جامعة الإمارات العربية المتحدة

كلية الشريعة والقانون

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 الخامس

بالتعاون مع

بحوث الجزء الخامس

م	اســـــم المؤلف	اســـــم البحث	الصفحات
٤٨	أ.د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل	توثيـــق التعـــاملات الإلكترونيـــة ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر	١٨٤٥-١٩١٣
٤٩	م/ زغلول محمود البلشي	مسئولية البنك الجنائية عـــن جـــرائم غسل الأموال	١٩١٥-١٩٤٢
٥٠	د. بلال عبد المطلب بدوي	البنـــوك الإلكترونيـــة (ماهيتـــها ، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها)	١٩٤٣-١٩٩١
٥١	أ.د. على محمد الحسين الموسى	البطاقات المصرفية تعريفها وأنواعهـــا وطبيعتها	١٩٩٣-٢٠٣٢
٥٢	د. أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم	المسئولية الجنائية عن الاستخدام غـــير المشروع لبطاقة الائتمان	٢٠٣٣-٢١١٨
٥٣	د. عبد الله إبراهيم عبد الله الناصر	العقود الإلكترونية "دراســـة فقهيـــة تطبيقية مقارنة"	٢١١٩-٢١٥٦
٥٤	د. مبارك جزاء الحربي	بطاقات الائتمان	٢١٥٧-٢١٨٧
٥٥	م. ناصر أحمد المصري	الآثار السلبية لطريقة احتساب ســـعر الفائدة البنكية و المرابحة الإسلامية	٢١٨٩-٢٢٠٨
٥٦	د. جابر على محجوب	ضمان سلامة المستهلك الإلكتـــروني من عيوب المنتجات الصناعية المبيعة	٢٢٠٩-٢٢٣١
٥٧	الدكتور . ممدوح عبد الحميد عبـــد المطلب – الملازم/ زبيدة محمد جاسم – الملازم/ عبد الله عبد العزيز	أنموذج مقترح لقواعد اعتماد الـــدليل الرقمي للإثبـــات في الجـــرائم عـــبر الكمبيوتر	٢٢٣٣-٢٢٦٩

٥٨	د.مسفر بن علي بن محمد القحطاني	التكييف الفقهي للأعمال المصـــرفية الإلكترونية	٢٢٧١-٢٣٠٦
٥٩	محمد المختار السلامي	بطاقات الإئتمان	٢٣٠٧-٢٣٢٢
٦٠	د. محمود سمير الشرقاوي	التحكيم في المعاملات المصرفية	٢٣٢٣-٢٣٣١
٦١	د. ضويحي عبدالله محمد الضويحي	القواعد الفقهية الحاكمة للعقود	٢٣٣٣-٢٣٧٥
٦٢	د. محمد سليم العوا	التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية	٢٣٧٧- ٢٣٨٧
٦٣	سعيد عبدالله الحامز	العمليات المصرفية الإلكترونية والإطار الإشرافي	٢٣٨٩ -٢٤٠٦

توثيـــق التعاملات الإلكترونيـــة
ومسئولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر

أ.د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل
أستاذ القانون المدني – كلية الحقوق/ جامعة الكويت

تمهيد – في تحديد موضوع الدراسة

كانت تعاملاتنا اليومية وحتى وقت قريب تتسم بالوضوح والتحديد من حيث مضمونها ومحتواها ، إلى جانب توافر قدر من الآمان والثقة تجاهها ، ويرجع ذلـــك إلى كتابـــة هـــذه التعاملات في مستندات يمكن الرجوع إليها في أى وقت إذا استدعي الأمر ذلك ، كما انـــه لم يكن من الســـهل إنكار هذه التعاملات أو تغيير محتـــوياتها ، فهي لا تقتصر على كتابتها ، وإنما تذيل أيضا بتوقيع أصحاب الشأن عليها بما يفيد الإقرار بصحة مضمونها ومحتوياتها ،وصـــدورها ممن صدر منه التوقيع ، إضافة إلى التقييد بها .

أما الآن ، وفي عصر الثورة التقنية ، وحيث أصبح العديد من تعاملاتنـــا ، القانونيـــة والإدارية والتنظيمية ، يتم الكترونيا باستخدام أجهزة التقنية الحديثة ، وبصفة خاصة الحاســـب الآلي والانترنت ، فقد واجهت هذه التعاملات بعض الصعوبات القانونية تدور حـــول إثباتهـــا وتحديد مضمـــونها . فالكتابة بصورتها التقليدية تنعدم مع التعاملات الإلكترونيـــة ، والتوقيـــع الخطي اختفي ليحل محله توقيعا آليا أو الكتـــرونيا ، الأمر الذى يحتاج إلى التوثق مـــن صـــدور المعاملة ممن تنسب إليه ، دون تحريف أو تعديل في محتواها .

هذا التوثيق للتعاملات الإلكترونية تقوم به في الوقت الحالي جهات متخصصة تقـــوم بالتحرى حول سلامة التعاملات الإلكترونية من حيث مضمونها ومحتواها ، وصحة صـــدورها ممن تنسب إليه ، وتصدر بذلك شهادة تصديق إلكترونية تشهد فيها بهذه السلامة والصحة ، ويتم الاعتماد عليها في إنجاز التعاملات الإلكترونية .

ويحدث ان تفشل جهات التوثيق في تحريها لصحة التعاملات الإلكترونية وتصدر شهادات توثيق غير مطابقة للواقع ولا يتم اكتشاف ذلك إلا بعد إتمام التعامل اعتمادا على هذه الشهادات غير الصحيحة ، فتخل هذه الشهادات بالثقة المشروعة التي أولاها المتعاملون في جهات التوثيق والشهادات التي تصدرها ، عندئذ تثار مسألة مدى الالتزام الذى تتحمله هذه الجهات ،ومدى مسئوليتها تجاه من أصابه ضرر إثر تعامله اعتماداً على هذه الشهادات غير الصحيحة ، وما إذا كان يكتفي في هذا الصدد بالقواعد العامة في المسئولية المدنية ، تعاقدية وتقصيرية ، أم أن الأمر يستلزم سن قواعد خاصة تنظم مسئولية جهات التصديق ٠

منهج الدراسة :

تنصب دراستنا اساساً حول توثيق التعاملات الإلكترونية والجهات القائمة بهذا التوثيق توطئة للوصول إلى دراسة مضمون الالتزام الذى تتحمله هذه الجهات ، ومن ثم مدى المسئولية التي تتحملها تجاه الغير المتضرر من جراء فشلها في توثيق التعاملات الإلكترونية التي يعهد إليها بتوثيقها وقيامها بإصدار شهادات زائفة، وعلى ذلك سوف تتناول دراستنا الموضوعين الآتيين:

الموضوع الأول : توثيق التعاملات الإلكترونية والجهات القائمة بهذا التوثيق ، ونخصص له الفصل الأول ٠

الموضوع الثاني : مسئولية جهات التوثيق تجاه الغير المتضرر، ونخصص له الفصل الثاني ٠

الفصل الأول
توثيق التعاملات الإلكترونية

تقسيم :

تتناول دراستنا لتوثيق التعاملات الإلكترونية الموضوعات الأربعة الآتية :

الموضوع الأول : مفهوم التعاملات الإلكترونية وضرورتها ، ونخصص له المبحث الاول٠

الموضوع الثاني : طرق توثيق التعاملات الإلكترونية ، ونخصص له المبحث الثاني ٠

الموضوع الثالث : مدى حجية التوثيق الإلكتروني ، ونخصص له المبحث الثالث .

الموضوع الرابع: جهات التوثيق الإلكتروني وشهادات التوثيق التي تصدرها ، ونخصص له المبحث الرابع

المبحث الأول

مفهوم التعاملات الإلكترونية وضرورتها

تواجه دراستنا التعاملات الإلكترونية في مفهومها العام الذى يشمل كل تعامل يتم باستخدام وسيط إلكتروني أيا كانت أطرفه ، بين أفراد أو بين جهات حكومية أو غير حكومية ، أو بين دول أو مؤسسات دولية ، أو بين بعض من هذه الجهات المذكورة وبعض آخر ، كتعامل فرد مع الشركات التجارية ، أو التعامل مع المصارف سواء فيما بينها أو مع عملائها .

وعلى ذلك فان هذه الدراسة ، وان كانت تشمل التجارة الإلكترونية ، فهي لا تقتصر عليها ، وانما تمتد لكل التعاملات الإلكترونية غير الورقية التي تتم باستخدام الوسائط الإلكترونية في معالجة البيانات ونقلها باستخدام الوسائل التقنية الحديثة ، وبصفة خاصة أجهزة الحاسب الآلي (١).

وهكذا تنطبق هذه الدراسة على كل التعاملات الإلكترونية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية ، والتعاملات والتعاقدات التي تتم عن طريق وسائط الكترونية ، بصفة عامة، ويأتي في مقدمتها التعاقد عن طريق " الانترنت " (٢) الذى انتشر انتشاراً سريعاً وملحوظاً ،

---

١) عرف القانون الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ ، الخاص بإمارة دبي ، في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية ، المعاملات الإلكترونية بأنها :" اى تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية "، كما عرف التجارة الإلكترونية بأنها " المعاملات الإلكترونية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية ". راجع المادة (٢) من القانون المذكور .

وقد حددت المادة (٥) من هذا القانون نطاق تطبيقه بالسجلات والتواقيع الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية . واستثنت من أحكامه الموضوعات الاتية:

أ – المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كالزواج والطلاق والوصايا .

ب – سندات ملكية الأموال غير المنقولة .

ج – السندات القابلة للتداول .

وأثار العديد من المشكلات القانونية ، احداها هي التي نتعرض لها في هذه الدراسة ، الا وهـــي توثيق هذه التعاملات ومسئولية الجهات القائمة بتوثيقها عن الأضرار التي تحدث للغير .

وتحظي التعاملات الإلكترونية باهتمام خاص ، على الصعيدين الداخلي والدولي بقصد تذليل العقبات التي تعترض انتشارها والاعتماد عليها بسبب ما تحققه من مزايا ملحوظة تتمثل بصفة خاصة في عدم اعتمادها على المستندات الورقية ، وما يترتب على ذلك من اختصـــار في الوقت والإجراءات والنفقات المتمثلة في المراسلات والأرشيف والتخزين ([3]) .

د – المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتســجيل اية حقوق أخرى متعلقة بها .

هـــ – اى مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل .

هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة الخامسة إضافة أو حذف أو إجراء تعديل علـــى الموضـــوعات المـــذكورة والمحددة بالفقرة الاولي .

لذلك فإن هذه الموضوعات تخرج عن نطاق دراستنا .

[2]) وللمصارف دور كبير في انتشار التعاملات الإلكترونية المالية وانجازها ، وحيث يتوقف انجاز هذه المعـــاملات على قبول نظم الدفع الإلكترونية باستخدام بطاقات الائتمان وغيرها مثل النقود الإلكترونيـــة ووحـــدات النقد الرقمية ، والشيكات الإلكترونية . راجع في التعاملات البنكية التي تتم عن طريق الحاسب الآلي :

Michel Vivant : Les transactions internationales assistés par ordinateur. B.D. E., Paris 1987, P. 71 et s.

[3]) تساهم التعاملات الإلكترونية في توفير النفقات المتمثلة في الاتصالات الملازمة للتعاملات العادية مـــن بريـــد وهاتف ، وكذلك التوفير في نفقات الانتقال والنقل والتخزين . كما توفر عمولات الوســـــطاء ، وكـــذلك نفقات الدعاية والاعلان . راجع للمزيد من التفصيلات برنارد أمورى :

Beranrd Amory: le Droit continental. P. 73 Bibliothéque de droit de L'enterprise sous la direcrion du pro. M. Vivant, 19 paris, 1987

وقد أشارت المادة الثالثة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي إلى الأهداف التي يقصد هذا القانون تحقيقها وهي :

١ – تسهيل المراسلات الإلكترونية بواسطة سجلات الكترونية يعول عليها .

أما المعوقات الأساسية التي تعترض التعاملات الإلكترونية فتتمثل أساسا في افتقادها لعنصرى الأمن والسرية إلى حد كبير نتيجة أعمال القرصنة والتدخلات غير المشروعة التي تتعرض لها . هذا بالإضافة إلى صعوبة إثبات هذه التعاملات والتوثق من محتواها وعدم التعديل أو التغيير في هذا المحتوى ([4]) .

---

٢ – تسهيل وإزالة اية عوائق امام التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى والتي قد تنتج عن الغموض المتعلق بمتطلبات الكتابة والتوقيع ، ولتعزيز تطور البنية التحتية القانونية والتجارية لتطبيق التجارة الإلكترونية بصورة مضمونة .

٣ – تسهيل نقل المستندات الإلكترونية إلى الجهات والمؤسسات الحكومية وتعزيز توفير خدمات هذه الجهات والمؤسسات بكفاءة عن طريق مراسلات الكترونية يعول عليها .

٤ – التقليل من حالات تزوير المراسلات الإلكترونية والتعديلات اللاحقة على تلك المراسلات ومن فرص الاحتيال في التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية الأخرى .

٥ – إرساء مبادىء موحدة للقواعد واللوائح والمعايير المتعلقة بتوثيق وسلامة المراسلات الإلكترونية .

٦ – تعزيز ثقة الجمهور في سلامة وصحة المعاملات والمراسلات والسجلات الإلكترونية .

٧ – تعزيز تطوير التجارة الإلكترونية والمعاملات الأخرى على الصعيدين المحلي والعالمي وذلك عن طريق استخدام تواقيع الكترونية .

[4]) فالتعاملات الإلكترونية ، ونظراً لطبيعتها الخاصة ، وكونها لا تقوم على وسط مادى محسوس ، تحتمل في ذاتها الخطأ والغش ، بالإضافة إلى سهولة اقتحامها والعبث بمحتوياتها ، ونظراً لما تتعرض له الأعمال الإلكترونية من قرصنة واعتداءات غير مشروعة تؤثر سلباً فيما تتطلبه هذه الأعمال من آمن وسرية ، يرى المهتمون بآمن هذه التعاملات ضرورة توافر عدة متطلبات لتحقيق الأمن والثقة في التعاملات الإلكترونية ، يأتي في مقدمتها المتطلبات الآتية :

١ – شبكات اتصالات آمنة وموثوق بها .

٢ – وسيلة فعالة لحماية نظم المعلومات الملحقة بهذه الشبكات .

٣ – وسيلة فعالة للتوثق وضمان سرية المعلومات الإلكترونية لحماية البيانات من الاستخدام غير المصرح به.

٤ – توفير التدريب الجيد لمستخدمي البنية الأساسية العالمية للمعلومات ..

ونظراً لاهمية التعاملات الإلكترونية وتشجيعاً لانتشارها وبث الثقة فيها ، فقد تضافرت الجهود الدولية والوطنية لتذليل ما يعترضها من عقبات ، والعمل على تهيئة البنية القانونية التي تتماشى مع هذه التعاملات سواء من حيث إنجازها ، أو من حيث توثيقها وإثباتها .

المجهودات الدولية

تركزت الجهود الدولية الرامية إلى تذليل المعوقات التي تعترض التعاملات الإلكترونية بصفة عامة ، والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة ، في إعتناق مفهوم متطور للكتابة لا يقصرها على الكتابة الخطية التقليدية ، بل يشمل إلى جانبها الكتابة الإلكترونية التي تتخذ دعامة لها المستندات الإلكترونية ، هذا بالاضافة إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومساواته – بشرط معينة – بالتوقيع الخطي ، باعتباره أداة لتوثيق هذه التعاملات .

ويأتي في مقدمة الجهود الرامية إلى تشجيع التعاملات الإلكترونية عن طريق بث الثقة فيها وتذليل عقباتها ، قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي في أول ديسمبر ١٩٦٦ ، والذى منح رسائل البيانات الإلكترونية حجية في الإثبات ، كما اعترف بالتوقيع الإلكتروني ، وساوى بينه وبين التوقيع اليدوى (٥).

راجع : ممدوح عبد الحميد ، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية " الجريمة عبر الانترنت " ، بحث مقدم إلى مؤتمر " القانون والكمبيوتر والانترنت " الإمارات العربية المتحدة ، العين ، من ١-٣ مايو ٢٠٠٠ ، ص ١٧.

5) اعتمدت الأمم المتحدة هذا القانون النموذجي في دورتها التاسعة والعشرين ، وأصدرته في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ وقد طلبت اللجنة بان تولي جميع الدول اعتباراً لهذا القانون عندما تقوم بسن قوانينها المتعلقة باستخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتحرير المعلومات ، أو عند تنقيح هذه التشريعات هادفة من ذلك العمل على توحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتحرير المعلومات .

راجع في هذا القانون الوثائق الرسمية للجمعية العامة ، الدورة الاربعين ، الملحق رقم ١٧ (A 140 117) الفصل سادسا الفرع باء ، وقد تم إضافة المادة ٥ مكررا بصفتها المعتمدة في ١٩٩٨ .

كما قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي في دورتها الرابعة والثلاثين بوضع قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١ ([6]) الذى تعرض بالتنظيم للتوقيع الإلكتروني الموثوق به ، والجهة التي تقوم بتحديده ، والواجبات التي يتحملها الموقع وما يبذله من عناية حيال توقيعه ، كما نظم مقدم خدمات توثيق التوقيع الإلكتروني مع تحديد العناية المطلوبة منه نحو شهادات التصديق التي يصدرها ، والسلوك الذى يتعين ان يتبعه الطرف الذى يَعَوّل على هذه الشهادات . كذلك نظم القانون المذكور الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية .

وقد اعتمدت دول عديدة على هذا القانون في إصدار تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، فاقتبست منه العديد من أحكامه .

من الجهود البارزة أيضا نحو تنظيم المعاملات الإلكترونية نذكر التوجيه الأوربي الذى اقره الاتحاد الأوربي في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ ([7]) ، والذى يتضمن ١٥ مادة وخمسة ملاحق . وقد تأثر هذا التوجيه بدوره بقانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦

التشريعات الوطنية

تشجيعاً للتعاملات الإلكترونية ،ولبث الثقة فيها ، اهتمت الدول المختلفة بضرورة تنظيم هذه التعاملات ووضع القواعد القانونية التي تيسر اللجوء اليها وتذلل معوقاتها ، وظهر في الآونة الأخيرة العديد من التشريعات الوطنية التي تنظم هذه التعاملات ، نذكر منها القوانين : السنغافورى والايرلندى والإيطالي والروسى ، والارجنتينى والصينى ، والماليزى ، والياباني

وتجدر الإشارة إلى ان اللجنة البحرية الدولية اعتمدت في عام ١٩٩٠ بعض القواعد التي تنظم استخدام سندات الشحن الإلكترونية بديلا عن السندات الورقية التقليدية ، غير ان هذه القواعد لم تكن لها صفة الالتزام إلا بالاتفاق عليها.

[6]) عُقدت هذه الدورة في فيينا من ٢٥ يونيه إلى ١٣ يوليو ٢٠٠١ . ويتكون القانون المذكور من ١٣ مادة .

[7]) انظر في هذا التوجيه الأسبوع القانوني ، ٢٠٠٠ ص ١٩٨ ولنا عودة إلى بعض موضوعات هذا التوجيه .

والنيوزلندى ، والفلبيني ، والفندلندى والألماني والانجليزى ، والقانون الأمريكي الفدرالي ، والعديد من قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التي تجاوزت ٥٠ قانونا ، والعديد ايضا من قوانين المقاطعات الكندية .

ومن البلاد العربية فقد أصدرت كل من تونس والأردن والإمارات العربية المتحدة (إمارة دبي) تشريعا ينظم التعاملات الإلكترونية ، هذا بالإضافة إلى أن الكثير من البلاد العربية أعدت مشروعات بقوانين في هذا المجال منها جمهورية مصر العربية والكويت والبحرين ، والتي من المأمول صدورها قريبا ([8]) .

وقد ركزت التشريعات الداخلية في تنظيمها للتعاملات الإلكترونية على موضوعين ، يتعلق الموضوع الأول بوضع البنية القانونية المنظمة لهذه التعاملات والتي تتمثل أساساً في الاعتراف بالمستندات الإلكترونية ومساواتها بالمستندات الكتابية التقليدية ([9]) ، وكذلك الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومعادلته بالتوقيع اليدوى التقليدى باعتباره دليلاً للإثبات ([10]) .

أما الموضوع الثاني فيتعلق ببث الثقة في هذه التعاملات عن طريق وضع نظم للتوثق منها مع فرض الجزاءات والمسئوليات في حالة عدم مراعاتها .

---

[8]) لنا عودة إلى بعض هذه التشريعات ، وبصفة خاصة التشريع الإماراتي .

[9]) وقد واجه المشرع الإماراتي هذا الموضوع بنصه في المادة السابعة فقرة أولي على ان الرسالة الإلكترونية لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد إنها جاءت في شكل الكتروني .

كما قررت المادة التاسعة من القانون المذكورة مساواة المستندات الإلكترونية بمثيلتها الخطية طالما روعي فيها المتطلبات التي فرضها القانون ، بصفة خاصة المتطلبات المتعلقة بحفظ السجلات الإلكترونية التي حددتها المادة الثامنة .

وقد اعتبرت المادة (١١) من القانون المذكور المستند الإلكتروني أصلا وليس صورة ،طالما استخدم في شأنه وسيلة تحقق المتطلبين الآتيين:

١ – التأكد من سلامة المعلومات التي يتضمنها .

٢ – السماح بعرض هذه المعلومات عند الحاجة .

[10]) راجع المادة العاشرة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية التي عادلت التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الخطي بشروط معينة ، انظر في المزيد من التفاصيل لاحقا ، المبحث الثالث

وهذا ما سوف نشير إليه بإيجاز في المبحث التالي .

المبحث الثاني

طرق توثيق التعاملات الإلكترونية

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق التعاملات الورقية ، وهي التوقيع الخطي أو اليدوى ، ملائمة للصورة الحديثة للتعاملات التي أخذت الشكل الإلكتروني ، والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع ، لذلك ظهر بديلاً عن التوقيع الخطي اليدوى التقليدى توقيعاً حديثاً إلكترونياً يتمشى مع طبيعة هذه المعاملات وكونها تتم باستخدام الوسائل والأجهزة الإلكترونية المتقدمة ، بصفة خاصة جهاز الحاسب الآلي والشبكة العالمية " الانترنت " .

وتتعدد وسائل التوثيق الإلكتروني وصوره ، نذكر منها بصفة خاصة التوقيع الكودى أو السرى ، والتوقيع البيومترى الذى يعتمد على الصفات والخصائص الجسدية والسلوكية للشخص ، والتوقيع الرقمي الذى يعتمد على التشفير وربطه بمفاتيح خاصة لفك التشفير .

والأتي كلمة موجزة توضح عمل كل طريقة من طرق التوثيق الإلكتروني .

التوقيع الكودى :

يتم توثيق المراسلات والتعاملات الإلكترونية بهذه الطريقة ، اى بطريقة التوقيع الكودى أو السرى ، باستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كلاهما ، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته ، ولا تكون معلومة الا منه هو فقط ومن يبلغه بها . وتسمي هذه الطريقة بالانجليزية "Personal identification Number " 0 واختصاراً P.I.N)) 0

وغالبا ما يرتبط هذا التوقيع السرى بالبطاقات البلاستيكية والبطاقات الممغنطة ، وغيرها من البطاقات الحديثة المشابهة والمزودة بذاكرة إلكترونية .

وينتشر استعمال هذه الطريقة من التوقيع الإلكتروني في عمليات المصارف والدفع الإلكتروني بصفة عامة .

ويوجد في العمل العديد من هذه البطاقات مثل بطاقة فيزا " Visa " ، وماستر كارد " Mastercard " واميركان اكسبرس ([11]) American Express .

وقد اعترف القضاء الفرنسي مبكراً بالتوقيع الإلكتروني المتمثل في الكود السرى الذى تتضمنه البطاقات الإلكترونية لكونه يحاط بالضمانات ذاتها الموجودة في التوقيع اليدوى التقليدى ، و استند القضاء الفرنسي في إضفاء الحجية القانونية لهذا التوقيع الإلكتروني على الاتفاقات التي تبرم بين ذوى الشأن والتي تنص على ذلك صراحة ([12]) .

التوقيع البيومترى :

يقصد بالتوقيع البيومترى التحقق من شخصية المتعامل بالاعتماد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد .

فالتوقيع البيومترى ، بمعنى استخدام الصفات الجسدية والسلوكية للإنسان لتمييزه وتحديد هويته ، يقوم على حقيقة علمية مفادها ان لكل فرد صفاته الجسدية الخاصة التي تختلف من شخص إلى آخر ، والتي تتميز بالثبات النسبى الذى يجعل لها قدر كبير من الحجية في التوثيق والإثبات .

والصفات الجسدية أو البيومترية التي يعتمد عليها التوقيع البيومترى متعددة من اهمها : البصمة الشخصية Finger Printing ، مسح العين البشرية Iris & Retina Scanning ، التعرف على الوجه البشرى Faacial Recognition ، خواص اليد البشرية Hand Geometry ، التحقق من نبرة الصوت Voice Recognition ، التوقيع الشخصى

---

[11]) انظر للمزيد من التفاصيل في هذه البطاقات الإلكترونية :

Bensoussan (A) : Internet. Aspects juridiques, Sous la direction de Alain Bensoussan, Herms, 1966 , P. 70 et S .

[12]) محكمة التمييز الفرنسية ٨ نوفمبر ١٩٨٩ ، داللوز ٢٨ يونيه ١٩٩٠ رقم ٢٥ .

Handwritten Signature ، البطاقة الذكية Smart Card ، وغير ذلك من طرق أخرى تعتمد علي تعاقب نظم الحماية وتعددها في اى نظام واحد ([13]) .

ويتم التحقق من شخصية المستخدم أو المتعامل مع هذه الطرق البيومترية عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة ولوحة المفاتيح التي تقوم بالتقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته ، أو يده أو بصمته الشخصية ، ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي ، ليقوم بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة ، ولا يسمح له بالتعامل الا في حالة المطابقة.

ويعيب طرق التوثيق البيومترية إمكان مهاجمتها أو نسخها من قراصنة الحاسب الآلي عن طريق فك شفرتها .

كما نُسب إليها انها تفتقر إلى الأمن والسرية ، حيث تعمل الشركات المنتجة للطرق البيومترية على توحيد نظم عملها ، هذا بالإضافة إلى أنها لا تقدم نتائج كاملة الصحة ([14]) .

التوقيع بالقلم الإلكتروني:

---

[13]) راجع في ذلك ، عادل محمود مشرف ، وعبد الله اسماعيل عبد الله ، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت ، مؤتمر " القانون والكومبيوتر والانترنت ، العين – الإمارات العربية المتحدة ، ١-٣ مايو ٢٠٠٠ ص ٣ وراجع في المزيد من التفاصيل في التوقيع البيومترى : - جميلة محمودي Jamila Mahmoudi Biométrie et authentification :

http : / sawww enfi sig 1sa sq

- برنارد امورى – مرجع سابق ص ٨٤ .

[14]) راجع عادل محمود شرف وعبد الله اسماعيل عبد الله المرجع السابق .

وانظر مع ذلك في ان المستقبل سيكون لهذه الطرق البيومترية ، جميلة الحمودى ، المرجع السابق ، وتستند في ذلك إلى ان طرق التوثيق البيومترى ، ولكونها تعتمد على الصفات الجسدية ، لا يمكن سرقتها أو الاعتداء عليها ،ولا يمكن نسيانها كما هو الحال في كلمات السر ، ولا يمكن نقلها من شخص إلى آخر .

تطورت طرق التوقيع البيومترى لتأخذ طريقة حديثة يطلق عليهـــا التوقيـــع بـــالقلم الإلكتروني " Pen – op "

ومع هذه الطريقة يقوم المتعامل أو مرسل الرسالة بكتابة توقيعه الشخصى باســـتخدام قلم الكتروني خاص على شاشة جهاز الحاسب الآلي ، وعن طريق برنامج خاص يتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة هذا القلم والاشكال التي يتخذها من دوائر أو انحنـــاءات أو التواءات ،و غير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخاص بالموقع ، والذى يكون قد سبق تخزينـــه بالحاسب الآلي .

ويحتاج التوقيع بالقلم الإلكتروني إلى جهاز حاسب آلي ذى مواصفات خاصة تمكنـــه من اداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته والتحقق من مطابقته للتوقيع المحفوظ بذاكرته ، كما انه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية ([15]) .

التوقيع الرقمي :

التوقيع الرقمي ، ويسمي بالفرنسية numérique signature وبالانجليزية " digital signature " عبارة عن أرقام مطبـــوعة empreinte numériqu تســـــــمى" Hash " لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها ، اى باستخدام الارقام.

وتتم الكتابة الرقمية للتوقيع ولمحتوى المعاملة عن طريق التشـــفير "le cryptograpfic " الذى يتم باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة " لوغاريتمات " تتحول بواســـطتها المعاملة من رسالة مقروءة ومفهومة إلى رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة ما لم يتم فـــك تشفيرها ممن يملك مفتاح ذلك التشفير ، وتسمي هذه الرسالة "0 " messeg digest

---

[15]) راجع عايض راشد عايض المرى ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجاريـــة ، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة ، دون تاريخ ، ص ١١٢ وللمزيد من التفاصيل انظر : رايت

Wright (B.)

- Distributing the risks of electroing signatures. Practising law institute, PLI ordre no G 4 3988, 1996 , P 69.

وكان التشفير يتم في الماضى باستخدام النظام السيمترى " Symetrique " الذى يعتمد على مفتاح واحد يتم بمقتضاه تشفير المعاملة ، وكذلك فك هذا التشفير ، ونظرا لان مرسل المعاملة وكذلك مستلمها يملك المفتاح نفسه ، فلم يكن هذا النظام – اى نظام المفتاح الواحد للتشفير – يؤمن عملية التوثيق تماماً .

لذلك استبدل بنظام التشفير باستخدام مفتاح واحد ، نظام جديد يسمي " Asymetrique" (16) . يعتمد على مفتاحين احدهما للتشفير ويسمي المفتاح الخاص " Private Key "(17) والثاني لفك التشفير ويسمي المفتاح العام Public key " (18) لذلك اصطلح على تسمية هذا النظام بنظام المفتاح العام .

أما التوقيع الإلكتروني فيتشكل من سلسلة من الأرقام الحسابية صفر ، ١ ، من مجموعها يتكون التوقيع الإلكتروني الرقمي (19) .

فمن يرغب في التعامل الكترونيا يقوم بعد كتابة الرسالة بالتوقيع عليها الكترونيا باستخدام مفتاحه الخاص وتمريرها من خلال برنامج خاص بالتشفير في الحاسب الآلي ، حيث يقوم هذا البرنامج الخاص بتشفير المعاملة بعمليات حسابية معقدة بمقتضاها تتحول الرسالة المكتوبة إلي رسالة رقمية "Hash "

---

16) راجع للمزيد في هذا النظام : Angel (J) :
- Why use Digital signature for Electronic commerce ?
Chris Reed:
- What is signature ? JILT, 2000 - 2

17) ويسمي بالفرنسية Clé privé ويظل هذا المفتاح سرياً لدى صاحبه ، ويتكون المفتاح الخاص ، وكذلك المفتاح العام ، من مجموعة من الأرقام الحسابية منها يتشكل التوقيع الإلكتروني . وعادة ما يخزن المفتاح الخاص في بطاقة ذكية ، ويتم الوصول إليه عن طريق الرقم الشخصى .

18) ويسمي بالفرنسية Clé publique . ويرتبط هذا المفتاح العام بالمفتاح الخاص ، ولكن يتميز عنه بعدم الاحتفاظ بسريته وانما يبلغ إلى المرسل إليه ليتمكن بواسطته من فك شفرة الرسالة . ويلاحظ ان المفتاحين العام والخاص وان كانا متميزين إلا أنهما مرتبطين في عملهما .

19) Reed (C.) : Internet law ، Text and Materials, Butter Warths, London, Edinburgh, Dublin , P. 37

ولكى يتمـــكن من أرسلت إليه هذه الرسالة من قراءتها يتعين عليه أولا فك شيفرتها ، وذلك لا يتم إلا عن طريق المفتاح الآخر لمرسل الرسالة ، اى مفتاحه العام ، الذى يقوم بإرساله إلى متسلم الرسالة ([20]) .

وعن طريق هذا المفتاح العام ، وباستخدام برنامج التشفير الخـــاص بالحاســـب الآلي يتمكن المرسل إليه من فك شفرة الرسالة وتحويلها من صورتها الرقمية إلى صـــورتها الأصـــلية المقروئة .

فإذا طرأ على الرسالة أى تغيير في محتواها ، أو تم التلاعب في توقيع المرســـل ، فـــان الحاسب الآلي يوضح ذلك على الفور ، وبذلك يتوثق المتسلم من ان الرسالة التي تسلمها مرسلة بالفعل من المرسل ، وان مضمونها سليم لم يتم التلاعب فيه ، كما يتوثق من صحة توقيع المرسل

يبقي موضوع أخير يتعلق بالكيفية التي بمقتضاها يتسنى للمرسل إليه التـــيقن مـــن ان المفتاح العام الذى تسلمه يخص بالفعل المرسل الذى يرغب في التعامل معه .

هنا يستلزم الأمر وجود شخص أو جهة محايدة موثوق فيها تقوم بدور الوســـيط في تسليم المفتاح العام من المرسل إلى المرسل إليه ، كما تقوم بإصدار شهادات الكترونية تحدد هوية المتعاملين وصحة المعلومات التي تتضمنها رسائلهم ، وذلك على التفصيل الذى سنوضحه لاحقاً

وظيفة التوقيع الرقمي :

من عرضنا السابق للتوقيع الرقمي يتبين لنا انه يهدف إلى تحقيق الوظائف الآتية :

١ – التوثيـــــق:

---

[20]) فإذا تم استعمال مفتاح آخر غير المفتاح المتوافق مع المفتاح العام لفك شفرة الرسالة ، فلن يتم التحقق من التوقيع الإلكتروني ، ومن ثم فلن تقرأ الرسالة .

وإمعانا في السرية والأمان يتم عادة ارسال المفتاح العام إلى المرسل إليه عن طريق وسيط محايد يتمثل في جهـــات أو سلطات التوثيق الإلكتروني ، كما تقوم هذه الجهات عادة بتقديم كلا من المفتاح العام والمفتـــاح الخـــاص ، فذلك يدخل ضمن الخدمات التي تقوم بها .

ولكن يمكن للمرسل ان يقوم بارسال مفتاحه العام للمرسل إليه مباشرة دون وساطة جهة توثيق .

يقصد بالتوثيق " authentification " التحقق من هوية الموقع ، وان الرسالة الموقعة منه تنسب إليه .

٢ – السلامة :

يقصد بالسلامة " Integrité " ان محتويات الرسالة الموقع عليها إلكترونيا لم يتم تغيير مضمونها و لم يتم التلاعب في بياناتها ، لا عمداً ولا عن غير عمد .

٣ – السرية :

يحقق التوقيع الرقمي سرية المعلومات التي تتضمنها المعاملات والرسائل الإلكترونية ، حيث لا يمكن قراءة هذه المعلامات الا ممن أرسلت إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل .

٤ – عدم الإنكار :

مع التوقيع الرقمي لا يمكن للموقع انكار " non repudication " ان الرسالة أو المعاملة الموقعة منه لا تنسب إليه ، ويرجع ذلك إلى الارتباط التام بين المفتاح العام والمفتاح الخاص، على الوجه السابق ايضاحه ([٢١])

المبحث الثالث

حجية التوقيع الإلكتروني

أرتبط التوقيع ، باعتباره دليلاً للإثبات ، بالكتابة ، أى بالدليل الكتابي أو المكتوب ، لذلك يتعين لإسباغ الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني ان تتوافر في الرسالة أو المستند المراد تصديقه بالتوقيع شروط الدليل المكتوب باعتباره وسيلة للتوثيق ، وذلك بالإضافة إلى الشروط

---

[21]) راجع في المزيد من التفاصيل المجل : Angel (J) :

Why use Digital signature for Electronic commerce ? Journal of information law and Technology , 1999, 2

اللازم توافرها في التوقيع ذاته ، والتي تمكنه من أداء وظيفته من تحديد لشخصية الموقع وإقرار بمضمون المحرر ونسبته إلى الموقع ([٢٢]) .

ويمكن رد الشروط التي يلزم توافرها لتحقق الدليل الكتابي إلى ثلاثة شروط أساسية هي : أن يكون الدليل مقروءاً ، و مستمراً ، وغير قابل للتعديل والتغيير ([٢٣]) .

ونوضح فيما يأتي - بإيجاز – المقصود بكل شرط من هذه الشروط ومدى توفره في التوقيع الإلكتروني .

الشرط الأول – امكان قراءة الدليل :

يتعين لتمتع الدليل الكتابي بالحجية في الإثبات ان يكون مقروءاً "Lisible" ، معبراً عن محتواه . وهذا الشرط متحقق في المستندات الإلكترونية ، إذ لا يشترط ان تتم قراءة الدليل من الإنسان مباشرة ، وإنما يمكن ان تتحقق القراءة بطريق غير مباشر باستخدام الحاسب الآلي لذلك لم يعد دليل الإثبات محصورا في الكتابة الخطية أو اليدوية ، وإنما أمتد ليشمل الكتابة الإلكترونية مجاراة للتطور التقني وما أفرزه من تعاملات الكترونية تعتمد عل وسائط غير ورقية

تطبيقاً لما سبق فقد صدرت عدة تشريعات تعترف بالمستندات الإلكترونية وتعادلها من حيث الحجية في الإثبات بالمحررات الكتابية ([٢٤]) .

الشرط الثاني – استمرارية الدليل:

---

[22]) محمد المرسى زهرة ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، بحث مقدم إلى مؤتمر " حول الكومبيوتر والقانون ، الفيوم ١٩٩٤ ص ٥٣

[23]) انظر للمزيد من التفاصيل ، حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٠ ص ٢٠ وبعدها .

A. Bensoussan , Contibution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique, G A Z, pal, 1991 .D. 4

[24]) انظر على سبيل المثال القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ في التوقيع الإلكتروني والذى اعترف بالمستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني دليلا للإثبات . وقد طبق هذا القانون اعتبارا من أول ابريل ٢٠٠١ ، تنفيذا لتوصيات التوجيه الأوروبي رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩ .

المقصود باستمرارية الدليل أو الكتابة Durabilité قدرة الدليل على الاحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها لفترة طويلة من الزمن حتى يمكن الرجوع إليه وقت الحاجة .

وهذا الشرط متحقق بدوره في المستندات الإلكترونية منذ أن تم استخدام وسائط الكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات والاستمرار بالنسبة للمعلومات التي تحتويها ([٢٥]) .

الشرط الثالث – عدم قابلية الدليل للتعديل Irreversibilité :

يشترط لإسباغ حجية الإثبات على الدليل ان يكون غير قابل للتعديل والتغيير Irreversibilité ، أى أن يكون الدليل قادرا على مقاومة اى محاولة لإجراء تعديل أو تغيير في مضمونه ،ولا يتم هذا التعديل إلا بإتلاف الدليل ، أو بترك اثر واضح عليه ، ويهدف هذا لشرط إلى إضفاء عنصر الثقة والأمان على الدليل حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية .

وهذا الشرط أصبح – أيضا – متحققا في المستندات الإلكترونية بعد ان افرز التقدم التقنى وسائط الكترونية تتميز بثبات محتوياتها وما تتضمنه من بيانات ومعلومات ليس من السهل التلاعب فيها ([٢٦]) .

وهكذا ، أمكن للمستندات الإلكترونية ان تستوفي الشروط الواجب توافرها لتحقق الدليل الكتابي التقليدى الذى يتمتع بالحجية في الإثبات .

أما الشروط الواجب توافرها في التوقيع ذاته ليتمتع بالحجية القانونية في الإثبات فيمكن ردها إلى الدور أو الوظيفة التي يؤديها التوقيع ، وهي تحديد هوية الموقع ، الذى يسند إليه الدليل أو المستند ، والتعبير عن ارادة الموقع في الالتزام بما وقع عليه ([٢٧]) .

---

[25]) راجع للمزيد من التفاصيل أنجل :

Angel, (J):
Why use Digital signatures for Eletronic commerce ?, jornal of information law and Tecnologi, 1999 (2)

[26]) ويتحقق ذلك باستخدام برامج خاصة تسمي : Document image processing

راجع حسن عبد الباسط جميعي ، مرجع سابق ص ٢٤

أما بالنسبة للوظيفة الأولي للتوقيع ، وهي تحديد الهوية أو الشخصية ، وهي التي تتم مع التوقيع الخطي أو التقليدى عن طريق الإمضاء أو الختم أو البصمة ، فهي تتحقق أيضا عن طريق التوقيع الإلكتروني الذى هو عبارة عن رقم أو رمز سرى أو شفرة خاصة بالموقع ، أو إمضاء ، ولكنه يتم بطريقة الكترونية ، وجميع هذه الوسائل لكونها خاصة بالموقع فهي تعبر عن شخصيته وتحدد هويته ، لذلك فان التوقيع الإلكتروني يحقق الوظيفة الأولي للتوقيع التقليدى ، وهي التعبير عن شخصية الموقع وتحديد هويته . بل وقد أصبح التوقيع الإلكتروني ، وبصفة خاصة التوقيع الرقمي ، وبفضل التقدم التقنى ، من الصعب تزويره أو تقليده ، فتفوق في ذلك على التوقيع اليدوى سهل التقليد .

وأما الوظيفة الثانية للتوقيع ،وهي دلالة الرضا والالتزام بما تم التوقيع عليه ، فهي تستخلص من التوقيع ذاته فمجرد التوقيع يفيد الرضا والالتزام طالما أمكن نسبة التوقيع إلى من ينسب إليه .

وعلى الرغم من ان الوظائف التي يقوم بها التوقيع اليدوى التقليدى تتوافر في التوقيع الإلكتروني ، فان الاعتراف به وقبوله في الإثبات لم يكن امراً سهلاً ، ويرجع ذلك إلى عامل الثقة في هذا التوقيع ، فلكونه في العديد من تطبيقاته يتم آليا أو الكترونيا ، الأمر الذى لا يستبعد معه امكان تقليده أو تزويره فقد أثار الشكوك حول الثقة فيه والتعويل عليه ، أما وقد اقترن هذا التوقيع بأمور تعزز هذه الثقة ، بفضل التقدم التقني الحديث ، إضافة إلى ظهور سلطات تتولي التوثق منه وتقوم بمنح شهادات بصحته فقد اصبح الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية

---

[27]) راجع في المزيد من التفاصيل محمد المرسى زهره ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، مؤتمر القانون والحاسب الآلي – الكويت نوفمبر ١٩٨٩ .وللمؤلف نفسه ، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكومبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتجية ومركز تقنية المعلومات بجامعة الإمارات – مايو ٢٠٠٠ .

في الإثبات أمراً واقعيا ، حيث أصدر العديد من الدول تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتـــروني ([٢٨]) ، طالما توافرت فيه الشروط التي توفر الثقة فيه ([٢٩]).

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولي الدول التي أصدرت تشـــريعات تعتـــرف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه حجية كاملة في الإثبات شأنه شأن التوقيع اليدوى التقليدى .

وكان لولاية يوتا "UTAH " فضل السبق في هذا المجال بإصدارها في الأول من مايو ١٩٩٥ قانون التوقيع الرقمي لتضفي بمقتضاه على التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات ، طالما تم عن طريق نظام المفتاح العام وتم توثيقه بشهادة الكترونية .

ثم أصدرت عدة ولايات اخرى منها : كاليفورنيا وكنساس وفيرجينيـــا وجورجيـــا وتكساس ، عدة تشريعات أضفت بمقتضاها الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني طالما استوفي الشروط والمعايير التي حددتها هذه التشريعات .

---

[28]) اعترفت المادة السابعة من قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية ، الذى أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية CNUDCI ، بالتوقيع الإلكتروني ، كما نصت المادة التاسعة منه علـــى قبـــول المستندات الإلكترونية ومساواتها في الإثبات بالمحررات المكتوبة ونظم قـــانون الأونســـيترال النمـــوذجي بشـــأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١ شروط ومتطلبات التوقيع الإلكتروني المعتد به في الإثبات.

كما اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في ١٣ ديسمبر عام ١٩٩٩ بالتوقيع الإلكتروني حيـــث الـــزم الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي بمنح هذا التوقيع الحجية القانونية ذاتها التي يتمتع بها التوقيع الخطي واعتباره دلـــيلا كاملا في الإثبات طالما توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون . راجع المادة الخامسة من هذا التوجيه .

وتنفيذ لهذا التوجيه فقد أصدر المشرع الفرنسى القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الذى منح بمقتضـــاه التوقيع الإلكتروني حجية الإثبات التي للتوقيع العادى .

[29]) اشترط التوجيه الأوروبي في التوقيع الإلكتروني لكي يتمتع بالحجية القانونية الشروط الآتية :

- ان يكون مرتبطا بشخص مصدره .
- ان يكون محدداً لشخصية الموقع ومميزا له عن غيره من الأشخاص .
- ان تتبع بالنسبة له الإجراءات التقنية التي تمكن مصدره من السيطرة عليه .
- ان يكون مرتبطا بالمعلومات التي يتضمنها المستند الإلكتروني بطريقة تسمح باكتشـــاف اى تعـــديل يطرأ عليه أو على مضمون المستند ذاته .

بينما اكتفت تشريعات ولايات أخرى في إضفائها الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني باى توثيق الكتروني يعززه ، من هذه الولايات فلوريدا وماساشيوتس ([30]) .

وقد بلغ عدد الولايات الأمريكية التي أصدرت تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه الحجية القانونية خمسين ولاية ، بالإضافة إلى التشريع الفدرالي الصادر في ٣٠ يونيو عام ٢٠٠٠

كما أصدر العديد من الدول الأخرى في أوروبا وخارج أوروبا تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه نفس الحجية التي يتمتع بها التوقيع العادى ، طالما استوفي بعض الشروط الخاصة بتوثيق هذا التوقيع ومنحه الثقة والأمان ، من هذه الدول :

المانيا ، التي أصدرت قانون التوقيع الرقي في أول نوفمبر ١٩٩٧ وكذلك قانون خدمة المعلومات والاتصالات في ٥ مارس ١٩٧٧ ، منها أيضا : ايطاليا ، التي أصدرت التشريعين الآتيين : تشريع التوقيع الرقمي في ١٥ مارس ١٩٩٧ ، وتشريع بشأن قواعد شهادات التوثيق في ١٥ مارس ١٩٩٩ ، وبريطانيا ، قانون الاتصالات الإلكترونية الذى نفذ في ٢٥ يوليو ٢٠٠٠ ، وفرنسا حيث عدل المشرع الفرنسي بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس في قواعد الإثبات في القانون المدني ليضفي على التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات ، ويجعل المستندات الإلكترونية مساوية للمستندات الورقية ، كما صدر في فرنسا في ٣١ مايو ٢٠٠١ قرار حدد قواعد وإجراءات توثيق التوقيع الإلكتروني ، وأقام قرينة بصحة Fiabilité التوقيع الإلكتروني ، ثم استكمل هذا القرار بالقرار رقم ٥٣٥ لسنة ٢٠٠٢ الصادر في ١٨ ابريل ٢٠٠٢ في شأن التوثيق الإلكتروني ٠ ثم صدر قرار وزير الاقتصاد والمالية والصناعة في ٣١ مايو ٢٠٠٢ في شأن الشهادات الإلكترونية والمتطلبات الفنية لإنشاء وتوثيق التوقيع الإلكتروني ([31])

شروط الاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني :

---

[30]) راجع في هذه التشريعات عايض عوض المرى مرجع سابق ، ص ٣٢٨ وبعدها .

[31]) راجع للمزيد من التفاصيل :

Blandine Poidevin :
- De cadre juridique de la certification. juris com . net 1 er septembre 2002 .

تتفق جميع التشريعات التي أضفت الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني على ضرورة توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة حتى يتمتع بالحجية ، وتدور هذه الشروط حول كون التوقيع مقصوراً على صاحبه ، وخاضعاً لسيطرته المطلقة ، وقابليته للتحقق من صحته ، هذا بالإضافة إلى ارتباطه بالبيانات التي يثبتها ([٣٢]) .

فالتوجيه الأوروبي رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩ ميز فيما يتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني بين التوقيع المعزز أو المؤهل advanced ، والتوقيع غير المعزز واشترط لمعادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوى من حيث الإثبات ان يكون هذا التوقيع معززاً ، بأن يتم باستخدام احدى أدوات تأمين التوقيع ، وان تصحبه شهادة مؤهلة qualified تفيد صحة التوقيع صادرة من جهة تصديق مخولة بذلك .

أما التوقيع غير المعزز فتتمثل حجبته في عدم إنكاره باعتباره دليلاً للإثبات لمجرد انه توقيع الكتروني أو أنه غير معزز بشهادة مؤهلة تفيد صحته ، أو انه لم يتم باستخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع .

والتوقيع المعزز advanced أو المحمي ، كما حددته المادة الثانية ، فقرة ثانية ، من التوجيه هو الذى تتوافر فيه المتطلبات الآتية :

ا – أن يكون مرتبطا بالموقع فقط .

ب – أن يكون قادراً على تحديد شخصية الموقع .

ج – أن ينشأ باستخدام وسائل تقع تحت سيطرة الموقع .

د – أن يرتبط بالمعلومات التي يوثقها بطريقة تسمح باكتشاف أي محاولة للتعديل في هذه المعلومات .

---

[32]) راجع في هذه الشروط :

UTAH Digital signature legislative Facilitation committee, EDI law Review, 1955 – 2 - 185

أما أداة تأمين التوقيع فيقصد بها الأدوات التي يتم بها التوقيع الإلكتروني والتي تتوافر فيها المتطلبات التي حددها الملحق الثالث من ملحقات التوجيه ([٣٣]) .

القانون الإماراتي :

أسبغت المادة العاشرة من القانون الإماراتي على التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات طالما كان محميا ، وهو يكون كذلك إذا توافرت فيه المتطلبات الآتية :

ا – أن ينفرد به الشخص الذي استخدمه ، أي الموقع .

ب –أن يكون من الممكن أن يثبت هوية من استخدمه .

ج – أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة ، سواء بالنسبة لإنشائه ، أو بالنسبة لوسيلة استعماله وقت التوقيع .

د – أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة ([٣٤]) .

---

[33]) وتدور هذه المتطلبات حول انفراد الطريقة التي اتبعت في التوقيع بحيث تكون مقصورة على الموقع يستأثر بها ويسيطر عليها وحده دون غيره ، وان يتخذ بشأنها الإجراءات الكفيلة بالحفاظ على سريتها وعدم تقليدها ، وان تمكن الموقع من حمايتها وعدم استعمالها من الغير .

وهذه المتطلبات هي – تقريبا – التي تطلبها قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عام ٢٠٠١ ، فبعد ان اشترطت الفقرة الأولي من المادة السادسة من هذا القانون للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني ان يكون موثوقا به ، اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة نفسها ان التوقيع يكون موثوقا به إذا توافرت فيه المتطلبات الأربعة الآتية :

أ – ان تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع .

ب – ان تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع .

ج – امكان اكتشاف أي تغيير في التوقيع يطرأ عليه ، أو على المعلومات التي يوثقها .

د – ان يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها .

[34]) راجع المادة (٢٠) من القانون الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية .وقد وضحت المادة المذكورة ان التحقق من توافر هذه المتطلبات يتم من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة ، منصوص عليها في هذا القانون – قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية – أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين .

وساوى المشرع الأردني ، في قانون المعاملات الإلكترونية ، ([35]) بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطى من حيث ترتيب أثاره القانونية وإلزامه لصاحبه وصلاحيته في الإثبات .

وفي الاتجاه نفسه سار مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ، حيث نصت المادة الخامسة منه على أن يعتبر توقيعا في حكم القانون بالنسبة للمستند الإلكتروني إذا توافر الشرطان الآتيان:

أ – استخدمت طريقة لتعيين هوية الموقع والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في المستند الإلكتروني .

ب – كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشىء أو أرسل من اجله المستند الإلكتروني في جميع الأحوال بما في ذلك أي اتفاق له علاقة بالموضوع ([36])

أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري فقد نص على أن يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعا في مفهوم قانون الإثبات ويتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادى على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في القانون واللائحة التنفيذية ([37]) .

خلاصة :

نخلص من عرضنا السابق إلى أن التشريعات المختلفة تتجه إلى مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع اليدوي التقليدي وتمنحه نفس الحجية في الإثبات ، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة ، ولا تمنح لأي توقيع إلكتروني أيا كانت مصداقيته ودرجة توثيقه ، وإنما علقت الحجية الكاملة على توافر متطلبات وشروط معينة في هذا التوقيع تجعله توقيعا موثوقاً به ، أو

---

[35]) راجع المادتين السابعة والعاشرة من القانون المذكور الذي صدر في ١٦ شوال سنة ١٤٢٢ هـ ، الموافق ٣١ كانون أول سنة ٢٠٠١ م .

ونشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية في العدد ٤٥٢٤ الصادر في ٢٠٠١/١٢/١١ م .

[36]) المادة الخامسة من المشروع ،كما ساوت المادة الثالثة المستند الإلكتروني بالمستند العادي ، وأوضحت المادة الرابعة أن المستند الإلكتروني يستوفي شرط الكتابة إذا تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيه على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً .

[37]) المادة (٣) من المشروع .

معززاً ، أو محمياً ، أو جديراً بالتعويل عليه ،كما عبرت التشريعات المختلفة ومشروعات القوانين المقترحة في هذا الصدد .

بعض التشريعات حددت هذه الشروط والأوضاع اللازمة لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية ، وبعض آخر أحال في ذلك إلى اللائحة التنفيذية للقانون أو إلى قرار من الوزير المختص.

المبحث الرابع

جهات التوثيق الإلكتروني

الجهة المختصة بإصدار شهادات التوثيق الإلكتروني :

لاشك أن الثقة والآمان لدى المتعاملين يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لازدهار المعاملات الإلكترونية . فهذه المعاملات تتم بين أشخاص عن بعد لا يلتقون ، وقد لا يعلم بعضهم البعض الآخر ، الأمر الذي يستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين ، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه، فإذا تمثل التعامل الإلكتروني في إبرام عقد ما فيلزم التيقن من إرادة التعاقد وصحتها ، ونسبتها إلى من صدرت منه ، وكذلك التيقن من طبيعة التعاقد ومضمونه .

ولتحقيق هذا الهدف ، فقد استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد موثوق به ، يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه ([38]) ، والتأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن الغش والاحتيال ، بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديدا دقيقا تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في تعاملاته .

---

[38]) فرض التعامل الإلكتروني بعض القواعد التي تتيح التحقق من صدور الإرادة ممن تنسب إليه ، من ذلك ما نصت عليه المادة (١/١٣) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من نسبة الإرادة إلى المتعاقد ، ليس فقط إذا كان هو الذى أرسلها باستخدام وسيلة الكترونية سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه ، وإنما افترض في بعض الحالات إسناد هذه الإرادة للمتعاقد إذا ما توافرت ظروف معينة منها قيام المرسل إليه بتطبيق نظام أو إجراء توثيق سبق ان وافق عليه الطرف الآخر – المرسل – بقصد التأكد من صدور الرسالة عن هذا الأخير .

وقد تمثل هذا الطرف الثالث المحايد في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية سميت بجهات أو سلطات التوثيق" Certification Authority "([٣٩])

ودور جهات التوثيق لا يقتصر على تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية ، وتحديد أهليتهم القانونية للتعامل والتعاقد ، وإنما تقوم بالإضافة إلى ذلك بالتحقق من مضمون هذا التعامل ، وسلامته ، وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال ([٤٠]) .

كما تقوم هذه الجهات بإصدار المفاتيح الإلكترونية سواء المفتاح الخاص ، الذي يتم بمقتضاه تشفير التعاملات الإلكترونية ، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك التشفير .

كذلك تقوم هذه الجهات بإصدار التوقيع الرقمي ([٤١]) ، وشهادات توثيق هذا التوقيع التي تشهد بمقتضاها على صحته ونسبته إلى من صدر عنه .

---

[39]) راجع في ظهور جهات التوثيق وطريقة عملها :

Froomkin (Michael) : The Essential Role of Trusted Third Parties in eletronic commerce, 14 Oct. 1996, http: // www. Law. miami. Edu/ Froomkin / articles / tusted. Html, p.5 ,

Wright (Benjamin) : Authenticating EDI: The location of a trusted recordkeeper, computer law & Practice, January / February 1990 , p. 80

[40]) من ضمن المهام التي تقوم بها جهات التوثيق تعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها ، فإذا تبين لها عدم أمن احد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين توضح فيها عدم مصداقية الموقع .

[41]) تبدأ إجراءات إصدار التوقيع الرقمي بتقديم البيانات اللازمة من طالب توثيق التوقيع إلى جهة التصديق ، مع بيان الأشخاص المخولين بالتوقيع ليصدر لكل منهم مفتاح خاص . وبعد إصدار المفتاح الخاص يتم تثبيت نصف هذا المفتاح بجهاز الحاسب الآلي لطالب توثيق التوقيع ، أما النصف الأخر من المفتاح فيتم تثبيته ببطاقة الكترونية ذكية ، لذلك فأن المفتاح الخاص الذى يستخدم في التوقيع لا يمكن استخدامه إلا من جهاز حاسب آلي واحد فقط ، حتى يمكن التأكد من ان التوقيع الرقمي صادر بالفعل من صاحبه .ويحتفظ الموقع بالمفتاح الخاص لديه ولا يطلعه على احد بل يكون سريا ، أما المفتاح العام ، والذى تحتفظ به عادة جهة التوثيق ، فتقوم هذه الأخيرة بإرساله عن طريق البريد الإلكتروني إلى من رغب في التعامل مع صاحب التوقيع الإلكتروني ، إذ بمقتضاه يمكن

وتقوم جهات التوثيق بإمساك سجلات خاصة بالتواقيع الإلكترونية توضح فيها ما هو قائم من هذه التوقيعات ، وما الغي أو أبطل منها ،وما تم إيقافه وتعليق العمل به .

وتخضع جهات التوثيق الإلكتروني لإشراف الدولة التي تقوم بتحديد القواعد والإجراءات التي تحدد نظم عملها كما تنشىء جهة حكومية عليا هي التي تقوم بمنح تراخيص العمل لهذه الجهات بعد التأكد من استيفائها للشروط التي تضعها مسبقا . كما تقوم هذه الجهة العليا بالاحتفاظ بالمفتاح العام النهائي أو الجذرى " Root Key" .

وينظم التوجيه الأوروبي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٩ جهات التوثيق الإلكتروني تحت مسمي أعم هو مقدم خدمة التوثيق " provider " Certification service

فقد الزم هذا التوجيه الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالترخيص بقيام جهات خاصة يعهد إليها باعتماد التوقيعات الإلكترونية عن طريق شهادات تصدرها تفيد استيفاء التوقيع الرقمي للشروط اللازمة للاعتماد عليه ، وارتباطه بالمستند الذى يرد عليه ، مع تأمينه ضد اى تعديل أو تغيير في مضمونه .

وعرف التوجيه الأوربي هذه الجهات بأنها كل شخص قانوني طبيعي أو اعتبارى يقوم بتقديم شهادات إلكترونية للجمهور أو يقدم له خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية ([٤٢]) .

وعلى الرغم من تنظيم التوجيه الأوربي لجهات التوثيق الإلكتروني أو مقدمي خدمة التوثيق فانه لم يجعل هذا التوثيق الزاميا ، وإنما ترك للمتعاملين حرية اللجوء إليه .

وقد اهتم القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية بتنظيم جهات التوثيق تنظيما مفصلا ، وانشأ بقصد الإشراف على هذه الجهات ،

التحقق من صحة التوقيع . راجع اياد عبد الرزاق سعد الله ، التجارة الإلكترونية بين القانون النموذجي للاونيسترال والتشريع الكويتي ، تنظيم شركات التوقيع الإلكتروني . بحث مقدم إلى ندوة الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الإلكتروني ، دولة الكويت ٣-٥ نوفمبر ٢٠٠١ .

[42]) راجع المادة الثانية من التوجيه الأوروبي .

التي اسماها مزودى خدمات المصادقة الإلكترونية ، جهة إشرافية رقابية عليا اسماهـــا " الوكالـــة الوطنية للمصادقة الإلكترونية " ([43]).

وتتمثل أهم مهام هذه الوكالة الوطنية في الآتي :

- منح ترخيص ممارسة نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونيـــة ، ومراقبـــة هـــذه الأنشطة .
- إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية ، إما مباشرة أو عـــبر مـــزودى خدمات المصادقة الإلكترونية .
- المســـــاهمة في الأنشطة والأبحاث والدراسات المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية .
- إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية ([44]) .

واشترطت المادة (١١) من القانون على كل من يرغب في ممارســـة نشـــاط مـــزود خدمات المصادقة الإلكترونية الحصول على ترخيص مسبق من الوكالة الوطنية للمصـــادقة الإلكترونية ([45]) .

وحمل القانون التونسي مزود خدمات المصادقـــة الإلكترونية عدة التزامات لإحكـــام الرقابة والإشراف عليه ، منها :

- استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة ، مـــع اتخـــاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس ([46]) .

---

[43]) ووفقا للمادة الثامنة (الفصل الثامن) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية تكون لهذه الوكالة الوطنيـــة صبغة إدارية ، وتتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي ، وتخضع في علاقتها مع الغير للتشريع التجارى .

[44]) راجع المادة التاسعة من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التي منحت الوكالة الوطنية – أيضا – مهمة تحديد مواصفات أدوات إحداث التوقيع الإلكتروني .

[45]) كما حددت المادة المذكورة الشروط التي يتعين توافرها فيمن يرغب في الحصول على تـــرخيص لممارســـة نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية ، ويأتي في مقدمتها ان يكون من ذوى الجنسية التونسية منـــذ خمســـة أعوام على الأقل ، وان يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ، وإلا يكون ممارسا لنشاط مهنى آخر .

[46]) المادة (١٣) من القانون .

- إمساك سجل الكتروني لشهادات المصادقة الإلكترونية ، يكون مفتوحا للإطلاع الإلكتروني بصفة مستمرة ([47]) .
- المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالشهادات والتعاملات الإلكترونية وعدم الإفصاح عنها إلا بترخيص من صاحب الشهادة ([48]) .
- حظر جمع المعلومات التي لا تكون ضرورية لتسليم الشهادة الإلكترونية المطلوبة ([49]) .

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي فقد اسند أعمال المصادقة الإلكترونية إلى " مراقب لخدمات التصديق" يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام ([50]) .

وحددت المادة (٢٤) من القانون الواجبات التي تقع على مزود خدمات التصديق حيث ألزمته بصفة خاصة بتوفير وسائل يكون من المعقول الوصول إليها ، وتمكن الطرف الذى يعتمد على خدماته من التأكد من هويته ، أي هوية مزود الخدمة ، وسيطرة الموقع على أداة التوقيع ، والطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع ، ووجود أية قيود على الغرض أو

---

[47]) المادة (١٤) من القانون التي ألزمت ان يتضمن سجل الشهادات عند الاقتضاء تاريخ تعليق الشهادة أو إلغائها . كما ألزمت المادة المذكورة مزود الخدمة بحماية هذا السجل وشهادات المصادقة من كل تغيير غير مرخص فيه .

[48]) المادة (١٤) من القانون .

[49]) المادة (١٦) من القانون ، وقد حظرت هذه المادة على مزود الخدمة ان يستعمل المعلومات التي جمعها بغرض تسليم الشهادة خارج إطار انشطة المصادقة ، ما لم يحصل كتابيا أو الكترونيا على موافقة الشخص المعنى .

[50]) راجع المادة (١/٢٣) من القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ في شأن المعاملات ولتجارة الإلكترونية . وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة نفسها للمراقب ان يفوض كتابة أيا من مسئولياته لمن يراه .

القيمة التي يجوز أن تستخدم من اجلها أداة التوقيع وما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة و لم تتعرض لما يثير الشبهة ، وما إذا كانت هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن إلغاء الشهادة ([51]) .

وحظر مشروع قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري ، الذي أعدته وزارة المواصلات ، مزاولة خدمات التصديق الإلكتروني إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من جهة الترخيص وفقا للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية ([52]) .

واعترفت المادة (١١) من المشروع بشهادات التصديق الصادرة من جهات أجنبية بشرط عدم الإخلال بأحكام الاتفاقات الدولية النافذة في مصر ومبدأ المعاملة بالمثل ، ومع مراعاة توافر الضمانات التي يحددها القانون المصرى كحد أدني ([53]).

شهادات التوثيق الإلكتروني :

شهادات التوثيق الإلكتروني هي الشهادات التي تصدرها جهات التوثيق ، المرخص لها من قبل الجهات المسئولة في الدولة، لتشهد بان التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى من أصدره ، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه ([54]) .

فالغرض من شهادة التوثيق الإلكترونية تأكيد أن التوقيع الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية – بصفة عامة – صادرة ممن نسبت إليه ، وان توقيعه صحيح ، كما تؤكد الشهادة أن

---

[51]) المادة (٢٤/ح) وقد ألزمت الفقرة (ب) من المادة نفسها مزود خدمة التصديق ان يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها .

[52]) المادة (٨) من المشروع ، وقد حظرت المادة (٩) من المشروع على من يحصل على ترخيص بمنح شهادات التصديق الإلكتروني مباشرة العمل قبل الحصول على ضمان مالي يغطي مسئوليته قبل الموقع والغير طبقا للقواعد والمعايير التي تحددها جهة الترخيص .

[53]) وأضافت المادة المذكورة انه لا يعتد بأية شهادات تصديق الكتروني صادرة من جهات تصديق أجنبية الا إذا كانت الجهة المصدرة لها معتمدة من جهة الترخيص طبقا لما تحدده اللائحة التنفيذية من أوضاع وشروط كلما كان القانون المصرى واجب التطبيق .

[54]) عرفت المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي شهادات التوثيق الإلكترونية بأنها تلك التي تربط بين أداة التوقيع وبين شخص معين ، وتؤكد شخصية الموقع من خلال استيفاء الشروط الواردة بالملحق رقم (٢) .

البيانات الموقع عليها بيانات صحيحة صادرة من الموقع، ولم يتم التلاعب فيها ، فلم يطرأ عليها أى تبديل سواء بالحذف أو الإضافة أو التغيير ، فهذه البيانات تصبح موثقة ولا يمكن إنكارها ([55]) .

ويتم التحقق من المعلومات السابقة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الإلكترونية والذي يكون مذكورا في الشهادة نفسها ، نظرا للارتباط بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص([56]) لصاحب الشهادة .

ويجب في شهادة التصديق الإلكتروني ان تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها [57] ويتم ذلك باستخدام أنظمة معلوماتية متطورة تحقق الأمن وتخلق الثقة لدى من يتعامل معولا على هذه الشهادة .

---

[55]) راجع للمزيد في شهادات التوثيق الإلكتروني : فرومكين :

Froomkin (M.A) : The Essential Role of Trusted Third Parties in Electronic Commerce, Oregon law Review , 1996 (76) 49 .

[56]) راجع كابريولي : CAPRIOLI (E.A.)

Securité et confiance dans le commerce électronique , Signature numérique et autorité de certification, J.C.P., 1er avril 1998 N 14 – I – 123 P.583

ويجب ان تستخدم جهة التوثيق في إصدارها لشهادة التصديق نظاماً معلوماتيا موثوقا فيه ، بان يكون مؤمنا ضد اى استعمال غير مشروع ، ويقدم مستوى معقولا من الصحة والسلامة ، ويستخدم أنظمة للأمن والأمان مقبولة وفقا لمجريات التقدم العلمي في هذا المجال .

[57]) راجع المادة (١٧) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسى .

وقد ألزمت المادة (٢٤- ١ - ح) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي مصدر الشهادة (مزود خدمات التصديق) بان يوفر وسائل يكون من المعقول الوصول إليها وتمكن الطرف الذى يعتمد على خدماته من التأكد من الأمور الآتية :

- هوية مزود خدمات التصديق.
- ان الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعنى على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة .
- الطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع .

ويجب ان تتضمن شهادات التوثيق بيانات معينة ، حتى يمكنها أداء مهمتها في التوثيق وبث الأمان والثقة لدى المتعاملين .

فوفقا للبند رقم (٣) من المادة (٢٤) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي يجب ان تتضمن الشهادة البيانات الآتية :

- هوية مزود خدمات التصديق .
- أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعنى على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة .
- أن أداة التوقيع كانت سارية المفعول في أو قبل تاريخ إصدار لشهادة .
- ما إذا كانت هناك أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز ان يستخدم من اجلها أداة التوقيع أو الشهادة .
- ما إذا كانت هناك أية قيود على نطاق أو مدى المسئولية التي قبلها مزود خدمات التصديق تجاه أي شخص ([58]) .

وتتعدد شهادات التوثيق في الوقت الحالي ، فإلي جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي ، التي سبق عرضها ، هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها ، ومن أمثلة ذلك :

- وجود أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز ان تستخدم من أجلها أداة التوقيع .
- ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة و لم تتعرض لما يثير الشبهة .
- ما إذا كان هناك وسيلة مناسبة للإبلاغ عن الإلغاء ، اى إلغاء الشهادة .

