) راجع هامش د. فايز رضوان . مرجع سابق ص ٢٣٤.

في بطاقات الدفع الاليكتروني حيث انها وسيلة للنقود وليست نقوداً. خاصة وأنه لا يتم التعامل بها سوي لدي التجار المرخص لهم بالتعامل فيها[1].

ومع ذلك أري إن بطاقة الائتمان تقوم علي فكرة خطابات الضمان أذ إن خطاب الضمان هو عبارة عن تعهد نهائي يصدر من البنك بناء علي طلب عميلة بدفع مبلغ معين نقدي أو قابل للتعين بمجرد إن يطلب المستفيد ذلك من البنك خلال مدة محدودة ودون توقف علي شرط أخر[2]وبذلك تتلاقي مع بطاقات الائتمان في فكرة الائتمان ذاتها لأنهما أداة ضمان كما أن خطاب الضمان يحقق مصلحة لاطرافه الثلاثة إذ يفيد منه البنك(المصدر) الذي أصدره لأنة يتقاضى عمولة إصداره، ويفيد منه العميل(الحامل) لانه يجنبه تقديم الوفاء النقدي، والمستفيد (التاجر) الصادر لصالحة خطاب الضمان ويعتبر الاعتماد المفتوح لحامل بطاقة الائتمان ضمان للتاجر عند مطالبته للمصدر بقيمة الفواتير أو علي الأقل لا يضار منه لأن الخطاب بمثابة نقود بين يديه بالإضافة الى ان خطاب الضمان يتفق مع بطاقة الائتمان في كونه شخصي ولا يمكن تداوله وليس من الأوراق التجارية، وله مدة صلاحية معينة ويمكن امتدادها وهو ما يتفق مع بطاقة الائتمان بأنه يمكن تجديدها إذا التزم حاملها بالعقد المبرم مع مصدر البطاقة .

وعلي ذلك يمكن القول بأن بطاقة الائتمان هي وسيلة السداد المستحدثة للائتمان تمشياً مع سرعة المعاملات ومنطق التطور وتقدم التجارة الالكترونية الامر الذي يتطلب ضرورة وضع نظام قانوني لها لتوفير حماية جنائية ومدنية لتلك البطاقات حيث إنها ذات طبيعة خاصة وقد بدأت كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية في وضع نظام قانوني لهذه البطاقات لحمايتها مدنياً وجنائياً .

---

(1) راجع هامش د. فايز رضوان.مرجع سابق.صفحة ٢٣٤

(2) د.محي الدين موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية –الجزء الاول ص٥٣٤ ، هامش ٥٣٥

المبحث الثاني

العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان

بصرف النظر عن أختلاف اراء الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الا انه لاخلاف علي أن العلاقات الناشئة عن استخدام تلك البطاقة تخضع الى عقدان وليس عقد واحد ، الاول : يحدد العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها ، والثاني بين مصدرالبطاقة والتاجر ويظل هذا العقد هو المحور الذي تدور حوله الالتزامات والحقوق. وسنتناول تلك العلاقات من خلال ثلاث مطالب تتضمن علاقة مصدر البطاقة وحاملها ، مصدر البطاقة والتاجر ،حامل البطاقة والتاجر ، والتزمات وحقوق كل منهم .

المطلب الأول : العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها

يحكم تلك العلاقة العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها وهو ما يسمي بعقد الانضمام Le contrart d' adherant أو عقد حامل البطاقة[1] وينعقد بمجرد موافقة المصدر علي منح الطالب بطاقة الوفاء(الحامل) تسهيل ائتماني بمبلغ معين ومحدد المدة يكون تحت تصرف حامل البطاقة حتى يستطيع استخدامه بواسطة البطاقة لدي التجار الذين تعاقدوا معه علي قبول البطاقة في الوفاء. وذلك العقد من العقود الملزمة للجانبين ويرتب التزامات وحقوق علي عاتق كل من الطرفين.

ويحصل العميل(حامل البطاقة) علي البطاقة عن طريق تعاقده من البنك مصدر البطاقة بتوقيعه علي طلب الحصول علي البطاقة الذي ينص فيه علي شروط استعمال البطاقة، ويعتبر توقيع العميل علي الطلب ايجابا علي إصدار البطاقة وفقاً لشروطها المذكورة بالطلب. ولا يقوم البنك بإصدار البطاقة الا بعد دراسة طلب العمل جيداً والتأكد من وجود الضمانات الكافية(شخصية او عينية) والتي تتناسب مع الحد المصرح به للبطاقة وانه في حالة الموافقة علي

---

[1] د. فايز نعيم رضوان – مرجع سابق – صفحة ٢٤٣ .

الطلب يعد ذلك قبولاً من البنك(المصدر) وحينما ينعقد العقد بين المصدر والحامل يترتب التزمات متقابلة علي عاتق طرفية علي النحو التالي : -

أولاً : التزامات حامل البطاقة

بمجرد استلام الحامل هذه البطاقة يجب عليه الالتزام بالشروط الواردة بالعقد الموقع بينه وبين المصدر والامتثال لها، والا تعرض للمسئولية المدنية والجنائية. اذ تقتصر استخدام البطاقة علي حاملها الذي يحتفظ بالرقم السري الخاص به والذي لا يعلمه غيره ويعد بمثابة التوقيع الاليكتروني ولا يجوز له التنازل عن تلك البطاقة لغيره.

يلتزم الحامل باستخدام البطاقة في حدود الائتمان المصرح له من قبل الجهة المصدرة او في حدود رصيده ولا يتجاوز قيمته اذ انه في حاله التجاوز يلزم بمقدار هذا التجاوز. كما يجب علي حامل هذه البطاقة باستخدامها خلال مدة صلاحيتها لكونها محددة المدة وقد تكون لعام أو أكثر ويتعين علي الحامل عقب انتهاء تلك المدة او اخطارة من الجهة المصدرة بالغائها لأى سبب قبل انتهاء مدة الصلاحية ان يعيد البطاقة الى الجهة المصدرة لها. فالاستمرار في استخدامها بعد انقضاء هذه المدة او الأخطار يعرضه إلى المسائله الجنائية[1]. كما يتعين علـى حامل البطاقة ضرورة ابلاغ الجهة المصدرة في حالة سرقة البطاقة او ضياعها كتابة وبعد اثبات الحالة بمحضر رسمى او بأى صورة أخرى وفقا لما هو متفق عليه بالعقد.

ثانياً : التزامات مصدر البطاقة.

العقد الموقع بين الحامل ومصدر البطاقة هو المعول عليه في تحديد الالتزامات والحقوق لكل منهما. ومصدر البطاقة يمثل الطرف الذى يملى شروطه للضمان ومع ذلك يُحمل ايضا بالتزامات.

فيلتزم مصدر البطاقة بالوفاء بقيمة مشتريات حامل البطاقة في حدود المبالغ المصرح له بها في مواجهة الحامل والتاجر. وفي حالة تجاوز الحامل لهذه المبالغ وقام البنك بالسداد للتاجر،

([1]) د. جميل عبد الباقى. مرجع سابق ص ٢٢، د. عبد الفتاح بيومى حجازى. مرجع سابق ص ٣٣٢.

فقد يرى بعض الفقهاء اخضاع هذه العلاقة لعقد الوكالة التي يجوز بموجبها للعميل سحب وكالته وعدم الوفاء بما زاد عن المبالغ المتفق عليها في حالة عدم موافقته على ذلك او اذا لم يقم بإخطار البنك بعدم رغبته بالتجاوز[1]. ولكن يرى جانب من الفقهاء الفرنسيين ان العلاقة بين المصدر والحامل علاقة وكالة غير قابلة للرجوع فيها صادرة من حامل البطاقة لمصدرها.

ويمكن القول بأنه في حالة سداد مصدر البطاقة بقيمة مشتريات الحامل اذا ما تجاوز حد الاعتماد يحق له مطالبته بالمبلغ مع العوائد المستحقة لذلك على اساس فكرة الاثراء بلا سبب[2] ما لم يتضمن العقد السداد في حالة التجاوز. وعاده ما يتضمن عقد الانضمام او حامل البطاقة حد التسهيل الائتماني الممنوح لحامل البطاقة، واذا اغفل بالعقد فيمكن استخلاصه من مبلغ الاعتماد المسموح به لحامل البطاقة[3]. واحيانا تقوم البنوك بمنح البطاقة دون ربطها باعتماد معين، لكون الحامل ملئ ماليا لديها.

ويلتزم مصدر البطاقة بارسال كشف شهري إلى حامل البطاقة يتضمن قيمة مشترياته والمبالغ التي تم سحبها من آلة سحب النقود، وكذا المبالغ المتبقى عليه، والمبلغ الغير مسدد على حساب البطاقة والحد الادنى للمبلغ المستحق الدفع والفوائد المدنية عن رصيد استخداماته والرسوم وغيرها، والرصيد المتراكم. ولحامل البطاقة حق الاعتراض على هذا الكشف خلال مدة معينة يحددها مصدر البطاقة.

([1]) د. على جمال الدين عوض. " عمليات البنوك من الوجهة القانونية ". ص ٤٧٤.

([2]) تنص المادة ١٧٩ من القانون المدنى على انه " كل شخص مميز"، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما اثرى بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائم ولو زال الاثراء فيما بعد.

([3]) عقد حامل البطاقة – صادر من البنك البريطاني. ملحق رقم(١).

المطلب الثانى : العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر.

يطلق على العلاقة العقدية التي تربط مصدر البطاقة والتاجر الذى يقبل البطاقة مسمى عقد التاجر Contract fournisseur[1]. او عقد المورد[2]. والذى يلتزم التاجر بموجبه بقبول البطاقة في الوفاء في مقابل التزم مصدر البطاقة بضمان الوفاء بقيمة مشتريات حامل البطاقة.

وهذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصى للتاجر الذى يختاره مصدر البطاقة للتعاقد معه استنادا للسمعه الاخلاقية التجارية الطيبة.

ومن الاثار المترتبة على هذا العقد ان افلاس التاجر او بيعه للمتجر او اعساره ينهى العلاقة التعاقدية مع مصدر البطاقة ولا يجوز لوكيل التفليسه او المشترى او دائنى التاجر طلب الاستمرار بذلك العقد بدلا من التاجر لكون العقد مع التاجر وليست المتجر لاعتبارات متعلقة بشخصه هى التي دفعت البنك إلى التعاقد معه كالسمعه الطيبة وحسن تصرفه. ولا يجوز للتاجر تحويل هذا العقد للغير وفقا لما يتضمنه المصدر بالعقد من شرط عدم قابلية العقد للتحويل.

والاعتبار الشخصى الذى يقوم عليه العقد ليس من جوهرة وانما من طبيعته حيث يمكن استبعاده باتفاق الطرفين. ويكون ذلك استبعاد نتائجه[3]. اذ يهتم البنك بقيام هذا التاجر بالذات بتنفيذ العقد ولا يهمه العقد ذاته. ويرتب هذا العقد فور انعقاده التزامات متقابلة في ذمه طرفيه كغيره من العقود الملزمه للجانبين. وذلك على النحو التالى :

أولا : التزامات مصدر البطاقة

بمقتضى العلاقة العقدية التي تربط مصدر البطاقة بالتاجر، تتولد التزامات على عاتق مصدر البطاقة في مواجهة التاجر.

يلتزم مصدر البطاقة بسداد قيمة مشتريات الحامل للتاجر الذى قبل البطاقة في الوفاء ومطالبة الحامل لاحقا حسب الاتفاق المبرم معه اذا ما زادت قيمة المشتريات عن مبلغ السقف الائتمانى

([1]) د. فايز نعيم رضوان – مرجع سابق ص ٢٥٩.

([2]) د. سميحه القليوبى – مرجع سابق. ص ٣١١.

([3]) أ. د على جمال الدين. مرجع سابق ص ٤٣٢ وما بعدها.

المحدد بالعقد أو رصيده لدى البنك. فإذا ما اتبع الحامل والتاجر شروط استخدامه البطاقة التزمت الجهة المصدر في مواجهة التاجر بالسداد وهو التزام مباشر ومستقل عن العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها. ولا يؤثر وفاة حامل البطاقة او ضياع البطاقة او سرقتها من صاحبها – بعد تعامله مع التاجر – على التزام المصدر بالسداد للتاجر، لالتزام الجهة المصدرة المباشر بمقتضى العلاقة التعاقدية التي تربطها بالتاجر، اذا ما تجاوز العميل في مشترياته الحد المتفق عليه، فلا تلتزم الجهة المصدرة للبطاقة شخصيا بالوفاء بدين العميل، وانما يتم الوفاء للتاجر بسبب وكالته[1].

يجب على الجهة المصدرة تزويد التاجر بالادوات اللازمه التي تعد لاستخدام البطاقة من اجهزة ومواد الدعاية وفواتير مبيعات وتسلم له على سبيل الامانة مما يتعين معه وجوب الحفاظ عليها حتى ترد للجهة المصدرة بعد انتهاء العقد. كما يجب عليها اخطار التاجر بالطاقات الائتمانية المنتهية صلاحيتها او الضائعة او المسروقة او الملغاه وذلك بواسطة قوائم ترسل له بصفة دورية لحظر التعامل بها، والا تحمل المسئولية في حالة قبولها بعد الاخطار[2].

ويحصل التاجر على قيمة مشتريات حاملى البطاقات الائتمانية او الوفاء لديه بعد استيفاء كافة البيانات المدونة بقسائم المبيعات(فواتير) من مفردات المشتريات وقيمة كل منها والبيانات الخاصة في بطاقة الحامل، كأسم التاجر، توقيع الحامل عليها وارسالها إلى مصدر البطاقة في المدة المحدده بالعقد حيث تعتبر القسيمه سند مطالبه التاجر للجهة المصدرة وبدون القسائم لا يستطيع التاجر الحصول على مقابل مبيعاته.

ثانيا: التزامات التاجر

بالرجوع إلى العقد المبرم بين الجهة المصدرة والتجار نجد ان التزامات التاجر تنصب على فكرة جوهرية هى التحقق من البطاقة المقدمه له وحاملها لتفادى الوقوع في خطأ او غش او نصب من قبل الغير او حامل البطاقة. والالتزام الاصيل الملقى على عاتق التاجر المنضم لعقد التاجر(المورد) مع الجهة المصدرة هو قبول الوفاء بقيمة مشتريات حاملى البطاقات مقابل توقيع

---

(1) د.رفعت فخرى بادير " بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية" ص ٢٦ وما بعدها.

(2) د. فايز رضوان – مرجع سابق . ص ١٢٢.

الأخير على فاتورة الشراء. بمعنى عدم احقية التاجر في رفض بطاقة تقدم له من اى حامل ومطالبة الأخير بالدفع نقدا، حيث ان البطاقات تمنح لحامليها من الجهة المصدرة بناء على العقد المبرم بينهما ولا يعتبر التاجر طرفاً في هذا العقد. وقد سبق واسلفنا بأن الجهة المصدرة تقوم بصفة دورية باخطار التجار بقائمة البطاقات المحظور التعامل بها سواء لانتهاء صلاحيتها او السرقة او الضياع او الالغاء لأى سبب آخر.

وعلى ذلك يجب على التاجر ان يتحقق ويتأكد من مطابقة توقيع الحامل على الفاتورة لنموذج توقيعه على البطاقة، ومن تاريخ صلاحية البطاقة، وانها ليست من ضمن البطاقات المدرجة في قائمه البطاقات المحظور التعامل بها، كما يتعين على التاجر الا يتجاوز الحد الاقصى للمبلغ الذى تضمن سداده الجهة المصدرة[1] وبعد التأكد من تلك البيانات، يجب على التاجر الاتصال – قبل اتمام عملية البيع – بالجهة المصدرة (مركز التفويض) للحصول على موافقتها على اتمام عملية البيع من عدمه، وذلك للاطمئنان عن وجود ائتمان للحامل. ويتم الحصول على الموافقة بصورة اتوماتيكية عن طريق مركز الكترونى متصل بشاشات واجهزة قبول البطاقات الموجودة لدى التجار، حيث يمكن للتاجر ان يضغط على ازرار معينة من خلالها تتم جميع هذه العمليات اتوماتيكيا في وقت قصير. واذا لم يقم التاجر بعملية التحقق والتأكد يسأل عن قبوله للبطاقات ولا تلتزم الجهة المصدرة بسداد قيمة المشتريات التي تمت بواسطة تلك البطاقة له.

وهناك بعض الجهات كما هو الحال في اتفاقية(ماستر كارد) الصادرة عن البنك البريطانى تشترط من اجل التسهيل على التجار والحاملين السماح للتجار بقبول البطاقة في حدود سداد مبلغ معين من المشتريات دون الرجوع إلى الجهة المصدرة(مركز التعويض) وبذلك يكون للتاجر الحق في قبول البطاقة دون الرجوع إلى الجهة المصدرة لاخذ موافقتها. اما في حالة اجراء

([1]) د. عبد الفتاح بيومى حجازى. الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة. ص ٢٢ وما بعدها، د جميل عبد الباقى الصغير. مرجع سابق ص ٢٩. وهناك بعض البنوك تشترط فى بعض المبيعات التأكد من هوية حامل البطاقة والحصول على صورة منها.

مشتريات لحامل البطاقة تزيد عن الحد المسموح به، فيجب على التاجر الرجوع للجهة المصدرة للحصول على موافقتها قبل اتمام عملية البيع.

كما يلتزم التاجر بوضع اعلانات دعائية تدل على قبول متجره البطاقات الائتمانية لسداد قيمة المشتريات على سبيل الاسترشاد للحامل، وكذلك يتعين على التاجر المحافظة على الانظمة الاليكترونية المزود بها من جانب الجهة المصدرة للاتصال، والاحتفاظ بالشرائط المغناطيسية المسجل عليها العمليات والصفقات التي تمت لدى التاجر[1].

المطلب الثالث : العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر :

غالباً ما يكون العقد الذى يحكم العلاقة التي تنشأ بين حامل البطاقة والتاجر هو عقد البيع حيث ان الحامل يستخدم البطاقة من أجل الحصول على مشترياته من التاجر، وبالتالى يترتب التزامات عل عاتق الطرفين. ولا ينفي عن عقد البيع صفته مقولة عدم قيام الحامل بالدفع نقداً وقت الشراء. حيث ان البائع(التاجر) يستوفي قيمة مبيعاته من جهة ثالثة هى الجهة المصدرة التي تقوم بالسداد للتاجر ثم تحصيله من الحامل حسب الاتفاق المبرم معه. واذ تنص الفقرة الاولى من المادة ١٥٤ من القانون المدنى المصرى على أنه " يجوز للشخص ان يتعاقد بإسمه على التـــزامات يشترطها لمصلحة الغير، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلـــحة شخصية مادية كانت او ادبية" وعلى ذلك، يمكن القول بأن السداد من قبل الجهة المصدرة وهى من الغير. بالنسبة للعلاقة بين التاجر والحامل – يكون بموافقة المدين وهو الحامل. وتلك الموافقة تتضح من توقيع الاخير على قسيمة المبيعات والعقد المبرم بينه والمصدر. والعقد الاكثر شيوعا في التعامل بين الحامل والتاجر هو عقد البيع.

([1]) ينص البند السادس من اتفاقية التعامل ببطاقة الفيزا العالمية على انه " من المفهوم والمتفق عليه ما بين الفريقين ان جميع الاجهزة والالات التى يقوم الفريق الاول بتزويد الفريق الثانى بها تنفيذا لاحكام هذه الاتفاقية ولاغراض تنفيذها تكون بحكم الامانة لدى الفريق الثانى...".

ولا تبرأ ذمه حامل البطاقة ويعتبر مدينا حتى يفي مصدر البطاقة بقيمة المشتريات التي حصل عليها حامل البطاقة من متجره، أو قيام هذا الحامل بالوفاء للتجار بنفسه. وبمجرد سداد احدهما القيمة تبرأ ذمه الحامل. ويكون للتاجر حق الرجوع على الأخير قبل ان يرجع على مصدر البطاقة، كما يحق له الرجوع على المصدر قبل الرجوع على الحامل وهو ما يحدث غالبا[1] وذلك دون ترتيب معين.

أولا : التزامات حامل البطاقة :

بغض النظر عن الطبيعة القانونية لبطاقة الوفاء، فإن التزامات حاملها في مواجهة التاجر تنبع من الأمر الصادر من الحامل لمصدر البطاقة بالوفاء للدائن وهو التاجر وذلك من خلال توقيعه على فاتورة الشراء.

وقد يثير هذا التوقيع تساؤل عما اذا كان توقيع الحامل على فاتورة الشراء لدى التاجر يعتبر وفاء بالثمن، أو تبرأ ذمه المدين(الحامل) لكون توقيعه يعتبر امرا بالوفاء صادر منه إلى الجهة المصدرة؟ مما لا شك فيه، ان مجرد توقيع الحامل على فاتورة الشراء لا يعنى الوفاء المبرء لذمته في مواجهة التاجر، حيث ان الوفاء لا يتم الا بالاستلام الفعلى للاموال. اذ ان التوقيع على الفاتورة لا يعتبر وفاء بل مجرد اعتراف بالدين[2]، وتختلف بطاقة الائتمان عن غيرها من وسائل الوفاء التقليدية بأنها تعتبر اذاة تسمح بالوفاء عن طريق وسيط. وقد سبق الإشارة إلى ان التاجر يمكنه الرجوع على مصدر البطاقة قبل الرجوع على حامل البطاقة حسب الاتفاق المبرم بينه والمصدر وهو ما يتفق والغرض الاساسى من بطاقة الائتمان.

كما أنه لا يجوز لحامل البطاقة إصدار أمر إلى الجهة المصدرة بعدم سداد قيمة الفواتير الموردة من التاجر إليها حيث أن التزام البنك بالوفاء للتاجر ينشأ من العقد المبرم بينهما(عقد

([1]) أ. د. عبد الرازق السنهورى – مرجع سابق ص ٨٦٨، د. فايز نعيم رضوان، مرجع سابق ص ٢٥٢.

([2]) أ. د. سميحة القليوبى " الاوراق التجارية " مرجع سابق ص ٣١٢، وبذل المعنى أ. د ابو زيد رضوان " الاوراق التجارية " ص ٢٥، د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق ص ٢٩.

المورد أو عقد التاجر) ويعتبر الحامل فيه من الغير، طالما أن التاجر يراعى كافة الشروط المتفق عليها بالعقد ونظام استخدام البطاقة.

يلتزم التاجر(البائع) بمقتضى عقد البيع بتسليم المشتريات للحامل. وهذا ما نصت عليه المادة ٤٣١ من القانون المدنى المصرى من أن " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة إلى كان عليها وقت البيع". ويجب على التاجر في مواجهة الحامل عدم تمييز المشترين بالدفع النقدى عليه برفع الأسعار على حامل البطاقة لتحميله جزء من العمولة التي يسددها التاجر للجهة المصدرة.

ويرى جانب من الفقه التزام التاجر البيع بالسعر المحدد ولا تكون الصفقة مقبولة إذا كانت بسعر أعلى من السعر الرسمى. أو إذا كانت الصفقة غير قانونية أو منصبة على أمر يخالف القانون[١].

ومن خلال استعراضنا للعلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة نجد أنها تعتمد على العقد المبرم بين كل طرفين من أطرافها. ولكن هناك بند خاص تحتفظ بمقتضاه الجهة المصدرة بحقها في تعديل هذا العقد مع كل من الحامل والتاجر، وكذا شرط سرية الحسابات التي تلزم به الجهة المصدرة التاجر بالمحافظة على المعلومات التي يحصل عليها من الحامل أو حسابه أو هويته أو كل ما يتعلق به[٢].

وإذ تنص المادة ١٧ من عقد أمريكا إكسبريس المبرم بينها والحامل أ، التاجر على أنه " تملك أمريكان اكسبريس حق تعديل العقد في أى وقت أو من وقت إلى آخر بموجب أشعار خطى يوجه إليكم مدتى عشرة أيام. فإن لم تقبلوا بذلك التعديل يمكنكم إنهاء هذا العقد على النحو المنصوص عليه أو كل ما يتعلق به" ويعنى هذا أنه من حق الجهة المصدرة تعديل العقد المبرم بينها وبين الحامل أو التاجر بمفردها دون أدنى اعتبار لإرادة الحامل أو التاجر في هذا التعديل ولا

([1]) أ. القاضى فداء يحيى أحمد " النظام القانونى لبطاقة الائتمان " . ص ٥٩.

([2]) البند ١٦ من اتفاقية ماستر كارد – ملحق رقم(٢).

يحق أيا منهم سوى طلب إنهاء العقد في حالة الرفض في مدة محدودة وبذلك تعتبر تلك العقود من عقود الاذعان " [1].

وتعطى اتفاقية حامل البطاقة الصادرة عن البنك البريطانى الحق للجهة المصدر فسخ العقد دون اشعار ودون تحديد سبب الإنهاء.

ومن خلال ما سبق عرضه من تفسير العلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة نجد أن هناك تداخل بين علاقات ثلاثية : مصدر البطاقة، الحامل، التاجر، وهو ذلك النظام التي استحدثته البيئة التجارية بغرض تحقيق مصلحة لكل من الأطراف الثلاثة على حد سواء. إذ أن التاجر يرغب في الحصول على مقابل مبيعاته من الجهة المصدرة المليئة بمجرد وصول الفواتير للجهة المصدرة تفادياً لمخاطر الإفلاس والإدعاء، ويهدف الحامل من وراء الانضمام لهذا النظام الحصول على مشترياته التي يحتاجها بثمن مؤجل يقدم بسداده لاحقاً على أقساط مؤجلة. وكذا الجهة المصدرة فهى تحصل على فوائد وعمولات من الحامل والتاجر مقابل قيامها بالعملية المصرفية. وقد ترتب على ذلك تشأ علاقات قانونية ثلاثية : الأولى تربط بين مصدر البطاقة وحاملها " عقد الانضمام أو عقد الحامل " ويلتزم بموجبه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ مالى معين لمصلحة الحامل في مقابل التزام الأخير برد المبالغ التي يستخدمها من هذا الاعتماد. أما الثانية فهى تربط بين الحامل والتاجر " عقد البيع " حيث يقوم الحامل بشراء احتياجاته من أحد التجار المقبولين لدى مصدر البطاقة دون الوفاء النقدى و إنما يقوم بالتوقيع على فاتورة الشراء التي تكون بمثابة أمر صادر منه إلى الجهة المصدرة للسداد للتاجر. والعلاقة الثالثة فهى تربط بين المصدر والتاجر. " عقد التاجر او المورد" وفيه يلتزم المصدر بسداد قيمة مشتريات حاملى البطاقات مقابل قبول التاجر الوفاء بالبطاقات.

وعلى ما تقدم، أرى أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق قواعد قانونية مختلفة على كل علاقة على حدا وفقاً لظروفها طالما تتوافق مع الأسس التي يقوم عليها هذا النظام استناداً إلى

([1]) تنص المادة(١٠) من القانون المدنى المصرى على أنه " القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة فيضيفها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "

العقد القائم سواء كان عقد تاجر أو حامل حتى يتم الاتفاق بين الفقهاء والقضاء على تحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان.

المبحث الثالث

المسئولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

يترتب على التزايد المستمر في البطاقات المتداولة وتعدد أشكالها زيادة المنازعات المدنية والجنائية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العلاقات التي تربط بين أطراف البطاقة مما تنعقد معه المسئولية المدنية عن الأضرار التي تصيب الأطراف الأخرى.

وبطاقة الائتمان كغيرها من وسائل الوفاء قد تكون محلا للتزوير أو اتباع وسائل أحتيالية في طريقة استخدام البطاقة، الأمر الذى يشكل جرائم جنائية تستوجب عقاب من يستخدم وسيلة ابتدعتها البيئة التجارية لتسهيل تداول الثروات من أجل الحصول على مكاسب غير مشروعة مما يفقد الجمهور ثقته في هذه الوسيلة

ويضر بوسائل التعامل في هذه البيئة [1]

وقد سبق وأن استعرضنا الالتزامات الناشئة عن العلاقات التي تربط بين أطراف بطاقة الائتمان، وسنعرض فيما يلى المسئولية المدنية التي تنعقد ضد كل من يخطئ في استخدام بطاقة الائتمان سواء من أحد أطرافها أو الغير ممن تصل إلى حيازته بسبب ضياعها أو سرقتها وكذلك المسئولية الجنائية التي تقع على عاتق من يقوم بالتزوير أو الوسائل الاحتياطية في استعمال هذه البطاقة وذلك على النحو التالى: -

المطلب الأول : المسئولية المدنية.

سبق وقد ذكرنا أن بطاقة الائتمان تنشئ علاقات قانونية بين أطرافها الثلاث المصدر، الحامل، التاجر، بمقتضى عقد يحكم العلاقة الناشئة بين المصدر والحامل " عقد الحامل – عقد الانضمام "، المصدر والتاجر " عقد التاجر " والحامل والتاجر " عقد البيع " وهم من العقود

([1]) وهى نفس المبررات التى حدت بالمشروع الجنائى إلى فرض الحماية الجنائية على الشيك كوسيلة من وسائل الوفاء أ. سميحة القليوبى. مرجع سابق. ص ٢٩٧، د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق ص ١٧٩.

الملزمة للجانبين، ويترتب على إخلال أحد أطرافها بالالتزامات الملقاة على عاتقه إعطاء الحق للطرف الآخر في فسخ العلاقة بينهما فضلاً عن حقه في مطالبته عن الأضرار الناتجة من عدم تنفيذ التزاماته[1]. مما يترتب عليه انعقاد المسئولية المدنية التي تقوم على أساس تعاقدى متى توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببيه بين الخطأ والضرر ، أما إذا كانت البطاقة في حيازة الغير في حالة سرقتها أو فقدها وقام الأخير باستخدامها تنعقد المسئولية المدنية على أساس المسئولية التقصيريه إذا ما توافرت أركانها من فعل وضرر وعلاقة سببية بينها وليست المسئولية العقدية حيث أن الغير ليس طرفاً في أى علاقة عقدية مع أحد أطراف البطاقة قبل تحقق المسئولية[2] وسوف تستعرض المسئولية لأطراف البطاقة والغير على النحو التالى :

أولاً : المسئولية المدنية لحامل البطاقة.

يلزم حامل البطاقة باستخدامها في حدود مبلغ السقف الائتمانى الممنوح له من المصدر. فإذا ما تجاوز الحامل هذا المبلغ كان مسئولاً مدنياً بمقدار الزيادة في مواجهة مصدر البطاقة في حالة وجود اتفاق بضمان الوفاء دون تحديد الحد الأقصى لهدا الضمان، أما اذا كان مصدر البطاقة لا يضمن الوفاء إلا في حدود المبلغ المسموح به، تنعقد مسئولية الحامل في مواجهة التاجر بموجب عقد البيع المبرم بينهما ، هذا إذا التزم الحامل تنفيذ العقد بحسن النية[3] أما في حالة تجاوز الحامل المبلغ الائتماني مع علمه بذلك ، يتوافر في حقه سوء النية أو الخطأ في تنفيذ التزاماته ومن حق الجهة المصدرة سحب البطاقة من الحامل نظراً لإهداره للثقة بينه وبين المصدر

([1]) تنص الفقرة ١ من المادة(١٥٧) من القانون المدنى المصرى على أن " العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعزار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى".

([2]) المسئولية العقدية تقوم على الاخلال بالتزام عقدى يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات ، والمسئولية التقصيرية تقوم على الاخلال بالتزام قانونى واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير. أ. د السنهورى " الوسيط ١ " نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام ص ٧٤٨ .

([3]) تنص الفقرة (١) من م ١٤٨ من القانون المدنى المصرى " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية " .

لقيام البطاقة على الاعتبار الشخصى لحاملها. بالإضافة إلى مطالبته بالمبالغ المستخدمة والتعويض عن الضرر الذى لحق بها من جراء استخدام البطاقة من قبل الحامل على أساس الإخلال بالتزامه العقدى تجاهه.

كما تنعقد المسئولية المدنية للحامل إذا لم يقم برد البطاقة إلى الجهة المصدرة في حالة فسخ العقد أو إنتهاء مدة صلاحية استخدام البطاقة أو إلغائها لإساءة الاستخدام بالرغم من أخطاره، واستمر في استعمال البطاقة بعد ذلك التاريخ أو الفسخ أو الإلغاء وذلك عن كافة المبالغ المترتبة عن استعمال البطاقة[1].

وتنعقد المسئولية المدنية لحامل البطاقة في حالة الضياع أو السرقة، إذ يلتزم الحامل ببذل عناية الرجل العادى في المحافظة على البطاقة ، فإن فقد البطاقة أو سرقتها يعتبر قرينة على إهمال الحامل في المحافظة عليها وقد يذهب البعض إلى اعتبار الحامل في مركز المودع لديه. مما يرتب انتفاء المسئولية المدنية(تعاقدية) عن المبالغ التي استخدمت من الحائز على البطاقة سواء السارق أو من عثر عليها وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في الحكم الصادر في ١٩٧٨ إلى ألزام الحامل بكافة الديون الناشئة عن استخدام البطاقة حتى قيامه بأخطار الجهة المصدرة لها بضياع البطاقة أو

سرقتها طالما أن العمليات تمت قبل الإخطار[2].

ويذهب بعض الفقه إلى أن الحامل لا يستطيع التحلل من المسئولية إلا إذا ثبت إهمال التاجر بعدم التحقق من التوقيع الموجود على البطاقة ومضاهاته بالتوقيع أمامه ، وذلك لالتزام التاجر ببذل عناية الرجل المعتاد في مضاهاة التوقيع على فاتورة الشراء بالنموذج التي تحمله

([1]) تنص المادة(١٣) من نموذج طلب بطاقة أمريكان اكسبريس على التزام حامل البطاقة بردها فور انتهاء مدة صلاحيتها أو نتيجة لفسخ العقد بينه وبين مصدر البطاقة كما تنص المادة ١٦٠ من القانون المدنى المصرى على أن "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

([2]) د. رفعت ابادير – بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية ١٩٨٤ – مرجع سابق ص ٩ .

البطاقة([1]).ويمكن تفادى حامل البطاقة المسئولية المدنية بإبلاغ الجهة المصدرة بواقعة السرقة أو الضياع لتقوم بدورها بإخطار التجار المتعاقدين معها بقبول البطاقة في الوفاء بواسطة القائمة المرسلة إليهم بصفة دورية بالبطاقات الملغاه والمنتهية صلاحيتها والمسروقة والضائعة ويظل الحامل مسئولاً عن المبالغ التي استخدمت باستعمال البطاقة في الفترة الواقعة بين حدوث واقعة الضياع أو السرقة وبين وصول الإخطار بذلك إلى المصدر([2]).

ثانياً : المسئولية المدنية لمصدر البطاقة :

تلتزم الهيئة المصدرة بسداد القسائم المرسلة لها وذلك في مواجهة الحامل والتاجر، طالما أنهما قاما بالالتزامات العقدية تجاهها فإذا أخلت الجهة المصدرة بهذا الالتزام وترتب على ذلك ضرراً للحامل والتاجر كتعرض الأول على سبيل المثال. للحجز من التاجر أو كتفويت صفقه معينة للتاجر كان يعتمد في إبرامها على رصيده، أو توقف الأخير عن سداد ديونه مما أدى إلى قيام حجز الدائن عليه وإساءة سمعته التجارية فتعقد المسئولية المدنية للجهة المصدر على أساس تعاقدى طالما أن كل من الحامل والتاجر قاما بتنفيذ الشروط العقديه معه.

تنعقد المسئولية المدنية لمصدر البطاقة متى قام بالوفاء بالفواتير التي تصل إليه بعد إعلانه بواقعة السرقة والضياع([3]).إذ يجب عليه اتخاذ الحيطة من الاستعمال غير المشروع للبطاقة، وذلك بإخضاع هذه الفواتير لإجراءات مشدودة من حيث الرقابة على صحة التوقيع التي تحمله هذه

([1]) د.فايز رضوان – مرجع سابق ص ١٨٣، د. رفعت أبادير – مرجع سابق. ص ٨٦.

([2]) يتضمن الشرط الثالث من بطاقة الفيزا فى حالة فقدان البطاقة أو سرقتها يلتزم حامل البطاقة بإبلاغ دائرة الفيزا فى البنك أو أقرب مكتب فيزا بالخارج بموجب كتاب خطى ، وإطلاعه على الظروف فقدانها و / سرقتها ويظل حامل البطاقة مسئولاً عن كافة المبالغ المترتبة عن استعمال البطاقة حتى نهاية يوم العمل الثانى من تاريخ إبلاغ البنك خطياً بفقدانها أو سرقتها.

([3]) تتضمن المادة ٦/٢ من عقد البطاقة الزرقاء إعطاء مصدر البطاقة الحق فى رفض الوفاء بالفواتير التى استخدمت فيها البطاقة بعد اخطار البنك بواقعتى الفقد والسرقة للتجار الذين تعاقدوا معه على قبول هذه البطاقة فى الوفاء.

الفواتير من توقيع مزور حتى لو كانت مثبت بها تاريخاً مسبقاً بقيمة النفقات دون تغيير في بيانات الكشوف الواردة من التاجر[1].

كما تنعقد المسئولية المدنية لمصدر البطاقة المدنية في حالة الوفاء بالعمليات التي تتم بعد تاريخ إعلانه بوفاه الحامل لقيام عقد الحامل المبرم بين المصدر والحامل على الاعتبار الشخصى فتنتهى البطاقة تلقائياً بوفاة حاملها. وتنعقد مسئولية المصدر في حدود المبالغ التي يقوم بالوفاء بها والتعويض عن الأضرار التي تصيب الورثة من جراء هذا الوفاء وذلك على أساس المسئولية التقصيرية لارتكاب الجهة المصدر خطأ في حقهم يؤدى إلى أنقاص حقوقهم في التركة. وقد تَضُمن الجهة المصدرة العقد المبرم مع الحامل أو التاجر شرط أن يقتضى بإعفائها من المسئولية في حالات معينة[2]. وينظر بعض الفقه إلى هذا الشرط بأنه حق للجهة المصدرة ويجب على الحامل والتاجر الالتزام به إلا إذا أثبت الحامل الغش من جانب الغير أو في حالة الخطأ الجسيم[3].

واختلف مع هذا الرأى فيما ذهب إليه إذ طالما هناك خطأ من الجهة المصدرة وترتب عليه ضرر لأحد أطراف العقد، فإنها مسئولة مدنياً عن هذا الضرر على أساس تعاقدى وتلزم بالتعويض ولا محل لهذا الشرط. إذ تنص المادة ١٤٩ من القانون المصرى على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يُعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن فيها، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك وبمعنى آخر أنه طالما العقد المبرم بين الجهة المصدرة والعميل سواء تاجراً أو حاملاً صحيحا ومستوفي لشروطه، وأن الضرر الذى لحق بالعميل راجعاً لإخلال بتنفيذ التزامها، فإنه تقوم مسئولية الجهة المصدرة حتى ولو تضمن العقد شروط لإعفائها من المسئولية.

([1]) فى هذا المعنى د. فايز رضوان. مرجع سابق. ص ١٨٥.

([2]) اتفاقية حامل البطاقة الصادرة من النائب البريطان الملحق رقم(١).

([3]) د. حسن حسنى – عقود الخدمات المصرفية – رسالة دكتوراه. القاهرة. ١٩٨٦ ص ٤١١.

ثالثاً : المسئولية المدنية للتاجر

يلتزم التاجر الذى يتعاقد مع المصدر على قبول البطاقات في الوفاء بالتحقق من شخصية حامل البطاقة، وذلك من خلال اتخاذ الحيطة والحذر في مضاهاة التوقيع الذى يضعه العميل على فاتورة الشراء والنموذج الموجود على بطاقة الوفاء. وإذا أهمل التاجر في اتخاذ الحذر في هذه المضاهاة بإرسال تلك الفواتير ذات التوقيع المزور إلى الجهة المصدرة، فإنه من حق الأخيرة رفض الوفاء للتاجر وتنعقد مسئولية المدنية عن ذلك الافتراض الخطأ في جانبه لعدم إتخاذه الوسائل اللازمة لاكتشاف التوقيع المزور.

كما تنعقد مسئولية التاجر في حالة إرسال فاتورة الشركة إلى الجهة المصدره وبدون توقيع الحامل عليها، حيث أن توقيع الحامل على الفاتورة من أهم الشروط الشكلية للفاتورة إذ بموجبه تكون الفاتورة بمثابة أمر صادر منه إلى الجهة المصدرة بالوفاء للتاجر ، وتوقيع الحامل من أهم الالتزامات التي يرتبها عقد التاجر.

ويتضمن العقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة على التزام الأول بالإطلاع على قائمة الاعتراضات التي يخطر بها من مصدر البطاقة بصفة دورية تفادياً قبوله في الوفاء ببطاقة ضائعة أو ملغاه أو مسروقة. فإذا أهمل التاجر هذا الالتزام مما سهل على الغير حائز البطاقة من استخدامها غير المشروع، فإن مسئوليته المدنية تنعقد على أساس تعاقدى في مواجهة حامل البطاقة الشرعى عن الأضرار التي تصيبه من الاستعمال غير الشرعى للبطاقة، ومن حق مصدر البطاقة رفض الوفاء للتاجر بقيمة الفواتير التي تحمل تاريخاً لاحقاً لإخطاره بقائمة الاعتراضات المدرج فيها رقم البطاقة.

رابعاً : المسئولية المدنية للغير :

إذا قام الغير حائز البطاقة المسروقة أو الضائعة باستخدامها، فإنه يكون مسئولاً مدنياً عن هذا الاستخدام تجاه حاملها الشرعى عن الأضرار التي أصابته على أساس المسئولية التقصيرية

وليس العقدية لكونه أجنبي عن العقد المبرم بين أياً من أطراف البطاقة – وإذ تنص المادة(١٦٣) من القانون المدنى المصرى على أنه " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" [١].

المطلب الثانى : المسئولية الجنائية.

نظراً لتزايد حملة بطاقات الوفاء أو الائتمان أو كما يسميها البعض "النقود الإلكترونية " او البلاستيكية وانتشارها في المعاملات التي تتم عن طريقها مسايرةً مع منطق التطور والتحديث في التجارة الإليكترونية. فضلاً عن عدم فاعلية الحماية المدنية لهذه البطاقات. فإنه لا يمكن تفادى الاستعمال الخاطئ أو الاحتيالى لها. الأمر الذى يستلزم وضع قانونى خاص لإصباغ الحماية الجنائية عليها يختلف عن تلك الحماية المقررة في قانون العقوبات التقليدى.

وإذ أن عملية الوفاء بواسطة بطاقات الدفع الإلكتروني هى عملية مصرفية دولية متعددة الأطراف، مما يدفع محترفي النصب والتزوير على الدخول إلى سوق البطاقات لتزويرها واستخدامها في النصب على التجار والبنوك. وقد يقع الإساءة من حامل البطاقة أو التاجر والجهة المصدرة للبطاقة أو من الغير في عمليات السحب والوفاء[٢] الأمر الذى يتطلب ضرورة وجود حماية جنائية لتلك الوسيلة الجديدة كما فعلت التشريعات المقارنة بالنسبة للشيك[٣] ويمكن لنا تقسيم هذه الجرائم بحسب مرتكبها إلى جرائم تقع من الحامل نفسه أو الغير .

أولاً : الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من الحامل.

([1]) د. فايز رضوان - المرجع السابق ص ١٨٨.

([2]) د. عبد الفتاح حجازى – مرجع سابق س ١١٨، ص ١١٩

([3]) وقد بدأ الشيك كوسيلة من وسائل الوفاء فى نفس الظروف حيث لم تكف الحماية المدنية وكذلك النصوص الجنائية الخاصة بالنصب والاحتيال لتحقيق الحماية الفعالة له، ولذلك تدخل المشرع المصرى وفرض حماية جنائية خاصة بإصدار الشيك بدون رصيد وذلك بمقتضى التعديل الذى بمقتضاه تم إدخال المادة ٣٣٧ فى قانون العقوبات. كذلك تدخل المشرع الفرنسى بمقتضى القانون الصادر فى ٢ أغسطس ١٩١٧ وجعل إصدار شيك بدون رصيد جريمة قائمة بذاتها. أ. د. عبد العظيم وزير " جرائم الأموال " النهضة العربية ١٩٨٣ رقم ٢٠٠ ص ٤٢١.

هناك أسئلة مثارة حول ما إذا كان حامل البطاقة في حالة استخدامه للبطاقة بالرغم من إلغائها أو إنهاء صلاحيتها مع علمه بذلك هل يعتبر مرتكباً لجريمة جزائية أم لا ؟ وإذا أستعمل البطاقة بطرق غير مشروعة – احتياليه – للوفاء بمبالغ تتجاوز الحد الأقصى عن المسموح به هل يكون هذا الفعل جريمة عقابية أم لا ، و ماهى ؟ وسنتناول الإجابة بالآتى :

١ – استعمال بطاقة الائتمان الملغاه او المنتهية :

أسلفنا أن من أثار العقد المبرم بين الحامل والجهة المصدرة التزام الأول باستخدام البطاقة في خلال فترة صلاحيتها المدونة ضمن بيانات البطاقة وأنه يجب على الجهة المصدرة إخطار التاجر في حالة انتهاء الصلاحية إذا لم تدون الصلاحية على البطاقة، وكذا انتهاء العقد على الحامل ، ويلتزم التاجر بقبول البطاقة في الوفاء. فإذا قام الحامل باستخدامها بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها أو فسخ العقد بينه وبين الجهة المصدرة، فإنه يجب على التاجر عدم قبول البطاقة في الوفاء بعد تاريخ إخطاره من الجهة المصدرة وكذلك يجب عليه القيام بالحيطة في التأكد من شخصية الحامل وبطاقته والرجوع إلى مركز التفويض بالجهة المصدرة قبل اتمام عملية البيع. كما يلتزم الحامل بإعادة البطاقة إلى الجهة المصدرة حيث إنه بمجرد استلام الحامل للبطاقة فإنها تكون وديعه لديه ولكن اذا رفض ردها إلى المصدر واستمر في حيازتها، هل يعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ؟ أو إذا قام باستخدامها لدى أحد التجار خاصة إذا كان تاريخ انتهاء صلاحية البطاقة غير مدون عليها أو أن الجهة المصدرة لم تخطر التاجر بإلغائها. هل يعتبر حامل البطاقة مرتكباً لجريمة النصب ؟.

أ- مسئولية حامل البطاقة في مواجهة مصدر البطاقة.

إذا ما قام الحامل بحيازة البطاقة بعد انتهاء صلاحيتها أو إلغائها يكون مرتكباً الجريمة خيانة الأمانة في مواجهة المصدر إذ تنص المادة ٣٤١ من قانون العقوبات المصرى على أنه " كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ مالية أو أمتعة أو بضائع أو نقود أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية

الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيل أو بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيرها يُحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه".

وقد عرف المشرع المصرى جريمة خيانة الأمانة بأنها اختلاس أو استعمال أو تبديد منقول مملوك للغير سلم إلى الجانى بناء على عقد من عقود الأمانة إضراراً بمالكه أو صاحبه أو واضع اليد عليه مع توافر القصد الجنائى[1].

ويبين من هذا النص أنه يستلزم أركانا معينة لقيام جريمة خيانة الأمانة على النحو التالى: -

محل الجريمة

يتمثل محل الجريمة خيانة الأمانة في مال منقول ذى طبيعة مادية[2]مملوك للغير مسلم للجانى بموجب عقد أمانة. وبالرجوع إلى العقد المبرم بين الحامل والمصدر نجد انه يتضمن شرط بالتزام الاول برد البطاقة عند انتهاء صلاحيتها أو عند فسخ العقد. وهذا يدل على أن تسليم بطاقة الائتمان وهى عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ وعلى أن يرده عيناً(م ٧١٨ مدنى من القانون المدنى المصرى) أى يلتزم المودع لديه برد الشئ المسلم إليه إلى المودع عيناً.

وتعطى بطاقة الائتمان لحاملها حق استخدام مبلغ معين في تنفيذ مشترياته فبالتالى تدخل في معنى المنقول الذى يرد عليه جريمة خيانة الأمانة.

الركن المادى :

ينحصر الركن المادى لجريمة خيانة الأمانة في ثلاث صور هى : الاختلاس والتبديد والاستعمال ويمكن إدخال الفعل الصادر من حامل البطاقة بالامتناع عن رد بطاقة الائتمان التي

([1]) أ.د. عبد العظيم وزير – مرجع سابق ص ٥٠٥ رقم ٢٣٤، أ.د. فوزية عبد الستار "شرح قانون العقوبات" القسم الخاص جرائم الأموال ص ٢٨١.

([2]) د. يحيى الدين علم الدين. القانون الجنائى. جرائم خاصة. ١٩٧٥ ص ٢٤٤.

ألغيت أو انتهت صلاحيتها في الصورة الثالثة من صور الركن المادى لجريمة خيانة الأمانة وهو الاستعمال الذى لا يجوز إلا لمالك الشئ حتى ولو لم تنصرف النية إلى التملك[1]. إذ أن الحامل الذى يستخدم البطاقة الموجودة في حيازته مؤقتاً تنصرف إلى القيمة التي تمثلها تلك البطاقة وهى الأموال التي يمكن الحصول عليها عن طريق استعمال البطاقة المنتهية أو الملغاه. ويتمثل الضرر المترتب عن استعمال البطاقة المنتهية او الملغاه في قيام الجهة المصدرة بسداد قيمة الفواتير المرسلة إليها من التاجر المستخدمة فيها البطاقة، وذلك إذا ما أغفلت توجيه أخطار للتاجر بالبطاقات المنتهية صلاحيتها أو الملغاة فضلاً عن الضرر الذى يعود على المصدر من أهتزاز ثقة الجمهور في مثل هذه البطاقات. ولا يشترط في الضرر أن يكون جسيماً أو يسيراً [2].

الركن المعنوى :

يكفي توافر القصد العام أى القصد الجنائى العام بالنسبة للركن المعنوى في جريمة خيانة الأمانة والذى ينهض على العلم والإرادة. أى علم الجانى وقت استخدام البطاقة بأنه يستخدم بطاقة ملغية أو منتهية مدة صلاحيتها وملتزم بردها إلى الجهة المصدرة وإن أرادته تتجه إلى تلك الأفعال للإضرار بمصالح المصدر.

ويرى جانب من الفقة الجنائى المصرى إلى ضرورة القصد الجنائى الخاص في جريمة خيانة الأمانة المتمثل في توافر نيه تملك المال المنقول للغير المسلم للجانى على سبيل الأمانة.[3]

وعلى ما سبق عرضه لارتكاب جريمة خيانة الأمانة، نجدها تنطبق على الحامل الذى يحتفظ بالبطاقة بعد انتهاء مدة صلاحيتها أو إلغائها أو فسخ العقد المبرم بينه والمصدر لأى سبب ويقوم باستعمالها بعد ذلك. وبالتالى يتعرض لحكم العقوبة المقررة بالمادة ٣٤١ عقوبات وهى الحبس أو الحبس والغرامة.

(ب) مسئولية حامل البطاقة في مواجهة التاجر.

([1]) د. فايز رضوان. مرجع سابق. ص ١٩٥.

([2]) د. عبد العظيم مرسى وزير – مرجع سابق – ص ٥٦١.

([3]) د. عبد العظيم وزير. مرجع سابق . ص ٥٧٣.

في حالة استعمال الحامل للبطاقة الملغية أو المنتهية وتقديمها للتاجر للوفاء بمشترياته يكون مرتكباً لجريمة النصب في مواجهة التاجر.

وإذ تنص المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات المصرى والمعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ على أنه يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أى متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما بإستعمال طرق احتيالية من شانها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعه مزورة أو إحداث أمل بحصول ربح وهمى أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند أو دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور، وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، أما من شرع في النصب و لم يتممه فيعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة. ويجوز جعل الجانى في حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل وسنتين على الأكثر.

وقد عرف الفقه النصب بأنه استيلاء على منقول مملوك للغير بناء على الاحتيال بنية تملكه[١] ومن هذا التعريف يتضح أن أركان جريمة النصب كالأتى.

- محل جريمة النصب : وهو المال المنقول الذى تستخدم فيه البطاقة إذ أن الهدف منها يكون تسوية المشتريات لحاملها لدى التجار الذين تعاقدوا مع مصدرها.

- الركن المادى : هو الاحتيال الذى يؤدى إلى الاستيلاء على المال المنقول المملوك للغير، وعلاقة السببية بين الاحتيال والاستيلاء ، وصور الاحتيال ثلاث هى الخداع والكذب والغش وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن توافر الركن المادى في جريمة النصب بقولها " يجب في جريمة النصب أن تكون الطرق الاحتيالية التي استعملت مع المجنى عليها قوامها الكذب[٢]. فحامل البطاقة الذى يقدم بطاقة منتهية أو ملغية إلى التاجر وهو يعلم بذلك ويستعمل إحدى الطرق الاحتيالية لإيهام التاجر بأنه صاحب الحق في استخدامها ويسلمه التاجر مشتريات مقابل تلك البطاقة فهو كاذب ومرتكب لجريمة النصب وخاصة في حالة عدم تدوين تاريخ أنتهاء الصلاحية على البطاقة.

([1]) مجموعة أحكام محكمة النقض – نقض ١٩ فبراير ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٥٠ ص ٢٢٦.

([2]). مجموعة القواعد القانونية نقض ١٧ يونيه ١٩٦٤ الجزء السابع رقم ١٩٤ ص ١٧٩ .

- الركن المعنوى : ويتمثل في القصد العام أى القصد الجنائى العام وهو علم الجانى وقت ارتكاب الفعل بأنه يستعمل طرق احتيالية من أجل الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير. وهو ما يتوفر في حامل البطاقة الائتمانية المنتهية او الملغاة أو المفسوخ عقدها بينه والمصدر، ومع ذلك يسعى لإيهام التاجر بصحتها للاستيلاء على مشترياته لديه، وأن مصدر البطاقة سيرفض الوفاء للتاجر بقيمتها. كما يشترط توافر القصد الخاص المتمثل في نية الجانى (الحامل) في تملك المال المستولى عليه حتى يتحقق فيه سلب بعض أو كل ثروة الغير. وهو ما نصت عليه المادة ٣٣٦ عقوبات مصرى. وهو ما يتوافر في حامل البطاقة الذى يقوم بتنفيذ مشترياته لدى التاجر الذى أوهمه بصحة البطاقة المستخدمة.

وقد استقر الفقه الفرنسى على أن استخدام البطاقة الملغاة أو المنتهية تكون جريمة النصب في مواجهة التاجر الذى تعهد بقبول تلك البطاقات في الوفاء بشرط ألا يكون المصدر قد أخطره بسحب البطاقة من الاستعمال.

٢- تجاوز الحامل للحد الائتماني الممنوح له من مصدر البطاقة.

إذا تجاوز حامل البطاقة السقف الائتماني الممنوح له من مصدر البطاقة وكان الأخير ضامنا له أما م التاجر فإنه يجب على الأخير احترام التزاماته التعاقدية مع مصدر البطاقة، ولا يستطيع التمسك بالرعونة والإهمال في مواجهة مصدر البطاقة ، وبالتالى تنعقد مسئوليته العقدية أما إذا كان عقد الحامل المبرم بين المصدر والحامل يتضمن عدم تجاوز حامل البطاقة المبلغ المحدد والمتفق عليه و لم يدرج الحد الائتماني على البطاقة، فإنه يجب على التاجر الاتصال بمركز التفويض لدى المصدر لمعرفة المبلغ المسموح به لحامل البطاقة، ويكون ملتزماً بعدم تجاوز هذا المبلغ وتنعقد مسئوليته عما يزيد من المبلغ المسموح به، ولا يستطيع الادعاء بأنه ضحية كما أن الحامل لا يمكن أعتباره مرتكباً لأى فعل منطوياً على أى وسيلة احتيالية لإيهام أو خداع التاجر بوجود أعتماد بخلاف الحقيقة حيث كان في وسع التاجر معرفة الحد الائتماني الحقيقى.

ويرى جانب من الفقه أنه لا مسئولية جزائية على الحامل في الحالات التي لا يستطيع فيها التاجر الاتصال مع الجهة المصدرة لمعرفة الغطاء المسموح به للحامل لأن الجهة المصدرة ملزمة بالوفاء للتاجر بقيمة المشتريات لديه والرجوع لاحقا على الحامل بما يجاوز الغطاء على أساس المسئولية العقدية لأن الحامل يقدم بطاقة صحيحة وسارية المفعول وفعالة لا تنطوى على أى وسيلة أحتيالية للقول بتوافر جريمة النصب.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية مع ما استقر عليه الفقه من الاكتفاء بالمسئولية العقدية لحامل البطاقة التي يتجاوز الغطاء المسموح به له بعدم توافر أركان جريمة النصب.

ثانياً: الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل الغير :

ويقصد بالغير هنا أى شخص غير التاجر والحامل أو موظفي البنك المصدر للبطاقة وتظهر مشكلة الغير فيما لو فقدت البطاقة أو سرقت ومن الجرائم التي يقارفها الغير وتكون بطاقة الائتمان محلها هى جريمة التزوير، استعمال بطاقة مزورة ثم جريمة السرقة.

جريمة التزوير.

وعرف جارسون جريمة التزوير على أنها " تغيير للحقيقة بقصد الغش في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضرراً ".

وقد عرفها جانب من الفقه على أنه " تغيير في محرر بإحدى الطرق التي نص عليها القانون تغييراً من شأنه إحداث ضرر مقترن بنية استعمال المحرر المزور فيـــــما أعد له [1] كم عرفها المشرع الأردنى على أنها " تحريف مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات التي يراد أثباتها بصك أو مخطوط يحتج بهما أو يمكن أن ينجم عنه ضرر مادى أو معنوى أو أجتماعى ".

ومن التعاريف السابقة يتضح أن أركان جريمة التزوير تتمثل في الأتى:

محل الجريمة : وهو المحرر وينطبق على بطاقة الائتمان لكونها تحتوى على معلومات وبيانات هى موضوع التزوير والمحرر هو وسيلة التعبير عن علاقة قانونية بين شخصين بما تتضمنها من حقوق والتزامات ويعاقب القانون على تغيير هذه الحقيقة ، إذ تنص المادة ٢١٥ من قانون العقوبات المصرى على أنه " كل شخص إرتكب تزويراً في محررات أحد الناس بواسطة إحدى الطرق السابق بيانها يعاقب بالحبس مع الشغل " .

الركن المادى : ويقوم على عنصرين هما تغيير الحقيقة بإحدى الطرق التي نص عليها القانون وتغيير الحقيقة هو الفعل الإجرامى الذى يقوم عليه التزوير في المحررات ويتمثل في هذا التغيير العدوان على الثقة العامة في المحررات[2]. ولا يتوافر الركن المادى لجريمة التزوير إلا إذا كان تغيير الحقيقة تم بإحدى الطرق التي نص عليها القانون ومن بينها التقليد والاصطناع ، فالأول عبارة عن صناعة شئ على غرار آخر ، ويكفي التقليد أن يكون من شأنه خداع الشخص المعتاد

([1]) أ.د. فوزية عبد الستار. مرجع سابق. ص ٢٤٤، د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق ص ٢٠٧.

([2]) د. فايز رضوان. مرجع سابق. ص ٢٠٧، أ. د محمود نجيب حسنى – مرجع سابق – ص ٢٢٠ .

وإيهامه بصدور الكتاب ممن يراد نسبتها إليه[1]. والأخر عبارة عن خلق محرر بأكمله ونسبته إلى غير محرره[2].

ركن الضرر : ويتحقق متى كان تغيير الحقيقة يؤدى إلى الضرر المادى بأن يمس الذمه المالية أو اجتماعى فيصيب مجتمع بأسره أو أدبى ينال من المكانة الاجتماعية للمزور عليه.

الركن المعنوى : فإنه لابد من توافر القصد الجنائى العام والخاص لدى المتهم ويتمثل القصد العام في علم المتهم بجميع أركان التزوير من أنه يقوم بتغيير الحقيقة في إحدى المحررات العرفية وبطريقة من الطرق التي حددها القانون وهى التقليد أو الاصطناع، وأنه يترتب على ذلك ضرراً حال أو احتمالى بأحد الأشخاص أو المجتمع. والقصد الخاص هو نية استعمال تلك المحرر المزور في الغرض أو الأغراض التي اعد من أجلها. ولما كانت بطاقات الوفاء تعتبر من المحررات العرفية فإن أى شخص يرتكب جريمة التزوير فيها تطبق عليه العقوبة المقررة. في المادة ٢١٥ من قانون العقوبات المصرى وهى الحبس مع الشغل وذلك لتحقيق الحماية الجنائية للمحررات العرفية.

استعمال بطاقة مزورة :

يعنى قيام أحد الأشخاص باستخدام بطاقة أئتمان كوسيلة للوفاء مع علمه بتزويرها وهو ما يؤكد عليه توافر القصد الجنائى لديه، وقد حرص المشرع المصرى في المادة ٢١٥ عقوبات مصرى والمشرع الفرنسى بالمادة المقابلة(١٥١) من قانون العقوبات الفرنسى على استقلال تزوير المحرر عن جريمة استعماله وهو مزور.

كما ذهب الفقه المصرى والفرنسى على أنه في حالة قيام أحد الأشخاص بالتزوير والاستعمال فإنه تطبق عليه العقوبة الأشد، ولايخضع المتهم لمبدأ تعدد العقوبات بمعنى أنه إذا قام أحد الأشخاص بتزوير بطاقة الائتمان واستعملها فلا توقع عليه عقوبتا التزوير والاستعمال وأنما

---

(1) مجموعة أحكام النقض، نقض ٢٩ ابريل ٧٩ س ٣ رقم ١١٠٧ ص ٥٠٦.

(2) عرفت محكمة النقض الاصطناع بأنه " انشاء محرر بكامل أجزائه على غرار أصل موجود أو خلق محرر غير مثال سابق " مجموعة أحكام محكمة النقض. نقض ٦ مايو ٦٨ س ١٩ رقم ١٠٥ ص ٥٣٦.

يطبق عليه الجزاء الأشد، أما في حالة وقوع جريمة التزوير من شخص والاستعمال من شخص آخر فإن كل متهم يخضع لعقوبة الجريمة التي أرتكبها.

وقد ذهب رأى إلى خضوع جريمة استعمال بطاقة مزورة إلى العقوبة المقررة في المادة ٣٣٦ عقوبات مصرى لتوافر أركان جريمة النصب حيث أن تقديم أو إبراز أوراق أو مستندات للغير سواء حقيقية أو مزورة يعد من الطرق الاحتيالية التي يستخدمها المتهم لإيهام التاجر بصحة هذه البطاقة المزورة في الوفاء إلا إذا أثبت أهمال من نسبت إليه البطاقة.

واتفق مع هذا الرأى فيما ذهب إليه، حيث أن قيام المتهم بإبراز البطاقة المزورة لدى أحد التجار الذى تعاقدوا مع الجهة المصدرة بقبولها في الوفاء ونسبتها إليه ينطوى على كذب وخداع لإيهام التاجر وقبوله تلك البطاقة في الوفاء والاستيلاء على أمواله المنقولة الممثلة في المشتريات وأن الأقدام على استعمالها مع علمه بالتزوير يؤكد توافر القصد الجنائى لديه. مما يشكل أرتكابه لجريمة النصب.

جريمة السرقة :

عرفها الفقه المصرى بأنها " اختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه[1]. وقد عرفها المشرع الأردنى في المادة ٣٩٩ على أن " السرقة هى أخذ مال الغير منقول دون رضاه"[2] ويتضح من ذلك أن أركان السرقة هى :

الركن المادى : وهو الاختلاس ويتمثل في اخراج بطاقة الوفاء من حيازة حاملها رغم عن إرادته ودخولها في حيازة السارق للإستيلاء عليها.

محل جريمة السرقة : هو البطاقة ذاتها حيث تعتبر من المنقولات.

الركن المعنوى : وهو القصد الجنائى ويتوافر متى أتجهت نية السارق إلى ارتكاب فعل الاختلاس الواقع على المنقول المملوك للغير. بمعنى أنه بمجرد أختلاس الشخص للبطاقة أى الاستيلاء على حيازتها كاملة واتجاه نيته إلى تملكها وهى مملوكة لشخص معين هو حاملها الشرعى فإنه يكون

([1]) أ. د. فوزية عبد الستار – مرجع سابق ص ٨٠٩، د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق. ص ٢١٥.

([2]) أ. القاضى فداء يحيى الحمود " النظام القانونى لبطاقة الائتمان ". ص ١١٣.

ارتكب جريمة السرقة ويعاقب عليها بالمادة ٣١٨ من قانون العقوبات المصرى والتي تنص على " يعاقب بالحبس مع الشغل مدة لا تجاوز سنتين على السرقات التي لم يتوافر فيها شئ من الظروف المشددة."

ويرى جانب من الفقه الجنائى أن أستعمال البطاقة المسروقة من قبل الغير، ينطوى على جريمة نصب لانتحال المتهم أسم كاذب هو اسم حامل البطاقة الحقيقى وبالتالى يكون استخدام وسيلة احتيالية لاقناع المجنى عليه بوجود أئتمان كما يرى جانب آخر من الفقه أن هذا الفعل يشكل جريمة سرقة " استعمال مفتاح مصطنع لأن البطاقة الائتمانية من قبيل المفاتيح المصطنعة[1].

وذهب القضاء الفرنسى أن المتهم يكون مرتكب لجريمة احتيال تتمثل في قيامه باستعمال بطاقة ائتمان مسروقة مستعملاً اسم كاذب وهو اسم حامل البطاقة الحقيقى، وهو أحد الصور الاحتيالية لجريمة النصب.

واتفق مع هذا الرأى إذ أن استعمال البطاقة المسروقة من قبل الغير يعد أرتكاباً لجريمة نصب حيث أن مستعمل البطاقة يحصل على سلع وخدمات مسلمة إليه من التاجر بعد إيهامه للأخير بصحة البطاقة والأئتمان الممنوح بواسطتها أى أستخدام مستعمل البطاقة الكذب وهو احدى الطرق الاحتيالية مما يشكل جريمة النصب وليس السرقة كما أن مستعمل البطاقة يمكنه السحب النقدى من الماكينة ارادياً بواسطة البطاقة المسروقة عن طريق الغش وهو احدى الصور الاحتيالية بأتخاذه صفة كاذبة وهى صفة الحامل مما يحمل الجهاز على قبول ذلك.

وتلك الجرائم من أهم ما يرتكب من قبل الغير بواسطة البطاقة الائتمانية واجد أن النصوص القانونية العقابية الموجودة بالقانون المدنى المصرى تكفي حالياً لمواجهة تلك الأفعال، بالرغم من اختلاف التكييف وهى مسألة تخضع لسلطة القاضى التقديرية وفقا للظروف والملابسات. وعلى ذلك فإن الأمر لا يخرج عن تطبيق أحدى النصوص التشريعية حتى يستقر

---

(1) د. عبد الفتاح بيومى – مرجع سابق. ص ١٢٤.

الفقه والقضاء على قواعد قانونية تحمى بطاقات الائتمان بما يتفق مع تطور وانتشار تلك الوسيلة الجديدة بما يساير عصر التكنولوجيا في التجارة الالكترونية.

المراجع

- أ.د عبد الرازق السنهورى. " الوسيط في شرح القانون المدنى". الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، العقود الواردة على العمل.
- أ.د. سميحة القليوبى . " الأوراق التجارية " .
- أ.د. على جمال الدين عوض . "عمليات البنوك من الوجهة القانونية".
- أ.د. فوزية عبد الستار . "شرح قانون العقوبات " القسم الخاص. جرائم الأموال .
- د. فايز نعيم رضوان. "بطاقات الوفاء" .
- د. جميل عبد الباقى الصغير . "الحماية المدنية والجنائية لبطاقات الائتمان الممغنطة " دار النهضة العربية. القاهرة.
- د. عبد الفتاح بيومى حجازى. "النظام القانونى لحماية التجارة الالكترونية".
- د. عمر السعيد رمضان . "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة : ١٩٦٠.
- د . محيى الدين علم الدين. "موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية" ، القانون الجنائى.
- د. كيلانى عبد الراضى محمود. " النظام القانونى لبطاقة الوفاء والضمان".
- د. رفعت فخرى أبادير. "بطاقات الأئتمان من الوجهة القانونية ".
- د. محمود نجيب حسنى. "شرح قانون العقوبات " القسم العام، قانون العقوبات القسم الخاص – دار النهضة العربية : ١٩٦٠.
- د. فياض القضاة. ندوة في نادى صاحبات المهن والأعمال.
- مجلة الدراسات المالية والمصرفية. المعهد العربى للدراسات المصرفية. العدد ٣ لسنة ١٩٩٥.
- مجموعة أحكام محكمة النقض .
- مجموعة القواعد القانونية .

خـــاتـــمة

تناولت في هذا البحث موضوع بطاقة الائتمان ، والنظام القـــانونى المترتـــب علـــى العلاقات الناشئة بين اطرافها الثلاث : المصدر والحامل والتاجر من خلال العقود المبرمـــة بـــين الجهة المصدرة والعميل سواء كان الحامل او التاجر.

ورأينا ان بطاقة الائتمان هى ضمن الوسائل المستخدمة للوفاء بقيمة مشتريات الحامل دون الدفع نقدا للتاجر الذى يلتزم بمقتضى عقد التاجر بقبولها في الوفاء واسترداد الثمن من المصدر، وقيام الحامل فيما بعد بسداد قيمة مشترياته للمصدر على اقساط متفق عليها. كما ان البطاقة ذات طابع خاص لما تتميز به من ضمان ووفاء في ذات الوقت عن وسائل الوفاء الأخرى.

وقد تعرضنا لاختلاف الآراء في تحديد الطبيعة القانونية للبطاقة ، والذي كان يدور حول تكييف الوسائل والعقود التجارية الحديثة بإدخالها تحت احد العقود أو أشكال وسائل الوفاء التي تناولها المشرع الموضوعي بالتنظيم ، وانتهوا الى أنها ذات طبيعة خاصة. كما تطرق البحث الى المسئولية المدنية للاستعمال غير المشرع للبطاقة لكل من أطراف العقد إذا اخل احدهم بالتزاماته العقدية على أساس تعاقدى . أما في حالة ضياع البطاقة أو سرقتها ووقوعها في يد الغير فتنعقد المسئولية المدنية على أساس تقصيرى . وكذلك المسئولية الجنائية وجد الرجوع الى نصوص قانون العقوبات القائم حتى يتم التدخل التشريعى لإضفاء الحماية الحقيقية من الناحية الجنائية والمدنية بجانب قيام الجهات المصدرة بالتطوير المستمر لتلك البطاقات لسد أوجه القصور التي ينفذ منها العابثين بهذه الوسائل الحديثة .

" تم بحمد الله رب العالمين "

بطاقات الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها

* دراسة قانونية مقارنة *

د. ممدوح خليل البحر
جامعة الشارقة

أ.د عدنان أحمد ولي العزاوي
الكلية العربية الجامعية

المقـــــــدمة:-

لعل من بين مشاكل تشريعات التجارة وكذا العاملين على دراستها وتدريسها حصر الأعمال التجارية التي تخضع إلى النظام القانوني التجاري، في حين تخضع المعاملات المدنية إلى قانون المعاملات المالية المدنية وأية ذلك إن المشرع التجاري يرصد وهو بصدد وضع التشريع ما هو موجود ومتداول فعلاً من تلك المعاملات التجارية ويسردها بقائمة صريحة مقراً بتجاريتها. إلا أن المتغيرات العلمية (بل والاجتماعية) تفعل فعلها فتضيف أعمالا تجارية جديدة وليدة مبتكرات العصر العلمية، كانت إلى عقود قليلة ضرباً من الخيال العلمي. وبعذر المشرع إذ هو لم يتحسب لها فليس من وظيفته أو مهامه أو في مقدوره التنبؤ بما سيكون عليه حال المعاملات المالية (تجارية أو مدنية) في القادم من الزمن.

إن الثورة التي يعيشها العالم على صعيد المعلوماتية وشيوع الحاسوب والإنترنت غيرت وستغير من واقع المعاملات المالية ومن ثم النظم القانونية التي تحكمها. ونحن إذ نعيش في ظل هذه القرية الكونية لا نملك (ولا يصح) أن نكون خارج مقدرات هذا العصر وعلينا أن نتحسب لموجبات العيش في ظلها.

إن التجارة الإلكترونية فرضت نظم تجارية مناسبة لها، مع اتفاقات كونية تكفل حرية التجارة وانتقال الأموال وإعفاءات ضريبة تعطى على قدم المساواة للجميع، وضمانات لحماية الملكية الفكرية إلى آخر ما ييسر انتقال المال والنشاط التجاري الحر كفلتها اتفاقيات الجات والجاتس والحق أن العقد السابع من القرن الماضي قد شهد التعامل الإلكتروني مع المصارف.

والواقع يشير إلى تطور في هذا النمط من التجارة له أول ولكن يصعب التنبؤ بما يكون عليه الأمر حتى في العقود القليلة القادمة.

إن المعاملات الإلكترونية تقترن بطبيعتها بصناعة الحاسوب وخدمات الاتصال المتقدمة مع القدرة البشرية على التعامل بها. ونسلم بأن هناك فجوة بين الدول الصناعية والنامية من حيث القدرة على التعامل مع هذه المتغيرات. والأهم من ذلك إمكانية التعامل بنجاح مع مشكلات حقيقية

تقترن بطبيعة المعاملات الإلكترونية، وتنعكس بالحتم على مستوى التشريعات الوطنية المنظمة لها.

(إن بطاقات الائتمان) كنموذج للتجارة الإلكترونية هي من المعاملات التي ذاع أمرها في عامة الأقطار العربية. وتسابقت المصارف فيها على التعامل بها وتشجيع زبائنها على ذلك. وفي غمرة الحماس (الزائد) وقلة التجربة والتسابق مع الزمن للحاق بركب العالم المتمدن فات على الجميع وضع نظام قانوني مناسب نسلم بأنه يختلف ومع تشريعات التجارة المعتادة، ويتطلب حضور (تقنية علمية وقانونية معاً) مع إحاطة واعية بتجارب المصارف الوطنية ومشكلاتها المعاشة. ولا يكتمل ذلك إلا بالوصول إلى نظام قانوني يكفل حماية الجمهور من المتعاملين بالبطاقات المذكورة.

وأول ما يعنينا أن ننتبه إلى أن مصطلح (بطاقات الائتمان) ليس محدداً ولا واضحاً ويختار كل مصرف (حسب قناعاته) بتسمية ما يتردد على السنة (الفقه التجاري) بهذا الخصوص، فالبعض يتكلم عن (بطاقات الوفاء) وآخر عن (بطاقات الائتمان) وثالث عن (بطاقات الإلكترون) ورابع عن (بطاقات السحب الآلي).

ومع إقرارنا بنوع هذه البطاقات إلا أننا لا نتردد سلفاً في أن نسجل عدم دقة التسمية فكل البطاقات على تنوع مسمياتها وأنواعها وأغراضها هي أدوات وفاء وهي جميعاً (بلا استثناء) أدوات ائتمان طالما أن الموفي له سوف لن يحصل على مقابل ما قدمه من سلعة أو خدمة نقداً

وأول مشكلة تواجهنا هنا **تسمية الأشياء بأسمائها** (إن مسمى (بطاقة الوفاء) قد لا يكون صحيحاً لغةً لأن البطاقة هي الرقعة الصغيرة المنوطة بالثوب التي فيها رقم ثمنه، سميت لأنها تشد بطاقة من هدب الثوب. ترتيب القاموس المحيط الطاهر أحمد الزاوي ص٢٨٨. مختار الصحاح، الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي- دار الفكر ص ٥٦. كما أن اسم المستفيد (الحامل للبطاقة) يسمى عند بعض المصارف بالعضو وثانية بالمتعامل. والأدعى أن توحد هذه المصطلحات ومدلولاتها في كافة الأقطار العربية والمصارف العاملة فيها).

والاتفاق على تسمية اصطلاحية موحدة. لها والأصح أن تكون هناك تعددية في المسميات وبحسب تعددية تلك الأنواع.

إن من بين ما يبرر حسن اختيار هذا الموضوع كمادة للبحث، عدم وجود نظام قانوني يقطع بتسمية موحدة للبطاقات وبفصل في حقوق والتزام أصحاب العلاقة بموجبها. ولا يمكن القبول بكفاية القواعد العامة لتنظيمها بل وان قوانين التجارة الإلكترونية أشارت بنحو عابر إلى مثل هذا التعامل المصرفي دون ذكر حقوق والتزامات أصحاب العلاقة.

وصحيح أن المصارف (اجتهدت) في إعداد (نماذج عقدية) يوقعها من يرغب في الحصول على البطاقات المصرفية، إلا أن نظرة سريعة إلى (عامة) هذه النماذج تكشف، لنا بجلاء عدم توازن حقوق وواجبات الطرفين بموجبها. وعامة ما يرد بها من شروط كرست لحماية المصارف التي تعصم (بشروط عديدة) نفسها من أية مسؤولية حقيقة. ومطلوب أن يكون هناك نموذج موحد (رسمي) يفرض على المصارف عامة.

ولا يمكن التفكير بالنظام القانوني لبطاقات المصارف هذه (حقوق وواجبات أصحاب العلاقة) دون التحسب لمشكلة غسيل الأموال، لأن البطاقات هي من الوسائل المستخدمة في غسيل الأموال ويجب التفكير بحل ناجع لها.

وإذا كان القانون الصرفي قد حدد الأوراق التجارية والنظام القانوني لكل منها، وسهلت جهود القضاء (وما صدر عنه من قرارات) وكذا جهود الفقه في بيان أحكامها التفصيلية إلا أن ذلك يعنينا بوضوح على فهم النظام القانوني لبطاقات المصارف لأن تكييفها أصلاً لم يتبلور بعد بصيغة واضحة، وتصح المجادلة في اعتبار بطاقات المصارف المخصصة للوفاء بأثمان

السلع والخدمات كشيكات إليكترونية وهي أصلاً لا تحتوي على البيانات المطلوبة في الشيك. ولا يمكن أن نقر تسميتها بالشيك الإلكتروني e check-، لأن لذلك معنى قانونياً مغاير ينصرف إلى سحب الشيك عبر الوسائل الحديثة (الإنترنت). وحاولت بعض تشريعات التجارة الإلكترونية العربية تنظيمها.

إن البطاقات المصرفية التي تخول صاحبها حق دفع مشترياته إلكترونياً تصدر عن مؤسسات مالية عالية express card American card)) ويفرض علينا ذلك أن نتساءل أولاً عن دواعي عدم وجود بطاقات خليجية أو عربية تصدر موحدة عن مؤسسة عربية أو خليجية تشكل لهذه المهمة.

وعلى أية حال ... إن المؤسسة المالية صاحبة البطاقة Visa)) مثلاً تتعاقد مع مصرف وطني كي يكون مخولاً عنها في ذلك البلد، ويتولى هذا المصرف (المخول) بالتعاقد مع بقية المصارف ويتفق على الجهة التي تعد البطاقات البلاستيكية هذه. ثم أن المصارف تتعاقد مع عملائها بشروط وضعت هي صيغتها وفيها طابع الحماية الواضح للمركز القانوني للمصرف ... وأخيراً العميل يتعامل بدوره مع صاحب السلعة أو الخدمة ويسدد مستحقاتها من خلال البطاقات. وهكذا فإن هناك عدة علاقات قانونية متتابعة لابد من تكييف كل منها. ثم هل للعميل أن يلجأ إلى الجهة المصدرة للبطاقة أم أن علاقته تقتصر على مصرفة، وهل للمصرف أن يرجع على المؤسسة المالكة للبطاقة المصرفية أم أن علاقته تنحصر بالمصرف الوطني الذي حول بالتعاقد.

ثم من هو المسؤول عن تزوير البطاقة خاصة إذا تبين أن تصميمها لم يشتمل على عناصر الحماية اللازمة وهل يمكن تصور مسؤولية من صمم ونفذ هذه البطاقات؟

إن تفسير هذه العقود يكون بحسب ما عليه الحال في التجارة الإلكترونية والصيغ النموذجية لها (القانون النموذجي لليونسترال للتجارة الإلكترونية (م.٣) يجب أن يأخذ بالاعتبار الطبيعة الدولية لتلك العقود ويشجع توحيد تطبيقها بحسن نية ... بمعنى أن العلاقات الناجمة عن

بطاقات المصارف وإن كانت ذات طبيعة دولية إلا أن لها وضع خاص من حيث تفسيرها مختلف عن ما هو معمول به في تفسير العقود عامة.

إن إمكانية تزوير البطاقة أو استخدامها بشكل غير مشروع من قبل غير المالك لها، يوجب علينا التفكير بصيغ لحماية حامل البطاقة وعدم الاكتفاء بتحميل مالك البطاقة مسؤولية الدفع غير المشروع جراء تزويرها أو استعمالها بنحو غير مشروع من آخرين. وبالاختصار إن العميل بحاجة إلى الحماية القانونية لمثل هذه الحالة وأمثالها...

وإذا كانت الشخصية القانونية للإنسان تنتهي بموته فإن إمكانية السحب بالبطاقة والرقم تعني إمكانية الاستمرار بالسحب من قبل هذا الوارث أو ذاك ممن ظفر بالبطاقة ورقمها وعلى حساب بقية الورثة... ولا نجد حلاً قانونياً يعالج هذا الفرض ويحدد المسؤولية المدنية والجزائية لأصحاب العلاقة.

إن تعدد أطراف العلاقة في بطاقات المصارف/ الجهة المالكة أي المؤسسة المصدرة لها ثم الجهة المخولة من قبلها في البلد بالتعاقد مع بقية المصارف، ثم العميل صاحب البطاقة ومن باع له البضاعة أو الخدمة، هذه التعددية تجعلنا نتساءل عن الحال عند إفلاس هذا الطرف أو ذاك منهم وطبيعة مسئوليتهم قبل المصرف الذي تعاقد مع العميل بل وقبل عميل المصرف. وهل هذه العلاقة تضامنية في حالات قيام المسؤولية المدنية والجزائية؟

إن النظام القانوني لبطاقات المصارف وهو نوع من أنواع التجارة الإلكترونية يخضع لما تخضع له التجارة الإلكترونية من مشاكل قانونية ومالية وفنية... فهناك مشكلة الحفاظ على السرية والأمان واحتمالات التدخل من قبل الغير، وهناك مشكلة تنوع الأنظمة التي تعمل بها الشبكات (تنوع الربط مع الشبكات).

إن حماية أطرف العلاقة من تدخل الغير يستوجب تقنيات مستجدة ومتغيرة ومكلفة. ولعل من الأهمية أن نسجل أن بطاقات المصارف هذه والتزام المصارف بتغطية صاحبها يسهل الانغماس بالائتمان الاستهلاكي مع كل ما يصاحب ذلك من آثار. وأخيراً فإن التعامل بالبطاقات سيما تلك التي لا يكون استعمالها بحدود جغرافية معينة وإنما في عامة المعمورة ... هذا

التعامل يفترض وجود سياسات مالية واقتصادية وكمركية وضريبية متساهلة. لكل هذه الأسباب ولغيرها اخترنا الكتابة في هذا الموضوع بأمل أن (نسهم) في حل بعض هذه المشاكل

الفصـــل الأول
ماهية بطاقة الائتمان وتكييفها

وتتناول في هذا الفصل ما هية بطاقة الائتمان وعلاقتها بالتجارة الاليكترونية ومزاياها وأطرافها في مبحث أول، في حين تدرس تكييفها القانوني في مبحث ثان.

المبحث الأول
ماهية بطاقة الائتمان وتكيفها

مدخل إلى التجارة الإلكترونية:

الحقيقة أن مختلف الجهات المعنية بالمعاملات التجارية قد استفادت خـــلال العقـــدين الماضيين من المنجزات الهامة على صعيد التجارة الإلكترونية، إلا أن ذلك لا يمنع من أن شـــيوع مثل هذا التعامل والاهتمام به يعود إلى فتره قريبة نسبياً.

على أية حال يمكن أن نعرف التجارة الإلكترونية على أساس (إتمام الصفقات التجارية عبر الوسائل الآلية (أتوما تيكياً) باستخدام الحاسوب وتكنولوجية الاتصالات الحديثة، وإن ذلك يشمل جملة من النظم المستخدمة، منها (E-mail/ الفاكس/ التلفون/ الإنترنت ...إلخ (ويعرفها البعض باختصار بأنها مجموعة العمليات التجارية التي تتم عبر الإنترنت

.(Aggregation of all transactions on the internet

إن مفهوم التجارة الإلكترونية هذه قد لا يكون حديثاً سواءً في مفهومه أو في تطبيقاته، حيث كانت هناك بدايات للتجارة الإلكترونية خلال العقدين الماضيين، إلا أنها نمـــت بســـرعة بجهود المايكروسوفت ومنذ سنة ١٩٩٥م.

إن التجارة الإلكترونية تقوم من بين ما تقوم عليه إيجاد وسيلة أو ترابط ما بين الجهات التي تقدم السلعة أو الخدمة وما بين العميل، ولعل بطاقات الوفاء هي من هذه الوسائل ، وإن التوقعات المستقبلية للتجارة الإلكترونية تبشر بالمزيد من الازدهار (- Christopher west land – global Electronic, commerce - theory and case studies-2001thind .E.p.I-8)

إن بطاقات المصارف بل وعامة وسائل الدفع الآلي هي صورة من صور التجارة الإلكترونية وتطبيق من تطبيقاتها. ويحسب لها ما يحسب للتجارة الإلكترونية من مزايا بل وعيوب أيضاً، ولهذا سنبحث تباعاً ماهية بطاقة الائتمان ثم نوالي بعد ذلك بحث أنواعها ووفق ما يلي:

المطلب الأول

ما هية بطاقة الائتمان

بطاقات المصارف والتجارة الإلكترونية:

نشير إلى إن سمة العصر هي التطور المذهل في التكنولوجيا عامة والرقمية منها خاصة والتزاوج بينهما، وما أدى إليه من ظهور ما يعرف بالتكنولوجيا المعلومات، ومع استمرار هذا التقدم أصبح العالم بحق قرية إلكترونية صغيرة، ونحن على أعتاب مرحلة نوعية جديدة من التجارة لها صفة العالمية غالباً، وكثيراً ما تتجاوز الحدود الجغرافية للبلد.

إن التجارة الإلكترونية وبطاقات المصارف من صورها هي من متغيرات هذا الزمن وسيكون لها آثارها (الإيجابية) ولربما (السلبية) أحياناً على التجارة والاقتصاد وسلوك الأفراد والتشريعات المدنية والتجارية والمصرفية المختلفة كتلك الخاصة بالجمارك والملكية الفكرية والمصرفية وصيغ انعقاد العقد والعمليات المصرفية، كما ستؤثر بوضوح على السياسات النقدية والمالية والمصرفية للدول عامة.

إن من صور الاهتمام بالتجارة الإلكترونية المؤتمر الثاني لمنظمة التجارة العالمية في جنيف ١٩٩٨م وكذلك مؤتمر شركاء في التنمية الذي عقد في فرنسا عام ١٩٩٨.وهناك اهتمام زائد من

المنظمات الدولية والإقليمية في هذا الموضوع ونشير تمثيلاً على ذلك نموذج لقانون يحكم التجارة الإلكترونية أعدته إدارات الأمم المتحدة (أحمد عبد الخالق، الأهمية الاقتصادية للتجارة الإليكترونية محلية الأمن والقانون – شرطة دبي العدد (١) سنة ١٤٢١هـ ص٣٥٤-٣٥٥).

والتجارة الإلكترونية تعنى بكل مراحل التعامل سواءً ما يتعلق بالتصنيع أو تسويق أو توريد المواد والإعلان التجاري واستخدام وسائل إلكترونية في عمليات البيع والشراء وتسوية المستحقات المالية المترتبة بموجبها بوسائل مبتكرة منها بطاقات المصارف. ويسبق ذلك إمكانية الاستفادة من إمكانيات وسائل التجارة الإلكترونية في مرحلة التفاوض. وبالإجمال أن التجارة الإلكترونية تمتد من مرحلة التفاوض ثم تقديم العروض فقبول المستهلك لما عرض عليه إلكترونياً وإصدار الأمر بالشراء إلكترونياً وأخيراً استخدم بطاقات الائتمان (بطاقات المصارف عموماً لدفع المستحقات)، ويتم ذلك دون وساطة، وسوف لن يحتاج إلى السفر ولا الوسطاء لانتقاء السلعة التي يريد، ويعنينا أن نبين أن استخدام وسائل الدفع الإلكترونية ينهي مشكلة تسوية المدفوعات واللغة المستخدمة ويغني عن السفر والاقتصاد في التكاليف والوقت معاً لأن الوفاء بالبطاقة المصرفية يتم بوقت لا يكاد يحسب وبكلف معقولة (الأهمية الاقتصادية للتجارة الإليكترونية ص٣٥٦ وما بعدها)

يقابل كل ما تقدم إن تهيئة منظومة متكاملة للتجارة الإليكترونية يتطلب كلفة مالية مع توقع مشاكل لا بد من التحسب لها ترد إلى تنوع الأنظمة التي تعمل بها الشركات، وصعوبات لا يمكن إسقاطها في نقل المعلومات إلى الشبكات والمحافظة على السرية والأمان ومنع احتمالات التدخل. ولا نغفل حقيقة أن دولاً نامية تعاني من سلبيات سببها ضعف القاعدة العلمية والتكنولوجية مما يفاقم من مشكلات التجارة الإلكترونية من جهة ومنها استخدام البطاقات المصرفية، والاختلال الجغرافي لما هو معروض من سلع وخدمات بفعل أن الاقتصاديات المتقدمة تملك قدرات تمكنها من أن تعرض على شبكات الإنترنت وبنحو لا يمكن أن يقاس مع ما عليه الأمر في الدول الأقل نمواً. ولا بد للتعامل في هذا الميدان من وجود بنية أساسية تشتمل بدرجة أساس على تصنيع الحاسب وشبكة التلفونات وبحث علمي متواصل لابتكار ما هو جديد.

وبالتأكيد فإن إجراء تعديلات جذرية (وجريئة) على التشريعات المدنية والتجارية هي من الأمور التي يجب أن تكون محل اهتمام المشرع وأصحاب الشأن. ويكمل ذلك بممارسة سياسة اقتصادية ملائمة قد تستدعي تسهيل التعامل بالوسائل الإلكترونية والسعي إلى تخفيض تكلفتها وتحرير الخدمات في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية.

إن من متطلبات التجارة الإلكترونية العمل على تدريب أجيال تتعامل بنجاح مع تقنيات العصر وتتحمس لها، وللتدريب أهمية مضاعفة في الدول النامية، لأن من المسلم به أن الاقتصاديات المتطورة تكاد تسيطر على هذه التجارة.

إن من إيجابيات التجارة الإلكترونية خلق سوق كبيرة من الموردين والمشترين يعملون جميعاً في جو من المنافسة ليحصل المستهلك على البضاعة الأحسن والأقل سعراً.

المصارف الإلكترونية Electronic- Banking

شهد عقد الثمانينات تغييرات جذرية في المعاملات المصرفية وشيوع استخدام أجهزة الصرف الآلية الأتوماتيكية Automatic Teller machines وتسمى اختصاراً "ATMS". إن العميل يحصل على ما يريد من سحب أو إيداع من خلال وسيلة جديدة تتمثل في بطاقة بلاستيكية مع استخدام رقم سري. والبطاقة هذه قد تكون محلية أو عالمية ووجود الشبكات والإنترنت وانتشارها في العالم مكنت أصحاب هذه البطاقات من الحصول على الخدمة من أي مكان في العالم.

ولعل مثل هذا التعامل قد ظهر بوضوح منذ سنة ١٩٨٤ (Law rence s. Clark Robert J. Alprts peter d. Kinder - law and Business .p. 1)

أن بطاقات الوفاء (Debit card) تسمح لحاملها بأن يدفع مباشرةً كلفة السلعة التي يريد من حسابه في المصرف ويؤدي ذلك وبشكل فوري "غالباً" إلى أن يكون صاحب السلعة والخدمة دائناً بالمبلغ وأن يكون صاحب البطاقة مديناً به والتزام المصرف بتسديد الدين وبحدود قيمة الصفقة. ويتم التعامل بهذه الوسيلة شهرياً بالملايين. وأكثر من عشرة ملايين عملية وفاء بالبطاقة

شهرياً في أمريكا سنة ١٩٩٤ يعد أن كانت بحدود (٥٠,٠٠٠) عملية شهرياً سنة ١٩٨٤، ويستطيع الشخص في كثير من البلدان أن يتنقل بين عواصم العالم ويتسوق من المتاجر ويحصل على الخدمات التي يريد باستعمال هذه البطاقة. إلا أن هناك مشاكل قانونية عديدة صاحبة استعمال بطاقات المصارف من ذلك ما يتعلق بالمسؤولية وتحديدها عندما يفقد العميل بطاقته أو سرقتها منه، وهناك مشاكل عملية نجمت عن الدخول الغير مشروع في الشبكات.

إن القضاء بذل ويبذل قصارى جهده لتكييف صفقات الـ (ATM). ويبدو أن الميل واضحاً لأن يعامل بكيفية مشابهة إلى الشيك النقدي "Cashing Check)" إن القانون التجاري الموحد الأمريكي (uniform commercial code -) والمسمى اختصاراً (ucc) لا زال لم ينظم بطاقات المصارف بالكيفية التفصيلية المطلوبة.

النقود الإلكترونية Electronic money

النقود الإلكترونية هي وسيلة إلكترونية للوفاء بالمدفوعات وتشمل بطاقات الائتمان والبطاقات الذكية وبطاقات الوفاء والتحويل الإلكتروني للأموال وإنها أشبه ما تكون بنظام نقدي وطني يتم عن طريق الشبكات. وإن بعض صور النقود الإلكترونية هذه تتضمن إمكانيات لمعرفة الشخص الذي يقوم بالسحب من المصرف، فقط يهمنا أن نشير إلى أن بطاقة الائتمان وبطاقة الوفاء تدخل ضمن مفهوم النقود الإلكترونية

إن من التحديات الأساسية التي تواجه التجارة الإلكترونية ومنها بطاقات الائتمان هي إدارة الخطر (Rick management). إن النظم الخاصة بعمليات الدفع تقترن بثلاثة مخاطر تتعلق بالخطأ أو بالاحتيال وخصوصية الإصدار ومخاطر الائتمان. وإن منع احتمالات الخطر قد يتطلب تحسيناً في هياكل العمل المستخدمة، في حين أن التعامل مع مسألة الخصوصية والاحتيال قد يستلزم تحسينات لازمة لضمان الاستعمال الآمن لتلك الهياكل كما أن نظم الدفع الإلكترونية تحتاج إلى المزيد من القدرة على الاحتفاظ بسجلات خاصة بالدفع الآلي، إن الحاجة إلى الاحتفاظ بالسجلات مطلوبة في حالة المنازعات بشأن المدفوعات النقدية.

إن الخصوصية تعني أن من حق العميل أن يأمن أو يثق في نظام معين للأمان، بمعنى أن يكون بمنجاه من مخاطر استراق السمع وما سواها. ويتطلب ذلك جودة عالية في وسائل التجارة الإلكترونية تتناسب ومتطلبات الائتمان .

وإذا عدنا إلى بطاقات الائتمان فإنه مما قد لا يكون في علم الكثيرين إن نشأتها الأولى كانت في بيئات غير مصرفية، وللتمثيل نشير أن الـــ (Diners clup) أصدرت في الخمسينات بطاقات ائتمانية لعملائها لأغراض استعمالها في مطاعمها المختلفة، ثم شاع استعمالها في عديد من البلدان، كمثل واضح على تداولها يشير البعض أن خمسة ملايين شخص في هونكونك يتعاملون ببطاقات الائتمان هذه من بين مجموع السكان البالغين ٦,٤ مليون من البشر...؟ وإن بعضهم يملك أكثر من بطاقة ائتمانية صادرة من أكثر من جهة. هذه البطاقة تكفل في الحقيقة كل المزايا المعروفة بالدفع المؤجل (Deferred payment) إلا أن استعمالها يقترن بسقف أعلى من المبالغ وهذا ما قد يعني في أحوال غير قليلة ضياع الصفقة، ثم لا ننسى أن استخدامها وتهيئة البنية التحتية لمثل هذا الاستعمال من آليات مطلوب تواجدها عند مقدمي السلع والخدمات ودفع نسبة من العمولة اعتبارات أدت في مجموعها رفض التجار لقبول بطاقات الائتمان لوفاء المشتريات ذات القيمة المنخفضة.

إن بطاقات الائتمان تمكن صاحبها من الوفاء حالاً عند إبرام الصفقة وإنها قد تتضمن إمكانيات السحب الآلي أو التحويل الآلي للأموال عبر الأجهزة الآلية المصرفية والخلاصة هي: وجود بدائل جيدة ومقبولة للدفع النقدي.

إن البطاقات المذكورة يجب أن لا تصدر إلا بناءً على تقديم استدعاء بهذا الخصوص أو عندما يراد تجديد أو استبدال بطاقة سابقة.

مزايا بطاقات الائتمان بالنسبة إلى حاملها، والمصرف المصدر لها والتاجر الذي يقبل الوفاء بها

إن البطاقة المذكورة تجد مبررها في مزايا جدية تقدمها لكل المتعاملين بها، فهي وسيلة مناسبة لحاملها وفيها قدراً من الأمان (security)، وتمكنه من الشراء في الحال وأن يدفع لاحقاً،(Buy now, pay later)) أما بالنسبة للمصرف فهو يحصل على نسبة من رسوم الاشتراك في هذه البطاقة مع إمكانية الحصول على الفوائد وعمولات أخرى واحتمالات الحصول على زبائن جدد والاحتفاظ بالعملاء الموجودين.

وبالاختصار فإن المصارف تستفيد من البطاقة من خلال ما تحصل عليه من فوائد وعمولات، أما بالنسبة إلى أصحاب السلع والخدمات فإنهم يتقبلون التعامل بها للوفاء بمستحقاتهم بقصد زيادة مبيعاتهم وتمكين العميل من المزيد من الإنفاق وإرضاء ذلك العميل ويقيناً أنها وسيلة سهلة تكفل في الحصول على السلعة والخدمة دون مشاكل في تحصيل الثمن (No collection problem).

إن من مزايا استعمال البطاقات المصرفية الاقتصاد غير المحدود في استعمال العمل الورقي، أو على حد تعبير البعض طوفان من العمل الورقي. وأصبح بالإمكان، نتيجة تطور تقنيات الكمبيوتر والمعلومات، الحصول على السلع والخدمات والتحويل بين الحسابات المتعددة للعميل عن طريق البطاقة ذاتها بدلاً من استعمال الشيك والكمبيالة وتطور الأمر إلى حد إمكانية استعمالها على الصعيد الدولي.إن نظام الدفع الإلكتروني عبر البطاقات يقوم على بعض الأسس هي:-

١. وجود آليات (مكائن للسحب الآلي).
٢. قنوات للبيع تسمح للعميل باستعمال البطاقات المصرفية للوفاء.
٣. الوفاء من قبل أصحاب البطاقات المخولين بذلك.
٤. إجراء التحويل بين الحسابات تليفونياً

A. James Barnes .J. D. Terry Mare head D. working Law for .business- 2000. p 770, 770

أطراف بطاقات الائتمان

١. إن المصدر (The Issuer) وهو المؤسسة المالية مالكة البطاقة يقوم بإصدار تلك البطاقة بقصد تمكين العملاء من استخدامها، وقد يقوم المصدر باستخدام إحدى البطاقات المعروفة عالمياً كالفيزا وذلك لكي يضمن قبولها الواسع من الجمهور.

٢. حامل البطاقة (The card Holder) وهو الشخص حامل البطاقة باتفاق مع الجهة المصدرة لها، (عقد مصرفي).

٣. إن هناك منظمات تقوم بتشجيع أصحاب السلع والخدمات على قبول الدفع بالبطاقات، والمصرف الذي يقوم بمهمة المساهمة في الدفع إلى هؤلاء التجار ويسلم البطاقة إلى الشخص المعني بها يسمى (Acquirer).

٤. مؤسسة الدفع (The payment organization) وهي الجهة المالية التي أصدرت البطاقة المستخدمة، ولتوضيح ذلك نشير أن الفيزا هي علامة تعود إلى الجهة المالكة لها، وتتفق مع مصرف محلي لترويج استعمالها في ذلك البلد (أحد المصارف الوطنية). وهذا المصرف يتعاقد مع المصارف المحلية الراغبة في استعمالها، ويتم كل ذلك ضمن اتفاقات خاصة بين الأطراف.

التجارة عبر التلفون النقال:

إن من بين المستجدات الجديرة بالذكر التجارة عبر الموبايل (Mobile commerce) وتسمى اختصاراً (M-commerce) وهي من صور التجارة الإلكترونية وتنصرف إلى بيع وشراء البضائع والحصول على الخدمات من خلال التليفون النقال، ساعد في ذلك سهولة حمله ورخصه نسبياً وما يمنحه للعميل من خيارات كبيرة وميسرة.

إن التجارة عبر الموبايل في طريقها إلى التطور وستسهم في رأي بعض الكتاب في تغيير العلاقات فيما بين الشركات والعملاء والمجهزين ويمنحهم اختيارات جديدة من ذلك الحصول على الخدمة أو المعلومة المالية عن طريق التليفون النقال.

إن التليفون النقال يعني عند البعض الحرية (Mobility means freedom) والحرية تعني فرص إضافية ونتيجة ذلك تعني وجود قيمة إضافية.

إن هذه التقنية ستحدث ثورة في عالم الشركات وهي تبيع أو تشتري أو حتى عندما تتعاون بينها(M. commerce and M. Management Business of the future S. venkatesh first published 50-54 - 2002-p.p).

المطلب الثاني
أنواع بطاقات الائتمان

بطاقات الائتمان والبطاقة الذكية (Smart card)

إن البطاقات الذكية تدين في وجودها إلى جهات غير مصرفية وبالتحديد شركة "Motorola" حيث أنتجت سنة ١٩٧٧ بطاقة ذات طبيعة ائتمانية وهي عبارة عن قطعة بلاستيكية ذات مساحة لاتزيد على إنج ونصف مخصصة لخدمة نظام المدخلات والمخرجات "Input - output system".

والبطاقة الذكية هذه تحتوي على رقائق قابلة للبرمجة ولها القدرة على تخزين المعلومات في ذاكرتها بما يتعلق بالمعاملات الحسابية التي صنعت من أجلها ولها القدرة على اتخاذ قرارات مطلوبة بشأن الرصيد ومتبقي الرصيد بعد إجراء المعاملات التي وجدت من أجلها. وكان لها تطبيقات كثيرة يمكن إيجازها بالآتي :-

١. تمكين المشتري من الشراء، حيث تتضمن في ذاكرتها القيمة التي يستطيع أن ينفقها حامل تلك البطاقة عند الشراء والوفاء بواسطتها.
٢. من الاستعمالات الأخرى لها السحب الآلي وكذلك استخدامها كمفاتيح للدور والمكاتب.
٣. استخدامها كأداة تعريف لحاملها وإن استعمال هذه البطاقة يتطلب أجهزة خاصة لقراءتها أو التعامل معها، تربط ما بين هذه البطاقة وبين برنامج الكمبيوتر الخاص بتلك المعاملات.

يعنينا فقط أن نشير إلى أن وسيلة البطاقة الذكية هذه وما تتضمنه من إمكانية خزن معلومات مكثفة في ذاكرتها قد انتقلت إلى التعامل المصرفي فيما بعد "١" وتمثل ذلك بطاقات المصارف المختلفة ومنها بطاقات الائتمان.

أنواع بطاقات المصرفية

لا مندوحة من التذكير ثانية باختلاف المصارف في تسميتها للبطاقات المصرفية الصادرة عنها، ونرى أن وصف بطاقات الوفاء يصح عليها جميعاً، لأن القاسم المشترك بينها هو صلاحيتها للوفاء سواءً بالنسبه إلى مستحقات العميل قبل المصرف وهو يسحب مما لديه من مقابل وفاء لدى ذلك المصرف، أو صلاحية البطاقة للوفاء بحدود الرصيد المستحق للعميل (debit card)، وقد تتجاوز إمكانية الدفاع بموجب البطاقة رصيد صاحبها ليمتد إلى مبلغ إضافي يخصصه المصرف له يضاف إلى الرصيد، كما أن الفقه يخلط بوضوح بين هذه الأنواع ويعتبر وصف الائتمان صفة تشترك فيها جميع البطاقات على كل أمر أن النطاق الجغرافي قد يكون مقصوراً على حدود البلد الأربعة ليمتد إلى خارج هذه الحدود.

إن أنواع بطاقات المصارف هي:

١. بطاقة الحاسب الآلي " Cash card أو A.T.M"

نبين باختصار أن هذه البطاقة تمنح حاملها حق السحب من أجهزة مصرفية تعمل على مدار اليوم غالباً وضمن آلية معينة تبدأ بإدخال البطاقة، ثم إدخال الرقم السري.

وينكر البعض صفة الائتمان عنها على اعتبار أن مكنة الدفع الآلي في المصرف سوف لن تستجيب لطلب حامل البطاقة لمبالغ تزيد على رصيده، وإن كان ذلك لا يمنع من الاتفاق على أن يكون له حق الدفع بمبلغ يضاف إلى رصيده وهكذا فإن وصف الائتمان عندنا يقترن بهذه البطاقات بدرجة أو أخرى ويصعب عندنا الدفاع عن وجهة النظر التي تنكر وصف الائتمان عنها

٢. بطاقات الوفاء "debit card"

يتمتع حامل هذه البطاقة بإمكانية السحب الآلي وكذا تسديد احتياجه من السلع والخدمات بموجب هذه البطاقة بحدود الرصيد المستحق له، وقد يتم ذلك بنحو مباشر وهو الغالب بأن تمرر البطاقة عبر جهاز معين يكشف وجود الرصيد المطلوب ومن ثم يتحول ما هو مستحق بذمة صاحب البطاقة إلى رصيد من تعامل معه (صاحب الخدمة أو السلعة).

وإلى وقت قريب كان الدفع يتم عن طريق غير مباشر حيث تملأ استمارات معينة بثمن السلعة أو الخدمة ليقوم البائع بهذه السلعة أو الخدمة بتحويلها إلى المصرف صاحب البطاقة وطلب تحويل المبلغ إليه، وقد أدى ذلك إلى مشاكل حقيقية تتمثل في تجاوز صاحب البطاقة لسقف الائتمان المخصص له (د. فياض ملقي القضاة/ مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء ص٤،٣.)

٣.بطاقات الائتمان "Credit card"

ينصرف معنى هذه البطاقة إلى منح صاحبها تسهيلات مصرفية تضاف إلى رصيده ويكون له حق الحصول على السلع والخدمات وتسديد أثمانها عن طريق هذه البطاقة، ويلاحظ أن المصرف يمنح عميله سقفا ائتمانياً معيناً حيث يقوم بالوفاء بقيمة السلعة أو الخدمة المشتراه بالبطاقة ثم يخصم قيمتها من عميله صاحب البطاقة بأقساط معينة تحدد بالاتفاق، وعادة ما تحصل المصارف على فوائد معينة من هذا التعامل، وإذا ما سدد العميل المستحقات المتوجبة عليه في مدة يحددها العقد عادة سرت عليه الفوائد بمعنى أنه يمنح فترة قد تجاوز الخمسين يوماً لتسديد ما دفعه المصرف عنه من أثمان وأقيام البضائع والخدمات.

إن هذه البطاقة تشتمل على التسهيلات الممكنة بموجب بطاقات الوفاء وبطاقات السحب الآلي، بمعنى أن كل بطاقة تتضمن ميزات البطاقات التي قبلها وتضاف إليها.

إن معظم مصدري البطاقات يتقاضون فوائد على المدفوعات الجارية بموجبها إذا لم يتم تسديد أثمانها بالكامل شهرياً، وتكون الفوائد للمدة من تاريخ الشراء حتى تاريخ الوفاء، وإن الوفاء بها له ذات الأثر المترتب على الوفاء النقدي، إذ تنتقل فوراً قيمة البضاعة مثلاً والمسدد

قيمتها بالبطاقة تنتقل من حساب العميل صاحب البطاقة إلى حساب بائع البضاعة أو الخدمة (التاجر).

وينص القانون الأمريكي بأن حدود مسؤولية صاحب البطاقة عند ضياعها تكون بحدود (٥٠) دولار فقط بشرط أن يخطر في الحال المصرف عند فقدانها وعلى التاجر أن يفتح له حساب (حساب تاجر) (Merchant Account) لكي يستطيع تقبل الوفاء بالبضائع التي يبيعها عن طريق بطاقات الائتمان.

إن استعمال بطاقات الوفاء يمكن أن يتم مع أو بدون الرقم الخاص بالتعريف الشخصي.

إن استخدام بطاقات الائتمان يحرر الأشخاص من حمل النقود ودفاتر الشيكات، ولا حتى وسائل التعريف الشخصية، للتعريف بنفسك عند شراء البضاعة، وإن تقبل بطاقات الائتمان فاق عند أصحاب السلع والخدمات تقبلهم للشيكات.

إن الحصول على بطاقة وفاء أسهل من الحصول على بطاقة ائتمان لأن بإمكان العميل الحصول على بطاقة الوفاء في اللحظة التي يفتح بها الحساب وإن إرجاع المشتريات المدفوعة الثمن بالبطاقة يعامل مثل إرجاع البضائع المشتراة نقداً أو بالشيكات.

إن بطاقات الائتمان تتضمن وفاءً فورياً، وليس هناك من فترة زمنية حقيقة ما بين استعمالها للوفاء وما بين انتقال قيمة البضاعة من حساب المشتري إلى البائع، وإن المشكلة الرئيسة في الحال الحاضر في استعمال بطاقات الائتمان كونها تعني حماية أقل للبضائع التي لم يتم تسليمها، أو قدمت معلومات مظللة عنها، أو فيها عيوب خفية وتسمح بعض التشريعات عند الشراء لبطاقات الائتمان لحامل تلك البطاقة بالمجادلة بشأن المدفوعات، ويطلب وقفها خلال ستين يوماً.

٤. بطاقات ضمان الشيكات

إن مهمة هذه البطاقة هي تزكية حاملها لدى الغير إن صح التعبير، وبموجبها يضمن المصرف سداد الشيكات المحررة من عميله وفقاً لشروط البطاقة التي تحوي معلومات شخصية وحسابية عن ذلك العميل، ويضمن المصرف الشيك الصادر عن عميله وبحد أقصى يحدد بين المصرف وذلك الساحب.

إن المركز القانوني هنا يقترب من المركز الضامن الاحتياطي لجزء من الورقة التجارية، وبطبيعة الحال فإن هذه البطاقات تستخدم مقرونةً بالشيكات ولضمانها (د. فياض القضاة / المرجع السابق ص٥ د. كيلاني / المرجع السابق ص ١٩وما بعدها.)

أنواع بطاقات الائتمان

تشير بعض النشرات المصرفية في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى أن الأنواع المتيسرة من البطاقات المصرفية هي:

١. **بطاقات الوفاء:**- والتي تخول صاحبها إمكانية الحصول على السلع والخدمات ودفع أثمانها بهذه البطاقة بحدود المبالغ المثبته في رصيده في المصرف.
٢. **بطاقات الائتمان:**- ويملك العميل بموجبها دفع نسبة من قيمة السلع والخدمات التي حصل عليها ويتحمل المصرف دفع البقية ضمن سقف ائتماني يتفق عليه.
٣. **بطاقات الوديعة:**- (Charge card) وهي بطاقة تتضمن حق حاملها في الحصول على السلع والخدمات بحرية وهي تتضمن تسهيلات (ائتمان) تعطى للعميل ولكن بشرط أن يقوم إرجاع ما تم دفعه إليه في نهاية المدة المتفق عليها وهي شهر واحد، أي أن العميل يعيد إلى المصرف ما أنفقه زيادة على رصيده خلال سقف زمني هو (شهر) غالباً.

المبحث الثاني
التكييف القانوني لبطاقات الائتمان

نقطة البدء هي أن الفقه القانوني قد اختلف في تكييفه لبطاقات المصارف، ولعل من دواعي هذا الخلاف القصور القانوني الملحوظ بشأن تنظيمه، أي ندرة التشريعات التي تتعامل مع هذا الموضوع وبدون أن نصادر على المطلوب نكتفي باستعراض موجز لأهم الطروحات التي

قيلت بهذا الصدد علماً أننا لم نجد تكييفاً واحداً ينطبق على مجمل العلاقات القانونية المتفرعة عن استعمال هذه البطاقات، وإنما كنا أمام عدة تكييفات اختص كل منها في محاولة تنظيم أو تأصيل علاقة ما، من العلاقات المتفرعة عن بطاقات المصارف، ولانجد في هذه الطروحات ما يمكن الدفاع عنه بنجاح والأمر في جوهره يعكس حيرة الفقهاء في التعامل مع متغير لم يسبق له نظير في الماضي من حيث الطبيعة وتشعب العلاقات المتفرعة عنه.

وعودة إلى آراء الفقهاء في هذا المقام ونلخصها بالآتي:

أولاً: أن الدفع عن طريق البطاقات المصرفية هو ضرب من الوكالة ويوكل المصرف من قبل حامل البطاقة في دفع ثمن السلع أو الخدمات التي يروم الوفاء بثمنها، ويُرد على هذا القول كونه لم يعد متناغماً مع التطور في تقنية البطاقات المصرفية، لأن الوفاء يتم باستخدامها وبشكل آلي وبدون تدخل المصرف، لا بل أن المصرف لا يملك التدخل أصلاً إلا إذا استلم إشعاراً بفقدان البطاقة أو سرقتها (د. عمر سالم / الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء /١٩٩٥م ص ١٦)

ثانياً: إن بطاقات الوفاء هي من قبيل النقود الإلكترونية تضم إلى العملة المعدنية والورقية المعروفة، ولعل هذا الرأي يغفل حقيقة أن النقود لها قابلية للتداول وإعادة الاستعمال وأن قوانين المصارف المركزية تحدد صفتها النقدية بنصوص صريحة غير قابلة للاجتهاد.

ثالثاً: أن بطاقة المصارف أداة وفاء شأنها شأن الشيك وإزاء صراحة ما مطلوب في الشيك من بيانات إلزامية غير موجودة في بطاقات المصارف، فلا خيار لنا إلا أن نغض الطرف عن هذا التكييف، لأنه لا يتفق مع مفهوم الشيك في القانون التجاري والجنائي (د. عمر سالم / الحماية الجنائية لبطاقات الوفاء ص١٧-١٨)

رابعاً: أن بعض الفقه عمد إلى طرح تكيفاً مركباً للتعامل بالبطاقات المصرفية، بحيث أن هناك عدة تكييفات قانونية بحسب العلاقة القانونية الناجمة عن البطاقة. ويعللون ذلك قلة قرارات القضاء وانحسار دوره في طرح قناعة في التكييف وإلى الخشية في رد التعامل بالبطاقات المصرفية

إلى الأنظمة والصيغ والقوالب القانونية المعروفة مهابة أن يؤدي ذلك إلى إضعاف المرونة الملحوظة عليها كما لا ننسى التطور السريع والمذهل في تقنية وصنع هذه البطاقات.

وأخيراً فإن عدم الحماس للتكييف في رأي البعض يكفل أن تأخذ البطاقات المصرفية مداها وتتطوع بحسب الاحتياجات الفعلية لها لحين أن تتقولب بصيغة ما مستجدة وتؤدي المهمة المطلوبة من استعمالها (راجع تفصيل ذلك الدكتور/ كيلاني عبد الراضي محمود/ النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان – دار التنظيم العربية /١٩٩٨م ص٦٧٠ وما بعدها).

رأينا الخاص في تكييف بطاقات المصارف:-

مر بنا بأن الفقه التجاري قد اجتهد واختلف في تكييف بطاقات المصارف، وحاول البعض طرح عدة تكييفات متعددة طبقاً لتعددية العلاقات القانونية الناجمة عن البطاقة، واستعان في كل ذلك ببعض صيغ القانون المدني والتجاري محاولاً تطويعها لكي تتفق مع الوضع القانوني الاستثنائي لبطاقات المصارف.

إن تعددية هذه الصيغ تعكس بيقين حيرة الفقه في التعامل مع هذا المتغير ومحاولة، طرح جملة من التكييفات، إنما يرد إلى تعذر تكييفها وفق صيغ العقود التجارية والمدنية المعروفة، وبالتالي فإن التشبث بصيغ قانونية عده إنما يقصد منه محاولة تأصيل كل خاصية من خصائص بطاقات الوفاء إلى عقد مدني أو تجاري يتناسب معها. ونحترم كل الاحترام الجهد الفقهي وأهله ونقدر صعوبة التعامل مع هذه المتغيرات وبالسرعة التي تتطور بها تبعاً لتطور التقنية ونظم المعلومات. ولا نتردد بأن نطرح تكييفاً نراه هو المناسب في ظل القانون الإماراتي على أقل التقدير.

ونسجل أن بطاقات المصارف عموماً ومنها بطاقات الائتمان هي أوراق تجارية تضاف إلى الكمبيالة والسند الأدنى أو لأمر والشيك. ودفاعاً عن هذا الرأي نشير إلى أن المشرع الإماراتي كما هو حال بعض التشريعات التجارية العربية لم تذكر الأوراق التجارية على سبيل الحصر، ونص صراحة على أن تشتمل الأوراق التجارية الكمبيالة والسند الأدنى والشيك وغيرها من الأوراق المحررة لأعمال تجارية والتي يجري العرف على قبولها كأداة وفاء في المعاملات ونؤسس

على ذلك إننا بصدد ورقة تجارية وليدة الأعراف وقبلت كأداة وفاء في المعاملات ولا أظن أن هناك من ينكر قبولها واستقرار وديمومة الأعراف الخاصة بها.

إن ذلك يعني أن نطبق القانون الصرفي ما أمكن ذلك دون أن يغيب عن الذهن الضرورة القصوى لوضع نظام قانوني صريح يتصدى لهذا النوع المستجد من الأوراق التجارية. واستكمالاً لما تقدم نشير إلى أن من الأعمال التجارية المطلقة أو بحكم ما هيتها (جميع العمليات المتعلقة بالأوراق التجارية أياً كانت صفة ذوي الشأن فيها وأياً كانت طبيعة العمليات التي أنشأت من أجلها).