كما ألزمت الفقرة (هـ) من المادة المذكورة مصدر الشهادة ان يستخدم في أداء خدماته نظما وإجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة .

[58]) انظر في البيانات التي يجب ان تتضمنها شهادة التوثيق الإلكتروني وفقا للتوجيه الأوربي الملحق رقم (١) من هذا التوجيه ، التي أضافت بعض البيانات الأخرى مثل المركز المالي لصاحب التوقيع والأحكام أو الدعاوى القضائية المتعلقة بإعساره أو إفلاسه ان وجدت ، ورقم الملف الضريبي ومدة صلاحية شهادة التوثيق ، وحدود مسئولية مقدم الشهادة .

- شهادة " Digital time stamp " التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي ، حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها .
- شهادة الأذن " Authorizing Certificate " وبمقتضاها يتم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها مثل عملة ومؤهلاته والترخيصات التي يملكها .
- شهادة البيان " Attesting Certificate " ، والتي تفيد في بيان صحة واقعة معينة أو حدث ما ووقت وقوعه ([59]) .

الفصل الثاني

مسئولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تحدث للغير

تمهيـــد :

وضحنا في الفصل الأول أن جهات توثيق التعاملات الإلكترونية ، أو مزودي الخدمات الإلكترونية، تقوم بدور الوسيط المؤتمن بين المتعاملين في التعاملات والتراسلات الإلكترونية حيث تقوم بتوثيق هذه التعاملات والتصديق على توقيعات أصحاب الشأن ،وتصدر بذلك شهادات الكترونية معتمدة منها تفيد صحة التوقيعات الإلكترونية وسلامة المعلومات إلتي تتضمنها هذه التعاملات ، الأمر الذي يبث الثقة لدى الغير الذي يرغب في التعامل مع جهة ، أو شخص آخر لا يعرفه أولا يملك القدرة على التحقق من شخصيته .

من هنا تظهر أهمية شهادات التوثيق وخطورة المعلومات التي تتضمنها والتي يعَوّل عليها الغير وعلى أساسها يتم تعامله .

لذلك تقوم جهات التوثيق قبل إصدار شهادات التوثيق بالتحرى وجمع المعلومات والتدقيق فيها حتى تأتي شهاداتها صحيحة موثوقا فيها .

---

[59]) راجع في هذه الشهادات : Fromkin مرجع سابق ذكره ، ص ٧ ، وانظر عايض الحمرى ، مرجع سابق ص ٣٤٤ .

وقد يعتمـــد شخص ما على شهادة التوثيق معتقدا صحة ما تتضمنه من معلومات ، ويقوم بالتعامل على هذا الأساس ، أي على أساس صحة هذه المعلومات ، ثم يكتشف لاحقـــا عدم صحة الشهادة [٦٠] ، فتلحقه من جراء هذا التعامل خسائر وأضرار غالبا ما تكون جسيمة بسبب ضخامة قيمة المعاملات والصفقات التجارية التي تتم الكترونيا ، عندئذ تثـــار مســـئولية جهات التوثيق ومدى التزامها بتعويض هذه الأضرار ، وهذه تتوقف على مضمون الالتزام الذي تتحمله هذه الجهات في تحريها للمعلومات التي تتضمنها شهادات التوثيق ، ومدى ضمانها لهـــذه الشهادات .

ومسئولية جهات التوثيق ومدى ضمانها للاضرار التي تلحق الغير الذي يعَـــوّل علـــى الشهادات الصادرة منها تعد من أدق المسائل التي تثيرها التعاملات الإلكترونية نظـــرا لحداثتـــها وعدم تنظيمها تنظيما كافيا حتى من التشريعات التي تعرضت لها .

وكما نعلم فان المسئولية عن الأضرار التي تحدث للغير بصفة عامة هي أحد الموضوعات القانونية ذات الأهمية الخاصة التي تتعرض لها الأنظمة القانونية وتضع لها قواعد عامة تحكم هذه المسئولية. وإلى جانب هذه القواعد العامة التي تحكم المسئولية المدنية وتعويض الأضرار الـــتي تحدث للغير ، كثيرا ما يتدخل المشرع بالنسبة لحالة خاصة من حالات المسئولية ، حيث يرى عدم كفاية القواعد العامة في المسئولية لتنظيمها ، ويضع لها قواعد خاصة بهـــا يخـــالف فيهـــا

---

60) ويرجع عدم صحة المعلومات التي تتضمنها شهادات التوثيق إلى العديد من الأسباب ، منـــها فشـــل هـــذه الجهات في الحصول على دليل صحيح يوضح هوية صاحب التوقيع ، أو عدم دقة وسائل التشفير المســـتخدمة في ربط صاحب المفتاح الخاص مع المفتاح العام الموجود لدى جهة التوثيق . من ذلك أيضا عدم امساك جهـــات التوثيق لدفاتر وسجلات ملائمة لحفظ المعلومات ، أو عدم متابعة هذه السجلات ومراجعتها وتحـــديثها أولا بأول وقد يرجع ذلك إلى استخدام جهات التوثيق لموظفين وعمال غير مهرة أو غير مدربين أو غـــير أمنـــاء . راجع في ذلك ، Reed (C) :
Internet law : Text and Materials, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin. 2000 .

القواعد والأحكام العامة من وجه أو أكثر ، سواء فيما يتعلق بشروط قيام المسئولية ، أو الأضرار التي تعوض ، أو قدر التعويض وكيفيته .

وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة لمسئولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تلحق الغير الذي يعَوّل على صحة شهادات التوثيق الإلكترونية التي تصدرها ، فأمام عدم كفاية القواعد العامة في المسئولية المدنية لتنظيم مسئولية هذه الجهات ، تدخل المشرع في بعض الانظمة ووضع قواعد خاصة لهذه المسئولية وهذه القواعد الخاصة بمسئولية جهات التصديق حديثه للغاية ، حيث انها ترتبط بالاعتراف بالتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية ، وهذا لم يتقرر الا حديثا منذ سنوات قليلة .

نوضح اذن مسئولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تحدث للغير الذي عَوّل على شهادات التوثيق الإلكتروني الصادرة منها وفقا للقواعد العامة في المسئولية المدنية ، ثم وفقا للقواعد الخاصة التي وضعتها بعض الانظمة القانونية ، وسنجعل لكل من هذين الموضوعين مبحثا خاصا على الوجه الأتي :

المبحث الأول : مسئولية جهات التصديق وفقا للقواعد العامة في المسئولية المدنية.

المبحث الثاني : قواعد المسئولية الخاصة بجهات التوثيق .

المبحث الأول

مسئولية جهات التوثيق

وفقا للقواعد العامة في المسئولية المدنية

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

تقوم المسئولية المدنية ، وفقا لاحكامها العامة ، على أركان ثلاث : الخطأ ، وبصفة عامة الفعل الموجب للمسئولية ، والضرر وعلاقة السببية بينهما ، ويقع على المضرور عبء إثبات هذه العناصر الثلاث ، كأصل عام ، ما لم يفترض المشرع في حالات خاصة أيا من هذه العناصر تسهيلا للمضرور في إثباته للمسئولية وحصوله على التعويض . فاذا قام بين

المضرور والمسئول عقد فان المسئولية تكون عندئذ مسئولية عقدية تختص ببعض القواعد تميزها عن المسئولية غير العقدية ، والتي يطلق عليها تسمية المسئولية التقصيرية .

وأهم ما يميز المسئولية التعاقدية هو تخفيفها لعبء الإثبات على المضرور ، وبصفة خاصة إذا كان التزام المدين التزاما بنتيجة أو بالضمان ، إذ يعفي المضرور — الدائن — من إثبات خطأ المدين في هذه الحالة ، وتقوم مسئولية هذا الأخير بمجرد عدم تنفيذ ما التزم به ([٦١]) ، من هنا كانت المسئولية العقدية أيسر في إثباتها وقيامها عن المسئولية غير العقدية.

ونظرا لصعوبة إثبات الغير المضرور لخطأ جهة التوثيق ، فان الأنظار تتجه عادة إلى المسئولية التعاقدية ، وهو الاتجاه نفسه الذي اتجهت إليه بعض المنظمات الدولية عند تصديها بالتنظيم لبعض المعاملات الإلكترونية حيث اقترحت بعض البنود التي يمكن الاتفاق عليها لتنظيم هذه المعاملات .

ومن أمثلة هذه البنود الاتفاقية تلك القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولي Uncid ([٦٢]) .

منها أيضا القواعد التي وضعتها اللجنة البحريـــة الدوليـــة Le comite Martime international (CMI) ([63])

بيد ان هذه القواعد الاتفاقية تتطلب وجود عقد أو اتفاق مسبق بين اطراف التعامل الإلكتروني ([٦٤]) يطلق عليه عقد تبادل المعلومات الإلكترونية وهذا لا يتوافر دائما في

---

[61]) راجع للمزيد من التفاصيل مؤلفنا : المسئولية المدنية والاثراء دون سبب ، الكويت ١٩٩٨ مرجع سابق ص ٢١ وبعدها .

٦٢) انظر فى هذه القواعد :

CC1, UNCID:

- Regles de conduite Poures L' échange de données commerciales par télétransmission, Paris ، ICC Publication 1988, No 452

[63]) Annuaire CUNDCI , 1992 vol. xxII P. 418 et 41

التعاملات الإلكترونية الأمر الذي يضعف من هذه الوســـيلة ، كما ان الكثير من هذه البنـــود ، لم تتعرض لموضوع المسئولية المدنية مباشرة ([٦٥]) .

فإذا لم تتوافر شروط المسئولية التعاقدية لجهة التوثيق لعدم وجود عقد يربطها مع الغير المتضرر ، فان مسئوليتها تكون تقصيرية . مسئولية جهات التوثيق اذن قد تكون تعاقدية وقد تكون تقصيرية ، وهذا ما سنقوم بإيضاحه من خلال تعرضنا لمسئولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقا لبعض الانظمة القانونية التي تعرضت لهذا الموضوع ، وبصفة خاصة النظام الإنجليزي والنظام الالماني ، لتعرضهما للمسئولية القانونية لجهات التوثيق عن الأضرار التي تحدث للغير .

نتعرض اذن للمسئولية العقدية لجهات التوثيق الإلكتروني ، ثم لمسئوليتها التقصيرية.

وسنجعل لكل من هذين الموضوعين مطلبا خاصا على الوجه الآتي :

المطلب الأول : المسئولية العقدية لجهات التوثيق .

المطلب الثاني : المسئولية التقصيرية لجهات التوثيق .

المطلب الأول

المسئولية العقدية لجهات التوثيق

تمهيد :

---

[64]) وقد طرحت نماذج عديدة لهذه البنود الاتفاقية سواء في اطار الجمعية العامة للأمم المتحـــدة أو في إطـــار المجلس الأوروبي ، كما وضعت بعض الجمعيات الخاصة المهتمة بالتعامل الإلكتروني العديد مـــن نمـــاذج هـــذه الاتفاقات .

[65]) من نماذج البنود القليلة التي تعرضت لموضوع المسئولية نذكر نموذج Tedis الذي نص على مبدأ المســـئولية عن الخسائر ولو كانت غير مباشرة ، ما لم يعزو ذلك إلى القوة القاهرة ، أو لم يكن في الوسع تجنب وقـــوع هذه الخسائر او السيطرة عليها .

راجع في المزيد من التفاصيل :

The Business lawyer , vol. 45 No 5 june 1990 , p.1645

تعرض كلا من الفقه الإنجليزي والفقه الالماني ، للحالة التي يصاب فيها الغير، الـــذي اعتمد في تعامله الإلكتروني على شهادة توثيق الكتروني ، بضرر من جراء تعويله على البيانات التي تتضمنها هذه الشهادة الصادرة من الجهات المرخص لها بذلك .

ونوضح فيما يأتى موقف القانون الإنجليزي من هذه المسئولية ثم موقف القانون الالماني .

أولا – المسئولية العقدية لجهات التوثيق وفقا للقانون الإنجليزي:

المسئولية العقدية لجهة التصديق تجاه الغير المتضرر من جراء تعويله على شهادة تصديق الكترونية صدرت منها، لا تقوم في القانون الإنجليزي إلا إذا كانت جهة التوثيق تتحمل واجبـــاً تعاقدياً بالعناية تجاه هذا الغير ، ولكي يوجد هذا الواجب يتعين ان يكون هناك عقد يربط الغير المتضرر الذي عَوّل على الشهادة بجهة التوثيق ، بمقتضاه تضمن جهة التوثيق صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة التي تصدرها هذه الاخيرة ، فهل يمكن وجود ، أو افتراض وجود ، هذا العقد على الرغم من انتفاء اية رابطة تعاقدية بين الغير وجهة التوثيق عادة ؟

يفترض العقد ايجاب وقبول بهما تتكون ارادة التعاقد ، ايجاب يصدر من أحد طرفي العقد يصادفه قبول من الطرف الآخر فالعقد يقوم اساسا على وجود ايجاب من أحد الطرفين إلى الطرف الآخر بقصد إنشاء علاقة تعاقدية بينهما ،هذا الإيجاب بالتعاقد إما أن يوجه إلى شخص محدد ، وإما أن يوجه إلى الجمهور حيث نواجه عندئذ ايجابا عاما ، أي موجها للعامة .

فبالنسبة للفرض الأول ، أي الإيجاب الموجه إلى شخص محدد ، فيتطلب ذلك قيـــام علاقة واتصال مباشر بين جهة التوثيق والغير المتضرر الذي عَوّل على الشهادة الصـــادرة مـــن الأولي ، غيران هذا الاتصال المباشر بين جهة التوثيق والغير المتضرر يصعب تحققه في الحالة التي يتسلم فيها الغير شهادة التوثيق والمفتاح العام من صاحب الشهادة التي اســـتخرجت لصـــالحه مباشرة وليس من جهة التوثيق ، وبالتالي فإذا عَوّل الغير على الشهادة وتعامـــل علـــى أســـاس صحتها ، فلن يكون هناك اتصال بينه وبين جهة التوثيق ، فتنعدم بذلك العلاقة التعاقدية بينهما ([٦٦]) ، ولا يكون هناك محل لمساءلتها عقدياً .أما إذا كان الغير قد تلقي الشهادة والمفتاح العام

---

[66]) راجع ستيفن هندى لانج :

من جهة التوثيق مباشرة ، عن طريق اتصاله المباشر بها ، أو عن طريق موقعها على الانترنـــت ، فان تسؤالا يثور حول ما إذا كان هذا الاتصال يكفي لقيام علاقة تعاقدية بين الغير وجهة التوثيق

يبدو ان هناك عائقا كبيرا في القانون الإنجليزي نحو قبول وجود العقد في فرضنا الحالي فالقانون الإنجليزي يتطلب لقيام العقد توافر عنصر مهم هو عنصر الاعتبـــار أو المقابـــل " consideration "([٦٧]) والذي يتمثل إما في حق أو مصلحة أو فائدة تعود إلى أحد طـــرفي العقد أو في خسارة أو مسئولية يتحملها الطرف الآخر .

قد يرى البعض آن الغير ، لكونه يعتمد على الشهادة الصادرة من جهة التوثيق ويعَوّل عليها في التعامل مع صاحب الشهادة يكون قد وعد بالتعويل على الشهادة تجاه جهة التوثيق ، فيتحقق بذلك ركن الاعتبار . غير آن الفقه الإنجليزي يشكك في صحة ذلك ولا يرى انه مـــن الأكيد آن الوعد بالتعويل على الشهادة يكفي لتحقق عنصر المقابل ، ويستند الفقه في ذلـــك إلى انعدام الفائدة الاقتصادية التي تعود على جهة التوثيق ، أو الخسارة المالية التي تلحق الغير الذي يعتمد على الشهادة في حالة تعهده . و الواقع آن هذا الأخير لا يتحمل أية خسارة مع التعهد ، فإذا لم تتحقق أية خسارة مقابل التعهد بالاعتماد على الشهادة فان الاعتبار أو المقابل لـــن يقوم .

على العكس من ذلك فقد يرى بعض آخر ان جهة التوثيق يمكن ان تحقق مكاســـب مالية من جراء تعهدها بتزويد الغير شهادات الكترونية بصحة التوقيع ، تتمثل في رواج عملـــها وازدياد عملائها ([٦٨]) .

Steffen Hindelang :

- No Remedy for Disappointed Trust – The liability Regime for certification Authorities Towards Third Parties Outwith the EC Directive in Ednland and Germany compared . http:// elj . warwick.ac
- uk/jilt /02- 1/hindelang 2. html

[67]) انظر تريتل

Treitel (GH) : The law of Contract, 10 th ed, Sweet & Maxwell, London.

[68]) ستيفن هندلانج ، مرجع سابق ذكره ، ص ١٢ .

وهكذا نرى ان قيام أو عدم قيام عقد بين جهة التوثيق والغير الذي يعتمد على الشهادة الإلكترونية التي تصدرها يتوقف على تحقق أو عدم تحقق عنصر الاعتبار الذي يعد ركنا أساسيا للعقد في القانون الإنجليزي ، وهذا الأمر لم يحسم بعد في القانون الإنجليزي .

أما في الفرض الثاني ، أي فرض الإيجاب العام الموجه من جهات التوثيق إلى الجمهور عامة ، فان مسألة ما إذا كان هذا الإيجاب العام يكفي للتعبير عن إرادة جهة التوثيق في التعاقد أم لا يكفي ، قد أثارت انقساما في القضاء الإنجليزي فذهب اتجاه إلى ان قيام العقد يتطلب في هذه الحالة ان يكون الموجب له – الغير – قد تحقق لديه بالفعل هذا لاعتقاد ([٦٩]) ، أي الاعتقاد بان جهة التوثيق قد عقدت العزم على التعاقد معه ، وتوافرت لديها بالفعل نية التعاقد .

بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنه يكفي ان لا يكون الغير، الموجب له ، عالما بان جهة التوثيق ليس لديها نية التعاقد ([٧٠]) .وكما هو واضح فان هذا الاتجاه الثاني يتوسع في قيام المسئولية التعاقدية ، في حالة الإيجاب الموجه للجمهور ، فهو يقيم هذه المسئولية ما لم يكن الغير يعلم ان جهة التوثيق لم تتوافر لديها نية التعاقد ، وهذا الأمر ليس سهل الإثبات .

مضمون التزام جهة التوثيق :

إذا تخطينا العقبة الأساسية لقيام المسئولية العقدية وتوصلنا إلى وجود عقد بين جهة التوثيق والغير الذي اعتمد على بيانات الشهادة الإلكترونية ، فننتقل إلى عقبة اخرى ، هي تحديد مضمون الالتزام الذي يفرضه العقد على جهة التوثيق لصالح الطرف الثالث الذي يعَوّل على الشهادة التي تصدرها بصحة التوقيع وغيره من المعلومات التي تتضمنها الشهادة .

فإذا كان العقد يلزم جهة التوثيق بضمان صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة ، فانها بذلك تلتزم بالتزام مشدد ، التزام بنتيجة ، وتتحمل بذلك مسئولية مشددة strict liability ، يكفي معها ثبوت عدم صحة معلومات الشهادة لتقوم مسئوليتها وتلزم بتعويض الأضرار التي سببتها هذه الشهادة للغير . ففي هذه الحالة نكون في الواقع اقرب للضمان منه للمسئولية .

---

[69]) Amherst v. James walker goldsmith and silversmith ltd, (1983) ch.305 .

[70]) The Multibank Holsatia (1988) 2 lioyds Rep. 486, 492 .

أما إذا كان العقد يثقل جهه التوثيق بمجرد التزام باتخاذ العناية المعقولة " reasonable care " نحو التحقق من صحة المعلومات ، أي تتحمل التزاماً بوسيلة ، فان مسئوليتها لا تقوم عندئذ الا إذا ثبت إهمالها وتقصيرها في إتخاذ العناية المعقولة ([71]) ٠ويقع على المضرور الذي عَوّل على الشهادة إثبات ذلك ، والا فلن تقوم مسئولية جهة التوثيق ٠

فالقاعدة العامة في القانون الإنجليزي ان عقود الخدمة التي يبرمها المهنيون لا تفرض عليهم سوى واجب بالعناية ([72]) المعقولة ، أي مجرد التزام بوسيلة وليس التزاما بنتيجة أو بالضمان ٠

نخلص مما سبق إلى انه ما لم ينص العقد أو الاتفاق بين الغير المتضرر وجهة التوثيق على تحمل هذه الأخيرة مسئولية مشددة تقوم بمجرد إثبات المتضرر عدم صحة البيانات التي تضمنتها الشهادة الصادرة من جهة التوثيق فإنها لا تتحمل إلا التزاما باتخاذ العناية المعقولة ، بمعنى آخر ، فان الالتزام الذي تتحمله جهة التوثيق لصالح من يعتمد على الشهادة التي تصدرها هو التزام بوسيلة مضمونه اتخاذ العناية المعقولة أو المناسبة ،ما لم يتفق على غير ذلك ٠

الأضرار واجبة التعويض:

إذا تحققت المسئولية العقدية لجهة التوثيق فإنها تسأل عن تعويض الأضرار التي لحقت الغير أثر المعلومات الخاطئة التي تضمنتها الشهادة التي اصدرتها وعَوّل عليها هذا الغير ٠

غير ان مسئولية جهة التوثيق والتزامها بتعويض الغير تقتصر على الأضرار والخسائر المعتادة دون الأضرار والخسائر غير المعتادة ٠

---

[71]) راجع ريد :

Reed (c.) :
Internet law, Text and Materials, London, 139

[72]) وهذا الاتجاه يتماشى مع موقف التوجيه الأوروبي الذي لا يفرض على جهات التوثيق مسئولية مشددة الا في حالة الشهادة المؤهلة أو المعززة، وذلك على الوجه الذي سوف نراه عند تعرضنا لموقف التوجيه الأوروبي من مسئولية جهات التوثيق ٠

ويقصـــد بالأضرار المعتادة تلك التي تترتب عادة ، أي وفق المجرى المعتاد للأمـــور ، نتيجة مخالفة جهة التوثيق لالتزامها العقدى بتقديم معلومات صحيحة ([٧٣]) .

وفي تقدير ما إذا كانت الأضرار التي لحقت الغير اضرار معتادة وفقا للمجرى العادى للأمور فتسأل عنها جهة التصديق ، أو أضرار غير معتادة فلا تســـأل عنها ، يعتـــد القضـــاء الإنجليزي بمدى توقع جهة التوثيق ، لهذه الأضرار ([٧٤]) . ونظرا لاحتمال جسامة الأضرار التي يمكن ان تترتب في هذه الحالة فان اتجاها في الفقه الإنجليزي ينادى بان تعتنق المحاكم معيارا ضيقا لا يثقل جهات التوثيق بعبء ثقيل ([٧٥]) ، حتى لا تنصرف عن أداء هذا العمل في وقت نحتاج فيه إلى تشجيع التعاملات الإلكترونية .

الإعفاء من المسئولية وتقييدها:

عادة ما تشترط جهات التوثيق الإعفاء من المسئولية التي تتحملها بالنسبة لحالات معينة أو تشترط ، تقييد هذه المسئولية بقيود محددة وتأخذ شروط الإعفاء من المسئولية أو تقييـــدها عدة صور منها :

- تقييد المسئولية بمبلغ معين لكل حادث أو عن كل مجموعة من الحوادث .
- اشتراط سقف أعلى للمسئولية لا تتجاوزه ، سواء بتحديدها بمبلغ معين أو بنســـبة محددة .
- استبعاد المسئولية في حالة الضرر المتمثل في الكسب الفائت ، مباشراً أكان أو غـــير مباشر .
- استبعاد المسئولية عن الأضرار العرضية .
- تقييد المسئولية بحد معين من قيمة المعاملة التي تستخدم فيها شهادة التوثيق .

---

[73]) راجع قضية :

Hadley V. Baxedale (1854) 9 EX. 341

[74]) راجع قضية :

Koufos v. Czarniikow ltd (1969) I.A .C 350

[75]) انظر في عرض هذا الاتجاه ستيفن هندلانج ، مرجع سابق ، ص ١٤

- قصر المسئولية على حالات معينة تستخدم فيها الشهادة ([٧٦]) ، واستبعادها في الحالات الاخرى غير المتفق عليها ،ومما تجدر الاشارة إليه ان المحاكم الإنجليزية تعتد – في حالات الإعفاء من المسئولية أو تقييدها – بموقف كل من طرفي العقد من التأمين ضد المسئولية ، آخذه في الاعتبار أيضا أن جهة التوثيق تكون عادة في مركز افضل من حيث القدرة المالية على التأمين ([٧٧]) ، فالتأمين في القضاء الإنجليزي له دور كبير في تقرير المسئولية ومداها .

أثر الاتفاق على تقييد المسئولية على التزام جهة التوثيق :

يبقي التساؤل عن أثر شروط تقييد المسئولية على مضمون الواجب العقدى الذي تتحمله جهة التوثيق .

أثير هذا التساؤل بصفة خاصة بالنسبة للشروط التي تضع حدا أقصى لقيمة التعامل الذي تستخدم في شأنه شهادة التوثيق ، وكذلك بالنسبة للشروط التي تحدد الغرض من استعمال الشهادة بقصر استعمالها في أغراض معينة ، أو استبعاد بعض طرق استعمالها ، فما هو الأثر الذي ترتبه هذه الشروط على مسئولية جهة التوثيق ؟ هل تؤدى مخالفة هذه الشروط إلى عدم قيام مسئوليتها كلية ، أم إنها تقتصر فقط على تقييد المسئولية ؟

يجب التمييز هنا بين فرضين :

---

[76]) سيتفن هندلانج ، المرجع السابق ، ص ١٤

[77]) BT Certification practice statement, BT, < http:/. com / repository/ www.trustwise PDF/ cps. Pdf

الفرض الأول :

إذا تمثل شرط التقييد في قصر المسئولية على قيمة معينة للمعاملة المراد إنجازها ، فان مخالفة هذا الشرط لا تؤدى إلى عدم قيام المسئولية كلية ، وإنما يقتصر اثر المخالفة على تقييد المسئولية فقط وعدم شمولها ما جاوز الحد المتفق عليه ([٧٨]) .

الفرض الثاني :

إذا كان الغير قد عَوّل على الشهادة على الرغم من علمه بعدم صحة المعلومات التي تتضمنها ، فلا يكون هناك محل لقيام مسئولية جهة التوثيق في هذه الحالة ([٧٩]) .

الاشتراط لمصلحة الغير

بالإضافة للحالة السابقة التي يمكن معها أن تنشأ علاقة تعاقدية بين جهة التوثيق والغير المتضرر، ومن ثم تكون مسئوليتها مسئولية عقدية على الوجه السابق عرضه ، فان جهة التوثيق يمكن ان تسأل تعاقديا أيضا تجاه الغير المتضرر وفقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، ويتحقق ذلك عندما يشترط صاحب التوقيع المراد توثيقه على جهة التوثيق ان تضمن تجاه الغير الأضرار التي تلحقه نتيجة تعويله على الشهادة ، فعندئذ ينشىء العقد واجباً قانونياً لصالح الغير تتحمله جهة التوثيق ([٨٠]) ، إعمالا للقواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير ، واستثناء من قاعدة نسبية أثر العقد التي تقصر أحكام العقد والتزاماته على طرفيه ([٨١]) .

---

[78]) راجع رييد ، مرجع سابق ، ص ١٤ ، ويتفق هذا التفسير مع ما نصت عليه المادة (٤/٦) من التوجيه الاوربي ، وكذلك المادة (١١) من قانون التوقيع الإلكتروني الالماني الذي ادخل التوجيه الاوربي محل التنفيذ في المانيا .

[79]) راجع ستيفن هندلانج ، مرجع سابق ص ١٦

[80]) ستيفن هندلانج ،مرجع سابق ص ١٧

[81]) فالاصل العام ان آثار العقد لا تنصرف الا إلى عاقديه ،ولا تتصرف إلى غيرهم ، غير انه استثناء من ذلك يجوز للمتعاقدين الاتفاق على إفادة شخص ثالث ، ليس طرفا في العقد ، من احكامه ، عندئذ يكتسب هذا الغير حقا مباشرا من العقد .

بيد انه يشترط لاستفادة الغير – الذي يتمثل هنا في الطرف الذي يتعامل بالاستناد على شهادة التوثيق الإلكترونية – ان تتجه نية طرفي العقد ، إلى إفادة هذا الغير من العقد ، أي ان تضمن جهة التوثيق صحة الشهادة التي تصدرها تجاه هذا الغير ، لذلك فان تحقق الاشتراط لمصلحة الغير ليس بالفرض العملي في الكثير من الحالات .

هذا بالإضافة إلى ان القواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير تتطلب ان يكون للمشترط مصلحة في هذا الاشتراط .

ثانياً – المسئولية العقدية لجهة التوثيق وفقا للقانون الالماني :

ينظم القانون المدني الالماني " B G B " مسئولية من يقوم بمنح نصيحه أو معلومة للغير فيقوم هذا الغير بالاعتماد عليها والتعامل على اساس صحتها ، ثم يتبين بعد ذلك عدم صحتها ، فلا يقيم مسئولية مانح النصيحة في هذه الحالة إلا إذا كان يرتبط بعقد مع من منحه النصيحة ، ثم تقييم المادة (٢/٦٧٥) ([82]) قرينة بسيطة على عدم اتجاه نية من منح النصيحة إلى ابرام عقد ، ومن ثم ينتفي العقد في هذه الحالة ولا يكون هناك محل لمسئولية عقدية .

غير أن القرينة التي تقيمها المادة المذكورة قرينة بسيطة أذ يمكن للغير دحضها وإثبات عكسها ، أي أن يثبت الغير المتضرر وجود عقد بينه وبين مانح النصيحة مفاده منح معلومات صحيحة عندئذ يمكن أن تقوم المسئولية العقدية .

وبتطبيق ما سبق على جهة التوثيق التي تقوم بمنح شهادات تصديق للغير عن صحة التوقيع الإلكتروني وما تثبته من معلومات أخرى ، فان جهة التوثيق ، أعمالا للاصل العام الذي تقرره القرينة السابقة ، لا تسأل مسئولية عقدية إذا تبين عدم صحة المعلومات التي تضمنتها الشهادة التي اصدرتها ، وذلك ما لم يتمكن الغير من إقناع المحكمة بوجود عقد بينه وبين جهة التوثيق ، فتكون مسئوليتها عندئذ مسئولية عقدية .

---

[82]) المادة (٢/٦٧٦) سابقا قبل التعديل الذي اجرى على القانون المدني الالماني .

ولتقرير وجود عقد يربط بين جهة التوثيق والغير يجب أن تكون جهة التوثيق قد قصدت إبرام هذا العقد ، أي اتجهت ارادتها إلى إبرام عقد يلزمها باثر قانوني تجاه الغير .

وعلى الرغم من ان الإرادة أو النية أمر داخلي يصعب الوصول إليه ، الا ان هناك من الأمور والمظاهر الخارجية ما تمكن من التوصل إلى هذه النية ، ومن الأمور التي تساعد على استخلاص نية جهة التوثيق في التعاقد إدراك هذه الجهة ان للنصيحة أو المعلومة التي تبديها أهمية ملحوظة لدى من توجه إليه ، وان هذا الاخير سيعَوّل على هذه المعلومة في تعامله .

من الأمور المهمة – أيضا – التي تلعب دوراً كبيراً في استخلاص نية التعاقد ، ومن ثم وجود العقد ، فكرة المقابل أو الاعتبار " Consideration " كما في القانون الإنجليزي . وليس من الضرورى ان يتمثل المقابل في فائدة مالية لجهة التوثيق ، وانما يكفي ان تعلم ان المعلومات التي تتضمنها الشهادة الصادرة منها سيعَوّل عليها الغير في التحقق من شخصية من سيتعامل معه عن طريق نسبة المفتاح العام لشخص ما .

ويلاحظ في هذا الصدد انه ليس من الضرورى لوجود عقد بين جهة التوثيق والغير ان يتم اتصال مباشر بينهما ([٨٣]) .

على العكس مما سبق فان المخاطر المالية الجسيمة التي يمكن ان تتعرض لها جهة التوثيق تقلل من امكان استخلاص اتجاه نيتها إلى التعاقد ، خاصة إذا تمثلت هذه المخاطر في مبالغ مالية غير محددة القيمة أو لعدد غير محدد من الأشخاص.

من ناحية أخرى فان المسئولية التعاقدية لجهة التوثيق يمكن ان تتحقق حتى ولو لم توجد علاقة تعاقدية مباشرة بينها وبين الغير المتضرر ، ويتم ذلك بالتطبيق لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير ، استنادا إلى ان من صدرت لمصلحته الشهادة عندما يتعاقد مع جهة التصديق قد يشترط عليها واجبا بالعناية لصالح الغير الذي يعَوّل على هذه الشهادة في تعاملاته، فان تحقق هذا الاشتراط فان مسئولية جهة التوثيق تكون مسئولية تعاقدية .

---

83) (BGH , official series (civil Matters) , vol. 133 , 36 (42)

ويمكن استخلاص وجود هذا الاشتراط لمصلحة الغير المتضرر من العديد من الظروف والاعتبارات المحيطة بإبرام عقد الشهادة الإلكترونية بين صاحب التوقيع وجهة التوثيق ٠

من هذه الاعتبارات مصلحة كل من طرفي العقد ، صاحب التوقيع وجهة التوثيق ، في ان يثق الغير في الشهادات الإلكترونية المصدرة مما يسهل التعاملات الإلكترونية ([84]) ، من ذلك أيضا علم جهة التوثيق ان الشهادة التي تصدرها سيعَوّل عليها الغير في تعاملاته وتصرفاته ، والتي سيقدم عليها على أساس صحة هذه الشهادة ٠

وعلى العكس مما سبق ، فان الخسائر المالية الضخمة ، التي يمكن ان تتعرض لها جهات التوثيق ، قد تحول دون استخلاص نيتها لقبول اشتراط لمصلحة الغير عند تعاقدها مع من تصدر الشهادة لصالحه ٠

المطلب الثاني

المسئولية التقصيرية لجهات التوثيق

تمهيـــــد :

نتعرض هنا أيضا للمسئولية التقصيرية لجهات التوثيق وفقا للقـــانون الإنجليـــزي ، ثم نعرض لهذه المسئولية وفقا للقانون الالماني٠

أولا – المسئولية التقصيرية لجهات التوثيق وفقا للقانون الإنجليزي :

التنظيم القانوني للمسئولية التقصيرية ، وبمعنى أدق المسئولية غير العقدية ، في القـــانون الإنجليزي ،وبصفة عامة في القانون الانجلو امريكي ، يختلف عن التنظيم القانوني الفرنســـى ، وبصفة عامة القوانين اللاتينية ، فهذه الاخيرة تضع معيارا عاما للمسئولية غير العقدية هو معيار الخطأ الذي تجعله مناطا لقيام المسئولية التقصيرية ، ووفقا لهذا المعيار العام فان كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم المخطىء بالتعويض ٠

---

[84]) المرجع السابق رقم ١٢٧ ، ٣٧٨

أما في القانون الإنجليزي فلا يوجد مبدأ أو معيار عام يحكم المسئولية غير التعـاقدية ، وإنما تتحقق هذه المسئولية في حالات معينة يمنح فيها المضرور دعوى تخوله الحـق في المطالبـة بتعويض ما لحقه من أضرار ، ويطلق علي كل حالة من حالات المسئولية هذه كلمـة Tort ويجمعها تعبير law of Tort أو law of torts ، لذلك تسمي المسئولية في هذه الحالات tortus liability 0 .

ويجمع بين حالات المسئولية غير العقدية في القانون الإنجليزي فكرة الواجب القانوني ، أي قيام المسئول – المدعي عليه – بمخالفة واجب قانوني بالعناية يثقله لصالح المدعي المضرور – لذلك يمكننا القول ان معيار المسئولية غير العقدية في هذا القانون هو الواجب القانوني ، فهـذه المسئولية تتوقف في وجودها وفي مداها على الواجب القانوني بالعناية الذي يثقل المدعي عليه ([85]) . فإذا قصر المدعي عليه و لم يقم بواجب العناية الذي يتحمله يكون قد أهمل ، ومـن ثم تقام مسئوليته ، لذلك تسمي دعوى المسئولية في هذه الحالة بدعوى الاهمال ، وأساسها الاهمال والتقصير الذي يتمثل في خرق واجب العناية .

ويتقرر واجب العناية إما بنص تشريعي أو بمقتضى السوابق القضائية . ويلجأ القضاء في تقريـر هذا الواجب إلى معيار موضوعي هـو توقـع الرجـل العـادى The Foresight of the reasonable man .

تطبيقا لما سبق فان مسئولية جهة التوثيق غير العقدية تجاه الغير تتوقف علـى وجـود واجب قانوني بالرعاية تتحمله هذه الجهة لصالح الغير ، فإذا خالفت جهة التوثيق هذا الواجـب أمكن نسبة الاهمال إليها وقامت مسئوليتها ،كما تقوم مسئولية جهة التوثيق في حالة ارتكابهـا غشاً ، وكذلك تقـوم مسئوليتها بالتطبيق لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعـه .

والآتي كلمة موجزة عن كل حالة من هذه الحالات :

(١) المسئولية في حالة مخالفة واجب العناية :

---

[85]) راجع في المزيد من التفاصيل في التنظيم القانوني للمسئولية غير العقدية في القانون الأنجلـو – امريكـي ، مؤلفنا في المسئولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، دار لنهضة العربية ، ص ٦٥ وبعدها .

وضحنا ان مسئولية جهة التوثيق تجاه الغير تتوقف على تحمل هذه الجهة لواجب قانوني بالعناية لصالح هذا الغير وعدم تنفيذها لهذا الواجب ، الأمر الذي يسبب ضررا للغير ، فمتى يوجد هذا الواجب ، أي ما هو معيار وجوده؟ وما معيار مخالفته ؟ وعلى من يقع إثبات مخالفة هذا الواجب ؟ .

(أ) معيار وجود واجب العناية :

تتعدد المعايير التي يمكن في ضوئها تقرير واجب بالعناية والرعاية يثقل جهة التوثيق لصالح الغير ، من هذه المعايير معيار التوقع ومعيار الـ Proximity أي العلاقة الخاصة أو الضيقة ، والمعيار القائم على اعتبارات العدالة والمنطق ([٨٦]) .ونوضح فيما يأتي كلا من المعيارين الاخيرين ، أما معيار التوقيع فنكتفي بما سبق أن أشرنا إليه .

معيار العلاقة الخاصة :

يستخدم معيار العلاقة الخاصة أو القريبة The Teste of proximity بصفة خاصة لتحديد مدى المسئولية في حالة الأضرار الاقتصادية التي تقع نتيجة الاهمال ، لذلك تظهر أهميته بالنسبة للأضرار التي تصيب الغير الذي يعَوّل على الشهادة غير الصحيحة التي تصدرها جهة التوثيق ، فهذه الأضرار عادة تكون أضرار اقتصادية مالية .

ووفقا لهذا المعيار فان واجب العناية يقوم إذا ما وجدت علاقة " relationship " خاصة بين الأطراف ، علاقة قوية وقريبة تكاد ان تعادل العلاقة التعاقدية ([٨٧]) .

وبالتطبيق لهذا المعيار فان جهة التوثيق تتحمل بواجب قانوني بالعناية طالما كانت تعلم ان الشهادة التي أصدرتها ستصل إلى شخص معين ، الغير المتضرر ، وانه سيعَوّل على هذه ا الشهادة في التحقق من صحة توقيع من سيتعامل معه ([٨٨]) .

---

[86]) انظر في هذه المعايير هاربوود : Harpwood : Principles of tort law, 4 th ed, Cavendish publishing , London and Sydney 2000, 31

[87]) المرجع السابق ، ٣٢ وراجع روجرز Rogers ، ١٩٤٤ ص ٢٩٢ ، وانظر قضية :
Hediey Byrne & co. ltd. V. Heller & Partners ltd. (1964 A.C. 465, 530 (Lord Devlin) .

ولا يشترط لقيام واجب العناية ان تعلم جهة التوثيق على وجه التحديد شخصية من سيعَوّل على الشهادة التي تصدرها ([٨٩]).

وهكذا لا تتحمل جهة التوثيق واجبا بالعناية إلا إذا وجدت بينها وبين الغير رابطة قوية خاصة على الوجه الذي أوضحناه ، وتستخلص هذه العلاقة من ظروف كل حالة على حدة .

معيار العدالة والمنطق :

وفقا لمعيار العدالة والمنطق يمكن للمحكمة استنادا إلى هذه الأفكار المرنة ان تفرض واجبا قانونيا بالعناية على جهة التوثيق لصالح الغير المتضرر ، ولكي تصل المحكمة إلى ذلك فانها تستند إلى العديد من الاعتبارات والظروف الخاصة بكل حالة على حدة ، منها المركز المالي لجهة التوثيق والذي يمكنها من التأمين ضد مخاطر المسئولية التي تتعرض لها . أيضا لفكرة حماية المستهلك دور مهم في تقرير واجب العناية .

من تلك الاعتبارات أيضا ما يرجع إلى العمل على تشجيع التعاملات الإلكترونية وبث الثقة في التوقيع الإلكتروني ، وما يستوجبه ذلك من ضرورة تسهيل اقامة مسئولية جهات التوثيق الإلكتروني .للمحكمة أيضا ان تراعي عند تقرير واجب العناية جسامة الخسائر التي قد تمنى بها جهات التوثيق إذا ما توسعت في تقرير واجب العناية ([٩٠]) وبصفة خاصة إذا تعدد المضرورون ، أو تعددت حالات الضرر.

وهكذا وفقا لمعيار العدالة والمنطق يتوقف واجب العناية على مدى اقتناع المحكمة من خلال الظروف الخاصة بالقضية المعروضة عليها .

---

٨٨) راجع في االصفات التي يجب ان تتوافر في العلاقة الخاصة لكي ترتب واجبا قانونيا بالعناية :
Loed oliver in caparo Industries Pic v. Dickman (1990) 2 A.C. G05 , 638

[89]) انظر قضية :
Hediey Byrne & co. ltd. V. Heller & Partners ltd. (1964) A.C. 465, 530 (Lord Morris 493) .

[90]) استيفن هاندلانج ، مرجع سابق ص ١٩

(ب) **مخالفة واجب العناية :**

تقوم مسئولية جهة التوثق إذا ما خالفت الواجب القانوني بالعناية الذي يثقلها ، وهنا يثار التساؤل عن مدى العناية التي تلتزم بها جهة التوثيق حتى يمكن تقرير ما إذا كانت خالفت الواجب أم لم تخالفه .

والمعيار العام في القانون الإنجليزي هو العناية المعقولة أو المعتادة ، أي تلك العناية التي يبذلها الشخص العادى الذي يعمل في نفس الظروف التي تعمل فيها جهة التوثيق ، أو في ظروف مماثلة .

ولاشك ان العناية المعقولة في مجال نشاط جهات التوثيق تتوقف على مدى التقدم التقنى في هذ المجال ([91]) .

(جـ) **عبء إثبات مخالفة واجب العناية :**

إعمالا لقاعدة البينة على من ادعي ، والمدعي هنا هو الغير الذي يدعي ان جهة التوثيق أخلت بواجبها القانوني الذي يثقلها لصالحه وانها اهملت في اتخاذ العناية المطلوبة ، لذلك يقع عليه عبء إثبات إهمال جهة التوثيق ([92]) ، أي إثبات مخالفتها لواجب العناية الذي يثقلها لصالحه .

ولا شك ان هذا العبء لن يكون يسيرا بسبب تعقد الإجراءات الفنية والتقنية التي تتبعها جهات التوثيق ، وصعوبة تتبع هذه الإجراءات من الغير المتضرر .

ويبدو ان هذا ما دفع التوجيه الأوربي في المادة (٢/٦) منه إلى نقل عبء الإثبات لتتحمله جهة التوثيق التي يقع عليها إثبات عدم إهمالها ، وذلك على الوجه الذي سنتعرض له لاحقا عند دراسة القواعد الخاصة بمسئولية جهات التوثيق .

(٢) **المسئولية المبنية على الغش :**

---

91) Chemding hoff, 1998 , 4 - 2-1

92) Brown v. Rolls – Royce Ltd. [1960] 1 W . L.R. 210 . أنظر قضية :

في الحالات التي يثبت فيها غش وسوء نية جهة التوثيق ، المتمثل في تعمدها ، ان تقدم للغير معلومات غير صحيحة ، فان سوء النية يكفي في حد ذاته أساسا لمساءلة جهة التوثيق عن الأضرار التي لحقت الغير نتيجة هذا الغش [٩٣] ، والواقع انه يندر وجود هذه المسئولية حيث لا مصلحة لجهة التوثيق في التشويش بسمعتها ومصداقيتها وقيامها بأعمال تتسم بالغش والتضليل لذلك فالغالب ان يصدر الغش من عمال وتابعى جهة التوثيق ، فتسأل هذه الجهة تبعا لمسئوليتهم أعمالا للمسئولية عن فعل الغير .

(٣) المسئولية عن فعل الغير:

ينظم القانون الإنجليزي المسئولية عن فعل الغير تحت تسميته " Vicarious Liability "، أي مسئولية المتبوع أو السيد عن فعل تابعه أو خادمه . ومع هذه المسئولية تلتزم جهة التوثيق باعتبارها متبوعا أو سيداً ، عن الأضرار التي يحدثها عمالها وموظفيها نتيجة خطئهم وإهمالهم .

بيد انه يشترط لقيام مسئولية جهة التوثيق ان يكون خطأ العامل قد ارتكب أثناء قيامه بعمله ([٩٤]) بما يحقق علاقة السببية بين الضرر الذي لحق الغير وقيام العامل بواجبات وظيفته .

ثانيا – مسئولية جهات التوثيق وفقا للقانون الالماني :

يتميز النظام القانوني الألماني بانه لا يقيم المسئولية التقصيرية عن الأضرار الاقتصادية البحتة الا في حالات استثنائية ، وهذا الوضع ينصرف إلى المسئولية التقصيرية لجهة التوثيق عن الأضرار التي تحدث للغير الذي يعَوّل على شهادات التصديق التي تصدرها ، لان الغالب ان تكون هذه الأضرار اقتصادية بحتة .

ونوضح فيما يأتي بعض الحالات الخاصة التي يمكن ان تعوض فيها الأضرار الاقتصادية البحتة في القانون الالماني استثناء من الأصل العام الذي يقضى بعدم المسئولية .

---

[93]) Pen Atlantic Insurance Co. Ltd. V Pine Top Insurance co.Ltd. (1995) 1 A.C.5 راجع قضية :

[94]) Pen Atlantic Insurance Co. Ltd. V Pine Top Insurance co.Ltd. (1995) 1 A.C.5 .

(١) حالة الغش :

إذا ارتكب أحد تابعي جهة التوثيق غشا تجاه الغير ، فانها - أي جهة التوثيق تسأل عن الأضرار الاقتصادية التي تلحق بالغير . ويقع على هذا الغير المضرور عبء إثبات الغش الصادر من تابع جهة التوثيق ، والضرر أو الخسارة التي لحقته ، وعلاقة السببية بينهما . ولاشك ان هذا العبء ليس يسيرا ، فإذا نجح في إثبات ذلك فان جهة التوثيق تلتزم باعادته إلى الحالة التي كان عليها عن طريق تعويضه عن الخسائر التي لحقته ([95]) .

وكما سبق ان وضحنا بالنسبة للقانون الإنجليزي فان الغش في هذا المجال نادر الحدوث الأمر الذي يجعل من هذه المسئولية فرضا نظريا اكثر منه عمليا .

(٢) المسئولية وفقا للمادة (٨٢٦) BGB :

المادة (٨٢٦) من القانون المدني الالماني تقررت لإضفاء الحماية القانونية على كل المصالح المشروعة ، ومن ضمنها الخسائر الاقتصادية ، وبمقتضاها كل من أحدث عمداً بغيره ضرراً بطريقة تخالف حسن الآداب Boni mores ، فانه يسأل عن تعويض هذا الضرر .

وحسن الآداب فكرة مرنة متغيرة تشير إلى الحد الادني من المبادىء القانونية الاخلاقية واجبة المراعاة .

واستنادا إلى المادة المذكورة فرضت المحاكم الالمانية المسئولية في حالات يحدث فيها الشخص ضرراً لآخر بسلوك مستهجن يثير الاستنكار من الشخص العادى .

وقد استخدم جانب من المحاكم الالمانية هذا النص ليفرض المسئولية على الشخص الذي يبلغ عمداً معلومات غير صحيحة لشخص آخر وهو مدرك لنتائج عمله التي يقبلها باعتبارها نتيجة حتمية لا يمكن تجنبها حتى ولو لم يكن راغبا فيها ، الأمر الذي يحقق لدية القصد أو النية المتمثل في عدم المبالاة . فالمهم في هذه الحالة هو أن يدرك الشخص النتائج الضارة المحتمل ترتبها عن عمله ، ولا يبالي على الرغم من ذلك .

---

[95]) راجع ستيفن هاندلانج ، مرجع سابق ، ص ٢٤

وإذا تعذر على المدعي ان يثبت غش المدعي عليه ، فلا يعني ذلك بالضرورة انعدام مسئولية جهة التوثيق ، ذلك إن الإهمال الشديد في تقديم المعلومات ربما يكون كافياً لقيام المسئولية في بعض الحالات التي تتطلب مهارات خاصة ، وبتطبيق ذلك على مسئولية جهات التوثيق ، فيمكن ان تقوم هذه المسئولية إذا ما فشل أحد عامليها أو تابعيها نتيجة ، إهماله في ، الوصول إلى المعلومات الصحيحة المتلعقة بالتوقيع أو المفتاح العام أو غير ذلك من معلومات تتضمنها شهادة التوثيق ، طالما كان يدرك النتائج الضارة التي تترتب على إهماله .

(٣) المسئولية عن فعل الغير :

تنظم المادة (٨٣١) من القانون المدني الألماني مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، ووفقا لهذه المادة إذا استخدم شخص شخصاً آخر للقيام بأعمال تخصه يكون مسئولا عن تعويض الأضرار التي يحدثها هذا العامل التابع له طالما حدثت أثناء قيامه بالعمل المكلف به .

فإذا أحدث أحد تابعي جهة التوثيق من عمالها وموظفيها ضرراً بالغير الذي اعتمد على شهادة التوثيق ، فان جهة التوثيق تلزم بتعويض هذا الضرر .

غير أن مسئولية جهة التوثيق لا تكون نهائية في هذه الحالة وإنما هي مسئولية تبعية مفترضة يمكنها دفعها بإثبات إنها لم تقصر في اختيارها وإنما قامت باتخاذ العناية اللازمة حتى يأتي اختيارها صحيحا ، وإنها زودته بالوسائل والأدوات اللازمة لحسن تنفيذ عمله ، كما إنها اتخذت سبل الإشراف والرقابة الكافية عليه أثناء قيامه بعمله ، ومن ثم فهي لم تقصر .

كما يمكن لجهة التوثيق ان تعفى من هذه المسئولية إذا ما أثبتت أن الضرر كان لابد ان يقع على الرغم من اتخاذ العناية اللازمة من جهتها .

وواضح ان مسئولية جهة التوثيق في هذه الحالة ، ولكونها مسئولية تبعية وليست مسئولية أصلية ، فانها تفترض قيام مسئولية تابعها لسبب من الأسباب السابق ايضاحها ، وتعذر عليها ، أي على جهة التوثيق ، نفي الخطأ والتقصير من جانبها في اختيار ومراقبة تابعها

خلاصة

يتبين لنا من عرضنا السابق ان تطبيق القواعد العامة في المسئولية المدنية على جهات التوثيق في حالة حدوث ضرر للغير نتيجة تعويله على الشهادات التي تصدرها بسبب عدم صحة البيانات التي تتضمنها شهاداتها ، لا يمنح للغير المضرور حماية كاملة .

فالمسئولية التعاقدية تفترض عقدا يربط بين الغير المضرور وجهة التصديق ، يفرض على هذه الأخيرة التزاما بالضمان لمصلحة الأول ، وهذا الافتراض بشقيه لا يتحقق دائما ، والغالب ان تنعدم الرابطة العقدية المباشرة بين جهة التوثيق والغير ، فلا تقوم مسئوليتها العقدية .

والمسئولية التقصيرية لجهة التوثيق ، أي مسئوليتها غير العقدية ، تتطلب قيام واجب أو التزام بالعناية تلتزم به جهة التوثيق لصالح الغير ، ثم تقوم هذه الجهة بمخالفة هذا الواجب نتيجة إهمالها وتقصيرها ، ويقع عبء إثبات ذلك على الغير المتضرر ، وهو عبء ليس بالأمر اليسير ، لذلك فان حالات تحقق المسئولية التقصيرية لجهات التوثيق ليست افضل حظاً من تحقق مسئوليتها العقدية .

أمام عدم كفاية القواعد العامة في المسئولية المدنية – العقدية والتقصيرية – لإسداء الحماية اللازمة للغير الذي يعَوّل بحسن نية على شهادات التوثيق الإلكتروني ولاعتبارات تشجيع التعاملات الإلكترونية وبث الثقة فيها ، فقد أستوجب الأمر ظهور قواعد خاصة للمسئولية تطبق على جهات التوثيق ، تتسم بقدر من التشدد.

وهذا ما سنقوم بإيضاحه في المبحث التالي .

المبحث الثاني

قواعد المسئولية الخاصة

الحاجة إلى قواعد خاصة تنظم مسئولية جهات التوثيق:

تبين لنا من عرضنا السابق عدم كفاية القواعد العامة في المسئولية المدنية لإسداء حماية كاملة للغير الذي يصيبه ضرر من جراء تعويله بحسن نية على شهادة إلكترونية تضمنت معلومات غير صحيحة صادرة من إحدى جهات التوثيق أو أحد مزودي الخدمات الإلكترونية ،

ولما كان ذلك في غير صالح انتشار التعاملات الإلكترونية وبث الثقة فيها ، فقد أدى ذلك إلى ظهور قواعد خاصة تنظم مسئولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تحث للغير .

فالاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية ذاتها التي تثبت للتوقيع العادى من شأنه زيادة الإقبال على التعاملات الإلكترونية ، وهذا يتطلب إزكاء روح الثقة فيها .بما يستوجبه ذلك من منح قدر من الضمانات لمن يعَوّل على هذه التعاملات ، وذلك عن طريق وضع قواعد خاصة .بمسئولية الجهات التي تتولي توثيق هذه التعاملات ، قواعد تضمن للمتعاملين حقوقهم في تعويض الأضرار التي تلحقهم .

تطبيقا لذلك فقد وضع التوجيه الأوربي نظاما خاصا .بمسئولية جهات التوثيق الإلكتروني عن الأضرار التي تترتب نتيجة عدم صحة شهادات التوثيق الإلكترونية التي تصدرها ، والتي يعَوّل عليها الغير بحسن نية في تعامله .

الاتجاه نفسه سلكته أيضا بعض التشريعات الحديثة التي نظمت التعاملات الإلكترونية وأقرت بحجية التوقيع الإلكتروني ، من هذه التشريعات قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وغيرهما.

ونوضح فيما يأتي القواعد الخاصة .بمسئولية جهات التوثيق الإلكتروني وفقا للتوجيه الأوربي ، ثم وفقا لقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي ، كل منهما في مطلب خاص.

المطلب الأول

مسئولية جهات التوثيق وفقا للتوجيه الأوربي

تمهيد :

الزم التوجيه الأوربي في مادته الخامسة الدول أعضاء الاتحاد الأوربي بسن القواعد التشريعية التي تمنح التوقيع الإلكتروني حجية كاملة في الإثبات أسوة بالتوقيع الخطي التقليدى ، طالما استوفي هذا التوقيع بعض الشروط التي تؤمنه وتجعله موثوقا فيه ([96]) .

لذلك فقد قصر التوجيه الحجية الكاملة في الإثبات على التوقيع الإلكتروني المعزز أو المؤمن ([97])"advanced electronic signature"وهو الذي يتوافر فيه بعض الشروط التي تؤمنه وتجعله قويا موثوقا فيه ، وترجع هذه الشروط إلى الشرطين الآتين :

الشرط الأول : أن يكون التوقيع مؤمناً ، بمعنى أن ترافقه إحدى أدوات تأمينه ([98]) .

الشرط الثاني : أن يكون التوقيع مؤهلاً ، بأن تصدر بشأنه شهادة توثيق qualified certificate" ([99]) تعززه وتؤهله للحماية القانونية " .

أما التوقيع الإلكتروني غير المعزز فقد اكتفي التوجيه الأوربي بالتزام الدول الأعضاء بعدم إنكاره باعتباره دليل إثبات لمجرد انه تم إلكترونيا أو انه غير مصحوب بشهادة إلكترونية مؤهلة تعزز صحته ، أو انه لم تستخدم بشأنه أداة من أدوات تامين التوقيع .

---

[96]) ولم يكن للتوجيه الأوروبي فضل السبق في ذلك وانما سبقته بعض الدول الأوروبية التي اصدرت تشريعات وطنية تعترف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه الحجية في الإثبات ، من هذه التشريعات : التشريع الالماني الذي صدر في أول أغسطس ١٩٩٧ ، والتشريع الإيطالي الذي صدر في ١٠ نوفمبر ١٩٩٧ .

[97]) فقد ميزت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بين نوعين من التوقيع الإلكتروني : النوع الأول ، وهو التوقيع الإلكتروني العادى أو غير المعزز، وهو الذي يتم بطريقة الكترونية دون ان تتوافر فيه الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع المعزز advanced .

أما النوع الثاني ، وهو التوقيع الإلكتروني المعزز فهو التوقيع الإلكتروني الذي تتوافر فيه المتطلبات الآتية :

- ان يرتبط فقط بشخص الموقع.
- ان يكون قادرا على تحديد هوية الموقع.
- ان يتم باستخدام وسائل تمكن الموقع من السيطرة عليه سيطرة مطلقة .
- ان يرتبط بالمعلومات التي يوثقها على نحو يكشف عن أي تغيير يرد عليها .

[98]) حددت الفقرة السادسة من المادة الثانية المقصود بأدوات التأمين بأنها كل أداة او وسيلة للتوقيع الإلكتروني يتوافر فيها المتطلبات المنصوص عليها في الملحق الثالث من التوجيه .

[99]) وهي شهادة التوثيق التي تتوافر فيها المتطلبات التي حددها الملحق رقم (٢) من التوجيه .

ومقـــابل الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع العادى اليدوى في الإثبات ، فقد أقام التوجيه الأوربي نظاما خاصا لمسئولية جهات التوثيق عن الشهادات التي تصدرها بصحة التوقيع الإلكتروني وغيره من المعلومات التي تتضمنها شهادة التوثيق .

وقد ميز التوجيه الأوربي فيما يتعلق بمسئولية جهات التوثيق عن شـــهادات التوثيـــق الإلكترونية التي تصدرها وفقا لنوعين من هذه الشهادات .

النوع الأول : الشهادات المؤهلة "qualified " أي المؤيدة بإجراءات لضمان صحتها وتدفع إلى الوثوق فيها .

وهذه الشهادات هي فقط التي نظم التوجيه الأوربي مسئولية الجهات التي أصدرتها عن الأضرار التي تحدث للغير الذي يعَوّل على صحتها ويتعامل على هذه الأساس .

النوع الثاني: الشـــهادات الأخرى ، غير السابقة أي غير الشهادات المؤهلة ، وهذه ترك التوجيه المسئولية عنها للقوانين والأنظمة الداخلية للدول الأعضاء .

وقد وضحنا في المبحث الأول موقف كلا من القانون الإنجليزي والقانون الألماني من هذه المسئولية لذلك نقتصر هنا على التعرض لنظام المسئولية الذي وضعه التوجيه الأوربي عـــن النوع الأول من الشهادات ، وهي الشهادات المؤهلة ، لكونها نظاما خاصا للمســـئولية قـــرره التوجيه الأوربي .

المسئولية عن عدم صحة الشهادات المؤهلة:

يتمثل التنظيم القانوني الذي وضعه التوجيه الأوربي لمسئولية جهات التوثيق عن الأضرار والخسائر التي تحدث للغير إثر اعتماده وتعويله على المعلومات التي تتضـــــمنها الشهادات المؤهلة التي تصدرها جهات التوثيق في القاعدتين الآتيتين : ([100])

القاعدة الأولي : تقرير مسئولية مشددة على كاهل جهات التوثيق .

---

[100]) انظر في التوجيه الأوروبي بصفة عامة :

- احمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته) دون تاريخ ودون جهة نشر ، ص ٢٨٤ وبعدها .
- حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٨٦ وبعدها .

القاعدة الثانية : جواز الشروط المقيدة لمسئولية جهات التوثيق .

ونوضح فيما يأتي كلا من هاتين القاعدتين .

أولا – المسئولية المشددة لجهات التوثيق :

نظمت المادة السادسة من التوجيه الأوربي مسئولية جهات التوثيق ([101]) عن عدم صحة البيانات التي تضمنتها شهادات التوثيق المؤهلة التي تصدرها بنصها على الآتي :

"... تضمن الدول الأعضاء – كحد ادني – مسئولية مزودي خدمات التوثيق عن الأضرار التي تحدث لأي شخص طبيعي أو قانوني عَوّل على الشهادات المؤهلة التي تصدرها بالنسبة للآتي :

- عدم صحة المعلومات والوقائع التي تضمنتها الشهادات المؤهلة وقت صدورها .
- عدم صحة البيانات المتعلقة بتحديد شخصية الموقع.
- عدم الارتباط بين بيانات إصدار التوقيع وبيانات التحقق منه لتأمين صحته .

وقد جعلت المادة المذكور مسئولية جهات التوثيق تقام تلقائيا بمجرد ثبوت عدم صحة التوقيع أو البيانات الواردة بشهادة التوثيق ، ما لم تثبت جهة التوثيق انها لم تهمل و لم ترتكب خطأ في أداء مهمتها .

وكما يتضح فان مسئولية جهات التوثيق هنا هي مسئولية مفترضة ، تقوم على خطأ مفترض وليس خطأ واجب الإثبات من الشخص المضار اثر تعويله على الشهادة الصادرة منها ، طالما كان حسن النية في تعويله على هذه الشهادة ، أي كان يعتقد في صحتها .

والمسئولية المفترضة ذاتها قررتها الفقرة الثانية من المادة السادسة عن الأضرار التي تحدث لمن عَوّل على الشهادة التي تم سحبها و لم تقم جهة التوثيق بتسجيل ذلك ، ما لم تستطع إثبات عدم إهمالها وتقصيرها حيال ذلك .

ويرى اتجاه في الفقه الفرنسى انه لا يكفي لدفع المسئولية المفترضة على كاهل جهة التوثيق أن تقوم بإثبات عدم خطئها ، وإنما يجب أن تثبت أيضا مراعاتها لأصول وقواعد عملها،

---

[101]) وهي التي اسماها التوجيه الاوربي service - provider–Certification

أي أن تنفيذها لأعمالها كان مطابقا لأفضل السبل المعروفة وقت تقديم الشهادة . وهذا يعنى أن التزامها بصدد تقـــديم الشهادات الإلكترونية وان كان التزاما بوسيلة إلا انه التزام مشدد إلى حد ما ([102]) .

ثانيا – جواز تقييد المسئولية :

أجاز التوجيه الأوربي لجهات التوثيق أن تشترط في العقد المبرم بينها وبين من تقدم عنه الشهادة – صاحب شهادة التوثيق – بعض الشروط التي تقيد مسئوليتها عن الأضرار التي تحدث للغير نتيجة تعويله على هذه الشهادة ، سواء فيما تتعلق باستخدام الشهادة ، أو فيما يتعلق بوضع حد أقصى لقيمة المعاملات التي تجرى على أساسها ، أي استنادا إلى هذه الشهادة .

ونصت الفقرة الرابعة من المادة السادسة على أن أثر هذه الشروط المقيدة لمسئولية جهات التوثيق لا يسرى فقط في مواجهة صاحب الشـــــهادة ،وإنما يســـرى أيضا في مواجهة الغير الـــذي يعَوّل على الشهادة ([103]) .

وتجدر الإشارة إلى أن نظام مسئولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تحدث للغير إثـــر اعتماده وتعويله على شهادة صادرة منها سواء فيما يتعلق بتوثيق التوقيع أو بتوثيـــق غـــيره مـــن البيانات والرسائل الإلكترونية ، على الوجه الذي عرضناه يطبق في الوقت الحالي في بعض دول الاتحاد الأوربي وهي التي قامت بالفعل بتنفيذ توجيهات الاتحاد بإصدار القوانين الداخلية التي تنظم التوقيع الإلكتروني ، ومن هذه الدول ألمانيا بإصدارها في عام ٢٠٠١ قـــانون التوقيـــع الإلكتروني .

المطلب الثاني

مسئولية جهات التوثيق وفقا للقانون الإماراتي

---

[102]) راجع في ذلك :

Sylvain Martin , Arnaud Tessalon IKOS, Alain Bensoussan :
- la signature électronique, premiéres réflexions aprés la publication de la directive du 13 . decembre 1999 de la loi du 13 mars 2000 . G.P. 2000 - 1273

[103]) المرجع المشار إليه في الإشارة السابقة .

النصوص المنظمة للمسئولية:

نظم قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ ([١٠٤]) مسئولية جهات التصديق الإلكتروني ، أو مزود خدمات التصديق كما اسماها ، بنصه في الفقرة رقم (٤) من المادة (٢٤) على الآتي : " إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها يكون مزود خدمات التصديق مسئولا عن الخسائر التي يتكبدها .

أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمة التصديق([١٠٥]) ٠

وواضح أن مسئولية مزود خدمة التصديق لا تقوم في القانون الإماراتي إلا إذا كان اعتماد الغير على الشهادة معقولا ، أو كما عبر النص ، تم بصورة معقولة ٠

وفي تقرير ما إذا كان من المعقول لشخص أن يعتمد على الشهادة أو التوقيع الإلكتروني فقد أشارت الفقرة (٢) من المادة (٢١) إلى بعض الاعتبارات التي يرجع إليها لتقرير ذلك ٠

كما وضحت الفقرة الأخيرة من المادة (٢١) الأثر الذي يترتب على الاعتماد غير المعقول على الشهادة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني ، وهو أن يتحمل الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة مخاطر عدم صحة ذلك التوقيع أو الشهادة ، بما يعنى عدم مسئولية مزود الخدمة الإلكترونية في هذه الحالة ٠

من ناحية أخرى فقد حددت الفقرة الأولي من المادة (٢٤) واجبات مزود خدمات التصديق ، كما حددت مضمون العناية المطلوبة منه ، حيث ألزمته بان يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها ٠

---

[104])راجع في نصوص هذا القانون ، محمد حسام لطفي ، الاطار القانوني للمعاملات الإلكترونية - دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مع اشارة خاصة لبعض قوانين البلاد العربية – القاهرة ٢٠٠٢ ٠

[105]) البند (ب) من الفقرة (٤) من المادة (٢٤) كما قررت الفقرة (ا) المسئولية نفسها عن الخسائر التي يتكبدها كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة ٠

وأجازت الفقرة (٥) البند (ا) من المادة (٢٤) لمزود خدمة التصديق استبعاد مسئوليته أو تقيدها باشتراط ذلك في الشهادة الصادرة منه .

وأخيرا حددت الفقرة (٥) بند (ب) طرق إعفاء مزود الخدمة من المسئولية ، والتي تتمثل في الحالتين الآتيتين : -

- إذا اثبت انه لم يقترف أي خطأ أو إهمال .
- إذا اثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه .

وفي ضوء هذه النصوص نحاول فيما يأتي تحديد الإطار العام لمسئولية مزود خدمة التوثيق في القانون الإماراتي عن الأضرار التي تلحق الغير الذي يعَوّل على شهادة التوثيق أو التوقيع الإلكتروني الصادرة منه .

أولا – قيام المسئولية :

يتضح لنا من مراجعة النصوص المنظمة لمسئولية مزود خدمات التصديق في القانون الإماراتي إنها مسئولية خطئية تتطلب أساسا لقيامها صدور خطأ أو إهمال من مزود الخدمة ، ويتضح ذلك من مضمون العناية التي يجب ان يمارسها مزود الخدمة حيال البيانات التي يقدمها بالشهادة ، والتي حددتها الفقرة (ا) (ب) من المادة (٢٤) بالعناية المعقولة . والعناية المعقولة هي العناية الوسط أو المعتادة التي تمارسها جهة توثيق تمثل الاتجاه الغالب أو العام في هذا النشاط أي مجال توثيق شهادات التوقيع الإلكتروني .

ويتأكد هذا التفسير من الفقرة (٥) (ب) من المادة نفسها والتي أعفت مزود الخدمة من المسئولية إذا اثبت انه لم يقترف أي خطأ أو إهمال .

وأعمالا للقواعد العامة في المسئولية المدنية فلا يكفي الخطأ لقيام مسئولية مزود خدمة التصديق ، وإنما يجب أن يترتب على ذلك ضرر يلحق بالغير الذي عَوّل بحسن نية على شهادة التصديق ، مع توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر .

ثانيا – اشتراط معقولية الاعتماد على شهادة التصديق :

تطلبت المادة (٢٤) –٤– ب) من قانون التعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لقيام مسئولية مزود خدمات التصديق عن الأضرار التي تصيب الغير أن يكون هذا الغير قد اعتمد بصورة معقولة ([106]) على الشهادة التي يصدرها مزود خدمات التصديق ، كما قررت المادة (٢١)من القانون نفسه أن للشخص أن يعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة الإلكترونية إلى المدى الذي يكون فيه مثل ذلك الاعتماد معقولا .

وهذا يدفعنا إلى التساؤل عن المقصود بالاعتماد المعقول على الشهادة الإلكترونية ، فمتى يكون الاعتماد عليها معقولا فتقوم مسئولية جهة التوثيق ، ومتى لا يكون معقولا فلا تقوم هذه المسئولية ؟

لم يجب القانون الإماراتي عن هذا التساؤل مباشرة ،ولكن الفقرة رقم (٣) من المادة (٢١) من هذا القانون قررت الآتي :

" لتقرير ما إذا كان من المعقول لشخص ان يعتمد على توقيع أو شهادة يولي الاعتبار إذا كان ذلك مناسبا إلى :

(أ) طبيعة المعاملة المعنية والتي قصد تعزيزها بالتوقيع الإلكتروني .

(ب) قيمة أو أهمية المعاملة المعنية متى كان ذلك معروفا .

(ج) ما إذا كان الشخص الذي أعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة ليقرر مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة .

(د) ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني قد اتخذ خطوات مناسبة للتحقق من ان التوقيع الإلكتروني معزز بشهادة أو كان من المتوقع ان يكون كذلك .

---

[106]) عبر المشرع التونسي عن الاعتماد المعقول بالاعتماد الذي يتم بحسن نية ، وفي ذلك تقرر المادة (٢٢) من القانون رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية :" يكون مزود خدمة المصادقة الإلكترونية مسئولا عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بالفصل ١٨ من هذا القانون ".

(و) ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع أو الشهادة قد عرف أو كان عليه ان يعرف ان التوقيع الإلكتروني أو الشهادة قد عدلت أو الغيت .

(ز) أي عامل أخر ذى صلة ".

وكما يتضح لم يحدد النص مفهوم التوقع المعقول ، كما لم يوضح معياره ، ولكنه أحال إلى بعض الاعتبارات التي في ضوئها تحدد معقولية أو عدم معقولية الاعتماد ، بعض هذه الاعتبارات يرجع للمعاملة المعنية التي قصد تعزيزها بالتوقيع الإلكتروني سواء من حيث قيمتها أو أهميتها ، فلاشك أنه كلما كانت المعاملة كبيرة القيمة أو ذات أهمية خاصة ، كلما تطلب الاعتماد على التوقيع بعض التأني والتدقيق في صحة التوقيع الإلكتروني والمعلومات التي تضمنتها الشهادة الإلكترونية .

وبعض آخر من الاعتبارات التي على ضوئها تتحدد معقولية اعتماد الغير علي الشهادة يرجع إلى موقف الغير شخصيا من هذه الشهادة ، وما إذا كان اقتصر دوره على التسليم بها دون أي خطوات تدقيق وتحرى منه ، وحيث يتصف اعتماده عندئذ بالتسرع ، ومن ثم عدم المعقولية ، أم انه على العكس من ذلك اتخذ خطوات مناسبة تتفق مع ظروف الحال ليقرر من خلالها ما إذا كان يعتمد أو لا يعتمد على شهادة المصادقة ، من ذلك ان يقوم بالتأكد ما إذا كان التوقيع الإلكتروني معززاً بشهادة توثقه أم لا ، وفي حالة وجود شهادة إلكترونية لتعزيز التوقيع الإلكتروني ما إذا كانت هذه الشهادة مازالت قائمة أم الغيت أو سحبت لبطلانها ، أو أوقف العمل بها ([١٠٧]) .

---

[107]) وتجدر الاشارة إلى ان كون التوقيع الإلكتروني معززا بشهادة الكترونية لا يعنى بالضرورة التعويل على صحة هذا التوقيع استنادا إلى الشهادة التي تعززه فقط ، وهذا ما يمكن استخلاصه من الفقرة الثانية من المادة (١٢) من القانون الاماراتي بقولها :" عندما يكون التوقيع الإلكتروني معززا بشهادة ، فان الطرف الذ ى يعتمد على ذلك التوقيع يتحمل نتائج اخفاقه في اتخاذ الخطوات المعقولة اللازمة للتأكد من صحة ونفاذ الشهادة وما إذا كانت معلقة اوملغاة ومن مراعاة اية قيود فيما يتعلق بتلك الشهادة ".

كما يمكن الرجوع في تحديد معقولية أو عدم معقولية الاعتماد على الشهادة أو التوقيع الإلكتروني إلى ما قد يكون هناك من تعامل سابق بين الغير وصاحب الشهادة الذي يرغب في التعامل معه ، وإلى ما قد يوجد بينهما من اتفاق خاص يحدد شروط التعامل بينهما ٠

يمكن الرجوع أيضا إلى العادات والأعراف التجارية السائدة أن وجدت ٠

مما سبق يمكننا القول ان المقصود بمعقولية أو عدم معقولية الاعتماد على شهادة التوثيق الإلكتروني ما هو إلا تحديد لما إذا كان موقف الغير حيال الشهادة هو نفس موقف الشخص المعتاد أم لا ، ففي الحالة الأولي يكون الاعتماد على الشهادة معقولا ، اما إذا كان موقفه لا يتفق مع ما كان يقوم به الشخص المعتاد ، وإنما قصر في ذلك فانه يكون قد اهمل الأمر الذي يجعل من اعتماده على الشهادة غير معقول ، ومن ثم يؤثر في مسئولية جهات التوثيق ، على الأقل في مدى هذه المسئولية ، ما لم يكن تقصيره وإهماله واضحا ومؤثرا إلى الدرجة التي ترتفع به إلى اعتباره السبب الوحيد في الحاق الضرر به عندئذ يمكن اعتباره سبباً أجنبياً معفيا لجهة التوثق من المسئولية ٠

ولعل هذا المعنى هو الذي قصدته الفقرة رقم (٤) من المادة (٢١) بقولها : " إذا كان الاعتماد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة غير معقول في ضوء الظروف المحيطة بالنظر للعوامل المذكورة في الفقرة (٢) من هذه المادة ، فان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني أو الشهادة يتحمل مخاطر عدم صحة ذلك التوقيع أو تلك الشهادة " ٠

ثالثا – معقولية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي :

اشتراط معقولية الاعتماد على الشهادة أو التوقيع الإلكتروني علي الوجه السابق عرضه لا ينطبق على التوقيع الإلكتروني المحي الذي حددته الفقرة الأولي من رقم (٢٠) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي ، فهذا التوقيع ولمجرد كونه محميا يكون الاعتماد عليه معقولا وهذا ما قررته الفقرة الثانية من المادة (٢٠) بقولها :

" على الرغم من أحكام المادة (٢١) من هذا القانون ، وما لم يثبت العكس ، يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي معقولا " ٠

وكما يتضح فان معقولية الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمي ([108]) يمثل مجرد قرينة بسيطة ، إذ يجوز هدم هذه القرينة بإثبات عكسها ، أي إثبات أن التوقيع الإلكتروني ، وعلى الرغم من كونه محمياً ، فقد احاطته من الظروف ما تجعل الاعتماد عليه لا يكون معقولا ويقع عبء هذا الإثبات على من يدعيه ، أي على جهة التوثيق التي ترغب في التحلل من مسئوليتها تجاه الغير الذي اعتمد على التوقيع الإلكتروني المحمي .

رابعا – تقصير الموقع واثر ذلك على مسئولية جهة التوثيق :

لم يعف القانون الإماراتي صاحب التوقيع الإلكتروني من كل المسئولية في حالة تقصيره وإهماله تجاه ما يفرضه عليه القانون من واجبات يتعين مراعاتها حيال التوقيع الإلكتروني.

لذلك ، وبعد أن حددت الفقرة الأولي من المادة (٢٢) الواجبات القانونية التي تقع على الموقع لضمان عدم استخدام أداة توقيعه استخداما غير مأذون، قررت الفقرة الثانية من المادة المذكورة مسئولية الموقع عن تقصيره حيال هذه الواجبات .

أما الواجبات التي تقع على الموقع وحسب صياغة الفقرة الأولي فهي :

(أ) أن يمارس عناية معقولة لتفادى استخدام أداة توقيعه استخداما غير ماذون.

(ب) أن يخطر الأشخاص المعنيين بدون تأخير غير مبرر وذلك في حالة : معرفة الموقع بان أداة توقيعه تعرضت لما يثير الشبهة في درجة امانها.

---

[108]) حددت الفقرة الأولي من المادة (٢٠) التوقيع الإلكتروني المحمي بقولها : " يعامل التوقيع على انه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين من ان التوقيع الإلكتروني كان في الوقت الذي تم فيه :

١) ينفرد به الشخص الذي استخدمه .

ب) ومن الممكن ان يثبت هوية ذلك الشخص .

ج) وان يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه او وسيلة استعماله وقت التوقيع .

د) ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به أو بطريقة توفر تأكيدا يعَوّل عليه حول سلامة التوقيع بحيث إذا تم تغيير السجل الإلكتروني فان التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي .

(ج) أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات وتصريحات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة فترة سريانها وذلك في الحالات التي تستلزم فيها أداة التوقيع استخدام شهادة.

نستخلص مما سبق أن تقصير الموقع المتمثل في إخلاله بالواجبات التي فرضتها عليه المادة (٢٢) من القانون الإماراتي ، يمكن أن يخفف من مسئولية مزود خدمة التصديق إذا توافرت في هذا التقصير شروط السبب الأجنبي ، بصفة خاصة عدم إمكان توقعه ودفعه من مزود خدمة التصديق ([١٠٩]) .

خامسا – شروط تقييد المسئولية والإعفاء منها :

أجاز القانون الإماراتي في المادة رقم (٢٤/٥) لمزود الخدمة ان يدرج في الشهادة الإلكترونية بيانا يفيد نطاق ومدى المسئولية التي يتحملها تجاه أي شخص ذى صلة ، فهذا النص يشير إلى جواز تقييد مسئولية مزود الخدمة عن طريق البنود الاتفاقية التي يدرجها بشهادة التوثيق والتي تستمد قوة إلزامها من الاتفاق عليها ، إذ الأصل العام هو جواز تقييد المسئولية أو الإعفاء منها طالما تم ذلك بالاتفاق بين ذوى الشأن .

---

[109]) راجع في الشروط العامة التي يجب توافرها في السبب الاجنبى للإعفاء من المسئولية ، مؤلفنا في المسئولية المدنية والاثراء دون سبب ، دراسة للمصادر غير الإرادية للالتزام وفقا للقانون المدني الكويتي ، مؤسسة دار الكتب الكويت ١٩٩٥ ، ص ١٩٢ وبعدها .والموقف نفسه ، أي جعل تقصير الموقع واخلاله بالتزاماته من أسباب دفع مسئولية مزود خدمة التصديق ، اخذ به المشرع التونسى ، فبعد ان ألزمت المادة السادسة من القانون رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ ، في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية ، الموقع – أي كل من يستعمل منظومة إمضاء الكتروني – بمراعاة بعض الاحتياطات والواجبات بصدد التوقيع الصادر منه ، قررت المادة السابعة تحمل صاحب الامضاء مسئولية الأضرار اللاحقة بالغير نتيجة اخلاله بالالتزامات المنصوص عليها في المادة السادسة . وفي المعنى نفسه نصت المادة (٢١) من القانون المذكور على ان صاحب الشهادة يكون هو المسئول الوحيد عن سرية وسلامة منظومة احداث التوقيع التي يستعملها ، وان كل استعمال لهذه المنظومة يعتبر صادرا منه .كما قررت الفقرة الثالثة من المادة (٢٢) من القانون نفسه عدم مسئولية مزود خدمة المصادقة الإلكترونية عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها أو شروط احداث امضائه الإلكتروني .

وشروط أو بنود تقييد المسئولية تتخذ العديد من الصور ، فبعضها يتعلق بوضع حد أقصى للمسئولية ، أي لمبلغ التعويض الذي يلتزم به مزود خدمة التصديق ، لا يتجاوزه ، أيا كانت قيمة الضرر الذي أصاب الغير ، وبعضها يتعلق بالمعاملات التي تستخدم فيها شهادة التوثيق ، والتي يسأل عنها مزود الخدمة ويستبعد مسئوليته عما عداها .

وجواز تقييد المسئولية في القانون الإماراتي ، وكما يتضح من النص ، جاء عاما غير مقيد وغير مقصور على حالة دون أخرى .

ويلاحظ ان نص المادة (٢٤) فقرة (٥) أجاز إعفاء مزود الخدمة من المسئولية عن أي ضرر ، الأمر الذي يفهم منه انه أجاز ليس فقط تقييد مسئولية مزود خدمة التصديق الإلكتروني ،وإنما أجاز أيضا الإعفاء من هذه المسئولية كلية . ونعتقد ان هذا الإعفاء الكامل من المسئولية قد لا يكون في صالح تشجيع التعاملات الإلكترونية وبث روح الثقة فيها بصفة خاصة في مراحلها الأولى التي هي عليها الآن.

خاتمـــــــــة

تناولت دراستنا موضوعين رئيسيين من الموضوعات المهمة والحديثة التي تثيرها التعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة . يتعلق الموضوع الأول من هذين الموضوعين بتوثيق التعاملات الإلكترونية ، تلك التعاملات التي شاع اللجوء إليها في وقتنا الحاضر بسبب سهولتها وسرعتها ، إضافة إلى تقليلها لنفقات إنجازها إلى حد كبير .

وتظهر أهمية وضرورة توثيق التعاملات الإلكترونية إلى طبيعة هذه التعاملات وكونها تتم عن بعد وبين أطراف قد لا يعرف بعضهم البعض الآخر ، الأمر الذي يلح على ضرورة التأكد مسبقا وقبل إجراء هذه التعاملات من حقيقة مضمونها ومع من تتم ، ومدى جديتها وسلامتها وخلوها من الغش والاحتيال .

ولاشك ان الكتابة الخطية التقليدية والتوقيع عليها يدويا تقوم بهذا الدور في توثيق المعاملات في صورتها التقليدية ، أما بالنسبة للتعاملات الإلكترونية ، وحيث لا وجود للمستندات المكتوبة والمذيلة بتوقيع محررها ، فقد لزم الأمر البحث عن وسيلة تقوم بذات دور التوثيق الذي تقوم به الكتابة والتوقيع في صورتيهما التقليديتين . ووجد العمل الإلكتروني ضالته في المستندات والوسائط الإلكترونية الموثقة بالتوقيع الإلكتروني الذي أخذ في صورته الحديثة شكل التوقيع الرقمي ، والذي يتم توثيقهما بطريقة إلكترونية أيضا عن طريق شهادات توثيق تصدرها جهات مختصة بذلك هي جهات توثيق التعاملات الإلكترونية ، والتي تعرف بمزودى خدمات التوثيق الإلكتروني ، فاستناداً إلى شهادات التوثيق هذه وما تبثه من ثقة وآمن في نفوس المتعاملين يتم تعاملهم إلكترونيا .

أما الموضوع الثاني الذي تناولته هذه الدراسة فيتعلق بمسئولية جهات التوثيق الإلكتروني عن الأضرار التي تصيب الغير الذي يتعامل الكترونيا معوّلا بحسن نية على صحة شهادات التوثيق التي تصدرها هذه الجهات ، هذه المسئولية التي تعتبر المقابل الضرورى للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني والمستندات الإلكترونية ، ومنحهما حجية كاملة في الإثبات تماثل حجية نظيريهما من الكتابة والتوقيع التقليديين.

وقد رأينا ان القواعد العامة في المسئولية المدنية ، سواء التعاقدية أو التقصيريه ، لا تكفي لإضفاء الحماية الكاملة للمتعاملين في التجارة الإلكترونية وغيرها من التعاملات التي تتم بالطريقة نفسها ، أي إلكترونيا ، وتبين لنا ذلك واضحاً من خلال عرضنا لموقف كلا من القانون الإنجليزي والقانون الألماني .

وقد دفع عدم كفاية القواعد العامة في المسئولية المدنية لإضفاء الحماية اللازمة للغير تجاه جهات التوثيق الإلكتروني إلى ظهور قواعد خاصة تطبق على مسئولية هذه الجهات ، وقد تعرضنا من تطبيقات هذه المسئولية الخاصة ، لموقف التوجيه الأوربي ، كما عرضنا للمسئولية التي قررها القانون الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية .

وإذا كان المشرع في بعض الأنظمة القانونية قد تدخل ووضع إحكاما خاصا تنظم مسئولية جهات التوثيق ومزودى خدمات التوثيق فلاشك إن ذلك يعد خطوة محمودة ، ولكننا نعتقد ان ذلك لا يكفي لاضفاء الحماية القانونية الكاملة على التعاملات الإلكترونية ، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية ، والتي تتصف بالعالمية وليس فقط المحلية الأمر الذي يستوجب وضع أنظمة قانونية دولية أو عالمية تلتزم بها الدول جميعا في شكل اتفاقيات دولية .

من ناحية أخرى ، ونظرا لجسامة الأضرار التي تترتب على التعاملات الإلكترونية والتي قد تعجز جهات التوثيق عن حملها ، وما قد يؤدى إليه ذلك من عدم الإقبال على توثيق التعاملات الإلكترونية ، فإننا نرى في نظام التأمين عن المسئولية الملاذ المأمول لهذه الجهات ، بل ونقترح أن يكون هذا التأمين إجبارياً إمعانا في بث الثقة في هذه المعاملات ، وتشجيعاً لها على الزيوع والانتشار .

والله ولي التوفيق

مسئولية البنك الجنائية
عن جرائم غسل الأموال

المستشار زغلول محمود البلشي
نائب رئيس محكمة النقض المصرية
المحاضر بمعهد التدريب والدراسات القضائية بأبوظبي

١- تمهيد :

إن أخطر الجرائم ، وأشدها فتكاً بالمجتمعات كانت ، ومازالت ، وستبقى ترتكب سعياً وراء تحقيق الربح ، ومبادرات مكافحة غسل الأموال تهدف الى الحد من توفير الأسواق التي يمكن فيها انفاق عوائد الجريمة واستثمارها والاستمتاع بها. ذلك بأن العوائد والأرباح الناتجة عن الجريمة تسهم في المزيد من تعزيز نمو النشاط الاجرامي، بحيث يشمل العنف والفساد والدمار الاجتماعي والتكاليف الوطنية المتزايدة ، وانهيار النسيج الاجتماعي، ونسف القيم السليمة[1].

وقد تزايدت في الآونة الأخيرة وتصاعدت المخاوف من ظاهرة غسل الأموال وذلك لارتباطها الوثيق بأخطر الجرائم، وأشدها تدميراً للمجتمعات، وهي جرائم الاتجار في المخدرات والمؤثرات العقلية، والاتجار بالرقيق الأبيض، وجرائم الخطف والقرصنة والارهاب، والاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر، وجرائم الرشوة والاختلاس، وجرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها.

وتؤكد الاحصائيات والتقارير الاقتصادية أن ظاهرة غسل الأموال تتصاعد بشكل مخيف في ظل العولمة الاقتصادية، وشيوع التجارة الاليكترونية، حيث يتم الغسيل الاليكتروني في دقائق أو

(١) مايكل ماكدونالد . غسل الأموال – قضية دولية – سلسلة محاضرات الامارات (٦٠) مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية .

ثوان معدودة من أجل الاسراع في اخفاء هذه العمليات الاجرامية وقدر خبراء الاقتصاد المبالغ التي يتم غسلها سنوياً بترليون دولار وهو ما يعادل ١٥% من اجمالي قيمة التجارة العالمية.

ومن الدول التي ينتشر فيها الفساد بكثرة ، روسيا ، وأشهر قضية غسل أموال فيها كان بطلها زوج ابنة الرئيس الروسي " يلتسن " حيث أشارت التقارير الاقتصادية الى أنه قام بسرقة عشرة مليارات دولار من القروض الدولية الممنوحة لروسيا وقام بغسلها في بنك " أوف نيويورك الأمريكي " وكشفت التحقيقات الى أن البنك المذكور قام بتحويل هذه الأموال المسروقة الى عشرات البنوك في العالم ومن بينها بنوك في روسيا[1] .

وترجع بعض التقارير تزايد عمليات غسل الأموال الى عدة أسباب منها الفصل بين الجريمة الأصلية وجريمة غسل الأموال ، واستغلال الثغرات في القوانين وأنظمة المكافحة ، والاتجاه نحو التحويلات وحركة الأموال السريعة عبر الحدود ، ومساعدة المحترفين من ذوي المهارات العالية في عمليات البنوك وغسل الأموال في ظل تصاعد ثورة المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات، وغياب الشفافية في التعاملات التجارية في كثير من دول العالم .

ومع تزايد المخاوف من انتشار هذه الظاهرة الخطيرة ، وآثارها السلبية المدمرة على كافة نواحي الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية ، والتي باتت تثير قلق العالم ، بذل المجتمع الدولي جهوداً كبيرة لمكافحة هذه الظاهرة ، منها اتفاقية " فيينا " سنة ١٩٨٨ لمكافحة الاتجار غير المشروع في الاتجار والمخدرات والمؤثرات العقلية والتي انضمت اليها دولة الامارات العربية المتحدة بموجب المرسوم الاتحادي رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠ الصادر بتاريخ ٣ من مايو سنة ١٩٩٠ ، واعلان المبادئ الصادر عن لجنة " بازل " سنة ١٩٨٨ والذي حظر استخدام البنوك للأنشطة الاجرامية لأهداف تتعلق بغسل الأموال ومنع المعاملات التجارية ذات الخلفية الاجرامية وخاصة الناتجة عن عمليات غسل الأموال والمساهمة في اكتشاف ومنع هذه المعاملات .

(1) Http / WWW.al-wair.org/home/issue/178/htm/178wog.htm

واتفاقية مجلس التعاون الأوربي المتعلقة بمكافحة عمليات غسل الأموال في "ستراسبورج" سنة ١٩٩٠، وتوصيات منظمة الـ " FATF " [١] واعلان كنجستون .

واستجابة لهذه النداءات الدولية ، أصدر العديد من الدول قوانين وتشريعات متكاملة لمكافحة ظاهرة غسل الأموال ، لعلها تنجح في القضاء عليها أو الحد منها .

وشهد عام ١٩٩٤ تحركاً عربياً مشتركاً في هذا المجال تمثل في الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والتي جرمت تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها متحصلة من أية جريمة.

وأصدرت دولة الامارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال .

ولما كانت البنوك تستغل عادة في عمليات غسل الأموال ، باتباع أساليب عدة منها ان يتم تجزئة مبلغ كبير الى مبالغ صغيرة نسبياً ثم ايداعها في حسابات مصرفية حتى لاتثير الشبهة ، أو أن يتم التواطئ مع موظفي البنك لتسهيل عملية الغسيل ، أو عن طريق التحويلات بواسطة البنوك ، وشراء الأدوات النقدية كالشيكات المصرفية والسياحية واستغلال الوسائل الاليكترونية في التحويلات والايداعات ، أو خلق شركات وهمية يتم التعامل مع البنوك من خلالها .

وعلى الرغم من كثرة الطرق والأساليب المستخدمة في عمليات غسل الأموال ، الا أن التحويلات المالية عن طريق البنوك هي الأكثر شيوعاً في تلك العمليات . ولذلك وضع المصرف المركزي في دولة الامارات العربية المتحدة نظاماً صارماً من الاجراءات لمواجهة غسل الأموال، مساهمة منه في الجهود الدولية لمواجهة احتمال غسل الأموال باستغلال البنية التحتية المصرفية

(١) أصدرت منظمة الـ " FATF " أربعين توصية لمسودة اتفاقية شاملة لمكافحة غسل الأموال بين الدول الأعضاء ، وتقوم هذه التوصيات على ثلاثة مبادئ هي الوقاية والكشف والعقوبات . وفي عام ١٩٩٦ أصدرت اللجنة المذكورة تعديلات على توصياتها الأربعين لضبط اتجاهات غسل الأموال العالمية وتطوراتها في قطاعات التقنيات بما في ذلك المعاملات المصرفية من خلال الانترنت وجرائم الانترنت .

والمالية الممتازة المتوفرة في دولة الامارات ، بحيث لايسمح للبنوك والمؤسسات المصرفية بفتح حسابات سرية أو وهمية ، وأوجب التحقق من هوية العملاء عند فتح الحساب[1] .

كما وضع المصرف المركزي نظاماً للافصاح عن المبالغ النقدية عند ادخالها الى دولة الامارات العربية المتحـــدة بتاريخ ٢٠٠٢/١/٢٦[2] والتعميم رقم ١٤ لسنة ١٩٩٣ بتاريخ ١٩٩٣/٦/٣٠

(١) وقد جاء في هذا النظام أن المصرف المركزي يشعر بأن عليه مديد العون ضمن حدود التشريعات القانونية في الدولة الى الجهات الرقابية الدولية المسئولة عن مواجهة غسل الأموال ، وأن دولة الامارات تعتبر أنه من الأهمية بمكان التأكد من أن الأموال المتأتية عن طريق نشاطات بمخالفة القوانين في الخارج لايتم تمريرها من خلال نظام الدفع بين البنوك في الدولة لصالح أولئك المجرمين بغض النظر عن مكان حصول الجريمة ، مسترشداً في ذلك بالتوصيات الأربعين الصادرة عن منظمة ال " FATF " وتطبق هذه الاجراءات على البنوك والصرافات وشركات التمويل والمنشآت المالية الأخرى العاملة في الدولة وتشمل كذلك أعضاء مجالس الادارات والموظفين في هذه المنشآت المالية وتطبق كذلك على الفروع والشركات التابعة للمنشآت المالية المؤسسة في دولة الامارات والعاملة خارج الدولة اذا كانت الدول تعمل بها هذه الفروع والشركات التابعة لاتطبق أي اجراءات أو تطبق اجراءات أقل منها .

وحدد النظام الوثائق المطلوبة عند فتح الحسابات المصرفية ، كما حدد الطرق والأساليب التي يحتمل ان غسل الأموال باتباعها ، وهي المعاملات المصرفية التي تتم نقداً ، وحسابات العملاء ، والتعاملات ذات الصلة بالاستثمار ، والمعاملات المصرفية والمالية الدولية ، والقروض المضمونة ، وغير المضمونة ، وعن طريق الخدمات المصرفية الاليكترونية . وألزم النظام الصادر عن المصرف المركزي جميع البنوك والصرافات والمنشآت المالية الأخرى وأعضاء مجالس ادارتها ومدرائها وموظفيها باخطار وحدة مواجهة غسل الأموال والحالات المشبوهة عن أي معاملة مالية غير عادية تستهدف غسل الأموال .

(٢) حدد هذا النظام الحد المسموح بادخاله دون الافصاح عنه بمبلغ ٤٠,٠٠٠ درهم وما زاد على هذا الحد فانه يجب الافصاح عنه على النموذج المعد لذلك . وينطبق الحد المذكور على الشخص الذي يبلغ من العمر ١٨ سنة فما فوق ، أما الذين لاتزيد أعمارهم عن ١٨ سنة فالأموال النقدية التي بحوزتهم يجب أن تضاف الى الحد المسموح به لولي أمرهم . أما الأموال النقدية وشيكات المسافرين الواردة عن طريق الشحنات أو الطرود البريدية أو الطرود المنقولة بواسطة شركات خدمات النقل لصالح بنوك أو صرافات أو منشآت أخرى فيجب ملئ النموذج المعد لذلك . على أن يتم تحويل هذه النماذج الى الجهات المختصة حيث يتم الاحتفاظ بها فترة محددة ، واذا لم يتم الافصاح فعلى ضباط الجمارك التحري عن أسباب ذلك ، واذا لم تكن تلك الأسباب مقنعة يتم ضبط المبالغ وتحويلها الى النائب العام لاتخاذ الاجراءات القانونية ضد الشخص المعني وفقاً للمادة (١٨) من القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال . وأوجب على مسئولي الجمارك ابلاغ وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي عن الحالات المشبوهة .

بشأن الشيكات المرتجعة والحسابات الجارية، وحسابات التوفير، والحسابات تحت الطلب[1].

٢- غسل الأموال
ظاهرة خطيرة تستحق المواجهة

تمثل الجرائم الاقتصادية في عصرنا الحالي تحدياً خطيراً لكافة الدول المتقدمة منها والنامية حيث تتجاوز مجرد التأثير المباشر للجريمة العادية في المجتمع، الى تهديد الأمن القومي للدول، لما لهذه الجرائم من انعكاسات سلبية على التنمية، ولما تحدثه من تهديد للاستقرار الاجتماعي والاقتصادي والتأثير على القيم والمبادئ الراسخة في المجتمعات[2].

وتهدف الغالبية من المجرمين الى جني الأموال ، ولما كانت هذه الأموال متحصلة من الجرائم فانها تعتبر أموالاً غير مشروعة ودائماً ما تتعرض للمصادرة ، وعمليات غسل الأموال هي محاولة اخفاء مصادر هذه الأموال حتى يتمكن المجرمون من استثمار هذه الأموال والتمتع بها .

وترتبط ظاهرة غسل الأموال ارتباطاً وثيقاً بأخطر الجرائم، وأشدها فتكاً بالمجتمعات، ولذلك فهي تثير قلق العالم ، وتحتل في الآونة الأخيرة أهمية خاصة ومتزايدة ، وذلك للأسباب الآتية :

أولاً :

إن ظاهرة غسل الأموال تتخذ في الغالب صورة الاجرام المنظم، وهو اجرام يتسم بخطورة شديدة، ويرتكب على نطاق واسع بامكانيات كبيرة ، وآثاره خطـــيرة على المجتمعات، ولذلك

---

(١) حظر هذا التعميم فتح الحسابات الجارية لغير المقيمين عدا البنوك غير المقيمة. وفي حالة فتح حسابات توفير وحسابات تحت الطلب للمقيمين ولغير المقيمين يجب على البنك توفير شيكات الكاونتر وبطاقات الصرف الآلي لصاحب الحساب ، ولايصرح بدفتر الشيكات لمثل هذه الحسابات. وأوجب التعميم على البنوك أن تحصل على كافة المعلومات والوثائق الضرورية عند فتح الحسابات الجارية وحسابات التوفير والحسابات تحت الطلب، كما أوجب على البنوك أن تحتفظ بكافة المعلومات والوثائق المتعلقة بالأشخاص الاعتبارية، وعدم فتح الحسابات للجمعيات ما لم تبرز نسخة من قرار الاشهار الصادر من وزير العمل والشئون الاجتماعية .

(٢) د. عاكف يوسف صوفان. الانماط المستحدثة لعمليات غسل الأموال وسبل مكافحتها . بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة خلال الفترة من ٢١-٢٠٠٢/١/٢٢ – الادارة العامة لشرطة الشارقة.

فان مواجهة هذه الظاهرة ومكافحتها والحد منها ، هي في نفس الوقت مكافحة لنوع خطير من أنواع الاجرام ، وهو الاجرام المنظم الذي بدأ يتخذ شكل الظاهرة هو الآخر [1] .

ثانياً :

ان مكافحة ظاهرة غسل الأموال تتضمن في الوقت ذاته مكافحة الجرائم الأصلية التي نتجت عنها الأموال التي يجري غسلها وهي من أخطر أنواع الجرائم ، فضلاً عن حرمان الجاني من ثمرة جريمته بمصادرة تلك الأموال والمتحصلات .

ثالثاً :

ان ظاهرة غسل الأموال ترتبط ارتباطاً وثيقاً بظاهرة الارهاب – آفة العصر – التي لاتعرف حدوداً ، ولاترتبط بفكر محدود ، ولابدين معين ، ولا بأي شئ من القيم الانسانية التي عرفها البشر منذ بدء الخليقة . ولاشك ان مكافحة عمليات غسل الأموال تساهم في مكافحة ظاهرة الارهاب وحرمانها من مصادر تمويلها ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فان كثيراً من الأموال التي يتم غسلها تأتي من عمليات ارهابية ، ومن ثم فان مكافحة غسل الأموال تمنع التمويل عن الارهاب ، وتحرم الارهاب الذي يحصل على الأموال من عمليات ارهابية من استثمار ناتج جرمه ، أي أنها تؤدي الى مكافحة مزدوجة ، وهذه المكافحة المزودجة ، أو النتيجة المزدوجة تؤثر تأثيراً كبيراً في مكافحة ظاهرة الارهاب التي احتار العالم فهمها ودوافعها من ناحية ، وايجاد الحلول لها من ناحية أخرى [2] .

---

(١) في تعريف الجريمة المنظمة . راجع المادتان ١ ، ٢ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمدة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٥ في دورتها ٥٥ بتاريخ ٢٠٠٠/١١/١٥ .

(٢) د . محمود كبيش – محاضرة في الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين في ديسمبر سنة ١٩٩٧ تحت عنوان المواجهة الجنائية لغسيل الأموال .

٣- جريمة غسل الأموال
في القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢
في شأن تجريم غسل الأموال

ان غسل الأموال، واستخدام عائدات الجرائم، بات جريمة مستقلة، قائمة بذاتها، لها أركانها وعناصرها الخاصة، فلم تعد تختلط بغيرها من الجرائم، وان كانت تعتبر من الجرائم التبعية التي تفترض وقوع جريمة أصلية نتجت عنها الأموال والمتحصلات محل جريمة الغسل [١] .

وسوف نعرض فيما يلي لتعريف غسل الأموال كجريمة قائمة بذاتها ، مستقلة عن غيرها من الجرائم ، ثم نعرض من بعد للأركان المكونة لها طبقاً لأحكام القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال .

٣-١ : تعريف غسل الأموال :

لايوجد تعريف متفق عليه دولياً لعمليات غسل الأموال ، فقد عرفها البعض بأنها عبارة عن نشاط يتمثل في استخدام وسائل متعددة ومتباينة ذات طبيعة مالية يقصد بها اضفاء صفة المشروعية على أموال ذات أصل مشبوه ، وذلك لاستخدام هذه الأموال في عمليات استثمارية أو في عمليات ايداع أو في عمليات تمويل أو في عمليات شراء عقارات [٢] .

وعرفتها المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية التي اعتمدها المؤتمر السادس في جلسته العامة المنعقدة في "فيينا" بتاريخ ١٩٩٨/١٢/١٩ .

---

(١) د . سليمان عبد المنعم . مسئولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة – ظاهرة غسيل الأموال . طبعة ١٩٩٩ ص١١٣ .

(٢) د . علي قاسم . محاضرة في الندوة العلمية لمركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين في ديسمبر سنة ١٩٩٧ تحت عنوان المواجهة الجنائية لغسيل الأموال .

بأنها الأعمال التي من شأنها تحويل الأموال أو نقلها مع العلم بأنها مستمدة من أية جريمة من جرائم المخدرات أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم ، بهدف اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال ، أو قصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجريمة أو الجرائم ، على الافلات من العواقب القانونية لأفعاله ، وكذلك اخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصادرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من جريمة أو جرائم المخدرات أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة أو الجرائم .

وعرفها البعض بأنها عملية تدوير للأموال غير المشروعة تساعد العصابات الاجرامية على اخفاء وستر وتمويه المصدر الحقيقي غير المشروع لهذه الأموال [1] أو هي عمليات يقوم بها ناشطي الاجرام في محاولة لاخفاء أعمالهم الغير قانونية لتمكنهم فيها بعد بالتمتع بالأموال التي جنيت من غير أن تتعرض مصادر أموالهم لأي خطر.[2]

وعرفها القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال في مادته الثانية بأنها تحويل الأموال المتحصلة من أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من ذات المادة – أو نقلها أو ايداعها بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها ، واخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو بطريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها ، واكتساب أو حيازة أو استخدام تلك المتحصلات .

والـــجرائم المنصوص عليها في البند (٢) هي جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية ، والخطف والقرصنة والارهاب والجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون البيئة ، والاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر .

---

(١) مدحت الخراش . ملتقى الفكر المستنير htt:/ishraqa.com/art.asp. AID=96

(٢) النشرة الاقتصادية الصادرة عن وزارة المالية بدولة الكويت .العدد الثالث نوفمبر ٢٠٠٠ ص٤ .

وجرائم الرشوة والاختلاس والاضرار بالمال العام ، وجرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها ، وأية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها .

وعرفت المادة (١) من نظام اجراءات مواجهة غسل الأموال الصادر به التعميم رقم ٢٤/٢٠٠٠ بتاريخ ١٤/١١/٢٠٠٠ – غسل الأموال بأنه يعني كل معاملة مصرفية هدفها اخفاء أو تغيير هوية الأموال المتحصلة بطرق غير قانونية وذلك لكي تظهر على أنها نابعة من مصادر شرعية وهي غير ذلك .

واعتنقت منظمة الفافت " FATF " التي أسستها مجموعة السبع في باريس ، ذات التعريف الوارد في المادة الثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية آنف البيان .

ويمكن القول أنه لايوجد تعريف متفق عليه دولياً لعمليات غسل الأموال ، وان اتفق بصفة عامة على أنه تلك العمليات التي يتم بمقتضاها تسجيل العمليات الناتجة عن العمليات ذات النشاط الاجرامي داخل النظام المالي ، بحيث يصعب التعرف على المصادر الأصلية لهذه الأموال ، ومن ثم يمكن انفاقها واستثمارها في أغراض مشروعه ، أو هي عملية تدوير الأموال غير المشروعة مما يساعد العصابات الاجرامية على اخفاء وستر وتمويه المصدر الحقيقي غير المشروع لهذه الأموال .

٣-٢ : أركان جريمة غسل الأموال :

نصت المادة (٢) من القانون الاتحادي ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال على أن "١- يعد مرتكباً جريمة غسل الأموال كل من أتى عمداً 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 ايداعها بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها .

ب- اخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات ، أو مصدرها ، أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها . ج- اكتساب أو حيازة أو استخدام تلك المتحصلات .

٢- لأغراض هذا القانون تكون الأموال هي المتحصلة من الجرائم الآتية : أ- المخدرات والمؤثرات العقلية . ب- الخطف والقرصنة والارهاب . ج- الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام قانون البيئة . د- الاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر . هـ- جرائم الرشوة والاختلاس والاضرار بالمال العام . و- جرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها . ز- أية جرائم أخرى ذات الصلة والتي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها " .

ومفاد هذا النص ان جريمة غسل الأموال جريمة عمدية ، وكأية جريمة عمدية أخرى لها ركناها المادي والمعنوي .

٣-٢-١: الركن المادي :

من المسلم به أنه لاجريمة بدون ركن مادي ، لأنه المظهر الخارجي لها ، وبه يتحقق الاعتداء على المصلحة المحمية قانوناً ، وعن طريقة تقع الأعمال التنفيذية للجريمة . من أجل هذا فان التحقيق من توافر الركن المادي هو الشرط الأساسي للبحث في مدى توافر الجريمة من عدمه .

وطبقاً لنص المادة (٢) من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال سالفة الذكر ، يتخذ الركن المادي لجريمة غسل الأموال ثلاث صور من السلوك تهدف جميعها الى تضييق الخناق على كافة الأشخاص المرتبطين بعملية الغسيل هي :

٣-٢-١-١ الصورة الأولى : تحويل أو نقل أو ايداع

وتتمثل هذه الصورة في تحويل أو نقل أو ايداع عائدات احدى الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من قانون تجريم غسل الأموال وهي جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، والخطف والقرصنة والارهاب وجرائم البيئة والاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر،

وجرائم الرشوة والاختلاس والاضرار بالمال العام وجرائم الاحتيال وخيانة الأمانة وما يتصل بها، وأية جرائم أخرى ذات الصلة تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها، وذلك بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لهذه العائدات أو بقصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجرائم على الافلات من العقاب. ولهذه الصورة أهمية في مكافحة غسل الأموال وملاحقة المصرف الذي يقوم بالتحويل ولو تم هذا التحويل لصالح مصرف ثان يقع في دولة أخرى.

٣-٢-١-٢ الصورة الثانية : الاخفاء أو التمويه

وتتمثل في اخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها ، وتبدو هذه الصورة ملائمة لملاحقة الوسائل المتطورة والتقنيات المصرفية بالغة التعقيد التي تساهم على نحو أو آخر في عملية غسل الأموال وتيسر لها دون أن تندرج تحت الصورة الأولى .

٣-٢-١-٢-١ الإخفاء :

وهو يشمل كل عمل من شأنه منع كشف الحقيقة للمصدر غير المشروع ، وبأي شكل وبأية وسيلة ، سواء كان هذا الاخفاء مستوراً أو علنياً ، فلاعبرة بكون الاخفاء قد جرى سراً ، كما لايهم سبب الاخفاء ، فيتوافر فعل الاخفاء ولو كان بطريقة مشروعة كشراء الشئ المتحصل عن الجريمة ، أو اكتساب الأموال غير المشروعة بطريق الهبة أو الوديعة أو المعاوضة أو الاجارة أو غير ذلك [1] .

(١) نادر عبد العزيز شافي – تبييض الأموال – ص٤٤ .

٣-٢-١-٢-٢ التمويه :

ويقصد به اصطناع مصدر مشروع غير حقيقي للأموال غير المشروعة ، كادخال هذه الأموال في صلب الأرباح الناتجة عن احدى الشركات القانونية ، فتظهر هذه الأموال وكأنها أرباح مشروعة ناتجة عن النشاط المشروع للشركة القانونية [١]

٣-٢-١-٣ محل الجريمة أو محل الاخفاء أو التمويه :

محل الجريمة الذي يرد عليه السلوك المادي بصورة الثلاث يشمل الأموال والمتحصلات الناتجة عن أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال ، ويقصد بالأموال الأصول أياً كان نوعها ، مادية كانت أم غير مادية ، منقولة أو ثابتة وكذلك المستندات القانونية أو الصكوك التي تثبت تملك هذه الأصول أو أي حق متعلق بها .

أما المتحصلات فهي أية أموال ناتجة بطريق مباشر أو غير مباشر عن ارتكاب أية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من قانون تجريم غسل الأموال . ويسمح هذا التعبير باستيعاب كل صور المتحصلات دون قصرها على الأموال النقدية أو المنقولة فقط .

٣-٢-٢ الركن المعنوي أو القصد الجنائي :

نصت المادة ٣٨ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ على أن " يتكون الركن المعنوي للجريمة من العمد أو الخطأ . ويتوفر العمد باتجاه ارادة الجاني الى ارتكاب فعل أو الامتناع عن فعل متى كان هذا الارتكاب أو الامتناع مجرماً قانوناً وذلك بقصد احداث نتيجة مباشرة أو أية نتيجة أخرى مجرمة قانوناً يكون الجاني قد توقعها . ويتوفر الخطأ اذا وقعت النتيجة الاجرامية بسبب خطأ الفاعل سواء كان هذا الخطأ اهمالاً أم عدم انتباه أم عدم احتياط أو طيشاً أو رعونه أم عدم مراعاة القوانين أو اللوائح أو الأنظمة أو الأوامر " .

---

(١) نادر عبد العزيز شافي – المرجع السابق ص٤٥ .

ويمثل القصد الجنائي أكثر العناصر تعقيداً في المجال الجنائي باعتباره متصلاً بالحالة الذهنية التي كان عليها الجاني حين أقدم مختاراً على اتيان الفعل المؤثم قانوناً . وهو أدخل الى العوامل الشخصية التي يتعين تمييزها عن العوامل الموضوعية التي تعكس مادية الفعل ، أو الأفعال التي ارتكبها، والتي يمكن الرجوع اليها وتقييمها ، كاشفاً عادة عما عناه منها وقصد اليه من وراء مقارفتها. فالفرق بين الجريمة العمدية وغير العمدية ، دائر أصلاً حول النتيجة الاجرامية التي أحدثتها، فكلما أرادها الجاني وقصد اليها ، موجهاً جهده لتحقيقها ، كانت الجريمة عمدية، فاذا كان احداثها غير مقصود ، بأن كان لايتوقعها أو ساء تقديره بشأنها ، فلم يتحوط لدفعها ليحول دون بلوغها ، فان الجريمة تكون غير عمدية [1] .

وقد تطلبت المادة الثالثة من اتفاقية " فيينا " سنة ١٩٨٨ ضرورة توفر الركن المعنوي في جريمة غسل الأموال فنصت على أن يكون الفعل بهدف اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال مع العلم بأنها مستمدة من جريمة .

وقد حرص المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة على النص صراحة في المادة (٢) من قانون تجريم غسل الأموال ، على أن جريمة غسل الأموال جريمة عمدية بكل صورها – ويترتب على ذلك أنه يشترط علم الجاني بالمصدر غير المشروع للعائدات أو المتحصلات وأنه يجري غسل أموال ناشئة عن جريمة من الجرائم المشار اليها في البند (٢) من المادة (٢) . فالجريمة لاتقوم الا اذا انصرفت ارادة الجاني الى ارتكابها ، ويضاف الى ذلك ضرورة علم الجاني بطبيعة النشاط الذي يقترفه .

وتعتبر جريمة غسل الأموال من الجرائم المستمرة ، وبالتالي فهي تقوم قانوناً متى قصد الجاني الى عمليات الاخفاء أو التمويه ، وتوافر علمه بمصدر الأموال غير المشروع ، حتى ولو كان حسن النية لحظة اكتساب الأموال أو المتحصلات ، أو البدء في استخدامها .

---

(١) الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا (المصرية) من أول يوليو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥ الجزء السادس ص٢٩ .

٤- الاشتراك في جريمة غسل الأموال

نصت المادة ٤٥ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ على أن "يعد شريكاً بالتسبب في الجريمة .. أولاً: من حرض على ارتكابها فوقعت بناء على هذا التحريض. ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكابها فوقعت بناء على هذا الاتفاق. ثالثاً: من أعطى الفاعل سلاحاً أو آلات أو أي شئ آخر استعمله في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعد الفاعل عمداً بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكاب الجريمة. وتتوفر مسئولية الشريك سواء كان اتصاله بالفاعل مباشرة أو بالواسطة".

والشريك بالاتفاق هو من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة ، فالاتفاق على ارتكاب الجريمة لايقتضي في الواقع أكثر من مقابل ارادة المشتركين فيه ، ولايشترط لتوافره مضي وقت معين فمن الجائز عقلاً وقانوناً أن تقع الجريمة بعد الاتفاق عليها مباشرة [1] .

والمحرض هو من يقوم بحمل الجاني واغرائه على ارتكاب الجريمة ، ويشترط أن يكون هذا التحريض أو الاغراء هو الدافع لارتكاب الجريمة .

والشريك بالمساعدة هو من يقوم بمساعدة الجاني على الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها .

دون أن تصل هذه الأعمال الى الركن المادي للجريمة أو أعمالها التنفيذية ، فاذا وصلت هذه الأعمال الى الركن المادي للجريمة أو الأعمال التنفيذية لها كان الجاني فاعلاً أصلياً في الجريمة وليس شريكاً بالمساعدة .

ولايشترط في الشريك أن يكون له علاقة مباشرة مع الفاعل للجريمة ، وكل ما يوجبه نص المادة ٤٥ من قانون العقوبات الاتحادي هو أن تكون الجريمة قد وقعت فعلاً بناء على تحريضه على ارتكاب الفعل المكون لها .

---

(١) نقض مصري ١٩٦٠/٣/١٥ – الطعن رقم ١٠٠٣ لسنة ٢٩ ق – مجموعة الأحكام السنة ١١ ص١٤٢.

أو بناء على اتفاقه على ارتكابها مع غيره أياً كان ومهما كانت صفته . أو بناء على مساعدته في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لها ،ويستوي في هذا كله أن يكون اتصاله بالفاعل قريباً مباشراً أو بعيداً وبالواسطة ،اذ المدار في ذلك – كما هو ظاهر النص – هو علاقة المتهم بذات الفعل المكون للجريمة لا بأشخاص من ساهموا فيها [1] .

والأصل ان الشريك يستمد صفته من فعل الاشتراك الذي ارتكبه ومن قصده منه ومن الجريمة التي وقعت بناء على اشتراكه. فهو على الأصح شريك في الجريمة لاشريك مع فاعلها، واذن فمتى وقع فعل الاشتراك في الجريمة –كما هو معرف به في القانون– فلا يصح القول بعدم العقاب بمقولة أنه لم يقع مع هذا الفاعل أو ذاك بل وقع مع شريك له أو مع غيره من الفاعلين[2].

ولما كانت جريمة غسل الأموال كما وردت في القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال ، هي جريمة قائمة بذاتها ، مستقلة عن غيرها من الجرائم ، فانه يجوز الاشتراك فيها ، ويشمل التجريم فوق ذلك غسل الأموال الناتجة عن أفعال الاشتراك في الجريمة الأصلية كالاشتراك في جرائم المخدرات أو الاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية والذخائر أو جرائم الخطف والقرصنة والارهاب أو أية جريمة أخرى من الجرائم المنصوص عليها في القانون .

٥– المسئولية الجنائية للبنك

نصت المادة ٦٥ من القانون الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ باصدار قانون العقوبات على أن الأشخاص الاعتبارية فيما عدا مصالح الحكومة ودوائرها الرسمية والهيئات والمؤسسات العامة مسئولة جنائياً عن الجرائم التي يرتكبها ممثلوها أو مديروها أو وكلاؤها لحسابها أو باسمها .. ولايجوز الحكم عليها بغير الغرامة والمصادرة والتدابير الجنائية المقررة للجريمة قانوناً فاذا كان القانون يقرر للجريمة عقوبة أصلية غير الغرامة اقتصرت العقوبة على الغرامة التي لاتزيد حدها الأقصى على خمسين ألف درهم ، ولايمنع ذلك من معاقبة مرتكب الجريمة شخصياً بالعقوبات المقررة لها في القانون .

---

(١) و (٢) نقض مصري ١٩٦٩/٤/٢٨ – الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣٩ق – مجموعة الأحكام السنة ٢٠ ص٥٩٢ ، والسنة ٢٨ ص٩٧٦ .

ورغم وجود هذا النص العام الذي قرر المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية الا أن المشرع حرص عند اصدار القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال ، على تأكيد هذه المسئولية منعاً لكل لبس أو غموض ، اذ نص في المادة (٣) على أن تكون المنشآت المالية ، والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية العاملة في الدولة مسئولة جنائياً عن جريمة غسل الأموال اذا ارتكبت باسمها أو لحسابها عمداً وذلك دون اخلال بالجزاءات الادارية المنصوص عليها في القانون .

والمنشآت المالية المقصودة هي كما ورد في المادة الأولى من القانون المذكور هي 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 .

ولعل المشرع قد أراد بنص المادة الثالثة من قانون تجريم غسل الأموال أن تمتد المسئولية الجنائية الى المنشآت المالية المملوكة ملكية عامة ذات الشخصية الاعتبارية ، والتي تخرج عن نطاق تطبيق نص المادة ٦٥ من قانون العقوبات الاتحادي .

أما المنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ، فيقصد بها المنشآت التي يتم ترخيصها ومراقبتها من قبل جهات أخرى غير المصرف المركزي كالتأمين والأسواق المالية وغيرها .

فالمنشآت المالية ، والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية العاملة في الدولة سواء منها المملوكة ملكية عامة أو ملكية خاصة ، مسئولة جنائياً عن جريمة غسل الأموال ، بصورها الثلاث – على ما سلف بيانه – اذا ارتكبت عمداً باسمها أو لحسابها .

فاذا قامت المنشأة المالية عمداً – أو ساعدت – بتحويل الأموال أو المتحصلات الناتجة عن جريمة من الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من قانون تجريم غسل الأموال ، أو قامت بنقلها أو ايداعها ، بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها ، فانها تعاقب طبقاً لنص المادة ١٤ من القانون المذكور بغرامة لاتقل عن ٣٠٠ر٠٠٠ درهماً – ثلاثمائة ألف درهم – ولاتزيد عن ١ر٠٠٠ر٠٠٠ مليون درهم مع مصادرة المتحصلات أو ممتلكات تعادل قيمتها قيمة تلك المتحصلات أو ما يعادل تلك المتحصلات اذا حولت أو بدلت جزئياً أو كلياً الى ممتلكات أخرى أو اختلطت بممتلكات أخرى اكتسبت من مصادر مشروعة .

ويشترط لقيام الجريمة في حق المنشأة المالية ، ومعاقبتها بالعقوبات سالفة الذكر ان ترتكب الجريمة باسمها أو لحسابها ، فاذا لم تتم عمليات غسل الأموال باسم المنشأة أو لحسابها ، فان جريمة غسل الأموال لاتقوم في حق المنشأة .

ولايمنع ذلك من قيام الجريمة في حق مرتكبها شخصياً ومعاقبته بالعقوبات المقررة لها طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٦٥ من قانون العقوبات الاتحادي .

٥-١ أحوال مسئولية البنك الجنائية

٥-١-١ : مسئولية البنك عن تحويل الأموال ونقلها :

ويقصد بتحويل الأموال نقل عائدات الجرائم من بنك آخر أو من بلد لآخر بهدف اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لهذه العائدات، أو بقصد مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجرائم على الافلات من العقاب. وينسحب تجريم تحويل أو نقل الأموال المتحصلة عن نشاط غير مشروع على كافة صور التحويل، ولاسيما المستحدثة منها كالتحويلات الاليكترونية للأموال وهو أسلوب يتسم بالسرعة وتغطية مسافات شاسعة عبر الدول دون مشقة أو عناء حين تقع الجريمة في بلد ويتم نقل الأموال المتحصلة عنها الى بنك آخر يقع في بلد آخر[١].

كما يتسم هذا الأسلوب بالتقليل من حجم المخاطر التي يمكن أن تنشأ عن تحويل هذه الأموال وامكانية تتبعها الى مصدرها غير المشروع ، كما أن تحويل الأموال اليكترونياً يضمن مزية السرية ، ولاسيما اذا تم ضمن الكم الهائل من التحويلات المصرفية التي تتم كل يوم[٢] ولهذه الصورة أهمية خاصة من حيث تدويل غسل الأموال وملاحقة المصرف الذي يقوم بالتحويل ولو تم هذا التحويل لصالح مصرف آخر يقع في دولة أخرى[٣].

---

(١) أروي فايز الفاعوري، وايناس محمد قطيشات. جريمة غسيل الأموال . الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٢ ص١٤٩.
د. عاكف يوسف صوفان. الأنماط المستحدثة لعمليات غسل الأموال وسبل مكافحتها. بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة خلال الفترة من ٢١-٢٠٠٢/١/٢٢ . الادارة العامة لشرطة الشارقة .

(٢) د. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية. دار النهضة العربية سنة ١٩٨٨ ص١٧٤.

(٣) أروي فايز الفاعوري وايناس محمد قطيشات . المرجع السابق . ص١٥٠.

٥-١-٢ : مسئولية البنك عن اخفاء أو تمويه حقيقة المتحصلات، أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها :

يعتبر البنك مسئول جنائياً عن اخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصدرها ، أو مكانها ، أو طريقة التصرف فيها ، أو حركتها ، أو الحقوق المتعلقة بها ، أو ملكيتها ، مع العلم بأنها مستمدة من جريمة من جرائم منصوص عليها في قانون تجريم غسل الأموال ، أو مستمدة من فعل من أفعال الاشتراك في جريمة من هذه الجرائم ، بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع للأموال ، أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب جريمة أو أكثر من هذه الجرائم ، على الافلات من العواقب القانونية لأفعاله [١] .

وتشمل أفعال الاخفاء أو التمويه ، كل صور الاخفاء أو التمويه ، أو التشويه الذي ينصب على حقيقة عدم مشروعية الأموال القذرة أو النشاط غير المشروع الذي نتجت عنه ، أو مكان هذه الأموال أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها ، وذلك لملاحقة الوسائل المتطورة والعمليات المصرفية بالغة التعقيد والتي تسهم على نحو كبير في عمليات غسل الأموال وتيسر ابعادها عن مصدرها غير المشروع [٢] .

ويتم المسار الرئيسي لعمليات الاخفاء والتمويه، ومحو الأثر من خلال اقامة شركات واجهة أو مراكز مالية شهيرة ومعروفة ، مع بقاء الأموال مقسمة الى مبالغ صغيرة لكي لاتلفت الانتباه ، ويتم تدوير هذه الأموال بين هذه الشركات عن طريق تحويلات اليكترونية متعددة وادخالها في عمليات مالية استثمارية معقدة ، وأخيراً يتم جمع المبالغ الأولى يتحويلات تتدفق الى مراكز المال الكبرى، وبذلك يمكن دخولها في الدورات المالية العادية ويعاد استثمارها في الميادين الاقتصادية المألوفة كشراء الأسهم، والتجارة ، وشراء العقارات[٣] والتحف الثمينة والمجوهرات، والأعمال الفنية النادرة.

---

(١) المادة الثالثة من اتفاقية فيينا .

(٢) أروي الفاعوري وايناس قطيشات . المرجع السابق ص ١٥٤ .

(٣) د . عاكف يوسف صوفان . المرجع السابق ص ١٩ .

فاذا قام البنك بعملية من عمليات الاخفاء أو التمويه، أو ساعد على ذلك، مع توافر علمه بأن الأموال محل الاخفاء أو التمويه متحصلة من جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في قانون تجريم غسل الأموال ، فانه يعتبر مرتكباً لجريمة غسل الأموال، ويعاقب بمقتضى نصوص المواد ٦٥ من قانون العقوبات الاتحادي ١ ، ٢ ، ١٣ من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال .

٥-١-٣ : مسئولية البنك عن اكتساب أو حيازة أو استخدام المتحصلات :

ميز القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال بين صور ثلاث – الاكتساب والحيازة والاستخدام – الا أنها اعتبرت توافر احداها تقوم بها جريمة غسل الأموال .

٥-١-٣-١ : اكتساب الأموال أو المتحصلات :

يساهم الشخص الذي يكتسب أو يمتلك المال غير المشروع في اخفاء مصدر الأموال ، ويعد افساد ذمم الأشخاص من خلال الاغراءات المالية التي تقدم لهم نظير تعاونهم في اخفاء وتمويه المصدر غير المشروع للأموال من أبرز النتائج السلبية التي تفرزها جرائم الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية وغيرها من الجرائم ، من خلال منح هؤلاء الأشخاص عمولات مالية عن كل مبلغ يتم غسله ، ويلجأ المجرمون الى دفع الرشاوي وتقديم الهدايا لهم ، وغالباً ما يكون هؤلاء الأشخاص من العاملين في البنوك . ويعتبر هؤلاء الأشخاص مرتكبين لجريمة الرشوة وهي جريمة قائمة بذاتها مستقلة عن جريمة غسل الأموال [١] .

وقد يرتكب موظفي البنك هذه الجرائم باسم البنك أو لحسابه، وفي هذه الحالة يعتبر البنك مسئول عن جريمة غسل الأموال المنصوص عليها في المواد ٦٥ من قانون العقوبات الاتحادي و ١، ٢ ، ١٣ من قانون تجريم غسل الأموال .

---

(١) أروي الفاعوري واياس قطيشات . المرجع السابق ص١٥١ .

٥-١-٣-٢ حيازة الأموال أو المتحصلات :

ويقصد بالحيازة هنا ، الحيازة بمعناها الواسع ، فاذا قبل الجاني – سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً – استلام هذه الأموال أو المتحصلات والاحتفاظ بها لديه ، أو أودعها في حسابه الخاص بالبنك ، فانه يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال ، اذا كان يعلم بحقيقة مصدرها غير المشروع .

ويعتبر البنك مسئولاً عن حيازة الأموال اذا كان يعلم بمصدرها غير المشروع ، وقصد من ذلك اخفاء أو تمويه مصدرها .

٥-١-٣-٣ استخدام الأموال أو المتحصلات :

طبقاً لنص المادة الثانية من القانون الاتحادي بشأن تجريم غسل الأموال يعتبر استخدام أو استثمار الأموال أو المتحصلات عن الجرائم المنصوص عليها في القانون من قبيل جرائم غسل الأموال، الا أنه اشترط لاعتبارها كذلك توافر العلم لدى المستثمر بحقيقة هذه الأموال ومصدرها غير المشروع، ودون الاعتداد بطبيعة عمليات استخدام هذه الأموال أو استثمارها، وسواء جرى استثمارها في نشاط مشروع أو غير مشروع. أما اذا كان المستثمر لايعلم وقت استثماره لهذه الأموال بحقيقتها وحقيقة مصدرها، فانه لايعد مرتكباً لأية جريمة وفقاً للقواعد العامة في القانون.

٥-١-٤ : مسئولية البنك عن عدم إخطار وحدة المعلومات المالية عن العمليات المشبوهة :

نصت المادة (٧) من قانون تجريم غسل الأموال على أن تنشأ بالمصرف المركزي وحدة معلومات مالية لمواجهة غسل الأموال والحالات المشبوهة . ودور هذه الوحدة يتمثل في تقلي المعلومات والتقارير عن المعاملات المشبوهة التي ترد اليها من كافة المنشآت المالية والمالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة . وتقوم هذه الوحدة بتجميع المعلومات والتقارير الواردة لها وتنسيقها وتحليلها واستخلاص النتائج منها ، فاذا استطاعت تلك الوحدة بناء على ما لديها من نتائج أن تستدل على أن هناك عملية تتعلق بجريمة غسل أموال ، كان عليها أن تخطر النيابة العامة

فوراً بها ، وأن تضع المعلومات والتقارير التي توفرت لديها تحت تصرف النيابة لتسهيل التحقيقات التي تجريها في هذا الشأن للكشف عن الجريمة والوصول لمرتكبيها .

ومفاد ما تقدم أن القانون فرض التزاماً على المنشآت المالية ، والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة بأن ترسل المعلومات والتقارير عن الحالات المشبوهة الى وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي .

ومقتضى ذلك أن على البنوك والمنشآت المالية المذكورة الحيطة والحذر والتحري عن مصدر الأموال المودعه اذا تجاوزت حداً معيناً أو تمت في ظل ملابسات تثير الشبهات حول حقيقة مصدرها . وفي مثل هذه الأموال ينبغي على البنك مكالبة العميل بما يوضح مصدر هذه الأموال، واخطار وحدة المعلومات المالية عن الأموال أو التحويلات التي تبدو متحصلة عن طريق غير مشروع ، وعلى وجه الخصوص الجرائم المنصوص عليها في البند (٢) من المادة (٢) من قانون تجريم غسل الأموال .

ويقع واجب الاخطار عن العمليات المشبوهة على عاتق كل شخص يعمل في البنك أو المنشآت المذكورة ، يعلم من خلال ممارسته لعمله ، دون ربط هذا الواجب بأشخاص يمارسون مهناً محددة أو في مجالات معينة ، فصياغة النص تشمل كافة المجالات التي قد يتم فيها تدوير الأموال غير المشروعة [١] وهو ما يؤدي الى سد الثغرات التي قد يتسلل من خلالها الأموال والعائدات الغير مشروعة .

وفي حالة تقاعس البنك عن الادلال في مثل هذه الأحوال عن اهمال أو في حالة اخلاله الجسيم بواجب اليقظة يجوز اثارة مسئوليته المهنية أو الادارية فضلاً عن اخطار سلطات التحقيق المسئولة ، فقد يستفاد القصد الجنائي من واقع اخلال البنك بالالتزامات سالفة الذكر .

---

(١) د . فتيحة محمد قواري . السياسية الجنائية في مكافحة ظاهرة غسل الأموال في مشروع قانون الامارات في شأن غسل الأموال والقانون المقارن . بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة – ٢١-٢٠٠٢/١/٢٢ ص٦ .

ونصت المادة (١٩) من قانون تجريم غسل الأموال على أن يعاقب بالحبس أو بالغرامة التي لاتزيد على ١٠٠ر٠٠٠ مائة ألف درهم ولاتقل عن ١٠ر٠٠٠ عشرة آلاف درهم كل من يخالف أي حكم آخر من أحكام هذا القانون . فاذا خالفت المنشأة أحكام القانون المذكور ، ولم ترسل الى وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي المعلومات والتقارير عن الحالات المشبوهة . وطبقاً لنص المادة ٦٥ من قانون العقوبات لايحكم على المنشأة بغير الغرامة المنصوص عليها في المادة ١٩ من قانون تجريم غسل الأموال .

ولايمنع ذلك من معاقبة رؤساء وأعضاء مجالس الادارة ومدراء وموظفو المنشآت المالية ، والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية الذين علموا وامتنعوا عن ابلاغ وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي ، بأي فعل وقع في منشآتهم وكان متصلاً بجريمة غسل الأموال – بالعقوبة المنصوص عليها في المادة ١٥ من القانون المذكور وهي الحبس والغرامة التي لاتجاوز ١٠٠ر٠٠٠ مائة ألف درهم ولاتقل عن ١٠ر٠٠٠ عشرة آلاف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين .

٥-١-٥ : مسئولية البنك عن السماح بادخال مبالغ الى الدولة تزيد عن الحد الأعلى المقرر:

نصت المادة (٦) من قانون تجريم غسل الأموال على أن يحدد المصرف المركزي الحد الأعلى للمبالغ التي يسمح بادخالها الى الدولة نقداً دون الحاجة الى الافصاح عنها ، ويخضع ما زاد عنها الى نظام الافصاح الذي يضعه المصرف المركزي

وقد قرر المصرف المركزي أن يكون الحد الأعلى للمبالغ النقدية التي يسمح بادخالها الى الدولة دون الحاجة الى الافصاح عنها – مبلغ ٤٠ر٠٠٠ أربعين ألف درهم أو ما يعادلها من العملات الأخرى ، أي أن ما زاد عن ذلك فيجب الافصاح عنه على النموذج المعد لذلك .

ويتضمن ذلك النموذج اسم المسافر كاملاً وتاريخ السفر ورقم الجواز والجهة القادم منها والمبلغ المصرح به بالدرهم ، ونوع العملات الأخرى وتفاصيلها ، والغرض من ادخال تلك

المبالغ ، وعنوان الشخص بالدولة ، وعنوانه بالجهة القادم منها .

وينطبق الحد الأعلى المذكور على الشخص الذي يبلغ من العمر ١٨ سنة فما فوق ، أما الذين لاتزيد أعمارهم عن ١٨ سنة ، فالأموال النقدية التي بحوزتهم يجب أن تضاف الى الحد المسموح به لولي أمرهم .

ونصت المادة (١٨) على أن يعاقب كل من يخالف حكم المادة (٦) بغرامة لاتزيد على عشرة آلاف درهم ولاتقل عن ألفي درهم ، مع مصادرة المبالغ موضوع المخالفة اذا ثبت ارتباطها بجريمة أخرى طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٨٢) من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ .

وعلى ذلك ، اذا سمح البنك أو أية منشأة مالية أخرى بادخال أية مبالغ تزيد عن الحد الأعلى المحدد بقرار المصرف المركزي وهو ٤٠،٠٠٠ درهم أو ما يعادلها بالعملات الأجنبية ، دون اخضاعها لنظام الافصاح وادراجها في النموذج المعد لذلك فانه يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة (١٨) سالفة الذكر.

٦- جريمة غسل الأموال
بين سرية الحسابات والافصاح عن المعلومات
في ضوء أحكام القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢
في شأن تجريم غسل الأموال

تفرض التشريعات في الدول المختلفة السرية على الحسابات والأعمال المصرفية ، وتقرر جزاء جنائياً على من ينتهك هذه السرية ، وفي نفس الوقت تلزم المصارف والمنشآت المالية بالابلاغ عن عمليات الايداع والتحويلات المشبوهة لمكافحة ظاهرة غسل الأموال غير النظيفة – فهل هناك تنافر بين النصوص التي تلزم بالسرية ، والنصوص التي تلزم بالافصاح أو الابلاغ ، وهل هناك ما يحول دون فض هذا التعارض والتوفيق سرية الحسابات والأعمال المصرفية من ناحية ، وبين مكافحة ظاهرة غسل الأموال ، وتجريم عمليات الغسيل ، من ناحية ثانية . لقد استطاع

المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة التوفيق بينهما على النحو التالي :

الأصل هو سرية الحسابات والعمليات المصرفية ، وقد حرص المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة على تأكيد ذلك ، وعلى حماية هذه السرية على نحو يعرض كل من ينتهكها الى الوقوع تحت طائلة الجزاء الجنائي – اذ نصت المادة ١٠٦ من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠ في شأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهن المصرفية على أن " تعتبر جميع المعلومات التي تقدم الى المصرف وفقاً لأحكام القانون سرية عدا ما تعلق منها بنشر المعلومات الاحصائية بشكل مجمع " .

ونصت المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ على أن " يعاقب بالحبس مدة لاتقل عن سنة وبالغرامة التي لاتقل عن عشرين ألف درهم أو باحدى هاتين العقوبتين من كان بحكم مهنته أو حرفته أو وضعه أو فنه مستودع سر فأفشاه في غير الأحوال المصرف بها قانوناً أو استعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة شخص آخر ، وذلك ما لم يأذن صاحب الشأن في السر بافشائه أو استعماله . وتكون العقوبة السجن مدة لاتزيد على خمس سنين اذا كان الجاني موظفاً عاماً أو مكلفاً بخدمة عامة واستودع السر أثناء أو بسبب أو بمناسبة تأدية وظيفته أو خدمته "

غير أن المشرع أورد قيداً على هذا الأصل اذا كان القانون يصرح بذلك . وقد صرح القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال ، بهذا الافشاء ، اذ ألزم كافة المنشآت المالية ، والمنشآت المالية الأخرى والتجارية والاقتصادية ذات الصلة في المادة (٧) منه بأن ترسل الى وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي تقارير المعاملات المشبوهة . كما ألزم في المادة (٨) وحدة المعلومات المالية بابلاغ النيابة العامة عن الحالات المشبوهة لاتخاذ الاجراءات اللازمة .