إن استعمال البطاقة المصرفية للوفاء بدين تجاري أو مدني لا يخل وفق هذا المنطق في تجارية مثل هذا التعامل بكل ما يترتب على ذلك من آثار يمكن إجمالها بتطبيق قواعد القانون التجاري عليها.

ونحن نرى أن التعامل ببطاقات المصارف هو عمل تجاري لنطرفين، المصرف وحامل البطاقة وفقاً لصراحة (المادة د/د) من قانون المعاملات التجارية الإماراتي، ونذهب بهذا المنطق إلى أقصاه ونرى عدم قبول فكرة الأعمال التجارية المختلطة كأساس لتحديد طبيعتها.

ولا نرى تطبيق قانون التجارة على التزامات الطرفين مالم ينص القانون أو يتفق الطرفان على غير ذلك ويتعذر عندنا قبول مثل هذا الاتفاق قانوناً متمسكين بصراحة الفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون المعاملات التجارية الاتحادي، والتي تفصح عن الطبيعة التجارية المطلقة للتعامل بالأوراق التجارية وبصرف النظر عن الطبيعة المدنية أو التجارية للعمليات التي أنشأت من أجلها. ولا يفوتنا بطبيعة الحال أن الورقة التجارية الوليدة هذه لا تشابه مثيلاتها وتكاد تنفرد بأوضاع قانونية لا نظير لها في الكمبيالة أو السند لأمر أو حتى الشيك.

ولتوضيح ما تقدم نسلم أن من خصائص الأوراق التجارية قابليتها للتداول بالتظهير أو بالمناولة في حين أن البطاقات المصرفية إجمالاً لا يمكن التنازل عنها، وهي قطعاً لا تتضمن بيانات إلزامية محددة كما هو عليه الحال في الأوراق التجارية الأخرى. وعلينا أن نتعامل معها كمستجد من الأعمال التجارية ونتحرر من القوالب القانونية التي اعتدنا عليها على صعيد القانون التجاري

والمدني معاً وأن يفسح المجال لتقبل نظام قانوني جديد سيجد له مستقراً إلى جانب النظم الصرفية المعروفة، ونأمل أن يهتم مشرعنا التجاري بوضع النظام التشريعي اللازم واعتبار ذلك من ضمن أولوياته علماً، أن الحال لا يختلف كثيراً في عامة الأقطار العربية والأجنبية حيث لا نجد تشريعات متخصصة تنظم العمل بالبطاقات المصرفية ولا ننكر أن هناك معالجات جزئية في بعض البلدان المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية. أن التكييف المتقدم قد يصح في القانون التجاري الأردني الذي لم يذكر الأوراق التجارية حصراً، ونكتفي بالإحالة إلى نص المادة (١٢٣) منه والمادة (٢٨٤) منه والحق أن قانون التجارة المصري (قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م)في المادة (٣٧٨) منه لا ينكر وجود أوراق تجارية أخرى إلى جانب الكمبيالات والسندات لأمر والشيكات، وأياً كانت صفة ذوي الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التي أنشأت من أجلها، ويبدو أن بعض التشريعات العربية وتحديداً (مدونة التجارة المغربية لسنة ١٩٩٦ الصادرة بقانون (٩٥-١٥) قد توسعت في الأمر واعتبرت ذلك من قبيل أعمال الائتمان حيث يصدق هذا الوصف على كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيفما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة لذلك.

وتحدد الاتفاقات بين المؤسسة المصدرة وصاحب وسيلة الأداء من جهة، وبين المؤسسة المصدرة والتاجر شروط وكيفية استعمال وسائل الأداء غير أنه يجب أن تحترم هذه الاتفاقات قواعد النظام العام (المادة ٣٢٩ من مدونة التجارة المغربية) ونود أن نبين في خاتمة طرحنا المتواضع هذا أن ما قدمناه من تكييف يصدق في قانون المعاملات الإماراتي وعامة التشريعات التي لم تذكر الأوراق التجارية حصراً ممهدة الطريق لتقبل أوراق تجارية جديدة، وبالمقابل أن هناك تشريعات تجارية عربية شخصية الأوراق التجارية تحديداً كما هو الحال في نظام الأوراق التجارية السعودي لسنة ١٣٨٣هـ ومساع للاجتهادات في معرض النص، ويتوجب التفكير بتكييف خاص يتناسب وأوضاعهم القانونية (وينطبق ذلك أيضاً على القانون التجاري اليمني الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ المواد "٤٤٢ وما بعدها" وقانون التجارة العراقي لسنة ١٩٨٤ المواد "٣٩ وما بعدها").

الفصل الثاني
الآثار القانونية لبطاقة الائتمان
(العلاقات القانونية الناجمة عنها)

مقدمة:

يلاحظ أن التعامل ببطاقة الائتمان يرتب جملة من العلاقات القانونية، وقد يكون البعض منها سابقاً لصدور هذه البطاقة لعميل المصرف. ولتوضيح ذلك نشير أن فاتحة العلاقة القانونية هي تلك التي تقوم بين الجهة مالكة البطاقة (Visa) مثلاً وبين المصرف الوطني المخول من قبلها بالتعاقد مع المصارف الأخرى لذات الغرض.

يعقب ذلك علاقة ثانية تقوم بين المصرف المخول بالتعاقد وبين المصارف الوطنية الأخرى التي يرغب بالتعامل بتلك البطاقة ولعل أوضح العلاقات ظهوراً هي علاقة المصرف وكذا المركز القانوني لحملة البطاقة.

ومعلوم أم حامل البطاقة يريد بها الحصول على السلع والخدمات وتسديد الثمن بتلك البطاقة مما يستوجب دراسة علاقة حامل البطاقة بالتاجر، وخامس هذه العلاقات هي علاقة التاجر بائع السلعة أو الخدمة بالمصرف.

المبحث الأول: علاقة مالك البطاقة بالمصرف الوطني المخول بالتعاقد مع المصارف الأخرى.

المبحث الثاني: علاقة المصرف (المخول بالتعاقد) مع المصارف الوطنية.

المبحث الثالث: علاقة المصرف مع حملة بطاقات الائتمان.

المطلب الأول: المركز القانوني للمصرف.

المطلب الثاني: المركز القانوني لحملة البطاقة.

المبحث الرابع: علاقة حامل البطاقة بالتاجر (ممن تعامل معه من أصحاب السلع والخدمات.

المبحث الخامس: علاقة التاجر بالمصرف.

وقبل أن نشرع في دراسة هذه العلاقات القانونية نود أن نسجل الآتي:-

أولاً: أن النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقات جميعاً هو العقد المبرم بين كل منها، و لم نجد تشريعاً مختصاً يمثل هذا التعامل المصرفي.

ثانياً: أن لكل مصرف صيغة نموذجية للتعاقد وكثير ما تختلف هذه الصيغ عن بعضها.

ثالثاً: بدون أن نستبق الأمور إن عامة صياغة هذه العقود المبرمة بين المصرف وبين الزبائن أو العملاء تقرر للمصرف أرجحية واضحة على من تعاقد معه. وهي في أحوال غير قليلة تعصم نفسها من المسؤولية بشرط إعفاء أو تحديد للمسؤولية تتضمنها تلك العقود.

رابعاً: إن الحصول على البطاقات هو حق للأشخاص الحقيقية دون الاعتبارية.

خامساً: إن نطاقها الجغرافي يمتد إلى خارج حدود البلد ويمكن للعميل استخدامها في أية جهة بالعالم يكون فيها مثل هذه التسهيلات المالية.

المبحث الأول

العلاقة بين الجهة مالكة البطاقة (فيزا، ماستر) وبين المصرف الوطني المكلف بترويجها (acquirer) في بلد معين

معلوم أن أنواع البطاقات المصرفية المعروفة الآن كالفيزا مثلاً هي مملوكة بالأصل إلى مؤسسات مالية عالمية تعمل على انتشار استخدامها، وضمان قبولها، من خلال قبول إصدارها من قبل مصرف وطني يكون له حق استخدام ذات هذه العلامة التجارية ويرخص له التعاقد مع المصارف الأخرى لذات الغرض.

ومع حرصنا على تتبع ما هية العلاقة بين الجهة مالكة العلاقة (ماستركارت أو فيزاكارت) مثلاً وبين المصرف الوطني المرخص له باستخدام ذات العلاقة، إلا أننا لم نوفق بالحصول على نماذج الاتفاقات المستخدمة لهذا الغرض، لاعتبارات لا تغيب عن ذهن القارئ الفطن، تتمثل في المغالاة في التكتم والسرية.

إن الجهة المالكة عندنا تضمن فقط قبول الوفاء بالبطاقة عالمياً، ويفترض أنها تحصل على عائد مالي من ذلك، وإلا فلا نتصور أنها ترخص لهذا المصرف أو ذاك بالتداول بالعلامة المملوكة من قبلها دونما عوض.

ولا نتردد في أن نسجل عجزنا عن تحديد ما هية العلاقة بين الاثنين، وفيما إذا كان المصرف الذي تعاقد مع العميل هو المسؤول عن الحقوق التي ترتبت للعميل بموجبها.

وبعبارة أكثر صراحة هل أن للجهة المالكة للعلامة أي علاقة مع حملة تلك البطاقات؟ وهل تضمن لهم قبولها دولياً وتتحمل تبعة هذا الضمان؟ أو أن علاقة حامل البطاقة مع مصرفه (العقد) يحول دون ترتيب أية التزامات للأغيار أو عليهم؟

ثم أن الجهات مالكة تلك العلامات (على قدر متابعاتنا وما انتهت إليه جهودنا) ترخص أو تتفق مع مصرف معين تخوله بدوره في التعاقد مع المصارف الأخرى وتخويلها حق إصدار تلك البطاقات تحت تلك التسمية لمصلحة العملاء.

ونؤكد على لزوم تنظيم العلاقة ما بين تلك المؤسسات المالية والطرف المخول عنها بترويجها لدى بقية المصارف من خلال تشريعات تنظم حقوق التزامات الطرفين.

المبحث الثاني

العلاقة ما بين المصرف الوطني المخول بترويجها والمصارف الوطنية الأخرى

أوضحنا أن الجهات المالكة للعلامات المتداولة للبطاقات تتعاقد في الغالب مع مصرف وطني ترخص له الاتفاق مع بقية المصارف بشأن استعمال تلك العلامة.

ونتساءل بدورنا عن طبيعة العلاقة التي تقوم بين تلك المصارف الوطنية وما بين ذلك المصرف المخول بالتعاقد معها بشان إصدارهم للبطاقات لمصلحة عملائهم؟ وثانيةً استحالة علينا الوقوف على أية صيغة نموذجية متداولة بين تلك الأطراف ومن ثم يخرج عن أيدينا أن نتكلم بدقة

عن حقوق والتزامات كل منهم؟ فهل يكون ذلك المصرف الوطني المخول بالتعاقد هو وكيل (Agent) للمؤسسة مالكة العلاقة؟ أم أنه مجرد وسيط (Broker) يحاول أن يجد مريدين للبطاقة مقابل حصوله على عمولة؟

إن من المشاكل التي استعصت على الحل عندنا هي العلاقة بين ذلك المصرف الوطني، بل والجهة المصدرة للعلامة وبين المصارف الوطنية التي رُخص لها إصدار تلك البطاقة نفسها، أو عن طريق المصرف الذي تعاقدت معه؟ هل هناك حقوق مالحملة تلك البطاقات قبل الجهات هذه أم أن حقوقهم تكون فقط مع المصرف الذي تعاقدوا معه دون غيره وفقا لمبدأ نسبية العقد من حيث الأشخاص، و الذي يعني أن العقد يرتب حقوقا و التزامات قبل طرفيه و الخلف الخاص و الخلف العام لكل منهما وفقا للقواعد العامة؟ ومن المعروف أن حملة البطاقات لا علم لهم بوجود جهات أخرى غير المصرف الذي تعاقد معهم ، وبالتالي: لا يسأل غيره عن حقوقهم قبله .

إن القصد من هذا الطرح التنبيه إلى ضرورة الاهتمام بمختلف حلقات التعامل بالبطاقات المصرفية لاسيما تلك الخاصة بالجهات المالكة لها، والعمل على تنظيمها بتشريعات متخصصة تحسباً لاحتمالات يجب أن أن لاتغيب عن الذهن كإفلاس تلك الجهات أو عجزها عن الاستمرار أوالحجزعلى موجوداتها لحق دائنيها وبالتالي مواجهة تحديد حقوق حملة البطاقات والمصرف الذي تعاقد معه عند حدوث واقعة الإفلاس .

إن من الضروري أن نتحسب لاحتمال زوال الجهة المالكة للعلامات التجارية وفيما إذا كان ذلك يعني زوال حقوق أصحاب العلاقة وفي مقدمتهم حملة تلك البطاقات .

المبحث الثالث

علاقة المصرف بجملة بطاقات الائتمان

جدير بالتأكيد ما سبق أن بيناه من عدم وجود معنى اصطلاحي موحد متفق عليه لتسميات بطاقات المصارف المختلفة، وقلما يتفق مصرف وطني مع آخر على تسمية موحدة، وكل منهم له مقاصد فيما يرد ذكره في العقود التي تبرم مع العملاء للحصول على البطاقة، ولهذا فالأولى أن يصار إلى تسمية البطاقة حسب مهامها وما تختص به من وظائف.

إن وظائف البطاقة لا تخرج عما يلي:-

١. سحب النقود الكترونياً.

٢. الوفاء بثمن السلع والخدمات بحدود ما للعميل من رصيد (debit card).

٣. بطاقة مصرفية تمكن حاملها من التمتع بسقف متفق عليه من الائتمان بحيث يستطيع أن يشتري بحدود رصيده مضافاً إليه سقف الائتمان المتفق عليه.

٤. بطاقة ضمان الشيكات، وهي تتضمن اعتماد المصرف للشيك بحدود مبلغ معين لكل شيك.

إن من المصارف من طرح بطاقة لسحب النقود إلكترونياً فقط، ومن المصارف ما جعل للبطاقة مهمة مزدوجة للسحب والوفاء بأثمان السلع والخدمات داخل البلد وأحياناً خارج البلد.

وهناك بطاقات النخبة وهي لا تخرج عن البطاقات أعلاه وتتميز عنها في الحدود العليا المسموح بها عند سحب النقود أو الوفاء، والراجح أن كل بطاقة من هذه البطاقات تفيد تقديم المزايا السابقة للبطاقات المذكورة قبلها.

إن عامة البطاقات المصرفية هي أدوات وفاء وهي أداة ائتمان، دون أن يمنع ذلك أن البعض منها تفيد تقديم تسهيلات مصرفية للعميل تزيد على رصيده، وتتحدد هذه التسهيلات كلما تحدد الرصيد.

وقبل أن تستعرض طبيعة علاقة المصارف مع عملائها من حملة البطاقات المختلفة نؤكد على أن بطاقات ضمان الشيكات هي بطاقة مصرفية يرى البعض أنها تجنب الدول إصدار البطاقات الأخرى المكلفة وذات التبعات الخطيرة في آن واحد. وشاع أمرها في دول أوروبا.

ولا شك في أن استخدام البطاقات المصرفية سيعني بالمقابل تراجعاً في التعامل بالشيكات، مثلما يعني أن شيوع التعامل ببطاقات ضمان الشيكات سيكون على حساب تراجع حجم التداول بالبطاقات المصرفية، ونكتفي فقط ونحن في غمرة الحماس والتنافس باتجاه البطاقات

المصرفية ندعو إلى التفكير بدراسة بطاقات الشيكات كصيغة رديفة، أو حتى بديلة للبطاقات المصرفية لعل من المهم أن نشير إلى أن البطاقات المختلفة نشأت نشأة غير مصرفية وهي تدين بوجودها إلى بعض المحلات والمطاعم كما هو الحال بالنسبة إلى بطاقة (Diners club)وكما هو الحال بالنسبة إلى بطاقة (American Express) وهي شركة كبرى للرحلات.

وإن المصارف قد اهتمت لاحقاً بالبطاقات المصرفية، وإن هذا الاهتمام قد شهد مداً وجزراً لاعتبارات اقتصادية بحتة، وانتهى الأمر الآن إلى أن تكون البطاقات وكأنها قدر المصارف وعملائها.

وإذا كانت البطاقات المصرفية وليدة التطور التكنولوجي في ميدان الاتصالات فإن توالي هذا التطور بمتواليات عددية ولربما هندسية يصعب اللحاق بها في كثير من الأحيان فرض طرح أجيال جديدة من البطاقات استفادت من آخر ما انتهت إليه التقنية.

واستكمالاً للبحث نشير إلى أن هناك بطاقات لا زالت تستخدم تختص بها بعض جهات التسويق الكبيرة، وهي خاصة بها وبعملائها دون المحلات الأخرى، ويقترح البعض بتسميتها بالبطاقات السالبة.

إن البطاقات المصرفية تدين بوجودها إلى أصحاب الشأن من كبار التجار في الولايات المتحدة الأمريكية ويقابل ذلك طرح بطاقات أوربية المنشأ لمواجهة طوفان التعامل بالبطاقات الأمريكية ويدفعنا ذلك إلى اقتراح أن تكون لأقطارنا الخليجية والعربية بطاقاتها المصرفية الخاصة بها، سيما وأن الله قد خصها بالقدرات المالية والتقنية والأكاديمية مما يجعل أعمال هذا المقترح ضمن الممكن خليجياً وعربياً وحتى دولياً ويعطي ذلك المجال لمصارفنا بأن تترك بصماتها في التعامل المصرفي على الصعيد الدولي.

بعد هذا التقديم الموجز نشير إلى أن المصارف الإماراتية اعتمدت عقود نموذجية خاصة بالبطاقات المصرفية، وهذه العقود هي التي تحدد الالتزامات والحقوق لكل من المصرف و المتعامل معه، وتختلف مزايا هذه البطاقات من مصرف وطني إلى آخر.

ومن خلال دراسة ميدانية لنماذج العقود المستخدمة يمكن أن نحدد التزامات الطرفين وحقوقهم بالآتي:

المطلب الأول
المركز القانوني للمصرف

الحق أن السمة الغالبة للنماذج المتداولة في دولة الإمارات بشأن بطاقات المصارف هي عدم التوازن، حيث رجحت كفة المصرف بنحو يلفت الانتباه، وفي أحوال غير قليلة وردت شروط صريحة تعفي المصارف من المسؤولية، ولعل من الإنصاف ودواعي التنظيم والحماية معاً لزوم تبني صيغة عقد نموذجي يحدد بشكل متوازن ما لكل طرف وما عليه من حقوق والتزامات، ولا ننكر ضرورة الحماية لجمهور العملاء، ونسلم أيضاً بالحرص على طابق التنظيم والحماية معاً، بمعنى أن لا يكون هناك رد فعل يقلب الحال على عقبيه ويفرض على المصارف صيغ حماية للجمهور قد لا ترتضيها أو حتى لا تقدر على تحمل تبعتها.

إن أهم ما يمكن أن نسجله هنا ونحن بصدد الكلام عن المركز القانوني لمصرف مايلي:

١. أن المصرف لا يكون مسؤولاً وبشرط صريح في العقد عن أي إخفاق في الوفاء في الالتزامات أو تقديم أي خدمة تتعلق بسوء استعمال جهاز الصرف الآلي أو حتى نفاذ المبالغ المودعة أو تلف البطاقة، أو عطل أجهزة الحاسب الآلي، أو انقطاع الكهرباء.
٢. تفيد بعض النماذج المستخدمة أن المصرف لا يتحمل تبعة تعطل النظام وما يترتب على ذلك من خسارة أو أضرار.
٣. لا يكون البنك مسؤولاً عن رفض أو عدم قبول البطاقة من الغير ويتحمل المتعامل المسؤولية الكاملة عن جميع معاملات الشراء التي تتم باستعمال البطاقة.

٤. أن للمصرف الحق بشروط صريحة في العقد إضافة أو حذف أو تعديل أو تعليق أي من الخدمات المقدمة عبر البطاقة المصرفية من وقت لآخر دون أخطار مسبق أو إبداء الأسباب ونحن نشكك في مشروعية مثل هذا الشرط ونجعله شفيعاً لدعوتنا إلى لزوم أن تكون هناك عقود نموذجية.

٥. إن بعض المصارف تنص صراحة ألا تمنح بطاقات المصارف إلى الشخصيات الاعتبارية، ومع تفهمنا للتحسب الذي كان في ذهن واضع لهذا الشرط، إلا أننا ندعو إلى مناقشته وتقييم دواعيه وما يترتب عليه من آثار، والموانع الحقيقية التي تحول دون منح البطاقة المصرفية للأشخاص المعنوية.

٦. يرد في بعض نماذج العقود المستخدمة صراحة على لزوم تطبيق تعليمات المصرف المركزي وأحكام المؤسسة صاحبة البطاقة " كالفيزا" مثلاً، والحق أن أحكام هذه المؤسسات المالية ليست في متداول النخبة من المختصين فكيف هو الحال بالنسبة إلى الجمهور الذي بالكاد يسمح باسم هذه المؤسسة ولا علم له البتة بأحكامها. ونشدد لزوم أن تلخص الأحكام الأساسية المتعلقة بتلك المؤسسات ونعتبر ذلك من قبيل مقتضيات حسن النية.

٧. يتحمل المتعامل صاحب البطاقة تبعات فقدانها أو سرقتها وما ينجم ذلك من ضرر خلال الفترة الواقعة بين الفقدان أو السرقة وبين إبلاغ المصرف رسمياً بذلك، وقد يكون من المفيد تغطية حسني النية بحماية تأمينية تجبر الأضرار الناجمة عن فقدان أو سرقة البطاقة لأسباب تخرج عن إرادة حاملها.

٨. إن حرصنا على أن يكون التعامل مع مصارفنا الوطنية بقدر من الشفافية يفرض علينا أن نطلب مراجعة بعض البيانات الشخصية التي تطلبها بعض المصارف، وبالتحديد حسابات طالب إصدار البطاقة مع البنوك الأخرى وأسماء تلك البنوك ونوع ورقم الحساب.

٩. يتحمل صاحب البطاقة مسؤولية أي استعمال غير مسموح به للبطاقة الخاصة به.

١٠. إن البطاقة ملكاً للبنك وعلى صاحبها إعادتها إلى البنك عند الطلب، ويجوز للبنك أن يبطل حق استعمال العضو للبطاقة بصورة كلية أو فيما يتعلق بعملية محددة في أي وقت وبمحض اختياره وبدون أخطار مالك البطاقة.

و يحق للمصرف إلغائها إذا ما ارتكب صاحبها(أي محظور شرعي في استخدامها أو فقد أهليته)، ونرى أن المصرف يقيم نفسه خصماً و قاضياً ويفترض وجود جهة مصرفيه يحتكم إليها قبل اتخاذ هذا الإجراء.

١١. أن المصرف لا يتحمل آية مسؤولية عن البضائع أو الخدمات التي تدفع قيمتها بواسطة البطاقة،وإن مثل هذا النزاع يجب حله مع المؤسسة التي تقدم الخدمة أو البضائع.

إن ذلك يعني أن يكون لمن تعامل مع صاحب البطاقة من التجار حقاً مباشراً قبل المصرف لا يمر بذمة العميل،و لهذا لا يسمح لذلك العميل أن يطلب من المصرف استرجاع ما دفع في البطاقة بحجة وجود عيب مثلاً في البضاعه.

المطلب الثاني

المركز القانوني للعميل أو (المتعامل) (حامل البطاقة)

(تختلف المصارف في دولة الإمارات العربية المتحدة في التعبير عن من تعاقد معها في عقد بطاقة الائتمان)

المتعامل هو صاحب الحساب أو أي شخص يطلب خدمات مصرفية من البنك، ويعبر عنه أحياناً بالعضو في البطاقة المعنية.

إن على الشخص الذي يطلب من المصرف إصدار بطاقة أو أكثر أن يكون لديه حساب مع البنك، وتسمى البطاقة التي يحصل عليها بالبطاقة "الأساسية" تمييزاً لها عن البطاقة التابعة التي يحصل عليها طرف آخر بناءً على طلب صاحب البطاقة الأساسية لكي يتم استخدامها استناداً إلى حساب صاحب تلك البطاقة الأساسية. ويسمى عضواً تابعاً وتسمى البطاقة التي يحصل عليها بطاقة تابعة.

وتمس الحاجة إلى إصدار أكثر من بطاقة أحياناً لتلبية احتياجات أفراد الأسرة والمهم أن استعمال البطاقة مقصوراً على صاحبها، وله استعمالها لأجل الشراء أو الحصول على الخدمات

ويضمن صاحب البطاقة الأساسية جميع النفقات التي تتم بموجب بطاقته والبطاقات التابعة لـــه، ويكون صاحب البطاقة التابعة مسؤولاً بصفته الشخصية وبالتضامن مع عضو البطاقة الأساســي عن جميع النفقات التي تمت بموجب استخدام بطاقة تابعة.

وحتى لا يساء استخدام الائتمان يتعهد صاحب البطاقة بعدم إرجاع أياً من البضائع أو التذاكر أو الخدمات التي حصل عليها عن طريق استخدام البطاقة، وله أن يعيدها وقيد قيمتها لحســابه إذا قبلت مؤسسة السلعة أو الخدمة ذلك (أي التاجر) وبشروط صريحة في العقد، فإن إي نفقــات بالعملة الأجنبية تحول إلى الدرهم الإماراتي وفق سعر الصرف السائد وقت التعامل مع عمولــة إضافية عن الخدمات التي تتم خارج الإمارات.

وفي البطاقات التي تتضمن منح صاحبها تسهيلات مصرفية أو ائتمانية، فإن من مسؤولية صاحب البطاقة أن يؤمن وجود مبالغ كافية في حسابه تغطي النفقات المستحقة عليه، بما في ذلك النفقات التي يتحمل البنك عند اتخاذ إجراءات قانونية لتحصيل مستحقاته من صاحب البطاقــة، وبنص العقد يكون للبنك أسبقية في استرداد مستحقاته متقدم على بقية الدائنين. إن مــن حــق المتعامل إلغاء البطاقة ويتعهد بعدم استعمالها بعد الإلغاء.

إن على المتعامل آنفاً واجب اتخاذ الحيطة والحرص لضمان سلامة البطاقة من الضياع أو السرقة أو سوء الاستخدام أو الفقدان أو أي ضرر أو خطر آخر. وبطبيعة الحال عليه أن يســدد الرسوم السنوية المتوجبة عليه عن هذه الخدمة، والأهم من كل ذلك لزاماً عليه تــوخي الحــذر والعناية لمنع وصول رقمه الخاص لأي شخص آخر والحرص على عدم تدوينه في أوراقه الخاصــة وبنحو ينتهك سرية هذا الرقم، وتفترض بعض نماذج عقود بطاقات الائتمان علم حامل البطاقــة التام بأن إصدارها يمثل علاقة اقتراض مع البنك وإن لديه المقدرة المالية على سداد كافة المبــالغ المستحقة والمترتبة عن استخدام البطاقة وفي تاريخ استحقاقها. ويكون في عمه حق المصرف اتخاذ الإجراءات القانونية تجاهه إذا ما استعمل البطاقة بعد أن تكون قد ألغيت من المصرف.

المبحث الرابع

العلاقة بين حامل البطاقة وبين التاجر(من يبيع السلعة أو يقدم الخدمة)

إن من متغيرات هذا العصر قبول وسائل جديدة للوفاء لم تكن معروفة إلى عقود قليلة من الزمان ولعل من بينها وأهمها بطاقات المصارف، حيث يستطيع حامل البطاقة أن يسدد ثمن ما حصل عليه من مشتريات أو ما تمتع به من خدمات عن طريق بطاقة وفاء أو بطاقة ائتمان وبطبيعة الحال إن استعمالها يتطلب وجود أجهزة معينة لدى ذلك التاجر مهمتها نقل قيمة المشتريات أو الخدمات من حساب حاملها إلى الجهة البائعة أو صاحبة الخدمات.

وإذا كان قبول النقد بل وقبول الشيكات بالنسبة للمبالغ التي تزيد على مبلغ معين مسألة قد تكون إلزامية بنصوص قانونية صريحة، إلا أن هذا الحكم لا يصدق بالنسبة إلى البطاقات

المصرفية، ولا نجد في أي تشريع ما يثبت بإلزاميتها وبالتالي لا نتردد في القول بأن التعامل بها يجد أساسه فقط في دائرة عقود غايتها تيسير وفاء الديون بموجبها، ويتم ذلك عادةً بموجب عقد مع مجموعة من التجار ينصب على قبولهم تسديد أثمان البضائع والخدمات المقدمة من قبلهم من خلال تلك البطاقات. ويستتبع ذلك الإفصاح عن مثل هذه البطاقة ووضع إشارات دالة على قبول التعامل بها ومع وجود هذا العقد بين الطرف التجاري ومصدر البطاقة، إلا أن حامل البطاقة هو طرف أجنبي لا تترتب له حقوق أو التزامات بموجب ذلك العقد، ومن الصعب تماماً وفق الصيغ القانونية النافذة حالياً وغياب تشريع متخصص أن يفرض على الطرف التجاري قبول الوفاء بالبطاقة لأن امتناعه لا يرتب إلا إخلالاً بعقد أبرمه مع مصدر البطاقة، ولهذا الأخير فقط يحق له المطالبة بالتعويض إن وجد.

وتحسباً لذلك فإن العديد من العقود التي تبرم بين المصرف وأصحاب البطاقات تعفي المصرف من أية مسؤولية من جراء امتناع أي شخص أو محل أو شركة أو مؤسسة تقبل البطاقة عن إعمال التزامها هذا ورفضها قبول الوفاء بالبطاقة.

المبحث الخامس

العلاقة بين التاجر والمصرف

إن تقدم تقنية البطاقات جعل من الممكن نقل قيمة البضاعة أو الخدمة فوراً إلى الدائن بتلك القيمة، ويتقاضى المصرف لقاء هذه الخدمة عمولة معينة بحسب الاتفاق المبرم مع صاحب البطاقة كما أن السقف الأعلى للبطاقة يتحدد بحسب نوعيتها، فقد يكون بما يساوي رصيد العميل "Debit card " أو أن يتفق المصرف على منح عملية ائتمان معين بحيث يغطي قيمة مشتريات ذلك العميل وبحد أقصى والسقف الأعلى للائتمان.

وفي هذا المقام يهمنا أن ندرس العلاقة القانونية ما بين ذلك التاجر والمصرف لأن البطاقة تسهم في حقيقة الأمر في استفادته وذلك بزيادة مبيعاته، ولهذا فهو يدفع عمولة ما إلى المصرف محسوبة على أساس قيمة المشتريات.

إن الوفاء الفوري عبر البطاقة المتاح حالياً بفعل التقنيات الجديدة أنهت مشاكل كانت معروفة في العقود السابقة، حيث كان صاحب البطاقة يوقع على قوائم معينة ترسل إلى المصرف وقد تكون بمبالغ تزيد على مبلغ الرصيد أو مبلغ الائتمان، ويصح القول بان الوفاء بها الآن يعادل الوفاء النقدي، وإن كان ذلك لا يمنع من مطالبة المشتري بتوقيع وصولات البيع دفعاً لأي ادعاءات مستقبلاً لوقوع سحب غير مرخص به، وباختصار فإن استعمال هذا البطاقة يكون مسبوقاً بتهيئة مقابل الوفاء متمثلاً في رصيد العميل أو التسهيلات المصرفية الممنوحة له و لم يعد وارداً التحسب بمخاطر إفلاس مصدر البطاقة وضياع حق البائع، لأن الوفاء قد حصل آنياً والمشكلة عند الإفلاس ستكون ما بين المصرف عند إفلاسه وعميله الذي منحه الائتمان.

إن من المسائل المعلقة تحديد طبيعة هذه البطاقات قانوناً وحسم بعض القضايا المعلقة التي لا نرى بداً من حسمها عبر التشريع ونتساءل هل أن من حق من اشترى البضاعة ووجد عيباً خفياً فيها أن يطلب فسخ العقد و استرجاع الثمن، من البائع أم أن مثل هذا الرجوع سيتم عبر المصرف باعتبار أن الوفاء قد تم من قبله.ونرى أن مثل هذا الحق مقصور على حامل البطاقة وان المصرف هو جهة وفاء فقط تصرفت عبر إيعازات من عميلها من خلال الوفاء ببطاقات المصرف.

إن ما تقدم يبرر عندنا الاعتقاد بصعوبة التسليم بعلاقة ما مستقلة بين التاجر والمصرف، والمصرف لا يملك حقيقة إرادة قبول أو الامتناع عن الوفاء وهو فقط قبل وديعة عميله أو منحه

ائتماناً وخوله الاستخدام المباشر لذلك الرصيد بتقنية البطاقة المصرفية والتي يكون أمر استعمالها منوط بإرادة حاملها فقط.

الفصل الثالث

المسؤولية المدنية والجزائية بموجب بطاقات الائتمان

بدأ نشير إلى أن العميل وكذا المصرف قد يتحمل تبعات المسؤولية بنوعيها، كما يصدق ذلك بالنسبة للغير.

ومعلوم أن الفعل قد يرتب المسؤولية المدنية، كما قد يرتب المسؤولية الجزائية وقد يكون ذات العمل موجباً للمسئوليتين معاً.

ومن خلال متابعتنا لهذا الموضوع سيما في القوانين المقارنة يمكن أن نتصور قيام المسؤولية في الفروض التالية:

أولاً: المسؤولية المدنية المترتبة وفقاً لمبدأ حسن النية واعتبارات حماية العميل.

ثانياً: المسؤولية المدنية والجزائية الناجمة عن الاستعمال غير المرخص به للبطاقة إجمالاً وخاصةً عند ضياعها أو سرقتها.

ثالثاً: المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة جزاء عدم المساواة في منح الائتمان بين الجمهور.

رابعاً: المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة بموجب الإعلانات الخاصة بالبطاقات المصرفية.

خامساً: المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة على تزويد البطاقة وما يرافق ذلك من جرائم أخرى كالتدخل غير المشروع في برمجيات المصرف الخاصة بالبطاقات والوصول إلى أرقامها.

سادساً: المسؤولية المدنية والجزائية المترتبة عن تحول الحيازة المشروعة إلى حيازة غير مشروعة.

ولغرض بحث ما تقدم ارتأينا بحث الحالات أعلاه وفق ما يلي:

المبحث الأول

قيام المسؤولية المدنية والجزائية عند الإخلال بموجبات حسن النية

معلوم أن على كل من طرفي العقد تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجبه بحسن النية، ويعني ذلك فيما يعنيه الحرص على المصالح المشروعة للمتعاقد الآخر، والامتناع عن كل ما من شأنه الحيلولة دون تمتع الطرف الآخر بالحقوق المستحقة له.

ويصدق ما تقدم بوضوح في بطاقات الائتمان، حيث تولى الكثير من التشريعات المقارنة حماية العميل اهتماماً خاصاً، وتوجب التعامل معه بحسن نية.

إن من تطبيقات حسن النية الحرص على إخطار العميل بالشروط الأساسية المذكورة في العقد المبرم معه والتي تؤشر سلباً أو إيجاباً في الحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه.

كما أن القانون المقارن يعطينا مثلاً على كيفية التعامل بصدق مع العميل والامتناع عن تقديم معلومات غير صحيحة في الإعلانات الموجهة إلى الجمهور بشأن البطاقات المصرفية، بحيث يمتنع على المصرف أن يذكر في أي إعلان عن أية مزايا أو حقوق للعميل غير موجودة كتابةً في العقد المبرم معه، ومن بين ما شخصناه عند دراستنا للقانون المقارن إلزام المصرف في منح العملاء فرص متكافئة في الحصول على الائتمان وعدم التمييز بينهم بأي سبب غير مقبول قانوناً كالتمييز بسبب الجنس.

ولتوضيح ما تقدم نبين الآتي:

المطلب الأول

المسؤولية المدنية والجزائية ومبدأ حماية العملاء

نسلم بأن التشريعات العربية عامة ومنها التشريع الإماراتي لم يعالج البطاقات المصرفية، ولهذا فلا يصح إطلاق القول بوجود نماذج العقود الموجودة والمتداولة في المصارف تميل بوضوح صوب تلك المصالح.

ومن خلال دراسة التشريعات المقارنة – الأمريكية منها على وجه التحديد – اتضح لنا وجود اتجاهاً واضحاً فيها لحماية العميل من خلال التأكيد على المصارف في إخطار العميل والإفصاح بوضوح عن كل الشروط الواردة في العقد لا سيما تلك التي تكون محل اهتمامه.

ومن تطبيقات ذلك إخطاره بالأحكام التالية:

أولاً : مسؤولية العميل (customers liaplity) عن الاستعمال غير المشروع للبطاقة عند فقدانها أو سرقتها.

ثانيـــاً : تحديد الجهة التي يتصل بها العميل إذا ما تعرض للسرقة أو فقدانه للبطاقة.

ثالثـــاً : ما يتوجب على العميل دفعه للحصول على مزايا التحويـــل الإلكتـــروني للأمـــوال ("E.F.T.A "1)).

رابعـاً : بيان أية قيود السقف الأعلى للمبالغ التي يجوز تحويلها بموجب البطاقة .

خامســاً : إقرار حق العميل في أن يكون على بينه من المعاملات التي يجريها بموجب البطاقة كالحصول على بيانات دورية من المصرف.

سادســاً : ذكر الصيغ الواجب اتباعها لتصحيح أي خطأ عند وقوعه.

سابعـــاً : مدى حق العميل في إيقاف العمل بالبطاقة.

ثامنـــاً : مسؤولية المصرف المالية إزاء العميل عند إخفاقه في تقـــديم خدمـــة الـــدفع الآلي أو إيقافها.

تاسعـــاً : القواعد الخاصة بالمصرف بشأن الإفصاح عن قيود حساب العميل لأطراف ثالثة.

عاشـــر اً: التزام المصرف في أن يبلغ قبل إحدى وعشرون يوماً على الأقل عند إجراء أي تغيرات على شروط العقـــد . Bruce D .Fisher- Michael - J- Phillips- the legal Ethical, (Regulatory Environment, of 1 Business- 1995- p- 736

المطلب الثاني
مسؤولية المصرف عن الإعلانات الخاصة للبطاقات

الإعلانات الخاصة لبطاقات الائتمان وحسن النية:-

لا نجد في تشريعاتنا العربية أية قواعد تتعلق بالإعلانات الخاصة لبطاقات الائتمان (Credit Advertising)، وتشهد الصحف المختلفة ومطبوعات المصارف ومنشوراته ذكر المزايا المختلفة لبطاقة الائتمان وبكيفية تمت صياغتها بنحو يؤثر في تحريك رغبة المخاطب بالإعلان في إبرام العقد الخاص بالبطاقة المذكورة. أما على القانون المقارن فنحن نشهد اهتماماً خاصاً بهذا الأمر من منطلق حماية العميل ونشير إلى أن القانون الأمريكي ينص صراحةً على منع ترويج أي إعلان عن البطاقات بخلاف الحقيقة، ويجب قانوناً أن لا يتضمن الإعلان أية حقوق للعميل بشأن دفوعات نقدية أو أقساط أو ترتيبات لمنح اعتماد ما لم يكن مصدر البطاقة قد أوجد هذه المزايا بالفعل، أي أن المزايا المذكورة موجودة لمثل ذلك النوع من البطاقات التي تم الترويج عنها.

إن مصدر البطاقة ممنوعاً من إبلاغ العميل بأحقيته في اعتماد ما إلا إذا كانت شروط ذلك قد أعدت بصراحة وبوضوح، ويصح كل ما تقدم بالنسبة إلى الإعلانات التي تتم من خلال الصحف أو التلفزيون أو كراسات الدعاية أو بأي وسيلة أخرى.

إن العمل بخلاف ذلك يعتبر جريمة معاقباً عليها بغرامة تصل إلى (٥٠٠٠) آلاف دولار أو بالحبس لمدة تصل إلى سنة أو بكليهما ومن حق المدعي أن يحصل على المصاريف القضائية والرسوم وأجور المحاماة التي أنفقها في الدعوى Bruce. D. fisher - Michael . J. Phillip. S. op. cit. p. 724

المطلب الثالث
القيود الخاصة بالبيانات التي يجوز للمصرف الحصول عليها من العميل والتزامه بعدم الكشف عنها.

يتضح لنا بجلاء من خلال مراجعة النماذج المتداولة في المصارف الخاصة ببطاقات الائتمان إسرافها أحياناً في طلب بيانات قد لا تكون مطلوبة حتماً في مثل هذا التعامل، ومع بالغ الاحترام لمصارفنا العربية نقترح بتواضع الحرص على التقليل من كم البينات المطلوبة من العميل عند رغبته في إبرام أي عملية مصرفية.

وعلى صعيد القانون المقارن نشير إلى أن القانون الأمريكي الخاص بالإفصاح عن (Fair credit Reporting A c t) يسمح بالحصول على معلومات عامة عن العميل ولكن ليس عن نشاطه التجاري، كما نص صراحةً على منع الإفصاح غير القانوني عن أي معلومات حصل عليها المصرف من عميله بمناسبة حصوله على بطاقة الائتمان إلا بترخيص سابق.

ونرى إمكانية الاستفادة من هذا القانون من ناحيتين:

الأولى: مطالبة المصارف بالتقليل من كم المعلومات الشخصية والمهنية عن العميل الذي يطلب بطاقة الائتمان.

الثانية : إلزام المصرف بشرط في العقد (أو بنص في القانون) يلزمه بأن لا يقدم أي معلومات عن العميد لأي جهة إلا بترخيص من سلطة مختصة أو من قبل صاحبها.

حق العميل في تكافؤ الفرص الخاصة بالائتمان:

إن المصارف عندنا لها حق اتخاذ القرار في أن تمنح أو لا تمنح العميل الائتمان الذي يريد. وليس هناك من نصوص قانونية صريحة تحد من ولايتها هذه، ولا ننكر بأن المصارف تحرص على سمعتها والتعامل الحسن مع العملاء، وبالتالي قد يكون من مصلحتها التعامل بموضوعية مع العملاء كافة وبقدر من التساوي وثانية ليس هناك ما يمنع المصرف من أن يمنح الائتمان لمن يريد ويحجبه عن من لا يريد. والحاجة قائمة إلى وجود ضابط تشريعي يكرس مبدأ التساوي بالفرص وهو معمول به في بعض التشريعات المقارنة وبالتحديد القوانين الأمريكية حيث صدر تشريع خاص يكفل فرصة التمتع بالتساوي بمزايا الائتمان ومنها البطاقات.

إن قانون فرص الائتمان المتساوية (Equal credit opportunity act) الذي اعتبر نافذ سنة ١٩٧٥ هو قانون فيدرالي يطبق على جميع الولايات الأمريكية وقد أخذ هذا القانون بالحسبان خمسة اعتبارات عملية أو فعلية هامة أراد تصويبها وهي:-

١. أن الحصول على الائتمان لامرأة غير متزوجة أصعب من حصول رجل غير متزوج على الائتمان.
٢. عندما تتزوج المرأة يتم الاعتماد باسم الزوج والعكس غير صحيح عند زواج الرجل.
٣. لا يمنح الائتمان للمرأة المتزوجة باسمها الخاص.
٤. أن من يمنح الاعتماد لا يعتبر دخل المرأة المتزوجة العاملة لأغراض الائتمان.
٥. أن المرأة المطلقة والأرملة تجد صعوبة في الحصول على الائتمان

إن القانون المذكور يسري على كل صور الائتمان بما فيها بطاقات الائتمان، وليس هناك ما يمنع من التأكيد على المصارف على منح ائتمانها إلى الجمهور بشكل متساوي دون تمييز أو انتقاص.

المبحث الثاني
الاستعمال غير المرخص به لبطاقات الائتمان

يلاحظ أن عامة نماذج العقود التي تبرم ما بين المصرف وعميله بمناسبة بطاقات الائتمان تنص على تحمل العميل التبعات المالية التي تترتب على استعمال البطاقة من قبل شخص غير مرخص له بأستعمالها و بالتالي فيمكن أن نسجل أن حامل البطاقة سوف لن يكون في موضع يمكنه من الطعن في مشروعية السحب من حسابه بواسطة حامل غير مشروع لها، حصل على البطاقة عن طريق السرقة أو الاحتيال. إلا أن الجانب الجزائي لا جدال فيه من حيث قيام مسؤولية السارق وآية ذلك أن فعل سرقتها مستوفياً لأركان جريمة السرقة.

ثم إن السحب غير المشروع قد يتم ببطاقة مزورة مع تفصيل في الأمر، في فرض أن يكون هو من قام بتزويرها أو أنه قد استعملها فقط وهو يعلم بتزويرها من قبل الغير.

أما من جهة العميل فإن التقنية العالية المستخدمة في نظام بطاقات الائتمان وإمكانية السحب الفوري من حساب العميل وانتقال الأموال في ذات اللحظة إلى المجهز أو البائع أو صاحب الخدمة (On line) قلل من احتمالات الاستعمال غير المشروع للبطاقة من قبل حاملها.

والحال يختلف بالنسبة إلى نظام السحب الآلي الذي يتم عن طريق تحرير إيصال بقيمة البضاعة وإرساله إلى المصرف ليقوم الأخير بتسديد قيمتها، وبعبارة موجزة لا يوجد هنا ارتباط حال وآني ما بين استعمال البطاقة وحساب حاملها، وبالتالي قد يتجاوز الرصيد المستحق له قبل المصرف وتقوم المسؤولية المدنية وربما الجزائية لحاملها من كل ما تقدم قد يكون من المناسب الكلام عن تزوير البطاقة أو سرقتها، ثم الحالات التي يكون فيها استعمال البطاقة من قبل صاحبها غير مشروع.

أولاً: تزوير البطاقة: من المعلوم أن البطاقة في الحال الحاضر عبارة عن قطعة من البلاستيك تتضمن بيانات موجزة للحامل مع رقم خاص يكتب بشكل بارز في وجه البطاقة عادةً وبالإضافة إلى ذلك يكتب عليها اسم المصرف كما يذكر أيضاً في جانب آخر أنها مملوكة للمصرف ولا يجوز استعمالها إلا من صاحبها وبالشروط المتفق عليها، والطلب من الذي يعثر عليها إعادتها إلى المصرف، وزيادة في الأمان قد يضاف في ظهرها بياناً يتعلق بتوقيع البطاقة من مالكها الشرعي.

ومع ذلك قد يقوم آخر بتصنيع مثلها بعد أن يحصل على الرقم السري لها بطرق مختلفة بقصد السحب غير المشروع من رصيد العميل، ومثل هذا التقليد هو طريقة من طرق التزوير المادي ويعاقب فاعلها بالعقوبة المقررة لجريمة التزوير وحيث أن الضرر متحصلاً في هذا الفعل،

لهذا فإن الجريمة قائمة سواء كان الضرر قد وقع فعلاً أو احتمالياً والمشرع لم يعلق تجريم التزوير على استعمال المحرر المزور (د. فوزية عبد الستار شرح قانون العقوبات / القسم الخاص/ ط ٢٠٠٠ / ص ٢٧٤-٢٨٩) على أن البعض يذهب إلى أن المتهم يعد مرتكباً لجريمة السرقة حاله حال من

يستخدم مفتاح مصطنع لسرقة دار، إلا أن صعوبة التسليم بعنصر الاختلاس المطلوب للسرقة هنا يرجح اعتبار الفعل تزويراً.

ثانياً: سرقة البطاقة :

تقوم السرقة بقيام أركانها الثلاثة:

الركن الأول: وهو الركن المادي ممثلاً بالاختلاس، أي أخذ المال بدون علم ورضى صاحبه.

الركن الثاني: وهو محل لاختلاس المال المنقول المملوك للغير.

الركن الثالث: وهو القصد الجنائي (نية التملك). وبسرقة البطاقة لغرض السحب غير المشروع بها يحقق فعل السرقة، ولا يصح هذا الوصف حتى ولو كان القصد قد انصرف إلى الاحتفاظ بها. أما إذا حازها بشكل غير مشروع لا بقصد التملك، وإنما بنية سحب مبلغ ما وردها فإن الأمر يكون قابلاً للنقاش. حيث هناك اتجاه في القضاء الفرنسي يذهب إلى اعتباره جريمة سرقة. بينما يرجح البعض استعمال البطاقة المسروقة كجريمة احتيال (د. عمر سالم/الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء/١٩٩٥/ص٤١- ٤٤).

الخلاصة:

أن التطور غير المتناهي في تقنية الحاسوب غير في التكييفات التي يمكن قبولها، ويكتفي أن نشير إلى أن استعمال البطاقة رغم عدم صلاحيتها مثلاً أو إلغائها مسألة لم تعد تطرح الآن، لأن التقنية المستخدمة حالياً تحول دون مثل هذا الاستعمال وبحيث أصبح مثل هذا الكلام جزءاً من الماضي.

المبحث الثالث

المسؤولية المدنية الناجمة

عن الاستعمال غير المرخص به لبطاقة الائتمان.

إن عقود الخدمات المصرفية المتداولة في السوق المصرفي الإماراتي تحمل صاحب البطاقة مسؤولية أي سحب غير مشروع نتيجة سرقة البطاقة مثلاً . ويعتصم المصرف عادة بشرط يرد في

عقده مع العميل يعفى نفسه من مثل هذه المسؤولية ثم أنه يتحوط مسبقاً في إجـــراءات تســـليم البطاقة فتسلم البطاقة ذاتها من طرف في حين يسلم الرقم المصرف من قبل شخص آخر وينصح العميل بعدم الجمع بين البطاقة ورقمها.

ولا نجد في أي من البلدان العربية نصاً يفيد حماية صاحب البطاقة في مثل هذه الحالـــة، ونقترح التزام المصارف بالتأمين على مخاطر التجارة الإلكترونية عبر بطاقات المصـــارف بحيـــث يعوض صاحب البطاقة إذا ما ثبت وجود سحب غير مرخص به.

أما على صعيد القانون المقارن فإن الحال يختلف حيث نجد بعض التشريعات (القـــانون الأمريكي) يكرس بنصوص متعددة حماية العميل وتوجب تعويضه وتحدد مسؤولياته بسقف أعلى في حالات السحب غير المرخص به ليقوم المصرف بالتعويض عما زاد عن هذا السقف من مبالغ تم سحبها من طرف غير مرخص به. بل وإن بعض المصارف أصلاً تعفي عميلها حتى من سقف معين من المبالغ يتحمله العميل على أن المسؤولية المحدودة للعميل وحقه بالتعويض مرهون بتبليغه المصرف عن واقعة ضياع البطاقة أو سرقتها في وقت معين وبحيث يزيد سقف هذه المسؤولية إذا ما قصر صاحب البطاقة بالأخطار خلال مدة إضافية نص عليها القانون وبعد انتهاء هذه المـــدة الإضافية دون تبليغ المصرف بواقعة سرقة البطاقة أو ضياعها يتحمل العميل تبعة ذلك بمفـــرده. ونرى أن هذا المنهج يستحق الدراسة ولمزيد من الإيضاح نفصل في حماية صاحب البطاقة عنـــد فقدانها أو سرقتها منه.

حماية حامل بطاقة الائتمان في حالات الاستعمال غير المرخص به في القانون الأمريكي:

أولاً: أكدنا أن القانون الأمريكي يوجب على المصرف أن يفصح صراحة لعميله عن جملة مـــن الشروط موجودة في العقد المبرم. ونشير على وجه الخصوص مسؤولية العميل عن الاستعمال غير المشروع للبطاقة عند فقدانها أو سرقتها.

ثانياً: إن قانون النقل الإلكتروني للأموال الصادر عام ١٩٧٨ قد حدد مسؤولية العميـــل عـــن استعمال بطاقة الائتمان من قبل شخص غير مخول(un authorized person) فوضع حداً أعلـــى لهذه المسؤولية، وهناك الملايين من هذه البطاقات تفقد أو تسرق سنوياً وقرر الكونجرس بأن مخاطر

الفقدان والضياع للبطاقة يجب أن لا يتحملها العميل وحده وأن الشركات المصدرة للبطاقات المصرفية لها القدرة على حماية نفسها والتأمين على مثل هذه الخسائر.

إن قواعد المجلس الاحتياطي الفيدرالي، (The Federal Reseve Bounds regulation) تناولت المسؤولية الناجمة عن استعمال البطاقات المصرفية من أطراف غير مخولة بذلك (unauthorized use of ATM card) حيث تتحدد مسؤولية العميل بحدود معينة إذا ما قام ذلك العميل بأخطار الجهة المصدرة للبطاقة خلال مدة يومين من تاريخ فقدان البطاقة أما إذا ماقام حامل البطاقة (Card – Holder) بالأخطار أو بالإبلاغ خلال مدة قصوى أخرى أمدها ستون يوماً من تاريخ الفقدان فإن مسؤوليته تتحدد (Limited) بمبلغ أعلى آخر في حين يتحمل صاحب البطاقة المسؤولية كاملة إذا لم يقم بالأخطار خلال المدة القصوى المذكورة وقواعد المسؤولية هذه تطبق حتى ولو كان العميل (حامل البطاقة) قد أخطأ أو قصر كما لو قام بطباعة الرقم الخاص به على ظهر البطاقة .

ثالثاً: إن بطاقات الائتمان المقبولة (Accepted capalit) تعني مسؤولية صاحبها عن استعمالها بحدود القانون على أن قانون الإقراض حدد مسؤولية حاملها عن الاستعمال غير المرخص به (Unauthorized) بمبلغ أقصاه خمسين دولار أو بحدود قيمة الأموال أو العقد أو الخدمات التي تم الحصول عليها من قبل شخص غير المخول باستعمالها أيهما أقل. علماً أن بعض شركات بطاقات الائتمان هذه لاتحمل صاحب البطاقة (card holder) حتى مبلغ (خمسين) دولار المذكورة وذلك من باب الحرص على التعامل الودي مع عميلها (good will).

رابعاً: أن الاستعمال غير المرخص به للبطاقة يحصل (على سبيل المثال وليس الحصر)حينما يفقد صاحبها حقيبته ومعها البطاقة ويصادف أن يعثر عليها شخص ما، ويستعملها وهذا هو الاحتمال الأكثر حدوثاً. ثم أن صور الاستعمال غير المرخص به للبطاقة انفصال الزوجين بالطلاق وقيام مسؤولية أحدهما عن استعمال البطاقة المشتركة والتي حصل عليها الزوجين خلال الحياة الزوجية وبشكل غير مشروع.

وقد تطرق القضاء الأمريكـــي في قضـــية(Oclande. V .first national Bank of Louis villa) وخلاصة ما جاء في هذه القضية أن المدعية، كانت قد فتحت الحساب باسمهـــا لدى المصرف سنة ١٩٨١م وحصلت على بطاقة ائتمان، وفي عام ١٩٩٢ أبلغت المدعية المصرف أنها قد انفصلت عن زوجها وأغلقت الحساب لتحول دون أية دفعات إضافية وقد طلب المصرف منها إملاء بعض لاستمارات المطلوبة وقامت المدعية بذلك بالفعل وأعادت الأوراق إلى المصرف. وبينت أنها أتلفت واحدة من بطاقتي الائتمان التي كانت قد حصلت عليها من المصـــرف لهـــا ولزوجها، ولهذا لم يقم المصرف بإغلاق الحساب معتقداً أن الحساب أصبح يخصها لوحدها بعد ادعائها إتلاف البطاقة الأخرى ثم تبين عكس ذلك وإنها لم تتلف البطاقة وإن هناك سحوبات قد تمت من زوجها السابق. إن الكونكرس كان قد اشترط التعامل مع موضوع عـــدم مســـؤولية صاحب البطاقة بشكل دقيق بحيث تحدد مسؤوليته فقط بحدود (٥٠) دولار في حالات الفقـــد والخسارة.

ن الاستعمال غير المرخص به لاستعمال البطاقة ينصرف من قبل شخص غير صاحب تلك البطاقة، ولا يمتلك تفويضاً صريحاً أو ضمنياً أو سلطة ظاهرة للسحب، أما إذا كان هنـــاك تفويضاً بالأمر تحمل صاحب البطاقة كامل المبلغ.

إن المصرف في القضية أعلاه كان قد أقفل الحساب وقتها وأعاد فتحه حينما ذكـــرت المدعية أنها أتلفت البطاقة الثانية، وسمح المصرف لها على هذا الأساس باستعمال البطاقة الـــتي في حوزتها إلا أنه تبين فيما بعد أن الزوج السابق (مطلقها) كان محتفظاً بالبطاقة واستعملها بالفعل. إن مثل هذا الاستعمال لا يعتبر من قبيل الحصول على البطاقة المصرفية بشكل غير مشروع لأنـــه قد تم في حقيقة الأمر من قبل شخص مخولاً بذلك. وكان على الزوجة بيان هـــذه المعلومـــة إلى المصرف. انتهى القضاء إلى تأييد موقف المصرف أعلاه ورد إدعاء المدعية.

خامساً: إن على العميل وهو يكتشف خطأ ما في الكشوفات الدورية المرسلة إليـــه، أن يخطـــر (No tify) المؤسسة المالية التي يتعامل معها خلال الستين يوماً التالية لاستلامه للبيان المـــذكور،

على أن هذا الاخطار يمكن أن يكون شفاهاً (oral) أو مكتوباً (Written) ولكن يجب أن يتضمن هذا الاخطار معلومات معينة نوجزها بالآتي:

١. رقم حساب العميل واسمه.
٢. بيان يسير بأن الخطأ قد وقع مع الإشارة إلى قيمة المبلغ الذي حصل فيه الخطأ.
٣. الأسباب التي يستند إليها العميل باعتقاده بوقوع الخطأ.

إن على المؤسسة المالية (المصرف) أن يحقق في الخطأ المزعوم (Allcjend error) وإجابة العميل كتابةً وذلك خلال مدة أقصاها عشرة أيام، كما أن لها خيار آخر، حيث تملك المؤسسة المالية أو المصرف أن تسجل في حساب عميلها المبلغ المطلوب (الذي وقع فيه الخطأ)، ولكن لها حين ذلك الحق بإجراء التحقيق خلال (٤٥) يوماً، وإذا ما اكتشف الخطأ فإن المؤسسة تملك يوماً واحداً لتسوية الموضوع وتسديد المبلغ المستحق للعميل أما إذا تبين عدم وقوع أي خطأ (بعد التحقيق)، فإن على المصرف أن يبلغ عميله بالنتيجة التي انتهى إليها.

إن ما تقدم يضع حلولاً تستحق الدراسة وندعو إلى تبني هذه الأحكام وإقرار قواعد تحول دون تحمل صاحب البطاقة للسحب غير المرخص به جراء سرقتها أو فقدانها وبالإمكان ترتيب غطاء تأميني يعوض المصرف عند وقوع مثل هذا الخطر، بل ونرى ضرورة أن يكون هذا التأمين إلزامياً لما فيه من نفع وفائدة لكل الأطراف وأولهم حامل البطاقة والمصرف.

العقوبات والتعويضات (Sanctions and Damages)

إذا ما انتهكت المؤسسة المالية قواعد تحويل الأموال إلكترونياً (E. F. T. A) فإن العميل يمكن أن يحصل على ما يلي:

١. التعويض الفعلي (Actual damages).
٢. التعويض العقابي "١" (Punilive damages).

إن الـــ (E. F. T. A) والإخلال بها عقوبات جزائية وتعتبر المالية قد ارتكبت هذه الجنحة. وقد تصل العقوبة إلى السجن سنة واحدة أو غرامة تصل إلى (٥٠٠٠) دولار وفي حالات معينة تصل العقوبة إلى غرامة (١٠,٠٠٠) دولار وإلى السجن لمدة عشر سنوات.

إن عامة المصارف قد انتقدت قواعد الـــ (E. F. T. A) السابعة، لأنها تفتقد معياراً معيناً للخطأ بالنسبة المئوية الناجمة عن الـــ (E. F. T. A) حتى ولو كان العميل قد فقد بطاقة السحب الآلي وملحقاتها، فإن الحد الأقصى لما يتحمله العميل من خسارة هو (٥٠) دولار على فرض أنه قام بالأخطار في الوقت المناسب ومن وجهة نظر المصارف فإن تحميل العميل كامل المسؤولية عن هذا الفقدان، يكون باعثاً له لزيادة الحرص والعناية طالما أنه يعلم بأن سيتحمل كل المسؤولية من الخطأ الذي ارتكبه وإن القول بخلاف ذلك سيعني حقيقة أن المستخدم الحريص (Careful users) للبطاقات سيدفع في نهاية المطاف ثمن أخطاء عدم العناية التي ارتكبها سواه. وفي قضية (ogripene case) قام المصرف بتحويل مبالغ من حساب العميل إلى لتعويض العقابي هو تعويض يقرر ليس لجبر الضرر وإنما كنوع من العقوبة لمن ارتكب الفعل الضار وجعله عبرة للآخرين/ د. عدنان أحمد ولي / التعويض العقابي وجواز التامين عليه/ مجلة رسالة التأمين الصادرة عن الاتحاد الأردني لشركات التأمين.

أحد العاملين بالمصرف والذي كان العميل قد أعطاه بطاقته المصرفية للتأكد من أن آلة الدفع الآلي صالحة للاستعمال إلا أن الموظف المذكور سحب من رصيد العميل نقوداً دون أن يعلم أو يحس صاحب البطاقة بذلك، فهل كان ذلك من قبيل تحويل مال من شخص غير مخول وهل كان العميل يتحمل هذه المسؤولية أم يتحملها المصرف؟ انتهى القرار إلى الحكم إلى المدعي على المصرف بالمبلغ المدعى به باعتبار أن المصرف قام بتحويل أموال خاصة بالعميل دون تفويض منه glibness v. Citibank . Fisher and Phillips p.738.

الخاتمـــــــة:

واضح مما تقدم أن موضوع بطاقات الوفاء بحاجة إلى المزيد من الاهتمام الجاد من لدن المشروع والفقه على حد سواء، ولا بجانب الصواب ونحن نقرر أن التعامل بها من حيث القيمة

والحجم لا يتناسب ومع تواضع الاهتمام التشريعي والفقهي بها. والمطلوب المزيد من الجهود الجادة من مشرعنا وفقهنا العربين وفي هذا السياق نسجيل خلاصة ما انتهت إليه دراستنا هذه ونجمل ذلك بالآتي:

أولاً: لزوم الاتفاق على تسمية موحدة للتعامل (بما يسمى) ببطاقات الوفاء وبطاقات الائتمان ونرى الاحتكام إلى مجامع اللغة العربية وطلب الفتوى منهم بشان ما يرونه من تسمية اصطلاحية لغوية صحيحة لها مع التسمية المناسبة لأطراف هذه العلاقة سيما وقد رأينا عدم دقة تعبير (البطاقة) للتعبير عن المعنى المقصود من جهة واختلاف المصارف فيما بينها على اختيار المصطلح المعبر عن هذا المدلول وأطرافه.

ثانياً: ضرورة أن تكون هناك (بطاقات) خليجية أو عربية ولا نرى ما يمنع ذلك لقناعتنا بوجود إمكانيات مادية وإدارية ومالية وفنية ومصرفية وأكاديمية تجعل ذلك ضمن الممكن المستطاع وليس مجرد طموح في دائرة التمني. ونرى في أعمال هذا المقترح أمراً يعزز الوجود المصرفي عربياً وخليجياً ودولياً، ولا ينصرف ذلك إلى عدم التعامل بأمثالها المعروفة دولياً.

ثالثاً: نؤكد على وجود نموذج (رسمي) للعقود المصرفية الخاصة ببطاقات الوفاء وعدم ترك الأمر إلى المصارف، يراعى في ذلك قدراً مطلوباً من التوازن بين الحقوق والالتزامات المقررة للطرفين، بخلاف ما عليه الحال في عقود الخدمة المصرفية المتداولة حالياً حيث صيغت بكيفية رجحت فيها مصالح المصارف. والعقود النموذجية مقبولة عملياً في الكثير من العقود التجارية، ولعل الشركة خير مثال على ذلك، حيث نشهد وجود نموذج رسمي لكل نوع من أنواع الشركة لا يقبل التغيير أو يمكن تغيره (استثناءاً) بموافقة جهات عليا وعند الضرورة فقط.

رابعاً: الدعوة إلى اقتران التعامل بصيغ التجارة الإلكترونية عامة وببطاقات الوفاء والائتمان خاصة بتأمين إلزامي يغطي المخاطر الفنية والمدنية والجزائية التي قد تقترن باستعمالها. إن وجود ظاهرة الجريمة المنظمة تجعل بالإمكان تقليد النماذج المستعملة وكشف الأرقام السرية لها. ووجود غطاء تأميني يعوض الخسائر المحتملة عن ذلك، كما يكفل جبر الأضرار المترتبة عن الاستعمال غير

المشروع لها أو عطل الأجهزة أو إيقاف المصرف التعامل بها في وقت غير مناسب وبدون وجود سبب مبرر.

إن حماية المستهلك مساءلة مطلوبة ومن المفيد البحث عن صيغ تمنع الاستعمال غير المشروع للبطاقة والبحث عن الوسائل الكفيلة بذلك كاعتماد البصمات أو بؤرة العين أو حتى نبرات الصوت للتعرف على هوية المستخدم للبطاقة. بمعنى مختصر تطوير النماذج المستعملة حالياً وجعلها عصية على المزورين ما أمكن.

خامساً: وضع ضوابط للتعامل ببطاقات الائتمان (credit card)وتضيق التعامل بها في المعاملات المدنية ما أمكن منعا لشيوع الائتمان الاستهلاكي وما يترتب عليه من آثار جراء سوء استعمال مثل هذه التسهيلات المصرفية، كما نقترح اشتراط سن أهلية خاص لمن يروم القيام بمثل هذه المعاملات وأن لا يقل ذلك عن ثلاث وعشرين سنة.

سادساً: الاتفاق على ضوابط يتفق عليها دولياً تحد من احتمالات استغلال هذه البطاقات في جرائم غسل الأموال (money laundering) أو تأسيس جهة مصرفية وقضائية محايدة وموحدة تفصل في أي ادعاء بوجود غسيل أموال عبر استعمال البطاقات أو وسائل التجارة الإلكترونية الأخرى.

سابعاً: إن الاتجاهات العامة لتشريعات التجارة الإلكترونية تسلم بوجود صيغة خاصة لتفسيرها. حيث ينص القانون النموذجي لليونترال للتجارة الإلكترونية في المادة "٣" على لزوم تفسير عقود التجارة الإلكترونية ومنها (بطاقة الوفاء والائتمان بطبيعة الحال) بنحو يأخذ بالاعتبار الطبيعة الدولية لتلك العقود وتشجيع توحيد تطبيقها بحسن نية، وقد يعني ذلك (تطويع) صيغ التفسير المعروفة بكيفية تحقق هذا الغرض، وان لا ينصرف الاهتمام عند التفسير إلى الإرادة الماضية والإرادة الظاهرة ومدلول النصوص.

ثامناً: إن من الصعب تكيف العقد الخاص ببطاقات الوفاء ومنها بطاقات الائتمان (أو شروط العضوية فيها) على أساس العقود المصرفية المعروفة وهي في حالنا الحاضر عقد تجاري غير مسمى، ومن الخطأ تكيفها على أنها نوعاً من الشيكات أو الأوراق التجارية بسبب افتقارها إلى البيانات

الإلزامية المطلوبة في تلك الأوراق أولاً، ولافتقارها إلى خصائصها أيضاً فالبطاقة غير قابلة للتظهير ويمكن إنهاء التعامل بها بإرادة أحد أطرافها (وهو المصرف) ولا نظير لهذه الأوضاع القانونية الخاصة في القانون الصرفي الذي يحكم الأوراق التجارية.

تاسعاً: إن من حق المنتفع ببطاقة الوفاء باعتباره المستفيد الأساسي منها (أو العضو الأساسي على حد تسعتبر بعض شروط هذه البطاقة المستخدمة في أحد المصارف) أن يطلب من البنك إصدار بطاقة أو أكثر إلى أفراد يسميهم ويوصف المستفيد هذا (بالعضو التابع) والبطاقة التي يحصل عليها بطاقة تابعة. إن المركز القانوني للعضو التابع المستفيد من البطاقة التابعة يتحدد عندنا وفقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ويملك المستفيد التابع أن يرجع على المصرف مباشرة لولا أن العقود المتداولة تسمح للعضو الأساسي وللمصرف إلغاء بطاقته التابعة. وفي كل الأحوال بإمكان المصرف أن يدفع قبله بكل الدفوع المستحقة له بموجب عقد بطاقة الوفاء. باعتبار أن انصراف منفعة العقد إلى غير عاقدية به استثناء لا يطيق إلا في حالات محصورة (لمذكرة الايضاحية لقانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم "٥" لسنة ٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم "١" لسنة ٩٨٧ ص٢٣٦-٢٣٨ . - راجع المادة "١٥٤-١٥٦" من القانون المدني المصري والمادة "١٥٦-١٥٨" مدني ليبي.

- المادة ١٥٢ من القانون المدني العراقي.
- المادة ٢١٠- ٢١١ مدني أردني.

عاشراً: إن العقد الخاص ببطاقة الوفاء يتضمن عادة شروطاً صريحة تسمح للمصرف أن (يبطل) حق استعمال (العضو) للبطاقة بصورة كلية أو فيما يتعلق بعملية محدودة في أي وقت وبمحض اختيار المصرف وبدون أخطار صاحب البطاقة بذلك.

والقاعدة العامة هي أنه لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بالرجوع عن العقد ولا تعديله ولا فسخه إلا برضاء العاقد الآخر أو بمقتضى نص في القانون، وهذا إذا كان العقد صحيحاً لازماً (المادة "٢٦٧" من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة "١٤٦" مدني عراقي والمادة "٢٤١" مدني أردني).

إن العقد قد يكون لازماً لأحد الطرفين دون الآخر (راجع المادة "٢١٨" من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات) . وقد يقترن بخيار الشرط .

إن وجود شرط في العقد المتعلق ببطاقة الوفاء يجوز للمصرف أن (يبطل حق استعمال العضو للبطاقة) يعني أن العقد غير لازم بالنسبة إليه وله أن يفسخ العقد وفقاً للقواعد العامة المرعية بهذا الخصوص.

الحادي عشر: من بطاقات المصارف المتداولة بطاقة ضمان الشيكات يضمن المصرف بموجبها شيكات صاحب البطاقة وسيقف أعلى من المسؤولية الصرفية لكل شيك يحدد من المصرف هذا التعامل يستحق الدراسة ونرى فيه رديفاً بديلاً عن بطاقات المصارف وما تقترن به من مشاكل.

الثاني عشر: إن القانون المقارن يؤكد على ضرورة توعية عميل المصرف بأحكام البطاقة الممنوحة له وشروطها الأساسية لا بجانب الحق ونحن نسجل أن قلة من جمهورنا يقرأ العقد الذي يوقعه حيثما يحصل على بطاقة الائتمان.

الثالث عشر: يؤكد بعض التشريعات (ونثني كل ذلك) لزوم وجود النص القانوني الصريح الذي يؤكد مبدأ تساوي الفرص أمام الجمهور في الحصول على الائتمان ومنها البطاقات وعدم جواز التمييز تحت أي اعتبار يرد إلى الجنس أو الجنسية ....إلخ.

الرابع عشر: ندعو إلى التفكير بوجود قضاء متخصص بالتجارة الإلكترونية وليس كافياً وجود قضاء تجاري، ومقترحنا هذا يجد مبرراته في الطبيعة الفنية للتجارة الإلكترونية الذي قد يتبع وجود منخفض في الاتصالات كعضو في المحكمة.

الخامس عشر: من دواعي حرصنا على فقهنا الإسلامي ندعو إلى تكوين فرق عمل دائمة مشتملة على تخصصات القانون وتقنية الحاسوب والشريعة لوضع الحكم الشرعي لمختلف العمليات المالية التي تتم بالبطاقات المصرفية.

المراجع باللغة الإنكليزية :

References

1. Christopher Westland Theodore H K Clart Global Electronic Commerce Theory and Case Studies Unversities press . Third printing 2001 .
2. David Kosiur . Understanding Electronic Commerce . Microsoft _1997
3. S . venkatesh . M.Commerce And M_Management Business of the Future

Authors Press . First Published 2002
4. Martin V.Deise Conrad Now , Kow patrick king Amy Wright , Executives Guide to E_ business From TACTICS to Strategy published by John Wiley and San 2002.
5. A_James Barnes , J_D Therry Morehead Dworkin , J_D Irwin Mcgraw _Hill 2001
6. Irwin's Business Law Concepts , Analysis , Perspectives ,
Elliot I . Klayman
John W . Bagby
NANS . Ellis . 1994.
7. LAWRENCE S.Clark . Robert J.Aalberts . Peter D.Kinder .
Law and Business the Regulatory Environment 1994.
8. Asit Narayan _ LK Thakur , Internet Marketing E_Commerce and Cyber Laws .
First Published 2000 by Authorpress
9. Judy Strauss Raymond Frost .
E_marketing Second Ed by Judy Staruss and Raymond Frost 1999.
10. Bruce D_fisher / Michael J_Pltillips the Leqal Ethical and requlatory fnvironment of Business West Publishing Company 1995.
11. E_ Commerce and Dummies by Don Jones , Mark D_Scott and Richard Villars Foreword by John Gantz 2001.
12. J_Dianne Brinson / Benay Dara _Abram / Jennifer Maset / Ruth Mc Dunn / Bebo White
E_Commerce and internet Law 2001.
13. E_lias M.Awas , Electronice Commerce from Vision to Fulfillment electronice Commerce , 2002.

المصادر العربية

١. بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت الذي نضمته كلية الشريعة والقانون _ جامعة الإمارات للفترة ٣-١ مايو ٢٠٠٠ ص ١ — ص٢ .

٢. د. كيلاني عبد الراض محمود _ النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان .

٣. د . فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ط_٢٠٠٠.

٤. د. عمر سالم ، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء ١٩٩٥.

رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقررها المشرع له
دراسة في ضوء تشريع المعاملات المدنية الاتحادي

د.موسى رزيق
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية القانون – جامعة الشارقة

١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م

مقدمة :

تعتبر بطاقة الائتمان Credit Card إحدى وسائل الإقراض بفائدة، التي تعول عليها المؤسسات المالية في تشغيل الأموال، وقد شاع العمل بها، وتضاعف عدد المؤسسات التي تعتمدها فبلغ عدد البنوك التي تصدرها في سنة ١٩٩٨(٢٠٠) بنك في أكثر من (١٦٣) دولة، وبلغ عدد المحلات التجارية التي تستخدمها في العالم (١٢٠) مليون محل، وبلغ عدد البطاقات الصادرة في بريطانيا في سنة ١٩٨٧ نحو (٣١) مليون بطاقة، وفي اليابان (٨٠) مليون بطاقة، وعلى مستوى العالم (٨٠٠) مليون بطاقة، وقدرت أرباح البطاقات للبنوك المصدرة لها في أمريكا نحو (٢٧٥) بليون دولار في سنة ١٩٨٦. وحققت شركة بطاقة " أمريكان أكسبريس " ربحاً صافياً يقدر بمبلغ (٥٠٠) مليون دولار في سنة ١٩٨٩. (عن مجلة The Economist عدد ٣٧، سنة ٢٠٠٢/ ص : ١٩).

وتبرز العلاقات الناشئة عن استخدام البطاقة الائتمانية بشكل ملف للنظر بسبب تميزها النوعي عن سائر الروابط التعاقدية المعروفة، الأمر الذي حمل المشرع في بعض الدول على إفرادها بتشريعات خاصة.

وفي ظل غياب تشريعات خاصة تحكم هذه العلاقة، نتناول في هذه الدراسة الرابطة العقدية بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان وبين الشخص حاملها في ضوء أحكام عقد الانضمام، وأحكام قانون المعاملات المدنية، من حيث بيان المركز القانوني للحامل في مواجهة الجهة المصدرة، وكذا الحماية التي يقررها المشرع له. وذلك في محاولة لإسقاط حكم النصوص التشريعية ذات العلاقة على واقعة التعاقد.

قسمت هذه الدراسة على ثلاثة مباحث :

خصصت الأول منها (مبحث تمهيدي) للتعريف بالبطاقة الائتمانية بالنظر إلى وظيفتها من واقع العلاقات التي تنشأ عن استخدامها.

وتناولت في المبحث الأول، المركز القانوني للشخص حامل البطاقة من واقع رضاه بالعقد.

وتناولت في المبحث الثاني، الحماية التشريعية للشخص حامل البطاقة من واقع مركزه القانوني في العقد باعتباره طرفاً مذعناً.

مبحث تمهيدي

التعريف ببطاقة الائتمان وطبيعة العلاقة الناشئة عن استخدامها

تمثل بطاقة الائتمان[1] نظام تعاقدي متميز، مستقل بعناصره، جوهره فكرة الإقراض بفائدة، تنشأ عنه علاقات خاصة متباينة في أشكالها قوامها أربعة أطراف : الأول وهو الجهة المصدرة للبطاقة، والثاني وهو الشخص حامل البطاقة أو المستفيد منها، والثالث وهو التاجر المتعاقد معه، والرابع وهو المؤسسة المالية الوسيطة.

ونتعرف فيما يلي على بطاقة الائتمانية من حيث وظيفتها كأداة ائتمان ووفاء، ومن حيث شكل العلاقات الناشئة عن استخدامها، تمهيد لدراسة العلاقة الناشئة عن استخدامها بين الجهة المصدرة للبطاقة والشخص حاملها.

---

[1] صدرت بطاقات الائتمان أول الأمر عن المتاجر والفنادق الكبرى وشركات البترول في الولايات المتحدة الأمريكية في الفترة بين ١٩٤٥-١٩٤٨. وكان هدفها ضمان إخلاص واستمرار عملائها في تعاملهم معها، وذلك من خلال منحهم تسهيلات في الوفاء. وكانت هذه البطاقات لا تقبل إلا لدى فروع هذه المنشآت. ثم بدأ المؤسسات المالية مثل Diners Club ١٩٤٩ و American Express ١٩٥٨ في إصدار بطاقات تخول حاملها شقفاً ائتمانيا معيناً في ضمان الوفاء بتكاليف الخدمات التي يحصل عليها في الفنادق الكبرى وشركات النقل والسياحة. ثم لم تلبث البنوك في أمريكا أن دخلت في سنة ١٩٥٨ ميدان بطاقات الإئتمان. وظهرت بعد ذلك التاريخ مؤسسات خاصة ببطاقات الائتمان مثل مؤسسة Visa و Master Card. ولم يلبث التعامل ببطاقة الائتمان أن أنتقل إلى أوروبا، فصدرت بطاقات الائتمان عن بنوك ومؤسسات مالية لأول مرة في فرنسا في سنة ١٩٦٧، من بينها Carts Blue و Carts de cridet. ذكره علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص : ٤٢٩.

المطلب الأول

التعريف ببطاقة الائتمان

يمكن وصف بطاقة الائتمان وفقاً لوظيفتها بأنها نوع من البطاقات المصرفية الممغنطة[٢]، تستخدم من قبل حاملها كأداة للائتمان والوفاء لدى التجار المعتمدين، وتصدر بوساطة جهة معينة غالباً ما تكون مصرفاً أو مؤسسة مالية استثمارية بموجب عقد خاص تعده وتبرمه هذه الجهة مع شخص معين، وتتحدد في ضوءه شروط وضوابط استخدام البطاقة.

وتسمى عملاً الجهة التي تصدر بطاقة الائتمان" بمصدر البطاقة "، ويسمى الشخص المستخدم لها " بحامل البطاقة "، ويشار إلى العقد الذي يربط مصدر البطاقة بحاملها باتفاقية حامل البطاقة.

ومن حيث الشكل تتضمن بطاقة الائتمان بيانات رقمية تظهر بأحرف بارزة تحدد الجهة المصدرة لها، وهوية الشخص حاملها، ونطاق صلاحيتها. وبموجب العقد (اتفاقية حامل البطاقة) يتسلم الحامل بطاقة الائتمان من الجهة المصدرة ليستعملها كأداة ائتمان في الوفاء بقيمة مشترياته.

ويتمتع حامل البطاقة حال استخدامه لها، بقدر متفق عليه من الائتمان وفقاً لنظام خاص محدد في اتفاقية الحامل. حيث يقدم الحامل أو أي شخص يفوضه لذلك، البطاقة الائتمانية للتاجر بدلاً من الثمن، ويدون هذا الأخير بيانات البطاقة على فاتورة الشراء ويرسلها، بعد أن يوقع عليها

---

(2) تتنوع البطاقات المصرفية تبعاً لطبيعة استخدامها. فمنها بطاقات السحب على الحساب، ومنها بطاقات الصراف الآلي، ومنها بطاقات ضمان الشيك، ومنها بطاقات الائتمان... ولكل من هذه البطاقات صيغة تعاقدية مستقلة تتناسب مع وظيفتها... كما وأنه قد تتعدد أنواعها بحسب الجهة المصدرة. ذكره الأستاذ/ عبد الهادي النجار، بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، ٢٠٠٢، ص : ٢٩ وما بعدها. أنظر كذلك حين إبراهيم القضماني، البطاقة المصرفية والإنترنت اتحاد المصارف العربية / ٢٠٠٢، بيروت، حيث أورد المؤلف تصنيف للبطاقة المصرفية، وفقاً لوظيفتها، وتقنيتها، ولمستوى الإثبات...الخ، ص : ٢٩-٣٧.

الحامل، إلى الجهة المصدرة التي تقوم على الفور بتسديد ثمن مشتريات الحامل، وتعود لتقتطع المبلغ الموفى به، مضافاً إليه قيمة الفائدة المتفق عليها، من اعتماد مفتوح في حساب الحامل لديها[٣].

وتتقارب من حيث المضمون التعريفات التي ذكرت في بطاقة الائتمان، ونذكر من بينها :

أنها " بطاقة تصدر بوساطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص وتقوم تلك البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية تتابع سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة "[٤].

وأنها " بطاقة تتضمن معلومات معينة من أسم حاملها ورقم حسابه تصدرها جهات معينة عادة ما تكون بنكاً أو مؤسسة مالية حيث تمكن حاملها من سداد قيمة مشترياته عن طريقها بحيث تقوم الجهة المصدرة بتعجيل وفاء قيمة المشتريات للتاجر على أن تستردها لاحقاً من الحامل على دفعات مضافاً لها عمولة أو فائدة متفق عليها "[٥].

وأنها " 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 "[٦].

---

(3) على جمال الدين عوض، هامش : ١، ص : ٤٢٨.

(4) القاضي فداء يحى أحمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، عمان، ص : ١٤.

(5) المرجع السابق، ص : ١٥.

(6) بكر بن عبدالله أبو زيد، دراسة في بطاقة الائتمان، مقدمة إلى الندوة الثانية للأسواق المالية المنعقدة في البحرين، نوفمبر، ١٩٩٦، ص : ٧. ويلاحظ أن التعريف الذي ذكره الباحث مأخوذ من مضمون القرار رقم :٧/١/٦٥ مؤرخ في ١٤١٢/١٢/٧، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٧١٧/٧.

ويمكن إبداء ملاحظتين أساسيتين على هذه التعاريف :

الأولى : وهي أن بطاقة الائتمان لا يتصور صدورها بشكل مباشر إلا عن بنك معتمد، أو بوساطة إحدى المؤسسات المالية التي تحتكر إصدارها أصلاً، مثل مؤسسة " أمريكان أكسبريس " أو مؤسسة " فيزا " أو مؤسسة " ماستر كارد "...الخ. ذلك أن البنك الذي يقوم بإصدار بطاقة الائتمان يراعى وجوباً الاتفاقات التي تبرمها معه الجهة المالكة، باعتباره جهة وسيطة أو وكيلاً بالعمولة بموجب الاتفاقية الصادرة عن الجهة المالكة.

والثانية : هي أن بطاقة الائتمان تمكن الحامل من التمتع بقرض معتمد بمجرد العقد، ومن الوفاء بأثمان مشترياته حال الاستعمال. فهي تمثل في حقيقتها وعد بعقد بيع على مرحلتين، مركب من ثلاثة أطراف، ويتضمن بيع نقد بفوائد حالة، وفوائد عند التبادل وبسببه، وفوائد أخرى عن التأخير عند وقوعه.

١ – إصدار بطاقة الائتمان بطريق الوساطة :

الأصل هو أن تصدر بطاقة الائتمان عن إحدى المؤسسات التي تحتكر إصدارها مثل مؤسسة Visa، أو Master Card...، أو عن إحدى البنوك أو الهيئات المالية الأعضاء في المؤسسات المحتكرة. غير أنه يمكن على سبيل الاستثناء لأي بنك أن يصدر بطاقة الائتمان لعملائه، شريطة حصوله على إذن من المؤسسة المحتكرة، وفي هذه الحالة يعتبر البنك المصدر للبطاقة وسيطاً أو وكيلاً بعمولة لفائدة المؤسسة المالكة للبطاقة. ويتحقق ذلك عملاً عندما ترتبط المؤسسة المالية المالكة للبطاقة مع عدد معين من البنوك أو الهيئات المالية الاستثمارية عن طريق " اتفاقيات إصدار البطاقة "، حيث تخول هذه الاتفاقية كل بنك طرف فيها أن يصدر بطاقة الائتمان لعملائه بموجب اتفاقية حامل البطاقة التي أشرنا إليها آنفاً. فبطاقة الائتمان التي تصدر عن البنك إنما تصدر عن مؤسسة وسيطة.

وتفيدنا هذه الملاحظة في تبرير الفروق في الاستعمال ومقدار الفائدة...الخ، التي تتعاقد بها مؤسسات الإصدار مع عملائها إذ أن كل مؤسسة يربطها مع الجهة المالكة للبطاقة عقد خاص.

وعلى سبيل المثال، بطاقة ماستر كارد Master Card التي تصدر عن بنك HSBC في دبي، قد تختلف من حيث قوتها الائتمانية، ومقدار الفائدة التي تستحقها مؤسسة الإصدار في مقابل كل عملية شراء، عن بطاقة Master Card نفسها التي تصدر عن بنك Banque du credit Agricole في باريس. وبطاقة Visa التي تصدر عن مصرف أبوظبي الإسلامي في الشارقة، تختلف في نفس الخصائص عن بطاقة Visa نفسها التي تصدر عن البنك التجاري في دبي.

غير أن القول بذلك لا يعني أن الفروق بين البطاقة الواحدة التي تصدر عن جهات مختلفة هي من الحجم بحيث تؤثر على توجه الطلب، ذلك أن طبيعة المنافسة التجارية بين المؤسسات الاستثمارية من شأنها أن تجعل هذه الفروق فروقاً بسيطة بل وشكلية في غالب الأحيان[٧].

٢ – عنصري الائتمان والوفاء في استخدام البطاقة :

يلاحظ من خلال التعريف ببطاقة الائتمان أن قوامها، وكذا الغرض الرئيسي من استخدامها، هو التمتع بقدر معين من الائتمان بحيث يكون في متناول الحامل أن يسدد ثمن مشترياته بشكل مؤجل على فترات محددة. ومن ثم تعتبر بطاقة الائتمان أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت، غير أن عنصر الائتمان في استخدامها غالب على عنصر الوفاء. فالحامل حال تقديمه البطاقة إلى التاجر، بدلاً عن النقود، للوفاء بالثمن يكون بصدد استخدام ائتماني أكثر منه وفائي، إذا هو في حقيقة الأمر يقوم بتسديد الثمن ضمن أجل ممنوح له من قبل الجهة المصدر للبطاقة. ويترتب على ذلك نتيجة هامة هي أن عنصر الائتمان، وليس الوفاء، هو الأصل في بطاقة الائتمان.

---

(7) أنظر- Ferronier et chillaz. Les operations de banque. 5 eme edition- Dalloz. P : 104 ets Marcia Millon. Cor nett and Jim Musumeci. EIBFS. How Legislation affects value : The Failure of Credit Card. Online Journals Database. Business collection : 120-U 1012. Electronic Collection : A58453202. p : 2-7.

ويتبين ذلك بوضوح عند تحليل الالتزامات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة المصدرة لها والحامل، وفي هذا الصدد يمكن التفرقة بين التزامين رئيسين :

الأول، وهو التزام الجهة المصدرة للبطاقة بسداد الثمن للتاجر، وهو التزام آني، أعني التزام فوري.

والثاني، وهو التزام حامل البطاقة بتسديد الثمن وقيمة الفائدة لاحقاً للجهة المصدرة، وهو التزام مؤجل، والفترة الزمنية التي تفصل بين الوفاء بالالتزام الأول والوفاء بالالتزام الثاني تمثل جوهر الائتمان الذي تمنحه البطاقة لحاملها، ومن ثم فالبطاقة الائتمانية تعكس بشكل جيد الثقة المتبادلة بين الجهة المصدرة لها والشخص حاملها، وهذا هو مصدر الاعتبار الشخصي في عقد الانضمام[٨].

غير أنه لا يمكننا أن نتجاهل كليا عنصر الوفاء في بطاقة الائتمان فحامل البطاقة يحصل على ما يشاء من السلع والخدمات من التاجر الذي يقبل الوفاء بها[٩]، وفي هذا السياق شبه البعض بطاقة الائتمان بالنقود البلاستيكية، بل أن البعض اعتبرها أساسا أداة للوفاء[١٠].

وعلى الرغم من ذلك فإن عنصر الوفاء في البطاقة الائتمانية يظل شكلياً من حيث أنه يصح قانونا أن يتم الوفاء بوسائل أخرى غير النقود، فيمكن أن يكون الوفاء بواسطة صكوك أو سندات، وما كان في حكمه من وسائل رقمية مستحدثة، ومن ثم نعتبر أن تسمية البطاقة الائتمانية ببطاقة وفاء لا يصح إلا على سبيل المجاز باعتبار أن الأصل في استخدامها هو وجود اعتماد (قرض) للحامل يتم الوفاء منه، فحامل البطاقة لا يتحمل الوفاء مباشرة من رصيده، وإنما من قرض منحه إياه مصدر البطاقة.

---

(8) القاضي فداء يحى أحمد الحمود، هامش : ٤، ص : ٢٥.

(9) رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، منشورات مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤، ص : ١٢.

(10) بيار أميل طوبيا، بطاقة الاعتماد، دراسة تحليلية مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٠، ص : ٧.

ويلاحظ من جهة أخرى أنه على الرغم من الطبيعة الائتمانية الغالبة في بطاقة الائتمان إلا أنه لا يمكن تصنيفها ضمن الأوراق التجارية أو النقود التي يمثل عنصر الائتمان جوهرا فيها، ولكنها تظل مجرد وسيلة شخصية للحصول على الائتمان، فالاعتبار الشخصي فيها يجعل من غير الممكن تداولها كما تتداول الأوراق التجارية أو النقود الورقية.

ومن المفيد الإشارة إلى أن الطبيعة الائتمانية للبطاقة قد استرعت نباهة فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث أن استخدام البطاقة من قبل الحامل في تسديد ثمن مشترياته يلزمه بالتحمل بقيمة الفائدة المتفق عليها، ومن ثم فقد فرقوا في الإفتاء بحرمة استخدامها كأداة ائتمانية بين حالتين:

الأولى : إذا كانت المبالغ الموفى بها من قبل الجهة المصدرة تقتطع بشكل مباشر من حساب الحامل.

والثانية : إذا كانت المبالغ الموفى بها تقتطع من حساب الحامل بعد فترة زمنية معينة.

ففي الحالة الأولى انتهوا إلى أنه لا حرج في الاستعمال استناداً إلى انعدام الفائدة التي تمثل علة التحريم، حيث أن الحامل يوفي مباشرة من ماله الذي يملكه.

وأما في الحالة الثانية فإن الحامل يلزم بالتحمل بالفائدة لقاء الأجل الذي استفاد منه في التسديد، حيث أنه يوفي من قرض معتمد له، ومن ثم يحرم استخدام البطاقة على هذا النحو باعتبار أن ذلك يعد صورة من صور الإقراض بفائدة، ويندرج ذلك تحت مقتضيات الحكم بتحريم الفائدة الربوية[11].

---

(11) اللجنة الدائمة للبحوث والإفتاء، فتوى رقم : ١٧٦١١، بتاريخ ١٤١٦/١/٢٧، تتعلق بتحريم التعامل ببطاقة فيزا سامبا، وفتوى رقم : ١٧٢٨٩، بتاريخ ١٤١٥/١٠/١٤، تتعلق بتحريم التعامل ببطاقة فيزا الذهبية والفضية، وردت الفتوتين في ملحق الدراسة، بكر بن عبدالله أبو زيد، هامش : ٦، ص : ٢١-٢٣.

المطلب الثاني

العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان

تتميز بطاقة الائتمان بطبيعة العلاقة التي تنشأ عن استخدامها بكونها علاقة متعددة في أطرافها، متباينة في أغراضها إذ هي تربط بين مصدر البطاقة وحاملها من جهة، وبين مصدر البطاقة والتاجر من جهة أخرى، وبين حامل البطاقة والتاجر من جهة ثالثة، بالإضافة إلى العلاقة التي تربط الجهة المصدرة للبطاقة بالجهة المالكة. وتعتبر هذه العلاقة بتعدد أطرافها وتباين أغراضها علاقة نوعية متميزة عن جميع العلاقات التي تنشأ في إطار المعاملات المدنية المعروفة كالبيع والوكالة والحوالة...الخ.

ونؤيد من حيث المبدأ ما ذهب إليه أغلب الباحثين من أن الواقع التجاري المتطور، والمتأثر بتنوع أساليب الإقراض بفائدة، وأساليب التداول الرقمية هو الذي استدعى قيام مثل هذه العلاقة على نحو يصعب معه ردها إلى أي من النظريات المعروفة في المعاملات المدنية كنظرية الوكالة والحوالة والكفالة...الخ. ولزم اعتبارها نظاماً قانونياً جديداً قائماً بذاته أساسه الائتمان القائم على الإقراض بفائدة[١٢].

ونبين فيما يلي وصفاً عاماً لهذه العلاقة الغرض منه إبراز الطبيعة الخاصة لبطاقة الائتمان من خلال نظام استخدام بطاقتي " ماستر كارد " و " فيزا " الائتمانيتين[١٣].

---

(12) القاضي فداء يحى أحمد الحمود، هامش : ٤، ص : ٨٩. وأنظر كذلك الأستاذ / سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، ٢٠٠٠، ص : ٧٠- ٨٤.

(13) أنظر اتفاقية ماستر كارد، وفيزا " اتفاقية الحامل " الصادرة عن البنك البريطاني للشرق الأوسط، عضو مجموعة HSBC.

١ – العلاقة بين الجهة مصدرة بطاقة الائتمان وحاملها :

وقوام هذه العلاقة عقد محدد المدة، يسمى عملاً بعقد انضمام Contract adherent ، تبرمه الجهة المصدرة مع شخص معين. فهي علاقة عقدية بالأساس يفترض أن تنجر عنها التزامات متقابلة، ويفترض أن ينصب موضوعها على التزام رئيس للجهة المصدرة، باعتبارها مدينة للتاجر وهو التزامها بضمان الوفاء بمشتريات الحامل من خلال اعتماد مخصص له.

ويلتزم بالمقابل الحامل بصفة أساسية بتحمل قيمة الفائدة و رسوم الاشتراك إضافة إلى ثمن مشترياته، باعتباره مديناً للجهة المصدرة. وتنتهي هذه العلاقة بتمام الأجل المتفق عليه.

٢ – العلاقة بين الجهة مصدرة بطاقة الائتمان والتاجر المتعاقد معه :

وقوام هذه العلاقة عقد محدد المدة، يسمى عملاً بعقد توريد Contract Fournisseure، تبرمه الجهة مصدرة البطاقة مع تاجر معين، أو عدد من التجار تكون بموجب ذلك الأولى مدينة للأخير بشكل رئيس بالوفاء بأثمان مشتريات الحامل.

ويلتزم التاجر في مقابل ذلك بصفة أساسية بقبول التعامل مع حاملي البطاقة الصادرة عن الجهة المصدرة للبطاقة وبتحمل الفائدة أو العمولة المتفق عليها في العقد في مقابل كل عملية شراء يجريها الحامل معه.

٣ – العلاقة بين الشخص حامل بطاقة الائتمان والتاجر المتعاقد معه :

وقوام هذه العلاقة عقد معرف يمكن أن يكون عقد بيع، أو إيجار، أو نقل...الخ. ينعقد بين الحامل من جهة والتاجر من جهة أخرى، ومن أهم ما يتميز به هذا العقد أن حامل البطاقة يحيل التاجر بثمن المشتريات منه على الجهة مصدرة البطاقة، لتنشأ من ذلك علاقة مديونية جديدة بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، حيث تكون الأولى مدينة للتاجر بثمن مشتريات حامل البطاقة.

مع مراعاة أن الالتزامات التي تنشأ بين حامل البطاقة والتاجر تفرضها من ناحية واقعية، بشكل غير مباشر، الجهة مصدرة بطاقة الائتمان استناداً إلى ارتباطها العقدي مع كل من الحامل والتاجر، كل بعقد مستقل على حدة.

ويمكن القول بوجه عام أن العلاقات الناتجة عن استخدام بطاقة الائتمان تتصل ببعضها بشكل مركب بحيث تتأثر بل وترتبط التزامات الطرفين في كل علاقة بالتزامات كل طرف في العقد الآخر.

وعلى سبيل المثال تتأثر، بل وترتبط، العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر بالتزامات كل منهما تجاه الجهة مصدر البطاقة، باعتبار أنها الجهة الأساس في العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان، فلا يكون التاجر مدينا للجهة مصدرة البطاقة إلا بما يحيله به الحامل. ولا يكون حامل البطاقة مدينا بالفائدة للجهة المصدرة إلا بالقدر الذي يحصله منها التاجر من أثمان المشتريات.

وهذا التعدي الذي تتميز بها علاقة الجهة المصدرة مع كل من حامل البطاقة والتاجر هو الذي يجعل نظام استخدام بطاقة الائتمان متميزاً عن جميع أنظمة التعامل المعروفة التي وردت بها النظريات التي تحكم التعامل الخاص[١٤].

وباعتبار أن قوام هذه العلاقات في أشكالها الثلاثة عقدا رضائياً فتخضع في قيامها وانتهائها للضوابط التي يتفق عليها الطرفان والأحكام العامة للعقد المنصوص عليها بالمواد (١٢٥) وما بعدها من قانون المعاملات المدنية، حيث أن المشرع لم يتناول بعد مسائل التعامل بالبطاقة الائتمانية بتشريع خاص.

---

(14) علي جمال الدين عوض، هامش : ١، ص : ٤٣١ وما بعدها.

المبحث الأول

طبيعة الرابطة العقدية بين الجهة مصدرة بطاقة الائتمان وحاملها

أشرنا في المبحث التمهيدي إلى أن العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان تتميز بالطابع الرضائي بمقتضى قيامها على وقوع اتفاق خاص " عقد " بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والشخص حاملها ويدعى هذا العقد، عملا، بعقد انضمام Contract adherent، استناداً إلى الطريقة التي يتم بها، حيث يتولى الطرف الأول إعداد العقد ليعرض لاحقاً على الطرف الآخر الذي ينحسر دوره في مجرد قبول أو رفض الانضمام إليه[١٥].

ولا شك أن عقد الانضمام بهذا الوصف يعد صوره من صور العقود التي تتم بطريق الإذعان نظراً لاختلال التوازن بين طرفيه إلى الحد الذي يقتصر دور العاقد الآخر على إبداء قبول مجرد بالعقد أو رفض له.

ويلاحظ أن المشرع لم يضع أحكاما خاصة تنظم هذا النوع من العقود باعتبار أنها من العقود الرضائية الخاصة (غير المسماة) التي تخضع لسلطان الإرادة أولاً، وللأحكام العامة للعقد من حيث انعقاده وآثاره، طبقاً لما ورد به نص المادة : ١٣٠/معاملات، التي تقرر أن العقد ينعقد على أساس الإرادة مع مراعاة ما قد يقرره القانون.

غير أن المشرع، ومن باب الاستثناء أفرد هذا النوع من العقود بأحكام خاصة، لاسيما فيما يتصل بنفاذها، فأجاز للقاضي في المادة : ٢٤٨/معاملات، عند تنفيذ العقد أن يعدل الشرط التعسفي فيه، أو أن يعفى الطرف المذعن من تبعات الالتزام به.

---

(15) الأستاذ / عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار أحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩١، ص : ٢٣٠.

وأوجب من جهة أخرى على القاضي في المادة : ٢٦٦/معاملات، عند تفسيره العقد، أن لا يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

ونتناول في هذا المبحث انعقاد العقد من حيث النظر في ركن الرضا فيه، وذلك بقصد الإحاطة بطبيعة الرابطة العقدية بين الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان والشخص حاملها في ضوء ما تقرره نصوص قانون المعاملات المدنية، تمهيداً لبحث دور القاضي في حماية حامل البطاقة باعتباره الطرف المذعن في العقد.

المطلب الأول

انعقـــاد العقـــد

من الثابت قانونا أن الأصل في العقود الرضائية أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، ويتم ذلك عند تبادل الطرفين التعبير عن الإرادة بالشكل القانوني، أعني بما يحقق التطابق بين الإراديتين على وجه يجزم بوجود التراضي، مع التقيد بوجوب اتجاه الإراديتين في تطابقهما إلى غاية مشروعه[١٦].

وتأكيداً لذلك اعتبرت محكمة التميز أن ما يتفق عليه الطرفان يقوم مقام القانون فيما بينهما، ومن ثم يكون ملزما لهما، كل فيما التزم به، ما لم يخالف القانون والشريعة والنظام العام والآداب العامة[١٧].

وقد جرى العرف التجاري في عقود الانضمام، ما اتصل منها بالتعامل المصرفي بشأن خدمات بطاقة الائتمان، وهو ما يطلق عليه تسمية " اتفاقية حامل البطاقة "، أن تعد الجهة

---

(16) المرجع السابق، ص : ١٧٠.

(17) تمييز دبي، رقم : ٩٤/٣٦١، تاريخ : ١٩٩٥/٥/٦، ذكره / حسن محمد عرب ورافي جوزيف صادر، صادر بين التشريع والاجتهاد، المنشورات الحقوقية صادر / ٢٠٠٢، بيروت.

مصدرة بطاقة الائتمان العقد بكل شروطه وضوابط نفاذه، وتخرجه في شكل " طلب " مطبوع، وتضعه في متناول الجمهور.

ويتعين على الشخص الذي يرغب في الحصول على خدمات البطاقة عن طريق الانضمام إلى هذه الاتفاقية، أن يطلع على " الطلب " ليدون عليه البيانات المتعلقة بشخصه كما تحددها الجهة التي أعدت العقد، ثم يوقعه، بعد أن يكون قد أقر بعلمه وقناعته بالالتزامات التي يتحمل بها، والحقوق التي يتمتع بها دون أن يكون له حق مناقشة أي منها. وينعقد العقد بعد ذلك بمجرد موافقة الجهة مصدرة بطاقة الائتمان على قبول هذا الطلب.

ويصنف عقد الانضمام، استنادا إلى الطريقة التي يتم التعاقد بها، من العقود الرضائية التي تتم بطريق الإذعان، نظراً لأن رضا حامل البطاقة بالعقد ضروري لنشوئه، لكنه رضا منقوص بسبب ما يشوبه من إكراه، وهو إكراه لا يتصل بالإكراه المعيب للإرادة باعتبار أن رضا الحامل بالعقد ثابت غير منعدم، غير أن حامل البطاقة مجبر عليه[١٨].

– موقف الفقه من الطبيعة العقدية لعقود الانضمام :

انقسم الفقه في تحديد طبيعة عقود الانضمام إلى فريقين، الأول ينكر صفة العقد الحقيقية لهذا النوع من العقود، والأخر يعتبره ضمن العقود الرضائية الخاصة الأخرى[١٩].

ويستند الفريق الأول إلى ما يشوب رضا الطرف الآخر (المذعن) من شبهة إكراه، باعتبار أنه لا يكون لحامل بطاقة الائتمان حق مناقشة شروط العقد، ناهيك عن أنه لا يشارك البتة في إعداده، وإنما ينحصر رضاه في قبول التعاقد " الانضمام " أو رفضه.

---

(18) الأستاذ / عبد الرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢٢٩.

(19) أنظر من حيث مبدأ الخلاف، المرجع السابق، ص : ٢٢٩. ومن حيث التفاصيل، أنظر : Jacques Ghestin, Traite de droit civil ، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، دمشق، ٢٠٠٠، ص : ٧٤.

فمن حيث ظاهر التعاقد فإنه يصح القول بأن الطرف المذعن إذا ما اختار قبول التعاقد " الانضمام " فهو يفعل ذلك بمحض إرادته. لكن من حيث حقيقة التعاقد فإن رضا الطرف المذعن يظل منقوصاً بسبب اشتماله على التسليم بشروط مفروضة عليه. وعلى ذلك فإن ما يسمى بالقبول أو الموافقة العامة التي تصدر عن الطرف المذعن ليس، في حقيقته، إلا رضوخاً لإرادة الطرف الآخر الذي أعد العقد، ومن ثم يكون رضا حامل البطاقة، الطرف المذعن، رضا شكليا أو غير حقيقي في مضمونه[٢٠].

وانتهى هذا الفريق إلى القول بأن العقد بين الجهة التي تعده والشخص الذي يوافق عليه أقرب إلى المركز القانوني المنظم منه إلى العقد الذي ينشأ بإرادة طرفين[٢١].

أما الفريق الثاني، فيعتبر هذا النوع من العقود، عقداً حقيقياً مثل غيره من العقود الرضائية الخاصة، ولو أن العقد فيه قد تم بين طرفين غير متساويين بحيث يهيمن أحدهما على العقد، إلا أن ذلك لا ينفي أن العقد يتم بتوافق تام بين إرادتين بصرف النظر عن محتوى كل منهما. وعلى ذلك يعد الرضا الصادر عن الطرف المذعن رضا حقيقي وليس شكلي، لأنه تصرف إرادي سليم يعبر عن قناعة عميقة لدى الطرف المذعن الذي رأى في الأخير، بعد الموازنة بين المصالح، أن من مصلحته أن يوافق على العقد دون مناقشة شروطه. وتبعا لذلك يمكن تصور أن حامل بطاقة الائتمان قد وازن بين مصلحته في رفض التعاقد ومصلحته في القبول، ثم وجد أن مصلحته تتحقق بشكل أفضل في القبول غير المشروط بالعقد.

ويعد عدم التساوي في المركز القانوني للطرفين في العقد ناتج عن وضع اقتصادي أو اجتماعي معين، خارج العقد، حيث أن المتعاقد الآخر " الطرف المذعن " يكون بحاجة أشد إلى

---

(20) أنظر Jacques Ghestin ، هامش : ١٩، ص : ٨٧.

(21) اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش : ١٣، الفصل: ١- ٤، والبند: أ،ج،د،هـ من الفصل: ٢:- ٤ / الفصل: ٢- ٦، ٢- ٧، البند: ج،د من الفصل : ٣.

التعاقد بسبب حاجته إلى الخدمة التي يوفرها الطرف الأول، الذي يستغل هذه الحاجة في إملاء شروطه على الطرف الآخر.

ومع التسليم بأن الوضع غير المتساوي للمتعاقدين ينتج بالضرورة وضعا غير متوازن في العقد، ويمكن مشاهدة ذلك دون عناء عند الاطلاع على مضمون اتفاقية حامل البطاقة المتعلقة باستخدام بطاقتي Visa، و Master Card، فنجد أن الجهة المصدرة تستأثر بوضع العقد كلياً، تحدد في ذلك صلاحية البطاقة، قيمة الفائدة والآجال المتعلقة بها، والشروط التي تحكم نفاذ استخدامها...الخ، وتحتفظ فوق ذلك بالحق في تعديل بعض الشروط وتعفى نفسها من أي التزام مقابل تجاه الحامل. وهذا الأخير تحمله الجهة المصدرة بوجه عام التزامات بلا مقابل، كالالتزام بالإخطار الخطي للجهة المصدرة عند الرغبة في إنهاء العلاقة، والالتزام بتحمل المسؤولية في حالة إي خسارة تقع على الجهة المصدرة من جراء استعمال البطاقة... الخ

لكن ذلك لا يمنع القول بقيام العقد لأن وجود الرضا في العقد لا يفترض بالضرورة قيام تساوي في المركز القانوني بين طرفيه، أو توازن فعلي بين التزاماتهما ، وإنما يقتضي توافر إرادة حرة لكل منهما عند التعاقد بحيث يكون لكل منهما اختيار قبول أو رفض العقد. وبهذا المفهوم يكون الرضا ثابت في العقد، لأن الإرادة، باعتبارها مكنه من حرية الاختيار، موجودة وقائمة لكل من طرفيه.

ويترتب على ذلك أن القول بأن الطرف المذعن أجبر على الاختيار تحت وطأة حاجته إلى الخدمة التي يوفرها له الطرف الآخر، الذي غالباً ما يكون محتكراً الخدمة، هو قول غير دقيق، لأن موافقة الحامل على التعاقد تحقق له بطريقة ما العوض المادي الذي فقده في العقد. وما دام الرضا بهذا المضمون قد تم فإن العقد ينشأ حقيقة لا وهماً.

ويؤيد هذا القول ما قرره القضاء من أن رضا الطرفين يعني اجتماع مشيئتين وتوافقهما على إنشاء علاقة إلزامية بين المتعاقدين، وهذا هو الطلب والركن في كل عقد[٢٢].

وعلى ذلك لا يكون للوضع المادي غير المتساوي بين الطرفين أي أثر في تكون العقد لأن ذلك يرجع إلى أسباب اقتصادية أو اجتماعية لا صلة لها بالتعاقد. ومن ثم فمسألة التوازن المادي بين طرفي العقد يظل عديم الأثر في العقد من الجانب القانوني، طالما توافر لكل منها الحق في القبول والرفض[٢٣].

غير أن القول بذلك لم يمنع المشرع، لأسباب تتعلق بقواعد العدالة والإنصاف، من وضع ضوابط تشريعية بهدف تحقيق قدراً ضرورياً من الحماية للطرف المذعن. ذلك أن التفاوت المادي بين طرفي العقد، وإن كان عديم الأثر في انعقاد العقد شكلاً (قانوناً) إلا أنه ينشئ وضعاً غير متوازن داخل العقد، وبالتالي ينشئ وضعا غير عادل. وتدخل المشرع على سبيل الاستثناء لفائدة الطرف المذعن من شأنه أن يُعيد للعقد قدراً من التوازن الذي تقتضيه قواعد العدالة والأنصاف.

وتظهر حالة عدم التوازن هذه ابتداء من خلال النظر إلى وضع الإيجاب والقبول في العقد .

---

(22) نقض مصري، رقم : ٣١٩٧، تاريخ : ١٩٩٩/١/٨، ذكره أنور طلبة في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض، ج/د، ص : ٣٤٨.

(23) أنظر Jacques Ghestin ، هامش : ١٩، ص : ٢٢١.

المطلب الثاني

الإيجاب والقبول في عقد الانضمام :

انتهينا فيما سبق إلى أن عقد الانضمام من العقود الرضائية التي تتم بطريق الإذعان ، وهو ينشأ مبدئيا بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول[٢٤]، وقد فرق المشرع الإيجاب عن القبول عندما قرر أن التعبير عن الإرادة المنشئ للعقد يكون إيجاباً إذا صدر أولاً، ويكون القبول ما صدر لاحقا[٢٥].

وقد فصل القضاء محتوى الإيجاب فقرر أنه العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد[٢٦]. والسؤال الذي يستحسن طرحه في هذا المقام، هو كيف يكون الإيجاب والقبول في عقد الانضمام أو ما يسمى " اتفاقية حامل البطاقة "، ومن هو الطرف الذي يصدر عنه التعبير عن الإرادة أولا.

وبالرجوع إلى نصوص التشريع نلاحظ أن المشرع لم يحدد جهة الإيجاب في هذا النوع من العقود بالوضوح الذي حدد به جهة القبول، حيث اكتفى فيما يتصل بالإيجاب بالإشارة إلى أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول[٢٧]، وما صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول[٢٨].

أما فيما يتصل بالقبول، فقد حدده بوضوح حيث أشار إلى أنه مجرد التسليم بشروط متماثلة يضعها الموجب لسائر عملائه ولا يقبل مناقشته فيها[٢٩]. ومن ثم يكون الإيجاب وفقاً لموقف المشرع هو ما يصدر أولاً، والقبول هو ما يصدر لاحقاً.

---

(24) أنظر حكم المادة : ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(25) أنظر حكم المادة : ١٣١ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(26) أشار إليه أنور طلبة، مجموعة المبادئ، هامش : ٢٢، ص : ٢٤٨.

(27) أنظر حكم المادة : ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية.

(28) أنظر حكم المادة : ١٣١ من قانون المعاملات المدنية.

(29) أنظر حكم المادة : ١٣٢ من قانون المعاملات المدنية.

وعند إسقاط حكم النصوص أعلاه على واقعة التعاقد في عقد " اتفاقية حامل البطاقة" يفترض أن يكون الإيجاب هو ما يصدر عن الجهة المصدرة للبطاقة التي تضع العقد بشروط متماثلة، وأن القبول هو ما يصدر عن حامل البطاقة ويقتصر على مجرد التسليم بتلك الشروط.

غير أن الواقع في "اتفاقية حامل البطاقة" أن الأمر يجرى على خلاف ما تقرره النصوص، من حيث بيان الجهة التي يصدر عنها الإيجاب والقبول. ذلك أن ما تقوم به الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان من إعداد للعقد ووضعه في متناول الجمهور لا يمكن اعتباره إيجاباً، وإنما هو في حقيقته دعوة إلى التعاقد. في حين أن ما يقوم به حامل البطاقة من إقبال على التعاقد يعد في حقيقته إيجاباً، لأن ما يقابله من موافقة من قبل الجهة المصدرة للبطاقة يعد قبولاً ينعقد به العقد.

وتظهر بوضوح هذه الفكرة عند الرجوع إلى نموذج " اتفاقية حامل البطاقة "، فنلاحظ أن الجهة المصدرة التي تعد هذه الاتفاقية بدقة متناهية تحتفظ لنفسها بخيار القبول، وهذا معناه أنها تقدم عرضاً أو دعوة للتعاقد لا التزام فيها، فهي بموجب هذا العرض تظل غير جازمة في إرادتها في التعاقد، باعتبار أن عزمها النهائي في ذلك لا يتحدد إلا بعد النظر في الجانب الشخصي للمتعاقد الأخر (حامل البطاقة)، إذ تقرر في ضوء ذلك قبول الطلب أو رفضه[٣٠].

فالجهة المصدرة للبطاقة تملك في الأخير أن ترفض الطلب المقدم من الحامل الذي يعد في حقيقته إيجاباً موجه إليها، إذا قدرت، لأي سبب كان ، أن مقدم الطلب ليس أهلاً للائتمان على سبيل المثال [٣١].

وعلى ذلك فإذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد، فإن ما تعده الجهة المصدرة من شروط للتعاقد تضعها في متناول الحامل لا يمكن اعتباره إيجاباً[٣٢]، ولو صح ذلك لكان العقد

---

(30) اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش : ١٣.

(31) القاضي فداء يحى أحمد الحمود.، هامش : ٤، ص : ٢٨.

(32) الأستاذ / عبد الرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢٠٦.

ينعقد بمجرد قبول الحامل التعاقد، وهذا لا يكون، لأن الجهة المصدرة للبطاقة هي التي تقرر القبول أو الرفض.

ويترتب على ذلك أن الحكم الذي أورده المشرع في المادة : ١٤٥/معاملات من أن " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط متماثلة يضعها الموجب لسائر عملائه.. "، لا يمكن تطبيقه على إطلاقه في عقود الانضمام بسبب أن شخص الحامل قد يكون محل اعتبار في أنواع معينة منها.

وجدير بالذكر أن هذه الحالة، حالة شخص المتعاقد المذعن محل اعتبار في التعاقد لم يتعرض لها المشرع صراحة، وعليه فإن حكم المادة : ١٤٥ أعلاه لا يمكن إعماله في عقد " اتفاقية حامل البطاقة"، المشار إليها آنفا.

وإذ تقرر ذلك، فإننا نخالف ما ذهب إليه البعض من أن ما يصدر عن البنك من إعداد للعقد ووضعه في متناول الجمهور يعد إيجاباً[٣٣]، لأن اقتران قبول الحامل به لا يترتب عليه انعقاد العقد، ومن ثم يكون ذلك أقرب إلى الدعوة إلى التعاقد منه إلى الإيجاب.

وعلة ذلك، كما بينا سابقا، أن البنك عندما يعد شروط العقد، ويضعه في متناول الجمهور يظل عزمه غير أكيد في التعاقد مع شخص الحامل سواء أكان الحامل المفترض أو الفعلي. ومن ثم فعدم وضوح النية في التعاقد مع الحامل يفقد الطلب المعد من قبل الجهة المصدرة كل أثر قانوني.

وفي رأينا أن المشرع قد عالج هذه الحالة بشيء من العموم أضفى عليها بعضا من الغموض عندما افردها بحكم خاص في المادة : ٢/١٣٤ حيث قرر أن النشر والإعلان... وكل بيان موجه للجمهور لا يعتبر عند الشك إيجاباً[٣٤].

---

(33) الأستاذ / سميحة القليوبي، هامش : ١٢، ص : ٧١.

(34) أنظر حكم المادة : ١٣٤ فقرة (٢) من قانون المعاملات المدنية.

ويمكن تأول عبارة " عند الشك " الواردة في النص أعلاه بأنها تعني عدم وضوح نية التعاقد لدى مقدم العرض أي الجهة المصدرة للبطاقة.

ويستدعي الوضع الخاص للإيجاب والقبول في عقد "اتفاقية حامل البطاقة"، إثارة السؤال التالي : ما مدى إلزام الحامل، وهو الطرف المذعن، بالبقاء على إيجابه، وما مدى تحتيم الإيجاب للقبول، على اعتبار أن الجهة مصدرة بطاقة الائتمان تستحث الإيجاب من الطرف المذعن، عن طريق إغرائه بالتعاقد أو دعوته إليه.

١ – مدى إلزام حامل البطاقة بالبقاء على الإيجاب الصادر عنه:

لا شك أن الإيجاب بطبيعته يخول الموجب له سلطة إنشاء العقد، حيث يترتب على القبول به انعقاد العقد، ومن هنا يكتسب الإيجاب قبل صدور القبول قيمة قانونية تجعل حق الموجب في الرجوع عنه مقيداً. وتفريعاً عن ذلك يلزم من يصدر عنه الإيجاب ابتداء بعدم الرجوع عنه للفترة الزمنية التي تكفي للقول بوصول الإيجاب إلى من وجه إليه.