أكثر من هذا، فان المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة، وحرصاً منه على مكافحة ظاهرة غسل الأموال، والكشف عن عمليات الايداع والتحويلات المشبوهة، نص في المادة (٢٠) من قانون تجريم غسل الأموال على اعفاء المنشآت المالية، والمنشآت المالية الأخرى

والتجارية والاقتصادية وأعضاء مجالس ادارتها وموظفوها وممثلوها المرخص لهم قانوناً من المسئولية الجنائية أو المدنية أو الادارية التي يمكن أن تترتب على تقديم المعلومات المطلوبة أو عن الخروج على أي قيد مفروض لضمان سرية المعلومات بنص تشريعي أو عقدي أو نظامي أو اداري – الا اذا ثبت أن الابلاغ قد تم بسوء نية بقصد الاضرار بصاحب المعاملة .

وهكذا استطاع المشرع في دولة الامارات العربية المتحدة أن يوفق بين نظام سرية الحسابات والعمليات المصرفية ، والخروج على هذه السرية والابلاغ عن العمليات المشبوهة – وبالتالي فلا تثريب على قيام العاملين بالبنوك والمؤسسات المصرفية وكافة المنشآت المالية الأخرى ، بالابلاغ عن العمليات أو الأموال المشبوهة والمتحصلة من جريمة ، ولايجوز مساءلتهم عن جريمة افشاء الأسرار المصرفية .

٧- الخاتمـــــة

ان ظاهرة غسل الأموال باتت تمثل تحدياً خطيراً لكافة دول العالم المتقدمة منها والنامية لما تحدثه من آثار مدمرة للمجتمعات في كافة النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية ، ذلك بأنها تتخذ في الغالب صورة الاجرام المنظم وهو اجرام شديد الخطورة ويرتكب على نطاق واسع وبامكانيات كبيرة ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بظاهرة الارهاب . وعلى الرغم من كثرة الطرق والأساليب المستخدمة في عمليات غسل الأموال الا أن التحويلات المالية عن طريق البنوك والمصارف هي الأكثر شيوعاً في تلك العمليات خاصة التحويلات الاليكترونية التي تتسم بالسرعة وتغطية مسافات شاسعة عبر الدول دون مشقة أو عناء مع ضمان مزية السرية وتقليل حجم المخاطر وامكانية تتبعها حتى الوصول الى مصادرها غير المشروعة . ولذلك جرمت كثيراً من الدول مسئولية البنوك عن تلك التحويلات أو الايداعات كلما ثبت علمها بأن الأموال المحولة أو المودعة ناتجة عن احدى الجرائم المنصوص عليها في القانون . وحظرت عليها فتح حسابات سرية أو وهمية كما أوجبت عليها التحقق من هوية العملاء عند فتح الحسابات . وقد اتبع القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢م في شأن تجريم وغسل الأموال سياسة جنائية دقيقة لمواجهة ظاهرة غسل الأموال التي تتم من خلال البنوك والمصارف والمنشآت المالية اذ فرض العقاب على تلك الجهات اذا قامت بتحويل الأموال أو نقلها بقصد اخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لها وكذلك اذا قام باخفاء أو تمويه حقيقة تلك المتحصلات أو مصدرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها وأيضاً على اكتساب أو حيازة أو استخدام المتحصلات وأيضاً اذا لم يقم البنك أو المصرف أو المنشأة المالية باخطار وحدة المعلومات المالية بالمصرف المركزي عن العمليات المشبوهة ، وكذلك اذا سمح بادخال مبالغ الى الدولة تزيد عن الحد الأعلى الذي قرره المصرف المركزي الا أنه ونظراً لحداثة القانون فاننا نحتاج لبعض من الوقت للتطبيق العملي لقول بأن العقوبة المقررة في القانون رادعة أم لا مطالبين بسرعة اصدار اللائحة التنفيذية للقانون حتى تكون الأمور واضحة لاتثير لبساً أو غموضاً عند التطبيق .

مراجع البحث

١- د. محمود محمود مصطفى – شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة العاشرة ١٩٨٣.

٢- محمود نجيب حسني – شرح قانون العقوبات – القسم العام – الطبعة السادسة ١٩٨٩ .

٣- د . حسن محمد ربيع – قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المتحدة – القسم العام – ج١،٢ .

٤- أحمد شوقي عمر أبو خطوة – الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات العربية المتحدة .

٥- د . عمر سالم – الوجيز في قانون العقوبات الاتحادي – القسم العام – ج١،٢ ١٩٩٥ .

٦- د . حسن صادق المرصفاوي – المرصفاوي في قانون العقوبات .

٧- د . محمد زكي أبو عامر – قانون العقوبات – القسم العام ١٩٩٦ .

٨- د . علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار النهضة العربية ١٩٨٨ .

٩- الياس أبو عيد –عمليات المصارف .

١٠- أنطوان الناشف وخليل الهندي – العمليات المصرفية والسوق المالية .

١١- مجموعة النظم والاجراءات وتعليمات مصرف الامارات العربية المتحدة المركزي

١٢- أروى فائز الفاعوري واياس محمد قطيشات – جريمة غسيل الأموال – الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .

١٣- رمزي نجيب القسوس – غسيل الأموال جريمة العصر – الطبعة الأولى ٢٠٠٢ .

١٤- نادر عبد العزيز شافي – تبييض الأموال .

١٥- د . سليمان عبد المنعم – مسئولية المصرف الجنائية عن الأموال غير النظيفة .

١٦- د . ماجد عبد الحميد عمار – مشكلة غسيل الأموال وسرية الحسابات بالبنوك

١٧- د . عاكف يوسف صوفان – الأنماط المستحدثة لعمليات غسل الأموال وسبل مكافحتها – بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة في الفترة ٢١-٢٢/١/٢٠٠٢ الادارة العامة لشرطة الشارقة .

١٨- د . فتيحة محمد قوراري – السياسة الجنائية في مكافحة ظاهرة غسيل الأموال في ضوء أحكام مشروع القانون الاماراتي في شأن غسل الأموال والتشريع المقارن – بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة في الفترة ٢١-٢٢/١/٢٠٠٢ الادارة العامة لشرطة الشارقة .

١٩- د . عادل عبد الجواد محمد الكردوسي – وقاية المجتمع الاماراتي من ظاهرة غسل الأموال – بحث مقدم لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة – سالف الذكر .

٢٠- د . عباطة ضبعان التوايهة – الجريمة المنظمة عابرة الحدود – ندوة الوقاية من الجريمة أبوظبي ١٥،١٦/١٢/٢٠٠٢ .

٢١- مايكل ماكدونالد – غسل الأموال قضية دولية – سلسلة محاضرات الامارات (٦٠) مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية .

٢٢- د . محمود كبيش – محاضرة في الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بجامعة القاهرة ديسمبر ١٩٩٧ . بعنوان المواجهة الجنائية لغسيل الأموال .

٢٣- د . علي قاسم محاضرة في الندوة العلمية التي نظمها مركز بحوث ودراسات مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بجامعة القاهرة ديسمبر ١٩٩٧ . بعنوان المواجهة الجنائية لغسيل الأموال .

البنـــوك الإلكترونيـــة
(ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها)

د. بلال عبدالمطلب بدوي
أستاذ القانون التجاري المساعد
قسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون

خطة البحث

مقدمة.

المبحث الأول: تعريف البنوك الإلكترونية ومتطلباتها.

أولاً: تعريف البنوك الإلكترونية وأهميتها.
ثانياً: متطلبات البنوك الإلكترونية.

المبحث الثاني: المعاملات المصرفية الإلكترونية.

أولاً: النقود الإلكترونية.
ثانياً: الاعتماد المستندي الإلكتروني.
ثالثاً: الأوراق التجارية الإلكترونية.
رابعاً: التحويل المصرفي الإلكتروني.

المبحث الثالث: المشاكل التي يثيرها التعامل مع البنوك الإلكترونية.

أولاً: الاستعمال غير المشروع لأدوات الدفع.
ثانياً: مشاكل الإثبات الإلكتروني.
ثالثاً: صعوبة تحديد المسئولية.
رابعاً: تحديد القانون واجب التطبيق على المعاملات المصرفية الإلكترونية.
خامساً: المشاكل المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات والجريمة المعلوماتية.
سادساً: المشاكل المتعلقة بالضرائب.

خاتمة وتوصيات.

مقدمـــة

لقد أصبحت التجارة الإلكترونية – بلا جدال– حقيقة واقعة لا يمكن تجاهلها في الوقت الراهن، وذلك بما أحدثته من تأثيرات جذرية على صعيد كافة المعاملات التجارية بوجه عام. فقد فتحت الثورة التي أحدثتها التجارة الإلكترونية الباب لإبرام الصفقات التجارية باستخدام الطرق الإلكترونية، موفرةً بذلك العديد من المزايا التي أدت إلى زيادة عدد المتعاملين بها بشكلٍ ملحوظ في الآونة الأخيرة[1].

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لا يوجد تعريف موحَّـــد ومُجمَع عليه للتجارة الإلكترونية، فقد ظهرت تعريفات متعددة لها [2]، ونحن نميل إلى تعريفها على أنها "أي شكل من أشكال الصفقات التجارية التي يستخدم أطراف التعاقد فيها الاتصال الإلكتروني بدلاً من التبادل المادي للوثائق".

ويتضح لنا من هذا التعريف أن فكرة الاتصال الإلكتروني هي قوام التجارة الإلكترونية ولما كان هناك تطوُّر هائل في مجال الاتصال الإلكتروني، فقد كان من الطبيعي أن يدرك هذا التطوُّر

---

1) بلغ حجم التجارة الإلكترونية على مستوى العالم سنة ١٩٩٨ حوالي ٨٤ مليار دولار، ثم ارتفع في سنة ٢٠٠٠ ليصل ٣٧٧ مليار دولار ثم وصل في سنة ٢٠٠٢ إلى ما يقرب من ١٢٣٤ مليار دولار، وتتوقع الإحصائيات أن يزيد حجم التجارة الإلكترونية في سنة ٢٠٠٤ إلى ١٩٠٠ مليار دولار. وتستحوذ الولايات المتحدة الأمريكية على نصيب الأسد من هذا الحجم فقد قُدِّر حجم التجارة الإلكترونية هناك في سنة ١٩٩٨ بحوالي ٥١ مليار دولار، ثم ارتفع في سنة ٢٠٠٠ إلى حوالي ٢٨٤ مليار دولار، حتى وصل في سنة ٢٠٠٢ إلى حوالي ٩١٩ مليار دولار.

(2) من التعريفات التي وردت بشأن التجارة الإلكترونية ما انتهت إليه مجموعة عمل برئاسة وزير اقتصاد الفرنسي من أن التجارة الإلكترونية هي "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض، وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة".
انظر د. مدحت رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص١١.
كما عرَّفتها لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء في مصر بأنها "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".

كافة القطاعات المختلفة ليحدث فيها تغييرات جوهرية. و لم يكن القطاع المصرفي بمنأى عن هذا التطوُّر، فكان عليه أن يواكب هذه التغييرات التي أحدثتها ثورة المعلومات. وبالفعل فقد استجابت البنوك لذلك وأخذت تعيد النظر في الدور التقليدي الذي كانت تقوم به في تعاملاتها، متطلعةً إلى تقديم خدماتها على نحوٍ يتلاءم مع النمو المتزايد لوسائل الاتصال الحديثة ومعتمدةً على آليات جديدة في هذا الصدد.

ومن هنا بدأ دور الكمبيوتر في الظهور في البنوك، وذلك سواء كان على مستوى علاقة البنوك بعملائها أو مع بعضها البعض أو حتى على مستوى التنظيم الداخلي لها، وذلك بما يمكن أن تكفله هذه البنوك للأطراف الذين يتعاملون معها على أيٍّ من هذه المستويات من ظروف تعمل على راحتهم وتوفير الائتمان اللازم لهم. وقد دعَّم هذا بطبيعة الحال نمو وتطوير القطاع المصرفي وانتشار خدماته[1].

على أنه لما كان لكل شيء جميل وجهه القبيح، فقد أظهر استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة العديد من المشاكل العملية والقانونية برغم المزايا التي حققها في هذا الصدد. ولعل مرد هذه المشاكل يعود بصفة أساسية إلى أن القانون إنما يتعامل مع أوراق ومستندات على نحوٍ يتعارض كليةً مع الأساس الذي يرتكز عليه مفهوم التجارة الإلكترونية.

وهو ما سنحاول أن نلقي عليه الضوء في هذا البحث، على إننا نرى أنه علينا قبل ذلك أن نحدد مفهوم البنوك الإلكترونية ومتطلباتها، ثم نستعرض بعض صور المعاملات المصرفية الإلكترونية.

(1) Michael P. Malloy, Banking in the Twenty First Century, 25 Iowa Journal of Corporation Law Summer 2000.

المبحث الأول
البنـــوك الإلكترونيـــة

أولاً: تعريف البنوك الإلكترونية وأهميتها:

١- تعريف البنوك الإلكترونية:

يُستخدَم تعبير البنوك الإلكترونية Electronic Banking للدلالة على المعاملات المالية التي تتصل بالبنك والتي يقوم بها العملاء من أيِّ مكان وفي أيِّ وقت من خلال جهاز الكمبيوتر.

وتعبير البنوك الإلكترونية على هذا النحو هو تعبير شامل لكافة المفاهيم التي يمكن أن تؤدي من خلالها البنوك الخدمات المالية بطريقة إلكترونية، والتي توالت في الظهور مع بدايات العقد الأخير من القرن الفائت، وذلك كمفهوم البنك على الخط Online Banking أو البنك المترلي Home Banking أو البنك الإلكتروني عن بُعد Remote Electronic Banking .

وترتبط هذه المفاهيم بإتمام العميل لمعاملاته مع البنك من خلال شبكة الانترنت، إذ يستطيع من خلال هذه الشبكة أن يدير حساباته أو يصدر أوامره للبنك كما لو كان يتعامل مع البنك بصورته التقليدية وجهاً لوجه[1].

على أنه مما تجدر الإشارة إليه هنا أن وجود البنك الإلكتروني لا يستلزم بالضرورة وجود بنك بالمفهوم التقليدي له، وبحيث يكون البنك الإلكتروني فرعاً له يستطيع من خلاله أن يباشر نشاطه بصورة إلكترونية. فالبنك الإلكتروني قد يكون له وجود مستقل على شبكة الانترنت، يستطيع من خلال موقعه أن يقدم ذات الخدمات المالية التي يقدمها البنك التقليدي. ليس هذا فحسب،

---

(1) إلا أنه في نظام البنوك الإلكترونية عن بُعد، يقوم البنك بتزويد العميل بمجموعة من البرامج، سواء بمقابل أو بدون مقابل. ويقوم العميل بتحميل هذه البرامج على جهاز الكمبيوتر الخاص به، ثم يقوم بإتمام معاملاته مع البنك عن بُعد. ويُطلق على هذا النوع من البنوك بنك الكمبيوتر الشخصي Personal Computer Banking وهو من أكثر أنواع البنوك الإلكترونية انتشاراً في العمل المصرفي.
انظر: يونس عرب، البنوك الإلكترونية، الجزء الأول: الفكرة وخيارات القبول والرفض، مجلة البنوك، العدد الثالث، المجلد التاسع عشر، نيسان ٢٠٠٠ صفحة ١١. وانظر أيضاً:
Kimbrelly Kegler, Electronic Banking: Security, Privacy and CRA Compliance, 2 North Carolina Banking Institute, April 1998, PP. 429-434.

بل إن هناك بعض المؤسسات المالية، والتي تمتلك قدرات متميزة على إدارة موقع مالي على شبكة الانترنت تقدم نفس هذه الخدمات، وتستطيع إنشاء قواعد بنكية خاصة بعملائها، وتمنحهم تسهيلات في الوفاء، وغير ذلك من الأعمال المصرفية التي لم تكن الأساس الذي قامت عليه مثل هذه المؤسسات عند إنشائها.[1]

والواقع أنه يجب التأكيد هنا على أن مفهوم البنك الإلكتروني لا يجب أن يقتصر على المحتوى الشكلي له، بل يجب أن يُضاف إليه المحتوى الموضوعي أيضاً. وبعبارة أخرى، إن مجرد ذكر الخدمات التي يمكن أن يقدمها البنك، دون الاستعداد لإجراء معاملات حقيقية في هذا الشأن، لا يمكن أن يعني على الإطلاق أننا بصدد بنك إلكتروني. فليس المطلوب هو مجرد التواجد على شبكة الانترنت، والاستجابة الشكلية لمقتضيات التطور التكنولوجي، بل المطلوب هو تفعيل هذه الاستجابة، وأداء هذه الخدمات عملياً. فالمفهوم الصحيح للبنك الإلكتروني يقوم على أداء العمل المصرفي من خلال شبكة الانترنت وليس مجرد الظهور عليها.

وبوجه عام، فقد أحدث دخول الانترنت على العمل التجاري، وبروز ظاهرة البنوك الإلكترونية تطوّراً كبيراً في مفهوم العمل المصرفي، حتى انتهى الأمر إلى وجود كامل للبنك على شبكة الانترنت، يوفر علاوة على الخدمات المصرفية الاستشارات المالية وخدمات الاستثمار التي قد يحتاجها العميل. وأداء البنك الإلكتروني لهذه المهام ليس مرتبطاً بتعامل العميل معه من خلال جهازه الخاص وإنما من خلال برامج معيَّنة يطرحها البنك لعملائه، ليستطيع العميل الدخول عليها والتعامل معها من أيِّ جهاز كمبيوتر في أيِّ مكان وفي أيِّ وقت.

صفوة القول هنا، أن الأنظمة التكنولوجية للبنوك قد خلقت مناخاً مثيراً للمنافسة بين كل مَنْ يقدم على العمل المصرفي[2].

---

(1) وقد أثارت مثل هذه المؤسسات جدلاً كبيرا حول مدى اعتبارها بنوكاً من الناحية القانونية لمجرد أنها تقوم بأعمال ذات طبيعة مصرفية. وإذا كانت كذلك فهل ستخضع لذات الأحكام التي ستخضع لها البنوك خصوصاً فيما يتعلق بقواعد وإجراءات الرقابة عليها من قِبَل جهات الرقابة المصرفية كالبنوك المركزية ونحوها؟ انظر: يونس عرب، المرجع السابق صفحة ١٢.

(2) Jacquline Marcucci, The Brave New World of Banking on the Internet, The Revoluation of our Banking Practices, 23 Nov. Law Review, winter 1999, p. 744.

٢- أهمية البنوك الإلكترونية:

لقد بدأت البنوك الإلكترونية في الانتشار في الآونة الأخيرة على نطاق واسع[١]. وذلك لما توفره هذه البنوك لعملائها من إمكانية إصدار الأوامر من خلال جهاز الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت في أيِّ وقت، صباحاً أو مساءً، ومن أيِّ مكان في العالم، حيث يتولى البنك حفظ هذه الأوامر ثم تحويلها إلى الجهة المختصة داخله للبدء في تنفيذها، وكل لك يتم بطريقة إلكترونية.

ثم إن أهمية هذه البنوك تكمن من ناحية أخرى فيما توفره من مصاريف سواء بالنسبة للعملاء أو البنوك[٢] التي تتبعها، فعلى صعيد العملاء، فإن التعامل مع البيانات الإلكترونية سيكون بلا مقابل، بل إن المصاريف التي تُنفق في سبيل إبرام العقود بين هذه البنوك وعملائها تقل كثيراً عن مثيلاتها في البنوك التقليدية. أما على صعيد البنوك، فإن البنوك الإلكترونية ستوفر على البنك التكاليف التي يمكن أن يتكبدها في سبيل إنشاء فروع جديدة له في المناطق البعيدة، وذلك لأن تكلفة إنشاء موقع للبنك عبر شبكة الانترنت لا تُقارن على الإطلاق بتكلفة إنشاء فرع جديد للبنك بما يحتاجه من مبانٍ وأجهزة وصيانة وعمالة فيما لو تم بالطريقة التقليدية.

وبطبيعة الحال، فإن مثل هذه المزايا لم تكن لتتحقق لولا استبدال الكمبيوتر بطاقم العاملين في البنك.

---

(١) نجد في دولة مثل سويسرا على سبيل المثال، قد زاد عدد المتعاملين فيها مع البنوك الإلكترونية من ٥٥٥٠٠٠ عميل في ديسمبر سنة ٢٠٠٠ إلى حوالي ٥٨٦٠٠٠ عميل في مارس سنة ٢٠٠١ وذلك في أكبر البنوك فيها وهو البنك السويسري، وقدر حوالي ٢٣% من إجمالي الأوامر الصادرة إلى هذا البنك من خلال شبكة الانترنت. أنظر:

Cedric J. Magnin, The Telebanking Contract in Swiss Law, 8 ILSA Journal of International and Comparative Law, fall 2001.

(2) ذكرت إحدى الإحصائيات أنه بينما تصل تكلفة الخدمة المصرفية إلى ١,٠٧ دولار إذا تمت بالطريقة التقليدية، فإنها إذا تمت عن طريق الهاتف فإن تكلفتها تقل إلى ٥٥ سنتاً، وتقل إلى ٢٥ سنتاً إذا تمت عبر الصراف الآلي، أما إذا تمت عبر الانترنت فإن تكلفتها تصل حوالي سنتين فقط.

كما أن البنوك الإلكترونية في الوقت الراهن تقدم كثيراً من الحلول لمعظم المشاكل التي يمكن أن تواجه العملاء عند تعاملهم معها، وذلك بسرعة فائقة وتكلفة قليلة، ودور هذه البنوك لا يقتصر فقط على مجرد إدارة العمليات المصرفية كما قد يعتقد البعض، بل إن دورها يمتد لتقديم الاستشارات بكافة صورها، كما أنها تعمل على توفير فرص الاستثمار وإدارتها. وبوجه عام فإنها يمكن أن توفر إدارة متميزة لكافة احتياجات العملاء.

وقد زاد من وجود هذا النوع من البنوك اتجاه معظم الشركات في مختلف القطاعات إلى تبني الدفع الإلكتروني كوسيلة للتعامل معها. ولما كانت هذه الوسيلة في الدفع تقوم على أساس وجود حسابات في البنوك يتم التحويل منها وإليها، فإن عدم وجود مثل هذه البنوك الإلكترونية سيعوق كثيراً إتمام المعاملات مع هذه الشركات على النحو المنشود.

لهذه الأسباب وغيرها، يمكن القول بأن وجود البنوك الإلكترونية هو حقيقة واقعة، وأن زيادة عدد هذه البنوك، إنما يعود إلى اتساع البيئة الإلكترونية التي تستند إليها هذه البنوك في تحديد استراتيجياتها المختلفة. فالبنوك الإلكترونية ليست مجرد صورة متطورة للبنوك التقليدية بقدر ما هي مفهوم جديد للعمل المصرفي، وإنه يجب الوقوف عندها جيّداً لدعم هذا العمل وتطويره.

ثانياً: متطلبات البنوك الإلكترونية:

إن تطور البنوك الإلكترونية بما تؤديه من خدمات لهو أمر مرتبط ارتباطـــاً وثيقـــاً بوجود التجارة الإلكترونية وازدهارها. ذلك أن البنوك الإلكترونية إنما تقوم بدورها في ظل مجتمع التجارة الإلكترونية، بحيث يمكن القول بأن هذا المجتمع يمثل البنية التحتية التي ترتكز عليها البنوك الإلكترونية. وأن أداء هذه البنوك لخدماتها إنما يتأثر بتطور الأداء التكنولوجي ذاته، وهذا الأخير بدوره إنما يستند في قيامه على شبكة الاتصالات. وبالتالي فإنه كلما زادت العقبات التي يمكن أن تعوق المتعاملين مع شبكة الاتصالات، كلما أثّر ذلك على فاعلية التعامل مع البنوك

الإلكترونية سلباً. ومن هذه العقبات على سبيل المثال تداخل الخطوط على نحوٍ يتعذر معه توافر السرعة في التعامل بين المستهلك (العميل) والشبكة، أو ارتفاع التكلفة المقررة لربط الشبكة بالاتصالات. أو غير ذلك مما يؤثر على عمليات التجارة الإلكترونية بوجهٍ عام، والعمل المصرفي الإلكتروني على وجه الخصوص.

ومن ناحية أخرى، فإن الأداء التكنولوجي إنما يستند في استمرار فاعليته على تطور الأدوات اللازمة لوجوده أصلاً، فبقدر ما تتوافر أجهزة إلكترونية بمواصفات عالية، وبقدر ما يتوافر من إلمام بطرق التعامل مع هذه الأجهزة، وما يتوافر من كفاءات بشرية مُدرّبة يمكن أن تشغل وظائف تتطلب قدراً كبيراً من الاحتراف، نقول بقدر ما تتوافر هذه الأمور وغيرها بقدر ما تقوم هذه البنوك بالدور المتوقع منها. ويجب أن ندرك هنا أن تحقيق الكفاءات المطلوبة في مختلف الوظائف المرتبطة بالبنوك الإلكترونية، سواء كانت وظائف مالية أو فنية أو قانونية أو إدارية، هو أمر قد ينطوي على بعض المخاطر، ويتطلب بالضرورة دراسة وافية وموضوعية لكافة احتياجات هذه البنوك، وأنه ليس بالضروري أن تكون ذات الاحتياجات الخاصة بالبنوك التقليدية، فما قد يكون ضرورياً للبنوك الإلكترونية قد لا يمثل ذات الأهمية للبنوك التقليدية، والعكس صحيح. ومرد ذلك إنما يعود إلى اختلاف هيكل كل من النوعين، وإن اتفقا من حيث الغرض العام لكلٍ منهما وهو تقديم الخدمات المصرفية لعملائهما.

علاوةً على هذه المتطلبات العامة التي يقتضيها التعامل مع البنوك الإلكترونية، فإن هناك بعض المتطلبات الخاصة التي لا يتصور في ظل غياب أحدها أن تؤدي البنوك لإلكترونية دورها كما ينبغي. وتكمن هذه المتطلبات بصفة رئيسية فيما يلي: [1]

(أ) جهاز كمبيوتر: يجب بدايةً على عميل البنك الإلكتروني أن يكون لديه جهاز كمبيوتر، وذلك حتى يتمكن من الدخول -من خلاله- على موقع البنك والاطلاع على كافة التفاصيل

(1) Cedric J. op. cit, p. 61.

والشروط التي يضعها البنك للراغبين في التعامل معه، ثم عليه أن يحصل على كافة البرامج التي يستخدمها البنك عبر موقعه، والتي يحاول بها البنك أن يطور خططه وينمي استراتيجياته. وغني عن البيان هنا أن البنك يسعى جاهداً لتوفير أكبر قدر من الحماية للخدمات التي يقدمها لعملائه من خلال الآليات التي يستخدمها في هذا الصدد.

(ب) كما يتطلب التعامل مع البنوك الإلكترونية أن يتمكن العميل من الدخول على شبكة الانترنت بأيِّ صورة من الصور، سواء استخدم في ذلك الهاتف أو القمر الصناعي أو غير ذلك. وبديهي هنا أن العميل إنما يتواجـــد في المكان الذي يؤهله لمثل هذا الدخول على شبكة الانترنت.

(ج) كذلك يفترض التعامل مع البنوك الإلكترونية أن البنك قد أبرم عقداً مع عملائه يسمح لكلٍ من الطرفين بالدخول في مثل هذه المعاملات. ويوضح هذا العقد حقوق والتزامات العميل من ناحية، ثم حدود مسئولية البنك في حالة تكبد العميل لخسائر من ناحية أخرى. وغالباً ما يتخذ هذا العقد نموذجاً موحّداً تضعه غالبية البنوك الإلكترونية على شبكة الانترنت، وذلك حتى يسهل على العميل تحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص به.

المبحث الثاني
المعامـــلات المصرفيـــة الإلكترونيـــة

يمكن القول -في ضوء ما سبق- أن التفاعل مع تقنيات شبكة الانترنت أصبح سمة مميّزة من سمات هذا العصر. وأن هذه الشبكة أصبحت من الركائز الأساسية التي يمكن من خلالها تقديم الخدمات المصرفية، والتي تتطور بشكل واضح مع مرور الوقت. فلم يعد الأمر مقتصراً على استخدام الأسلوب التقليدي للكمبيوتر من تخزين البيانات والمعلومات ثم استرجاعها في وقت آخر حسبما يرغب الشخص، وإنما تطور الأمر، واستحدثت أساليب جديدة بغرض تقديم الخدمات المصرفية التقليدية بشكل جديد من ناحية، وابتكار خدمات مصرفية جديدة من ناحية أخرى. وهو ما سنحاول من خلال هذا المبحث التعرُّض له بتناول بعض صور المعاملات المصرفية الإلكترونية التي ذاع صيتها في الآونة الأخيرة، وأخذت تستقطب حولها الكثير من المتعاملين مع البنوك الإلكترونية.

على أننا قبل أن نستعرض بعض صور هذه المعاملات، يجدر بنا أن نشير إلى وجود مجموعة من الخصائص التي تجمع بينها، وقوامها جميعاً العميل من أجل زيادة القدرة التنافسية لهذه البنوك.

أولاً: إن إتمام المعاملات المصرفية بصورة إلكترونية يُعدُّ وسيلة فعّالة لكلٍ من طرفيها. فعميل البنك الإلكتروني أسعد حظاً من عميل البنك التقليدي، إذ ليس عليه أن ينتقل إلى البنك ويقوم بإتمام إجراءاته على نحو يتطلب تواجده الشخصي، مما قد يكلفه وقتاً ومالاً قد يكون في حاجة إليهما. أما بالنسبة للبنك، فإن القيام بخدماته إلكترونياً يعمل على تخفيض تكاليفه وبالتالي زيادة أرباحه، وزيادة فوائد الإيداع، وخفض فوائد الإقراض، وابتكار وسائل جديدة لجذب مزيد من العملاء إليه[1].

ثانياً: إن المعاملات المصرفية الإلكترونية تقوم على أساس الاستغناء عن المستندات الورقية، وتستبدل بها مستندات ذات طبيعة أخرى، مستندات ذات طبيعة تكنولوجية تتضمن بيانات

(1) Julie L., Willams. J. and Gillespie. J. , the Impact of Technology on Banking, The Effect and Implications of Deconstruction of Banking Functions, 5 North Carolina Banking Institute, April 2001.

يمكن تداولها بصورة مختلفـــة عن تلك التي ترد في المستندات الورقية. والواقع أن هذه الخصيصة تثير العديد من المسائل القانونية وبوجه خاص فيما يتعلق بمسألة الإثبات، وهو ما سنتعرض له في موضع لاحق من هذا البحث.

ثالثاً: إن إتمام المعاملات المصرفية الإلكترونية لا يعرف قيوداً زمانية أو مكانية، فهي تتم في أيِّ وقت من اليوم، إذ أن البنوك الإلكترونية لا تغلق أبوابها في وقت معيَّن كما هو الحال في البنوك التقليدية، بل تظل مفتوحة ما دامت إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت قائمة، وهو ما لا يتصور تعطيلها إلا في ظروف استثنائية وفي حدود ضيِّقة جداً. كما أن المعاملات المصرفية الإلكترونية لا تعرف أيضاً الحدود الجغرافية، فالعميل يستطيع من أيِّ بقعة على الأرض أن يجري معاملاته طالما توافرت له إمكانية الدخول على شبكة الانترنت، وفي هذا من المزايا ما فيه.

رابعاً: إن تطوير المعاملات المصرفية الإلكترونية لا يرتبط فقط بالظروف الخاصة بالبنك ومدى قدراته على مواكبة التطوير بقدر ما يرتبط –وبصورة أولية– بما يحدث من تطورات في برامج الكمبيوتر، وما يُستجَد فيها من أنظمة إلكترونية. ويُفترض في موظفي البنوك الإلكترونية الإلمام المتقن بمهارات التعامل مع هذه المستجدات، حتى يتمكنوا من تطوير الخدمات التي يقدمها مصرفهم.

خامساً: إن القيام بالمعاملات المصرفية الإلكترونية ليس حكراً على البنوك الإلكترونية. فهناك جهات تمارس مثل هذه المعاملات عبر مواقعها على شبكة الانترنت، وذلك دون أن تتمتع بأيٍّ من المقومات التي يُفترض توافرها في البنوك، ولا يحدوها في ذلك إلا الرغبة في تحقيق الربح من جراء توفير احتياجات السوق الإلكتروني[1].

---

(1) والأمثلة على ذلك كثيرة، ومنها: شركة Sony حيث تقدم خدمات الاقراض والائتمان عبر موقعها على الانترنت: www.Sony.com وكذلك شركة بيع وتأجير السيارات التي تقدم خدمة التمويل المجاني ومقارنة أسعار الفائدة على القروض عبر موقعها على الانترنت: www.autombyel.com

ونتناول الآن بعض المعاملات المصرفية التي بدأ التعامل بها بصورة إلكترونية على نطاق واسع من قبل البنوك الإلكترونية. ونستهل هذه المعاملات بالنقود الإلكترونية باعتبارها وسيلة الدفع المستخدمة في التعامل بين البنوك الإلكترونية وعملائها.

أولاً: النقود الإلكترونية E - money :

ظهرت فكرة النقود الإلكترونية كنتاج طبيعي أفرزته التجارة الإلكترونية، حيث كان لا بد من استحداث وسيلة يتم بها الدفع من خلال قنوات الاتصال الإلكترونية وعلى نحـــوٍ يستجيب للسرعة التي هي المتطلب الرئيس في شتى المعاملات الإلكترونية. ومن هنا ظهرت فكرة الصرافة الإلكترونية، حيث تتوارى فيها النقود الورقية، لتظهر بدلاً منها النقود الإلكترونية التي تستخدم في كافة المعاملات التي تتم بين البنوك الإلكترونية وعملائها، من دفع فواتير أو تحويلات مالية من وإلى هذه البنوك[1].

والواقع أن استخدام النقود الإلكترونية لا يزال في مراحله الأولية، ومن الصعب أن نصل إلى تصور دقيق لدور هذه النقود في المستقبل[2]. لكن ما يمكن أن ندركه الآن بوضوح هو أن دور هذه النقود في تزايد مستمر وذلك في ضوء ما تقدمه من مزايا تفتقدها النقود الورقية.

كذلك فإنه في ظل هذا التطور الذي نتحدث عنه، فإنه يصعب وضع تعريف شامل لمفهوم النقود الإلكترونية. إلا أنه يمكن القول بوجهٍ عام أن هذا المصطلح يشمل كل ما هو مصمم لتزويد المستهلك بوسائل بديلة عن الطرق التقليدية في الدفع، وهو ما مؤداه أن النقود

---

(1) انظر تحقيق "نقودك البلاستيكية، هل لمخاوفك مبرراتها؟"، مجلة التكنولوجيا، دولة الإمارات العربية المتحدة، عدد ١ يوليو ٢٠٠١ ص٦١.

(2) لا تعني حداثة استخدام النقود الإلكترونية أن عملية استخدام الطرق الإلكترونية في نقل أو تحويل الأموال هي بدورها ظاهرة حديثة، فتحويل الأموال بصورة إلكترونية خاصة بين البنوك أو الشركات الكبيرة أمر يعود إلى سنوات عديدة مضت، أما النقود الإلكترونية فيقتصر معناها هنا على المدفوعات منخفضة القيمة والتي لم تظهر إلاّ حديثا.
انظر في ذلك: د. أحمد جمال الدين موسى، النقود الإلكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق، جامعة بيروت ٢٠٠٢، ص١٢٣-١٢٤.

الإلكترونية ليست نوعاً جديـــداً من النقود بقدر ما هي طريقة جديدة لإدارة النقود، وذلك بغرض الوصول إلى قيمة نقدية عن طريق وحدة إلكترونية. وتتميَّز هذه الطريقة بأن الدفع فيها يتم بإحدى طريقتين: (١)

الطريقة الأولى: ويكون الدفع فيها قد سبق تسديد قيمته prepaid ، والتعامل بالنقود الإلكترونية هنا، والتي يُطلق عليها أحياناً النقود الرقمية digital cash ، يكون من خلال شبكة الانترنت online e-money . وتفترض هذه الطريقة أن لدى عميل البنك حسابين من نوع الحسابات الجارية، أحدهما بالعملة العادية والآخر بالعملة الإلكترونية، ثم يقوم بتحويل مبلغ معيَّن من العملة العادية إلى العملة الإلكترونية في حسابه بهذه العملة الأخيرة، وعندما يرغب العميل في الدفع بالعملة الإلكترونية، فإنه من الضروري أن يكون لدى الطرف الآخر المدفوع له حسابان مصرفيان لدى ذات البنك من ذات طبيعة حسابات الطرف الأول أي أحدهما بالعملة العادية والآخر بالعملة الإلكترونية، وهنا يكون له الحق في الخيار بين أن يطلب من البنك قيد القيمة المدفوعة له في حسابه الخاص بالعملة الإلكترونية أو أن يطلب منه تحويلها إلى حسابه المفتوح بالعملة العادية.

وهكذا، فإن هذا النظام يفترض بالضرورة وجود حسابات مصرفية، عادية وإلكترونية، لدى كل من الأطراف المتعاملة بالنقود الإلكترونية.

الطريقة الثانية: ويكون الدفع فيها بالنقود الإلكترونية من خلال بطاقات مُعدَّة سلفاً لهذا الغرض. وحيث تختزن قيمة هذه البطاقات بداخلها stored - value cards، فإنه لا حاجة لمستخدمي هذه البطاقات للدخول على شبكة الانترنت فهي نقود إلكترونية خارج الشبكة off line e-money ، وتحمل كل بطاقة اسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، كما تحمل اسم الجهة التي أصدرتها وشعارها. ويفترض الوفاء بهذه البطاقة أن حاملها هو عميل لدى أحد البنوك، وإن البنك حين يمنحه هذه البطاقة، فإن عليه أن يتأكد سلفاً من تقديم العميل له لضمانات شخصية وعينية، خاصة وأن معظم هذه البطاقات يستخدم على نطاق عالمي.

---

(1) Heather C. Alston, Electronic Banking Will That Be a Cash, Credit or E-Money, 1 North Carolina Banking Institute, March 1997, p. 232.

والاستخدام الأكثر انتشاراً لهذه البطاقات كأداة وفاء يكون في المحلات التجارية. فبعد أن يحصل حامل البطاقة على ما يريد من سلع وخدمات يقدم البطاقة التي يرغب في الوفاء بها [1]، وحين يتأكد محاسب المحل التجاري من صلاحية البطاقة كأداة للدفع، وذلك بتمريرها على جهاز أُعدَّ خصيصاً لهذا الغرض، يصدر إيصالاً بالثمن من ثلاث نسخ، ويطلب من العميل التوقيع عليها، ثم يقوم بعد ذلك بإرسال الإيصالات التي لديه إلى شركة خدمات الدفع للوفاء له بقيمة هذه الإيصالات[2].

وتتخذ البطاقات التي تصدرها البنوك أشكالاً مختلفة[3]، نعرض لها -وبإيجاز- فيما يلي:

١- **بطاقات الوفاء** Debit Cards :

ويقوم حامل هذه البطاقة بالدفع من خلال تحويل الثمن إلى الطرف الآخر، إما بطريقة مباشرة، وذلك بتسليم حامل البطاقة لبطاقة الطرف الآخر، الذي يتأكد من وجود رصيد كاف لهذا العميل في البنك على نحوٍ يسمح له بالسداد، وتتم بذلك عملية التحويل من حساب العميل حامل البطاقة إلى حساب الطرف الآخر في بنك كل منهما. والطريقة الأخرى غير مباشرة، ويقدم فيها حامل البطاقة فقط بياناته وبيانات البنك المصدر لها، ويتولى الطرف الآخر تسجيل هذه البيانات في فاتورة من عدة نسخ، يوقِّع عليها حامل البطاقة، معطياً الإذن بذلك للبنك مصدر البطاقة بأن يحوِّل المبلغ الوارد فيها إلى حساب الطرف الآخر.

---

(1) يعود أول استخدام للنقود الإلكترونية بهذه الطريقة إلى الشركة الهولندية Digicash التي أسسها الباحث الأمريكي الأصل David Chaum والتي أطلق عليها اسم النقد الإلكتروني، وبدأ العمل بها منذ ٢٣ من تشرين الأول أكتوبر سنة ١٩٩٥ من قبل البنك الأميركي Mark Twain Bank .
انظر: حسين إبراهيم القضماني، البطاقة المصرفية والانترنت، دراسة حول الوضعيتين التقنية والقانونية، اتحاد المصارف العربية، طبعة أولى سنة ٢٠٠٢، ص٤٣.

(2) انظر: د. كيلاني عبدالراضي محمود، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، ١٩٨٨

(3) Kerry Lynn, The New Money, 14 Berkeley Technology Law Journal, spring 1999.

٢- **بطاقات الائتمان** Credit Cards :

وحامل هذا النوع من البطاقات يسدد بها القيمة المطلوبة منه، حتى ولو لم يكن له حساب يسمح بتغطية هذه القيمة في البنك الذي أصدر له البطاقة، على أنه يلتزم خلال أجل معيّن يتم تحديده بالاتفاق بينه وبين مصدرها، على سداد كافة المبالغ التي قام بدفعها مستخدماً هذه البطاقة[١].

ولما كان هذا النوع من البطاقات يُعدُّ أداة ائتمان حقيقية علاوة على أنه أداة وفاء، فإن الجهات المصدرة له تحصل على فوائد مقابل توفيره لحامليه، كما أنها لا تمنحه من الأصل إلاّ بعد الحصول على ضمانات عينية وشخصية كافية[٢].

٣- **بطاقات السحب الآلي** ATM :

وتعطى هذه البطاقات لصاحبها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه. ويتم ذلك من خلال إدخال العميل لبطاقته في أحد الأجهزة الخاصة المعدَّة لذلك، ثم يدخل الرقم السري .P.I.N الخاص به والذي يزوده به مصدر البطاقة ويحدد المبلغ المطلوب صرفه، ثم يسترد بطاقته بعد إتمام الصرف. وكأن البنوك بذلك توفر لها فروعاً في أماكن مختلفة للقيام بمثل هذا النوع من المعاملات[٣].

٤- **بطاقات ضمان الشيكات** Cheque Guarantee Cards :

وفي هذا النوع من البطاقات يضمن البنك مصدر البطاقة الوفاء بقيمة الشيكات التي يصدرها العميل حامل البطاقة حيث تحتوي البطاقة على اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد الأقصى

---

(1) Sally A. Jones, The Law Relating to Credit Cards, BSP Professional Books 1989.

(2) من أمثلة هذا النوع من البطاقات والمنتشرة الاستخدام عالمياً بطاقة الفيزا Visa وبطاقة الماستركارد Master Card وبطاقة الاكسس Access .

انظر: د٠ عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول: نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية سنة ٢٠٠٢ ص١١٤.

وانظر أيضاً: د٠ فياض مفلح القضاة، مسئولية البنوك الناجمة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات سنة ٢٠٠٠.

(3) انظر: د٠ عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق ص١١١.

الذي يلزم البنك بالوفاء به في كل شيك يحرره العميل. وعند كتابة الشيك يقوم العميل بإبراز البطاقة للمستفيد والتوقيع أمامه على الشيك، ليضمن له بذلك وفاء البنك بقيمة الشيك، وتكون البطاقة بذلك نوع من أنواع الضمان الصادر في ورقة مستقلة.

ويرجع السبب في ظهور هذه البطاقات إلى خوف التجار من عدم وجود رصيد كاف، أو عدم وجود رصيد من الأصل لدى المتعاملين معهم بشيكات، وتوفر هذه البطاقات هنا الأمان اللازم لهؤلاء التجار من خلال ضمان وفاء البنك لهم بالمبالغ المستحقة لهم بمقتضى هذه الشيكات[1].

ويتضح لنا من عرض هذه الأنواع من البطاقات أن بطاقات الائتمان وحدها هي التي توفر لحاملها الحصول على الائتمان، حيث يمنحه مصدرها قرضاً قصير الأجل يستطيع أن يستفيد منه عند استغلال هذه البطاقة. وقد انتشرت هذه البطاقات بشكل كبير في المعاملات، وزاد من فاعليتها تطوير بروتوكول التعاملات الإلكترونية الأمنية Secure Electronic Transactions (S E T) والذي وضع معاييراً موحدة للأمان عند استخدام بطاقات الائتمان، وذلك بتشفير أرقامها والاعتماد على التوقيع الإلكتروني في مسائل مختلفة وغير ذلك.

ويجدر بنا ونحن نتناول في بحثنا هذا مسألة المعاملات المصرفية الإلكترونية أن نثير السؤال التالي: هل يلزم أن يكون مصدر النقود الإلكترونية بنكاً تجارياً أم يجوز أن تتولى أي جهة هذا الإصدار؟

إن المزايا التي يمكن أن تتحقق من جراء قيام البنوك وحدها بمثل هذا الإصدار يدفعنا إلى المناداة بضرورة حصر إصدار هذه النقود على البنوك فقط، إذ هي الأقدر من غيرها على القيام بهذه المهمة. فهي من ناحية توفر الأمان اللازم، وذلك لما تتمتع به من دعم حكومي وأهلية قانونية لإصدار مثل هذه النقود، وتتلافى بذلك، من ناحية أخرى، إمكانية حدوث غش من قِبَل

(1) انظر: د. سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة (البطاقات البلاستيكية)، مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، سنة ٢٠٠٢، ص٦٨.

الجهات التي تقوم بإصدار مثل هذه النقود دون أن تتوافر فيها الشروط اللازمة. كذلك، يضاف إلى ما سبق، أن رقابة البنك المركزي على السياسة النقدية سوف تكون مهمة صعبة وشاقة إذا ما سُمح لجهات غير البنوك بإصدار مثل هذه النقود والتحكم بالتالي في هذه السياسة.

لهذه الأسباب وغيرها، فإن الاتجاه العالمي، وخاصة الأوروبي[1]، يميل إلى قصر إصدار النقود الإلكترونية على البنوك وحدها. إلاّ أن ذلك لم يمنع من ظهور اتجاه آخر تتزعمه الولايات المتحدة الأمريكية ترفض فيه وضع تنظيم قانوني لإصدار النقود الإلكترونية وتداولها، وترى أنه دعماً للمنافسة في هذا المجال، فإنه يجب السماح لكل من المؤسسات المصرفية وغير المصرفية بتقديم هذا النوع من الخدمات المالية.

على أية حال، فإن هذا الاتجاه الأخير، وإن وجد بيئة صالحة لتطبيقه في الولايات المتحدة الأمريكية، فإنه لا يصلح من وجهة نظرنا للتطبيق في بلاد أخرى كثيرة، ومن بينها بلادنا العربية، وذلك لاختلاف طبيعتها عما هو سائد في أمريكا.

ثانياً: الاعتماد المستندي الإلكتروني :

من المجالات التي تأثرت أيضاً بالثورة الإلكترونية التي لحقت بالعمل المصرفي كان الاعتماد المستندي، والذي كانت إجراءاته تتم منذ أن بدأ في الظهور وحتى وقت قريب بصورة يدوية. وكان ذلك لعدم ثقة كل من طرفيه في الآخر، وبحيث يضمن إصدار مثل هذا الاعتماد القضاء على مثل هذا الشك، وذلك من خلال المستندات التي تصدر بمناسبة تنفيذ عقد البيع بين طرفيه. فيشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن يطلب إلى بنك بعينه بأن يتعهد أمامه بدفع الثمن أو قبول كمبيالة يسحبها هو بالثمن متى سلّمه المستندات الخاصة بتنفيذ عقد البيع والتي بها يتسلّم المشتري البضاعة من الناقل البحري[2].

---

(1) وذلك من خلال التوصية التي انتهى إليها المعهد النقدي الأوروبي، وطالب فيها بضرورة قصر إصدار النقود الإلكترونية على المؤسسات الائتمانية وحدها. انظر: د. أحمد جمال الدين موسى، المرجع السابق ص١٥٣.

(2) انظر: د. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المستندية، دراسة للقضاء والفقه المقارن، وقواعد سنة ١٩٨٣ الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٩ ص٤.

ولقد أدى التطور التكنولوجي إلى التخلي عن هذه الطريقة واستبدال طريقة أخرى بها تقوم على استخدام الكمبيوتر كأساس يمكن أن يعتمد عليه في إتمام هذه الإجراءات. فأصبح المستورد يقوم بإرسال طلبه لإصدار الاعتماد المستندي عن طريق جهاز الكمبيوتر، فإذا ما وافق البنك مصدر الاعتماد على طلب العميل، فإنه يرسل إليه نص الاعتماد المستندي عن طريق الكمبيوتر أيضاً، وقبل انتهاء الأجل المحدد في الاعتماد، فإن المستنفيد يقوم بإرسال كافة الفواتير المتعلقة بالشحن واللازمة للحصول على قيمة الاعتماد مستخدماً في ذلك ذات الوسيلة، أي الكمبيوتر، ويطلب من كافة الأطراف المشاركة في المعاملة كالشاحن والمؤمن أن يقوموا بإرسال مستنداتهم للبنك مصدر الاعتماد عن طريق الكمبيوتر. ولا يقف دور الكمبيوتر عند هذا الحد، ففي الحالات التي يكون فيها الاعتماد المستندي معززاً، وحيث يكون هناك أكثر من بنك في المعاملة، فإن على البنك مصدر الاعتماد أن يقوم بإرسال الرسائل الإلكترونية الواردة إليه للبنك المبلغ والذي يقوم بدوره بفحص هذه الرسائل ليتأكد من مطابقتها لشروط الاعتماد الإلكتروني، فإذا وجد أن المستندات مطابقة لما جاء في شروط الاعتماد، فإنه يدفع للمستفيد بصورة إلكترونية وذلك عن طريق التحويل الإلكتروني للمبالغ إلى حسابه، وإجراء قيد معاكس في حساب العميل طالب فتح الاعتماد بذات الطريقة الإلكترونية، أما إذا لم يكن هناك تطابق بين المستندات المقدمة من المستفيد وبين ما هو مبيَّن في شروط الاعتماد، فإن البنك يقوم بإخطار المستفيد بذلك بطريقة إلكترونية[1].

(1) تجدر الإشارة هنا إلى أن قواعد غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٩٤ الخاصة بالاعتمادات المستندية قد أشارت بصورة ضمنية إلى استخدام وسائل التقنية الحديثة كالكمبيوتر في تبادل المستندات الخاصة بالاعتماد المستندي. وهو ما يظهر في نص المادة ٢٠/ب التي اعتبرت أن المستندات الإلكترونية مقبولة، شأنها في ذلك شأن المستندات الأصلية، وذلك ما لم تنص شروط الاعتماد على خلاف ذلك، وبشرط أن يؤشر عليها على أنها أصلية.
انظر: د. حسن شحادة الحسين، العمليات المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق بجامعة بيروت سنة ٢٠٠٢ ص٢٠١.

ولما كان الدفع في الاعتماد المستندي يتم أحياناً عن طريق كمبيالة، كما سبق القول، يكون من الضروري أن يكون هناك كمبيالة إلكترونية إذا ما كان الاعتماد المستندي نفسه يتم على هذا النحو، وهو ما سنتحدث عنه بإيجاز من خلال موضوع الأوراق التجارية الإلكترونية.

ثالثاً: الأوراق التجارية الإلكترونية:

(١) الكمبيالة الإلكترونية:

ما يجب ذكره بدايةً في هذا المقام، أن الكمبيالة بصورتها الإلكترونية لا تختلف من حيث المحتوى عن الكمبيالة الورقية، وبعبارة أخرى، فإن كافة البيانات التي يتطلب القانون إدراجها في الكمبيالة الورقية لا يجوز إغفال أي منها عند إصدار الكمبيالة الإلكترونية، فهي بيانات يلزم ظهورها في أي كمبيالة وذلك سواء كانت الكمبيالة ورقية أم إلكترونية. الفرق إذن يبدو بين النوعين من حيث طريقة إصدار كل منهما.

بيان ذلك أنه في الكمبيالة الإلكترونية، دون الورقية، يقوم الساحب بتحرير الكمبيالة التي يريدها بصورة إلكترونية. ويتم ذلك عن طريق شريط ممغنط يصدر فيه الكمبيالة، ثم يرسلها بعد ذلك إلى البنك الذي يتعامل معه عبر جهاز الكمبيوتر، وقبل موعد استحقاق الكمبيالة بوقت معقول يقوم بنك الساحب بإرسال هذه الكمبيالة إلى جهة المسحوب عليه المحددة في الكمبيالة. وإذا كان هناك أكثر من كمبيالة، فإنه يتم تقسيم هذه الكمبيالات وفرزها بصورة إلكترونية بطبيعة الحال وذلك قبل إرسالها إلى المسحوب عليه. وهناك عند المسحوب عليه يتم تحديد الكمبيالات مستحقة الدفع من قبله، وبعد أن يتأكد من توافر كافة المتطلبات اللازمة لسداد قيمة الكمبيالة، يقوم برد الكمبيالة إلكترونياً إلى البنك الذي كان قد أرسلها له من قبل، موقعاً عليها بقبول تسديدها، ويتم التسديد هنا عن طريق التحويل الإلكتروني، حيث تُقيَّد قيمة الكمبيالة في الجانب الدائن لحساب المستفيد في البنك الذي يحدده، وتُقيَّد في ذات الوقت نفس هذه القيمة في جانب المدين لحساب الساحب.

(٢) **الشيك الإلكتروني:**

تُعدُّ الشيكات الإلكترونية من ضمن الأساليب الحديثة المستخدمة في الدفع، حيث يمكن بواسطتها الوفاء بالشيك من خلال شبكة الانترنت. والشيك الإلكتروني لا يختلف كثيراً عن الشيك الورقي سواء أنه يحرر ويسحب بطريقة إلكترونية. وبعبارةٍ أدق، فإن بيانات الشيك تستكمل على شاشة الكمبيوتر، ثم يضع الساحب توقيعه بصورة إلكترونية على الشيك، ثم يقوم بإرساله للمستفيد عبر شبكة الانترنت. وللحصول على قيمة الشيك، فإن المستفيد يظهِّره لنفسه بتوقيعه عليه هو أيضاً بصورة إلكترونية ثم إيداعه في حسابه لدى البنك[١].

(٣) **الشيك الذكي** Smart Cheque :

يجدر بنا هنا ونحن نتحدث عن المعاملات المصرفية الإلكترونية، أن نشير إلى الاختراع العربي الرائد في هذا المجال[٢]، ونقصد به الشيك الذكي. وقد ظهر هذا النوع في محاولة لإعادة الثقة في الشيكات، والتي بدأت تفقدها في الوقت الراهن نتيجة عدم إمكانية التحقق من وجود رصيد قائم وكافٍ للشيك عند التعامل به، وليوفر الأمان لكل من الأطراف المتعاملة به، ويقضي على الأسباب التي أدت إلى عزوف المتعاملين بالشيك عن استخدامه بالشكل التقليدي له.

وتقوم فكرة الشيك الذكي على استخدام شيكات بنكية جديدة مزودة بشرائط ممغنطة أو خلايا تخزين مدمجة على الأجزاء السميكة من الشيك، ولها أوجه أمامية وخلفية تحمل بيانات

---

(1) Cather Ine Lee Wilson, Banking on the Net, Extanding Bank Regulation to Electronic Money and Beyond, 30 Creighton Law Review, May 1997, p. 686.

(2) ينسب هذا الاختراع إلى السيد موسى عيسى العامرى من دولة الإمارات العربية المتحدة حيث حصل على براءة اختراع تحت مسمى "نظام شيك بنكي مع شيكات بها شرائط ممغنطة و/أو شرائح تخزين"، وقد بدأت الحماية المقررة لبراءة الاختراع في السريان منذ نوفمبر سنة ٢٠٠٠، وقد تم تسجيل براءة الاختراع في نحو ١١٠ دولة على مستوى العالم وفقاً لنظام معاهدة التعاون في شأن براءات الاختراع.
انظر ندوة بعنوان "الشيك الذكي" والتي نظمتها غرفة تجارة وصناعة دبي بالتعاون مع مكتب العامري للمحاماة والاستشارات القانونية في ٢ مارس ٢٠٠٣م.

مرئية ومطبوعة[1]، وبها شريط ممغنط مسجل عليه بيانان مشفرة وغير مرئية. و يمكن التأكد من مطابقة البيانات المرئية مع البيانات المشفرة لاكتشاف أي تزوير أو تعديل غير مصرح به في الشيك. كما أن هذه الشيكات لها حد أقصى مودع ومجمد في حساب الساحب وذلك للتحقق من أن جميع هذه الشيكات لها أرصدة قائمة وقابلة للسحب، وذلك بتمرير الشيك على جهاز يقوم بفك شفرة هذه البيانات[2].

والشيك الذكي على هذا النحو يوفر العديد من المزايا، فهو يقلل من علميات الاحتيال التي يمكن أن تتم تجاه البنوك والمستفيدين، فكل منهما يطمئن إلى أن الشيك الذي يتعامل به غير مزور من ناحية، كما يطمئن من ناحية أخرى إلى أن هناك رصيد كافٍ يمكن سحب قيمة الشيك منه، كما أن الشيك الذكي يوفر السرعة والسهولة في التعامل، وإمكانية التعامل به على مدار الوقت، وهو في هذا كله يقوم بدوره باعتباره أداة وفاء مثله في ذلك مثل النقود.

وعلاوة على ذلك، فإن هذا الشيك يوفر ميزة هامة تجعله بديلاً فعَّالاً عن الشيك بمفهومه التقليدي. ونقصد بها إمكانية تظهيره إلى شخص ثالث بعد أن يتم التعامل به لأول مرة بين الساحب والمستفيد، وبعد أن يتأكد المستفيد من توافر المبلغ الوارد في الشيك في رصيد الساحب لدى البنك، فإن له أن يظهره إلى شخص آخر (المظهر إليه) وذلك عن طريق تمرير الشيك مرة أخرى على الجهاز الكاشف لتوافر الرصيد من عدمه، وذلك بإدخال رمز خاص بذلك. وحيث يحصل على إشعار يفيد توافر الرصيد، فإن له أن يقوم بمثل هذا التظهير.

---

(1) ومن هذه البيانات اسم البنك أو الفرع ورقم الشيك ورقم الحساب.

(2) ويبدو ذلك وجهاً للشبه بين الشيك الذكي وبطاقات الائتمان إلا أن الفروق تبدو بينهما كثيرة، أبرزها أن الشيك الذكي لا يمكن استخدامه إلا مرة واحدة لأن كل شيك له رقم مستقل، أما بطاقات الائتمان فيمكن استخدامها كثيراً. كما أن حجم المبالغ التي يمكن التعامل بها من خلال الشيك الذكي يبدو أكبر بكثير من تلك التي يمكن إنفاقها عن طريق بطاقات الائتمان.

ليس ذلك فحسب، بل إن الشيك الذكي يتميز عن الشيك العادي في مرحلة تحصيل البنك لقيمة كل منهما، أي أثناء إتمام عملية المقاصة. إذ أن هذه العملية في الشيك العادي تستغرق وقتاً يتراوح من يوم إلى يومين بحسب موقع كل بنك وبعده عن الآخر، كما تتطلب عدداً من الموظفين للقيام بهذه العملية في زمن محدد، وبالتالي تكلفة كبيرة. أما في الشيك الذكي فالأمر يبدو مختلفاً، فالمقاصة تتم بصورة إلكترونية ولا تستغرق بالتالي وقتاً يذكر لإتمامها، وذلك لوجود الشريط الممغنط أو خلية التخزين، والتي تتيح إمكانية التأكد من وجود رصيد يغطي قيمة الشيك عن طريق شبكة الاتصالات التي تربط بين جميع البنوك المشاركة في نظام المقاصة الإلكترونية.

رابعاً: التحويل المصرفي الإلكتروني:

من المعاملات المصرفية أيضاً التي يمكن أن تم بصورة إلكترونية عملية التحويل المصرفي. والتحويل في مثل هذه الحالة قد يتم داخل بنك واحد، وذلك حين يكون طرفا التحويل عميلين في ذات البنك[1]، وقد يتم التحويل بين بنكين حيث يكون لكل بنك عميله الخاص به، بل قد يشمل التحويل الإلكتروني بنكاً ثالثاً كوسيط لتسوية عملية التحويل[2].

وأياً كان عدد أطراف التحويل المصرفي الإلكتروني، فإنه لا يخرج عن إحدى صورتين:

الصورة الأولى: التحويل الإلكتروني الدائن، ويتم هذا التحويل عندما يوجّه الدائن أمراً إلى بنكه بتحويل مبلغ نقدي إلى حساب شخص آخر هو المستفيد. سواء حدثت تلك العملية في بنك واحد أو في بنكين بحسب ما إذا كان للمستفيد حساب في ذات بنك الآمر أم لا. ولما كان

---

(1) ويستوي في هذه الحالة أن يكون الطرفان عميلين لنفس فرع البنك أو لفرعين مختلفين، إذ يعامل البنك في هذين الفرضين على أنه بنك محوِّل ومحوَّل إليه في نفس الوقت، مع مراعاة أن مسئولية البنك تتحدد في ضوء اعتبار أن فروع البنك الواحد ليس لها شخصيات قانونية مستقلة.

(2) ويحدث التحويل بهذه الصورة في حالة إذا لم يكن لدى بنك المحول وبنك المستفيد علاقة مصرفية مباشرة أو لم يكونا مشتركين في غرفة مقاصة واحدة يتم من خلالها تسوية حساباتهما.
انظر: د. فياض القضاة، المرجع السابق ص١٨.

التحويل هنا إلكترونياً، فإن العميل الآمر يستخدم طريقة إلكترونية في إصدار مثل هذا الأمر، ويقوم البنك بعملية التحويل بعد أن يتأكد من كفاية رصيد العميل الآمر لإجراء هذا التحويل، حيث يقوم بقيد المبلغ المحوَّل في جانب الدائن من حساب المستفيد، وقيد ذات المبلغ في جانب المدين من حساب العميل الآمر.

الصورة الثانية: التحويل الإلكتروني المدين، والأمر في هذه الصورة يصدر من المستفيد الذي يوجِّهه إلى بنكه بصورة إلكترونية وذلك لتحصيل المبلغ المحوَّل إليه من المدين أو بنكه.

وهنا لا بد وأن يرفق المستفيد مع الأمر الصادر منه، التفويض الصادر من المدين المحوَّل إلى بنكه، والمتضمن تحويل المبلغ المحدد إلى حساب المستفيد.

وفي كلتا الحالتين، فإنه يجب أن يسبق علمية التحويل الإلكتروني اتفاق ين أطرافه على الحقوق والالتزامات المترتبة على كل منهم. وذلك بدءاً من الاتفاق بين المحوِّل وبنكه، ثم بين بنك المحوِّل والبنك المراسل إن وجد، ثم بين البنك المراسل وبنك المستفيد، وأخيراً بين بنك المستفيد والمستفيد نفسه. وكل هذه الاتفاقات يمكن أن تتم بصورة إلكترونية، وذلك من خلال العقد الإلكتروني الذي يتكون من إيجاب يصدر من الموجب في أي من هذه الاتفاقات إلكترونيا، ثم يصدر له قبول مطابق له بذات الطريقة. ولن نخوض هنا في الأحكام العامة التي تنظم اتفاق التحويل المصرفي، فهذا إنما يخرج عن نطاق هذا البحث، ولكننا نشير إلى بعض المسائل التي يثيرها تطبيق هذه الاتفاقات بصورة إلكترونية.

وأولى هذه المسائل فيما يتعلق بالخطأ الذي يمكن أن يقع عند القيام بعملية نقل البيانات المتعلقة باسم المستفيد أو رقم حسابه أو اسم بنكه أو أي من البيانات الأخرى الوارد ذكرها في طلب التحويل، إذ أن وقوع مثل هذا الخطأ يبدو أكثر قابلية للحدوث عند إجراء عملية النقل بصورة إلكترونية نتيجة اختلاف طبيعة الكتابة بخط اليد عن الكتابة عن طريق إلكتروني، حيث

تبدو الطريقة الأولى أكثر أماناً لصاحبها. ومن الأخطاء الشائعة في هذا الصدد إرسال أمر التحويل مرتين اعتقاداً من المرسل بأن الأمر الأول لم يصل، فيقوم الشخص بالضغط على مفتاح الكمبيوتر مرة أخرى معطياً له الأمر بتنفيذ تحويل سبق أن تم تنفيذه، وهنا تثور أكثر من مشكلة خاصة بشأن حدود مسئولية كل طرف عما وقع من خطأ.

من المسائل الأخرى التي تنشأ بسبب تنفيذ اتفاق التحويل المصرفي إلكترونياً حالة ما إذا قام البنك بتنفيذ عملية التحويل دون تفويض. ويحدث هذا غالباً نتيجة الصعوبات التي تواجه البنك عند التأكد من أن التوقيع السري الوارد على أمر التحويل هو توقيع العميل نفسه. ويزيد من خطورة الأمر أن إمكانية حصول الغير على الرقم السري الخاص بتوقيع العميل ليست مستحيلة.

كذلك فإن تحديد لحظة إبرام اتفاق التحويل الإلكتروني هو أمر يثير بعض الصعوبات. ولعل مرد هذه الصعوبات يعود بصفة أساسية إلى الطابع الإلكتروني للاتصال، وهنا يلزم تعيين الواقعة التي يعتد بها في تحديد زمان انعقاد التحويل، وهل العبرة هي بتلاقي الإرادتين أم بعلم الأطراف بتلاقي الإرادتين، أو بعبارة أخرى هل العبرة بوقت صدور القبول من المحوَّل له أم من وقت علم المحوِّل بهذا القبول؟ والوصول إلى إجابات لهذه الأسئلة ليس مجرد حسم لجدل فقهي، بل إن آثاره تبدو في غاية الأهمية، فالآمر، من ناحية، يجوز له الرجوع في أمره طالما أن المبلغ لم يخرج من ذمته إلى ذمة المستفيد بعد، أما إذا خرج من ذمته وانعقد التحويل بالفعل، فإنه لا حق له على هذا المبلغ. وإن حرر شيكاً على أساسه، فإنه قد حرر شيكاً بدون رصيد. ومن ناحية أخرى، فإن الآثار المترتبة على إفلاس أحد أطراف التحويل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بتحديد لحظة إتمام التحويل، وما إذا كان قد تمت قبل الإفلاس أم بعده.

هذه المسائل وغيرها تمثل أهمية متزايدة في مجال التحويل المصرفي الإلكتروني عن التحويل المصرفي بالطرق التقليدية له. وسوف نحاول في المبحث الثالث من هذا البحث عرض حلول لبعض هذه المشاكل.

المبحث الثالث

المشاكل التي يثيرها التعامل مع البنوك الإلكترونية

لا شك أن التطوُّر الذي لحق العمل المصرفي بظهور البنوك الإلكترونية وانتشارها على نحوٍ واسع قد صاحبه عدد من المشاكل القانونية الناجمة عن التعامل مع هذا النوع من البنوك. ولما كانت هذه البنوك تقوم على آليات تختلف جوهرياً عن تلك التي تقوم عليها البنوك بمفهومها التقليدي، فقد كان من الطبيعي أن يظهر نوع من عدم التلاءم بين النصوص القانونية القائمة وبين البنوك على النحو الذي تطورت عليه. ويعود ذلك إلى أن هذه النصوص إنما وُضعت لتنظيم المعاملات التي تتم من خلال أوراق ومستندات وصكوك، وهي الوسائل التي تبدو قيمتها محدودة في مجال العمل المصرفي الإلكتروني إلى حدٍ بدا فيه العجز واضحاً عن تطويع النصوص السائدة لتستجيب لهذه التطورات المتلاحقة.

ومن هنا نحاول في هذا المبحث أن نتناول بعض المشاكل القانونية التي اعترضت طريق البنوك الإلكترونية، على نحوٍ حدَّ من فاعلية هذه البنوك وانتشارها على ما كان متوقعاً لها. وسنحاول أيضاً أن نتلمس حلولاً لهذه المشاكل من خلال الأنظمة القانونية السائدة في هذا الصدد كلما أمكن ذلك.

أولاً: الاستعمال غير المشروع لأدوات الدفع الإلكترونية:

أولى المشاكل التي يثيرها التعامل مع البنوك الإلكترونية تتعلق بوسائل الدفع الإلكترونية، والتي حققت رواجاً كبيراً وأصبحت مقبولة بدرجة عالية في معظم الأوساط التجارية، وذلك لما توفره من مزايا عديدة للمتعاملين بها كبديل للنقود الورقية[1]. إلاّ أنه مع ذلك ونظراً إلى طبيعة

(1) من ذلك على سبيل المثال أنها تمنح حاملها ائتماناً مجانياً لفترات معينة، إذ يمكن لهم أن يستفيدوا من الاقتراض من البنك أو الشركة المصدرة إلى أجل، كما أنها تُمكِّن حاملها من إعطائها لمَنْ يريد لاستخدامها على نفس الحساب الائتماني، كذلك يمكن إبرام صفقات شراء فورية عن طريق الهاتف وذلك بمجرد ذكر رقم البطاقة، كما أن ضياعها لايرتب ذات الآثار التي تترتب على ضياع النقود الورقية إذ يمكن لمنْ ضاعت ==

المعاملات المصرفية التي تستخدم فيها هذه الأدوات، وأن معظمها من طبيعة دولية متعددة الأطراف، فقد شجع ذلك عدداً من المتعاملين بهذه الوسائل على إساءة استخدامها بطرق مختلفة.

ويمكن القول بوجهٍ عام بأن استعمال أدوات الدفع الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص بطاقات الوفاء، بصورة غير مشروعة، يمكن أن يصدر من أحد أطرافها أو من الغير، كما يمكن أن يتم عن طريق شبكة الانترنت، ونعرض هنا لبعض هذه الصور[1].

١- الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني الذي يقع من أطراف البطاقة، ونعني بأطراف البطاقة هنا الحامل الشرعي لها أو البنك أو التاجر، وذلك على ما يلي:

(أ) الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني من قِبَل حامل البطاقة الشرعي، والذي يحصل على البطاقة من الجهة المصدرة لها لاستخدامها كوسيلة دفع للحصول على السلع والخدمات. ويأخذ الاستعمال غير المشروع هنا أكثر من صورة ومنها على سبيل المثال:

- استصدار بطاقة دفع صحيحة بناءً على مستندات مزوَّرة وذلك كتقديم ضمانات وهمية أو عناوين غير صحيحة أو مستندات شخصية مزوّرة، وبحيث يعجز البنك عن استرداد ما دفعه حامل البطاقة للغير بموجب هذه البطاقة.
- استخدام بطاقة دفع منتهية الصلاحية أو تم إلغاؤها لإخلال العميل بالتزاماته مع البنك.
- تجاوز حد السحب المقرر لحامل البطاقة بالتواطؤ مع التاجر أو موظف البنك.

منه أن يخطر الجهة التي أصدرتها له لوقف التعامل بها، وغير ذلك من المزايا.
أنظر في عرض هذه المزايا: د. عبدالهادي النجار، بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الإلكترونية، مؤتمر الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الجزء الأول: الجديد في التقنيات المصرفية، كلية الحقوق – جامعة بيروت ٢٠٠٢، ص٤٦.

(1) انظر في عرض بعض هذه الصور: د. جميل عبدالباقي الصغير، الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٩، ص٢٢ وما بعدها.
وانظر كذلك: د. محمد إبراهيم أبو شادي، الصور المستحدثة لجرائم بطاقات الدفع الإلكتروني واستراتيجية مواجهتها، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الصور المستحدثة لجرائم بطاقات الدفع الإلكتروني، مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة، القاهرة ١٩٩٨، ص٥٧.

(ب) الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني من قِبَل موظفي البنك المصدر للبطاقة، ومن هذه الصور:

- أن يسمح موظف البنك لحامل البطاقة بأن يتجاوز الحد المقرر له في السحب، أو يسمح له باستخدام بطاقة منتهية الصلاحية، أو يسهِّل له استخراج بطاقة رغم عدم أحقيته في ذلك.
- قبول فواتير سداد غير صحيحة من التاجر مع علم موظف البنك بذلك.

(ج) الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني من قَبَل التاجر، ونعني به هنا الجهة التي تقبل البطاقة كوسيلة دفع إلكترونية مقابل السلع والخدمات التي تقدمها. ومن صور هذا الاستخدام:

- تزوير توقيع العملاء على فواتير عن مشتريات لم يحصلوا عليها، ثم تقديمها للبنك لتحصيل قيمتها.
- تقديم الفواتير أكثر من مرة للحصول على قيمتها باستخدام الأصل مرة والصورة مرة أخرى.
- قبول بطاقة الدفع الإلكتروني رغم إخطار التاجر بعدم صلاحيتها للاستخدام.

٢- **الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني الذي يقع من الغير**، ويُقصد بالغير هنا أي طرف غير أطراف البطاقة، ومن صور الاستعمال على هذا النحو هنا[1]:

- تزوير بطاقات الدفع، وذلك بوضع بيانات غير صحيحة على البطاقة أو وضع إمضاءات أو أختام مزوَّرة أو تعديل تاريخ صلاحيتها أو غير ذلك من صور التزوير.
- استعمال البطاقات المزوَّرة في الوفاء أو في سحب النقود من المكان المُعدّ لذلك.

٣- **الاستعمال غير المشروع لبطاقات الدفع الإلكتروني الذي يقع عبر شبكة الانترنت**، والواقع أن هذا النوع من الاستعمال يمثل خطورة بالغة على نظام التجارة الإلكترونية بوجهٍ عام وعلى البنوك الإلكترونية بوجهٍ خاص، إذ يُعدُّ الوفاء بطريق إلكتروني ركيزة أساسية تعتمد عليها

(١) انظر في ذلك: د. كيلاني عبدالراضي محمود، المرجع السابق، ص٨٤٢ وما بعدها.

هذه البنوك في معاملاتها، وهو ما يهدد بقاءها واستمرارها. ويزيد من خطورة هذا الأمر أن مرتكبي هذه الوسائل يتمتعون في الغالب بمهارات عالية يستعصي على غالبية الأفراد مقاومتها أو اكتشافها، خاصة في ظل السرعة المذهلة للتطور التكنولوجي في هذا الشأن. وسوف نتناول هذا الموضوع لاحقاً عند التعرض لمشكلة القرصنة الإلكترونية وذلك باعتبارها إحدى المشاكل التي يثيرها التعامل مع البنوك الإلكترونية[1].

ثانياً: مشاكل الإثبات الإلكتروني:

هذا النوع من المشاكل هو من أخطر المشاكل التي يمكن أن تواجه البنوك الإلكترونية أثناء قيامها بمعاملاتها المصرفية، فهي ذات طبيعة متشابكة ومعقدة. وقد ظهرت نتيجة الفجوة التي حدثت بين الواقع والقانون في ظل التطور الهائل الذي لحق بالوسائل الفنية الحديثة المستخدمة في إثبات المعاملات التي تتم بين هذه البنوك وعملائها. وقد حدا ذلك إلى ضرورة التفكير بصورة جدية في مدى ملاءمة القواعد القانونية الحالية التي تنظم مسائل الإثبات لهذا التطور، أو بعبارة أخرى هل يمكن الاعتماد على مثل هذه القواعد لحسم المشاكل المتعلقة بالإثبات بين أطراف المعاملات المصرفية الإلكترونية، أم أن التطور الذي لحق بوسائل الإثبات يجب أن يواكبه تطور في القواعد القانونية المنظمة لهذه الوسائل[2].

نحن نرى هنا أن المفاهيم التقليدية للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على الوسائل الإلكترونية الحديثة المستخدمة في الإثبات، وأن العديد من المسائل العملية ستبقى بلا حل ما لم نغير من روح هذه المفاهيم لتواكب هذا التطور، واضعين في الاعتبار أن هذه المفاهيم حينما وضعت إنما كانت

---

(1) انظر ما سيلي ص٤٤.

(2) انظر في طرح المشكلة بوجه عام: د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية بكلية الحقوق – جامعة عين شمس، بدون ناشر، وبدون تاريخ. وانظر أيضاً:
Kalama M. Lui – Kwan, Digital Signatures: Recent Developments in Digital Signature Legislation and Eleectronic Commerce, 14 Berkeley Technology Law Journal 1999.

لتنظيم الإثبات الذي يتم باستخدام المستندات الورقية، والتي تضاءل دورها في الوقت الحالي بشكل كبير، وحلت محلها المستندات الإلكترونية. والفرق بين النوعين يبدو من الوضوح على نحوٍ يستوجب معه التغيير، ويبدو من أهم أوجه الفرق بينهما ما يلي:

- إن السند الإلكتروني قابل للتلف أو المحو، ولا يتمتع بصفة الاستقرار والثبات. كما أن الطرق التي يمكن أن تستخدم للتغلب على هذه المشكلة، وذلك بنقل السند إلكترونياً من اسطوانة إلى أخرى، من شأنه أن يفسح المجال للتلاعب بمحتوى السند. بينما لا نجد ذلك الأمر في السند الورقي.

- إن السند الورقي يستند إلى أساس مادي مكتوب وهو الورقة ذاتها، أما السند الإلكتروني فيستند إلى اسطوانة إلكترونية. ويستتبع هذا الفرق نتائج خطيرة تبدو في إمكانية تعديل أو تغيير مضمون السند الإلكتروني دون أن يبقى لذلك أي أثر. بينما يصعب تصور هذا الأمر في حالة المستندات الورقية.

- إن احتمال حدوث خطأ في عند استخدام السند الإلكتروني يبدو أكبر بكثير منه في حالة استخدام السند الورقي. ومواجهة هذا الخطأ تتطلب استخدام وسائل أخرى في الإثبات غير السند الإلكتروني ذاته، مما يعني بعبارة أخرى أن السند الإلكتروني قد لا يقوم بنفسه دليلاً كافياً لإثبات المعاملات المصرفية[1].

- إن فكرة التوقيع والتي تُعدُّ عنصراً أساسياً من عناصر الدليل المُعد للإثبات أياً كانت صورته، تختلف اختلافاً جوهرياً في كل من نوعي السند. فبينما هي توقيع يدوي في السند الورقي يعبر به صاحبه عن رغبته في الالتزام بمضمون السند، فإنها تتخذ شكلاً إلكترونياً يثير العديد من المشاكل في السند الإلكتروني.

---

(1) من ذلك على سبيل المثال أن يقوم حامل البطاقة الإلكترونية بالدفع أكثر من مرة نتيجة وجود خلل فني في ماكينة الدفع، رغم إن إرادته لم تنصرف إلاّ للتسديد مرة واحدة فقط.
انظر: وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات الحقوقيين ٢٠٠٢، ص٣١.

لهذه الفروق وغيرها، ظهرت العديد من المشاكل المتعلقة بمدى كفاية قواعد الإثبات الإلكتروني لتنظيم مسائل الإثبات في المعاملات المصرفية[1]. ونعرض هنا لبعض صور هذه المشاكل، ونميل إلى تقسيمها بحسب طبيعتها إلى مشاكل فنية وأخرى ذات طبيعة قانونية على النحو التالي:

١- المشكلات الفنية الناتجة عن مخاطر تكنولوجيا المعلومات ويظهر هذا النوع من المشكلات في صور عديدة، من أهمها حدوث عطل داخل الشرائح الإلكترونية يؤدي إلى ضياع المعلومات المخزنة بداخلها، وحتى في حالة عدم حدوث مثل هذا العطل، فإن الشرائح الإلكترونية يفترض أن لها مدد صلاحية معيّنة، بحيث تهلك بانقضاء هذه المدد، أو تصبح غير مقروءة. وفي أيٍّ من هذه الحالات، فإن ذلك يؤثر على دقة وسلامة المعلومات المخزنة بداخلها، وهو ما يؤثر بدوره على استخدامها كأساس للإثبات الإلكتروني.

كما يمكن أن يحدث الخطأ الفني منذ البداية، وذلك عند إعداد البرنامج الذي سيحوي الشرائح الإلكترونية، حيث يتم استخدام أجهزة غير ملائمة، أو تحميل البرنامج على الكمبيوتر بصورة غير صحيحة، أو إدخال بيانات على الشرائح الإلكترونية على نحوٍ يصعب معه استرجاعها كلما كان هناك رغبة لذلك.

---

(١) تجدر الإشارة في هذا المقام إلى النشاط الدءوب على المستوى الدولي في سبيل تنظيم وسائل الإثبات الإلكتروني، ومنح المحررات الموقعة إلكترونياً نفس قوة الدليل المستمد من السندات الورقية. وهو ما يبدو واضحاً في أعمال لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية والتي تعد الأساس لعديد من الاتفاقيات الدولية، والتطورات التي حدثت في كثير من مجالات التجارة الدولية كالتحكيم والتحويلات المصرفية. كذلك التوجيه الأوربي الذي أقرته اللجنة الأوربية في أكتوبر ١٩٩٧ ودخل حيِّز النفاذ في القوانين الداخلية للدول الأعضاء منذ يوليه ٢٠٠١.

انظر في عرض الجهود الدولية في هذا المجال: د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيتها في الإثبات، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص١٤٦ وما بعدها.

علاوة على ذلك، فإن المشكلة الفنية قد لا تعود إلى خطأ بإحدى صوره السابقة، وإنما إلى حيلة يستخدمها مصمم البرنامج أو مهندس الكمبيوتر بقصد الوصول إلى البيانات المحملة على البرنامج في وقت لاحق. ثم يتم استغلالها على نحوٍ غير مشروع رغم أنها سرية[1].

٢- المشكلات القانونية الناجمة عن استخدام وسائل الإثبات الإلكتروني:

الواقع إن النظر إلى السندات الإلكترونية التي تستخدم من خلال أجهزة الكمبيوتر على أنها أدلة إثبات هو أمر تكتنفه بعض الصعوبات القانونية. من أبرزها مدى قدرة القاضي على تكوين عقيدته اعتماداً على أن الحق إنما يستند فقط إلى دليل إلكتروني، أو بشكل آخر، هل يكفي السند الإلكتروني لدحض حجج مستخلصة من أدلة أخرى كالقرائن أو شهادة الشهود مثلاً؟[2] قيمة هذا التساؤل تنبع من حداثة السند الإلكتروني كوسيلة إثبات في مواجهة الوسائل الأخرى. ونحن نتصور أن الإجابة على هذا السؤال من الناحية العملية لا تبدو بتلك السهولة التي قد يتصورها البعض، ويزيد من هذه الصعوبة أنه لا يوجد اتفاق حول الطريقة التي سوف يتم بها تقديم السند الإلكتروني إلى القاضي، هل تتم طباعته وتقديمه في سند ورقي، أم تقدم نسخة من البرنامج المطلوب إلى القاضي في صورة إلكترونية، تماماً كالسند الإلكتروني نفسه؟.

تبدو مشكلة أخرى في الحالات التي يقيم فيها القانون تفرقة في الآثار المترتبة على استخدام أصل السند أو نسخة منه. ومرد هذه المشكلة أن التمييز بين أصل السند الإلكتروني ونسخته هو أمر بالغ الصعوبة، إن لم يكن مستحيلاً في بعض الأحيان، ذلك أن نسخة السند الإلكتروني

---

(1) انظر وسيم الحجار، المرجع السابق ص٤١.

(2) تعمل بعض البنوك الإلكترونية على إضفاء الحجية على مثل هذه السندات الإلكترونية، وذلك بالنص صراحة في العقود التي تُبرم بينها وبين عملائها على إمكانية الاعتماد على هذه السندات عند الإثبات. والواقع أنه برغم شرعية مثل هذه الاتفاقات إلا أنها تعد مجحفة للعملاء إذ يبدو من الصعب عليهم إثبات عكس ما تدعيه هذه البنوك اعتماداً على أدلة تعمل تحت إشراف البنك وإدارته، وله كامل التحكم فيها دون تدخل من جانبهم.
انظر د. عصام إبراهيم القليوبي، تطور أدوات الدفع ومشكلاته القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية ١٩٩٩، ص١١٨.

هي تكرار للأصل في كل جزئياته، ولا يبدو هناك فرق بينهما[1]. والسؤال هنا: هل مؤدى هذه الصعوبة في التفرقة بينهما اعتبار استخدام السند الإلكتروني هو استخدام لأصل السند في كل الأحوال أم هو استخدام لنسخة من السند ؟ علماً بأن الإجابة على هذا السؤال، مع صعوبتها، سوف ترتب آثاراً هامة.

كذلك، فإن استخدام السند الإلكتروني قد يتعذر في الحالات التي يتطلب فيها القانون التقيُّد بشكليات معيَّنة، إذ يبدو الاعتماد على السند الإلكتروني كوسيلة إثبات هنا متناقضاً مع صراحة النص القانوني[2].

وأخيراً، وليس آخراً، فإن التحقق من تزوير السند الإلكتروني سيمثل صعوبة كبيرة، وقد يصعب التوصل إليه، فهو تزوير تقني قد تعجز أمامه كافة التدابير الوقائية التي يمكن أن تُتخَذ من أجل تفادي الوقوع ضحيةً له.

ثالثاً: صعوبة تحديد المسئولية:

هناك نوع آخر من المشاكل يمكن أن تثيره المعاملات التي تجرى بين البنوك الإلكترونية وعملائها، وذلك بشكل يفوق كثيراً نفس هذه المشاكل التي تحدث داخل البنوك التقليدية. ونقصد بهذا النوع من المشاكل تلك المتعلقة بصعوبة تحديد المسئولية عن الأضرار التي يمكن أن تحدث بين هذه البنوك وعملائها. ولعل السبب في زيادة مثل هذا النوع من المشاكل هنا غير خاف، فالأدوات المستخدمة لإتمام العمليات المصرفية هنا من شأنها أن تزيد من تعقيد طبيعة المعاملة، على نحوٍ يتطلب تطويع قواعد المسئولية المستقر عليها في معظم الأنظمة القانونية، وذلك لاختيار الأنسب منها لتحديد الأفعال غير المشروعة.

---

(1) انظر د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص٣١٠.

(2) من ذلك على سبيل المثال أن كثيراً من القوانين قد حددت الشكل الذي يمكن من خلاله أن يتم التوقيع، وهو حركة اليد إما بالإمضاء أو الختم أو البصمة، وبالتالي فإن القانون لا يعتد بأي شكل آخر ولو كان بحركة اليد، كما يمكن أن يظهر في حالة التوقيع الإلكتروني.
انظر د. محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية ١٩٩٩، ص١٧٣.

والواقع أن مشكلة تحديد المسئولية في هذه الحالات إنما ترتبط جوهرياً بتحديد شخص المسئول عن حدوث الضرر. ومحدث الضرر هنا إما أن يكون البنك أو العميل ذاته، وقد يكون الغير، وذلك على النحو التالي:

١- **مسئولية البنك:**

يمكن أن تستند مسئولية البنك الإلكتروني عن تعويض العميل عما أصابه من أضرار على أساس عقدي أو على أساس تقصيري.

فالمسئولية تكون عقدية إذا كان خطأ البنك ناشئاً عن إخلال بأحد الالتزامات الواردة في العقد الذي أُبرمَ بين البنك والعميل[1] وذلك كما لو قام البنك بإجراء تحويل دون صدور أمر من العميل له بذلك، أو لو قام البنك بإجراء التحويل لغير شخص المستفيد الذي حدده العميل في الأمر الصادر منه. وتبدو هنا أيضاً مشكلة تتعلق بشأن تحديد الحالات التي يكون فيها تنفيذ البنك للالتزامات العقدية على نحوٍ معيب، ويرجع ذلك للطبيعة الخاصة للمعاملات المصرفية الإلكترونية والتي تتسم غالباً بطابع فني، كما أنها تتم عن بعد بين أطرافها.[2]

وقد يكون الخطأ العقدي راجعاً إلى فعل أحد تابعي البنك. وفي مثل هذه الحالة، فإن مسئولية البنك العقدية تقوم على أساس فعل الغير، وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الشخص يعمل لدى البنك بصورة دائمة أو عرضية أو كان يعمل بمقابل أو بدون مقابل. كما يمكن تأسيس مسئولية البنك عن فعل الشيء وذلك إذا ما كان الخطأ ناشئاً عن تدخل إيجابي من قبل الكمبيوتر والذي يعد موجوداً في حراسة البنك. وصور الأخطاء في مثل هذه الحالة كثيرة نتيجة التقدم التكنولوجي وانتشار الأجهزة الدقيقة في تنفيـــذ المعاملات المصرفية، وذلك كما لو تم تزويد

(1) العقد الإلكتروني هنا هو ذلك الاتفاق الذي يتلاقى فيه إيجاب البنك مع قبول العميل على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل.
حول العقود الإلكترونية بوجه عام وتمييزها عن غيرها من العقود، انظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٠.

(2) من أمثلة ذلك إمداد العميل ببرامج حاسب آلي لا تتفق واحتياجاته أو ليست هي الأحدث أو ليست كافية. انظر: د. محمد حسين منصور، المسئولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة ٢٠٠٣، ص٨٥.

العميل بمعلومات خاطئة أو ناقصة لخطأ فني في البنك أو خطأ في التوصيل، أو أصاب كمبيوتر العميل "فيروس" مصدره البنك الإلكتروني نفسه[1]. ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن كثيراً من البنوك الإلكترونية تضمِّن في العقود التي تبرمها مع عملائها شروطاً تخفف فيها من مسئوليتها، أو تحوِّل التزاماتها من التزامات بتحقيق نتيجة إلى التزامات ببذل عناية، وذلك كما لو أدرج البنك نصاً يعفي فيه نفسه من المسئولية عن الأضرار الناتجة عن سوء الاستعمال، أو نصاً يتعهد فيه بتقديم أفضل خدمة ممكنة لعملائه. ومثل هذه الشروط صحيحة، وذلك لأنه طبقاً للقواعد العامة يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام المسئولية العقدية أو تعديلها في حدود النظام العام[2].

كما يمكن أن تكون مسئولية البنك من طبيعة تقصيرية، وذلك إذا كان الضرر الذي أصاب العميل لا يستند إلى علاقة عقدية بينهما، كما لو حصل البنك الإلكتروني على معلومات سرية خاصة بالعميل بمناسبة معاملة إلكترونية كان سيقوم بها ولكنه تراجع عنها، ثم قام البنك بعد ذلك بنشر هذه المعلومات دون وجه حق، هنا تكون المسئولية تقصيرية لأنه لم يكن هناك عقد قد أُبرِم بعد بين الطرفين[3].

هذا عن المسئولية المدنية للبنك الإلكتروني، ولا يحول قيام هذا النوع من المسئولية دون قيام المسئولية الجنائية[4]، والتي قد تنشأ إلى جوار المسئولية المدنية، وذلك كما في حالة إخلال البنك

---

(1) يُلاحَظ أن المسئولية العقدية عن الأشياء في مثل هذه الحالات وغيرها تتشابه مع المسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية، وذلك لأن فعل الشيء هو فعل شخصي للمتعاقد لأن الشيء في حراسته وهو مسئول عنه.
انظر: د. حسام الدين كامل الأهواني، حماية أنشطة البنوك من مخاطر استخدام الحاسبات الإلكترونية، تقرير مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف سنة ١٩٩٩ ص٦٤.

(2) انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص٩٠٥.

(3) ويستطيع البنك في مثل هذه الحالات أن يدفع عن نفسه المسئولية كليةً بإثبات شروط قيام القوة القاهرة، وذلك بأن كان الفعل غير متوقع ولا يمكن تفاديه، أو أن تكون الواقعة خارجية عن الكمبيوتر. كما يمكن أن يدفع عنه المسئولية بصورة جزئية وذلك إذا كان البنك قد ساهم مع القوة القاهرة في حدوث الضرر، حيث يستطيع أن يدفع عن نفسه الخطأ بالقدر الذي ساهمت به القوة القاهرة.
انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص٦٥.

(4) حول هذه المسئولية، انظر: غادة موسى الشربيني، المسئولية الجنائية عن الأعمال البنكية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة عين شمس ١٩٩٨.

بالالتزام بالمحافظة على خصوصيات عميله وسرقة المعلومات الخاصة به، أو قيام البنك بأحد الأفعال التي سبق ذكرها فيما يتعلق بالاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع. والواقع أن ثبوت المسئولية الجنائية يؤثر بالضرورة على المسئولية المدنية، فالحكم الجنائي له حجيته بشأن عناصر دعوى المسئولية المدنية، وبعبارة أخرى، فإن القاضي المدني يلتزم بالحكم الجنائي الصادر بالإدانة، ولا يكون عليه إلا البحث في تقدير التعويض الناشئ عن الجريمة.

٢- مسئولية العميل:

لما كان البنك لا يُسأل إلا عن خطئه حسب ما أوضحنا، فإن مسئولية العميل تقوم إذا ما كان الضرر الناتج هو نتيجة خطأ العميل نفسه أو أحد تابعيه، وذلك كما لو قدم العميل معلومات غير دقيقة أو صحيحة، واعتمد عليها البنك الإلكتروني في إتمام معاملاته على نحوٍ سبب ضرراً للعميل، أو لو استخدم العميل الكمبيوتر لتزويد البنك بمعلومات غير صحيحة حول بطاقة الائتمان التي أصدرها له، وذلك بغية حصول العميل على مبالغ تفوق الائتمان الممنوح له من قبل البنك. وبطبيعة الحال فإن البنك لا يمكن أن يُسأل عن تنفيذه لأوامر العميل على النحو الذي صدرت به إذا ما كانت هذه الأوامر لا تتطابق مع حقيقة إرادة العميل وإنما صدرت عن خطأ من جانبه. على أنه في جميع الأحوال يجب أن يوضع في الاعتبار درجة المهارة التي يتمتع بها العميل في استخدامه لجهاز الكمبيوتر لإصدار أوامره من خلاله.

٣- مسئولية الغير:

وتبدو المشكلة هنا في أكثر صورها تعقيداً، ويعود هذا التعقيد إلى الطابع الفني المعقد لشبكة الانترنت والتي من خلالها يزاول البنك الإلكتروني مهامه. فهي شبكة ذات نشاط عالمي ولا تخضع لإدارة محددة، على نحوٍ يسهل معه تحديد دور ومسئولية كل فرد فيها، وإنما قد يتدخل العديد من الأفراد -على نحو غير مرئي- في ذات المعاملة الواحدة التي تتم من خلال شبكة الانترنت. وبعبارة أخرى عملية، فإنه ما بين إصدار العميل لأوامره عبر الانترنت وحتى وصولها إلى البنك الإلكتروني، فإن هناك عدداً كبيراً من الأفراد الوسطاء الذين يتدخلون في هذه المرحلة، وذلك كمتعهد التوصيل ومتعهد الخدمة وكل منهم يمكن أن يلعب دوراً هاماً في إحداث الضرر

لأحد طرفي المعاملة، دون أن يكون من السهل التوصل إليه في ظل العدد غير المحدود الذي يتعامل مع الشبكة. ونتناول هنا بعض الوسطاء الذين يمكن أن تثور مسئولياتهم في هذا الشأن، وذلك قبل أن نعرض لحدود مسئولياتهم.

(أ) مسئولية ناقل المعلومات: وهو الشخص الذي يتولى مهمة نقل المعلومات بين البنك والعميل، مستخدماً في ذلك الوسائل الفنية، وذلك بربط العميل بموقع البنك على شبكة الانترنت دون أن يكون له الحق في الاطلاع على هذه المعلومات، بل يلتزم بالحفاظ على سريتها. ومن هنا فإن مسئوليته تقوم إذا ما أخل بهذا الالتزام واطلع دون وجه حق على هذه المعلومات[1].

(ب) مسئولية مورد المعلومات: وهو الشخص الذي يتولى تحميل الكمبيوتر بالبيانات الخاصة بالبنك، والمعاملات التي يقوم بها، وشروط إتمامها، وغيرها من المعلومات اللازم وصولها إلى علم العملاء من خلال شبكة الانترنت. وتقوم مسئولية مورد المعلومات إذا كان ما قام بتحميله على الكمبيوتر يعد مخالفاً للقانون وكان على علم بذلك[2].

(ج) مسئولية متعهد الإيواء: وهو الشخص الذي يؤجر للبنك الإلكتروني موقعاً على شبكة الانترنت ويمده بالوسائل التقنية اللازمة لنشر ما يشاء من معلومات بشأن المعاملات التي يقوم بها. وتقوم مسئولية متعهد الإيواء عن خطئه الشخصي والذي يمكن أن يبدو في حالة السماح بتداول معلومات مخالفة للقانون بشأن البنك الإلكتروني الذي استأجر منه موقعه من على شبكة الانترنت، مع علمه بمضمون هذه المعلومات واتخاذه موقفاً سلبياً نحوها، على الرغم من توافر الوسائل التي تمكنه من غلق الموقع الذي يؤجره.

---

(1) على أنه يجوز لناقل المعلومات القيام بالتصوير الفني الإلكتروني باعتباره خطوة لازمة لإتمام عملية النقل الإلكتروني وذلك دون حاجة إلى تصريح خاص بذلك، على أنه يتقيد بالقيام بذلك في حدود الغرض الذي من أجله تقرر. انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص١٩٨، ١٩٩.

(2) انظر تفصيلاً في هذا الموضوع: د. محمود صلاح الدين مصيلحي، مسئولية مورد المعلومات لشبكة الانترنت، القاهرة ٢٠٠٠.

ويزيد من صعوبة تحديد مسئولية متعهد الإيواء رغبة بعض البنوك الإلكترونية في عدم الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بها، أو تقديم بيانات غير صحيحة عنها، وذلك رغبةً في القيام ببعض المعاملات المصرفية غير المشروعة. إذ يثور السؤال هنا حول مدى مسئولية متعهد الإيواء عن تصرفات البنك الإلكتروني الذي يؤيه؟

نعتقد أن مسئولية متعهد الإيواء تقوم فقط في حالة ما إذا كان يعلم بحقيقة التصرفات غير المشروعة التي يقوم بها البنك أو كان يجب عليه أن يعلم بذلك، أما إن كان لا يعلم أو ليس في استطاعته أن يعلم، وهو كثيراً ما يحدث نتيجة الرغبة في جذب أكبر عدد ممكن من العملاء (البنوك)، فإنه لا يمكن في مثل هذه الحالة القول بقيام مسئوليته، خاصة في ظل الأعداد المتزايدة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت والذي يفضلون الاحتفاظ بسرية بعض المعلومات الخاصة بهم[1].

(د) مسئولية متعهد الوصول: وهو الشخص الذي يقدم إلى عملاء البنك خدمة الوصول إلى الانترنت والاتصال بالتالي بالبنك والتعامل معه، ويتم ذلك من خلال عقد الاشتراك الذي يُبرَم بينه وبين العميل. وبالتالي فإن مسئولية متعهد الوصول تقوم في حالة إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها في عقد الاشتراك، كما لو حدث خلل فني حالَ دون إتمام الاتصال بين العميل والبنك وترتب على ذلك ضرر لحق بالعميل[2].

(هـ) مسئولية المنتج أو بائع الكمبيوتر: قد ينشأ الضرر نتيجة خلل في أجهزة الكمبيوتر التي سلمها المنتج أو بائع الكمبيوتر لأي من العميل أو البنك. وهنا يجوز الرجوع على هذا الشخص وفقاً للقواعد العامة في ضمان العيب الخفي إذا ما كان الخلل راجعاً إلى عيب خفي في الجهاز، وكذلك وفقاً للقواعد العامة في الإخلال بالالتزام بالتسليم إذا ما كان المبيع (جهاز الكمبيوتر) غير مطابق لمَا اتفق عليه الطرفان[3].

---

(1) انظر في أثر الجهالة على تحديد المسئولية: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق ص٢٠٦ وما بعدها.

(2) انظر: د. فاروق محمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٢.

(3) انظر: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص٦٦.

يظهر لنا من هذا العرض، لنماذج من الوسطاء الذين يمكن لهم أن يتدخلوا، مدى الصعوبة التي يمكن أن تثور بشأن تحديد الشخص المسئول عن حدوث ضرر بأحد طرفي المعاملة المصرفية الإلكترونية. خاصة وأن دور كل وسيط يتكامل مع أدوار باقي الوسطاء بشأن كل معاملة يمكن أن تتم، إلى درجة يصعب معها تحديد الدور الذي ساهم به كل منهم في إحداث الضرر إن كان قد ساهم في ذلك.

ويمكن القول بوجه عام بأن المسئولية بنوعيها، الجنائية والمدنية، تقوم في جانب أيٍّ من هؤلاء الأفراد إذا ما أخلَّ بأحد الالتزامات التي تفرضها عليه طبيعة عمله. ويتطلب ذلك التحقق من قيام الخطأ في جانب الشخص المتهم بإحداثه، وبحيث لا تقوم مسئولية الشخص إلا عما يمكنه السيطرة عليه والتحكم فيه، أما مجرد الاشتباه في نسبة الخطأ إلى أحد الأشخاص فليس كافياً لقيام مسئوليته.

والواقع أن هذه المشكلة تلقي بظلالها على مسألة أخرى ذات صعوبة بالغة في هذا الصدد، وهي المسألة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على المنازعات التي تدور بين البنك الإلكتروني والعميل، وهي ما نعرض لها الآن.

رابعاً: تحديد القانون واجب التطبيق على المعاملات المصرفية الإلكترونية:

نقطة الانطلاق في هذه المشكلة تبدو في القانون الخاص بالمعاملات المصرفية الإلكترونية، بما يتسم به من طابع دولي، وما ترتب على ذلك من نتائج ذات أهمية بالغة فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم العلاقات بين البنوك الإلكترونية وعملائها. بيان ذلك أن إبرام هذه المعاملات إنما يتم من خلال شبكة الانترنت. وهي شبكة، كما يظهر من الاسم[1]، ذات طابع دولي. وقد ترك ذلك أثره على المعاملات التي تتم من خلالها، إذ تتمتع بصفة الدولية هي الأخرى، ولا مجال فيها

(1) كلمة "انترنت" مكونة في اللغة الإنجليزية من مقطعين هما inter وهي اختصار لكلمة International وتعني الدولية، و net وهي اختصار لكلمة network وتعني الشبكة، وبذا يظهر لنا أن كلمة انترنت إنما تعني الشبكة الدولية والتي تحتوي على مجموعة من محطات الإذاعة المسموعة أو المرئية والمرتبطة ببعضها.
انظر د. أحمد عبدالكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات سنة ٢٠٠٠ ص٥.

للحديث عن ظاهرة الحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول في المجتمع الدولي، والتي هي متطلب أساسي لتطبيق القواعد التقليدية المتعلقة بتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات، بل لعل القانون الدولي الخاص مدين بالكثير في نشأته لهذه الظاهرة، وتطبيق قواعده إنما هو أمر مرتبط بوجود علاقات أجنبية. وتعد العلاقات أجنبية إذا ما تمت داخل الحدود السياسية لدولة أخرى، أو كان موضوعها أو الفعل الضار الناتج عنها قد حدث على أرض أجنبية، حيث يتم اختيار القانون الأكثر ارتباطاً بهذه العلاقات من أجل تنظيمها.

وإذا ما نظرنا إلى المعاملات المصرفية التي تتم بين البنوك الإلكترونية وعملائها، لوجدنا أن هذه المعاملات، وهي تتم عبر شبكة الانترنت، إنما تتمتع بطابع دولي له معطياته الخاصة، والتي تستلزم حلولاً تتوافق مع ذاتيتها فيما يتعلق بمشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على ما قد يثور بشأنها من نزاعات. وتظهر مثل هذه النزاعات مدى عجز قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية عن توفير حلول مناسبة لها، وأنى لمثل هذه القواعد أن توفر مثل هذه الحلول، وهي تفتقر إلى آليات المنهج القانوني اللازم للتعامل مع هذه الحالات. فضوابط الإسناد التي تعتمد عليها قواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون واجب التطبيق تبدو غير ملائمة تماماً للتطبيق على المشاكل القانونية الدائرة بين البنوك الإلكترونية وعملائها. إذ سيكتنف تطبيقها صعوبات تحول دون تحقيق فاعليتها على النحو المنشود، ومن أبرز تلك الصعوبات إمكانية تحديد الموقع الجغرافي لأيٍ من طرفي العلاقة.

صفوة القول إذن هنا أنه لا بد من التخلي عن مناهج القانون الدولي الخاص والبحث عن مناهج أخرى تبدو أكثر استجابةً لمجتمع افتراضي تنعدم فيه الروابط المكانية ونعني به شبكة الانترنت[1].

ومن هنا يظهر جوهر هذه المشكلة والتي تتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات التي قد تنشأ بسبب المعاملات التي تدور بين البنوك الإلكترونية وعملائها.

---

(1) انظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق ص١٠.

ونحن نرى أن الحل هنا يكمن في ضرورة استبدال قواعد جديدة بقواعد القانون الدولي الخاص، والذي غدت قواعده -كما أسلفنا- غير كافية لحل هذه المشكلة. على أن القواعد الجديدة التي ستمثل المنهج الجديد في حل هذه المشكلة لن تكون قواعد تنازع، وإنما قواعد موضوعية لها ذاتيتها الخاصة التي تستجيب للمقتضيات الإلكترونية في التعامل. وهي ما يطلق عليها القواعد الإلكترونية الدولية Lex Éléctronica .

وتتكون القواعد الإلكترونية الدولية من مجموعة العادات والأعراف التي نشأت واستقرت من خلال التعامل عبر الانترنت، والتي طورتها المحاكم والمتعاملون في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات[1]، كما تشمل أيضاً مجموعة التوصيات والدراسات الدولية الصادرة عن المؤسسات المعنية بشأن التجارة الدولية[2].

على أن المكوِّن الأكثر أهمية للقواعد الإلكترونية الدولية المستخدمة في حل منازعات البنوك الإلكترونية مع عملائها، يتمثل في رأينا في العقود التي تُبرم بين هذه البنوك وعملائها والتي تتم من خلال شبكة الانترنت. حيث تحتوى على الأحكام التي تنظم هذه العلاقة، كما تحتوي على حقوق والتزامات كل طرف فيها، وقيمة هذه العقود تبدو هنا في أن القواعد الإلكترونية الدولية، مثلها في ذلك مثل قواعد التجارة الدولية Lex Mercatoria، تضفي عليها قوة قانونية، مصدرها المبدأ التأصيلي الذي رسخ في علم القانون وهو مبدأ سلطان الإرادة.

---

(1) وإذا كان من الصعب التسليم باستقرار مجموعة من الأعراف والعادات المتعلقة بالتعامل عبر الانترنت، حيث ما زال هذا النوع من التعامل في مراحله الأولى، فإن التنظيمات المهنية والدولية المهتمة بحركة التجارة الدولية تعمل جاهدةً على تطوير هذه الأعراف على نحوٍ يستجيب لحاجات هذه التجارة.
انظر: د. فاروق محمد الأباصيري، المرجع السابق ص١٢٦-١٢٧.

(2) ومن أمثلة هذه التوصيات ما صدر عن لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة سنة ١٩٨٥ والتي تناولت "المشكلات القانونية المتعلقة بالمعاملة الآلية للمعطيات المعلوماتية في التجارة الدولية" حيث انتهت اللجنة إلى ضرورة إزالة القواعد القانونية التي تقف في سبيل الاعتراف بالقيمة القانونية للتسجيلات المعلوماتية، والاعتراف بهذه التسجيلات في مسائل الإثبات.
كما أصدرت اللجنة الأوربية سنة ١٩٩٤ توصيةً في هذا المجال طالبت فيها باستخدام نموذج لعقد كانت قد أصدرته، والاستعانة بما جاء فيه من تعليقات.
انظر: د. عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق ص١٥٩ وما بعدها.

وهكذا، فإن على القاضي أن يبحث في العقد الذي أبرمه البنك مع العميل عن إرادتهما، الصريحة أو الضمنية، لتحديد الأحكام التي تُطبّق على ما يثور بينهما من منازعات، وذلك طالما لم تتعارض مع القواعد الآمرة في قانون دولته.

على أنه في حالة خلو العقد من مثل هذا التنظيم، و لم يكن في الأعراف والتوصيات الدولية ما يسعف هذا النقص، فلا نجد مفراً من الارتداد إلى قواعد القانون الدولي الخاص لاستخلاص القانون واجب التطبيق. وهو فرض لا نزعم أنه نادر من الناحية العملية، ويزيد من انتشاره السرعة المذهلة في التطور التكنولوجي، والتي لا يسايرها بذات القدر سرعة في تطور القواعد الإلكترونية الدولية، التي ما تزال في مراحلها الأولى.

إلا أننا مع ذلك نرى أن المسألة لا تعدو أن تكون مسألة وقت حتى تستطيع هذه القواعد الدولية أن تثبت كفايتها من ناحية، وكفاءتها من ناحية أخرى لحل كافة المنازعات الإلكترونية مباشرةً، ودونما حاجة إلى الرجوع إلى الأسلوب التقليدي في استخلاص القانون واجب التطبيق من خلال ضوابط الإسناد التي تضعها القوانين الداخلية.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن القانون الدولي الخاص يقر مبدأ قانون الإرادة لحسم المنازعات التي تتعلق بموضوع العقود الدولية، وسواء اتفق البنك مع العميل على هذا القانون عند إبرام العقد أم عند نشوب النزاع بينهما، أو حتى لو تم تعديل اتفاقهم في وقت لاحق، شريطة أن تكون هناك صلة بين العقد والدولة التي تم اختيار قانونها ليطبق على المنازعات[1].

على أن الخطأ العقدي ليس وحده ما يمكن أن يمثل أساس المسئولية في العلاقة بين البنك والعميل، فمن المتصور أن تقوم المسئولية استناداً إلى فعل غير مشروع يرتكبه أي من البنك أو العميل. وقد عرضنا لصور كثيرة سابقاً، كحالات سرقة بطاقات الائتمان، أو غسيل الأموال، أو إفشاء الأسرار الخاصة بالعميل أو غير ذلك، والسؤال هنا أيّ قانون سوف يُطبق على هذه الأفعال؟

(1) انظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق ص١٨١ وما بعدها.

هنا نجد أنفسنا -مرة أخرى- أمام القانون الدولي الخاص وقد بدا غير قادر بأحكامه التقليدية أن يوفر حلولاً مناسبة لهذه المسألة. إذ مؤدى هذه الأحكام أن نطبق قانون المحل الذي وقع فيه الخطأ، وهو أمر صعب للغاية في ظل شبكة عالمية لا تعرف حدوداً جغرافية، ولا تعرف بالتالي تحديداً دقيقاً للمكان الذي وقع فيه الخطأ. وعلاوة على ذلك، فإنه كثيراً ما يحدث السلوك الخاطئ في دولة والضرر في دولة أخرى كما لو تم إفشاء أسرار عميل البنك الإلكتروني في دولة، لكن الضرر الذي نتج عن ذلك كان في دولة أخرى، يقيم بها شخص المستفيد من هذا الإفشاء بصورة غير مشروعة. هنا نجد أن تطبيق الاتجاه السائد في القانون الدولي الخاص من الاعتداد بمحل وقوع الضرر لتحديد القانون واجب التطبيق أمر بالغ الصعوبة، وذلك لذات السبب الذي ذكرناه تواً من صعوبة تحديد مكان وقوع الضرر في ظل "عولمة" شبكة الانترنت إن جاز التعبير[1].

خامساً: المشاكل المرتبطة بتكنولوجيا الكمبيوتر والجريمة المعلوماتية:

ثمة مشكلة أخرى يمكن أن تؤثر على فاعلية الدور الذي تلعبه البنوك الإلكترونية باعتبارها بديلاً عن البنوك التقليدية، وبما توفره من مزايا لا تتوافر في هذه الأخيرة. وتعود هذه المشكلة في جوهرها إلى الطرق التي تُدار بها البنوك الإلكترونية، والتي تعتمد بصفة أساسية على التطور التكنولوجي وما أفرزه من عناصر يمكن أن تؤثر سلباً على هذه الإدارة[2].

حقيقة أن البنوك الإلكترونية تدين في ظهورها وتطورها إلى التقدم التكنولوجي، فقد تمت وانتشرت بفضل هذا التقدم، لكن هناك حقيقة أخرى مفادها أن هذا التقدم نفسه قد يكون هو السبب الرئيسي في القضاء على هذه البنوك، وذلك إذا لم يوفر لعملائها من وسائل الحماية والأمان ما يدفعهم للاستمرار في التعامل معها.

---

(1) انظر: د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق ص٥٠، ٥١.

(2) انظر: د. ممدوح عبدالحيد عبدالمطلب، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، الجريمة عبر الانترنت، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، سنة ٢٠٠٠.

إن الكمبيوتر، وهو الجهاز الذي تتم من خلاله إدارة المعاملات المصرفية الإلكترونية، يمكن أن يمثل خطراً داهماً على الحياة الخاصة لعملاء البنك الإلكتروني وعلى السر المصرفي على وجه الخصوص[1]. ومظاهر هذا الخطر تظهر في أكثر من جانب، من أبرزها أن المعلومات الخاصة بعملاء البنك الإلكتروني، وبمجرد أن تنشر، فإن تبادلها يتم بسرعة مذهلة ولجهات غير محدودة، وبإتباع إجراءات إلكترونية بسيطة للغاية، وتزداد خطورة هذا النشر إذا ما احتوى على معلومات غير صحيحة أو دقيقة بخصوص العميل الذي تم نشر هذه المعلومات عنه، وعلى نحوٍ يمكن أن يؤثر على سمعته والقضاء على مستقبله المالي دون وجه حق.

وبوجهٍ عام، يمكن القول بأن عدم توفير الأمان في المعاملات المصرفية بالقدر الكافي يمكن أن ينتج عنه أخطار شديدة، وهذه الأخطار بالضرورة مرتبطة بالتغييرات التكنولوجية السريعة. ولما كان من الصعب الإلمام بهذه التغيرات، فإن ذلك قد يؤدي إلى قصور في الناحية الفنية، وقصور بالتالي في نظام البنوك الإلكترونية. ولعل هذا هو ما دفع بهذه البنوك إلى العمل قدر الإمكان على إرساء قواعد أمان العمليات المصرفية التي تقوم بها، وكان ذلك من خلال نظام التشفير، حيث لا يستطيع قراءة محتوى الرسالة إلا الشخص المصرح له بذلك. وفي هذا النظام يوجد مفتاحان، أحدهما لتشفير الرسالة وهو المفتاح العام، والآخر لقراءة الرسالة وهو المفتاح الخاص، وحيث يكون مُستقبِل الرسالة هو الوحيد الذي يعرف المفتاح الخاص لمرسل الرسالة، فإنه بالتالي هو الوحيد الذي يستطيع الدخول على هذه الرسالة وقراءتها في سرية تامة. وكلما كان المفتاح الخاص طويلاً، كلما زاد الأمان، وتمكن كل طرف بالتالي من التأكد من صحة البيانات المرسلة

(1) وإن كان هناك رأي يذهب إلى أن جهاز الكمبيوتر لا يمكن أن يشكل أي نوع من الخطر على العملاء، فهذا الجهاز لم يضف أي جديد على التعامل المصرفي من حيث الفكرة، فالإنسان منذ القدم يعرف فكرة الملفات والمحفوظات، وإن كل ما أضافه هذا الجهاز هو تطوير الحياة المصرفية باستخدام الوسيلة الإلكترونية في تجميع المعلومات، أو بعبارة أخرى إن الآلة حلت محل الذاكرة لإتمام العمليات المصرفية، ومن ثم فإن الأمر لا يستدعي تطبيق قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة.
انظر في عرض هذا الرأي: د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق ص٥٢.

عبر شبكة الانترنت وفك شفرتها والتحقق من هوية الطرف الآخر، وإتمام المعاملات بالتالي بعيداً عن كل ما يهدد أمنها وسريتها.[1]

إلا أنه وبرغم وجود نظام التشفير، والذي حدّ كثيراً من إمكانية اختراق النظام المعلوماتي، والتلاعب فيما يحويه من بيانات، إلا أنه لم يحل تماماً دون إمكانية الدخول على مواقع البنوك الإلكترونية وتدمير محتوياتها بشكل إجرامي خطير. وكان ذلك من خلال أعمال القرصنة الإلكترونية، والتي باتت تشكل الهاجس الأكثر تهديداً لا نقول لمستقبل البنوك الإلكترونية وحسب، بل ولمستقبل التجارة الإلكترونية على وجه العموم.

القرصنة الإلكترونية :

تمثل البيئة الإلكترونية، بما يطرأ عليها من تطورات، مجالاً خصباً لمن يطلق عليهم قراصنة الكمبيوتر Hackers لارتكاب الجرائم الإلكترونية، حيث تتمتع بطبيعة خاصة اقتضت معها بالضرورة توافر مهارات خاصة لدى هؤلاء المجرمين، فهم من خبراء الكمبيوتر سواء كانوا محترفين أم هواة[2]. وقد ساعدهم على ذلك إمكانية الاشتراك في الشبكة الإلكترونية والدخول إليها دون وجود عوائق حقيقية تحول دون هذا الدخول، فهي عملية سهلة يمكن أن تتم من أي مكان في العالم، وليس بالضرورة أن يكون هناك ارتباط بين هؤلاء الأفراد وبين الدولة التي تمت فيها عملية القرصنة، ولا أهمية للبعد الجغرافي في هذا النوع من الجرائم.

وبطبيعة الحال، فإن إتاحة الفرصة على هذا النحو، مع خلو معظم القوانين الداخلية من نصوص تنظم مثل هذا النوع من الجرائم قد أدى إلى صعوبة السيطرة على المشتركين، وهو ما دفع بهؤلاء المجرمين إلى التواجد والانتشار على الساحة الإلكترونية بهدف تحقيق أغراض غير مشروعة.

---

(1) Kalama M., op. cit. p. 464.

(2) انظر: د. غنام محمد غنام، بحث بعنوان "عدم ملاءمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمواجهة جرائم الكمبيوتر" مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات سنة ٢٠٠٠ ص٢.

والواقع أن أعمال القرصنة الإلكترونية قد فرضت نفسها في مجال البنوك الإلكترونية، بحيث أصبح من السهل الحصول على المعلومات الخاصة بعملاء هذه البنوك من قبل القراصنة ثم التلاعب بها على نحوٍ يحقق مصالحهم الخاصة. وهم إذ يفعلون ذلك، فإنما يستخدمون أكثر من طريقة في هذا الصدد[1] ومن أهمها:

- تسجيل المعاملات التي تدور بين البنك والعميل عن طريق توصيل جهاز تصنت أو سماعات صغيرة بالخط التليفوني الذي يُشغّل شبكة الانترنت التي يعمل البنك الإلكتروني من خلالها، ثم الحصول من خلال هذه التسجيلات على المعلومات المراد التلاعب بها، واستغلالها على نحوٍ غير مشروع.

- كذلك يمكن التجسس على المعاملات التي تدور بين البنك والعميل عن طريق توصيل خطوط تحويل ترسل إشارات إلكترونية مكبرة تحتوي على المعلومات المسروقة. ليس ذلك فحسب، بل أكثر من ذلك، هنالك بعض الأجهزة الدقيقة التي يستخدمها القراصنة والتي تمكنهم من ترجمة الإشعاعات الصادرة عن الكمبيوتر إلى معلومات.

- أما فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني، فهناك أكثر من طريقة يستطيع من خلالها القرصان المعلوماتي أن يخترق هذا التوقيع، ليتصرف مع البنك بعد ذلك كما لو كان هو العميل نفسه، وفي هذا من المخاطر ما فيه. ومن تلك الطرق أن يتجسس القرصان على الحروف والأرقام المدخلة من صاحب المفتاح الخاص، وذلك حتى يتمكن من فك شفرته، واستخدامها بعد ذلك في التوقيع على ما يشاء من معاملات باسم العميل الحقيقي. كذلك يقوم بعض القراصنة بإدخال برنامج إلكتروني معين من شأنه أن يعطل قدرة الكمبيوتر على التمييز بين ما هو صحيح من التوقيعات الإلكترونية وما هو غير صحيح، فتظهر جميعها كما لو كانت صحيحة، ثم يصدر هو بعد ذلك تعليماته إلى البنك موقعاً عليها باسم العميل توقيعاً سيبدو صحيحاً في ظل هذا البرنامج رغم أن ذلك ليس حقيقة[2].

---

(1) انظر: د. عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق ص٨٣.

(2) انظر: وسيم الحجار، المرجع السابق ص٤٣.

ولا يفوتنا ونحن نتحدث عن المشاكل الخاصة بتكنولوجيا الكمبيوتر، والجريمة المعلوماتية على وجه الخصوص، أن نشير إلى ما يسمى بالفيروس المعلوماتي والذي قد يدمر البنك الإلكتروني القائم على شبكة الانترنت. وهذا الفيروس هو عبارة عن برنامج صغير يتم زرعه على الاسطوانات الخاصة بأجهزة الكمبيوتر، لينشط فجأة ويقوم بتدمير أو حذف أو تعديل كافة البيانات المخزنة داخل هذه الأجهزة، ويؤدي بذلك - إن صح لنا التعبير- إلى "وفاة" العميل إلكترونياً، فلا يبقى من تعامله مع البنك أثر، وإن بقي، فهو أثر مشوَّه، لا ينهض كافياً لاستخلاص طبيعة العلاقة بينهما.

ويزيد من خطورة هذا الفيروس أنه "معدي"، فبمجرد أن ينشط، يعمل بنفسه كملف مستقل عن الاسطوانة الرئيسية التي زُرع فيها، وينتقل من جهاز إلى آخر عبر شبكة الانترنت لتحقيق الهدف المخطط له، ثم هو من ناحية أخرى يظهر دون مقدمات أو توقعات بحيث لا يمكن اتخاذ الاحتياطات اللازمة مسبقاً لدرء مخاطره، وإن كان هناك من الإجراءات الوقائية ما يمكن أن يُتَّبع للحد من انتشاره[1].

سادساً: المشاكل المتعلقة بالضرائب:

المشكلة الأخيرة التي نتعرض لها تتعلق بمدى إمكانية فرض ضرائب على أنشطة البنوك الإلكترونية.

الواقع إن الصعوبة في الإجابة على هذا السؤال تنبع من أن البنوك الإلكترونية وهي تمارس نشاطها المصرفي لا يوجد لها مكان محدد، أو موقع يمكن من خلاله الكشف عن مصدر النشاط،

---

(1) ومن ذلك استخدام البرامج المضادة للفيروس Anti - Virus والتي تعمل على الحد من انتشاره، والقضاء عليه. إلا أنه يجب العمل دائماً على تطويرها على نحوٍ يواكب تطور الجريمة المعلوماتية ذاتها، وإلا غدت برامج غير مؤثرة. كذلك يجب الحرص جيداً عند نسخ أي برنامج على جهاز الكمبيوتر، والتحقق من أن القرص المحمل عليه البرنامج هو قرص مغلف وجديد، كذلك يجب التدقيق عند شراء أي برنامج جديد والتأكد من أنه مغلف بغلاف الشركة المنتجة أو من الوكيل المعتمد أو ممن له سمعة طيبة.
انظر في موضوع الفيروس المعلوماتي وطرق الحماية منه: د. عبادة أحمد عبادة، التدمير المتعمد لأنظمة المعلومات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات، إدارة شرطة دبي، مارس ١٩٩٩.

فهذه البنوك إنما تمارس عملها -كما ذكرنا من قبل- من خلال شبكة دولية لا تعرف حدوداً جغرافية. وهو ما سيؤدي بالتالي إلى صعوبة تحديد النظام القانوني المختص بفرض الضرائب على هذه البنوك. وحتى لو أمكن التغلب على مثل هذه المشكلة من الناحية القانونية، وأمكن تحديد مثل هذا النظام، فإن التهرب من الدول التي تثقل أعباء أفرادها بالضرائب إلى الدول ذات الأنظمة الضريبية الأخف والأسهل لن يكون صعباً على الإطلاق، والأمر كله لا يتخطى استخدام بعض المهارات الفنية الخاصة لإتمام عملية الهروب هذه[1].

(1) وقد واجهت بعض الدول هذه المشكلة بطريقة حاسمة فقررت عدم فرض ضرائب على أنشطة التجارة الإلكترونية، واتجهت إلى استراتيجيات ضريبية مختلفة بشأن تتبع الأفراد الخاضعين للضرائب، والنظام الضريبي الخاضعين له. انظر في ذلك: يونس عرب، المرجع السابق ص٣٥.

خاتمـــة وتوصيـــات

في نهاية هذا البحث، وبعد أن عرضنا للبنوك الإلكترونية من حيث مفهومها وأهميتها ومتطلباتها، ثم صوراً لبعض المعاملات الإلكترونية التي تقوم بها، وأخيراً بعض المشاكل التي تعوق هذه البنوك في أدائها للمهام المرجوة منها على نحوٍ يهدد دعائم وجودها، بعد أن عرضنا لذلك كله، يحق لنا أن نتساءل: هل ستقضي البنوك الإلكترونية على هذا النحو على البنوك التقليدية، وهل هذه الأخيرة في طريقها إلى الزوال في ظل النمو المتزايد لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وهل يكون من الضروري تطوير الآليات المصرفية التقليدية حتى لا تظل البنوك بمعزل عن المتغيرات التي تلحق بالتجارة الإلكترونية بوجهٍ عام؟

وإذا كانت الإجابة التي سيفرضها الواقع هي بالإيجاب، فما هي الاستراتيجية التي يجب على هذه البنوك أن تتبناها؟ وبطبيعة الحال لن تكون ذات الاستراتيجية التي تقوم عليها البنوك التقليدية، فالفارق بين النوعين كبير، والاستراتيجية الجديدة ستقوم على مفاهيم تقنية وقانونية وإدارية حديثة، مستجيبةً للتطورات التكنولوجية من ناحية، وهادفةً إلى تحقيق أعلى نسبة من الربح دون مخاطر أو على الأقل في ضوء مخاطر محسوبة من ناحية أخرى.

والقضاء على هذه المخاطر مرتبط بخلق بيئة آمنة لقيام هذه البنوك بأداء الدور المتوقع منها، وهو ما يتحقق في ظل مراعاة الاعتبارات الآتية والتي نسوقها في صورة توصيات:

١) يجب على البنوك إعداد الكوادر البشرية المصرفية المؤهلة للعمل المصرفي الإلكتروني ومتابعة هذه الكوادر من وقت لآخر، والعمل قدر الإمكان على الحد من تعدد الأفراد الذين يقومون بتنفيذ المعاملات المصرفية الإلكترونية، وذلك نظراً لصعوبة إثبات دور كل منهم في حالة قيام المسئولية في جانب البنك الإلكتروني.

٢) على البنوك أيضاً الاستعانة بذوي الكفاءات المتميِّزة في مجال تكنولوجيا المعلومات، والتدقيق عند اختيار مورد التكنولوجيا، بأن يكون من ذوي الخبرة الفنية، وصاحب تاريخ

وظيفي مشرِّف، وذلك للحد من الثغرات الفنية التي يمكن أن تهدد أداء المعاملات المصرفية الإلكترونية على وجه السرعة وفي أفضل جو ممكن من الأمان.

٣) على الصعيد التشريعي، فإن على المشرِّع إدراك طبيعة عصر المعلومات ومتطلباته، وأن هناك حاجة ملحة إلى حزمة متكاملة من القوانين التي يتعين سنها لمعالجة كافة الآثار المترتبة على اختلاف البيئة الإلكترونية التي تعمل فيها البنوك عن البيئة التقليدية لها، حيث تبدو كثير من القوانين القائمة غير صالحة لمواجهة المشاكل المختلفة والمتزايدة عن استخدام الكمبيوتر في الحقل المصرفي. وقد عرضنا لبعض هذه القوانين ومنها القوانين الخاصة بالإثبات، والقواعد المتعلقة بتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، والقوانين المالية وما تثيره من صعوبات بشأن فرض الضرائب على المعاملات المصرفية الإلكترونية، وكذلك قوانين العقوبات بما تحتوي عليه من نصوص حالية لا تبدو ذات فعالية في الحد من ظاهرة جرائم تقنية المعلومات، والتي أصبحت منتشرة بشكل كبير على الصعيد الدولي. ويجب على البنوك أن تساهم بدور في الإعداد لهذه القوانين من أجل التوصل إلى نتائج قانونية سليمة وذلك بما لها من خبرة عملية هامة في هذا الصدد.

٤) يجب وضع عميل البنك الإلكتروني دائماً في الحسبان، والعمل قدر الإمكان على توفير أكبر قدر من الحماية له، وحيث تبدو أهمية ذلك على وجه التحديد في ضوء نقص الخبرة الفنية التي يتمتع بها هؤلاء العملاء في أغلب الأحوال.

٥) يجب العمل على عقد المؤتمرات والندوات الدولية في هذا الشأن، ومحاولة التوصل إلى صيغة موحدة لاتفاقيات دولية تشمل الجوانب القانونية والتقنية لتعاملات البنوك الإلكترونية، والتغلب على التباين الحاد الناتج عن اختلاف وجهات نظر دول العالم في هذا الخصوص، وذلك بحسب وضعها وما إذا كانت مستهلكة للتكنولوجيا أو موردة لها.

تم بحمد الله ،،

البطاقات المصرفية

تعريفها وأنواعها وطبيعتها

أ . د . علي محمد الحسين الموسى
أستاذ الفقه المقارن والسياسة الشرعية
بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية
جامعة الكويت

المطلب الأول

تعريف بطاقة الائتمان وبيان طبيعتها

أولاً : تعريف بطاقة الائتمان :

اتجهت معظم التعريفات إلى بيان ماهية بطاقة الائتمان ، وأنها : " مستند صادر عن جهة معتمدة – مصرفاً أو غيره – يخول حاملها الحصول على حاجاته من السلع والخدمات " هكذا جاء تعريفها في معجم أكسفورد [1] وانتهى مجمع الفقه الإسلامي إلى تعريفها بأنها : " مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءً 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 يمكنه من سحب نقود من المصارف " [2] .

وعرفها رواس قلعه جي بأنها : مستند خاص يصدره مصرف أو شركة مالية يتمكن به حامله منن الحصول على سلع أو خدمات أو نقود ممن يقبل التعامل بهذا المستند ليستوفيها من

---

(١) نقلاً عن البطاقات البنكية ص ٢٤ – ٢٥ ، عبد الوهاب أبو سليمان .

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد ٧٠ ، ١ / ٧١٧ .

الجهة التي أصدرته على أن يسدد حامله لمصدره فيما بعد قيمة السلع أو الخدمات أو النقود التي حصل عليها " [1] [2] .

إن التعاريف السابقة ركزت على العناصر الآتية :

أ – البطاقة : مستند ، والمستند صك ، لكنه يتميز بمواصفات خاصة ، كأن يكون مصنوعاً من البلاستيك ، وممغنطاً ، يحمل اسم الشخص ، وله رقم خاص ، وتاريخ منحه ونهاية صلاحيته ، ويمكن إدخاله في جهاز خاص عند الشراء أو سحب النقود .

ب – بينت التعاريف أن البطاقة تصدر عن جهة معتمدة ، فلا تكون معتبرة ، ولو تضمنت الخصائص السابقة في البند (أ) إذا صدرت عن جهة ليس لها صلاحية إصدار هذه البطاقة ، ومعنى هذا أن الجهة التي ابتكرت هذا النظام هي صاحبة الحق في إصدار البطاقات وفق شروط خاصة ، وهي صاحبة الحق في إنابة غيرها بإصدار مثل هذه البطاقات ، وبالرجوع إلى تاريخ نشوء بطاقة الائتمان وتطورها نلاحظ أنها نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية في بداية القرن العشرين ، وبعد الحرب العالمية الثانية كان أول بنك يصد البطاقة الائتمانية هو (The Flatbush National Bank) وذلك في عام ١٩٤٧ م .

ثم شرعت المؤسسات المالية والمصارف ببسط الخدمة للعملاء ، وتم قبول هذه البطاقات من قبل التجار [3] وفي عام ١٩٥١ م تكونت أول شركة متخصصة في إصدار البطاقات وهي شركة (Dinners Club) [4] .

---

(1) المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة ص ١١٠ ، دار النفائس ، بيروت ، ط ١ ، سنة ١٩٩٩ م . د . رواس قلعه جي .

(2) الخدمات المصرفية ، علاء الدين زعتري ، ص ٥٥٨ .

(٣) الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ص ٥٥٩ ، علاء الدين الزعتري ، دار الكلم الطيب ، دمشق ، بيروت ، ط ١ ، سنة ٢٠٠٢ م . .

(٤) موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ، محيي الدين علم الدين ٢ / ٧٣٧ .

وكانت القفزة الكبـــرى في عالـــم بطاقات الائتمان عندما سمح بنـــك أمريكـــان (American Bank) للمصـــارف الأخـــرى ، ورخص لهـــا بإصـــدار بطاقته الائتمانية مما سمح بانتشار البطاقة في بلاد العالم ، كما يسر لحاملها فرصة التسوق بها ممن يقبل التعامل بهـــا في أي بقعة من الكرة الأرضية . ثم جمعت هذه التراخيص التي منحها هذا البنك تحت اسم (VIAS) وهي تعبر عن المنظمة البنكية المنشئة لخدمة الأنشطة المصرفية ، وتضم في عضـــويتها المصـــارف الملتزمة بلوائحها وأنظمتها في أكثر من مائة وستين دولة في العالم [1] .

ومن هنا نلاحظ أن المصارف التي أنيبت في إصدار هذه البطاقة من صـــاحب الحـــق الأصلي يطلق عليها (البنك الوسيط) .

ج – إن إصدار البطاقة بما تحمله من منافع لحاملها يقتضي وجود عقد ينظم العلاقـــة بين مصدرها وحاملها ، وعقد آخر ينظم العلاقة بين مصدرها والتاجر ، وفي مجموع العقـــدين تظهر مشارطات من شأنها تنظيم العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر .

د – كما ركزت التعاريف على جوهر عمل البطاقة ،وأنه تمكين حاملها من الحصول على ما يحتاج إليه من السلع أو الخدمات ، أو السحب النقدي ، مع تأجيل دفع البدل النقدي ، من خلال كفالة مصدر البطاقة لصاحبها وقيامه بالدفع الفوري نيابة عنه بأمره ، وينظم العقـــد بينهما كيفية ذلك ، كما ينظم العقد بين مصدر البطاقة والتاجر طريقة رجوع أحـــدهما علـــى الآخر . وقد فسر القانون الأمريكي مراده من كلمة (Crdit) في المجالين الاقتصادي والتجاري بأنه " منح دائن لشخص قرضاً مؤجل السداد ، أو إحداث دين مؤجل الدفع ذي علاقة ببيـــع البضائع والسلع وتقديم الخدمات " ، وهذا يعني أن كلمة (Crdit) في المصـــطلح الاقتصـــادي والتجاري تفيد المداينة [2] .

---

(١) بطاقات الائتمان ص ٢١ ، د . بكر أبو زيد ، مؤسسة الرسالة ، ط ١ ، سنة ١٩٩٥ .

(٢) البطاقات البنكية ، عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢٥ .

هـ — لم تتضمن التعاريف بيان ما يلزم حامل البطاقة من رسوم إصدار أو تجديد أو غرامة تأخير دفع ما يستحق على البطاقة ، أو الفوائد المترتبة على تأجيل الدفع برضا الطرفين — مصدر البطاقة وحاملها ، باعتبار ذلك إما شرط إصدار البطاقة أصلاً أو أنه أثر من آثار المداينة ، وليس جزءاً من ماهية الاتفاق .

ثانياً : أنواع بطاقات الائتمان :

يمكن تقسيم بطاقات الائتمان من حيث تغطيتها أو عدمه إلى قسمين :

الأول : بطاقة الائتمان المغطاة ، ويطلق عليها بطاقة الخصوم ، أو البطاقة المدنية [1] ، تعطى هذه البطاقة للشخص الذي لديه حساب في المصرف مصدر البطاقة ، بحيث لا ينقص رصيد حسابه عن المبلغ الذي تؤمنه البطاقة ، فالرصيد يعد ضماناً نقدياً لتسديد قيمة فاتورة مشترياته ، وأكثر ما يستخدم هذا النوع عدد من المصارف الإسلامية ، فهي تمكن حاملها من شراء ما يريد من السلع والخدمات دون دفع مبلغ نقدي ، كما يعتبر التاجر البطاقة وسيلة دفع بمجرد تأكده من سلامة البطاقة المقدمة إليه [2] .

النوع الثاني : وهو النوع غير المغطى ، وهذا يتنوع بدوره من حيث وجوب تسديد فاتورة الدين كاملاً خلال فترة سماح لا تتجاوز في الغالب ثلاثين يوماً ، أو ترك الاختيار لمستخدم البطاقة القيام بسداد المبلغ المستحق كاملاً خلال فترة السماح الممنوحة له ، وبين سداد بعضه وتأجيل الباقي ليسدده في المستقبل دفعة واحدة أو على أقساط إلى نوعين :

أ — بطاقة الائتمان لدين لا يتجدد (Charge Cavil) ، وتسمى البطاقة على الحساب أو بطاقة الدفع الشهري أو بطاقة الوفاء المؤجل . ومن أمثلتها بطلقة : أميركان اكسبرس الخضراء ، وداينرز كلوب (Diners Club) وهي كسابقتها تعتبر أداة وفاء وائتمان

---

(١) الخدمات المصرفية ، زعتري ص ٥٦٥ .

(2) المرجع السابق ص ٥٦٥ .

غير أنها تختلف عنها في أن هذا النوع لا يشترط لإصداره أن يفتح العميل حساباً دائماً لدى مصدرها أو أن يقدم تأميناً نقدياً لتغطية الديون الناشئة عن استخدامها ، ويمنح مصدر البطاقة ائتماناً ضمن سقف معين يخول حاملها الاستدانة في حدود إلى أجل قصير ، ويقوم بتزويد صاحب البطاقة بكشف حساب البطاقة بصورة دورية [١] ، ويلتزم حامل البطاقة في عقدها بتسديد مبلغ الفاتورة خلال الفترة الزمنية المسموح بها ، وإذا تأخر صاحب البطاقة عن وفاء الدين زيادة عن الأجل الممنوحله مجاناً ، فإن المصدر يحمله غرامة تأخير تضمنها شرط في العقد الذي تم بينهما عند إصدار البطاقة ، وفي حالة المماطلة ، يحق للمصدر إلغاء البطاقة ، وملاحقته قضائياً بما ثبت في ذمته بسبب البطاقة ، وقد يدفع العميل رسوم اشتراك مرة واحدة ، ورسوم تجديد سنوية ، سواء استخدم البطاقة أو لم يستخدمها [٢] .

النوع الثاني : بطاقة الائتمان لدين قابل للتجدد (Revolving Credit Card) وقد سماها بعض الباحثين بالبطاقة القرضية [٣] وهذا النوع هو الأكثر شيوعاً في العالم . ولهذه البطاقة خصائص النوع السابق نفسها ومميزاتها ، غير أنها تختلف عنها في أن الدين الناشيء عنها قابل للتجدد ، بحيث لا يجب على صاحب البطاقة تسديد مبلغ الدين كله بعد استلام الفاتورة ، وخلال فترة السماح المجانية ، بل يكفي تسديد جزء منه حسب الاتفاق ، وتأجيل الباقي لقاء فائدة على هذا التأجيل في الدفع إذا كان في المصرف الربوي ، وتشكل هذه الفوائد دخلاً مجزياً ؛ لأن نسبتها تصل غالباً إلى الضعف من نسبة الفائدة على القروض المصرفية العادية [٤] ، وأشهر الأمثلة على هذا النوع من البطاقات فيزا وماستر كارد .