ومن ثم يقرر الفقه مسؤولية الموجب الذي يرجع عن إعلانه الأحادي بإرادته المنفردة تقصيرياً. غير أن المشرع الفرنسي يخالف هذا التوجه مكرساً حرية الموجب في الرجوع عن ايجابة قبل القبول استناداً إلى أن العقد لا يتكون إلا باتفاق الإرادتين ومن ثم فالإيجاب قبل قبوله ليس له أية قوة ملزمة[٣٥].

وعلى هذا النسق جرى حكم المشرع الإماراتي فأخذ بما تبناه المشرع الفرنسي من القول بانعدام الأثر القانوني للإيجاب قبل صدور القبول، واعتبره القاعدة في ذلك، ثم حدد استثناء حالة تقيد الموجب بايجابه، وذلك عند تعين ميعاد للقبول.

فمن حيث مبدأ انعدام الأثر القانوني للإيجاب نصت المادة : ١٣٦/معاملات، على أن " المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس...".

---

(35) أنظر Jacques Ghestin ، هامش : ١٩، ص : ٣٠٣ – ٣٠٤.

ومن حيث الاستثناء نصت المادة : ١٣٩/معاملات، على أن " إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد ".

ويفسر الفقه التزام الموجب بالبقاء على إيجابه بوجود عقد ضمني ناشئ عن سكوت الموجب له بعد تلقيه الإيجاب ومن ثم لزم أن يكون عدول الموجب عن إيجابه مبرراً بسبب مشروع وإلا عد مقصراً[٣٦].

أما موقف المشرع الفرنسي، فيفسر عدم التزام الموجب بالبقاء على ايجابه، بأن الأصل في الإرادة أن تكون حرة، وأن الالتزام لا يأتي إلا من اتفاق الإراديتين.

وتبعاً للموقف الأول يسأل الموجب الذي يرجع في إيجابه قبل صدور القبول باعتبار أن رجوعه يعد إخلالا بمسؤولية عقدية، خلافاً للموقف الثاني، الذي أخذ به المشرع الفرنسي والإماراتي، حيث لا يسأل الموجب الذي يرجع في إيجابه قبل صدور القبول باعتبار أن الإيجاب برغم أنه يظل قائماً لكنه غير ملزم[٣٧].

وأما في حالة تعيين ميعاد للقبول، سواء أكان ذلك التعيين صريحاً أو ضمنياً، فإن الموجب ملزم بحكم العقد بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء المدة المتفق عليها، وعند الإخلال بذلك يسأل الموجب طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

ويلاحظ أنه برغم القول بحرية الموجب في الرجوع عن الإيجاب قبل صدور القبول، إلا أن ذلك يمكن أن يجعل الموجب الذي يرجع عن ايجابه بقصد الإضرار بمن وجه إليه الإيجاب، مسؤولاً مسؤولية تقصيرية باعتبار أن رجوعه غير المبرر عن الإيجاب يعد صورة من صور التعسف في استعمال الحق، يقع تحت طائلة حكم لمادة (١٠٦) معاملات مدنية التي تقرر وجوب الضمان " على من يستعمل حقه استعمالاً غير مشروع ".

---

(36) أنظر J.M Movsseron, la duree dans la formation du contrat. Dalloz. 1980. P 86. ets. أنظر في ذلك تحديداً نظرية العقد التمهيدي التي قال بها Demelombe.

(37) الأستاذ / عبدالرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢١٠.

ويترتب على ذلك أن حامل البطاقة ملزم بالبقاء على ايجابه سواء حدد موعد للقبول أو لم يحدد حتى لا يتعرض للمساءلة. وفي رأينا أن التزام حامل البطاقة بالبقاء على الإيجاب الصادر عنه سواء حدد موعداً للقبول أو لم يحدد، يمثل التزاماً إضافياً مرهقاً للحامل باعتباره الطرف المذعن في العقد.

٢ – مدى تحتيم الإيجاب للقبول :

القاعدة هي أن لا تحتيم في القبول، وذلك استناداً إلى أن الإيجاب يجعل انعقاد العقد متوقفا على إرادة من وجه إليه، فيكون له أن يقبله أو أن يرفضه. والقول بخلاف ذلك يجعل العقد منعقد بمجرد الإيجاب وهي مسألة تتناقض مع جوهر العقد الذي يقوم على اتفاق الإرادتين[٣٨].

غير أن عقود الانضمام بوجه عام تتميز بوضع خاص بحكم أنها تسبقها دعوة إلى التعاقد، تستحث الجمهور على الإقبال على التعاقد وأن شخص المتعاقد الآخر محل اعتبار في العقد، وهذا من شأنه أن ينشئ التزاماً على الجهة مصدرة بطاقة الائتمان بعدم رفض الإيجاب، حيث لا يصح أن ترفض الجهة التي دعت إلى التعاقد الإيجاب الموجه إليها لغير سبب مشروع وإلا عدت متعسفة.

وأساس الالتزام بعدم رفض الإيجاب من قبل من دعا إلى التعاقد يرجع إلى ما تقرره القواعد العامة في استعمال الحق من حيث الالتزام بعدم التعسف[٣٩].

ويلاحظ أن الجهة مصدرة بطاقة الائتمان، عادة ما تضمن العقد شرطاً يخولها الحق في رفض القبول دون إبداء الأسباب الداعية له، إذ هي تحتفظ لنفسها بسلطة مطلقة في تقرير قبولها أو رفضها بحسب دراسة كل حالة على حدة، وذلك حتى تتفادى أن تكون في وضع المسؤول تقصيرياً، ويعد مثل هذا الشرط استثناء من الأصل الذي ينصرف إلى تحتيم القبول.

---

(38) أنظر أحكام المواد : ١٢٥، ١٢٩، ١٣٠ من قانون المعاملات المدنية.

(39) الأستاذ / عبدالرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢١٧.

وفي كل الحالات فان القول بذلك لا يمنع أن ينظر إلى هذا الشرط نفسه باعتباره من الشروط التعسفية في العقد إذا انعدم ما يبرره، استنادا إلى أن الذي يدعو الغير إلى التعاقد لا يحق له رفض ما دعا إليه دون مسوغ مشروع وفقاً لما تقضي به قواعد استعمال الحق.

٣ – مدى تطابق الإيجاب والقبول :

قد لا يثير موضوع تطابق الإيجاب والقبول جدلاً يذكر في عقد "اتفاقية حامل البطاقة" نظراً لما تتميز به من وضوح وتحديد لمضامينها، فالعقد تعده بشكل فني متناهي في الدقة الجهة مصدرة بطاقة الائتمان، ويدون حامل البطاقة بياناته عليه، ويوقعه، دون أن يكون له حق مناقشة شروطه.

ويعتبر تطابق الإيجاب والقبول من حيث مضمونه أساس وجود العقد، وقد الزم المشرع المتعاقدان بذلك صراحة، وقرر في ذلك وجوب تحديد العناصر الأساسية للعقد، بحيث يكون اتفاق المتعاقدين شاملاً لها[٤٠].

ويقرر الفقه بوجه عام أن الاتفاق على الشيء والثمن كافياً لانعقاد العقد وهذا التحديد مبناه استنتاج القضاء. ويتضمن عقد "اتفاقية حامل البطاقة" تحديداً دقيقاً للثمن الذي يظهر في شكل فائدة أو عمولة، وكذا الشيء الذي يظهر في شكل خدمات محددةً بدقة من حيث نوعها وحجمها وتوقيتها...الخ، وعلى ذلك يجري التشريع في بعض الدول كإنجلترا وفرنسا في التشريعات الخاصة بالبطاقة الائتمانية من حيث وجوب تحديد رسوم الاشتراك وسعر الفائدة بدقة عند بدء التعاقد وإلا بطل العقد[٤١].

---

(40) أنر أحكام المواد : ١٣٠، ١٤٠، ١٤١، من قانون المعاملات المدنية.

(41) أنظر Jacques Ghestin، هامش : ١٩، ص : ٣١٩، وأنظر في ذلك حواشي : ١، ٢، ٣، ٤.

ويتحرى القضاء غالبا فحوى اتفاق الإرادتين في العقد، فيقرر قضاء الأساس أن غياب موافقة أحد الفريقين على شروط العقد يترتب عليها، " أن هذه العقد لم يتكون بعد "، وحيث أنه " لا يعتبر العقد قد نشأ إلا بعد التثبت من وجود اتفاق الطرفين على جميع شروط العقد "[٤٢].

وعلى ذلك فليس من المتصور عملاً أن يكون هناك مجال للشك في تطابق الإيجاب والقبول في عقد "اتفاقية حامل البطاقة"، ولا سيما من جهة القبول، فإنه لا يتصور أن يصدر القبول قانونا بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه، فالعقد ينعقد طبقاً للمضمون المحدد فيه سلفاً[٤٣].

خلاصة أولية :

يتبين من خلال مقابلة موقف المشرع في تحديد الجهة التي يصدر عنها الإيجاب والقبول، مع واقع التعاقد في عقد " اتفاقية حامل البطاقة"، أن حكم المادة : ١٤٥ لا ينطبق بسلاسة على الواقع.

ذلك أن النص يبين بوضوح أن الإيجاب هو ما يصدر عن الجهة التي تعد العقد، والقبول هو ما يسلم به الطرف المذعن. في حين أننا انتهينا إلى خلاف ذلك، حيث تبين أن ما يصدر عن الطرف المذعن لا يمكن اعتباره قبولاً، لأن العقد لا ينعقد به، بل أن العقد ينعقد بما يصدر لاحقاً عن الجهة التي أعدت العقد.

وعلى الرغم من أن عبارة " عند الشك " الواردة في نص المادة : ٢/١٣٤ تفيد هذا المعنى، إلا أن ذلك لا يزيل الغموض على نص المادة : ١٤٥ أعلاه.

ونظراً للأهمية المتزايدة لعقود الانضمام، لاسيما ما اتصل منها بالتعامل المصرفي كاتفاقية حامل البطاقة، أو اتفاقية مصدر البطاقة، نرى أنه من الأفضل إجراء تعديل على حكم المادة : ١٤٥، بإدراج استثناء للعقود التي يكون فيها شخص الطرف المذعن محل اعتباره في التعاقد.

---

(42) نقض سعدي، رقم : ١٧/١٢٩، تاريخ ١٩٩٤/١/٢٤، ذكره أنور طلبه، هامش : ٢٢، ص : ٦٢٣.

(43) أنظر اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش : ١٣، بند : (د)، فصل : (٢).

وهذا من شأنه أن يغني القاضي عن الرجوع إلى حكم المادة : ٢/١٣٤، وما يمكن أن يثيره تفسيره عبارة " عند الشك " من ملابسات.

المبحث الثاني

الحماية التشريعية لحامل البطاقة

يقصد بالحماية التشريعية لحامل البطاقة، ما يقرره المشرع من حماية لفائدة الطرف المذعن في العقد بوجه عام، على اعتبار أن حامل البطاقة هو الطرف المذعن في عقد "اتفاقية حامل البطاقة". وتتحقق تلك الحماية عن طريق ما يجيزه المشرع للقاضي من تدخل في الرابطة العقدية، بما ينتقص من مبدأ القوة الملزمة للعقد، تطبيقا لما تقتضيه قواعد العدالة.

المطلب الأول

طبيعة تدخل القاضي

لا شك أن حامل البطاقة باعتباره الطرف المذعن في عقد "اتفاقية حامل البطاقة" يستفيد من الحماية التشريعية التي قررها المشرع للطرف المذعن في العقود التي تتم بطريق الإذعان عامة، مراعاة لما يشوب رضاه من لبس يجعله رضا مفروضاً وليس مرغوباً[٤٤]، وذلك بهدف تحقيق قدراً من التوازن المطلوب في العقود الرضائية بوجه عام، وفقاً لما تقضي به العدالة.

وتتمثل الحماية التشريعية للطرف المذعن فيما خوله المشرع للقضاء من مكنة التدخل في الرابطة العقدية بهدف تعديل الشروط التعسفية التي يفترض أن يتضمنها العقد، أو لإعفاء الطرف المذعن منها، وفي كل الأحوال ضمان ألا يكون تفسير العقد ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

---

(44) الأستاذ / عبدالرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢٢٩.

ففي شأن جواز تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، نصت على ذلك المادة : ٢٤٨/معاملات مدنية، بقولها :

" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

أما بشأن وجوب تفسير العقد تفسيراً غير ضار بمصلحة الطرف المذعن، فقد نصت على ذلك المادة : ٢٦٦/معاملات مدنية، بقولها :

" ١ – يفسر الشك في مصلحة المدين ".

" ٢ – ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ".

ونؤيد، ابتداء الرأي[٤٥] بأن كلاً من هذين النصين يمثل أداة فعالة في يد القاضي يحمي بها الطرف المذعن من تبعات الالتزامات القاسية التي يكون قد فرضها عليه، بشكل غير مباشر، الطرف الآخر الذي أعد العقد.

ونرى بالإضافة إلى ذلك، أن كلاً من النصين يمثل قيداً حقيقياً على مبدأ سلطان الإرادة، أورده المشرع من باب الاستثناء، ولغرض تحقيق حداً أدنى من التوازن الضروري للعقد، بحيث يمنع الجور والاستغلال الذي يحيق بالطرف المذعن جراء التعسف الذي يمارسه الطرف الآخر.

ويمكن إبداء ملاحظتين في شأن طبيعة سلطة القاضي في التدخل في الرابطة العقدية :

---

(45) المرجع السابق، ص : ٢٣٣ – ٢٣٤.

الملاحظة الأولى :

أن القاضي يستمد سلطته في التدخل في الرابطة العقدية من حكم النص أعلاه، فيتصدى لفحص شروط العقد، أو لتفسيره بموجب مسوغ تشريعي، ولا يتأثر في ذلك بإرادة المتعاقدين نظرا لما يتمتع به من سلطة تقديرية.

هذا وقد أبطل المشرع كل اتفاق خاص يخالف حق القاضي في التدخل في الرابطة العقدية باعتبار أن التوازن المفترض في العقود الرضائية عموما، ومنها العقود التي تتم بطريق الإذعان، يمثل ضرورة توجبها قواعد العدالة والأنصاف. ومن مظاهر اهتمام المشرع بالتوازن بين الالتزامات في هذه العقود أنه أعتبر عدم وفاء أحد الأطراف بالتزامه مسوغ لامتناع الأخر من الوفاء[٤٦]، باعتبار أن العقد الملزم للجانبين يقوم على مبدأ التقابل في الالتزامات[٤٧]، وقيام الالتزام دون مقابل يجرده من السبب، ويعد ذلك مسوغ مشروع لانفساخ العقد قانونا[٤٨].

الملاحظة الثانية :

أن مبدأ تدخل القاضي لتحديد مضمون الرابطة العقدية، التي تنشأ أصلاً بين طرفين، هو استثناء من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، حيث يجوز تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو بمسوغ من القانون، وهذه القاعدة مستمدة من مبدأ القوة الملزمة للعقد. ولذلك فقد حصر المشرع تدخل القاضي في حالات محددة الغاية منها ضمان حداً أدنى من التوازن الضروري في العقد الرضائي الذي يتم بطريق الإذعان فينشأ ابتداء مختل التوازن.

---

(46) أنظر حكم المادة : ٢٤٧ من قانون المعاملات المدنية، التي تجيز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم الأول بتنفيذ التزامه.

(47) أنظر حكم المادة : ٢٧٣، من قانون المعاملات المدنية، الذي يعتبر العقد منفسخاً بسبب عدم إمكان تنفيذ التزام معين وانقضاء الالتزام المقابل له.

(48) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، (دون دار النشر)، ١٩٧٨، ص : ٢٦٥.

وباعتبار أن مسألة إعادة التوازن إلى العقد، من مسائل الواقع فقد أطلق المشرع سلطة القاضي في ذلك لا يحدها إلا ما يستلزمه الموضوع أو ما نص عليه المشرع من ضوابط.

المطلب الثاني : دور القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها :

يتحدد دور القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، في ضوء الغاية التي قصدها المشرع في المادة ٢٤٨ معاملات مدنية، وهي مراعاة ما تقضي به العدالة في العقود الرضائية من حيث إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية لتفادي الضرر الذي يلحق الطرف المذعن من جراء الشروط التعسفية في العقد، ومن أمثلة الشروط التعسفية التي يتصور أن ترد في "اتفاقية حامل البطاقة" الشروط التي تتعلق بالإعفاء من المسؤولية، أو عدم الالتزام بالتعويض، من حيث أنها شروط لا تقبل التعديل، ناهيك عن أن القبول بها يمكن أن يفسر بأنه التزام بلا مقابل.

ومن ثم فقد خول المشرع القاضي حق التدخل في الرابطة العقدية لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد أو يخالف قواعد العدالة. فإذا وجد القاضي أن العقد قد اشتمل على شرط تعسفي تأباه قواعد العدالة فإنه يقوم بتخفيف الشرط إلى الحد الذي يعيد التوازن في العلاقة التعاقدية، وقد يصل به الأمر إلى إلغاء هذا الشرط كلياً بإعفاء الطرف المذعن منه، إن هو رأى ضرورة لذلك.

وعلى ذلك يعتبر تقصي القاضي الشروط التعسفية في العقد قائم على افتراض وقوع غبن على الطرف المذعن في العقد، وهذا هو أساس إجازة المشرع للقاضي التدخل. ومن ثم فالقاضي يتصدى للموضوع من تلقاء نفسه دون التأثر بإرادة العاقدان، لكنه يلزم بإثبات الجوانب التعسفية في العقد حال تقريره لها باعتبار أنه يمارس في ذلك سلطة تقديرية[٤٩].

---

[49] الأستاذ / عبدالرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٢٣٤.

١ – وجود الشروط التعسفية :

يعتبر وجود الشروط التعسفية في العقد مسألة واقع تفرضه طبيعة عقد "اتفاقية حامل البطاقة" نفسه، نظراً لقيام حالة احتكار نسبي لخدمات بطاقة الائتمان من قبل جهات محددة، يقابل ذلك حاجة متزايدة لدى الطرف المذعن لتلك الخدمات، وهذا الوضع يخول الجهة مصدرة بطاقة الائتمان هيمنة على العقد حيث تنفرد بإعداده، وتحديد جميع شروطه.

ويتيح التحرير الأحادي للعقد في واقع الأمر إدراج شروط في العقد تفيد بشكل مطلق صاحبها على حساب الطرف الآخر، وهذا هو المقصود بالشروط التعسفية.

ويمكن أن يكون من قبيل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد "اتفاقية حامل البطاقة"، الشروط التي تتعلق بتحديد المسؤولية، حيث تعفى الجهة المصدرة للبطاقة نفسها من كل مسؤولية عن الخسائر التي قد تتسبب فيها ولو بشكل غير مباشر للحامل في حين تحمل الحامل المسؤولية الكاملة عن كافة الأضرار التي يمكن أن يتسبب فيها عند استعماله البطاقة[٥٠]، أو الشروط التي تتعلق بتحديد بالسلطة التقديرية حيث تحتفظ الجهة المصدرة للبطاقة لنفسها بمطلق الحق في تقدير مدى توافر حسن النية في تصرفات الحامل[٥١]، أو الشروط التي تتعلق بتعديل قيمة الرسوم المتفق عليها في العقد حيث تحتفظ الجهة المصدرة للبطاقة بمطلق الحق في تعديل هذه الرسوم ويعتبر ذلك ملزماً للحامل[٥٢]، أو الشروط التي تتعلق بإنهاء الاتفاقية، حيث تحتفظ الجهة المصدرة للبطاقة لنفسها بمطلق الحق في إنهاء الاتفاقية المبرمة مع الحامل دون إشعار مسبق، ودون تحديد سبباً لذلك، في حين تلزم الحامل الذي يريد أن ينهي الاتفاقية بأن يقوم بتوجيه إشعار خطي للجهة المصدرة، وأن يعيد البطاقة إليها[٥٣].

---

(50) أنظر اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش : ١٣، بند : د، فقرة : ٢، بند : ج، فقرة : ٣.

(51) المرجع السابق، بند : ب، فقرة : ٣.

(52) المرجع السابق، فصل : ٦ – ٤، ٦ – ٥.

(53) المرجع السابق، فصل : ٧ – ١.

وبالإضافة إلى ذلك تعطي الجهة المصدرة للبطاقة لنفسها الحق في حجز المبالغ في حسابات الحامل لمدة ٤٥ يوماً بعد إعادة البطاقة، وأجراء المقاصة على الديون المترتبة عليه ان وجدت، ويظل لها الحق في التعويض عن كل ضرر....الخ[٥٤].

ويمكن ملاحظة أمرين في هذا الصدد :

الأول : - أن رضا حامل البطاقة بالعقد يتأثر سلباً بسبب الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي لابست التعاقد. فحامل البطاقة يرضى بالتعاقد مع عدم رضاه في نفس الوقت بالشروط القاسية التي يتضمنها العقد تحت ضغط إرادة الجهة المصدرة التي تحتكر الخدمة، فينعدم اختياره بالنسبة لهذه الشروط، ومن ثم يكون مرغماً على القبول بها، ومن هنا ينشأ وضع غير عادل في العقد يخل بتوازنه.

والثاني : - أن عدم التوازن بين الالتزامات في العقد يعد مسألة عادية، بل ومشروعه ضمن حدود معينة نظراً لطبيعة العقد التي يفرضها واقع اقتصادي واجتماعي معين. أما ما يتقصاه القاضي من شروط تعسفية، فيقصد به عدم التوازن المبالغ فيه، والقاضي حال تصديه للعقد يعمل سلطته التقديرية مسترشداً بقواعد العدالة، يقيس إليها شروط العقد لغرض التقليل مما يكون قد داخلها من غلو وتعسف،وذلك تطبيقاً لحكم المادة : ٢٤٨، المذكورة آنفاً.

٢ – منهج القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها :

استناداً إلى ما نصت عليه المادة : ٢٤٨ المذكورة آنفا، من أن للقاضي الحق في تعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقضي به العدالة، فإن القاضي مسؤول عن حماية الطرف المذعن مما يكون قد التزم به مضطراً، وينجم عن ذلك تعديل جزئي للعقد يتصل بتخفيف الشروط التعسفية فيه، أو إعفاء الطرف المذعن منها. والقاضي يمارس في ذلك تعديلا

(54) المرجع السابق، فصل : ٧ – ٢.

جزئيا للعقد القصد من ورائه الوصول إلى صيغة تعاقدية تخفف وطأة الشرط التعسفي على الطرف المذعن.

ومن وجهة نظر المشرع يمثل التعديل الجزئي للعقد، سواء تم عن طريق تخفيف الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، قيداً حقيقياً على حرية المتعاقدين، ذلك أن القاضي حال تصديه للشرط التعسفي في العقد يكون بصدد تفسير شروط العقد بشكل لا يتقيد فيه بتحري الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين كما هو مفترض في الحالات العادية للتفسير وإنما يتقيد بتحري مصلحة حقيقية للطرف المذعن وحده دون سواه[٥٥].

والقول بذلك يتوافق مع كون التفسير الذي يقوم به القاضي للعقد، في مثل هذه الحالات، يعد تفسيراً استثنائياً يبتعد فيه القاضي تماماً عن الإرادة الضمنية المشتركة للمتعاقدين ليصل فيه إلى نتائج ربما لم تدر بخلد أي منها أبداً عن التعاقد، و لم تدخل ضمن الإرادة المشتركة بينهما[٥٦].

فالخصومة حول مضمون العقد تجعل القاضي يفسر الشروط بوجه خاص في ضوء العرف الجاري أو قواعد العادة المعمول بها باعتبار أن ذلك هو واقع العقد بذاته، أو تجعله يفسر الشروط وفقاً لما تقضي به العدالة بوجه عام.. فالمسألة لا تخرج عن كونها اجتهادا شخصيا للقاضي في ضوء ظروف التعامل الواقع بين الأطراف[٥٧].

فالقاضي عندما يتصدى، على سبيل المثال، لتعديل شرط في العقد يعفي بشكل مطلق الجهة مصدرة بطاقة الائتمان من كل مسؤولياتها عن الأضرار التي قد تقع للحامل من جراء استعمال البطاقة، أو عندما يتصدى لتعديل شرط جزائي تغالي الجهة المصدرة للبطاقة في تقدير قيمته، فهو يعدل الشرط أو يعفي حامل البطاقة (الطرف المذعن) منه، في كلتا الحالتين، بالقدر الذي يرى أنه

---

(55) أنظر حكم المادة : ٢٥٧ من قانون المعاملات المدنية.

(56) محمد سراج، نظرية العقد، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٨٩، ص : ٥٩٩.

(57) الأستاذ / عبد الرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٦٢ وما بعدها.

محقق لتوازن محمود في العقد وفقاً لما يجري عليه العرف أو العادة في التعامل أو ما تتطلبه قواعد العدالة والإنصاف.

ويرى جانب هام من الفقه في ذلك أنه يتعين على القاضي حال تصديه لتعديل الشرط التعسفي في العقد أن يدخل شيئاً من التجريد في تفسيره بالقدر الذي تقتضيه قواعد العدالة في واقع التعامل، وهذا من شأنه أن يخفف من التعسف أو الغلو في تقدير القاضي بذاته، دفعا لتعسف القاضي نفسه[٥٨].

كما ينبغي التأكيد على أن القاضي في مثل هذه الحالات يكون بصدد البحث عن مصلحة مفترضة للطرف المذعن الذي لم يكن بإمكانه أن يلزم الجهة المصدرة للبطاقة بها نظراً لضعف مركزه في التعاقدي[٥٩]. وفي هذا الصدد أجاز القضاء للقاضي أن يتأول ألفاظ العقد ليصل إلى تحديد نوع وحجم تلك المصلحة مستعملاً في ذلك سلطته التقديرية، ويتقيد القاضي في هذه الحالة بعبارة العقد أولا وما تستلزمه قواعد اللغة في التفسير لاسيما من حيث دلالات اللفظ وما تشتمل عليه من عموم وخصوص، إذ أن القاضي يتقيد قانوناً بتبرير كل استنتاج ينتهي إليه، اذ يخضع قضاؤه في هذه الحالة لرقابة المحكمة[٦٠].

٣ – بطلان الاتفاق على ما يخالف حق القاضي في تعديل العقد :

تأكيداً للحماية التي يحققها المشرع لحامل البطاقة في العقد باعتباره الطرف المذعن، أعتبر المشرع الاتفاق على ما يخالف حق القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد، أو إعفاء الطرف المذعن منها باطلاً مطلقاً. وقد ورد ذلك صراحة في نص المادة : ٢٤٨ معاملات السابقة الذكر، بالنص على أن " .... ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

---

(58) Aubrey- Commercial and Cmsumer Credit. London. 1989. online database. RN. J. C. 259901A234. p : 31.

(59) المرجع السابق، ص : ٣٧.

(60) نقض مصري، رقم : ١٣٣٩، تاريخ ١٩٩٢/١٢/٣١، ذكره أنور طلبة، هامش : ٢٢، ص : ٣٦٤.

ذلك أنه من المتصور أن يرد الاتفاق في عقد "اتفاقية حامل البطاقة" على ما يخالف حق القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها غالباً بشكل غير مباشر، كأن يتضمن العقد شرطاً يقضي بعدم جواز تعديل شروط معينة فيه، أو عدم إعفاء حامل البطاقة منها. وهذا يعني الاتفاق على تجريد القاضي من سلطته التي أقرها له المشرع بتحصين تلك الشروط ضد أي تعديل، وهو اتفاق يبطل لمخالفته قاعدة آمره.

وعلة ذلك أنه بالإضافة إلى أن الهدف من تدخل القاضي في الرابطة العقدية على النحو المبين أعلاه هو تحقيق العدل بإعادة الحد الأدنى من التوازن المطلوب للعقد ومن ثم يعتبر هذا التدخل جزءا لا يتجزأ من واجب أو وظيفة القاضي في تطبيق القانون[٦١]، إذ أن القاضي مطالب برفع الظلم حيثما وجد حال قيامه بوظيفته الأساسية في تطبيق القانون.

وعلى ذلك فإذا تضمن العقد شرطاً من شأنه تحصين بعض الشروط من تدخل القاضي، فإن مثل هذا الشرط يبطل ويصح العقد[٦٢]، إلا إذا تبين أن ذلك الشرط كان سبباً رئيساً في الالتزام فيمتد البطلان في هذه الحالة إلى العقد، تطبيقاً للقواعد العامة التي تحكم انعقاد العقد.

المطلب الثاني

دور القاضي في تفسير العقد

يتحدد دور القاضي في تفسير العقد على غرار دوره في تعديله، في ضوء ما يوجبه نص المادة: ٢٦٦ معاملات مدنية، من وجوب مراعاة مصلحة الطرف المذعن.

وقد أوجب المشرع على القاضي، من باب الاستثناء، حين التصدي لتفسير العبارات الغامضة في العقد أن يراعي في كل الأحوال مصلحة الطرف المذعن بحيث لا ينجم عن التفسير ما من شأنه أن يكون ضاراً بمصلحة الطرف المذعن. وقد بينت ذلك صراحة المادة : ٢٢٦ كالآتي :

---

(61) Aubery- Commercial، هامش : ٥٨، ص : ٤٣.

(62) أنظر حكم المادة : ٢٠٩ وما بعدها، من قانون المعاملات المدنية.

" ١ – يفسر الشك في مصلحة المدين ".

" ٢ – ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ".

واستناداً إلى ذلك، يتصدى القاضي لنصوص العقد بموجب مسوغ تشريعي، ما شاب منها من لبس أو داخلها من غموض، فيتسع دوره هنا نسبياً عما رأيناه بشأن تعديل الشرط التعسفي، وتظهر أكثر ملكات اجتهاده في تفسير العبارات الغامضة، حتى يصل إلى التكييف الصحيح لطبيعة العلاقة التعاقدية.

ويواجه القاضي من الجانب الموضوعي في تفسير العقد إشكالية هامة تتمثل في عدم التوافق بين إرادتين، إحداهما ظاهرة تدل عليها ألفاظ العقد وعباراته، والثانية باطنة لا أثر لها في صيغة العقد. ويتحرى القاضي من خلال تلك الإرادتين إثبات إرادة ثالثة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وقد أفسح المشرع للقاضي المجال واسعاً في تحقيق ذلك فأعفاه من التقيد بعبارات العقد إذا ما شابها لبس أو داخلها غموض، أو كانت واضحة لكنها لا تعبر عن حقيقة التعاقد، طبقاً للمبدأ الوارد به نص المادة : ١/٢٥٨ معاملات مدنية:

" ١ – العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ".

ويترتب على ذلك أن القاضي لا يتقيد بلفظ العقد تقيده بمعناه، وينتهي القاضي من تفسير العقد إلى الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، إي إلى وجه الاتفاق بينهما. وقد يترتب على ذلك تغيير التكييف القانوني للعقد كلياً، ويعد ما انتهى إليه القاضي ملزماً لطرفي العقد طالما أنه استند في استنتاجاته تلك إلى قواعد صحيحة في التفسير.

وتطبيقا للمبدأ الوارد في النص أعلاه انتهت محكمة التمييز في هذا الشأن إلى أن العبرة في تفسير العقد بوضوح الإرادة وليس وضوح اللفظ. ويعد ذلك تطبيقاً لحكم المادة ٢٥٧ معاملات، التي تحدد بدقة أن " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد ". ويعتبر الفقه انصراف

التزام المتعاقدين المشار إليه في المادة : ٢٥٧، إلى الإرادة الحقيقية وليس الظاهرة، بمعنى ما التزم به المتعاقدان بإرادتهما وليس بلفظتهما [٦٣].

١ – مدى ارتباط سلطة القاضي في تعديل العقد بسلطته في تفسيره :

ويتبين، استنادا إلى ما سبق، أن القاضي قد ينتهي في تعديل العقد وفي تفسيره إلى نفس النتيجة تقريباً وهي التعديل الجزئي في موضوع أو محل العقد، فهل معنى ذلك أن سلطة القاضي في تعديله العقد ترتبط بسلطته التي يمارسها في تفسيره العقد.

وبالرجوع إلى أحكام القانون يتبين أن سلطة القاضي في تفسير العقد تستند إلى إرادة المتعاقدين باعتبارها أصل التعاقد. والقاضي يمارس في ذلك سلطة أصيلة نابعة من صميم صلاحياته القضائية، إذ هو بتقصيه الإرادة المشتركة بين المتعاقدين يكون بصدد تطبيق قانون العقد باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن الأصل فيه رضا المتعاقدين وما التزاماه في التعاقد[٦٤]، فالقاضي في هذه الحالة يطبق العقد كما يطبق القانون.

أما سلطة القاضي في تعديل العقد فإنها تنصرف إلى البحث عن أسس أخرى خارج نطاق العقد، وإرادة المتعاقدين، فهي سلطة تقيد حرية المتعاقدين إلى أبعد الحدود. ويمارس القاضي سلطته تلك بموجب استثناء خوله المشرع إياه قوامه نص آمر، الهدف من ورائه تحقيق قدراً من التوازن الضروري للالتزامات المتقابلة في العقد[٦٧].

غير أن ذلك لا يمنع القول بوجود ترابط بين سلطة القاضي في تفسير العقد وسلطته في تعديله، وقد قرر القضاء هذا الترابط بين سلطة القاضي في تفسير العقد وتعديله من حيث النتيجة،

---

(63) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص : ١٢٤.

(64) أنظر حكم المواد : ٢٥٧ – ٢٦٥ – ٢٦٧، من قانون المعاملات المدنية.

(67) عبد الحكيم عبد البصير فودة. النظرية العامة في تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٣، ص : ٢٩٩.

حيث أشار حكم المحكمة الاتحادية العليا بشأن تفسير العقد إلى أنه عند وجود نواقص في العقد يجب على المحكمة أن تسدها بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد من العقود المسماة،... أما إذا كان من العقود غير المسماة فعلى القاضي أن يعود إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسباً مع العقد الذي يراد تفسيره[٦٥].

وقررت في ذلك، أيضا، محكمة تمييز دبي أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود وتكييفها للتعرف على حقيقة ما عناه العاقدون...[٦٦]

٢ – نطاق التفسير :

حددت المادة : ٢٦٦ المذكورة آنفاً، المبدأ الذي يقوم عليه التفسير، فبينت أولاً القاعدة وهي أن الشك يُفسر في مصلحة المدين، ثم حددت الاستثناء وهو أن التفسير في كل الأحوال يجب إلا يكون ضاراً بمصلحة الطرف المذعن في العقد، دائناً كان أم مديناً.

وأشارت المادة ٢٦٥ معاملات[٦٨] إلى نطاق التفسير، ففرقت في ذلك بين حالتين :

الأولى : تتعلق بحالة وضوح عبارة العقد، والثانية : تتعلق بحالة غموض عبارة العقد، ورتب المشرع على كل من هاتين الحالتين أحكاماً خاصة، ومن ثم فمن المتصور أن يواجه القاضي حال تصديه لتفسير عقد "اتفاقية حامل البطاقة"، أيا من هاتين الحالتين، لكنه بحسب الاستثناء المشار إليه أعلاه ملزم بالتقيد بالا يكون تفسيره في كل الأحوال ضاراً بمصلحة الطرف المذعن.

---

(65) تمييز أبوظبي، رقم : ٢٠٠٠/١٣٥، تاريخ : ٢٠٠٠/١١/٢١، المحكمة الاتحادية العليا، ذكره صادر بين التشريع والاجتهاد، هامش : ١٧، ص : ٦٨.

(66) تمييز دبي، رقم : ٩٤/٢٦٦، تاريخ : ١٩٩٥/١/٢٢، ذكره صادر بين التشريع والاجتهاد، هامش : ١٧، ص : ٧٠.

(68) أنظر حكم المادة : ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية، من حيث بيانه القاعدة والاستثناء في التفسير.

الحالة الأولى : وضوح عبارة العقد :

تعتبر حالة وضوح عبارة العقد الأصل في التفسير، ومن ثم فقد أوجب المشرع على القاضي عدم تجاوزها فنص في المادة : ٢٦٥ معاملات على عدم جواز "... الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين". إذ أن إرادة الطرفين هي الأصل في العقد والقاضي ملزم بالعقد كما هو ملزم بالقانون، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

فإذا كانت عبارة العقد واضحة وتكشف عن إرادة المتعاقدين وجب على القاضي التقيد بها، فيطبق حكم العقد على أساس أن دلالة العبارة تفصح عن النية المشتركة للمتعاقدين.

غير أن عبارة النص قد لا تغني عن الحاجة إلى التفسير، فقد تكون واضحة لكنها تخالف، على الرغم من وضوحها، القصد الحقيقي للمتعاقدين، وقد أجاز المشرع للقاضي في مثل هذه الحالة الانحراف عن عبارة النص سعياً إلى الكشف عن إرادة المتعاقدين.

ذلك أن الوضوح المقصود في المادة : ٢٦٥ أعلاه، ليس هو وضوح اللفظ بذاته، وإنما وضوح الدلالة، فالقاضي يطلب القصد الحقيقي للمتعاقدين دون التقيد أو الوقوف عند المعنى الحرفي للفظ. وقد أشار المشرع إلى ذلك صراحة عندما أجاز للقاضي عدم "... الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ..."، مقابل تقصيه النية المشتركة للمتعاقدين.

ويتحمل القاضي في هذه الحالة إثبات النية المشتركة للمتعاقدين، مبرراً انحرافه عن المعنى الظاهر للفظ الوارد في العقد على أساس أن المتعاقدان استعملا الألفاظ في غير المعاني الحقيقية التي يقصدانها، وهذا يقتضيه أن يوضح الكيفية التي توصل بها إلى استخلاص المعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان[٦٩].

وقد نازع جانب من الفقه في مشروعية هذه الصورة من صور التفسير على أساس أن التفسير في مثل هذه الحالات قد يؤدي إلى التنصل من بنود العقد..، وهذا من شأنه أن يفتح

---

(69) توفيق حسن فرج، هامش : ٤٨، ص : ٢٦٠ وما بعدها.

الباب في كل وقت أمام إمكانية الانحراف عن المعنى الواضح للعبارة بحجة أن اللفظ رغم وضوحه لا يعبر عن حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٧٠].

إضافة إلى ذلك، أن التفسير في هذه الحالة يعد بمثابة الادعاء بما يخالف الثابت بالكتابة، وهي مخالفة صريحة للحكم الوارد في نص المادة ١/٢٦٥، الذي يقرر عدم جواز الانحراف عن عبارة العقد الواضحة بقصد التعرف على إرادة المتعاقدين.

وفي رأينا أن التخوف من الخروج أو التنصل من بنود العقد غير وارد في مثل هذه الحالات لأن القاضي مقيد في استنتاجاته كحد أدنى بما توجبه عليه قواعد اللغة في ضبط استنتاجاته لاسيما من حيث دلالات اللفظ في عمومه وخصوصه،... وفوق ذلك تمارس محكمة التمييز على القاضي في هذا الصدد رقابة صارمة. وقد أكدت ذلك محكمة النقض في حكمها القاضي بأن للمحكمة أن تتحقق من أن المعنى الذي أختاره القاضي تحتمله عبارة النص... [٧١].

ناهيك عن أن المشرع قد أوضح موقع اللفظ من العقد عندما قرر في المادة : ٢٥٨ المذكورة آنفا، أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني..، وعليه لا يقيد لفظ العقد بذاته تقيد القاضي و إنما بما قصد له، والقصد من لفظ العقد هو الإفصاح عن إرادة العاقدين، ومن ثم أجاز المشرع للقاضي تأويله ولو كان واضحا في ذاته، مستعملا في ذلك سلطته التقديرية، وهذه في رأينا، الحكمة وراء حكم المادة : ٢٦٥ المذكورة آنفا.

الحالة الثانية : غموض عبارة العقد :

أشار المشرع إلى هذه الحالة في نص المادة : ٢/٢٢٦ أعلاه عندما ألزم القاضي على وجه الاستثناء بألا يكون تفسيره للعبارات الغامضة في العقد ضاراً بمصلحة الطرف المذعن. ومن ثم يكون للقاضي في حالة غموض عبارة العقد، استعمال سلطته التقديرية في الكشف عن إرادة

---

(70) عبد الحكيم عبد البصير فودة، هامش : ٦٧، ص : ٣٠١.

(71) نقض مصري، رقم : ١٣٣٩، تاريخ : ١٩٩٢/١٢/٣١، ذكره أنور طلبة، هامش : ٢٢، ص : ٣٦٤.

المتعاقدين مستهدياً في ذلك بما ينبغي أن يتوافر عليه التعامل من ثقة وحسن نية، وبما يجري عليه العرف في المعاملات المماثلة[٧٢].

والقاضي مطالب في تفسيره ذاك بتحديد القصد الحقيقي للمتعاقدين، ولو ورد العقد بغير ذلك. وفي هذا الخصوص أقر القضاء مبدأ عدم جواز تمسك أحد الأطراف بخطأ أو قصور في تعبير المتعاقد الآخر وصولاً إلى فائدة ليس من حقه، فالعبرة في كل الأحوال بالقصد الحقيقي للمتعاقدين[٧٣].

ولا شك أن القاضي وهو يمارس سلطته في تفسير العقد لا يخضع لرقابة التميز فيما يتصل بواقع موضوع الدعوى، غير أنه يظل مقيداً بالتزام الضوابط الموضوعية في التفسير من حيث بيان أن المعنى الذي اختاره تحتمله عبارات العقد عند غموضها فيتوجب عليه بيان مبررات إعراضه عن المعاني الأخرى التي تحتملها عبارة العقد الغامضة، وكيفية استخلاصها ويخضع قضاءه في هذه الحالة لرقابة التمييز[٧٤].

وبالإضافة إلى ذلك، يلزم القاضي عند غموض العبارة، ألا يستند في استخلاص نية المتعاقدين إلى عبارة معينة دون سائر العبارات الأخرى، بل ينبغي عليه الأخذ بما تفيده عبارات العقد بأكملها[٧٥]، مستهدياً في ذلك بطبيعة التعامل.

---

(72) المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، رقم : ٢٠٠٠/١٣٥، تاريخ : ٢٠٠٠/١١/٢١، ذكره، صادر للاجتهاد والتشريع، هامش : ١٧، ص : ٧٢.

(73) أنظر على سبيل المثال، حكم المادتين : ٢٥٧ – ٢٥٨، من قانون المعاملات المدنية.

(74) نقض مصري، رقم : ١٣٣٩ / تاريخ : ١٩٩٢/١٢/٣، ذكره أنور طلبة، هامش : ٢٢، ص : ٣٦٤.

(75) حكم المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، رقم : ١٨/٤٧٦، تاريخ : ١٩٩٨/٢/١٧، ذكره صادر للاجتهاد والتشريع، هامش : ١٧، ص : ٧٣.

٣ – تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن :

وتثور حالة الشك بطبيعة الحال، عندما يصعب الترجيح بين الاحتمالات المختلفة للعبارة الغامضة، ومن ثم يتوجب على القاضي تطبيقاً لحكم المادة ٢/٢٦٦ المذكورة آنفاً، أن يفسر الشك المتأتي من غموض عبارات العقد الغامضة بما لا يضر بمصلحة الطرف المذعن.

ويلاحظ أن المشرع قد ألزم القاضي على سبيل الاستثناء من قاعدة : أن الشك يفسر في مصلحة المدين، بأن لا يكون تفسيره ضارا بمصلحة الطرف المذعن، على أساس أن الطرف المذعن دائناً كان أم مديناً هو الطرف الأضعف في العقد، ومن ثم تكون مصلحته أولى بالرعاية.

وفي رأينا، بالاستناد إلى حكم المادة: ٢٦٦ أعلاه، أن القاضي يتقيد في تفسيره العقد من الجانب الموضوعي، بدفع الضرر الذي يتعرض له حامل البطاقة باعتباره الطرف المذعن في العقد، وذلك على خلاف الحال عند تفسير الشك في مصلحة المدين، فالقاضي يمكنه أن يتجاوز ذلك إلى طلب مصلحة معينة للمدين.

ولهذه التفرقة ما يبررها من حيث أن المشرع قد قدر أن للمدين الحق في الإفادة من غموض عبارة العقد باعتباره مفتقرا في العقد، في حين أنه قدر للطرف المذعن الحق في الإفادة من غموض عبارة العقد باعتباره مغبونا في العقد.

ويلاحظ أنه من الجانب العملي أن تطبيق الاستثناء أيسر من تطبيق القاعدة باعتبار أن شخص الطرف المذعن واحد لا يتغير في العقد الواحد. بخلاف الحال بالنسبة للمدين الذي يتغير شخصه من التزام إلى التزام آخر في العقد الواحد، حيث يمكن أن يكون الشخص الواحد دائناً في الالتزام ومديناً في آخر في ذات العقد[٧٦].

---

(76) الأستاذ / عبدالرزاق السنهوري، هامش : ١٥، ص : ٦١٤، وما بعدها.

ويترتب على ذلك أن الجهة المصدرة للبطاقة لا تستفيد مطلقا من الشك عند التصدي لتفسير العقد إذا كانت مدينة في بعض الالتزامات ذلك أن نص المشرع صريح في أن الاستفادة مقصورة فقط على الطرف المذعن ولو كان دائنا.

وموقف المشرع في هذا الاستثناء له ما يبرره من الجانب الموضوعي من حيث قيام حالة عدم التوازن بين المتعاقدين، فأحدهما يهيمن على العقد فتتوافر له من الوسائل المادية ما يمكنه من أن يفرض كل شروطه على الآخر الذي ليس له إلا أن يسلم به. وعلى ذلك يعتبر الفقه أنه إذا وجد غموض في لفظ العقد، أو قصور تحملت الجهة التي أعدت العقد تبعة ذلك باعتبار أنها المتسبب في ذلك بتقصيرها المفترض[٧٧]، وهذا الموقف توجبه قواعد العدالة والأنصاف ابتداء على المشرع قبل القاضي.

وعلى ذلك يصح القول بأن صفة الإذعان تمثل مناط لاستثناء ومبرره القوي، وعليه يظل الشك يفسر في مصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً، باعتبار أن قبول المذعن بالعقد أقرب إلى التسليم منه إلى الاختيار الإرادي الحر، وقواعد الإنصاف والعدالة تأبى أن يقوم الالتزام بين طرفين غير متساويين في حرية الإرادة ومن ثم لا محل في عقد الانضمام للنظر إلى المدين.

خلاصة أولية :

يتضح مما سبق أن الحماية التي يقررها المشرع للطرف المذعن، وهو حامل البطاقة في عقد "اتفاقية حامل البطاقة"، هي حماية فعالة، وكافية لإعادة التوازن للعقد سواء عن طريق تعديل الشرط التعسفي أو تفسير العقد بما لا يضر بمصالح الطرف المذعن.

غير أن ذلك لا يمنع القول بأنها حماية تكلف الطرف المذعن من الوقت والمال مالا يستهان به ناهيك عن أنها تشغل القاضي في غير ضرورة.

---

(77) المرجع السابق، ص : ٧٨.

ونعتقد أنه من الأفضل لو أن المشرع يستثني عقود الانضمام في ميدان المعاملات المصرفية، لاسيما اتفاقيات مصدر البطاقة، وحاملها، ومعتمدها، حيث يكون شخص الطرف المذعن محل اعتبار في التعاقد، بتشريع خاص ينظم جميع المسائل فيها بشكل يجعل العقد ينشأ ابتداء متوازناً بالقدر الذي يحقق العدالة، وذلك نظراً للأهمية المتزايدة لهذا النوع من العقود في الحياة المدنية أسوة بما يجرى عليه الحال في عدد من الدول المصنعة ....

الجرائم التي استحدثتها المعلوماتية للتعدي على الذمة المالية للغير

أ.د. محمد سامي الشوا

أستاذ ورئيس قسم القانون الجنائي

ووكيل كلية الحقوق- جامعة المنوفية

تمهيد وتقسيم:

تعتمد نظم التحويلات المالية في الوقت الحالي على استخدام الحاسب الآلي وشبكات المعلومات، وقد أصبحت من الوسائل التي يشوبها كثير من المخاطر، والتي تتمثل في إفشاء وتداول البيانات سواء أكان ذلك عشوائيا أو بقصد، و ينطوي ذلك على ضرر سواء بالنسبة لقطاع الأعمال أو للقطاع الحكومي، حيث أن الاستخدام غير القانوني للتكنولوجيا، يؤدى إلى السرقة والاحتيال والتلاعب في البيانات المالية، وهذا من شأنه انتهاك الثقة والصلاحية في العمليات المالية المتبادلة عن طريق الوسائل الإلكترونية.

وتكمن الصعوبة الأساسية في تطبيق نصوص العقوبات التقليدي على هذه الأفعال غير المشروعة في أمرين أولهما أن هذه النصوص وضعت أساسا لحماية الأشياء المادية في مواجهة صور التعدي المألوفة، مما قد يتعذر معه أن يقع تحت طائلة العقاب أفعال التعدي على عناصر ومكونات الأنظمة المعلوماتية ذات الطابع المعنوي، كالاعتداء على البيانات المختزنة في ذاكرة

الحاسب بالسرقة أو النصب أو التزوير [١] وثانيهما أن تطبيق هذه النصوص قد يتعارض أحيانا والطابع الخاص للوسائل المعلوماتية المستحدثة لتنفيذ الجريمة.[٢]

وغاية دراستنا هنا، هي الوقوف على مدى كفاية النصوص التقليدية في التشريعات المقارنة، لاحتواء ما استحدثته المعلوماتية من أساليب لارتكاب الجريمة، وتحرى مدى الحاجة إلى استحداث نصوص جنائية تلائم الطبيعة غير العادية لبعض عناصر ومكونات أنظمة الحاسب الآلي.[٣]

وستوزع دراستنا في هذا الفصل على النحو التالي:

مبحث أول: إساءة استخدام أجهزة التوزيع الآلي للنقود.

مبحث ثان: التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال.

---

(١) انظر:
M.Masse, Le droit pénal special né de l'informaique in Informaique droit pénal edcujas P.26

(٢) راجع:
H DB y R v C Av 1985 284

(٣) ولا يخلـــو الموقف في التشريع المقارن « ولا سيما في أوربا الغربية والولايات المتحدة » إزاء ظاهرة الغش المعلوماتي من أحد أمور ثلاثة:
بعـــض الدول " كالولايات المتحدة " أصدرت تشريعات خاصة بالغش المعلوماتي، والتي تغطى العديد من أفعال التعدي التي استحدثتها تقنية نظم المعلومات، وبصرف النظر عن النصوص الموجودة من قبل، والتي يمكن تطبيقها على بعض أفعال التعدي المستحدثة، في حين اتجهت بعض الدول الأخرى إلى تنقية قوانينها العقابية كي تتوائم والسمات المستحدثة لأساليب ارتكاب الجريمة، وتبنت في هذا الشأن نصوصا جديدة لمواجهـــة بعض أفعال التعدي المستحدثة، ثم لجأت بعد ذلك إلى القوانين الخاصة " كقانون حق المؤلف، وقانون حماية الحياة الخاصة أو البطاقات الشخصية " للعقاب على أفعال التعدي الأخرى.
وأخـــيرا هناك بعض الدول التي تسمح قوانينها المعمول بها حاليا، والتي لها مجال يتسع، لكي يشمل أفعال التعدي المستحدثة.

المبحث الأول

إســـاءة استخدام أجهزة التوزيع الآلي للنقود

أدى التطور الاقتصادى للمجتمع، إلى ظهور جيل جديد من أدوات الوفاء، وهو ما يسمى ببطاقات الائتمان الممغنطة [1] cartes magnétiques، والتي بدأت تحل محل أوراق البنكنوت والشيكات. وقد ساهمت البنوك في تقديم هذه البطاقات لعملائها كي يتمكنوا بواسطتها من سحب مبالغ نقدية في حدود معينة من منافذ التوزيع الآلي للعملة الورقية des distributeurs automatiques de billets لتسهيل حصولهم على ما يحتاجون إليه من أموال بسهولة ويسر، إلا أن بعض حاملي هذه البطاقات أو غيرهم ممن يحصلون عليها بطريق السرقة أو يعثرون عليها في حالة فقدها يسيئون استعمالها بسحب مبالغ من منافذ التوزيع الآلي لاحق لهم ابتداء في سحبها أو تتجاوز ما هو مسموح به [2].

وتثير إساءة استخدام البطاقة الائتمانية، سواء من قبل صاحبها أو من قبل الغير، مشكلة تكييفها من الناحية الجنائية، ونفصل في ذلك على النحو التالي.

---

(١) ظهـــرت الـــبطاقات الائتـــمانية لأول مرة في الولايات المتحدة قبل الحرب العالمية الأولى، ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا في أواخر العشرينات وهى عبارة عن بطاقة مصنوعة من البلاستيك، تصدر عن مؤسسة ما إلى عمـــيل «أي حاملها» وهى تسمح له بمباشرة – وفقا للأوضاع الفنية والقانونية الخاصة بكل منها- بسداد مشترياته أو سحب نقود من حسابه.

راجع في ذلك:

Sousi Roubi, Carte de crédit, dans le Guide juridique Dalloz. W.Jeandidier, op. Cit., P. et S.

(٢) راجع:

Trinquet, Paiment par carte, Aspects juridiques de la fraude Bancatique 1984, 163 a172 et 1985, 83a 44, Vasseur. Le paiement électronique , Aspects juridiques J.C.P. 1985,3206 no. 18 ets.

المطـــلب الأول

إســـاءة استخدام بطاقة الائتمان الممغنطة من قبل صاحبها

يتم استخدام بطاقة الائتمان من قبل صاحبها عن طريق سحب أوراق نقدية من منافذ التوزيع الآلي، رغم علمه بأن رصيده بالبنك غير كاف لتغطية هذه المبالغ. وقد تردد الفقه والقضاء في فرنسا بخصوص تكييف هذا الفعل الضار جنائيا.

أولا: موقف القضاء:

مال القضاء الفرنسي في بادئ الأمر إلى اعتبار هذا الفعل الضار جريمة، وتأرجح وصفها الجنائي ما بين السرقة والنصب. فقد ذهبت بعض الأحكام إلى اعتبار الفعل سرقة بوصفه ينطوي على استيلاء على مال و إخراجه من حيازة مالكه ((البنك)) بدون رضائه، وأنكرت عليه وصف النصب، استنادا إلى أن قيام حامل البطاقة بوضعها في الجهاز المخصص لها والمعد لسحب أوراق بنكنوت، لا يعد من قبيل الطرق الاحتيالية اللازمة لاعتبار الواقعة نصبا [1].

بينما ذهبت أحكام أخرى، على النقيض، إلى أن ((سحب أوراق بنكنوت من أحد منافذ التوزيع الآلي لهذه الأوراق بواسطة قرص معدني سلم من قبل البنك لصاحب البطاقة لهذا الغرض، دون أن يكون في حساب العميل رصيد كاف، يعد من قبيل الطرق الاحتيالية التي تقوم بها جريمة النصب)) [2].

---

(١) Trib corr de Troyes, 27 avrel 1976. D. 1977 J,122.

(٢) Douai 10 mars 1976, Banque 1979, P. 799 note L.Martine R.T.D.C, 1976. P.584 obs M.Carbrillac et J.L. Rives lange.

وعلى نقيض هذه الأحكام جميعا، ذهبت محكمة استئناف Angers في حكم صادر لها في هذا الشأن. إلى أن استيلاء حامل البطاقة على مبالغ تجاوز رصيده عن طريق وضعها في أحد أجهزة التوزيع الآلي المعد لذلك لا يشكل أي جريمة جنائية[1]،[2].

فالفعل من وجهة نظر المحكمة ((لا ينطوي على الطرق الاحتيالية اللازمة لقيام جريمة النصب، إذ تفترض هذه الطرق توافر عنصر خارجي أو حبكة مسرحية أو تدخل من جانب الغير، بحيث أنه إذا تخلفت هذه العناصر، تعذر القول بأن تسليم المبالغ إلى حامل البطاقة قد تم نتيجة وسائل غير مشروعة)).

((كذلك فان حصول حامل البطاقة -والذي لم ينسب إليه تبديدها - على مبالغ بواسطتها، ولو كان بالمخافة لشروط العقد، لا يمكن اعتباره خيانة أمانة)).

((أيضا لا محل اعتبار الواقعة - من حيث تم تسليم الشيء إراديا وليس رغما عن حائزه - سرقة - ولا يغـــير من الأمر شـــيئا أن يكون مرتكب الفعل قد حصل بطريق الغش، كما في الحالة المعروضة على مبالغ لا حق له فيها)).

وأخيرا، أتيح لمحكمة النقض الفرنسية أن تعلن عن رأيها بخصوص هذه المسألة، وذلك عقب تقديم طعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة استئناف Angers في ٢ فبراير سنة ١٩٨٢.

---

(١) Angers, 2 déc 1980, D.1981, I.R.P.383 J.C.P. 1981, IV, P.375= R.S.C., 1982, 129 obs p.Bouflat.

ونفس المعنى:

Lyon , I.Juill 1981.R.S.C.1982,619.

(٢) ويؤيد القضاء البلجيكي نفس المعنى. راجع في ذلك:

Corr Namur, 26 mai 1982, inedit, Yamur, 26 sep. 1982 inédit.

وجاء في حيثيات حكمها ((... ونظـــراً لأن محكمة الاستئناف ومن أجل الحكم ببراءة المتهم، أثبتت، أنه لكي يتمكن المتهم من إجراء السحوبات غير المشروعة، فقد استخدم ـــ وطبقا للقواعد الفنية لاستعمال الجهاز، البطاقة بوصفه صاحبها، وحيث أنه بالنظر إلى ذلك، فقد بررت محكم الاستئناف حكمها، إلا أنه في الواقع، فإن الوقائع المنسوبة إلى المتهم تنطوي على عدم ملاحظـــة التزام تعاقدي، ولا تندرج تحت أي نص جنائي [1]، [2].

ثانيا: موقف الفقه:

انقســـم الفقه بين معارض ومؤيد لإضفاء الوصف الجنائي على هذا الفعل الضار:

حيث يرى الفريق المعارض، أن هذا الفعل الضار لا ينطوي على جريمة سرقة، إذ من المتعذر القول بأن حامل البطاقة قد اختلس بمعنى أن استولى بدون رضاء البنك على المبالغ التي حصل عليها عن طريق وضع بطاقته في جهاز التوزيع الآلي، حيث لا يستقيم هذا القول مع البرمجة الإلكترونية لهذه الأجهزة على نحو يجعها تستجيب لكل طلب مطابق للنظام المحدد سلفا من جانب البنك، ومؤدى ذلك أن استجابة الجهاز المبرمج من جانب البنك لطلب حامل البطاقة معناه أن التسليم قد تم برضاء البنك وليس رغما عنه، وصحيح أن التسليم قد تم عن خطأ ما

---

(١) note Lucas ٤٦٥Cass crim 24 nov. 1983 Bul.crim., no. 315. P. 810. D.1954. J.P. De Lyssac.

(٢) يـــرى الأستاذ Larguier، أن حكم محكمة النقض السالف الذكر إذا كان قد أصاب الحقيقة، بخصوص نفيه لجريمتي وخيانة الأمانة عن هذه الواقعة، إلا أنه قد جانبه التوفيق في عدم أعمال وصف السرقة في هذا الفـــرض، ويستند في تبرير رأيه على حكم من محكمة النقض صادر سنة ١٩٦٤ بإضفاء وصف السرقة عـــلى واقعة أخذ الدائن مبلغ يزيد عن المدين المستحق بعد أن سلم له مدينه محفظته لكي يأخذ منها مبلغ الدين.

راجع في ذلك:

J.Larguier, L`abus de distributeur de billets pour le titulaire d`un compte insuffisamment approvisionné ne-peut-il étre pénalemrent incriminé? J.C.P.1987-1-3061.

يحق للبنك مطالبة العميل برد ماحصل عليه زيادة عن رصيده، ولكن العميل لا يعد سارقا. ذلك أن تسليم الشيء مادام قد تم برضاء حائزه وإرادته، ولو عن غلط فانه ينفى ركن الاختلاس الذي لا قيام للسرقة بدونه [١].

كذلك لا محل لاعتبار الفعل خيانة أمانة، ذلك انه وإن صح أن البطاقة تظل بمقتضى العقد ملكا للجهة المصدرة لها وبإمكانها إلغائها وطلب استردادها في أي وقت تشاء، ويتعين على العميل في هذه الحالة إعادتها إليها وإلا أعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، فان قيام حامل البطاقة بالاستيلاء على مبالغ نتيجة استخدامه للبطاقة أثناء فترة صلاحيتها، ولو بالمخالفة لشروط العقد، لا يعد خيانة أمانة، حيث يقتضي قيام هذه الجريمة أن تكون المبالغ التي استولى عليها العميل قد سلمت إليه بمقتضى عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في م ٤٠٨ عقوبات فرنسي [٢].

كما لا يصح اعتبار الفعل نصبا، لأنه وإن كان صحيحا، أن حامل البطاقة قد استولى عن طريق وضع البطاقة في جهاز التوزيع الآلي على مبالغ لا حق له فيها، إلا أنه قد تسلم هذه المبالغ عن طريق جهاز مبرمج من المجني عليه، وعلى نحو يتعذر معه القول بتوافر الطرق الاحتيالية التي لا غنى عنها لقيام النصب. ذلك أن العميل قد اتبع طريقة الاستعمال المألوفة للبطاقة عن طريق وضعها في الجهاز المعد لذلك من جانب البنك دون أي خداع أو تحايل في تشغيل الجهاز، ودون حمله عنوة على الاستجابة لطلبه على خلاف نظام تشغيله المعتاد. وإذا كان العميل قد استخدم بطاقته على خلاف شروط العقد، إلا أن إساءة استخدام البطاقة على هذا النحو لا يعد من قبيل الطرق الاحتيالية التي تستلزمها المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات الفرنسي لقيام جريمة النصب [٣].

---

[١] راجع:

Christain Gavalda. Le droit pénal des cartes de paiement, P.96 Cabrillac, et Tyssie, Cart de prévélements auprés distributeur autonatique irresp-onsbilité penale du titulaire que I utilise au de la des possibilités du compte Rev Trim. Dr. Com., 1981, 334.

[٢] راجع:

Rodier Rives. Lange Droit Bancaire, Precis Dalloz 3 éd, Paris no. 203 P.555, Carvillac et Mouly, Droit pénal de la banque et ducrédit, éd Masson 19822 no. 355 P.421.

[٣] راجع:

وخلاصة القول لدى هذا الاتجاه الفقهي، أن استيلاء حامل البطاقة من منافذ التوزيع للنقود – أثناء فترة صلاحية البطاقة – على مبالغ تجاوز رصيده، بالمخالفة لشروط العقد المبرم بينه وبين البنك لا يشكل أية جريمة جنائية في ظل النصوص العقابية القائمة وليس أمام البنك إزاء ما يكون قد وقع من العميل إلا مطالبته برد ما أخذ بدون وجه حق. أما إذا استطاع البنك أن يلغى البطاقة وأن يخطر العميل بردها، فإن امتنع عن ذلك وقام باستخدامها، عد مرتكبا لجريمة النصب بالنسبة للمبالغ التي يستولي عليها باستخدام البطاقة بعد إلغائها[1]. هذا فضلا عن اقترافه لجريمة خيانة الأمانة بالنسبة لاستيلائه على البطاقة التي تظل ملكا للجهة المصدرة لها ويتعين على العميل ردها إليها إذا طلب ذلك [2]. وعلى النقيض يرى فريق من الفقه، أن هذا الفعل الضار ينطوي على جريمة سرقة، ويفندون حجج الفريق المعارض على النحو التالي:

---

(١) انظر: Gavalda, op. Eit., P. 83 no. 5.

C rb e e M u y C n 358 342 203 Gavalda, op.cit. pp. 86 87 R ere R es L nge C n

(٢) وهـــذا ما انتهت إليه محكمة Créteil الابتدائية في حكمها الصادر في ١٥ يناير سنة ١٩٨٥، في قضية تخلص وقائعها في أن حامل بطاقة ائتمانية قد دأب استخدامها لسداد ما عليه من ديون لدى التجار، على الرغم من أن حسابه لم يكن به رصيد يسمح بذلك، وعندما سأم البنك من تصرفات عميله، قام بإنذاره بضـــرورة إعادة بطاقته، وفقا للنصوص التعاقدية المبرمة بينه وبين البنك والتي تنص على أن " تظل البطاقة ملكا للبنك الصادرة عنه، والذي له الحق في سحبها في أي لحظة، ويلتزم حامل البطاقة بإعادتها عند أول طلـــب، ومخالفة ذلك يعرضه للجزاءات المنصوص عليها في م ٤٠٥ عقوبات فرنسي، وذلك إذا ما استمر التعامل بها بعد إخطاره بسحب البطاقة بموجب خطاب وقد اعتبرت المحكمة أن هذه الواقعة تنطوي على جـــريمة خيانة الأمانة، باعتبار أن البطاقة بمثابة محرر، سلمت إليه على سبيل عارية الاستعمال، ومن أجل وظيفة محددة، ولكنه اختسلها أضرارا بالمالك. أشار إليه:

Roulet, Fraude informatique, Les Petities Affiches no. 84, 13 Juill 1988 P. 22.

بالنسبة لما ذهب إليه الفريق المعارض من أن النقود قد تم تسليمها طواعية remis t envolontairem من قبل البنك، فيرد على ذلك بأن البنك لم يسلم طواعية المبلغ الذي تجاوز الرصيد القائم، علاوة على أن الحاسب الآلي لا تنعقد له إرادة [1].

كما لا يوجد على الإطلاق تسليم مبنى على غلط remise par erreur وهذا ينفى أيضا الحيازة وفقا للمادة ٤٦١، فمنذ اللحظة التي تنطوي فيها الحيازة على مركز قانوني منظم، فانه ينفى الاختلاس المقترن بالغش [2]، كما أنه يستحيل أيضا قياس التسليم الاختياري أو التسليم المبنى على غلط على التسليم الذي تم بواسطة شخص خدع عمدا من قبل الشخص الذي تسلم الشيء وهذا بالأحرى أقرب إلى التسليم اللاإرادي remise inconsciente وعلى أنه حال، فالتسليم من الناحية المادية، قد اصطنعه حامل البطاقة.

وبالنسبة لوجوب أن يكون المقصود بالخداع هو الإنسان، فإن ذلك لا يشكل عقبه لتطبيق قانون العقوبات[3]، حيث بالإمكان اقتراف الجريمة بطريق غير مباشر، ويكون الحاسب الآلي حينئذ مجرد أداة سلبية، يمكن بواسطتها لشخص أن يستولي على مبلغ من النقود، تم حيازته في الحقيقة على نحو غير مشروع. وفى إطار نفس المعنى، فالتسليم الذي تم من قبل المجني عليه، على أثر خداع من الجاني، بخصوص شخصية المالك الحقيقي للشيء، يعتبر أيضا من قبيل الاختلاس

---

(١) أنظر:

C.Erkelens, La délinquance informatique belge et le droit pénal belge in Expertises, numero special P.22, Sousi Roubi art préc P. 572.

(٢) راجع: الأستاذ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأصلي، القسم الخاص، ١٩٢٣ ص ٦١٤. د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٨٤ فقرة ٣٩٢ ص ٤٤٩- ٤٥. د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، انقسم الخاص، ١٩٧٩ فقرة ٥١٢، ص ٧٤٣.

وفى القضاء الفرنسي: Cass 31 janv. 1865, 1865, D. pér, v. 512.

(٣) ويرى عكس ذلك الفقه الألماني. راجع:

Lenker, Th, O.C., 26, Sieber, U.O.C. 218 et S.

المقترن بالغش. وبالنظر إلى ذلك أمكن اعتبار الحاسب الآلي من قبل ((الغير المغبون)) Tiers abuse. وعلاوة على ذلك، لا يمكن اعتبار الخطأ أو الإهمال من جانب البنك بمثابة عقبة تحول دون تطبيق قانون العقوبات [1].

فإذا كان هذا الإهمال من قبل البنك يمكن أن يرتب مسئوليته العقدية، فإن ذلك لا ينفى على الإطلاق المسئولية الجنائية للمتهم، والذي اختلس عمدا نقودا تخص البنك، وأن مجرد علمه بأن رصيده لا يسمح بالسحب، يجعله مذنبا.

وتنشأ جرمية السرقة، طالما حدث اختلاس لشيء يخص الغير، وبغض النظر عن الوسيلة المستعملة. ويضاف إلى ذلك، أن قانون الالتزامات يلعب دورا هاما في هذا المجال ولمعرفة ما إذا كان هناك جريمة بالفعل، فإنه يجب تحديد العقد والالتزام. وتحديد العلاقة التي تفرض على كل شخص، ويجب معرفة فحوى العقد والالتزام. وتحديد العلاقة بين البنك والعميل تتم بمعرفة لائحة البنك، والتي تنص على أنه: لا يجوز للعميل أن يتعدى حدود حسابه ((م٣ من Bancotact والمادة ٣/ ٤من ister CashM))، وأنه ينبغي عليه رد البطاقة في حالة غلق حسابه [2].

وإذا ما خالف العميل الالتزام الملقى على عاتقه باحترام الرصيد الموجود في حسابه، وإذا ما استولى على نقود تتجاوز ما هو محدد في الاتفاق، فهو يستولي على نقود ضد إرادة البنك، والتي عبر عنها هذا الأخير عند إبرام العقد. ومن ثم يعد مرتكبا لجريمة السرقة.

وأخيرا، فإن التفسير الكاشف déclarative الذي غايته الإفصاح عن الإرادة الحقيقية للمشرع، قد مكن محكمة النقض منذ زمن طويل من مواجهة الإجرام الناشئ عن التقنيات الحديثة، ومن غير المفهوم ألا يطبق هذا النوع من التفسير في هذا المجال. فالحكم الذي أصدرته في

---

[1] راجع: C.E.rkelens, art prec p.22 .

[2] أنظر: Witters. L, Mister bank en cash contact, 1982, 27.

٢٤ نوفمبر سنة ١٩٨٣ جاء مخالفا لاتجاهها التوسعي في مجال السرقة سواء السابق أو اللاحق لهذا الحكم [١].

المطلب الثاني

استعمال بطاقة الائتمان الممغنطة غشا للإضرار بالغير

يتحقق هذا الاستعمال بطريق الغش إما من قبل صاحب البطاقة، أو من قبل الغير الذي يعثر عليها مفقودة أو يستولي عليها بطريق السرقة.

أولا: الغش الذي يرتكبه صاحب البطاقة:

يحدث هذا الغش من صاحب البطاقة في فرضين: أولهما يتمثل في استعمال البطاقة بعد انتهاء مدة صلاحيتها. وثانيهما: يبدو في استعمالها على الرغم من إلغاء البنك لها.

في الفرض الأول وطبقا للعقد المبرم بين البنك وحامل البطاقة، يتعين على الأخير أن يعيد البطاقة، حال انتهاء مدتها، إلى البنك. ولكن قد تسول له نفسه استخدامها على الرغم من إلغائها. وفى هذا الشأن قضت محكمة Créteil بأن هذا التصرف ينطوي على جريمة خيانة الأمانة، على اعتبار أن البطاقة بمثابة محرر، يتم تسليمها إلى العميل على سبيل عارية الاستعمال، ومن أجل وظيفة محددة، وأن استمرار التعامل بها، على الرغم من إخطاره بسحبها يعد من قبيل الاختلاس الذي يضر بالبنك [٢].

وينتقد جانب من الفقه [٣]، إضفاء وصف خيانة الأمانة على هذا الفعل وسنده في ذلك، أن البطاقة الائتمانية ليست محررا سلم للعميل بناء على عقد وديعة أو وكالة أو عارية

---

(١) أنظر: J.Larguier, art préc.

(٢) راجع: Rribgrreinst Creteil, 15 jany 1985,D. 1985., Inf., rap. 344.

(٣) راجع: W.Jeandidier, art préc, P.449.

الاستعمال، بل هي مال سلعي bien marchandise، تم اختلاسه عن طريق الاستخدام المتعسف، أي الاستخدام المخالف للغرض الذي من أجله خصصت البطاقة، وهذا يخرج عن مجال خيانة الأمانة. كما أن وصف النصب يستحيل تطبيقه على هذا الفعل سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الموضوعية، فمن الناحية القانونية: يلاحظ أن سلوك المتهم، قد انطوى على الكذب المجرد، الذي لا يكفى بمفرده لقيام جريمة النصب،فهو لم يقدم ما يفيد الإقناع بوجود دين وهمي un crédit imaginaire علاوة على أنه استخدم الموزع الآلي وفقا لنظام تشغيله المعتاد. ومن الناحية الموضوعية: لأن الجهاز سيبتلع حتما البطاقة التي تم إلغاؤها. كذلك فان الشروع في النصب غير متصور كذلك نظرا لاستحالة ارتكاب هذه الجريمة من حيث المبدأ. أما بالنسبة للشروع في السرقة فانه لا يمكن إسناده إلى المتهم، طالما أودع في حسابه رصيدا كافيا. ولكن يتحقق الشروع في السرقة عندما يسعى الفاعل إلى اختلاس مال الغير، أي نقود البنك المودعة في الموزع الآلي كرها عنه.

وفى الفرض الثاني: حيث يلجأ صاحب البطاقة إلى استعمالها على الرغم من إلغائها من قبل البنك، فان محكمة باريس [1] في حكمها الصادر في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٧٤ قضت بأن هذا السلوك يعد من قبيل الطرق الاحتيالية التي تهدف إلى الإقناع بوجود دين وهمي من أجل الحصول من البنك على المبالغ النقدية التي تم الاستيلاء عليها. بينما يذهب رأى في الفقه إلى إضفاء وصف الشروع في السرقة على هذا السلوك، على اعتبار أن إلغاء البطاقة مرده عدم وجود رصيد [2].

---

(١) أنظر:

Trib. Corr. Paris 16 oct 1974, Banque 1975, 3324 obs Martin.

وفى نفس المعنى انظر : Paris, 28 oct 1983, Juris data no 029207.

وفى نفس المعنى أيضا: Carbillac et Mouly, op. Cit., 354,

(٢) أنظر: W.Jeandidier, art prec., P. 449.

ثانيا: الغـــش الذي يقـــع من الغير:

يتيح نظام بطاقات الائتمان - كما سبق الإشارة - لحاملي هذه البطاقات سحب مبالغ - في حدود معينة - عن طريق وضع البطاقة في أحد منافذ التوزيع الآلي للنقود.

وتجنبا لمخـــاطر سرقة أو فقد هذه البطاقة، فإن البنوك المصدرة لها، تحدد لكل بطاقة رقما سريا لا يمكن استخدامها إلا بموجبه.

ويتعين على حاملي هذه البطاقات في حالة سرقتها أو ضياعها إخطار الجهة المصدرة لها، وأيضا إخطارها عند ضياع أو سرقة الرقم السري الذي لا يمكن استعمال البطاقة بدونه إن حدث ذلك.

وبناء على ما تقدم، فإذا قام صاحب البطاقة بإخطار الجهة المصدرة لها بضياعها أو سرقتها، وكذلك بضياع أو سرقة الرقم السري الخاص بها، أصبحت هذه الجهة هي المسئولة عن المبالغ التي يتم سحبها بعد الإخطار [1].

أما إذا ضاعت البطاقة أو سرقت مع الرقم السري الخاص بها، واكتفى صاحبها، خلافا لما يستلزم العقد، بإخطار الجهة المصدرة لها بضياعها أو سرقتها، دون إبلاغها بضياع الرقم السري، فانه يتحمل مسئولية المبالغ التي يتم سحبها بموجب هذه البطاقة بعد الإخطار [2]، [3].

---

(١) وذلك وفقا للمادتين ٦، ٧ من عقد البطاقة الزرقاء الفرنسية. وهناك العديد من الأمثلة التي تشير إلى إهمال العملاء في هذا الشأن، راجع:

Cass. Com. 2 dec 1980, Bull. Civ. IV n°.، 400 Paris 2 oct. 1976.
Juris data no. 0551, paris 21 mars 1985, juris data no. 020847.

(٢) راجع:

Pau 17 oct 1984, D. 1985, Inf. Rap. 343 obs Vasseur, paris, 16 oct. 1984. D. 1985, Inf. Rap., obs vasseur.

(٣) راجع: د. رفعت أبادير، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، النشار سعيد رأفت ١٩٨٤ صـــ ٩٧ وما بعدها.

وعندما يتمكن الغير من سرقة البطاقة أو العثور عليها منفردة ومعها الرقم السري، ويقوم بسحب مبالغ نقدية من حساب صاحبها، فقد رأت بعض المحاكم الفرنسية[١] وشايعها في ذلك جانب من الفقه [٢] أن هذا السلوك ينطوي على جريمة نصب، على اعتبار أن المتهم قد انتحل اسما كاذبا، ومن ثم يكون قد استخدم وسيلة احتيالية لإقناع المجني عليه بوجود ائتمان.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه [٣]، إلى أن هذا الفعل يشكل جريمة سرقة استعمال مفتاح مصطنع fausse clef، على اعتبار أن البطاقة الائتمانية تعد من قبيل المفاتيح المصطنعة. وسنده في ذلك أن المادة ٣٩٧ عقوبات لم تحدد على وجه الدقة ماهية المفتاح المصطنع، ولا مناص إذن من اللجوء إلى اللغة الدارجة، والتي تعتبر من قبيل المفاتيح، كل شئ يستخدم في فتح قفل أو لفتح جهاز مغلق [٤].

ونستطيع أن نقرر، انه علاوة على قواعد المسئوليتين الجنائية والمدنية، فان مواجهة ظاهرة الإجرام الناشئة عن إساءة استخدام الموزع الآلي، تقتضي مباشرة العديد من التدابير الأمنية، والتي من شأنها منع الجرائم قبل وقوعها، ونذكر من بينها:

---

(١) راجع:

Rennes, 26 janv, 1981, D. 1982, IR p.500, obs Vasseur, Bordeaux 25mars 1986, D. 1987. P. 424 note pradel.

وفى القضاء البلجيكى

Corr. Gand, 2 oct. 1970 inédit.

(٢) راجع:

W.Jeandidier, art prec, p. 446, 447.

(٣) راجع:

C.Erkelens. art préc p. 22 et 23.

ويميل إلى ذلك غالبية الأحكام في القضاء البلجيكي، انظر:

Corr. Hasselt, 26 oct. 1984 inédit

(٤)

Lergos R.Considerations sur les lacunes et l`interprétation en droit énal. Rev, dr. pénd. Crim. 1966, 28 no. 30.

تطبيق نظام on line بدلا من نظام off line حيث يؤدى ذلك إلى وجود ربط إلكتروني بين حساب العميل في البنك وبين منافذ التوزيع الآلي للنقود. وبما يؤدى إلى امتناع أجهزة التوزيع الآلي عن أي طلب للعميل بسحب مبالغ تجاوز رصيده القائم بالبنك[1].

التوسع في تطبيق نظام البطاقة بالذاكرة cart á memoire والتي تحوى فضلا عن البيانات الشخصية لحاملها، كافة العمليات المصرفية التي يباشرها، وعلى نحو تمنع صرف أي مبالغ تجاوز رصيد العميل.

استحداث أساليب وقائية فنية إلى التعرف على شخصية صاحب البطاقة: كبصمة الأصابع أو التعرف على الصوت أو قاع العين أيضا [2].

وقد استحدثت الولايات المتحدة قانون سنة ١٩٨٤ [3] للعقاب على التلاعب في بطاقات الائتمان. ويطبق هذا القانون على استعمال و إنتاج وحيازة أو تسويق وسائل الولوج المزورة moyen falsfisles d`accés é es، أو على أجهزة تصنيع هذه الوسائل. ويعاقب هذا القانون بالغرامة أو الحبس أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اقترف عمدا أو بنية الغش [4] :

١. إنتاج واستعمال أو تسويق وسيلة أو أكثر من وسائل الولوج المصطنعة.
٢. تسويق أو استعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الولوج غير المسموح بها لفترة زمنية تقدر بعام واحد، وتمكن من الحصول على شئ تصل قيمته إلى ١٠٠٠ دولار فأكثر خلال هذه الفترة.
٣. حيازة خمس عشرة وسيلة ولوج مصطنعة أو أكثر أو غير مسموح بها.

---

(١) راجع: errai Said, th. Préc., 76 et s

(٢) راجع W.Jeandidier. art préc. P. 448. Le Matin 28 mars 1985, le Monde 9 ict 1985

(٣) Credit Card Fraud Act-pub. L98 – 473. 1029.

(٤) أنظر: M.W.,Mendes, La législation pénal en matiére d`ordinateurs et les mesures de securtité aux Etats – Unis, in Droit L`informatique 1985 – 6 – annex p. 40.

٤. إنتاج أو تسويق الأجهزة التي تستخدم في تصنيع هذه الوسائل المشار إليها سلفا.

ويقصد بوسيلة الولوج: كل بطاقة أو اسطوانة أو شفرة أو رقم حساب، أو أي وسيلة ولوج يمكن استخدامها بمفردها أو بالاشتراك مع غيرها من الوسائل الأخرى للحصول على نقود أو أموال أو خدمات أو أي شئ آخر له قيمة أو يمكن استخدامها لمباشرة تحويل نقود.

وتعنى وسيلة الولوج المصطنعة: كل وسيلة ولوج مزورة أو صورية أو مقلدة.

ويستلزم هذا القانون إثبات العلم ونية الغش لدى المتهم.وهو لا يطبق على مخترقي الشبكات المعلوماتية hackers [1]، على أساس أن مجرد نقل معلومات غير مسموح بها ومختزنة في حاسب آلي شخصي يصعب تقويمها ماليا، وهو ما يتعارض والولوج المعاقب عليه وفقا لهذا القانون، والذي يستلزم الحصول على شئ له قيمة مالية.

---

(١) استعمل هذا المصطلح لأول مرة في الستينات بواسطة مجموعة من الطلبة الذين يدرسون في الجامعات الأمريكية، ويتمتعون بقدر عال من الكفاءة ويتفاخرون بإلمامهم بعلوم الحاسب الآلي وبإمكانية اختراقهم لشبكات الحاسبات الآلية بجهودهم الذاتية وبدون تعليمات

ويعنى حاليا مصطلح hackers الشاب البالغ الذي ينتهك بدون إذن الشبكات المعلوماتية من طريق حاسبه الآلي، حيث يمكن الولوج إلى الحاسبات الآلية الأخرى، وعلى نحو غير مشروع باستعمال modem وهو جهاز له القدرة على تحويل النبضات الرقمية إلى موجات إلكترونية، والتي يمكن نقلها بدورها على خط تليفون، ويباع هذا الجهاز في الولايات المتحدة بحوالي مائة دولار.

Broad, Rising Use of computer, Network Rouses issues of security and Law. N.Y. Times Aug 26, 1983, A. 1.col.3.

المبحث الثاني

التحويل الإلكتروني غير المشروع للأموال

قد يتلاعب الجاني في البيانات المختزنة في ذاكرة الحاسب الآلي أو في برامجه وفقا لأساليب متعددة [1]، بهدف تحويل كل أو بعض أرصدة الغير أو فوائدها إلى حسابه.

والسؤال الذي يثور، في هذا الفرض هو: هل يمكن تطبيق النصوص التقليدية الخاصة بجريمتي النصب وخيانة الأمانة على هذا السلوك غير المشروع، على الرغم من عدم وجود اعتداء مادي ملموس على حق ملكية الغير؟ وإذا كان هناك بعض صعوبات فما هي الحلول المقترحة في هذا الشأن؟.

المطلب الأول

النصـــــــــــب

تمهيد وتقسيم:

النصب هو الاستيلاء بطريق الاحتيال على شئ مملوك للغير بنية تملكه [2] وقد نص قانون العقوبات المصري في المادة ٣٣٦ على أن ((يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال

---

(١) راجع في تعريفات النصب: د. حسن صادق المرصفاوى، قانون العقوبات الخاص، الإسكندرية، منشآت المعـــارف / ١٩٩١، ص ٣٩٤، د. على راشد، القانون الجنائي الخاص، سيد عبد الله وهبه، ١٩٧٢ ص ٤٠٠، د. محمـــود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة لعربية، سنة ١٩٨٦، ص ٩٩٠، د. عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٤، ص ٣٥٦.

(٢) أنظر ص ٦٢ وما بعدها.

لسلب كل ثروة الغير أو بعضها إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث الأمل بحصول ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه وإما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة)).

ويتكون الركن المادي في جريمة النصب من فعل الاحتيال أولا، ومن استيلاء الجاني على منقول مملوك للغير ثانيا، ومن علاقة سببية بين الأمرين أخيرا، أما الركن المعنوي فيتميز باشتماله على قصد خاص بجانب القصد العام.

وتتركز المشاكل التي يثيرها الفقه [1] بخصوص تطبيق جريمة النصب على التلاعب في البيانات أو البرامج بهدف الحصول على مال أو أي شئ آخر ذات قيمة في أمرين أولهما: مدى جواز الاحتيال على نظام الحاسب الآلي وإيقاعه في الغلط. وثانيهما: مدى اعتبار النقود الكتابية أو البنكية من قبيل الأموال المادية التي يرد عليها الاستيلاء. وهذا ما سنعرض له على النحو التالي:

الفرع الأول

الاحتيال على نظام الحاسب الآلي

الاحتيال هو كل تظاهر أو إيحاء يكون صالحا لإيقاع المجني عليه في الغلط بطريقة تؤدى إلى الاقتناع المباشر بالمظهر المادي الخارجي، أي أن المجني عليه في جريمة النصب هو من جازت عليه حيلة الجاني فانخدع بها وسلمه ماله.

---

[1] راجع:

Nadine Aupécle, Th, préc. No. 143, 144 p.84 ets J.said Th prec, no. 104 p.115, Sargos et Masse op. Cit, pp. 28, 29.

وهنا يثور تساؤل محله: هل يمكن ممارسة أفعال الاحتيال على الحاسب الآلي وإيقاعه في الغلط؟.

تشتت سبل التشريعات المقارنة في الإجابة على ذلك، وفى هذا الخصوص نجد ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول:

ويستلزم لتوافر جريمة النصب أن يكون الجاني قد خدع إنسان مثله، وأن يكون الإنسان المخدوع مكلفا بمراقبة البيانات. ومن ثم لا يتصور وفقا لهذا الاتجاه خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة، ولا يجوز حينئذ تطبيق النص الجنائي الخاص بالنصب لافتقاده لأحد العناصر اللازمة.

ويتبنى هذا الاتجاه تشريعات كل من مصر [1] وألمانيا والدانمرك وفنلندا واليابان والنرويج والسويد ولكسمبورج وإيطاليا [2].

والتشريع الفرنسي وإن صيغ على نمط هذه التشريعات، إلا أن هناك اتجاها في الفقه الفرنسي [3] يرى أن خداع الحاسب الآلي لسلب مال الغير تتحقق به الطرق الاحتيالية بمفهومها المشار إليه في المادة ٤٠٥ عقوبات ككذب تدعمه أعمال مادية أو وقائع خارجية، حيث يتوافر فيه بالإضافة إلى الكذب، واقعة خارجية تسانده هي ـــ إبراز أو تقديم المسندات أو المعلومات التي تدخل إلى الحاسب. وأن واضعي تقنين سنة ١٨١٠ والذين قاموا بصياغته قبل حدوث

---

(١) د. عـــوض محمـــد، ســـابق الإشارة إليه، رقم ٢٦٤ ص ٣٧٦، ويرى جانب من الفقه المصري أن غش العدادات والأجهزة الحاسبة هو نوع من تجسيد الكذب آذى يتحقق به الطرق الاحتيالية، راجع د. أحمد فتحي سرور صـــ ٨٩٢.

(٢) Aspects de droit compare in le droit informatique: Martine Briat, La délinque nouvelles de la communications, Economice, techologies aux criminel face 1986,p.266.

(٣) راجع:

J.Pradel et C.Feuillard, art préc, p.311, Sargos et Masse op. Cit., p.29.

الثورة الصناعية الكبرى قد انحصر تفكيرهم في العلاقات القائمة بين البشر، أي بين المخادع والمخدوع، و لم يدر بخلدهم تلك العلاقة التي ستكون قائمة بين الإنسان والآلة. وأن هذه العقبة ليست بذات قيمة،لأن الإنسان هو الذي يقف وراء آلته، أي أن موظف البنك أو مدير المنشأة هو الموجود دائما خلف الحاسب الآلي [1].

كما يدعم هذا الاتجاه الفقهي رأيه، بما قضت محكمة النقض الفرنسية [2] بتطبيق عقوبة النصب على شخص دخل بسيارته إلى أماكن انتظار السيارات، بدلا من وضع النقود الأصلية المطلوبة في عداد أماكن الانتظار، قام بوضع قطعة معدنية عديمة القيمة فيه، وترتب على ذلك تشغيل الماكينة وتحريك العقارب. حيث أسست المحكمة حكمها على أن وضع قطعة معدنية عديمة القيمة في العداد يعد من قبيل الطرق الاحتيالية.

الاتجاه الثاني:

ويمثله تشريعات دول الأنجلوسكسون anglo -saxon والتي جاءت نصوصها في مجال النصب على نحو أعم وأشمل من نظيرتها الأوربية، وبحيث يمكن تطبيقها على النصب المعلوماتي.

---

(1) ويشـــاطر الفقـــه البلجيكي نظيره الفرنسي في الرأي حيث يعتبر أن الحاسب الآلي ليس سوى أداة سلبية لارتكـــاب الجريمة، وأن المخدوع في بداية الأمر ليس الحاسب الآلي ذاته ولكن الشخص الموجود خلف الآلة. راجع في ذلك: C.Erkelens. art prec. P.24,

(2) Crim, 10 déc 1970 J.C.B 1972, 11, 17277 note Cassin, 4 Mal 1987, G.P.30 sep. lér cot 1987.

عكس ذلك ما قضت به محكمة Lille حيث قررت أن الادعاء الكاذب يفترض بالضرورة وجود علاقة مباشرة بين شخصين، وهذه العلاقة لا تكون قائمة بين شخص وشئ، وانتهت إلى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تنطوى على جريمة النصب.

Ttib corr Lille, 15 déc 199, D.1901, 20 365.

ففي إنجلترا ودول الإقليم الغربي من بريطانيا "de Galles" ، فإن التفسير الواسع لنصوص قانون السرقة tTheft Ac هناك، يشمل التلاعب في البيانات من أجل الحصول على منفعة مالية. فالمادة ١٥ من قانون السرقة الصادر سنة ١٩٨٦ تنص على أنه يعد مرتكبا لجريمة السرقة كل من حصل بطريق الغش وبصفة غير مشروعة على مال يخص الغير يقصد حرمانه منه بصفة دائمة " وكذلك تنص المادة الأولى من قانون السرقة الصادر سنة ١٩٧٨ على أنه ((يعد مرتكبا لجريمة السرقة كل من حصل بطريق الغش وبصفة غير مشروعة على منفعة من الغير)). وتنص المادة ١٦ من ذات القانون على أنه ((يعاقب كل من حصل على نحو غير مشروع وبأي وسيلة خداع سواء لنفسه أو للغير على منفعة مالية))[١].

وعلى الرغم من أن ظاهر هذه النصوص يوحي بإمكانية تطبيقها على النصب المعلوماتي، إلا أن القضاء الإنجليزي تردد في تطبيقها في قضية Regina v. Mortiz عام ١٩٨١، والتي تتعلق وقائعها بتلاعب أحد الأشخاص في البيانات المعالجة إلكترونيا بواسطة الحاسب الآلي والخاصة بسداد ضريبة TVA بهدف التهرب منها، حيث اعتبرت المحكمة أن الغش الواقع على الآلة لا يعد من قبيل الاحتيال المعاقب عليه جنائيا. وهذا ما دفع البرلمان الإنجليزي إلى إجراء تعديل سنة ١٩٨٣ يهدف إلى اعتبار خداع الآلة بنية ارتكاب غش مالي من قبيل الاحتيال المعاقب عليه جنائيا [١].

وأما بالنسبة لكندا، فان المادتين ٣٨٧، ٣٨٨ من قانون العقوبات الكندي [٢] يسهل تطبيقهما على النصب المعلوماتي.

---

(١) أنظر:

M.Briat, La fraude informatiqu: Une Approche je droit comparé Rev. dr. pén., crim., p. 290.

(٢) راجع: M. Briat, La fraude informatiqu: art prec p.290.

(٣) استحدث قانون العقوبات الكندي المادة ٣٠١ / والتي تنص على:

وهكذا أدان القضاء الكندي في قضية Regina v.Marin Ressource Analyste Limited المتهمون بجريمة الشروع في النصب، لاستخدامهم رقم حساب شخص آخر للولوج في نظام معلوماتي [1].

وفى استراليا، فان أغلبية الولايات هناك تبنت تفسيرا واسعا لمفهوم الاحتيال مستوحى من القانون الإنجليزي. ويبدو ذلك جليا في قضية R.v.Laverty، حيث أدانت إحدى المحاكم الأسترالية شخصا بجريمة النصب لاحتياله على مديري أحد البنوك في Sydney بتركهم يعتقدون

١- كل من حصل بطريق الغش وبدون وجه حق مباشرة أو بطريق غير مباشرة على خدمات من حاسب آلي. =

١. كل من ولج بنية الغش بواسطة جهاز الكترونى أو صوتى أو إلى مباشرة أو بطريق غير مباشر، في حاسب آلي.

٢. كل من استعمل حاسب آلي مباشرة أو بطريق غير مباشر بغرض ارتكاب جريمة منصوص عليها في الفقرة أ، ب أو جريمة منصوص٣ عليها في ص ٣٨٧ خاصة بيانات أو حاسب آلي.

٣. سرقة البيانات أو جعلها غير صالحة أو عديمة الفائدة.

٤. منع أو إعاقة الاستخدام المشروع للبيانات.

٥. منع أو إعاقة شخص في استخدام حقه المشروع للبيانات أو رفض ولوج شخص له الحق في البيانات.

راجع في ذلك Vivant et le Stanc, Lamy informatique no.2489.

(١) وهناك حكم قضائي آخر في نفس المعنى خاص بقضية Regina v.kirkwood والتي تتلخص وقائعها في قيام شخص ببيع وتأجير شرائط Videogrammes مقلدة أي منسوخة على نحو غير مشروع، وقد أدانت المحكمة الكندية المتهم، لأنه تسبب وبنية الغش في إلحاق الضرر بأصحاب الحق على الشرائط، وذلك على الرغم من عدم وجود خديعة أو كذب أو أي علاقة بين المجني عليه والمتهم، وأسست المحكمة حكمها على الضرر المؤثر وعلى تعريض المصالح الاقتصادية لأصحاب حقوق التوزيع لخطر الضرر، وأن الحيازة على نحو مشروع ينطوى على احتيال راجع.

M.Briat, La delinquance informatique,op.cit.,p.260.

أنه يملك اعتمادات في بنك Tasmania، وحقيقة الأمر أنه تلاعب في برامج حاسب البنك الأخير كي تبدو هذه الاعتمادات في صالحه [1].

الاتجاه الثالث:

ويمثله الولايات المتحدة، حيث يطبق هناك القوانين الخاصة بالغش في مجال البنوك والبريد والتلغراف، والاتفاق الإجرامي لأغراض ارتكاب الغش، على حالات النصب المعلوماتي. بل أن بعض الولايات الفيدرالية أصدرت قوانين تضفي مفهوما واسعا على المال بحيث أنه يشمل " كل شئ ينطوي على قيمة " ويندرج تحت هذا التعريف الأموال المعنوية، البيانات المعالجة، وتعاقب هذه القوانين على الاستخدام غير المسموح به للحاسب الآلي بغرض ارتكاب أفعال الغش أو للاستيلاء على مال [2].

---

(١) M.Briat,La faude informatique, at préc.p.291.

(٢) استحدثت الولايات الأمريكية " مثل أريزونا وكاليفورنيا وكولورادو وديلادار وفلوريدا وجورجيا واليونوى وميتشجان وميسورى ومونتانا أو تاوا ونيو مكسكو " العديد من القوانين الجنائية التي تعاقب على الاستخدام غير المسوح به للحاسب الآلي بغرض الاحتيال أو الحصول على مال، والمجال هنا ليس لفحص جميعها، ولذا نكتفي بإيراد ملاحظتين عليها:

أولاهما: أن آليات التجريم في هذه القوانين على درجة كبيرة من الاختلاف ويبدو ذلك من زاويتين:

أ – أن جميع هذه القوانين إذا كانت تتمسك بضرورة توافر الغش أو سوء النية في الأفعال المعاقب عليها ن إلا أن صيغتها في هذا الشأن جاءت غير متطابقة، وعلى سبيل المثال فقانون كاليفورنيا ينص على أن « يعاقب كل شخص ولج عن عمد أو سوء نية » م ٥٠٢ من قانون عقوبات كاليفورنيا الصادر سنة ١٩٧٩ والمعدل سنة ١٩٨٢« وقانون ديلادار» ينصان على « كل من ...وكان ذلك عن تبصر أو تروى مباشر أو بطريق غير مباشر » = = م ٥٥٨ والمعدلة في سنة ١٩٨٢ " قانون فلوريدا " ينص على " كل من باشر عن تروى وعلم وبدون إذن ٠٠ " " قانون ١٩٧٨ " " وقانون بنسلفانيا " ينص على " كل من ٠٠ عمدا وبدون إذن " " قانون سنة ١٩٨٣".

ب- أن بعض هذه القوانين مال إلى تقنين ويشكل مختصر الأفعال المجرمة مقتديا في ذلك بالنموذج الفيدرالى ومنها قانون كاليفورنيا والذي يعاقب « كل من ولج عمدا في نظام أو نقود أو

وذهب القانون الجنائي المستحدث لولاية آلاسكا إلى ابعد من ذلك، حيث قرر عدم إمكانية الدفع في الدعاوى المرفوعة عن جرائم الغش بأن المتهم قد باشر أو حاول أن يباشر أفعال احتياليـــــة على آلة "ne peut étre soulvé comme moyen de défense le fait que l`accusé ait exercé tenté d`exercer les manoeuvres dolosives sur une machine".

وعلى المستوى الفيدرالي صدر قانون الولوج المصطنع في الحاسب الآلي في أكتوبر سنة ١٩٨٤ "Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act" والذي ينص على عقاب ((كل من ولج عمدا في حاسب آلي بدون إذن، أو كان مسموحا بالولوج منه، واستغل الفرصة التي سنحت له عن طريق هذا الولوج لأغراض لم يشملها الإذن، وقام عمدا عن طريق هذه الوسيلة باستعمال أو تعديل أو إتلاف أو إفشاء معلومات مختزنة في الحاسب، متى كان هذا الأخير يعمل باسم ولصالح الحكومة الأمريكية، وطالما أثرت هذه الأفعال على أداء وظيفته. ويمكن لهذا النص وبطريق غير مشروع وبشروط معينة أن يشمل النصب الذي يرتكب عن طريق الحاسب الآلي. ولكن وزارة العدل الأمريكية قدمت في أغسطس سنة ١٩٨٤

خدمـــات « قانون العقوبات م ٥٠٢ / ب » ويجرم هذا القانون أيضا « كل من ولج بسوء نية في نظام أو شـــبكة معلوماتـــية بغرض الحصول على معلومات غير مسموح بها تتعلق بسمعة الغير أو كل من أدخل معلومات مصطنعة بغرض تحسين أو إساءة بسمعة الغير ويعاقب أخيرا كل شخص ولج بسوء نية أتلف أو محـــا أو أضر بأي نظم معلوماتي أو شبكي معلوماتية أو كيان منطقي أو بيانات وعلى النقيض تبنت بعض القوانـــين الأخـــرى المـــنهج التحليـــلي ومنها على سبيل المثال قانون فلوريدا والذي احتوى على ثلاث مجموعـــات أساســـية أحدهما: مخصصة للجرائم التي تقع على البيانات الموجودة بالبرامج، والثانية خاصة بالجـــرائم الـــتي تقـــع عـــلى المعدات والتجهيزات المعلوماتية، والثالثة خاصة بجرائم المستخدمين لنظم المعلومات.ولكل مجموعة منها قواعدها الداخلية الخاصة بها.

وثانيهما: تتعلق بالمنهج الأنجلو سكسوني في التعاريف القانونية، حيث يلاحظ أن هذه التعاريف ليس لها أي قيمة خارج الولايات المتحدة بل وأيضا خارج الولاية التي تنص عليها. وفضلا عن ذلك فليس لها أي قيمة خارج النص الذي يحتويها حيث أنها تعطى من أجل احتياجات النص. راجع:

Vivant et le Stanc, Lamy droit de l´informatique, no.2487.

مشروعا بقانون يستهدف مباشرة حالة الغش المعلوماتي، والذي يعاقب من رتب أو صمم خطة ما أو حيلة، بغرض ارتكاب غش، أو الاستيلاء على مبلغ من النقود أو مال لا يخصه، وولج أو حاول الولوج في حاسب آلي بغرض تنفيذ أو محاولة تنفيذ هذه الخطة أو الحيلة أو لارتكاب أو محاولة ارتكاب مثل هذا النصب أو هذه السرقة أو الاختلاس ... ((ومصطلح المال property وفقا لهذا المشروع بقانون يشمل ((كل الوسائل المالية والمعلومات التي تحتوى على بيانات معالجة والمكونات الإلكترونية والكيانات المنطقية وبرامج الحاسب الآلي سواء بلغة الآلة أو بلغة مقروءة للإنسان وكل قيمة أخرى ذات طابع مادي أو معنوي))[1].

الفرع الثاني

الاستيلاء على نقود كتابية أو بنكية

نشاط الجاني في جريمة النصب مركب لا بسيط، فهو يتكون من فعلين مختلفين، هما الاحتيال والاستيلاء. وأول الفعلين يتقدم الثاني في الزمن ويفضي إليه بحكم المنطق[2]، ومحل الاستيلاء في جريمة النصب هو المال المنقول، والذي حدده المشرع المصري في المادة ٣٣٦ عقوبات بأنه ((نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو متاع منقول)) ويتحقق الاستيلاء على المال في هذه الجريمة بتسليم المجني عليه المال بمحض اختياره إلى الجاني تحت تأثير الغلط الذي أوقعه فيه فعل الاحتيال [3].

---

(١) M.W.Mendes, art préc, p. 41.

(٢) د. عوض محمد، سابق الإشارة إليه رقم ٢٧٤ ص ٣٩١.

(٣) راجع: د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط ٣، ١٩٩٠، ص ٨٦١.

ولا يرتب الاستيلاء الناشئ عن الاحتيال على الحاسب الآلي أدنى مشكلة، إذا كان محل الاستيلاء نقودا أو أي منقول آخر له قيمة مادية [٤]، كأن يتم التلاعب في البيانات الداخلة أو المختزنة بالحاسب أو برامجه، بواسطة شخص ما كى يستخرج الحاسب باسمه أو باسم شركائه شيكات أو فواتير مبالغ غير مستحقة يستولي عليها الجاني أو يتقاسمها مع شركائه [١].

ويدق الأمر عندما يكون محل هذا الاستيلاء نقودا كتابية monnaie scripturale أو بنكية monnaie de banque أي أنه في هذا الفرض يتم الاستيلاء على المال عن طريق القيد الكتابي، وصورة ذلك أن يتلاعب شخص في البيانات المختزنة في الحاسب كي يحول بعض أرصدة الغير أو فوائدها إلى حسابه.

وهنا يثور تساؤل: هل حدث استيلاء مادي على المال أم لا؟

أولا: الموقف في التشريع المقارن:

في عدد محدود من الدول، كما هو الحال في كندا ((م ٢/٢٨٢ عقوبات))، وهولندا ((المواد ٣١٠، ٣١١، ٣٢٢ عقوبات))، وسويسرا ((المواد ١٣٧، ١٤٠، ١٤١ عقوبات))، وفى معظم الولايات الأمريكية وإنجلترا، تعتبر النقود الكتابية وفقا لهذه التشريعات - وعلى الرغم من طابعها غير المحسوس - من قبيل الأموال التي تصلح لأن تكون محلا لجرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة [٣].

---

(١) أنظـــر: الأســـتاذ أحمد أمين، شرح قانون العقوبات الأصلي، القسم لخاص، القاهرة، ١٩٢٣ ص ٧٤٧، د.محمود مصطفى، ص٥٢٤، د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ١٩٧٠، ص ٤٧٠.

(٢) Nadine Aupécle, Th préc. P.103 ets., R.Gassin le pénal de l`informatique, D.1986. chro.38.

(٣) M.Briat, La délinquance informatique, op. Cit., p.268 .

وعلى نقيض هذه التشريعات، لا تعتبر النقود الكتابية - وفقا لتشريعات ألمانيا [٤] ((المادتان ٢٤٢، ٢٤٦ عقوبات))، اليابان، ولكسمبورج، بمثابة مال مادي، ولكن ينظر إليها بوصفها من قبيل ((الديون)) créances والتي يستحيل أن تكون محلا للاختلاس أو السرقة [١].

ثانيا: الموقف في التشريع الفرنسي:

ابتدع القضاء الفرنسي نظرية التسليم المعادل la théorie remise par équivalent والتي صيغت بمناسبة النصب على ضريبة المبيعات TVA، وعلى عداد موقف انتظار السيارات، والتليفون، والتي تلقفها الفقه كي يلاحق بها كافة أشكال النصب باستخدام الحاسب الآلي.

١- مضمون النظرية:

أقرت محكمة النقض الفرنسية، بأن مجرد القيد الكتابي jeu d`ecriture والذي لا يقتضي تسليم شئ مادي أيا كان، يعد من قبيل التسليم العادل [١].

وقضت بذلك في مجال النصب على ضريبة المبيعات المستحقة للدولة، مقررة أن جريمة النصب لا تتوافر فقط، عندما يتم الاسترداد المقترن بالغش لدين الضريبة سواء عن طريق الدفع المباشر من خزينة الدولة أو بتحويل الدين إلى الغير، ولكن أيضا عندما يصطنع التاجر بنفسه دين الضريبة بواسطة فواتير وهمية، ويستخدمها لخصمها من الضرائب المستحقة عليه مقابل مبيعاته الحقيقية التي تمت فيما بعد.

وقد اعتبرت محكمة النقض أن مجرد القيد الكتابي يعادل التسليم وجاء في حيثيات حكمها ((... وبالنظر إلى أن السند المثبت للانقضاء عن طريق الخصم من الدين المستحق لخزانة

---

(١) Tiedmann, art préc, p. 620.

(٢) M.Brial, La fraude informatique, art préc., p.290.

(٣) Crim du 10 déc 1970,J.C.P. 1970,11,17277 note Gassin.

وأنظر في هذا الموضوع:

R.Vouin, Droit pénal Special 4 éd 1976 p. 64 et S.

الدولة، قد اصطنع من قبل الخاضع للضريبة، فهذا لا ينفى أحد العناصر المادية لجريمة النصب، ويظل الحال كذلك، حتى ولو لم يكن هناك تسليم لنقود طالما أن الدفع تم عن طريق العملة الكتابة التي تعادل تسليم النقود، حيث حدث تسليم لفواتير مصطنعة تسمح بالحصول على دين ضريبة المبيعات من الدولة)).

وهكذا عدلت محكمة النقض الفرنسية عن المفهوم التقليدي لفكرة التسليم حيث رأى أن الوقت قد حان لتعديل هذا المفهوم، وبما لا يتعارض ومبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية، واضعة في الاعتبار كل أشكال النقود الكتابية، والتي تمثل بالنسبة لعدد كبير من المعاملات المالية وسيلة الدفع الأكثر شيوعا من حيث الاستعمال.

٢- تطبيق النظرية على الأنماط المختلفة للنصب المعلوماتي:

تلقف الفقه الفرنسي [١] نظرية التسليم المعادل ((التي أرستها محكمة النقض في فرنسا، وقام بتطبيقها على جميع أفعال التلاعب في عملية البرمجة أو في البيانات المدخلة إلى الحاسب الآلي، والتي تؤدى إلى إلغاء رصيد دائن، أو من باب أولى خلق رصيد دائن بمبالغ غير مستحقة. وتتعدد الأساليب المستخدمة في هذا الشأن، فقد يحدث ذلك عن طريق التقاط أمر التحويل بواسطة الجاني، وتزييفه بالأمر بتحويل نفس المبلغ لحسابه الخاص، أو عن طريق التلاعب في عملية البرمجة بغرض تحويل فوائد حساب شخص ما إلى حساب الفاعل، وأخيرا عن طريق انتحال الفاعل لشخصية الغير ومباشرته لعملية تحويل النقود.

---

(١) أنظر:

Nadine Aupecle, Th.Prec. no. 185 P.105, 5 J.Said Th. préc. No 115 p. 128, radel et feuillard, art préc p.311, Sargos et Masse op. cit., p. 29 R.Cassin, Le droit penal de l`infromatique art prec p. 39 et 40.

وفى الفقه المصري: د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ١٩٩٢، دار النهضة العربية، ص ١١٦، ١١٧، د. هشام محمد فريد رستم، سابق الإشارة إليه، ص ٢٨٢ ــ ٢٨٣.

ولا تعد النتيجة في جميع هذه الفروض عقبة، تحول دون تطبيق المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات الفرنسي، على الرغم من الطابع المعنوي غير المحسوس للنقود الكتابية، والأساس في ذلك، ما انتهى إليه القضاء من أن الدفع يتم بمجرد القيد الكتابي، وهو يعادل تسليم النقود.

المطـــــلب الثاني

خيـــــــــانة الأمـــــــانة

ماهية الجريمة وأركانها:

أشار المشرع المصري إلى جريمة خيانة الأمانة ونص عليها في المادة ٣٤١ والتي تقرر ((كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقودا أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضرارا بمالكها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم إلا على وجه الوديعة أو الإجارة، أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه)).

ويمكن تعريف خيانة الأمانة [1] وفقا لهذا النص بأنها اختلاس مال منقول مملوك للغير أو استعماله أو تبديده، سلم إلى الجاني بناء على عقد من عقود الأمانة إضرارا بمالكه أو صاحبه أو واضع اليد عليه، مع توافر القصد الجنائي.

---

(1) انظر في تعريفات أخرى لخيانة الأمانة: د. محمود نجيب حسنى، سابق الإشارة إليه، ص ١١٣٢، د.حسن صـــادق المرصفاوى، قانون العقوبات الخاص، الإسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩١ ص ٤٨١، د. جلال ثـــروت نظم القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على المال المنقول، الإسكندرية، الدار الجامعية للطـــباعة والنشر ١٩٨٤، ص٢١٧، د. حسنين عبيد، دروس في قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية ١٩٨٢ ص ١٢٥.

ويتضح من هذا النص أن أركان خيانة الأمانة هي: فعل يقوم به الجاني وهو الاختلاس أو الاستعمال، ومحل يرد عليه هذا الفعل وهو منقول مادي مملوك للغير تسلمه الجاني بموجب عقد أمانة، ونتيجة تترتب على الفعل وهى الضرر، وأخيرا القصد الجنائي.

ويثير تطبيق هذا النص في المجال المعلوماتي ثلاث نقاط أساسية:

الأولى: تحديد العلاقات التعاقدية في المجال المعلوماتي.

الثانية: مفهوم الاختلاس المنشئ لجريمة خيانة الأمانة.

الثالثة: ماهية الطبيعة الخاصة للشيء المسلم.

الفـــــرع الأول

تحديد العلاقات التعاقدية في المجال المعلوماتي

ينعقد الإجماع في الفقه والقضاء على أنه يلزم في التسليم الذي تتوافر به جريمة خيانة الأمانة أن يكون مصدره عقدا، وأن يكون هذا العقد من قبيل العقود التي وردت في القانون على سبيل الحصر وهى الوديعة والإجارة وعارية الاستعمال والوكالة والرهن، فإذا لم يكن لعقد الذي تم التسليم بمقتضاه من هذه العقود، أو كان التسليم لم يتم بناء على عقد فان اختلاس المال أو تبديده لا يعد خيانة أمانة [1].

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز أن يضاف إلى هذه العقود عن طريق القياس عقد لم يرد بينها، لما ينطوي ذلك على تجاوز للحدود التي وضعها المشرع، و إهدار لمبدأ الشرعية. ولهذا السبب يجب

---

(1) أنظر في الفقه: أحمد أمين، ص ٧٧٦، د. محمود مصطفى، رقم ٥١٢ ص ٥٦٩، د. محمود نجيب حسنى، رقم ٦٧٢، ص ٥٩١، د. عبد المهيمن بكر، رقم ٢٦٣، ص ٥١٣، د. عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ١٩٦٥ رقم ٥٣٣، ص ٦٤٢، د. عوض محمد، رقم ٢١٣ ص ٤٤٧.

أن يشتمل حكم الإدانة على بيان العقد الذي حصل التسليم بناء عليه يتسنى لمحكمة النقض أن تبسط رقابتها على صحة تطبيق القانون.

والجدير بالإشارة إليه أن عقود الأمانة جميعها تفترض قيام علاقة تعاقدية خاصة بين أشخاص القانون الخاص، أي أنه لا يجوز البحث عنها في العلاقات التي يحكمها القانون العام. فالموظف في علاقته بالإدارة لا يعد طرفا في علاقة تعاقدية أيا كان وضعها، بل أنه يشغل مركزا تنظيميا وظيفيا إزاء الإدارة تنظمه قواعد القانون الإداري.

ولا شك أن صرامة هذه القاعدة، تجعل النص في بعض الأحيان قاصرا عن الإحاطة بحالات – على وجه الخصوص في مجال الغش المعلوماتي– يقضى المنطق والمصلحة فيها بوجوب العقاب.

وهنا يثور تساؤل بخصوص موقف التشريع المقارن من هذه المسألة، وعلى وجه الخصوص التشريع الفرنسي.

أولا: الموقف في التشـــريع المقـــارن:

تميل تشريعات بعض الدول إلى التطبيق الضيق للنصوص الجنائية الخاصة بخيانة الأمانة، والتي لا يمكن تطبيقها في حالة الغش المعلوماتي، سواء في مرحلة التلاعب في البيانات المدخلة إلى الحاسب الآلي la manipulation au niveau de l`iput أو في مرحلة التلاعب في عملية البرمجة، سوى على طائفة محدودة من الأشخاص، وهم الذين يشغلون درجة وظيفية عالية un rang hierarchique élevé، ومن ثم يستبعد تطبيقها على الذين يعملون على لوحة المفاتيح، والمحللين، والمبرمجين، وسائر الأشخاص الأخرى الذين يستعملون الحاسب الآلي. ومن أمثلة هذه التشريعات، القانون النمساوي ((م ١٥٣ عقوبات)) والقانون الألماني ((م ٢٦٦ عقوبات)) والقانون السويسري ((م ١٥٩ عقوبات)) [١].

(١) راجع: M.Briat , la frsude informatique , art préc p. 293.

ثانيا: الموقـــف في التشـــــريع الفرنسي:

وردت عقود الأمانة في المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسي على سبيل الحصر، وتتمثل في الإيجار والوديعة والوكالة والرهن وعارية الاستعمال، والعمل بأجر أو بدون أجر. وتوقف الفقه الفرنسي عند هذا العقد الأخير، وهو الغالب في المجال المعلوماتي، على اعتبار أن أفعال الاحتيال التي باستخدام الحاسب الآلي، تكون عادة من تدبير عمال يعملون في إطار مهني محدد [١] .

وتذرع جانب من الفقه [٢] بالعبارة التي وردت في عجز المادة ٤٠٨ عقوبات، والتي تعنى كل تسليم بهدف إلى تمكين المستلم من إنجاز عمل متفق عليه، سواء على شئ عهد إليه بصنعه أو تحسينه أو إصلاحه، أو بخصوص شئ سيكون مفيدا في إنجاز بعض الأعمال أو بعض التصرفات القانونية، أو لمباشر بعض الحقوق.

واستطرد قائلا، أنه إذا كانت شروط تطبيق المادة ٤٠٨ عقوبات على الإجرام المعلوماتي، تبدو غير مألوفة، إلا انه يمكن إعمالها بدون صعوبة في كل الاحتمالات المتعلقة بأشياء لقاء عمل بأجر أو بدون اجر، بشرط أن تستعمل أو تستخدم في أمر محدد.

ورتب على ذلك نتيجة مؤداها أن عبارة ((التسليم لأداء عمل بأجر أو بدون أجر)) تشمل عدة عقود عديدة ومتنوعة من عقود القانون الخاص، كعقد العمل، وعقد تأجير الأشخاص المنصوص عليه في المادة ١/١٧٧٩ من القانون المدني، عندما ينطوي على تسليم شئ يرد عليه عمل الأجير، وعقد المقاولة مهنة حرة. وإذا كان يعد من قبيل خيانة الأمانة، اختلاس مدير أحد أفرع شركة تجارية كبرى لأموالها إضرارا بها، لقيامه وبوصفه أجير لديها، بتحصيل الرواتب

---

(١) راجع :

X. Linant de Bellefonds et A.Holland , Droit de I'informatique ،Ce qu'il vous faut savoir collection francaise 1984, p.105.

(٢) راجع:

Vitu, Droit pénal special , 2 éme partie éd Cujas 1982 no.2390 p.1950.

الشهرية للعاملين بها لنفسه [١]، فانه يمكن بالمثل تطبيق ذلك في حالات الغش المعلوماتي والتي يستغل فيها الفاعل مهنته للولوج في الحاسب الآلي، ثم يتجاوز الحقوق التي منحت له [٢].

وسلك القضاء الفرنسي بـــدوره مسلك الفقه في التوسعة، حيث نسيت محكمة جنح باريس[٣] في حكم صادر لها في ١٢ أكتوبر سنة ١٩٨٨ جريمة خيانة الأمانة إلى أحد المستخدمين الذين يعملون بشركة توظيف أموال. وتتعلق وقائع هذه القضية بشاب يدعى Hivart عمل كمستخدم بقسم الصرافة بشركة Tuffier- River لتوظيف الأموال، وقد الحق للعمل بها عام ١٩٨٧، نفس عام بداية اقترافه لأفعاله الاحتيالية، وقد اسند إليه وظيفة مراجعة حسابات العملاء المؤسسين، ووضع تحت تصرفه بعض الأساليب المعلوماتية بنظام المعالجة الآلية للبيانات المكلف بها، والتي أتاحت له فرصة الولوج إدارة الحسابات، بل وهيأت له إمكانية نقل النقود من حساب إلى حساب وقد أدرك - باستعراضه لهذه الأساليب - أن بالإمكان الاستيلاء على الأموال المتجمدة للعملاء المكلف بمراجعتها واستثمارها لصالحه، عن طريق استقطاع من أرصدتهم الدائنة الراكدة، وتحويلها إلى حسابات أخرى مفتوحة عن طريق أشخاص ثانويين، وصار عليه حتما أن يتحصل على شـــفرة الولوج في تحويلات النقود من حساب إلى حساب آخر، والتي لا تدخل في اختصاصه الوظيفي، وقد تمكن من توظيف الأموال المختلسة سواء في شراء سندات من الشركة التي يعمل بها، أو تحويلها إلى حسابات بنكية، لكي يستقطع منها بعد ذلك بأساليب مختلفة سواء عن طريق التحويلات أو الشيكات أو السحوبات النقدية حيث اقتسم هذه المبالغ بينه وبين شركائه [٤].

---

(١) Cass, Crim, 25 juill 1956, B.no. 581

(٢) أنظر:

Nadine Aupécl, Th. Prec. Nos.219, 220, J. said, Th préc, Pp. 138, 137.

(٣) Corr , Paris, 12 oct 1988. J.C.P. 1988, 11,21253 obs J.Devéze.

(٤) راجـــع في تعليقـــنا على هذا الحكم مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية حقوق المنوفية العدد الثالث، ص ١٤ وما بعدها.

الفـــــرع الثاني

مفهوم الاختلاس المنشئ لجريمة خيانة الأمانة

استعمل المشرع مصطلح ((الاختلاس)) détournement في العديد من الجرائم، كجريمة السرقة وخيانة الأمانة، وفى جرائم أخرى غيرهما. وبين مدلول الاختلاس في السرقة ومدلوله في خيانة الأمانة تباين. فالاختلاس في السرقة يتمثل في نقل الشيء من حيازة مالكه أو حائزة إلى الحيازة الكاملة المطلقة للجاني دون رضاء المجني عليه. أما في خيانة الأمانة، فان الشيء يكون بين يدي الجاني بموجب عقد أمانة ينقل إليه الحيازة الناقصة على هذا الشيء، ويتمثل الاختلاس إذن، في كل فعل يعبر به الأمين عن إضافته الشيء إلى مالكه دون أن يخرجه من حيازته [1]. فهو بمثابة تغيير الحيازة الناقصة إلى كاملة.

ويتخذ الاختلاس بمعناه الواسع طبقا للمادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسي شكلين:

أولهما التبديد: وهو سلوك - إيجابي أو سلبي - يخرج به الأمين المال من حيازته ويضيعه على صاحبه دون أن تكون نيته قد اتجهت إلى تملكه. والتبديد قد يكون بتصرف قانوني كأن يبيع الأمين الشيء المسلم إليه، وقد يكون بعمل مادي كما لو كان الشيء المسلم طعاما فيأكله من أؤتمن عليه.

وثانيهما الاختلاس: وهو يتمثل في تخصيص الشيء المؤتمن عليه في غاية أخرى بخلاف تلك المنصوص عليها عند التسليم.

وتنشأ الجريمة في كلا الشكلين، من أن الفاعل يتصرف بوصفه صاحب الشيء، ويستأثر لنفسه بسلطة قانونية لا تخصه. إلا أنه في مجال التمييز بين الاختلاس والتبديد، فان الأول ينشأ من عدم مراعاة الالتزامات المفروضة على مستلم الشيء، والتي بمقتضاها تم تسليم الشيء إليه.

---

(١) راجع: د. المرصفاوى، سابق الإشارة إليه، ص ٥٢٠.

وانتهاك عقد الأمانة ذاته، لا يعد السبب المباشر لتوقيع الجزاءات الجنائية فهناك بعض الأفعال التي لا تشكل سوى مجرد عدم تنفيذ للعقد، وهى مسألة تخص القانون المدني، وهناك بعضها الآخر الذي يعد من قبيل أفعال الغش والذي يقع تحت طائلة القانون الجنائي [١].

والتبديد بمعناه الضيق غير متصور حدوثه في حالات الغش المعلوماتي، لذا سيقتصر بحثنا على الاختلاس، والذي يتمثل - كما سبق أن رأينا - في استعمال الشيء المؤتمن عليه في غاية بخلاف تلك المنصوص عليها عند التسليم. فهل يمكن الحديث عندئذ عن الاستعمال المتعسف؟.

يرفض القضاء الفرنسي أن يعتبر من قبيل خيانة الأمانة، الاستعمال المتعسف لشئ في أحوال تختلف عن تلك المتوقعة عند التسليم [٢] كذلك لم يقبل بإضفاء هذا التجريم على إساءة منفعة استعمال لشيء في أحوال تختلف عن تلك المتوقعة عند إبرام العقد، وطالما أن عدم تنفيذ الالتزامات المفروضة على مستلم الشيء، لا ينطوي بالضرورة على اختلاس.

ولكن يرد قيدان [٣] على عدم العقاب على الاستعمال: أولهما: عندما يأتى استعمال الشيء مخالفا للتخصيص المتفق عليها. وثانيهما: عندما يتعارض اختلاس سلطة ما وغاية الحق. وسوف نبحث هذين القيدين لبيان مدى انطباقهما على الجرائم المعلوماتية.

١- استعمال الشيء المخالف لتخصيصه:

يمكن أن يتحقق الاختلاس، عندما يأتي استعمال الشيء مخالفا للغاية التي خصصت من أجله والمرتهنة بإرادة الأطراف. وهكذا اقر القضاء الفرنسي بوجود خيانة الأمانة والناشئة عن استخدام متعسف في استعمال سلعة في أغراض أجنبية عن تلك المشترطة في العقد، وفى هذا الحكم قام

---

(١) Cass. cri,, 9 déc1979.B.no.330, J.C.P.1970.IV.25.

(٢) Cass, crim. 11 janv. 1928 B.no. 10 Dijon, 9 juill 1930, S. 1931 – 2 132

(٣) أنظر: Aupecle Nadin, Th. Préc. No227 p.129.

الأمين بتسليم الغير عدة شرائط ممغنطة، والتي تحتوى على مجموعة من الأغاني، كي يسجلها ثم يعيدها بعد ذلك إلى مالكها [١].

وبالمثل يمكن إعمال هذا الحكم في الحالة التي يستغل فيها محلل نظم المعلومات فرصة ولوجه في المعلومات المختزنة في بطاقات أو على شرائط ممغنطة، ويستعملها بشكل يخالف ما هو متفق عليه، وذلك بنقلها إلى الغير أو تصوير بعضها تمهيدا لنقلها.

وكذلك طبقت المادة ٤٠٨ عقوبات فرنسي على ممثل شركة تجارية، احتفظ بعد فصله من الشركة، ببطاقة العملاء الخاصة بها [٢].

و أخيرا عندما يغتصب المجرم وظيفة الآلة، أي أن يستخدم بنفسه الحاسب الآلي لأغراضه الشخصية، فنحن لسنا بحاجة مطلقا إلى اللجوء إلى أي تفسير للنصوص، حيث يستخدم المحتال الآلي في فروض لم يكن منصوصا عليها لحظة إبرام العقد، ومثال ذلك المحتال الذي يدخل أمرا في برنامج حاسب آلي يسمح له بالاستعمال غير المشروع للآلة،والتي قام ببرمجتها، وبحيث تجهل ما حدث المراقبة الداخلية الخاصة بالحاسب الآلي.

٢- استعمال الشيء على نحو يخالف الغاية عن الحق:

يبدو تجاهل الغاية عن الحق جليا، عندما يمارس شخص سلطات وظيفته من الناحية المادية، ولكن يختلسها في الحقيقة لمصلحته الشخصية [٣] كما هو الحال لمدير بنك الذي يسجل في حسابه مبلغا تم استقطاعه من مال المنشأة التي يعمل بها [٤]، ويصعب من الناحية الواقعية كشف

---

(١) Cass crim, 8 déc. 1971, B.no.341, J.C.P.

(٢) Cass. Crim 2 juin 1970 B.no. 178.

(٣) أنظر:

R.Vouin- L.Rassat, {recis de droit penal special, 4eme de 1976, Dalloz, no. 58

(٤) Cass crim, 3mars 1932 B.no.10.

حالات اختلاس أموال الشركة التي تتم بطريق غير مباشر أو التي تقترن بطرق احتيالية تهدف إلى إخفاء وجودها.

وينطبق ذلك على عضو مجلس الإدارة الذي يقرر صرف منح لنفسه بدون وجه حق، وعن طريق حسابات غير منتظمة [١]، أو ذلك الذي يزور في حسابات التحصيل والمدفوعات المنصرفة والمسجلة في بطاقات الخزينة كي يتمكن من اختلاس الرصيد [٢]، وأيضا مندوب عام التأمين الذي يستغل صفته لكي يحصل على تبرعات ويحتفظ بفوائدها لنفسه [٣].

و أخيرا، قان المشرف على أحد المعارض، والذي يحصل على توكيل من العارضين يبيع أعمالهم نظير سعر محدد، ثم يقوم بتحويل المبالغ الناشئة عن ذلك إلى حساب بنكي خاص بشركة يتولى إدارتها، فان أصحاب الأعمال المباعة والذين يعلمون بحالة التوقف عن الدفع من قبل المشرف، يصبح من المستحيل عليهم ممارسة حقوقهم [٤].

ويمكن الأخذ بهذه الحلول جميعها، في مجال اختلاس الأموال المعلوماتية، والتي تتبلور دائما في أفعال الغش المحاسبية، ويستخدم فيها الحاسب الآلي من أجل إخفائها [٥]

---

(١) Cass crim, 31 mars 1933 G.P.1933-1973.

(٢) Cass, crim, 18 mai 1906 B.no. 214.

(٣) Cass crim 13 oct. 1971. B.no.260. J.C.P1971. IV. 259.

(٤) Cass crim, 7 nov, 1983. J.C.P. 1984-IV.17.

(٥) أنظر: Aupécle Nadine, Th. Préc, no.235 p.134.

الفـــــرع الثـــــالث

الطبـــــيعة الخاصة للشيء المختلس

المحل المادي في جريمة خيانة الأمانة كما حددته المادة ٣٤١ عقوبات مصري ((ويقابلها المادة ٤٠٨ فرنسي)) هو المبالغ أو الأمتعة أو النقود أو التذاكر أو الكتابات الأخرى التي تشتمل على تمسك أو مخالصة. وتثير الطبيعة الخاصة بالأشياء، المسلمة محل عقد الأمانة بعض الصعوبات في مجال الجرائم المعلوماتية، وبعضها مرده أن هذه الأشياء جاءت على سبيل الحديد، والبعض الآخر يرجع إلى طبيعة الأموال المنقولة محل الاختلاس [١].

وعلى الرغم من هذه الصعوبات، إلا أنه بالإمكان حماية هذه المعلومات أو هذه الخدمات - والتي هي محل اختلاس أو استعمال متعسف - سواء لامكانية حيازتها بوصفها بضائع، أو سواء أنها تمثل كتابات تشتمل على تمسك أو مخالصة.

١- المال المختلس بوصفه بضاعة:

تقع جريمة خيانة الأمانة إلا إذا كان محلها منقولا له كيان مادي يمكن لحواس، وهذا الشرط مستفاد من الصور التي عددتها المادة ٣٤١ مصري، فكلها منقولات مادية. ولهذا لا تصلح الأشياء المعنوية ـــ محلا لخيانة الأمانة، لأنها لاتعد من قبيل المبالغ أو الأمتعة أو يبدو مع ذلك، ووفقا لقضاء فرنسي مستقر أن فكرة marchandises قد شهدت انبساطا، وبحيث يمكن تطبيقها وبدون عناء الجرائم المعلوماتية [٢].

---

(١) أنظر: Aupecle Nadine, Th préc, no 237 p.135.

(٢) أنظر: J.Said., Th préc. no. 128 p.142.

أ- فكرة البضائع:

يراد بهذه الفكرة كل شئ ناتج عن الطبيعة، أو من صنع الإنسان ذاته، وبحيث يمكن أن يكون محلا لتجارة، أو أن يستخدم في عمليات تجارية [١] للقضاء الفرنسي المستقر ((فان المحرر ولو لا يشتمل على تمسك أو مخالصة، إلا أن له قيمة كبيرة في ذاته، فهو يعد من قبيل البضائع وفقا لنص ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي. وهذا قضت محكمة[٢] seine)) أن البطاقة المتعلقة بكشف عميل une clientele a prospecter، وان كانت لا تعتبر ذهنيا محميا بنصوص القانون الخاصة بالملكية الأدبية، إلا أنها نتاج عمل يمكن استغلاله تجاريا، وبالتالي تعتبر بضاعة.

وتعتبر الأوراق بصفة عامة من قبيل البضائع، حيث تنطوي على قيمة يمكن تقويمها بالمال في نظر المجني عليه، وسواء تمثلت في تصميمات هندسية [٣] أو خطابات خطية[٤]. وحديثا قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه يعد من قبيل البضائع وفقا لنص المادة ٤٠٨ عقوبات، وبالقدر التي تحويه على قيمة قابلة للتقويم، الوثائق المقدمة من عملاء لمكتب خبير محاسبي، والتي احتفظ بها لنفسه شريك سابق بالمكتب. ويصرف النظر عن مثل هذه المحررات لا تنطوي على تمسك أو مخالصة "[٥].

---

(١) أنظر: A.Vitn-M.C.Fayard, Juris classeur pénal, art 408, F.1.

(٢) TC.Seine, 18 mai 1893. D.P1895-2-286.

(٣) poitiers, 2 déc 1921, G.P1921-2-592 .

(٤) TC.Seine 5 jull 1955. G.P. 1955-2-130.

(٥) Cass crim, 5 mars 1980, B.no.81, D.1980, IR p.335.

ب- التطبيق على الجرائم المعلوماتية:

نسب مؤخرا تهمة خيانة الأمانة إلى مندوب شركة متخصصة في بيع اللوحات الشهيرة، حيث غير مسار بطاقات عملاء الشركة بأنه سلمها لأحد المنافسين كي ينسخها بالتصوير [١]. ويصرف النظر عن إعادتها سليمة فيما بعد.

ويعد من قبيل خيانة الأمانة، اختلاس وثائق محاسبية وشرائط ممغنطة باستخدام دعامة لتسجيل المسلسلات الإذاعية [٢]، كذلك أدانت محكمة النقض الفرنسية بتهمة خيانة الأمانة موظفا سابقا في مكتب متخصص في الخبرة المحاسبية حيث اكتشفت أن في حوزته بعض الوثائق التي تحصل عليها من ملفات العملاء، والتي سلمها إليه صاحب العمل الأسبق، بصفة مؤقتة، ولعمل محدد [٣].

وبالمثل يمكن تطبيق ذلك في حالات الغش المعلوماتي، حيث يقوم المبرمجون بتسجيل المعلومات التي يحصلون عليها، عن طريق التعدي على أنظمة المعلومات، وبنية استخدامها في أغراض غير مشروعة [٥] وذلك على أن الكيانات المنطقية، والبيانات، تعتبر من قبيل المعلومات المعالجة، لها قيمة تجارية ولذا يجب النظر إليها بوصفها أموال[٤]

---

(١) Cass. Crim, 4 hanv. 1968-D.1968-JP.p.496. Cass crim, 2 avril 1974. B.no. 139, D.1974, IR.p.117.

(٢) Cass. Crim, 8 déc 1971, B.no.341.

(٣) Cass. Crim, 5 mars1980 préc.

(٤) M.Vivant, Apropos des informationnels, J.C.P. 1984-13132

(٥) يلجأ القضاء الألماني إلى الاستعانة بجرية خيانة الأمانة "٢٦٦ "St GB" في كثير من حالات التلاعب في مـــرحلة إدخـــال البـــيانات إلى الحاســـب الآلي أو في مرحلة البرمجة، طالما أنها تتم داخل منشأة بمعرفة مستخدميها أو عن طريق مبرمجين تربطهم علاقة تعاقدية برب عمل المنشأة. راجع في ذلك:
W.Hartmann, art préc p.14

٢- المال المختلس بوصفه محررا:

إذا كان المحرر لا ينطوي في ذاته على قيمة مالية، فلا يمكن أن يكون محلا لجريمة خيانة الأمانة، إلا بشرط احتوائه على تمسك أو مخالصة. فإذا لم يكن كذلك فلا يمكن إسناد الجريمة حتى ولو ترتب عليه ضرر مادي أو أدبي جسيم[١].

ومع ذلك، أصبح من المألوف لدى القضاء، اعتبار السندات التجارية والشيكات من قبيل المحررات، التي تحتوى على مخالصة أو تمسك [٢] وترتيبا على ما تقدم، فان البطاقة الممغنطة التي يستخدمها المحتال، لسحب نقود تتجاوز رصيده، يمكن أن تعتبر من قبيل المحررات التي تحتوى على تمسك أو مخالصة.

المطلب الثالث

الحلول المقترحة في هذا المجال [٣]

لا يثير هذا النوع من الأفعال ((النصب أو خيانة الأمانة)) أدنى مشكلة في الدول التي تبنت تصورا شاملا للغش المعلوماتي كما هو الحال في السويد والولايات المتحدة.

وعلى سبيل المثال، فالمادة ٢١ من القانون السويدي الخاص بالبيانات الشخصية الصادر سنة ١٩٧٣، والتي لها مجال أعم، تنص على " كل من ولج بوسائل غير مشروعة في سجل "حقول معلومات ((مخصص للمعالجة الآلية للبيانات، أو كل من أتلف أو محا أو نقلا على نحو غير مشروع هذا السجل في ملف يعاقب على سرقة البيانات)).

---

(١) راجع:

Aupecle Nadine, Th préc. no.242. p.139.

(٢) Cass crim. 29 déc. 1960 B no. 310.

(٣) أنظر:

Martine Brait, La délinquane informatique, art préc p. 269,270.

وفى الولايات المتحدة، فإن بعض الولايات الفيدرالية، حذت حذو القانون الفيدرالي الخاص بحماية أنظمة الكمبيوتر الصادر سنة ١٩٧٧ Federal computer Systemes Protection Act، فأصدرت قوانين تعرف المال بأنه ((كل شئ يمثل قيمة)) ويشمل هذا التعريف الأموال المعنوية والبيانات المعلوماتية، كما تعاقب كل من دبر عن إرادة وعلم أو نفذ خطة أو حيلة أيا كانت بغرض ارتكاب نصب أو سلب للأموال ((أو أريزوتا، وكاليفونيا، وكولورادو، وديلادار، وفلوريدا، وجورجيا، والينوى، وميتشجان، وميسورى،ومونتانا، ونيومكسيكو، ورود ايسلندا)).

وأشار قانون فرجينيا إلى أن وقت الآلة وخدمات الحاسب الآلي تعد من قبيل الأموال القابلة لأن تكون محلا للسرقة والنصب والغش. وقد استرحت المشروعات بقوانين في استراليا هذا النموذج الخاص بالمال.

وهناك بعض الدول التي تبنت حل وسط، ومن بينها الدانمرك، التي أصدرت قانون أول يوليه سنة ١٩٨٥ خاص بالغش المعلوماتي، والذي يعاقب كل ((من عدل أو أضاف أو محا معلومات أو برامج خاصة ببيانات معالجة إلكترونيا بغرض تحقيق فائدة)).

ويعاقب قانون العقوبات الألماني في مادته ٢٦٣ / أ كل من أضر بالذمة المالية للغير، بنية الحصول على منفعة مالية غير مشروعة سواء لنفسه أو للغير، وذلك بالتلاعب في نتيجة المعالجة المعلوماتية، إما باصطناع برنامج أو بالتأثير في تنفيذ برنامج، أو باستعمال بيانات مصطنعة أو غير صحيحة، أو باستعمال البيانات على نحو غير مشروع.

كما اقترح مشروعات بقوانين في السويد وسويسرا لتعديل النصوص الخاصة بالغش، والتي لا تستلزم لكي تنشأ جريمة النصب المعلوماتي أن يكون شخص الإنسان هو المقصود بالخداع.

كما استهدفت المقترحات المقدمة في الدول الاسكندنافية، تعديل الخاص بالنصب، وبحيث يشمل النصب المعلوماتي. وهكذا اقترحت اللجنة المختصة بجرائم المال في السويد إدراج نص

مستحدث للغش في قانون العقوبات، والذي ينص على أن الذي يحرض على ارتكاب أو الامتناع عن ارتكاب شئ لا يكون بالضرورة الإنسان، وإنما قد يكون الحاسب الآلي ذاته.

واقترحت اللجنة الاستشارية للحكومة النرويجية تعديل النص الخاص بالغش، وبحيث يعاقب: كل من حصل سواء لنفسه أو للغير على منفعة باستخدام معلومات غير صحيحة أو ناقصة، بواسطة تعديل برنامج الحاسب الآلي، أو تدخل بأي وسيلة أخرى وعلى نحو غير مشروع في نتيجة المعالجة الآلية للبيانات le resultat d`un traitement automatiques de donnes، مسببا ضرر أو خطر ضرر للغير. وعرض تعديل مشابه في فنلندا بواسطة لجنة مشكلة من قبل وزير العدل في سنة ١٩٨٤

وادرج وزير العدل البرتغالي في المشروع المقدم منه بقانون بخصوص حماية البيانات الشخصية، بعض النصوص العامة لمكافحة الغش، فالمادة ٤١ منه تعاقب كل تلاعب أو إعاقة معالجة البيانات بغرض الحصول على فائدة غير مشروعة.

ويستهدف قانون الغش المعلوماتي الكندي الصادر في إبريل سنة ١٩٨٥ بصفة أساسية عقاب التدخل في الأنظمة المعلوماتية، والإتلاف غير المسموح به للبيانات، وهو يغطى على هذا النحو حالات النصب المعلوماتي.

المسئولية الجنائية

عن

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

أ.د / محمود احمد طه

أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق – جامعة طنطا

غالبا ما يقترن بالاكتشافات التكنولوجية آثار إيجابية وأخرى سلبية ، فهي تعمل من ناحية على دفع خطوات التطور في المجالات المختلفة قدما إلى الأمام ، وينشأ عنها بعض الآثار السلبية يأتى في مقدمتها العديد من الجرائم التي يرتكبها المجرمون عن طريق استغلال هذه الاكتشافات في تسهيل ارتكابهم لهذه الجرائم أو تقع جرائمهم عليها فتصبح المخترعات الجديدة موضوعا للجريمة أو وسيلة لتسهيل ارتكابها . وتخضع الجرائم التي تقع في مجال الأعمال المصرفية الإلكترونية لهذه القاعدة حيث ظهرت مع اكتشافه الحاسب الآلي واستعمال العديد من الجرائم[1] . وما يهمنا من الأعمال المصرفية الإلكترونية إصدار البنوك بطاقات الائتمان الممغنطة إلى عملائها[2] . وهى

---

(١) د/ محمد أبو العلا عقيدة ، القانون الجنائي في مواجهة إساءة استخدام بطاقات الائتمان ، موجز للتقرير المقدم باللغة الفرنسية للمؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي ، القاهرة ٢٥-١٩٩٣/١٠/٢٨ ، ص١ .

(٢) وتعد هذه النوعية من البطاقات أمريكية النشأة حيث أصدر بنك أوف أمريكا بطاقة بنك أمريكا في عام ١٩٥١ ثم انتشرت في أوربا و منها إلى مختلف دول العالم ومنها مصر حيث أصدر البنك الأهلي فيزا البنك الأهلي وبنك مصر ماستر كارد كما تأسست شبكة دولية عرفت باسم Visa international وهو اتحاد بين البنوك لمعالجة المعاملات التي تتم بالبطاقة وفى عام ١٩٩١ بلغت عدد البطاقات التي أصدرتها = =

عبارة عن مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ، كما يمكنه أيضا من سحب النقود من البنوك[1] . ويعنى ذلك أن لبطاقة الائتمان وظيفتين: وظيفة وفاء سواء كان هذا الوفاء فوري أو مؤجل لمدة متفق عليها في العقد ، ووظيفة سحب النقود من خلال الأجهزة الآلية لتوزيع النقود[2] . وتحقق بطاقة الائتمان بوظيفتيها (الوفاء – السحب) مزايا عديدة لجميع أطرافها [3].

– ونظرا لأنه دائما ما ترتبط المزايا بالالتزامات لذا فإن كل من حامل البطاقة والتاجر ومصدرها يقع عليه عدة التزامات مصدرها العلاقات القانونية التي تربط بين كل منهم بالآخر .

= الشبكة الدولية مائتى مليون بطاقة وتعاملت مع سبعة ملايين تاجر ، كما أنشأت شبكة دولية أخـــرى عرفت باسم ماستر كارد في عام ١٩٧٠ ، وبلغ عدد البطاقات التي أصدرتها هذه الشبكة في عام ١٩٩١ مائة وأربعون مليون بطاقة وتعاملت مع سبعة ملايين تاجر ، انظر في ذلك مقالة أ/ إبراهيم ذكى ، بطاقات الائتمان والمثلث الخفي ، مجلة البنوك ص ٧٦ .

(١) د/ زين محمد الرمانى ، التزوير والتزييف عن طريق بطاقات الائتمان ، مجلة المحامى ، الرياض ، ع٣ ،١٤٢١، ص٥٢ .

(٢) د / كيلانى محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان ، رسالة عين شمس ، ١٩٩٦ ، ص٢٠١ ، ٢١٨ .

(٣) بالنسبة لحامل البطاقة تحقق له عدم المخاطرة بحمل مبالغ كبيرة من النقود لمواجهة احتياجاته ، وعدم دفع قيمة مشترياته من السلع والخدمات التي تؤدى إليه فور حصوله على السلعة أو الخدمة والاستفادة من تأجيل الوفاء إلى الموعد المحدد بالعقد . كما تمكنه من سحب النقود التي يحتاج إليها . وبالنسبة للتاجر فإنه يستفيد من الضمان الكامل من قبل البنك بالوفاء بقيمة مشتريات حامل البطاقة ، كما أنها تزيد من مبيعاته وأعماله التجارية . وأخيرا بالنسبة للبنك (مصدر البطاقة) يستفيد من انخفاض تكلفة التعامل بالبطاقة عن الشيكات ، ويستفيد أيضا من العمولة التي يدفعها حامل البطاقة عن النقود التي يسحبها وكذلك التي يدفعها التاجر للبنك مقابل قيامه بالوفاء الفورى له ؛ انظر في ذلك أ / إبراهيم ذكى ، المقالة السابقة ، ص ٧٦ ، د/ زين محمد الرمانى ، المقالة السابقة ، ص٥٣ .

فالبنك تربطه بحامل البطاقة علاقة ائتمانية بحته يحكمها عقد مبرم بينهما [1] . وفى المقابل يلتزم حامل البطاقة تجاه مصدرها بالتوقيع على البطاقة نفسها بنفس توقيعه لديها ، والتوقيع على إشعار العملية بنفس التوقيع المحفوظ لدى البنك ، وبعدم السماح للغير بإستعمال البطاقة ، والالتزام بسحب ما هو مصرح له في العقد ، والالتزام برد البطاقة عند انتهاء فترة العقد ، وبإبلاغ الجهة المصدرة في حالة فقده لها أو سرقتها ، وأخيرا الالتزام برد قيمة العمليات التي نفذت بواسطة البطاقة إلى البنك مضافا إليها الفوائد والعمولات المتفق عليها .

كما تربط البنك بالتاجر علاقة وفاء غير محدود مصدرها عقد مبرم بينهما [2] .

وأخيرا تربط حامل البطاقة بالتاجر علاقة ترتب التزامات لكل منهما تجاه الآخر وهذه الالتزامات ليس مصدرها عقد مبرم بينهما وانما العقد المبرم بين كل منهما والبنك [3] .

---

(١) تلزم الجهة مصدرة البطاقة بموجبه بإصدار البطاقة بإسم الحامل ، وبوضع قيمة الائتمان تحت تصرفه ، وبسداد ديون الحامل الناشئة عن استخدام بطاقته ، وبمضاهاة توقيع الحامل لديها والمسجل على الفاتورة ، وبإرسال كشف حساب دورى للحامل بعملياته ، وأخيرا بعدم الرجوع في العقد قبل انتهاء مدته ؛ انظر في ذلك د / كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص٥٧:٥٨ ، إبراهيم ذكي ، المقالة السابقة ، ص ٧٨ .

(٢) وبموجب هذا العقد يلتزم البنك بالوفاء بقيمة السلعة أو الخدمة التي أداها التاجر لحامل البطاقة ، وبإصدار البطاقة بشكل معين ، وبإعلان التاجر بالبطاقات المبلغ عن فقدها أو سرقتها . وفى المقابل يلتزم التاجر تجاه البنك بقبول التعامل بالبطاقة ، وبمنح الخدمة أو السلعة لحامل البطاقة دون المطالبة بالسداد الفورى منه وبذات القيمة التي يؤديها إلى الغير ، وبعدم تجاوز حد اصدار البطاقة أثناء البيع أو تأدية الخدمة ، والالتزام بقبول خصم العمولة لصالح البنك من قيمة العملية التي قام بها ، والالتزام بتقديم فواتير العملية مصحوبة بالاشعار الموقع عليه من قبل حامل البطاقة ، والتحقق من شخصية حامل البطاقة وبصلاحيتها ، وأخيرا عدم فع مبالغ نقدية للحامل ؛ انظر في ذلك د / كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص٤٢٦ ، ٥٨٠ .

(٣) فالتاجر يلتزم تجاه حامل البطاقة بأن يعطيه السلعة أو يؤدى إليه الخدمة بنفس سعرها ولو كان الدفع نقدي لآخر لا يحمل البطاقة . وفى المقابل يلتزم الحامل بالوفاء بقيمة السلعة أو الخدمة التي أدت إليه إذا لم يتم السداد من قبل الجهة مصدرة البطاقة ؛ أ / إبراهيم ذكى ، المقالة السابقة ، ص٧٨:٧٩ ، د / زين محمد الرمانى ، المقالة السابقة ص٥٣ .

وبالطبع إذا أدى كل طرف من أطراف بطاقة الائتمان التزاماته السابقة لا تثور مشكلات قانونية نتيجة استخدام البطاقة ، وعلى العكس إذا أخل أحد أطراف البطاقة بأحد التزاماته تجاه الآخر يثور الحديث عن المشكلات القانونية التي تنجم عن هذا الإخلال ، وبصفة خاصة حول مدى مساءلته جنائياً[1] للمخالف .

ونقول بصفة إجمالية أنه يشترط كي يكون استخدام بطاقة الائتمان صحيحا ولا يثير التساؤل حول مدى المساءلة الجنائية عن استخدامها ثلاثة شروط : أن تكون البطاقة صحيحة وصالحة للاستعمال، وأن يستخدمها حاملها فقط ، وألا يتعدى استخدامه لها الرصيد المسموح له به ؛ فإذا انتفى أي شرط من هذه الشروط عد استخدامها غير مشروع وأثير التساؤل حول مدى مساءلة المخالف جنائيا ؟ ونوع الجريمة التي يسأل عنها؟

في ضوء ما سبق فإن تناولنا لموضوع المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان سيكون من خلال فصلين : الأول : نستعرض فيه صور الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل حاملها . والثاني : نقف من خلاله على صور الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل الغير .

---

(١) وفى هذا الصدد يمكننا القول أنه قد صاحب انتشار بطاقات الائتمان الممغنطة وتزايد حجم التعامل بها تزايد ملحوظ في الجرائم المصاحبة لاستخدامها ، وما ينجم عن ذلك من حدوث خسائر جسيمة بلغت في عام ١٩٨٤ مبلغ ٢٢ مليار فرنك فرنسى تكبدتها البنوك في مختلف أنحاء العالم . ويتوقع احد التقارير أن يصل حجم الخسائر هذه ٦٢,٥ مليار فرنك ؛ انظر في ذلك محمد أبو العلا عقيدة ، التقرير السابق ، ص٢ .

الفصل الأول

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل صاحبها

الفرض هنا أن بطاقة الائتمان صدرت من الجهة المختصة بإصدارها (وهى البنك غالبا) أى أنها صحيحة (الشرط الأول) واستعملت من قبل حاملها وهو من صدرت بإسمة (الشرط الثانى) . وكان يمكن ألا يثير استخدام هذه البطاقة من قبل حاملها أى تساؤلات قانونية حول مساءلته جنائيا

متى كان استعماله لها كان خلال فترة صلاحيتها وفي حدود المصرح به وفقا للعقد المبرم بينه وبين البنك (الشرط الثالث) – وذلك لتوافر شروط مشروعية استخدام بطاقة الائتمان على النحو السابق ايضاحه .

وبمفهوم المخالفة يكون استعمال بطاقة الائتمان الصحيحة من قبل صاحبها غير مشروع متى تعسف في استعماله لها رغم صلاحيتها في غير الحدود المصرح له به ، أو استعمالها رغم عدم صلاحيتها وثمة صورة ثالثه تلقى بظلال عدم المشروعية عليها تتمثل في حصوله بصورة غير مشروعة على بطاقة الائتمان من الجهة المختصة بإصدارها . وتعد البطاقة صحيحة رغم عدم مشروعية وسيلة الحصول عليها ، وذلك لصدورها من الجهة المختصة بإصدارها .

وسوف نفرد لكل من هذه الصور الثلاثة مبحثا مستقلا ، وسنبدأ بالصورة الأخيرة أولا نظرا لتعلق الصورتين الأخريتين بالبطاقة التي تصدر من الجهة المختصة بإصدارها باسم مستعملها.

المبحث الأول

الحصول غير المشروع على بطاقة الائتمان

أوصت اللجنة المشتركة للجماعة الأوروبية في ١٩٨٨/١١/١٧ في المادة الخامسة من توصياتها بأنه " لا يمكن إرسال أية وسيلة للوفاء للمستهلك إلا إذا طلبها " . ونصت المادة الثانية

من نموذج عقد البطاقة المصرفية المعد من قبل GIE على أن " يتم تقديم البطاقة بواسطة المؤسسة المصدرة بناء على طلبه " .

وإذا كانت البطاقة لا تصدرها الجهة المسئولة عن إصدارها من تلقاء نفسها ، وإنما بناء على طلب ممن يحتاج إليها ، فإنه ليس بمجرد تقديم هذا الطلب يصبح من حقه الحصول على البطاقة ، أي لا تعد الجهة المسئولة ملزمة بإصدار البطاقة لمن طلبها ، وإنما تخضع لسلطتها التقديرية ، وهو ما عبرت عنه المادة الثانية السابق الإشارة إليها " ... ومع التحفظ بقبول هذا الطلب لعملائها المالكين لحسابات أو لوكلائهم " . لذا يلتزم طالب البطاقة بالإعلان عن العناصر اللازمة لتحديد شخصيته والضرورية لانعقاد العقد ، إذ يتعين عليه أن يفصح عن اسمه ولقبه وعنوانه وموقفه المهني وحالته المادية وتوقيعه . وفى ضوء هذه المعلومات والبيانات المقدمة من قبل طالب البطاقة التي تفصح عن شخصيته وحالته المهنية والمادية تقرر الجهة المختصة بإصدار البطاقة إصدارها لطالبها من عدمه .

وإزاء أهمية هذه البيانات التي يتعين أن يقدمها طالب البطاقة في موافقة أو عدم موافقة الجهة المختصة على إصدارها لمن طلبها ، وجب على طالب الحصول على البطاقة تقديم معلومات صحيحة ، فإذا قدم بياناته هذه وفى ضوئها أصدرت الجهة المختصة له بطاقة الائتمان ، ثم اتضح لها بعد ذلك عدم صحة المعلومات التي قدمها طالب الحصول على البطاقة ، فإنه مما لا شك فيه يكون قد خدع وغش الجهة المختصة بإصدار البطاقة إليه . وهنا نتساءل عن مدى مساءلته جنائيا ؟ وعن نوع الجريمة التي يسأل عنها ؟

أحسن المشرع المصري صنعا عندما نص في المادة (٥٦) من قانون البنوك رقم ١٦٣ لعام ١٩٥٧ على معاقبة كل من تقدم ببيانات أو أوراق غير صحيحة بقصد الحصول على أي نوع من أنواع التسهيلات الائتمانية دون وجه حق بالحبس أو بالغرامة بما لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنية . وفى حالة العود يعاقب بالحبس والغرامة معا . ومما لا شك فيه

أن بطاقات الائتمان تدخل ضمن التسهيلات الائتمانية التي يقدمها البنك ، ومن ثم تنطبق هذه المادة على هذه الواقعة [1] .

كما عرضت هذه الواقعة على محكمة النقض الألمانية حيث قام أحد الأشخاص بالحصول على بطاقتي الدنيرز كلوب والأمريكان اكسبريس مستخدما الطرق الاحتيالية حيث كان عاملا في إحدى الصيدليات لكنه ادعى عند طلبه للبطاقة أنه صيدلى منتحلا بذلك صفة غير صحيحة . كما قدم مستندات تثبت أنه ميسور الحال على عكس الحقيقة إذ كاد معسرا (مثقلا بالديون) . وبذلك أوقع المصدرين للبطاقتين في الغلط وحصل عليهما بفضل البيانات الكاذبة التي قدمها ، وقد أدانته محكمة النقض عن جريمة النصب[2] .

وللوقوف على نوع الجريمة التي يسأل عنها حامل البطاقة في هذه الواقعة نشير إلى أن الجهة مصدرة البطاقة قد قامت بإصدار البطاقة للحامل (طالبها) بناء على غش وخداع من طالبها ولولا هذا الغش والخداع (البيانات المخالفة للحقيقة) ما تم إصدار البطاقة له . مما يعنى أن طالب البطاقة أدلى ببيانات كاذبة[3] ، فضلا عن استخدامه وسائل احتيالية تجسدت في تقديمه لبعض المستندات المخالفة للحقيقة والتي من شأنها إحداث الأمل بقدرته على تسديد قيمة العمليات التي سيقوم بها مستعملا بطاقة الائتمان ، وذلك عندما ذكر أنه موسر وليس مثقلا بالديون على خلاف الحقيقة . بالإضافة إلى انتحاله صفة الغير عندما ذكر أنه صيدلي على

---

(1) د/ غادة موسى عماد الدين الشربيني ، المسئولية الجنائية عن الأعمال البنكية ، رسالة عين شمس ، ١٩٩٨ ، ص٣٥٩ .

(2) نقض المانى في ١٩٨٥/٦/١٣ مشار إليه في مؤلف د/ كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص٦٠٤ .

(3) وأن انطوت البيانات الكاذبة على تغيير الحقيقة والذى يشكل السلوك الاجرامى لجريمة النصب وكذلك جريمة التزوير إلا أن هذا التغيير للحقيقة يتم بغرض الحصول على منقول له قيمة ، على العكس التزوير فيرد على ختم أو توقيع أو محرر . انظر د/ محمود واحمد طه ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، جـ٣ ، ٢٠٠١ ، ص٢٤٥ .

خلاف الحقيقة . بالإضافة إلى أنه قام بهذه الأفعال وهو يعلم أن من شأن أقواله هذه وبياناته المخالفة للحقيقة حمل الجهة المختصة بإصدار البطاقة على إصدار حاله .

وإذا كنا قد انتهينا إلى تكييف هذه الواقعة على أنها جريمة نصب فما فائدة النص عليها في نص خاص هو المادة ٥٦ من قانون البنوك رقم ١٦٣ لعام ١٩٥٧ ؟ نقول اذ قارنا بين هذا النص والنص التجريمى لجريمة النصب وهو المادة (٣٣٦) عقوبات لوجدنا أن عقوبة النصب هي الحبس وفى حالة العود يشدد العقاب بما لا يزيد على الضعف ، بينما في المادة ٥٦ من قانون البنوك فإن العقوبة وان كانت الحبس إلا أن المشرع خير القاضي بين عقوبة الحبس أو الغرامة ، على عكس المادة (٣٣٦) فالحبس فيها وجوبي . وفى حالة العود أجاز المشرع للقاضي تشديد العقاب بما لا يزيد عن ضعف الحد الأقصى أي ست سنوات ، بينما وفقاً لنص المادة ٥٦ فإن أثر العود يقتصر على الحكم بالحبس بما لا يزيد على ثلاث سنوات وجوبيا وكذلك الغرامة بما لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على خمسة آلاف جنيه . مما يعنى أن المشرع في تجريمه لهذه الواقعة بنص خاص قد خفف العقاب إذا ما قورن بالنص العام لجريمة النصب . ولا نرى مبررا لهذا التخفيف .

المبحث الثاني

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان خلال فترة صلاحيتها

رغم أن بطاقة الائتمان صالحة للاستعمال ، ورغم أن مستعملها هو من صدرت باسمه ، إلا أنه يتصور أن تستخدم بصورة غير مشروعة : أي أن يتعسف حاملها في استعمالها . ويتخذ ذلك أحد صورتين : السحب من جهاز توزيع العملة رغم عدم وجود رصيد كاف له ، أو الحصول على سلع أو خدمات تتعدى المبلغ الذي حدده مصدر البطاقة [1] .وسوف نستعرض كل من هاتين الصورتين في مطلب مستقل :-

---

(١) د/ ذكى أمين حسونه ، جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات ، تقرير مقدم إلى المؤتمر السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائى ، القاهرة ٢٥-١٩٩٣/١٠/٢٨، ص ١٨ .

المطلب الأول

السحب من جهاز توزيع العملة على الرغم من عدم وجود رصيد كاف

نصت المادة السابعة من عقد الحامل لبطاقة : فيزا – ماستر كارد بنك مصر على أن " يفوض حامل البطاقة البنك في خصم قيمة الإشعارات التي تـــرد من فروع البنك أو التجار من حسابه طرف البنك ، ويجب على حامل البطاقة أن يغذى حسابه بأرصدة تكفى لتغطية المصاريف " الالتزامات الناشئة عن استخدام البطاقة " . كما نصت المادة الثالثة من عقد الحامل لبطاقة فيزا البنك الأهلي على أنه " يجب أن توقع البطاقة من حامل البطاقة ويكون استخدامها :... ج- في حدود البطاقة الذي يصرح به البنك لحامل البطاقة " .

وفى ضوء هذه النصوص يلتزم حامل البطاقة بعدم سحب مبالغ من الجهاز الآلي لتوزيع النقود يتعدى الرصيد المسموح به ، ومن ثم يعد قيام حامل البطاقة بسحب نقود الرصيد المسموح به عملا غير مشروع لانطوائه على إخلال بالتزاماته تجاه مصدر البطاقة الائتمانية له . وهنا نتساءل هل يندرج تصرفه هذا تحت النصوص التجريمية العادية ؟ أم يحتاج الأمر إلى تدخل المشرع لتجريم هذا السلوك بنص جديد باعتباره جريمة مستقلة ؟ أم أن الأمر لا ينطوي على جريمة ، وكل ما ينطوي عليه مجرد إخلال بإلتزاماته التعاقدية ؟ . في ضوء موقف القضاء والفقه يمكننا التمييز بين اتجاهين في هذا الصدد :-

أولا : مسئولية حامل بطاقة الائتمان جنائيا :

يرى جانب كبير من الفقه ويؤيده العديد من أحكام القضاء أن النشاط الذي صدر من حامل بطاقة الائتمان في هذه الواقعة يخضع لنصوص قانون العقوبات . ولكنهم اختلفوا فيما بينهم حول التكييف الصحيح لهذه الواقعة : فهناك من يرى معاقبته عن جريمة سرقة ، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة نصب ، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة خيانه أمانة :-

ونظراً لأن هذه الصورة من الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل صاحبها وكذلك الصورة التي تليها (عدم صلاحية البطاقة للاستعمال) لم يعدلها تطبيق عملي لعدم

تصور ارتكابها غالباً وأصبحت فروضها نظرية غالباً لنجاح التقنيات العلمية في المجال الإلكتروني في برمجة الأجهزة الآلية لتوزيع النقود، وكذلك المحلات التجارية وكل الأماكن التي يمكن التعامل معها بالبطاقة بحيث تعطي بيان للتاجر عن حالة البطاقة : ما إذا كانت ملغية أو أبلغ عن فقدها أو سرقتها أو منتهية الصلاحية أو ليس لها رصيد كاف . كما أن هذه الآلات برمجت على سحب البطاقة في حالة كونها أصبحت غير الحالة للاستعمال وكذلك الامتناع عن صرف نقود تتعدى الرصيد المسموح به لصاحبها . ولن نتعرض لهذه الآراء بالتفصيل . ونكتفى هنا بالقول بعدم انطواء هذه الحالة على جريمة وفقاً للنصوص التجريمية الحالية [1].

ثانيا : عدم مسئولية حامل البطاقة الائتمانية جنائيا :

يرى جانب كبير من الفقه وهو ما نؤيده عدم انطباق النصوص التجريمية في قانون العقوبات على هذه الواقعة ، ومن ثم لا ينطوي قيام حامل البطاقة الائتمانية بسحب نقود أكثر من الرصيد المسموح له به على جريمة سواء سرقة أم نصب أم خيانة أمانة على النحو السابق إيضاحه. ولا يتعدى أكثر من كونها إخلالا بأحد الالتزامات التعاقدية التي قد تمنح مصدر البطاقة الحق في اتخاذ إجراءات إدارية كسحب البطاقة ، أو ترتب مساءلتـــه

مدنيا إذا توافرت شروطها [2] .

ولنفس العلة السابق التنويه عنها يكتفي بهذه الإشارة دون التعرض للتفصيلات [3] .

---

[1] انظر تفصيلات ذلك د/ محمود أحمد طه ، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان ، دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ، ص ٢٠ : ٢٧ .

[2] د/ عمر سالم ، المرجع السابق ، ص ٥٨ : ٥٩ ، د/ كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص ٧٩١ : ٧٩٧ ، د/ عبد الله حسين ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ ، د/ محمد أبو العلا عقيدة ، التقرير السابق ، ص ٧ .

(٣) انظر تفصيلات ذلك د/ محمود أحمد طه ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

المطلب الثاني

الوفاء بقيمة السلع والخدمات رغم عدم وجود رصيد كاف

إذا قدم حامل البطاقة الائتمانية بطاقته إلى تاجر لشراء سلع منه أو للحصول على خدمة منه دون دفع قيمتها نقدا معتمدا على بطاقة الائتمان التي يحملها حيث يحل المصدر لها محله في الوفاء بقيمة عملياته هذه ليقوم هو بعد ذلك خلال الفترة الممنوحة له بالسداد إلى البنك مستفيدا من المدة الممنوحة له على سبيل الائتمان ، واكتشف التاجر أو البنك بعد ذلك عدم وجود رصيد كاف لحامل البطاقة لتغطية قيمة هذه العملية التجارية ، هل ينطوي ذلك على جريمة ؟ وأي نوع من الجرائم تكون ؟ خاصة وأن المادة السادسة الفقرة الخامسة من عقد البطاقة المصرفية الصادرة عن GIE تنص على أنه " يجب على مالك الحساب أن يتأكد من وجود رصيد كاف وقابل للصرف في حسابه يوم تمام المديونية للنفقات المنفذة بالبطاقة " وللإجابة على هذا التساؤل نميز بين اتجاهين :-

الأول يرى مساءلة حامل البطاقة جنائياً عن جريمة نصب ، بينما يرى الاتجاه الثاني : عدم انطواء هذه الواقعة عن جريمة في ضوء نصوص قانون العقوبات وأنها لا يتعدى كونها مجرد إخلال بإلتزاماته التعاقدية مع مصدر البطاقة .

المبحث الثالث

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان بعد انتهاء صلاحيتها

بطاقة الائتمان لا تعد صالحه للاستعمال في ثلاث حالات : إذا تم الغائها من قبل مصدرها ، إذا انتهت مدة صلاحيتها المحددة في العقد المبرم بين حامل البطاقة ومصدرها ، وأخيرا إذا أبلغ حامل البطاقة عن فقدها أو سرقتها. فإذا فرض أن حامل البطاقة الائتمانية قام بإستخدامها سواء في سحب النقود من الجهاز الآلي لتوزيع النقود ، أو في الوفاء بقيمة السلع التي اشتراها أو الخدمات التي أوديت إليه من قبل التاجر الذي قبل التعامل بها مع المصدر ، فهل ينطوى سلوك الحامل هذا على جريمة وفقا لنصوص قانون العقوبات ؟ أم يحتاج الأمر إلى تدخل

المشرع لتجريم ذلك بنص خاص ؟ هذا ما سنشير إليه فيما يلى من خلال استعراض كل صورة من هذه الصور في مطلب مستقل :-

المطلب الأول

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان الملغاة

يحدث أن تصدر الجهة مصدرة بطاقة الائتمان قرارها بإلغاء بطاقة الائتمان السابق اصدارها لعميلها نتيجة تعسفه في استخدامها سواء بالسحب أم بالوفاء ، أو لعدم سداده لمديونياته في الموعد المتفق عليه في العقد ، وذلك لمواجهة عدم تجريم التعسف في استعمالها على النحو السابق ايضاحه ، فإذا فرض أن حامل البطاقة قام بإستعمالها سواء بالسحب أم بالوفاء رغم اخطاره بإلغاء البطاقة التي يحملها من قبل المصدر ، فهل ينطوى ذلك على جريمة ؟ وما هي هذه الجريمة ؟ وقبل ذلك نبحث مدى تجريم مجرد امتناع حامل البطاقة عن ردها رغم طلبها من جانب المصدر ، وذلك كل في فرع مستقل :-

الفرع الأول

الامتناع عن رد البطاقة المنتهية صلاحيتها

إذا انتهت صلاحية البطاقة سواء لإلغائها أم لانتهاء مدتها وطلب المصدر (البنك) من حامل البطاقة الائتمانية تسليم البطاقة التزم حاملها بردها إلى مصدرها لأنها سلمت إليه كعارية استعمال . وذلك استناداً إلى نص المادة (٣/٢) من الشروط العامة لعقد البطاقة المصرفية الصادر عن اعتماد ليون لنصها على أن " تبقى البطاقة ملكا للمؤسسة المصدرة لها التي تملك حق سحبها في أية لحظة أو عدم تجديدها ... ويلتزم حامل البطاقة بناء على ذلك بردها بمجرد أول طلب لها، ويتعرض للجزاءات إذا استمر في استعمالها بعد إعلانه بسحب البطاقة بخطاب عادىً. وهو نفس ما نصت علية المادة العاشرة من عقد الحامل لبطاقة فيزا البنك الأهلي . في ضوء ما سبق إذا

رفض ردها إلى البنك يعتبر خائنا للأمانة لأن البطاقة سلمت إليـــــه على سبيل الأمانة لاستعمالها [1].

وهو ما قضت به محكمة باريس حيث حكمت بأحقية البنك في استرداد البطاقة ، وفرضت غرامة تهديدية على الحامل بمقدار ٥٠ فرنك عن كل يوم تأخير في ردها [2] .

والواقع في ضوء ما سبق يعتبر حامل بطاقة الائتمان قد ارتكب جريمة خيانة أمانة وما ذلك إلا لاكتمال أركانها فالجاني امتنع عن رد بطاقة الائتمان التي تسلمها بناء على عقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في المادة (٣٤١) عقوبات وهو هنا عقد عارية الاستعمال ، فضلا عن أن الامتناع عن رد البطاقة إلى البنك رغم طلبها - حتى ولو لم يستعملها بعد ذلك - يعد اختلاسا وهو أحد صور النشاط الإجرامي لجريمة خيانة الأمانة ، ومن باب أولى لو استعملها فإن استعماله هذا للبطاقة رغم إلغائها لا يجوز ويكشف عن تغيير نيته في نقل حيازته للشئ (البطاقة) من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة[3] .

الفرع الثانى

استخدام بطاقة الائتمان الملغاة في سحب النقود

إذا قام حامل بطاقة الائتمان الملغاه بإستعمالها في سحب النقود من الجهاز الآلي المخصص لذلك فهل يسأل جنائيا ؟ وما نوع الجريمة التي يعاقب عنها ؟ اختلف الفقه والقضاء في هذا الصدد ويمكننا التمييز بين اتجاهين في هذا الصدد إذ يرى البعض مساءلته عن جريمة نصب، بينما يرى البعض الآخر مساءلته عن جريمة خيانة أمانة وهو مانؤيده ونكتفى بهذه

---

(1) د/ احمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٥٧١ ، د/ كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص ٨١٨ .

(2) مشارا إليه في رسالة د/ كيلانى محمود ، ص ٨١٩ . , Paris , 4-3-1986

(3) د/ نجيب حسنى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، ص ١٢٠٤ .

د/ محمود احمد طه ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، ج٣ ، ص ٣٧٠ : ٤٠٥ .

الاشارة فقط نظراً لعدم تصور وقوع هذه الجريمة من الناحيةالعملية على النحو السابق ايضاحه [1] .

الفرع الثالث

استخدام بطاقة الائتمان الملغاة في الوفاء

لا مسئولية جنائية على التاجر في هذه الحالة لأن البطاقة لا تزال صالحة للاستعمال ، وذلك إذا لم يكن قد تم اخطاره بإلغاء صلاحية البطاقة التي استعملت رغم الغائها ، ويحق له الرجوع على المصدر لسداد قيمة مديونية حامل هذه البطاقة . بينما إذا كان قد تم اخطاره بإلغاء البطاقة وقبل التعامل فلا يجوز له الرجوع على مصدر البطاقة ويتحمل هو مخاطر عدم الوفاء بقيمة تعاملاته مع حاملها :

وفيما يتعلق بحامل البطاقة الملغاة فقد اختلف الفقه والقضاء حول مساءلته جنائيا عن تصرفه هذا ونوع الجريمة التي يسأل عنها ؟ ويمكننا التمييز بين نفس الاتجاهين السابقين (النصب وخيانة الأمانة) ولنفس الاعتبار السابق نكتفي بهذه الإشارة ونرى مساءلة الجاني في هاتين الصورتين (استخدام البطاقة الملغاة في السحب أو الوفاء) عن جريمتي خيانة الأمانة والنصب [2] .

المطلب الثانى

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان المنتهية الصلاحية

بطاقة الائتمان دائما مؤقته ، أى لا تصدر بصفة دائمة وانما لمدة محددة . ويتم تدوين تاريخ صلاحيتها عليها بحروف بارزة ، ويتم تجديدها بصورة تلقائية الا إذا طلب حاملها عدم تجديدها أو رفض المصدر تجديدها .

---

(١) انظر تفصيلات ذلك د/محمود طه ، المرجع السابق ، ص٣٨ : ٣٩ .

(٢) انظر تفصيلات ذلك د/محمود طه ، المرجع السابق ، ص ٣٥ : ٣٧ .

وكان يشترط أن يتم الاخطار قبل انتهاء مدة صلاحيتها بشهرين ، أما الآن فلا يشترط الاخطار بعدم التجديد قبل انتهاء مدتها .

والأصل أن يسلم الحامل البطاقة المنتهية ، الا أنه يحدث أن يحتفظ بها الحامل رغم انتهاء مدتها ، فإذا حدث أن استخدمها حاملها رغم انتهاء مدة صلاحيتها فما مدى مساءلته جنائيا ؟ نشير فيما يلى إلى حكم استخدامها في السحب أو في الوفاء :-

- استخدام بطاقة الائتمان المنتهية الصلاحية في السحب :

نفرق هنا بين فرضين : الأول حالة استخدام حامل البطاقة لها خطأ . وحالة استعماله لها عمداً :فلا يسأل جنائيا عن نصب وانما يسأل عن خيانة أمانة في الحالة الأولى ، ويسأل في الثانية عن خيانة أمانة متى كان استعماله لها تم بالصورة المعتادة ، بينما إذا استعملها بطرق احتيالية فإنه يسأل كذلك عن نصب . ونكتفى بهذه الاشارة نظراً لندرة تصور ذلك عمليا للاعتبار السابق ايضاحه [1] .

- استخدام البطاقة المنتهية الصلاحية في الوفاء :-

الأصل كما أوضحنا سابقا أن يقوم حامل البطاقة المنتهية بردها إلى المصدر لكن يحدث أن يحاول استخدام البطاقة رغم انتهاء صلاحيتها في وفاء ثمن مشترياته للتجار فهل يسأل جنائيا عن جريمة نصب ؟ وفي هذه الحالة لا يسأل عن جريمة الا إذا ثبت تواطؤ بين التاجر وحامل البطاقة مكنه من استعمالها في هذه الحالة يسأل عن نصب .

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان المبلغ عن فقدها أو سرقتها :

يحدث أن يبلغ حامل البطاقة الجهة المصدرة لها بفقدها أو بسرقتها ، ثم يستخدمها بعد ذلك في السحب أو الوفاء قبل أن يقوم البنك ببرمجة الأجهزة الآلية لتوزيع النقود بعدم قبول البطاقة المبلغ عن فقدها أو سرقتها في هذه الحالة يسأل حامل البطاقة عن جريمة نصب وأساس

---

(1) انظر تفصيلات ذلك د/محمود طه ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

ذلك أن الحامل بإبلاغه عن فقده للبطاقة أو سرقتها يكون قد فقد صفته كحامل لها ، ومن ثم يأخذ حكم أن الغير الذي يستعمل بطاقة الغير على النحو الذي سنوضحه في الفصل الثانى . فضلا عن أنه قد تحايل لحمل البنك على الوفاء للتاجر أو دفع مبلغ من النقود لهذا الحامل خاصة مع صعوبة كشف ذلك من قبل التاجر أو الآلة اذ تمت العملية قبل برمجتها بما يفيد عدم صلاحيتها للابلاغ عن سرقتها أو فقدها .[1]

وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث اعتبرت حامل البطاقة الذي استعملها بعد الإبلاغ عن سرقتها سئ النية ، وقضت بمعاقبته عن جريمة نصب . واستندت في ذلك إلى أن إعلانه البنك عن سرقة البطاقة يعد كذب ، وتقديمه البطاقة للتاجر أو إدخالها الجهاز الآلي لتوزيع النقود يعد طرقا احتيالية تهدف إلى الإقناع بوجود ائتمان وهمي[2] .

---

(١) د/ محمد أبو العلا عقيدة ، التقرير السابق ، ص ٧ ، د/ كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص ٨٧٦ .

(٢) Crim , 16-6-1986 Disep 1987 no18 , p. 9 not le cleck .

الفصل الثاني

الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل الغير

يقصد بالغير هنا من لم تصدر البطاقة بإسمه من الجهة المختصة بإصدارها ، فإذا استعمل الغير بطاقة الائتمان كان استعماله هذا غير مشروعا ، وما ذلك الا للطابع الشخصى الذي تتسم به هذه البطاقة . وبطاقة الائتمان التي يستعملها الغير اما أن تكون بطاقة مزورة ، واما أن تكون صحيحة ، وسوف نفرد لكل منهما مبحثا مستقلا :

المبحث الأول

استعمال الغير لبطاقة ائتمان مزورة

الفرض هنا أن الجهة المختصة بإصدار بطاقة الائتمان التي استعملت سواء في السحب أم في الوفاء لم تصدرها ، وأن الغير قد قام بتزويرها أو بتقليدها ، فإذا فرض أن شخص قام بإستعمال بطاقة ائتمان مزورة هل يسأل جنائيا ؟ وما نوع الجريمة التي يسأل عنها ؟ ونظرا لأن البطاقة المزورة يتصور أن يزورها من استعملها ، وأن يزورها غيره ، لذا نبحث عن حكم من زورها دون أن يستعملها . كما قد تتخذ صورة أخرى تتمثل في قبول الغير الوفاء أو السحب ببطاقة مقلدة أو مزورة . وسوف نستعرض كل من هذه الصور في مطلب مستقل:-

المطلب الأول

تزوير بطاقة الائتمان

المشرع عاقب على تزوير المحرر في حد ذاته ولو لم يقترن باستعمال - طالما تم بنية الاستعمال - في المواد (٢٢١ : ٢١٣) عقوبات ، فهل تنطبق هذه النصوص على من يقوم بتزوير بطاقة الائتمان ؟

نشير بداية إلى أن تزوير البطاقة قد يتخذ صورة تزوير كلى أي خلق لها من العدم على غرار البطاقة الصحيحة ، بمعنى أن يتم تزوير المادة المكونة للبطاقة نفسها وبياناتها كذلك وهو ما يعرف بالتقليد . وقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية تزوير بطاقة الائتمان من الناحية العملية : فهناك من يرى أن ذلك افتراض نظري لصعوبته [1] ، وعلى العكس هناك من يرى إمكانية ذلك[2] .

والواقع أن تزوير بطاقة الائتمان وان كان صعب إلا أنه ليس مستحيلا وهو ما حدث فعلا عندما قام مهندس يدعى سرج هميس بتقليد بطاقة الائتمان وبالفعل قام الجانى بإستعمال البطاقة المزورة كي يثبت أن وسائل الحماية للبطاقة غير كافية ، كما أثبت أنه يمكن استخدام بطاقة الائتمان في سحب النقود من الأجهزة الآلية لتوزيع النقود وذلك باستخدام أرقام بدلا من الرقم السري للبطاقة[3] .

---

(1) وأساس ذلك ، أن لكل بطاقة رقم يعرفه صاحب البطاقة ومبرمجة على حساب صاحبها ، ولكل بطاقة رقم سرى لا يمكن استعماله الا به ، ولكى يتم تقليد بطاقة الائتمان يتعين صنع البطاقة من نفس الماده التي تصنع منها البطاقة الأصلية وأن تأخذ نفس رقمها ورقمها السرى ويتم مغنطتها . وهذا لا يمكن القيام به الا إذا كان الجانى على علاقة بالبنك مصدر البطاقة أو الموظف (البنك) حتى يمكن أن يعطيه نسخة أخرى من نفس البطاقة الخاصة بالعميل ليستعملها أو يعطيها لشريك له . انظر د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص٥٣٧ .

(2) اذ يتصور أن يتم تزويرها بعدة طرق منها : نسخ كربون المتخلفة عن الاستعمال الصحيح للبطاقة لدى التجار ، وذلك بعد تخلص هؤلاء التجار منها بإلقائها في سلة المهملات . أو من خلال بيانات بطاقة صحيحة يتم الحصول عليها بتصويرها فوتوغرافيا بواسطة التاجر ، كما يمكن أن يتم تدوين بيانات وهمية على البطاقة لا تقابلها بيانات صحيحة أو بالتواطئ مع الحامل الشرعى للبطاقة . أو أن يقوم الغير بالاستيلاء على بطاقة أحد الحاملين لها سواء بالرقم أم بالعثور عليها . ثم يقوم الجانى بالاتصال بهذا الحامل تليفونيا مدعيا أنه موظف بالبنك المصدر للبطاقة وبأنه سوف يرسل لهذا الحامل بطاقة جديدة ويطالبه بإبلاغه برقم البطاقة السرى ، فيقوم صاحب البطاقة بإبلاغه الرقم السري ، وعند ئذ يقوم الجانى بتغيير البطاقة لتفادى سحبها بواسطة الآلة . انظر ذلك د / كيلانى ، المرجع السابق ، ص٨٤٦ : ٨٤٨ .

(3) د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ : ٤٤٧ .

وهنا نتساءل إذا فرض أنه تم تزوير البطاقة فما هو التكييف القانوني لهذه الواقعة ؟ هل يسأل عن جريمة تزوير ؟

كي نجيب على هذا التساؤل نعرف المقصود بالتزوير : يقصد به تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي حددها القانون تغييرا من شأنه أن يرتب ضررا للغير وبنية استعمال هذا المحرر فيما زور من أجله[1] .

في ضوء تعريفنا للتزوير نقول أن هذه الواقعة تشكل جريمة تزوير وذلك وفقا لنص المادة (٤/٢١٥) عقوبات نظرا لتوافر أركان جريمة التزوير سواء من حيث ركنها المادي أم المعنوى : فالجاني في هذه الواقعة قام بتغيير الحقيقة المتعلقة ببطاقة الائتمان سواء بتقليد بطاقة صحيحة أم بتغيير بعض بياناتها الجوهرية ، وهذا التغيير يرد على بطاقة الائتمان والتي تعد محرر رسمي متى تعلق بأحد بنوك القطاع العام ، ومحرر عرفي متى تعلق بأحد البنوك الخاصة التي تؤدى منفعة عامة. وأنه قد تم بأحد الطرق المنصوص عليها في المادة (٢١٢،٢١٣) عقوبات . وما يهمنا هنا من هذه الطرق المادية الاصطناع والذي يقصد به أن ينشئ الجاني المحرر وينسبه إلى غير محرره ، وهو ما يتم في حالة تقليد بطاقة الائتمان . وكذلك ما يهمنا هنا من الطرق المعنوية للتزوير انتحال شخصية الغير ومن أمثلة ذلك أن يدعى شخص أمام جهة رسمية أو أمام شخص عادى أنه شخص معين متخذا لنفسه اسما غير اسمه ، أو بإنتحال صفة الغير وهو ما يتم في حالة التزوير الجزئي لبطاقة الائتمان[2] – كما أن الجاني قد انصرفت ارادته إلى تغيير الحقيقة في المحرر واستخدامه فيما زور من أجله – ولو لم يستخدم فعلا بل ولو أصبح مستحيل استخدامه فيما زور من أجله كأن تبرمج الأجهزة الآلية لتوزيع النقود على كشف البطاقات المزورة ، أو أن يعدل من زورها عن استعمالها[3] .

---

(1) د/ محمود طه ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، جـ١ ، ص٢٨٥ .

(2) الهامش السابق ، ص٢٨٦ : ٣٠٦ .

(3) د/ نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٦ .

ووفقا لنص المادة (٢١٢) عقوبات يعاقب الجاني بالأشغال الشاقة أو السجن بما لا يزيد على عشرة سنوات متى تعلقت الواقعة بتزوير بطاقة ائتمان صادرة من بنك تابع للقطاع العام ، بينما إذا تعلقت ببطاقة صادرة من بنوك خاصة طبقت عليها المادة (٢١٤ مكررا) عقوبات حيث يعاقب الجاني بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات .

وقد جرم المشرع الفرنسي هذه الواقعة بنص خاص هو المادة (١/٦٧) من القانون رقم ١٣٨٢ لعام ١٩٩١ الخاص بأمن الشيكات وبطاقات الوفاء لنصها على أن كل من قام بتقليد أو تزوير بطاقة وفاء أو سحب يعاقب بالحبس من عام إلى سبعة أعوام والغرامة من ٣٦٠٠ فرنك إلى خمسة مليون فرنك أو بإحداهما . فضلا عن مصادرة وتدمير الشيكات والبطاقات المقلدة أو المزيفة ، وكذلك مصادرة المواد والماكينات والمعدات أو الأدوات التي استخدمت أو التي كانت متجهة إلى الاستخدام في التزييف أو التقليد إلا إذا استخدمت بدون علم المالك .

ورغم صدور قانون العقوبات الجديد لعام ١٩٩٤ إلا أن المادة ١/٦٧ لا تزال هي التي تنطبق على هذه الواقعة نظرا لأن قانون العقوبات الجديد لم بلغ العمل به[١] .

وقد قضت محكمة استئناف دبي بمعاقبة متهم بالحبس مدة ثلاثة أشهر والمصادرة عن جريمة تزوير وترويج وحيازة بطاقة بوجه غير مشروع[٢] .

المطلب الثاني

استعمال بطاقة ائتمان مزورة

جرم المشرع استعمال المحرر المزور في المواد (٢١٤ ،٢١٤ مكررا ، ٢١٥) عقوبات والتجريم هنا يتعلق فقط بواقعة الاستعمال ولو لم يكن المستعمل لهذا المحرر المزور هو

---

(١) د/ عمر سالم ، المرجع السابق ، ص ٦٨ : ٧٨ .

(٢) محكمة استئناف دبي في ٢٩٩٩/٣/٢٠ ، في القضية رقم ٦٠٦٢ لعام ١٩٩٨ مشار إليه في رسالة د/ عبد الله حسين ، المرجع السابق .

نفسه من زوره . فهل ينطبق نفس النص على من استعمل بطاقة ائتمان مزورة دون أن يكون هو الذي زورها ، وما الحكم لو ثبت أنه نفسه الذي زورها ؟

أولا : استعمال بطاقة ائتمان مزورة من قبل الغير :

إذا كان كل ما ينسب إلى الجاني استعماله لبطاقة ائتمان مزورة سواء بالحبس أم بالوفاء دون أن ينسب إليه تزويرها فهل يسأل وفقا لنصوص قانون العقوبات ؟

أجمع الفقه والقضاء على مساءلته جنائيا وفقا لنصوص قانون العقوبات وان اختلفوا فيما بينهم حول نوع الجريمة التي يسأل عنها : فهناك من يرى مساءلته عن جريمة سرقة بإستعمال مفتاح مصطنع ، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة نصب ، وهناك من يرى مساءلته عن جريمة استعمال محرر مزور :-

- جريمة سرقة باستعمال مفتاح مصطنع :

يرى بعض الفقه المصري مساءلة مرتكب هذه الواقعة عن جريمة سرقة مشددة لاستعماله مفتاح مصطنع . واستندوا في ذلك إلى أن المال خرج من حيازة المجني عليه بغير رضائه ، وأن البطاقة المزورة تعد من قبيل المفتاح المصطنع الذي نصت عليه المادة (٢/٣١٧) عقوبات على أساس أن المفتاح المصطنع هو كل أداة تقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها المفتاح بغض النظر عن شكلها أو حجمها أو المادة المصنوع منها ، خاصة وأن البطاقة في حقيقتها مجرد أداة للوصول إلى سحب النقود من الحساب[١] فالجهاز يعتبر خزينة نقود والرقم السري لبطاقة الائتمان هو المفتاح الذي يفتح به الجاني خزينة النقود[٢] .

وقد اعترض غالبية الفقه - وهو ما نؤيده على اعتبار هذه الواقعة (استعمال بطاقة ائتمان مزورة) سرقة باستعمال مفتاح مصطنع ، واستندوا في ذلك إلى أن تسليم النقود تم إراديا من

---

(١) د/ هدى قشقوش ، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ١٣٤

(٢)د/ عمر الفاروق ، التقرير السابق ، ص ٢٣ : ٢٦ ، د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٥٣٩ .

قبل الجهاز الآلي لتوزيع النقود بمجرد إدخال البطاقة في الآلة وكتابة الرقم السري لها. [١] فضلا عن أن البطاقة الائتمانية لاتعد مفتاحا مصطنعا لأن المفتاح المصطنع هو الذي يستخدم للدخول في المكان الذي يرتكب فيه جريمة السرقة ، وهو ما لا يتوافر في بطاقة الائتمان فهي لا تستعمل في الدخول للمكان الذي سترتكب فيه السرقة ، وإنما هي أداة الجريمة نفسها . كما لا يجوز القياس في النصوص التجريمية لأن القول بأن بطاقة الائتمان بمثابة مفتاح مصطنع يعد نوعا من القياس وهو غير جائز[٢] .

- جريمة نصب :

إذا قام أحد الأفراد باستعمال بطاقة ائتمان مزورة في سحب النقود من الجهاز الآلي المعد لذلك ، أو في الوفاء بقيمة عملياته التجارية فإنه يعد مرتكبا لجريمة نصب . وهو ما ذهب إليه بعض الفقه والقضاء مستندين في ذلك إلى أن استعمال البطاقة المزورة بمثابة استخدام طرق احتيالية لخداع الجهاز الآلي الذي يقوم بسحب النقود أو لايهام التاجر بوجود ائتمان بهدف الحصول على السلع والخدمات[٣] . وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن الجهاز الآلي لتوزيع النقود يمكن خداعه لأنه يوجد خلف كل جهاز صاحبه (موظف البنك)[٤] . وهو نفس ما قضت به محكمة استئناف باريس حيث أدانت من استعمل البطاقة المزورة عن جريمة نصب وعاقبته بالحبس سنة وبغرامة ... فرنك تطبيقا للمادة (٤٠٥) جنائي [٥] .

وهو ما اعترضت عليه محكمة استئناف "ليل" استنادا إلى أن الطرق الاحتيالية يجب أن تربط بين شخصين (الجاني والمجني عليه) وهو ما لا يتوافر في هذه الواقعة ، لأن العلاقة التي تنشأ عن

---

(١) B ozedeaux , 25 3 1987 , D. 1987 ,24,not Prade 1

(٢) د/ نجيب حسنى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، ص٩٥٥ ، د/ عمر سالم ، المرجع السابق ، ص٣٨ .

(٣) د/ جميل الصغير ، المرجع السابق ، ص ١١٢ ، د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٨٥٩

(٤) Crim 10-12-1970 , J.C.P, 1972 , II ,17277 obs Gas in .

(٥) Trib Paris 306-1987 سابق الإشارة إليه .

Rennes 26-1-1981, D. 1982 , IR.P.500 obs. vasseur .

استخدام بطاقة مزورة في السحب تكون بين شخص وهو الجاني وبين شئ وهو الجهاز الآلي لتوزيع النقود[1] .

– جريمة استعمال محرر مزور :

نرى أن هذه الواقعة تعد جريمة استعمال محرر مزور وفقا لنصوص قانون العقوبات (م٢١٥،٢١٤) عقوبات مصري ، ووفقا للمادة ١/٦٧ من قانون أمن الشيكات وبطاقة الوفاء الفرنسي وذلك لتوافر أركان هذه الجريمة في هذه الواقعة : فموضوع الجريمة يرد على محرر مزور وهو هنا بطاقة الائتمان المزورة كما يشترط في النشاط المادي لجريمة استعمال محرر مزور أن يحتج بالمحرر المزور على أنه صحيح وهو ما حدث في هذه الواقعة . حيث استعملها حائزها (بطاقة الائتمان) في سحب النقود أو الوفاء لدى أحد التجار ، وبشرط كذلك أن ينخدع التاجر أو الآلة (الموظف المختص) بها وهو ما حدث بالفعل حيث تمكن من السحب أو الوفاء ، فضلاً عن توافر القصد الجنائي لدى مستعملها فهو يعلم بأنها مزورة وتنصرف إرادته إلى استعمالها فيما زورت من أجله (سحب النقود – أو الوفاء)[2] .

ولا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن هذه الواقعة لا تعد استعمالا لمحرر مزور استنادا إلى أن البطاقة الائتمانية ليست هي المحرر ، وإنما مجرد أداة للوصول إلى السحب من الحساب ، كما أن التوقيع الإلكتروني لم يتم لاثبات أن هذا الشخص قد سحب من رصيده مبلغ كذا وانما لاثبات أن رصيد هذا الشخص قد نقص بمقدار كذا[3] .

---

(1) Trib . lille , 15-12-1900, D. 1901 , 2, p. 365 .

(2) Cavalda , le droit penal des caztes de paiement et de credits , Dalloz , 1994 , p. 92 . =

= د/ عمرو سالم ، المرجع السابق ، ص٨٢ : ٨٣ .

(3) د/ عمر الفاروق ، التقرير السابق ، ص ٢٣ : ٢٥.

ثانيا : استعمال بطاقة ائتمان مزورة من قبل مزورها :

الفرض هنا هو أن الذي قام بتزوير بطاقة الائتمان هو نفسه الذي قام بإستعمالها فيما زورت من أجله (سواء بالسحب أم بالوفاء) . في هذه الحالة نكون إزاء تعدد في الجرائم فمما لا شكك فيه أنه يعد مرتكبا لجريمة تزوير محرر وكذلك جريمة استعمال المحرر المزور على النحو السابق إيضاحه . وهذا التعدد للجرائم قد يكون تعددا معنويا وذلك إذا تم التزوير و الاستعمال بفعل واحد كأن يوقع المتهم على الفواتير لدى أحد التجار ، فالتوقيع تزوير واستعمال للبطاقة في نفس الوقت . وفى هذه الحالة تطبق المادة (١/٣٢) عقوبات حيث يعاقب على الجريمة ذات الوصف الأشد . كما قد يكون تعددا ماديا متى ارتكبت الجريمة بفعلين مستقلين . وهذا التعدد قد يكون مرتبطا ارتباطا غير قابل للتجزئة وذلك متى ارتكبت الجريمتين لغرض واحد مثل تغيير اسم صاحب البطاقة واستعمالها . كما قد يكون ارتباطا بسيطا إذا لم يكن لغرض واحد كمن استعمل البطاقة المزورة لتحقيق أغراض لم تكن في ذهنه وقت تزويره للبطاقة[1] .

المبحث الثاني

استعمال الغير لبطاقة ائتمان صحيحة

الفرض هنا أن بطاقة الائتمان صحيحة أى أنها صادرة من الجهة المختصة بإصدارها ، الا أنها استعملت من قبل غير من صدرت بإسمه . وهذا دون شك يعد استعمالا غير مشروع لها ، ويتصور أن يحصل الغير على بطاقة ائتمان صحيحة في عدة حالات :

إما أن يحصل عليها ويستخدمها بعلم صاحبها : وهذه الصورة لا تنطوي على جريمة نظرا لأن البطاقة صحيحة وأن استعمالها من قبل الغير تم برضاء صاحبها وعلمه ، إلا أنه ينطوي على إخلال بالتزامات العقد المبرم بين من صدرت باسمه (حاملها) والجهة التي أصدرتها نظرا للطابع الشخصي لها ، الأمر الذي يبيح لمصدر البطاقة إلغائها أو سحبها .

---

(١) د/ كيلانى محمود ، المرجع السابق ، ص ٨٥٦ : ٨٥٧ .

واما أن يحصل الغير عليها ويستخدمها دون علم صاحبها أو رضاه : كأن يحصل عليها بطريق السرقة أو بالعثور عليها بعد أن فقدها صاحبها . وغالبا ما يقوم من يعثر على البطاقة أو يسرقها باستعمالها سواء بالسحب أو بالوفاء . ونادرا ما يختلف شخص السارق أو من عثر عليها عن من استعملها . وهذه الحالة تعد غير مشروعة وتستوجب مساءلته جنائيا ، لكن وفقا لأي جريمة يسأل جنائيا .

كما يتصور أن يتم العثور على البطاقة المفقودة أو يتم سرقتها مع الرقم السري الخاص بها ، أو بدونه: [1] ولا تثير الحالة الأولى مشكلة في استعمال البطاقة على عكس الحالة الثانية فإن استخدامه للبطاقة إما أن يتم بطريق التحايل أو التجربة : وهذا نادرا من الناحية العملية نظرا لبرمجة الأجهزة الآلية لحماية بطاقة الائتمان من استعمالها من قبل غير صاحبها حيث منحه ثلاثة فرص لتجربة الرقم السري ، فإذا جرب المرة الثالثة و لم يكن الرقم صحيحا قامت الآلة بسحب البطاقة ، وإما أن يتم عن طريق إفشاء سر الرقم السري من المؤتمن عليه : وهذا يثير مشكلة تعدد الجرائم . وتختلف نوع الجريمة باختلاف هذه الفروض على النحو الآتي :-

سرقة البطاقة أو العثور عليها دون استعمالها :

- يحدث أن يعثر شخص على بطاقة ائتمان إضافية من صاحبها ولا يقوم بتسليمها إلى صاحبها رغم معرفته له ، أولاً يقوم بتسليمها إلى الجهة المصدرة أو إلى جهة الشرطة مقرراً الاحتفاظ بها لديه دون أن يهدف من ذلك استعمالها . هذه الحالة تأخذ حكم العثور على الأشياء الضائعة . فمن المعروف أن المال المفقود لا يعد مالاً مباحاً و لا متروكاً وإنما مالاً مملوكاً للغير ، إذ لم يخطر ببال صاحبه أن يتخلى عنه ، وكل ما في الأمر أنه خرج مادياً من حيازته دون رضائه . [2] وقد عالج المشرع المصري العثور على الأشياء المفقودة في المادة (٣٢١) مكرراً

---

(1) الاحتواء الأمني لمخاطر الانترنت ، إعداد مركز البحوث والدراسات بشرطه دبي ، الأمن والانترنت ، ٢٠٠١ ، ص٢٨ .

(2) د/ محمود طه ، القسم الخاص ..المرجع السابق ، ج٣ ، ص ٤٢ : ٤٤ .

عقوبات . ووفقاً لهذه المادة يعاقب بالحبس مع الشغل بما لا يتجاوز سنتين من يحبس شيء عثر عليه بنية تملكه ، أما إذا احتبسه بغير نية التملك يعاقب بالغرامة بما لا تزيد على مائة جنيه .

وإن كان هناك من يعارض اعتبار الجاني سارقاً و يرى وهو ما نؤيده أنه كان ينبغي معاقبته عن جريمة مستقلة أقل درجة من السرقة . [١]

كما يحدث أن يقوم شخص بسرقة بطاقة الائتمان من صاحبها . وسرقة البطاقة قد يكون مصحوباً بسرقة رقمها السري ، وقد لا يكون مصحوباً بذلك ؟ في الحالة الأولى : سرقة البطاقة ومعرفة رقمها السري يعد سرقة دون جدال لأن البطاقة مستند له قيمة في حد ذاته ، كما أن الرقم السري مع البطاقة يجعل لها قيمة مادية أكثر ، نظراً لامكانية استعمالها في السرقة سواء بنفسه أو عن طريق الغير . وحتى لو كانت السرقة للبطاقة (الحالة الثانية) دون الرقم السري فإن الواقعة سرقة هي الأخرى ، وذلك سواء كان ذلك بغرض استعمالها أم بغرض الأضرار بحاملها دون استعمالها . وفي الحالة الأولى يتعذر عليه استعمالها نظراً لعدم علمه بالرقم السري لها و الذي عن طريقه يتمكن من استعمالها . في هذه الحالة الجاني قام بسرقة البطاقة ، والبطاقة منقول لها قيمة في حد ذاتها كورقة ، ناهيك عن احتمال نجاح الجاني في استعمالها أو نجاح الغير في طبع الرقم السري على البطاقة . وفيما يتعلق بالركن المعنوي يعد متوافر للجاني متى اختلس البطاقة بنية تملكها أو بنية الانتفاع بها أي استخدامها . وحتى لو كان بنية اتلافها إذ المهم نية حرمان صاحبها من استعمالها و الاستفادة بها (أي الأضرار بصاحبها) لذا أرى أنه يسأل هنا عن جريمة سرقة . ولا يحول دون ذلك تعذر استعمال الجاني للبطاقة لعدم معرفة رقمها السري ، فالسرقة شيء والاستفادة منه شيء آخر ، وذلك على غرار من سرق شيكات غير موقع عليها ، فالشيكات هذه يصح أن تكون محلاً للسرقة لأنها وإن كانت قليلة القيمة فإنها ليست مجردة من كل قيمة . [٢]

---

(١) د/ عمر سعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣ .

(٢) Cavalda , op . cit ., P. 49.

استعمال البطاقة المسروقة دون سرقتها أو العثور عليها :

يحدث أن يعثر شخص على بطاقة ائتمان ويقوم بتسليمها إلى آخر وإطلاعه على رقمها السري ويقوم هذا الأخير باستعمالها سواء في السحب أم في الوفاء . كما يحدث أن يسرقها شخص ومعها رقمها السري ويقوم بتسليمها إلى آخر لاستعمالها ، فما حكم هاتين الحالتين :-

الحالة الأولى : استعمال بطاقة مفقودة :

تثير هذه الحالة مسئولية من عثر عليها وقام بتسليمها إلى الغير الذي قام بدوره باستعمالها ، وكذلك مسئولية من استعمالها وهو يعلم أنها فقدت من صاحبها : -

بالنسبة لمدى مساءلة من عثر عليها وسلمها إلى الغير : نفرق بين تسليم البطاقة ممن عثر عليها إلى من أدعى ملكيته لها : في هذه الحالة لا يسأل عن الجريمة التي ارتكبها من تسلمها منه (استعمال البطاقة في السحب أو الوفاء) وبين تسليمها إلى غير مالكها وهو يعلم بذلك : فإنه يعد شريكاً لمن تسلمها و استعملها .

وبالنسبة لمدى مساءلة من تسلم البطاقة المفقودة ممن عثر عليها ، فإنه يسأل عن جريمة سرقة لهذه البطاقة . لأن يد من عثر عليها عارضة ومن ثم فتسليمها له لا ينفي الاختلاس لعدم الاعتداد بتسليمه هذا .[1] وذلك على عكس ما ذهبت إليه سابقاً محكمة أسوان الجزئية حيث كانت تعتبر التسليم من جانب من عثر عليها نافياً للاختلاس ومن ثم نافياً للسرقة . [2] وفيما يتعلق بواقعة استعماله للبطاقة المفقودة و التي أدعى ملكيته لها أو تسليمها بعلم من عثر عليها بأنه ليس مالكاً لها فإن بحث مدى مساءلته جنائياً عن ذلك لا يختلف عن بحث مدى مساءلته جنائياً في حالة ما إذا كانت البطاقة التي تسلمها من الغير كانت مسروقة لذا نبحثها معاً .

د/ عمر سالم ، المرجع السابق ، ص ٣٩ ؛ د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ ؛ نقض ١١/٣٠/ ١٩٦٤ ، م.أ.ن ، س ١٧ ، رقم ٩٤٦ ، ص ٧٥٤ .

(١) د / إبراهيم طنطاوي ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، ١٠١ .

(٢) محكمة أسوان الجزئية ، ١٩١٢/٨/٨ المجموعة الرسمية ، س ١٤ ، رقم ٢٨ ، ص٥٠ .

الحالة الثانية : استعمال بطاقة مسروقة :

هنا نفرق بين تسلمه للبطاقة المسروقة ومعها رقمها السري ، وتسلمه لها دون أن يعرف رقمها السري :-

- استلام الجاني للبطاقة المسروقة مع إعلانه برقمها السري :

قضت بعض المحاكم الفرنسية و بعض الفقه بمساءلته جنائياً عن جريمة نصب متى استعمل البطاقة المسروقة أو المفقودة في سحب النقود أو الوفاء للتاجر . وأساس ذلك أن الجاني باستعماله البطاقة المسروقة يكون قد اتخذ اسماً كاذباً يتجسد في استعماله اسم صاحب البطاقة الحقيقي وهو أحد طرق النصب إذ يكفي للعقاب عن استعمال الاسم الكاذب طبقاً للمادة (٤٠٥) عقوبات فرنسي ، والمادة (٣٣٦) عقوبات مصري أن ينجم عن هذا الاستعمال تسليم النقود أو الوفاء بقيمة عملياته التجارية . [١]

كما يسأل كذلك عن جريمة تزوير وذلك في حالة استخدامه لها في الوفاء بقيمة عملياته التجارية وذلك لتوقيعه باسم صاحب البطاقة الأصلي على فواتير بيع البضاعة التي يجب التوقيع عليها حتى يمكن الوفاء بقيمتها من قبل البنك مصدر البطاقة .[٢] وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قديماً قد اعتبرت هذه الواقعة نصب لاستخدامه طرق احتيالية ، وذلك استناداً إلى أن الفاتورة المعدة سلفاً ليس لها صفة الصك ، وأنه في حالة تزويرها لا يمكن معاقبته عليها إلا عن جريمة نصب باعتبارها طرقاً احتيالية (م٤٠٥ ع.ف) ولا تشكل جريمة مستقلة . [٣]

---

(١) Crim 19 5 1987,Gaz pal . 1988 1 somme .

د/ جميل الصغير ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

Bordeaux, 25 3 3 1988 D . 1987, P. 424, not. Pradel .

(٢) Cavalda, op. Cit, p. 90 no 15 .

سابق الإشارة إليه crim 7-10-1968 ، د/ عمر سالم ، المرجع السابق ، ص ٤٢ .

(٣) crim 19 5 1980 , R.I.D., 1, 88, P. 27 , abs. Cabzillac .

وبجانب مساءلته جنائياً عن جريمتي النصب و التزوير يسأل كذلك عن جريمة اخفاء أشياء مسروقة نظراً ، لاخفائه إخفاء لبطاقة الائتمان التي سرقها الغير و سلمها إليه (م ٤٤ ع.م ، ٤٦ ع.ف) .

و بالنسبة لسارق البطاقة أو الذي عثر عليها و سلمها للغير يسأل عن جريمة سرقة على النحو السابق ايضاحه ، كما يسأل عن اشتراك في جريمة النصب و التزوير بالمساعدة [١] .

وفيما يتعلق بالتاجر الذي يقبل استخدام الغير لبطاقة الائتمان في الوفاء بقيمة عملياته التجارية وهو يعلم بأنها مسروقة يعد شريكاً في النصب .[٢]

إستلام الجاني للبطاقة المسروقة دون معرفة رقمها السري :

الأصل أن يفشل من أخذ بطاقة مسروقة أو مفقودة دون معرفة رقمها السري في استخدامها . نظراً لأن الأجهزة الآلية لتوزيع النقود مبرمجة على سحب البطاقة في حالة الخطأ في الرقم السري للمرة الثالثة و ذلك لحمايتها من السرقة و استعمالها من جانب الغير في هذه الحالة يسأل عن جريمة حيازة أشياء مسروقة . كما يسأل عن شروع في نصب استناداً إلى أن إدخال البطاقة في الآلة يعد بدءً في التنفيذ و ما تخلف النتيجة المقصودة (سحب النقود) الا بسبب خارجي نتيجة جهله بالرقم السري [٣]

لكن يحدث أحياناً أن ينجح في استعمالها وذلك عن طريق التحايل على الآلة و تجربة الأرقام و هذا يحدث نادراً . في هذه الحالة إذا نجح في استعمالها فإنه يسأل عندئذ عن جريمة نصب على النحو السابق إيضاحه .

---

(١) سابق الإشارة إليه Paris, 10 6 1987

د/ كيلاني محمود ، المرجع السابق ، ص ٨٨٤ .

(٢) د/ كيلاني محمود ، المرجع ، ص ٨٨٥ .

(٣) على عكس ما ذهبت إليه محكمة بوردو إذ عاقبته عن جريمة نصب كاملة و ليس عن شروع فقط .

سابق الإشارة إليه Bordeaux, 25 3 1987

و بالنسبة لمن سلم البطاقة إلى الجاني فإنه لا يسأل عن جريمة متى كان يعتقد أنه سلمها إلى مالكها ، بينما يسأل عن جريمة سرقة إذا كان يعلم أنه يسلمها إلى غير مالكها كما يعد شريكاً في جريمة النصب .

نخلص مما سبق إلى مسئولية من استعمل بطاقة مسروقة عن عدة جرائم قد تشمل في بعض الأحيان سرقة و نصب و تزوير و إخفاء أشياء مسروقة. وهنا نطبق أحكام تعدد الجرائم حيث نكون إزاء تعدد مادي للجرائم قد يجمع بينهم وحدة الغرض أى نكون إزاء تعدد مادي غير قابل للتجزئة وهنا تطبق المادة ٢/٣٢ عقوبات حيث يعاقب على الجريمة ذات الوصف الأشد [١] .

- سرقة واستعمال البطاقة المسروقة :

على عكس الحالتين السابقتين غالباً ما يقترن سرقة البطاقة بإستعمالها . ويحدث ذلك عندما يقترن سرقة البطاقة بمعرفة رقمها السري لوجوده معها أثناء سرقتها . في هذه الحالة هل يعاقب عن جريمة سرقة أم عن جريمة نصب أم عليهما معاً ؟

مما لا شك فيه أن صاحب البطاقة قد أخل بالتزامه التعاقدي الذي يفرض عليه التزاماً بالاحتفاظ برقمها السري بعيداً عن البطاقة حتى لا يعرفه الغير الذي قام بسرقة البطاقة أو عثر عليها نتيجة لفقدها من قبل صاحبها . إلا أن هذا الإخلال التعاقدي الناجم عن إهمال من جانب صاحبها لا يحول دون مساءلة من سرقها أو عثر عليها و استعملها. وكل مااللاهمال من أثر ينحصر في تحمله للعمليات التي يقوم بها الجاني قبل إخطاره الجهة مصدرة البطاقة بسرقتها أو بفقدها . [٢]

ويعاقب من سرق بطاقة ائتمان و استعملها في السحب أو الوفاء عن جريمة سرقة للبطاقة الائتمانية على النحو السابق إيضاحه . كما يسأل عن جريمة نصب نتيجة استعماله للبطاقة

---

(١) د/محمود أحمد طه ، الارتباط وأثره الموضوعي والإجرائي ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، أماكن متعددة.

(٢) د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٥٣٣ : ٥٣٤ .

الائتمانية المسروقة نظراً لاستخدامه الطرق الاحتيالية (الصفة الكاذبة) لاقتناع المجني عليه (الجهة المصدرة للبطاقة) بوجود ائتمان وهمي [1] وبذلك نكون إزاء تعدد مادي للجرائم ، ونظراً لأن السرقة تمت بغرض استعمال البطاقة الائتمانية تكون بصدد ارتباط غير قابل للتجزئة ، ومن ثم تنطبق المادة (٢/٣٢) عقوبات .

كما يحدث أن تتم السرقة بنية الانتفاع ببطاقة الائتمان ثم اعادتها إلى صاحبها بعد ذلك . في هذه الحالة هل يعاقب عن سرقة أم عن نصب ؟ يسأل في هذه الحالة عن جريمة سرقة لمجرد سرقة بطاقة الائتمان و استعماله لها رغم انتفاء نية التملك التي تمثل القصد المعنوي لجريمة السرقة ، وما ذلك إلا لأن استعمال بطاقة الائتمان بمثابة استهلاك لها أي استهلاك للشيء المسروق ، ومن ثم فإن إعادته بعد ذلك إلى صاحبها يكون ناقص القيمة بما يعادل ما تم سحبه من الجهاز الآلي . [2] و يتمشى ذلك مع مفهوم السرقة في القانون الفرنسي الجديد حيث عرف السرقة بأنها الاختلاس بقصد الغش لمنقولات الغير . ذلك لأن القانون عندما يحمي الأشياء يحميها لأنها تمثل قيمة معينة ، فتكون العبرة في نظره بقيمة الشيء لا مادته بحيث إذا استولى الشخص على شيء مملوك لغيره بغير رضاه أو استنزفت قيمته كلها أو بعضها ، فإن اتجاه نيته وقت استيلاءه عليه والى رده إلى صاحبه لا يحول دون اعتبار فعله اختلاساً محققاً لجريمة السرقة [3] . كما يتمشى مع مفهوم السرقة في قانون السرقة البريطاني الصادر عام ١٩٧٨ لنص المادة الأولى منه على أنه يعد مرتكباً لجريمة السرقة كل من حصل بطريق الغش و بصفة غير مشروعة على منفعة من الغير . [4]

---

(١) Rennes 26 1 1981 , D. 1982, IR.500, obs.Vasseur.

(٢) د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٥٣٣ : ٥٣٤ .

(٣) د/ نجيب حسني ، المرجع السابق ، القسم الخاص ، ص ٨١٨ ؛ د، عمر سالم ، المرجع السابق ، ص ٣٩ : ٤٠.

(٤) د/ عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص ٤٤٠ .

(٤) Cavalda, op. Cit., P 90, no. 15 .

كما يسأل الجاني عن جريمة تزوير وذلك في حالة استعماله بطاقة الائتمان المسروقة في الوفاء لأحد التجار لاستعماله في ذلك اسم صاحب البطاقة المدون عليها وقيامه بالتوقيع بهذا الاسم على فاتورة البضاعة التي قدمها التاجر . وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قضت بمعاقبة الجاني عن جريمة نصب لحصوله على سلع أو خدمات من محل تجاري ، ودفعه ثمنها بمقتضى بطاقة ائتمان مسروقة و لتوقيعه على فاتورة البيع باسم صاحب البطاقة المسروقة . [1] و بالنسبة لاستعماله البطاقة في السحب فإن الجاني يسأل عن جريمة نصب نظراً لاستعماله طرق احتيالية لاقناع المجني عليه (الجهاز الآلي) بتسليم المال إليه .

كما يتصور أن يقوم الجاني بسرقة الرقم السري فقط ثم يقوم بتزوير بطاقة ائتمان مزيفة بالرقم السري المسروق ثم يستعملها في السحب أو الوفاء ، فقد توصل مزوروا البطاقات الائتمانية إلى اختراع جديد حيث ابتكروا جهاز الكتروني صغير يمكنه التقاط المعلومات من البطاقة الائتمانية خلال ثواني معدودة ، ومن ثم انتاج بطاقات مزيفة بالرقم المسروق نفسه . في هذه الحالة ما نوع الجريمة التي يسأل عنها ؟ نرى أنه يسأل عن جريمة سرقة للرقم السري وعن تزوير للبطاقة الائتمانية ، وعن نصب لاستخدامه طرق احتيالية تدعم الكذب في سحب النقود من الجهاز الآلي لتوزيع النقود .

كما يحدث أن يحصل السارق للبطاقة الائتمانية على الرقم السري من الموظف المختص بحفظ سرية الرقم السري على غير من صدرت له . في هذه الحالة هل يسأل الجاني عن جريمة سرقة أم نصب أم عليهما معاً ؟ يسأل عن جريمة سرقة للبطاقة كمستند في حد ذاتها ، كما يسأل عن جريمة نصب نتيجة استعماله للبطاقة سواء في سحب النقود أو في الوفاء بقيمة عملياته التجارية .

د/ عبد الله حسن ، المرجع السابق ، ص ٣١١ .

(1) crim 19 5 1987, Gaz . pal., 1988, som. P. 8 not Davc .

ولا يضيف حصوله على الرقم السري من الموظف المختص بحفظ سرية هذه الأرقام وقائع إجرامية جديدة إليه متى تم ذلك بإرادة الموظف الحرة الواعية ، لأن سرقة البطاقة كمستند في حد ذاتها يشكل سرقة ، ويتساوى معها سرقتها مـــع الرقـــم السري الخاص بها أو الحصول عليه من الموظف المختص بالحفاظ على سريته . وذلك إلا إذ كان قد ارتكب جريمة في سبيل الحصول على الرقم السري هذا كأن يقدم الرشوة للموظف المختص فعندئذ تكون إزاء جريمة رشوة ، بينما إذا كان الموظف قد أعلن سارق البطاقة برقمها السري نتيجة لاستخدام سارق البطاقة طرق احتيالية كأن يدعي أنه صاحبها الحقيقي في هذه الحالة يُسأل عن جريمة نصب ، كما قد يحصل عليه بطريق السرقة و عندئذ يسأل عن جريمة سرقة أخرى .

وهل يعاقب الموظف المختص بحفظ الرقم السري في هذه الحالة على إفشاءه الأسرار المهنية بارادته الحرة الواعية أم على الاشتراك في جريمة السرقة بالمساعدة ؟ أم على الاشتراك في جريمة النصب بالمساعدة ؟ أم ماذا؟

وفقاً للمادة (٣١٠) عقوبات مصري يعاقب الموظف عن جريمة إفشاء أسرار المهنة ، وما ذلك إلا لأنه أفشى الرقم السري لبطاقة الائتمان المؤتمن على سريتها لغير صاحبها . ولا يخفى عنا خطورة مثل هذا الفعل . كما أنه أفشى ذلك في غير الحالات التي يباح له ذلك .

ونظراً لصدور قانون جديد خاص بسرية الحسابات البنكية رقم ٢٠٥/ ١٩٩٩ فهل يسأل موظف البنك وفقاً لأحكام هذا القانون خاصة وأن القانون الجديد يشدد العقاب على من يفشى أسرار الحسابات البنكية ؟ نقول يطبق هذا القانون الجديد على هذه الحالة وذلك لأن افشاء الرقم السري لبطاقة الائتمان من المعلومات التي تشملها السرية وفقاً لنص المادة الأولى منه . وقد عاقب الموظف الذي يفشي أسرار الحسابات البنكية بالحبس بما لا يقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه و لا تزيد على عشرين ألف جنيه على عكس المادة (٣١٠) فتعاقب من يفشي أسرار مهنته بالحبس بما لا يزيد على ستة أشهر أو بالغرامة بما لا يزيد على خمسمائة جنيه.

ما ذلك إلا لأن قانون سرية الحسابات يعد قانون خاص ومن المعروف وفقاً للقواعد العامة أن الخاص يقيد العام . [1]

(1) د/ غادة موسى الشربيني ، المرجع السابق ، ص ١٩٣ : ١٩٨ ، د/ أحمد تمام ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦ : ٣٤١ .

المسؤولية الجزائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

"بطاقـــات الائتمـــان"

الدكتور/ محمـــد صبحـــي نجـــم

أستاذ القانون الجزائي المشارك– الجامعة الأردنية – كلية الحقوق

تمهيـــــد:

يتضمن هذا البحث ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية والفرق بينها وبين ما يتشابه بها.

ثم دراسة المسؤولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من حيث:

١. سرقتهـــا.

٢. التقاطها والعثور عليها بعد فقدانها وضياعها من مالكها.

٣. وسوف نلتزم بالقواعد المنهجية العلمية في كتابة هذا البحث وحسب الأصول.

مقدمـــة

أدى التقدم الحضاري والتكنولوجي الحديث في عصرنا الحالي إلى اكتشاف وسائل وأدوات متطورة ومتقدمة تتعامل بها البنوك مع الأفراد ويتعامل بها الأفراد في معاملاتهم وأنشطتهم المالية والمصرفية والتجارية محلياً ودولياً بحيث أصبح الصّراف الآلي سمة عصرنا وعصب تعاملنا فظهرت الفيزا كارت أو بطاقة الوفاء أو بطاقة الائتمان وانتشرت انتشاراً واسعاً وأخذت تحل محل ا لنقود والشيكات كأداة وفاء في المعاملات المالية بين أفراد المجتمع.

ويكفينا أن نورد مثلاً على ذلك في فرنسا حيث ساوى المشرع الفرنسي بين الدفع بواسطة بطاقة الوفاء والدفع عن طريق الشيك أو التحويل[1].

وتعتبر بطاقة الوفاء من وسائل الدفع المالي الحديثة، إذ يشير استخدامها بطريقة غير مشروعة الكثير من المشكلات والخلافات والاجتهادات وخاصة في مجال القانون الجزائي[2].

فهناك علاقة بين نظام الحاسب الالكتروني واستعمال الفيزاكارت وارتكاب بعض الجرائم باستخدام الحاسب الحاسب الالكتروني System doreline teac كمحل للتحايل والسرقة أو كونه وسيلة لهما.

وترتب على سرعة انتشار الوسائل Les moyens informatiques ازدياد فرص انتشار هذا النوع من الجرائم والتي أطلق عليها اصطلاح الجرائم التي تتصل بالمعوماتية[3].

وسبب اختيارنا لهذا الموضوع يتمثل في الأهمية الواضحة للجرائم التي ترتكب بواسطة الحاسب الالكتروني عملياً ونظرياً.

فنظرياً يشمل عدد من الجرائم الواقعة على الأموال لا يستهان بها، وعملياً يمس الكثير من الحقوق والمصالح الاجتماعية ذات الطابع المالي وخاصة المرتبطة بالبنوك والمؤسسات المصرفية من خلال التعامل الالكتروني والسحب الآلي من الأرصدة بواسطة الكارت الممغنط وبطاقة الوفاء.

---

[1] أنظر القانون المالي الفرنسي – قانون ١٩٨٣/١٢/٢٣.

VASSEUR, M, Le paiement electronique, Aapects Juridiques, J.C.P. 1983, P.3.

ورد هذا القانون في مؤلف الدكتور عبد الله قايد، جرائم الكمبيوتر، القاهرة. دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٧.

[2] ROLIBI "B" Lerttraitabusif de fonds d'un distributeut auto matique des billets, Paris, 1984, P.339.

ورد هذا المرجع في مؤلف الدكتور جميل عبد الباقي، القانون الجنائي والتكنولوجيا، القاهرة ١٩٩٢، ص ٧.

[3] FRANZ PILIKLIN: La protection des donnees personnelles Rev-Inter de dro Compere No.3. P.665. 1987.

والواقع أن الصعوبات التي نواجهها متعددة لقلة المراجع المتعلقة به وخاصة العربية منها، علاوة على حداثة هذا الموضوع بالنسبة للدراسات المتعلقة بالقانون الجزائي لخلو نصوصه من مواجهة مثل هذا الجرائم المستحدثة والمتطورة. فهناك فراغ ونقص وعدم ملائمة في القانون الجزائي في مجال الصراف الآلي والفيزاكارت.

لذلك كان هدف بحثنا هذا الإجابة على التساؤلات التاليـــة:

١- هل نحن فعلاً في حاجة الى تدخل تشريعي لكفالة الحماية الجزائية لهذه الوسيلة الجديدة والتي انتشرت بخطى واسعة؟ أم أن النصوص التقليدية الحالية في قانون العقوبات تكفل هذه الحماية.

هل نصوص قانون العقوبات إذا فعّلت وطوعناها لملائمة مثل هذه الجرائم المستحدثة والمتطورة كافية لحكم وتجريم كل من يستخدم بطاقة الائتمان بطريقة غير مشروعة سواء عن طريق سرقتها أو العثور عليها "كتم اللقطة" أو تزويرها ... الخ.

ونظراً للطبيعة الخاصة لبطاقة الوفاء وتكوينها من عناصر وبيانات غير مرئية وممغنطة فقد برزت الحاجة لتحديد ما إذا كانت هذه التصرفات السالفة الذكر في حاجة الى تحديد ووضع نصوص جديدة في قانون العقوبات لضبط وحكم ذلك.

وعلى الرغم من الانتشار الواسع لبطاقة الوفاء في الأردن إلا أن الفقه لم يعرها الاهتمام والدراسة إلا حديثاً[١]. كما أن القضاء الردني لم يتعرض لها قـــط.

وضمن هذه التساؤلات نحدد خطة بحثنا هذا كما يلـــي:

فصـــل تمهيدي: يشمل تحديد ماهية بطاقة الوفاء وتعريفها وطبيعتها القانونية.

---

[١] تراجع أوراق المؤتمر العلمي السادس للجمعية المصرية للقانون الجنائي الذي عقد في القاهرة في الفترة من ٢٥ – ١٩٩٣/١/٢٨م. حيث قدمت الأبحاث وأوراق العمل حول جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجـــيا المعلومـــات. وكان لنا شرف المشاركة في هذا المؤتمر لكوني عضواً في الجمعية المصرية للقانون الجنائي، حيث قدمت بحثاً بعنوان "الجرائم المرتبطة بالكمبيوتر".

فصل أول: يشمل الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء والاستعمال غير المشروع لها من قبل غير مالكها.

الفصـــل التمهيـــدي

ماهية بطاقة الوفاء وتعريفها وطبيعتها القانونية

لقد انتشرت بطاقة الوفاء في الوقت الحاضر كأداة تحل محل النقود أو تقوم مقامها في التعامل والوفاء بين الأفراد والشركات العامة والخاصة كوسيلة حديثة في الدول العربية ومنها الأردن. وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول دولة في العالم استعمل بطاقة الوفاء في مطلع القرن العشرين[1] ثم ذاع انتشارها في جميع دول العالم حتى أصبحت تأخذ منزلة كبيرة بين أدوات الدفع وخاصة الشيكات لكونها أكثر أماناً وضماناً وسهولة في حملها وطريقة استعمالها.

وسوف نعّرف بطاقة الوفاء في مبحث أول.

ونحدد طبيعتها القانونية في مبحث ثانـــي.

---

[1] الدكـــتور خـــالد حمـــدي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني. رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٩٢م ص١٧ وما بعدها. وتوسعاً في ذلك أنظر:

MARTIN.R. La carte de paiement et la loi, 1992, P.287.

المبحـــث الأول

تعريـــف بطاقـــة الوفـــاء

عرفها البعض بما يلي: بطاقة الوفاء أداة تسمح لحاملها باتخاذ الإجراءات اللازمة والمباشرة لخصم المبلغ الذي يريده – لمصلحة شخص آخر – من حسابه لدى البنك الذي أصدر هذه البطاقة[1]. وعرفها المشرع الفرنسي في المادة الثانية من القانون الجديد الذي صدر في ٣./١٢/ ١٩٩١ بما يلي: **[بطاقة الوفاء أداة تصدر من إحدى مؤسسات الائتمان وتسمح لحاملها بحسب أو تحويل نقول من حسابه]**[2].

ونلاحظ من هذه التعاريف أن المعيار الشكلي هو الذي تعتمد عليه بطاقة الوفاء والذي يتمثل في الجهة المصدرة لها. وفي رأينا المتواضع أن هذا التعريف غير كافة لصعوبة تمييز بطاقة الوفاء عما يتشابه بها، وعلى ضوء ذلك نقترح التعريف التالـــي: **[هي تلك الأداة التي تمكّن صاحبها بإتخاذ الإجراءات اللازمة والمباشرة لخصم المبلغ الذي يحدده – لمصلحة شخص آخر – من حسابه لدى البنك الذي أصدر هذه البطاقة]**.

إذن أطراف البطاقة ثلاثة هـــم:

- حامل البطاقـــة "مالكهـــا".
- المصرف الذي أصدرها والموجود لديه الرصيـــد.
- المستفيد أو الدائن الحامل للبطاقـــة.

---

١ GAVALDA. "C" Les cartes de paiement et de credit. DALLOZ. P.1.

هذا المرجع مقتبس من رسالة الدكتور خالـــد حمـــدي – المرجع السابق المشار إليه.

٢ BOUILHOL H. La Loi du 2. decembre 1991 relative a la securite des cheques et des cartes de paiement, Rev. No. 529, 192, P.681.

وبالنسبة للبيانات التي تتضمنها بطاقة الوفاء فهـــي:

أ- اســـم حاملهـــا

ب- رقمهـــا الســـري

ج- تاريخ إصدارها ومدة صلاحيتها

د- توقيـــع حاملهـــا

هـــ اسم البنك الذي أصدرهـــا

أما إجراءات استعمالها كوسيلة للوفاء فتكون على النحو التالـــي:

يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بتقديم شبكة الاتصال المباشر مع البنك مصدر البطاقة بحيث يقوم حامل البطاقة بطرق رقمه السري فقط على الآلة الاتوماتيكية فيتم خصم المبلغ فوراً من حسابه لدى البنك لمصلحة التاجر[1].

وهناك الطريقة اليدوية والغالبة الاستعمال لدى معظم الأفراد والتي يقبلها التجار في التعامل مع السوق الأردني، بحيث يتأكد التاجر عن طريق الهاتف من مدى وجود رصيد لحامل البطاقة أم لا لتغطية ثمن ما سوف يحصل عليه من سلع فيرد على التاجر سلباً أم إيجاباً فقط، فإن تأكد التاجر من كفاية الرصيد يقبل التعامل بها عن طريق نسخ البيانات البارزة على الفاتورة التجارية بواسطة آلة يدوية ومن ثلاث نسخ ثم يثبت التاجر مبلغ الصفقة بخط اليد ويطلب من العميل التوقيع على النسخ الثلاث ويحتفظ التاجر بنسخة في سجلاته الخاصة بذلك ويعطي العميل نسخة ويرسل النسخة الثالثة الى الجهة التي تعهدت له بالدفع.

---

[1] الدكتور عمر فاروق الحسيني، تأملات في الحماية الجنائية لنظام الحاسب الآلي. تقرير مقدم إلى اتحاد المصارف العربية في دورته التدريبية التي عقدت في ١٩٩١/٩/٢٥م القاهرة.

المبحـــث الثاني

الطبيعة القانونية لبطاقة الوفاء

حتى نتمكن من بيان مجال الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء في ظل قانون العقوبات الأردني والقانوني المقارن علينا أن نحدد طبيعتها القانونية "وصفها" والآراء التي اجتهدت في ذلك على النحو التالـــي:

أ- الدفع بواسطة الوفاء يعتبر وكالـــة:

يقول بهذا الرأي بعض الفقهاء ويرون أن التعامل ببطاقة الوفاء مع الغير سواء أكانوا تجاراً أم شركات بمثابة وكالة يتم بمقتضاها أن يركل حامل البطاقة البنك الذي أصدر البطاقة في دفع ثمن السلعة أو الصفقة التي حصل عليها ثم يخصمها البنك من حسابه الموجود لديه إلا أننا لا نتفق وهذا الرأي للأسباب التاليـــة:

١- ان هذا الوصف يخالف ما هو معمول به في التعامل ببطاقة الوفاء ومع بعض القوانين التي خصصت نصوصاً قانونية لحماية بطاقة الوفاء من أي اعتداء.

٢- ان بعض القوانين الأجنبية ومنها القانون الفرنسي لا يجيز الرجوع في أمر الدفع إلا في الحالات التي تفقد فيها البطاقة، أو تسرق، أو في حالة التصفية القضائية، بالإضافة الى أن طبيعة الحوالة تمكن الآمر بالدفع أن يلغي الحوالة متى أراد، إلا أن هذه الميزة لا توجد عند استخدام بطاقة الدفع. إذن اعتبار الدفع عن طريق بطاقة الوفاء باعتبارها وكالة لا شك أن فيه مخالفة للواقع العملي والميداني والقانوني[١].

[١] للتوسع في ذلك أنظر الدكتور عمر الفاروق الحسيني، تأملات في بعض صور الحماية الجنائية لنظام الحاسب الآلي تقرير مقدم الى اتحاد المصارف العربية – المرجع السابق – معلق عليه من الدكتور جميل عبد الباقي الصغير. المرجع السابق – ص ١٠٩ وما بعدها.

ب-**بطاقة الوفاء تعتبر نوعاً من النقود الآليـــة:**

بعض الفقهاء اعتبر بطاقة الوفاء من ضمن النقود الالكترونية وهي كالنقود الورقية والمعدنية المعترف بها في التداول قانوناً وتعاملاً[1]. ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أننا نعارضه لكونه يتجاهل الصفة الذاتية للنقود باعتبارها أداة للوفاء والتعامل والقبول الإلزامي بين الأفراد وهي قابلة أيضاً لإعادة الاستعمال من عدة أشخاص، وهذا لا يتلاءم وبطاقة الوفاء التي تعتبر من النقود المكتوبة وتتداول بطريقة آلية عن طريق استعمالها بوسائل آليه حديثة(*).

والسؤال الذي يثار حوله النقاش هو، هل تعتبر بطاقة الوفاء أداة وفاء أو أداة ائتمان؟

للإجابة على ذلك يتطلب منا الرجوع الى طبيعة ونوع الاتفاق الذي وقعه العميل مع البنك.

في رأينا المتواضع فإن بطاقة الوفاء أداة للوفاء بطبيعتها مستحقة الدفع بمجرد الاطلاع فوراً ولا يجوز الرجوع فيها إلا وفق الحالات المحددة في الاتفاق والمحصورة حصراً والمتمثلة في فقدانها أو سرقتها أو إنتهاء العمل بها بين العميل والبنك، وهي بذلك تتشابه مع الشيك كأداة للوفاء بمجرد الاطلاع لا يجوز تحويله الى أداة ائتمان قط، ولكننا نقول بعدم إمكانية إخضاع بطاقة الوفاء لنفس أحكام الشيك لاختلاف كل منهما شكلاً وموضوعاً وحماية قانونية، مما يستدعي خضوع كل منهما لقواعد خاصة به من حيث التجريم والمسؤوليـــة.

---

[1] TRONCHE, La monaie electrinique, Reve de Lassociation nationale en Droit, No. 42, 1982, P.3..

* وســـائل الحاســـب الآلي الإلكـــتروني من الأرصدة البنكية من أشهرها الكارت الممغنط، وهي بطاقة من البلاســـتيك الممغـــنط يصدرها البنك لعميله بشروط معينة ولها رقماً سرياً لا يعرفه إلا العميل وحده يقوم بإدخالها دال الآلة ويطلب المبلغ المراد سحبه ويتم السحب.

الفصـــل الأول

مدى الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء والاستعمال غير المشروع لها

تمهيـــد:

مبدأ الشرعية ومبدأ سيادة القانون من المبادئ الأساسية التي تسود معظم الدول المعاصرة حتى يعلم أفراد هذه الدول ما هو مجرم وما هو مباح والجزاء المقرر لهذه الجرائم. وهذا ما نصت عليها المادة الثامنة من إعلان حقوق الإنسان والمواطن من تصريح الإنسان الذي صدر عام ١٩٤٨م. ومن هذا المنطلق القانوني نطرح السؤال التالي:

هل يتضمن قانون العقوبات في طيات نصوصه الحماية الجزائية الكافية لبطاقة الوفاء كما هو الحال في الحماية الجزائية للشيك كورقة تجارية أم أن الوضع مختلف تماماً ؟

لا شك أن النصوص المحصورة والمحددة لا يمكن ان تجار التقدم العلمي والتكنولوجي إلا إذا عدلت وأضيف إليها نصوص جديدة تتفق مع المستجدات والمتغيرات المادية والوقائع باستمرار.

إذ أن نصوص قانون العقوبات الحالية لا تكفل الحماية الجزائية المطلوبة لبطاقة الوفاء مهما حاولنا تفعيل هذه النصوص، مما يتوجب على المشرع أن يضيف نصوصاً جديدة تكفل الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء أثناء التعامل بها إما من قبل حاملها أو من قبل الغير.

وسوف نتناول في هذا الفصل النقاط التاليـــة:

المبحث الأول:الاستعمال غير المشروع لبطاقة الوفاء من قبل الغير ويشمل:

١- سرقـــة البطاقـــة

٢- العثور عليها "كتمهـــا"

المبحـــث الأول

الاستعمال غير المشروع لبطاقة الوفاء من قبل الغير

وسوف نوضح في هذا المبحث الاستعمال غير المشروع لبطاقة الوفاء عندما يستعملها الغير سواء سرقها أم عثر عليها أو زورها ...

فما هو حكم قانون العقوبات في هذا الاستعمال غير المشروع ؟؟

١- سرقة بطاقة الوفاء من صاحبها:

عرفت المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات الأردني السرقة بما يلي:

"١- السرقة هي أخذ مال الغير المنقول دون رضاه.

٢- وتعني عبارة أخذ المال إزالة تصرف المالك فيه برفعة من مكانة ونقله وإذا كان متصلاً بغير منقول فبفصله عنه فصلاً تاماً ونقله.

٣- وتشمل لفظة "مـــال" القوى المحـــرزة."

وعرفت المادة (٢/١/٣١١) من قانون العقوبات الفرنسي السرقة بما يلـــي:

"يرتكب السرقة كل من أخذ بالغش شيئاً لا يملكه بالاختلاس يقصد الغش لمنقولات الغير".

من خلال هذه النصوص نحدد أركان جريمة السرقة بما يلـــي:

١- الركـــن الأول: الركـــن المـــادي

٢- الركـــن الثاني: محـــل السرقـــة

٣- الركـــن الثالث: القصد الجرمي "الركن المعنوي"

وسوف نوجز كل ركن من هذه الأركان الثلاثة بما يلـــي:

يقوم الركن المادي للسرقة على فعل الأخذ كنشاط إجرامي إيجابي يؤدي الى نتيجة هي حيازة السارق للشيء محل السرقة باخراجه من حيازة مالكه أو حائزه دون رضاؤه أو علمه أو بعلمه ولكن دون رضاه إذا تعرض للإكراه والتهديد من قبل السارق[١].