هذا وإن كل نوع من النوعين السابقين يصدر على ثلاثة مستويات : البطاقات العادية ، والبطاقة الذهبية ، والبطاقة البلاتينية ، ولا فرق بين هذه البطاقات في آلية الإصدار والاستخدام

---

(1) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد / نزيه حماد ١٤٢ .

(2) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٤٣ .

(3) الخدمات المصرفية / زعتري ص ٥٦٥ .

(4) قضايا فقهية معاصرة / نزيه حماد ص ١٤٣ ، الخدمات المصرفية / زعتري ص ٥٦٥ .

، إلا بمقدار ما يتمتع به صاحبها من المزايا الإضافية مثل التأمين ضد الحوادث ، والحصول على تأمين طبي في السفر ، وضمانات خاصة على البضائع المشتركة المشتراه إلى جانب مزيد من الحد الائتماني للشراء [1] .

المطلب الثاني

العلاقات التعاقدية في نظام بطاقة الائتمان

يتركب نظام بطاقة الائتمان من عقدين رئيسين ، يرتب كل منهما جملة من الالتزامات المتبادلة بين أطراف كل عقد من جهة ، والتزامات أخرى تجاه طرف ثالث من جهة ثانية ، وكل عقد من العقدين يشكل ركناً في نظام بطاقة الائتمان ، فلا يمكننا أن نتصور فائدة لمصدر البطاقة أو حاملها " صاحبها " دون وجود من يقبل التعامل مع صاحبها ويخضع لنظامها ولا يستفد التاجر من ميزات البطاقة إذا لم تقم بإصدارها جهة قادرة على الوفاء بالتزاماتها ، وهكذا ...

وبانعام النظر في نظام بطاقة نجد أنه ليقوم على العقدين الآتيين :

العقد الأول : اتفاق بن مصدر البطاقة وحاملها .

العقد الثاني : اتافق بين مصدر البطاق والتاجر .

والعلاقة الناشئة بين التاجر وحامل البطاقة هي أثر للالتزامات الراجعة للعقدين، وليست عقداً ثالثاً مكملاً لنظام البطاقة كما ذهب إليه نزيه حماد [2] .

فالعقد الذي يبرم بين حامل البطاقة والتاجر ، إما أن يكون بيعاً في شراء ما يحتاجه من السلع ، وإما أن يكون إجارة إذا استخدمها للحصول على منافع الأعيان أو الأشخاص ، وفي كلا الحالين فإن التاجر يستحق أخذ الثمن أو الأجرة من مصدر البطاقة وفقاً للكفالة المتحققة

---

(1) قضايا فقهية معاصرة / نزيه حماد ص ١٤٤ .

(٢) قضايا فقهية معاصرة ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

لصاحب البطاقة بناء على عقد معه ، ووفقاً للعقد الذي تم بينه وبين مصدر البطاقة الذي ضمن فيه تسديد أثمان مبيعاته أو أجور أعيانه أو خدماته التي تتم بواسطة البطاقة ، كما أن التزام التاجر بقبول البطاقة أداة وفاء فوري من حامل البطاقة لم يكن مبناه العقد بين صاحب البطاقة والتاجر ، وإنما أساسه اتفاق التاجر مع مصدر البطاقة .

ومن الصعب قبول فكرة أن العقد واحد له أطراف أربعة كما ذهب عبد الستار أبو غدة وحسن الجواهري [1] أو له أطراف ثلاثة كما ذهب إليه علاء الدين زعتر [2] .

نعم يمكن القول : إن نظام البطاقة يقوم على هذه الأطراف ، أما الالتزامات والحقوق ، التي تنشأ لكل طرف على الطرف الآخر فمصدرها العقد بينهم ، إذ النظام في ذاته لا ينشئ التزاماً ولكنه يعد قانوناً يحكم أطراف المتعاملين من خلاله ، فالشخص الذي يريد الحصول على البطاقة يتقدم إلى الجهة المصدرة برغبته أو طلبه ، والجهة المصدرة تقدم له صيغة تتضمن شروط الحصول على البطاقة ، وما يلحقه من التزامات مالية أو غير مالية ، فإذا وافق على تلك الشروط ، ورأت الجهة المصدرة قدرته على الوفاء بها ، فإنهما يجريان عقداً يوقع عليه الطرفان ، وعندئذ تصدر له هذه الجهة بطاقة تمكنه من الحصول على السلع والخدمات وفق شروطها [3] .

كما أن الجهة المصدرة تجري عقوداً بينها وبين تجار السلع والخدمات كل على حدة يتعهد فيه المصدر بالوفاء الفوري لكل دين يترتب في ذمة صاحبها بقطع النظر عن أي شيء ، كما يتعهد التاجر بقبول بطاقة الائتمان الصالحة أداة للوفاء الفوري من حامل البطاقة ، ولذلك فإن مصدر البطاقة يقوم بوضع أجهزة خاصة مملوكة لديه تحت تصرف التاجر الذي قبل

---

(١) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية ص ٤١١ ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد ٨ ، ٦٠٨/٢ .

(٢) الخدمات المصرفية ص ٥٦٣ .

(٣) انظر : نموذج رقم (١) .

التعامل بنظام البطاقة بأجرة متفق عليها [1] . ووفقاً لما جرى الاتفاق عليه في العقدين فإنه عندما يتقدم حامل البطاقة للحصول على سلعة أو خدمة أو نقود ثم يدفع بالبطاقة إلى التاجر ، والتاجر بدوره يتأكد من صلاحية البطاقة ، فإذا ثبت لديه الصلاحية فإنه يقبلها أداة وفاء فوري بناء على عقده مع مصدرها ، يؤكد هذا المعنى أن حامل البطاقة لو أدخلها في الصراف الآلي للحصول على نقود ، وكانت صالحة فإنه يحصل على النقود التي يريدها في حدود ما يسمح له في العقد بينه وبين مصدر البطاقة .

وبناء على ما سبق فإن العقد بين مصدر البطاقة وحاملها والعقد بين مصدر البطاقة والتاجر هما أساس الالتزامات التي تنشأ لكل طرف تجاه الطرف الآخر ، وهما أساس الخضوع لنظام بطاقة الائتمان والتعامل مع أطراف هذه المعاملة ، وفي هذا الإطار يمكن القول أن الجهة التي تضع العقود وتبرمها تصوغها على نحو يتلاءم مع نظام البطاقة في الجملة وإن كانت بعض الجهات تعدل العقود بما ينسجم مع نظامها الأساسي كالمصارف الإسلامية .

يمكن للباحث أن يذكر الالتزامات المترتبة على كل عقد :

أولاً : الالتزامات المترتبة على الاتفاق بين مصدر البطاقة وطالبها ، أو حاملها " العميل" يقوم العميل بتعبئة كل طلب مشتمل على بيانات خاصة به تتصدره العبارة الآتية :

حسب النموذج المعتمد في بيت التمويل الكويتي " يرجى التكرم بإصدار بطاقة فيزا في حدود استخدام يتناسب مع وضعي المالي ، وإنني أقر بعلمي والتزامي باتفاقية العضو حامل البطاقة ، وإنني ألتزم بشروط وأحكام إصدار بطاقات فيزا والتي تشكل جزءاً لا يتجزأ من هذا الطلب " [2] .

---

(١) انظر : نموذج رقم (٢) لعقد مع التاجر صادرة بيت التمويل الكويتي ص ١ .

(٢) انظر : نموذج رقم (٢) .

ويرفق هذا النموذج اتفاقية العضو حامل البطاقة بعد إطلاع مقدم الطلب على اتفاقية العضو فإذا رغب في الحصول على البطاقة فإنه يقوم بالتوقيع على الطلب ، ثم يقوم مدير الفرع الذي يتأكد من توفر الشروط في العضو ويطمئن على سلامة وضعه المالي بالتنسيب بالموافقة إلى إدارة البطاقات المصرفية ، وحين تتم موافقتها تقوم بإصدار البطاقة التي طلبها العضو .

ووفقاً لهذه الاتفاقية وشروطها توزع الالتزامات بين مصدر البطاقة والعضو حاملها على النحو الآتي :

أ – التزامات مصدر البطاقة تجاه العضو حاملها :

١ – يلتزم المصدر بناء على العقد المبرم بينه وبين العضو بإصدار بطاقة حسب شروط الاتفاق صالحة لتمكين حاملها من شراء السلع والخدمات من الجهات التي قبلت التعامل بها ، وصالحة لسحب النقود ، دون أن يقوم بالدفع النقدي الفوري وتعتبر البطاقة بمثابة الدفع الفوري عند الشراء من التاجر .

٢ – يلتزم مصدر البطاقة للعضو بسداد الدين الناشيء عن استخدام البطاقة إما من حساب العضو أو من حسابه بنية الرجوع على العضو بقطع النظر عن وجود رصيد كاف لسداد الدين أو عدم وجوده أصلاً [١] ومقتضى الالتزام الأخير يتم تأجيل دفع قيمة الدين خلال المدة الزمنية المسموح بها والمحددة في بطاقة الائتمان لدين غير متجدد أو بدفع جزء منها وفقاً للاتفاق بين الطرفين [٢] .

٣ – يقوم مصدر البطاقة بإشعار العضو حاملها بقيمة السلع والخدمات التي تم شراؤها أو المبالغ التي تم سحبها والتي قام بها المصرف نيابة عنه بتسديدها أو بتغطيتها من

---

(1) قضايا فقهية معاصرة ، نزيه حماد ص ١٤٤ .

(2) المعاملات المالية المعاصرة ص ١١٣ / رواس قلعه جي .

حساب العضو لإعلامه بالسداد عنه ، وليضيف في حسابه مبلغاً جديداً عوضاً عما أخذ منه [1] .

٤ – يلتزم مصدر البطاقة بما تضمنه عقدها من امتيازات كالتأمين ضد حوادث السفر لمصلحة حامل البطاقة أو التأمين الطبي ، أو غير ذلك من الامتيازات [2] .

هذا ومما ينبغي التنبيه إليه أن هذه الالتزامات تعد حقوقاً للعضو قِبَل مصدر البطاقة بناء على الاتفاقية التي نشأت بينهما ، وحتى يتمكن العضو من الاستمتاع بحقوقه فإنه يلزم مصدر البطاقة أن يجري اتفاقات مع عدد من تجار السلع والخدمات إذ لا قيمة للبطاقة إلا بوجود من يقبل التعامل بها من التجار ، وهذا الالتزام لا يقتضيه عقد المصدر مع حامل البطاقة ، وإنما يفرضه نظامها العام وما لا يذكره العقد الذي يشكل نظاماً خاصاً للعاقدين يرجع فيه إلى النظام الذي يعد جزءاً لا يتجزأ من العقد .

ب – التزام العضو حامل البطاقة مصدرها :

١ – يلتزم العضو بفتح حساب في الجهة التي تصدر البطاقة ، أو دفع تأمين نقدي إذا لم يكن لصاحب البطاقة حساب لدى المصدر إذا اشترط ذلك كله [3] .

ويبدو لي أن هذا لا يعد التزاماً أو أثراً من آثار العقد بل هو شرط إصدار .

٢ – يلتزم العضو بدفع رسم الانتساب إلى عضوية نظام البطاقة عند قبول طلب الاشتراك واشتراك العضو ويدفع الرسم والاشتراك بعملة البلد التي تصدر فيها البطاقة .

---

(1) الخدمات المصرفية ص ٥٦٢ ، وانظر : نموذج طلب بطاقة الائتمان في بيت التمويل الكويتي رقم(٢) تحت عنوان " شروط وأحكام الإصدار " بند (٢٢) .

(2) المعاملات المالية المعاصرة ص ١١٣ / رواس قلعه جي .

(3) المعاملات المالية المعاصرة ص ١١٣ / رواس قلعه جي .

كما يلتزم بدفع كافة المصاريف والمبالغ الناشئة عن استعمال العضو للبطاقة بما في ذلك تكلفة أية برقيات أو تلكسات أو عمولات تخصمها البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى على العضو نتيجة استخدامه البطاقة [١] .

٣ – توكيل مصدر البطاقة بالدفع الفوري لقيمة السلع والخدمات التي تم شراؤها نيابة عن حاملها من حسابه أو رصيده دون الرجوع إليه [٢] ، وتحسب بعملة بلد مصدر البطاقة كافة المبالغ المستحقة للجهة مصدره البطاقة مضافاً إليها نسبة مئوية (١ %) من قيمة المعاملة مقابل العملة الأجنبية في تاريخ استلام الجهة بياناً بهذه المبالغ من الجهات المعتمدة للبطاقة ، أما عمليات السحب النقدي فإنها تحتسب مضافاً إليها نسبة من قيمة كل عملية سحب نقدي ، ويعتبر هذا توكيلاً ضمنياً من العضو لمصدر البطاقة [٣] .

٤ – يلتزم العضو بتوكيل مصدر البطاقة باستيفاء المبالغ المستحقة له عليه من أي ودائع أو إيداعات أو حسابات تكون للعضو لدى الجهة مصدرة البطاقة أياً كانت تسميتها دون الرجوع إليه ، كما تعتبر الودائع والبضائع والحسابات وأية أموال أخرى موجودة للعضو في البنك مرهونة رهناً حيازياً للوفاء بجميع المبالغ المستحقة أو التي تستحق على العضو لأي سبب [٤] .

٥ – يلتزم العضو بشروط استخدام البطاقة وعدم إساءة استعمالها ، كما يلتزم بإعادة البطاقة إلى مصدرها عند المخالفة ، وعند إلغاء الجهة المصدرة ، أو رغبته هو

---

(1) انظر : نموذج رقم (٢) الصادر عن بيت التمويل الكويتي ، بند رقم (٩) .

(2) المعاملات المالية المعاصرة ص ١١٣ / رواس قلعه جي . وانظر : نموذج رقم (٢) الصادر عن بيت التمويل الكويتي ، بند رقم (٩) .

(3) انظر : بند (٦) من شروط وأحكام إصدار واستخدام البطاقة نموذج رقم (٢) الصادرة عن بيت التمويل الكويتي .

(4) المرجع السابق ، بند رقم (٧) .

بإلغائها . وتظل جميع الالتزامات الناشئة عن استخدام البطاقة من مسؤولية العضو حتى سداد جميع هذه الالتزامات وتسوية حساب البطاقة ، ولا تعد إعادة البطاقة لمصدرها بعد إلغائه لها دون تحفظ قرينة على براءة ذمة العضو تجاه مصدرها [1] .

٦ – يلتزم العضو بتحمل المسؤولية كاملة في حالة فقدان البطاقة أو تعرضها للسرقة وعن كافة النتائج المترتبة على ذلك ، كما يلتزم بإبلاغ الجهة المصدرة عن فقدانها أو هلاكها .

نظرة تحليلية في العقد وما ترتب عليه من التزامات :

إن جميع طلبات الاشتراك في بطاقة الائتمان تتضمن شروطاً محددة سلفاً من قبل الجهة المصدرة ، وليس للعضو إلا التوقيع على هذا الطلب بما فيه من شروط من غير زيادة أو تغيير أو نقص ، فهو إما أن يقبل بها مجتمعة أو لايقبل . وقد صيغت الشروط في جملتها على نحو يحفظ حقوق الجهة المصدرة ، ويحمي مصالحها ، ويوفر عنصر الأمان فيها من المخاطر المالية . فهل يمكن اعتبار هذا العقد وفقاً لهذه الحالة من عقود الإذعان ؟ بحيث يتم إخضاعه لأحكامها العامة ؟ وبيان ذلك :

أنه من المعتاد أن تسبق انعقاد العقد مفاوضات بين أطراف التعاقد يتناقش فيها الطرفان في شروط العقد وأحكامه ، إلا أنه في هذه الاتفاقية يظهر أن الجهة المصدرة تفرض إرادتها على العضو الطرف الآخر في الاتفاقية فتعرض عليه شروطاً ويتعين عليه قبولها أو رفضها دون مناقشة ، بحيث يكون القبول في مثل هذه الحالة أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنىالمفاوضة والمناقشة ، ويطلق على العقود من هذا النوع اسم عقود الإذعان [2] .

---

(1) المرجع السابق ، بند رقم (١٤) .

(2) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ص ٥٠ أنور سلطان .

جاء في المادة ١٠٤ من القانون المدني الأردني " القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها [١] .

وبالنظر في شروط العقد حتى يعدّ من عقود الإذعان نجد أن اتفاقية طلب الحصول على بطاقة ائتمان تشابه عقد الإذعان في أمرين وتخالفه في أمر واحد ، أما الأمران اللذان يتشابهان فيهما فهما :

أ – احتكار الجهة المصدرة لمثل هذا النوع من البطاقات وما تتضمنه من خدمات إحتكاراً فعلياً ، وعدم تعرضها لمنافسة .

ب – أن الإيجاب فيها موجه إلى الجمهور كافة بشروط مماثلة ، وعادة ما تكون هذه الشروط مطبوعة ، ويقصد بها مصلحة الموجب وهو هنا الجهة المصدرة [٢] . وأما وجه المخالفة فهو أن عقود الإذعان تتعلق بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو من الحاجيات الأساسية [٣] . وليس الأمر كذلك في ما تقدمه بطاقة الائتمان للعضو حاملها ، فهي تقدم خدمة تسهيلية بحتة ولا يترتب على عدم استخدامها حرج أو عسر ، ومن هنا لا يمكن عد اتفاقية البطاقة من عقود الإذعان ولا تثير إشكالاً شرعياً من هذه الناحية وإن كانت إرادة العضو ضعيفة بالنسبة لإرادة مصدر البطاقة لكن هذا الضعف لا يصل إلى حد العيب ؛ لأن للعضو مندوحة في ترك التعامل بنظام البطاقة ، وليس ثمة ظرف ملجئ لاستخدامها ، وإن كانت ذات فائدة له ، لكن تبقى في هذا النوع من العقودإشكالية احتكار هذه الخدمة ، ولا يأتي الاحتكار من الجهات الوسيطة التي تصدر هذه البطاقة بالتفويض أو بالوكالة بل من الشركة التي ترعى

---

(1) القانون المدني الأردني مادة (٦٠٤) .

(2) مصادر الحق / السنهوري ٢ / ٨٠٠ وما بعدها .

(3) مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني ص ٥١.

البطاقة وهي في الواقع شركة عالمية ، حيث تبرم المؤسسات المالية المحلية اتفاقية مع الشركة التي ترعى البطاقة " فيزا " مثلاً أو " ماستر كارد " تخول بموجبها إصدار البطاقات لعملائها [1] ولا تستطيع الجهات المحلية إصدار مثل هذه البطاقات إلا بإذن الشركة صاحبة الحق الأول ولذلك فإن عجلة نظم البطاقات تدور على النحو الآتي :

تبرم اتفاقية بين المنظمة التي ترعى البطاقة " فيزا " أو " ماستر كارد " والجهة الوسيطة المحلية تخوله بموجبها إصدار البطاقات لعملائه ، تصدر الجهة الوسيطة بطاقة للعميل بناء على طلبه وفق حدود استخدام شهرية ، تتحدد تبعاً لملاءة حسب شروط وأحكام إصدار البطاقة لتلك الجهة الوسيطة ، يستخدم العميل بطاقته في الشراء من التاجر الذي قبل التعامل بنظام البطاقة ، ويحصل على قسيمة بيع بمبلغ العملية الفعلي ، يقوم التاجر بإيداع قسيمة البيع في حسابه لدى بنك التاجر ، ويتم دفع المبلغ إليه مخصوماً منه العمولة المتفق عليها بين التاجر والجهة المصدرة للبطاقة ، يرسل بنك التاجر إلى المنظمة التي ترعى البطاقة ، جميع الحركات المالية التي تم احتسابها لصالح التجار من خلال النظام الإليكتروني المتبع ، ويتم التقاص خلال اليوم نفسه ، يتم تحصيل مبلغ الفاتورة (قسيمة البيع) من البنك المصدر للبطاقة لصالح بنك التاجر ، ويودع في حساب التاجر ، وعندما يتسلم البنك المصدر للبطاقة الحركات المالية بالتفصيل ، فإنه يقوم بخصم المبالغ من حساب العضو حامل البطاقة [2] .

إن نظام عمل البطاقة يبين أن المنظمة التي ترعاها تشبه إلى حد كبير البنك المركزي الذي يهيمن على بقية البنوك داخل دولته ، فهو الجهة المخولة بمنح التراخيص لفتح البنوك الجديدة مع هيمنة الإشراف عليها ، كما يقوم بإجراء التقاص بين الديون المتابدلة للعملاء ، وهكذا المنظمة التي ترعى البطاقة تقوم بمنح البنوك المحلية تراخيص وكالة إصدار البطاقة ، كما

---

(1) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية / عبد الستار علي قطان ص ١٣ .

(2) المرجع السابق ص ٥ .

تقوم بإجراء التقاص في الديون بين بنك العميل ، وبنك التاجر ، ولهذا فإنها تفرض عمولة على أمرين :

الأول : عمولة على البنك الوسيط ، وعمولة على بنك التاجر لمجرد قبولهما أعضاء في نظام البطاقة ، والثاني عمولة أخرى على العمليات التجارية ، وهي بهذا تكون قد استغلت حقها المعنوي في ابتكار نظام البطاقة ورتبت على من انتفع به بدلاً مالياً ، سواء أكان المنتفع البنك الوسيط أو التاجر أو العميل .

التكييف الشرعي لعلاقة المنظمة التي ترعى البطاقة والمؤسسة الوسيطة :

فالتكييف الشرعي لعلاقة الجهة التي ترعى البطاقة بالبنك المحلي ليست من قبيل الوكالة بالمعنى الشرعي ، وإنما هي من قبيل بيع حق الانتفاع في هذا النظام مقابل مال طيلة مدة الاتفاق، وإن البنك المحلي بملكيته لحق الانتفاع يمكنه أن يصدر البطاقة لعملائه ، وفق شروطه ويمكنه أن يستغله استغلالاً يعود عليه بالربح في النهاية ، فهو لا يعمل وكيلاً عن الجهة الراعية للبطاقة ولا يعمل لديه وإنما يعمل لمصلحة نفسه ، وإن كان يجري بينهما وكالة في قضاء التقاص بين البنوك.

ومن هنا نفهم سر سماح منظمة (فيزا) و (ماستر كارد) لبيت التمويل الكويتي [1]، وشركة الراجحي [2] وغيرهما من المصارف الإسلامية بإخضاع البطاقة للأنظمة الخاصة بتلك المؤسسات ، ووفقاً لما يتناسب مع عملائها وقيامها على أساس موافقة أعمالها كلها للشريعة الإسلامية دون تدخل من المنظمتين .

وبناءً على هذا التخريج فإن ما تدفعه المؤسسات الإسلامية من مبالغ نقدية باسم العمولة للجهة راعية البطاقة إنما هو ثمن الانتفاع بالحق المعنوي الثابت لهذه الجهة على نظام

(1) البطاقات المصرفية ص ٥ .

(2) انظر قراءات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار .

البطاقة ، وقد أقر العرف التجاري التعامل به ومعاوضته بالمال وليس في الشرع ما يمنع ذلك ، فهو مال عند جمهرة من الفقهاء المعاصرين [1] .

ذلك أن العرف هو أساس ثبوت مالية الأشياء سرعاً ، وقد تعارفت الأوساط التجارية مالية هذا النظام باعتباره ابتكاراً علمياً ، ومستند هذا العرف المصلحة المرسلة المتعلقة بالحقوق الخاصة وبالحقوق العامة ، وهو يستند من حيث حكمه الشرعي إلى نوعين من المصلحة المرسلة :

إحداهما : كونه ملكاً منصباً على مال بدليل جريان المعاوضة فيه ، والمعاوضة أساسها الملك أي كونه حقاً عيناً مالياً خاصاً إذ المصلحة في نظام البطاقة عائدة إلى الجهة المبتكرة لها أولاً وهذا ظاهر ، فالمصلحة المرسلة هنا متعلقة بحق خاص عائد للمنظمة (فيزا) أو (ماستر كارد) مثلاً .

الثانية : أن في هذا النظام مصلحة عامة مؤكدة راجعة إلى المجتمع الإنساني كله وهو الانتفاع بما تقدمه البطاقة من منافع وخدمات لأطرافها .

هذا والمصلحة المرسلة بنوعيها الخاصة والعامة مرعية في الدين تبني عليها الأحكام ، فإذا ثبت أن حق الابتكار مال يجوز المعاوضة عليه وأن ابتكار نظام البطاقة حق للجهة الراعية لها، ويلزم من ثبوت الحق تمكين صاحبه من الانتفاع به والمعاوضة عنه فإن الترخيص الذي تمنحه الجهة الراعية للمصرف المحلي أو الجهة المحلية هو نوع من بيع حق الانتفاع بهذا الابتكار ، ويتحدد مقدار هذا الانتفاع حسب ما يتم الاتفاق عليه بين الجهتين ، وأن هذا العقد الذي تم إبرامه بين الجهة الراعية والجهة الوسيطة لا يخرج عن كونه بيعاً لحق الانتفاع ، ولا يغير من حقيقة هذا العقد أن تكون النماذج المجردة في الأصل ملكاً للمبتكر ، وهو الجهة الراعية . وهذه النماذج بمثابة وعاء يحتوي الثمرات ، ولذلك اعتباره في حساب ثمن المبيع ، ولا اثر له في حقيقة العقد من حيث كونه عقد بيع .

---

(1) حقوق الابتكار ، ٢ / ٥٨ ، بحوث فقهية مقارنة .

ولا يملك المصرف الوسيط الذي تلقى حق الانتفاع عن الجهة الراعية للبطاقة أصل ملك الحق ؛ لأن الجهة الراعية ملكته مقداراً معيناً من هذا الحق وهو الانتفاع به تجارياً مع المستفيدين الموافقين على التعامل بهذا النظام.

وإذا ثبت ما ذكرت من تكييف العلاقة بين الجهة راعية البطاقة والجهة الوسيطة على أساس من بيع الحق ، أعني حق الانتفاع ، فإن تكييف هذه العلاقة على غير هذا الأساس لا يستقيم . كالوكالة مثلاً ؛ لأن الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف مملوك له معلوم " [1] وعلى ذلك فلو باشر المصرف الوسيط المحلي عقداً مع أحد الراغبين في الحصول على بطاقة فيزا ، أو ماستر كارد ، أو مع التاجر الذي يرغب التعامل بنظام البطاقة ، وكيفنا العقد على أنه وكالة فإنه ينبغي أن يضيف العقد إلى موكله وهي الجهة المصدرة البطاقة وفي هذه الحالة تنصرف آثار العقد إليها لا إلى المصرف الوسيط ؛ لأن حكم العقد يثبت للموكل دائماً في الوكالة ولا يثبت للوكيل [2] والواقع في البطاقات غير ذلك ، ولم يثبت أن يدفع الوكيل أن يدفع الوكيل لموكله نقوداً إذا كان يتصرف لحسابه بل العكس هو الثابت . ومن هنا فإن تفسير العلاقة بينها على أساس الوكالة تفسير غير صحيح ولا يستقيم الأمر إلا بتفسيره على أساس بيع حق الانتفاع بنظام البطاقة الذي هو حق ابتكار للجهة التي تراعها .

التخريج الشرعي لعلاقة الجهة المصدرة للبطاقة بالعضو حامل البطاقة :

التخريج الأول : التكييف على أن العلاقة حوالة مقيدة : وإلى هذا اتجهت ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي في قرارها (١/١٢) هذا إذا كان للعضو حامل البطاقة حساب لدى البنك المصدر للبطاقة وقد فوض العضو المصرف بالدفع من حسابه جميع المبالغ

(1) أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٩٩ ، علي الخفيف .

(2) المرجع السابق ص ٣٠٨ .

الناشئة عن استخدام البطاقة أما إذا لم يكن له حساب وقبل البنك أن يتولى الدفع عنه ويطالبه بالسداد فيما بعد من غير فائدة فإنها تكون حوالة مطلقة [1] .

ومع تكييف ندوة البركة للعلاقة على أنها حوالة مقيدة أو مطلقة إلا أنها ذهبت إلى أن العلاقات بين الأطراف تشتمل على معاني عقود أخرى مثل الكفالة من حيث استمرار التزام بنك التاجر بالأداء للتاجر دون ربط بالرجوع على المحيل .

والوكالة من حيث قيام بنك التاجر وكيلاً عن التاجر بإتمام عملية التحصيل من المحال عليه (البنك المصدر) .

والقرض في حالة انكشاف رصيد مالك البطاقة لدى البنك المصدر ووفقاً لهذا التخريج أجازت الندوة المذكورة تعاطي رسوم العضوية ، ورسوم الاشتراك أو التجديد ، ورسوم الاستبدال على أن تكون تلك الرسوم مقابل الخدمات المقدمة لحامل البطاقة ، و لم تجد الندوة مانعاً من تفاوت الرسوم باختلاف الخدمات أو المزايا ، وليس باختلاف مقدار الدين (المبلغ المستخدم البطاقة) أو أجله (مقدار مهلة السداد) [2] .

فالندوة اعتبرت الرسوم بدلاً من الخدمة الفعلية المقدمة للعضو من إصدار البطاقة ومتابعة بيانات الشراء وتسوية حسابات العضو والعملية لا تعدو أن تكون أجرة على منفعة وبالتالي فإن جواز إصدار البطاقة إذ خلت من الشروط الربوية لا غبار عليه من الناحية الشرعية.

وتأسيساً على تخريج العلاقة على الحوالة (مقيدة أو مطلقة) أجازت الندوة استخدام بطاقة الائتمان في شراء الذهب بشرط عدم التأجيل أو التأخير بالاشتراط أو العرف واعتبرت قيمة الدفع الموفقة من حامل البطاقة تقوم مقام القبض كالشيك ؛ لأنها ملزمة للتاجر وتبرأ بها ذمة حامل البطاقة " المحيل " من الدين حالاً [3] كما أنها أجازت استخدام البطاقة في السحب

---

(1) المعاملات المالية المعاصرة ص ١١٤ .

(2) قرارات ندوة البركة الثانية عشرة قرار رقم (٢/١٢) ص ٢٠٣ كتاب ندوة البركة الثانية عشرة .

(3) المرجع السابق قرار رقم (٢/١٢) .

النقدي لقاء عمولة سواء كان للعضو رصيد ، أو لم يكن شريطة انعدام الفائـــدة ، واعتـــبرت العمولة في مقابل خدمة فعلية لتوصيل المال للساحب شريطة ألا تزيد العمولة في حالة الســـحب على المكشوف ، عن عمولة السحب من حساب مغطى ، وأن لا ترتبط بالدين ولا بأجل الوفاء به [1] .

وممن خرّجها على الحوالة جمع من المعاصرين منهم وهبة الزحيلي ، ورفيق المصري [2]، وعلاء الدين الزعتري [3] ، وصديق الضرير في بحثه الذي قدمه في ندوة (فقه بطاقة الائتمـــان) كما ذكر ذلك عنه عبد الله بن منيع مؤيداً هذا التخريج [4] بوجهين الأول : قـــولهم إن نظـــام البطاقات يقوم على أساس التزام البنك مصدر البطاقة بتسديد قيمة مشتريات حامـــل البطاقـــة مباشرة للمحلات التجارية ، والثاني : أن البنك هو المسؤول الأول الوحيد أمام التاجر عن قيمة مبيعاته لحامل البطاقة فالبنك مصدر البطاقة بناء على عقده مع حاملها يتقبل جميع ما يحيله حامل البطاقة على مصدرها مـــن أثمان مشترياته وخدماته في حدود معينة وبشروط معينـــة ، وفي هذا العقد يقوم مصدر البطاقة بقيد هذه الأثمان في حساب حاملها لديه ، ويقوم مصـــدر البطاقـــة بسداد هذه الأثمان بعد حسم جزء منها طبقاً لمقتضى عقد البنك مصدر البطاقة مع التاجر .

الإشكالات الواردة على تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على الحوالة :

الإشكال الأول :

يشترط لصحة الحوالة عند جمهور الفقهاء أن يكون للمحيل دين على المحال عليه وأن يكون هذا الدين مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً [5] فإن لم يكـــن له ديـــن كانت حمالة عند

(1) المرجع السابق قرار (١٢/٥)، (١٢/٦) .
(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي في جدة في دورته السابقة ٧/١/٦٦٩ .
(3) الخدمات المصرفية ص ٥٧٤ .
(4) مجموع فتاوى وبحوث عبد الله بن منيع ص ٣١٣ ، ٣٢١ .
(5) بدايةالمجتهد ٢ / ٢٥١ ، ابن رشد .

المالكية [1] وكفالة عند الشافعية [2] والحنابلة [3] لأن حقيقة الحوالة عند الجمهور بيع الدين الذي للمحال ، بالدين الذي للمحيل على المحال عليه أو أن تحوّل الحق من ذمة إلى ذمة يقتضي أن يكون هناك دين تحصل به الحوالة وتأسيساً على رأي الجمهور فإن تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على أساس الحوالة يقتضي أن يكون حساب العضو مغطى بمقدار قيمة المشتريات ، وليس الأمر كذلك في كل حالات إصدار البطاقة ، فقد يكون له رصيد مشروط ، وقد لا يكون ، وقد يكون الرصيد مغطى تغطية جزئية فإن لم يكن مغطى لم تبق العلاقة حوالة ، وإنما هي كفالة أو حمالة ، ويقوي هذا أن اتفاقية العضو مع مصدر البطاقة تتم قبل وجود الدين واستقراره في ذمة حامل البطاقة ، وإذا كان ذلك ممكناً عند بعض العلماء في الكفالة والحمالة فإنه مستبعد بالكلية في الحوالة ، لأن معنى الحوالة تقتضي وجود محال به (أي الدين) على المحيل. حتى يصدق القول بأنه أحال دينه ، وهذا مفقود عند اتفاق العضو مع مصدر البطاقة ، وإذا قلنا بجواز الحوالة المطلقة تخريجاً على مذهب الحنفية [4] فإن من شروط جوازها اتفاقاً عند جميع العلماء أن يكون المحيل مديناً بدين صحيح معلوم فلا تصح الحوالة بالدين الذي سيثبت في المستقبل ولا بدين مجهول [5] .

الإشكال الثاني :

إذا كانت العلاقة بين مصدر البطاقة والعضو حاملها علاقة حوالة ، وأن التاجر دائن للعميل يستوفي دينه من المحال عليه المصرف ، فإن ما يقتطعه المصرف من التاجر (وهو نسبة مؤية من قيمة الفاتورة) لنفسه تجعل عملية استيفاء الدين محسوماً منه هذه النسبة بمثابة بيع الدين لغير من عليه باقل من قيمته ؛ لأن التاجر باع العضو بالبطاقة بثمن آجل وقام المصرف

---

(1) المعونة ٢ / ١٩٩ ، القاضي عبد الوهاب البغدادي .

(2) المهذب ١ / ٣٣٨ .

(3) المغني ×× / ×× .

(4) المعاملات الشرعية / علي الخفيف ص ٤٨٣ .

(5) المرجع السابق ص ٤٨٣ .

بدفع هذا الدين محسوماً منه نسبة معينة ، وهذا من صور ربا الجاهلية ؛ لأن حقيقة الحوالة بيع الدين الذي للمحال بالدين الذي للمحال عليه فيقع الربا المحظور ، قال ابن جزيء : " أن يكون المحال به مساوياً للمحال فيه في الصفة والمقدار ، فلا يجوز أن يكون أحدهما أقل أو أكثر أو أدنى أو أعلى لأنه يخرج عن الإحالة إلى البيع فيدخله الدين بالدين " [1] يؤكد هذا المعنى أن المسألة الأساسية التي تقوم عليها بطاقة الائتمان هو الحسم الذي يأخذه مصدر البطاقة من أثمان البضائع والخدمات عند سداد ذلك إلى أصحابها فإنها لا تدفع إليهم المبالغ التي يتم المطالبة بها بل يحسم منها مبلغ لمصلحة مصدر البطاقة ، ولذلك اعتبرها عبد الله بن منيع آفة البطاقات والركيزة الرئيسة لقيام هذه البطاقات وانتشارها ، كما بيّن أن خبراء المال والاستثمار أكدوا أن التعامل بها يعطي أضعاف العوائد على غيرها من وسائل الاستثمار ومجالاته المختلفة ، ومن هنا قرر الباحث بأن سداد الدين بعد حسم جزء منه يعد من قبيل بيع النقد بأقل من مقداره ، فهو من ضروري بيع الأثمان بأثمان أخرى فهو من بيوع المصارفة ، ومعلوم أن بيوع المصارفة لها شرطان هما : وجوب المماثلة في حالة اتحاد العوضية جنساً والتقابض في المجلس العقد ثم قال : " وعليه فحسم مصدر البطاقة المحال عليه جزءاً من الحوالة لصالحه يعد كسباً ربوياً [2] فقد يقال بأن حامل البطاقة لا علاقة له بعملية بيع الدين إذا قدرنا أنها حوالة ، والجواب على ذلك كما ذكره عبد الستار أبو غدة أن لحامل البطاقة علاقة بذلك باعتبار أنه هو الذي تعامل بالبطاقة ، ولولا تعامله لما وجد السبب لتحميل تلك الفوائد فيكون بهذا معيناً على الربا ، وهذا حرام [3] .

والغريب أن هيئة الرقابة الشرعية لشركة الراجحي [4] واعتبرت حسم المتجر من حساب العميل لدى المصرف حوالة ، وأن هذه العملية جائزة تخريجاً على هذه المعاملة ثم ذهبت إلى جواز ما يقتطعه المصرف من قيمة مشتريات العضو من التاجر تخريجاً على الوكالة له بأجر ،

---

(1) القوانين الفقهية ص ٣٤٣ ، وانظر : بداية المجتهد ٢ / ٢٥١ .

(2) فتاوى وبحوث عبد الله بن منيع ص ٣١٩ ، ٣٢٠ ، ٣٢٢ .

(3) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية / عبد الستار أبو غدة ص ٤١٧ .

(4) قرارات الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية قرار رقم (١٦٩) تاريخ ١٤١٤/٥/١٥ هـ .

ووجه الغرابة في المسألة أن ما أسمته الهيئة أجراً على الوكالة إنما هو التزام بعقد واحد ، التزم بـه التاجر في عقده مع المصرف ، فهو أثر لهذا العقد ، وليس اثراً لعقد بين حامل البطاقة والتاجر ، بل إن الاستقراء وإنعام النظر يدلنا دلالة جازمة أنه لا توجد رابطة عقدية مسبقة بين التاجر وحامل البطاقة اللهم إلا الرابطة التي تنشأ من عملية البيع وقبول التاجر للبطاقة أثراً لالتزامه مع المصرف لا مع العضو حامل البطاقة .

التخريج الثاني : تعتبر العلاقة العقدية بين مصدر البطاقة وحاملها كفالة ، وقد اتجه إلى هذا التخريج نزيه حماد [1] ومحمد علي القري وعبد الله السعيدي [2] ومحمد رواس قلعه جي [3].

ويظهر لي من تعريف المجمع الفقهي للبطاقة بأنها " مستند يعطيه مصدره ... إلخ [4] أن المجمع يرى أن العلاقة بين مصدر البطاقة ، وحاملها كفالة ، في حالة الشراء بها ، لذلك أجاز المجمع إصدار البطاقة غير المغطاة إذا لم تتضمن شرط زيادة ربوية على أصل الدين وأن تكون الرسوم مقطوعة عند الإصدار أو التجديد .

وبيان كونها كفالة : أن جوهر العقد بين مصدر البطاقة وصاحبها يقوم على أساس أن مصدر البطاقة يتعهد بالسداد الفوري لكل دين ينشأ عن استخدام البطاقة وذلك بأمر حاملها وإذنه فهو التزام بدفع الدين عن المشتري عند الشراء ممن قبل التعامل بنظام البطاقة ، فهو كفيل لحاملها تجاه الدائنين من بائعي السلع والعلاقة بينهما علاقة ضمان ، وهي عقب الإصدار – قبل نشوء والدين المضمون – من قبيل ما يطلق عليه الفقهاء ضمان ما لم يجب ، والبطاقة دليل هذا الضمان ويعتمدها التجار بمجرد التأكد من صلاحيتها ، وبناء عليها يرجع التجار على مصدرها

---

(1) قضايا فقهية معاصرة ص ١٤٤ .

(2) مجمع الفقه الإسلامي الدورة السابعة ، العدد الثاني ص ٥٩٠ ، ٥٩١ .

(3) المعاملات المالية المعاصرة ص ١٢٠ .

(4) قرار رقم ١٠٨ (١٢/٢) الدورة الثانية عشرة بمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي (٢٣ – ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠م) .

بالاستحقاقات المالية المترتبة لهم نتيجة استخدامها من حاملها ، ويعتبرونها أداة وفاء فوري لملاءة الكفيل " المصرف " والتزامه بالدفع بمجرد وصول فاتورة البيع ، ومن غير الجائز وفق العرف التجاري امتناع مصدر البطاقة عن دفع قيمة ما يستحق على حامل البطاقة لأن بين التاجر ومصدر البطاقة عقداً يتضمن التزام مصدرها بالدفع عن حاملها بإذنه ، وهذا معنى الكفالة.

وقد يتجه على هذا التخريج الإشكالات الآتية :

الإشكال الأول : إن تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على أنها كفالة يترتب عليه ضمان ما لم يجب ، لأن البطاقة قبل استعمالها في الشراء لا تمثل إلا سنداً يلتزم فيه مصدره بكفالة العضو لدى التاجر إذا استعمل البطاقة في شراء سلع أو خدمات ، حيث ذهب الشافعية [1] وفريق من الحنابلة [2] إلى عدم جواز ضمان ما لم يجب . قال الماوردي : " ولا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً ولا يصح ضمان ما لم يجب ولا ما كان مجهولاً .. " [3] .

فوجود الدين عند هذا الفريق سبب الضمان ، ومن غير الجائز تقدم المسبب على السبب ، كما أن الكفالة تعني ضم ذمة إلى ذمة في الدين والدين قبل وجوده لا تُشغل به ذمة ، فلا يحقق ذلك معنى الكفالة .

على أن هذا الإشكال مدفوع بخلاف فريق آخر من الفقهاء الحنفية [4] والمالكية [5] والفريق الآخر من الحنابلة [6] إذ يرى هذا الفريق جواز ضمان ما لم يجب بالشرط ، كأن يقول:

---

(1) روضة الطالبين ٤ / ٢٥٠ .

(2) المغني ×× / ××× .

(3) الحاوي الكبير ٦ / ٤٥١ .

(4) فتح القدير ٥ / ٤٠٤ ، بدائع الصنائع ٦ / ٤ .

(5) المعونة ٢ / ٢٠٤ ، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢ / ٦٦٦ .

(6) كشاف القناع ٣ / ٣٧٠ ، ٣٨٢ .

ما بايعت فلاناً نعلي ، وذلك لأن الضمان معلق على ثبوت الدين ، لا أنه يقع قبل ثبوته ، فهو كالنذر المعلق بالشرط الملائم . وهو توجيه سديد ورأي راجح لأن معنى الكفالى يتحقق عند ثبوت الدين ، وصحة الكفالة معلقة يقتضي صحتها بما سيثبت في الذمة من الدين إذ المآل في الحالين واحد ، ومدار هذا على قبول العرف العام للتعامل بالكفالة المعلقة على ثبوت الدين ما دامت محققة لمقصد شرعها و لم تخالف الشريعة المعصومة .

الإشكال الثاني : إن تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها علىالكفالة يترتب عليه كفالة الدين المجهول وفق عقدها وبعد إصدارها وقبل استعمالها بالشراء أو السحب النقدي ، إذ يكفل مصدر البطاقة العضو حاملها بما يستحق عليه من دين للتاجر الذي قبل التعامل بنظام البطاقة ، وقد تمت كفالته قبل علمه بمقدار الدين المكفول ، وهذا يعني أن الكفالة في بطاقة الائتمان كفالة بدين مجهول ، وفي جواز الكفالة بالمجهول خلاف فقهي ، أيضاً حيث ذهب الشافعي في الجديد والثوري والليث وأبن أبي ليلى وابن المنذر وأهل الظاهر إلى أن الكفالة بدين مجهول لا تصح [1] .

ووجه نظرهم : أن الكفالة التزام دين في الذمة ، والتزام المجهول غرر ، وهي وإن كانت تبرعاً ابتداء إلا أنها معاووضة انتهاء والغرر يفسدها ، فوجب أن تكون الكفالة بدين معلوم حتى يكون الملتزم على بينة من أمره ، ومن قدرته على الوفاء ، وحتى يكون التزامه مستوجباً للثقة والاطمئنان .

وهذا الإشكال مدفوع أيضاً بخلاف الجمهور من الحنفية [2] والمالكية [3] والحنابلة [1] والقول الثاني في القديم للشافعي [2] حيث ذهبوا إلى حيث ذهبوا إلى جواز الكفالة بالدين المجهول.

---

(1) مغني المحتاج ٢ / ١٩٨ ، المغني لابن قدامة ٤ / ٥٣٤ ، المحلى ××× .

(2) فتح القدير ٥ / ٤٠٣ ، رد المحتار ٤ / ٢٦٠ .

(3) أسهل المدارك ٣ / ٢٠ ، القوانين الفقهية ٣٤١ .

ووجهة قولهم : أن الكفالة من قبيل التبرع ، والتبرع لا تعيبه الجهالة كما في النذر وحاجة الناس داعية إلى ذلك . لذا فقد جرى بها العرف وليس في الشريعة ما يمنع ، ثم إن الضمان في بطاقة الائتمان معلق على حدوث الدين وذلك عند شراء حاملها من التاجر حاجاته من السلع والخدمات ، فإذا اشترى حصل الضمان بدين معلوم لا مجهول .

وهذا ما يترجح لدي في هذا الأمر ؛ لأن مقصود الفقهاء القائلين بجواز الكفالة بالدين الموعود به أن تكون الكفالة به معلقة على ثبوته أو في معنى المعلقة على ثبوته ، كما يظهر هذا من تمثيلهم ، إذا يمثلون لذلك بأن يقول الكفيل ، بايع فلاناً وأنا ضامن للثمن ، أو ما بايعت فلاناً فأنا كفيل بما يثبت لك في ذمته ، من المبايعة ونحو ذلك من الأمثلة ، و لم يخرجوا عن هذا المعنى .

فإذا كان الدين مآله للوجوب ، وأن الضمان يوجد عند وجوبه ، وأن مآله أن يكون معلوماً لدى الملتزم ، والمكفول والمكفول له ، فإن دعوى الغرر تصبح ساقطة بزوال الغرر بالعلم، حقيقة أو بإمكان العلم وعلى هذا فإن الكفالة تصح بالدين المعلوم ، وكل دين ممكن العلم به بعد ثبوته .

الإشكال الثالث : من مقتضى تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها على الكفالة أن لا يبرأ العضو حامل البطاقة من الدين ، بل تبقى ذمته مشغولة إلى جانب شغل ذمة المصرف حسب رأي جمهور الفقهاء في حكم الكفالة [٣] الذين يرون أنها تعني ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين الأصلي في الدين ، ووفقاً لنظرية الفريق الآخر من الحنفية الذين يرون أن معنى الكفالة

---

(1) المغني والشرح الكبير ٧ / ٢٧٢ .

(2) الحاوي ٦ / ٤٥١ ، وروضة الطالبين ٤ / ٢٥٠ .

(3) بدائع الصنائع ٦ / ٢ ، فتح القدير ٥ / ٣٨٩ ، رد المحتار ٤ / ٢٦٠ ، الشرح الكبير ٣ / ٣٢٩ ، المعونة ٢ / ٢٠٢ ، مغني المحتاج ٢ / ١٩٨ .

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الكفيل الأصيل في المطالبة بالدين [١] فإن ذمة المصرف لا تشغل يالدبن أصلاً وإنما تبقى ذمة المدين العضو هي المشغولة به ، وهذا خلاف مقتضى عقد البطاقة إذ تبرأ ذمة العضو تجاه التاجر ، وينحصر حقه في مطالبة مصدر البطاقة فقط .

وقد دفع هذا الإشكال بأمرين : أحدهما حمل الكفالة في بطاقة الائتمان على وفق نظرية ابن حزم [٢] وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي ثور [٣] . والشيعة الجعفرية [٤] فهؤلاء يرون أن ضمان الدين يترتب على نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلى ذمة الضامن ، وصيرورة المدين الأصلي بريئاً منه .

ويتجه على هذا أن هذا الفريق ، لا يشترط للضمان أن يكون الضامن مديناً للمضمون له ، فالضمان تبرع الضامن بالتزام الدين وأدائه بدون عوض، وهذا مغاير تماماً لما عليه العمل في نظام البطاقة إذ لا يبرأ العضو من الدين الذي وفاه " المصرف " مصدر البطاقة . ولذلك فإن في عقده توكيلاً له بسحب ما يستحق عليه من دين نتيجة استخدام البطاقة .

والأولى : أن يقال في الدفع بأن الكفالة في بطاقة الائتمان تتضمن شرطاً مناداه براءة حامل البطاقة من الدين ، وشغل ذمة مصدرها ، والكفالة بشرط براءة الأصيل جائزة عند الحنفية وتكون حوالة وهي جائزة عند المالكية [٥] ، وأحد القولين عن الشافعية [٦] وهذا أعدل الأقوال وأرجحها .

---

(1) فتح القدير ٥ / ٣٨٩ .
(2) المحلى ٨ / ١١٠ ، ١١١ ، المغني ٥ / ٧٢
(3) تحرير الأحكام ١ / ٢٢٢ .
(4) الاختيار ٢ / ٢٠٣ ..
(5) الشرح الصغير ٣ / ٤٢٥ .
(6) نهاية المحتاج : ٤ / ٤٤٤ .

ووفقاً لهذا التخريج فقد قرر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في قراره رقم (١٠٨ / ٢ / ١٢) ما يلي : لا يجوز إصدار بطاقة الائتمان غير المغطاة ولا التعامل بها إذا كانت مشروطة بزيادة فائدة ربوية حتى ولو كان طالب البطاقة عازماً على السداد دون فترة السماح المجاني .

التخريج الثالث : تخريج العلاقة بين مصدر البطاقة وبين حاملها على الوكالة :

وبيان هذا التخريج : أن العضو في اتفاقه مع مصدر البطاقة يوكله بدفع ما يترتب عليه من دين نتيجة استخدامه البطاقة ، وتعد البطاقة إشعاراً للتاجر بأن مصدرها وكيل له بالدفع ويقوم العضو بفتح حساب في المصرف ، ويخوله بأن يدفع عنه من حسابه ما يقع عليه من التزامات مالية للتاجر الذي باعه بالبطاقة ، فإذا أرسل التاجر الفاتورة إلى مصدر البطاقة ويقوم هذا بدوره بالدفع للتاجر ، بناءً على ما بين مصدر البطاقة والعضو حاملها من اتفاق ، ثم يقوم المصدر بحسم ما دفعه من حساب حامل البطاقة أو يرجع به عليه إن لم يكن له حساب [١] وقد ذهب إلى هذا التخريج وهبة الزحيلي [٢] وعبد الستار الهيتي [٣] .

ووفقاً لحكم الوكالة فإن الوكيل يقوم مقام الموكل فيما وكله فيه من التصرف إذا باشره بمقتضى الوكالة ، فينفذ على الموكل إذا باشره بنفسه [٤]، وتأسيساً على هذا التخريج أجاز الهيتي الرسوم التي تقتطعها بعض المصارف الإسلامية عن كل مرة يتم فيها سحب النقود وقال : إنها مشروعة ما دام أن هذه الأجرة مقطوعة وليست مرتبطة بالنسبة المئوية للمبلغ المسحوب كما أجاز السحوبات المغطاة في المصارف الربوية وقال : " أما التكييف الفقهي لهذه

---

(1) المعاملات الماليةالمعاصرة ١١٦ .

(2) مجلة مجمع الفقه الإسلامي جدة ٦٦٩/١/٧ .

(3) بحث مقدم إلى مؤتمر " دورة المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية " في الفترة ٢٦ – ٢٨ صفر ١٤٢٣ هـ ، الموافق ٧ – ٩ / ٥ / ٢٠٠٢ م .

(4) أحكام المعاملات الشرعية ص ٣٠١ ، علي الخفيف .

العملية فإن المصرف يكون بذلك وكيلاً عن عميله في تسديد المبلغ المطلوب حسب الاتفاق المبرم بينهما ضمن بنود بطاقة الائتمان مقابل الأجرة التي أخذها عند الإصدار وهو ما يطلق عليه في الفقه الوكالة بأجر ... ثم قال : " وبهذا يتضح لنا أن هذه العملية لا غبار عليها من الناحية الشرعية . "وفي هذا الإطار فسر السحوبات المعطاة بأنها تدخل ضمن مفهوم الوكالة بأجرة [1] .

على أنه اعتبر السحب من حساب العميل المكشوف أو الذي لا يفي بالمبلغ اعتبره فرضاً حسناً يقدمه المصرف لعميله بضمان الراتب أو أي ضمان آخر يراه مناسباً وكافياً وهو من الجائز المشروع [2] .

وقد يعترض هذا التخريج الإشكالان الآتيان :

الإشكال الأول : ينظر صاحب هذا التخريج إلى علاقة واحدة في نظام بطاقة الائتمان، وهي علاقة مصدر البطاقة بحاملها العضو ويغفل العلاقة الثانية وهي علاقة مصدر البطاقة بالتاجر ، فإن العقد الذي ينظم هذه العلاقة يقضي بإلزام المصدر بالدفع الفوري من رصيده حال تسلمه الفواتير ، أو الإشعار بها ، فهو يدفع من ماله ثم يعود على حامل البطاقة بما دفع عنه وهذا معنى الكفالة ، إذ الوكيل لا يدفع من مال نفسه ولا يلتزم بالدفع عن موكله بخلاف الكفيل فإنه يدفع من مال نفسه بنية الرجوع على المكفول وهو العضو .

الإشكال الثاني : لا يُسلَّم لهذا الفريق إطلاق القول بأن عملية السحب من حساب العميل المكشوف أو الذي لا يفي بالمبلغ ، بأنه قرض حسن ؛ لأنه لا نية للطرفين ، مصدر البطاقة ، وحاملها بالاقتراض ، ويصعب حينئذ أخذ العمولة على القرض ؛ لأنه إرفاق وقاعدته معروفة " كل قرض جر نفعاً فهو ربا " .

---

(1) عبد الستار الهيتي مرجع سابق ص ١٥ ، ١٧ .

(2) المرجع السابق ص ١٧ .

التخريج الرابع : العلاقة التعاقدية بين مصدر البطاقة والعضو حاملها مركبة من عقود ولا تنضوي تحت عقد واحد ، وإن كانت أجزاؤها تقبل التكييف والاندراج تحت بعضها وإلى هذا ذهب نزيه حماد [١] وعبد الستار علي قطان [٢] وعبد الستار أبو غدة [٣] ومصطفى الزرقاء [٤] على أن بعضاً من هذا الفريق من حددها بأربعة عقود الوكالة والكفالة والقرض والصرف ، وإلى هذا اتجه عبد الستار على القطان ، وبعضهم جعلها عقدين ، وإلى هذا اتجه عبد الستار أبو غدة ومصطفى الزرقاء ، ومنهم من لم يحدد عقودهاوإن جاءت تخريجاته شاملة للوكالة والكفالة ومن هؤلاء نزيه حماد [٥] .

فهذا الفريق من العلماء نظر إلى نظام البطاقة ولاحظ أنه يتركب من مجموعة اتفاقيات ومعاقدات وأن العلاقة بين أطرافها تشتمل على خدمات يعود نفعها على أطراف التعامل بها ، وتعد في صورتها المركبة من المعاملات المستجدة ، وهي جائزة بناء على قاعدة الأصل في المعاملات والعقود الإباحة ما لم يرد حظر .

ويتمثل التخريج على الوكالة في أن العضو حامل البطاقة يوكل المصرف مصدرها في قضاء ما يترتب عليه من مال نتيجة استخدامه للبطاقة في الشراء لمصلحة التجار ، فالعميل يفتح حساباً في المصرف ويأخذ البطاقة لينتفع بها ، ويفوض المصرف بالدفع عنه ، وأن يقتطع ما يدفعه عنه من حسابه ، كما أن التاجر يفوض المصرف مصدر البطاقة بتحصيل دينه وتحويله إلى حسابه في مصرف التاجر ، فالمصدر للبطاقة يقوم بعملية مزدوجة هي تحصيل الفواتير وأداء المبالغ لمستحقها ثم يقوم بتحصيل ما دفعه من حامل البطاقة ، وذلك لضبط التزاماته مع أصحاب

---

(1) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٥٠ .

(2) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٤ .

(3) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية ص ٤١٨ ، ٤١٩ ، ٤٢١ .

(4) الحلقة الفقهية السادية عمان ١٩٩٦ ، الفتاوى والآراء الشرعية بشأن البطاقة ص ٢ ، ٣ ، وانظر : عبد الوهاب أبو سليمان ، البطاقات المصرفية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد ص ٢٢٠ .

(5) المراجع السابقة ، وانظر : قرارات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي قرار (١٢ / ١) .

البضائع والخدمات إذ لا يستيطع مصدر البطاقة ضبط مواعيد التحصيل من العملاء حاملي البطاقات في حين أن بإمكانه التحكم فيما يدفعه من ماله ، ثم يقوم بتحصيله [1] ووفقاً لهذا التخريج جاز لمصدر البطاقة أن يأخذ الرسوم رسوم الاشتراك والتجديد والإصدار ونحوها .

ولا يختلف العلماء المعاصرون في جواز أخذ رسوم الاشتراك والتجديد والا ستبدل من العضو لمصلحة الجهة المصدرة ، وكلهم يراها أجرة مقطوة لأجل الخدمة المصرفية المتعلقة بالبطاقة ، فهي أجرة مقطوعة معلومة على خدمة معلومة وتسري عليها الأجرة في إجارة الأعمال ؛ ولأن اقترانها بضمان مصدرها لحاملها – عند من يرى العلاقة بينهما كفالة لا يلوثها شبهة الربا ، ولا حقيقته ، إذ لا فرق في فرضها ومقدارها بين ما إذا استخدمها حاملها بمبالغ كبيرة أو قليلة أو لم يستخدمها بتاتاً [2] وجاز أخذ الأجرة على كل عملية شراء من حامل البطاقة باعتبار ذلك وكالة بأجر وجاز أخذ العمولة (الأجرة) من التاجر بدل تحصيله لدَيْنه وتويله إليه وما يجوز أخذه من الطرفين يجوز أخذ من أحدهما كما هو الحال في عمولة السمسرة، إذ يجوز اشتراطها على كل من البائع والمشتري ، أو على واحد منهما [3] ويذهب القطان إلى جواز أن يكون الأجر مقطوعاً أو منسوباً إلى مبلغ فاتورة العميل [4] ومن المعلوم جواز الوكالة بأجر .

---

(1) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية ص ٤١٨ ، عبد الستار أبو غدة ، والتكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٤ عبد الستار القطان .

(2) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٥١ ، نزيه حماد ، وانظر : القرار رقم (٥٠) للهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار ، مجموع فتاوى وبحوث عبد الله المنيع ص ٣١٥ ، بطاقة الائتمان بينالمصارف الإسلامية والمصارف الربية من وجهة نظر إسلامية / عبد الستار إبراهيم الهيتي ص ١٤ ، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة قرار رقم (١٢/٢/١٠٨) ، المعايير الشرعية ، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية ، المعيار رقم ٤ / ٢ .

(3) بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ٤١٨ ، ٤١٩ .

(4) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٤ .

وقد نبه عبد الستار أبو غدة على أن عملية تحصيل الدين بنسبة معلومة منه هي وكالة بأجر ، وليس من التزامات الوكيل أن يؤدي للدائن من ماله ، وإلا صارت كفالة ، وهناك تضاد بين مقتضى الكفالة (لأنها عبارة عن ضمان) وبين مقتضى الوكالة (لأنها عبارة عن أمانة) والذي يجب على الوكيل أن يؤدي ما وكّل بتحصيله بعد قيامه بالتحصيل فعلاً ، ولكن في نظام البطاقة تحملت شركة البطاقة مالا يلزمها وهو أن تؤدي أولاً ثم تطالب المدينين وذلك للسبب المشار إليه من إمكان التحكم في عملية الأداء دون عملية الاستيفاء . وفي هذه الحالة ينبغي أن لا يكون القصد من عمولة التحصيل أو من زيادة نسبتها إيجار مقابل لعملية تسديد الفواتير لمستحقيها قبل عملية تحصيلها ، وإلا كان فيه إخفاء للمراباة ضمن الوكالة ، وقد استبعد أبو غدة أن تقع المواطأة على المراباة للتفاوت الكبير في مدة الأجل الفعلي لكل من المديونية ، والتوفية للدين وعدم الربط العقدي .

لكن من الصعب ضبط هذه العملية لأن الواقع التطبيقي ورغبة المصارف الإسلامية في تحقيق مزيد من الربح للمستثمرين والمودعين لديها قد تجعل هذا الاحتراز بعيداً عن التطبيق خاصة وأن المعيار فيه شخصي هو قصد مصدر البطاقة وهو أمر لا يمكن ضبطه .

ويلاحظ الباحث أن هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي خرجت العمولة التي يأخذها البيت نسبة من المدفوعات النقدية التي يحصل عليها حملة البطاقات في أسفارهم بواسطة الأجهزة أو البنوك المتعاملة مع شركة البطاقة ، وهي تقتسم بين مصدر البطاقة وبين البنوك التي لها دور في العملية على أنها أجرة على توصيل أموال العضو أو العميل من حسابه إلى المناطق التي تستخدم فيها البطاقة ، أو هي أجر لتحويل العملات من بلد إلى بلد ، وإن كانت العملية تتم معكوسة لتسهيل الأمر كما سبق في موضوع سداد الفواتير ، فإن البنوك الوكيلة لشركة البطاقة تدفع النقود ، ثم تسترد ما دفعته ؛ لكي تحقق الفورية المطلوبة في هذه العملية ، وهناك أجل يتخلل بين الدفع والاستيفاء لكنه ليس مقصوداً في العملية ، والشأن في هذا الأجل أن يسبق دفع

المبالغ النقدية لكنه لا يمكن ضبطه لذا عكس الأمر وتم الدفع ثم الاستيفاء [1] . وقد أيد هذا التخريج عبد الستار أبو غدة بعد أن نقل رأي هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي ، فقال: " وهذا الرأي هو الراجح في نظري ، فإن الأجل المتخلل بين القبض والتسديد ليس عنصراً أساسياً في العملية ، ولو أتيح الاستيفاء الفوري من حساب العميل لما اختلت العملية القائمة على أن الدفع هو من حساب العميل وليس تسليفاً " [2] .

أما مرحلة تكييف تخريج العلاقة على عقد الكفالة فقد ذهب إليه عبد الستار القطان في تفسيره لعلاقة المصرف مع التاجر ، ويتمثل ذلك في ضمان المصرف سداد قيمة ما يشتريه العميل حامل البطاقة من التاجر (كفالة مع حق الرجوع) [3] ونفى أن يكون للضمان أثر في العمولة التي بمقتضاه المصرف من التاجر لأنه لا تزداد العمولة مقابله ، ولا ينظر للمبلغ المضمون كما لا تختلف العمولة بحسب الأجل الفعلي .

وفي هذا التخريج إشكال مفاده أن الكفالة تبرع ولا يجوز أخذ الأجرة على التبرعات عند العلماء كافة . فكيف أجازها الشيخ ؟ إلا أن يكون من رأيه جواز الأجر على الضمان كما ذهب إليه الشيخ عبد الله المنيع حيث صرح بقوله : " وحيث ثبت أن القول بعدم جواز أخذ الأجرة علىالكفالة قول لا يستند إلى دليل من كتاب أو سنة ولا قول من أصحاب رسول الله ﷺ ولا من أفعالهم ، والأصل في المعاملات الإباحة ومن المعاملات الكفالة والضمان ، والتعليل بأن الكفالة من عقود التبرعات لا يمنع منه أن يكون من عقود المعاوضات وتأسيساً على هذه الفتوى أجاز الشيخ ما يأخذه مصدر البطاقة من التجار وقال وفي هذا إخراج ما يأخذه مصدر البطاقة من التجار من دائرة الربا وأكل أموال الناس بالباطل إلى كسب مباح هو أجرة الضمان .

---

(1) نقلاً عن بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ص ٤٢١ .

(2) المرجع السابق ص ٤٢١ .

(3) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٥ .

وقد نقل الشيخ عبد الله المنيع أقوالاً لعلماء يجيزون أخذ الأجرة على الضمان منهم عبد الرحمن بن سعدي وعبد الله بن بسام ، ومن المعاصرين جمال الدين عطية ومما نقله عنه قوله : " لا يوجد نص على أن الكفالة من عقود التبرع ، وأما تصنيف العقود إلى عقود معاوضة وعقود تبرع ، فإنما هو صناعة فقهية لتسهيل دراسة الأحكام ، وإن جريان العرف في زمن ما على تقديم الكفالة من باب الشهامة والمروءة لا يمنع من تقديمها بعوض من قبل من يتخذ ذلك مهنة ويعرض نفسه للمخاطر دون إلزام شرعي أو أدى عليه بتقديم الكفالة " [1] .

وقد نقل عن عمر المترك القول بجواز العوض على الضمان والكفالة وكذا الشيخ علي الخفيف والشيخ عبد الحليم محمود [2] .

وقد ذهب إلى جواز أخذ العمولة المحددة بنسبة معينة ، يقتطعها مصدر البطاقة من فاتورة التاجر نزيه حماد مع أنه خرج علاقة المصدر بالتاجر على الكفالة ، لا على مبدأ جواز أخذ الأجرة على الكفالة ولكن على أساس آخر في مذهب الحنفية ومما جاء في كلامه : " يشترط البنك المصدر لبطاقة الائتمان على التاجر في الاتفاقية المبرمة بينهما عمولة محدد بنسبة مئوية يقتطعها من فاتورة التاجر تتراوح عادة ما بين (٢ – ٥ %) من قيمة الفاتورة بحسب النشاط الذي يزاوله التاجر ونوعه وحجمه ... ، ثم قال : وهذه المسألة مقبولة من الناحية الشرعية بناءً على ما ذهب إليه الحنفية على الصحيح المفتى به في المذهب من أن الكفيل بأمر المدين إذا صالح المكفول له على أن وهب له بعض الدين أو أكثره فإنه يعود على المكفول بما ضمن لا بما أدى " وما ذهب إليه الحنابلة من أن المكفول له إذا وهب الدين للضامن فهو تمليك له ويرجع الضامن على المكفول بما كفل فكذا إذا وهبه بعض [3] انتهى كلامه .

---

(1) مجموع فتاوى وبحوث عبد الله المنيع ص ٣٣٢ – ٣٣٨) .

(2) المرجع السابق .

(3) نص على ذلك المجمع قراره رقم ١٣ (٢/١٠) و ١٢ (٢/١) ، والقرار رقم ١٠٨ (١٢/٢) ، وندوة البركة قرار رقم (١/١٢) .

ومع تسليمي بما ذهب إليه الحنفية والحنابلة من جواز المصالحة بين الكفيل والكفول له على أن يهب له بعض الدين أو أكثرة إلا أن واقع العمولة النسبية ليست كذلك بل هي مشروطة في أصل العقد وملزمة للتاجر بحكم العقد ، ولا تخضع لمفاوضة المصدر والتاجر أصلاً بل يقوم المصدر بحسمها من دين التاجر فوراً دون مشاورة التاجرة أو أخذ إذنه فضلاً عن مصالحته .

فلا يصلح هذا التخريج أساساً لجواز العمولة لأنا إذا قلنا بمنع أخذ الأجرة على الكفالة كما هو رأي جمهور الفقهاء باعتبارها تبرعاً فإن اشتراطها في العقد يفسده لأنها بمثابة القرض الذي يجر نفعاً ، أو أنه شرط فاسد والعقد صحيح لمخالفته مقتضى الكفالة ، والتطبيق العملي يرفضه ؛ لأن العمولة مقصودة للمصدر ، بل هي دافعه لإصدار البطاقة أما إذا قلنا بما ذهب إليه من قال بجواز الأجرة على الضمان ، فلا إشكال حينئذ ، غير أن أصل التخريج غير مسلم ولا يتسع المقام لمناقشته .

وممن أجاز أخذ المصرف مصدر البطاقة عمولة على مشتريات العميل دون أن يفصل كونها مقطوعة أو بنسبة معينة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، ومما جاء في الفقرة (ب) من القرار رقم ١٠٨ / (١٢/٢) : " جواز أخذ البنك المصدر من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة بمثل السعر الذي يبيع به النقد " والقيد الأخير الوارد في هذه الفقرة من باب سد ذريعة الربا تحت مسمى البيع .

هذا و لم يظهر لي وجهة نظر المجمع الفقهي في الأساس الذي أجاز بناء عليه أخذ هذه العمولة ويبدو لي أنها مبنية على أساس الأجرة على جلب الزبون اعتباراً بالسمسرة .

متى تكون العلاقة قرضاً : تكون العلاقة قرضاً في حالة السحب النقدي .