ولا تقع جريمة السرقة إلا على مال مادي منقول يصلح للتملك[٢].

ويجب أن يتوافر القصد الجرمي في حق السارق. وقد عرفت المادة (٦٣) من قانون العقوبات الأردني القصد الجرمي وسمته بالنية: هي إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون.

فالقصد الجرمي لجريمة السرقة يتمثل في العلم والإرادة معاً. العلم بأن المال المسروق مملوك للغير والإرادة بأن يتم فعل الأخذ "للمال أو الشيء" لمحل السرقة بإرادة حرة سليمة خالية من أي عيب يعدمها أو يعيبها.

وبالإضافة الى القصد العام يجب أن يتوافر لجريمة السرقة القصد الخاص المتمثل بنية التملك للشيء المسروق وحرمان صاحبه منه بصفة نهائية وظهور السارق عليه بمظهر المالك[٣].

فإذا قام السارق بسرقة بطاقة الوفاء من صاحبها واتجهت نيته الى تملكها فإنه يكون مرتكباً لجريمة السرقة وفق نص المادة (٢/١/٣٩٩) من قانون العقوبات الأردني دون الاهتمام الى السبب الذي دفعه لذلك[٤].

---

١ Robert Voain: Droit Penal special, Paris, Dalloz, 1979, P.1.3.

٢ تمييز جزاء ٧٨/٤٨. مجموعة المبادئ القانونية الردنية – الجزء الثاني – ص ٩١٨.

٣ الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات/ القسم الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة ١٩٩٢، ص ٨٤٢.

٤ GAVALDA, C. Les cartes de paiement et de credir, Dalloz, 1994, P. 49.

ولا تتغير المسؤولية الجزائية إذا كان سارق البطاقة لا يعرف الرقم السري لها، لأن جريمة السرقة قد وقعت واكتملت عناصرها[1].

ولكن السؤال الذي يمكن إثارته هو ماذا لو استولى أي شخص على بطاقة الوفاء لا بقصد تملكها ولكن بقصد استعمالها وإعادتها ثانية لصاحبها عن طريق البريد مع أنه يعلم برقمها السري، فما هي مسؤولية هذا الشخص في قانون العقوبات؟

قيل أن إنتفاء نية التملك ينفي جريمة السرقة وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية ما يلـــي: [لا يعد سارقاً لإنتفاء القصد الجنائي لديه، الشخص الذي استولى على أدوات للطباعة لطبع منشورات بها ثم ردها][2].

ومع إشارتنا لهذا الحكم القضائي فإن الأمر يختلف تماماً لأن من استولى على بطاقة الوفاء من مالكها دون علمه ورضاه وقام باستعمالها وحصل على نقود من حساب المجني عليه يكون قد أخذ مال منقول مملوك للغير مهما كانت وسيلة الأخذ ولذلك تنطبق عليه المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات الأردني ويسأل عن جريمة السرقة. وهذا ما يؤيد موقفنا هذا حيث أن حكماً لمحكمة النقض الفرنسية اعتبرت الواقعة سرقة حالة الاستيلاء على سيارة بنية استعمالها ثم ردها الى المكان الذي أخذها منه [3]. فهنا قناعة محكمة النقض كانت بناء على توافر نية التملك ولو كانت بصفة مؤقتة، أما بخصوص استعمال ما الغير من دون رضاه فإن قانون العقوبات الأردني قد حسم الموقف بالمادة (٤١٦) **[كل من استعمل بدون حق شيئاً يخص غيره بصورة تلحق به**

---

[1] نقض ٣. نوفمبر ١٩٦٤، س ١٥ رقم ٩٤٩، ص ٧٥٤.

[2] نقض ٨ أكتوبر ١٩٥٣ مجموعة القواعد القانونية ج٦ رقم ٣٩٤ ص ٣١٦.

[3] Cass. Crim. 19 Fev. 1969. B.C. No. 123, D. note RouJu DE BOUBE. Cass. Crim 21 mai, 1963, 568, G.p. 1963.

ضرراً دون أن يكون قاصداً اختلاس ذلك الشيء عوقب بالحبس حتى ستة أشهر وبالغرامة حتى عشرين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين]. وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية[1].

ويجب أن ننبه لعدم التداخل والخلط في مثالنا السابق بين استعمال البطاقة من قبل الجاني في الجهاز الآلي، وهنا تقع جريمة السرقة كما أشرنا، وبين استخدام الجاني للبطاقة لشراء بعض السلع من أحد التجار وسدد ثمنها للتاجر بواسطة البطاقة مستعملاً أسم صاحبها المدون عليها وقيامه بالإمضاء بهذا الاسم على فاتورة البضاعة أو السلعة التي قدمها التاجر، هنا يسأل المتهم عن جريمة الاحتيال وفق نص المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني لانتحاله اسم كاذب وصفة غير صحيحة أوهمت التاجر وجعلته يوافق على بيع بعض السلع وتسلمه لها بناء على ذلك[2]. تراجع المادة (٣٣٦) من قانون العقوبات المصري والمادة (١/٣١٣) من قانون العقوبات الفرنسي الجديد الذي عدل عام ١٩٩٢م. كما يسأل المتهم عن جريمة التزوير في محرر عرفي لأنه وقع بدلاً من حامل البطاقة وزور توقيعه الموجود عليها وانتحل شخصيته، وهنا نكون أمام تعدد في الجرائم ونوقع العقوبة الأشد من هذه الجرائم على الجاني وفق نص المادة (٥٧) من قانون العقوبات الأردني **[إذا كان للفعل عدة أوصاف ذكرت جميعها في الحكم فعلى المحكمة أن تحكم بالعقوبة الأشد]**.

٢-العثور على بطاقة الوفاء من قبل الغير:

عالجت التشريعات الجزائية العربية واقعة اللقطة أو الكتم أو التصرف بمال شخص دخل هفوة في حيازة الجاني وألحقتها الى جرائم إساءة الائتمان. وقد عالج قانون العقوبات الأردني هذه

---

[1] تمييز جزاء ١٩٩١/١٨٧ المتسلسل ١٥٦ ص ٥٣٩ مجموعة المبادئ القانونية لأحكام محكمة التمييز في القضايا الجزائية – السنة الأولى – وزارة العدل المكتب الفني.

[2] تمييز جزاء رقم ٨٧/.١١ مجلة النقابة العدد ١.، ١٩٨٩ سنة ٣٧ ص ٢٨٥ نقض ١ مارس ١٩٧٦ سنة ٢٧ رقم ٦. ص ٢٨٣.

Cass. Crim. 18ai 1931, B.C. No. 143. 283.

الجريمة وألحقها بجريمة إساءة الائتمان ونص عليها في المادة (٤٢٤) ليتفادى النقص الذي كان موجوداً سابقاً، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية **[إن احتجاز الشيء الضائع الذي لم يكن في حيازة أحد وقت التقاطه لا يعد سرقة بالمعنى المقصود في القانون ولا يوجد نص قانوني يعاقب على التصرف في اللقطة ولا يكون هذا الفعل جريمة]**[1].

ونصت المادة (٤٢٤) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦. وعاقبت على هذه الجريمة بما يلي: **[كل من تصرف تصرف المالك في أي شيء منقول دخل في حيازته بسبب هفوة حصلت من المالك وكان يعلم أنه حصل عليه بتلك الصورة وكتمه أو رفض إعادته يعاقب بالحبس حتى ستة أشهر أو بغرامة حتى خمسين ديناراً]**.

إذن اللقطة وكتمها جريمة مستقلة تتكون من الركن الأول المتعلق بمحلها وهو هنا البطاقة. والركن الثاني هو الركن المادي المتمثل بالاستيلاء عليها وعدم ردها لصاحبها. والركن الثالث هو القصد الجرمي المتمثل في العلم والإرادة معاً في تملك بطاقة الائتمان بصفة نهائية وحرمان مالكها منها.

وكان الاتجاه السائد في مصر قبل إضافة المادة (٣٢١) مكررة من قانون العقوبات المصري المضافة بالقانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٨٢ . يعتبر أن تملك الشيء الضائع يعد جريمة سرقة[2].

إذن إذا فقد صاحب البطاقة بطاقته نتيجة هفوة أو غلطة أو إهمال منه ثم عثر عليها الجاني "الغير" وكتمها أو امتنع عن ردها لصاحبها أو أنكر عثوره عليها هنا يتوافر في حقه جريمة كتم اللقطة المنصوص عليها في المادة (٤٢٤).

---

[1] تمييز جزاء رقم ٥٢/٥٥ مجموعة المبادئ القانونية ج٢، ص ١٢٤٢.

[2] الدكتور السعيد مصطفى السعيد، مجلة القانون والاقتصاد س ١٢ سنة ١٩٤٢. نقض ١٩١٥/٦/٢٦ المجموعة الرسمية س ١٧ ق ٣٦ ص ٥٦.

والعقوبة المقررة لهذه الجريمة هي الحبس من أسبوع كحد أدنى الى ستة أشهر كحد أقصى أو الغرامة من عشرة دنانير كحد أدنى الى خمسين ديناراً كحد أقصى باعتبارها جنحة صلحية.

ونشير الى الإعفاء من هذه العقوبة وفق نص المادة (٤٢٥) من قانون العقوبات الأردني: **[يعفى من العقاب مرتكبو الجرائم ... السابقة إذا وقعت إضراراً بالمجني عليه بين أصول والفروع أو الزوجين غير المفترقين قانوناً، أو بين الأربة والربيبات من جهة الأب والأم من جهة ثانية]**[١].

إذن الإعفاء من العقاب بصفة نهائية محصور ما بين الآباء والأجداد أو الزوجين أو بين أبناء الزوج أو أبناء إمرأة أخرى غير الأم كالربيب والربيبة فلا يجوز التوسع في ذلك.

ونشير الى نقطة على درجة من الأهمية والخطورة بالنسبة للتاجر "الغير" الذي قبل التعامل ببطاقة الوفاء رغم إنتهاء مدة صلاحيتها وهو يعلم ذلك فهل يسأل هنا وما نوع مسؤوليتـــه؟

بالنسبة للتاجر الذي قبل التعامل بالبطاقة وهذا أمر مستغرب ونادر الوقوع فإنه يرتكب خطأ مدني يتحمل نتيجته لأنه كان بمقدوره عدم قبول هذه البطاقة بمجرد الاطلاع على مدة صلاحيتها المثبت على نفس البطاقة وهذا أمر لا نقاش فيه. وفي نطاق قانون العقوبات فإن التاجر لا يسأل على الاطلاق لأنه لم يقم بأي فعل يشكل جريمة. بل في رأينا الشخصي هو مغفل والقانون لا يحمي المغفلين فكل من أهمل وتهاون في الحفاظ على حقه بهذه الصورة السالفة الذكر عليه أن يتحمل تبعة ذلك.

ونشير أخيراً الى استخدام بطاقة الوفاء من قبل صاحبها على الرغم من إلغائها.

---

[١] الربيب هو ابن المرأة التي تزوجت رجل آخر غير والده والرابة هي امرأة الأب. والربيبة الحاضنة بنت الزوجة وامرأة الرجل إذا كان له ولد من غيرها. أنظر المنجد في اللغة والإعلام – دار المشرق – بيروت ١٩٨٦، ص ٢٤٤.

من حق البنك وفق شروط العقد المبرم بينه وبين العميل – حامل البطاقة – أن يقوم بإلغاء بطاقة الوفاء إذا انتهت مدتها أو إذا أخل حاملها بشروط العقد أو لأي سبب آخر يراه البنك شريطة إعلان العميل بذلك.

وعلى الرغم من ذلك فإن حامل البطاقة الملغاة قام باستخدامها أثناء تعامله مع الغير من التجار لتسوية ما اشتراه من سلع أو ما حصل عليه من خدمات ومنافع فما حكم ما قام به العميل في هذه الحالة؟ هل يسأل عن جريمة جزائية أم لا يسأل ولمـــاذا ؟

في رأينا الشخصي أن حامل البطاقة يكون قد ارتكب جريمة الاحتيال التي نصت عليها المادة (٤١٧) من قانون العقوبات الأردني بما يلي: **[كل من يحمل الغير على تسليمه مالاً منقولاً أو غير منقول أو اسناد تتضمن تعهداً أو إبراء فاستولى عليها احتيالاً**:

- باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له أو احداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو الايهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور.
- بالتصرف في مال منقول أو غير منقول وهو يعلم أنه ليس له صفة التصرف به .
- باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة.
- عوقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى ثلاث سنوات وبالغرامة من مائة دينار الى مائتي دينار.
- يحكم بمثلي العقوبة المقضي بها إذا ارتكب الجرم في إحدى الحالتين التاليتين:
- إذا كان مرتكب الجريمة ممن يتولون إصدار الأسهم أو السندات أو أية أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مشروع أو بمؤسسة تجارية أو صناعية.

- إذا ارتكب الفعل بحجة تأمين وظيفة أو عمل في إدارة عامة.
- يطبق العقاب نفسه على الشروع في ارتكاب أي من الجنح المنصوص عليها في هذه المادة].
- إن حامل البطاقة قام باستخدامها بطريق غير مشروع رغم إلغائها وهذا اسلوب احتيالي مبني على الخداع والحيلة وتغيير الحقيقة أدى الى خداع المجني عليه بوجود ائتمان أو مقابل نقدي وهمي في حسابه بالبنك وهذا الايهام أحد عناصر جريمة الاحتيال.
- إن حامل البطاقة سيء النية يتوافر في حقه القصد الجرمي الذي قوامه العلم والإرادة. العلم بأن البطاقة لا رصيد لها في المصرف وأنها ملغاة ولا يصح التعامل بها مع الغير. ورغم ذلك يقوم حاملها باستخدامها بإرادته الحرة السليمة مع الغير الذي يأمل باسترداد قيمة السلع التي حصل عليها حامل البطاقة لأنه حسن النية و لم يرتكب أي خطأ أو إهمال حينما اعتقد بصحة البطاقة.

  ويسأل حامل البطاقة عن الشروع في جريمة الاحتيال إذا قدم البطاقة الملغية للتاجر متظاهراً بأنها صالحة للاستعمال لكن التاجر اكتشف عدم صلاحيتها ورفض قبولها. وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٤١٧) من قانون العقوبات الأردني.
- يطبق العقاب نفسه على الشروع في ارتكاب أي من الجنح المنصوص عليها في هذه المادة.

نستنتج مما قدمناه في هذا البحث الموجز أن قانون العقوبات الأردني لم يوفر الحماية الكافية لبطاقة الوفاء أثناء التعامل بها بشتى الحالات مما يستلزم تدخلاً سريعاً ومثمراً من المشرع بإضافة نصوص قانونية واضحة لضمان الحماية الجزائية اللازمة كما فعل المشرع الجزائي الفرنسي.

نرجو أن نكون قد وفقنا في هذا البحث..

وسائل حماية المستهلك الإلكتروني
بين الشريعة والقانون

أ.هشام فتحي سيد حسن

مفتش ممتاز بالبنك المركزي المصري – إدارة الرقابة على البنوك

ماجستير في الحقوق

(دبلوم قانون خاص – دبلوم علوم اقتصادية ومالية)

مقدمة

الحمد لله رب العالمين سبحانه وتعالى علم الإنسان ما لم يعلم والصلاة والسلام على النبي الأكرم وعلى آلة وصحبة ومن حمل لواء دعوته إلي يوم الدين .

يقول تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين) .

يبدو أن المنافسة على القمة في القرن الواحد والعشرين مختلفة عن كل القواعد السابقة فبينما كانت قوة الأمم والشعوب تحسب بما لديها من قدرات عسكرية وثروات طبيعية وتفوق عددي ،فقد شهدت الساحة العالمية من التقدم العلمي والتكنولوجي ما يفوق تلك الثروات فالمعيار الحقيقي للتقدم هو القدرة على الابتكار و التطوير و ليس ما تمتلكه الدولة من أموال أو تعتنقه من أيدلوجيات .

فتعد المعلومات بمثابة ثروة لا تقدر بمال فان كان أدم سميث وانجلز فد تحدث عن دورة راس المال و أثرها في تعظيمه وزيادته فان هناك دورة أخرى تأتى قبل دورة راس المال ألا وهى دورة المعلومات و المعرفة[١].

و لقد كان لهذا التقدم المتسارع تأثير فعال في انتشار الحاسبات الإلكترونية و المعلومات عبر شبكة الإنترنت حيث سمحت بتوفير مصادر عالمية للتزود و الشراء و التطوير من أقصى البلاد و بالتالي صار العالم سوقا مفتوحا لكل الشعوب فالحاسبات الإلكترونية هي الحبل أو الشريان يتسع و يتضخم مع الوقت في حين تضيق الشرايين الأخرى التقليدية الشائعة في الحصول على المعرفة[٢] .

و في هذا الاطار ظهرت التجارة الإلكترونية كاحد استخدامات الإنترنت لتكون مثابة وسيلة جديدة و جيدة لتلاقى العرض و الطلب حيث تمكن المستهلكين و المشترين من التجول فيها و استعراض جميع المنتجات كما لو كانوا بالفعل يتجولون في متاجر حقيقية.

و الانتباه إلى مثل هذه المعطيات من شانة أن يؤدى إلى زيادة معدلات النمو الاقتصادي و القدرة التنافسية حتى تستطيع التعامل مع اقتصاديات العالم و من ثم يكن المدخل الرئيسي لتحقيق الرفاهية الاقتصادية و الاجتماعية و التعامل مع القرن الواحد والعشرين .

و بالتالي لا يستطيع أحد أن ينكر أو يجحد الآثار الإيجابية للحاسبات الإلكترونية للمزايا العديدة التي تقدمها للأفراد و الهيئات في مختلف ميادين الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و القانونية لهذا كله كان وراء اهتمام رجال الاقتصاد و البنوك والقانون سواء على المستوى الوطني أو الدولي وكان موضع اهتمامهم و دراساتهم وتوصياتهم.

و مع تطور الأساليب الحديثة و التوسع في استخدامها نجد النقود قد تطورت و ظهرت بشكل مستحدث في صورة وسائل إلكترونية و اخذ الجمهور بتداولها من خلال العديد من

---

(1) د/بهاء شاهين العولمة و التجارة الإلكترونية- رؤية إسلامية .

(2) مجلة لغة العصر للكمبيوتر و الإنترنت و الاتصالات .

الإشكال مثل الهاتف المصرفي و أوامر الدفع المصرفية و خدمات المقاصة الإلكترونية و الإنترنت المصرفي.فالبنوك لم تكن بمنأى عن التطورات العالمية بل هي مدعوة للقيام بوضع للتجارة الإلكترونية على قمة أولوياتها لمواجهة التحديات التي يفرضها الاقتصاد الإلكتروني الذي يقوم على التمويل الإلكتروني للأموال والبنوك في الدول العربية تملك من الإمكانيات اللازمة للنجاح و المنافسة من حيث الطاقات البشرية و الوسائل التكنولوجية و المناخ الاقتصادي الذي يتيح لها مواكبة هذه التطورات.و تعتبر الصناعة المصرفية من اكثر الصناعات تأثرا بالتقدم التكنولوجي و بتطور قطاع الاتصالات و لقد اصبح انعكاس هذه التطورات على القطاع المصرفي حتميا لتتواكب مع تطورات العصر و لتوفير احتياجات قطاع عريض من عملاء البنوك المستخدمين لتلك التكنولوجيا في تعاملاتهم مع البنوك (١)

ولما كانت الشريعة الإسلامية الغراء جاءت صالحة لكل زمان ومكان وعامة تشمل كل جانب من جوانب الحياة فيجب إبراز الدور الحيوي الذي ساهمت به شريعتنا السمحاء وفقهنا الإسلامي في جميع معاملات وسلوكيات عصرنا الحاضر .

فالشريعة الإسلامية حثت الإنسان على العلم والمعرفة فالله تعالى قد هيا الإنسان بالعقل ليكون خليفته في الأرض فالعقل هو اعظم نعم الله على الإنسان .

فعن عائشة رضى الله عنها قالت قلت يا رسول الله بم يتفاضل الناس في الدنيا ؟

قال بالعقل قلت وفى الآخرة قال بالعقل قلت أليس إنما يجزون بأعمالهم ؟

قال الرسول صلى الله علية وسلم وهل عملوا إلا بقدر ما أعطهم الله عز وجل من العقل؟وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنة (اصل الرجل عمله وحسبه دينه ومروءته عقله) (٢)، فالعقل هو الذي يدفع الإنسان نحو البحث والدراسة ويمكنه من حسن الاختيار والقدرة على

---

(1) د/ محمود أبو العيون-محافظ البنك المركزي المصري-ضوابط العمليات المصرفية الإلكترونية(الأهرام الاقتصادي عدد ١٧٣٦-١٥ أبريل ٢٠٠٢)

(2) حمزة الجميعى الدموهى --عوامل الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي

الابتكار والتزود بالعلم والمعرفة فمن الخطأ أن يزعم أحد أن هناك تعارضا بين العلم والدين فالعلم قد نشا في أحضان الدين والشريعة الإسلامية فيقول الله تعال (والراسخون في العلم يقولون آمنا به كل من عند ربنا وما يذكر إلا أولو الألباب) [1]. ويقول الرسول صلى الله علية وسلم (طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة) و في مقابل هذه التطورات و أهمية التواكب و التواؤم معها خاصة في ظل العولمة و الاقتصاد الحر هناك العديد من المحاذير التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار منها ما يخص المستهلك الإلكتروني متلقي الخدمة المصرفية فالعملاء في البنوك يرغبون دائما في خدمة سريعة و متميزة .

فإيمانا من مقدم البحث بمدى أهمية الدور الذي يلعبه كل من الدولة والبنوك في حماية المستهلك الإلكتروني حيث المقصود بالحماية هنا هو حفظ وضمان حقوق المستهلك الإلكتروني في إطار الخدمة المصرفية التي يحصل عليها .فدور الدولة هو تحقيق تلك الحماية نظرا للتوسع الملحوظ في نطاق جرائم الاعتداءات على حسابات المستهلك الإلكتروني في البنوك بل ظهور تلك الجرائم فاقت جرائم الاعتداء على الأشخاص فهي جرائم حضارية أي مرهونة بنظام الدولة عندما تبلغ درجة معينة من التطور الحضاري .و أن دور البنك هو خلق المناخ الملائم لجذب العميل و المحافظة علية و حمايته. و قد راعى البنك المركزي المصري عند وضع القواعد الرقابية لتقديم الخدمات المصرفية عبر الإنترنت وغيرها من الشبكات العمل على حماية المستهلك وحماية البنوك ومع هذا فمع بدايات هذه الموجة المتنامية من تطبيق تكنولوجيا العصر في القطاع المصرفي فان الحيطة والحذر والدقة تعتبر من العناصر التي يجب وبصفة دائمة مراعاتها ومراجعتها باستمرار [2] .ومن المعروف أن الفقهاء المسلمين الأوائل لم يضعوا نظريات عن الحاسبات الإلكترونية وطرق الحماية من هؤلاء القراصنة الذين يقومون بعمليات غير معلومة كما هو الحال في القانون الوضعي . لهذا كله فان الله تعالى الخبير بأحوال عبادة البصير بكل ما يحيط بهم قد

---

(1) سورة ال عمران آية رقم (٧) .

(2) د/محمود ابو العيون محافظ البنك المركزي المصري-ضوابط العمليات المصرفية إلكترونية –مرجع سابق.

وضع القواعد العامة والأحوال الكلية للتعامل وترك التفصيلات لولاة الأمور في كل عصر وجيل وذلك كله في إطار القواعد التي نص عليها القران الكريم وبينتها السنة المطهرة .

ونظرا لأهمية ما تلعبه التجارة الإلكترونية من تأثير فعال على السياسات الاقتصادية خاصة الدور الذي تقوم به العمليات المصرفية الإلكترونية في عمليات التنمية .

لذلك كان موضوع هذا البحث هو وسائل حماية المستهلك الإلكتروني بين الشريعة والقانون .وسوف يتم تقسيم هذا البحث إلى ثلاث فصول

فصل تمهيدي . ماهية المستهلك الإلكتروني

الفصل الأول . دور الدولة في حماية المستهلك الإلكتروني

الفصل الثاني .دور البنوك في حماية المستهلك الإلكتروني

الفصل التمهيدي
ماهية المستهلك الإلكتروني

وحيث أن إشكالية البحث يتمثل في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها لمستهلك الإلكتروني فإننا لا يمكن أن نخوض غمار البحث في ذلك الموضوع الشائق دون بيان ماهية المستهلك الإلكتروني .فقد أظهرت العمليات المصرفية الإلكترونية تغير كل المفاهيم والعادات القديمة في المجال المصرفي وذلك لمساعدة العملاء والاستجابة السريعة لمطالبهم بالإضافة إلى توفير حلول سريعة للمشاكل .فثورة الاتصالات والانتشار الواسع لشبكة الإنترنت أدت لانهيار الحواجز بين البنك وعملائه حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة إمكانية تقديم الخدمات المصرفية وتبنى متطلبات واحتياجات العملاء (المستهلك الإلكتروني) من خلال الشبكات الإلكترونية وهذه العمليات استحوذت على اهتمام متزايد من عملاء البنوك سواء أفراد أو حكومة أو هيئات وبالتالي يمكننا تعريف المستهلك الإلكترونية هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتلقى خدمات مصرفية (سلع غير ملموسة) من البنك عبر الشبكات الإلكترونية .والشريعة الإسلامية تضمنت قواعد تبيح بيع الخدمات وتحرم الربا والأصل في مشروعية هذه القواعد نجدها في الكتاب والسنة وإجماع .

وقال الرسول صلى الله علية وسلم (البيعان بالخيار) [1]

وسنقدم هذا الفصل في مبحثين .

المبحث الأول . استراتيجية الخدمة المصرفية التي يتلقاها المستهلك الإلكتروني

المبحث الثاني . العلاقة القانونية بين البنك والمستهلك الإلكتروني

[1] رواة الشيخان واحمد والنسائي وأبو داود والترمذي .

المبحث الأول

استراتيجية الخدمة المصرفية التي يتلقاها المستهلك الإلكتروني

البنوك لديها فرصة كبيرة لبناء مجال جديد للعمل المصرفي والحصول على مساحة كبيرة في السوق من خلال شبكة الإنترنت حيث تعرض أهم البيانات والمعلومات عن خدماتها لعملائها وسوف نتحدث عن استراتيجية الخدمة المصرفية التي يتلقاها المستهلك الإلكتروني من خلال :

أولاً: هوية شراء الخدمة المصرفية تتم بمفهوم خاص .

ثانياً: البنك يذهب للعميل لعرض الخدمة المصرفية .

أولاً: هوية شراء الخدمة المصرفية تتم بمفهوم خاص

إن كان الحصول على الخدمات المصرفية بالمفهوم التقليدي يتم من خلال مفاوضات بين البنك وعميلة وقد تأخذ هذه المفاوضات جلسة واحدة أو عدة جلسات أما شراء الخدمة المصرفية الإلكترونية تتم من خلال وسيط إلكتروني فالعميل في مكان والبنك في مكان آخر قد يبعد آلاف الأميال إلا أنه يتم التعبير عن إرادة كل منهما في ذات اللحظة وتتميز هذه الخدمة بالسرعة والكفاءة في إنجاز العمل وتلافى العديد من الأوراق الكتابية التي تصاحب المفاوضات والجلسات وتوفير عدد كبير من السجلات والدفاتر لاتساع ذاكرة الحاسبات وان كان المستهلك الإلكتروني يحصل على الخدمة المصرفية دون أن يكون هناك مقابلات مباشرة مع المصرف فانه

كذلك قد أجازت الشريعة الإسلامية بيع ما غاب عن مجلس العقد بشرط أن يوصف وصفاً يؤدى إلى العلم به فان ظهر موافقاً لزم البيع وان ظهر مخالفاً يكون لما يراه المتعاقدين الخيار في إمضاء العقد أو ردة فقد روى أبو هريرة أن الرسول صلى الله علية وسلم قال" من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه " [1] .

---

[1] أخرجه الدار قطني والبيهقي في إسناده عمر بن إبراهيم وهو ضعيف

ثانياً: البنك يذهب للعميل لعرض الخدمة المصرفية

أمام ظهور التحديات التي يفرضها الاقتصاد الإلكتروني تضع البنوك على قمة أولوياتهـــا في المرحلة القادمة الاهتمام بعمليات جذب المستهلك الإلكتروني وتوفير المعلومات وسرعة انتقالها له وذلك بان البنك يذهب للعميل لعرض الخدمة المصرفية .

ويتم ذلك من خلال القدرات التي يوفرها استخدام الإنترنت في مجال الأعمال المصـــرفية وبالتالي يوفر الوقت ويقلص من طوابير الانتظار حيث يقوم العميـــل مـــن خـــلال الكتـــالوج الإلكتروني بتجديد نوع الخدمة ليقوم الحاسب الإلكتروني بنقلها للبنك حيث يتحقق من صـــحة البيانات وإجراء العمليات المحاسبية الأزمة من خصم وإضافة أن كان العميل له حساب بـــنفس البنك فان لم يكن وله حساب في بنك آخر فيقوم بالاتصال بذلك البنك ويحول القيمة إلية مـــن حساب سرى في البنك الأول إلى حساب سرى في البنك الآخر، وفى هذا الصدد فقد أعلنـــت الإمارات للإنترنت والوسطاء المتعدد عن تخفيض رسوم الاشتراك بخدمة الإنترنـــت عـــبر خـــط الاتصال العادي بنسبة ٥٠ % في خطوة تهدف إلى المساهمة في نشر اســـتخدام الإنترنـــت في الإمارات حيث أعلنت السيدة / مروه نعيم مدير عام الإمارات للإنترنت والوسائط المتعددة خلال الإعلان عن التخفيض (تعزم الإمارات للإنترنت والوسائط المتعددة مواصلة جهودها لتشـــجيع استخدام الإنترنت في دولة الإمارات) [1]

ولقد شرع الله تعالى البيع والشراء توسعة منه على عبادة فلكل إنسان ضروريات لا غـــنى عنها ما دام حياً لكن في نفس الوقت لا يستطيع وحدة أن يوفرها فلابد أن يســـتعين بغـــيرة في جلبها فان كان المستهلك الإلكتروني يستطيع أن يعقد صفقات من خلال شبكة الإنترنت ويطلب من البنك بخصم قيمة الصفقة من حسابه الجاري لدية والإضافة لحساب الشركة التجارية فقـــد شرع الإسلام مثل ذلك للحاجة إليه فأجاز الحوالة والمقصود بها نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة

---

[1] مجلة ويندوز الشرق الأوسط

المحال علية فالمحيل هو المدين والمحال هو الدائن والمحال علية هو الذي يقوم بقضاء الدين (مثل قيام البنوك في عصرنا الحاضر بتسوية المدفوعات لعملائها بواسطة الحاسبات الإلكترونية) .

وقد ذهب الكثير من الحنابلة وابن جرير وأبو ثور والظاهرية إلى أنه يجب على الدائن قبول الإحالة على المليء .

فقد أمر الرسول صلى الله علية وسلم الدائن إذا أحاله المدين على غنى مليء قادر أن يقبل الإحالة وان يتبع الذي أحيل علية بالمطالبة حتى يستوفى حقه وقال الجمهور أن الأمر للاستحباب ويشترط لصحة الحوالة رضا المحيل والمحال دون المحال علية استدلالاً بالحديث المتقدم لأن لـــه أن يستوفى حقه سواء كان من المحيل نفسه أو ممن قام مقامه [1]

المبحث الثاني

طبيعة العلاقة بين البنك والمستهلك الإلكتروني

تتميز العمليات المصرفية الإلكترونية بغياب العلاقة المباشرة بين البنك وعميلة فكلاهمـــا لا يجمعهما مجلس للعقد لذلك سوف نتعرف في هذا المبحث عن :

أولاً: الطبيعة القانونية للعلاقة بين البنك والمستهلك الإلكتروني

ثانياً: الوضع في القانون المصري

أولاً: الطبيعة القانونية للعلاقة بين البنك والمستهلك الإلكتروني

قد يبين من الوهلة الأولى أن طبيعة العقد الإلكتروني بين البنك والمســـتهلك مـــن عقـــود الإذعان حيث تقوم البنوك بتوفير قنوات متعددة للخدمات المصرفية الإلكترونية لعملائها فعميـــل البنك الإلكتروني لا يملك إلا أن يضغط على الخانات المفتوحة أمامه في موقع البنـــك الـــذي يتعامل معه وعلى الخدمة التي يرغب فيها وبالعائد والعمولة المحددة سلفاً حيث لا يملك العميـــل

(1) فقه السنة المجلد الثالث

مناقشة البنك أو المفاوضة وكل ما يتاح له أما قبول العقد برمته أو رفضه كلية ففي هذه الحالة يكون العقد من عقود الإذعان لكن في ظل إطلاق حرية البنوك في تحديد العائد و العمولة ومع اتساع شبكة الإنترنت فان العملاء سيكون لهم القدرة على عقد اجتماعات على شاشات الكمبيوتر وبالتالي فان الخدمات المصرفية الإلكترونية تقوم على المنافسة الكاملة بين البنوك حيث يجوز للمستهلك الإلكتروني أن لن يعجبه عرض البنك أن يتعاقد مع بنك آخر بالشروط التي تتناسب معه بالتالي يكون العقد من العقود التي تقوم على مبدأ الرضائية ويلاحظ هنا أن جمهور الفقهاء المسلمين اشتركوا أن يكون البيع عن تراضى لقولة تعالى" إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " (١)

وقال الرسول صلى الله علية وسلم " إنما البيع عن تراض " (٢)

ثانياً: الوضع في القانون المصري

لابد من تهيئة بيئة اقتصادية قانونية للعلاقة بين البنك والمستهلك الإلكتروني لذلك نتج وراء تلك العلاقة اهتمام بالغ من رجال البنوك والقانون لهذا فقد نصت المادة(٢) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري الذي أعدته لجنة التنمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء على أنه

(تسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين٠٠٠ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول) ويرى بعض الفقه أن مشروع هدا القانون قد تبنى نظرية القبول على خلاف النظرية التقليدية في القانون المدني المصري الذي لا يتيح التعبير أثرة وفقاً له إلا باستلام القبول واتصاله بعلم الموجب كما يرى أيضاً أن مشروع القانون لم يتعرض لمسائل عدم وصول الرسالة الإلكترونية أو وصولها مغلوطة أو بتداخل

---

(1) آية ٢٩ سورة النساء

(2) رواه بن ماجة والدر قطني والطبري .

شخصي من الغير في الإرسال [1] وفى هذا الصدد يرى الباحث أن مشروع هذا القانون يخدم مفهوم المستهلك الإلكتروني من حيث الحصول على خدمات مصرفية وان كان التعبير عن الإرادة يتم بمجرد تصدير القبول كما تنص المادة (٢) من مشروع هذا القانون إلا أنة في ظل العمليات المصرفية الإلكترونية وكونها يتم في إطار قانوني وتخضع لرقابة الدولة حيث تتوافر الثقة بين البنك وعملائه من خلال وضع حقوق والتزامات بين الطرفين كما هو الحال في العمليات المصرفية العادية وإذا نظرنا إلى الفقه الإسلامي في تلك العلاقة نجد أنها تمتد إلى معاني سامية عظيمة تليق بالإنسان الذي كرمة الله تعالى وسخر له ما في الأرض والبحر والجو وبالتالي يجب على الإنسان أن يرتفع بنفسه عن كل مزالق السوء وفياً بعهدة صادقاً في وعدة ملتزماً بعقدة وفى ظل هذا وضع الإسلام الخطوط الرئيسية لتلك العلاقة وكان النص القرآني واضحاً في منع كل مغالطة أو نسيان لقولة تعالى " وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً" [2] .

وفى الحديث النبوي الشريف " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" كما أن الإرادة في الشريعة الإسلامية لا تعرف إلا بما يظهرها من لفظ أو ما يقوم مقامة مما يكون الإيجاب والقبول .

ومن المراحل تستوجب الحماية :

١-مرحلة تبادل البيانات عبر الحاسب الإلكتروني

٢- مرحلة الاستلام للبيانات والاطلاع عليها

٣- مرحلة التسجيل ومعالجة البيانات

٤-مرحلة التجميع والترحيل

٥- مرحلة حفظ وتخزين البيانات والمعلومات

---

(1) د/سفير سمير برهان مرجع سابق

(2) آيه ٣٤ سورة الإسراء .

الفصل الأول

دور الدولة في حماية المستهلك الإلكتروني

بعد أن أوضحنا ماهية المستهلك الإلكتروني وتطرقنا للمزايا التي تعود عند الحصول على الخدمة المصرفية إلا أنه عنصر الأمان في إرسال البيانات عن طريق الحاسبات الإلكترونية مازال يمثل مشكلة قائمة فالمستهلك الإلكتروني يحتاج الأمن والحفاظ على البيانات أكثر مما يحتاج للسرية .

فهناك من الأشخاص الذين يتخصصون في الدخول على الحاسبات وتوافرت لديهم المعرفة التقنية التي تساعدهم على الدخول إلى حسابات البنوك ومعرفة حسابات العملاء والعمل على نقل الأرصدة من حساب إلى آخر وتحويلها من داخل البلاد إلى خارجها فإن لم يمكن التغلب على هؤلاء القراصنة سيفتح الباب على مصرعيه أمام أنشطة الجريمة .

فوزارة الخزانة الأمريكية اعترفت بالتهديد الذي يمثله هذا النوع من التجارة الإلكترونية حيث سيتم إلغاء الحدود الفاصلة بين الدول بدون تدخل من السلطات [1] .

ويمكن توضيح الضوابط الفنية والتشريعية والاقتصادية لتوفير الحماية اللازمة للمعلومات المتبادلة بين البنك والمستهلك الإلكتروني في المباحث التالية :

المبحث الأول: دور التشريع في حماية البيانات والمعلومات

المبحث الثاني : دور التشريع في حماية سرية البيانات والاستثناءات التي ترد عليها

---

[1] الأهرام الاقتصادي ١٩٩٧/١٢/٢٩

المبحث الأول

دور التشريع في حماية البيانات والمعلومات

فالنمو المتسارع للخدمات المصرفية الإلكترونية نتج عنة آثار كبيرة على مستوى المصارف خاصة من ناحية المعلومات المتبادلة بين المصرف والمستهلك الإلكتروني لذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: دور التشريع في الحماية من عمليات الغش والتدليس

المطلب الثاني : موقف القانون النموذجي (الأونوسترال) من تلك الحماية

المطلب الأول

دور التشريع في الحماية من عمليات الغش والتدليس

فالغش هو كل تغير أو تعديل أو تشويه يقع في جوهر الخدمة المصرفية التي يحصل عليها المستهلك الإلكتروني ، والتدليس هو استعمال طرق احتيالية تؤدى لوقوع المستهلك الإلكتروني في غلط يدفعه للتعاقد ويشترط أن يكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما ابرم المستهلك الإلكتروني العقد .

فالحاسب الآلي في البنوك يمكن أن يكون محلاً للاعتداء ومن ثم يشكل جريمة توجب توقيع عقوبة على مرتكبها وحيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة على هذا النص .وهذا المبدأ من الضمانات الدستورية التي أعدها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ .

لذا يجب على الدولة أن تكون قادرة على تأمين المعاملات المالية التي تتم بين البنك والمستهلك الإلكتروني ووضع الضمانات القانونية لحماية البيانات الشخصية أثناء معالجتها إلكترونيا حتى تكون آمنة ضد قراصنة شبكة المعلومات وتلك هي ضريبة التقدم وهذه المعادلة يقع عبء حلها على الدولة .

فلا شك أن التجريم هو الوسيلة المثلى لتلك الحماية فإن تكيف الفعل على أنة سرقة يخلق في نفس الجاني والعامة نوع من الصدمة النفسية التي تمثل نوعا من الردع فالجزاء الجنائي فاعليته مؤكدة وبدونه لا يمكن تحقيق الحماية القانونية والجنائية اللازمة[1].

وإذا نظرنا إلى التشريع المصري لا يوجد قانون خاص بجرائم المعلومات لكن هناك بعض النصوص التي يمكن تطوعها بعيداً عن التفسير الضيق ليشمل بعض جرائم المعلومات [2] . ومن هذا المنطق كان لابد من اللجوء إلى القانون المقارن لبيان موافقته من تلك الجرائم [3] . لذلك نوضح فيما يلي تشريعات بعض الدول في مواجهة هذه الأخطار.

أولاً: موقف التشريع الفرنسي

فقد نظم المشرع في الباب الرابع (مواد من ٢٥- ٣٣) كيفية جمع وتسجيل البيانات ذات الطبيعة الشخصية فنص في المادة الخامسة من القانون على أن جمع البيانات بأية وسيلة غير مشروعة كالغش أو التدليس يعد ممنوعاً ونصت المادة التاسعة والعشرون التزاماً على كل من يقوم بالمعالجة الإلكترونية للبيانات بالمحافظة علية واتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة لذلك وعدم إفشائها للغير أو تعديلها أو محوها.

موقف التشريع الأمريكي

لم يضع المشرع **الأمريكي** تشريعاً خاصاً **لاستخدام** الحاسبات الإلكترونية ولكن نظمه من خلال قوانين أخرى خلافاً للتشريع **الفرنسي** الذي وضع تشريعاً خاصاً بحماية الحياة الخاصة والحريات في مواجهة المعالجة الإلكترونية للبيانات[4].ونوضح فيما يلي مثال توضيحي يبين أهمية تلك الحماية وان تفاصيل هذه الجريمة تم التوصل إليها عن طريق مكتب التحقيقات الفيدرالي

---

(1) د/هدى قشقوش جرائم الحاسب الآلي .

(2) د/فتحي سرور دار النهضة العربية

(3) د/هدى قشقوش – مرجع سابق.

(4) د/أسامة عبد الله فايد الحماية الجنائية للحياة الخاص هو بنوك المعلومات

الأمريكي حيث أن هذه الجريمة بطلها موظف يدعى مارك جاكوب لا يتعدى سنة ٢٣ عاما كان يعمل في إحدى شركات التكنولوجيا والإنترنت الأمريكية(شركة ايميوليكس) حيث استطاع بحيلة ذكية أن يخدع عدداً كبير من وكالات الأنباء والأفراد عن طريق بث إصدارات صحفية وهمية عبر الإنترنت عن الشركة والتلاعب في تداول أسهمها في البورصات العالمية معتمداً على صعوبة الوصول إليه على غرار ما يحدث في الجرائم الإلكترونية حيث تضمنت النشرة معلومات خطيرة أهمهما أن الشركة تخضع للتحقيق من قبل لجنة الأمن القومي والبورصة لوجود مخالفات جسيمة بها٠٠تسبب في النهاية في خسائر مالية ضخمة للشركة بالإضافة للإساءة التي لحقت بها عالمياً٠ وأن عملية الكشف عن المتهم لم تكن سهلة فبعد تحقيقات مكثفة استطاعت لجنة تداول الأوراق المالية التي كانت تتابع خيوط القضية فك لغزها من خلال الحصول على سجلات من شركة كبرى للمقاولات المالية باسم مارك جاكوب تداول أسهم الشركة محل القضية (شركة ايميوليكس) وقد أدانت هيئة المحلفين في لوس أنجلوس الموظف السابق وشمل قرار الإدانة ١١ جريمة وتبلغ الأحكام ١٠ سنوات سجناً وغرامة مليون دولار عن كل جريمة بالإضافة إلى خمس سنوات سجن و٢٥٠ ألف دولار غرامة لبث رسائل مضللة وهكذا يواجهه جاكوب أحكاماً بالسجن لمدة مائة عام وغرامة نحو ١٠ ملايين دولار تعويضاً للمتضررين [1] ٠

ولما كان نصوص قانون العقوبات المصري قد خلت من النص على تجريم هذا الفعل وحماية المستهلك الإلكتروني من قراصنة شبكة المعلومات حيث تتم تلك الحماية في مواجهة الحاسبات الآلية أعمالا للقواعد القانونية التي وجدت من قبل والخاصة بالحاسبات اليدوية ٠

مثل تطبيق المادة ٣١٧ عقوبات مصري على حالات سوء استعمال الكارت الشخصي لصاحب الرصيد أو استعمال كارت مزور يقوم بنفس عمل الكارت الأصلي حيث هناك رأيان

[1] مجلة الأهرام للكمبيوتر والإنترنت والاتصالات –لغة العصر .

أولهما أن مثل هذه الواقعة تحتوى على ثلاث جرائم هي انتحال الصفة والسرقة والتزوير بينما يرى البعض الآخر أنها تتمثل في السرقة فقط [1].

لذلك يرى الباحث أن النصوص التقليدية الحالية في حاجة إلى نص جديد وذلك ليقطع الطريق على أية شكوك قد تثور في انطباق النصوص التقليدية الموجودة من قبل فالحاسبات الإلكترونية تمثل خطراً داهماً على الحياة الخاصة للمستهلك الإلكتروني في البنوك ومن ثم يجب وضع قواعد خاصة لحمايته من هذا الخطر.

وحتى يمكن تحقيق ذلك لابد من وجود ضمانة فنية لتحديد الفعل المجرم ومن قام به سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وذلك بتزويد الحاسب الآلي ببرنامج رقابي يستطيع أن يكشف الفعل ومن نستطيع أن نحدد نطاق المسئولية طالما أن هذا لا يتعارض مع الضمانات الدستورية ولامع حقوق وحريات الإنسان .

وان كانت تلك القواعد العامة في القانون الوضعي تبين دور الدولة في حماية المستهلك الإلكتروني فان هذا المفهوم متحقق أيضا في التنظيم الإسلامي .

ففي العصور السابقة على الإسلام كانت هناك اعتداءات على المستهلك وحين جاء الإسلام أراد أن يضرب على أيدي هؤلاء ويفرض رقابة حاسمة عليهم قوامها الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وبالتالي فان هذه الحماية في النظم الإسلامية يدور في فلك اعم لأنه تنظيم رباني يبين عظمة الله تعالى ويضمن للكون البقاء والاستمرار دون توقف أو خلل إلى أن يرث الله الأرض وما عليها ، وبالتالي فهو تنظيما قويما تتمكن الدولة عن طريقة من درء المفاسد وجلب المنافع وان كانت المصطلحات والمسميات التي تستخدم في القانون الوضعي لم تكن معروفة في الإسلام ، فقد ظهر في العصور الزاهية للدولة الإسلامية ديوان البريد الذي أدخله معاوية بن أبى سفيان حيث كان مخصصا في نقل المراسلات الخاصة .

---

[1] د.عمر الفاروق الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف .

كما أنه أن كان القانون الوضعي وضع رقابة قانونية لحماية البيانات الشخصية وذلك بتجريم الفعل حتى يمثل نوعا من الردع للجاني نرى أن الإسلام وضع نوعا آخر من الرقابة هي الرقابة الولائية أو الذاتية وهى إقرار بان الله يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور فيجب هنا على كل من يقوم بجمع بيانات بوسيلة غير مشروعة أثناء المعالجة الإلكترونية أن يراجع نفسه ويحاسبها .

لقولة تعالى (أنه من عمل منكم سوءا بجهالة ثم تاب من بعدة واصلح فان الله غفور رحيم) .

ويقول الرسول صلى الله علية وسلم (الله اشد فرحا بتوبة أحدكم من أحدكم بضالته إذا وجدها) .

وبالتالي فان كانت حماية المستهلك الإلكتروني واجبة على كل فرد في المجمع القانوني فهي واجبة على كل مسلم ومسلمة لكونها من سياسة الدولة الإسلامية .

المطلب الثاني

موقف القانون النموذجي (الأونوسترال) من تلك الحماية

لقد عمدت لجنة الأمم المتحدة بقانون التجارة الدولية (الاونوسترال) لمجموعة من المبادئ القانونية التي تحكم التبادل بواسطة تقنيات التجارة الإلكترونية وفى هذا السياق فان هدف القانون النموذجي يدعوا الاعتراف بحرية أطراف المعاملات التجارية في استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية ومن ثم إقرار نفاذها على الصعيد القانوني .

كما حددت المادة الثانية من نطاق تطبيق القانون النموذجي أن المقصود برسالة البيانات على نحو يشمل أي معلومات يتم إرسالها أو استلامها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مماثلة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر ، ويتضح من ذلك أن المادة قررت الأخذ بمفهوم

واسع للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية [1] كما أنه يقضى أيضا هذا القانون في العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية المرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيرة من اوجه التعبير مفعولة القانوني أو صحته وفى هذا الصدد يرى البعض أن القانون النموذجي يفترض صحة رسالة البيانات المرسلة من المنشئ إلى المرسل أن كان المرسل إليه قد نفذ التعليمات التي سبق وإصدارها له منشئ الرسالة [2].

لذلك يرى الباحث طبقا للمفهوم السابق أن القانون النموذجي ينطبق على جميع انواع الرسائل التي تتم عبر الحاسب الإلكتروني والتي منها الخدمات التي يحصل عليها المستهلك الإلكتروني من البنوك حيث يتضح من هذا القانون أنه يدعو إلى حرية المعاملات التجارية من عمليات بيع أو شراء للسلع و الخدمات من خلال الشبكات الإلكترونية سواء كانت سلع ملموسة أو سلع غير ملموسة مثل الخدمات المصرفية (عقد صفقات – شراء أوراق مالية – مقاصة إلكترونية – الاستعلام عن أرصدة .....)

كما تنص المادة (١٢) من القانون (في العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيرة من اوجه التعبير مفعولة القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل بيانات) .

وبناءا على ذلك فإذا قام المستهلك الإلكتروني بإرسال بيانات للبنك يطلب فيها خدمة مصرفية أو قام البنك باستلام تلك الرسالة فان هذا الاستلام يعد قرينة قانونية ويترتب عليها إنشاء الالتزام وفقا لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) .

---

(1) د/احمد شرف الدين –عقود التجارة الإلكترونية.

(2) د. سفير /سمير برهان إبرام العقد في التجارة الإلكترونية.

المبحث الثاني

دور التشريع في حماية سرية البيانات والاستثناءات التي ترد عليها

إن جريمة إفشاء الأسرار والكتمان المصرفي يحث على الأمانة التي ينادى بها الدين الحنيف فالسرية في البيانات من الموضوعات الهامة التي يجب على الدولة أن تولى حمايتها لها فالسر أمانة لدى ما ائتمن علية وإفشائه يعتبر خيانة للأمانة حيث أمر الرسول صلى الله علية وسلم بكتمان أسرار الغير لقوله" لا يستر عبد عبداً في الدنيا إلا سترة الله يوم القيامة " لذلك سنتحدث عن هذا المبحث في مطلبين .

المطلب الأول: المعالجة التشريعية لسرية البيانات والاستثناءات التي ترد عليها

المطلب الثاني : وسائل الحماية من التجسس

المطلب الأول

المعالجة التشريعية لسرية البيانات والاستثناءات التي ترد عليها

أولاً: المعالجة التشريعية لسرية البيانات

لظهور الحاسبات الإلكترونية وما صاحبها من مشاكل وأخطار على سرية البيانات خاصة في البنوك لكونها تقوم بجمع بيانات تتعلق بعملائها بما فيه سرية على حياتهم الخاصة فقد نصت المادة (٤٣) فرنسي (يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبالغرامة من ٢٠٠٠ فرنك إلى ٢٠٠٠٠ فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين كل من حاز بمناسبة تسجيله أو تصنيفه أو نقلة أو لأي شكل للعلاج الإلكتروني بيانات اسمية يشكل إفشاؤها اعتداء على الشرف أو الاعتبار أو حرمة الحياة الخاصة دون تصريح من صاحب الشأن أو ينقل عمالي علم شخص غير مختص بتلقي هذه البيانات ويعاقب كل شخص بالغرامة من ٢٠٠٠الى ٢٠٠٠٠ ألف فرنك إذا وقعت الجريمة نتيجة إهمال فأركان الجريمة الثلاثة هي الموضوع وهو البيانات الاسمية وركن مادي يتمثل في فعل

الإفشاء وركن معنوي هو العمد أو الخطأ ويترتب على ذلك نتيجة هي الإضرار بسمعة أو شرف الشخص والاعتداء على حياته الخاصة [1] .

وإذا رجعنا إلى القانون المصري نجد أن النصوص التقليدية في قانون العقوبات قد نصت على تجريم إفشاء سرية البيانات والمعلومات لكونها خلت من تجريم إفشاء سرية البيانات في مواجهة الحاسبات الإلكترونية .

فقد قضت محكمة أمن الدولة العليا بان السر هو أمر يتعلق بشيء أو بشخص وخاصيته أن يظل محجوباً أو مختفيا عن كل أحد غير من هو مكلف قانونا بحفظة .....) .

وقد تناولت باب المسئولية الجنائية عن إفشاء الأسرار وفقا للنص الجنائي م ٣١٠ عقوبات مصري والتي تناولت إفشاء الأسرار من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم ، وكان تطبيق هذه المادة على البنوك موضع شك وانقسم الرأي حولها إلى مؤيدين ومعارضين لذلك أغنى صدور قانون سرية الحسابات بالبنوك رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ عن التشكك في مبدأ المسئولية الجنائية [2] .

حيث نصت المادة ٧ من هذا القانون على عقوبة إفشاء الأسرار (مع عدم الإخلال بأية عقوبة اشد يعاقب كل ما يخالف المادة الأولى والثانية والخامسة من هذا القانون بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ١٠ آلاف جنية ولا تزيد عن ٢٠ ألف جنية).

وفى هذا الصدد يرى الباحث أن هذا النص عام يجرم كل من أفشى بيانات أو معلومات حصل عليها بحكم وظيفته بصفته قانون أخلاقي للمهنة وحيث أنه لا يوجد تقنين خاص لتجريم هذا الفعل فيبقى العام على عمومة طالما لم يوجد ما يقيده لان الغرض من العقاب ليس هو المحافظة على المصلحة الفردية فقد وإنما الغرض المحافظة على المصالح العامة لان ضرر الإفشاء في

---

(1) د/أسامة عبد الله مرجع سابق .

(2) د/ احمد محمد بدوي إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي .

هذه الحالة يقع على عموم الناس وليس صاحب السر وحدة فلو أفشى البنك أسرار عميله الإلكتروني لمنع غالبية العملاء عن التعامل مع هذا البنك .

ومن ثم يمكن تطبيق هذا النص على كل من أفشي بيانات أو معلومات ذات طبيعة سرية سواء بيانات عادية أو كانت محلا للمعالجة الإلكترونية لكونها تعمل على حماية المستهلك الإلكتروني فالجريمتين متفقان في العلة التشريعية وهى حماية البيانات والمعلومات لكونها تمثل اعتداء على الحياة الخاصة للمستهلك الإلكتروني إذا ما تم إفشاءها للغير .

فلا يلزم تطبيق قانون سرية الحسابات أن يفضي العميل بنفسه بالسر للبنك طالبا كتمانه بل قد يكون السر وصل إلى علم البنك أثناء المعالجة الإلكترونية .

إلا أن مشروع قانون البنوك الموحد قد قام بتخفيف عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة حيث تنص المادة ١٢٤ من مشروع القانون (مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين وبغرامة لا تقل عن ١٠٠٠ جنية ولا تزيد عن ٥٠٠٠ جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل موظف من الموظفين المكلفين بتنفيذ أحكام هذا القانون إذا أفشى أية بيانات أو معلومات حصل عليها بحكم وظيفته [1] .

والظاهر من النصين (م ٧ من قانون سرية الحسابات ومشروع القانون) أن م٧ اشد في العقوبة حيث أطلقت حرية القاضي في التجريم والحكم بأقصى عقوبة مقررة في هذا الشأن أما مشروع القانون الجديد قيد سلطة القاضي في التجريم حيث الزمه بالا تزيد العقوبة عن سنتين كما خفف الغرامة بحديها الأدنى والأقصى .

وهنا يرى الباحث أن مشروع قانون البنوك الجديد قد يهدف إلى تقليل القيود الواردة على كل من أفشى بيانات بحكم وظيفته أم هو مسايرة لتطور الأساليب التكنولوجية والحاسبات الإلكترونية الحديثة في العمل المصرفي وتقييد القيود الواردة علية من جانب السلطات العامة .

---

[1] الأهرام الاقتصادي عدد ١٨١ أول يناير ٢٠٠٣.

ثانياً: الاستثناءات التي ترد على المعالجة التشريعية لسرية البيانات

هناك استثناءات قليلة تبيح فيها للبنك إفشاء أسرار عملائه دون أن يخل بمبدأ الحماية ولا يحقق في ذلك جريمة يعاقب عليها فهي أسباب إباحة تزيل الصفة الجنائية عن ذلك الفعل ويمكن إرجاعها إما إلى رضا صاحب السر بإفشائه أو إلى نص القانون حيث تنص المادة الأولى من قانون سرية الحسابات (تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك المعاملات المتعلقة بها سرية ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلا بإذن كتابي من صاحب الحساب).

ومن المواد التي نص غليها القانون وأباحت إفشاء أسرار المستهلك بالبنوك.

المادة التاسعة من قانون البنوك والائتمان مصري رقم (٩) لسنة ١٩٧٥حيث يحق لمفتشي البنك المركزي ومعاونيهم الذين ينتدبهم محافظ البنك المركزي الكشف عن التفصيلات والأعمال المصرفية بصفته الجهة المنوط لها بالأشراف والرقابة على البنوك .

وأن كان يعد إفشاء للسر الشهادة أمام سلطات التحقيق والإدارية أو التبليغ وحتى لو كان السر يمثل جريمة وقعت ولا تزال محل بحث السلطات وقد غلب القانون هنا واجب كتمان السر على واجب الشهادة أو التبليغ لمعاونة السلطات العامة في كشف الجريمة إلا في أحوال خاصة [1] .

كما تنص م ١٢٨ من مشروع قانون البنوك الجديد أنة لا يجوز تحريك الدعوة الجنائية باتخاذ آي من إجراءات للتحقيق فيها أو رفعها بالنسبة إلى الجرائم التي ترتكب ..... إلا بناءاً على طلب محافظ البنك المركزي [2].

---

(1) د/احمد محمد بدوي.

(2) الأهرام الاقتصادي عدد ١٨١ أول يناير ٢٠٠٣.

هذا وقد نصت م ٢ من قانون سرية الحسابات في حالة الكشف عن جناية أو جنحة للنائب العام أو من يفوضه من المحامين العاميين الأول أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالإطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات .....

ويلاحظ من نص هذه المواد أنة نص عام يطبق على أية بيانات أو معلومات سواء كانت عادية أو ذات معالجة إلكترونية . هذا وقد ادخل في الدولة الإسلامية ديوان لحفظ الأسرار وعدم العبث بها يسمى ديوان الخاتم أو البريد حيث ينسب هذا الديوان لمعاوية بن أبى سفيان حينما أعطى لعمر ابن الزبير كتاباً يأمر فيه زياد ابن أبية أميرة على العراق بأن يعطى حاملة مائة ألف درهم فقضى عمر الكتاب وغير الرقم إلى مائتي ألف درهم وتسلم المبلغ فلما رفع زياد حسابه إلى معاوية أنكر معاوية مبلغ المائتي ألف درهم وقال ما أحلته إلا بمبلغ مائة ألف درهم ثم استعاد المائة ألف الزائدة من عمر ووضع ديوان الخاتم فصارت الأوامر تسجل فيه وتصدر منه مختومة ما يدرى أحد ما فيها ولا يتمكن من تغييرها [1].

المطلب الثاني

وسائل الحماية من التجسس

بالرغم من المزايا لعديدة للحاسبات الإلكترونية إلا أنها تمثل خطر على العملاء لكونها يمكن استخدامها كوسيلة في عملية التجسس و من ثم يجب وضع قواعد عامة ضد هذا الخطر وان تكون هناك دراسات مستمرة لتوقع صور الاحتيال والتجسس على حسابات العملاء وعدم الانتظار حتى حدوث هذا الخطر وذلك بوضع سبل أمان مسبقة لمواجهتها لتحول دون تكراره .

وهناك برنامج مجاني لمقاومة الجاسوسية فالجاسوسية على شبكة الإنترنت اصبح لها أهداف متنوعة فهي أما شركات تجارية تحاول معرفة سلوك مستخدمي شبكة الإنترنت أثناء تصفحهم

---

(1) د/رمضان بطيخ التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية.

للمواقع وإما قراصنة الشبكة يريدون الدخول على حاسبك دون أن تشعر وأما مجرد هواة يريدون أن يلهوا بالعبث في حاسبك الشخصي ولكن أيا كان الهدف من برامج التجسس التي تزرع داخل حاسباتنا دون أن نشعر عن طريق برامج ترسل عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال مواقع الإنترنت أثناء تصفحها فهي وسيلة غير أمينة للوصول إلى معلومات لها صفة الخصوصية ونقدم برنامج Ad-awareالذي يستطيع اكتشاف التجسس التي توجد داخل حسابك الشخصي وعند استخدام هذا البرنامج سيقوم بفحص وحدات التخزين المختلفة بحسابك الشخصي وعند نهاية الفحص سيظهر لك البرنامج قائمة ببرامج التجسس التي وجدها وعليك أن تحدد البرامج التي تريد إلغائها بتعريف كيفية دخول هذه البرامج كما يمكنك أن تقوم بإلغائها بالكامل والبرنامج يقوم بالبحث عن هذه البرامج داخل الذاكرة الإلكترونية للحاسب وداخل ملفات نظام التشغيل والملفات المؤقتة أيضاً ومن النافذة الأولى للبرنامج يمكنك أن تحدد اللغة التي تريد أن تظهر بها الشاشات فالبرنامج مصمم باللغة الألمانية ولكن يمكنك أن تغيرها إلى اللغة الإنجليزية وهو برنامج مجاني يعمل على كل نظام النوافذ ويمكنك الحصول علية من الموقع التالي (htt:/www0majorgeek0com/index) [1] .

هذا وقد نهت الشريعة الإسلامية عن التجسس لقولة تعالى " ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله أن الله تواب رحيم " [2] .

لكن أن كان التجسس لازماً للتحقق من مدى مطابقة العمل لأحكام وتعاليم الشرع فهنا يباح التجسس كما فعل عمر ابن الخطاب حينما بث العيون والرقباء على الموظفين فقد كان علمه بالموظفين كعلمه بمن بات معه في مهاد واحد وعلى وساد واحد فلم يكن له في أي ولاية إلا عين لا يفارقه حتى كان العامل يتهم اقرب الناس إليه [3].

---

(1) مجلة لغة العصر مرجع سابق.

(2) آية رقم ١٢ سورة الحجرات.

(3) د/رمضان بطيخ الرقابة على أداء الجهاز الإداري.

الفصل الثاني

دور البنوك في حماية المستهلك الإلكتروني

للمال سطوة كبرى في نفوس البشر يدفع كثير منهم لارتكاب جرائم للحصول عليها والجرائم التي ترتكب في عالم الإنترنت لا تختلف عن الجرائم التقليدية من حيث الهدف النهائي وهو الحصول على المال بطريقة غير قانونية وذلك من خلال سرقة المعلومات المالية الشخصية للعملاء مثل أرقام بطاقات الائتمان وأسماء أصحابها وموعد انتهاء صلاحيتها حيث يستخدم المجرمون هذه المعلومات في سداد سلع يشتروها لحسابهم وتسلم لهم عناوين مؤقتة وبذلك يمكنهم الهرب قبل اكتشاف السرقة [1] .

فهي ظاهرة جديدة من السرقة فحماية المستهلك الإلكتروني في البنوك ليست قصرا على الدولة فقد بل يوجد بجانب هذه الحماية حماية أخرى تلزمها جانبا بجنب إلا وهى حماية البنوك والمؤسسات المالية له.

فالبنك بصفته المؤتمن على موجودات العملاء من اللحظة التي يتلقى فيها لمطالبهم حيث يقوم البنك بدور الضامن للعمليات التي يقوم بها عملائه عبر الشبكات الإلكترونية ومن ثم توفير عنصر الأمن والثقة لدى العميل من جانب الخدمة المصرفية .

وسيتم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : الجوانب الإدارية التي تحرص البنوك عليها

المبحث الثاني : التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة من وسائل الحماية

المبحث الثالث : وسائل حماية البنك لأسرار عملائه

---

[1] د/بهاء شاهين العولمة والتجارة الإلكترونية رؤية إسلامية.

المبحث الأول

الجوانب الإدارية التي تحرص البنوك عليها

حتى تستطيع البنوك أن تقوم بهذه الحماية لابد من توافر عدد من الجوانب الإدارية التي يجب أن تحرص البنوك على توفيرها وأهمها:

١- تدريب موظفي البنوك على اكتشاف هذه الوسائل والتعامل معها بحسم وان يكون هذا التدريب أساسي للعاملين قبل السماح لهم بالاستخدام لشبكة المعلومات بالبنك.

٢-إرسال موظفي المصارف لبعثات تدريبية في الخارج لاستيعاب التكنولوجيا المستخدمة في هذا المجال .

٣- دعم أساليب الرقابة الداخلية للحد من الأخطاء والغش في هذا المجال ومن أمثلة هذه الضوابط وجود مجموعة للرقابة على البيانات التي سوف يتم تشغيلها والتأكد من نتائج صحة التشغيل ومن أن الأشخاص المصرح لهم باستلام هذه النتائج هم فقط الذين يتسلمونها دون غيرهم.

٤-اتباع سياسات وإجراءات تحقق تامين الاتصالات من والى النظم لمنع أو الحد اختراق غير المرخص لهم للنظم وإساءة استخدامها [1]

٥- وجود نظام دقيق للمراجعة الفورية لحركات اليوم التي تمت على الحاسب قبل الأقفال لاكتشاف الأخطاء في وقت مبكر ومعالجتها قبل بقائها لحين اكتشافها على أن يقوم بتلك المراجعة أشخاص مؤهلين لذلك .

٦-حماية النظم من احتمالات القيام بممارسات غير مرخص بها من قبل العاملين بالبنك السابقين أو الجدد أو المؤقتين [1].

---

[1] د/محمود أبو العيون مرجع سابق.

٧- رقابة الجهاز نفسه . ويقصد به إجراءات الرقابة التي يقوم بها الجهاز من تلقاء نفسه لاكتشاف الأخطاء وتختلف إجراءات الرقابة الآلية تبعا لنوع الجهاز الإلكتروني المستخدم هذا وتتسابق شركات إنتاج الحاسبات الإلكترونية في إنتاج أجهزة ذات قدرة رقابية عالية لتضمن لعملائها سرعة اكتشاف الأخطاء [٢]

٨- يجب على إدارة البنوك وضع تعليمات ولوائح إدارية لمسائلة كل من ينحرف عن الغاية أو الغرض المحدد في استخدام الحاسب الإلكتروني أثناء معالجة البيانات ويخضع البنك في ذلك لرقابة البنك المركزي الذي يقوم بكشف الانحرافات عن تلك القواعد ومجازاة المتسبب فيها .

٩- الفصل الوظيفي وعدم قيام شخص واحد بتنفيذ العملية بالكامل مع إصدار تعليمات بالمنع منعا باتا بفتح الشاشات لآخرين للتسجيل عليها وذلك بمنح اكواد تعريفية لكافة العاملين مع الحاسب على اختلاف تخصصاتهم مع استمرار تعديل الأكواد الممنوحة لهم على فترات دورية.

ومن المسؤوليات الاسترشادية للبنك لدى تقديم خدمات عبر شبكات الاتصال الإلكترونية: [٣].

١-تصميم نماذج عقود لتأدية مختلف الخدمات المصرفية التي تؤدى عبر شبكات الاتصال الإلكترونية وان يتأكد من توافر القوى البشرية المؤهلة للتعامل مع عملاء البنك عبر شبكات مع تحديد ساعات تقديم هذه الخدمات .

٢- إفصاح البنك على صفحة الويب الخاصة به بما يفيد حصوله على ترخيص بتقديم خدماته عبر الشبكات من البنك المركزي المصري ورقم وتاريخ الحصول على الترخيص والخدمات التي يجوز للبنك تقديمها عبر الشبكات مع ربط هذا الموقع بصفحة البنك المركزي المصري المعلن فيها عن أسماء البنوك المرخص لها بذلك حتى يتحقق العملاء من صحة التصريح .

---

(1) د/محمود أبو العيون مرجع سابق.

(2) د/محمود أبو العيون مرجع سابق.

(3) ا/سمير الشاهد ، د/طارق عبد العال المحاسبة عن العمليات المصرفية الحديثة .

٣- إفصاح البنك عن أن القوانين المصرية هي التي تحكم الخدمات التي يقوم بتأديتها للعملاء عبر الشبكات .

٤- ضرورة أن يتحقق البنك من شخصي طالب متلقي الخدمة بأساليب قانونية ثابتة تضمن الحقوق المتبادلة .

هذا وقد حث الإسلام على التدقيق في اختيار الموظفين فلم يكن الاختيار أساسه القرابة أو الحسب أو النسب وإنما الكفاية والمقدرة والعلم فقد قال الرسول صلى الله علية وسلم (من ولى أمر المسلمين شيئا فولى رجلا وهو يجد من هو اصلح للمسلمين منه فقد خان الله ورسوله).

وروى البخاري في صحيحة عن أبى هريرة رضى الله عنة أن الرسول صلى الله علية وسلم قال(إذا ضيعت الأمانة فانتظروا الساعة قيل يا رسول الله وما أضاعتها : قال إذا اسند الأمر إلى غير أهله) . (١)

كما أن معيار الصلاحية في التنظيم الإداري الإسلامي ليس فقط في قدرة المرشح ذاته في الفهم وحسن التصرف والأمانة وإنما أيضا على أساس مدى تلاؤم تلك القدرة مع طبيعة العمل الذي يكلف به .

فقد قال عمر بن الخطاب رضى الله عنة (تفهموا قبل أن تسودوا). (٢)

فبالتدريب وصقل المهارة يستطيع الموظف التفوق والتميز في العمل ، وهكذا اهتم الإسلام بتدريب العاملين والرؤساء الأمر الذي جعلهم مثلا أعلى للعمال في وظائفهم .كما أن المنهج الإسلامي احترم مبدأ التخصص وتقسيم العمل بشكل كفل للمجتمع نموه وتقدمه في شتى المجالات .

(1) بن تميمة تقي الدين احمد بن عبد الحليم)السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية.

(2) حاسم بن مهيل الياسمين الأسباب الذاتية للتنمية القيادية دار الدعوة.

فقد بلغ كتاب الرسول صلى الله علية وسلم في مختلف التخصصات اثنين وأربعين كتابا [1].

كما سار الخلفاء الراشدين على ذات النهج الذي نظم÷ الرسول صلى الله علية وسلم في خصوص أعمال مبدأ التخصص .

فقد قال الخليفة الأول أبو بكر الصديق (أنى و الله ما ادع أمر رأيت رسول الله صلى الله علية وسلم يصنعه إلا صنعته). كما قال (إنما أنا متبع ولست مبتدع) .

المبحث الثاني

التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة من وسائل الحماية

من وسائل حماية المستهلك الإلكتروني في البنوك التوقيع الإلكتروني وذلك لتحديد شخصية العميل لمنع حدوث خطأ أو غش في الرسالة وبالتالي اطمئنان البنك في تنفيذ الرسالة الواردة إليه ، حيث يتم تشفير ذلك التوقيع بحيث لا يمكن حل هذه الشفرة إلا الموظف المختص متلقي الرسالة بالبنك .

لهذا ابتدع نظام تقنيات الترقيم والترميز فالتوقيعات الرقمية تساعد في إثبات مصدر البيانات والترميز يساعد على الحفاظ على سرية البيانات والاتصالات [2] .

كما يمكن الاستفادة من التوقيع الإلكتروني في حماية عملاء البنوك الذين يستخدمون الشيكات الإلكترونية لإتمام عمليات دفع الإلكترونية مع أطراف أخرى مع قيام البنك بدور الوسيط فبعد أن يقوم العميل محرر الشيك بالتوقيع إلكترونيا وتشفير الشيك وإرساله للبنك يقوم البنك بحل تلك الشفرة للتأكد من هذا التوقيع ثم يسجل قيمته على حساب العميل ويضيفه لحساب الطرف الآخر .

---

(1) محمد كرد على الإدارة الإسلامية في عز العرب.

(2) د/احمد شرف الدين مرجع سابق.

وفى هذا الصدد وانطلاقا من دور البنك المركزي المصري في الرقابة والأشراف على نظم الدفع في مصر واستخدامه في العديد من التطبيقات التكنولوجية الحديثة والبرامج الجديدة فقد تم إنشاء غرفة المقاصة الإلكترونية حيث يكون للتوقيع الإلكتروني دور هام ، فقد انشأ شبكة اتصال متقدة فيما بين المراكز الرئيسية وفروعها وفيما بين البنوك وبعضها البعض وبينها وبين البنك المركزي المصري وذلك لتوفير عنصر الأمان للعملاء باعتبار أن الشيكات الإلكترونية من أهم وسائل الدفع التي تعتمد على الحاسب الآلي .

أما الفقه الإسلامي فقد اخذ بالإقرار حيث يعبر المتعاقدين عن الإيجاب والقبول باللفظ فاذا صدر الإقرار من المدعى علية بيناً واضحاً لا لبس فيه ولا غموض فانه لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الحكم .

والإقرار في اللغة الإثبات من قر الشيء إذا ثبت وفى الشرع الاعتراف بالحق والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع [1] .

لقولة تعالى " كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم "

فمن يقر بالشيء يجب أن يكون صادقا ويترتب على الإخلال بذلك آثار معنوية ومادية فالآثار المعنوية هي محق البركة من التصرف والآثار المادية هي كون الصدق في المعاملة فريضة شرعية على كل مسلم من يخالفها يكن إثما ويستحق العقاب في الدنيا والآخرة ، لقول الرسول صلى الله علية وسلم "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكتما محقت بيعهما " أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي .

---

[1] احمد عيسى عاشور الفقه الميسر في العبادات والمعاملات.

المبحث الثالث

وسائل حماية البنك لأسرار عملائه

تعد السرية من الموضوعات بالغة الأهمية في التعاملات فلكل فرد الحق في أن يحتفظ بأسراره في مكونات ضميره وله أن شاء أن يدلى بها أو بعضها إلى آخر يثق به ويتعهد إلى المعهد إليه السر أن يكتمه ، ولكون الحاسب الإلكتروني هو الصديق الأمين المنظم للفرد فيجب على البنك أن يقوم بخلق الثقة بينة وبين المستهلك الإلكتروني وذلك بالمحافظة على أسراره وكتمان ما يفضي به من بيانات وأحوال مالية لكونها متصلة اتصالا وثيقا بحياته الخاصة ، فالثقة المصرفية من السمات التي تتميز بها البنوك فالاحتفاظ والإبقاء على المعلومات بعيدا عن المنافسين والدائنين هي حق مكتسب للعملاء منذ بدء التعامل مع المصرف فالسرية في التعامل هي جزء من الصيرفة الناجحة .

وللمحافظة على السرية ، فقد عقد مؤتمر من ٧-٢٠٠٢/٥/٩ المؤتمر السابع عشر لتأمين المعلومات الذي ينظمه قسم هندسة الإلكترونيات والاتصالات الكهربائية بكلية الهندسة – جامعة القاهرة بالتعاون مع اللجنة الفنية رقم (١١) التابعة للاتحاد الدولي لمعالجة المعلومات ومقرها فيينا بالنمسا وهى هيئة دولية تتبع الأمم المتحدة ويعقد المؤتمر تحت عنوان (المحافظة على السرية والمعلومات في المجتمع المعلوماتي) ويناقش (٤٥) مقالة مقدمة من دول مختلفة وتدور كلها حول احدث تقنينات تأمين للمعلومات [١] .

ويقوم البنك بالمحافظة على هذه السرية والأمان للبيانات والمعلومات التي يرسلها المستهلك الإلكتروني للبنك من خلال العديد من التطبيقات التكنولوجية ، مثل تشفير رسائل البريد الإلكتروني بحيث لا يمكن قراءتها إلا بعد فك الشفرة وحلها بواسطة البنك وهنا لا يستطيع أي متسلط قراءة الرسالة .

---

[1] مجلة لغة العصر للكمبيوتر والاتصالات والإنترنت.

ويتم استخدام كلمة السر في مرحلة وسيطة بين ثلاث مراحل هي: [1]

١- التعرف على المستخدم بتقديم المستخدم لنفسه للنظام باستخدام رقم خاص.

٢- التأكد من المستخدم بقيام النظام بالتأكد من صحة شخصية المستخدم من خلال كلمة السر .

٣-تحديد الحقوق الممنوحة للمستخدم والسماح له بالتعامل مع النظام في نطاق هذه الحقوق .

ومن وسائل تحقيق السرية في بنوك سويسرا التعامل مع حسابات مرقمة مجهولة الاسم هذا خلاف للاعتقاد السائد بان الحسابات المجهولة الاسم غير موجودة فالمصرف الخاص دائما على علم واطلاع على الاسم الأخير للجهة المستفيدة أو لحاملة لكل حساب وحتى ولو كان هناك كلمة سر أو رقم محدد للحساب جميع الحسابات في العالم هي طبعا مرقمة ولكن تختلف الحسابات السويسرية فالاسم المصاحب للرقم الخاص بالحساب لا يعرفه إلا عدد قليل جدا من المد راء الكبار أو الرئيسيين في كل مصرف ويتم التعامل بالحساب بالرقم فقط ، أن فكرة الحساب المرقم هي للسماح بإجراء عمليات مالية عن طريق الموظفين الصغار والذين يجهلون هوية حامل أو صاحب الحساب هناك وسائل ضبط وأساليب للترقيم مختلفة في المصارف السويسرية ولكن الهدف يبقى الحفاظ وحماية هوية الزبائن عن موظفي المصرف وحصر هذه المعلومات في اقل عدد ممكن من الأفراد [2]

فكتمان السر واجب تقتضيه الأخلاق ومبادئ الشرف والأمانة لذلك قيل بحق (أن من تدلى إليه بسرك يعتبر سيدا لحريتك) [3] .

---

(1) ا/سمير الشاهد ، د/طارق عبدا لعال مرجع سابق.

(2) اتحاد المصارف العربية الصيرفة الخاصة في العمل المالي الحديث.

(3) د/احمد محمد بدوي إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي.

هذا وقد عنى الإسلام فيما عناه من نظم لجوانب الحياة المختلفة بحفظ أسرار الأفراد وكتمانها وأمر المسلمين أن يحفظوا أسرارهم وان يستروا عوراتهم لان ذلك ادوم للألفة واصون لحقوق الأفراد فيقول الرسول صلى الله علية وسلم (واستعينوا على قضاء حوائجكم بالكتمان فان كل ذي نعمة محسود) .

ويعتبر حماية المستهلك الإلكتروني في البنوك جزءا من هذه الأمانة التي نادت بها تعاليم الشريعة الإسلامية ، فقد أمر الرسول صلى الله علية وسلم بكتمان الأسرار والأمانة في المعاملات حيث قال (إذا حدث رجل رجلا بحديث ثم التفت فهو أمانة) .وقد عبر عن ذلك الإمام الغزالي رحمة الله بقولة (إفشاء السر خيانة وهو حرام إذا ترتب علية ضرر) .

ولقد اهتم الصحابة أيضا بكتمان الأسرار ،فيقول عمر بن عبد العزيز (القلوب أوعية والشفاه أقفالها فليحفظ كل إنسان مفتاح سرة) .

وقد عبر عن ذلك الفقيه انوشرو أن قائلا (إظهار الرجل سر غيرة اقبح من إظهار سر نفسه لأنه ينوء بإحدى وصمتين : الخيانة أن كان مؤتمنا أو النميمة أن كان مستودعا وكلاهما مزموم) . [1]

[1] د/احمد كامل سلامة الحماية الجنائية للأسرار المهنية.

توصيات

يحاول الباحث الوصول إلى مقترحات وتوصيات تدعم رؤيته ولهذا نعرض فيما يلي أهم التوصيات التي فرضت نفسها من خلال استيعابنا لهذا البحث وعرضا ما دار به في حماية المستهلك الإلكتروني ومن هذه التوصيات .

١-يجب وضع تشريع خاص لتنظيم حماية المستهلك الإلكتروني في البنوك وذلك بتجريم كل من قام بعمليات غش أو تدليس أو سرقة للبيانات سواء كان لنفسه أو للغير وذلك اقطع الطريق على أية شكوك قد تثور في انطباق النصوص التقليدية الموجودة من قبل .

٢-عدم الإبقاء على هوية صاحب الحساب في أيدي صغار موظفين الحاسب الإلكتروني بالبنوك وان تكون هذه الهوية لدى مسئولي البنك أو عدد قليل من الأفراد على أن يتم التعامل مع مستخدمي الحاسب بأرقام سرية يتم تغيرها بصفة مستمرة .

٣-تطوير السياسة الإدارية في البنوك في تعيين الموظفين وعدم قيام الموظف بالعمل على الحاسب الآلي إلا بعد إجراء التحريات الأزمة من حيث النزاهة والأمانة في العمل كما كان يفعل الرسول صلى الله علية وسلم والصحابة .

٤- لابد من وجود ضمانة فنية لتحديد الفعل المجرم ومن قام به سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وذلك بتزويد الحاسب الآلي ببرنامج رقابي يستطيع أن يكشف الفعل ومن نستطيع أن نحدد نطاق المسئولية طالما أن هذا لا يتعارض مع الضمانات الدستورية ولامع حقوق وحريات الإنسان .

٥-تطوير نظام الرقابة الداخلية بالبنوك بحيث يكون جهاز التفتيش به أعضاء سبق لهم العمل على الحاسبات الإلكترونية وعلى دراية كافية بالوسائل الفنية ووسائل الأمان فيها لاكتشاف الأخطاء والانحرافات قبل وقوعها .

خاتمة

إن حماية المستهلك الإلكتروني ذو أهمية خاصة بالنسبة للبنوك بل أن تطور العمل المصـــرفي وازدياد نموه يرتهن بالدرجة الأولى بتلك الحماية وتزداد أهميته في الدول النامية نظرا لمـــا يلاقيـــه العمل المصرفي من مصاعب وما يواجهه من اعتداءات قد تسيء النظر له .

ففي ختام هذا البحث يود الباحث أن يبرز حقيقة هامة بالنسبة له وهى أن لهـــذا البحـــث صفتان : الأولى متعة البحث والتشوق الواسع في معرفة المزيد عن هذا المجال والثانية : قلة المراجع مما اضطرنا إلى الاستعانة بالكتب المترجمة والرسائل العلمية على قدر استطاعتنا حيث تطرقنـــا في هذا البحث إلى أمرين :

الأمر الأول : ماهية المستهلك الإلكتروني . وعرفناه بأنه الشخص الطبيعي أو المعنـــوي الذي يتلقى خدمة مصرفية (سلع غير ملموسة) من البنك عبر الشبكات الإلكترونية لنرى مدى اختلاف مفهوم المستهلك الإلكتروني عن عميل البنك العادي وذلك من خلال بيان إستراتيجية الخدمة المصرفية التي يتلقاها وطبيعة العلاقة بينة وبين المصرف الذي يتعامل معة وفى النهاية تطرقنا للمراحل التي تستوجب الحماية على الحاسب لنتطرق إلى الأمر الثـــاني وهـــو وســـائل حمايـــة المستهلك الإلكتروني

الأمر الثاني : وسائل حماية المستهلك الإلكتروني فاجرائم التي تحدث من خلال الحاسب الآلي ليست أسطورة يعجز القانون عن مواجهتها فقد بينا دور الدولة والبنوك في تلك الحمايـــة فدور الدولة يتمثل في إطار القوانين التي يجب أن تفرضها وتفعيلها من اجل تلك الحماية فالتقدم يجب ألا يقف عائقا يمس حقوق ومصالح العملاء كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي منـــع جمع البيانات بأي وسيلة غير مشروعة (الباب الرابع مواد٢٥-٣٣) وكذلك المادة ٤٣ فرنســـي التي تعمل على تجريم فعل الإفشاء .

كما عرضنا في مثال توضيحي – القضية التي تم التوصل إليها عن طريق مكتب التحقيقات الفيدرالي والخاصة بالمدعو مارك جاكوب ، وكذلك الدور الأكيد للمشرع المصري الذي يمكن أن يؤدى من خلال تدخلاته توفير الأمان له لكون تلك الحماية متوقفة بالدرجة الولي لما يحققه ذلك التنظيم القانوني حماية للمستهلك الإلكتروني لقطع الطريق على أية شكوك قد تثور في انطباق النصوص التقليدية الموجودة من قبل كما أوضحنا الدور الذي يمكن أن يلعبه قانون سرية الحسابات ومدى تطبيقه في تجريم كل من أفشى أسرار وبيانات حصل عليها أثناء المعالجة الإلكترونية والاستثناءات التي علية ، ومن النتائج أيضا التي توصلنا إليها وسائل الحماية من التجسس من خلال برنامج مجاني لمقاومة الجاسوسية، هذا بالإضافة إلى موقف القانون النموذجي (الانوستيرال) من تلك الحماية .

أما دور البنوك في حماية المستهلك الإلكتروني فمع نظم العمليات المصرفية الحديثة تواجهه البنوك هذه المشكلة وهى أمور تقوم على فهم البنك للأمور التي تحيط به ومعايشته معايشة كاملة للمجتمع الذي يعمل به ويتحقق ذلك من خلال إدارة جيدة لا تقوم فقط على استخدام النهج العلمي السليم القائم على احتياجات العملاء بل أيضا استخدام النهج القانوني القائم على حماية المستهلك الإلكتروني حيث بينا الجوانب الإدارية التي تحرص البنوك عليها والمتمثلة في تدريب موظفيها والاستعانة بالخبراء في هذا المجال ودعم أساليب الرقابة الداخلية ، كما أوضحنا دور التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة من وسائل الحماية حيث يجب على البنك قبل تنفيذ الرسالة التأكد من ذلك التوقيع ، أما وسائل حماية البنك لأسرار عملائه فلا يكفى تشفير التوقيع بل أيضا تشفير الرسالة ليبعدها عن أي متسلط مشيرين في ذلك ما تم في بنوك سويسرا في الحفاظ على أسرار الزبائن كما بينا في عرض طرق حماية المستهلك الإلكتروني مدى العلاقة الوثيقة بين كل عنصر من العناصر السابقة والتنظيم الإسلامي وان كانت ليست بنفس الشكل لكون الحاسبات الإلكترونية لها تنظيم خاصا في العصر الحديث فالله تعالى قد وضع القواعد العامة للتعامل والذي نص علية القرآن الكريم وبينته السنة النبوية وبعد أن عرضنا طرق حماية المستهلك الإلكتروني

بصورة سريعة ومبسطة وفقا للشكل الذي يتطلبه المنهج العلمي السليم سواء من الناحية القانونية أو الشرعية نود أن نعرض أمرين آخرين يلزم الإشارة إليهم بعد العرض السابق وهم :

الأمر الأول : احترام الحق في خصوصية المستهلك الإلكتروني لكون هذا الحق لا يأتي إلا بضمان السرية للبيانات التي يرسلها المستهلك الإلكتروني للمصرف حيث يمكن تعريف الحق في الخصوصية (بأنه حق الفرد في عدم ملاحقة الآخرين له في حياته الخاصة) . [1]

الأمر الثاني: وهو إذا لم تتمكن الدولة أو البنك من حماية المستهلك الإلكتروني قبل حدوث الخطأ أو الانحراف فما هو المسئول عن هذا الخطأ أو الانحراف وفقا للقواعد العامة في الآيات الأمر الذي يقضى إيضاح نبذة بسيطة عن المسئولية التي تقع على إدارة البنك وموظفيه المستخدمين للحاسب ، حيث يرتبط الموظف مع البنك برابطة تعاقدية يتم بمقتضاها تحديد اختصاصه في التعامل مع العملاء وبالتالي إذا تصرف الموظف خارج اختصاصه المكلف به واظهر انحرافات وأخطاء أدت لتعرض أموال المستهلك الإلكتروني حسن النية للخطر جاز لإدارة البنك التنصل من هذا العمل لكن لكون البنك يخشى فقد ثقة عملائه الذين سيشعرون أن أموالهم غير مضمونة وبالتالي استحالة تضمين بنود الاتفاقات المعقودة مع العملاء بعدم مسئولية البنك .فيسال البنك في مواجهة العميل عن تعويض الأضرار الناجمة عن الغش أو الخلل في عمليات الحاسب الآلي فتكون مسئولية البنك مسئولية عقدية فإجراء تحويلات غير مشروعة من حساب العميل يعد من قبيل الإخلال العقدي بالتزام البنك فالالتزام بالحفاظ على ودائع العميل هو التزام بتحقيق نتيجة وان كان يحق للمصرف مقاضاة الموظف المسئول عن هذا الخطأ كما أن هناك أخطاء تقنينية ترجع للحاسب الإلكتروني ذاته والتي يكون مرجعها إلى عيب فني في الجهاز فيكون المسئول هنا المورد أو الملتزم بالصيانة وليس مستخدم الجهاز ولهذا كان موقف الفضاء الأمريكي فقد حكمت المحكمة العليا وأقرت بمبدأ المسئولية عن الخطأ التقني وقرت أن هذا الخطأ يرجع إلى منتج الجهاز الآلي وليس خطا الأفراد لكن قد يكون إعفاء البنك من المسئولية جزئيا إذا ساهم

---

[1] د/احمد محمد بدوي جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي.

خطأ البنك في إحداث الضرر بالإضافة للقوة القاهرة أو العيب الفني وبعد ذلك بينا التوصيات التي تدعم رؤيتنا والتي تفرض نفسها من خلال استيعابنا لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني. وفي النهاية احب أن أقول إن الانشغال بالعلم من علامة السعادة ومن نعم الله تعالى على الإنسان فاستخدام العلم في حماية المستهلك الإلكتروني يعرفك الصالح من الطالح والصحيح من العباد والفاسد منهم في هذا المجال والمعاملة السليمة من غيرها فوصول الإنسان لدرجة عالية من العلم يريحه من عناء الجهل ووسوسة الشيطان .

فان كانت الدول المتقدمة تنادي بالعلم والتكنولوجيا واكتشاف كل جديد نقول لهم اقرءوا ما شئتم من القران يقول تعالى (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات و الله بما تعملون خبير)وقد قال أبو هريرة وأبو ذر (باب من العلم نتعلمه احب إلينا من ألف ركعة تطوعا) وكما أن الأئمة رضى الله عنهم عن رسول الله صلى الله علية وسلم ملتمس فقد قال احمد بن حنبل عن الشافعي إذا سئلت عن مسالة لا اعرف فيها خبر قلت فيها : يقول الشافعي لأنه إمام عالم من قريش . أما إذا وقع هذا العلم ضحية لجرم الإنسان كما في حالة استخدام الحاسب الإلكتروني في عمليات الاعتداء على الحياة الخاصة للأفراد هنا تقع الواقعة ليري الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون يقول الله تعالى (حتى إذا آخذت الأرض زخرفها وازينت وظن أهلها انهم قادرون عليها أتاها امرنا ليلا أو نهارا فجعلناها حصيدا كان لم تغن بالأمس كذلك نفصل الآيات لقوم يتفكرون) ويقول رسول الله صلى الله علية وسلم(من تعلم علما يبتغى به وجه الله تعالى لا يتعلمه إلا ليصيب به عرضا من الدنيا لم يجد عرف الجنة يوم القيامة).

ومن خلال العرض السابق نكون قد اجتهدنا بقدر استطاعتنا ووضعنا لبنة على طريق حماية المستهلك الإلكتروني وذلك بصورة موجزة وبسيطة تاركين لعلمائنا وأساتذتنا الأفاضل الإضافة والتعديل حتى تكتمل الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني_فهذا البحث ما هو إلا مجرد محاولة، و الله ولي التوفيق ،،

الباحث/هشام فتحى سيد حسن

مراجع البحث

أولا: مراجع الشريعة الإسلامية :

١-بن تميمه (تقي الدين احمد بن عبد الحليم) السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية

٢-جاسم بن محمد مهاهل الياسمين-الايباب الذاتية للتنمية القيادية-دار الدعوة

٣-فقه السنة -المجلد الثاني

٤-فقه السنة-المجلد الثالث

٥-محمد كرد على- الإدارة الإسلامية في عز العرب

٦-احمد عيسى عاشور -الفقه الميسر في العبادات والمعاملات

٧-حمزة الجميعى الدموهى-عوامل الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي

٨-السياسة الاقتصادية والنظم المالية في الفقه الإسلامي

٩-د-بهاء شاهين العولمة والتجارة الإلكترونية -رؤية إسلامية

١٠-د/رمضان بطيخ الرقابة على أداء الجهاز الإداري في النظم الوضعية والإسلامية

١١- د/رمضان بطيخ التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية

ثانيا : المراجع القانونية :

١-دكتور سفير سمير برهان -إبرام العقد في التجارة الإلكترونية

٢-د/هدى قشقوش -جرائم الحاسب الإلكتروني

٣-د/فتحي سرور -دار النهضة العربية

٤-د/أسامة عبد الله فايد ،الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات

٥-د/احمد شرف عقود التجارة الإلكترونية.

٦-د/عمر الفاروق،الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف اتحاد المصرف العربية .

٧-د/احمد محمد بدوي جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصرفي.

٨-الأهرام الاقتصادي مشروع قانون البنوك الموحد عدد١٨١ أول يناير٢٠٠٣

٩-د/سعيد عبد الطيف رسالة دكتوراه في القانون الجنائي

١٠- اتحاد المصرف العربية ٠الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي

١١-احمد كامل سلامه- فايد،الحماية الجنائية للأسرار المهنية

ثالثا المراجع الاقتصادية :

١-د/ محمود أبو العيون محافظ البنك المركزي المصري ضوابط العمليات المصرفية الإلكترونية الأهرام الاقتصادي عدد١٧٣٩-١٥/٤/٢٠٠٣

٢- اتحاد المصرف العربية- الصيرفة الخاصة في العمل المصرفي الحديث

٣-مجلة لغة العصر للكمبيوتر والإنترنت والاتصالات

٤-ملة ويندوز الشرق الأوسط

٥-الأهرام الاقتصادي عدد٢٩/١٢/١٩٩٧.

٦-ا/سمير الشاهد،د/طارق عبد العال –المحاسبة عن العمليات المصرفية الحديثة اتحاد المصرف العربية .

المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني

د. سيد حسن عبد الله

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر

وكلية الدراسات الإسلامية – دبـــــي

الحمد لله رب العالمين، لا بداية لأوله، ولا نهاية لآخره، لـــه في كل شيء آية تدل على أنه هو الواحد، والصلاة والسلام على أذكى النجباء وخاتم الأنبياء سيدنا محمد عليه وعلى آله وصحبه الأجلاء.

وبعـــــد،

فإن التجارة الإلكترونية من أهم سمات التعامل التجاري في الوقت المعاصر، ومظهر من مظاهر الثورة التكنولوجية في وسائل الاتصالات في السنوات الأخيرة.

فشبكة الإنترنت لم تعد مجرد وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم بل أدركت المؤسسات التجارية إمكانيات الإنترنت في التسويق وإبرام العقود بمختلف أنواعها.

وتشهد العقود الإلكترونية نمواً متصاعداً حيث باتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرامها وتنفيذها، حيث يمكن للشخص الوصول إلى ما يرغب فيه من خلال العروض المتسعة الخيار، بالضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهازه الخاص المتصل بالإنترنت دون حاجة إلى الانتقال.

هذا بالإضافة إلى سهولة الاتصال والتفاعل الدائم بين طرفي العقد مما يكفل لهما التفاوض ومناقشة بنود العقد بحرية تامة، كما هو الحال تقريباً في التعاقد الذي يتم في مجلس العقد الحقيقي بين الحاضرين.(١)

فالعقد الذي يبرم عن بعد يقتضي ألا يكون هناك حضور مادي معاصر للمتعاقدين، بينما التجارة الإلكترونية تسمح بالتفاعل بين التاجر والعميل، أي بحضور افتراضي معاصر.

ورغم وجود هذا الحضور المفترض بين المتعاقدين، فإن البعد المكاني بين الموجب والقابل يظل واقعاً مؤثراً لا ينكر، وذلك يثير العديد من المشاكل.

وموضوع "حماية المستهلك الإلكتروني" من الموضوعات التي أثارت اهتمام الكثير في المجال الدولي ولقد بذلت في سبيل ذلك العديد من المحاولات، فقد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) في ١٦ سبتمبر ١٩٩٦ نموذج قانون للتجارة الإلكترونية، وآخر عن الغرفة التجارية الدولية (CCI)، وأخيراً التعليمات الأوربية الصادرة في ٢٠ مايو ١٩٩٧ فيما يتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، والتعليمات الصادرة في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ لوضع نموذج أوربي بشأن أحكام التوقيع الإلكتروني، والتعليمات الصادرة بشأن بعض الملامح القانونية لخدمة شركات المعلومات والتجارة الإلكترونية على صعيد السوق المحلية.

ومن هذه السياسات والمحاولات أصبح موضوع حماية المستهلك ذا أولوية مطلقة، ويبدو ذلك بوضوح من التقرير الصادر عن مجلس الدولة بشأن الإنترنت والتجارة الإلكترونية، حيث حظيت حماية المستهلك باهتمام بالغ فيه، فقد جاء فيه:

---

(1) I. F. Casee, Nature et regime juridigue de la communication provenant d'une web com sur Internet, Expertise, Jan2000 P. 417.

د./ محمد حسين منصور – المسئولية الإلكترونية ص ١٩ دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٣.

"إن ازدهار التجارة الإلكترونية يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني المعاملات الإلكترونية وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، ولا شك في وجود أسس هذا النظام وركائزه، ولا يمكن الادعاء بوجود فراغ قانوني في هذا المجال.

إن التنظيم القائم قابل للتطبيق على كافة المعاملات الإلكترونية، ولكن الأمر يقتضي إلقاء الضوء على التشريعات السارية المرشحة لحكم تلك المعاملات ومواجهة مشاكل الإنترنت.[1]

وفي الإطار الإسلامي:

فإن الإسلام يحض على التقدم التقني ويأمر به، فالشريعة الإسلامية بأحكامها وقوانينها تتسع لكل مطالب الأمة وحاجتها، قال تعالى: ﴿**وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً**﴾[2] وإذا كانت الحماية التشريعية للمستهلك لم توجد في القوانين الأجنبية إلا بعد عام ١٩٤٥ حيث الحرب العالمية الثانية، والأزمة الاقتصادية الطاحنة، فإن الإسلام أوجد حماية للمستهلك منذ عصره صلى الله عليه وسلم، بدعوته إلى الصدق والأمانة، ونهيه عن الغرر والغش والتدليس والحلف الكاذب أو الدعاية الكاذبة لترويج السلع، وهو ما سنحاول بيانه في هذا البحث في تمهيد ومباحث أربعة:

التمهيد: المنظور الإسلامي للتجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: المنظور الإسلامي للمستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني: المنظور الإسلامي لأساليب حماية المستهلك الإلكتروني عند إبرام العقد.

المبحث الثالث: المنظور الإسلامي لأساليب حماية المستهلك الإلكتروني عند تنفيذ العقد.

المبحث الرابع: المنظور الإسلامي لحماية حق الخصوصية للمستهلك الإلكتروني.

---

(1) Lamy Bulletm d' actualite N. 121, Jan 2000. P. 15.

مشار إليه بمؤلف د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٣٣ وما بعدها.

(2) سورة الإسراء من الآية [٨٥]

المبحث التمهيدي

المنظور الإسلامي للتجارة الإلكترونية

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: التعريف بالتجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: المنظور الإسلامي للتجارة الإلكترونية.

المطلب الأول

التعريف بالتجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية مفهوم واسع يشمل تقنيات الاتصال المتعددة -غير الإنترنت- كالتلكس والفاكس والتليفون والتليماتيك[1] Telematique ووسائل التوزيع La distribution

يتضح ذلك جلياً من خلال التوجهات الفكرية المختلفة في تعريف التجارة الإلكترونية:

فقد عرفت المادة ١٤ من القرار الفرنسي الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٨٧، والمتعلق بإعلام المستهلك بالأسعار تقنية الاتصال عن بعد بأنها: كل الوسائل التي تسمح للمستهلك أن يطلب بضائع موجودة خارج محل إقامته وتسلمه إياها.[2]

وعرفتها منظمة التجارة العالمية: بأنها مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية.[1]

---

(1) التليماتيك: عبارة عن مجموعة التقنيات والخدمات التي تمزج وسائل المعلوماتية بوسائل الاتصال. انظر: القاموس التعليمي الإلكتروني - إنتاج وتنفيذ الشركة المتحدة لنظم وبرامج الحسابات الآلية بالقاهرة.

(2) د./ علي مرسي : دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص٧ - مؤتمر القانون والتكنولوجيا بكلية الحقوق جامعة أسيوط - أبريل ٢٠٠١م.

وعرفها البعض بأنها: تنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عبر شبكة الإنترنت وشبكات التجارة العالمية الأخرى.[٢]

وعرفتها إحدى الدراسات المصرية بأنها: "تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروعين تجاريين، أو بين مشروع تجاري ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.[٣]

وجاءت التوجهات الأوربية الصادرة في ٢٠ مايو ١٩٩٧ لتعرف البيع عن بعد بأنه: "كل عقد وارد على مال أو خدمة، يبرم بين مورد ومستهلك في إطار نظام للبيع أو لتقديم خدمة عن بعد، يتم تنظيمه عن طريق المورد الذي يلجأ إلى أسلوب أو أكثر من فنون الاتصال عن بعد كي يتوصل إلى إبرام العقد.

يتضح من ذلك أن الأمر ينطبق على كل فنون الاتصال عن بعد، أي كل أسلوب يتم اللجوء إليه للتوصل إلى إبرام العقد، دون تواجد جسماني متعاصر للطرفين: المورد والمستهلك.

ويدخل في ذلك المطبوعات التي يتم توزيعها، والإعلانات عبر وسائل الإعلام والكتالوجات التي تنطوي على عروض للجمهور، والتليفونات بكل صورها، بما فيها النداء الآلي وكل الأساليب السمعية، والبريد الإلكتروني، والبيع بالتليفون والانترنت.

ويخرج من هذا النطاق العقود المبرمة من خلال مراكز التوزيع الآلية والمحال التجارية الآلية، وكذلك العقود المبرمة من خلال الاتصال باستخدام الكبائن التليفونية العامة.[١]

---

(1) د./ محمد أحمد أبو القاسم: التسويق عبر الإنترنت ص ١٧ – ط دار الأمين – القاهرة ٢٠٠٠.

(2) انظر: د./ رأفت رضوان – عالم التجارة الإلكترونية ص ١٦ منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية ١٩٩٩.

(3) انظر: التقرير الصادر عن لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء ص ١٠ بعنوان: "مقترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية"

طبيعة العقد الإلكتروني وتكييفه:

من الثابت أن التجارة الإلكترونية عقد بين غائبين أوجد الإنترنت تفاعلاً معاصراً بينهما، بمقتضاه يوجد التقاء تقديري بين العرض والقبول مباشرة يظهر وفقاً لرضا العميل.

والإيجاب في العقد الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويتم إرسال الإيجاب برسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني لشخص أو أشخاص معينين، ويكون للمرسل إليه حرية قبول العرض برسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية لشخص أو أشخاص معينين. ويكون للمرسل إليه حرية قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه والرسالة لا تكون إيجاباً إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتم التعاقد على أساسها.

وقد يكون الإيجاب عاماً للجمهور العالمي، كما لو تم عرضه عبر مواقع الإنترنت على صفحات Web الخاصة بها، هنا يجوز لمستعمل الشبكة قبول الإيجاب، وذلك بإرسال بياناته الشخصية والمصرفية بهدف الوفاء.[٢]

والإيجاب في تلك الصورة يكون ملزماً لصاحبه، ويمكن أن يثير مسئوليته العقدية، لهذا يحرص صاحب العرض، من الناحية العملية، على إضافة تحفظات معينة تحرره من الالتزام وتجعل من العرض الصادر منه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إعلان عن المنتج أو الخدمة، كالاحتفاظ بحق الرجوع في العرض، أو إضافة شرط عدم نفاذ الكمية أو تحديد مدة معينة، أو إضافة عبارات محددة مثل "دون التزام" Sans engagement أو بعد التأكيد Apres confirmation.[٣]

---

(1) د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية - مصدر سابق ص ١٣٧-١٣٨.

(2) Beaure D' Augeres, paiement numerique sur Internet, 1997.

(3) Hocquard, telecopie et prevue, les petites a fiches 25 Mai 1995.

ولعل الدافع وراء تلك التحفظات أن القضاء الفرنسي اعتبر العروض الصادرة بمثابة إيجاب ملزم، والقاعدة أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يتم قبوله، إلا أن القضاء قرر أن الإيجاب غير محدد المدة، يقترن دائماً بمدة معقولة تقدرها المحكمة يكون فيها ملزماً لصاحبه، ويتم تقدير هذه المدة طبقاً للعادات والظروف الاقتصادية والفنية للمعاملة.(١)

وحسماً لمادة التراع ذهبت التشريعات الحديثة إلى اشتراط وجود وثيقة يحررها العميل على الشاشة تؤكد قبوله أو صدور تأكيد طلبه Confirmation de la commande يرتد إلى موقع الموجب، أو اشتراط أن يتمثل القبول في دفع المقابل إلكترونياً، ويتضح من لك أن القبول يجب أن يتم عبر مجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة على نحو يؤكد ارتباط العميل على نحو جازم.(٢)

تكييف العقود الإلكترونية:

يكشف الواقع أن غالبية هذه العقود تندرج تحت طائفتي البيع بالنسبة للسلع والمنتجات، والمقاولة بالنسبة للخدمات.

وهذا التكييف يتضح جلياً من التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين حيث عرّف العقود عن بعد في المادة الثانية الفقرة الأولى بأنها: كل العقود المتعلقة بالبضائع أو الخدمات والتي تبرم بين المورد والمستهلك في إطار نظام البيع أو تأدية الخدمات عن بعد، المنظمة بمعرفة المورد الذي يستعمل لإبرام العقد ما يستلزم من تقنيات الاتصال عن بعد.(٣)

---

(1) المسئولية الإلكترونية د./ محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٦٨.

- Hassler, Preuve de l'existence d'un control internet les petites affiches. 1999. P. 5.

(2) A. Bensausan le problematique francaise, collogue, G. P 1998. P 20.

(3) لمزيد من التفاصيل ينظر: دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية د./ علي مرسي - مرجع سابق - ص ١٠ وما بعدها، المسئولية الإلكترونية د./ محمد حسين منصور - مرجع سابق ص ٤٤.

المطلب الثاني

المنظور الإسلامي للتجارة الإلكترونية

لا يختلف اثنان على أن الفقه الإسلامي كان له السابق في بيان الحكم الشرعي في المسائل المناظرة للتجارة الإلكترونية، ويتجلى ذلك بوضوح بعد معرفة الحكم الشرعي في البيع على رؤية البرنامج، أو بيع النموذج، وبيع العين الغائبة عن مجلس العقد، وتقرير الكتابة الواضحة كدليل من أدلة الإثبات، وهذا ما سنبينه في الفروع الخمسة الآتية:

الفرع الأول

البيع على رؤية البرنامج ومدى انطباقه على التجارة الإلكترونية

البرنامج:[1] هو الدفتر المبين فيه أوصاف المبيع، أو النسخة المكتوب فيها عدد الثياب والأمتعة وأنواعها المبعوث بها من إنسان إلى آخر، ويتضح هذا المعنى من نصوص الفقهاء.

قال الشيخ الدردير في الشرح الصغير: "وجاز البيع على رؤية بعض المثلى.. وعلى رؤية البرنامج - بفتح الباء وكسر الميم - الدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل[2] من الثياب المبيعة، أي يجوز أن يشتري ثياباً مربوطة في العدل معتمداً فيه على الأوصاف المذكورة في الدفتر."[1]

---

(1) البرنامج: كلمة فارسية وهي اسم النسخة التي فيها مقدار المبعوث. انظر: المغربُ في ترتيب المعرب لأبي المطرزي ص ٣٩ ط دار الكتاب العربي بيروت.

(2) العدل: الوعاء الذي يوضع فيه المتاع، أو المبيع، وقد سمي ما يضع فيه الحاج زاده عدلاً، وهو متعارف عليه. انظر: المغرب للمطرزي ص ٢١٠.

حكم البيع على رؤية البرنامج:

سئل الإمام الشافعي عن بيع الأعدل على البرنامج؟ فأجاب بعدم الجواز لما فيه من الغرر.[٢] وتحدث فقهاء المالكية عن البيع بالبرنامج بلفظ صريح، فيجوز عندهم البيع على رؤية البرنامج بناءً على الأوصاف المذكورة في الدفتر دون إطلاع من المشتري على الجنس والنوع.

وبيع البرنامج على خلاف الأصل، والأصل في جوازه عمل أهل المدينة، قال مالك: وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم، إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج، ولم يكن مخالفاً له.[٣]

والجواز - أيضاً للضرورة - لما في حل العِدْل من الحرج والمشقة على البائع، ويتفرع على هذا عدة مسائل:

- **الأولى**: إذا جاء المبيع على الأوصاف المبينة في الدفتر لزم البيع.
- **الثانية**: إن ادعى المشتري على البرنامج بعد قبض المتاع - وغاب عليه، أو تلف البرنامج أو لم يكف، عدم موافقة ما في العدل لما هو مكتوب في البرنامج - بأن كان مخالفاً للمكتوب في البرنامج من الوزن أو الصنف أو العدد - وادعى البائع الموافقة، فإن البائع يحلف أن ما في العدل موافق للمكتوب في البرنامج، وهذا إذا قبضه على تصديق البائع، فإن قبضه على أن المشتري مصدق، كان القول قول المشتري.. فإن حلف فلا شيء عليه. وإن نكل البائع عن اليمين، حلف المشتري أنها مخالفة لما في

---

(1) انظر: الشرح الصغير ببلغة السالك لأقرب المسالك للدردير - ٣/٤٠-٤١ ط دار المعارف بمصر، ونحوه في شرح الزرقاني على المختصر -٥/٣٦ ط دار الفكر، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي لابن عرفه ٣/ ٢٤ وما بعدها ط الحلبي، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٧٥.

(2) انظر: الأم للشافعي - ٧/٢٣٢ ط دار المعرفة بيروت.

(3) انظر: شرح الزرقاني - ٣/٣٢٠ ط دار الفكر بيروت.

العدل، ورده على البائع، وإن نكل المشتري عن اليمين لزمته السلعة ولا شئ على البائع.[1]

- **الثالثة**: إن باع على البرنامج عدة، كخمسين ثوباً فوجدها المشتري أحداً وخمسين، فإن اتفقت صفة وثمناً رد للبائع واحداً لا بعينه، فإن كان الزائد مخالفاً لصفة البرنامج رده بعينه. وإن وجد فيه تسعة وأربعين ثوباً، وضع عنه من الثمن جزء من خمسين جزءً، وإن كثر النقص لم يلزمه أخذها، ورد به البيع، وذلك إذا كان النقص أكثر من النصف.[2]

- **الرابعة**: إن ادعى البائع أن ما في البرنامج من العدد غلط، وأن الذي في العدل (الظرف) أكثر منه فيحلف المشتري على موافقته للمكتوب، فإن نكل من توجهت عليه اليمين غرم بمجرد نكوله في دعوى الاتمام بعد يمين الآخر.

الفرع الثاني

بيـــــــــــع النمـــــــوذج[3]

يصح البيع بالنموذج عند جمهور الفقهاء غير الحنابلة[4]، بأن يرى المشتري بعض المبيع دون سائره، ويلزم البيع إن كان المرئي دالاً على غير المرئي دلالة كاملة كشراء كمية كبيرة من القمح

---

(1) انظر: جواهر الإكليل – ٩/٢، حاشية الدسوقي لابن عرفة – ٢٤/٣.

(2) انظر: المراجع السابقة.

(3) يعبر أكثر العلماء عن هذا البيع الأنموذج، وهو لحن شائع، والأصح النموذج، وهو لفظ معرب.

(4) المبسوط للسرخسي ٧/١٢، الشرح الكبير للدردير ٢٤/٣، نهاية المحتاج للرملي ٤١٩/٣ ط دار الفكر بيروت، الفروع لابن مفلح ٢١/٤ ط عالم الكتب، كشاف القناع للبهوتي ١٥٢/٣.

أو الأرز أو السكر بعد رؤية نموذج منه. فإذا ظهر المبيع دون النموذج يكون المشتري مخيراً إن شاء قبله، وإن شاء رده بخيار العيب.

وعبارة المالكية في شأن هذا البيع: يجوز البيع برؤية بعض المثلى من مكيل وموزون كقطن وكتان، بخلاف القيمي كعدل مملوء من القماش، فلا يكفي رؤية بعضه في ظاهر المذهب.[1]

وعبارة الشافعية: وتكفي رؤية المبيع إن دل على باقيه كظاهر الصبرة..[2]

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يصح بيع النموذج، فلو رأى المشتري صاعاً من صبرة قمح مثلاً، ثم باعه البائع الصبرة على أنها من جنسه، لا يصح البيع ؛ لأن رؤية البعض لا تدل على رؤية الباقي.

وللحنابلة رواية أخرى تقضي بصحة بيع النموذج إذا ضبط، كذكر الصفات، واحتج به القاضي من الحنابلة على أنه إذا كان لنوع من العَرَض عرف في المعاملة فهو كالوصف.[3]

الفرع الثالث

بيع العين الغائبة عن مجلس العقد

بما أن التجارة الإلكترونية عقد بين عنصرين (التاجر والمستهلك) يوجد بينهما التقاء تقديري بين العرض والقبول أو تفاعلاً معاصراً بينهما، فإنه من الأهمية بمكان بيان حكم بيع

---

(1) فتح العلي المالك للشيخ عليش - ١٢٧/٢ ط دار المعرفة بيروت، الشرح الكبير للدردير - ٢٤/٣.

(2) تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر ٢٦٨/٤، نهاية المحتاج للرملي ٤١٩/٣.

(3) انظر: الفروع لابن مفلح - ٢١/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٩٥/٤، غاية المنتهى للشيخ مرعي بن يوسف ١٠/٢.

العين الغائبة أو غير المرئية، وهي العين المملوكة للبائع الموجودة في الواقع، ولكنها غير مرئية، وبتتبع أقوال الفقهاء في هذه المسألة وجد أنها أقوال ثلاثة ولكن يمكن حصرها في قولين:

القول الأول: يرى أصحابه عدم صحة بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها، ولم توصف للغرر المنهي عنه في حديث أبي هريرة رضي الله عنه : "أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر"[1] ولأنه بيع ما لم ير ولم يوصف فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع. وإلى هذا ذهب الشافعية في الأظهر عندهم[2] ورواية للحنابلة، وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن.[3]

القول الثاني: يرى أصحابه صحة بيع الغائب اعتماداً على الوصف بذكر جنسه ونوعه، بأن يصف البائع العين المعروضة للبيع بأوصاف دقيقة لا تحتمل غيره، ويثبت - على المشهور - الخيار لمشتري عند الرؤية إذا رأى المبيع ؛ لأنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية في هذا البيع فلا غرر فيه، ولا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً.

وبهذا قال مالك وأكثر أهل المدينة[4]، وأحمد بن حنبل في الرواية الثانية[5]، ومقابل الأظهر عند الشافعية[6]، والحنفية[7]، والثوري، والأوزاعي.[1]

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحة من كتاب البيوع باب بيع الغرر - ٢٤/٣ ط دار الفكر، ومسلم في صحيحه من كتاب البيوع باب بطلان بيع الحصاة وبيع الغرر ١١٥٣/٣ ط دار ابن كثير، والإمام مالك في الموطأ - بكتاب المنتقى - ١٢٥/٥، وابن أبي شيبة في المصنف ٦١/٥.

(2) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني ٣٥٧/٢.

(3) انظر: المغني لابن قدامة ١٥/٤ ط دار إحياء التراث العربي بيروت.

(4) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة ٢٦/٣، بداية المجتهد لابن رشد ١١٧/٢.

(5) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٣٥٧/٢.

(6) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٣٥٧/٢.

(7) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني ١٦٣/٥ ط دار الكتب العلمية بيروت.

وحجتهم: ما أخرجه البيهقي عن أبي مليكة أن عثمان بن عفان رضي الله عنه ابتاع من طلحة أرضاً له بالكوفة، فقال عثمان: بعتك ما لم أره. فقال طلحة: إنما النظر لي؛ لأنك بعت ما رأيت، وأنا ابتعت مغيباً، فجعلا بينهما جبير بن مطعم حكماً، فقضى على عثمان: أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة ؛ لأنه ابتاع مغيباً"[٢]، ولحديث: "ليس الخبر كالمعاينة"[٣]، ولحديث: "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"[٤]

ولكن لكل مذهب تفصيل في هذا البيع:

أما الحنفية فقالوا: يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف، فإذا رآها المشتري كان له الخيار، فإن شاء أنفذ البيع، وإن شاء رده، ويثبت خيار الرؤية في المبيع على الوصف، وإن جاء على الصفة التي عينها البائع، كشراء فرس مجلل (مغطى) ومتاع في صندوق.[٥]

وأما المالكية فقالوا: يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن يتغير فيه صفته قبل القبض، فإذا جاء على الصفة المذكورة، كان البيع لازماً ؛ لأن هذا من الغرر اليسير والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع، أو المشقة التي تحصل في إظهاره، وما قد يلحقه من

---

(1) انظر: سبل السلام للصنعاني ٢٠/٣ ط دار إحياء التراث العربي بيروت، التمهيد لابن عبدالبر ١٤/١٣ ط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية المغرب ١٣٨٧هـ.

(2) السنن الكبرى للبيهقي – كتاب البيوع باب من قال بجواز بيع العين الغائبة – ٢٦٨/٥، والتلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر العسقلاني ٣٤٢/٤ ط مؤسسة قرطبة.

(3) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٢١٥/١.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه بلفظ "البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار" من كتاب البيع باب ثبوت الخيار للمتابعين ١١٦٣/٣ رقم ١٥٣١، وأبو داود في سننه من كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين ٧٣٣/٣ رقم ٣٤٥٤ مع معالم السنن، وأحمد في مسنده ٣١/٤.

(5) انظر: الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين ٢٤٤/٤، فتح القدير للكمال بن الهمام ١٣٧/٥.

الفساد بتكرار الظهور والنشر، بل وإن لم يكن في فتحه فساد، وإن خالف الصفة المتفق عليها فللمشتري الخيار.[1]

وأما الحنابلة فقالوا في أظهر الروايتين عندهم: إن الغائب الذي لم يوصف و لم تتقدم رؤيته، لا يصح بيعه لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، أما إذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم فيصح بيعه في ظاهر المذهب.[2]

وترتيباً على ما تقدم: فإن العقد بين غائبين عن مجلس العقد جائز شرعاً، ويكون هذا مستنداً شرعياً للقول بمشروعية التجارة الإلكترونية وأهميتها في تيسير التعامل واستقراره، وهو مطلب شرعي.

الفرع الرابع

الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني من المنظور الإسلامي

الإيجاب عند جمهور الفقهاء – غير الحنفية – هو ما صدر ممن يكون منه التمليك، وإن جاء متأخراً. والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً.[3]

والإيجاب عند الحنفية: هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين، والقبول: هو ما صدر ثانياً.[4]

وقد اشترط الفقهاء في الإيجاب والقبول شروطاً عديدة[1] منها:

---

(1) انظر: بداية المجتهد ١٥٤/٢، الشرح الصغير للدردير ٤١/٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٥٦ وما بعدها.

(2) انظر: المغني لابن قدامة ١٥/٤.

(3) انظر: الشرح الصغير للدردير ١٢/٣، مغني المحتاج للشربيني ١٢/٢، المغني لابن قدامة ٥٥٩/٣، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢.

(4) انظر: بدائع الصنائع للكسائي – ١٣٣/٥.

اتحاد مجلس العقد، ومقتضاه: أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، بأن يكون الطرفان حاضرين معاً، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب.

ويستوي في ذلك أن يتم الإيجاب والقبول لغة وعرفاً، كبعت واشتريت وغيره من الأقوال، أو لم يدل على ذلك لغة كالكتابة والإشارة والمعاطاة من الجانبين، أو من أحدهما.

وإذا تقرر أن التجارة الإلكترونية عقد بين غائبين يتم الإيجاب والقبول فيها بكافة وسائل الاتصال الفورية، فما هو موقف الإسلام من الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات.

والثابت شرعاً عند جمهور الفقهاء من المالكية، والراجح عند الحنابلة، والأحناف، والأصح عند الشافعية أن الكتابة تقوم مقام اللفظ في التعاقد.[٢]

وذكر السيوطي: وحيث جوزنا انعقاد البيع ونحوه بالكتابة فذلك في حالة الغيبة، فأما عند الحضور فخلاف[٣]

ومشروعية الكتابة ثابتة بالكتاب والسنة: فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**﴾[٤]، والآية كما قال ابن عباس ﷺ محكمة ما فيها نسخ.[٥]

---

(1) من شروط صحة الإيجاب والقبول: ١-تطابق القبول والإيجاب. ٢- وضوح دلالة الإيجاب والقبول. ٣- ألا يصدر من أحد العاقدين ما يدل على إعراضه عن العقد. ٤-أن يكون العقد منجزاً. انظر: المراجع السابقة.

(2) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣، ٣، الإنصاف للمرداوي ٢٧٢/٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٢١٨/٦، مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٣٢٩/٢.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٠٨.

(4) التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني - ٢٧٠/٣.

(5) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٦٥٧/١ ط دار الفكر بيروت.

في الصحيح أن النبي ﷺ كتب بيده يوم الحديبية.[1] وفيه دليل على أن الكتابة حجة في إثبات الأحكام لفعله ﷺ.

والفقهاء إذ يجيزون الكتابة كدليل من أدلة الإثبات يشترطون أن تكون الكتابة مضبوطة سالمة من التزوير والتصنيع كما قضت بذلك المادة ١٧٣٦ من مجلة الأحكام العدلية، وهو ما ينطبق على التجارة الإلكترونية، فوفقاً للتقنيات الحديثة لا تكون إلا مضبوطة قلما تخلو من شائبة التزوير.

وعلى هذا فإن الكتابة الإلكترونية دليل يعمل به شرعاً في إثبات الإيجاب والقبول الصادر من العاقدين، ومن ثم يجوز الاتفاق على إثبات التجارة الإلكترونية بالسندات الإلكترونية المستخرجة من الكمبيوتر والموقعة إلكترونياً. والله أعلم.

الفرع الخامس

مدى العلاقة بين العقود سالفة الذكر وبين التجارة الإلكترونية

بتطبيق الآراء سالفة الذكر على التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة البيع عبر الإنترنت يتضح لنا أن المبيع المعروض على شبكات الإنترنت، يتم وصفه بأوصاف دقيقة وواضحة، من خلال نماذج للمبيع توضح أوصافه وبياناته بالكامل، ومن ثم فهو من قبيل بيع الغائب الموصوف، الذي لم يجهل جنسه ولا نوعه، وبالتالي فهو جائز عند الأحناف والمالكية والحنابلة، بل نجد أن عملية منع بيع الغائب عند الشافعية ترجع إلى جهل جنس ونوع المبيع، فإذا علم الجنس والنوع ففيه قولان.[2]

---

(1) التلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني ٣/٢٧٠.

(2) انظر: تكملة المجموع ٩/٣٤٩-٣٥٠، ولمزيد من التفاصيل ينظر: دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية د./ علي مرسي - مرجع سابق - ص١٤.

وترتيباً على ما سبق قرر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ٢٠ مارس ١٩٩٠م ما يلي:

- **أولاً**: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة - الرسول- وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الحاسوب) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.
- **ثانياً**: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين، ويسمع أحدهما الآخر ولا يراه وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعامل بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.
- **ثالثاً**: إذا صدر بهذه الرسائل إيجاب محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.
- **رابعاً**: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.
- **خامساً**: ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.[1]

(1) انظر: قرار مجمع الفقه رقم ٥٣ - ٦/٣ العدد السادس ص ٤٥٣ ط دار القلم دمشق - الثانية ١٩٨٨م.

المبحث الأول

المنظور الإسلامي للمستهلك الإلكتروني

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: تحديد المفهوم القانوني للمستهلك الإلكتروني

المطلب الثاني: المنظور الإسلامي للمستهلك الإلكتروني

المطلب الأول

تحديد المفهوم القانوني للمستهلك الإلكتروني

يعتبر المستهلك في المفهوم الاقتصادي هو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك، والتي لا تنحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك باستخدامها مرة واحدة كالغذاء، ولكنها تمتد لتشمل كل الأشياء والسلع الدائمة والمعمرة كالسيارات والأجهزة المترلية بل والعقارات أيضاً كالمسكن ذاته.

فالمستهلك في منظور القانون هو من يقوم بإبرام عقود شراء المواد الغذائية والحصول على سيارة، ومن يقترض أو يبرم عقد تأمين إلى غير ذلك من تلك التصرفات وأغلبية الفقه تتجه إلى تبني مفهوم ضيق للمستهلك يكون فيه مستهلكاً كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، ويخرج من وصف المستهلك وفقاً لهذا الرأي كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة.[1]

---

(1) انظر: د./ أحمد عبدالعال أبوقرين - نحو قانون لحماية المستهلك ص ١٥ وما بعدها جامعة الملك سعود ١٤١٤هـ/١٩٩٣، د./ حسن عبدالباسط جميعي - حماية المستهلك ص ١٠ ط دار النهضة العربية ١٩٩٦م، د./ السيد عمران - حماية المستهلك - دراسة مقارنة ص٩ وما بعها ط دار النهضة العربية ١٩٩٨، د./حمد الله محمد حمد الله - مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسي - ص١٣٣ وما بعدها - مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق جامعة أسيوط العدد الثامن عشر ١٩٩٦.

ومع ذلك فإنه يجب ألا نغالي في تحديد المقصود بالمستهلك فنحرم المهني من صفة المستهلك، كما ذهب إليه الفقيه الفرنسي LucBihi بقوله: "إن المستهلك هو الشخص الذي لا يجوز أدوات إنتاجية ولا أدوات توزيع المنتجات، بل هو الشخص الذي لا يمكن أن يستفيد بأي شكل من الأشكال من عمليات التصنيع أو البيع أو من عمليات الشراء بقصد البيع".[1]

فالتمييز المطلق بين المهني وبين من لا يملك أدوات الإنتاج، ولا يستطيع توزيعها يستند على فهم خاطئ لمقصود الحماية القانونية للمستهلكين.

وفي إطار المقصود بالمستهلك الإلكتروني تبدو أهمية التفرقة بين التعاملات التي تتم بين المحترفين أو المهنيين التجار، أي بين رجال الأعمال، وتلك التي تتم على جمهور المستهلكين Consommateurs أي بين التاجر والمستهلك، وذلك لتحديد نطاق تطبيق القواعد الآمرة الخاصة بحماية المستهلك.

وبالرجوع إلى القضاء وتوجيهات لجنة الشروط التعسفية نجد أن هناك عدة معايير. فقد ساد معيار الاختصاص في البداية، ثم حل محله معيار الصلة المباشرة Repport dirct، كشف قضاء محكمة النقض بمصر عن أن المحترف هو من يبرم تصرفاً تجارياً للوفاء باحتياجات مهنته، أما إن خرج التصرف عن مجال تخصصه البحت فإنه يكون بمثابة مستهلك غير خبير.

ولكن يتضح من القضاء الحديث لتلك المحكمة أنها تبنت تعريفاً أضيق، حيث استبعدت من نطاق حماية المستهلك كل المهنيين، حتى لو أبرموا تصرفات خارج نطاق اختصاصهم، طالما أن التصرف له صلة مباشرة مع النشاط المهني.

فصاحب مصنع الأدوية الذي يتعاقد على شراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يعتبر مستهلكاً، أما إن اشترى البرنامج لأولاده بالمنزل فإنه يعتبر كذلك.

---

(1) انظر: د./ حسن عبدالباسط – حماية المستهلك ص ١٢.

ويتفق هذا التطور القضائي مع التعريف الذي تبنته الجماعة الأوربية للمستهلك بأنه يبرم تصرفاً منقطع الصلة عن نشاطه المهني.[1]

الفرع الثاني

المنظور الإسلامي للمستهلك الإلكتروني

باستقراء النصوص الثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، فإن المستهلك الإلكتروني شأنه شأن المستهلك العادي، غير أن الذي يختلف هو سلوك المستهلك من المنظور الإسلامي، فالمستهلك الإسلامي يستظل بمظلة وافرة من الآداب الشرعية التي تحفظ عليه دينه وسلوكه وتحول بينه وبين التصرفات الضارة أو اللأخلاقية التي يحرص البعض على التنقيب عنها عبر وسائل الاتصال المختلفة.

المبحث الثاني

المنظور الإسلامي لحماية المستهلك الإلكتروني عند إبرام العقد

لا تختلف الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني عند إبرام العقد عن تلك المقررة في الفقه الإسلامي، بل تقل عنها في أمور معينة، سبق بها الفقه الإسلامي أحدث النظريات الوضعية في هذا الإطار.

وتتحدد النظرة الوضعية لحماية المستهلك الإلكتروني عند إبرام العقد في عدة أمور:

---

(1) انظر: د./ محمد حسين منصور – المسئولية الإلكترونية ص ١٣٥ وما بعدها.

- Art Bde la convention de bruxelles du 27 sep 1968.

د./ حمد الله محمد الله – مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي ص ١٣٨.

١- ضرورة الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني، ولا يتأتى ذلك إلا بتحديد شخصية البائع، وبيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون العرض المقدم على صفحة شاشة الإنترنت محدداً بدقة وواضحاً ومفهوماً، ولابد من التأكد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم.

٢- تقرير تنظيم خاص يتضمن رضا المستهلك عند إبرام العقد، وتحديد موعد الانعقاد، وضمان حق المستهلك في العدول.

٣- تقرير تنظيم خاص ببعض السلع والخدمات لصالح المستهلك.

٤- تقرير تنظيم خاص للبيع بالمزاد لصالح المستهلك.

وللفقه الإسلامي السبق في تقرير القواعد العامة لمثل هذه التصرفات، بل يرقى بها إلى مستوى العبادة، فالعبادة والمعاملات ينبعان من معين واحد، إلا وهو إخلاص العمل لله عز وجل.

وفي ضوء هذه المقدمة يمكن تقسيم هذه المبحث إلى مطالب ثلاثة:

المطلب الأول: المنظور الإسلامي لتحديد شخصين البائع عن بعد.

المطلب الثاني: المنظور الإسلامي لتحديد الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد. المطلب الثالث: المنظور الإسلامي لضوابط إظهار رضاء المستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول

المنظور الإسلامي لتحديد شخصين البائع عن بعد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الإطار القانوني لتحديد شخصية البائع عن بعد.

الفرع الثاني: المنظور الإسلامي لتحديد شخصية البائع عن بعد.

الفرع الأول

الإطار القانوني لتحديد شخصية البائع عن بعد

حماية المستهلك وتحقيقاً لعنصر الأمان في التعاقد فإنه لابد من تحديد شخصية البائع، حتى يكون المشتري على بينة من أمره، وهو ما يفيد كثيراً في بيان المركز القانوني للبائع، ووضوح التزاماته، ومدى إمكانية تنفيذها.

ولتحديد شخصية البائع يتوقف الأمر على مكان الموقع الذي يتم العرض من خلاله، وفي هذا الصدد يتم التمييز بين عدة فروض:[1]

الأول: المواقع الموجودة في فرنسا: يجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع، وسبل الاتصال التليفوني به وعنوان مقره أو مقر المؤسسة الخاصة به، الطلبات والأسعار والوثائق الإعلانية، وكذلك الحال بالنسبة لمراسلاته وإيصالاته المتصلة بأنشطته، حيث يجب أن يكون موقعه باسمه وسجله التجاري ومكان التسجيل. وبالنسبة للشركات التجارية التي

---

(1) انظر: د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٤٠ وما بعدها، والبند الثالث من العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بباريس.

يوجد مقرها بالخارج يجب بيان اسمها وشكلها القانوني ومركز إدارتها الرئيسي، ورقم التسجيل في الدولة التي بها مقرها.

الثاني: المواقع الموجودة في دولة عضو في الاتحاد الأوربي: تقرر التوجيهات الأوربية السابقة بأن اللجوء إلى نظام التعاقد عن بعد لا ينبغي أن يمس المعلومات التي يتعين إبداء المستهلك بها وتضع التزاماً مشدداً على عاتق المورد بإعلام المستهلك، حيث يجب تزويده في الوقت المناسب وقبل إبرام العقد بالبيانات الآتية:

شخص المورد، وعنوانه، خاصة إذا كان العقد يقتضي الدفع مقدماً، وينبغي في جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة الذي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه.

الثالث: المواقع الموجودة في دولة أجنبية: وفي هذه أعـــــــرب المجلس الوطني للمستهلك (CNC) في فتواه الصادرة في ٤ ديسمبر ١٩٩٧ على أن تسهيل دخول المستهلكين على المواقع التجارية يقتضي تقنين الإجراءات اللازمة لتحديد هوية المواقع، وشفافية وأمانة العروض التجارية المذاعة عبر الإنترنت.

ومن الأفضل قبل إبرام العقد، أن تكون تحت تصرف المستهلك كافة المعلومات المتعلقة بالتجار والوسطاء المعروضين على الشبكة.

ولعله من الأفضل أن تحث الحكومات القائمين على السجلات التجارية الوطنية بوضعها على شبكة الإنترنت، وإلزام المواقع التجارية بذكر بيانات إلزامية عن الاسم والعنوان والهدف من التواجد، ومن الأفضل تسليم شهادات تتضمن كل البيانات الخاصة بالموقع وجديته، وأن تكون معتمدة من الجهات المهنية وجمعيات المستهلكين، ويمكن سحب هذه الشهادات من نفس الجهات في حالة ثبوت غش أو تدليس المسئول عن الموقع في مواجهة المستهلكين.

ومن الناحية العملية يلاحظ أن بعض المواقع التجارية تقيم حلقات مناقشة يتبادل فيها المستهلكون وجهات النظر حول الخدمات المقدمة والمنتجات المعروضة.

وفي جميع الأحوال فإن التوصيات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية تقضي بوجوب تسهيل الوصول المباشر والدائم إلى المعلومات المطلوبة حول الموقع، وأهمها:الاسم والعنوان الجغرافي والإلكتروني وسبل الاتصال الدائمة ورقم السجل التجاري وتاريخ مزاولة النشاط. وفي حالة النشاط المهني ينبغي بيان النظام والسجل الخاص بالمهنة والقواعد المنظمة لها ورقم البطاقة الضريبية إن وجدت.(١)

الفرع الثاني

المنظور الإسلامي لتحديد شخصية البائع عن بعد

البائع عن بعد هو الغائب عن مجلس العقد بصفة مادية، وإن كان موجوداً حكماً، وإذا كان التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد أن يكون تحديد شخصية البائع من البيانات التي يجب إعلام المستهلك بها، حيث يجب على التاجر الذي يعرض بضاعته من خلال شاشات الكمبيوتر أن يذكر كافة البيانات الكافية عن مؤسسته التجارية، وكافة تليفونات المؤسسة، وعنوان المؤسسة صاحبة العرض ومركزها الرئيسي...الخ

إذا كان ذلك كذلك، فإن الفقه الإسلامي له السبق في تقرير مثل هذه البيانات وغيرها. ويتضح ذلك جلياً في الشروط الواجب توافرها في العاقدين عموماً، والبائع خصوصاً، إذ يشترط أن يكون العاقد - بائعاً أو مشترياً - بالغاً رشيداً، طائعاً مختاراً، مالكاً لما يتصرف فيه أو وكيلاً للمالك، أو ناظراً عليه...الخ، فإذا لم يكن كذلك فالبيع يقع موقوفاً على إذن المالك.

---

(1) Le conseil d'etat, internet et les reseaux numeriques, la documentation francaise.

د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٤١، ١٤٢.

وإلى جانب هذه الشروط فإن البيع لا يقع صحيحاً إلا إذا بين البائع كل ما يتعلق بالمعقود عليه من صفات وحقوق لغير العاقد – كأن كان المعقود عليه مرهوناً أو مستأجراً – وغير ذلك من الصفات المميزة لشخصية البائع.[1]

هذه الشروط لا تنافي بينها وبين الشروط الواجب توافرها في البائع عن بعد ففي الحالتين لابد من بيان كل ما يتعلق بالبائع، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ومن ثم فإن الشريعة الإسلامية لا تناقض كل تقنية تخدم البشرية بل تأمر بها وتحض عليها، وهذه من صفات الكمال في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

المنظور الإسلامي لتحديد الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الإطار القانوني لتحديد الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد.

الفرع الثاني: المنظور الإسلامي لتحديد الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد.

الفرع الأول

الإطار القانوني لتحديد الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد

بصفة عامة يلتزم التاجر بتنوير إرادة المستهلك بالإدلاء إليه بالبيانات والمعلومات التي يجهلها المستهلك بناءً على مبرر مشروع، ويسمى هذا الالتزام "مبدأ حسن النية قبل التعاقدي"،

---

(1) لمزيد من التفاصيل ينظر: البدائع للكسائي – ١٣٥/٥، منح الجليل على المختصر ٤٥٨/٤، بداية المجتهد لابن رشد – ١٧٢/٢، مغني المحتاج للشربيني الخطيب – ٨/٢، المغني لابن قدامة – ٢١٤/٤.

فإذا ما خالف المرشح للتعاقد مع المستهلك هذا المبدأ بما يضر بالمستهلك فإن ذلك يؤدي لقيام مسئوليته المدنية، ويعتبر الكتمان والتدليس من قبيل الإخلال بمبدأ حسن النية قبل التعاقدي.

ومما لا شك فيه أن هذا الالتزام المبني على مبدأ حسن النية يتضمن شقين أولهما سلبي والثاني إيجابي.

أما عن الشق السلبي من الالتزام بالإعلام فهو عدم كتمان الحقيقة عن المستهلك، وأما عن الشق الإيجابي فهو يتصل بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بوضع الشيء أو الخدمة من الناحيتين القانونية أو المادية ثم تلك المتعلقة باستخدام الشيء أو الخدمة محل عقد الاستهلاك.[1]

وفي إطار التجارة عن بعد: فإن قانون المستهلك يفرض على البائع العارض على شبكة الإنترنت أن يبين بوضوح على الشاشة:

أ- بيان الأوصاف والخصائص الجوهرية للبضائع المعروضة.[2]

ب- بيان تفصيلي بالسعر.[3]

ت- مدة صلاحية العرض.[4]

---

(1) لمزيد من التفاصيل ينظر: د./ عبد الرازق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام ص ٢١٣، د./ جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام ص ١٣٥ وما بعدها ط ١ - ١٩٨١، د./ محمد جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات -ص١٤٣ وما بعدها ط١ - ١٩٨٧، د./ حسن عبد الباسط - حماية المستهلك - ص٢٥ وما بعدها.

(2) Caractéeristiqu esessentielles des biens ou services.

د./ علي مرسي - دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص ٣٨ وما بعدها.

(3) Article L. 111-1 "Tout professionne vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du servi

(4) د./ علي مرسي - دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص ٣٨ وما بعدها.

ث- أسلوب التنفيذ والتسليم أو التنفيذ.[1]

ج- وجود حق الإرجاع.[2]

فوفقاً لتقنين الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد رقم ٧/٩٧ يجب على صاحب العرض على شاشة الكمبيوتر - من خلال الإنترنت - وصف تلك المعروضات وصفاً دقيقاً لقدرها وحجمها وخصائصها، كما يجب بيان الفترة التي تكون فيها قطع الغيار متاحة في السوق، والثمن بالعملة الفرنسية أو الأوربية شاملاً كل أنواع الضرائب[3] ومصاريف التسليم وموعده.

وإذا كان ميعاد التسليم يزيد عن سبعة أيام يكون للمستهلك حق الرجوع في طلبه بخطاب مسجل بعلم الوصول خلال ستين يوماً، تبدأ من التاريخ المذكور.

ويجب أيضاً بيان فترة صلاحية العرض، وتنبيه المستهلك إلى أنه يتمتع بحق العدول عن الصفقة خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع.[4]

---

(1) المادة الرابعة فقرة e من التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين، وهذا ما أوضحته المادة 3-113 ,I من تقنين الاستهلاك الفرنسي مقررة بأن:

"Tout vendeur de produit ou tout prestataire de le service doit, par voie de marquage, d'étiquetage. D'affichage ou par tout autre procédé approrié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulieres de la vente".

د./ علي مرسي - المرجع السابق ص ٤٠.

(2) المرجع السابق ص ٤٠.

(3) فقد نص التوجيه الأوربي ٦/٩٨ E والصادر في ١٦ فبراير ١٩٩٨ والمتعلق بحماية المستهلكين فيما يتعلق بإعلان ثمن السلع المعروضة على المستهلكين في مادته الثانية فقرة أ بأن ثمن البيع يجب أن يشمل الضريبة على القيمة المضافة TVA وسائر الضرائب الأخرى. انظر: دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية - د./ علي مرسي ص ٣٩.

(4) د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٤٢.

وإذا تمت الصفقة عبر التليفون فإن المورد يلتزم في بداية المحادثة مع المستهلك، بالإفصاح عن شخصيته والهدف التجاري من المكالمة، ويجب إبراز المعلومات المتعلقة بذلك الهدف، بصورة واضحة ومفهومة، بالطريقة التي تتفق مع أسلوب الاتصال عن بعد.

ولعل الجديد يتمثل في إلزام المورد بتأكيد المعلومات السابقة للمستهلك كتابة، أو بأي طريقة أخرى ثابتة يمكن اللجوء إليها في أي حين، في الوقت المناسب قبل إبرام العقد أو بحد أقصى وقت التسليم، وينبغي أن تتضمن الكتابة أيضاً البيانات الخاصة بخدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية المقدمة، والعنوان الجغرافي للمؤسسة الموردة التي يمكن للمستهلك التوجه إليها بمطالباته وشروط فسخ العقد إذا كان مبرماً لفترة محدودة أو لفترة تزيد عن سنة، وشروط استعمال حق العدول عن العقد، ويستثنى من الالتزام بالإعلام الكتابي عقود الخدمات التي يتم تنفيذها بأسلوب الاتصال عن بعد، وذلك بتقديم الخدمة دفعة واحدة، ويتم دفع المقابل عبر وسيلة فنية للاتصال.[1]

وتؤكد التوجيهات الأوربية نفس الشيء بالنسبة للتجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة الالتزامات الإضافية التي تقع على المورد، في هذا المجال، ومن أهمها: بيان إجراءات إبرام العقد بالأسلوب الإلكتروني وذلك بهدف ضمان الرضاء الحر والمستنير للمستهلك، يتم شرح الخطوات الفنية المختلفة واجبة الإتباع لإتمام الصفقة، وبيان حفظ وتسجيل العقد في أرشيف Archivage وكيفية الرجوع إليه، والأساليب الفنية التي تسمح بتصحيح الأخطاء الواقعة عند الحصول على البيانات واللغات المستخدمة في إبرام العقد.[2]

---

(1) المرجع السابق ص ١٤٣، ١٤٤.

(2) المرجع السابق.

كما أوضح التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين بأنه ينبغي أن يكون العرض بعبارات واضحة وبلا لبس، وبكافة وسائل تكنولوجيا الاتصال عن بعد[1] سواء بالكتابة أو الكتالوجات أو بأي تقنية من تقنيات الإتصال.[2]

ويتعين لحماية المستهلك أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام مصاغة بلغته الوطنية، وألا تتضمن إلا حالة لأي شروط عامة للبيع واردة في نصوص اختيارية غير محددة. كما يجب أن يكون هذا العرض ظاهراً على المواقع التجارية بحيث لا يترتب على البحث عنه من قبل المستهلك دخوله في مشاكل البحث عنها. [3]

---

(1) المادة الرابعة – الفقرة الثانية – وإليك نصها:

- "Les informations visées au paragraphe 1, don't le but commercial doit apparaîte sans equivoque, doivent être fournies de manière Claire et comprehensible par tout moyen adapté à distance utilisée, dans le respect, notamment, régissent la protection des personnes fappées d'incapacité juridique selon leur legislation nationale, telles que les mineurs".

وهذا النص مذكور – كذلك – في المنشور الدوري الفرنسي بتاريخ ١٩ يوليو ١٩٨٨. د./ علي مرسي – المصدر السابق ص ٤١.

(2) Nathalie DE: QNGE et autrui, op.cit, par l'internet partie 2-1-a-3.

(3) Lionel THOUMYRE: op.cit, par l'internet, n 1-a-2-b-iii.
مشار إليه بمؤلف د./ علي مرسي – مرجع سابق – ص ٤١.

الفرع الثاني

المنظور الإسلامي لتحديد الصفات الأساسية

للسلع والخدمات المعروضة عن بعد

من الثابت شرعاً أن البيع كقاعدة عامة لا يقع صحيحاً إلا بشروط معينة، وهي مبسوطة في كتب الفقه[1]، والذي يهمنا في هذا الصدد ذلك الشرط المتعلق بتحديد الصفات الأساسية للسلع والخدمات موضوع التعاقد، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بكون المعقود عليه معلوماً للعاقدين عيناً (ذاتاً) ومقداراً وصفة، فلا يصح بيع المجهول جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة كبيع شاة من قطيع، أو ثوب من جملة أثواب.. أما إذا كانت الجهالة يسيرة، كبيع أحد هذين الشيئين بكذا مع الخيار، أي خيار التعيين، فيصبح البيع لتفويض الخيار للمشتري، والعلم بالوصف يجعل بالرؤية في الأعيان، فلا يصح بيع الغائب إلا إذا سبقت رؤيته مدة لا يغلب التغيير فيها، والوصف لا يقوم مقام العيان.

وحماية للمستهلك - عموماً - وضع الإسلام من الضوابط ما يكفل هذه الحماية، بل ذهب إلى ما هو مقرر في الفقه والقضاء الوضعي بشأن التجارة الإلكترونية، وأهم هذه الضوابط:

١- حماية المستهلك من الغبن والتغرير: وفي سبيل ذلك نهى الإسلام عن الغش والتدليس ومدح السلعة بما ليس فيها وإخفاء ما بها من عيب ونحو ذلك. فمن فعل بسلعة شيئاً من ذلك كان لمن أخذها الحق في ردها، وقد شرع الخيار ليكون للبائع والمشتري فرصة في التأمل

---

(1) من هذه الشروط ضرورة كون المعقود عليه ظاهراً، مقدوراً على تسليمه، غير منهي عنه شرعاً، ومنتفعاً به شرعاً. انظر: بدائع الصنائع للكسائي٥/٢٣٥، بداية المجتهد لابن رشد٢/٢٧٨، مغني المحتاج للشربيني ٢/٧، المغني لابن قدامة ٤/٢٤٦.

حتى لا يغبن أحدهما ولا يندم، فمن الممكن أن يحتاط البائع والمشتري حتى لا يغبن واحد منهما الآخر.

وقد أجمع العلماء على تحريم الغش لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مرَّ برجل يبيع طعاماً، فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول، فقال: "من غشنا فليس منا"[1] أي ليس ممن اهتدى بهدي النبي صلى الله عليه وسلم واقتدى بعلمه وعمله وحسن طريقته.

والغش نوعان: الأول: إظهار جودة ما ليس بجيد. والثاني: خلط الشيء العافي بغيره، كخلط اللبن بالماء، والسمن بالدهن من زيت وشحم.

وحكمه عند المالكية أنه إن وقع فسخ وتصدق صاحبه بما حصل من الغش به إن كان قائماً، تأديباً للغاش، وإن لم يكن قائماً، تصدق بثمنه، فهو بيع فاسد.[2]

٢- حماية مصلحة المستهلك في قمع الغش والتدليس، وهذا عن طريق إلزام المنتج بإعلام المستهلك بالبيانات الخاصة بصفات وخصائص السلعة المنتجة، وقد جاءت بذلك السنة النبوية وقررته منذ الفترة الأولى للتشريع الإسلامي، فقد روى واثلة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بيّن ما فيه، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينة"[3]

---

(1) انظر: د./ رمضان الشرنباصي - حماية المستهلك في الفقه الإسلامي - ص٩٠ وما بعدها - مطبعة الأمانة - ط أولى ١٤٠٤هـ.

(2) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٨٦-٨٨.

(3) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/٢٣٩ ط الحلبي الأخيرة.

وهذا الالتزام بالبيان يبدو واضحاً بصورة جلية في بيوع الأمانة[1] فقد ألزم الإسلام البائع بيان كل ما يتعلق بالمعقود عليه من حيث بيان الثمن الأول الذي اشتريت به السلعة، والعلم بالربح الذي يطلبه البائع، والعلم بالأحوال المميزة للمبيع أو المكروهة عادة، أو التي تقلل الرغبة فيه كبيان كون السلعة بلدية أو مستوردة، وبيان ما يكره من قبل المشتري في ذات المبيع أو وصفه لو اطلع عليه المشتري ولو لم يكن عيباً، كثوب من به حكة أو جرب..هذا فضلاً عن بيان أوصاف الثمن، إذ يجب على البائع – في بيوع المرابحة – أن يبين ما دفعه فعلاً، وما عقد عليه إن اختلف النقد والعقد، وبيان الأجل الذي اشتراه إليه، أو الذي اتفق عليه بعد العقد ؛ لأن له حصة في الثمن.. وغيره كثير.[2]

وهذا ما ينطبق على التجارة الإلكترونية والتي هي من العقود التي يكون المعقود عليه فيها غائباً عن مجلس العقد، ويأتمن المستهلك البائع أو التاجر عن كل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة المعروضة عن بعد.

---

(1) بيوع الأمانة هي: المرابحة والتولية والوضيعة: فالمرابحة هي البيع بالثمن الأول الذي اشتريت به السلعة مع زيادة ربح معلوم. والتولية: هي البيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ربح ولا نقص، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على البيع. والوضيعة: هي البيع بأقل من الثمن الأول. انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام – ٤٩٧/٤، منح الجليل للشيخ عليش – ٢٦٣/٥، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٣، المغني لابن قدامة – ١٢٩/٤.

(2) المراجع السابقة.

المطلب الثالث

المنظور الإسلامي لضوابط إظهار رضاء المستهلك الإلكتروني

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الإطار القانوني لضوابط رضاء المستهلك الإلكتروني.

الفرع الثاني: المنظور الإسلامي لضوابط رضاء المستهلك الإلكتروني.

الفرع الأول

الإطار القانوني لضوابط رضاء المستهلك الإلكتروني

وضع الفقه والقضاء العديد من الضوابط التي يستدل بها على رضا المستهلك صراحة في التعاقد بالشروط التي عرضها المورد، وأهم هذه الضوابط ما يلي:

أولاً: تقرير العديد من الإجراءات المؤكدة للقبول الواضح والمستنير للصفقة، حيث يتم التعبير عن القبول غالباً بمجرد الضغط على مفتاح Un simple clic sur and icone دون ترك أثر ملموس، ولضمان عدم وجود أي لبس بصدد القبول، فإن العرض التجاري غالباً ما يستتبعه صفحات إضافية على الشاشة تدعو المستهلك لإعادة تأكيد قبوله أو خيارات مرة ثانية.

وتحث التعليمات الأوربية الدول على اتخاذ الإجراءات اللازمة لحظر توريد سلعة أو خدمة، مصحوبة بفاتورة للسداد إلى المستهلك دون أن يكون قد طلب ذلك، وذلك لإعفائه من رفض هذا العرض غير المطلوب ؛ لأن عدم الرد أو السكوت لا يعني القبول.[1]

ويوصي مجلس الدولة الفرنسي لضمان الإعراب الواضح عن رضاء المستهلك، بأن يتم ذلك إما بالبريد الإلكتروني مع الالتزام بالاحتفاظ بالرسالة، وإما بإجراء ضغطتين deux clics

---

(1) د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٤٥-١٤٦.

مستقلتين على موضعين deux boutons منفصلين: الأولى على مفتاح icone "أقبل العرض"، والثانية تكون مسبوقة بعبارة "يرجى إعادة تأكيد الطلب".(١)

ثانياً: تحديد لحظة قبول العقد: تتحدد لحظة إعلان القبول في اللحظة التي يملأ فيها القابل بيانات الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، أو التي يضغط فيها على - أيقونة - نعم أو موافق أو ما يفيد القبول - بينما تتجلى لحظة تصدير القبول في اللحظة التي يضغط فيها القابل على أيقونة الإرسال، وبمقتضاها ترسل الرسالة الإلكترونية إلى التاجر، وهذه اللحظة ذاتها لحظة وصول القبول إلى حوزة التاجر ؛ لأنه لا يوجد فارق زمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية ووصولها للمرسل إليه، فالتصرفات الإلكترونية وإن كانت عن بعد، إلا أنها فورية ومتعاصرة.

وهكذا فإن العرض لا يكتمل إلا بلحظة استلام القبول، حيث يظل قابلاً للعدول عنه قبل ذلك، وتتحدد تلك اللحظة بصدد الإشارة التي تفيد استلام الرسالة، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.(٢)

ثالثاً: حق المستهلك في العدول:

يقضي قانون المستهلك الفرنسي والتعليمات الأوربية بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي قبلها، دون أن يتعرض لجزاء ودون إبداء الأسباب وذلك خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام، وتزيد تلك المهلة في التوجيهات الأوربية، بالنسبة للخدمات، حيث تقضي بأنه في حالة عدم احترام المورد لإلتزامه بالإعلام المكتوب، فإن هذه المدة تصل إلى ثلاثة أشهر.

وتنص التوجيهات مع ذلك على أنه في حالة عدم وجود اتفاق مخالف، فإن حق العدول لا يمكن ممارسته بالنسبة لعقود توريد الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية السبعة أيام، وعقود توريد السلع والخدمات التي يتحدد الثمن فيها طبقاً لتباين أسعار السوق

---

(1) Art-Bde la convention de bruxelles du 8, 9.

(2) انظر: د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٤٦-١٤٧، د./ علي مرسي - دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص ٤٦.

المالي التي ليس بوسع المورد السيطرة عليها، وعقود توريد الصحف والمجلات الدورية، وعقود توريد التسجيلات الصوتية والمرئية، وبرامج الحاسب المصممة بناءً على طلب المستهلك.

ويذكر مجلس الدولة - في فرنسا - من جهة أخرى في تقريره بأن حق العدول يجب ألا يسمح للمستهلك بالاستفادة من الخدمة دون أن يدفع مقابلها، كإعادة برامج المعلومات والأعمال الأدبية الفنية للبائع بعد إعادة إنتاجها أو نسخها، لذلك فإن التوسع في هذا الحق ينبغي قصره على الخدمات التي لم يبدأ استهلاكها قبل نهاية مدة السبعة أيام بعد إبرام العقد، لهذا فإن حق الاسترداد أصبح قاصراً في القانون الفرنسي على الأموال دون الخدمات.

أما فيما يتعلق ببدء سريان مهملة حق العدول فإن التوجيهات الأوربية تقيم تفرقة بين الأموال والخدمات.

- بالنسبة للأموال تبدأ المهملة من يوم استلام المستهلك لها.
- بالنسبة للخدمات تبدأ المهلة من يوم إبرام العقد.

وتكون المهلة أسبوع في الحالتين، وذلك بشرط أن يكون المورد قد أكد كتابة كتابة وفائه بالالتزام بالإعلام، أم إذا لم يوف المورد بهذا الالتزام إلا بعد إبرام العقد، فإن المهلة تبدأ منذ ذلك الحين بشرط ألا تتجاوز مدة الثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام.[1]

رابعاً: حجية التوقيع الإلكتروني:

لا تعتبر الكتابة - قانوناً - دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي، وهو الشرط الوحيد لصحة المستند.[2]

---

(1) د./ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ١٤٨-١٤٩.

(2) لمزيد من التفاصيل ينظر:

د./ محمد المرسي زهرة - مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية - بحث مقدم إلى مؤتمر حول الكمبيوتر والقانون بحقوق عين شمس في الفترة من ٢٩ يناير إلى أول فبراير ١٩٩٤،
د./ محمد السعيد رشدي - حجية وسائل الاتصال الحديثة من الإثبات - ط النسر الذهبي بالقاهرة - بدون تاريخ.

وبعد صدور القانون الفرنسي في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بصدد تطوير قانون الإثبات لمواكبة تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، أصبحت المادة ١/١٣١٦ من القانون المدني تتحدث عن الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات فقط.

ومن الملاحظ كذلك أن التوجيهات الأوربية لا تضع أي شرط لترتيب كل الآثار القانونية على العقود التي يتم إبرامها بالأسلوب الإلكتروني.

بينما يضع المشرع الفرنسي شرطان للاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

الأول: أن تسمح الكتابة بالتحديد الواضح لأطراف التصرف.

الثاني: وجود الكتابة وحفظها بالشروط والظروف التي تضمن سلامتها وبقائها.[1]

وقد أدرك المشرع الأوربي ضرورة التدخل لمواكبة معطيات التطور التكنولوجي والتجارة الإلكترونية، فقد استشعر البرلمان الأوربي ومجلس الاتحاد الأوربي بالحاجة إلى التدخل التشريعي فيما يتعلق بإثبات المحررات الإلكترونية فصدر التوجيه الأوربي رقم ١٩٣/٩٩٩ في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

وبمقتضاه تم الاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني (المادة الأولى منه)[2] وقد ألزم هذا التوجيه – في المادة الخامسة منه – الدول الأعضاء بتضمين نصوص تشريعاتها الداخلية الاعتراف بصحة التوقيع الإلكتروني.

---

(1) انظر: د./ محمد حسين منصور – المسئولية الإلكترونية ص ١٥١-١٥٢.

(2) وإليك نصها:

L'objectif de la présente directive est de faciliter l'utilisation des: Signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institute un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

د./ علي مرسي – دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص ٥٤.

كما صدر في ألمانيا القانون الفيدرالي بتاريخ ١٣ يونيو ١٩٩٧ ليطبق في أول أغسطس ١٩٩٧ بتنظيم التوقيع الرقمي La signature diditale الذي يكون مؤسساً على تشفيرات غير متماثلة، وهكذا تتجه معظم الدول إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني كدليل من أدلة الإثبات لاسيما فيما يتعلق بالوفاء ببطاقة الائتمان، وتوقيع العميل بالخزانة الموجودة خارج البنك إلكترونياً. ومع ذلك فإن الأمر يحتاج إلى مزيد من التكنولوجيا المستخدمة في تأمين التوقيع، وبصفة خاصة تقنية الرقم الخاص المعتمد عن طريق جهة مرخص لها بهذا من قبل جهة الإدارة تتولى إصدار المفتاح الخاص وتصدر شهادة بصحة التوقيع وارتباطها المحرر الإلكتروني، ومن ثم فلا يمكن لغير صاحب المحرر تعديل صيغة المحرر.(١)

خامساً: التنظيم الخاص ببعض السلع والخدمات لصالح المستهلك:

يقيم القانون المدني مبدأ حرية تداول الأموال والخدمات، وحرية المعاملات التجارية بصدد كل ما لم يحظره القانون، وكقاعدة عامة يبطل كل تصرف متعلق بأمر أو شيء غير مشروع أو مخالف للنظام العام، أضف إلى ذلك وجود بعض السلع والخدمات والنشاط التجاري الخاضع لتنظيم قانوني خاص.

ففي مجال الصحة يحظر بيع الأدوية إلا من خلال صيدلية مرخصة، ولا يجوز السعي لتسويق الأدوية من خلال حث الجمهور على شرائها، ويحظر التعامل في النظارات والعدسات المصححة للبصر إلا من خلال الأماكن المرخصة، وتوجد سلسلة من النصوص التي تحد من الإعلانات عن تسويق الأدوية والدخان والكحول والأسلحة.(٢)

وهناك بعض الأنشطة التجارية التي تخضع لتنظيم قانوني خاص، مثل شركات الألعاب واليانصيب والمشتريات والكسب عن طريق السحب والحظ، وكذلك الشركات السياحية

---

(1) لمزيد من التفاصيل ينظر: د./ علي مرسي - المصدر السابق - ص ٥٣.

(2) لمزيد من التفاصيل ينظر: د./ محمد حسين منصور - مصدر سابق - ص ١٥٢.

المنظمة للرحلات، وشركات الاستثمار والأوراق المالية والبورصة وممارسة النشاط التأميني، تلك الأنشطة تجد سوقاً رائجاً في عالم الإنترنت، إلا أنها تخضع لتنظيم خاص من حيث القائمين عليها وشروط ممارستها، ومن ثم فإن أي تعامل بشأنها إلكترونياً بالمخالفة للتنظيم القائم يعتبر باطلاً.(١)

وقد ذكر العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بباريس في التعليق على البند الرابع أموالاً وخدمات ممنوعة من التعامل بمقتضى القانون الفرنسي منها:

المنتجات الدوائية، والأسلحة، والتعامل بصفة عامة في الأشياء التي تتعارض مع الآداب العامة أو التي تمثل اعتداءً على كرامة الإنسان، والعقار حيث أن بيع العقار يتطلب أن يتم في محرر رسمي موثق، كذلك لا يجوز عرض ما يتطلب قيوداً معينة كالدخان والكحول، والمواد الغذائية، والمنتجات المالية، والتأمين.(٢)

سادساً : تنظيم البيع بالمزاد الإلكتروني لصالح المستهلك:

نظم المشرع الفرنسي البيع بالمزاد الإلكتروني لصالح المستهلك مواكبة للتطور الهائل عبر الإنترنت.

والمزاد الإلكتروني هو أن يتولى الشخص بوصفه وكيلاً عن المالك عرض المال في مزاد عام عن بعد بالطريق الإلكتروني بقصد إرسائه على أفضل عرض مقدم من المتزايد ولا يعد كذلك نشاط السماسرة والوسطاء القائمين على إعداد المزاد ومباشرته إلا إذا تعلق الأمر بالأموال ذات القيمة الأدبية لارتباطها بتراث الأمة.

وقد ألزم المشرع الفرنسي صاحب كل موقع يتولى عمليات الوساطة في إبرام الصفقات بين الأطراف أن يبين بوضوح دائرة نشاطه وطبيعة الخدمة التي يتولى تقديمها للمتعاملين مع

---

(1) L. Du 21 Mai 1836. L. 13 Juill 1992. code des assurances.

مشار إليه بمؤلف د./ محمد حسين منصور ص ١٥٣.

(2) د./ علي مرسي - مصدر سابق - ص٥٠.

الشبكة من خلال تبادل العروض، فإذا كان ينوي ممارسة نشاط البيع بالمزاد فلابد أن يتم ذلك تحت اسم شركة مرخصة، ويتولى تقييم المنقولات من خلال تنظيم ومباشرة البيوع كوكيل عن الملاك، ويجب تقديم الضمانات الكافية للتنظيم، والأساليب الفنية والمالية، والأمانة والخبرة، وأن يتوافر لديه الشخص المؤهل لإدارة عملية البيع.

كما أوجب المشرع ضرورة أن يسبق المزاد الإلكتروني الإعلام وإجراءات النشر التي تبين الشروط والأحكام، وخاصة عما إذا كان هناك حد أدني للثمن يتم التزايد عليه، ووجود تأمين من عدمه، ومسئولية القائم على المراد في مواجهة كل من البائع والمشتري عن الثمن والتسليم، وينصب الإعلام على تبصرة الطرفين بطبيعة الصفقة المزمع عقدها، والقواعد المطبقة عليها سواء تعلقت بالبيع عن بعد، أو حماية المستهلك، أو مشروعية المحل، أو تحديد حقوق والتزامات ومسئولية الأطراف.

وفي جميع الأحوال فإن مسئولية الوسيط في المزاد الإلكتروني، تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة على ضوء ظروف كل حالة على حدة.[1]

الوجه الثالث: ثبوت الحق في الخيار للعاقدين، سواء خيار الشرط أو الرؤية أو العيب:

وفي الفقه الإسلامي متسع بشأن مدة الخيار وبصفة خاصة خيار الشرط، فقد ذهب الصاحبان -أبو يوسف ومحمد بن الحسن - والحنابلة إلى جواز اشتراط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام - خلافاً لأبي حنيفة والشافعية - وإن طالت المدة بشرط أن تكون المدة معلومة.[2]

ودليلهم ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين[3]، ولأن الخيار شرع للحاجة فيتقدر بقدرها، وقدرها يعود إلى مشترط الخيار.

---

(1) انظر: د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٥٤ وما بعده .

(2) انظر: بدائع الصنائع للكسائي - ٢٦٨/٥، المغني مع الشرح الكبير ٧٧/٤

(3) قال عنه الزيلعي في نصب الراية ٨/٤ : غريب جداً.

وذهب المالكية إلى ما هو أبعد من ذلك، فذكروا أن مدة خيار الشرط تتقرر بحسب الحاجة، فأجازوا في بيع الدار شهراً، ووفي بيع الدابة ثلاثة أيام، ومقتضاه أن بيع الفاكهة الطرية والخضر لا يزيد على يوم واحد، ومع ذلك فلا يجوز عندهم اشتراط الأجل الطويل الذي يزيد عن حاجة اختيار المبيع أو رفضه في المعتاد.[1]

وفي تقرير مثل هذه الآراء حماية كافية لرضا المستهلك.

الوجه الثالث: مشروعية البيع بالمزايدة:

وهو أن تعطي السلعة للدلال ينادي عليها في السوق فيعطي زيد فيها عشرة، فيزيد عليه عمرو، وهكذا إلى أن تقف على حد، فيأخذها به المشتري، وهو بيع جائز، وليس مما نهى عنه من مساومة الرجل على سوم أخيه ؛ لأنه لم يقع هنا ركون ولا تقارب بين الطرفين، فإن أعطى رجلان في سلعة ثمناً واحداً تشاركا فيها، وقيل: إنها للأول.[2]

الوجه الرابع: عدم مشروعية البيع إذا أدى إلى حرام:

فلا يصح بيع كل شيء علم البائع أن المشتري قصد بشرائه أمراً لا يجوز، كبيع العنب لمن يعصره خمراً، وبيع آلة الحرب للمحاربين، وغير ذلك من كل بيع أعان على معصية، وهذا مذهب المالكية.[3]

---

(1) انظر: بداية المجتهد ١٥٩/٢، شرح الخرشي ١١٨/٥.

(2) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي - ص ٢٦٣، الشرح الصغير - ٢١٥/٣.

(3) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٦٤، مواهب الجليل للحطاب ٢٥٣/٤.

الفرع الثاني

المنظور الإسلامي لضوابط إظهار رضاء المستهلك الإلكتروني

تتفق الضوابط السابقة مجملها مع المنظور الإسلامي لضوابط رضاء المستهلك عموماً، وهذا ثابت من عدة وجوه:

الوجه الأول:

لزومية الاختيار من العاقدين (البائع والمشتري) لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[1] فلا يصح بيع وشراء المكره لأن الإكراه يتنافى مع الرضا، وقد قال ﷺ "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[2] إلا الإكراه بحق، كما لو أكره القاضي المدين على بيع ماله لأجل وفاء ديونه، أو أجبر المالك على بيع أرضه لتوسيع الطريق أو المسجد، فإنه يصح هذا البيع ولو مع الإكراه، وهذا هو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.[3]

الوجه الثاني:

لضمان الإعراب الصريح للمشتري أو المستهلك أو البائع فإن الإيجاب والقبول لا يتم إلا بلفظين صادرين عن كل من البائع والمشتري، أو ما يقوم مقام اللفظ من كتاب أو خطاب أو إرسال. والتعاقد بالكتابة كأن يكتب الإيجاب على ورقة بدون تلفظ، ويكتب القبول كذلك.

أما التعاقد عن طريق الخطاب فهو أن يبعث الموجب خطاباً يبدي رغبته وموافقته على البيع فيرد عليه الثاني بخطاب يبدي فيه رضاه بالبيع.

---

(1) سورة النساء من الآية [٢٩]

(2) أخرجه الطبراني، ورواه ابن ماجة وابن حبان والدارقطني والبيهقي وحسنه النووي، وضعفه غيره. انظر: مجمع الزوائد للهيثمي - ٦/٤٥٠.

(3) انظر: شرح الخرشي ٥/٩، مغني المحتاج للشربيني ٢/٧، الشرح الكبير مع المغني ٤/٥.

أما التعاقد بالإرسال فهو أن يرسل الموجب رسولاً يبلغ الثاني رغبته في البيع، فيحمل الرسول جواباً بالموافقة من المرسل إليه، وقد توسع المالكية في هذا المضمار فأجازوا التعاقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو فعل، فعليه يجوز التعاقد بالهاتف أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة وأجازوه بالإشارة أيضاً.[١]

وقال الحنفية: البيع صحيح مكروه تحريماً.[٢]

وقال الحنابلة ببطلان هذا البيع وتحريمه[٣]، وأبطل الشافعية بيع آلات الحرب كسيف ورمح ونحوهما للحربيين الأعداء، لتقويهم بها على المسلمين واستعانتهم بها على قتال المسلمين، وكذا بيع السلاح لباغ وقاطع طريق ونحوهما، وكل تصرف يفضي إلى معصية.[٤]

وفي كل ما تقدم - وغيره كثير - دليل على أن الإسلام يحمي رضا المستهلك عموماً - عادياً كان أو إلكترونياً - بل إن هذه الحماية في المستهلك الإلكتروني أشد منها في الظروف العادية، لما لهذه المعاملة في طبيعة خاصة تبنى على الأمانة والصدق في كل عنصر من عناصر العقد.

---

(1) انظر: شرح الخرشي ٥/٥.

(2) انظر: بدائع الصنائع للكسائي ٥/١٣٥ وما بعدها.

(3) انظر: غاية المنتهي للشيخ مرعي ٢/١٨ وما بعدها.

(4) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/٣٧ وما بعدها.

المبحث الثالث

المنظور الإسلامي لضمانات المستهلك عند تنفيذ العقد الإلكتروني

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الإطار القانوني لضمانات المستهلك عند تنفيذ العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: المنظور الإسلامي لضمانات المستهلك عند تنفيذ العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

الإطار القانوني لضمانات المستهلك عند تنفيذ العقد الإلكتروني

طبقاً للتوجيهات الأوربية الصادرة في هذا الشأن فإن ضمانات المستهلك عند تنفيذ العقد الإلكتروني تتحدد في الضمانات التالية:

أ- التحديد الدقيق لميعاد التنفيذ، وفي حالة عدم وجود هذا الميعاد يلتزم المورد بتنفيذ الطلبية بحد أقصى خلال مدة ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ تقديم المستهلك طلبه.

ب- في حالة عدم توافر السلعة أو الخدمة المطلوبة، يجب إخطار المستهلك بذلك وأحقيته في استرداد ما يكون قد عجله من مقابلها، ويتم هذا الاسترداد في أقرب وقت بحد أقصى خلال الثلاثون يوماً التالية لتاريخ الدفع، ويجوز للمورد أن يقدم للمستهلك مالاً أو خدمة، بجودة وثمن مماثلين، وذلك بشرط سبق الإشارة إلى تلك المكنة عند إبرام العقد أو ضمن بنوده.

وقد أكد القانون المهني للنقابات الفرنسية نفس المضمون وهو: بأنه إذا نفذت[1] المعروضات بعد الاتفاق وكانت موجودة إبانة وخلال العرض فلا يحق للبائع تسليم بدلاً منها إلا

---

(1) د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية ص ١٥٦ وما بعدها، د./ علي مرسي - دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية ص ٧٣ وما بعدها.

إذا كانت بنفس أوصافها وخصائصها أو أعلى منها، بشرط أن تكون بنفس السعر أو بسعر أقل، ويحق للمستهلك - المشتري - في هذه الحالة إرجاع تلك البضائع المسلمة إليه بدلاً من المتفق عليها، وبنفقات على البائع، مع حقه في استرداد ما دفعه من ثمن.

ولعل الحكمة في جعل نفقات الإرجاع للبضائع المستبدلة على البائع هي: حمل البائع على ألا يعرض شاشات الإنترنت إلا ما يكون جاهزاً لديه، أو سيكون متوفراً وقت التنفيذ.[1]

هذا إذا كان المبيع معيناً بالذات، بينما إذا كان معيناً بنوعه فيلتزم البائع بتسليم مقداره وصفته وفقاً للعقد، ووفقاً للأوصاف والخصائص المعروضة على الشاشة.

وإذا قام نزاع بين البائع والمشتري بشأن عدم تطابق الأوصاف المعروضة للمبيع المسلم إلى المشتري، فيقع على البائع عبء إثبات توافر الصفات وتحقق المطابقة.[2]

ج- حماية المستهلك من مخاطر السداد الإلكتروني، فنظراً للمخاطر التي يتعرض لها الدفع بنظام بطاقة الدفع وفي سبيل ذلك[3] صدرت توصية عن اللجنة الأوربية في ٣٠ يوليو ١٩٩٧ بهدف المساهمة في إنعاش التجارة الإلكترونية من خلال زيادة ثقة المتعاملين في السداد الإلكتروني والقبول الأكبر لها من قبل التجار، وقد تولت هذه التوصية تحديد الالتزامات الواقعة على عاتق أطراف المعاملة الإلكترونية، وهذه التوصيات وإن كانت غير ملزمة إلا أن اللجنة أوصت بأن تصاغ في تشريع خاص بكل دولة.

---

(1) المراجع السابقة.

(2) لمزيد من التفاصيل ينظر للدكتور / جميل الشرقاوي - شرح العقود المدنية ص ٢٠٨ - ط دار النهضة العربية - مصر.

(3) والدليل على ذلك هو شيوع الجرائم الإلكترونية في كثير من دول العالم، حيث يقوم المجرمون بالدخول إلى الأماكن غير الآمنة لاستراق المعلومات، وخاصة رقم وبيانات بطاقة العميل، ثم استخدام هذه البيانات في إبرام صفقات وتسديد أثمانها الباهظة من حساب العملاء، وذلك عن طريق تدوين بيانات بطاقة الائتمان المختلسة عبر الإنترنت. انظر: العولمة والتجارة الإلكترونية للأستاذ بهاء شاهين ص ١٤٢ وما بعدها، جرائم الحاسب الإلكتروني - د./ هدى حامد ص ١٣٤ ط دار النهضة العربية ١٩٩٢، بطاقات الوفاء - د./ فايز رضوان ص ٢١٤ - المطبعة العربية بالقاهرة ١٩٩٠.

كذلك حث التوجيهات الأوربية الدول الأعضاء على اتخاذ الإجراءات الضرورية لتمكين المستهلك من طلب إبطال الوفاء في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقته، وأحقيته في استرداد المبالغ التي تم دفعها من ماله بدون وجه حق، هذا بالإضافة إلى وجوب حظر توريد السلع والخدمات للمستهلك، بدون طلب مسبق من جانبه، وذلك عندما يتضمن هذا التوريد مطالبة بالوفاء.

د- ضمانات القانون الواجب التطبيق:

من المخاوف التي تبدو في إطار التجارة الإلكترونية هي القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم على الشبكة بين شخصين يقيم كل منهم في دولة أخرى، لاسيما إذا اختلفت النظم القانونية بين الدولتين وعلى سبيل المثال فإن النظام الأمريكي لحماية المستهلك يخول العميل غير الراضي العدول عن الصفقة واسترداد ما دفعه خلال ثلاثين يوماً، وهناك بعض الدول التي تحظر بيع بعض المنتجات المسموح بتداولها في دول أخرى.(١)

وحماية للمستهلك ينبغي في عقد التجارة الإلكترونية النص في العقد المبرم على عدم حرمان المستهلك من أي حماية تكون مقررة بمقتضى قانونه الوطني إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل إقامة المستهلك تقديم عرض خاص أو إعلان، وكان المستهلك قد قام في دولته - أو التي يوجد بها محل إقامته العادية - بالأعمال الضرورية لإبرام العقد أو كان المتعاقد الآخر أو ممثلة قد تسلم الطلب في بلده.(٢)

وبتطبيق ما ورد في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على عقد التجارة الإلكترونية - المشار إليها في الفقرة السابقة - فإن العرض للبضائع والسلع قد استقبله المستهلك في محل إقامته العادية عبر

---

(1) انظر: المسئولية الإلكترونية د./ محمد منصور حسين ص ١٥٧ وما بعدها.

(2) Languy van avrstraiten, op.cit P388 et 389.

مشار إليه بمؤلف د./ علي مرسي - ص ٢١.

شاشات الإنترنت، ومن ثم فعقد التجارة الإلكترونية له صلة وثيقة بدولة محل إقامة المستهلك، وقد قام المستهلك فيها بالأعمال الضرورية لإتمام العقد وذلك بقبوله الإيجاب المعلن من البائع.[1]

المطلب الثاني

المنظور الإسلامي لضمانات تنفيذ العقد الإلكتروني

أولاً: ضمانات التنفيذ:

من شأن البيع الصحيح ثبوت ملكية البيع للمشتري وملكية الثمن للبائع، ويلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحال إن كان الثمن مؤجلاً، وبعد قبض الثمن إن كان حالاً.

وفي المستهلك الإلكتروني، فإن الأحكام المطبقة هنا هي أحكام بيع العين الغائبة عن مجلس العقد، وقد سبق بيان ذلك، فإن المبيع إذا جاء مطابقاً للصفة المذكورة لزم البيع، وإلا ثبت الخيار للمشتري أو المستهلك.

وفي مسألة البيع على البرنامج: إن جاء المبيع على الصفة لزم البيع، وإلا خيرّ المشتري إن كان أدنى صفة، فإن وجدها أقل عدداً، وضع عنه من الثمن بقدره وإن كان النقص أكثر من النصف لم يلزمه وردّ به البيع..[2]

ثانياً: حماية المستهلك من مخاطر السداد الإلكتروني:

من الثابت أن النقد المستخدم في الوفاء بالالتزامات العامة والخاصة يجب أن يتمتع بقوة شراء حقيقية، وكما ينطبق هذا المعنى على النقود الحقيقية المتخذة من الذهب والفضة، ينطبق كذلك على بطاقات الائتمان أو الاعتماد، فهي بطاقات تحقق خدمات مصرفية يعود نفعها على

---

(1) المرجع السابق.

(2) انظر ص ٧ من هذا البحث.

حاملها، وعلى البائع - وخاصة في المعاملات عبر الإنترنت - وهي تشتمل على ضمان ووكالة وحوالة - وكل هذه العقود جائزة شرعاً، شريطة ألا تشتمل على الربا المحرم شرعاً.[1]

ثالثاً: من حيث القانون الواجب التطبيق:

من الثابت شرعاً أن القاضي يجوز أن يكون عام النظر خاص العمل، يقلد النظر في جميع الأحكام في أحد جانبي البلد أو محله منه، فينفذ جميع أحكامه في الجانب الذي قلده، والمحلة التي عنيت به.[2]

وبما أن التجارة الإلكترونية عقد بين شخصين يقيم - في الغالب - كل منهما في بلد أو دولة أو مكان خلاف الآخر، مستقل في اختصاصه المكاني عن الآخر، فإن المنازعات الناشئة عنها يختص بنظرها القاضي الذي يختاره المدعي سواء أكان ذلك القاضي يقع في موطن المدعي أو المدعى عليه.

وهو مذهب الحنابلة[3]، والأصح عند الشافعية[4]، وأبو يوسف من الحنفية[5]، والمالكية[1] وحجتهم: أن المدعي هو الطالب للحق والمنشئ للخصومة، فيعطى الخيار: إن شاء رفع الدعوى

---

(1) انظر: فتوى الهيئة الشرعية ببنك دبي الإسلامي رقم ٣٥٩، فتوى الهيئة الشرعية ببنك التمويل الكويت رقم ٩٠١، فتوى الهيئة الشرعية بشركة الراجحي رقم ٢٩٧ وفيها: "رابعاً: رسوم تستحق لشركة الراجحي مقابل إقراضها مبلغاً من النقود كشخص يحمل بطاقة فيزا ففي هذه الحال لا يجوز للشركة أن تتقاضى أية رسوم لقاء هذا القرض سواء كانت هي المصدر للفيزا أم كانت الفيزا صادرة من مصدر آخر فإذا كانت الفيزا من شركة الراجحي وسجل مركز فيزا الدولي رسوماً عنها فعلى الشركة أن تقوم بتسجيل هذه الرسوم في حساب الأعمال الخيرية خروجاً من الشبهة، مأخوذ من على الإنترنت تحت عنوان: www.vatwa.al.islam.com

(2) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص ٩٢، كشاف القناع للبهوتي ٢٩١/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٣٤/٤.

(3) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٩٢/٦.

(4) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر ١١٩/١٠.

(5) انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٢٩/٢.

عند قاضي مكانه، وإن شاء أنشأها عند قاضي موطن خصمه ؛ لأن الحق له في الدعوى فيكون كذلك الحق له في اختيار القاضي، لاسيما وأن العقد الإلكتروني يتم بين متعاملين من دول متباعدة والانتقال إلى مكان المدعى عليه يكلف المدعي نفقات باهظة لا تتلاءم مع الحق الذي يطلبه...

المبحث الرابع

المنظور الإسلامي لحماية الحق في الخصوصية للمستهلك الإلكتروني

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الإطار القانوني لحماية الحق في الخصوصية للمستهلك الإلكتروني.

المطلب الثاني: المنظور الإسلامي لحماية الحق في الخصوصية للمستهلك الإلكتروني.

المطلب الأول

الإطار القانوني لحماية الحق في الخصوصية للمستهلك الإلكتروني

إن احترام الحياة الخاصة يعد من المبادئ الدستورية الثابتة في معظم الدساتير، فلكل شخص الحق في أن تظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلنية، ومصونة عن تدخل الغير واستطلاعه، ويشمل ذلك كل أوجه حياة الشخص الخاصة، كأسلوب حياته ومعيشته وأموره العائلية والصحية والعاطفية.

ومن شأن المعاملات الإلكترونية إخفاء المستهلك بكثير من المعلومات الشخصية والبيانات الاسمية للمتعاقد معه مما يسهل معه التعرف على البيانات الخاصة بالمستهلك، ومعرفة ميوله ورغباته، وذلك من خلال تتبع استخدامه للإنترنت.

---

(1) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٢٥.

وتكمن المشكلة - أحياناً - في استخدام البيانات المذكورة في غير الأغراض المخصصة لها، مثل التصنيف الجنائي أو السياسي أو الديني للأفراد أو الأهداف التجارية مثل التسويق المباشر، كظهور إعلانات عن سلعة أو خدمة تتعلق بالكلمة أو الموضوع الذي يبحث عنه أو الاتصال بالمستهلك المشترك بخدمة الإنترنت أو البريد الإلكتروني بهدف التسويق.

ويترتب على ذلك إعانة شبكة الاتصالات وتحميل المستهلك كثيراً من النفقات، فضلاً عن المساس بحريته، وحياته الخاصة.

وحماية المستهلك ظهر الاتجاه الحديث في هذا المجال، سواء باستخدام الأساليب الفنية اللازمة لمنع ذلك، أو بأحقية المستهلك في الاعتراض وطلب التعويض أو بالتحريم أحياناً.[1]

وفي سبيل ذلك أقرت القوانين المقارنة مجموعة من القيود على الحكومات والأجهزة الإدارية العامة والخاصة والأفراد بصدد إنشاء أنظمة معلوماتية حيث يحظر تخزين المعلومات الشخصية التي تمس الحريات والحياة الخاصة، ويحظر انتهاك السرية والخصوصية أو استخدام بيانات التجارة الإلكترونية في غير الأغراض المخصصة لها.

كما قررت هذه القوانين صور الحماية الجنائية في جريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية، وجريمة انتهاك سرية وخصوصية هذه البيانات، وجريمة الإدلاء عمداً ببيانات ومعلومات خاطئة لمورد خدمة التوثيق الإلكتروني، أو لأطراف العملية التجارية.[2]

---

(1) لمزيد من التفاصيل ينظر: د./ محمد حسين منصور - المسئولية الإلكترونية - ص ١٣٦ وما بعدها، ١٧٧ وما بعدها.

(2) المرجع السابق.

المطلب الثاني

المنظور الإسلامي لحماية الحق في الخصوصية للمستهلك الإلكتروني

من الثابت شرعاً أن الإسلام يقدس الحياة الخاصة المشروعة والتي لا تتضمن إخلالاً بالدين أو الشرف والأمانة، ويأمر بالستر فيما كان ستره مصلحة معتبرة شرعاً، والبيانات الخاصة بالمستهلك تحظى بهذه الحماية في إطار الضوابط العامة لحرية الرأي والعمل والعقيدة، وفي حدود ما يلزم شرعاً لاستقرار المعاملات وانتظامها وبعيداً عن التغرير أو التدليس بكل طريق يخدع المتعامل معه.

حماية المستهلك الإلكتروني

د. عبد الحق حميش

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية

جامعة الشارقة

وعضو اللجنة الاستشارية بجمعية الإمارات لحماية المستهلك

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، ونشهد أن محمدا عبده ورسوله أرسله الله للناس كافة بشيرا ونذيرا وداعيا إليه بإذنه وسراجا منيرا، صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد،

فبالرغم من حداثة التجارة الإلكترونية إلا أن الدول المتقدمة اقتصاديا قد قامت بتطوير الأنظمة والتشريعات التي تنظم هذه التجارة والتزمت بمستوى من التنسيق والتفاهم فيما بينها في هذا المجال.

وقد يظن البعض أن التسوق الإلكتروني حكرا على قاطني الولايات المتحدة والبلدان الأوروبية، لكن هذا غير صحيح لأن معظم المتاجر مستعدة لشحن بضائعها إلى أي مكان بالعالم مع الأخذ في الاعتبار أن هناك بعض المراحل والخطوات التي يمر بها المشتري مثل دفع تكاليف الشحن والرسوم الجمركية والمدة الزمنية اللازمة لتسلم المشتريات.

إن التجارة الإلكترونية ستفرض نفسها على واقع المسلمين باعتبارها أحد أدوات العولمة الاقتصادية والمطلوب من البلاد العربية أن تضع هذه الوسيلة الجديدة على خريطة اهتماماتها

التعليمية ولا يقتصر اهتمامنا بها على الحلقات النقاشية والندوات العلمية فقط، لأن لهذه التجارة تقنية معينة لابد أن نتقنها قبل التعامل من خلالها.

والخبراء المتخصصين في التجارة الإلكترونية يسعون اليوم إلى إقناع المستهلكين بأن تحفظ الكثير من هؤلاء على عملية التسوق بواسطة الإنترنت ليست في محلها وأن المخاطر المحدقة بعمليات التسوق الكلاسيكية ليست أقل من تلك التي تحدق اليوم بالتجارة الإلكترونية.

والسبب في تخوف المستهلك من التجارة الإلكترونية يكمن في أن الشراء عبر الإنترنت أصبح عملية متسارعة لكونه إحدى الطرق السهلة لشراء كل شيء تقريبا، حيث يمكنك التسوق عبر الإنترنت في أي مكان على الأرض، وفي أي وقت تريد، صباحا، أو مساء، دون أن تترك منزلك، وكل ما تحتاجه هو اتصال بالإنترنت وبطاقة ائتمان سارية المفعول.

يثير استعمال بطاقات الائتمانية على شبكة الإنترنت مشكلة كبيرة، لأنه عكس الدفع العادي الذي يتم مباشرة بين البائع والمشتري في دقائق معدودة، يكون التعامل بهذه البطاقات في ساحة الإنترنت فضاء مفتوحا لأن من سيقوم بالدفع ببطاقته يتعامل مع مئات الآلاف ممن يحاولون اصطياد بيانات هذه البطاقة وأرقامها ليقوموا باستعمالها في مشترياتهم، وانعدام عملية التوقيع على النموذج الورقي لبطاقة الدفع يثير أيضا فضاءات أخرى لأن مطابقة التوقيع على النموذج الأرضي لبطاقة الدفع قد يكون دافعا لكشف سارقها في حين أن التعامل الإنترنتي بهذه البطاقة لا يعطي فكرة عن هوية مستعملها وتوقيعه، فشخص موجود في جنوب شرق آسيا مثلا يستطيع سرقة بيانات بطاقة شخص آخر موجود في جنوب أمريكا عندما قام هذا الأخير باستعمالها للشراء من موقع أمريكي، حيث يمكن أن يستعملها الشخص الأول في عمليات شراء من مواقع أخرى على شبكة الإنترنت وفي أي مكان توجد هذه المواقع.

حماية المستهلك الإلكتروني:

المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية: هو المتعامل في نطاق هذه التجارة، وكذلك المتعاقد -والذي هو بالطبع- يتلقى الإعلان عن السلعة أو شرائها.

والمستهلك في نطاق تعاملات التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، مؤدى ذلك أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية.

وحماية المستهلك من المسائل الكبيرة التي اهتم بها الاتحاد الأوروبي ضمن مجمل اهتمامه بالتجارة الإلكترونية، وذلك في محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من أجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية.

ولذلك فقد صدر التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ في ٢٠ مايو ١٩٩٧ في شأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، وكذلك صدرت والتوجيهات الأوروبية رقم ٤٨٩/٩٧ في ٣٠ يوليو ١٩٩٩٧ في شأن وسائل الدفع الإلكتروني، وأيضا التوجيه الأوروبي رقم ٩٣/٩٩ في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩في شأن التوقيع الإلكتروني، وكذلك التوجيه رقم ٣١/٢٠٠٠ في ٨ يونيو ٢٠٠٠ في شأن التجارة الإلكترونية، وكلها تركز على حماية المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية.

يمكن القول إن حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية تحكمها قواعد وضوابط عديدة نعرض لها ضمن البحث التالي الذي جاء في الخطة التالية:

خطة البحث :

المقدمة:

المبحث الأول: التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص ومميزات التجارة الإلكتروني.

المطلب الثالث: الأضرار الاقتصادية والأخلاقية للتجارة الإلكترونية.

المطلب الرابع: مجالات التجارة الإلكترونية.

المطلب الخامس: المكونات الأساسية للتجارة الإلكترونية.

المطلب السادس: موقف الإسلام من التجارة الإلكترونية.

المطلب ا لسابع: العرب والتجارة الإلكترونية - أسباب تخلف بعض الدول العربية عن اعتماد التجارة الإلكترونية وأثر ذلك.

المطلب الثامن: نماذج لبعض المواقع التجارية على الإنترنت.

المبحث الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني

المطلب الأول: تنظيم وإيجاد بيئة قانونية للتعاملات التجارية الإلكترونية.

المطلب الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام

المطلب الثالث: اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان حماية للمستهلك.

المطلب الرابع: حق المستهلك الإلكتروني في الخيار

المطلب الخامس : احترام حق الخصوصية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

المطلب السادس: نصائح مهمة للتسوق الآمن عبر الإنترنت.

المطلب السابع: استخدام بطاقات الائتمان في عمليات الشراء الإلكتروني.

المطلب الثامن: المعاملات المصرفية الآمنة عبر الإنترنت.

المطلب التاسع: جرائم الإنترنت التجارية.

المطلب العاشر: حماية المستهلك الإجرائية.

الخاتمة: أهم نتائج البحث وبعض التوصيات.

أسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت فيما قصدت من عرض موجز ومختصر لكيفية حماية المستهلك الإلكتروني والله ولي التوفيق.

الباحث

المبحث الأول
التجارة الإلكترونية

المطلب الأول
تعريف التجارة الإلكترونية

إن من أبرز سمات الاقتصاد الجديد التطور الهائل في أنظمة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات واستخدامها المكثف في كافة أوجه حياة الشعوب هذا التطور الذي أفقد عنصر الوقت والموقع الجغرافي الكثير من ميزاتها الاقتصادية والتجارية وأعطى في الوقت نفسه لقدرات وأعمال الإبداع والابتكارات ميزة اقتصادية عليا يمكن الاستفادة منها اقتصاديا وتجاريا بشكل فعال على مستوى العالم ككل بغض النظر عن الموطن أو الموقع الجغرافي الذي تولدت فيه أو منه.

ونحن نعيش اليوم حقبة الإنترنت حيث تشكل شبكة الإنترنت البنية التحتية للاقتصاد الجديد وخاصة في مجال التجارة في السلع والخدمات إذ أطلق ما يعرف بالتجارة الإلكترونية على التبادل التجاري الذي يتم عن طريق هذه الشبكة.

ولم تكن هذه التجارة معروفة قبل خمس سنوات، ولكن بدأ نصيبها في التجارة يزداد بشكل سريع على حساب التجارة التقليدية، وهذا يرجع إلى الانتشار السريع للإنترنت، فقد ارتفعت نسبة عدد الذين يستخدمون الإنترنت خلال سبعة شهور من يونيه ١٩٩٩ إلى فبراير ٢٠٠٠ من ١٧٩ مليون إلى ٢٧٥ مليون مستخدم أي بزيادة ٩٦ مليون ويتوقع الخبراء أن يصل عدد مستخدمي الإنترنت إلى مليار مستخدم بحلول عام ٢٠٠٥، كما يتوقع الخبراء أن يتجاوز حجم هذه التجارة ٧ تريليون دولار في ذلك العام.

ولقد عرفت التجارة الإلكترونية: بأنها أسلوب إتمام الصفقات التجارية عن بعد من خلال الاتصال غير المباشر بين طرفي الصفقة بواسطة الإنترنت[١]، وعرفتها دراسة مصرية: بأنها عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدمي..[٢].

---

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (٢٢٦) ص٢٤.
(٢) التجارة الإلكترونية في القرن القادم: مصطفى سعيد أحمد ص٢.

وخلص الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي إلى التعريف التالي: " كل معاملة تجارية، تتم عن بعد، باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[1].

وعرفها الدكتور خالد السبتي من جامعة الملك سعود بالرياض: "بأنها عمليات تجارية يتم تنفيذها إلكترونيا"[2].

المطلب الثاني

خصائص ومميزات التجارة الإلكترونية

نتفق جميعا على أن هذه التجارة والتي تمثل الاقتصاد الجديد أصبحت محط اهتمام الشركات التجارية ونتفق أيضا أن هذا النوع من التجارة قادم جديد لا نكاد نلم بالقليل من جوانبه من حيث وظائفه ومكوناته والمجالات التي يسهم فيها، حيث تشهد هذه التجارة أهمية متزايدة وتطورات متسارعة ومن أبرز مؤشراتها أن يبلغ حجم مشتريات المستهلكين في العالم باستخدام شبكات الإنترنت لهذا العام ٢٣٥ بليون دولار وسوف يصل غدا الرقم إلى ٢٠١ بليون دولار عام ٢٠٠٥ وحجم الإنفاق الإعلاني على الإنترنت في الربع الأول من هذا العام وصل إلى ٢٠٢ بليون دولار، وأن ٤١% من البنوك ستغلق أبوابها ما لم توفر خدماتها المالية عبر الإنترنت.

إن التجارة الإلكترونية تمثل الوجهة الرئيسية التي تركز عليها صناعة المعلومات حاليا بحكم اتجاه مختلف شركات العالم لها، ويحقق استعمال التجارة الإلكترونية للشركات والمنشئات التجارية أسلوبا غير تقليدي في الوصول إلى المشتري في كافة أنحاء العالم، أي أنه يحقق عائدات ضخمة يقابلها انخفاض كبير في التكاليف مقارنة بالتجارة العادية، حيث يمكن للشركات من خلال التجارة الإلكترونية القيام بإدارة أفضل لعمليات الشراء والتوريد والبيع والنقل والتأمين وعمليات المحاسبة ومراقبة المخزون، كذلك يمكن من خلال التجارة الإلكترونية توفير معلومات يومية عن الزبائن، وهي لاشك تؤدي إلى خفض تكلفة المعاملات التجارية لأنها تلغي دور

(١) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية : د. عبد الفتاح بيومي حجازي ص٤٩.

(٢) جريدة الرياض العدد ١٢/١٢/٢٠٠٠م.

الوسطاء بين البائع والمشتري[1].

إن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية ليس مجرد اختلافها عن الجوانب التقليدية في التجارة وإنما في استحداث مفاهيم وأفكار ونظم جديدة لم يعهدها عالم الأعمال، بل تعتبر ظاهرة فريدة حيث أنها تتيح أمامنا الفرص الجديدة التي لا مثيل لها للحصول على جميع المعلومات الداخلة في تعامل تجاري معين، وكذلك معالجتها وإدارتها وهذا بدوره سيساعد على تخطيط الأعمال بشكل جيد ورفع كفاءة القدرة الإنتاجية والتوزيعية.

ومن ذلك يتبين لنا أن أنماط التعامل في التجارة التقليدية تتعرض لتغيرات عميقة في عدد من المجالات بفضل التجارة الإلكترونية، وهذه ليست إلا البداية ولا ندري ما يخبئه المستقبل من تطورات مذهلة لا يمكن التنبؤ بها.

ولكن ما هي خصائص هذا النمط الجديد في المبادلات التجارية والذي سمى التجارة الإلكترونية؟ لعل من أهم خصائص هذه التجارة:

١- إن العالم قد أصبح سوقا مفتوحا يستطيع المرء أن يتجول فيه بكل حرية مع توفر كم هائل من المعلومات والمواصفات والأسعار عن السلع المطلوبة مما يمكن المتعاملين من اختيار أجود المنتجات بأنسب الأسعار.

٢- إن هذه التجارة تجعل المنتج والمستهلك يتعاملان بشكل مباشر مما يحد من دور الوسيط وخاصة في أنواع التجارة غير ملموسة مثل تجارة الخدمات كالخدمات البنكية والمالية والتأمينية والسياحية وغيرها.

٣- سوف يؤدي انتشار التجارة الإلكترونية إلى رفع كفاءة الإنتاج والتوزيع مما يؤدي إلى انخفاض أسعارها على المستهلكين.

٤- سوف تلغى هذه التجارة عامل الوقت إذ ستكون أسواق العالم كلها مفتوحة على مدار الساعة.

---

(١) جريدة الرياض: مقال خالد الطويل ٢٠٠١/١٠/٣١م.

٥- وسيكون الدخول في الوقت الحقيقي إلى مواقع الموردين المحليين والإقليميين والعالميين.

٦- شراء كافة السلع والخدمات بتكلفة أقل من خلال ممارسات تجارية جديدة تعتمد على الإنترنت مثل مزادات المشترين ومشتريات الائتلافيات التجارية الكبرى والشراء من السوق المفتوحة.

٧- المشاركة في المعلومات والبيانات الخاصة بتصميم المنتجات في الوقت الحقيقي، مما يسمح للشركاء التجاريين بالتعاون والعمل على تخفيض مدة الدورات الإنتاجية اللازمة لطرح المنتجات الجديدة.

٨- الاستفادة من مستويات الكفاءة العالية التي يتمتع بها للسوق.

٩- تطبيق ممارسات شراء قياسية.

١٠- وإن لم تتم الصفقة فيكفي أن يتم التعريف بها تعريفا كاملا من خلال الإنترنت وبذلك يتوفر الكثير من الجهد والوقت والمال، فلا ينكر أحد أن الإنترنت وفر المزيد من المعلومات عن السلع والخدمات، وأوصافها ومكوناتها واستخداماتها وأسعارها في كل منطقة من العالم وكيفية الحصول عليها.

١١- ولا يخفى علينا أهمية التسوق الإلكتروني لعامة الناس وبالأخص لفئات معينة في المجتمع لها من الأهمية بحيث لا تجد وقتا لتضيعه في التسوق العادي منهم الأمهات المهتمات بدراسة أبنائهن أو من لديهم أطفال صغار لا يستطيعون الخروج وتركهم، كذلك التسوق الإلكتروني مهم لذوي الاحتياجات الخاصة أو من تعيقهم إصابتهم عن الخروج للتسوق، وبذلك يوفر لهم التسوق الإلكتروني وقتهم الثمين..

المطلب الثالث

الأضرار الاقتصادية والأخلاقية للتجارة الإلكترونية

لكن هذه المنافع أو الفوائد الاقتصادية لاستخدام الإنترنت في التجارة لا تنفي وجود أضرار اقتصادية وأخلاقية للتجارة الإلكترونية خاصة للبلدان العربية والإسلامية والتي تتحكم في أسواقها منظومة من القيم الدينية والأخلاقية تسمح بعرض وتداول السلع والخدمات المباحة شرعا وتحرم وتجرم عرض السلع والمنتجات المحرمة شرعا والتي تباح في الغرب.

ومن الأضرار الاقتصادية والأخلاقية للتجارة عبر الإنترنت ما يلي:

١- عرض سلع وخدمات محرمة شرعا مثل تجارة الخمور وتجارة الجنس التي تعد إحدى التجارات الرائجة والمنتشرة من خلال الإنترنت وهذا يشجع الشباب المسلم على خوض هذه التجربة المثيرة خاصة بعد انتشار "بطاقة الفيزا" حيث يستطيع أن يدفع ثمن مشاهداته الجنسية وهو في منزله.

٢- من المشكلات الأساسية الناجمة عن استخدام الإنترنت في التجارة كيفية الحفاظ على البيانات الشخصية للأفراد حيث يمكن أن تتسرب البيانات والمعلومات الشخصية للأفراد والمعلومات الخاصة بالشركات مما يجعلها أداة في أيدي المنافسين والمتربصين.

فقد أفادت إحدى الدراسات الحديثة بأن ٩ من ١٠ شركات في الولايات المتحدة الأمريكية تعرضت لمحاولات اختراق لشبكات ونظم المعلومات التابعة لها ويتوقع أن تكلف عمليات الاختراق لشبكات ونظم المعلومات والاقتصاد العالمي ١,٦ تريليون دولار لعام ٢٠٠٥م.

٣- ومن المخاوف التي تتردد على ألسنة الكثيرين عدم وجود ضمانات لحماية المستهلك من الغش والخداع والإعلانات المضللة عبر الإنترنت، فالإعلانات عن السلع والخدمات قد تتضمن العديد من المبالغات والمعلومات المضللة للمستهلك، ومن المخاوف أيضا ضعف حجية مخرجات أجهزة التقنية الحديثة في الإثبات.

٤- إفلاس كثير من شركات المتخصصة في اقتصاد الإنترنت: مما أدى إلى عزوف الكثير عن الشراء عبر الإنترنت باعتبار أنه من الصعب على مثل هذه الشركات التي تنشأ وتختفي بسرعة أن

تطمئن الزبائن وتجعلهم يقبلون من تلقاء أنفسهم وبسهولة بالتعامل معها لشراء بضائع، والسماح لها بالحصول على معلومات لديها صلة بحساباتهم المصرفية[1].

المطلب الرابع
مجالات التجارة الإلكترونية

يمكننا شراء أي شيء عن طريق التجارة الإلكترونية: وفيما يلي قائمة بما يمكن أن تجده عبر أسواق الإنترنت:

١- المزادات.
٢- الأسواق بأنواعها: السيارات، الإلكترونيات، الألبسة، الأغذية، الهدايا والمجوهرات، مواد التجميل، ألعاب الأطفال ...
٣- السفريات
٤- البنوك
٥- الخدمات الصحية
٦- الكتب والجرائد والمجلات.

وفي دراسة عن أهم الأشياء التي يشتريها الناس عبر الإنترنت كانت النتائج على النحو التالي:

١- المشتريات المتعلقة بالسفر (تذاكر السفر، حجوزات السيارات والفنادق..) تشكل ٣٥% من المبالغ المنفقة عبر الإنترنت.
٢- تليها معدات الكمبيوتر التي تقدر بـــ ٢٦% من المبالغ.
٣- تليها مشتريات الكتب ٩,٥ %.
٤- الأجهزة والإكسسوارات ٥,٤ %.
٥- الفئات المتبقية فتشكل أقل من ٥ % من دائرة التجارة الإلكترونية[2].

---

(١) تحفظ الفرنسيين على التسوق عبر الإنترنت: حسان التليلي.
(٢) التسوق بذكاء عبر الإنترنت: جيل ت. فريز ص٢٣.

المطلب الخامس
المكونات الأساسية للتجارة الإلكترونية

أما ما يتعلق بالمكونات الأساسية للتجارة الإلكترونية فهي تضم العناصر التالية:

المنتج: وهو المصنع للسلعة أو الشركة المنتجة.

المستهلك: وهو المشتري الذي يبحث عن شراء سلعة ما أو خدمة معينة عن طريق الإنترنت.

الأسواق الإلكترونية: المتواجدة على ساحة الإنترنت[1].

بنية التطبيقات: وهي مجموعة البرامج المعدة لإجراء عمليات البيع والشراء .

الإنترنت: وهي اختصار لـ interconnected network وهي عبارة عن شبكة ضخمة من أجهزة الحواسيب المرتبطة بعضها ببعض إلكترونيا والمنتشرة حول العالم والتي يحكمها نظام تشغيلي معين.

الأنظمة القانونية: التي تحمي المستهلك، المنتجين، الحقوق الأدبية والفنية، الرسوم والضرائب.

مقدمي خدمات الدفع: هي عبارة عن شركات تقنية المعلومات لبناء خدمات الدفع.

مقدمي الخدمات الأمنية شركات الأمن المعلوماتي: وهي الشركات التي تؤمن الحماية الأمنية للأجهزة والشبكات، وكذلك تؤمن الحماية للاتصالات التي تتم مع الشبكات، وكذلك تؤمن الحماية للاتصالات التي تتم مع شبكات الإنترنت بين الشركات والمشترين.

---

(١) وسوف أذكر في المطلب الأخير من هذا المبحث بعض النماذج لهذه الأسواق..

المطلب السادس
موقف الإسلام من التجارة الإلكترونية

لا ينبغي أن نتخذ مواقف سلبية من الوسائل الجديدة المستخدمة كأدوات للتجارة: ومن بينها التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت.

فإن التسوق عبر الإنترنت والصفقات التجارية التي تتم من خلال هذه الوسيلة توفر الكثير من الوقت والمال والجهد، فقد كان التجار في الماضي يسافرون إلى البلاد المنتجة للسلع والأجهزة ليشاهدوها على الطبيعة ويتعرفوا على مميزاتها وأسعارها ويقضون الأيام والأسابيع وربما الشهور في المقارنة بين الأسعار والمعروض من السلع، أما الآن فهذا يتم من خلال الإنترنت والتاجر أو رجل الأعمال جالس في منزله وخلال دقائق معدودة ودون أية تكلفة تذكر.

لذلك كان موقفنا من التجارة الإلكترونية في العالم الإسلامي يجب أن يكون موقفا إيجابيا وأن يكون دورنا الحقيقي هو البحث عن وسائل لتجنب مخاطر هذه التجارة وتوسع قاعدة الاستفادة منها وتوفير ضمانات الثقة للمتعاملين من خلالها، خاصة وأن إسلامنا يحثنا على التعامل مع كل وسيلة تحقق لنا الفائدة.

فإن إسلامنا يأمرنا بالاستفادة من كل وسيلة تحقق لنا اليسر والمنفعة وتوفر لنا الوقت والجهد، والوسيلة في حد ذاتها لا يمكن أن تكون حراما مطلقا ولا حلالا مطلقا بل استخدام المسلم لها هو الذي يحدد الحكم عليها[1].

يقول الإمام القرافي المالكي: " وحكم الوسائل حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة"[2].

---

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (٢٢٦) ص٢٦.

(٢) الفروق: للقرافي ٣٣/٢.

ويقول الشيخ محمد الطاهر ابن عاشور: "... فموارد الأحكام ضربان: أحدهما مقاصد، والثاني وسائل:

فالمقاصد هي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، والوسائل: هي الطرق المفضية إليها، والوسيلة إلى أفضل المقاصد هي أفضل الوسائل، والوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل وإلى ما يتوسط متوسطة، ثم تترتب الوسائل بترتب المصالح والمفاسد..."[1].

إن الإسلام مع كل وسيلة جديدة تحقق اليسر والسهولة في التعامل بشرط ألا يترتب على استخدامها ضرر أو غرر سواء للبائع أو المشتري.. فكل وسيلة تحقق المنفعة لطرفي المعاملة يأمر بها الإسلام ويحث عليها.

ولقد جاء الإسلام بمجموعة من القيم والضوابط التي تحكم المعاملات التجارية، فإذا ما انطبقت هذه القيم والضوابط على معاملات المسلمين من خلال التجارة الإلكترونية أصبحت هذه التجارة مباحة شرعا، وأبرز هذه الضوابط:

منع التجارة في المحرمات، ولذلك فيجب أن تكون التجارة عبر الإنترنت بعيدة عن المحرمات من خمر وجنس وسلاح محرم وغير ذلك فهي تجارة مباحة شرعا.

الالتزام بالصدق والموضوعية في عرض البيانات الخاصة بالسلع والخدمات حتى ينتفي الغرر، وبما أن الإنترنت يتيح التعرف الكامل على السلعة من خلال صورتها المجسمة وأوصافها ومميزاتها واستخداماتها فقد انتفى الغرر.

تحقيق العدل في المعاملة، فمادام البيع والشراء يتم بالتراضي بين الطرفين ويحكمه عقد يحدد حقوق كل طرف، فالتعامل مباح شرعا.

إن هذا النوع من التجارة يتوافق تماما مع مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية الغراء، فهي جائزة شرعا:

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية: الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ص١٤٥.

وذلك لأن الشارع الحكيم قد اقتصر على وضع الأسس العامة والمبادئ الكلية في تشريعه للأحكام العملية المتعلقة بالمعاملات، والتي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، ومن ثم فليس في أحكام الشريعة الإسلامية ما يمنع من الاستفادة عبر الإنترنت في مجال التجارة طالما أن التعامل يتم في إطار القواعد الشرعية العامة.

ويمكن أن تلعب أحكام الشريعة الإسلامية دورا كبيرا في مواجهة المشكلات التي تعترض الأخذ بالإنترنت في التجارة الدولية خاصة بما يتعلق بحماية المستهلكين من الغش وعدم الصدق في المعاملات ويتم ذلك من خلال الالتزام بقواعد العقود في الشريعة الإسلامية وترسيخ مبادئ الصدق في المعاملات، والحفاظ على أخلاقيات النظام العام للمجتمع الإسلامي.

المطلب السابع
العرب والتجارة الإلكترونية

للأسف العرب بعيدون عن هذا المجال بشكل كبير.. وقد يبرر أصحاب رؤوس الأموال والمؤسسات التجارية بخطورة التجارة الإلكترونية ولكنهم بذلك يخاطرون بالتخلف عن الركب في مواجهة العالم القادم ويحتاجون إلى تثقيف أنفسهم وتثقيف الكادر الإداري ومديري التسويق والتقنية والمالية ومسئولي المبيعات حتى يتسنى تمثيل جميع القطاعات في الشركة في القرارات التي تؤخذ بشأن التجارة الإلكترونية وأنها ليست مجرد تقنية على الإنترنت فقط.. بل هي خطة لفتح منافذ جديدة للكسب وتحقيق عوائد مربحة.

ولقد أكد خبراء الاقتصاد العرب وعلماء الشريعة الإسلامية على ضرورة دخول العالم الإسلامي عالم التجارة الإلكترونية باعتبارها أحد أدوات العصر التجارية، وتوفر كثير من الوقت والمال والجهد، وأشادوا جميعهم بتجربة "دبي" في التجارة الإلكترونية.

وإذا لم تتدارك الدول العربية والإسلامية الأمر فستتضاعف تبعيتها للدول المتقدمة، وربما يكون ذلك من أسباب زيادة تخلفنا، وأصبحنا في مزيد من العزلة عما يحدث في العالم.

لذلك يجب أن يكون للبلاد العربية والإسلامية دور واضح وبارز في التجارة الإلكترونية سواء من حيث التوظيف الجيد لهذا الشكل من أشكال التجارة في معاملاتهم التجارية أو من حيث المشاركة الإيجابية في صياغة التشريعات والقوانين الخاصة بهذه التجارة بما لا يتعارض مع توجيهات الإسلام ويحقق العدل في التعامل بين البلدان الإسلامية -معظمها تصنف في قائمة الدول النامية- وبين البلدان الأوروبية والأمريكية والآسيوية المتقدمة، خاصة أن ميزان التجارة الإلكترونية سيظل لصالح هذه الدول المتقدمة اقتصاديا وحضاريا وأن مشاركة البلدان العربية والإسلامية ستظل محدودة لفترة بسبب تحفظ بعض المؤسسات التجارية على التعامل بهذه الوسيلة ولعدم شيوع الإنترنت في العالم الإسلامي بصفة عامة[1].

أسباب تخلف بعض الدول العربية عن اعتماد التجارة الإلكترونية وأثر ذلك:

فيما يلي ذكر سريع لأهم أسباب تخلف الدول العربية عن اعتماد التجارة الإلكترونية:

١- عدم توافر البنية التحتية من موارد بشرية، وبرامج اتصالات من خطوط هاتف كافيه وإنترنت..

٢- عدم توافر المهارات البشرية التي تنشئ وتشغل وتصون هذه التقنية: ففي دراسة عن السعودية تبين أن ٨٠%-٩٠% من الأيدي العاملة في هذا المجال هم من الأيدي العاملة الأجنبية.

٣- عدم توافر القوانين الخاصة لتطبيق هذه التقنية: وهذا في معظم الدول العربية فمن الضروري توفر القوانين الخاصة بتطبيق التجارة الإلكترونية وضرورة وضع معايير وقوانين خاصة لهذا النوع من التجارة.

٤- عدم توافر أنظمة أمنية لحماية المعلومات الخاصة بمستخدمي هذه التقنية:

فيجب التفكير جديا لوضع آليات حماية قوية لجميع أطراف التجارة الإلكترونية وخاصة منها المستهلك -كما سيأتي بيانه في الفصل القادم-.

---

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (٢٢٦) ص٢٤.

٥- ارتفاع تكاليف تطبيق هذه التقنية: فعلى لسان أحد المصادر: فقد قدر تكلفة إنشاء موقع تجاري كفا على الإنترنت يكلف ما يقارب ٦٠٠ ألف ريال سعودي، وقد يرتفع ذلك إلى ملايين الريالات حسب الحجم وخدمات وسلع الشركة.

أثر تخلف العرب عن ركب التجارة الإلكترونية:

لابد من تحذير الشركات والمؤسسات الخاصة في الدول العربية من التأخر في اقتناء وتطبيق تقنية المعلومات بما فيها الإنترنت والتجارة الإلكترونية لأن ذلك سيؤدي إلى خسارتهم زبائنهم وأسواقهم المحلية والعالمية لصالح الشركات من خارج الدول العربية والذين يسارعون في استخدام كل الوسائل التي تضمن لهم أسواقا وزبائن جدد في جميع دول العالم بما في ذلك الدول العربية.

المطلب الثامن

نماذج لبعض المواقع التجارية

سنذكر فيما يلي بعض المواقع والأسواق الإلكترونية العالمية والعربية:

أولا- المواقع العالمية:

- موقع Amazon.com:

لا نبالغ إذا قلنا بأن موقع Amazon.com هو من أشهر المواقع في مجال التجارة الإلكترونية والذي يطبق نظام الشراء بالبطاقة، وقد بدأ موقع amazon.com رحلته التطورية عام ١٩٩٤ حتى أضحى أكبـــر البائعين على الإنترنت في العالم، وهو اليوم يقوم بعرض الملايين من السلع على زبائنه البالغين ١٧ مليون، والقاطنين في ١٦٠ دولة في العالم، ويمكن كذلك اعتبار amazon.com من أكبر المروجين للمزاد بطريقة الـــ (on line). وتجدر الإشارة إلى أن العمل الذي كان يؤديه هذا الموقع في البدء كان مقتصرا على بيع الكتب عبر البريد الإلكتروني، لكنه دخل عالم بيع الأقراص المدمجة الصوتية (CD) والصورية (DVD) والبطاقات الإلكترونية

والبرامج وغيرها: والحق أن لائحة منتجات amazon.com تزداد حجما يوما بعد آخر، حيث يمكنك بسهولة التبضع عبر هذا الموقع واختيار السلعة التي تناسبك من بين ملايين السلع المعروضة فيه.

- **موقع ياهو.. تجارة** : http://shopping.yahoo.com

ياهو للتسوق تجمع الآلاف من التجارات المتعددة في مكان واحد حيث تمتلك ياهو أكثر من ٩٠٠٠ مركز تجاري على هذه الشبكة وهدفها أن تصبح الأكبر عالميا لصفقات الويب إلى جانب إضافة تجارة جديدة كل يوم:

إن التسوق المعروف سهل لكن ياهو تجعله أكثر راحة، ومثل جميع أقسام ياهو، قسم ياهو للتسوق منظم إلى فئات مختلفة حسب السلعة ولديه وصلات (لنكات) تمدك بالمحتويات ويوجد بها أداة بحث تساعدك على إيجاد المواد التي تريد شراءها.

موقع www.ebay.com :

أسس هذا الموقع العالمي للتجارة الإلكترونية في سبتمبر ١٩٩٥م لبيع سلع وخدمات متنوعة، واليوم يشترك عشرات الملايين من المستهلكين من مختلف أنحاء العالم للتبضع من هذا الموقع، ويقضي عدد كبير منهم أوقاتا كبيرة في التجول بين متاجر ebay الكثيرة أكثر من أي موقع آخر على الإنترنت ، ويعرض الموقع أكثر من ١٦ مليون سلعة..

ثانيا- **المواقع العربية:**

- **تجاري.كوم:** www.tejari.com

من البوابات العربية الرائدة على شبكة الإنترنت تعمل في مجال B2B فهي موجهة لخدمة قطاعات الأعمال حيث تتم من خلالها عرض منتجات أكثر من ٧٠ شركة تمثل ٦٠ ألف منتج في مختلف المجالات، وهي شركة أنشئت بناء على توجيهات سمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم: وهي جزء في التوجه نحو الحكومة الإلكترونية بدبي فيتيح تجاري دوت كوم فرصة فريدة للعملاء لاستغلال كامل مزايا إبرام الصفقات التجارية بين الشركات بدءا من صفقات الشراء

الفوري وانتهاء بالمناقصات والتوريدات ويسمح تجاري دوت كوم للمصنعين والموردين بعرض منتجاتهم وخدماتهم في السوق الإلكترونية وإن الهدف من هذه البوابة الإلكترونية: هو تشجيع التجارة الإلكترونية العربية.

- **سوق عجيب** http://shop.ajeeb.com/shop :

يحتوي على مجموعة كبيرة ومتميزة من المتاجر والمحلات على مختلق أنواعها: التقليدية والشهيرة، الصغيرة والكبيرة والبائعين المشهورين، وهناك طريقتان للتسوق: إحداهما أن تستخدم صندوق البحث الموجود أعلى سوق عجيب، وذلك بإدخال اسم المنتج، وستظهر لك قائمة للمنتجات المناسبة والطريقة الأخرى أن تتصفح خلال مجموعات متاجر عجيب وأن تقوم باختيار مختلف المنتجات التي تعجبك.

- **موقع** uaemall.com :

حصل هذا الموقع التجاري على جوائز best e-shopping site وغيرها، ويعد هذا السوق من أوائل الأسواق الإلكترونية بدولة الإمارات العربية المتحدة ويغطي المنطقة العربية بالتنسيق مع شركات من جميع أنحاء العالم من جنوب شرق آسيا والشرق الأدنى والشرق الأوسط وأوروبا وأمريكا، وله فروع عديدة في منطقة الخليج والشرق الأوسط، وهو موقع ناجح ويلاقي إقبالا كبيرا من المستهلكين لتنوع متاجره بالسلع المختلفة ومعقولية أسعاره.

- **صدف كوم**: www.sadaa f.com

وهو أول موقع سوري لبناني للتجارة الإلكترونية مختص بتسويق المنتجات والخدمات السورية واللبنانية مباشرة عبر الإنترنت.

ويتألف هذا الموقع من أقسام عدة تشمل الصناعة والتجارة والزراعة والسياحة والخدمات بالإضافة إلى قسم عرض الكتيبات الخاصة بالمنتجات (الكتالوجات).

ويهدف موقع صدف إلى فتح أسواق جديدة أمام قطاع الأعمال في سوريا ولبنان بغية تصريف منتجاتهم كما يهدف إلى تلبية احتياجات المستهلكين وتقديم خدمات من شأنها تسهيل عملية الحصول على كل ما يرغبون به من سلع وخدمات مختلفة.

المبحث الثاني
حماية المستهلك الإلكتروني

المطلب الأول
تنظيم وإيجاد بيئة قانونية للتعاملات التجارية الإلكترونية

وانطلاقا من أن التجارة بشكل عام تحتاج إلى بيئة قانونية ملائمة من أجل حفظ الحقوق والممتلكات الخاصة وسعيا نحو تحقيق الكفاءة الاقتصادية والتقدم الاقتصادي، ونظرا لأن جزءا كبيرا من التجارة الإلكترونية يتم دوليا، فإن المنظمات الحكومية وغير الحكومية الوطنية وكذا المنظمات العالمية مثل منظمة umicitral تبذل جهودا مستمرة من أجل إيجاد صيغة فنية وقانونية للتجارة الإلكترونية، نظرا لأن القوانين القائمة والتشريعات الخاصة بالصفقات التجارية وأسلوب تنظيمها ليست ملائمة للتجارة الإلكترونية، هذا فضلا عن أن كون التجارة الإلكترونية نشأت وتزايدت في الدول المتقدمة والتي تستأثر بالدراسات الخاصة بوضع النظم والتشريعات الخاصة بها، جعل مشاركة الدول النامية تكاد لا تذكر في هذا المجال، وإذا لم تستدرك الأمر ستتضاعف تبعيتها للدول المتقدمة وربما تؤثر هذه التشريعات على بيئتها الثقافية.

ورغم أن التجارة الإلكترونية لا تزال في بداياتها الأولى، إلا أنه بات من المؤكد أن تطبيق أساليبها في العلاقات التجارية بين الدول لن يكون خيارا يتم الأخذ به أو تركه، بل أنه أصبح حقيقة عالمية واقعة لا يمكن التخلف عنها، ونسبة (٤٠%) أو أكثر قليلا من عقود التجارة الدولية تتم حاليا عبر شبكة الإنترنت والتي يطلق عليها اسم (عقود التجارة الإلكترونية)، وبلغت قيمتها عام (٢٠٠٠م) ما يقارب من (٤٥٠) مليار دولار أمريكي.

آثار كثيرة سيفرضها استخدام شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) على الجانب القانوني لعملياتها المختلفة من تجارية وغير تجارية، بل أن هذه الجوانب يصعب حصرها حاليا وبالتأكيد سيصعب حصرها كلما تقدم العالم في استخدامه لهذه الشبكة سنة بعد أخرى، فكل شيء موجود في عالم الإنترنت ويكفي فقط أن تنقر على (فأرة) صغيرة حتى تدخل إلى هذا العالم

الذي أصبح فعلا قرية كونية صغيرة ، وحين تدخل يكون لك عادة أهدافك وأغراضك المتعددة التي يصعب حصرها، والتعامل التجاري بين الشركات وعملائها هو أحد أهم أنشطة الشبكة العالمية وأحد أهم فروعها النامية بقوة، وتأثيرات التعاملات التجارية التي تتم عبر الإنترنت ستترك آثارا قانونية متعددة على الإطار التشريعي الخاص بالتجارة الإلكترونية وهذا الإطار لابد يحاول إيجاد إجابات لقضايا متعددة مثل:

قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية، قانون نموذجي لأدلة الإثبات الإلكترونية، طبيعة العقد الإلكتروني وإبرامه، طبيعة التوقيع الإلكتروني، طبيعة الترميز السري (pin code) الاختصاص القضائي في حالة منازعات العقود الإلكترونية. قضايا حماية البيانات الآلية. قضايا الملكية الفكرية، قضايا حماية المستهلك الإلكتروني، الضرائب، جرائم المعلوماتية[1].

لذا لابد من تنظيم سوق الإنترنت في بلادنا العربية والإسلامية: فالمطلوب إذا دور واضح للمسلمين في صياغة تشريعات التجارة الإلكترونية ويجب أن تكون آلية حكومية واحدة تتولى هذا التنظيم تشرف على تطبيقه ومتابعته، وهذا التنظيم (أو مجموعة القوانين والتشريعات) يجب أن تشمل على المسائل التالية:

١- التركيز على إيجاد بنية تحتية فنية ملائمة لعمليات التجارة الإلكترونية.

٢- إيجاد تنظيم قانون للتجارة الإلكترونية بحيث يشمل هذا التنظيم مسائل متعددة مثل:

حماية حقوق المستهلك الإلكتروني.
حماية حقوق الملكية الفكرية والأدبية (حقوق المؤلف والمصنفات الأدبية والفكرية).
حماية العلامات التجارية والصناعية، وعلامات الخدمات، والأسماء التجارية.
ضريبة الدخل، الزكاة.

٣- إيجاد أنظمة مدفوعات إلكترونية تضمن تسوية الدفع للتعاملات التجارية الإلكترونية.

٤- يتناول التنظيم عدة مسائل قانونية مهمة مثل:

---

(١) مقال الربح والخسارة: خالد الطويل (جريدة الرياض ٢٠٠١/١٠/٣١م).

جهة الاختصاص القضائي، وسائل الإثبات، تنفيذ الأحكام..

القانون الواجب التطبيق في حالة كون أحد أطراف الدعوى شخصا طبيعيا أو معنويا يقيم خارج البلاد.

٥- إيجاد نصوص واضحة لحماية حقوق مستخدمي شبكة الإنترنت الذي وقع عليه تعد من شخص إلى آخر مثل التسلسل إلى معلوماته الإلكترونية الخاصة، أو سرقتها، أو سرقة أية معلومات تؤدي إلى الإضرار بهذا المستخدم، أو نشر معلومات خاصة تم الحصول عليها من حاسبه الشخص.

٦- توفر قوانين حماية المعلومات الإلكترونية عبر إيجاد نصوص قانونية ملزمة تتضمن تجريم بعض أنواع السلوك المخالف مثل تزوير المستندات وغيرها.

٧- تعاون جهات متنوعة لوضع هذا التنظيم: وزارة التجارة، والمالية، ومؤسسة الاتصالات والهاتف، ومؤسسات النقد، البنوك، العدل والقضاء، الشرطة...

فلابد من تعاون الجميع لوضع أسس قانون نظام التجارة الإلكترونية بجميع صورها من خلال الإعداد الجيد أمنيا وتشريعيا وفنيا.

المطلب الثاني

حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام

والحق في الإعلام -في نطاق الرابطة العقدية العادية- يعني التزام المنتج أو المهني، بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له، وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني، للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له[1]، وهذا الالتزام بالإعلام في عقود التجارة التقليدية، له ما يقابله في عقود التجارة الإلكترونية، إذ توجب تشريعات هذه التجارة عند قيام الشركات بالإعلان عن منتجاتها من سلع وخدمات -عبر

(١) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: عبد الفتاح بيومي حجازي ص٢١٩.

الوسائط الإلكترونية مثل شبكة الإنترنت- أن تذكر البيانات الكاملة للسلعة والخدمة المعلن عنها واستخداماتها التجارية وغير التجارية[1].

والمستخدم لشبكة الإنترنت -في نطاق التجارة عن بعد- يتمتع بخدمة الإعلان عن السلع والخدمات، شرط أن يلتزم بذكر البيانات الهامة عن السلعة إذا أعلن عنها عبر الشبكة وذلك حماية للمستهلك[2]، ونص مشروع التجارة الإلكترونية المصري على هذا الالتزام، وذلك لأن المستهلك قد يقض ضحية إعلان غير مكتمل البيانات، الأمر الذي يثير مشكلات قانونية عند إبرام العقد الإلكتروني[3].

والخلاصة أن المتعاقد في التجارة الإلكترونية حين يعلن عن سلعته أو خدمته أو يعرضها على المستهلك عليه ذكر البيانات الجوهرية، وإبداء النصح على نحو يحقق علم كاف وشامل للمستهلك -أو كما يسميه البعض (نفي الجهالة)- حتى يمكن القول إن إرادة المستهلك كانت حرة حال تعاقده، وأن ينأى هذا المتعاقد عن استعمال حيل أو خداع تدفع المستهلك للتعاقد غير متبصر لالتزاماته أو تعهداته المستقبلية، لأنه بصرف النظر عن أثر ذلك على صيغة العقد،فإن المتعاقد كذلك قد تقوم مسئوليته الجنائية حسب قوانين التجارة الإلكترونية[4].

والالتزام بالإعلان أو النصيحة إن ورد ضمن نصوص العقد -كما هو الحال في القانون الفرنسي- فإن الإخلال به، هو إخلال بالتزام تعاقدي قد يؤدي إلى فسخ العقد ما إن أوقع المستهلك في غلط أو تدليس تمت مباشرته قبل هذا المستهلك، وفي كل الأحوال فإنه يقيم المسؤولية التعاقدية عن هذا الإخلال قبل الطرف الآخر في العقد، وفضلا عن ذلك يملك المستهلك الذي أصابه الضرر التعويض عن هذه الأضرار متى كان لهذا التعويض مقتضى.

---

(١) المرجع السابق ص٢٢٠.

(٢) شبكة الإنترنت: د.بهاء شاهين ص١٨٠.

(٣) الحماية المدنية للمستهلك: د. أحمد الرفاعي ص١٠٥.

(٤) المادة (٥٠) من قانون التجارة الإلكتروني التونسي.

المطلب الثالث

اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان حماية للمستهلك

إن المستهلك هو الطرف الضعيف دائما في عقد التجارة الإلكترونية، ولذلك فمن العدالة اعتبار العقود التي يبرمها بهذه الطريقة هي عقود إذعان حين نرغب في تفسيرها، بحيث يكون له حق طلب إبطالها أو رد الشروط التعسفية فيها.والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها وبالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله لأنه يمثل اعتداء على مصلحته.

ويلحق بهذه المسألة، حق المستهلك في فسخ العقد بإرادته المنفردة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ استلام السلعة أو التعاقد على الخدمة، وبالتالي حقه في الرجوع. وهذا الحق يتعين تقريره للمستهلك، ويؤدي في النهاية لحماية التجارة الإلكترونية، والسبب في تقرير هذا الحق هو مراعاة الوسيلة التي تم بها التعاقد، وهي التعاقد عن بعد، عبر الشبكة، وهو ما يعكس عدم إلمام المستهلك بكل مواصفات المنتج[1]: فقد نصت المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري في شأن تفسير عقود الإذعان على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذا الشروط أو بعد أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

والحقيقة أن شركات الاحتكار في عقود الإذعان هو وصف ينطبق على الشركات الإلكترونية العملاقة في مواجهة المستهلك الضعيف، في عقد التجارة الإلكترونية، وأيا كانت الحرية الممنوحة له في المفاضلة بين السلع والخدمات المعروضة عليه، فإن الدعاية الهائلة التي تتم عبر الشبكة وكذلك القوة الاقتصادية للشركات التي تعرض السلعة أو الخدمة تجعل المستهلك في حاجة إلى الحماية، وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون تعرض لها والمتمثلة في الشروط التعسفية التي قد تضمن بالعقد.

---

(١) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ٢٣٦/١.

ونخلص مما سبق إلى أن القواعد العامة في القانون المدني، خاصة فيما يتعلق بعقود الإذعان، تحمي الطرف الضعيف في العقد، ولذلك إذا انتهى الرأي إلى أعمال هذه القواعد في شأن حماية المستهلك، في عقد التجارة الإلكترونية، وبوصفه الطرف الضعيف فإن ذلك يحقق له حماية واسعة خاصة فيما يتعلق بتفسير العقد أو رفع الشروط الجائرة التي بها تعسف قبله، فإن ذلك كله مرتبط بتوافر القناعة في أن عقد التجارة الإلكترونية هو عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، ولذلك وبصرف النظر عن الحماية في القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية يعد أفضل وأسرع في حماية المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في هذه العلاقة[1].

المطلب الرابع
حق المستهلك الإلكتروني في الخيار

تعريف الخيار: الخيار هو طلب خير الأمرين: من إمضاء العقد أو فسخه[2]، فيكون المستهلك مخير بين هذين الأمرين، والأصل في البيع اللزوم متى استكمل شروطه، لأن القصد منه نقل الملك وقضية الملك التصرف وكلاهما فرع اللزوم إلا أن الشارع أثبت فيه الخيار رفقا بالمتعاقدين وحماية لهما...

أنواع الخيار: والخيار أنواع كثيرة أوصلها بعض الفقهاء إلى ما يقارب العشرين نوعا هما خيار المجلس، خيار الشرط، خيار الغبن، خيار العيب، خيار الوصف، خيار التدليس، خيار الغبن، خيار الرؤية، والذي يهمنا في بحثنا: في حماية المستهلك الإلكتروني خيار الرؤية:

خيار الرؤية: تعريفه: وهو إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن رآه عند العقد أو قبله، والمستهلك الإلكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق

---

(١) المرجع السابق ١/٢٤٤.

(٢) الروض المربع: الشيخ منصور البهوتي ص١٧٢.

الإنترنت لم يكن قد رأى البضاعة وإنما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة التي أمامه: فإذا ما استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه.

دليله: والأصل في مشروعيته ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه"[1] واستدلوا أيضا بما روى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه ابتاع أرضا من طلحة لم يكونا رأياها فقيل لعثمان: غبنت!!، فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار"[2].

حكمه: فكما هو ظاهر الحديث: فإن المستهلك الإلكتروني إذا وصلته السلعة المطلوبة وقبضها ورضي بها بعد الرؤية كان ذلك مانعا من الفسخ لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ، أما إذا وجد السلعة على غير الوصف المطلوب أو الصورة المرغوبة فحينئذ يكون له الخيار في الإمضاء والقبول بالعقد أو الفسخ ورد السلعة لصاحبها واسترداد الثمن الذي يكون قد دفعه.

مدته: يبدأ خيار الرؤية من رؤية المحل وتستمر إلى أن يصدر ممن له الخيار ما يدل على رضاه بالمحل أو فسخ العقد، كما ينتهي بحصول ما يسقطه (كتصرف المستهلك بالسلعة مثلا..).

والخلاصة أن خيار الرؤية ثابت شرعا للمستهلك الإلكتروني حماية له من أي تلاعب أو تغرير أو تدليس من الباعة الإلكترونيين وبالتالي نلاحظ كيف أن الشارع الحكيم شرع من الأحكام ما فيه مصلحة وحماية للمستهلك الإلكتروني.

---

(١) أخرجه الدارقطني في كتاب البيوع ٣/٤، والبيهقي (١٠٢٠٥) ٥/٢٦٨، وابن أبي شيبه ٤/٢٦٨.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠٢٠٤) ٥/٢٦٨.

المطلب الخامس
احترام حق الخصوصية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني

يجب احترام سرية البيانات الخاصة بالعملاء -بوصفهم مستهلكين- وكذلك احترام حقهم في الخصوصية، وهذا يقتضي الالتزام بعدم نشر أو بث أي بيانات تتعلق بشخصياتهم أو حياتهم والبيانات المصرفية الخاصة بأحد العملاء، ولا يتم الاحتفاظ بهذه البيانات سوى لمدة محدودة، تتعلق بالنشاط التجاري أو العملية التي يقوم بها العميل، من جهة أخرى لا يجوز لأية جهة التعامل في هذه المعطيات سوى بعد الحصول على موافقة كتابية من صاحب الشأن(١).

من هنا يتحتم حماية البيانات الشخصية للمستهلك في التجارة الإلكترونية: وهذه البيانات الشخصية للمستهلك محل اعتبار وحماية في التشريعات المقارنة، بما فيها التوجيهات الأوروبية الصادرة في شأن التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك(٢).

والبيانات الشخصية التي تتعلق بمسالك الشخص في الائتمان ذا علاقة وثيقة بالتجارة الإلكترونية، فالبنوك قبل منح أية تسهيلات لعملائها تجري تحريات دقيقة ومفصلة عن مسلك الشخص ومركزه المالي، وذلك عن طريق إدارة للمعلومات تتبع هذه البنوك.

ويجوز الاحتفاظ بالبيانات الاسمية لمدة محدودة وعند الانتهاء من تنفيذ عقد التجارة الإلكترونية يجب محو هذه البيانات المتعلقة بهذه الصفقة حماية على سرية البيانات وحق المستهلك في الخصوصية، ويحظر التعامل في البيانات المتعلقة بالمستهلك إلا برضاه، كما أن رضا المستهلك بتجميع هذه البيانات وتخزينها لا يعني حرية تداول ونقل المعلومات إلى الكافة.

ومما لاشك فيه أن الحفاظ على بيانات المستهلك في التجارة الإلكترونية، تورث الثقة في هذه التجارة طالما أن البيانات في مأمن من الاختراق والسرقة ومن ثم إساءة استعمالها، الأمر الذي يؤثر إيجابيا على هذه التجارة، ويدفع الأشخاص إلى التعامل بموجبها(٣).