هذا تخريج قال به مجمع الفقه الإسلامي وندوة البركة ونزيه حماد [1] ، وتكون قرضاً في حالتين عند عبد الستار قطان حالة السحب النقدي ، وحالة دفع مصدر البطاقة المستحقات عن حامل البطاقة، في حالة استخدامها في الشراء حيث لا تتوفر في حسابه ما يغطي مقدار مشترياته [2] وإلى هذا ذهبت الهيئة الشرعية لشركة الراجحي المصرفية للاستثمار [3] وهذا الافتراض لا بأس به شرعاً عند هذه الجهات ومن وافقهم إن كان هناك تغطية في حساب الساحب لوقوع المقاصة بين الدينين فوراً ، وعندئذ لا حرج في أن يأخذ المصدر عمولة لقاء استخدام مكائن السحب التي تعود له أو لغيره من البنوك الوكيلة مقابل تقديم هذه الخدمة لأنها لا تعدو أن تكون أجرة على توصيل النقود إلى حيث يريد الساحب من البلاد أو المناطق ، وكذلك الحكم إذا لم يكن هناك تغطية في رصيده ، شريطة أن لا يتقاضى المصدر أية فائدة أو عمولة على هذا الاقتراض [4] .

حالة الصرف : إذا استخدمت البطاقة في الشراء :

تخريج علاقة المصدر بالعضو حامل البطاقة على عقد الصرف . يمكن تصور هذه المسألة في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : عند شراء العضو عملة مغايرة لعملة مصدر البطاقة ، كأن تكون عملة مصدر البطاقة بالدينار الكويتي مثلاً فيشتري بها ريالات أو ليرات تركية أو ماركات ألمانية أو غير ذلك ، وتسمى هذه العملية عملية صرف .

الحالة الثانية : أن يشتري بالبطاقة ذهباً أو فضة ، وتعد هذه العملية صرفاً اعتباراً بالثمينة .

---

(1) قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ١٦٢ .

(2) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٦ .

(3) القرار رقم ٥٠ بتاريخ ٦ / ١٢ / ١٤١٠ هـ .

(4) نزيه حماد – قضايا فقهية معاصرة ص ١٦٣ .

الحالة الثالثة : إذا اتفق مصدر البطاقة مع حاملها على تحويل قيمة المبالغ المستحقة باستخدام السعر المعلن لدى البنك يوم إجراء قيد العملية لصالح التاجر (يوم السداد) وذلك بالحسم من حساب حامل البطاقة إن كان فيه رصيد أو بإقراض البنك له بدون فوائد بإضافة المبلغ إلى حسابه المكشوف ثم الحسم منه ، ويعد هذا صرف ما في الذمة [1] .

أو عند استخدام البطاقة من قبل العميل بالشراء أو السحب النقدي ، ثم ترسل فواتير هذه العمليات إلى المصرف مصدر البطاقة بالعملة الأجنبية المتفق عليها (عملة التقاص) وهي الدولار الأمريكي ، وذلك بصرف النظر عن العملة التي تمت بها المعاملة ، سواء تمت بالجنيه الاسترليني أو بالريال السعودي أو بأي عملة أخرى ، ونتيجة لذلك فإن عملية الخصم وتسوية حساب العميل تتطلب أن يقوم المصرف مصدر البطاقة بصرف عملة الفاتورة (الدولار الأمريكي) وتحويل المبلغ إلى عملة بلد المصرف حسب سعر الصرف يوم تسلم المصرف للفاتورة ومن ثم تسوى الحسابات مع العميل بالخصم من حسابه لدى المصرف بعملة المصرف [2] .

ومن هنا نجد البند رقم (٦) من الاتفاقية التي تعقد بين بيت التمويل الكويتي والعميل تنص على أن يتم احتساب المدفوعات بالدينار الكويتي تبعاً للفواتير المرسلة من قبل الجهة الراعية للبطاقة (فيزا العالمية مثلا) وبسعر صرف الدينار مقابل الدولار في تاريخ تسلم بيت التمويل الكويتي للفواتير .

لا يختلف العلماء في جواز استخدام البطاقة فيي شراء العملات أو في شراء الذهب والفضة ، أو المصارفة عند تسوية حسابات البطاقة إذا كانت مغطاة تغطية كاملة أو إذا تعهد مصدر البطاقة بالدفع الفوري من حسابه ثم العودة على حساب العميل إذا لم تكن مغطاة أو

---

(1) ندوة البركة الثانية عشرة للاقتصاد الإسلامي ١٢ / ٧ .

(2) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية / القطان ص ١٦ ، ١٧ ، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية / عبد الستار أبو غدة ص ٤١٣ .

كانت تغطيتها غير كاملة [1] ، وذلك لأن قسيمة الدفع الموقعة من حامل البطاقة تقوم مقام القبض (كالشيك) بل هي أقوى منه كما أفاد الفنيون ؛ لأنها ملزمة للتاجر وتبرأ بها ذمة حامل البطاقة من الدين حالاً ، وليس له الاعتراض على الوفاء بقيمتها ، ولا يختل التقابض بالتأخير غير المقصود (٧٢) ساعة على ما هو المتبع في القيود المصرفية، طبقاً لقرار مجمع الفقه الإسلامي [2] .

واشتراط أن تكون البطاقة مغطاة أو أن يقوم وكيل العميل بالتغطية نيابة عنه مبني على أساس أن جماهير أهل العلم يشترطون لصحة الصرف تقابض البدلين في المجلس ، أي التسليم الفوري للثمن والمثمن لأن العملات الورقية في حكم الذهب والفضة ، فيما تخص أحكام الصرف [3] وأصله حديث النبي ﷺ أنه قال : " الذهب بالذهب والفضة بالفضة ... إلى أن قال: مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإن اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد [4] ، وفي رواية أخرى " لا تبيعوا منها غائباً بناجز " [5] .

ووفقاً لما سبق فإن العلماء متفقون كذلك على عدم جواز استخدام بطاقة الائتمان في شراء الذهب والفضة وصرف العملات بشرط التأجيل أو التأخير بالاشتراط أو الصرف ، بل

---

(1) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص ١٧ / القطان .

(2) انظر بند ٤ / ٤ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، وندوة البركة القرار رقم ١٢ / ٦ ، وانظر نموذج طلب اشتراك في بطاقةالصادرة في بطاقة فيزا الصادرة عن شركة الراجحي ، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ،نزيه حماد ص ٥٩ ، ٦٠ ، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية / أبو غدة ص ٤١٣ .

(3) قرار رقم ٨٤ (٩/١) الدورة التاسعة ، أبو ظبي ، نيسان ١٩٩٥ م .

(4) رواه الجماعة إلا البخاري .

(5) أخرجه البخاري ومسلم .

ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أنه " لا يجوز شراء الذهب والفضة والعملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة " [1] وهذا حسب تقديري لسد ذريعة الربا ، أو الأيلولة إليه .

أما قضية " صرف ما في الذمة " التي يسميها الفقهاء تطارح الدينين فهذا جائز شرعاً بشرط أن يقع القبض (حقيقة أو حكماً) ناجزاً لما روى ابن عمر ﷺ قال : " كنت أبيع الإبل بالدنانير ، وآخذ مكانها الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ مكانها الدنانير ، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال : " لا بأس " إذا تفرقتما وليس بينكما شيء " [2] .

لكن هل يتم هذا التقابض الناجز في عمل بطاقة الائتمان ؟ يذكر نزيه حماد أنه يلاحظ في عمل بطاقة الائتمان تراخي قبض المصدر بدل الصرف من حامل البطاقة عن مصارفته مدة أسبوعين أو أكثر ، حيث إن مصدر البطاقة يجري الصرف مع حاملها إلى العملة المحلية بمجرد سداده بالعملة الأخرى ، ولا يطالب حاملها ببدل الصرف إلا عند إصدار الفاتورة لاحقاً مع إعطائه مهلة سماح مجانية للسداد ، وهذا التراضي غير جائز شرعاً في قول سائر أهل العلم ؛ لأنه من ربا البيوع الذي هو ذريعة إلى ربا النسيئة (ربا الديون) [3] .

ومن هنا فإن عملية الشراء بعملة غير عملة البطاقة تقتضي أن يكون الحساب مغطى تغطية كاملة تلافياً للوقع في الربا ، أو أن التراخي مما تمليه ضرورة إجراء المصارفة .

---

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠٨ (١٢/٢) الدورة الثانية عشرة بالرياض ٢٣ – ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٠ م .

(٢) رواه أبو داود والترمذي .

(٣) نزيه حماد ص .

الخاتمة

١ – يجوز للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الاشتراك في المنظمات التي تصدر البطاقة شريطة تخليصها من كل ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، وإصدار بطاقة تتلاءم مع نظام المؤسسات المالية الإسلامية وتتوافق مع الشريعة المعصومة .

٢ – يجوز إصدار بطاقة السحب الفوري مادام حاملها يسحب من رصيده ولا يترتب على التعامل بها فائدة ربوية .

٣ – كما يجوز إصدار بطاقة الحسم الآجل إلا إذا تتضمنت شرطاً ربوياً في حال تأخر العميل عن السداد . وعلى هذا لا يجوز إصدار بطاقات الائتمان ذات الدين المتجدد الذي يسدده حامل البطاقة على أقساط آجلة بفوائد ربوية .

٤ – يجوز للمؤسسات المصدرة للبطاقة أن تتقاضى رسم عضوية ورسم تجديد ورسم استبدال ، وعمولة من قابل البطاقة " التاجر " بنسبة من ثمن السلع والخدمات .

٥ – يجوز استخدام البطاقة في شراء الذهب والفضة والنقود ببطاقة الحسم الفوري ، كما يجوز ذلك ببطاقة الحسم الآجل في حالة تعهد مصدر البطاقة بالدفع الفوري من غير تأجيل مشروط أو معروف عرفاً .

٦ – يجوز للمصدر أن يفرض رسماً مقطوعاً متناسباً مع خدمة السحب النقدي وليس مرتبطاً بمقدار المبلغ المسحوب أو بالأجل .

٧ – يرى الباحث أن الالتزامات الناشئة في نظام البطاقة ترجع إلى ثلاثة مصادر : الأول : العقد الذي يتم بين مصدر البطاقة والعضو حاملها ، والثاني : العقد الذي يتم مع التاجر ، والثالث : نظام البطاقة الذي وضعته الجهة الراعية كمنظمة (فيزا وماستر كارد) .

٨ – كما يعتقد أن العلاقة التعاقدية بين مصدر البطاقة وحاملها مركبة من عدة عقود ، أقواها حسب الترتيب الوكالة ، والكفالة ، وقد تأتي على صفة القرض والصرف .

وأن العلاقة التعاقدية بين مصدر البطاقة والتاجر علاقة مركبة من عقدين هما الوكالة في حالة قيام المصدر بتحصيل دين التاجر وتوصيله إليه ، وكفالة في حالة تعهد المصدر بدفع الدين الناشئ عن استخدام العضو للبطاقة في شراء السلع والخدمات وكان حسابه مكشوفاً أو مغطى تغطية غير كاملة .

والله أعلم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

أ . د . **علي محمد الحسين الموسى**
جامعة الكويت
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الفقه المقارن والسياسة الشرعية

المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في القانون المقارن والفقه الإسلامي

الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون بطنطا

جامعة الأزهر- والمعار إلى كلية الشريعة والقانون- جامعة قطر

مقدمة:

١- الخدمات المصرفية الجديدة :

من الملاحظ أن قطاع الخدمات المصرفية يمر بتغييرات متسارعة، حيث تتنافس البنوك من جهة، والمؤسسات المصرفية من جهة أخرى، في تقديم خدمات جديدة للعملاء، وقد ساعد على ذلك التحرير المتزايد ورفع القيود التي كانت مفروضة في الماضي على نشاطات وأعمال البنوك، الأمر الذي يمثل تحديا كبيراً يواجه البنوك[١].

ولمواجهة التحدي الأكبر الذي يواجه البنوك، وهو اشتداد وحدة المنافسة، كان لا مفر من اتباع البنوك لاستراتيجية تقديم خدمات مالية إلى عملائها، تلبي الاحتياجات المتغيرة باستمرار لهؤلاء العملاء، فهناك حاجة مستمرة لتنويع الخدمات واستحداث خدمات مصرفية جديدة، وتحديث محفظة ديناميكية تتغير باستمرار لأن هذه المحفظة إذا بقيت دون تجديد وتحديث، سوف تفقد المنتجات والخدمات الموجودة فيها جاذبيتها بالنسبة للجمهور مع مرور الزمن، وتفقد

(١) راجع: خليل النجار الخدمات المصرفية الجديدة، مجلة البنوك، التي تصدرها جمعية البنوك، الأردن، العدد السادس، المجلد التاسع عشر، يوليه، أغسطس٢٠٠١، ص١٢ ومابعدها.

بالتالي ربحيتها، وهذه المحفظة يجب تجديدها باستمرار، لأن البنوك المنافسة سوف تقوم بتقليد أية خدمة أو منتج جديد فضلا عن الخدمات التي تبتكرها بنفسها وتفقد هذه الخدمات بعد فترة من الزمن جاذبيتها، ويصبح البنك بحاجة لابتكار خدمات جديدة، لكي تستطيع الاستمرار في المنافسة بفعالية.

والخدمات الجديدة تعني النمو في الأعمال المصرفية، وتعد بديلاً لعمليات الاندماج والاستحواذ على المؤسسات الأخرى، كما أنها تعطي البنك ميزة وأفضلية تنافسية، وهي مصدر هام ومستمر للإيرادات، فكون البنك هو الرائد في تقديم خدمة مصرفية معينة، يمنحه أفضلية تنافسية مستمرة لفترة طويلة.

٢- التجارة الإلكترونية وأثرها في تقديم الخدمات المصرفية الجديدة :

تعني التجارة الإلكترونية القيام بكل مراحل التعامل، سواء تعلق بالتصنيع أو بالتسويق أو توريد المواد الأولية، أو الإعلان التجاري وتبادل المعلومات مع دوائر الأعمال المماثلة إلكترونيا، غير ما وفره التقدم التكنولوجي من وسائل متطورة تتجسد فيما نعرفه الآن بشبكة الإنترنت.

وعلى هذا، فإن مفهوم التجارة الإلكترونية لا تقف عند حد استخدام وسائل إلكترونية في عمليات الشـــراء والبيـــع، وما يتبعها من تحويلات وتسويات مالية، بل تتجاور أثرها لتشمل مراحل ودوائر أوسع بكثير، بدءاً من تبادل المعلومات وإجراء المفاوضات من خلال ما يعرف بالتبادل الإلكتروني للمعلومات[1] electronic Datu interchenge

(١) الدكتور السيد أحمد عبد الخالق الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، التي تصدرها كلية شرطة دبي، السنة التاسعة، العدد الأول، شوال ١٤٢١هـــ، يناير ٢٠٠١ ص ٢٥٦.

وبعبارة موجزة، فإن التجارة الإلكترونية هي الأعمال المنفذة بالوسائط الإلكترونية، وبشكل خاص الإنترنت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية[1]

وقد صاحب التجارة الإلكترونية ثورة المعرفة والمعلومات، ذلك أن اعتماد التجارة الإلكترونية على نطاق واسع، سيؤدي إلى ثورة معلنة في المعلومات والذهنيات، وما يستتبعه من ظهور نظام اقتصادي جديد قوامه تحول نمط الرأسمالية القومية، إلى ما يمكن تسميته بالرأسمالية العابرة للقوميات، حيث لم يعد الاقتصاد محكوماً بمنطق الدولة القومية وحدها، وإنما ظهر فاعلون اقتصاديون من نوع جديد، يتمثلون في المؤسسات والشركات متعددة الجنسيات، الأمر الذي تعد معه العولمة أهم تحديات العصر الحديث[2].

فالعولمة ظاهرة ثقافية واقتصادية وسياسية واقعة في دنيا الناس، ومن أهم مرتكزاتها المعلوماتية والإنترنت والتقنيات المتطورة، فقد ازدادت السوق العالمية لتغذية المعلوماتية.يؤكد ذلك أن مصطلح "القرية العالمية " أو "القرية الإلكترونية العالمية" مقصود به التعبير عن أن العالم لم يعد مسكنا لكيانات مجتمعية مفصولة ومعزولة عن بعضها البعض، وإنما صار العالم مترابطاً بصورة عضوية بحيث إن ما يحدث في أي بقعة فيه يؤثر في جميع بقاعه الأخرى مهما تباعدت المسافات أو تنافرت الثقافات.[3]

---

(١) الدكتور محمد فتوح محمد عثمان أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية في عقود الإدارة بدولة الإمارات العربية المتحدة في ظل حكومة دبي الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونـــية، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الثاني، ربيع الآخر ١٤٢٢هـــ يوليه ٢٠٠١م ص ٤٣٦.

(٢) راجع في الموضوع الدكتور خالد سعد زغلول حلمي، العولمة والتحديات الاقتصادية وموقف الدول النامية، مجلـــة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الأول، محرم ١٤٢٣هـــ مارس ٢٠٠٢م وخصوصا ص ٢٢، وص ٣١، ٧٣.

(٣) الدكتور بركات محمد مراد، ظاهرة العولمة، رؤية نقدية، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، العدد ٨٦، ذو القعدة ١٤٢٢ هـــ، فبراير ٢٠٠١م، ص ٨٦، ٨٦.

كما أن المحاولات التكنولوجية التعاونية بين المصارف، قد أسهمت هي الأخرى في تغيير وتطوير طبيعة العمل المصرفي بالتجزئة، فمنظمات فيزا، وماستر كارد، التي تجدد ابتكاراتها في مجال بطاقات الدفع الائتمان والخصم، مع شبكة سويفت العالمية التي ترعى عملية التحويلات الدولية بين المصارف، جميع هذه الأنشطة مملوكة من قبل المصارف الأعضاء، وهي تتيح للعملاء فرص الاستفادة من الخدمات المالية عبر حدود العالم[1].

وتعد خدمة الصراف الآلي ATM، هي أكثر الخدمات الإلكترونية انتشاراً، وكذلك بطاقة الائتمان Visa، والبطاقة الإلكترونية، لتسديد المشتريات أو الحصول على سلف نقدية.

فنظراً لانتشار وتوسيع شبكة الإنترنت، اتجهت بعض الشركات والمؤسسات العالمية حول العالم إلى جعله سوقاً إلكترونيا عالمياً، يمكن التسوق منه بواسطة بطاقات الائتمان، حتى أنه بلغ ما يشتريه الأمريكيون ببطاقة الائتمان عن طريق شبكة الإنترنت إلى ١٠٠ مليار دولار عام ٢٠٠٠م.

وقد أعلن بنك HSBC القطري يوم ٢٤ مارس ٢٠٠٣م عن طرح الخدمة المصرفية الهاتفية والخدمة الهاتفية والخدمة الشخصية الجديدتين للعملاء وعلى مدار الساعة، عبر الإنترنت، وعن طريق هذه الخدمة المطورة يتمكن عملاء البنك من استخدام نظام إلكتروني أو التحدث إلى مسئول خدمة العملاء، وذلك للحصول خلى خدمات البطاقات الائتمانية وخدمات الحسابات المصرفية وخط المساعدة للخدمة المصرفية الشخصية عبر الإنترنت، والإبلاغ عن فقدان أو سرقة البطاقة الائتمانية أو بطاقة الصراف الآلي الصادرة عن HSBC، إضافة إلى معلومات عامة عن منتجات البنك وخدماته.

كما أن هذه الخدمة المصرفية الشخصية عبر الإنترنت من HSBC توفر للعملاء العديد من الخدمات كالاطلاع على حساباتهم لدى البنك وتحويل الأموال بين حساباتهم أو إلى أي حساب

---

(١) الدكتور جوزيف طربيه، الصيرفة الإلكترونية، تطبيق التكنولوجيا للصمود والنجاح في الاقتصاد الجديد، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت العدد ٢٤٤، المجلد الواحد والعشرون، إبريل ٢٠٠١م ص١٢٧-١٢٨.

آخر في العالم، وتسديد دفعات البطاقات الائتمانية الخاصة بهم لدى البنك... وفتح حساب وديعة لأجل وتعديل تعليمات الاستحقاق أو الاستفسار عن أسعار الفائدة على الودائع، وهذه الخدمة المصرفية الشخصية عبر الإنترنت آمنة وسهلة الاستخدام في الواقع، وقد حازت جوائز دولية لما تتميز به من سهولة الاستخدام[1]

وكان لاستخدام الشبكة المعلوماتية في الأعمال المصرفية، دوراً في أسلوب ارتكاب الجريمة أو التوقيع على إحدى وثائق الأعمال المصرفية بأي طريقة كانت[2].حيث تعد شبكة الإنترنت هي المكان الأمين لارتكاب جرائم النصب والتزوير والنهب وتشويه السمعة، لما تتمتع به من تكلفة تركيب بسيطة، إضافة لإمكانية التعمية الكاملة على الشخصية، والوصول لملايين الضحايا عبر كل العالم، ومن هنا ظهرت فكرة الجريمة العصرية، وهي جريمة الحاسب الآلي، باستخدامه في ارتكاب الجريمة من قبل شخص وظف معرفته بتقنية الحاسب الآلي، ومن أساليب ارتكاب هذه الجريمة، التزوير، عندما يستخدم شخص غير مفوض، رقم هوية وكلمة السر الخاصة بمستفيد مفوض.

٣- اتفاق التجارة الالكترونية مع قواعد الشريعة الإسلامية:

أما عن موقف المسلمين من العولمة، فهو الاستفادة من إيجابياتها وتجنب سلبياتها، إعداد النفس للتعايش معها، والتأقلم مع آلياتها من خلال القيم الإسلامية، وبما يتناسب مع الواقع العالمي المتسارع في تطوره وتغيره.

(١) جريدة الشرق القطرية، الأربعاء ٢٣ محرم ١٤٢٤هـ، ٢٦ مارس ٢٠٠٣م، العدد ٥٣٩٦، ص ٣٦.

(٢) Eoghon Cbsey: digital evidence and Computer Crime, New York, Acudemic press2000 52.

كما أن التجارة الإلكترونية تتفق مع مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، فالشارع قد اقتصر على وضع القواعد الكلية والأسس العامة في المعاملات، ومنها قاعدة "أن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع "[1]، وقاعدة "الأصل في الأشياء النافعة الإباحة".[2]

ولما كان التعامل مع شبكة الانترنت يحقق المنفعة لطرفي المعاملة، فانه يكون مباحاً إلا إذا دل دليل خاص على حرمته، كالضرر والغش والتدليس ونحو ذلك من وسائل حماية المتعاقدين من الوقوع في الحيلة ونحوها[3].

وقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجده، في المملكة العربية السعودية من ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ، الموافق ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠م، قراره بشأن إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة، نظراً للتطور الكبير الذي حصل في وسائل الاتصال وجريان العمل بها في إبرام العقود لسرعة إنجاز المعاملات المالية والتصرفات.

وكان قراره أنه

١- 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

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان : لابن نجيم، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م ص ٨٧ وما بعدها، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي، دار إحياء الكتب العربية، ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) الأشباه والنظائر: للسيوطي ص ٦٦.

(٣) راجع الدكتور على محيي الدين القره داغي: حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٢م ص ٧١-٧٢.

(الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبـــوله [1].

٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فان التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

٣- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة، يكون ملزما بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، ليس له الرجوع عنه.

٤- القواعد السابقة لا تشمل النكاح، لاشتراط الإشهاد فيه، ولا الصرف لاشتراط التقابض، ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

٥- ما يتعلـــق باحتمال التزييـــف أو التزوير أو الغلط، يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات[2].

---

(١) وهـــذا ينطـــبق على التعاقد بالكمبيوتر عن طريق الإنترنت، حيث يعد تعاقدا بين غائبين، لأن التعاقد عن طريق هذه الشبكة، قد يكون بالكتابة بين المتعاقدين، وذلك باستخدام الجمل المكتوبة، وقد يكون بالصوت والصـــورة، ومجلـــس العقد عندئذ يعد مجلس عقد حكمي، وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب للإيجاب، وأن العقد ينعقد عند قبول الموجه إليه للإيجاب، وأن نقل شبكة الإنترنت للإيجاب بأي طريق من الطرق السابقة، ماهو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول أو نقل الكتاب، راجع الدكتور جابر عبد الهادي ســـالم الشافعي مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠١م رقم ١٥٨ ص ٢٩٨ وما بعده

(٢) مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي، الجزء الأول، جمع وترتيب محمد على التسخيري، مؤسسة الهدى للنشر والتوزيع، الجزء الأول، قرار رقم ٦/٣/٥٤، ص ٤٧٤، ٤٧٥.

٤- خطة البحث :

يشتمل البحث على خمسة مباحث وخاتمة

المبحث الأول : التعريف ببطاقة الائتمان وتمييزها عن غيرها من البطاقات البنكية.

المبحث الثاني : التكييف والحكم الشرعي لبطاقة الائتمان.

المبحث الثالـــث : مسئولية الحامل جنائياً عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان.

المبحث الرابـــع : المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان المسروقة أو المفقودة.

المبحث الخامس : المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في الفقه الإسلامي.

أما الخاتمة، فتشمل على أهم النتائج والتوصيات المستفادة من البحث.

المبحث الأول

التعريف ببطاقة الائتمان وتمييزها عن غيرها من البطاقات البنكية

٥- نشأة بطاقة الائتمان[١]

بطاقة الائتمان Carte de Credit تعد إحدى الخدمات المصرفية التي استحدثها الفن المصرفي في الولايات المتحدة الأمريكية منذ قرابة ثلاث وخمسين سنةً.

ذلك أن من عادة تاجر التجزئة من قديم، أن يعطي عملاءه سلعاً بالأجل، ويجري حسابه معهم كل أسبوع أو كل شهر، ليبدأ فترة جديدة بعد سداد ما استحق له من قبل، وكان التاجر يمسك دفتراً لهذا الغرض حتى يراجع مع كل عميل حسابه، وكانت هذه العملية تمثل صعوبة للتاجر الذي له فروع كثيرة يتعامل معها العميل، إذ يلزم تجميع حسابه من مختلف الفروع، فأنشئت لكل عملية بطاقة كرتونية تضم ما منح إليه من إئتمان تجاري، ثم استبدلت هذه البطاقات لدى التجار في أمريكا عام ١٩١٠م، ببطاقات معدنية، تحمل اسم العميل بواسطة ماكينة طبع العناوين البارزة. embossed metal addressograph plates ، لتسجيل اسم العميل وما عليه من حساب، فكانت بطاقات الائتمان بهذا الشكل تؤدي وظيفتين التعريف بالعميل، وإدراج بيانات مديونيته ورغم ثقل هذه البطاقات المعدنية، إلا أنها كانت ناجحة.

---

(١) حول نشأة وتطور بطاقة الائتمان راجع :

.DRURY.AC,. FERRIER;CW Credit Card, London Butterwrth 1984 p 14-29.

JAUFFRET Alfred: droit Commercial, 20 edition par jacques meste, libraire generale de droit et de jurisprudence , paris 1991 N.882 p 572 et 5.

BERTRAND andre, LECLECH Philippe: la pratique du droit des Cartes, 2 er edition 1989 p 43 et5 .

الدكتور محيي الدين إسماعيل علم الدين : موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ١٩٩٣، الجزء الثاني رقم ٤٣٧، ص ٧٣٧.

وترجع البداية الحقيقية لبطاقات الائتمان بالمفهوم الحديث، للأمريكيين (فرانك بكنمارا ورالف سيندر) في عـــام ١٩٥٠م، حيث كان الاثنان يتناولان طعام الغذاء في أحد مطاعم منهاتن، ففوجئا أنهما نسيا نقودهما، و لم يكـــونا معروفين لصاحب المطعم، مما أدى إلى نقاش معه، الأمر الذي أدى بهما إلى التفكير في إنشاء مؤسسة تضمن للمطاعم المشتركة لديها دفع حساب العملاء المنضمين لهذه المؤسسة، مقابل اشتـــراك معين، بعد إبراز هؤلاء العملاء للبطاقات المصدرة لهم من قبل المؤسسة للمطعم المشترك، على أن يرسل للعميل في نهاية كل شهر كشفٌ ليقوم بسداده.

ثم اتسع الاستخدام الحقيقي لبطاقات الائتمان على يد البنوك، فقد أصدرت لعملائها بطاقات الائتمان، لتسهيل شراء احتياجاتهم اليومية ، وخلال رحلاتهم بالخارج.

وقد استوحت البنوك فكرة بطاقات الائتمان من شركات البترول الأمريكية عام ١٩١٤، حيث كانت تصدر بطاقات معدنية لعملائها، يحصلون بواسطتها على البترين وزيوت الســـيارات من محطاتها ولا يدفعون قيمتها في الحال، وإنما بشيك في نهاية الشهر إلى المركز الرئيسي للشركة، كما استخدمتها في البداية الفنادق والمتاجر الكبرى وشركات السياحة، إذ كانت تصدرها لعملائها بغية استمرار تعاملهم معها، مقابل ما تقدمه لهم من تيسيرات في الوفاء.

ثم تطور استخدام هذه البطاقات، فانفصلت عن الجهة التي تصدرها، بحيث يجوز استخدام البطاقة لشراء احتياجات متنوعة، وعلى مستوى جغرافي واسع، دون التقيد بمنافذ التوزيع التابعة للجهة المصدرة.

وأول البنوك الأمريكية التي أصدرت بطاقات الائتمان. هو بنك فرانكلين الوطني عام ١٩٥١م، وتم تسمية البطاقة ببطاقةNational Card، ثم تبعه البنك الأمريكي عام1958 حيث أصدر بطاقةAmerican Card ثم ظهرت بطاقة الأمريكان إكسبريس عام ١٩٥٨م، لتمكن حاملها من استفادة الحصول على السلع والخدمات من الفنادق والشركات، على أن تحصل من عملائها ما يضمن استرداد ما تقوم بدفعه لحساب فواتيرهم.

كما ظهرت بطاقات الائتمان في فرنسا عام ١٩٥٤م، حيث ظهرت بطاقات دينرز كلوب Cartes du diners، وانتشر استخدام هذه البطاقات خاصة البطاقات الزرقاء عام ١٩٦٧م، فضلاً عن الكارت المذهب الصادر عن اتحاد الفنادق.

وتتخذ بطاقات الائتمان عدة أشكال من مادة البلاستيك متعددة الألوان، ومنها في فرنسا على سبيل المثال، البطاقة الزرقاءCarte Bleue ، والبطاقة الذهبيةCarte d'or والبطاقة الفضية Carte d'argent

٦- انتشار بطاقات الائتمان :

كان نجاح بطاقات الائتمان محدوداً في بداية ظهورها، ثم زاد انتشارها عن طريق البنوك في أمريكا وأوروبا، حتى بلغ عدد بطاقات الائتمان المستخدمة في فرنسا عام ١٩٩٣م واحداً وعشرين مليون بطاقة[١]

وعلى مستوى الدول العربية، شهدت - على سبيل المثال- دولة الإمارات العربية المتحدة نمواً مضطرداً في قطـــاع بطاقات الائتمان في الشرق الأوســـط، ففي عام ٢٠٠١م، ارتفع عدد البطاقات المتداولة نسبة ١٥%، ليصبح عددها ما يقارب خمسمائة ألف بطاقة[٢].

وفي مصر[٣]، فان تجربة البنوك في بطاقات الائتمان قد بدأت متأخرة، فقد بدأ بنك مصر بإصدار بطاقة فيزا بنك مصر عام ١٩٩٠م، ثم اشترك أيضا في عضوية بطاقة ماستركارد، بإصدار بطاقـــة ماستر كارد بنك مصر، بفئات ثلاث مرتبة تنازلياً حسب الحد الأقصى للبطاقة إلى (جولدكارد، وبيزنس كارد، ثم استارد كار).

---

(١) BERTRAND. LECLECH. op cit p45

(٢) السيد محمد بلعرج : ماستر كادر تستكمل خطة توسعها العالمية السريعة في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت، العدد ٢٥٧، مايو ٢٠٠٢م ص ٦٤.

(٣) الدكتور محمد عبد الحليم عمر : الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان، إبتراك للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٩٧م، ص ٤٢-٤٣.

كما قام البنك الأهلى المصري بإصدار ((بطاقة ضمان الشيك)) ثم بطاقة فيزا البنك الأهلي المصري، وبطاقة ماستر كارد البنك الأهلي المصري، وفي أواخر عام ١٩٩٦م، بدأ بنك القاهرة في إصدار أول بطاقة ائتمان.

وقد بلغ حجم البطاقات المصدرة في مصر حتى نهاية ١٩٩٦م، حوالي ١١٠٠٠٠ بطاقة، كما أن عدد المتاجر المتعاقدة مع البنوك المحلية المصدرة، بلغ حوالي ٤٠٠٠٠ متجراً.

وهكذا تمثل بطاقات الائتمان المرحلة الأخيرة من مراحل التطور في الأدوات المالية ، فبعد عصر المقايضة وتبادل السلع، جاء عصر التقييم وفق بعض السلع، ثم التقييم وفق المعادن الثابتة، ثم التقييم بالذهب والفضة، ثم تداول الأوراق النقدية، لذا تعد بطاقات الائتمان آخر تحول في هذا المجال، وهو يترك آثاره في توسيع الائتمان إلى حد كبير.

٧- أهمية بطاقات الائتمان في توسيع دائرة الائتمان:

يقصد ببطاقة الائتمان، صك مصنوع من البلاستيك أو من مادة يصعب تزوير بياناتها يتضمن بيانات خاصة بحامل الصك، كاسمه وعنوانه ورقم حسابه، تمكن صاحبها من الحصول على السلع والخدمات التي يحتاجها في حدود مبلغ معين، ومن مؤسسات معينة، يحددها مصدر الصك سواء أكان بنكاً أم مؤسسة أخرى وذلك مقابل تعهد هذا الأخير، بدفع هذه المبالغ، على أن يستردها بعد ذلك من حامل الصك، وفقاً لشروط العقد المبرم بينهما، ويسمى بعقد الانضمام Le Contrat adherent مضافاً لها عمولة أو فائدة متفق عليها.

وبموجب بطاقة الائتمان، يكتفي حاملها، وهو الشخص الذي تصدر إليه أو لاستخدامه البطاقة، بتقديمها إلى التاجر، الذي يدون بياناتها عادة، باستخدام آلة طابعة يدوية أو إلكترونية في فاتورة من عدة نسخ يوقعها العميل، يرسل التاجر نسخة من هذه الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة، لتتولى - ضامنة الوفاء في حدود مبلغ معين - سدادا قيمتها، على أن تقوم في نهاية كل شهر، بصفة عامة، بسداد القيمة للتاجر، ثم تستردها لاحقاً من الحامل على دفعات، مضافاً لها عمولة أو فائدة ٥ر١% في الشهر عن الرصيد المتبقي دون سداد بعد فوات الآجال المحددة

للسداد، بينما لا يدفع أي فوائد على هذا الائتمان إذا قام بالسداد خلال الآجال المحددة، كما يتقاضي البنك عمولة من المحلات المتعاقد معها من ٣% إلى ٥% من قيمة المبيعات التي تمت بهذه البطاقة.[١]

وهكذا نرى أن بطاقة الائتمان تقوم على فكرة أساسية، وهي الائتمان، فهي جوهر البطاقة لافتراضها وجود فاصل زمني بين تقديم مانح الائتمان لوسائل الوفاء لعملية الشراء، وبين استرداد تلك الوسائل.

وهناك[٢]، من يطلق على هذه البطاقة، بطاقة الاعتماد، لارتباطها باعتماد يتم فتحه لمصلحة حامل البطاقة.

ولكن لما كانت العبرة بفكرة الائتمان، وليس بالاعتماد، فإن المصطلح الأفضل هو مصطلح بطاقة الائتمان[٣].

كما أن هناك[٤] من يفضل مصطلح بطاقات الإقراض، باعتباره الوصف المناسب الدال على حقيقتها وماهيتها، المميز لها عن غيرها من البطاقات الأخرى في الشروط وتسديد الديون، ولأن

---

(١) راجع الدكتور عوض بدير الحداد : تسويق الخدمات المصرفية، البيان للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٩٩م ص ٢٠ وما بعدها

(٢) الدكتور علي جمـــــال الدين عوض : عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية ١٩٨٩م ص ٥٤٣، الدكتور جميل عبد الباقي الصغير : القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية ١٩٩٢م، ص ٣٤.

(٣) من أنصار هذا الرأي أيضا فداء يحيي أحمد الحمود : النظام القانوني لبطاقة الائتمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٩م، ص ١٣.

(٤) راجع الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان : البطاقات البنكية، الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية تحليلية، دار القلم، دمشق، مجمع الفقه الإسلامي، جدة ١٤١٩هـــ، ١٩٩٨م، ص ٢٣-٣١

هذا هو الذي يتفق مع ترجمة كلمة "Creditî " في المصطلح الاقتصادي والتجاري والقانونين الإنجليزي والأمريكي، في مجال البطاقات المالية، حيث تعني صراحة "الإقراض ".

والواقـــع أن بطاقة الائتمان، تعد وسيلة مبتكرة للائتمان، ولا صلة لها بالأوراق التجارية، لأن البيانات الإلزامية التي يجب أن تتضمنها الورقة التجارية، ليست ذاتها الواردة ضمن بطاقة الائتمان، فضلاً عن أن الأوراق التجارية تكون قابلة للتداول عن طريق التظهير، بينما بطاقة الائتمان لايمكن تداولها إلا من خلال حاملها الشرعي وغير قابلة للانتقال للغير.

كما أنها لا تعد نقوداً، لأن النقود قابلة للتداول بمجرد تسلمها، على خلاف الحال في بطاقة الائتمان، فهي غير قابلة للتداول.

ولا تعد بطاقة الائتمان قرضاً، لأن عقد القرض يقيم علاقة ثنائية بين المقرض والمقترض، ولا ينشئ أي علاقة مباشرة بين المقرض والغير، على خلال الحال في بطاقة الائتمان، فهي تقوم على علاقة بين ثلاثة أطراف، عقد ينشأ بين الجهة المصدرة والتاجر، وعقد ينشأ بين الجهة المصدرة والعميل الحامل للبطاقة.

والحالة الوحيدة التي تعد العلاقة بين مصدر البطاقة ومستخدمها قرضاً، هي الحالة التي تجمع فيها البطاقة البلاستيكية بين خاصية الوفاء وخاصية الحصول على تسهيل إئتمان بصورة آلية عن طريق الصراف الآلي، كما لو امتنع التاجر عن قبول البطاقة، وطالب بالوفاء بقيمة السلعة نقداً، وقام مستخدم البطاقة بسحب النقود مباشرة بواسطة البطاقة من الصراف الآلي.[1]

---

(١) راجـــع في الآراء المختلفة في تكييف طبيعة بطاقة الائتمان، فداء يحيي أحمد الحمود ص ٢٢-٢٥، الدكتور سعد محمد سعد، البطاقات البلاستيكية كوسيلة وفاء بالالتزام، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بـــين الـــنظرية والتطبيق، الذي نظمته كلية القانون، بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك إربد، الأردن، في الفترة من ٢٢-٢٤ ديسمبر ٢٠٠٢م ص ٢٢ وما بعدها.

وقد أثار عدم التنظيم القانوني للعقود التي تعد الأساس القانوني للوفاء ببطاقة الائتمان، خلافاً محتوماً حول طبيعتها القانونية، لوجود مزج كبير لصور ومفاهيم قانونية لهذا العقد، بسبب الصياغة المتبعة لها والتي تنفرد بها، بهدف ضمان استيفائها لحقوقها كاملة.

فهناك من الفقه الفرنسي [١]، من يكيف بطاقة الائتمان على أساس من النطاق التعاقدي الأولىCadre Contractuel prealable عقد الانضمام Le contrat adherent المبرم بين المصدر والحامل للبطاقة، وعقد التمويلle Contrat fournisseur المبرم بين المصدر والتاجر.

خلافاً لمن يكيف العقود بين الأطراف الثلاثة للبطاقة، أنها تشبه الإنابة الكاملة، التي تبرأ فيها ذمة المدين، ويقبل الدائن الرجوع على مدين آخر بالدين، فينوب البنك عن حامل بطاقة الائتمان في الوفاء إلى البائع، وينقضي دين حامل البطاقة، ولا يصبح للبائع إلا حق الرجوع على مصدر بطاقة الائتمان، الذي يصبح مدينه الوحيد [٢]. وهذا هو رأي القضاء الإنجليزي في طبيعة الوفاء ببطاقة الائتمان[٣]

والواقع أن أحكام عقد بطاقة الائتمان تعد مزيجاً ين الوكالة والضمان والتعهد عن الغير والقرض، وهذا المزيج يؤدي بالقول بالطبيعة الخاصة والمميزة لعقد البطاقة، وإن جانب الضمان أو الكفالة هو الأغلب، لأن ذمة العميل تبرأ أمام التاجر بثمن المشتريات بمجرد تقديم البطاقة، بضمان وكفالة مصدر البطاقة الذي يقوم بالوفاء فيما بعد.

---

(١) JAUFFRET. op cit N' 885 p573 ets.

(٢) الدكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق رقم ٤٤١ ص ٧٥٧.

(٣) HOWARD johson: Credit Cards, international Banking law, Novembre 1988 p 82-83.

تمييز بطاقة الائتمان عن غيرها من البطاقات البنكية.

٨- تمييز بطاقة الائتمان عن بطاقة الدفع:

بطاقة الائتمان بالمعـــني السابق ذكره، تختلف عن بطاقة الدفع، التي عرفها المشرع الفرنسي في القانون الخاص بحماية الشيكات وبطاقة الدفع رقم ٩١-١٣٨٢، الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٩١م.

فقد عرفت المادة ٥٧-١ من المرسوم بقانون الصادر في٣٠ أكتوبر ١٩٩١م، (والتي أدخلت بالقانون رقم ١٣٨٢ لسنة ١٩٩١م) بأنها بطاقة تصدرها إحدى مؤسسات الائتمان، تسمح لحاملها بسحب أو تحويل مبلغ من النقود.

وبطاقة الدفع الفوري بهذا المعني، تتضمن إلزاماً من جانب المؤسسة المالية المصدرة بدفع مبلغ محدد من النقود فوراً لحاملها، أو لشخص آخر يعينه حامل البطاقة، وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الإصدار، فيستطيع حامل البطاقة دفع قيمة المشتريات التي أجراها لدى تجار معتمدين من المؤسسة المالية المصدرة، أو من مؤسسة ماليـــــة أخرى، ترتبط بالمؤسسة المصدرة بمجرد تقديم البطاقة وتكوين رقمه الشخصي، فيتم تحويل المبلغ المطلوب من حساب الحامل (المشتري) إلى حساب التاجر (المستفيد) البائع[١].

وهكذا يتضح أن المقصود بالدفع الفوري، أن يصير تسجيل المبلغ على حساب العميل فور ورود القيد أو فاتورة الحساب إلى المصرف.[٢]

وهكذا تمثل بطاقة الدفع، بديلاً للنقود والشيكات وبطاقات الائتمان في نقاط البيع، حيث إنه يتم القيد على حساب العميل المشترى فوراً في وقت البيع أو سحب النقد، ويمكن أيضا

---

(١) MARTIN, D : Analyse juridique du reglement par Carte de payement, Dalloz 1987 h 51

(٢) LO GLEY. SH ELL .W f c S K O P 1992 P 106 153 481-488.

استخدامها للسحب النقدي من الفروع أو أجهزة الصراف الآلي، مثل بطاقة Visa electron carte.

يتضح مما سبق، أن بطاقة الدفع تختلف عن بطاقة الائتمان، حيث تستهدف الثانية توفير تيسيرات للحامل لسداد مدفوعاته، وهي تصدر عادة لطائفة منتقاة من العملاء، مثل بطاقـــــات الأمريكان إكسبريس، والأيروكارت، ودينركلب، ومن أمثلها في فرنسا Carte pass chez carrefour، وذلك بواسطة مؤسسات مالية، غير تلك التي يوجد لديها حساب العميل، فتدفع المؤسسة المصدرة لبطاقة الائتمان قيمة ما أجراه العميل من مشتريات للبائع المعتمد. ثم تحصل المبالغ المستحقة لها بعد ذلك، وفي مواعيد متفق عليها من العميل نقداً أو بشيك أو بتحويل مصرفي أو بأي طريقة أخرى، وقد تؤدي البطاقة الوظيفتين معاً، فتستخدم كأداة للدفع وسيلة للائتمان[1]

ومن الأهمية بمكان أن أذكر أنه قد استقر في الفكر التأميني المعاصر في مجال بطاقة المعاملات الدائنية على أن يختص تعبير بطاقة الائتمان، بالبطاقة التي تسمح للعميل بشراء بضائع أو الحصول على خدمات من منافذ البيع أو الخدمات، شريطة أن يتم الدفع على فترات، حيث يحق للعميل دفع جزء من المبلغ آخر الشهر، بينما يقسط الباقي على شهور تالية بنسبة فائدة، وفق نصوص العقد المبرم بين العميل والمصدر.

٩- اختلاف بطاقة الائتمان عن بطاقة الوفاء المؤجل:

تختلف بطاقة الائتمان عن بطاقات اعتماد النفقات، أو بطاقات الوفاء المؤجل Cartes de paiement differees وهي التي يتم فيها خصم المبلغ بالكامل آخر كل شهر ويستفيد العميل بفترة سماح بغض النظر عن تاريخ شرائه للسلعة أو الخدمة، ودون تسجيل آية فوائد مديونية على حسابه.

---

(١) الدكتور علي سيد قاسم: قانون الأعمال، الجزء الثالث، وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م رقم ٤٠٤ ص ٤٦١

وينحصر دور هذه البطاقات في كونها أداة للوفاء بثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها العميل من بعض التجار المقبولين لدى الجهة المصدرة للبطاقة، ولا يقوم حامل البطاقة بدفع ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها فوراً أو بشيك، ولكنه يقتصر على تقديم بطاقة الوفاء الخاصة به إلى التاجر الذي يقوم بدوره بتدوين بياناتها في فاتورة facture من ثلاث نسخ يوقعها العميل، يحتفظ التاجر بإحداها، ويعطي الثانية للعميل، ويرسل الثالثة إلى البنك - الذي يقوم بتجميع الفواتير الموقعة من العميل - لتسديد قيمتها في نهاية الشهر مع خصم المبلغ من الحساب الجاري للعميل لديه، لأن مصدر البطاقة، سـواء أكان بنكاً أم مؤسسة مالية، يمسك للعميل حساب وديعةٍ أو حسابُ جارٍ، ويسترد حقوقه منه بالقيد في الحساب، وليس بالمطالبة عن كل فاتورة.

ويلاحظ أن العميل بموجب هذا النوع من البطاقات، يتمتع بأجل فعلي للوفاء بثمن السلع والخدمات التي حصل عليها، لذا فإنها تعد أداة للوفاء خالصة، ولا تتضمن أية تسهيلات ائتمانية من البنك.

وتحتل بطاقات الوفاء أعلى درجة في الضمان للتاجر الذي يقبل الوفاء بها، حيث تلتزم الجهة المصدرة لها بالوفاء، فهي تؤدي وظيفة الشيك المعتمد من البنك المصدر لضمان الوفاء لحامله[1].

١٠- اختلاف بطاقة الائتمان عن بطاقة التحويل الإلكتروني :

كما تختلف بطاقة الائتمان عن بطاقة التحويل الإلكتروني عند نقاط البيع والشراء، وهي بطاقة حسم فوري، ولكنها تعمل حال توفر ربط إلكتروني مباشر بين البنك والنقطة التي يتم عندها الدفع، وتتكون شبكة التحويل الآلي عند نقاط البيع من حساب مركزي يرتبط بحسابات جميع البنوك الأعضاء بالشبكة، وكذا بجميع الأجهزة التي تركبها البنوك في المحلات التجارية.

(١) الدكتورة سميحة القليوبي الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢م، رقم ١٩٧، ص٣٠٩

وقد ترتبط الأجهزة مباشرة بحسابات البنوك، دون ما ضرورة للمرور خلال الحاسب المركزي. وبذلك تقوم بطاقة التحويل الإلكتروني عند نقاط البيع والشراء، بأداء دور بطاقة الدفع أو الوفاء، حيث تحول إلى الحسابات من حساب العميل إلى حساب التاجر بطريقة فورية.

١١- اختلاف بطاقة الائتمان عن بطاقة الصراف الآلي :

تختلف بطاقة الائتمان عن بطاقة الصراف الآلي ATMSوماكينات نقاط البيع POS التي تمثل آليات لتوفير الخدمة الذاتية Self-Service terminaly بنوعية أفضل وبتكلفة أقل، حيث تشير التقديرات إلى أن كلفة تنفيذ عملية مصرفية بواسطة جهاز الصراف الآلي تشكل فقط ١٠% من كلفة تنفيذها عبر الموظف[١]

وتتجه البنوك العالمية نحو دمج أنواع بطاقات المعاملات الدائنية في بطاقة واحدة، تستخدم داخل حدودها وخارج حدودها، وذلك بدمج بطاقة الائتمان والتحويل الإلكتروني والصراف الآلي في بطاقة واحدة، حيث تحمل البطاقة شعار البنك جنبا إلى جنب مع شعار المنظمات العالمية، مثل فيزا كارد، وماستر كارد، وأمريكان إكسبريس كارد، كما يمكن لحاملي البطاقات العالمية من استخدام بطاقاتهم داخل البلاد على أجهزة التحويل الإلكتروني.

١٢- اختلاف بطاقة الائتمان عن بطاقات ضمان الشيكات :

كما تختلف بطاقة الائتمان عن بطاقات ضمان الشيكات de garantie de cheque Cartes، حيث تعطى للعميل إمكانية السحب الأسبوعي أو الشهري لمبلغ محدد بواسطة شيك، وذلك من كل البنوك التي تنضم لهذا النظام، ويضمن البنك مصدر هذه البطاقات الوفاء بقيمة الشيكات التي يصدرها العميل حامل البطاقة، لذا تعد نوعاً من أنواع الضمان الصادر في ورقة مستقلة[٢]،

---

(١) الدكتور جوزيف طربية: الصيرفة الإلكترونية، البحث السابق ص١٣، وراجع خليل النجار: البحث السابق ص١٢.

(٢) الدكتورة سميحة القليوبي: المرجع السابق رقم ١٩٧، ص ٣٠٩.

ويتعين أن يضع العميل رقم البطاقة على ظهر الشيك حتى يستطيع المستفيد الإفادة من هذا الضمان.

١٣- اختلاف بطاقة الائتمان عن البطاقة الذكية:

ظهرت البطاقة الذكية بعد المشاكل التي اعترت البطاقة الائتمانية، وخصوصا السرقة، وقد اخترعت عام ١٩٧٤م، وبدأ استخدامها سنة ١٩٨١م من طرف شركة فيلبس،philips ثم انتشر استعمالها. وهي بطاقة تحتوي على رقائق كمبيوتر، يمكن للعميل شحنها بمبلغ معين من النقود من حسابه بواسطة جهاز الصراف الآلي، وتخزن عليها كافة البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم والهاتف والعنوان والبنك المصدر والمبلغ المصروف عند دفع قيمة المشتريات لدى التاجر.

وتبين البطاقة الرصيد المتبقي بعد كل عملية شراء ودفع، وبالتالي تعمل كمحفظة نقود إلكترونية وصولاً لمجتمع لايستخدم النقود.electronic purse cashless socilety ولا يشترط أحياناً أن يكون لحامل البطاقة الذكية حسابُ جارٍ أو وديعة لدى البنك، بل يمكنه دفع المبلغ الذي يريده إلى البنك مقابل شحن البطاقة به فإذا أنفقه لا يتمكن من استعمال البطاقة إلا بعد شحنها مرة أخرى بمبلغ جديد.

وقد أصبحت البطاقة الذكية في إنجلترا بعد ١٩٩٥م ممثلة لجملة أنواع العملات، ولها جهاز أمان يمكن صاحبها من غلقها برمز خاص يمنع استعمالها من قبل الآخرين، وهي مزودة بتنظيم له القدرة على معالجة الذاكرة وجهاز الأمان.

ومن البطاقات الذكية الشهيرة على مستوى العالم، بطاقة موندیکس MONDEX، وهي عبارة عن محفظة نقود إلكترونية، بحيث توفر لحاملها جميع مزايا الأوراق النقدية، إلى جانب

إمكانية شحنها بواسطة الهاتف، وتمثل وسيلة دفع للمشتريات المختلفة من السلع والخدمات، سواء من المحلات التجارية أو عبر شبكة الإنترنت[1]

والبطاقة الذكية تعد الصورة الجديدة للبطاقة الائتمانية، وشارك في ازدهارها التجارة الإلكترونية، وهي تعد اليوم واحدة من أهم وسائل الدفع التي تحل محل النقود الكتابية أو النقود الورقية أو البطاقات الائتمانية الأخرى.

غير أن أكثر البطاقات الائتمانية في الجهاز المصرفي ليست ذكية، وعلى ذلك، تعد البطاقة الذكية بطاقة دفع وليست بطاقة ائتمان.

المبحث الثاني

التكييف والحكم الشرعي لبطاقة الائتمان

١- التكييف الشرعي :

١٤-عدم تسرع مجمع الفقه الإسلامي في تحديد التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان:

يقصد بالتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، بيان طبيعة العلاقة التعاقدية بين أطرافها، وما ترتبه هذه العلاقة من حقوق والتزامات على كل طرف منهم تجاه الأخر، لتحديد أي نوع من المعاملات أو العقود الشرعية المسماة يمكن إلحاق البطاقة به، واعتبارها عقداً أو معاملة مستحدثه، ليس لها نظيرٌ في العقود المسماة.

وقد تناول مجمع الفقه الإسلامي، المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته السابعة، بجدة، المنعقدة في الفترة من ٧-١٢/١١/١٤١٢هـ الموافق ٩-١٤/٥/١٩٩٢م بطاقة الائتمان نعرفها بأنها "مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري- بناء على عقد بينهما - يمكنه

(١) راجع : خليل النجار: الخدمات المصرفية الجديدة ص ١٥-١٦، الدكتور سحنون محمود: النظام المصرفي والبطاقات البلاستيكية، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق المشار إليه سابقاً، ص ٥-٧.

من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند، دون دفع الثمن حالاً، لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف".

ولبطاقات الائتمان صور:

فمنها ما يكون السحب أو الدفع بموجبها من حساب حاملها في المصرف، وليس من حساب المصدر، فتكون بذلك مغطاة.

ومنها ما يكون الدفع من حساب المصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية.

ومنها ما يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع خلال فترة محددة من تاريخ المطالبة، ومنها مالا يفرض فوائد.

وأكثرها يفرض رسماً سنويا على حاملها، ومنها مالا يفرض فيه المصدر رسماً سنوياً.

وبعد التداول قرر المجلس تأجيل البت في التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان وحكمها إلى دورة قادمة لمزيد من البحث والدراسة[1]

كما تم بحث هذا الموضوع في الدورة الثامنة لمجمع الفقهاء الإسلامي المنعقد في بروناي، في الفترة من ١٤١٣/١/١هـ، ١٩٩٣/٦/٢١م، وقد تعددت التكييفات الشرعية لبطاقة الائتمان التي قال بها الباحثون فمنهم من كيفها باعتبارها حوالة من قبل الحامل للتاجر على المصدر، أو قرضاً باعتبار أن المصدر أقرض الحامل ثمن السلعة وأخذ من التاجر العمولة، وربما كان ذلك في مقابل تسديد المصدر لدين التاجر، لا في مقابل القرض المقدم للحامل، فهو يؤخذ حينئذ ممن له حساب دائن لدى المصدر.

ونظراً لأهمية الموضوع، قرر المجمع أن تقوم الأمانة العامة للمجمع باستكتاب المزيد من البحوث فيه، ليتمكن مجلس المجمع من اتخاذ القرار المناسب في دورة قادمة[2].

---

(١) مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي، لمحمد علي التسخيري، مؤسسة الهدي للنشر والتوزيع، الجزء الثاني ص١٩٨

(٢) راجع: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد، جزء٣، ١٩٩٧م ص ٥٧٧ وما بعدها.

١٥- تكييف قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بالكويت لبطاقة الائتمان بأنها وكالة:

تصدى قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية التابع لوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، للتكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، وذلك بصدد تقدم بنك الكويت الوطني بعرض بقبول بطاقة الداينرز كلوب لدى الجمعية، بحيث يكون للزبون شراء بضائع بهذا الكارت، دون أن يقوم بدفع أية مبالغ نقدية عند الشراء على أن تقوم الجمعية بتحصيل قيمة البضائع المباعة من البنك الوطني، مقابل نسبة ١% لصالح البنك رسوم خدمات ومخاطر تحصيل المبالغ من العملاء، كما أن الجمعية باستطاعتها استلام المبالغ يومياً من البنك الوطني.

وقد أجابت لجنة الفتوى بما يلي:

إن التعامل ببطاقة الائتمان المسماة (الداينرزكلوب) يختلف حكمه للمتعاملين بها وهم الأطراف الثلاثة، البائع والزبون (المشتري) وشركة الراينرزكلوب مع وكيلها، وهو هنا البنك.

١. فأما بالنسبة للبائع، وهو هنا الجمعية التعاونية، فان دورها في ذلك هو قبولها من الزبائن استخدام البطاقات المذكورة لدفع ما عليها من المستحقات، وذلك جائز لها، لأن العميل بدل أن يدفع لها نقداً وكل الشركة المصدرة للبطاقة بدفع ما عليه من الدين.

٢. وأما الزبون (المشتري) فاستعمال البطاقة كذلك جائز بالنسبة له، ويكون قد وكل شركة البطاقة بدفع أثمان السلع المترتبة عليه، ولكن يجب عليه اتخاذ الإجراءات الكافية التي تضمن عدم دفعه فوائد على المستحقات، وذلك بأن يجعل في حسابه لدى البنك أو الشركة المصدرة للبطاقة رصيداً يكفي لسداد ما يترتب عليه، فان لم يكن في حسابه رصيد كاف، فعليه أن يبادر بتسديد ما عليه في مدة المهلة التي لا يترتب فيها فوائد، طبقاً لنظام البطاقة الائتمانية المذكورة، وهذا لأجل أن يتحاشي أن يطبق عليه هذا

الشرط المحرم الذي ينص على دفع العملاء فوائد في حال التأخير عن السداد مـــدة معينة[1].

١٦- توافر معنى كلٍ من الوكالة والحوالة والقرض والكفالة :

إن الأسلوب المستخدم في حالة بطاقة الائتمان لسداد ثمن المشتريات، نجد فيه معنى كل من الوكالة والحوالة والقرض والكفالة، فمعنى الوكالة يمكن تصويره بأن حامل البطاقة يوكل المصدر في سداد ديونه للتجار، وأن التجار يوكلون المصدر في تحصيل مستحقاتهم على حامل البطاقة.

ويمكن تصوير معنى الحوالة، بأن حامل البطاقة(المحيل) يحيل التاجر (المحال) على المصدر (المحال عليه) بالدين الناتج عن مشتريات الأول من الثاني (المحال به)، أو أن التاجر هو الذي يحيل المصدر بما يدفعه له الأخير على حامل البطاقة.

وأما معنى القرض فيمكن تصويره بأن حامل البطاقة يأمر المصدر بأن يدفع عنه للتاجر ما عليه من ديون نتيجة شرائه من التاجر.

أما معنى الكفالة فيمكن تصويره بأن مصدر البطاقة يكفل حاملها في الوفاء بثمن المشتريات للتاجر وهنا يثور التساؤل عن أي معنى هو الغالب في بطاقة الائتمان ؟.

ذهب رأي[2]، إلى أنه ينفرد كل طرف مع الآخر بعقد مستقل له خصوصيته واستقلاله دون تعارض مع ما عداه، فحامل البطاقة يرتبط مع مصدر البطاقة بعقد قرض ووكالة، بالإضافة إلى الحوالة والكفالة، بينما يرتبط التاجر مع مصدر البطاقة بعقد وكالة، بالإضافة إلى الكفالة.

خلافاً لرأي آخر[1]، بأن بطاقة الائتمان تقوم على أساس من القرض بناء على أنها نشاط يخفي وراءه عملية الإقراض، فهي تخول لحاملها الاقتراض من البنك في أي لحظة يشاء، وذلك

---

(١) مجموعة الفتاوى الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت ١٤٢١هـــ، ٢٠٠٠م، فتوى رقم ٢/٤٢٦/٨٨، مسلسل ١٤٩٨ ص ١٦٧-١٦٨.

(٢) الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان المرجع السابق ص ٢٢٦.

بالتوقيع على وثيقة عندما يشتري سلعة أو خدمة من محل تجاري يقبل تلك البطاقة، ثم يقوم البائع بتحصيل ثمنها من البنك، الذي يقوم بمنح الحامل قرضاً يساوي المبلغ المدون على الوثيقة، وهو قيمة تلك المشتريات، مضافاً إليه الفائدة.

والواقع أن كلا من الوكالة والحوالة والقرض لا تغطي عملية إصدار بطاقة الائتمان واستخدامها، وبالتالي لا ينطبق عليها معنى كل منها بشكل متكامل[1].

وبيان ذلك، أننا لو اعتبرنا المصدر وكيلا عن حامل البطاقة في سداد الدين، فإنه عند قيام عملية البيع والتزام المصدر بسداد ديون حامل البطاقة للتاجر، فإن العملية في هذه الحالة تحمل معنى الكفالة، فيكون الوكيل المصدر، ضامن، بناء على التزامه بسداد ديون حامل البطاقة للتاجر، والموكل (حامل البطاقة) مضمون.

كما أن معنى الحوالة لا ينطبق على بطاقة الائتمان بشكل متكامل، لأنه عند نشوء دين حامل البطاقة للتاجر وتقديم البطاقة له، بما يفيد إحالة التاجر على المصدر، لا يكون لحامل البطاقة ديناً في ذمة المصدر، فيحيل عليه التاجر[2].

---

(١) الدكتور درويش صديق جستنية، الدكتور محمد بن علي القرى، الدكتور محمد نجاة صديقي، الدكتور عبد الرحيم الساعاتي تطبيق القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية على الأعمال المصرفية، دراسة تطبيقية على النظام المصرفي الباكستاني، سلسلة أبحاث مركز الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، مركز النشر العملي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ١٤١٩هـ ١٩٩٨م، ص ٥٦.

(٢) الدكتور محمد عبد الحليم عمر : المرجع السابق ص ٥٦.

(٣) خلافاً للحنفية فإنهم يجيزون الحوالة المطلقة، وهي التي لا يكون للمحيل عند المحال عليه عين، بغصب أو إيداع أو نحوهما-أو لا يكون له في ذمته دين بسبب ما- كمعاوضة أو إتلاف أو غيرهما، فيقبل الحوالة متبرع لم تتوجه عليه للمحيل أية حقوق، راجع البحر لرائق شرح كتر الدقائق لابن نجيم دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت جـ٦ ص٢٧٤م.

فقـــد جاء في الأشباه والنظائر، للسيوطي [١]، بصدد قاعدة الحوالة هل هي بيع أو استيفاء ؟ خلاف، (ولو أحال على من لا دين عليه برضاه، فالأصح بطلانها، بناء على أنها بيع[٢]، والثاني يصح، بناء على أنها استيفاء)[٣].

وتخرج هذه العملية لدى الفقهاء من الحوالة، إما إلى عقد القرض[٤]، وإما إلى الوكالة [٥]، وإما إلى الضمان أو الكفالة[٦]

كما لا يصدق تكييف القرض على بطاقة الائتمان بشكل متكامل، ذلك أن حقيقة القرض أن تعطي إنساناً شيئاً بعينه من مالك تدفعه إليه ليرد عليك مثله، إما حالا في ذمته وإما إلى أجل مسمى. وهذا أمر مجمع عليه[٧].

---

(١) ص ١٨٨.

(٢) وهذا هو الرأي الصحيح عند الإباضية، فقد جاء في شرح كتاب النيل وشفاء العليل، لأطفيش: (مكتبة الإرشاد œ جدة، السعودية ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م)، "ولا تجوز الإحالة على من ليس له عليه شيئ، فان أحلت غريمك على من ليس لك عليه شيئ، بطلت الإحالة ولم تنعقد، لأن الإحالة بيع، والبيع إنما هو بين، مالكين أو ملاك، والمحال عليه لا ملك في ذمته للمحيل هـنا، وهـذا هو رأي الزيدية أيضا، راجع كتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، للصنعاني، دار الجيل، بيروت جـ٣ ص٢٧٤ ومابعدها.

(٣) وهذا هو رأي محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٧٤، ١٩٥٥ جـ٢ ص١٩٤.

(٤) فقد جاء في المغني لابن قدامة (دار الفكر- بيروت ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م جـ ٥ مسألة ٣٥٥٦ ص ٥٧) وإن أحـال من عليه دين على من لا دين عليه، فليست حوالة أيضا، نص عليه أحمد، فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال قبول ذلك، لأن الحوالة معاوضة، ولا معاوضة ههنا، وإنما هو اقتراض..) وفي نفس المعنى الشرح الكبير للمقدسي جـ ٥ ص ٥٨.

(٥) فقد جاء في الروض المربع : للبهوتي -دار الكتب العلمية "بيروت" جـ٢ ص ٢٢١) "وإن أحاله على من لا دين عليه فهي وكالة".

(٦) فقـد جاء في مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج : للشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للنووي جـ ٥ ص ١٩٤ "ولا تصح (أي الحوالة) على من لا دين عليه، وقيل تصح برضاه، بناء على أنها استيفاء، فقبوله ضمان لا يبرأ به المحيل، وقيل يبرأ..".

(٧) المحلي : لابن حزم، مكتبة دار التراث، القاهرة جـ ٨ مسألة، ١١٩ص ٧٧.

مما يعني أنه يقوم على علاقة ثنائية بين المقرض والمقترض، بينما تقوم بطاقة الائتمان على علاقة بين حامل البطاقة والمصدر، وبين المصدر والتاجر الذي يلتزم له بدفع مستحقاته على حامل البطاقة، لذلك فإنها تدخل في مسألة الأمر بنقد المال، والتي تكيف على أنها استقراض من الآمر (حامل البطاقة)، والأمر بنقد المال تناوله الفقهاء في كتاب الكفالة[1].

يضاف إلى ذلك، أنه عند إصدار البطاقة وتوقيع الاتفاقية مع التاجر، لا يكون هناك إقراض ولا اقتراض، إلا بعد سداد المصدر المبلغ للتاجر بعد استخدام البطاقة من حاملها، وعندئذ يكون للمصدر حق مطالبة الحامل بالمبلغ، ويصبح دائنا له به، ومن هنا فان تكييف عقد المعاملة في بطاقة الائتمان بأنها عقد قرض، لا يغطي جميع مراحلها.

١٧- معنى الكفالة هو الأظهر في بطاقة الائتمان :

إذا ثبت أن كلا من الوكالة والحوالة والقرض لا تغطي عملية إصدار بطاقة الائتمان واستخدامها، وبالتالي لا ينطبق عليها معنى كل منها بشكل متكامل، فإنه يبقى معنى الكفالة هو الأظهر في بطاقة الائتمان[2]، سواء في علاقة المصدر بالتاجر أو بحامل البطاقة، وأن هذه العلاقة نشأت لتسديد ديون حامل البطاقة المستحقة عليه عن مشترياته من التجار.

وهو قول أيضا عند الإباضية، فقد جاء في شرح كتاب النيل وشفـــــاء العليل (ج ٩ص ٣٩١)، وجوز أن يحيل على من ليس عليه شيء، والإحالة على هذا القول في هذه الصورة، هي حمالة أو كفالة... وقيل حوالة، لأنهم تلفظوا بلفظ الحوالة... والفرق بين الحوالة والضمان أو الكفالة، أن الحوالة نقل للدين من ذمة إلى ذمة أخرى، أما الضمان أو الكفالة فهي ضم ذمة إلى ذمة في الالتزام بالحق، وهكذا يتضح أنه بالحوالة تبرأ ذمة المحيل، وفي الكفالة لا تبرأ ذمة المكفول.

---

(١) راجع على سبيل المثال المبسوط، للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م ح٢٠ ص ٥٥

(٢) من أنصار هذا الرأي أيضا الدكتور محمد عبد الحليم عمر المرجع السابق ص ٥٦-٦٤.

فعقد الكفالة ثلاثي الأطراف، وبطاقة الائتمان أطرافها ثلاثة، والتزامات كل منهم قبل الآخر تتفق مع التزامات أطراف الكفالة الثلاثة، ولا يشترط أن يسبق وجود الدين المضمون به عند الضمان، فقد أجاز جمهور الفقهاء "ضمان ما لم يجب". وهذا ينطبق على عقد إصدار بطاقة الائتمان وعقد الاتفاقيات مع التجار قبل نشوء الدين المضمون به.

فقد ذهب الحنفية [١]، والمالكية[٢]، والحنابلة[٣]، والشافعي في القديم[٤]، إلى أنه يشترط في الدين الكفول به أن يكون واجبا في الذمة عند الكفالة به أو أن يكون مآله إلى الوجوب، وعلى ذلك تصح الكفالة بالدين الموعود به- وإن لم يكن موجوداً عند الكفالة- لأن مآله إلى الوجوب، وذلك كأن يقول الكفيل :أقرض فلانا وأنا كفيل بما ستقرضه إياه.

وقد خالف الظاهرية هذا الرأي، فقالوا لا يجوز ضمان ما لم يجب بعد ، لأن الضمان عقد واجب، ولا يجوز الواجب في غير واجب، وهو التزام ما لم يلزم بعد، وهذا محال، وقول متفاسد، وكل عقد لم يلزم حين التزامه، فلا يجوز أن يلزم في ثان، وفي حين لم يلتزم فيه، وقد لا يقرضه ما قال له، وقد يموت القائل لذلك قبل أن يقرضه ما أمره بإقراضه، فصح بكل هذا أنه لا يلزم ذلك القول، فإن قال له :أقرضني كذا وكذا وادفعه إلى فلان أوزن عني لفلان كذا وكذا أو أنفق عني في أمر كذا، فما أنفقت فهو عليَّ أو اتبع لي أمر كذا، فهذا جائز لازم، لأنها وكالة، إذ وكله بما أمره به[٥].