---

(١) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ١/٢٣٩.

(٢) الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية: د.مدحت رمضان ص٧٩.

(٣) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ١/٢٣٦.

المطلب السادس
نصائح مهمة للتسوق الآمن عبر الإنترنت

يتحفظ الذين يستخدمون الإنترنت في حياتهم اليومية يتحفظون كثيرا على التبضع عبر هذه الوسيلة، وقد أفادت عملية سبر آراء لدى الزبائن الأوروبيين بأن سبعة عشر بالمائة فقط من مستخدمي الإنترنت في فرنسا يقولون أنهم استخدموا على الأقل مرة واحدة هذه الأداة لشراء أشياء، وترتفع النسبة إلى خمسة وعشرين بالمائة عند الهولنديين وإلى خمسة وثلاثين بالمائة عند الألمان، بل إن زيادة حجم مشتريات الزبائن الفرنسيين عبر الإنترنت كانت تقدر سنة ١٩٩٩ بثمانية وأربعين بالمائة فانخفضت النسبة إلى ستة عشر بالمائة في سنة ألفين.

ويعزى عزوف الفرنسيين عن التسوق بواسطة الإنترنت أساسا أي خوفهم من السطو على البيانات الخاصة بحساباتهم المصرفية أثناء الدفع بواسطة بطاقات الائتمان.

وقد أكدت عملية سبر آراء أجريت حول الموضوع أن سبعين بالمائة من مستخدمي الإنترنت يعتقدون اليوم أنه من السهل جدا السطو على الحسابات المصرفية من خلال القرصنة التي تستهدف هذه البطاقات[1]، أو من أجل أن بعض المواقع التجارية تكون عبارة عن مواقع وهمية هدفها الاستيلاء على أموال الناس أو تبعيتهم بضائع وسلع مغشوشة أو ذات جودة متدنية:

ومن أجل تسوق آمن عبر الإنترنت فيما يلي جملة من النصائح والإرشادات الهدف منها تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك الإلكتروني في جميع مراحل البيع والشراء:

الإرشادات العامة:

١- تفضيل التعامل مع المواقع التجارية المعروفة التي تحظى بسمعة طيبة وتجنب المواقع غير المعروفة وخاصة الأجنبية منها: فإذا كانت تلك الشركة معروفة ومحترمة في جماعة الإنترنت فيمكنك الاطمئنان إلى أن التاجر سيقوم بكل ما في وسعه للمحافظة على سمعته الجيدة.

---

(١) تحفظ الفرنسيين على التسوق عبر الإنترنت: حسان تليلي.

٢- الإطلاع اطلاعا جيدا ودقيقا على شروط البيع والشراء بواسطة هذا الموقع قبل إبرام أية صفقة: وبخاصة شروط التوصيل وشروط الاسترجاع.

٣- تجول قبل أن تشتري بين مواقع مختلفة تتضمن السلعة التي تريد شراءها لكي تحصل على ما تريد تماما وبحيث تتمكن من المقارنة بين الأسعار والمواصفات الخاصة بكل سلعة معروضة.

٤- استفد من تجارب غيرك واسألهم عن أفضل المواقع الآمنة التي بالشراء منها.

٥- ومن الملاحظات التي يجب مراعاتها عند التسوق الإلكتروني التحقق من موقف الشركة التي تنوي الشراء منها من موقع (better business bureau) أو بطلب الكتلوج الخاص أو معلومات عنها بالبريد قبل التعامل معها.

٦- الاهتمام بالمحافظة على سرية كلمة المرور الخاصة بك على جميع المواقع.

٧- هناك بعض المواقع التي تقدم خدمة التأكد من موثوقية مواقع البيع على الإنترنت.. ومن هذه المواقع www.truste.com , www.bbbonline.org , www.bizrate.com :

٨- التأكد من أن الشركة لديها رقم هاتف ثابت وتأكد من خلال دليل الهاتف أن الرقم المذكور مسجل باسم هذه الشركة.

٩- عدم شراء أي شيء ما لم تكن قد شاهدت صورة عنه.

١٠- ابدأ الشراء بكميات قليلة من موقع ما للتأكد من موثوقيته.

١١- تأكد من أن الشركة التي تريد الشراء منها تدعم التعويض والاسترجاع قبل أية عملية شراء.

١٢- تسوق من المواقع التي توفر ضمانات التسوق الآمن أو تأمينا للعميل.

١٣- اعرف تكلفة الشحن، ورسوم المعاملات وشروط الدفع قبل الموافقة على أي شيء: وخاصة في عمليات البيع بالمزاد العلني التي تتم عبر الإنترنت.

١٤- شدد على الخصوصية ويجب إلقاء نظرة على نهج الخصوصية المطبوع في موقع التاجرعلى الويب.

١٥- اعرف نوعية ما سيتم شراؤه قبل التقدم بالطلب: فيجب التأكد من أن كافة الأسئلة قد وجدت حلا لها تبديد المال، ويجب إجراء بحث حول المنتج المقدم عبر الإنترنت، ومراجعة موقع الشركة المصنعة على الويب، وتحديد مراجعات المالك المستخدم، والتحقق من دليل التصنيف بالنسبة إلى قيم وشروط البضائع القيمة.

١٦- قبل إرسال أية معلومات إلى الموقع الذي ستشتري منه تأكد من صحة البيانات والأرقام الخاصة بقيمة مشترياتك وتفاصيل بطاقتك الائتمانية.

١٧- الاحتفاظ دوما ببراهين وأدلة مكتوبة حول الصفقات التي تتم عن طريق الإنترنت ويا حبذا لو تصور كل عملية أو الاحتفاظ بنسخة من أمر الشراء في كل مرة تشتري بها عبر الشبكة وقم بطباعته مع الاحتفاظ بنسخة منه في القرص الصلب (hard drive) وهذا الأمر ضروري عندما يكون عندك تساؤلات عن بضاعتك المشتراة أو عندما تحتاج إلى استبدالها، علما بأن العديد من الشركات ستقوم أيضا بإرسال بريد إلكتروني لك يؤكدون من خلاله عملية الشراء، لذلك قم بطباعة هذه الرسالة الإلكترونية واحتفظ بها.

١٨- تفقد البضاعة حين استلامها، لتتأكد من أنها مطابقة تماما للبضاعة المطلوبة.

١٩- ولمزيد من المعلومات عن الشراء الآمن من الإنترنت يمكنكم زيارة الموقع www.safeshopping.org

المطلب السابع

استخدام بطاقات الائتمان في عمليات الشراء الإلكتروني

من أهم جوانب التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت: شيوع بطاقات الائتمان "فيزا كارت وماستر كارت" وغيرها.. وشيوع أرقام هذه البطاقات عبر الإنترنت من خلال المعاملات قد يعرضها لمخاطر جمة. كما حدث مؤخرا من عمليات قرصنة على بعض البطاقات بعد الحصول على أرقامها من الإنترنت والتعامل بها دون أن يدري أصحابها.

من هنا يؤكد الدكتور عبد الهادي النجار على ضرورة وجود ضمانات لسرية بيانات هذه البطاقات ونشر الوعي بين المتعاملين بها حتى لا تترك أرقامها وبياناتها على الإنترنت وتكون عرضة لأعمال القرصنة.

والجانب الآخر الذي يحذر منه الدكتور عبد الهادي النجار ألا تكون التجارة الإلكترونية وسيلة لنشر التعامل بالربا من خلال البطاقات التي تصدر البنوك التقليدية والتي تتضاعف عليها الفوائد الربوية.

ولذلك يطالب الدكتور النجار البنوك الإسلامية بالتوسع في إصدار هذه البطاقات لعملائها من خلال الضوابط الشرعية وبعيدا عن المعاملات الربوية[1].

مخاطر استخدام بطاقات الائتمان :

لعل مخاطر سرقة أرقام بطاقات الائتمان وبياناتها من أهم المشاكل التي تشغل بال المستهلكين للخطورة التي تكمن في حفظ هذه البيانات والأرقام الخاصة ببطاقات الائتمان في قواعد بيانات يمكن الوصول إليها عبر الإنترنت: فمثلا نستخدم بعض المتاجر أو الشركات المصنعة للبضائع شركات تقنيات المعلومات لبناء خدمات الدفع الإلكتروني المباشر، بالإضافة إلى بناء صفحاتهم الرئيسة، بحيث يتم تخزين جميع البيانات والمعلومات للمتجر عند هذه الشركة المسؤولية عن تطوير وتحديث صفحاتهم ومعاملاتهم الإلكترونية، وبالتالي يجب على المتجر هنا أن يعرف من هو

(١) مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (٢٢٦) ص٢٧.

المسؤول عن تخزين هذه البيانات من قبل هذه الشركة، وما الذي يمكن فعله في حالة سرقة هذه البيانات الهامة الخاصة بعمليات الدفع.

كما يجب على التاجر أن يعرف المسؤوليات القانونية المترتبة عليه إذا استخدم شركة ما للتحقق من بطاقات الائتمان، ويمكن لهذه الشركة التحقق منه والتصديق على مدفوعات بطاقات الائتمان على الإنترنت فوريا.

الإرشادات التي تخص استخدام البطاقة الائتمانية:

لحماية نفسك بشكل كامل اتبع النصائح الذهبية التالية:

١- لا تعط أبدا تفاصيل وبيانات وأرقام بطاقتك الائتمانية عبر البريد الإلكتروني أو عبر غرف المحادثة.

٢- تذكر أن تقوم شهريا مراجعة الكشف الخاص ببطاقة الائتمان لعمليات الشراء التي تتم عبر شبكة الإنترنت، ولابد أن يكون واضحا لك هنا أن أسماء بعض الشركات التي اشتريت منها قد يختلف أحيانا عن اسم موقعها على الإنترنت.

٣- استعمل بطاقة ائتمانية واحدة فقط للشراء عبر الإنترنت وخصصها لهذا الغرض حتى يسهل عليك اكتشاف أي محاولة لاستعمال بطاقتك، واحرص على أن يكون رصيد هذه البطاقة متماشيا مع قيمة مشترياتك عادة عبر الإنترنت.

٤- استعمل دائما موقع مؤمن (secure website) الذي يحافظ عادة على بيانات وأرقام بطاقتك الائتمانية التي ستستعملها في الشراء، وستكون قادرا على تحديد ما إذا كان الموقع الذي تريد الشراء منه موقع مؤمن أم لا عندما ترى علامة قفل معدني صغير تظهر أمامك في أسفل الشاشة في الموقع الذي ستشتري منه، ويبدأ الموقع المؤمن عادة بأحرف https: بدلا من أحرف http: حيث يشير خرف (s) إلى موقع مؤمن (secure)، ويعني الموقع المؤمن أن معلومات وبيانات وأرقام بطاقتك الائتمانية تم إخفائها قبل أن ترسل عبر الإنترنت إلى موقع الشركة ولا يمكن لأحد الإطلاع عليها أو سرقة معلوماتها.

٥- تعامل مع المواقع التي تعتمد sll (الرمز السري للأمان عبر الإنترنت) من أجل حماية معلومات الدفع والخصوصية.

٦- أن لا يتم خصم المبلغ من حسابك وإدخاله في حساب الشركة البائعة لحين شحن المنتج الذي طلبته إليك.

٧- تأكد من أن جميع المعلومات تمر من خلال اتصالات عبر خطوط مشفرة وآمنة.

٨- تأكد من وجود قفل مغلق أسفل المتصفح عند القيام بعملية الشراء.

٩- استخرج بطاقة ائتمانية ذات رصيد محدود بحيث إذا تم سرقة رقم البطاقة فلن يكون هناك الكثير لتخسره.

١٠- واحذر أن تستخدم حسابك المباشر حتى لا يتم شفط الرصيد كله من قبل القراصنة.

١١- إذا كنت حقا خائفا من دفع ثمن شيء اشتريته عبر الإنترنت، فيمكنك التقدم بطلب الشراء عبر الإنترنت ثم توفير رقم بطاقة الائتمان بواسطة الهاتف أو إرسال شيك شخصي بالبريد مع إخراج مطبوع للطلب.

١٢- وهناك أساليب وحلول أخرى للدفع الآمن عبر الإنترنت منها:

تشفير وتأمين صفحة الشبكة encrypted secure web page : وهذا يضمن عدم قراءة أي معلومات ترسل بين المستخدم وصفحة الشبكة من قبل مستخدم آخر. وتستخدم تقنية البروتوكولات الـــ HTTP و SSL.

بطاقة ائتمان خيالية VIRTUAL CREDIT CARD : وهنا يفتح المستخدم حسابا مع بنك إنترنت خيالي، ويوفر له وسيلة مأمونة لتسديد قيمة البضائع.

رموز خيالية VIRTUAL TOKENS : وهنا يشتري المستخدم حسابا لدى بنك الإنترنت ويتلقى رموزا إلكترونية بالمقابل ويمكن استخدام هذه الرموز لشراء المنتجات.

١٣- تنظيم إصدار الفواتير أو الدين المباشر ORGANIZED BILLING OR DIRECT DEBIT : يقدم المستخدم بريدا إلكترونيا للبائع الذي يصل بدوره معهم بواسطة الهاتف أو الفاكس ليطلب تفاصيل بطاقة الائتمان.

١٤- رسائل البريد المموهة(المشفرة) ENCRYPTED MAIL MASSAGES : وهنا يرسل المستخدم الطلب مع تفاصيل بطاقة الائتمان وبواسطة رسالة بريدية مموهة تمكن البائع فقط من حل رموزها وهذه الطريقة تستعمل التقنية المسماة : p g p[1]

١٥- اعتماد البطاقات المصرفية الذكية: يعتمد المستهلك العصريون على بطاقات مصرفية (ذكية) SMART CARDS من أجل تسديد أثمان مشترياتهم، وبصورة خاصة في فرنسا، حيث تقوم أربع شركات بإنتاج هذا النوع من البطاقات، والواقع أن الجيل الجديد من البطاقات ذو مستوى رفيع من الأمان، حيث لم يحصل أي اختلاس مع الأنواع الحديثة من البطاقات الذكية، وتعمل أنظمة تشفير البطاقات الحديثة بمنوال ٧٦٠ بتا أو ٢٠٤٨ بتا، ما يجعل أمر فك التشفير عملية مستعصية[2].

المطلب الثامن

المعاملات المصرفية الآمنة عبر الإنترنت

تعتمد التجارة الإلكترونية اعتمادا كليا على المعاملات المصرفية التي تتم عبر الإنترنت: فلقد تنوعت الأعمال المصرفية، وتغيرت طرق تقديم المصارف لخدماتها، فتولدت فئة جديدة من العملاء تطلبت عمليات تداول ذات طاقات استيعابية تناسب الأحجام الكبيرة للمدفوعات بين الشركات، وتحقق البيع المباشر للمستهلك عبر الإنترنت، وتولدت بالتالي فرص للتعامل المباشر بين المستهلك والشركات، وبدأت هموم هذه الشركات تتوجه إلى عمليات مالية أكثر تفاعلية مع الشبكة، والمشاركة في التطورات المستقبلية، من تقانة إدارة النقد بوساطة البرمجيات المحمولة

(١) إدارة الأعمال الإلكترونية: يوسف محمد النفيعي وراشد الحملد ص

(٢) البطاقات الذكية في تطبيقات التجارة الذكية (جريدة الرياض).

باليد إلى المشبوكة.

وفي نفس الوقت احتاجت هذه البرمجة إلى شفافية عالية جدا من الأمن في تبادل الملفات المصرفية عبر الشبكة خشية العبث فيها أثناء عمليات المرور من مصرف لآخر، ونظرا لعدم توفر هذه الشفافية بالمستوى المطلوب لجأت أكثر المصارف إلى تكنولوجيا التشفير التي تحقق أمنا أكبر من أمن الشفافية.

وفي نيسان ١٩٩٩ وضعت اللمسة الحقيقية الأولى المتعلقة بالأمن مستخدمة نظام (IDENTRUS) المنبثق عن حقل الخدمات التجارية والمبشر بسلسلة من الخدمات الأمينة بكل جزئياتها من النقل إلى توقيع العقود إلى عمليات الشراء والإجراءات الحكومية والمدفوعات باستخدام التوقيع الإلكتروني لما له من فضل كبير على التجارة الإلكترونية بالصيغة القانونية التي أقرتها حكومات الاتحاد الأوروبي ١٩٩٩، ولكونه عالم جديد من الخدمات التي تقدمها الإنترنت، ولكن في المحصلة سيكون هذا القانون كغيره مدعاة للتزوير والاحتيال، والآلات الإلكترونية تشكل خطرا ما على التحقق الإلكتروني بنفس القدر الذي تبرز فيه كأدوات تسهيلية وقد تعيق الإفادة الكاملة من هذه التجارة سيما تلك التي لا تعتمد على المواقع الجغرافية، فالحوالات وتداول الأسهم وعمليات الشراء عبر الإنترنت تكتفي بإدخال اسم المستخدم وكلمة العبور فيكون العميل قد فتح صفحته الخاصة والتي في حقيقة الحال ليست له ويتم بذلك تنفيذ إرادته في عمليات السرقة أو غيرها كالتزوير أو نقل الحساب أو إضافته إلى حساب متعامل آخر، هذا كحالة أولى أما الثانية والثالثة والرابعة فتتعلق بإثبات هوية المتعامل في نقطتين الأولى البطاقات الذكية والثانية بصمة الإصبع والثالثة صورة الوجه ويمكن في جميعها توفير حالة الاحتيال[1].

وعلى الرغم من أن قطاع البنوك في أمريكا استخدم شبكات الكمبيوتر منذ وقت مبكر نسبياً، من خلال الأنظمة الخاصة التي تعتمد على كمبيوتر شخصي ومودم، إلا أن السنتين الأخيرتين من القرن الماضي شهدتا إقبالاً غير مسبوق من هذا القطاع، على إعادة بناء

(١) إدارة الأعمال عبر الإنترنت والتوقيع الإلكتروني: هشام محمد الحرك (www.morocco-today.com)

استراتيجياته، واستخدام شبكة الإنترنت لتوفير خدماته من خلالها، واستحداث خدمات جديدة من شأنها أن تبسط حضور هذه البنوك في أسواقها التقليدية، وعبر أسواق دول العالم أيضاً، ما دامت الفرص موجودة، وتكلفة التوسع منخفضة، والخدمات مميزة بنوعيتها وجدتها، وما دامت السياسات المستقبلية ترسم بمرونة وتحلل من البيروقراطية وأعبائها[1].

ولئن أبدت البنوك الأوروبية بعض التردد في البداية، فإنها بدأت تستشعر المنافسة القادمة من أمريكا، مع نمو التجارة الإلكترونية في بلدانها وحولها، مما دفع معظمها إلى إعادة النظر في خططها المستقبلية، فبدأت بتقديم الخدمات الإلكترونية المرتكزة إلى شبكة الويب، بينما سعت بعض النماذج الوطنية المحدودة إلى اختبار إمكانية العمل على مستوى أوربا كلها، على الرغم من بعض الاختلافات في النظم والقوانين المؤثرة في أعمالها، والتي لا تراها إلا عائقاً مؤقتاً سرعان ما تذيبه إجراءات استكمال الوحدة الاقتصادية الأوروبية الشاملة، وتوحيد القوانين والتشريعات.

وتسعى الآن العديد من الشركات العربية لممارسة التجارة الإلكترونية، لكنها لا تجد في بلدانها مصارف جاهزة لهذه الخدمة، فتلجأ إلى مصارف البلدان المتقدمة، على الرغم من الصعوبات القانونية واللوجستية، المرتبطة بهذا الوجه.

وسوف تستقطب مدينة دبي للإنترنت العديد من نشاطات الشركات العربية، إذا وفرت هذه الخدمات، وربما يعزز هذه الفرصة، وجود شركات لتطوير مواقع ويب، ضمن المدينة.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة نجد أن مجموعة بنوك الإمارات والتي تضم بنكي:

الإمارات الدولي والشرق الأوسط تتصدر البنوك العربية من حيث الاستعداد والإنجاز لتطبيقات التجارة الإلكترونية، والخدمات المصرفية عبر شبكة الإنترنت.

ويتمثل ذلك بخدمة "بنك نت" التي تتيح القيام بالعديد من الوظائف، مثل كشوف ومراجعة الحسابات، والتحويل بينها، وتسديد أقساط البطاقات الائتمانية، ودفع فواتير الهاتف والكهرباء

(١) المعاملات المصرفية عبر الشبكة (مجلة الإنترنت العالم العربي الإلكترونية: العدد (٥) مارس ٢٠٠١م) ص٢٤.

وتتيح للزبائن بنكاً نقالاً عبر العالم، رفدته حديثاً بما يمكن تسميته تجاوزاً "بنك الجيب" عند إطلاقها الخدمة المصرفية عبر الهاتف النقال (GSM).

وخدمة "بنك نت" ليست جديدة على مستوى العالم، ولكنها الأولى في العالم العربي، وما تزال تتطور منذ إطلاقها نهاية عام ١٩٩٧. وترفد مجموعة بنك الإمارات خدمة "بنك نت" بتحسينات وخدمات جديدة آخرها خدمة الاتصال اللاسلكي عبر الهاتف المحمول (www.bankgsm.com)، والتي تعتبر حديثة الولادة على مستوى العالم، ويكون بذلك بنك الإمارات أول من يقدم هذه الخدمة في العالم العربي.

وقد شهدت الإمارات أيضاً خلال العام ١٩٩٩ إطلاق بنك دبي الوطني لخدمته الإلكترونية (www.nbd.co.ae)، فأصبح بمستطاع زبائنه الوصول إلى حساباتهم ومتابعتها من خلال زيارتهم لموقع البنك الافتراضي باستخدام برنامج التصفح.

وتعد مواقع البنوك الإماراتية الثلاثة : الإمارات الدولي، والشرق الأوسط، وبنك دبي الوطني بالإضافة إلى بنك الاتحاد الوطني (www.unb.co.ae) نموذج متقدم في استخدام الإنترنت وتطبيقات التعاملات المصرفية في العالم العربي وتحتوي هذه المواقع على معلومات شاملة عن كيفية الإفادة من خدماتها، بالإضافة إلى نماذج اشتراك فيها من خلال الموقع ولكنك لا تزال تحتاج إلى طباعة هذه النماذج وتسليمها إلى البنك باليد. على الرغم من الاتصال عبر جهاز خادم آمن ، وتقنية تشفير بسعة ١٢٨ بيت. وربما يعود ذلك إلى حاجتك لتوقيع طلبك،كما تفعل في الطرق العادية عند الاشتراك بمثل هذه الخدمات.

بقي القول إن أي تقدم في قطاع المعلومات والاتصالات لابد أن يكون محروساً بخطة وطنية للمعلومات، ترسم السياسات، وتحدد الأهداف، وتضع الأولويات، وتراقب التدفق المعلوماتي وأثره على المجتمع في هذه الدولة وفي غياب هذه الخطة لا يمكن أن يكون للمعلومات وتقنياتها ذاك الأثر المرجو منها. كما أن وجود خطة معلومات وطنية يعني أن إمكانية وجود تحالف في الرؤى المعلوماتية بين دول الإقليم الواحد.

وعلى الرغم من هذا التطور المذهل في قطاع المعلومات والاتصالات في دولة الإمارات العربية المتحدة؛ إلا أن وجود خطة وطنية ترسم تدفق هذا القطاع وتطوره سيؤدي بازدهار هذا القطاع وما ينتج عن ذلك من انعكاسات إيجابية على شتى القطاعات والميادين[1].

البنوك الإسلامية الإلكترونية:

يسعى بيت التمويل الخليجي لتبوء موقع الريادة في عالم البنوك الإسلامية عن طريق إنشاء أول بنك إسلامي على شبكة الإنترنت.

والهدف من وراء مثل هذه البنوك تلبية احتياجات المسلمين عبر العالم، ولن يكون كغيره من البنوك على شبكة الإنترنت بل أنه كيان مستقل سيلبي احتياجات كل من يبحث عن المنتجات والخدمات المتميزة والمتفقة على مبادئ الشريعة الإسلامية.

وصرح الدكتور رامي سعيد والذي يمثل صندوق التكنولوجيا والذي أنشئ حديثا من قلب المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص وبيت التمويل الخليجي أن السمة الأساسية التي يجب أن تتوافر في مثل هذه البنوك هي استيفاؤها للقوانين والأنظمة التي تطبق على البنوك التقليدية، وهذا ما سيعمل بنك الإنترنت على تحقيقه.

وأضاف: إنه على يقين بأن هذا المشروع سيلبي كافة أهداف الصندوق والتي تقوم على الإسهام في تنمية قطاع التكنولوجيا في دول مجلس التعاون والشرق الأوسط وشمال إفريقيا عن طريق الاستفادة من الصورة التكنولوجية والعمل على تقديم استثمار يسهم في تحقيق عائد مرتفع على رأس المال.

كما صرح مدير عام الخدمات المصرفية الاستثمارية في مصرف البحرين الشامل ش.م.ب.م عضو اللجنة التأسيسية في البنك الدكتور جميل جارودي بأن الإنترنت كأداة مصرفية لها القدرة على إحداث ثورة في عالم المصارف والمساعدة في زيادة رضى العملاء من خلال المنتجات المالية

(١) المرجع السابق .

والخدمات التي تركز على تلبية احتياجات كل منهم[1].

وتوفر البنوك الإلكترونية عن طريق الإنترنت الخدمات التالية:

- تسهل متابعة أموالك عن طريق الاتصال بالإنترنت.
- دفع الفواتير.
- تحويل نقودك ما بين الحسابات الادخارية والحسابات الجارية، والحسابات الاستثمارية.
- كما يسمح لك سماسرة الأسهم المتصلين بالإنترنت بتتبع محفظتك المالية بلا تأخير[2].

المطلب التاسع
جرائم الإنترنت التجارية

هذا الاقتصاد الجديد ظهر معه مجرم إلكتروني جديد مختلف عما قبله، وهو ذكي مثلما الاقتصاد الجديد يستند إلى الذكاء والفطنة، ويصعب حصر الجرائم الممكن ارتكابها ضد أشخاص طبيعيين كالأفراد أو أشخاص معنويين مثل الشركات عبر شبكة الإنترنت، فكل ما يمكن تصوره من جرائم غير جسدية يمكن ارتكابه على شبكة الإنترنت ويصل أبسط الجرائم الإلكترونية إلى إرسال مواد إباحية بريدك الإلكتروني أو إرسال فيروس إلكتروني، ولا يتوقف آخرها عن سرقة معلوماتك وملفاتك الآلية وسرقة أرقام بطاقة ائتمانك، وغيرها من أنواع الجرائم الإلكترونية.

قديماً، قبل الإنترنت، كان المجرم يخاطر بحياته من أجل ارتكاب جريمته، الآن وفي عصر الإنترنت يكفي أي خارج عن القانون من مروجي المواد الإباحية إلى عصابات المافية أو محترفي غسيل الأموال أو تجار المخدرات استعمال الإنترنت في ارتكاب جرائمهم دون التحرك بشكل عملي ملموس، وبالتالي فإن هذه الشبكة المعلوماتية الضخمة جلبت معها نطاقها القانوني الجنائي

---

(١) جريدة الرياض العدد ١٤/١٠/٢٠٠٠م.

(٢) راجع الموقع الإلكتروني: www.noorservices.net

الخاص الذي لا بد من تطويره لكي يكون رادعا لكل من أراد استغلال الإنترنت في أمور مخالفة ممنوعة وهي مثال بسيط على الجريمة الإلكترونية التي سيزداد نطاقها واتساعها وطبيعتها كلما أمعن العالم في استخدام شبكة الإنترنت[1].

وأكثر الجرائم الإلكترونية شيوعا في مصر: الاستخدام الغير مشروع لبطاقات الائتمان الإلكترونية، حيث تكلف الحكومة المصرية حوالي ٤ ملايين جنيه سنويا تحتملها البنوك المصرية.

وبالرغم من الإيجابيات الكثيرة للإنترنت إلا أنه مع مرور الوقت بدأت السلبيات بالظهور حيث استغل القراصنة ولصوص المعلومات الشبكة لتبدأ "جرائم الإنترنت" التي غيرت مفهوم الجريمة العادية لتصبح أشد تأثيرا وأسرع انتشارا وأكثر تنوعا. والأهم أن ضبط مرتكبيها وإقامة الدليل عليهم يكاد يكون مستحيلا وجرائم الإنترنت وصلت إلى حد تشويه صور الدول والتجسس عليها وإهانة الديانات وتهريب المخدرات بالإضافة إلى الجرائم اللاأخلاقية مثل إنشاء المواقع الجنسية والترويج للأفكار الشاذة والسب والقذف ونشر الفضائح والجريمة المالية مثل النصب في عمليات التجارة الإلكترونية واستغلال الأرقام السرية للفيزا كارت في سحب أرصدة أصحابها.

والطالب الجامعي الذي تمكن من سحب آلاف الجنيهات من حسابات الفيزا من أحد البنوك الاستثمارية بعمليات حسابية معقدة، كما تم ضبط أحد الأشخاص أثناء مساومته إحدى شركات المياه الغازية طالبا رشوة حتى لا يقوم بوضع صورة زجاجة مياه غازية تحمل اسم الشركة وبداخلها حشرة على موقع بالإنترنت، لذلك احتلت جرائم الإنترنت جانبا هاما في مناقشات وزراء الداخلية العرب الذي عقد مؤخرا في بيروت وطالبوا في توصياتهم بضرورة صياغة مشروع قانون جديد للاتصالات لمواجهة خطورة هذه الجرائم.

إن من أهم الجرائم التي تحتاج إلى توعية هي نصب واحتيال على الشبكة بغرض استغلال الأرقام السرية لبطاقة الائتمان للشخص الذي يدخل على مواقع النصابين الذي تتعدد طرقهم للحصول على الأموال من الأفراد بداية من إنشاء موقع بأسماء شركات تجارية كبرى لبيع منتجات وهمية يجذبون الأفراد إليها بأسعار زهيدة.

---

(١) الربح والخسارة: خالد الطويل (جريدة الرياض العدد ٣١/١٠/٢٠٠١م).

خطورة الجرائم الإلكترونية وصعوبة إثباتها جعلت نسبة كبيرة من رجال الأعمال يرفضون إجراء أي عمليات تجارية من خلال شبكة الإنترنت مما دفع القائمين عليها إلى محاولة إعادة الثقة عن طريق تأمين المصادر بحماية الأجهزة "الأم" المعروفة بالخادمات وعدم السماح بنقل البيانات أو الإطلاع عليها أو تغييرها إلا باستخدام خطوات عديدة لفك الشفرة كما قام منتجو الأسطوانات والبرامج بوضع فيروسات بداخلها تنشط في حالة تعرضها للسرقة لتدمر السارق أو لص المعلومات رغم عدم مشروعية ذلك.

وبالرغم من زيادة جرائم الإنترنت في الفترة الأخيرة إلا أن هناك عجزا تشريعيا في مواجهتها سواء في تحرير عقود البيع والشراء عبر الشبكة أو ما يسمى بالتجاري الإلكترونية وحتى الآن مازلت العبرة بالمستندات الورقية المكتوبة أما الجرائم الجنائية المرتكبة فإثباتها صعب جدا لأنه يمكن استخدام أجهزة الغير وأجهزة مقاهي الإنترنت في ارتكابها ونظرا لعدم وجود نصوص قانونية مخصصة لمواجهة تلك الجرائم فإنه يتم تكييفها في ظل النصوص القانونية الأخرى فالطالب الذي قام بسحب النقود من البنك بأرقام الفيزا قام بفك شفرتها تدخل في نطاق قضايا استيلاء على المال العام والخاص، أيضا هناك صعوبة كبيرة في مجال الإسناد الفعلي لها فتحديد الجهاز والرقم المستخدم في الاتصال والتوقيت عملية ضرورية ولكنها معقدة.

إن الجرائم عبر الإنترنت تتميز بالتعقيد نظرا لعدم وجود أدلة إثبات عصرية متطورة فلا يوجد ما يفيد الدخول أو الخروج من الشبكة لأن العملية تتم من خلال الحاسبات لذلك فإنكار التعامل وارتكاب الجريمة معناه عدم إقامة الدليل. لذلك لابد من إيجاد نظام أمني سليم يكفل الحماية للمتعاملين عبر الشبكة الذين يتعرضون للعديد من الجرائم دون أن يستردوا حقوقهم.

ولحماية التجارة الإلكترونية يجب إنشاء جهة تضمن حماية المواقع الموجودة عبر الشبكة والمنتجات المعروضة بطريقة إلكترونية وذلك حتى يطمئن المتعامل مع تلك المواقع وتزداد رقعة التجارة الإلكترونية والتنسيق بين الأجهزة الأمنية في الدول لمتابعة المواقع المخلة ووجوب تطوير اللوائح والقوانين لتتلاءم مع عالم الإنترنت، كما يجب تطوير نظم الدفع الإلكتروني وحماية المواقع فحتى الآن معظم برامج الحماية لا تتيح تأمينا كافيا فرغم أن معظم البرامج والمواقع الهامة مؤمنة بكلمات السر التي لا يمكن الدخول بدونها لكن في المقابل هناك العديد من برامج فك

الشفرات التي صممها القراصنة للدخول لتلك المواقع والإطلاع على الأسرار التي تحويها.. كما يقومون عن طريق تلك البرامج أيضا بإجراء عمليات معقدة لمعرفة أرقام بطاقات الائتمان لسرقة الأرصدة البنكية.

إن القوانين لا تصدر إلا تلبية لاحتياجات المجتمع فمثلا لم تكن هناك تشريعات حول عمليات تقاضي الخلو والمقدم للشقق ولما ظهرت الحاجة لإصدار قوانين تم وضعها فالقانون في حد ذاته علم اجتماع يلبي حاجات المجتمع الذي يتطور باستمرار ولذلك لابد أن يكون هناك مواكبة من القوانين في مواجهة تلك الجرائم المستحدثة التي لم يكن لها مثيل من قبل.

يجب أيضا التحرك لسد الثغرات الحالية في مجال حماية المعلومات الإلكترونية عبر إيجاد نص قانوني ملزم يتضمن تجريم بعض أنواع السلوك المخالف مثل التوصل عن طريق التحايل لنظام المعالجة الآلية للبيانات، أو إتلاف البرامج، أو تزوير المستندات المعالجة آليا، بحيث يراعي مثل هذا التشريع التقنيات الحديثة والاصطلاحات العلمية وقابلية ذلك للتغير المستمر على ضوء التطورات المتلاحقة والمتسارعة في هذا المجال، وهو ما يوجب الاستعانة بخبراء في الحاسب الآلي إضافة إلى الخبراء القانونيين عند صياغة مثل هذا التشريع، ويجب أن نذكر هنا إلى أن المجرم المعلوماتي ذكي وذو مهارات تقنية عالية، لذا يجب التعامل معه بما لا يدع له مجالا للإفلات من العقاب نتيجة صعوبة إثبات الواقعة[1].

قضايا التلفيق والتزوير وإثبات الهوية:

يمكن ممارسة التجارة الإلكترونية بأمان إذا ما توافر رموز وعمليات التشفير للبيانات المراسلة والتواقيع الإلكترونية الرقمية، ولكن مع البريد الإلكتروني الاعتيادي المتوافر الآن يمكن بسهولة تتغير الرسائل وتزويرها، كما أن هوية المرسل لا يمكن أن إثباتها قطعا، فإن التغير في معلومات طلب سلعة ما، والمعلومات الأخرى المتعلقة بالطلب كعناوين وأرقام الاتصالات وغيرها تحتاج إلى إثبات هوية ومدى صلاحية المخول والمسؤول عن تقديم هذا الطلب ومن يملك الصلاحية في التغيير.

(١) سوق الإنترنت والنظم المحلية: خالد الطويل (جريدة الرياض ١٣/٣/٢٠٠٢م).

إن تجنب التزوير والقلق أو الكذب تحتاج إلى توفير معايير ومقاييس أمن ذات قوة كافية حيث تضمن أمان الاتصالات والتخاطب بالبريد الإلكتروني، وإن عدم وجود أو توفر نظام بريد إلكتروني على هذا النحو يؤدي إلى أن العمليات التحويلية للمعلومات الهامة والحساسة لا يمكن أن ترسل عبر البريد الإلكتروني، وتكون الحاجة إلى استخدام الهاتف أو الفاكس ضرورية لتأكيد معلومات الطلبات وغيرها.

هذا بالإضافة إلى أن الموظفين يجب أن يدركوا مدى سهولة التزوير والتلفيق عبر البريد الإلكتروني، لذا يجب عليهم ألا يكشفوا عن الكلمات السرية أو الأسعار الخاصة بالعروض والمناقصات عن طريق البريد الإلكتروني، وذلك لأنه ربما الشخص السائل عن هذه المعلومات يكون شخص غير مخول وغير قانوني، حتى ولو ادعى المرسل أنه مدير أو رئيس شركة على سبيل المثال، فالتأكد من الشخص المرسل هي عملية مهمة جدا.

المطلب العاشر

حماية المستهلك الإجرائية

أقر الاتحاد الأوروبي منذ أيام قليلة قانونا خاصا بفض المنازعات القضائية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والذي أثار جدلا واسع النطاق خلال الفترة الماضية في الوقت الذي جاء فيه إقرار هذا القانون ليرسخ، من ثقة المستهلكين في هذا الشكل الجديد من أشكال البيع والشراء والذي يتخذ من البيئة الإلكترونية أساسا لقيامه وذلك من خلال إرساء القوانين المحددة للجهة المختصة بالنظر في تلك المنازعات التي يدخل فيها الباعة عبر الإنترنت كطرف في التراع.

القانون الجديد الذي أطلق عليه اسم (بروكسل فيرست ريجيلويشين) يسمح للمستهليكن باللجوء إلى المحاكم المحلية والاستناد إلى قوانين حماية المستهلك في دولهم الأم في مقاضاة باعة التجزئة ممكن يرجون لبضائعهم عبر شبكة الإنترنت في حالة نشوب أي نزاعات بين العميل والبائع حتى ولو كان هؤلاء الباعة ينتمون إلى أية دولة أخرى عضو بالاتحاد الأوروبي حيث يفسح هذه التشريع الجديد المجال أمام رفع الدعاوى القضائية على المستوي المحلي حتى ولو كان

الموقع الإلكتروني الأجنبي لا يستهدف على وجه الخصوص البلد الذي ينتمي إليها المستهلك المتضرر.

وعلى الرغم من الارتياح الذي ساد الأجواء كردة فعل منطقية لظهور مثل هذا التشريع إلا أن بعض المراقبين قد أبدو تحفظا تجاهه حيث دفع هؤلاء المراقبون بإمكانية تسبب هذه القاعدة القانونية التي سيبدأ تطبيقها مع حلول شهر مارس المقبل في الحيلولة دون دخول الشركات المتوسطة والصغيرة الحجم إلى عالم التجارة الإلكترونية والعزوف عن تلك التجربة التي تجبر أصحاب تلك الأعمال على توفير طاقم محاماة للشركة يكون على قدر كبير من الوعي بقوانين الدول الخمس عشرة الأعضاء بالاتحاد الأوروبي[1].

وضعت شبكة الإنترنت ما يقرب من مائتي دولة في العالم في مسألة اتصال دائم، ولقد ساهمت شبكة الإنترنت في عولمة وسائل الاتصال والمعلومات ومن ثم عولمة الاقتصاد: مما أوجد سوقا واسعة أمام مئات الملايين من التجار والمستهلكين بحيث يمكن لهؤلاء الحصول على السلع والخدمات التي يرغبونها في أماكنهم دون أن يتحملوا مشقة الانتقال من دولة إلى أخرى ويكفي أحدهم أن يكون لديه حاسبا آليا لكي ينجز ما يريد ويترتب على ما تقدم أن العقود والمعاملات التي تتم عبر الإنترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي: لأن أطرافها أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة.

الطرق القضائية لحماية المستهلك الإلكتروني:

إن للمستهلك الإلكتروني الحق في الخصومة أمام المحاكم للدفاع عن مصلحته والحصول على حقوقه، عندما يشعر أن هذه المصلحة وهذه الحقوق قد انتهكت.

لذا نقول لابد وأن توجد جهات قضائية مختصة للنظر في الجرائم الإلكترونية، وفي المنازعات المترتبة على التجارة الإلكترونية، ولابد من تهيئة القضاة المتخصصين والمزودين بالعلم الكافي فيما يخص التجارة الإلكترونية وطرقها وكيفية حماية المستهلك الإلكتروني.

---

(١) جريدة البيان: الثلاثاء ٥/١٢/٢٠٠٠م.

مصادر القاعدة القانونية في التجارة الإلكترونية الدولية:

لم يكن هناك قواعد قانونية دولية تحكم التجارة الإلكترونية لذلك قامت منظمات دولية ذات الصلة بإعداد قواعد تعاقدية هدفها تسهيل عمليات هذه التجارة من خلال الاسترشاد بهذه القواعد:

من أهمها القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية الصادرة في ١٢\٦\١٩٩٦م عن لجنة الأمم المتحدة التجاري الدولي.

القانون الواجب التطبيق:

لما كانت حماية المستهلك هي الأساس في أي عملية تعاقدية فقانون الدولة المقيم فيها عادة هو الواجب التطبيق بما فيه من قواعد حمائية لذلك المستهلك بوصفه طرف ضعيف أمام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة[1].

المحكمة المختصة:

يتميز عقد التجارة الإلكترونية بالآتي:

- عدم الالتقاء والتواجد المادي للأطراف لحظة تبادل التراضي.
- صدور الإيجاب واقتران العرض به بطريق سمعي بصري عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية.
- غير مثبت على دعامة مادية مستديمة.
- أطراف يتواجدون في دول مختلفة ولذلك فمن المشكلات التي تثيرها في هذه العقود مشكلة الاختصاص القضائي الدولي بمنازعاتها.

ورغبة في حماية المستهلك فإن التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية: قررت على اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته: وهذه الحماية تجد مبررها في أن المستهلك هو الطرف الأضعف

(١) النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: ١/١٧١.

دائما، صحيح أنه يتجول عبر الشبكة باحثا عن سلعة أو خدمة ولكن في الوقت ذاته لا يمكن مساواته بالشركات العملاقة التي تسوق السلع والخدمات فضلا عما قد تستخدمه من أساليب دعائية توقع ذلك المتعاقد في غرر لأجل ذلك تحاول التشريعات الوطنية والدولية حماية ذلك المستهلك الضعيف.

الإثبات:

يجب على المستهلك الإلكتروني أخذ جميع احتياطاته لإثبات مشترياته عن طريق التجارة الإلكترونية، لأنه إن كان مدعيا فعليه يقع عبء الإثبات: فعلى المستهلك أن يثبت التصرف القانوني بالكتابة في مواجهة تاجر يمتلك معلومات دقيقة "والحق يتجرد من كل قيمة له إذا لم يتم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه[1].

وفي هذا العصر الذي ظهرت فيه شبكة الإنترنت والعمليات التعاقدية التي تتم عن طريقها في عالم يعرف بالعالم غير الورقي غير المادي طرحت مشكلة جديدة هي ما ينطوي عليه هذا التعامل الجديد من مخاطر تخلف الكتابة وكيف يتم إثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق هذه الوسائل التقنية الحديثة؟

وعليه كان لابد من البحث عن حلول بديلة تتكاتف خلالها جهود رجال القانون من فقهاء ومشرعين ليس فقط للبحث عن بديل للكتابة بل عن بدائل..

وقد قامت دول عديدة بتعديل تشريعاتها المتعلقة بمجال الإثبات لتساير الثورة المعلوماتية الأخيرة فأصبح من الجائز الإثبات بالكتابة الإلكترونية أسوة بالكتابة العادية التي تتربع على هرم الإثبات جميعا لما توفره من أعلى درجات الأمان القانوني الموثوقية والاستمرارية، مع إمكانية وضع التوقيع على السند المادي الذي يعتبر بمثابة وسيلة لتحديد شخصية الموقع وللتعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون السند الذي وقع عليه[2].

---

(١) حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات: د. محمد سعيد رشدي ص٨.

(٢) التحكيم بواسطة الإنترنت: محمد إبراهيم أبو الهيجاء ص٩٥.

وقد بات هذا الموضوع التقني محل تنظيم قانوني في العديد من الدول التي ساوت الكتابة الإلكترونية بالكتابة على الورق في مجال الإثبات ومنها المملكة المتحدة وفرنسا وألمانيا.

وفي كل من التشريعين الأردني والمصري محاولات بذلت وتبذل للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني والسند الإلكتروني بخصوص التعامل بالأوراق المالية والمعاملات المصرفية، ومنحه حجية كاملة في الإثبات.

حيث نص الشرع المصري في المادة (٢) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية على "يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعا في مفهوم قانون الإثبات ويتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية"[١].

(١) المرجع السابق ص٩٨.

الخاتمة

في ختام هذا البحث فيما يلي أهم نتائج البحث وبعض التوصيات:

- التجارة الإلكترونية هي تلك العمليات التجارية التي يتم تنفيذها إلكترونيا.
- وتتميز التجارة الإلكترونية باستحداث مفاهيم وأفكار ونظم جديدة لم يعهدها عالم الأعمال بل تعتبر ظاهرة فريدة لأنها تتيح لنا حرية التجول في الأسواق، والاتصال المباشر بين المنتج والمستهلك، وتلغي عامل الوقت حيث يتم تطبيق ممارسات شراء قياسية.
- لكن وجود هذه الميزات لا ينفي وجود أضرار اقتصادية وأخلاقية خاصة للبلدان العربية والإسلامية.
- ومن أهم مشكلات التجارة الإلكترونية كيفية الحفاظ على البيانات الشخصية للأفراد.
- من المجالات التي دخلتها التجارة الإلكترونية: المزادات، الأسواق، السفريات، البنوك، التعليم، الخدمات الصحية، الكتب والجرائد والمجلات.
- وديننا الإسلامي يأمر بالاستفادة من كل وسيلة تحقق لنا اليسر والمنفعة: ومن هذه الوسائل: التجارة الإلكترونية بشرط ألا يترتب على استخدامها ضرر أو غرر سواء للبائع أو المشتري، مع الالتزام بالقيم الإسلامية والضوابط التي وضعتها الشريعة والتي تحكم المعاملات التجارية.
- والتجارية الإلكترونية تتكون أساسا من: المنتج، المستهلك، الأسواق الإلكترونية، بنية التطبيقات، الإنترنت، الأنظمة القانونية، مقدمي خدمات الدفع، مقدمي الخدمات الأمنية.
- وللأسف فإن العرب بعيدون عن هذا النوع من التجارة لأسباب عديدة أهمها عدم توافر البنية التحتية والمهارات البشرية والقوانين الخاصة.. لهذا نوصي :
- إشاعة تدريس وتعليم" أصول التجارة الإلكترونية" في كليات التجارة حتى تتخرج الأجيال الجديدة وهي تتقن هذه الوسيلة.
- نشر الوعي الإعلامي بأهمية وفوائد التجارة الإلكترونية وكذلك التحذير من مخاطرها.

- ونحذر الشركات والمؤسسات العربية في التأخر في اقتناء وتطبيق تقنية التجارة الإلكترونية لأن ذلك سيؤدي إلى خسارتهم زبائنهم وأسواقهم المحلية والعالمية.
- هذا وإن التجارة الإلكترونية تحتاج إلى بيئة قانونية ملائمة من أجل الحفاظ على الحقوق والممتلكات الخاصة وسعيا نحو تحقيق الكفاءة الاقتصادية والتقدم الاقتصادي.
- وحماية للمستهلك الإلكتروني: فإن من حقه إعلامه بكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة وإبداء النصح له حتى يمكننا القول بأن إرادته كانت حرة حال تعاقده.
- اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان حماية للمستهلك.
- يجب احترام سرية البيانات الخاصة بالعملاء بوصفهم مستهلكين وكذلك احترام حقهم في الخصوصية حتى تورث الثقة في هذه التجارة.
- من أجل تسوق آمن عبر الإنترنت لابد من حرص المستهلك على تتبع الإرشادات التي ذكرناها في البحث.
- والالتزام بالإرشادات الخاصة باستخدام البطاقة الائتمانية لأن أكثر الجرائم الإلكترونية تكمن في سرقة أرقام وبيانات هذه البطاقات والاستخدام غير المشروع لها.
- وضع خطة وطنية مدروسة للمعلومات ترسم العمليات وتحدد الأهداف وتضع الأولويات وتراقب التدفق المعلوماتي وتطوره كي يساهم بازدهار القطاع المعرفي الإلكتروني.
- من أهم الجرائم التي تحتاج إلى توعية هي النصب والاحتيال والتزوير عبر شبكة الإنترنت، وهذا يتطلب توفير معايير ومقاييس أمن ذات قوة كافية.
- إرساء قوانين فض المنازعات القضائية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في البلاد العربية والإسلامية وبيان مصدر القاعدة القانونية في التجارة الإلكترونية الدولية، والقانون الواجب التطبيق وما هي المحكمة المختصة.
- والبحث عن حلول بديلة تتطابق خلالها جهود رجال القانون من فقهاء وشرعيين لتعديل التشريعات وإيجاد البدائل المتعلقة بمجال الإثبات لتساير الثورة المعلوماتية الأخيرة.

المراجع

- إدارة الأعمال الإلكترونية: يوسف النفيعي وراشد عبد الله الحماد.
- إدارة المال عبر الإنترنت والتوقيع الإلكتروني: هشام محمد الحرك: (WWW.MORROCO-TODAY.COM)
- البطاقات الذكية في تطبيقات التجارة الإلكترونية (جريدة الرياض).
- التجارة الإلكترونية في القرن القادم: مصطفى سيف أحمد.
- تحفظ الفرنسيين على التسوق عبر الإنترنت: محمد إبراهيم أبو الهيجاء (الدار العليمة الدولية ٢٠٠٢ عمان).
- التسوق بذكاء عبر الإنترنت: جيل ت. فريز.
- حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات: د.محمد سعيد رشدي.
- الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية: د. مدحت رمضان.
- الحماية المدنية للمستهلك: د. أحمد الرفاعي.
- الروض المربع: الشيخ منصور البهوتي (دار الفكر الطبعة السادسة).
- شبكة الإنترنت: د. بهاء شاهين.
- الفروق: للإمام القرافي .
- المعاملات المصرفية عبر الشبكة (مجلة الإنترنت العالم العربي الإلكترونية العدد (٥) مارس ٢٠٠١).
- مقاصد الشريعة الإسلامية: الشيخ محمد الطاهران عاشور (الدار التونسية للنشر).
- النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية: د. عبدالفتاح بيومي حجازي (دار الفكر الجامعي ٢٠٠٢) الإسكندرية.
- مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد (٢٢٦).
- جريدة البيان: الثلاثاء ٩/رمضان/١٤٢١ الموافق ٢٠٠٠/١٢/٥م.
- جريدة الرياض: الأعداد : ٢٠٠٠/٣/١٣ م ، ٢٠٠١/١٠/٣١م، ٢٠٠٢/٣/١٣م.
- الموقع الإلكتروني: WWW.NOORSERVICES.NET

حدود المسئولية الجنائية للمصارف المالية عن مخالفة واجب السرية وعن غسيل الأموال

د .غنام محمد غنام
أستاذ القانون الجنائي
مدير مركز دراسات العلوم الجنائية
كلية الحقوق – جامعة المنصورة

موضوع البحث :

يتناول هذا البحث المسئولية الجنائية لرجال البنوك عن مخالفة واجب السرية الذي يقع عليهم وكذلك عن مساهمتهم في غسل الأموال .

فبالنسبة لمجال السرية سوف نتعرض لبيان مفهم هذا السر وشرح أبعاد الالتزام بالسرية الذي يقع على عاتق المصارف لكي نحدد سنده القانوني وحدوده من حيث القيود التي ترد عليه وتشكل استثناءات على هذا الالتزام . وفي حالة خروج رجل البنك عن تلك القواعد يتعرض للمساءلة الجنائية التي سوف نتناول مضمونها وأبعادها في هذا البحث .

كما يتناول هذا البحث المسئولية الجنائية لرجل البنك عند مساهمته في غسيل الأموال ، الأمر الذي أصبحت تحظره كثير من التشريعات المقارنة . وعند الحديث عن هذا الموضع سوف تقتصر معالجتنا على الآثار القانونية الجنائية التي تتولد عن غسل الأموال بالنسبة لرجل البنك ، فلن يتضمن البحث إثارة لكل المشكلات القانونية والمفاهيم التي ترتبط بظاهرة غسيل الأموال ، الأمر الذي يخرج عن نطاق هذا البحث .

ولما كان هذا البحث مقدما في إطار مؤتمر " الأعمال المصرفية الإلكترونية " فقد ارتأينا أن نربط هذين الموضوعين بانتشار ظاهرة التعاملات الإلكترونية مع البنوك والمصارف المالية للتعرف على الأثر الذي تتركه على الالتزام بالسرية وعلى غسيل الأموال .

إشكالية البحث :

يستهدف هذا البحث الإجابة على عدة تساؤلات ، من أهمها : ما هي الحالات التي يجوز فيها للبنك أن يقوم بإفشاء أسرار العميل المالية ؟ ما مدى تأثر ذلك بقوانين حظر غسيل الأموال ؟ ما هي النتائج القانونية المترتبة على مخالفة الالتزام بالسرية أو مخالفة حظر غسيل الأموال ؟ ما هي الآثار المترتبة على مسئولية رجل البنك عن مخالفة الالتزام بالسرية أو عن غسيل الأموال ، وخاصة من ناحية المسئولية الجنائية ؟ ما هي الآثار المترتبة على الالتزام بالسرية أو حظر غسيل الأموال بسبب انتشار الوسائل الإلكترونية في التعامل مع البنوك ؟

أهمية البحث :

ترجع أهمية البحث إلى تجدد موضوع التزام البنوك بالسرية والمناقشة التي تدور حوله بسبب أن كثيراً من المجرمين يستخدمون البنوك في مرحلة من مراحل نشاطهم الإجرامي لإخفاء حصيلة جرائمهم والاختباء بعيدا عن يد العدالة . فأصبح التساؤل مُثارا مرارا وتكرارا : هل يحافظ البنك على أسرار عملائه ، أم يكشفها ؟ وإذا سمحنا لرجل البنك بالإفصاح عن تلك الأسرار ، ففي أي الحالات يجوز فيها ذلك ؟ وأصبحت قوة السر المصرف يفسح المجال أكثر فأكثر إلى الإفصاح والكشف عن هذا السر بمقتضى القوانين التي استحدثت في تشريعات مقارنة كثيرة لمكافحة ظاهرة غسيل الأموال . هذا القوانين تضع على عاتق رجال البنوك التزاما بالكشف عن حالات الغسيل والتعاون مع الجهات القضائية على المستوى المحلي ، بل وعلى المستوى الدولي أحيانا.

خطة البحث :

يتناول هذا البحث الموضوعين التاليين :

الفصل الأول : المسئولية الجنائية عن إفشاء أسرار البنوك في ظل انحسار الالتزام بالسرية

الفصل الثاني : مدى التحلل من الالتزام بالسرية في ظل تشريعات مكافحة غسل الأموال .

الفصل الأول

المسئولية الجنائية عن إفشاء الأسرار المصرفية

في ظل انحسار الالتزام بالسرية

مبدأ السرية المصرفية :

تلتزم البنوك والجهات المصرفية المختلفة بسرية التعاملات المالية في مواجهة الغير. ويقصد بالغير كل من ليس له الحق في الاطلاع على المعلومات المصرفية . فكل شخص بخلاف صاحب المعاملة ليس من حقه بحسب الأصل هذا الاطلاع حتى ولو كان زوجا لصاحب المعاملة، إلاّ في حالة وجود توكيل بذلك .

السند القانوني للالتزام بالسرية :

تتضمن التشريعات المقارنة نصوصا خاصة تعالج التزام البنوك والمصارف المالية بأسرارها المالية ، من ذلك المشرع المصري بمقتضى القرار بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك لتقرير مبدأ سرية الحسابات بالبنوك وبيان الحالات التي يجوز فيها الخروج على هذا المبدأ .

في تقرير المبدأ تنص المادة الأولى من القانون سابق الذكر على أن " تكون جميع حسابات العملاء وودائعهم وأماناتهم وخزائنهم في البنوك وكذلك المعاملات المتعلقة بها سرية ، ولا يجوز الاطلاع عليها أو إعطاء بيانات عنها بطريق مباشر أو غير مباشر إلاّ ..... – ويسري الحظر المنصوص عليه في الفقرة السابقة على جميع الأشخاص والجهات بما في ذلك الجهات التي يخولها القانون سلطة الاطلاع أو الحصول على الأوراق أو البيانات المحظور إفشاء سريتها طبقا لأحكام هذا القانون ، ويظل هذا الحظر قائما حتى ولو انتهت العلاقة بين العميل والبنك لأي سبب من الأسباب " . وتؤكد المادة الخامسة من القانون ذاته هذا المبدأ بقولها " يحظر على رؤساء وأعضاء مجالس إدارة البنوك ومديريها أو العاملين بها إعطاء أو كشف أية معلومات أو بيانات عن عملاء البنوك أو حساباتهم أو ودائعهم أو الأمانات أو الخزائن الخاصة بهم أو معاملاتهم في شأنها أو تمكين الغير من الاطلاع عليها في غير الحالات المرخص بها بمقتضى أحكام هذا القانون . – ويسري هذا الحظر على كل من يطلع بحكم مهنته أو وظيفته أو عمله بطريق مباشر أو غير مباشر على البيانات أو المعلومات المشار إليها " . وتقرر المادة السابعة من القانون ذاته عقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه " .

كما يتضمن قانون العقوبات الفرنسي نصا بتجريم إفشاء أسرار المهنة ، ذلك هو نص المادة ٢٢٦-١٣ عقوبات الذي يجري على أن " الكشف عن معلومات لها طابع السرية من جانب شخص أمين عليها ، سواء بحكم مركزه القانوني statut أو بحكم مهنته أو بحكم وظيفته أو مهمة مؤقتة عُهد بها إليه ، يعاقب بالحبس ، وبغرامة لا تتجاوز ١٠٠ ألف فرنك " ([1]). في نفس المعنى تعاقب المادة ٤٥٨ من قانون العقوبات على أن " الأطباء والجراحين ومفتشي الصحة والصيادلة والقابلات وكل شخص أمين بحكم مركزه القانوني **statut** أو بحكم مهنته ، الذين

([1]) " La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession , soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire , est punie d'un an d'emprisonnement et de 100000 d'amende " .

يقومون – في غير حالات الشهادة أمام العدالة أو في الحالات التي يلزمهم القانوني فيها على معرفة هذه الأسرار ، بإفشاء الأسرار التي ائتمنوا عليها ....." .

وقد حسم المشرع الفرنسي سريان المادة ٢٢٦- ١٣ و ٢٢٦-١٤ عقوبات على أسرار المصارف المالية بمقتضى القانون رقم ٢٤ يناير لسنة ١٩٨٤ (رقم ٤٦ لسنة ١٩٨٤ في شأن نشاط مؤسسات الائتمان والرقابة عليها ([1]) بنصه في المادة (٥٧) على أن " كل عضو مجلس إدارة ، أو مجلس للرقابة بحسب الأحوال، وكل شخص يساهم بأي صفة كانت في إدارة أو توجيه مؤسسة مالية أو مستخدم فيها يلتزم بسر المهنة بالشروط ووفقا للعقوبات المنصوص عليها في المواد ٢٢٦-١٣ و ٢٢٦-١٤ من قانون العقوبات " ([2]) .

ومع ذلك حرصت محكمة النقض البلجيكية ([3]) – على التأكيد على أن التزام رجل البنك بالسرية لا يستند إلى المادة ٤٥٨ عقوبات بلجيكي في خصوص سر المهنة ولكنه لا يعدو أن يكون التزاما بالكتمان devoir de discretion استنادا إلى أنه " ليس في طبيعة الوظائف التي يقوم بها رجال البنوك ولا في النصوص القانونية ما يضفي عليهم صفة الأشخاص الملتزمين بسر المهنة في مفهوم المادة ٤٥٨ من قانون العقوبات ([4]) .

وعلى الرغم من ذلك فإن قانون الضرائب على الدخول في بلجيكا (٨ أغسطس لسنة ١٩٨٠ : مادة ٣٤ التي أصبحت المادة ٣١٨ في قانون الضرائب لسنة ١٩٩٢) ينص على

([1]) relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit (J.O. 25 janv. 1984).

([2]) Tout membre d'un conseil d'administration et , selon le cas d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celui-ci , est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal " .

([3]) Cass. 25 octobre 1978 , J.T., 1979, p. 371 , note A. BRUYNEEL

([4]) file://A:\SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL.htm , p. 3

أنه ليس من حق مصلحـــة الضرائب أن تطلع على معلومات العملاء في البنوك والجهات المصرفية (١) . ويختلف الوضع في بلجيكا في حالة الضرائب غير المباشرة حيث يجوز لمصلحة الضرائب – خروجا على السر المصرف (الكتمان المصرفي) أن تقوم بالاطلاع على أوراق البنوك الخاصـــة بالممول وذلك مشروط بإذن خاص من المدير العام للمصلحة ، وهو لا يعطه من الناحية العمليـــة إلاّ عند الضرورة القصوى ، إذن فالأصل في بلجيكا يبقى وهو الحفاظ على السر المصرفي (٢) .

ومع ذلك فإن قانون الضرائب في بلجيكا ينص على حالة تُرفع فيها سرية البنوك وهـــي تلك التي تقوم فيها قرائن على تورط مؤسسة مالية معينة مع أحد عملائها في جرائم ضـــريبية (مادة ٣١٨ فقرة ٢) (٣) . وبالمثل فإن من حق لجنة التفتيش والمراقبة المالية على البنوك أن تقـــوم بالاطلاع على أسرار عميل معين في الحالة السابقة التي تتعلق عادة بالغش الضريبي (مـــادة ٣٢٧ من قانون الضرائب لسنة ١٩٩٢ المعدل بالقانون الصادر في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٩٢) (٤) . من ذلك أن يساعد البنك أحد عملائه على فتح حساب تابع للحساب الأصلي (حساب فرعـــي) لكي يمكنه من التهرب من الضريبة حيث لا تظهر في حساب العميل إلاّ المبالغ المدونة في الحساب الأصلي .

أما بالنسبة للقانون السويسري ، فإن البنوك السويسرية منذ سنة ١٩٣٠ تلتزم بالمحافظـــة على أسرار عملائها استنادا إلى وجود التزام تعاقدي ضمني بين البنك والعميل ، إلى أن صـــدرت قوانين صريحة تجعل هذا الالتزام مستندا إلى أساس من القانون لكي يشمل كل تعاملات البنـــوك المالية وليس فقط مع عملائها (٥).

---

(١) file://A:\SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL. op.cit, p. 7
(2) file://A:\SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL. op.cit, p. 29
(3) file://A:\SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL. op.cit, p. 7
(4) file://A:\SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL. ibid.
(5) http:/ swiss-bank-accounts.com/f/banque/secret/avant 1934.html

يستند الالتزام بالسرية إلى المادة (٤٧) من القانون الفيدرالي السويسري في شـــأن البنـــوك وصناديق التوفير الذي دخل حيز النفاذ في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٤ . فتنص تلك المادة على أن كل مستخدم في البنك ليس له الحق في أن يفشي سرا عُهد به إليه أو علمه بسبب وظيفته . كمـــا أن المادة ١٣ من الدستور السويسري تنص على احترام الحياة الخاصة ، وتدخل الأسرار البنكيـــة في هذا المجال ([1]).

التوسع في مجال تجريم إفشاء الأسرار المصرفية في بعض التشريعات :

لا يقتصر التجريم في القانون السويسري لإفشاء أسرار العميل البنكية على الأفعال العمديـــة فقط ، بل يتميز القانون السويسري بأنه يعاقب على حالات المساس بأسرار العميل بنـــاء علـــى الخطأ أو الإهمال . والعقوبة المقررة هي الحبس الذي لا يزيد على ستة أشهر أو الغرامة حـــتى ٥٠ ألف فرنك سويسري ([2]) .

الحدود الزمنية للالتزام بالسرية :

لا يقتصر الالتزام بالسرية من الناحية الزمنية على الفترة التي تستمر فيها علاقة بين البنـــك وبين العميل ، ولكن هذا الالتزام بالسرية يمتد لينسحب على أسرار العميل بعد انتـــهاء علاقتـــه بالعميل بقفل الحساب مثلا أو سداد القرض الذي حصل عليه من البنك (مادة ٤٧ من القانون الفيدرالي في شأن البنوك وصناديق الادخار). استنادا إلى ذلك قّضي في فرنسا بـــأن الالتـــزام بالسرية لا ينتهي بفسخ عقد contrat de garde بين البنك وبين العميل ([3]) .

([1]) SwissBanking , secret professionnel du banquier , file://A:\SwissBanking-Secret professionnel du banqier.htm

([2]) SwissBanking , secret professionnel du banquier , file://A:\SwissBanking-Secret professionnel du banqier.htm

([3]) Civ. 1 re , 2 juin 1993 , Bull. Civ. 1 , n ° 197 .

الاتجاه نحو انحسار مجال السر المصرفي :

لقد مر ردح من الزمن كان ينظر إلى السر المصرفي بقدسية تستمد جذورها من تعلق الأمر بالحياة الخاصة للأفراد بالإضافة إلى حرص البنك على تشجيع التعاملات المصرية تحقيقا لمصالحه المهنية في ازدهار نشاطه التجاري . بيد أن تلك النظرة بدأت في التغير بسبب الانتقادات العديدة التي وجهت إلى أعمال البنوك التي اتهم كثير منها بأنه يشجع على إخفاء الأموال المنهوبة وخاصة من دول العالم الثالث. وفي هذا الإطار ظهرت قواعد قانونية جديدة تشكل انحسارا للسر المصرفي بعد أن شهد كثيرا من مظاهر القوة والتكتم في السنوات السابقة .

من مظاهر انحسار قوة السر المصرفي المظاهر التالية :

أولا – مبدأ اعرف عميلك know your customer :

بالإضافة إلى فتح الحسابات الاسمية ، شجعت البنوك في فترة معينة – رغبة منها في التوسع في نشاطها التجاري – على فتح حسابات رقمية ، هذا بالإضافة إلى إتاحة قيم مالية للتعامل معها دون الكشف عن اسم الشخص أو باستعمال اسم حركي دون التحقق من ذلك الاسم . بل إن النظام القانوني في بلاد معينة يعرف فتح حسابات غير اسمية وإقامة شركات دون شهرها بالطرق الرسمية مثل "بنما " مع إتاحة فرصة الإعفاء من الضرائب .

لكن الاتجاه التشريعي بدأ في التغير في الفترة الأخيرة حيث صدرت قوانين كثيرة لتمنع فتح حسابات بأسماء وهمية وتستلزم التحقق من شخصية صاحب الحساب . فالحسابات الرقمية وإن كان الاسم لا يظهر بجانب الرقم ويتيح لصاحب الحساب التعامل معه باستعمال أرقام معينة، إلاّ أنه لا يجوز فتح حساب رقمي بدون أن يكون اسم صاحب الحساب معروفا من جانب مسئول في البنك يعرف صاحب الحساب وإن كان غيره من المستخدمين لا يعرفونه ([1]).ويعتبر ذلك

([1]) Le secret bancaire et le devoir de diligence en suisse , file://A:\SwissBanking-Secret . op. cit., p. 14

تطبيقا للمبدأ الذي أصبح مقررا وهو " اعرف عميلك " . فحتى في سويسرا ، أصبحت العلاقات المصرفية القائمة على اللااسمية مستبعدة من مجال التعاملات مع الجهات المصرفية ([1]).

إلى تلك التشريعات ينتمي القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال . فتنص المادة (٨/ ٢) من القانون السابق على أنه " ولا يجوز لها (المؤسسات المالية) فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية ".

وقد جاء الحكم السابق تأكيدا لما سبق أن نص عليه القرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك الذي ينص في المادة الثانية منه على أن " للبنوك أن تفتح لعملائها حسابات حرة مرقمة بالنقد الأجنبي أو ربط ودائع منها أو قبول ودائع مرقمة بالنقد المذكور ، ولا يجوز أن يعرف أسماء أصحاب هذه الحسابات والودائع غير المسئولين بالبنك الذين يصدر بتحديدهم قرار من مجلس إدارته . – ويضع وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية بعد الاتفاق مع محافظ البنك المركزي المصري الشروط والأوضاع الواجب توافرها لفتح هذه الحسابات أو قبول الودائع . – ويحدد مجلس إدارة البنك المركزي المصري البنوك التي يُرخص لها بفتح الحسابات وقبول الودائع المذكورة ... " .

وانطلاقا من المبدأ ذاته أصبح لزاما على البنوك أن تعرف المستفيد من الحساب المفتوح وليس فقط صاحب الحساب ([2]).

تطبيقا لذلك تنص المادة (١٤) من القانون رقم ٦١٤ لسنة ١٩٩٠ في شأن مساهمة المؤسسات المالية في الكفاح ضد غسيل الأموال الناتجة عن تجارة المخدرات و المعدل بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٩٨ " تلتزم المؤسسات المالية قبل أن تقوم بفتح حساب لديها لأحد

([1]) Le secret bancaire et le devoir de diligence en suisse , file://A:\SwissBanking-Secret , op.cit., p. 15.

([2]) د. ماجد عبد الحميد عمار ، مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك في القانون المقارن والقانون المصري ، ٢٠٠٢ص١٠٢ .

المتعاقدين أن تتأكد من شخصيته وذلك باستلزام تقديم وثيقة مكتوبة . ويقوم هذا الالتزام كذلك بالنسبة للمتعاقدين العرضيين إذا تعلق الأمر بعمليات تبلغ مقدارا ماليا يعينه القانون " ([1]).

في نفس الاتجاه اتفقت البنوك السويسرية على احترام قواعد للعمل منذ أول أكتوبر سنة ١٩٩٢ . وقد أورد هذا الاتفاق مبدأ اعرف عميلك وتضمن التزامات على البنوك يجب الوفاء بها ، وأورد عقوبة الغرامة غير الجنائية في حالة مخالفة تلك الالتزامات . من هذه الأخيرة ما يلي :-

- يجب تعيين هوية كافة العملاء المتعاقدين مع البنك حين يبرم معهم علاقة عمل .
- عدم وجود حسابات أو ودائع بدون أسماء أو تحمل أسماء مستعارة مع العلم بأن الاتفاق ينطبق على الحسابات الرقمية أيضا
- يجب حفظ نسخ من مستندات تحديد الهوية في سجلات البنك
- يجب تحديد الهوية أيضا في حالات المعاملات النقدية التي تجاوز مبلغ ٢٥٠٠٠ فرنك سويسري والتي تتم بشباك الصراف . ويقصد بالمعاملات النقدية من هذا النوع تبادل العملات ، شراء أو بيع معادن ثمينة مقابل نقود وشراء سندات وما إلى ذلك ([2]) .

([1]) Les organismes financiers doivent , avant d'ouvrir un compt s'assurer de l'identité de leur cocontractant par la présentation de tout document écrit probant, ils s'assurent dans les mêmes conditions de l'identité de leur client occaionnel qui leur demande de faire des opérations dont la nature et le montant sont fixés par le décret prévu à l'article 24 . – Ils se renseignent sur l'identité véritable des personnes au bénéfice desquelles un compte est ouvert ou une opération réalisée lorsqu'il leur apparaît que les personnes qui demandent l'ouverture du compte ou la réalisation de l'opération pourraient ne pas agie pour leur compte ".

([2]) أندرياس هابشتميد ، إجراءات مكافحة عمليات غسل الأموال فس سويسرا ، ندوة الرياض عن الجرائم الاقتصادية في الفترة من ١١ إلى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٩٣ .

ولتحقيق نفس الغرض يلزم القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ المؤسسات المالية بإمساك سجلات منتظمة تبين كافة تعاملاتها المالية والمتعاملين معها لمدة خمس سنوات . فتنص المادة (٩) من القانون سابق الذكر على أن " تلتزم المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجريه من العمليات المالية المحلية أو الدولية تتضمن البيانات الكافية للتعرف على هذه العمليات ، وعليها أن تحتفظ بهذه السجلات والمستندات وبسجلات بيانات العملاء والمستفيدين المشار إليها في المادة (٨) من هذا القانون لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة أو من تاريخ قفل الحساب – على حسب الأحوال – وعليها تحديث هذه البيانات بصفة دورية وأن تضع هذه السجلات والمستندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أي من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام . – ويجوز لتلك المؤسسات الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (الميكروفيلمية) بدلا من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد التي يصدر بها قرار من الوحدة " .

ثانيا – حالات جواز إفشاء البنك لأسرار العميل :

يمكن الإشارة إلى أهم الحالات التي يجوز فيها للبنك إفشاء الأسرار المالية لعملائه في التالي :

(أ) حالة رضاء العميل :

لما كان الالتزام بالمحافظة على الأسرار المصرفية مقررا لحماية حقوق العميل، فإن هذا الأخير من حقه أن يتنازل عن تلك الحماية إذا قدر أن ذلك من مصلحته([1]). تأسيسا على ذلك فإن الورثة من حقهم الاطلاع على أسرار مورثهم المالية مع البنك وذلك بعد الوفاة بطبيعة الحال ،

([1]) Le secret bancaire et le devoir de diligence en suisse , file://A:\SwissBanking-Secret , op.cit. p. 11.

حيث إنهم أصبحوا أصحاب الحق يقومون مقام مورثهم في ذلك بمقتضى إعلام الوراثة الذي صدر به حكم قضائي([1]). بيد أن ما يسري على الورثة لا يسري على الزوج والأقارب في حال حياة مورثهم، ذلك بأن السرية تتوافر في مواجهتهم ([2]) .

وإذا تعلق الأمر بمصف قضائي لشركة موضوعة تحت رقابة القضاء بسبب بدء إجراءات التصفية بسبب الإفلاس أو بدء إجراءات التصحيح القضائي redressement judiciaire ، فإن هذا المدير يحل محل المدير الأصلي ويصبح من حقه أن يطلب رفع الالتزام بالسرية لكي يعلم بكافة التصرفات المالية التي عقدها من سبقه من المديرين ، فهو إذن صاحب الصفة في رفع الالتزام بالسرية ([3]). يُضاف إلى ذلك أن مهمته التي تلقاها من المحكمة تشمل ضمنيا الحق في الاطلاع على أسرار تلك الشركة التي عُين عليها مصفيا أو حارسا قضائيا . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) بذلك ([4]). وعادة ما تتضمن تشريعات الإفلاس نصوصا بخصوص حق المصفي القضائي ووكيل الدائنين وغيرهم ممن يعينهم القضاء لإصلاح مسار المشروع المتعثر في الكشف عن سرية المعلومات المالية في الجهات المختلفة .

وقد كرس القانون المصري تلك الأفكار في قانون غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ فنص في المادة الأولى منه على رفع الالتزام بالسرية برضاء صاحب السر وذلك بناء على " إذن كتابي من صاحب الحساب أو الوديعة أو الأمانة أو الخزينة أو من أحد ورثته أومن أحد الموصى لهم ، بكل أو بعض هذه الأموال ، أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك أو بناء على حكم قضائي أو وحكم محكمين" . وقد جاء هذا النص تأكيد لما سبق أن نص عليه قانون سرية البنوك رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في المادة (٤/٢) بقولها " وفي جميع الأحوال لا يجوز الكشف عن

([1]) www.banque-info.com/q-r/ part-respon-bcaire.htm.
([2]) Jurisclasseur 1997 , Banque , n° 92 .
([3]) Com. 11 avr. 1995 , p Bull. Civ. IV., n° 121, D. 1996, 573, note Matsopoulou ; Rejet du pourvoi contre Bordrau , 9 oct. 1992, D. 1994, somm. 327, obs Vasseur .
([4]) Cass. Com.19 juin 1990, D. 1992, somm.32.

شخصية صاحب الحساب أو الوديعة المرقمة إلاّ بإذن كتابي منه أو من أحد ورثته أو من أحد الموصى لهم بكل أو بعض هذه الأموال أو من النائب القانوني أو الوكيل المفوض في ذلك وبناء على حكم قضائي واجب النفاذ أو حكم محكمين نهاي . ويسري الحظر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة السابقة على هذه الحسابات والودائع " .

ولا يكفي توافر صفة الشريك في الشركة لكي يعطي الحق في رفع التزام بالسرية ، فالشركة أو من يمثلها قانونا هي صاحبة الحق في السر وليس كل شريك على حده . بذلك قضت محكمة استئناف باريس بخصوص شريك في شركة ذات مسئولية محدودة (لبنانية) وقد أراد الاطلاع على حسابات تلك الشركة في أحد البنوك الفرنسية ([1]) . وقد نبهت المحكمة في هذا الحكم إلى أن هذا الشريك كان يمكن أن يتجه إلى أجهزة تلك الشركة أو أن يطلب تعيين مدير مؤقت لإدارتها ، مادام أنه يشك في وقوع اختلاسات من مديريها ، عندئذ يكون للمدير المؤقت الحق في الاطلاع على أسرار الشركة المصرفية لدى البنوك .

بل إنه ليس من حق ساحب الشيك أن يحصل من البنك المسحوب عليه -وهو بنك للعميل ذاته حساب فيه – أن يطلب إلى ذلك البنك صورة من الشيك الذي قدمه المستفيد ، وذلك حتى يعلم هوية من ظُهر إليه الشيك من قبل ذلك المستفيد ، وهوية من قام بتقديمه إلى البنك . كما قُضي بأنه ليس من حقه كذلك أن يعلم من ذلك البنك إلى أي حساب داخل هذا البنك أو خارجه في بنك آخر حُولت إليه قيمة الشيك . بذلك قضت – بحق – محكمة باريس الكلية ([2])

(ب) دفاع رجل البنك عن نفسه :

([1]) Paris , 20 mars 1990 , D. 1992, somm. 31.
([2]) TGI PARIS 21 mars 1991, or. Réf. D. 1992, somm. 31 ; CF. Vasseur, note , D. 1979. 349.

إذا أُقيمت دعوى مدنية من العميل على البنك أو أحد العاملين فيه ، فإن من حق المدعى عليه أن يفشي أسرار العميل المالية ، مادام ذلك ضروريا لممارسة حقه في الدفاع ([1]) .

في هذا المعنى السابق تنص المادة السادسة من قانون سرية الحسابات بالبنوك على " ٣- حق البنك في الكشف عن كل أو بعض البيانات الخاصة بمعاملات العميل اللازمة لإثبات حقه في نزاع قضائي نشأ بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات " .

وبناء عليه فإنه يتعين التمييز بين الدعوى التي تُرفع على البنك بصفته من الغير الأمين على أسرار العميل المالية وبين الدعوى المدنية التي تُرفع على البنك بصفته مسئولا في تلك الدعوى ([2]). في هذه الحالة الأخيرة يُرفع الالتزام بالسرية ومن حق البنك أن يفشي أسرار عميله ، سواء أكان هذا العميل فردا أم شركة . ومن الواضح أن هذه الرخصة مقررة لمصلحة البنك . بيد أن محكمة النقض الفرنسية (الدائرة التجارية) قد اعتبرت أن الأمر يتعلق بالتزام برفع السرية ، أي بحق للخصوم في الاطلاع على الحسابات المصرفية لدى ذلك البنك . وقد تعلق الأمر بدعوى للمسئولية أقامها المصفي القضائي والدائنون مخاصمين فيها البنك لأنه سمح لمديري شركة متعثرة أن يمارسوا نشاطا خاسرا ، الأمر الذي زاد في الإضرار بالمركز المالي للشركة ([3]) . والحقيقة أنه كان يمكن أن يستند رفع الالتزام بالسرية إلى حق صاحب السر (إذا اعتبرنا أن المصفي القضائي وممثل الدائنين أصحاب حق في السر)([4]) ، وليس إلى وجود دعوى مرفوعة على البنك ، ذلك أن إقامة تلك الدعوى لا تلزم البنك بالإفشاء ولكنها تجيز ذلك له فقط ، أي أنه مقرر لمصلحة البنك كخصم في الدعوى .

([1]) Cass. Com , 19 juin 1990 : Bull. civ. IV, n ° 179/ ; D. 1992, somm. P. 32, note Vasseur .

([2]) Merle et Vitu, Traité de droit criminel, Droit pénal spécial , t. 2,1982, p. 1632.

([3]) Com. 19 juin 1990, D. 1992, somm. 30.

([4]) Cass. Chambre mixte, 7 mai 1982, D. 1982, 541, Concl. Cabannes; D. 1983.IR. 188, obs. Vasseur.

وإذا كان أحد العاملين في البنك محلا لدعوى مرفوعة ضده بصفته الشخصية ، فإن ذلك لا يرفع التزام البنك بالسرية في إطار دعوى مدنية ، كما لو رفعت من أقارب المدعى عليه الذي يعمل بالبنك من قبل أقارب له ائتمنوه على مبلغ من المال و لم يقم بإيداعه البنك الذي يعمل فيه ([1]) .

ثالثا – حالات وجوب إفشاء الأسرار المصرفية وفقا للقواعد العامة :

يسمح القانون السويسري بالكشف عن أسرار العميل المالية في بعض الحالات التي أصبحت تزداد بعدما كان ينظر إلى السر المصرفي في سويسرا على أنه ملاذ الفارين من العدالة في بقاع الأرض المختلفة وناهبي ثروات الشعوب .

من أهم حالات الكشف عن السرية في القانون السويسري الحالات الآتية :

(أ) الإفشاء إلى الجهات الرقابية :

تنص التشريعات المختلفة على أنه من حق الجهات التي تمارس الرقابة على أعمال البنوك الاطلاع على أسرار العملاء ، ويلتزم أفراد تلك الجهات بسرية تلك البيانات .

(ب) حالة الشهادة أمام القضاء :

لا يُعفى رجل البنك من واجب الشهادة أمام القضاء ، سواء القضاء الجنائي أو القضاء المدني ، فإن الأمر يتوقف على توافر حالة من حالات جواز الإفشاء أو عدم توافر ذلك ، على ما سيلي بيانه .

(جـ) وجوب التعاون مع العدالة الجنائية :

تأكيدا لما سبق فإن رجل البنك يلتزم بالتعاون مع المحقق وكذلك مع المحكمة الجنائية وفقا للقانون المصري . فمن ناحية التزامه بالتعاون مع المحقق ، بما يقتضي ذلك من رفع للسرية

([1]) TGI COMPIEGNE, 8 nov. 1988 et TGI BORDEAUX , 19 juin 1990, D. 1992, somm. 31.

المصرفية ، فإن قانون سرية الحسابات بالبنوك في مصر (رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠) قد ألزم رجال البنوك بالكشف عن السرية في الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى – الحجز على ما لدى البنك من أموال ،

الحالة الثانية – الاتهام بجريمة

في هذه الحالة الأخيرة يفرق قانون سرية البنوك في مصر بين فرضين :

الفرض الأول : حالة الاتهام بجريمة من جرائم القسم الأول من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون العقوبات ([1]) ، وهي الجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل .

الفرض الثاني : حالة الاتهام بأي جناية أو جنحة غير تلك الواردة في الفرض الأول.

في خصوص الفرض الأول تنص المادة الثالثة (فقرة ٥) على أنه " ويكون للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين أن يأمر مباشرة بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون المشار إليه أو المعاملات المتعلقة بها ، إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات " .

وفي خصوص الفرض الثاني تنص المادة الثالثة (فقرة أولى) من ذلك القانون على أنه "للنائب العام أو لمن يفوضه من المحامين العامين الأول على الأقل من تلقاء نفسه أو بناء على طلب جهة رسمية أو أحد ذوي الشأن أن يطلب من محكمة استئناف القاهرة الأمر بالاطلاع أو الحصول على أية بيانات أو معلومات تتعلق بالحسابات أو الودائع أو الأمانات أو الخزائن المنصوص عليها في المادتين السابقتين أو المعاملات المتعلقة بها وذلك في أي من الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا اقتضى ذلك كشف الحقيقة في جناية أو جنحة قامت الدلائل الجدية على وقوعها ..... ".

([1]) وقد أُضيفت هذه الحالة بمقتضى ا لقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢

ويقوم هذا الالتزام في التشريعات المقارنة ؛ من ذلك قانون نشاط المؤسسات المالية والرقابة عليها الصادر في ٢٤ يناير لسنة ١٩٨٤ في فرنسا والذي ينص صراحة في المادة ٥٧-٢ على عدم سريان التزام المؤسسات المالية بالسرية في مواجهة السلطة القضائية في إطار الإجراءات الجنائية . ويرتفع هذا الالتزام أمام سلطات التحقيق كما يرتفع أمام المحاكم الجنائية ([1]) .

وقد اتجه القانون السويسري الوجهة ذاتها . فإذا كان ر جل البنـــك السويســـري يلتـــزم بالسرية في مواجهة مصلحة الضرائب ، فإن الأمر يختلف لو تعلق بجريمة تهرب ضريبي وكانت محلا للتحقيق أو المحاكمة (مادة ٣٠٥-٢ من قانون العقوبات) .

([1]) Jurisclasseur , droit pénal 1997, Banque , n° 94.

(د) التعاون مع العدالة في المواد غير الجنائية :

إذا كان الالتزام بالسرية يرتفع في إطار الإجراءات الجنائية ، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى الإجراءات المدنية . في هذه الحالة الأخيرة لا يرتفع الالتزام بالسرية ، وفقا للقاعدة العامة ([1]) ، وإن جاز ذلك في بعض الدعاوى المدنية ، على الوجه التالي :

- بعض الدعاوى المدنية كما في حالة التركات وفي حالة الطلاق .

- بعض الدعاوى التجارية كما في حالة الإفلاس . ويُسمح بالكشف عن السرية في هذه الحالة ولو كان الحكم صادرا من محكمة أجنبية (القانون الفيدرالي في شأن الدولي الخاص لسويسرا سنة ١٩٨٧) ([2]) .

- حجز مال المدين لدى الغير ، وذلك في الدعاوى المدنية . في هذه الحالة من سلطة القاضي السويسري أن يقوم بالحجز على أموال المدين لدى البنوك ، الأمر الذي يقتضي تعاونا من تلك البنوك مع القضاء المدن في هذه الحالة وليس القضاء الجنائي فحسب ([3]).

(هـ) مدى التزام البنك بالتعاون مع الإدارات العامة :

يقع على البنوك والمصارف المالية - في بعض التشريعات - واجب التعاون مع بعض الإدارات مثل الضرائب والجمارك . فالبنوك السويسرية ، مثلا ، تلتزم بالتعاون مع مصلحة الضرائب فيما يخص الوعاء الضريبي وكذلك مصلحة الجمارك فيما يخص احترام قوانين الجمارك ([4]) .

([1]) TGI COMPIEGNE, 8 nov. 1988 et TGI BORDEAUX , 19 juin 1990, D. 1992, somm. 31.

([2]) http://switzerland.isyours.com/f/banque/general/faillite.html

([3]) http://switzerland.isyours.com/f/banque/general/faillite.html

([4]) www.banque-info.com/q-r/part-respon-bcaire.htm

ويلاحظ أن التعاون مع مصلحة الضرائب ليس في حد ذاته مبررا للكشف عن سرية البنوك في سويسرا ، إلاّ إذا كان الأمر متعلقا بالتهرب الضريبي أو بالنصب على مصلحة الضـــرائب ، وهذه وتلك من الجرائم الجنائية .

بيد أن القانون البلجيكي يجيز لمصلحة الضرائب في صدد تقديرها للضرائب على الدخل أن تكشف سرية المعلومات البنكية الخاصة بالعميل ، خاصة وأن القضاء البلجيكي يعتبر سرية البنوك نوعا من " واجب الكتمان discretion ، فلا يسري عليه حكم قانون العقوبات فيما يتعلـــق بسر المهنة secret professionnel . في ذلك قضت محكمة النقض البلجيكية بأنه " يبين مـــن المواد ٢٢٨ و٢٢٩ من قانون الضرائب على الدخل التي تتعلق بضمان تحصيل الضـــريبة ، يحـــق لمصلحة الضرائب أن تطلب تقديم سائر البيانات ، حتى ولو تعلقت بالحياة الخاصة للممول ، وأن هذه الأحكام القانونية – ليست بهذه الصفة مخالفة للمادة (٨) من اتفاقيـــة حقـــوق الإنســـان والحريات الأساسية التي تكفل حق كل شخص في حرمة الحياة الخاصة والعائلية ، ولكنها تنص في فقرتها الثانية على أن السلطة العامة يمكن أن تتدخل في ممارسة هذا الحق ، مادام هـــذا التـــدخل منصوصا عليه في القانون وأنه يشكل إجراء ضروريا في مجتمع ديمقراطي وخاصة أنه لازم لتحقيق الرفاهية الاقتصادية للبلاد "bien-être écoomique du pays"([1]).

وقد أيدت اللجنة الأوربية لحقوق الإنسان محكمة النقض البلجيكية فيما انتهت إليه من جواز هذا التدخل في مجال السرية باعتباره تدخلا مسموحا به في مجال الحياة الخاصة لأنه ضـــروري في مجتمع ديمقراطي لتحقيق الرفاهية الاقتصادية في الدولة ([2]) .

([1]) Cass. , 19 nov. 1981, J.T. , 1982, p. 619 : File://A:SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL.htm

([2]) Commission européenne des droits de l'homme4 , 7 déc. 1982, J.T. 1983, p. 360 .

الفصل الثاني

مدى التحلل من الالتزام بالسرية في ظل تشريعات مكافحة غسل الأموال

يرتفع الالتزام بالسرية في مجال غسل الأموال ، ذلك أن هناك التزاما بالتبليغ وكذلك التزاما بالتعاون مع الجهات المعنية بهذا الأمر ، بالإضافة إلى الالتزام بالتعاون الدولي . ويقتضي بيان حدود التزام المصارف المالية بالسرية تحديد المقصود بغسل الأموال ومجاله قبل التعرض لواجبات المصارف المالية في رفع الالتزام بسرية البيانات المالية .

- مفهوم غسل الأموال :

عرفت المادة (٣٢٤-١) من قانون العقوبات الفرنسي غسل الأموال بأنه " يتمثل في تسهيل – بأي وسيلة كانت – التبرير الكاذب لمصدر الأموال أو الدخول الخاصة بفاعل جناية أو جنحة نتج عنها ربح مباشر أو غير مباشر . كما يشكل غسيلا للأموال مساعدة عملية الإيداع أو الإخفاء أو التحويل لمنتج مباشر أو غير مباشر عن جناية أو جنحة " ([1]).

و لم يخرج القانون ا لبلجيكي عن هذا المفهوم حيث يتمثل النشاط في الجريمة – على غرار القانون الفرنسي – في القيام بعمليات معينة لها غرض معين ، بالإضافة إلى المساعدة في القيام بتلك العمليات . فقد عرفت المادة الثالثة (فقرة أولى) من القانون البلجيكي سابق الذكر مفهوم الغسيل بأنه يشمل " - تحويل أو نقل رؤوس الأموال وغير ذلك من الأموال بغرض -إخفاء المصدر غير المشروع لتلك الأموال أو مساعدة كل شخص متورط في ارتكاب الجريمة التي

([1]) " Le blanchiment est le fait de faciliter , par tout moyen , la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect . Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement , de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit".

تحصلت عنها تلك الأموال على التهرب من النتائج القانونية لأفعاله. - كل إخفاء لطبيعة أو أصل أو إيداع أو التصرف أو الحركة الخاصة بملكية تلك الأموال مع العلم بأصلها غير المشـــروع . - شراء أو حيازة أو استعمال الأموال مع العلم باصلها غير المشروع . - المساهمة في تلك الأفعال أو الاتفاق على ارتكابها وكذلك الشروع في ارتكابها وفعل المســـاعدة أو التحـــريض أو تقـــديم المشورة بغرض ارتكابها أو تسهيل تنفيذها"([1]).

وقد ركز المشرع المصري اهتمامه في مفهومه لغسيل الأموال على القيام بعملية معينة لإخفـــاء المصدر غير المشروع للأموال ، دون أن يقيم التسوية بين الفعل والمساعدة في القيام بذلك الفعل. وبالتالي فإن المساعدة يسري عليها القواعد العامة في الاشتراك . فتنص المادة (الأولى- ب) على أن غسل الأموال هو " كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيهـــا أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه

([1]) " Aux fins de l'application de la présente loi , par blanchiment de capitaux ik faut entendre :
- La conversion ou le transfert de capitaux ou d'autres biens dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction d'où proviennent ces capitaux ou ces biens , à échapper aux conséquences juridiques de ses actes; - La dissimulation ou le déguisement de la nature , de l'origime , de l'emplacement , de la disposition , du mouvement ou de la proprieété des capitaux ou des biens don't on connaît l'origine illicite, - l'acquisition , la détention ou l'utilisation de capitaux dont on connaît l'origine illicite; - La participation à un des actes visés aux trois points précédents , l'association pour commettre ledit acte , les tentatives de le perpétrer , le fait d'aider , d'inciter ou de conseiller quelqu'un à la commettre ou le fait d'en faciliter l'exécution " (art. 3, § 1er).

أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال " .

وقد عرف القانون الاتحادي لدولة الإمارات رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن غسل الأموال بقوله " كل عمل ينطوي على نقل أو تحويل أو إيداع أموال أو إخفاء أو تمويه حقيقة تلك الأموال المتحصلة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من هذا القانون " (مادة ٣) . كما حددت المادة (٢) أركان جريمة غسل الأموال بقولها : " يُعد مرتكبا جريمة غسل الأموال كل من أتى عمدا أو ساعد في أي من الأفعال التالية بالنسبة للأموال المتحصلة من أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من هذه المادة :

أ – تحويل المتحصلات أو نقلها أو إيداعها بقصد إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها .

ب – إخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات أو مصدرها ، أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها .

جـ – اكتساب أو حيازة أو استخدام تلك المتحصلات " .

ومن صور القيام بعملية من العمليات السابقة التي ترمي إلى إخفاء المصدر غير المشروع للأموال المتحصلة من الجرائم ما قضى به من قوع تلك الجريمة في فرنسا عندما فتح المتهم ٦٧ حسابا في البنوك ليتعامل من خلالها في مبلغ كبير من المال بلغ ٣ مليون فرنكا فرنسيا دون أن يقدم تبريرا مقبولا لمصدر تلك الأموال . و لم يبق سوى الشبهات التي كانت تحوم حوله باعتباره من المتصلين بتجارة المخدرات (١) .

(1) T.corr.Lyon 19 nov. 199: CA Lyon 16 fév. 1993, Cass. 7 fév. 1994, pourvoi irrécevable : PETTITI, Droits de l'homme , chronique internationale , Rev.sc.crim.1998, p. 835.

- مجال غسل الأموال :

تحصر بعض التشريعات مجال غسل الأموال في جرائم معينة دون سواها بينما توسع تشريعات أخرى من ذلك المجال بحيث تشمل جميع الجرائم دون وضع حصر لها . وينتمي القانون المصري إلى النوع الأول من التشريعات حيث تقع جريمة غسل الأموال " إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك .. " . وقد أوردت المادة (٢) تلك الجرائم بقولها :

" يحظر غسل الأموال المتحصلة من جرائم زراعة وتصنيع النباتات والجواهر والمواد المخدرة وجلبها وتصديرها والاتجار فيها ، وجرائم اختطاف وسائل النقل واحتجاز الأشخاص والجرائم التي يكون الإرهاب – بالتعريف الوارد في المادة (٨٦) من قانون العقوبات – أو تمويله من بين أغراضها أو من وسائل تنفيذها وجرائم استيراد الأسلحة والذخائر والمفرقعات والاتجار فيها وصنعها بغير ترخيص ، والجرائم المنصوص عليها في الأبواب الأول والثاني والثالث والرابع والخامس عشر والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وجرائم سرقة الأموال واغتصابها وجرائم الفجور والدعارة والجرائم الواقعة على الآثار والجرائم البيئية المتعلقة بالمواد والنفايات الخطرة والجرائم المنظمة التي يُشار إليها في الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفا فيها ، وذلك كله سواء وقعت جريمة غسل الأموال أو الجرائم المذكورة في الداخل أو الخارج بشرط أن يكون معاقبا عليها في كلا القانونين المصري والأجنبي " .

وقد اختار المشرع الإماراتي أن يحصر الجرائم التي يعاقب على غسل الأموال بها بنصها في المادة (٢) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ على أنه " يعد مرتكبا جريمة غسل الأموال كل من أتى عمدا أو ساعد في أي من الأفعال التالية بالنسبة للأموال المتحصلة من أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من هذه المادة . .. " . وقد حدد البند الثاني من تلك المادة هذه الجرائم في التالي :

أ - المخدرات والمؤثرات العقلية

ب - الخطف والقرصنة والإرهاب

جـ - الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون البيئة

د - لاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر

هـ جرائم الرشوة والاختلاس والإضرار بالمال العام

و – جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة و ما يتصل بها

ز – أية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها " .

كما ينتمي القانون البلجيكي – في صدد مكافحة غسيل الأموال – إلى طائفة التشريعات التي تحدد تجريم غسيل الأموال في خصوص الأموال المتحصلة من جرائم معينة منها التهرب الضريبي ([1]) .

– الملتزمون بالكشف عن السرية طبقا لقانون غسل الأموال :

تلتزم البنوك وغيرها من المصارف المالية بواجب التبليغ عن العمليات المشبوهة التي ترجح وقوع عملية لغسيل الأموال . وقد كان الأمر يتعلق بحق في التبليغ في القانون السويسري وفقا لقانون أول أغسطس سنة ١٩٩٤ ، وقد أصبح هذا الحق واجبا منذ قانون ١٠ أكتوبر سنة ١٩٩٧ الذي دخل حيز التنفيذ منذ أول أبريل سنة ١٩٩٨([2]) . هذا الالتزام يمتد ليشمل ليس فقط البنوك والمصارف المالية ولكنه يشمل أيضا شركات التأمين والوسطاء العاملين في مجال

([1])Thierry AFSCHRIFT, et Pascal HAUTFENNE, Le secret bancaire en droit fiscal, op.cit.p. 41.

([2]) Jacquelinr RIFFAULT , " Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé" , Rev. Sc. Crim. 1999, p.235.

البورصة ومكاتب الصرافة والشركات المحاسبية وكل شخص يدير تجمعات مالية . ويمتد هذا الالتزام قي قانون أخرى إلى أكثر من ذلك بحيث يشمل الموثقين وغيرهم من الحرفيين في المجال العقاري ، كما هو الحال في القانون الفرنسي ([1]) .

أما من ناحية مجال الجرائم التي يسري عليها قوانين الكشف عن السرية طبقا لتشريعات غسيل الأموال ، فإنها كانت مقتصرة وفقا لتشريعات عديدة على جرائم المخدرات وأصبحت تتسع لتشمل غيرها من الجرائم مثل تجارة السلاح والإرهاب والدعارة ، بل إن تشريعات عديدة أصبحت لا تحدد تلك الجرائم التي يسري عليها غسيل الأموال بحيث تشمل غيرها من الجرائم دون تخصيص ، سوى أن تكون من الجرائم الخطيرة (وهي دائما تنتمي إلى طائفة الجرائم العمدية) مثل القانون البلجيكي وقانون لكسمبورج ، والقانون الأسباني (قانون العقوبات الأسباني الذي دخل حيز النفاذ في ٢٥ مايو سنة ١٩٩٦) ، والقانون الإيطالي (منذ سنة ١٩)([2]).

فالأمر لا يقتصر على البنوك فقط ، بل تقع الالتزامات التي تتضمنها تشريعات مكافحة غسل الأموال إلى غيرها من المؤسسات المالية . وقد عُني المشرع المصري في قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بذكر المقصود بالمؤسسات المالية التي يقع عليها الالتزام بإفشاء أسرار العملاء الذين يُشتبه في قيامهم بعملية من عمليات غسل الأموال ، وهي :

- البنوك العاملة في مصر وفروعها في الخارج وفروع البنوك الأجنبية العاملة في مصر
- شركات الصرافة والجهات الأخرى المرخص لها بالتعامل في النقد الأجنبي

([1]) Jacquelinr RIFFAULT , " Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé" , Rev. Sc. Crim. 1999, p.234.

([2]) Jacquelinr RIFFAULT , " Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé" , Rev. Sc. Crim. 1999, p.234.

- الجهات التي تباشر نشاط تحويل الأموال
- الجهات العاملة في مجال الأوراق المالية
- الجهات العاملة في مجال تلقي الأموال
- صندوق توفير البريد
- الجهات التي تمارس نشاط التمويل العقاري وجهات التوثيق العقاري
- الجهات التي تمارس نشاط التأجير التمويلي
- الجهات العاملة في نشاط التخصيم
- الجهات التي تمارس أي نوع من أنشطة التأمين وصناديق التأمين الخاصة وأعمال السمسرة في مجال التأمين .

وقد فضل المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة تحديد الجهات المخاطبة بأحكام غسيل الأموال بصيغة عامة بأنها " المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية " ، بنصه في المادة (٣) من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال " تكون المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية العاملة في الدولة مسئولة جنائيا عن جريمة غسل الأموال ..". وقد عرفت المادة (٣) من القانون السابق المنشآت المالية بأنه " أي بنك أو شركة تمويل أو محل صرافة أو وسيط مالي ونقدي أو أي منشأة أخرى مرخص لها من قبل المصرف المركزي سواء كانت مملوكة ملكية عامة أو خاصة " . كما عرفت المادة ذاتها المنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية بأنها " المنشآت التي يتم ترخيصها ومراقبتها من قبل جهات أخرى غير المصرف المركزي كالتأمين والأسواق المالية وغيرها " .

- **الالتزام بالتبليغ عن غسل الأموال :**

تعفي التشريعات المقارنة البنوك وغيرها من المصارف المالية من التزامها بالسرية إزاء التعاملات المالية ، بل إنها تلزمها بالتبليغ عن العمليات المشبوهة التي قد تندرج ضمن محاولات غسل الأموال المتحصلة من الجرائم ([1]) .

من تلك التشريعات القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال الذي تضمن واجب التبليغ إلى وحدة إدارية أُنشئت لهذا الغرض بالبنك المركزي ، بالإضافة إلى واجب التعاون مع السلطات القضائية .

وفي خصوص الجهة التي تتلقى التبليغات من المؤسسات المالية فإنها جهة إدارية وليست جهة قضائية وفقا للقانون المصري ، فهي وحدة تُنشأ لهذا الغرض في البنك المركزي . فتنص المادة (٣) من قانون مكافحة غسل الأموال على أن " تنشأ بالبنك المركزي المصري وحده مستقلة ذات طالع خاص لمكافحة غسل الأموال تمثل فيها الجهات المعنية ، وتتولى الاختصاصات المنصوص عليها في هذا القانون . ويلحق عدد كاف من الخبراء والمتخصصين في المجالات المتعلقة بتطبيق أحكام هذا القانون ، وتزود بمن يلزم من العاملين المؤهلين والمدربين . ويصدر رئيس الجمهورية قرارا بتشكيل الوحدة ونظام إدارتها وبنظام العمل والعاملين فيها ، دون التقيد بالنظم والقواعد المعمول بها في الحكومة والقطاع العام وقطاع الأعمال العام " .

وقد حدد القانون المصري سابق الذكر اختصاصات الوحدة في " تلقي الإخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن العمليات التي يشتبه في أنها تتضمن غسل الأموال " (مادة ٤ من قانون مكافحة غسل الأموال) .

([1]) د. سليمان عبد المنعم ، مسؤولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٢ ص ٢٦ .

ويقع على الوحدة التزام بالتبليغ وكذلك التزام بالتعاون على غرار ما يقع على المؤسسات المالية : من ناحية الالتزام بالتبليغ ، ويكون هذا التبليغ إلى النيابة العامة إذا وجدت ما يكفي على وقوع جريمة غسل الأموال . في ذلك تنص المادة (٥) من قانون غسل الأموال في مصر على أن " تتولى الوحدة أعمال التحري والفحص عما يرد إليها من إخطارات ومعلومات في شأن العمليات التي يشتبه في أنها تتضمن غسل الأموال وتقوم بإبلاغ النيابة العامة بما يسفر عنه التحري من قيام دلائل على ارتكاب الجريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون " . ومن ناحية التزام موظفي تلك الوحدة بالمحافظة على أسرار عملهم ، تنص المادة (٥) على أنه " وتسري على جريمة غسل الأموال أحكام الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك المضافة بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٩٢ .

ومن الواضح أن القانون المصري اكتفى في الالتزام بالتبليغ بقيام حالة من الشبهة التي تدعو إلى الاعتقاد بأنه أمام عملية من عمليات غسل الأموال ، فقد يكون ذلك حقيقيا بالفعل وقد يبين أن تلك الشكوك لا أساس لها من الصحة . فلا يلزم أن يتأكد البنك من تواجد عملية من عمليات الغسل إذن . وتشير المادة (٨) سابقة الذكر إلى ذلك بقولها " ....العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال ...".

وحتى تقوم الوحدة المتخصصة بمتابعة حالات غسل الأموال ، يلزم القانون المصري البنوك وغيرها من المؤسسات المالية بالحالات التي تثور فيها شبهة غسل الأموال . فتنص المادة (٨) من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ في مصر على أن " تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي يشتبه في أنها تتضمن غسل أموال المشار إليها في المادة (٤) من هذا القانون وعليها وضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء والمستفيدين الحقيقيين والأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية . وذلك من خلال وسائل إثبات رسمية أو عرفية مقبولة وتسجيل بيانات هذا التعرف " .

وبالمثل فإن القانون الاتحادي بدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ يلزم المؤسسات المالية بالتبليغ إلى وحدة إدارية أُنشأت لهذا الغرض ، ويُعاقب على عدم القيام بهذا

الواجب (مادة ١٥) . فقد نص القانون المذكور على إنشاء وحدة للمعلومات بالبنك المركـــزي لتجميع البيانات المتصلة بغسل الأموال ويقع عليها واجب التبليغ . فتنص المادة (٧) من القـــانون سابق الذكر على أن " تنشأ بالمصرف المركزي " وحدة معلومات مالية " لمواجهة غسل الأموال والحالات المشبوهة وترسل لها تقارير المعاملات المشبوهة من كافة المنشآت المالية والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة وتحدد اللجنة نموذج تقريـــر للمعـــاملات المشـــبوهة وطريقة إرساله إليها ، وعليها أن تضع المعلومات المتوفرة لديها تحت تصرف جهـــات تطبيـــق القانون تسهيلا للتحقيقات التي تقوم بها ، ويمكن لهذه الوحدة أن تتبادل مع الوحدات المشابهة في الدول الأخرى معلومات تقارير الحالات المشبوهة عملا بالاتفاقيات الدولية التي تكـــون الدولـــة طرفا فيها أو بشرط المعاملة بالمثل " . وقد نصت المادة (٨) من القانون ذاته على واجب التبليـــغ للنيابة العامة عن الحالات التي تتعلق بغسل الأموال بقولها " ١- تتولى الوحدة المنصوص عليها في المادة (٧) من هذا القانون بعد دراسة الحالات المبلغة إليها إبلاغ النيابة العامة لاتخاذ الإجـــراءات اللازمة . ٢- إذا ورد البلاغ بحالات غسل أموال إلى النيابة العامة مباشرة فعليها اتخاذ الإجراءات اللازمة بعد استطلاع رأي الوحدة المذكورة فيما تضمنه للبلاغ " . كما أنشأ القانون ذاته لجنـــة إدارية برئاسة المحافظ تعنى بمواجهة غسل الأموال في الدولة تسمى " اللجنة الوطنية لمواجهة غسل الأموال " (مادة (٩) وتعمل هذه اللجنة على تسهيل للمعلومات والتنسيق بين الجهات الممثلـــة فيها ، وهي المصرف المركزي ووزارة الداخلية ووزارة العدل والشئون الإســـلامية والأوقـــاف ووزارة المالية والصناعة ووزارة المالية والصناعية ووزارة الاقتصاد والتجارة والجهات المعنية بإصدار الرخص التجارية والصناعية .

وقد حرص القانون الاتحادي لدولة الإمارات سابق الذكر على النص على عـــدم مســـئولية المنشآت المالية عن الإخلال بواجب السرية عند قيامها بواجبها بالتبليغ عـــن حـــالات غســـل الأموال. فتنص المادة (٢٠) من ذلك القانون على أن " تُعفى المنشآت المالية والمنشـــآت الماليـــة الأخرى والتجارية والاقتصادية وأعضاء مجالس إدارتها وموظفوها وممثلوها المرخص لهم قانونا من المسئولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية التي يمكن أن تترتب عن تقديم المعلومات المطلوبة أو عـــن

الخروج على أي قيد مفروض لضمان سرية المعلومات بنص تشريعي أو عقـــدي أو نظـــامي أو إداري ، وذلك ما لم يثبت أن الإبلاغ قد تم بسوء نية بقصد الإضرار بصاحب المعاملة " .

وتتجه التشريعات المقارنة إلى هذا الاتجاه ؛ ففي سويسرا صدر قانون يلزم البنـــوك بـــذلك التعاون في حالة غسيل الأموال وقد دخل في حيز النفاذ في أول أبريل سنة ١٩٩٨ . فيقع علـــى رجل البنك السويسري التزام بالتبليغ عما يعلمون من أموال متحصلة من جريمة أو كان يجـــب عليهم أن يعلموا بأصلها . كما يتعين عليهم أن يتعاونوا مع رجل القضاء ومساعديهم في الكشف عن مصادر تلك الأموال وأصحابها وتحركاتها وتنفيذ الأوامر القضائية المتعلقة بتجميد تلك الأموال ومصادرتها.

فإذا تحقق البنك أن الأمر يتعلق بعملية من عمليات الغسيل أو توافر من القرائن ما يحمل على الاعتقاد بأن هناك شبهة لتوافر هذا النوع من العمليات ، فإنه من الواجب على العاملين بـــه أن يقوموا بتبليغ جهة إدارية أعدت لهذا الغرض([1]). وعلى خلاف ذلك ، فإن القانون الفرنســـي رقم ١٢ يوليو لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٩٨ جعل واجب التبليغ يقع على عاتق الجهات المصرفية إلى رئيس النيابة procureur de la République ولـــيس إلى جهة إدارية كما فعل المشرع البلجيكي ([2]).

في نفس الاتجاه يفرض القانون هذا الواجب بمقتضى المادة ١٤ من القانون رقـــم ١٢ يوليو لسنة ١٩٩٠ المعدل بالقانون رقم ٤٥٦ لسنة ١٩٩٨- في فرنسا - التي تنص علـــى أن " كل عملية مهمة ترد على مبالغ تزيد في كل مرة أو في مجموعها على مقدار معين يحـــدده قـــرار صادر بذلك والمشار إليه في المادة ٢٤ من هذا القانون والتي ، دون أن تدخل في إطار تطبيق المادة ٣ سابقة الذكر ، تتم في ظروف غير معتادة من التعقيد وتبدو غير مستندة إلى مبرر اقتصـــادي أو مورد مشروع ، يتعين أن تكون محلا للفحص والتدقيق من جانب المؤسسة المالية . في هذه الحالة

([1]) " Cellule de traitement des informations financières ".

([2]) Jacqueline RIFFAULT, Le blanchiment de capitaux illicites, le blanchiment de capitaux en droit comparé , Rev.sc.crim.1999, p. 234.

تقوم المؤسسة المالية بسؤال صاحب الشأن عن مصدر تلك الأموال والجهة المحولة إليها وعن محل الصفقة بين تلك الأطراف المعينة وتتأكد من شخصية المستفيد منها . – وعلى المؤسسة أن تحتفظ ببيانات مكتوبة عن تلك الصفقات طبقا للإجراءات المبينة في المادة ١٥ من هذا القانون . وللإدارة المنصوص عليها في المادة ٥ ولجهة الرقابة الحق في الاطلاع على تلك البيانات والمستندات المرفقة بها . – وعلى المؤسسة المالية أن تتحقق من قيام الفروع التابعة لها والشركات الوليدة بواجبها المبين في الفقرة السابقة ولو كان مقر تلك الفروع والشركات في خارج البلاد إلاّ إذا كان التشريع الداخلي في تلك الدولة يحول دون ذلك . عندئذ على تلك المؤسسة إخطار الجهة المشار إليها في المادة (٥) " ([1]) .

غير أن الجزاء الذي يقرره القانون الفرنسي في حالة عدم قيام البنك بالتبليغ عن العمليات المشبوهة أو التي يبدو أنها تتعلق بغسيل للأموال غير المشروعة ينتمي إلى المسئولية التأديبية بمقتضى

([1]) Toute opération importante portant sur des sommes dont le montant unitaire ou total es supérieur à une somme fixée par le décret prévu à l'article 24 et qui , sans entrer dans le champ d'application de l'article 3 , se présente dans des conditions inhabituelles de complexité et ne paraît pas avoir de justification économique ou d'objet licite , doit faire l'objet de la part de l'organisme financier d'un examen particulier. En ce cas, l'organisme financier se renseigne auprès du client sur l'origine et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de la transaction et l'identité de la personne qui en bénéficie . – Les caractéristiques de l'opération sont consignées par écrit et conservées par l'organisme financier dans les conditions prévus à l'article 15 . – Le service institué à l'article 5 et l'authorité de de contrôle peuvent seuls obtenir communication de ce document et des pièces qui s'y rattachent . – L'organisme financier doit s'assurer que les obligations définies par l'alinéa précédent sont appliquées par ses succursales ou sociétés filiales dont le sièges est à l'étranger , à moins que la législation locale y fasse obstacle , auquel ca il en informe le service instituée à l'article 5 " .

القانون الفرنسي رقم ٥٤٦ لسنة ١٩٩٨ الذي ألغى ما نص عليه القانون السابق الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٩٠ والذي كان يقرر جزاءات جنائية في هذه الحالة .

وينتمي إلى زمرة التشريعات التي ترفع الالتزام بالسرية القانون البلجيكي الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٩٣ في شأن غسيل الأموال والذي عكس مضمون التوجيه الأوربي الصادر في ١٠ يونيه سنة ١٩٩١ والذي يحث الدول الأوربية على إدخال التشريعات التي تسمح بكشف سرية البنوك ، بل وإلزام الجهات المالية على التعاون في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال بعد تجريمها ([1]) .

وما دام التبليغ يشكل واجبا يقع على المؤسسات المالية ، فإن القيام به – بحسن نية – يعفي من المسئولية الجنائية ، حتى وإن اتضح أن العملية المشكوك فيها لا تشكل غسلا لأموال غير مشروعة . في ذلك تنص المادة (١٠) من القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون غسل الأموال على أن " تنتفي المسئولية الجنائية بالنسبة إلى كل من قام – بحسن نية – بواجب الإخطار عن أي من العمليات المشتبه فيها بالمخالفة للقواعد المفروضة لضمان سريتها ، وتنتفي المسئولية المدنية متى كان الاعتقاد بقيام هذا الاشتباه مبنيا على أسباب معقولة " .

وقد حرص القانون المصري سابق الذكر على كفالة سرية هذا الإخطار عن العمليات المشبوهة وفرض على رجال البنك واجب السرية بخصوص الإجراءات المتبعة في حالة الإخطار عنها ، ضمانا لفعالية تلك الإجراءات وحرصا على بيانات تتعلق بالحياة الخاصة للإفراد . فتنص المادة (١١) من القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن " يحظر الإفصاح للعميل أو المستفيد أو لغير السلطات والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عن أي إجراء من إجراءات الإخطار أو التحري أو الفحص التي تتخذ في شأن المعاملات المالية في أنها تتضمن غسل أموال عن البيانات المتعلقة بها " . وتعاقب المادة (١٤) من القانون ذاته على إفشاء سرية تلك الإجراءات بالحبس وبالغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يخالف أحكام تلك السرية .

([1]) Thierry AFSCHRIFT, et Pascal HAUTFENNE, Le secret bancaire en droit fiscal: File://A:SECRET BANCAIRE EN DROIT FISCAL.htm

ولضمان فعالية واجب التبليغ عن العمليات المشبوهة ، فإنه يعاقب على عدم التبليغ بوصفه جريمة جنائية معاقبا (مادة ١٥ من القانون الاتحادي الإماراتي سابق الذكر) . ومن الواضح أن ذلك يثير مشكلة المسئولية الجنائية للبنك أو المصرف في حالة عدم القيام بهذا الواجب: هل يتعين تحديد شخص طبيعي معين كمسئول عن عدم القيام بهذا الواجب ، أم هل تقع المسئولية الجنائية للبنك أو الجهة المالية الملتزمة بالتبليغ ؟ نرى أن مسئولية البنك الجنائية كشخص معنوي أصبح أمرا معمولا به في كثير من تشريعات الدول الأوربية، باعتبار أن الالتزم يقع على البنك كمؤسسة مالية ، وباعتبار أن مدير البنك يعمل لحساب البنك ، الأمر الذي تتحقق معه مسئولية البنك الجنائية كشخص معنوي . وبالتالي فإن العقوبة التي يُحكم بها على البنك كشخص معنوي هي عقوبة الغرامة باعتبارها عقوبة مناسبة تتلاءم مع طبيعة الشخص المسئول . و من المقرر أن مساءلة البنك كشخص معنوي لا تحول دون مساءلة الشخص المسئول عن عدم القيام بواجب التبليغ ، إذا كانت نظم البنك ولوائحه تكلف شخصا معينا (ولو بحكم بوظيفته) بهذا الواجب .

– الالتزام بالتعاون مع الجهات المعنية بغسل الأموال :

بالإضافة إلى واجب التبليغ ، يفرض القانون التزاما بالتعاون مع السلطات القضائية في مجال غسيل الأموال بما يتضمنه ذلك من الكشف عن سرية الحسابات . في ذلك تنص المادة (٩) من قانون مكافحة غسل الأموال في مصر رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ على أن المؤسسات المالية تلتزم بـ " .. أن تضع السجلات والسندات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون عند طلبها أثناء الفحص والتحري وجمع الاستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة في أي من الجرائم الخاضعة لهذه الأحكام ... " .

كما تلتزم الوحدة بالتعاون مع السلطات القضائية ، فتنص المادة السابقة على أنه " وعلى الوحدة إنشاء قاعدة بيانات لما يتوافر لديها من معلومات وأن تضع الوسائل الكفيلة بإتاحتها للسلطات القضائية وغيرها من الجهات المختصة بتطبيق أحكام هذا القانون وكذلك تبادل هذه المعلومات والتنسيق مع جهات الرقابة في الدولة ، ومع الجهات المختصة في الدولة الأجنبية والمنظمات الدولية تطبيقا لأحكام الاتفاقيات الدولية التي تكون مصر طرفا فيها أو تطبيقا

لمبدأ المعاملة بالمثل ". وفي نفس المعنى تلزم المادة (٧) من القانون الاتحادي الإماراتي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن غسل الأموال وحدة المعلومات المالية لدى البنك المركزي بأن " تضع المعلومات المتوفرة لديها تحت تصرف جهات تطبيق القانون تسهيلا للتحقيقات التي تقوم بها .. "

وبالإضافة إلى الالتزام بالتعاون مع الجهات الداخلية تسمح قوانين عديدة بالتعاون القضائي الدولي entraide judiciaire في هذا المجال بالذات نظرا للاهتمام الدولي المتنامي لمكافحة ظاهرة غسل الأموال .

فتتجه تشريعات عديدة إلى رفع التزام رجل البنك بالسرية في حالة المساعدة القضائية مع دول أخرى ، من ذلك أن القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال ينص في المادة (١٨) على أن " تتبادل الجهات القضائية المصرية مع الجهات القضائية الأجنبية التعاون القضائي في مجال جرائم غسل الأموال وذلك بالنسبة إلى المساعدات والإنابات القضائية وتسليم المتهمين والمحكوم عليهم والأشياء ، وذلك كله وفق القواعد التي تقررها الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون مصر طرفا فيها أو وفقا لمبدأ المعاملة بالمثل " .

ويلاحظ أن قانون غسل الأموال في مصر يقدم نموذجا فريدا للتعاون في المجال القضائي الجنائي لم يأخذ به المشرع المصري في غيره من المجالات . فتنص المادة (١٩) على حق السلطات القضائية الأجنبية في تعقب الأموال ، بل والحجز عليها وتجميدها بقولها : " يكون للجهات المشار إليها في المادة (١٨) من هذا القانون أن تطلب - على وجه الخصوص – اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتعقب أو تجميد الأموال موضوع جرائم غسل الأموال أو عائداتها أو الحجز عليها . وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية " .

وإمعانا في التعاون الدولي في مجال غسل الأموال أدخلت المادة (٢٠) من القانون المصري سابق الذكر استثناء يسمح بتنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية ، خلافا للقاعدة العامة التي تقضي بعدم تنفيذ هذا النوع من الأحكام لمبلغ تعلقه بسيادة الدولة . فتنص المادة السابقة على أنه " يجوز للجهات القضائية المصرية المختصة أن تأمر بتنفيذ الأحكام الجنائية النهائية الصادرة من الجهات

القضائية الأجنبية المختصة بمصادرة الأموال المتحصلة من جرائم غسل الأمـــوال أو وعائـــداتها ، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التي تتضمنها الاتفاقية الثنائية أو متعددة الأطراف التي تكون مصر طرفا فيها . — كما يجوز إبرام اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنظم التصرف في حصيلة الأموال المحكوم نهائيا بمصادرتها — في جرائم غسل الأموال — من جهات قضائية مصرية أو أجنبية — تتضمن قواعد توزيع تلك الحصيلة بين أطراف الاتفاقية وفقا للأحكام التي تنص عليها " .

كما أنه وفقا للقانون السويسري لسنة ١٩٨٣ تقوم سلطات البنوك السويســـرية بتزويـــد السلطات القضائية الأجنبية بمعلومات عن حسابات العميل محل الاتهام ، بل وتقوم بناء على طلب تلك السلطات بتجميد أرصدته منعا من تصرفه فيها . ولا تتوافر المساعدة القضائية إلاّ مع الدول التي تربطها بسويسرا اتفاقية مساعدة قضائية .

وقد كرس القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة التعاون الدولي القضـــائي في مجال التحفظ على الأموال الناتجة عن غســـل الأموال عندما نص في المادة (٢١) من القانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال على أنه " يجوز للسلطة القضائية المختصة بناء على طلب من سلطة قضائية بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقية مصدق عليها أو بشرط المعاملـــة بالمثل إذا كان الفعل الإجرامي معاقبا عليه في الدولة أن تأمر بتعقب أو تجميد أو وضـــع الحجـــز التحفظي على الأموال أو المتحصلات أو الوسائط الناتجة عن جريمة غسل الأموال أنو مستخدمة فيها . " . كما تبنى هذا القانون فكرة رائدة في مجال تنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية التي تقضـــي بمصادرة الأموال الناتجة عن غسل الأموال بنصه في المادة (٢٢) على أنه " يجوز الاعتراف بـــأي حكم أو أمر قضائي ينص على مصادرة أموال أو متحصلات أو وسائط متعلقة بجـــرائم غســـل الأموال يصدر من محكمة أو سلطة قضائية مختصة بدولة أخرى تربطها بالدولة اتفاقيـــة مصـــدق عليها " .

ويستلزم بعض التشريعات شروط معينة للسماح بالمساعدة القضائية الدولية . مـــن ذلـــك القانون السويسري ، الذي يتطلب توافر شروط ثلاثة في هذا الصـــدد ، هـــي : أولا - مبـــدأ ازدواجية التجريم principe de double incrimination ويُقصد به أن يكون الفعل محـــل

التحقيق معاقبا عليه في القانون السويسري أيضا بالإضافة إلى قانون البلد التي تطلب سلطاتها المساعدة القضائية من السلطات السويسرية . ثانيا – مبدأ التخصص principe de spécialité ، ويُقصد به أن تقتصر المعلومات التي يتم تزويد السلطات الأجنبية بها على الدعوى التي قُدمت فيها ، دون غيرها من دعاوى ، وبالتالي لا يجوز لسلطة أخرى أن تطلع على تلك المعلومات البنكية . ثالثا – مبدأ التناسب principe de proportionnalité ، ويُقصد به أن السلطات السويسرية من حقها أن ترفض المساعدة القضائية إذا قدرت أن الأمر ليس له أهمية تبرر الكشف عن السرية أو أن ذلك الكشف من طبيعته أن يحمل مساسا بحقوق الغير ([1]).

ويلاحظ أن القانون السويسري يسمح بالمساعدة الإدارية ، بالإضافة إلى المساعدة القضائية أي مساعدة السلطات الإدارية الأجنبية . غير أن تلك المساعدة يقتصر نطاق تطبيقها على سلطات المراقبة المباشرة للبنوك ، وبالتالي فإنه لا يجوز كشف السرية إلى سلطات الضرائب الأجنبية . ويلزم لإعمال هذا النوع من المساعدة أن تكون السلطات الإدارية الأجنبية نفسها ملتزمة بسرية المهنة ، كما أنه لا يجوز لها أن تقوم بإفشاء تلك الأسرار إلى جهات أخرى .

([1]) SwissBanking , secret professionnel du banquier , file://A:\SwissBanking-Secret professionnel du banqier.htm

مصادرة الأموال يستوجب الكشف عن السرية :

تتجه التشريعات المعاصرة إلى النص على تجميد أرصدة المتهمين ببعض الجرائم مثل جرائم المخدرات أو الكسب غير المشروع أو غسيل الأموال غير المشروعة ، وذلك تمهيدا للحجز عليها لدى البنوك ومصادرتها . بل إن القانون الإنجليزي لا يقصر المصادرة على مال معين ثبت أنه محل للغسيل ، بل يمكن أن يُحكم بمصادرة مبلغ مالي معين معادل للمبلغ الذي كان محلا للغسيل و لم يتم ضبطه. فالضبط إذن للأموال ليس إجراء ضروريا للمصادرة في هذا القانون ([1]) .

وقد تضمنت اتفاقية فيننا نصا يسمح للدول بالقيام بمصادرة الأموال غير المشروعة التي كانت محلا للغسيل أو محاولة الغسيل . من ذلك أن القانون الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٩٠ يسمح بتلك المصادرة للأموال غير المشروعة في حالة الغسيل . وبالنظر إلى أن المصادرة تتعلق بحق من الحقوق الأساسية للأفراد وهو حق الملكية ، فإن الأمر بذلك لا يكون إلا من جهة قضائية ، وإلاّ كان ذلك مشكلا لتعدي على حق تضمنه الدساتير في التشريعات المختلفة . وإذا تعلق الأمر بالحجز على تلك الأموال ، فإن الأمر يتعلق أيضا بوضع قيود على الحق في الملكية ، الأمر الذي لا يملكه إلاّ القضاء ، وقد قضت بذلك المحكمة الدستورية في مصر في خصوص المنع من التصرف الذي كان يملك النائب العام الأمر به بالنسبة للمتهمين في جريمة من جرائم المال العام . ومع ذلك فإن بعض التشريعات الأوربية تسمح لرجال الجمارك أو الشرطة أن تقوم بوضع مال تحت التحفظ لمدة ٢٤ ساعة حتى يصدر بالحجز على ذلك المال أمر من القاضي (القانون الإنجليزي) ([2]) .

بل إن القانون الفرنسي يسمح بإعطاء القوة التنفيذية للحكم الأجنبي الصادر بالمصادرة وذلك بأمر يصدر من المحكمة الجزئية المختصة بناء على طلب من رئيس النيابة procureur de

---

([1]) Jacquelinr RIFFAULT , " Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé" , Rev. Sc. Crim. 1999, p.243.

([2]) Jacquelinr RIFFAULT , op. cit., p. 245.

la République ([1]) . ويلزم لإعطاء القوة التنفيذية للحكم الأجنبي لكي يتم تنفيذه في الإقليم الفرنسي أن يسمح القانون الفرنسي بالمصادرة في الحالة المقضي بها . كما يلزم أن يكون الحكم الصادر بالمصادرة قد تحققت فيه ضمانات الدعوى العادلة . وأخيرا لا تعطى القوة التنفيذية للحكم الأجنبي في حالة المصادرة إذا كانت الأفعال محلا لدعوى جنائية متداولة في فرنسا أو كان للغير حقوق على تلك الأموال ، إذ يتعين ألاّ تضر المصادرة بالحقوق المشروعة للغير عليها .

في كل تلك الحالات يتعين على البنك أن يكشف عن سرية الحسابات والمعلومات المالية الخاصة بالعميل .

مسئولية البنك بصفته شخصا معنويا :

أصبحت التشريعات الحديثة تسمح بالمسئولية الجنائية للشخص المعنوي ، فلم يعد هذا النوع الأخير من المسئولية مقصورا على الأشخاص الطبيعيين كما كانت تقضي بذلك القواعد التقليدية ([2]) . ومن التشريعات التي تقيم المسئولية الجنائية للشخص المعنوي القانون الفرنسي الجديد الذي دخل حيز التنفيذ في سنة ١٩٩٤ . فتنص المادة (١٢١-١) من قانون العقوبات الفرنسي على أن " الأشخاص المعنوية - باستثناء الدولة — مسئولون جنائيا في الحالات التي ينص عليها القانون أو اللائحة عن الجرائم التي تقع لحسابهم من قبل أجهزته أو الممثلين له " ([3]) . وتتمشى العقوبات

([1]) Jacquelinr RIFFAULT , " Le blanchiment de capitaux illicites , le blanchiment de capitaux en droit comparé" , Rev. Sc. Crim. 1999, p.242.

([2]) انظر : د. شريف سيد كامل ، المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، دار النهضة العربية ١٩٩٧ .

([3]) " les personnes morales , à l'exclusion de l'Etat , sont responsables pénalement , selon les distinctions des articles 121-4 à l21-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement , des infractions commises , pour leur compte , par leurs organes ou représentants " .

التي ينطق بها ضد الشخص المعنوي مع طبيعة هذا الشخص ، ومن أهم تلك العقوبات الحل والغلق وحظر ممارسة النشاط ([1]) .

والجدير بالذكر أنه على الرغم من وجود نص بمسئولية الشخص المعنوي في القواعد العامة لقانون العقوبات الفرنسي إلاّ أن تفسير القضاء يجري على أن مسئولية الشخص المعنوي من الناحية الجنائية لا تقوم إلاّ بوجود نص خاص في كل حالة على حده ([2]) . فما أوردته المادة (١٢١-١) عقوبات إذن ليس إلاّ إجازة لقيام تلك المسئولية والتي لم يكن يأخذ بها القانون السابق . ويختلف التفسير القضائي في فرنسا عن مثيله في بلاد أخرى مثل كندا حيث تتجه المحاكم إلى إعمال المسئولية الجنائية للشخص المعنوي كمبدأ عام دون شرط إيراده في كل جريمة على حده ([3]).

ويلزم لقيام مسئولية الشخص المعنوي جنائيا أن يثبت وقوع الفعل ونسبته إلى شخص معين يمثل هذا الشخص المعنوي représentant أو يعمل لحساب هذا الشخص " pour le compte" ، أو يشكل عضوا " جهازا " فيه "organe" ، ولا يكفي في الحكم أن يثبت أن هناك خطأ يُنسب إلى المسئولين دون تحديد . بذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في واقعة الدعوى التي تتلخص في أن حادث قطار راح ضحيته المجني عليه ، اكتفى حكم محكمة الاستئناف بالذكر أن مهندسي شركة السكة الحديد الفرنسية قد أخطأوا في ترتيبهم لنظام الأمن المتعلق بسير القطار ([4]) .

([1]) د. محمود كبيش ، السياسة الجنائية في مواجهة غسيل الأموال ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ص ١٦٣ .

([2]) Crim 18 avril 2000, Bull. n° 153, Rev. sc.crim.2000, chronique de jurisprudence p.817.

([3]) Arrêt R. c/ Fane Robinson Ltd (1941) 76 C.C.C.196 (C.A.A.) : Rev.sc.crim.1999, p. 5.

([4]) Crim. 18 janv. 2000, Bull. n° 28, Rev.sc.crim.2000, chronique de jurisprudence p. 816

وفي مفهومها لمن يمثل الشخص المعنوي أو يعمل لحسابه يتجه القضاء الفرنسي إلى تفسير ذلك بحيث يشمل من يقوم الشخص المعنوي بتفويضه في القيام بعمل معين لحسابه ([1]) .

غير أن القضاء الفرنسي يعتبر المسئولية الجنائية للشخص المعنوي مستقلة عن المسئولية الجنائية للشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي أو الذي يعمل لمصلحته ؛ فيمكن الحكم ببراءة هذا الشخص الأخير ، بناء على عدم توافر ركن من أركان الجريمة ، والحكم بإدانة الشخص الطبيعي مع ذلك . وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها انتهت فيه إلى براءة مراقب العمال عن حادثة وقعت لأحد العمال أصيب على أثرها بجرح خطير ، فقد ارتأت المحكمة أن قواعد الأمن والسلامة (قرار ٨ يناير سنة ١٩٦٥) قد تمت مخالفته وأن المسئولية عن ذلك تُنسب إلى الشخص المعنوي ، لذا قضت ببراءة المراقب وإدانة الشخص المعنوي عن الجرح غير العمدي ([2]) .

وقد حرص المشرع الفرنسي في قانون العقوبات المعمول به ابتداءً من سنة ١٩٩٤ على النص على المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية في مجال جرائم غسل الأموال بنصه في المادة (٣٢٥- ٩) على أن " يُسأل الشخص المعنوي من الناحية الجنائية وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة ١٢١-٢ عن الجرائم المنصوص عليها في المادة ٣٢٤-١ و٣٢٤-٢ ، وتوقع العقوبات الآتية عليه : ١- الغرامة وفقا للمادة ١٣١- ٣٨ . ٢- العقوبات المنصوص عليها في المادة ١٣١-٣٩ ، الحظر رقم ٢٠ بالمادة ١٣١-٣٩ إذا وقعت الجريمة في أثناء ممارسة أو بمناسبة ممارسة نشاط معين يرد عليه الحظر " ([3]) .

([1]) Crim 9 nov. 1999, Bull.crim. .n° 256; 14 déc. 1999, Bull.crim.. n°306; Rev.sc.crim.2000, p. 601.

([2]) Crim 24 oct. 2000, Bull. crim. n° 308, Rev.sc. crim. 2001, p.371.

([3]) Art> 3254-9 " Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement , dans les conditions prévuees par l'art. 121-2 des infractions définies aux articles 324-1 et 324 –2 . Les peines encourues par les personnes morales sont :

وبناء على ما سبق لن يكون البنك بصفته شخصا معنويا مسئولا عن الجرائم التي تقع من موظفيه سواء فيما يتعلق بإفشاء سر المهنة أو بمخالفة قوانين غسيل الأموال إلاّ عند وجود نص خاص بمسئولية البنك كشخص معنوي في هذين المجالين. كما يلزم أن يثبت وقوع الفعل من أحد الممثلين للبنك أو الذين يعملون لحسابه .

ونعتقد من جانبنا أن المسئولية الجنائية للبنك كشخص معنوي لن تثور إلاّ في حالة عدم ثبوت المسئولية الجنائية للمستخدم في البنك الذي يُنسب إليه الجريمة . فإذا ثبتت نسبة الجريمة إلى شخص معين ، فهو المسئول جنائيا ، ولا مجال لمساءلة البنك عندئذ إلاّ في مجال المسئولية المدنية .

ويلاحظ أن النص على المسئولية الجنائية للشخص المعنوي لا يوجد في القانون المصري، إلاّ على سبيل الاستثناء في شكل مسئولية تضامنية في دفع الغرامات التي يُحكم بها في بعض الجرائم كما هو الحال بالنسبة لما تنص عليه المادة ٦٨ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون سوق رأس المال . أما مسئولية الشخص المعنوي الجنائية بشكل مباشر ، فإن حالاتها محدودة للغاية في القانون المصري ، ومن أهم تطبيقاتها ما تنص عليه المادة ٦ مكررا من قانون قمع الغش والتدليس رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤([1]) . ويقع ذلك على خلاف قانون العقوبات الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة حيث تقرر المادة (٦٥) مبدأ المسئولية الجنائية للشخص المعنوي بقولها : " الأشخاص الاعتبارية فيما عدا مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية والهيئات والمؤسسات العامة ، مسئولة جنائيا عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها " .

1- L'amende suivant les modalités prévues par l'art. 131-38. 2- Les peines mentionnées à l'art. 131-39 . L'interdiction mentionnées au 20 de l'art. 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise " .

([1]) د. شريف سيد كامل ، المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية ، دار النعضة العربية ، ١٩٩٧ ص ٦٢ .

على العكس من ذلك أكد المشرع المصري استبعاده للمسئولية الجنائية للمؤسسات المالية عن الجرائم التي تقع إخلالا بأحكام القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون غسل الأموال . فتنص المادة (١٧) من القانون السابق على وقوع المسئولية الجنائية على مدير المصرف الفعلي وليس على المصرف ، مادام أن المدير عالما بذلك . ويتضامن المصرف مع المدير في دفع الغرامات. فتنص المادة (١٦) من القانون السابق على أنه " في الأحوال التي ترتكب فيها الجريمة بواسطة شخص اعتباري يعاقب المسئول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون إذا ثبت علمه بها وكانت الجريمة قد وقعت بسبب إخلاله بواجبات وظيفته . – ويكون الشخص الاعتباري مسئولا بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات إذا كانت الجريمة التي وقعت بالمخالفة لأحكام هذا القانون قد ارتكبت من أحد العاملين به باسمه ولصالحه".

ويلاحظ أنه من الناحية المدنية ، فإن البنك يُسأل وفقا لمبدأ مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه وبالتالي يمكن رفع دعوى التعويض على البنك ، ويملك هذا الأخير الرجوع على الموظف المسئول بصفة نهائية .

– وسائل التهرب من القيود الواردة على غسل الأموال :

على الرغم من المجهود الذي بذله مشرعو دول كثيرة في مجال غسل الأموال والذي تُرجم في شكل قيود ورقابة على حركات الأموال المتحصلة من جرائم ، فإن ثغرات تبدو في تلك الأحكام و تتمثل في التالي :

– عدم سريان القيود الخاصة بغسل الأموال على التحويلات بين البنوك :

ويرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع يرمي إلى الحيلولة دون إدراج الأموال المتحصلة من الجرائم عندما تدخل إلى النظام البنكي ، أما إذا دخلت هذا النظام ، فإن ما يحدث من تحويلات

بعد ذلك من بنك إلى آخر لا يمكن أن تسري عليه تلك القيود ، ومنها الإفصاح عن مصدر الأموال إذا زادت عن مبلغ معين ([1]).

– عدم سريان القيود على التحويلات البرقية wire transfert :

لا تسري القيود السابقة على التحويلات البرقية بين البنوك ، كما لا تسري على التحويلات بطريق الكمبيوتر أو التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت . وإذا علمنا أن حجم التحويلات اليومية التي تجري في تلك الصورة تبلغ ٧٠٠٠٠٠ تحويلا وأنها قيمتها تصل إلى ٢٠٠٠ بليون دولار ، أدركنا أن طريق التهرب من الرقابة على الأموال محل الغسيل واسع أمام المجرمين ([2]) .

–البنوك الخاصة private banking :

وهي بنوك داخل البنوك ولا يقبل فتح حساب فيها إلاّ إذا وصلت قيمته إلى مليون دولار . وتُقدر عدد أفرع تلك البنوك بحوالي ٤٠٠٠ فرع في مختلف دول العالم وخاصة في أمريكا وسويسرا وتبلغ أموالها ١٣,٦ تريليون دولار أمريكي([3]).

– ظهور وانتشار النقود الالكترونية :

مع ظهور البطاقات الذكية التي تستخدم النقود الإلكترونية ، تصبح الرقابة على تدول هذا النوع من النقود أكثر صعوبة ([4]).

– سوق المزادات :

([1]) أوراق بنك مصر البحثية ، ظاهرة غسيل الأموال ، العدد ٩ سنة ٢٠٠٠ ، ص ٢٠ .

([2]) أوراق بنك مصر البحثية ، ظاهرة غسيل الأموال ، العدد ٩ سنة ٢٠٠٠ ، ص ٢٠ .

([3]) أوراق بنك مصر البحثية ، ظاهرة غسيل الأموال ، العدد ٩ سنة ٢٠٠٠ ، ص ٢٠ .

([4]) Ahmed-Farouk ZAHER, Le blanchiment de l'argent et la recherche des produits de l'infraction , thèse , Université de Nantes, 2001, p.57.

يضع راغبو غسل أموالها تلك الأموال في غير دائرة البنوك في البداية ، كما لو اشتروا بها لوحات أو مجوهرات أو تماثيل غالية الثمن ، ثم يعيدوا بيعها ويقبضوا بقيمتها شيكات يتم إيداعها البنوك بأسمائهم بعد ذلك .

– ألعاب القمار واليانصيب وشراء السلع الترفيهية :

يلجأ بعض غاسلي الأموال إلى ألعاب القمار وشراء أوراق اليانصيب بكميات كبيرة ، حتى إذا ما كسبوا مبالغ مدفوعة بشيكات استطاعوا تبرير مصدرها أمام البنك عند إيداعها فيها . وأحيانا يلجأ هؤلاء إلى أعوان لهم لشراء تلك الأوراق حتى يساعدوهم على غسل أموالهم .

ومن وسائل الغسل أن يتم شراء السلع الترفيهية كالسيارات غالية الثمن وإعادة بيعها والحصول على قيمتها بشيك يتم إيداعه في البنك .

– الاستثمار في البورصة :

ويتم ذلك عن طريق شراء أسهم وسندات في البورصة وإعادة بيعها ، يستوي عندئذ تحقيق مكسب أو حدوث خسارة حيث يحصون على شيكات من الغير بثمن هذه الأوراق ويتم إيداعها في البنك . وهكذا فإن غرض غاسلوا الأموال هو تجنب إيداع النقود في البنك لأول مرة.

– إنشاء شركات وهمية :

من الوسائل التقليدية في غسل الأموال غير المشروعة إنشاء شركات غير جدية أي تشكل واجهة فقط الغرض منها ممارسة نشاط ظاهر المشروعية يسمح للشركة أن يكون لها حساب في البنك ويتم تسجيل الأموال المتحصلة من جرائم في حساب تلك الشركة على أنها أرباح لها .

– اللجوء إلى تفتيت المبلغ المودع :

للتحايل على قوانين مراقبة غسل الأموال يلجأ البعض من غاسلي الأموال إلى تفتيت المبلـــغ المراد إيداعه في البنوك ، في البلاد التي تلزم تشريعاتها تبرير مصدر الأموال إذا زادت المبالغ المودعة على مقدار معين كما لو كان عشرة آلاف دولار .

والجدير بالذكر أن القانون المصري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ في شأن غسل الأموال لم يضـــع حدا أقصى للمبالغ التي يتعين بعده تقديم تبرير عن مصدر الأموال . و لم يتضمن بخصوص مقـــدار المبالغ النقدية إلا في خصوص إدخال النقد الأجنبي ، حيث تنص المادة (١٢) من هذا القانون على حرية إدخال النقد الأجنبي أو إخراجه من البلاد " على أن يتم الإفصاح عن مقداره عند الدخول إذا جاوز عشرين ألف دولار أمريكي أو ما يعادلها .. " .

الخاتمة

في نهاية هذا البحث يمكننا التوصل إلى النتائج التالية :

- يلتزم رجال البنوك والمصارف المالية بسر المهنة وفقا للنص العام في قانون العقوبات المتعلق بسرية المهنة ، وكذلك وفقا للنصوص الخاصة المتعلقة بأعمال البنوك ، كما هو الحال في مصر وفي فرنسا .
- يعتبر السر المصرفي من الأسرار غير المطلقة أي التي تتوافر في صددها حالات للإفشاء ، منها ما هو جوازي ، ومنها ما هو وجوبي.
- تتزايد الحالات التي يتحلل فيها رجل البنك والمصرف المالي من التزامه بالسرية ، وأخر تلك الحالات أدخلتها قوانين مكافحة غسل الأموال .
- يتعين على رجل البنك أن يبلغ الجهة التي يحددها القانون عن الحالات التي تثور فيها شكوك عن القيام بعملية غسل الأموال ، كما يتعين عليه أن يتعاون مع السلطات القضائية في مجال التحقيقات والاستدلالات المتعلقة بغسل الأموال.
- تتجه التشريعات الحديثة إلا التحقق من مصدر الأموال التي تودع نقدا في البنوك والمصارف المالية إذا بلغ الإيداع مبلغا معينا ، كما لو زاد على عشرة آلاف دولار ، حتى تمارس البنوك رقابة على تجار المخدرات الذين يجمعون الأموال من الشوارع عند بيعهم للمخدرات . ويلاحظ أن القانون المصري لم يتبن ذلك الاتجاه في نصوص قانون مكافحة غسل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠. وينص القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ على أن " يحدد المصرف المركزي الحد الأعلى للمبالغ التي يسمح بإدخالها إلى الدولة نقدا دون الحاجة إلى الإفصاح عنها ، ويخضع ما زاد عنها إلى نظام الإفصاح الذي يضعه البنك المركزي " .

- يتعين العمل على سد الثغرات المتعلقة بغسل الأموال والتي يستخدمها مرتكبو الجـــرائم لغسل حصيلة الأموال التي جمعوها من ارتكابهم للجرائم . من تلك الثغرات المراقبة على العمليات التي تتضمن تفتيت المبالغ المودعة ، وممارسة مقدار من الرقابة على تحركـــات الأموال عبر الإنترنت والتحويلات بين البنوك في صفقات تثير الشـــبهات ، وكـــذلك ممارسة الرقابة على سوق المزادات واليانصيب وسوق الأوراق المالية ، والتحقـــق مـــن جدية الشركات التجارية حتى لا تكون واجهة لغسل الأموال.
- من الضروري إعمال مبدأ " اعرف عميلك " في التعاملات المالية مع المصارف المالية بما يستتبع ضرورة الكشف عن هوية صاحب الحساب أو المستفيد منه .
- من الواجب أن يكون استعمال النقود الإلكترونية مقرونا بتحديد هوية أصحاب تلـــك النقود ، حتى لا تصبح الباب الخلفي لغسل الأموال ، وخاصة مع تزايد هذا

ظاهرة غسيل الأموال
ومسئولية البنوك في مكافحتها

أ.د خالد سعد زغلول حلمي
أستاذ بكلية الحقوق ــ جامعة الكويت

مقدمـــة

تعد ظاهرة غسيل الأموال أو جريمة تبيض الأموال من التعبيرات التي تداولت مؤخراً على كافة المستويات العالمية والمحلية ، نظراً لسرعة انتشارها ، وخطورة آثارها على اقتصاديات الدول المختلفة.

فقد أخذت عمليات غسيل الأموال طابعاً مخيفاً في السنوات الأخيرة الماضـــية ، بعـــد دخول عصابات الجريمة المنظمة والمافيا الدولية في هذه العمليات مما جعل المشكلة تأخذ طابعـــاً دولياً، ونظراً للأرباح الخيالية التي تتحقق من تلك العمليات لجـــأت الكـــثير مـــن الشـــركات الضخمة، والبنوك بل وبعض الحكومات إلى هذا المجال الغامض واتخذت طرقاً ملتوية لإضـــفاء الصبغة القانونية على أعمالها. فالمجرم بعد أن يرتكب جريمته ويحصل على المال الحرام، يبحث عن سند أو غطاء يبرر به أسباب الثراء الذي هبط عليه حتى ينفى عن نفسه تهم الإثراء غير المشروع أو (من أين لك هذا) .

ففى عالمنا المعاصر لم تعد الجريمة حالة فردية فقط بل أصبحت ظاهرة جماعيـــة تحكمهـــا مؤسسات وتديرها منظمات تتغلغل في كل مكان وتمتد فروعها إلى عواصم العالم لتـــدار مـــن جانب رؤوس مفكرة وعقول مخططه تحاول أولاً وقبل كل شيء استغلال نفوذهـــا وســـطوتها للحصول على فرعين من الأرباح غير المشروعة وغسيل الأموال القذرة واستخدام كافة أساليب التحايل على القانون .

أي أن عصر العصابات الصغيرة قد انتهى ، وبدأ عصر الشبكات الإجرامية ، ذات العلاقات المتشابكة والأذرع الطويلة القادرة على إرهاب رجال الأمن والقضاء مثلما هى قادرة على ترويع الأفراد العاديين وسلب أموالهم .

وتشير الدراسات المختلفة ([1]) إلى تعدد الآثار السلبية لهذه الظاهرة في مختلف الميادين سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية ، كما حذر خبراء أمنيون ([2]) من تفاقم ظاهرة غسيل الأموال، الأمر الذي يتطلب تكاتف الجهود العالمية في المجالات الأمنية والقضائية والمصرفية للحد من هذه الظاهرة والقضاء عليها .

وتهدف هذا الدراسة إلى التعرف على ظاهرة غسيل الأموال وأبعادها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ، للوصول إلى الإجراءات الواجب اتباعها ودور البنوك لمواجهة هذه الظاهرة والقضء عليها .

واستوجبت هذه الدراسة أن نتعرض لها في **فصول ثلاثة** على النحو التالي :

يتناول **الفصل الأول** مفهوم ظاهرة غسيل الأموال وحجمها، وينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة ، نتناول في **المبحث الأول** تعريف ظاهرة غسيل الأموال وعلاقتها بالاقتصاد الخفي، ونتناول في **المبحث الثاني** طرق وأساليب عمليات غسيل الأموال ، ونتناول في **المبحث الثالث** حجم عمليات غسيل الأموال .

والفصل الثاني يتناول آثار عمليات غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني ، وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في **المبحث الأول** الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال ، ونتناول في **المبحث الثاني** الآثار الاجتماعية والسياسية لعمليات غسيل الأموال .

---

[1] – U.S.A Embassy , Cairo Foreign Economic Trends, March 1995,p.3.

[2] ـ لواء عصام الترساوى ، غسيل الأموال – ملحق الأهرام الاقتصادي، الصادر في ٢٩ مايو ١٩٩٥ ، صـ.

والفصل الثالث يتناول وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال ، وينقسم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة ، نتناول في **المبحث الأول** وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال على المستوى الدولي ، وفى **المبحث الثاني** وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في تشريعات بعض الدول، ونتناول في **المبحث الثالث** مسئولية البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال ، ثم نعقب ذلك بأهم التوصيات والمقترحات التي تمكنا من مكافحة ظاهرة غسيل الأموال .

الفصل الأول

مفهوم ظاهرة غسيل الأموال وحجمها

تمهيد وتقسيم :

تشهد ظاهرة غسيل الأموال انتشاراً واسعاً على مستوى دول العالم ، وتتزايد يوماً بعد يوم ، مما دعا إلى تزايد الاهتمام العالمي بهذه الظاهرة في محاولة للقضاء عليها ، وسوف نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول:تعريف غسيل الأموال وعلاقته بالاقتصاد الخفي.

المبحث الثاني : طرق وأساليب عمليات غسيل الأموال.

المبحث الثالث: حجم عمليات غسيل الأموال .

المبحث الأول

تعريف غسيل الأموال وعلاقته بالاقتصاد الخفي

تعريف غسيل الأموال :

يقصد بعملية غسيل الأموال إضفاء صفة المشروعية على أموال أو دخول حصل عليها بطرق غير مشروعة ، أي أن عملية غسيل الأموال ترتبط إلى حد كبير بأنشطة غير مشروعة تم الحصول عليها بالمخالفة للقوانين السائدة في الدول ثم يسعى أصحابها إلى تهريبها خارج حدود سريان القوانين المناهضة للفساد المالي ثم تحاول العودة مرة أخرى بصفة شرعية معترف بها من قبل نفس القوانين التي كانت تجرمها وداخل الحدود الإقليمية التي تسرى عليها هذه القوانين([1])

وغالباً ما تأتى الأموال غير المشروعة من جراء جريمة أو مخالفة مالية ترتكب داخل الدولة ، ومن أمثلة ذلك ([2]) :

١ ــ الاتجار في المخدرات أو السلع والخدمات غير المشروعة، أو الأنشطة الإرهابية .

٢ ــ أنشطة البغاء والدعارة والاتجار في الرقيق الأبيض .

٣ ــ الاتجار في السلاح (عمولات السلاح) .

٤ ــ الاتجار في العملات وهو ما يعرف بالسوق السوداء ، متى كانت الدولة تضع نظاماً رقابياً على الصرف الأجنبي .

---

[1] ــ د. عبد القادر العطير ، سر المهنة المصرفية في التشريع الاردني ــ دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافية للنشر والتوزيع ، عمان الاردن ، ١٩٩٦ ، صـ ١٤٧ .

[2] ــ د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، لم يذكر دار النشر، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧ ، صـ٥ وما بعدها .

٥ ــ الدخول الناتجة عن تهريب السلع المستوردة إلى داخل حدود الدولة دون دفع الرسوم الجمركية المقررة ، أو تهريب السلع المستوردة من المنطقة الحرة إلى داخل الدولة دون دفع المستحق عليها.

٦ ــ الدخول الناتجة عن استغلال بعض الأفراد لوظائفهم العامة ، مثال ذلك الرشوة والتربح والاختلاسات ، وغالباً ما يحصل بعض الموظفون على هذه الدخول غير المشروعة مقابل الإخلال بواجبات الوظيفة ، ومثال ذلك ترسيه العطاءات في المعاملات المحلية والخارجية بالمخالفة لأهم نصوص اللوائح والقوانين ، أو منح ترخيص بدون وجه حق .

٧ ــ الدخول الناتجة عن قيام بعض أصحاب المشروعات بالتهرب من الضرائب من خلال إخفاء بعض مصادر دخولهم أو المبالغة في مقدار التكاليف الواجب خصمها من الدخل .

٨ ــ الدخول الناتجة من جرائم تزييف النقد سواء النقد المحلى أو الأجنبي ، وكذلك تزييف المعادن الثمينة كالذهب والفضة ، وجرائم تزييف الكمبيالات والشيكات البنكية وسحب مبالغ من البنوك المحلية بمقتضاه ، وأيضاً جرائم النصب والاحتيال على المتعاملين في البورصات العالمية واللجؤ إلى أعمال المضاربة غير المشروعة ، ومن أمثلة ذلك الاحتفاظ بالأوراق المالية بكميات كبيرة لفترة من الزمن تضمن ارتفاع أسعارها ثم طرحها في الأسواق على دفعات محققاً بذلك أرباح كبيرة ([1])

٩ ــ الدخول الناتجة عن جرائم الإرهاب والتي أخذت في الانتشار خلال الفترة الأخيرة على المستوى العالمي. وهذه الصور المختلفة للحصول على دخول غير مشروعة هي مجرد أمثلة ، فهناك العديد من الصور والأساليب الإجرامية التي يكشف عنها التطور العلمي والتكنولوجي والتي تعتبر وسائل للحصول على أموال غير مشروعة .

---

[1] ــ أنظر حول جرائم النقد وعمليات غسيل الأموال :

Dobsom, david M.New reporting regime for Capital transfers financial regulation report Journal (FFR) Jun 1997, p 23 – 25 .

وجدير بالذكر أن كافة الإحصائيات والتقديرات التي تقوم بها الدول والمنظمات العالمية حول حجم الدخول غير المشروعة تكون دائما تقريبية ولا تعبر عن دخول حقيقية ، نظراً لأن هذه الدخول تنتج عن أعمال غير مشروعة تتم في الخفاء وبعيدا عن عيون الأجهزة الرقابية داخل الدولة، وبالتالي تكون غير مسجلة في الحسابات القومي ة للدول، وتعرف في الأدب الاقتصادي بأنشطة الاقتصاد الخفي أو الاقتصاد السفلي (Economic under ground) ([1]).

وعلى ذلك فإن كل من يحصل على مال غير مشروع ويقوم بإضفاء صفة المشروعية عليه حتى يستطيع استخدامه مرة أخرى في أنشطة مشروعة داخل الدولة يسمى غسيل أموال (Money laundering) .

ويذهب البعض ([2]) إلى تعريف جريمة غسيل الأموال من الوجهة التشريعية ، وذلك بتقسيمها إلى جريمتين مرتبطتين الأولى أصلية والثانية فرعية ، وتتمثل الجريمة الأصلية في العمل الذي يقوم به الشخص بنفسه أو بوساطة غيره من أجل إخفاء طبيعة أو مصدر أو مكان أو ملكية أموال أو حقوق متحصلة بطريق مباشر أو غير مباشر من ارتكاب جريمة خطيرة . ، بينما تتمثل الجريمة الفرعية في العمل الذي يقوم به الشخص من أجل إعاقة التحرى عن مصدر أو مالك أو مكان الأموال أو الحقوق المتحصلة من ارتكاب جريمة خطيرة بطريق مباشر أو غير مباشر ، ومثال ذلك عدم إبلاغ البنك السلطات المختصة عن وجود شبهة في عملية من العمليات التي أبرمت مع أحد العملاء([3]) .

---

[1] ـــ د. محمد ابراهيم طه السقا ، الاقتصاد الخفي في مصر ، لم يذكر دار النشر، القاهرة ، ١٩٩٦ ، صـ ١٠ .

[2] ـــ د. احمد عبدالرحمن الملحم ، القواعد العامة لقانون مكافحة غسيل الأموال ، ورقة مقدمة إلى ندوة تنسيق الجهود بين دول مجلس التعاون في مجال مكافحة المخدرات وغسيل الأموال ، الكويت ، ٣ يونيو ١٩٩٨ ، صـ ٣ ، ٤ .

[3] ـــ وقد جاء هذا التعريف التشريعى لجريمة غسيل الأموال في اتفاقية الأمم المتحدة التي عقدت في فينا ١٩٨٨ لمكافحة المخدرات وغسيل الأموال لسنة ١٩٨٨ ، في المادة (b) و (i) ٣ ، أيضاً في ترتيبات مشروع أوروبا ١٩٩١ ، المادة الأولى .

طبقاً لهذا التعريف التشريعى لجريمة غسيل الأموال ، يعتبر القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ركناً أساسياً في وقوع الجريمة ، مثال ذلك إذا قام أحد البنوك بفتح حساباً للعميل بالرغم من علمه بأن تلك الأموال غير مشروعة ، هنا يكون البنك قد قام بعملية غسيل لهذا المال، ومثال الامتناع عن القيام بعمل ، إذا اشتبه أحد البنوك في عدم مشروعية المال المودع لديه، و لم يقم بالرغم من ذلك بإبلاغ السلطة المختصة، هنا أيضاً يكون البنك قد قام بعلمية غسيل لهذا المال .

ولا تقتصر غسيل الأموال على الأموال النقدية فقط ، وإنما يمكن أن يكون محلاً لغسيل الأموال أي صورة منها سواء الأموال المنقولة المادية أو المعنوية أو الأموال العقارية متى تم الحصول عليها من عمل غير مشروع ([1]) .

---

[1] - Mark Reed " Money Laundering : Implications of Nea Legislalion for providers of financial and professianal services in Hong kong " journal of international Banking Law , vol. (10) no. (12) dec. 1995, p. 15 .

غسيل الأموال والاقتصاد الخفي ([1]) :

يعرف الاقتصاد الخفي بأنه كافة الأنشطة المولدة للدخل (مشروعة أو غير مشروعة) . والتي لا تسجل ضمن حسابات الناتج القومي للدولة أما بسبب التهرب من التزامات قانونية (الضرائب) أو بسبب أن هذه الأنشطة تعد مخالفة للقانون .

ووفقاً لهذا التعريف يتضمن الاقتصاد الخفي نوعان من الأنشطة الاقتصادية الأول أنشطة مشروعة والثاني أنشطة غير مشروعة ، وتتمثل الأنشطة المشروعة في كافة الأعمال التجارية وغيرها والتي يسمح بها قانون الدولة ، وتكتسب هذه الأنشطة صفة الخفاء رغبة من أصحاب هذه الأنشطة في التهرب من التزامات قانونية مثل (الضرائب أو رسوم التسجيل) ولذلك فإن هذه الأنشطة لا تسجل ضمن حسابات الناتج القومي للدولة .

بينما تتمثل الأنشطة غير المشروعة في كافة الأعمال الإجرامية التي يعاقب عليها قانون الدولة ، كالاتجار في المخدرات أو ممارسة الدعارة أو تزييف النقود أو أنشطة الفساد والرشوة .

ويذهب البعض ([2]) إلى أن عبارة الاقتصاد الخفي لا تعني أن كافة المعاملات التي تتم في الاقتصاد الخفي لا تسجل في الإحصاءات الرسمية للدخل القومي ، فهناك احتمال أن يشمل

---

[1] ــ يرجع الفضل إلى Gutmann في إبراز مفهوم الاقتصاد الخفي وتأثيره على الأوضاع الاقتصادية للدولة ، وذلك في بحث تحت عنوان "subterranean Economy " ، وذلك عام ١٩٧٧ ، ومن هذا التاريخ بدأت الدراسات تهتم بهذا القطاع من الاقتصاد ، وتعددت مسمياته ومن أهمها الاقتصاد التحتي underground Economy والاقتصاد الخفي Hidden Economy والاقتصاد الأسود Black Economy والاقتصاد السفلي subterranean Economy وغير ذلك وأيا كانت التسمية ، فإن الاقتصاد الخفي يعد من الظواهر المعقدة والتي تضم الكثير من الجوانب المختلفة والمتشابكة ، والتي تحتاج إلى درجة أكبر من التحليل والفهم .

لمزيد من التفصيل أنظر :

د. محمد ابراهيم طه السقا ، الاقتصاد الخفي في مصر ، مرجع سابق ، صـ ٢٠ .

[2] ــ من هؤلاء العلماء Molefsky الذي أوضح هذا التفسير عام ١٩٨٢ .

الاقتصاد الخفي جانباً من المعاملات التي تتم أصلاً في الاقتصاد الرسمي ، فقد تنتج بعض السلع في الاقتصاد الرسمي، وكان يجب أن تسجل بالتبعية ضمن حساباته ، وبالرغم من ذلك يتم استخدامها في الاقتصاد الخفي. وأمثلة ذلك على مستوى القطاع الزراعي الأجور غير المسجلة والمدفوعة إلى العاملين الموسميين غير المسجلين ، وكذلك تقدير الناتج الزراعي بأقل من قيمته الحقيقية بمعرفة المزارعين أنفسهم ، وتوجد مثل هذه الظاهرة في كافة القطاعات الأخرى مثل قطاع الصناعية وقطاع التشييد والبناء وقطاع التجارة الداخلية وقطاع السياحة والفنادق وقطاع النقل [illegible] وقطاع التمويل والتأمين والعمال وقطاع الخدمات العامة والاجتماعية والشخصية ([1]) .

وتتعدد أسباب انتشار أنشطة الاقتصاد الخفي ،وترجع بصفة أساسية إلى ارتفاع أسعار الضرائب ، القيود الإدارية والاقتصادية والفساد الاداري .

أنظر في ذلك :

Molefsky , B. " Americas underground Economy , " in Tanzi, 1982, p. 18 .

[1] ــ لمزيد من التفصيل حول هذه الأمثلة أنظر :

د. محمود عبد الفضيل ، جيهان دياب ، أبعاد ومكونات الاقتصاد الخفي وحركة الأموال السوداء في الاقتصاد المصري (١٩٧٤ ــ ١٩٨٤) ــ مجلة مصر المعاصرة ، القاهرة ، العدد ٤٠٠ إبريل ١٩٨٥ ، صـ ٩.

المبحث الثاني

طرق وأساليب علميات غسيل الأموال ([1])

تتنوع طرق وأساليب عملية غسيل الأموال وهناك أسلوبين شائعى الاستعمال في الحياة العملية ، الأسلوب الأول يعرف بغسيل الأموال النقدي والأسلوب الثاني يعرف بغسيل الأموال العينى وسوف نتعرف على المراحل المختلفة التي يمر بها كل أسلوب .

أولاً : غسيل الأموال النقدي :

تتم عملية غسيل الأموال وفقاً لهذا الأسلوب عبر البنوك والقنوات المصرفية ـــ وتمـــر عادتاً بثلاثة مراحل متتالية تتمثل فيما يلى :

المرحلة الأولى: مرحلة الإيداع النقدي ، وفى هذه المرحلة يقوم أصحاب الـــدخول غـــير المشروعة أو من ينوب عنهم بإيداع أموالهم في أحد البنوك سواء في داخل الدولة أو خارجها .

المرحلة الثانية: مرحلة التمويه ، وفى هذه المرحلة يعمل أصحاب الأموال غير المشروعة على القيام بالعديد من العمليات المصرفية على ودائعهم بغرض التمويه أو إخفاء المصدر غير المشروع للأموال مع تدعيم ذلك بالمستندات التي تساعد على تضليل الجهات الرقابية أو الأمنية ، أي أن الهدف من هذه المرحلة هو الفصل بين مصدر الأموال والحصيلة .

---

[1] - Mark. Reed , " Money Laundering : implications of new legislation for providers of financial and professional services in hong kong " op. Cit, 1995, p. 31.
- peter J Quirk, Money Laundering; Muddying the Macroeconomy, finance & development, March 1997, p. 7-9 .

المرحلة الثالثة: مرحلة التكامل أو الاندماج ، وفى هذه المرحلة يتم دمج الأموال غير المشروعة في النظام المالي المشروع ، أي إضفاء صفة المشروعية عليها وجعلها إحدى عناصر الأموال المشروعة في الدولة ، كما لو كانت ناتجة عن أنشطة اقتصادية مشروعة .

ويظهر من هذه المراحل ، أن عملية غسيل الأموال تبدأ بإيداع النقد في البنوك أو بتغييره إلى شكل آخر مثل العملات الأجنبية ، ومن ثم تلى ذلك عمليات معقدة لإخفاء مصدر هذا المال وتضليل مدققي الحسابات ، ثم يتم إدخال هذه الأموال في النظام المالي الشرعى ، وبفضل الاستعمال الشائع الواسع الانتشار لأنظمه الدفع الإلكترونية فإن تنفيذ هذه العمليات قد أصبح سهلاً ، إذ يمكن بواسطتها نقل الأموال بسرعة حول العالم وتحويلها من حساب إلى آخر تحت أسماء مختلفة وكل المؤسسات المالية معرضة لتلاعب غاسلي الأموال ، بل عادتا ما تكون البنوك طرفاً اصلياً مشاركاً في عمليات غسيل الأموال وان تعذر إثبات سوء النية أو التواطؤ مع أصحاب الدخول غير المشروعة.

ثانيا : غسيل الأموال العينى :

تتم عملية غسيل الأموال وفقاً لهذا الأسلوب من خلال تحويلها إلى أموال عينية ثم تحويلها إلى نقود سائلة تتداول عبر القنوات المصرفية، وهذا الأسلوب للغسيل يمر عادتاً بثلاث مراحل متتالية تتمثل فيما يلى:

المرحلة الأولى: تحويل الأموال غير المشروعة إلى أصول عينيه ، حيث يلجأ أصحاب الدخول غير المشروعة إلى شراء السلع المعمرة كالعقارات والقصور والذهب والمجوهرات والتحف والسيارات استعداداً لإخفاء مصدر الأموال (١) .

---

١ – –Barru rider & Michael Ashe, Money Laundering Control, chap a, sweet & Maxwell, 1996 , p. 194 .
- Kirk w. Munroe , " surviving the solution states , Money Laundering Conference , 1997 , p. 12 .

المرحلة الثانية: تحويل الأصول العينية إلى سيولة ، وفى هذه المرحلة يلجأ أصحاب الدخول غير المشروعة إلى بيع ما سبق لهم شراءه من أصول عينية ، مقابل الحصول على أوراق مالية مثل الشيكات المصرفية أو الاذونات أو الكمبيالات ، ثم يقومون بفتح حسابات لهم بقيمة هذه الشيكات لدى البنوك المسحوبة عليها .

المرحلة الثالثة: إعادة معالجة الأموال ، وفى هذه المرحلة يلجأ أصحاب الشيكات بإجراء العديد من التحويلات المصرفية بواسطة البنوك المسحوب عليها الشيكات وفروعها ومراسيلها بحيث يصعب بعد ذلك التعرف على المصدر الحقيقي لهذه الأموال .

وتتمثل الأساليب العملية التي يجرى من خلالها إعادة معالجة الأموال عن طريق البنوك في دفاتر الحسابات البنكية التي تقبل الدفع لحاملها ، وفتح حسابات جارية بأسماء وهمية وتحول النقود بشكل مستمر من حساب لآخر واستبدال الشيكات المصرفية بالنقود ، وتغيير فئات العملة الصغيرة بالكبيرة ، وما إلى ذلك علماً أنها سلسلة من العمليات في إطار الأنشطة المالية المتنوعة للبنوك تهدف إلى وضع جميع أنواع العقبات والصعوبات أما أولئك الذين يناط بهم تتبع حركة الأموال ([1]).

وعلى الرغم من أن عمليات غسيل الأموال تبدو سهلة وبسيطة ، إلا أنها عالم خاص قائم بذاته حافل بالأسرار ، والمؤامرات ، والحيل غير القانونية ، تهيمن عليها عصابات منظمة متخصصة في غسيل الأموال ، تضم محامين ومحاسبين ورجال بنوك ، بل وبعض الساسة، وتستخدم هذه العصابات شركات ومشروعات وبنوك كواجهة لغسيل الأموال غير المشروعة ، إضافة إلى مستشارين ورجال أعمال ، كل هؤلاء يعملون وفق نظام دقيق بهدف إثبات سلامة مصادر مئات المليارات من الدولارات أو تحويلها إلى خارج البلد الذي ينتمى إليه المجرم ، حين تستتر فيما يعرف بـ " الفردوس الضريبي " والتي تتمتع فيها الودائع بالسرية المصرفية والتجارية

---

[1] Peter J. Quirk ; Money Laundering ; Muddying the Macroeconomy , op. Cit , p. 7-9 .

المطلقة والاستقرار السياسى وشبكات الاتصال والمواصلات الجيدة والتي تمكن مليونيرات الجريمة من الحركة واستثمار أموالهم وتحويلها في أي وقت ([1]) .

شركات غسيل الأموال (الدمى) :

ظهر مؤخراً على الساحة العالمية شركات أجنبية تتخذ من غسيل الأموال غير المشروعة مصدراً أساسياً لربحها تعرف باسم شركات الدمى وتلجأ هذه الشركات إلى أساليب مستترة بحيث يصعب على حكومات الدول الاطلاع على مستنداتها المالية ، كما أنها تفتقر إلى الهدف التتجاري ، ويكون هدفها الرئيسى هو غسيل الأموال بصفة عامة وأموال المخدرات بصفة خاصة ، وتعمل هذه الشركات على غسيل الأموال سواء بالأسلوب النقدي أو العينى ، كما نجد أن بعض هذه الشركات يحصل على قروض من أحد البنوك ثم تقوم بإيداع الأموال في بنك أو بنوك أخرى مخلوطة مع الأموال غير المشروعة أو محاولة إعادة توظيف هذه القروض في البلاد التي تكثر بها ظاهرة الحصول على الأموال غير المشروعة ، حتى إذا سألت السلطات الحاكمة عن مصدر هذه الأموال استطاعوا تقديم المستندات التي تدل على حصولهم على قروض من أحد البنوك ([2]) .

فضلاً عن ذلك قد تلجأ شركات الدمى إلى أسلوب آخر لغسيل الأموال ويتمثل في تزييف فواتير التجارة الخارجية ، وتتلخص في قيام إحدى الشركات بطلب بضائع من فروعها

---

[1] ـ جدير بالذكر في هذا الصدد أنه في العالم نحو ٥٠ فردوساً ضريبياً أهمها سويسرا لوكسمبروج وليشتنستاين وجزيرة مان ، ومناكو وجبل طارق والفاتيكان،= = وجزر بورمودا ، والبهاما ، وكايمان ، ويلز ، والانتبل الهولندية ، وتايوان ، وسنغافورة ، وفانواتا ، ونوروتونجا وغيرها .

أنظر في ذلك :

Peter J. Quirk , Mony Laundering : Muddying the Macroeconomy , op. Cit p. 8

[2] ـ Charles A. intriago , international money Laundering , Aeurostudy special report 1997 , p. 7 .

الأجنبية بسعر مرتفع وبطريقة صورية على أن يتم إيداع الفرق بين السعر المرتفع والسعر الحقيقي في حساب سرى للشركة في أحد البنوك الأجنبية ـــ ونادراً ما تقوم شركات الدمى بعمليات غسيل الأموال منفردة وإنما تتعاون غالباً مع العديد من شركات الصرافة والسمسرة ذات الفروع المنتشرة في جميع أنحاء العالم ، وتحرص هذه الشركات على المبادرة في الوفاء بالالتزامات الضريبة في المواعيد المحددة لإضفاء صفة المشروعية على أعمالها .

كما قد تلجأ هذه شركات الدمى إلى أسلوب ثالث وهو ما يعرف بحسابات المقاصة وهذا الأسلوب يجنب الشركات الرقابة الجمركية على تحويل النقد من دولة لأخرى أي التي تتم لحظة عبور الحدود ، والواقع أن حسابات المقاصة هى أساس حسابات جارية متاحة أمام بعض أصحاب الحسابات يمكنهم فتحها من خلال مؤسسات ائتمانية في الحدود الوطنية أو في الخارج حتى يتسنى لهم دائماً استبدال العملة الأجنبية بالعملة المحلية في أي سوق دولية ولأى مبالغ يطلبونها ([1]) .

ومن الناحية العملية يقوم الشخص أو الجهة صاحبة حساب المقاصة بسحب العملة المحلية من البنك الأجنبي بمجرد إجراء مكالمة هاتفية أو بالتلكس ، ويمكن استخدام هذه الإجراء أيضاً بأسلوب عكسى، أي أن رأس المال الذي كان قد سبق تصديره يمكن إعادته للوطن لتشغيله في أغراض مختلفة ، وبهذا الأسلوب يمكن استخدام المال في الخارج دون أن يتم نقله مادياً . وإذا كانت الرقابة الصارمة يمكن أن تتبع العديد من مثل هذه الحسابات بالبنوك في مختلف المدن ، إلا أن هناك صعوبة بالغة في تتبع تحليل عمليات المقاصة التي تمت من خلال البنوك الوطنية .

---

[1] ـــ أنظر حول أساليب شركات الدمى في غسيل الأموال :

- Perkins , Morietta L, douglas , Janet klein , the private banking paradox , ABA Banking Jaurnal (BNK) vol: 90 iss: I Jan 1998 p. 45-41 .

وسائل التقنية الحديثة وعمليات غسيل الأموال :

يتميز العصر الحالى بظهور العديد من وسائل التقنية الحديثة والتكنولوجية الالكترونية التي تسمح بالتعامل مع الأوراق النقدية وانتقال الأرصدة المالية من شخص إلى آخر عبر الدول على مستوى العالم باستخدام شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى المرور عبر القنوات المصرفية المعروفة الأمر الذي أتاح لعصابات الجريمة المنظمة من استغلال هذه التكنولوجيا في إتمام عمليات غسيل الأموال بعيداً عن عيون الجهات الرقابية (١) أي أن التكنولوجيا الحديثة قد لعبت دوراً هاماً في انتشار الفساد المالي والإدارى في العديد من المنشآت الاقتصادية في مختلف دول العالم وفى المساعدة على إخفاء الجرائم الاقتصادية وصعوبة تعقبها لانعدام الأدلة ودقة الأداء أو التنفيذ الأمر الذي حدا بالبعض إلى تسمية التكنولوجيا الحديثة بالات الغسيل الشيطانى infernal Washing Machine (٢) .

---

١ ــ جدير بالذكر في هذا الصدد أن مدير ادارة المالية بوزارة الخزانة الامريكية قد طالب بوضع بعض النظم الضرورية للتعامل مع التكنولوجيا الجديدة قبل أن تنتشر في الأسواق ، وعلى ذلك عقد اجتماع في يونيو عام ١٩٩٦ للجنة الدولية المنوطة ببحث التهديدات التي تشكلها التكنولوجيا الجديدة وكيفية القضاء عليها .

أنظر في ذلك :

- Mark Hopson , Applicability of U.S. Anti money Laundering statutes to foreign Banks , Journal of international Banking law, vol 11, no 8 , aug 1996 , p. 13 .

٢ ــ أنظر حول تأثير تقدم الوسائل التكنولوجية على ظاهرة غسيل الأموال :

- Anonymous, that infernal wasking machine Economist Journal (Ect) , vol 344 , jul 28 , 1997 , p.21-19 .

المبحث الثالث

حجم عمليات غسيل الأموال

تشهد ظاهرة غسيل الأموال انتشاراً سرطانياً على مستوى كافة دول العالم ، وقد ذكر تقرير أعدته هيئة أبحاث دولية ، وقدمته لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية **OECD** في مايو ١٩٩٧ ([1]) أن تجارة المخدرات هى المصدر الأساسى والأهم للأموال القذرة ، كما ذكر التقرير أن عصابات الجريمة الروسية التي تعد من أكبر المتورطين في عمليات غسيل الأموال القذرة بدأت في تشكيل تحالف مع المافيا الإيطالية وعصابات المخدرات (الكارتل) في كولومبيا ، وذلك للمساعدة على غسيل الأموال بشكل مضمون وسريع ، وهناك مالا يقل عن ١٧ بليون دولار تمثل فاقداً في الاتحاد الأوروبى خلال السنوات الأربع الماضية بسبب تجاهل موظفى الاتحاد عمليات التهريب .

ونظراً لأن عمليات غسيل الأموال تجارة سرية ، وإحدى صور الاقتصاد الخفى كما أوضحنا من قبل ، فإن معرفة كمية الأموال القذرة تبقى نوعاً من التخمين على وجه العموم .

فقد صدر تقرير عن مجلس الشيوخ الأمريكي عام ١٩٩٢ وأوضح أن حجم عمليات غسيل الأموال بلغ مائة مليار دولار سنوياً يتم تحويلها إلى أموال مشروعة ([2]) .

وقدرت ورقة عمل صادرة عن صندوق النقد الدولي في عام ١٩٩٦ حجم عمليات غسيل الأموال بنحو ٥٠٠ بليون دولار ([3])

---

[1] – Report about Agrowing number of governments are worried about money Laundering., the Economist , 26 Aug 1997 p. 3-1 .

[2] ــ د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، صـ ٤٥ . نقلاً عن جريدة العالم اليوم الصادرة بتاريخ ١٩٩٤/٩/٢٣ .

[3] ــ أنظر جريدة السياسة الكويتية ، العدد ١٠٣٠٥ الصادرة في ١٩٩٧/٨/١ .

وقد أشارت دراسة أصدرها مركز البحوث والدراسات الأمنيـــة والاجتماعيـــة في الإدارة العامة لشرط أبو ظبي في يناير ١٩٩٦ تحت عنوان " البعد الأمني لعمليات غسيل الأمـــوال " إلى أن حجم الأموال الملوثة على المستوى الدولي يتراوح ما بين ٧٠٠ إلى ألف بليون دولار وبزيادة سنوية تقع بين ٨٠ إلى ١٠٠ بليون دولار وذلك حسب إحصائيات صندوق النقد الدولي ([1]) .

وبصفة عامة لقد ساهمت عمليات غسيل الأموال في رفع نسبة الاقتصاد الخفي إلى الـــدخل القومي في بعض الدول إلى معدلات مرتفعة .

الفصل الثاني

آثار عمليات غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني

تمهيد وتقسيم :

تؤثر عمليات غسيل الأموال على السلوك المالي وأداء الاقتصاد الكلى بطرق مختلفة من بينها أخطاء في السياسة المالية نتيجة أخطاء في قياس إحصاءات الدخل القومي والتقلب في أسعار الفائدة والصرف بسبب الانتقال غير المتوقع للأموال عابرة الحدود ، وخطر عدم الاستقرار المالي بسبب عدم رسوخ هياكل الأموال ، كما قد تؤدى إلى انهيار البنوك بسبب العدد الكبير من عمليات السحب التي قد تنتج عن علم العملاء ، بالصفقات القذرة التي يقوم بها البنك ولاشك أن عمليات غسيل الأموال لها العديد من الآثار السلبية على كافة القطاعات الاقتصادية في الدولة، فضلاً عن تأثيرها على الدخل القومي وتوزيعه، وعلى الادخار المحلى ومناخ الاستثمار، وعلى قيمة العملة الوطنية والأسعار المحلية ، على توازن ميزان المدفوعات ، والتنمية الاقتصادية ، الأمر الذي يؤدى بالضرورة إلى أحداث آثار سلبية على البعد الاجتماعي والسياسى للدولة .

---

[1] ـــ أنظر جريدة القبس الكويتية ، الصادرة في ١٩٩٦/١/٢٦ .

وسوف نتعرف على أهم الآثار الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لعمليات غسيل الأموال وذلك في مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول : الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال .

المبحث الثاني : الآثار الاجتماعية والسياسية لعمليات غسيل الأموال .

المبحث الأول

الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال(١)

يثور الجدل حول الآثار الاقتصادية لعمليات غسيل الأموال حيث يذهب قلة إلى وجود بعض الآثار الإيجابية لعمليات غسيل الأموال بينما يذهب الغالبية إلى تعدد الآثار السلبية لعمليات غسيل الأموال ، وأن بعض الإيجابيات التي تتحقق من استخدام الأموال المغسولة لا يمكن أن يبرر أو يتعادل مع فداحة الآثار السلبية الناتجة عنها (٢)

ويذهب الرأي الأول (٣) الذي يقرر بوجود بعض الآثار الإيجابية لعملية غسيل الأموال إلى أن المال ليس له رائحة وان المال هو المال أيا كان مصدرة سواء مشروعاً أم غير مشـــروع، وان المجتمعات في حاجة إلى رؤوس الأموال للتنمية الاقتصادية، وان عمليات غسيل الأموال قد توجه

---

١ – Saunders . Martin , stople . Gearge , money Laundering financial regulatin report Journal , dec 1997 p. 17 . review,

٢ – د. حمدى عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

٣ – Saunders , Martin , staple Gearge , Money Laundering review , op. Cit, p. 18 .

لإقامة شركات استثمار ومن ثم توفر العديد من فرص العمل وزيادة الإنتاج المحلى من السلع والمنتجات المختلفة مما يؤدى إلى استقرار الأسعار المحلية وخفض معدلات التضخم .

إلا أنه يمكن الرد على هذا الرأي بأن عمليات غسيل الأموال دائماً تتم على أموال غير مشروعة، وتأتى عدم مشروعيتها أما من تهربها من الضرائب ومن ثم تسبب في نقص إيرادات الدولة واختلال التوازن المالى، أو قد تأتى عدم مشروعية المال من تزييف أو تزوير النقد الوطني ، الأمر الذي يؤدى إلى زيادة كمية النقود في الدولة وارتفاع الأسعار وأحداث موجات تضخمية.

ومهما يكن الأمر فإن تصور حدوث بعض الآثار الإيجابية من استخدام الأموال المغسولة ، لا يمكن أن تقارن بجسامة وخطورة الآثار السلبية التي تنجم عن عملات غسيل الأموال ويمكن توضيح ، أهم الآثار السلبية لعمليات غسيل الأموال على الاقتصاد الوطني فيما يلى :

أولاً : آثار عمليات غسيل الأموال على الدخل القومي وتوزيعه

إن أول واهم الآثار السلبية على انتشار عمليات غسيل الأموال هو تأثيرها على الدخل القومي حجماً وتوزيعاً . فمن حيث التأثير على حجم الدخل القومي ، يلاحظ أن عمليات غسيل الأموال ينتج عنها خروج جزء من رأس المال الوطني إلى خارج الدولة ، أي يتم تحويل الدخول غير المشروعة والتي حصل عليها أصحابها من التجارة في الممنوعات أو الرشاوى والعمولات أو التربح كما أوضحنا من قبل إلى الدول الأخرى ، الأمر الذي يمثل استقطاع لجزء من الدخل القومي للدولة ، مما يحرم الاقتصاد الوطني من استثمار هذه الأموال في المشروعات الإنتاجية ، الأمر الذي يجعل مضاعف الاستثمار يعمل بصورة عكسية ، أي أن أي نقص معين في حجم الاستثمارات من شأنه أن يؤدى إلى نقص الدخل القومي بإضعاف هذا المقدار ([1]) .

---

[1] – Anonymous, cleaning up dirty money , Economist Jaurnal (Ect) vol 344 Jul 26 , 1997, p.14-13 .

فضلاً عن فقد الدولة لمورد مالي هام ، نظراً لأن الأنشطة المرتبطة بعلميات غسيل الموال عادة ما تكون أنشطة لا يدفع عنها ضرائب لأنها غير مشروعة وتتم في الخفاء .

وتكون النتيجة الطبيعة لذلك حدوث نقص في الدخل القومي بسبب نقص الإيرادات الضريبية مما يدفع الدولة إلى رفع أسعار الضرائب الحالية أو فرض ضرائب جديدة ، مما يزيد من الأعباء الضريبية على الممولين ، ومن ثم انخفاض حجم مدخراتهم ، وهكذا تسير العجلة في اتجاه عكس ، مما يتسبب في نقص حجم الدخل القومي ([1]) .

ونظراً لأن عمليات غسيل الأموال تعد إحدى صور الاقتصاد الخفي ، فمن شأنها أن تؤدى إلى زيادة الفجوة بين الدخل القومي الرسمي والدخل القومي الحقيقي ، وهذا من شأنه إحداث أخطاء في السياسة المالية ووضع الخطط التنموية لسبب هام ألا وهو عدم دقة إحصاءات الدخل القومي وتضارب التقديرات([2]) نخلص من ذلك أن عمليات غسيل الأموال تؤدى إلى نقص حجم الدخل القومي ، وصعوبة تقديره بطريقة دقيقة ، الأمر الذي يؤدى إلى انتشار الأزمات الاقتصادية من كساد وبطالة وتراجع معدلات النمو المخطط لها .

ومن حيث تأثير عمليات غسيل الأموال على توزيع الدخل القومي، فإن هناك تأثير سلبى على هذا التوزيع ، ويرجع ذلك لما تحدثه عمليات غسيل الأموال من حصول فئة من أفراد المجتمع على دخول (غير مشروعة) دون وجه حق ، كان يجب أن يحصل عليها فئة أخرى أحق

---

[1] ــ أجريت دراسة في الولايات المتحدة الأمريكية عن الدخول غير المشروع وجاءت النتائج وأكدت أن الدخول غير المشروع تتسبب في انخفاض إنتاجية الاقتصاد القومي بمعدل ٢٧% ، أنظر في ذلك :

- Harry I. Fichtenbown , the productivity slowdown and underground Economy , Westpost ct, praeger publishers, 1993 , p. 32 .

[2] ــ إن النتيجة الطبيعية للتقديرات غير الصحيحة هو تطبيق سياسات غير مناسبة والتي سوف يترتب عليها آثار إقتصادية غير مناسبة ، وبالتالى فإن النتائج المترتبة على هذه السياسة سوف تكون أقل مما هو مطلوب ، أو قد تكون النتائج معاكسة ، ويعتمد ذلك على حجم الفجوة بين التقديرات المختلفة ، لمزيد من التفصيل في هذا الشأن ، أنظر : د. ابراهيم السقا ، الاقتصاد الخفى في مصر ، مرجع سابق ، ص ٥٨ .

بها ، مما يؤدى إلى سوء توزيع الدخل القومي بين أفراد المجتمع وزيادة الفجوة بين طبقات المجتمع المختلفة ، وتعطيل وظيفة هامة من وظائف الدولة والحد من قدرة السياسة المالية على إعادة توزيع الدخل القومي بما يحقق الأهداف المختلفة للدولة ([1]) .

وفى حالة عودة الأموال غير المشروعة بعد غسلها إلى الاقتصاد الوطني تؤدى إلى زيادة كمية النقود في يد أفراد تتسم بعدم الرشد في الإنفاق الاستهلاكي وتتسبب في أحداث موجات تضخمية تتمثل في انخفاض القوة الشرائية للنقود ، وارتفاع المستوى العام للأسعار ، وهذه الظاهرة تحقق مصالح التجار وطبقة الأثرياء (أصحاب الدخول المتغيرة) وفى غير صالح أصحاب الدخول الثابتة وهم العاملون في المصالح الحكومية وأصحاب المعاشات والإعانات الاجتماعية ، الذين يصبحون ضحايا للتضخم الذي ساهم في حدوثه عمليات غسيل الأموال ويظهر ما يعرف باسم الفقر الجديد ، وهو مزيج من فقر انخفاض الأجور والفقر الروحي المتمثل في اتجاه الطبقة العاملة نحو التوسع في الاستهلاك([2]) .

ثانياً : أثر عمليات غسيل الأموال على الادخار المحلى والاستثمار

تؤثر عمليات غسيل الأموال بنوعيها النقدي والعيني سلباً على معدلات الادخار والاستثمار، ففى حالة غسيل الأموال النقدي يؤدى خروج جزء من الأموال الوطنية إلى الدول الأجنبية عبر القنوات المصرفية إلى نقص حجم المدخرات المحلية ومن ثم عدم قدرتها على تلبية المتطلبات الاستثمارية المخطط لها .

أما في حالة غسيل الأموال العيني ، حيث تتجه الأموال غير المشروعة نحو شراء العقارات والتحف والمجوهرات وهي تعرف بالأموال العقيمة نظراً لأنها لا تحقق زيادة في القيمة المضافة للناتج القومي للدولة ، أي تتجه الأموال غير المشروعة إلى المجالات الاستهلاكية ويكون ذلك

---

[1] – Rebet . Ayres , foreign aid and poverty reduction , finance & deve-lopment , sep 1990 , p. 9 .

[2] ـ د. فؤاد مرسى ، الرأسمالية تجدد نفسها ، عالم المعرفة ، الكويت ، مارس ١٩٩٠ ، ص ٣٢١ .

على حساب معدلات الادخار والاستثمار ، كل هذا من شأنه أن يدفع الدولة إلى الاستعانة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة وغير المباشرة في سد الفجوة بين حجم المدخرات المحلية والاستثمارات المطلوبة وفقاً لخطط التنمية ، وكل منها له محازيره ومخاطره على الاقتصاد الوطني ([1]) .

فضلاً عن ذلك تشير إحدى الدراسات ([2]) إلى ان سوء توزيع الدخل القومي بين أفراد المجتمع يؤثر سلباً على معدلات الادخار المحلى ومن ثم معدلات الاستثمار ، وفى كل هذا يظهر الأثر السلبي لعمليات غسيل الأموال على الادخار والاستثمار الوطني ، أي أن هناك علاقة عكسية بين عمليات غسيل الأموال وحجم المدخرات والاستثمارات الوطنية .

ثالثاً : أثر عمليات غسيل الأموال على قيمة العملة ([3])

تؤثر عمليات غسيل الأموال بنوعيها النقدي والعيني على قيمة العملة الوطنية . ففى حالة غسيل الأموال النقدي ، يلاحظ أنها ترتبط غالباً بخروج الأموال غير المشروعة من الدولة إلى الخارج بغرض غسلها ، وهو ما يعنى زيادة في عرض العملات الوطنية مع زيادة في الطلب على العملات الأجنبية ، وينتج عن ذلك انخفاض في قيمة العملة الوطنية في سوق الصرف ، سواء تم تحويل هذه الأموال من خلال البنوك أو السوق السوداء ، وفى حالة عودة هذه الأموال إلى الدولة تحدث ضغوطاً تضخمية وتدهور القوة الشرائية للنقود وانخفاض قيمة العملة الوطنية أيضاً .

ـ أما في حالة غسيل الأموال العيني ، يلاحظ اتجاه رؤوس الأموال إلى السلع المختلفة ، وهذا يعنى انخفاض الطلب على النقود ، مما يؤدى إلى انخفاض سعر الفائدة على الودائع ، الأمر الذي يدفع أفراد المجتمع إلى الاحتفاظ بودائعهم في دول أجنبية ، أي يحدث هروب مشروع لرؤوس

---

[1] ـ د. خالد سعد زغلول ، الاستثمار الأجنبي المباشر في ضوء سياسة الانفتاح الإقتصادي في مصر ، مكتبة عين شمس ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ١٦٧ .

[2] ـ د. جلال أمين ، معضلة الاقتصاد الوطني ، مصر العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ١٦٣ .

[3] – Anonymous , cleaning up dirty money, op . cit , p. 14 .

الأموال بالإضافة إلى الهروب غير المشروع وهو ما يعنى زيادة في عرض العملات الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية ومن ثم انخفاض قيمة العملة الوطنية .

كما أن غسيل الأموال العينى يعمل على زيادة التيار الاستهلاكى بشقيه ، المحلى والأجنبي ، مما يؤدى إلى زيادة حجم الواردات عن حجم الصادرات ، ومن ثم حدوث عجز في ميزان المدفوعات ، ومن ثم اتجاه العملة الوطنية إلى الانخفاض، ويمكن أن يزيد من هذا التأثير السلبى ، اتجاه الدول إلى تحرير تجارتها وسياستها الاقتصادية وإلغاء القيود والحواجز على حركة التجارة الدولية وفقاً لاتفاقات الجات ، التي تحولت إلى منظمة للتجارة العالمية ([1]) .

وتشير تقارير البنك المركزي المصري إلى أن سعر صرف الجنية المصري يتجه إلى الانخفاض مع كل زيادة في معدلات هروب رؤوس الأموال إلى خارج الدولة ، فقد انخفض قيمة الجنية المصري مقابل الدولار الأمريكي من ٧٠ قرشاً للدولار عام ١٩٧٩ إلى ١٢٥ قرشاً في عام ١٩٨٤ ، ثم إلى ١٨٩ قرشاً للدولار عام ١٩٨٦ ثم إلى جنيهان للدولار عام ١٩٩٠ ، ثم إلي أكثر من خمس جنيهات مع مطلع عام ٢٠٠٢م . ([2])

رابعاً : اثر عمليات غسيل الأموال على معدل التضخم

تؤدى عمليات غسيل الأموال بنوعيها النقدي والعينى إلى رفع معدل التضخم في الاقتصاد الوطني ، ويرجع ذلك لما يصاحب عمليات غسيل الأموال من اتجه نسبة كبيرة من الأموال

---

[1] ــ ويقترح الدكتور احمد جامع تسمية اتفاقات الجات ، أي نتائج جولة اوروجواى باسم " اتفاقات التجارة العالمية W orld Trade Agreement وأن تعطى هذه الاتفاقات اختصاراً الحروف الثلاثة W T A .

لمزيد من التفصيل أنظر :

د. احمد جامع ، اتفاقات التجارة العالمية ، المضمون والاسم : محاولة توضيح ، ورقة عمل قدمت لمؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية في اتفاقات التجارة العالمية (المعروفة باتفاقات الجات) ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، القاهرة، ١٤-١٥ ديسمبر ١٩٩٧ ، ص ٦٤ .

[2] ــ البنك المركزي المصرى ، التقرير السنوى ، اعداد مختلفة .

المغسولة إلى التيار الاستهلاكي العشوائى ، نظراً لظهور فئات (أصحاب الأمـــوال المغســـولة) تتصف بعدم الرشد والعشوائية في الإنفاق ولا تقيم وزناً للمنفعة الحدية للنقود ولا تقارن بينـــها وبين المنفعة الحدية للسلع والخدمات المعروضة في الأسواق ويترتب على ذلك ارتفاع المســـتوى العام للأسعار وحدوث موجات تضخمية مصحوبة بتدهور القوة الشرائية للنقود .

فضلاً عن هذا فإن خروج رؤوس الأموال إلى الدول الأجنبية بغرض غسلها من شـــأنه أن يحدث ضغوطاً تضخمية على أثر التوسع في السيولة الدولية الناتجة عن زيادة عرض العملة الوطنية مقابل زيادة الطلب على العملات الأجنبية ، وتحدث هذه الموجات التضخمية بصورة مســـتقلة عن أسواق السلع والخدمات . ويذهب بعض الكتاب([1]) إلى إمكانية تصدير التضخم من الدول الصناعية المتقدمة إلى الدول النامية، وينتقل التضخم من الدول المتقدمة إلى الدول الناميـــة مـــن خلال حركات التجارة الخارجية ورؤوس الأموال ـــ واستناداً لهذه الفكرة يذهب آخرون إلى انه إذا حدث التضخم بتأثر من عمليات غسيل الأموال فإن ذلك يؤدى بنا إلى اســـتنتاج إمكانيـــة امتداد الأثر التضخمى لعملية غسيل الأموال من النطاق المحلى إلى النطاق العالمي([2]) .

وتطبيقاً لذلك فقد شهد الاقتصاد المصرى خلال فترة الانفتاح الاقتصادي عام ١٩٧٤ وما بعدها موجات متتالية من ارتفاع معدل التضخم وصل في مصر عام ١٩٨٧ إلى ٢٥ % ، على أثر انتشار ظاهرة الحصول على قروض بنكيه بدون ضمانات ثم الهروب ، بالأموال إلى الخـــارج سواء في صورة فردية أو في صورة شركات توظيف الأموال التي لجأت إلى نفس النـــهج ، بـــل وعمدت هذه الشركات إلى الحصول على الأموال غير المشروعة من أصحابها لغسلها حيـــث أن الانتساب للدين يضفى نوعاً من الشرعية والنقاء على الأموال غير المشروعة خصوصاً في الفترات الزمنية التي حدثت فيها زيادة كبيرة في الدخول الربحية غير المرتبطة ببذل الجهد الإنتاجـــى([3]) .

---

[1] ـــ د. فؤاد مرسى ، الرأسمالية تجدد نفسها ، مرجع سابق ، ص ٢١٦ .

[2] ـــ د. حمدى عبدالعظيم ، غسيل الأموال ، مرجع سابق ، ص ١٩١ .

[3] ـــ د. جلال أمين ، معضلة الاقتصاد الوطني ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

خامساً : أثر عمليات غسيل الأموال على معدلات البطالة

تؤدى عمليات غسيل الأموال بنوعيها النقدي والعيني إلى رفع معدلات البطالة في الاقتصاد الوطني ، ويرجع ذلك إلى أن عمليات غسيل الأموال في صورتها النقدية والتي تتمثل في خروج جزء من الدخل القومي إلى خارج الدولة تؤثر سلباً على معدلات الادخار والاستثمار كما أوضحنا من قبل ومن ثم عجز رؤوس الأموال عن إقامة المشروعات الإنتاجية القادرة على استيعاب عدد كبير من الراغبين في العمل ، الأمر الذي يؤدى إلى ارتفاع معدل البطالة في ظل الزيادة السكانية ويتشكك البعض (١) في الأثر السلبى لعمليات غسيل الأموال على معدلات البطالة في حالة عودة الأموال بعد غسيلها إلى الاقتصاد الوطني ، إلا أن هذا الرأي لايمكن قبوله ، لأن الأموال المغسولة عقب عودتها إلى الاقتصاد الوطني تعرف بالأموال اللقيطة ولايمكن أن تتشابه آثارها مع نمط الأموال المشروعة ، حيث يتصف النمط الأول بأنه نمط شيطانيا يتجة إلى المضاربة في العقارات والمجوهرات والمضاربة في الأوراق المالية والإنفاق الاستهلاكي ، وهذه الأنماط لايمكن أن توفر فرص عمل جديدة ، لذلك يصفها بعض الكتاب بالأموال الساخنة (Hot Money) التي تتلهف وراء الربح السريع وليس وراء المشروعات الاستثمارية ذات القيمة المضافة والتي تعمل على استيعاب أعداد كبيرة من فرص العمل (٢) .

أما عن عمليات غسيل الأموال في صورتها العينية فإنها تحدث نفس الأثر في معدلات البطالة ألا وهو زيادتها ، نظراً لإتجاه هذه الأموال إلى المجالات الاستهلاكية بصفة رئيسية المتمثلة في شراء العقارات والتحف والمجوهرات والمضاربات والمتاجرة في الأموال ، دون أن تتجه إلى المشروعات الاستثمارية المنتجة التي يمكن أن تستوعب عدد كبير من الراغبين في العمل .

---

١ ــ أنظر حول هذا الرأي :

- Anonymous, Money Laundering Cases – what,s happelning ? ABA Banking Journal, vol 90, Jan 1998, p. 12 .

٢ ــ د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ١٩٩ .

وتطبيقاً لذلك يلاحظ أن الدول التي ترتفع فيها نسبة عمليات غسيل الأموال يرتفع فيها نسبة معدلات البطالة ، مثال ذلك الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا وألمانيا وفرنسا وكندا ، بينما الدول التي يقل فيها نسبة عمليات غسيل الأموال ينخفض بها نسبة معدلات البطالة ومثال ذلك اليابان والنمسا والنرويج ([1]) .

ونلاحظ هنا إذا كانت عمليات غسيل الأموال تؤدى إلى رفع معدلات البطالة في الاقتصاد الوطني ، فإن ارتفاع نسبة البطالة من شأنها أن تؤدى إلى زيادة عمليات غسيل الأموال أيضاً وهذا ، يعنى وجود علاقة تبادلية بين البطالة والفساد السياسى وغسيل الأموال ، وتوضيح ذلك فيما يؤدى إليه ارتفاع معدلات البطالة في الدولة من عنف وإرهاب وعدم استقرار سياسى وسوء أحوال معيشة ، إلى بحث الأفراد العاطلين عن مصدر رزق ، ويصبح الطريق مهيئاً تماماً لانخراطهم في عمليات غير مشروعة تمكنهم من الحصول على دخول غير مشروعة ، ثم يبحثون بعد ذلك عن وسيلة لغسل هذه الأموال([2]).

---

[1] ــ أنظر في ذلك تقرير صندوق النقد الدولي :

- I.M.F. stoff working papers , Asurvey of recant quantitalive studies of long – lerm movement , March 1994 .

[2] ــ قدمت إحدى الدراسات تقريرا يحذر من الفصل بين الآثار الاجتماعية والاستقرار الاقتصادي على مستوى العالم حيث يعيش حوالى ٨٠٠ مليون مواطن عاطل في حالة فقر مما يؤدى إلى آثار مدمرة في الأفراد والأسر والمجتمعات المحلية ، حيث تتجه هذه الفئة العاطلة إلى الأعمال غير المشروعة .

لمزيد من التفصيل أنظر :

تقرير إدارة شئون المجتمع الدولي بالأمم المتحدة تقرير (جيران في عالم واحد). مجموعة من المترجمين – عالم المعرفة ، الكويت ، اغسطس ١٩٩٥ ، ص ٧٥ ومابعدها .

المبحث الثاني

الآثار الاجتماعية والسياسية لعمليات غسيل الأموال

لا يقتصر تأثير علميات غسيل الأموال على الجوانب الاقتصادية فقط ، بل أن هذا التأثير يمتد إلى الجوانب الاجتماعية والسياسية أيضاً. فمن حيث التأثير الاجتماعي لعلميات غسيل الأموال ، فيلاحظ أن عمليات غسيل الأموال تؤدى إلى حدوث عدم استقرار اجتماعي وسياسي، فنظراً لأن الأموال التي تخضع لعملية الغسيل عادة ما تكون من مصادر غير مشروعة ولا تنتج من عمل أو جهد إنتاجي حقيقي ، ولذلك فإن أصحاب هذه الأموال لا يحرصون على تحقيق التعادل بين المنفعة الحدية للنقود والمنفعة الحدية للسلع والخدمات الاستهلاكية ، حيث تتسم التصرفات النقدية بالسفه والتبذير ، والاتجاه نحو الاستهلاك التفاخري ، أو الاستهلاك لسلع غير مشروعة كالمخدرات والقمار والدعارة ، وكل هذه التصرفات من شأنها أحداث اضطراب في الاستقرار الاجتماعي .

كما تؤدى عمليات غسيل الأموال إلى اتساع الفجوة بين طبقات أفراد المجتمع ، لما تحدثه من سوء توزيع الدخل القومي كما أوضحنا من قبل ، الأمر الذي يؤدى إلى ظهور العنف والإرهاب والجرائم بأنواعها على أثر محاولة الطبقات الفقيرة بمحاكه الأفراد ذوى الدخول المرتفعة ، فضلاً عن أن نجاح أصحاب الدخول غير المشروعة في غسيلها يؤدى إلى حدوث خلل جوهرى في القيمة الاجتماعية وإهدار القيمة الاجتماعية للعمل . وقد أوضحت إحدى الدراسات في الولايات المتحدة الأمريكية إلى وجود علاقة ارتباط معنوية بين ارتفاع معدلات الجريمة والكساد الاقتصادي مقيساً بمعدلات البطالة وحالات الإفلاس التجاري ، وتدهور القوة الشرائية([1]).

---

[1] - Darrough M.N. and Heienke j.M., law enforcement Agenius Mul-as tiproduct Firms , public Finance no 2 1997 , p. 176 .

وفيما يتعلق بالآثار السياسية لعمليات غسيل الأموال ، فمن الملاحظ أن نجـــاح علميـــات غسيل الأموال يؤدى إلى تضخم الثروات في يد عدد قليل من أفراد المجتمع ، وتستطيع هذه الفئة في ظل الاقتصادات النامية أن تفرض سيطرتها على الجوانب السياسية ، وتظهر هـــذه الســـيطرة بصفة أساسية في شكل المناصب السياسية والتأثير على النظام السياسى والإعلامى والقضائى في الدولة ، أي تكوين سلطة موازية للسلطة الحاكم في الدولة ، مما يـــؤدى إلى انتشـــار الفســـاد والرشوة ، وهذا ما حدث في المجتمع المصرى عندما تضخمت ثروات شركات توظيف الأموال واستطاعت أن تفرض قوانينها على المجتمع ككل ([1]) .

الفصل الثالث

وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال ([2])

تمهيد وتقسيم :

لقد شهد عقد الثمانينات انتشاراً واسعاً لظاهرة غسيل الأموال وتزداد هذه الظاهرة يوماً بعد يوم ، وقد أدركت دول العالم مدى خطورة هذه الظاهرة على الأداء الكلى لاقتصاداتها فضلاً عن أثارها السلبية على كافة المجالات السياسية والاجتماعية كما أوضحنا من قبـــل.

وتسعى كافة دول العالم مجتمعة أو منفردة إلى وضع الحلول الملائم لمكافحة هذه الظـــاهرة والقضاء عليها ، ولا شك أن مكافحة هذه الظاهرة يتطلب تكاتف الجهود الدولية في المجـــالات التشريعية والقضائية والمصرفية والأمنية للوصول إلى سبل للحد من هذه الظاهرة .

وسوف نتناول دراستنا لهذا الفصل في مباحث ثلاثة على النحو التالى :

المبحث الأول: وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال على المستوى الدولي .

---

[1] ـــ د. حمدى عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢١٣ ..

[2] ـــ Anonymous , New money - Laundering sofeguards law - international review Journal (IFL) , vol 16 , 8 aug 1997 , p. 56 .

المبحث الثاني: وسائل مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في تشريعات بعض الدول .

المبحث الثالث: مسئولية البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال .

المبحث الأول

مكافحة ظاهرة غسيل الأموال على المستوى الدولي

لقد حظيت ظاهرة غسيل الأموال باهتمام كافة دول العالم بل والمنظمات الدولية ، وأصبح هناك اتجاه عام نحو ضرورة تضافر الجهود الدولية لمكافحة هذه الظاهرة ([1]) خاصة في ظل الاتجاه العالمينحو التكتلات الاقتصادية والانفتاح العالميوما ينتج عنه من سهولة حركة انتقال السلع ورؤوس الأموال دون قيود أو رقابة . وقد أبرمت العديد من الاتفاقات الدولية في شأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، ومن أبرز الوثائق الدولية التي تضمنت مبادئ هامة لمكافحة عمليات غسيل الأموال ما يلى : ([2])

١ ـــ اتفاقية الأمم المتحـــدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية والتي عقدت في فيينا ـــ ديسمبر ١٩٨٨، والتي دخلت حيز التنفيذ في نـــوفمبر ١٩٩٠ ، وتضـــمنت نصوصاً تلزم أعضائها بإصدار قوانين لمكافحة ظاهرة غسيل الأموال ، ورغم أن مصر انضـــمت للاتفاقية عام ١٩٨٨ ، إلا أن صدور القانون تأجل نتيجة التخوفات التي أعلنها محافظ البنـــك المركزي وكذلك العاملون في البنوك من تأثير مثل تلك القوانين على مناخ الاستثمار([3]).

---

[1] ـــ - Swiss Measures Against Money Laundering published in Money Laundering Control , section 261 of German prevention of organujed Grime Act 1992 , p. 192 .

[2] ـــ لواء عصام الترساوى ، غسيل الأموال ، مرجع سابق ، ص ٣ ومابعدها .

[3] ـــ البنك المركزي المصرى ، التقرير السنوى ، الصادر في نوفمبر ١٩٩٠ .

٢ ــ المبادئ التي أقرتها اللجنة الخاصة بتنظيم والإشراف على العمليات البنكية في مدينة بازل بسويسرا عام ١٩٨٨ ، والتي تضمنت مطالبة البنوك بالقيام ببعض الجهود لتحديد الهوية الحقيقية للعميل.

٣ ــ اتفاق زعماء الدول الصناعية السبع عام ١٩٨٩ على تشكيل قوة مهمات لمكافحة الاحتيالات المالية financial action taske force (FATF) ([1]) في محاولة لوقف عمليات غسيل الأموال ، وقد وضعت هذه القوة الخطوط الإرشادية التي يسير عليها النظام المالي في العديد من الدول .

٤ ــ توصيات المجلس الأوروبى التي صدرت عام ١٩٩١ والخاصة بمنع استخدام الأنظمة المالية في غرض غسيل الأموال في جميع دول الاتحاد الأوروبى وتلزم جميع المؤسسات المالية بضرورة معرفة الهوية الحقيقية لعملائها وإبلاغ السلطات الأمنية عن الصفقات المشبوهة([2]) .

٥ ــ صدور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٢/٤٨ باتخاذ التدابير الكفيلة بتنفيذ أحكام الاتفاقيات الدولية ، ومن أجل الوصول إلى مبادئ ملائمة في هذا المجال ، عقدت الهيئات الفرعية لمنظمة الأمم المتحدة العديد من الاجتماعات في أفريقيا وأسيا والمحيط الهادى وأمريكا اللاتينية والبحر الكاريبى لتعزيز أواصر التعاون الدولي في مكافحة المخدرات والعقاقير المخدرة ([3]) وتتمثل أهم التوصيات التي خلص إليها هذه الهيئات فيما يلى:

- تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٨٨ فيما يتعلق بغسيل الأموال وحث الدول الأعضاء على ضرورة إصدار التشريعات الوطنية ومواءمتها لنصوص الاتفاقية ، خاصة فيما يتعلق

---

[1] ــ انظر حول الدراسات التي قدمتها هذه القوة لمكافحة غسيل الأموال .

- Anonymony , financial action task force on Money Laundering annual , financial Market trends (France) (FMT) nov 1997 , p. 55-85 .

[2] ــ أنظر توجيهات السوق الأوروبية المشتركة لسنة ١٩٩١ ، المادة الأولى .

[3] ــ لواء عصام الترساوى ، غسيل الأموال ، مرجع سابق ، ص ٧ .

بسرية الحسابات المصرفية وكشف صفة السرية لتيسير إجراءات التحقيق في جرائم غسيل الأموال .

- ضرورة التعاون بين الدول من خلال الاتفاقيات والترتيبات الثقافية من أجل ملاحقة تجار المخدرات ومصادرة ثرواتهم وتقاسمها بين الدول الأعضاء في الاتفاقية .

-إنشاء كل دولة لوحدات متخصصة في التحقيق في جرائم غسيل الأموال وبواسطة التعاون الوثيق مع المؤسسات الدولية ذات الصلة بالموضوع .

- أحكام صياغة قوانين مصادرة الأموال الناتجة عن دخول غير مشروعة والعمل على استخدام حصيلة الأموال المصادرة في رفع كفاءة أجهزة الأمن العاملة في مجال مكافحة المخدرات ، وذلك وفقاً لما جاء في المؤتمر الدولي لمنع غسيل الأموال واستخدام عائدات الجريمة ومكافحتها والذي عقد في إيطاليا ١٩٩٤ .

- النظر في إمكانية إلقاء عبء الإثبات لمشروعية الدخل الذي يتم مصادرته وغيره من المتحصلات والأموال الأخرى الخاضعة للمصادرة على صاحب الدخل وذلك في الظروف الملائمة وبما يتفق مع الشروط القانونية المحددة ، وذلك وفقا لنص المادة الخامسة ـــ فقرة (٧) من اتفاقية الأمم المتحدة عام ١٩٨٨ .

٦- قرارات لجنة الأمم المتحدة لمكافحة المخدرات عام ١٩٩٥ ، وعام ١٩٩٦ ، وأهمها ([1]) :

* تضمين التشريعات الوطنية إجراءات جزائية وإدارية من أجل كشف جميع الإيرادات الناتجة عن الجرائم ذات الصلة ومكافحة غسلها بطرق ناجحة وفعالة ، فضلاً عن مصادرة العائدات غير المشروعة .

---

[1] - Kirk W. Munroe , surviving the solution : the extraterritorial reach of the united states presented in money laundering Conference bank fraud . Manageing money laundering risk 1996 , p. 325 .

* إلزام البنوك والمؤسسات المالية باتخاذ الإجراءات التي يمكن بواسطتها معرفة هوية أصحاب المعاملات التجارية وتشديد الرقابة والقوانين التي تتعلق بالبنوك واستخدامها في غسيل أموال المخدرات وفرض حظرعلى إيداع أموال في البنوك دون معرفة أسماء أصحابها.

بالإضافة إلى ذلك فقد عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية ([1]) بهدف مكافحة ظاهرة غسيل الأموال ، وتدور هذه الاتفاقات حول ضرورة تعزيز التعاون بين الدول في مجال مكافحة عمليات غسيل الأموال .

واتخاذ البنوك والمؤسسات المصرفية الإجراءات اللازمة للحد من هذه الظاهرة وضرورة صدور تشريعات وطنية لملاحقة عمليات غسيل الأموال .

المبحث الثاني
مكافحة ظاهرة غسيل الأموال
في تشريعات بعض الدول

لقد بذلت العديد من دول العالم محاولات جادة نحو مكافحة ظاهرة غسيل الأموال ، وقد كانت لهذه المحاولات أثر كبيرفى الحد من هذه الظاهرة ، ولاشك أن التعرف على هذه المحاولات سوف يضئ الطريق للوصول إلى وسائل ملائم لمكافحة هذه الظاهرة.

وسوف نتناول أهم هذه المحاولات على الإطلاق ألا وهى:

---

[1] ـــ د. مصطفى سويف ، المخدرات والمجتمع ، نظرة تكاملية ، عالم المعرفة ، الكويت ، يناير ١٩٩٦ ، ص ١٩٠ ومابعدها .

أنظر أيضاً د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ .

أولاً : مكافحة غسيل الأموال في التشريع الأمريكي ([1]) :

لقد أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية في عام ١٩٨٦ أول تشريع في العالم ضد عمليات غسيل الأموال Money laundering Contral act ، وعلى مدى السنوات ١٩٨٨ و ١٩٩٠ و ١٩٩٢ و ١٩٩٤ كانت هناك تعديلات على هذا القانون تستهدف التوسيع في نطاقه .

كما أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانون سرية الحسابات المصرفية بهدف تعقب العمليات النقدية لمنع عمليات غسيل الأموال الناتجة عن الأعمال غير المشروعة مثل تجارة المخدرات وأعمال التهريب والتهرب الضريبى .

وقد ألزم القانون المؤسسات المالية الخاضعة لأحكامه وهى البنوك وشركات السمسرة ، والادخار ، والتأمين ، والمطاعم التي تقدم الواجبات السريعة ، ومكاتب المحاسبة والمراجعة التي تحصل على مدفوعات نقدية من العملاء بتقديم تقارير عن المعاملات النقدية إلى إدارة خدمة الدخول internal Revenue Service (IRS) ([2]) وذلك خلال موعد أقصاه خمسة عشر يوماً من تاريخ كل معاملة تزيد قيمتها عن عشرة آلاف دولار يقوم بها فرد واحد أو مودع في اليوم الواحد ـــ كما يجب أن تقدم تقارير عن بعض المعاملات حتى ولو قلت قيمتها عن عشرة آلاف دولار متى كان لها صفة التكرار اليومي لقطع السبيل على تحايل الأفراد على هذا القانون ، وفى حالة إخلال إحدى المؤسسات السابقة بهذا الالتزام يعاقب المسئول جنائياً ، فضلاً عن عقوبة

---

[1] - Kirk W. Munroe , surviving the solution : the extraterritorial reach of the united states, op . cit , p. 2 .

[2] ـــ جدير بالذكر أن قانون السرية ينطبق على المعاملات النقدية ، ومن ثم فإنه لاينطبق على أوامر الدفع (Money orders) ، أو الشيكات المصرفية (Cashiers checkes) أو التحويلات البرقية (Wire transfers) ، نظراً لأن هذه المعاملات غير النقدية غالباً ماتكون مدعمة بالمستندات والوثائق ومن ثم يسهل تعقبها .

الإهمال والتي تصل قيمتها إلى ألف دولار أمريكي لكل حالة على حدة . ولقد لعب القضاء الأمريكي دوراً هاماً في تجريم القيام بعمليات غسيل الأموال ، فاعتبر كل من يعاون في عمليات غسيل الأموال محرضا ومشجعاً لغاسل الأموال ، وتطبيقا على ذلك إذا تبين أن من يقوم بغسيل الأموال قد اشترى عشرين شيكا من إحدى المؤسسات المالية قيمة كل منها خمسة آلاف دولار بما مجموعة مائة ألف دولار فإنه يعتبر منتهكا لقانون السرية المصرفية لأنه لم يحرر الإقرارات المالية التي يتطلبها القانون بالكامل ، الأمر الذي يستوجب إنزال العقوبات المالية اللازمة ضده ([1]) . وقد استطاعت الحكومة الأمريكية من خلال هذه التشريعات والإجراءات المتبعة أن تحد من ظاهرة عمليات غسيل الأموال ([2]) .

ثانياً : مكافحة غسيل الأموال في التشريع الفرنسي ([3]) :

أصدرت فرنسا القانون رقم ٩٠ /٦١٤ بتاريخ ١٩٩٠/٧/١٢ بمقتضاه تلتزم البنوك والمؤسسات المالية بالإبلاغ عن الحسابات والتحويلات المشبوهة إلى إدارة خاصة في وزارة الاقتصاد والمالية .

فضلاً عن ذلك أعدت فرنسا مشروع قانون لمكافحة غسيل الأموال وتقدمت به كاقتراح في قمة الدول الصناعية السبع ، وفيما يلى أهم ما تضمنه المشروع الفرنسي :

- تكليف البنك المركزي بمراقبة تدفقات رؤوس الأموال إلى الدولة ، بحيث تستطيع التعرف على مصدر الأموال والهدف من تدفقها إلى الدولة .

---

[1] ـ د. حمدى عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥ .

[2] ـ - Kirk W. Munroe , surviving the solution : the extraterritorial reach of the united states, op . cit , p. 9 .

[3] ـ -Stephane Gazale , Money Laundering in france , edited by rider, Barry 1997 , p. 67 .

- عدم قبول البنوك لإبداعات نقدية ذات قيمة كبيرة إلا بعد تقديم المودع ما يفيد عدم اعتراض الحكومة التابع لها على عملية الإيداع ، مع تأمين سرية حسابات العملاء الذين تم رفض طلباتهم للمحافظة على العلاقات الودية بين البنك والعملاء وكسب ثقة المودعين .

- بسط الرقابة على تحرير الفواتير والاعتمادات التي تحدث عبر الدول الأوروبية للحيلولة دون استخدام هذه الفواتير والمستندات في تضخيم القيمة وزيادة التكاليف وتهريب رأس المال بواسطتها .

- وقد تعرض هذا المشروع لانتقادات شديدة من الجانب الأمريكى ، ويبرر البعض ذلك بأن موضوع الرقابة يعتبر مكروها من الجميع باعتبارها لا تتفق مع الحرية الاقتصادية وتحرير مناخ الاستثمار مما يجعل الكثير من المسئولين يفضلون البعد عن الرقابة بشتى صورها مهما كانت الأسباب أو المبررات ([1]) .

ثالثا : مكافحة غسيل الأموال في التشريع الألمانى ([2]) :

لقد اتجه المشرع الألمانى نحو تجريم عمليات غسيل الأموال ، وفى عام ١٩٩٢ صدرت المادة ٢٦١ من قانون العقوبات ونصت على أن " يعاقب بالسجن لمدة خمس سنوات أو الغرامة كل من يخفى أو يطمس أثراً أو يمنع أو يعيق الكشف عن اصل أو موقع او يتسبب في إعاقة إيجاد الموقع أو المصادرة أو وضع اليد أو القبض على ممتلكات ناتجة عن جريمة خطرة اقترفها شخص عضو في منظمة اجرامية ، وتطبق نفس القواعد على الشركاء في هذه الجريمة . وإذا قام المخالف

---

[1] ـ د. حمدى عبدالعظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ .

[2] - Michael Weller , Money laundering in Germany , published inter-in natinal Guide to mony laundering law and practice , edited by richard parlour, Butterworths, 1995 , p. 79 .

عقيد /هشام النسور ، وسائل الكشف عن عمليات تبيض الأموال المتأتية من الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية ، بحث مقدم إلى جامعة الدول العربية ، القاهرة (١٣ ـ ١٧ مارس ١٩٩٥) .

أيضاً د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٣٠ .

بعملية تجارية مع عضو عصابة بهدف تحصل عمولة مستترة من علميات غسيل الأموال تكـــون العقوبة السجن من ستة اشهر إلى عشر سنوات " . فضلاً عن مصادرة كافة الأموال والأصـــول التي لها علاقة بعمل إجرامي يتعلق بغسيل الأموال .

- وتضمن قانون غسيل الأموال الألماني نصوصاً تلزم البنوك بطلب مستندات رسمية عند فـــتح الحسابات أو الإيداع لأول مرة أو الحصول على صندوق أمانات لدى إحدى المؤسسات المالية ، كما تطلب قانون غسيل الأموال ضرورة الاحتفاظ بالمستندات والسجلات التي تشـــمل جميـــع المعلومات الأساسية للمودعين والمتعاملين مع المؤسسات المالية حتى يمكن الرجوع عليهـــا عنـــد الضرورة .

ـــ تضمن قانون غسيل الأموال أيضاً نصوصاً تلزم المؤسسات المالية باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تمرير عمليات غسيل الأموال من خلالها ، واعتبر مدير المؤسسة أو البنك مسئولين عن الإشراف والإدارة والرقابة ، على تصرفات الموظفين المرؤوسين لهم .

رابعاً : مكافحة غسيل الأموال في التشريع المصري ([1]) :

أصدر المشرع المصري القانون رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢ لمكافحة غسيل الأموال ، وبموجب المادة (٢) من هذا القانون تم تجريم عمليات غسيل الأموال بصورة صريحة ،كما تضمن القانون فضلا عن ذلك ما يلي :

-ينشأ بالبنك المركزي وحدة مستقلة ذات طابع خاص لمكافحة غسل الأمـــوال وتمثـــل فيهـــا الجهات المعنية ، وتختص بتلقي الإخطارات الواردة من المؤسسات المالية عن العمليات التي يشتبة في أنها تتضمن غل الأموال، وتتولي أعمال التحري والفحص عما يرد اليها من معلومات (المادة ٣،٤،٥).

[1] ـــ د. حمدى عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

-تلتزم المؤسسات المالية بإخطار الوحدة عن العمليات المالية التي تشتبة في أنها تتضمن غسل أموال ، وتلتزم أيضا بوضع النظم الكفيلة للتعرف علي الهوية والأوضاع القانونية للعملاء،ولا يجوز لها فتح حسابات أو ربط ودائع أو قبول أموال أو ودائع مجهولة أو بأسماء صورية أو وهمية ، كما تلتزم المؤسسات المالية بإمساك سجلات ومستندات لقيد ما تجرية من عمليات مالية ، وتحتفظ بهذه السجلات لمدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ انتهاء التعامل مع المؤسسة أو من تاريخ قفل الحساب وأن تضع هذه السجلات تحت تصرف السلطات القضائية والجهات المختصة بتطبيق هذا القانون (المادة ٨ ،٩) .

-ونص المشرع علي أن يعاقب بالسجن مدة لا تجاوز سبع سنوات وبغرامة تعادل مثلي الأموال محل الجريمة ، كل من أرتكب أو شرع في ارتكاب جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المادة (٢) من هذا القانون (أنظر المادة ١٤) .

خامسا : مكافحة غسيل الأموال في التشريع الكويتي

أصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٢ بشأن مكافحة عمليات غسيل الأموال ، وبموجب هذا القانون الزم المشرع البنوك وشركات الاستثمار ومؤسسات وشركات الصرافة وشركات التأمين وغيرها من المؤسسات المالية بما يلي :

-عدم الاحتفاظ بأي حسابات مجهولة الهوية أو حسابات لأسماء وهمية أو رمزية أو فتح مثل هذه الحسابات والتحقق من هوية عملائها وفقا لوثائق رسمية .

-الاحتفاظ بجميع المستندات والوثائق الخاصة بالمعاملات التي أجرتها لمدة خمس سنوات على الأقل من تاريخ إتمام المعاملة .

- الابلاغ عن أي معاملة مالية مشبوهة اتصل علمها بها ،وتبني إجراءات عمل ونظم الرقابة الداخلية الملائمةبما يمكنها من أكتشاف أي من تلك العمليات فور وقوعها والحيلولة دون إستغلالها لتمرير العمليات المشبوهة، كما يجب علي تلك المؤسسات المالية الالتزام بأي تعليمات أو قرارات وزارية تصدر إليها من الجهات الحكومية

المشرفة عليها بخصوص البنود السابق ذكرها وكذلك بأي تعليمات وقرارات وزاريـــة أخري ذات صلة بمكافحة عمليات غسيل الأموال .

- نص المشرع علي أن يعاقب كل من يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليهـــا في المادة (٢)من هذا القانون بالحبس مدة لا تزيد علي سبع سنوات وبغرامة لا تقل عـــن قيمة الأموال محل الجريمة ولا تزيد على كامل قيمة هذه ا لأموال وبمصادرة الأمـــوال والممتلكات والعائدات والوسائط المستخدمة في ارتكاب الجريمة ، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير حسني النية .

المبحث الثالث

مسئولية البنوك في مكافحة عمليات غسيل الأموال

لقد كان لاتحاد بنوك مصر دوراً رائداً في مكافحة عمليات غسيل الأموال من خلال اقتراح عدد من الضوابط والإجراءات المصرفية والتي من شأنها الحد من هذه الظاهرة . ففـــي أكتـــوبر ١٩٩٥ قام البنك المركزي المصري بدعوة اللجنة المالية الدولية لمكافحة عمليات غسيل الأموال (FATF) financial action taske force إلى القاهرة لحضور ندوة تهتم بمناقشـــة ســـبل مكافحة عمليات غسيل الأموال في ظل تطور وسائل التقنية الحديثة ، وعقدت الندوة باشـــتراك عدد من الجهات المعنية منها وزارة العدل ، ووزارة الداخلية ، ووزارة التعاون الدولي، واتحـــاد بنوك مصر ، البنك المركزي . ([1])

وقد شكل اتحاد بنوك مصر لجنة لدراسة المشكلة وإعداد الدراسات اللازمة من خلال بحث التقارير الواردة إلى اللجنة من جهات أجنبية ومحلية بالإضافة إلى الدراسات المقدمة من أعضـــاء

[1] ـــ أنظر حول دور هذه اللجنة في مكافحة غسيل الأموال :

- Anonymous, financial action task force on money laundering annual op. Cit, p. 77 .

اللجنة أنفسهم ، وقد أنهت اللجنة أعمالها بتقديم دراسة حول أهم الإجراءات الواجب اتباعها لمكافحة عمليات غسيل الأموال.وتضمنت هذه الدراسة تسع توصيات تمثلت فيما يلى : ([1])

١ ـــ إلزام البنوك والمؤسسات المصرفية بعدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية أو لحسابات بأسماء وهمية ، وتنص هذه التوصية بضرورة تأكد البنوك من شخصية المودعين والاحتفاظ بالمستندات التي تدل على ذلك مثل جواز السفر أو البطاقة الشخصية ، وذلك تطبيقاً لمبدأ (اعرف عميلك) .

٢ ـــ اتخاذ الإجراءات المناسبة للحصول على المعلومات الخاصة الحقيقية بالعميل الذي يفتح له حساب لدى البنك أو يتم تنفيذ عمليه لحسابه . وتتطلب هذه التوصية ، ضرورة جمع المعلومات عن نشاط المتعاملين مع البنوك ومركزهم المالي .

٣ ـــ حفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلى أو الدولي لتكون جاهزة إذا ما طلبتها السلطات المختصة لمدة كافية وفقاً للقانون . وتتلاءم هذه التوصية مع طبيعة الجرائم المالية والاقتصادية والتي لا يتم كشفها إلا بعد فترة زمنية طويلة من ارتكابها ([2]) ، فإذا لم تحتفظ البنوك بسجلات العملاء لفترة طويلة ، فإنها تفقد أهميتها في مكافحة عمليات غسيل الأموال ونرى أن المدة الملائمة لحفظ السجلات الخاصة بالعملاء والعمليات هى مدة مماثلة للمدة القانونية لتقادم الجريمة .

---

[1] ـــ محمود عبد العزيز ، ضوابط تنفذها بنوك مصر لضمان منع غسيل الأموال، مقالة بجريدة أخبار اليوم ، القاهرة ، الصادرة في ٤ يوليو ١٩٩٨ ، ص ٤ .

وأيضاً د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٤ .

[2] ـــ إن كثيراً من الجرائم المالية والاقتصادية ترتبط بالفساد السياسي والإداري والرشوة والاختلاسات والتربح من الوظيفة العامة ، وهذه الجرائم لا تكتشف إلا بعد فترة زمنية طويلة من ارتكابها ، وغالباً ما يتم كشفها بعد انتهاء خدمة الموظف أو عزله أو الوفاة ، لمزيد من التفصيل أنظر :

د. حمدي عبد العظيم ، غسيل الأموال في مصر والعالم ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ .

٤ ـــ متابعة سلوكيات العمليات البنكية المثيرة للشك لاتخاذ قرار بشأنها بواسطة إدارة البنك .

تمكن هذه التوصية من التوصل إلى العمليات المشبوهة التي ترتبط غالباً بعمليات غسيل الأموال ، ونجاح هذه التوصية يتوقف على قدرات العاملين في البنوك على التعرف على حقيقة هذه العلميات ، وضرورة إلزام البنوك بالإبلاغ عن العمليات المشبوهة ، وإلا اعتبر البنك مسئولاً عن هذه العمليات .

٥ ـــ تدريب وتنمية قدرات الموظفين بالبنوك المختلفة على طريق التعرف على الصفقات المشكوك فيها ، والإجراءات والسياسات الخاصة لمجابهتها ، وكذلك الإجراءات القانونية الخاصة بعمليات غسيل الأموال .

٦ ـــ تنفيذ برنامج تدريبى يومى للعمل به لدى البنوك يتضمن احدث برامج التدريب المطبقة في المؤسسات المالية ذات الصبغة العالمية .

٧ ـــ تطبيق إجراءات مجابهة غسيل الأموال في مختلف العلميات المصرفية ، وعلى منتجات البنوك من نقود بلاستيكية وأيضاً عمليات الإقراض وذلك من خلال التحرى والحصول على البيانات اللازمة من البنك مصدر النقود البلاستيكية قبل استعمالها في بلد آخر ، وكذلك من خلال التحرى والحصول على البيانات اللازمة عن العميل طالب الاقتراض بضمان ودائعه في البلد الأجنبي .

٨ ـــ تطبيق القوانين الحالية والتي تعتبر كافية لمواجهة عمليات غسيل الأموال وذلك أعمالاً لنص المادة ١/٤٤ مكرر من قانون العقوبات .

وأمام عدم وجود قانون خاص بمكافحة غسيل الأموال ، تذهب هذه التوصية إلى تطبيق القوانين الأخرى والتي يمكن أن يكون لها نفس الدور ، ويقصد بذلك قانون سرية الحسابات بالبنوك ، قانون الكسب غير المشروع ، وقانون المدعى العام الاشتراكى وقانون الطوارئ ، فضلاً عن قانون العقوبات الجنائية .

٩ ــ ضرورة استخدام الصلاحيات الموجودة في قانون سرية الحسابات رقم ٢٠٥ لـــ ١٩٩٠ للحصول على إذن النيابة العامة لتعقب حالات غسيل الأموال مع التأكيد على عـــدم وجـــود تعارض بين هذا القانون وإجراءات مكافحة غسيل الأموال ([1]) .

التوصيات والمقترحات

يتضح لنا مما تقدم أن ظاهرة غسيل الأموال تنتشر على مستوى العالم وفى تزايد مستمر ... وتطرق الآن أبواب الدول العربية ومنها مصر ، ولها العديد من الآثار السلبية في كافة المجـــالات سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية ،وسوف نعرض لأهم التوصيات والمقترحات الـــتي يمكن أن تمكنا من مكافحة عمليات غسيل الأموال ، وذلك في ضوء ما سبق دراسته.

وتتمثل التوصيات والمقترحات فيما يلى :

أولاً : ضرورة عقد اتفاقية دولية لمكافحة عمليات غسيل الأموال ، على غرار اتفاقيـــة الأمـــم المتحدة التي عقدت في فيينا عام ١٩٨٨ ، وحث الدول الأعضاء علـــى الالتـــزام بهـــا واتخـــاذ التعديلات التشريعية التي تتلاءم مع أحكام الاتفاقية ، فضلاً عن التعاون الدولي في كافة المجالات المرتبطة بعمليات غسيل الأموال ، ألا وهى تسليم المجرمين، ومصادرة أموالهم داخـــل الدولـــة وخارجها مع الحق في اقتسام هذه الأموال بين الدول .

ثانياً : ضرورة إصدار قانون خاص بتجريم عمليات غسيل الأموال([2])، وقد أحســـن المشـــرع المصري والكويتي صنعا بإصدار قانون خاص بتجريم الأموال .

ثالثاً : ضرورة إنشاء جهاز متخصص لمكافحة غسيل الأموال ، يعمل علـــى تتبـــع الصـــفقات وحركات رؤوس الأموال المشكوك فيها ، وتلقى الشكاوى حول عمليـــات غســـيل الأمـــوال

---

[1] ــ محمود عبدالعزيز ، ضوابط تنفذها بنوك مصر لضمان منع غسيل الأموال، مرجع سابق ، ص ٤ .

[2] ــ د. احمد الغندور ، مقال بجريدة الأهرام ، القاهرة ، الصادرة في ١٩٩٥/١٢/١٨ .

والتحقق منها وتنفيذ نصوص اتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٨ والتي تجعل هذه الأنشطة جريمة جنائية يعاقب عليها القانون .

رابعاً : أن يشترط لتحويل البنوك للنقد الأجنبي إلى خارج الدولة إحضار العميل شهادة تفيد عدم اعتراض مصلحة الضرائب وجهاز مكافحة غسيل الأموال بوزارة الداخلية ، وهذه التوصية تجد أهميتها في حالات حصول العملاء على قروض من البنوك التجارية وتهريبها إلى الخارج عن طريق بنك آخر ، وهذا الإجراء كفيل بمنع هروب الأموال الوطنية إلى الخارج عبر القنوات المصرفية .

خامساً : إلزام البنوك والمؤسسات المالية بعدم الاحتفاظ بأية حسابات لشخصيات مجهولة الهوية وبضرورة الاحتفاظ بسجلات العملاء والعمليات التي تتم على المستوى المحلى والدولي لمدة زمنية مماثلة لمدة تقادم الجرائم المالية .

سادساً: ضرورة قيام البنك المركزي بدور هام في هذا المجال وهو مراقبة حركات رؤوس أموال البنوك والمؤسسات المالية ، وضرورة أخطاره بالعمليات المصرفية التي تزيد قيمتها عن حد معين ، مع تخويل البنك المركزي سلطة إلغاء ترخيص وشطب البنك الذي يثبت تورطه في القيام بعلميات غسيل الأموال .

ونؤكد أن هذه الإجراءات لا تتعارض على الإطلاق مع سياسة الحرية الاقتصادية التي تبعتها الدولة أو مع تهيئة مناخ الاستثمار بها ، نظراً لأن قبول أموال الجريمة في الاستثمار فضلاً عما سبقه ذكره سوف يؤدى إلى تشويه مناخ الاستثمار العام ويؤدى إلى منافسه غير مشروعة ، بل أن تغلل أموال الجريمة في القطاعات الاقتصادية بما يخلفه من عنف وإرهاب ورشوة كفيل بإبعاد الاستثمار الأجنبي المباشر وغير المباشر، بل والاستثمار المحلى أيضاً " ولذا نرى أن وضع هذه التوصيات موضع التنفيذ سوف يحقق هدف الدولة في مكافحة عمليات غسيل الأموال ولا يؤثر على سياسة التحرر الاقتصادي التي تتبعها الدول .