---

(١) رد المحتار :لابن عابدين، على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: للحصفكي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٧م جـ ٥ ص ٣٠٣

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية جـ ٣ ص ٣٣٣، بداية المجتهد ونهاية المقتصد : لابن رشد، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م، جـ ٥ ص٤٨٢.

(٣) المغني جـ ٥ مسألة ٣٥٧٢ ص ٧٤، الشرح الكبير جـ ٥ ص ٨١.

(٤) حاشيتا قليوبي وعميرة، على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي: دار إحياء الكتب العربية، جـ ٣ ص ٣٢٦، وراجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي جـ ٤ ص ٤٤١.

(٥) راجع المحلي جـ ٨ مسألة ١٢٣٢ ص ١١٧-١١٨.

ولا ينال من هذا التكييف أن ذمة حامل البطاقة تجاه التاجر تبرأ بمجرد تقديم البطاقة، إذ تتوجه المطالبة كلية إلى المصدر لاستيفاء حقه، ولا يجعل البطاقة حوالة.

ذلك أنه خلافاً لرأي[1]، بأنه لا يصح الضمان بشرط براءة الأصيل، لأن الدين إنما وجب ابتداء على ألأصيل، والكفالة وثيقة فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل كالرهن.

ورواية عند المالكية[2]، لا تجيز للدائن المكفول له يطالب الكفيل بالدين المكفول به إذا كان الدين حالا، والاصيل حاضر وموسر، ليس ذا الود في الخصومة ولا مماطلاً في الوفاء، أو كان الأصيل غائب وله مال حاضر ظاهر يمكن الاستيفاء منه بدون بعد ومشقة، وهذا إذا لم يكن قد اشترط في عقد الكفالة أن يأخذ بالحق من أيهما شاء.

كما جاء في المبسوط[3]، " فكما أنه لو شرط في الحوالة أن يطالب بالمال أيهما شاء كانت الكفالة فإذا شرط في الكفالة أن يكون الأصيل بالمال بريئاً كانت الحوالة "

أقول خلافاً لذلك، ذهب الحنفية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، إلى أن للمكفول له أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله، دون أن يتقيد بتعذر مطالبة الأصيل المكفول عنه، كما يستطيع أن يطالب الأصيل به عند حلول أجله عليه، لأن ذمة كل منهما مشغولة بالدين جميعه، فكان له مطالبة أيهما شاء، اجتماعاً وانفراداً.

---

(١) مغني المحتاج : جـ ٢ ص٢٠٨.

(٢) شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل :المطبعة الخيرية ١٣٠٨هـ ح ٥ ص ٣٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص٣٣٧.

(٣) جـ ٢٠ ص ٤٦.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :للكاساني، مطبعة الإمام القاهرة، جـ ٧ ص ٣٤٢٢ وما بعدها، شرح فتح القدير للكمال بن الهمام، مكتبة مصطفى امبابي الحلبي ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م جـ ٧ ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٥) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :للرملي جـ ٤ ص ٤٥٨-٤٥٩.

(٦) المغني جـ ٥ مسألة ٣٥٧٨ ص ٨٣، الشرح الكبير جـ ٥ ص ٧٠-٧١ .

وهو ما يقول به المالكية في رواية عندهم، فقد جاء في حاشية الدسوقي[1] " فإن اشترط ضمانه في الحالات الست[2]، أو شرط رب الحق أخذ أيهما شاء، كان له طلب الضامن إذا جاء الأجل، ولو حضر الغريم ملياً".

وهـــــذا ما يأخذ به الظاهرية، إذ قالوا بسقوط الحق عن المضمون عنه وبراءته منه واستقراره على الضامن[3].

والواقع أن عقد إصدار بطاقة الائتمان لا يتضمن نصاً ببراءة حامل البطاقة من ثمن مشترياته من التجار وإنما يتضمن العقد المبرم بين التجار ومصدر البطاقة، اقتصار المطالبة على المصدر الضامن للحامل، وفق شروط معينة، يتعين على الحامل والتاجر أن يلتزما بها، لأن هذا يسهل استيفاء التاجر لدينه، لاسيما بصدد البطاقات العالمية، التي يصعب على التاجر مطالبة حامل البطاقة، أو يتكبد مشقةً وتعباً في المطالبة، لذا فان اشتراط اقتصار المطالبة في البطاقة على المصدر يتفق مع أقوال الفقهاء في الجملة، ويتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تيسر حصول الدائن على حقه.

ومما يؤكد صواب هذا الرأي، ما جاء في المبسوط [4] "وعند أبي ليلى رحمة الله، الكفالة توجب براءة الأصيل كالحوالة، لأنه لابد من وجوب الدين في ذمة الكفيل، ومن ضرورته فراغ ذمة الأصيل منه، لأنه ما ثبت في محل، فمادام باقياً في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة، وإذا ثبت في محل آخر فرغ منه المحل الأول، ضرورة الاستحالة أن يكون الشيئ الواحد شاغلا لمحلس، وقد ثبت الدين في ذمة الكفيل، فمن ضرورته براءة ذمة الأصيل".

---

(١) حـــ ٣ ص ٣٣٧.

(٢) وهي العسر واليسر، والغيبة والحضور، والموت والحياة.

(٣) المحلي حـــ ٨ مسألة ١٢٢٩ ص ١١٥-١١٦.

(٤) حـــ ١٩ ص ١٦١-١٦٢.

يضاف إلى ذلك، أنه لا يضر براءة حامل البطاقة من دين التاجر به، وقصر المطالبة على البنك، لأنه لا يتصور توقف البنك عن السداد رغم صحة الدين وثبوته، وعلى فرض حدوثه عند الإفلاس، فان البنك عضو في منظمة عالمية راعية للبطاقة، وهي تمثل الضامن الثاني، وللتاجر حق الرجوع عليه، تمشياً مع دور المنظمة في تصفية أية مشكلات تطرأ من خلال التعامل[1].

١٨- قيام فكرة بطاقة الائتمان عند الإمام السرخسي على أساس الكفالة:

فكرة بطاقة الائتمان قال بها الإمام السرخسي، في باب (ضمان ما يبايع الرجل) وذلك ضمن أبواب الكفالة.

فقد جاء في المبسوط[2] (وإذا قال الرجل لرجل، بايع فلاناً فما بايعته به من شيء فهو عليّ، فهو جائز على ما قال، لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل، وقد بينا أن ذلك صحيح، والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، لكونها مبنية على التوسع، ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئاً من العقود، وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود، وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة، لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة، وعند ذلك ما بايعه به معلوم...)

الحكم الشرعي:

١٩- إباحة إصدار والتعامل ببطاقة الائتمان عند توافر شروط عقد الكفالة :

إذا انتهت إلى تكييف بطاقـــة الائتمان بأنها كفالة، فان الحكم الشرعي لها - وهو خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية [3]- ينبني على ما يتوافر لها من أركان وشروط عقد الكفالة.

---

(١) الدكتور محمد عبد الحليم عمر :المرجع السابق ص ٦٤

(٢) حـــ ٢٠ ص ٥٠.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام :للآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٠هـــ ١٩٨٠م حـــ١ ص ١٣٦

وبتوافر هذه الأركان والشروط، تكون معاملة بطاقة الائتمان مباحة، والمباح ما خير الشارع فيه المكلف بين الفعل وبين الترك، ولا ثواب على الفعل ولا عقاب على الترك. ويعد هذا تطبيقاً للقاعدة الشرعية، (أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة)[1]

واستخدام بطاقات الائتمان يحقق فوائد سواء بالنسبة لحاملي هذه البطاقات أو البنوك أو أصحاب السلع والخدمات أو الاقتصاد القومي، فهي تفيد العملاء حاملي البطاقات في تمكينهم من شراء ما يحتاجون إليه من سلع أو خدمات، بالرغم من عدم تملكهم النقود اللازمة للدفع الفوري، فضلا عما يحصلون عليه من مزايا خاصة من أصحاب السلع، كتخفيض الأسعار لحاملي البطاقات.

وهي مفيدة للبنوك، في أنها تشجع العملاء على فتح حسابات وإجراء عمليات مصرفية لدى البنوك المصدرة لهذه البطاقات للحصول عليها، مما يعود على البنوك بالفائدة، سواء من تلقي نقود العملاء لتغذية حساباتهم أو لاستخدامها في أغراض البنك الائتمانية.

كما أنها مفيدة لأصحاب السلع، في أنها تشجع على ترويج سلعهم، وتجنبهم المخاطر الناشئة عن ضياع حقوقهم، عند الوفاء بإصدار شيكات بدون رصيد.

وأخيراً فان استخدام بطاقات الائتمان يعود على الاقتصاد القومي بالفائدة، التي تتمثل في الاقتصاد في استخدام النقود، وتسوية الحسابات بدون استخدامها.

ولهذا فقد أفتى قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت بأن (الشركات المصدرة للبطاقة والبنك الذي يكفل العملاء، ويرتب عملية تسديد المستحقات فيجوز لهم هذا التعامل، وهو في حد ذاته أمر ييسر على الناس ناحية مهمة من أمور حياتهم).[2]

---

(١) راجع سابقاً رقم ٣.

(٢) مجموعة الفتاوي الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الجزء الخامس، المرجع السابق فتوى رقم ٢٦/٢ ع/٨٨، مسلسل ١٤٩٨ ص ١٦٨.

وقد تثور إشكالية أن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده [1]، بينما أن من شروط إصدار بطاقات الائتمان أن يحصل المصدر من الحامل على مبلغ نقدي في صورة رسم عضوية أو إصدار أو انتساب أو اشتراك سنوي أو بدل فاقد في حالة ضياعها

والواقع أنه لا إشكالية في الأمر، ذلك أن هذه الرسوم لا تعد عوضاً مقابل الكفالة، وإنما تعد مقابلاً لخدمات يحصل عليها حامل البطاقة، منها التعريف بالعميل لدى التجار، وتكاليف الخدمات المصرفية المتعلقة بالتعامل ببطاقة الائتمان، وهذه الرسوم تحدد بمبلغ ثابت على جميع أنواع البطاقات، دون ارتباط بمبلغ الدين المضمون.

ولا يغير من الحكم الشرعي بجواز هذه الرسوم، أنها قد تزيد عن قيمة الخدمات المصرفية التي يحصل عليها العميل، لأنه يصعب على البنوك تقدير قيمة هذه الخدمات بدقة تامة، لما يتطلبه من اتباع نظام محاسبة التكاليف، وهو غير متبع في البنوك[2]

فضلاً عن أن الغرر اليسير معفوٌ عنه في المعاملات شرعاً، والغرر اليسير هو مالا يكاد يخلو منه عقـــد، والغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد، حتى صار العقد يوصف به[3].

وطبقاً لهذا الضابط الذي وضعه الإمام الباجي لتحديد الغرر اليسير والكثير.فإن وصف العقد بأنه عقد غرر، يتأثر حتما باختلاف البيئات والعصور، فالمجتمع هو الذي يخلع على العقد هذه

---

(١) ولهـــذا يكفـــي فيه إيجاب الكفيل ولا يعتبر رضا المكفول له عند الحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية وأبي يوســـف راجـــع رد المحتار على الدر المختار حـــ ٥ ص ٢٨٣، حاشيتا قليوبي وعميرة حـــ ٢ ص ٣٢٥، المغني حـــ ٥ مسألة ٣٦٠٥ ص ١٠٣-١٠٤، والشرح الكبير حـــ ٥ ص ١٠٢.

(٢) الدكتور محمد عبد الحليم عمر :المرجع السابق ص ٧٧.

(٣) المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس :للباجي، دار الكتاب العربي، بيروت حـــ ١ ص ٤١.

الصفة[1] لذا فإن الغرر في رسوم بطاقات الائتمان، يعد غررا يسيراً لا يؤثر في إباحتها، لأن عقد إصدارها لا يوصف بأنه عقد غرر بسبب هذه الرسوم، كما لا يغير من الحكم الشرعي لبطاقة الائتمان، ما يشترطه المصدر غالباً على الحامل من دفع تأمين نقدي في صورة تجميد مبلغ في حسابه لدى البنك المصدر، يتم التحفظ عليه كضمان، فهذا أمر جائز شرعاً.

فقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس[2]، "قلت :أرأيت ان تكفلت لرجل بكفالة وأعطيته بذلك رهناً، أيجوز ذلك أم لا، قال نعم ذلك جائز عند مالك".

كما أجاز بعض الفقهاء[3]، أن يأخذ الكفيل من الأصيل رهناً بالدين قبل أدائه.

٢٠- إباحة بطاقات الائتمان التي تخلو من فرض فوائد ربوية على الحامل لصالح المصدر:

يجب لإباحة التعامل ببطاقات الائتمان، أن لا يفرض المصدر على الحامل فوائد عند تأخره عن السداد أو مقابل منحه أجلاً للسداد، لأن هذا هو ربا النسيئة المحرم، الذي يجب أن تخلو منه البطاقة، وإلا حرم التعامل بها، ويجب أن تحرص البنوك الإسلامية على ذلك، تمشياً مع منهجها في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتها المصرفية.

وهذا ما أفتى به قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية بوزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت فبعد أن أجاز التعامل ببطاقة الائتمان، استطرد قائلاً.. " ولكن يجب على الشركة والبنك إلغاء شرط دفع الفائدة الربوية في حال تأخر العميل عن السداد، ومن باب السياسة الشرعية ينبغي أن تتولى هذه الخدمة بصورة مستكملة في شتى بلاد الإسلام، مؤسسات إسلامية، حتى لا تذهب العمولات إلى جهات غير إسلامية، هي في الغالب ذات عداوة للمسلمين[4].

---

(١) راجع الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجيل، بيروت، الدار السودانية للكتب، الخرطوم، ص ٥٩١-٥٩٣.

(٢) دار صادر، بيروت، جـ١٤ ص ٣٠١ .

(٣) الكمـــال بن الهمام :شرح فتح القدير حـــ ٧ ص ٢٠٩، البابرتي، شرح العناية على الهداية، مطبوع أسفل شرح فتح القدير حـــ ٧ ص ٢٠٨، الشيخ نظام الفتاوي الهندية، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـــ ١٩٨٦م، حـــ ٣ ص ٢٧٣.

(٤) مجموعة الفتاوى الشرعية جـــ ٥ ص ١٦٨.

ويرتبط بموضوع الفوائد الربوية المحرمة شرعاً، ما تلجأ إليه بعض البنوك من فرض غرامة جزائية على من لم يقم بسداد ما تم شراؤه عن طريق بطاقات الائتمان في الموعد المحدد سلفاً في عقد الإصدار.

قرر مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الحادية عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم الأحد ١٣ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٩ فبراير ١٩٨٩، إلى يوم الأحد ٢٠ رجب ١٤٠٩هـ الموافق ١٦فبراير ١٩٨٩م. إن الدائن إذا شرط على المدين أو فرض عليه أن يدفع مبلغاً من المال غرامة مالية جزائية محددة، أو بنسبة معينة إذا تأخر عن السداد في الموعد المحدد بينهما، فهو شرط أو فرض باطل، ولا يجب الوفاء به، بل ولا يحل، سواء كان الشارط هو المصرف أو غيره، لأن هذا بعينه هو ربا الجاهلية الذي نزل القرآن بتحريمه[١].

ولذلك فلا يجوز للبنك أن يشترط على حامل البطاقة غرامة تأخير عن سداد قيمة ما اشتراه ببطاقة الائتمان، لأن الغرامة المالية تعتبر عقوبة جنائية تعزيرية تحصلها الدولة وتؤول إلى خزانتها، ويجب ألا يستفيد الدائن منها شيئاً، لاختلافها عن التعويض الذي يحق له مطالبة المدين به عما أصابه من ضرر بسبب هذا التأخير.

وهذا التكييف للغرامة، يتفق مع مبدأ أن الجزاء من جنس العمل، لقوله تعالى "وجزاء سيئة سيئة مثلها"[٢] لذا فان القاضي وحده هو الذي يختص بالحكم بها، مراعياً في ذلك درجة يسار الجاني وإعساره حتى يحكم بما يمكن دفعه تفاديا لتعرضه لعقاب آخر[٣].

وهذا هو حكم غرامة التأخير عن الوفاء بجميع الديون، أيا كان سببها [٤] ولذا ويحسن أن

---

(١) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، لدوراته العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة والثالثة عشرة، ١٤٠٨ هـ ١٤٠٩، ١٤١٠هـ، ١٤١١هـ، القرار الثامن، ص ١٠٥.

(٢) سورة الشورى، آية ٤٠.

(٣) راجع الدكتور رمضان الشرنباصي:، التعزير بالمال، بحث ضمن كتاب الفقه المقارن، لمؤلفين آخرين، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت ١٤٨٩هـ ١٩٨٩م ص ٣٧٦.

(٤) راجع الدكتور علي محيي الدين القره داغي :مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية، دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل، بحث قدم إلى الدورة الرابعة عشرة، لمجمع الفقه الإسلامي، بجدة، المنعقدة في الدوحة -قطر ٨-١٣ من ذي القعدة ١٤٢٣هـ الموافق ١١-١٦ يناير ٢٠٠٣م ص ٢٩ وما بعدها.

ينص في عقود إصدار بطاقات الائتمان، على عدم جواز بيع البضاعة من الحامل إلى نفس البائع، وإلا فهو من بيع العينة، أي العين المسترجعة، وصورتها بيع العين بثمن زائد نسيئة، ليبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل، ليقضي دينه، وهذا البيع غير جائز طبقاً لرأي الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣]

لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال :سمعت رسول اللهﷺيقول: "إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلا لا يترعه حتى ترجعوا إلى دينكم"[٤].

ولأنه ذريعة إلى الربا، إذ عن طريقه يباح بيع ألف بنحو خمسمائة إلى أجل، والذريعة معتبرة في الشرع.

ونقل عن الإمام الشافعي جواز ذلك، لأنه نظر إلى ظاهر العقد وتوافر أركانه، دون اعتبار للنية. فقد جاء في مختصر المزني[٥]، "قال الشافعي :ولا بأس بأن يبيع الرجل السلعة إلى أجل ويشتريها من المشترى بأقل وبنقد وعرض وإلى أجل".

كما جاء في المجموع شرح المهذب :للنووي [٦] قال أصحابنا :"لو اشترى بثمن في الذمة وقبض المبيع و لم يدفع الثمن، فله بيع المبيع بلا خلاف، سواء باعه للبائع أو لغيره ".

---

(١) رد المختار جـ ٣ ص ١١٥

(٢) الشرح الكبير للدردير حـ ٣ ص ٨٩، بداية المجتهد ونهاية المقتصد حـ ٢ص ٢٣٤.

(٣) إعـلام الموقعين عن رب العالمين :لابن قيم الجوزية، دار الكتب الحديثة، القاهرة ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩م ص ٢٢٠.

(٤) مسند الإمام أحمد بن حنبل، المطبعة اليمينية، مصر حـ٢ ص ٢٨، سنن أبي داود :المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، حـ٣، كتاب البيوع، باب في النهي عن العينة، حديث رقم ٣٤٦٢ ص ٢٧٤-٢٧٥، وقال ابن حجر في بلوغ المرام، طبعة عبد الحميد أحمد حنفي (ص١٩٢) في إسناده مقال.

(٥) مطبوع بهامش كتاب الأم :للإمام الشافعي، كتاب الشعب جـ ٢ ص ٢٠١.

(٦) دار الفكر جـ ٩ ص ٢٦٩.

كما لا يجوز بيع البضاعة لغير البائع، طبقاً لرأي في الفقه الإسلامي لغير البائع، لأن ذلك نوع من التورق، متى كان قصد حامل البطاقة من عملية الشراء والبيع، النقود.

فقد جاء في فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية[1]، "إذا كان مقصود المشتري الدراهم، وغرضه أن يشتري السلعة إلى أجل ليبيعها، ويأخذ ثمنها، فهذه تسمى (مسألة التورق) لأن غرضه الورق لا السلعة، وقد اختلف العلماء في كراهته، فكرهه عمر بن عبد العزيز، وطائفة من أهل المدينة من المالكية وغيرهم[2]، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، ورخص فيه آخرون، والأقوى كراهته".

كما جاء في إعلام الموقعين[3]، "وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق، وأن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز، وقال هو أخية الربا، وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهة إلى أنه مضطر، وهذا من فهمه رضي الله عنه، قال :فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر، وكان شيخنا رحمه الله يمنع من مسألة التورق، وروجع فيها مراراً وأنا حاضر، فلم يرخص فيها، وقال :المعنى الذي لأجله حرم الرياء موجود فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى، وتبيح ماهو أعلى منه".

(١) الطبعة الأولى ١٣٩٨هـ حـ ٢٩ ص ٣٠٢.

(٢) راجع بداية المجتهد حـ ٢ ص ٢٣٣.

(٣) حـ ٣ ص ٢٢٠.

المبحث الثالث
مسئولية الحامل جنائياً عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

٢١- التمييز بين الاستخدام غير المشروع للبطاقة والتعسف في استخدامها :

الاستخدام المشروع لبطاقة الائتمان، هو الذي يتم بواسطة الحامل الشرعي لبطاقة صحيحة، بينما يكون الاستخدام غير مشروع، عندما يخل الحامل بشروط عقد إصدار البطاقة، بما يؤدي إلى فسخ هذا العقد أو قفل الحساب الذي تقوم البطاقة بتشغيله، حيث يسأل الحامل جنائياً لمجرد امتناعه عن رد البطاقة أو استمراره في استخدامها بعد إلغائها من البنك المصدر لها، أو استمراره في استخدامها بعد انتهاء مدة صلاحيتها، حيث يسأل جنائياً عن هذا الاستخدام.

والاستخدام غير المشروع، يختلف عن التعسف في الاستخدام، إذ أنه من المستقر في الفقه القانوني أن التعسف يفترض بقاء صاحب الحق في الحدود التي عينها القانون لحقه، ومباشرته لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذي حدده القانون. وإن أدى لتحقيق فائدة لصاحبه، لا تتناسب مع ما يحدثه من ضرر للغير.

أما تجاوز حدود الحق، فيعني خروج صاحب الحق عن حدود استخدامه المقررة قانونا[١].

---

(١) cf, Bouloc Bernard: les abus en matiere de procedure penale en matiere de procedure penale, Revue de science criminelle et de droit Compare 1991 p221 ets .

وراجع الدكتور عبد السلام ذهني :الحقوق في تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها من الناحية العملية للقانون والعدالة والعمران والأخلاق، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٤٥ رقم ٨٩ ص: ١٥٢، الدكتور جميل الشرقاوي، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، رقم ١٤٢ ص ٣٧٥.

٢٢- المسئولية الجنائية عن استخدام بطاقة الائتمان في غسل الأموال:

ينطبق هذا المعني للتعسف، عند استخدام بطاقة الائتمان في غسل الأموال، ذلك أنه قد تستخدم بعض أدوات العمل المصرفي لإضفاء نوع من الشرعية على الأموال غير المشروعة، ومن الصعب حصر الطرق التي يتم بها غسل الأموال.

وتدل المؤشرات على اختراق البنوك في تنفيذ عمليات غسل الأموال، من خلال البنوك أو بواسطة استخدام خدماتها ومنتجاتها المصرفية المختلفة، ومنها :بطاقات الائتمان، وقد ساعد على استخدامها في غسل الأموال، ضعف الرقابة على عمليات رفع حدود البطاقات، وقيام التجار بتجزئة مشتريات حامل البطاقة، لجعل قيمة كل عملية شراء منفصلة، وعدم الوصول إلى الحد المطلوب الحصول على موافقة التفويض لهم(١).

كما تشكل البطاقات الذكية Smart Cards إحدى الوسائل التكنولوجية الحديثة المستخدمة في غسل الأموال، حيث تمكن هذه البطاقات مستخدميها من الاستغناء عن الأوراق النقدية عن طريق رقاقة كمبيوتر موجودة على البطاقة، وتقوم هذه الرقاقة بتتبع رصيد الأموال على البطاقة بعد كل عملية إيداع أو شراء، ولأن القيمة النقدية مخزونة على البطاقة، فإن التاجر لا يقوم بالاتصال بالبنك أو بالشركة المصدرة للبطاقة للحصول على موافقة لتنفيذ العملية المطلوبة(٢).

---

(١) MADINGER. John ZAL. A: money laundering aguide for criminal invesigators, CRC press Boca Raton, London, New York, Washington. 1999. P177 ets

(٢) cF: PiIFFAULT Jacqueline: le Blanchiment de Capitaux illicites, le Blanchiment de Capitaux en droit Compare, Revue de Science Criminelle et de droit penal Compare 1999 P 230 ets.

الدكتور جلال وفاء محمدين :دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال :دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠١م ص ٣٧-٣٨، حسام العبد :المؤشرات الدالة على اختراق البنوك واستغلالها، مجلة البنوك، الصادرة عن جمعية البنوك، الأردن، المجلد التاسع عشر، العدد الرابع ص ١٨.

ولا يقتصر الأمر على التحويل الداخلي للنقود، وإنما امتد إلى تسهيل مهمة غاسلي الأموال لتحويل كميات ضخمة منها لتهريبها بشحنات نقدية عبر الحدود، مما يصعب معه تحديد الإقليم الذي ارتكبت عليه الجريمة وشخص مرتكبها، والسلطات المختصة بالتحقيق والمحاكمة فيها[١].

ومع بزوغ نجم البطاقات الذكية، لم يعد بالإمكان كفاية الإجراءات المضادة التقليدية المتخذة لمكافحة الاتجار بالمخدرات، فالشخص الذي باع كمية من الهيروين مقابل تحويل مالي، من الصعب اتباع أثره أو مصدره للقيمة المخزنة في بطاقات الائتمان، وبإمكان تاجر المخدرات فيما بعد نقله إلى حسابه في مؤسسة مالية تتمتع بحماية السرية المصرفية، وبالتالي سيصبح بإمكان بائع المخدرات "بتحفظ" السحب بموجب هذه الأموال متى وكيفما يريد، ونقلها مرة أخرى إلى بطاقة القيمة المخزنة[٢].

وتفادياً لذلك، فانه قد ورد في ملحق المادة ٩، في نهاية التوصيات الأربعين - لفريق عمل الإجراءات المالية بصدد غسيل الأموال، المنبثق عن اجتماع قادة الدول الصناعية الكبرى (G.7)[٣] أن التوصيات من ١٠-٢٩ لا تنطبق على البنوك وحدها، وإنما على المؤسسات المالية غير المصرفية أيضا، كما أنها تشمل خطابات الاعتماد وبطاقات الائتمان[٤].

---

(١) راجع للمؤلف :إبلاغ البنوك عن العمليات المالية المشبوهة بين الالتزام والمسئولية في القانون المقارن والفقه الإسلامي، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الذي أقامته كلية القانون، بجامعة اليرموك، إربد، الاردن، ٢٢-٢٤ ديسمبر ٢٠٠٢م رقم ٢٠ص ٤١ وما بعدها.

(٢) CHASSAING (J-F) l'interent et le et le droit penal, Recueil Dolloz, Sirey 1996, chroriques p 38.
بيستر إن جرابسكي :الجريمة في فضاء الإنترنت، كتاب الأمن والإنترنت، إصدار القيادة العامة لشرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، دبي ٢٠٠١م ص ٥٦.

(٣) وهي الولايات المتحدة الأمريكية، انجلترا، فرنسا، كندا، اليابان، إيطاليا، المانيا، والمنعقد في بارس ١٩٨٩م، وهي مجموعة حكومية خاصة بوضع السياسات لمكافحة غسل الأموال، وبخاصة تلك المستمدة من الاتجاد غير المشروع في المخدرات، وقد أقرت هذه المجموعة FATF في عامها الأول ١٩٩٠م.

(٤) راجع الدكتور محمد محيي الدين عوض :تطور المكافحة الدولية لغسيل الأموال ومعوقاتها، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، السنة ١٧، المجلد ١٧، العدد ٢٣، محرم ١٤٢٣هـ إبريل ٢٠٠٢م، ص ١٨٦-١٨٧.

وعلى كل، فان استخدام حامل بطاقة الائتمان، أو البطاقة الذكية، بطاقته في شراء سلع أو سحب النقود مستهدفاً بذلك غسل الأموال، يعد مرتكباً لجريمة غسل الأموال في القانون المقارن.

١- المسئولية الجنائية عن تجاوز الحامل للحد المسموح به في التعامل ببطاقة الائتمان.

٢٣- عدم مسئولية المصدر عن الوفاء فيما يجاوز الحد المسموح به في بطاقات الائتمان:

تلتزم الجهة المصدرة لبطاقة الائتمان بسداد قيمة ما حصل عليه الحامل من مشتريات، في حدود المبلغ المسموح به، أما فيما يجاوز هذه الحدود، فإن الجهة المصدرة للبطاقة لا تقوم بالوفاء إلا بشرط التحصيل من العميل.

وتفادياً لذلك، فان على التاجر -حتى يضمن التحصيل من البنك- في حالة تجاوز المشتريات الحد المسموح به بموجب البطاقة - أن يحصل على موافقة المصدر لبطاقة الائتمان على عملية البيع من خلال الاتصال التليفوني بمركز الإذن إذا كان مزوداً بآلة الطباعة اليدوية، أو قيام الآلة نفسها بالاتصال آلياً إذا كان التاجر مزوداً بآلة إلكترونية[1]، فاذا أغفل التاجر الحصول على هذه الموافقة، فانه يقوم بعملية البيع على مسئوليته ولا يلتزم البنك المصدر للبطاقة بالوفاء له.

٢٤- اختلاف الآراء فقهاً وقضاءً في مسئولية الحامل سيئ النية:

إذا كان حامل بطاقة الائتمان سيئ النية، باستخدامه بطاقة إئتمان في الحصول على السلع والخدمات بما يجاوز الحد المسموح به، دون أن يكون في إمكانه ولا في نيته سداد قيمة ما حصل عليه، فهل يمكن مساءلته جنائياً، وعن أي جريمة يمكن نسبة ارتكابها إليه ؟.

(١) وعندئذ لن يضار التاجر المورد، لأنه سوف يحصل على حقه من البنك المصدر للبطاقة، ولكن الذي يضار هـــو البنك، لأنه سوف يدفع على المكشوف مبالغ قد لا يحصل عليها ويتحملها باعتبارها من مخاطر المهنة، ولا يملك إزاء العميل سوء إلغاء البطاقة ورفض تجديد عقد إصدارها في المستقبل، الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد :عمليات البنوك والإفلاس، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م رقم ٢٠٢ ص ١٧٦.

(١) ٢٥- المسئولية الجنائية عن جريمة نصب:

ذهب رأي[١]، إلى ارتكاب حامل البطاقة جريمة نصب في مواجهة التاجر، لأنه بتقديمه البطاقة إلى التاجر، متجاوزاً الحد المسموح به، يعد مرتكباً لوسيلة احتيالية من شأنها الإقناع بوجود إئتمان وهمي، مما تقوم به جريمة النصب.

ويستند هذا الرأي إلى أن القضاء الفرنسي أخذ به في بعض المحاكم[٢]، من ذلك حكم محكمةDouai الذي أدان حامل بطاقة الائتمان بتهمـــة النصب، لأنه استخدم - حسب المحكمة - بطاقة الائتمان خاصته ودفتر الشيكات في سحب أوراق البنكنوت من فرع آخر للبنك خلافاً للفرع القائم بمسك حساب العميل [٣]حيث ينطبق هذا الحكم على حالة الوفاء للتجار باستخدام بطاقة الائتمان عند تجاوز الحد المسموح به.

ويعيب هذا الرأي، أنه لا يجوز القياس في مجال التجريم والعقاب، ولأنه إذا كان يمكن استخلاص القصد الجنائي من مجرد واقعة غياب الرصيد في يوم السحب بشيك بالنسبة لبطاقة الشيكات، فانه من الصعب إثبات توافر القصد لحظة استخدام بطاقة الائتمان، خاصة وأن الحامل لم يقم بإغلاق حسابه في البنك.[٤]

ويضاف إلى ذلك، أن مجرد تقديم بطاقة ائتمان لا يعد استعمالاً لطرق احتيالية، لا سيما وأن التاجر يعلم بالمبلغ الذي يلتزم البنك بالوفاء به، مما يعدم أساس قيام جريمة النصب.

---

(١) AUBECLE NADINE: les infractions penales favorisees pas l'informatique, these Montpellier.1984 n° 156 p92.

الدكتور رفعت فخري أبادير :بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية، بدون تاريخ، ص ٩، الدكتور محمد بهجت عبد الله قايد :المرجع السابق ص ١٧٧ هامش١.

(٢) . PARIS 3-3-1972. Gazette du lalaie 1972, 2. p721, Revue de trimestrielle de droit ommercial. 1972. p 1028 obs. bouzat, Cour Correctionel PARIS 16-10-1974. Revue de Banque 1975 p 324.

(٣) CA. Douai. 10-3-1976 Rev. trim dr. comm 1976 abs CABRILLAC (M) et RIVES-LANGE (J.L). N'4p 584

(٤) الدكـــتور جميل عبد الباقي الصغير :الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية ١٩٩٩م ص ٧٤-٧٥.

(٢) ٢٦- عدم المسئولية الجنائية عن جريمة نصب:

ذهب رأي[١] ثان إلى عدم ارتكاب حامل بطاقة الائتمان جريمة نصب في مواجهة التاجر، لأنه يعلم تماماً بموجب العقد الذي بينه وبين الجهة المصدرة للبطاقة، بالحد الأقصى للمبلغ الذي يلتزم البنك بسداده، لذا فان التاجر يقوم بالعملية على مسئوليته.

ولا يقبل من التاجر الادعاء بأنه قدم السلع والخدمات نتيجة خداعه والتحايل عليه من الحامل، حيث لم يصدر من الحامل طرقاً احتيالية من شأنها الإيهام بوجود إئتمان، ومجرد تقديم بطاقة الائتمان لا يشكل طرقا احتيالية تقوم بها جريمة النصب، لمعرفة التاجر سلفاً بالحد الأقصى للمبلغ الذي يلتزم البنك بالوفاء به.

وإذا انتفى استعمال الحامل بطرق احتيالية، فانه لا يمكن مساءلته عن جريمة نصب.

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنها لإمكان تطبيق المادة ٢٩٣ عقوبات، يجب إثبات أن المتهم استعمل مع المجني عليه من الطرق الاحتيالية، مما كان من شأنه غش هذا الأخير وتضليلـــــه[٢].

وبما أن جريمة النصب لا تقوم إلا على الغش والاحتيال، والطرق الاحتيالية التي بينها قانون العقوبات في المـــادة ٢٣٦ كوسائل للاحتيال، يجب أن تكون موجهة إلى خدع المجني عليه وغشه، وإلا فلا جريمة[٣].

---

(١) CABRILLAC michel, Mouly Christian: droit penal de la Banque et du Credit, Masson,Paris, 1982 N° 350 P 240, JEANDIDIER Wilfrid: droit penal general, Montchrestien, Paris, 1988 p 227.
الدكـــتور جمـــيل عـــبد الـــباقي الصغير :المرجع السابق ص ٧٣-٧٤، ولنفس المؤلف :القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ص ١٠٢، فداء يحيى أحمد الحمود : المرجع السابق ص ١٠٨

(٢) نقض ١٩٢٩/٢/١٤ مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر، حـــ ١ رقم ١٥٧ ص ٦٤.

(٣) نقـــض ١٩٤٤/١٢/١١م مجموعـــة القواعد القانونية حـــ ٦ رقم ٤٢ ص ٥٦ وفي هذا الحكم، أضافت المحكمة أنه إذا كان دفاع المتهم قوامه عدم توافر عنصر الاحتيال في الدعوى، لأن المجني عليه حين تعاقد معه كان، يعلم أنه غير مالك لما تعاقد معه عليه، فان الحكم إذ أدانه في جريمة النصب على أساس أن التصرف في مـــال لا يملـــك المتهم التصرف فيه، هو طريق من طرق النصب قائم بذاته، لا يشترط فيه وجود طرق احتيالية، هذا الحكم يكون قاصراً في بيان الأسباب التي أقيم عليها.

وقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية بهذا الرأي، فقضت ببراءة حامل بطاقة الائتمان من تهمة النصب لأن تسديد قيمة الفواتير مؤجل إلى حين ورود كشف الحساب الشهري [١]. كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن حقيقة تجاوز صاحب الحساب لحد الائتمان المسموح به، لا يشكل جريمة نصب أكثر من كونه جريمة سـرقة.Veritable titulaire du compte qui meme, S, il exede le credit de celuici ne Commet pas plus une escroquerie qu ' un vol [٢]

ويطالب البعض[٣]، بتدخل التشريعات بنص جديد لتجريم هذا التصرف في قانون العقوبات، لأنه مما يتعارض مع قواعد العدالة، أن يعاقب الشخص الذي يصدر شيكاً بدون رصيد، ولو كان بمبلغ بسيط، بينما لا يسأل جنائياً الشخص الذي يقوم بتسديد مشترياته، بالرغم من تجاوز الحد المسموح به من مصدر البطاقة، مع أن بطاقة الائتمان تستخدم مثل الشيك كأداة وفاء.

و لم يحظ هذا الرأي بالقبول من قبل بعض الشراح، لأنه لا يمكن مساواة بطاقة الائتمان بالشيك، حيث أنه إذا لم يكن للشيك رصيد، فسوف يرفض البنك الوفاء بقيمته، وذلك على عكس الحال في بطاقة الائتمان، إذ الفرض أن الحامل حصل على المشتريات أو الخدمات من التاجر فعلاً[٥] ولأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحظر القياس في مجال التجريم[٦].

والواقع، أن هذا الرأي بمطالبته بتدخل التشريعات بنص التجريم فعل الحامل الذي يستخدم بطاقة الائتمان فيما يجاوز الحد المسموح به، على غرار تجريم إصدار شيك بدون رصيد، لا يعد قياساً، فالقياس تعدية حكم من مسألة نص على حكمها إلى مسألة لم ينص على حكمها

---

(١) T.C.I. PARIS 9-5- 72 . ev trim dr omm 75 p 57 abs cabrillac et ives Langes

(٢) cass crin 24- - 83 Dalloz 84 p465 note Lucas de leyssac

(٤) د. هدى قشقوش :جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية ١٩٩٢م، ص ١٢٩-١٣٠.

(٥) الدكتور عمر سالم :الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ١٩٩٥م، رقم ٣٨ ص ٥٨.

(٦) الدكتور جميل عبد الباقي الصغير :الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، ص ٧٥.

لاتحادهما في العلة، وغايته مواجهة نقص النصوص، بحيث تعالج الحالات التي لم يورد لها الشارع حكماً على ضوء الحالات التي أوردت المشرع حكماً لها، متى كانت العلة واحدة في الحالتين[1].

على أن هذا لا يعني قبول تدخل المشرع بنص لتجريم هذا التصرف، على غرار تجريم إصدار شيك بدون رصيد، ليس على أساس أن البنك سوف يرفض الوفاء بقيمة الشيك، على عكس الحال في بطاقة الائتمان. ذلك أن التاجر من واجبه أن يرفض تقديم السلع والخدمات لحامل البطاقة عند تجاوز الحد المسموح به، لمعرفة التاجر سلفاً بهذا المبلغ.

ولكن أساس عدم قبول هذا التدخل، أن التشريعات تتدخل بتجريم إصدار شيك بدون رصيد، ليس لحماية البنوك، إذ من واجبها بذل العناية اللازمة للتأكد من وجود رصيد قبل صرف قيمة الشيك، وإلا كانت مسئولة عن الصرف، ولأنه كان التدخل حماية لمصلحة عامة تتمثل في كفالة قيام الشيك بدوره كأداة وفاء بمجرد الاطلاع عليه، ولأه قد يستغل البعض الشيكات في الاستيلاء على ثروة الغير، بإصدار شيكات ليس لها رصيد، حيث لا يتطلب ذلك حيلة أو جهدا، كما أن من يتلقى هذه الشيكات لا يشعر وقت تسلمه إياها أنه قد وقع ضحية للساحب.

وهذا المعني غير موجود في بطاقة الائتمان، فالتاجر يعلم سلفا بالمبلغ المسموح التعامل في نطاقه مع حامل البطاقة، وبالتالي فهو في غير حاجة لحمايته جنائياً، كما أن غير التاجر ليس في حاجة أيضا لهذه الحماية، فقد تقدم القول[2]، بأن بطاقة الائتمان غير قابلة للتداول، على خلاف الحال في الشيكات، فهي تتداول بالتسليم أو بالتظهير.

يضاف إلى ما تقدم، اتجاه القانون المقارن إلى عدم تجريم واقعة إصدار شيك بدون رصيد، وان عد عملا غر مشروعillicite ، اكتفاء بجزاءات مصرفية تتمثل في سحب دفتر الشيكات،

---

(١) راجع الدكتور محمد سليم العوا :في تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، السعودية، ١٤٠١هـ ١٩٨١م ص ١٢٧. وما بعدها .

(٢) راجع رقم (٧).

وعدم منح الساحب دفتر شيكات لمدة معينة، واستحداث تدابير جديدة تكون أكثر فعالية في تحقيق الزجر والردع، تتجنب مساوئ عقوبة الحبس قصير المدة[1].

(٢) المسئولية الجنائية عن استخدام الحامل بطاقة ائتمان ملغاة:

٢٧- إخلال حامل بطاقة الائتمان بالتزامه عند استخدامه بطاقة ملغاة:

يلتزم حامل بطاقة الائتمان في مواجهة البنك المصدر لها بالتزامين، الأول :القيام برد المبالغ التي دفعها عنه البنك للتجار الموردين، مقابل السلع والخدمات التي حصل عليها بموجب بطاقة الائتمان. وعادة ما يفتح الحامل حساباً لدى البنك مصدر البطاقة، ويقوم البنك بقيد هذه المدفوعات في الجانب المدين منه.

الثاني :المحافظة على بطاقة الائتمان واستخدامها بحسن نية، وإعادتها إلى البنك بعد انتهاء عقد الانضمام، بحلول الأجل المحدد لاستخدامها، وقد ينتهي العقد قبل ذلك، بسبب زول الثقة في شخص الحامل، لأنه عقد مبني على الاعتبار الشخصي، وينتهي العقد بإساءة الحامل استخدام البطاقة أو تمكينه الغير من استخدامها، أو عجزه عن سداد المبالغ المدفوعة لحسابه من البنك أو عند إعساره أو إفلاسه أو وفاته.

وعند امتناع الحامل عن رد بطاقة الائتمان إلى البنك، رغم ثبوت علمه بالإخطار المرسل إليه من البنك بالرد، يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة، حيث تسلم هذه البطاقة إلى الحامل بموجب عقد الانضمام، الذي يسمح له على سبيل عارية الاستعمال[2]، استخدامها وإعادتها بعد انتهاء العقد أو إلغائه، وتظل البطاقة ملكاً للجهة المصدرة وليس للحامل.

---

(١) راجع للمؤلف :جريمة الادعاء بتزوير شيك في قانون التجارة الجديد، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد الثالث عشر ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م رقم ٣٠٢ ص ٣٧٢-٣٨٠ .

(٢) يلاحظ أن نص المادة ٣١٤-١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، المعمول به منذ أول مارس ١٩٩٤م، استخدم صيغة عامة تشمل جميع الحالات التي يحدث فيها تبديد الشيئ الذي سلم بمقتضى أي مستند يتضمن الالتزام بإعادة الشيء أو باستخدامه في غرض محدد، خلافاً لنص المادة ٤٠٨ من القانون القديم، الذي كان يشترط للعقاب على خيانة الأمانة، أن يتم التسليم بموجب أحد العقود المحددة، لذا كان لا يعاقب على التسليم بمقتضى عقد الشركة وعقد البيع وعقد المقايضة وعقد المشروع وعقد عارية=

وبيان ذلك، أن بطاقة الائتمان تعد من قبيل الأشياء، وهي تعد منقولاً ذا طبيعة مادية، وهو ما تقع عليه جريمة خيانة الأمانة، كما أن الركن المعنوي لهذه الجريمة يتوافر بقيام الحامل بكتم لبطاقة وامتناعه عن إعادتها لمن يجب إعادتها إليه.

٢٨- عدم مسئولية الحامل جنائياً عن استخدام بطاقة ائتمان تحمل تاريخ انتهائها أو بطاقة ملغاة تم إخطار التاجر بإلغائها، عند عدم استخدام طرق احتيالية:

إذا كانت بطاقة الائتمان تحمل تاريخ انتهائها، وجب على التاجر أن لا يقبلها في الوفاء بثمن المشتريات، لأنه ملزم بالتحقق من صلاحية البطاقة، فإذا أهمل ذلك[١]، وقبل الوفاء بهذه البطاقة فانه يتحمل مسئولية هذا الوفاء، ولا حق له في مطالبة البنك المصدر للبطاقة بسداد ثمن المشترياتوهذا هو الحكم أيضا، في حالة إخطار البنك المصدر للبطاقة للتاجر بإلغائها، لأن تقديم البطاقة الملغاة يعد أسلوبا ساذجاً لا ينخدع به أحداً، ولا يكفي لتحقيق المناورة التي تقوم بها الطرق الاحتيالية، لأن هذا التقديم وإن كان عملاً خارجياً، إلا أنه ليس إلا تجسيداً للكذب[٢].

ولا يتغير الحكم بادعاء الحامل كذباً صلاحية البطاقة، لأن هذا يعد كذباً مجرداً، ليس من شأنه أن ينطلي على التاجر، ولا تقوم به جريمة النصب، لعدم امتداد الكذب إلى الإقناع بوجود إئتمان وهمي.

فمن المقرر أن الكذب المجرد لا يكفي لتكوين الطرق الاحتيالية. فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا كان ما وقع من المتهم مجرد كذب تماون المجني عليه فيه (وهو محام) فصدقه، فإن

=الاستعمال، وعقد الحساب الجاري، الدكتور محمد أبو العلا عقيدة :الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار الفكر العربي ١٩٩٧م ص ١٢٨
وذلـــك خلاف الحال في القانون المصري:حيث حددت المادة ٣٤١ من قانون العقوبات على سبيل الحصر العقود التي يتعين أن يكون التسليم بناء عليها، ومنها عارية الاستعمال.

(١) ويحدث ذلك عند زيادة عدد رواد المتجر، أو عندما يكون العميل معروفاً لموظف البيع.

(٢) Trib Corr. PARIS 1 er ch 9-5- 72 v t m d m 75 57 s B LL t v s-Langes
الدكتور عمر سالم : المرجع السابق ص ٦٤، الدكتور جميل عبد الباقي الصغير : الحماية الجنائية ص٨٤-٨٥، فداء يحيى أحمد الحمود المرجع السابق ص ١٠٦.

مجرد هذا الكذب الذي ليس من شأنه أن يجوز على مثله، لا يكون الطرق الاحتيالية المرادة بالقانون، ولا يستوجب العقاب[1].

كما قضت بأنه من المقرر أن مجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة مهما بالغ قائلها في توكيدها، لا تكفي لوحدها لتكوين الطرق الاحتيالية، بل يجب لتحقق هذه الطرق في جريمة النصب أن يكون الكذب مصحوباً بأعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل المجني عليه على الاعتقاد بصحته[2].

يضاف إلى ذلك، أن هذا الكذب يمكن اكتشافه بسهولة عن طريق التاجر الذي يلتزم تعاقديا بالاطلاع على تاريخ صلاحية البطاقة المدون عليها.لما هو مقرر من أنه يشترط لقيام جريمة النصب بادعاء صفة غير صحيحة، ألا يكون الادعاء واضح الكذب، بحيث يسهل على الشخص أن يقف على حقيقته.

٢٩- مسئولية الحامل عن جريمة النصب عند إقناعه التاجر بقبول بطاقة ائتمان منتهية الصلاحية مستخدماً الطرق الاحتيالية:

إذ الجأ الحامل في إقناع التاجر بقبول بطاقة ائتمان منتهية الصلاحية إلى استخدام الطرق الاحتيالية، كان مرتكباً لجريمة النصب باستخدام هذه الطرق، وليس بالادعاء بصفة غير صحيحة.

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يبلغ الكذب مبلغ الطرق الاحتيالية، إذا اصطحب بأعمال خارجية أو مادية تحمل على الاعتقاد بصحته[3].

---

(١) نقض ١٩٣١/٣/١٢ مجموعة القواعد القانونية حـ ٢ رقم ٢٠٠ ص ٢٥٩.
(٢) نقض ١٩٧٣/٢/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٥٠ ص ٢٢٦، ١٩٧٨/١٢/١١م س ٢٩، رقم ١٩١ ص ٩٢٧.
(٣) نقض ١٩٣٢/١٠/٣١ مجموعة القواعد القانونية حـ ٢ رقم ٢٨٠ ص ٦١٠، ١٩٧٣/١٠/٢٥م مجموعة أحكام النقض س ٢٤ رقم ٧٩ ص ٣٦٩.

ويدخل في عداد هذه الأعمال استعانة الجاني في تدعيم مزاعمه بأوراق أو مكاتيب مزورة[1].

ويحدث التزوير في بطاقة الائتمان منتهية الصلاحية، بقيام الحامل بكشط ثم تعديل فترة صلاحية البطاقة[2]، وهنا نكون بصدد تغيير جزئي للحقيقة، حيث لم يكن في المحرر غير بيان واحد مخالف للحقيقة، وكانت سائر بياناته صحيحة، وهذا القدر يكفي لقيام التزوير لأن أقل نصيب من تغيير الحقيقة في المحرر يكفي لإهدار كل الثقة التي يمثلها، أو على الأقل يثير الشك حول صدق البيانات الصحيحة[3]

وهنا يعد الحامل مرتكبا لجريمة تزوير مرتبطة بجريمة نصب ارتباطاً لا يقبل التجزئة، باعتبار أنه ارتكبهما تنفيذاً لمشروع إجرامي واحد، وهو الحصول على مشترياته من التاجر ببطاقة ائتمان مزورة، فتوقع عليه عقوبة الجريمة الأشد.

ومن الطرق الاحتيالية، التواطؤ بين الحامل والتاجر على قبول الوفاء ببطاقة ائتمان منتهية الصلاحية، بقصد الإضرار بالبنك المصدر لها، ويستعين التاجر في ذلك، بتزوير تاريخ انتهاء صلاحية البطاقة على الفاتورة (إشعار البيع) أو يعلن عمداً تاريخ غير صحيح لانتهاء صلاحية البطاقة عند طلب الإذن، أو يقوم بتقديم تاريخ عمليات الوفاء المنفذة، وبتوافر الطرق الاحتيالية تقوم جريمة النصب.

---

(١) نقض ١٩٧٣/١٠/٢٥م، سالف الإشارة إليه.

(٢) عن طريق تسخينها في الماء لدرجة الغليان وضغط الحروف النافرة حتى تختفي، ثم عمل أرقام وبيانات جديدة مطبوعة طباعة نافرة بواسطة آلة طباعة نافرة أو البيانات اللازمة، على الشريط الممغنط بواسطة جهاز تشفير، بعد محو ما عليه من بيانات قديمة، أو الاكتفاء بإحدى العمليتين، راجع الدكتور رياض فتح الله بصلة، جرائم بطاقة الائتمان، دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها، دار الشروق ١٤١٦هـ ١٩٩٥م، ص ١١٤ وما بعدها.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني :شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية ١٩٨٨م، رقم ٣٢٣ ص ٢١٩.

وفي هذه المساهمة الجنائية يعد الحامل فاعلا في جريمة النصب، وشريكاً في جريمة التزوير بالاتفاق، ويعد التاجر فاعلاً في جريمة النصب، وفاعلاً في جريمة التزوير، تطبيقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية التي تحدد المساهم الأصلي بأنه الذي أتى فعلا يعد عملا تنفيذيا، وهو الدور الرئيسي في الجريمة، والمساهم التبعي، بأنه من قام بعمل ثانوي في الجريمة.

ونظراً لقيام التاجر بدور هام في جريمة النصب بتأييد مزاعم الحامل بصلاحية البطاقة، مما حمل البنك على الوفاء بثمن المشتريات، فإنه يعد فاعلا لها[1]، فقد قضت محكمة النقض بأن الطرق الاحتيالية من العناصر الأساسية الداخلة في تكوين الركن المادي لجريمة النصب واستعمال الجاني لها يعد عملا من الأعمال التنفيذية، فإذا كان الحكم المطعون فيه إذ استخلص أن الطاعنة الثانية قد قامت بدور هام لتأييد مزاعم زوجها، وأدى ذلك بالمجني عليه إلى دفع مبلغ من النقود له فان الحكم يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً، إذ عد هذه الطاعنة فاعلة أصلية في الجريمة[2].

٣٠- مسئولية الحامل جنائياً عن استخدام بطاقة لا تحمل تاريخ انتهائها ولم يقم البنك المصدر بإخطار التاجر بتاريخ انتهائها أو بإلغائها:

إذا كانت البطاقة لا تحمل تاريخ انتهائها، ولم يقم البنك بإخطار التاجر بانتهائها أو بإلغائها، ومع ذلك قام الحامل باستخدامها في الوفاء بثمن مشترياته لدى التاجر، قامت مسئوليته الجنائية عن هذا الاستخدام المباشر[3]، ولكن عن أي جريمة تقوم مسئوليته.

---

(١) قارن الدكتور جميل عبد الباقي الصغير، الحماية الجنائية لبطاقة الائتمان ص ٨٥، حيث يعد الحامل فاعلا، والتاجر شريكاً.

(٢) نقض ١٩٦٢/٥/٧م مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٣ رقم ١١٢ ص ٤٤٣.

(٣) لإخلاله بالتزامه برد البطاقة، ثم استخدامها رغم انتهاء صفته في هذا الاستخدام، ولذلك لا يصح عندي ما ذهب إليه رأي بأن هذا يعد تعسفاً من الحامل باستخدام بطاقة الائتمان الملغاة، الدكتور جميل عبد الباقي الصغير :القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة ص ١٠٠، لأنه يخلط بين التعسف في استعمال الحق، والتجاوز أو الخروج عن حدود الحق، راجع سابقاً رقم ٢١.

ذهبت بعض المحاكم الفرنسية إلى أنه يعد مرتكباً جريمة خيانة الأمانة، وليس جريمة نصب، حامل البطاقة الزرقاء Carte bleue والذي على الرغم من مطالبات البنك المتكررة له بردها بسبب تعسفه في استخدامها، استمر في هذا الاستخدام(١).

ويستند هذا الحكم إلى اتجاه القضاء إلى إضافة الاستعمال إلى التبديد والاختلاس، لقصور نص المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسي القديم (م٣١٤-١ من القانون الجديد). الخاص بجريمة خيانة الأمانة، في بعض الأحوال التي لا يقصد فيها الأمين تملك الشيء، وإنما يسيء استعماله أو استغلاله بما قد يؤدي إلى فقده حيث ينوي الجاني رد الشيء إلى مالكه، ولكن بعد أن يكون قد استخدمه على نحو يجرده من قيمته كلها أو بعضها(٢)، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٣٤١ من قانون العقوبات المصري.

وأياً ما كان الوضع، فإن الاستعمال الذي تقوم به جريمة خيانة الأمانة، هو أن يستعمل الجاني الشيء المسلم إليه استعمالا لا يجوز أن يصدر عن غير المالك، ويكشف عن أنه أصبح ينظر إليه نظرة المالك إلى شيء يملكه(٣).

وهذا المعني غير متوافر في حامل بطاقة الائتمان منتهية الصلاحية أو ملغاة، فهو لا يظهر بمظهر المالك، وإنما يظهر بمظهر حامل بطاقة ائتمان صالحة للاستخدام، وأنه مازال يتمتع بالمزايا التي يمنحه إياها البنك المصدر للبطاقة، لذا فلا يتوافر في حقه جريمة خيانة الأمانة.

فالحامل لا يظهر مطلقا بمظهر مالك بطاقة الائتمان عند استخدامها، سواء أكانت البطاقة صالحة أم منتهية أم ملغاة.

---

(١) Commet le delit non pas d'escroquarie, mais d'abus de confiance. le titulaire d'un carte bleue "Visa" qui, en depit des demandes de restitution reiterees emanant de la banque, justifiees par l'utilisation abusive de la carte a Continue a l'utiliser T.G.I. Creteil 15-1-1985. Dalloz, information rapides, p.344, obs ASSEUR.

(٢) tri corr PARIS 12-12-1938 Recueil Dalloz habdomadire, 1939, P121.

(٣) الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص رقم ١٦٤٢ ص ١٢٠٧.

ويعد هذا تطبيقاً لما استقر عليه الرأي[١]، من أن الفعل الذي يستخدم به المتهم شيئاً يجوز استخدامه من المالك ومن غيره، وبالتالي لا يكشف عن نية تملك الشيء، لا تقوم به جريمة خيانة الأمانة، وإن كان مخالفاً للعقد الذي يربط بين حائز الشيء ومالكه.

وتطبيقاً لهذا، قضت محكمة النقض، بأن مناط العقاب في جريمة خيانة الأمانة، ليس الإخلال بتنفيذ عقد الائتمان في ذاته، وإنما هو العبث بملكية الشيء المسلم بمقتضى العقد[٢].

يضاف إلى ما تقدم، أن حامل بطاقة الائتمان المنتهية الصلاحية أو الملغاة، كان استخدامه لها مصحوباً بأعمال احتيالية، لإقناع التاجر بصلاحيتها وبعدم إلغائها، مما يشكل جريمة نصب.

وهذا ما أخذت به بعض المحاكم الفرنسية، فقد قضت بإدانة الحامل بجريمة النصب الذي تعسف في استخدام بطاقته، مما حمل البنك على إلغائها وطلب من العميل ردها إليه، ومع ذلك قام باستخدامها، لأن قيامه بتقديم بطاقة الائتمان الزرقاء، مجردة من أية قيمة، لإلغائها بواسطة البنك المصدر، يهدف إلى الإقناع بوجود ائتمان وهمي، والحصول من البنك على وفاء للتجار الذين قدموا سلعاً لحامل البطاقة، مما يشكل استيلاء على ثروة الغير[٣].

فتقديم البطاقة المنتهية الصلاحية أو الملغاة، وعدم وقوع خطأ من جانب التاجر الذي قبلها يعد تأكـــــده من صلاحيتها، وذلك من خلال الوسائل الموضوعة تحت تصرفه(القائمة السوداء)، يعد صفة غير صحيحة Fausse Qualite، لأنه بانتهاء صلاحية البطاقة أو بإلغائها تزول كل صفة عن الشخص باستخدامها، مما يؤدي إلى القول بقيام جريمة النصب باستعمال صفة غير صحيحة [٤] ذلك أنه يدخل في الصفة غير الصحيحة من يدعي صفة كانت له ثم زالت عنه.

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني :المرجع السابق رقم ١٦٤٢ ص ١٢٠٦-١٢٠٧.

(٢) نقض ١٩٦٨/٣/١٨م، مجموعة أحكام النقض س ١٩ رقم ٦٤ ص ٣٤٤.

(٣) tri Corr, paris 1er ch 16- 0- 974 R v m d . mm. 975 57- 58 b ABRILLA R v LANGE.

(٤) الدكتور جميل عبد الباقي الصغير :الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة ص ٨٢.

ويذهب رأي في الفقه الفرنسي[١]، إلى أن هذه الصفة غير الصحيحة هي أن الحامل موكل والبنك وكيل Mandataire عنه في الوفاء بثمن مشترياته، مما يعد تأكيداً كاذباً الصفة الموكل.

ويتفق هذا مع اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى أنه يعد من قبيل الصفة غير الصحيحة ادعاء الجاني كذباً بأنه وكيل عن شخص طبيعي أو معنوي، مما تقوم به جريمة النصب[٢]، في حين رفضت اعتبار صفة المالك أو الدائن على غير الحقيقة، من قبيل الصفة غير الصحيحة، لذا لا تقوم بهما جريمة النصب[٣].

كما قضت محكمة النقص المصرية بأن مجرد ادعاء الوكالة كذباً السلب مال الغير يعد وحده وسيلة من الوسائل التي تتحقق بها قانونا جريمة النصب[٤].

ويمكن القول أيضا، بأن هذه الصفة غير الصحيحة تتمثل في جانب كبير منها في الكفالة، بمعنى أن الحامل بتقديمه لبطاقة ائتمان خاصته بعد إلغائها أو انتهائها، إنما يدعى أنه مكفول عنه وأن البنك كفيل عنه في الوفاء بثمن مشترياته.

ويكفي أن يقدم العميل بطاقة الائتمان منتهية الصلاحية أو ملغاة، للتاجر الذي لم يتم إخطاره بذلك لكي تتوافر جريمة النصب في حق العميل باستعمال صفة غير صحيحة دون حاجة إلى أفعال أو مظاهر احتيال أخرى تؤيد هذه الادعاء[٥].

---

(١) JEANDIDIER W lf : d PENAL GENERAL m n n PARIS 988 N' 7 P2 .

(٢) cass CRIM 0- 0- 977 ،BULLETIN des arrets de la cour de cassation, chambre criminelle (B) N' 298, 0- - 99 , B, N' 247 .

(٣) ass crim 7- 0- 9 9, Dalloz, 97 ، 2 8 , note Guigue, cass crim 27- - 992. dr, en 992, comm 200.

(٤) نقـــض ١٩٦٧/٦/١٢م مجموعة أحكام النقض ص ١٨ رقم ١٥٧ ص ٧٨١، نقض ١٩٧٦/٣/١ س ٢٧ رقم ٦ ص ٢٨٣.

(٥) نقض ١٩٥٥/١٠/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٦ رقم ٣٦٦ ص ١٢٥١.

المبحث الرابع

المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان المسروقة أو المفقودة

٣٠- التزام الحامل بإخبار الجهة المصدرة للبطاقة بسرقتها أو ضياعها:

من المشاكل التي تصادف حامل بطاقة الائتمان سرقتها أو ضياعها، ويزيد من صعوبة المشكلة، ما لوحظ في العمل من أن العملاء يخشون نسيان الرقم السريPIN ، فيكتبونه على البطاقة أو في مفكرة أو أجندة، وعندما تسرق البطاقة والمفكرة، يسهل على اللص معرفة الرقم السري، ويعتبر كتابة الرقم على البطاقة، كما لو كان العميل قد حصل على دفتر شيكات من البنك ووقعه كله على بياض أو ألقاه في الطريق[١].

وللتقليل من مخاطر ضياع البطاقة أو سرقتها، فانه ينص في عقد انضمام الحامل لبطاقة الائتمان على التزامه بالمحافظة عليها، وإخبار البنك أو الجهة المصدرة لها فوراً، وذلك لتجنب استعمال الغير لها.

وقد تشترط بعض الجهات المصدرة أن يتم الإعلان بصورة كتابية عن الضياع أو السرقة وإثبات ذلك بمحضر رسمي، وإلا لم يكن الحامل قد أوفى بالتزامه.

---

(١) الدكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق رقم ٤٣٧ ص ٧٤٦.

وعندما لا تحدد الجهة المصدرة للبطاقة طريقة معينة للإخبار، يكون للحامل الحق في اختيار الطريقة التي يتم بها الإخبار، حتى ولو كانت بصورة هاتفية، ولكن يجب إثبات الإخبار عندئذ، لأن المسئولية بعد الإخطار تنتقل من عاتق الحامل إلى عاتق الجهة المصدرة[1].

ومن الوسائل التي تقاوم بها البنوك عمليات التزوير والسرقة واستعمال بطاقة ائتمان خاصة بالغير[2] هي :

(١) جعل العمليات التي تؤديها البطاقة محدودة من حيث القيمة أو من حيث عدد المرات.

(٢) تأمين البطاقة ماديا من الضياع وتأمينها ماديا بواسطة وسائل ظاهرية.

(٣) تمييز حامل البطاقة باستعمال سلسلة من التقنيات، للتعرف على البطاقات السليمة ورفض البطاقات المغشوشة.

(٤) التحقيق في المعاملات المنطوية على تدليس وتعقب المجرمين ومرتكبيها.

(٥) وجوب قيام العميل بإبلاغ السلطات المختصة عن هذه الجرائم، وعدم الاحتماء وراء سرية خصوصياته، للهروب من هذا الالتزام.

ولما كان تمرير رقم بطاقة الائتمان عبر شبكة الإنترنت، يمثل خطورة على حاملها، إذ يمكن لمخترق أو متلصص التقاطه مع المعلومات الأخرى المصاحبة لاستخدام البطاقة، ولا يمكن للتاجر أن يتأكد من هوية المشتري من أنه صاحب البطاقة الحقيقي، فإنه لتجنب هذه المخاطر، قامت مؤسسات فيزا بالتعاون مع شركة ميكروسوفت بتصميم برنامج يمكن على ضوئه أن يُشفر

---

(١) قد تعطي بعض البطاقات لحاملها، ميزة تغطية فقدان البطاقة حتى قبل إعلام البنك، كما هو الحال في بطاقات ستاندر تسارترد ماستر كارد، السيد محمد بلعرج :المقالة السابقة ص ٦٤.

(٢) راجع الدكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين :المرجع السابق، رقم ٤٣٨ ص ٧٤٨-٧٤٩.

encryption العميل رقم بطاقته بنفسه، ويرسله إلى التاجر المعتمد من قبل فيزا، والذي بدوره يستطيع فك التشفير[1].

٣٢- المسئولية الجنائية عن التواطؤ بين الحامل والتاجر على استخدام بطاقة تم إبلاغ البنك عن فقدها أو سرقتها:

كثيراً ما يقع التواطؤ بين حامل البطاقة والتاجر، حيث يتفقان على إخطار البنك بفواتير مبيعات بمبالغ كبيرة من الثاني إلى الأول، ثم يدعي الأول أن بطاقته مفقودة أو مسروقة، وأنه لم يشتر شيئاً من هذه السلع، كي تكون مسئولية الوفاء بقيمة هذه السلع على البنك، ثم يقتسم الحامل مع تاجر التجزئة المبلغ بعد صرفه من البنك، وعندئذ يكون كلُ من الحامل والتاجر مرتكباً لجريمة نصب، باعتباره فاعلاً[2]، لقيامهما بطرق احتيالية، تحمل البنك على الوفاء بثمن هذه السلع للتاجر.

وقد يرتكب الحامل وحده هذه الجريمة، دون تواطؤ مع التاجر، وذلك بقيام الحامل بتنفيذ كل ما يجب عليه في حالة فقد البطاقة أو سرقتها، من معارضة لدى البنك المصدر، مع إبلاغ السلطات المختصة، في حين أن البطاقة مازالت في حوزته، ويستمر في استخدامها في الوفاء لدى التجار المزودين بآلة الطباعة اليدوية خوفاً من اكتشاف أمره عن طريق الآلات الحديثة، بحيث لا يمكن اكتشاف الغش لدى التجار المزودين بالآلة اليدوية، إلا في وقت لاحق عن طريق المواجهة بين التاجر والحامل.

وقد يتحقق الغش بالاحتيال على التاجر، لعدم مراجعة رقم البطاقة على أرقام البطاقات الملغاة، نتيجة لفقدها أو سرقتها، وذلك بالادعاء باستعجاله وأنه إذا لم يبع له التاجر فهناك غيره، أو أن مظهره يوحي بالثقة فيخجل التاجر من مراجعتها.

---

(١) الدكـــتور حسين إبراهيم :الحاسب الآلي وتحديات القرن الحادي والعشرين، مجلة مركز البحوث بأكاديمية الشرطة، القاهرة العدد ١٤ يوليو ١٩٩٨م ص ٤٩.

(٢) راجع سابقاً رقم ٢٨.

وفي كل هذه الأحوال، يكون الحامل قد تحايل لإجبار البنك على الوفاء بثمن المشتريات للتاجر، مما يعد طرقاً احتيالية، بالادعاءات الكاذبة وتقديم مستندات تؤيد هذه الادعاءات، وهذا يكفي لقيام جريمة النصب(١).

ذلك أن الحامل قد فقد صفته كحامل شرعي ابتداء من لحظة المعارضة أو الإخطار بفقد البطاقة أو سرقتها، وبالتالي يجب أن ينظر إليه على أنه من الغير، مما يؤدي إلى حمل البنك على الاعتقاد بأن أي استخدام للبطاقة بعد تاريخ المعارضة يكون من عمل الغير.

وبهذا النظر، أخذت محكمة النقض الفرنسية، فقد قضت بتوافر أركان جريمة النصب في مواجهة الحامـــــل الذي استخدم بطاقـــة الائتمان الخاصة به، وقدمها للتجار بعد الإعلان الكاذب عن سرقتها أو فقدها، ووضع تزوير موقع على إشعارات البيع بهدف حمل البنك على الوفاء بهذه الفواتير، مما يؤكد استعمال الطرق الاحتيالية، بهدف الإقناع بوجود ائتمان وهمي (وليس مجرد كذب بسيط) مما تقوم به جريمة النصب(٢).

٣٣- المسئولية الجنائية عن أخذ بطاقة الغير بنية استخدامها وإعادتها:

إذا قام شخص بأخذ بطاقة الائتمان الخاصة بغيره، ثم اتجهت نيته إلى تملكها، كان مرتكباً لجريمة السرقة، أيا كان باعثه على ذلك، لتوافر نية التملك لديه، وهي قوام جريمة السرقة.

ولا يحول دون قيام جريمة السرقة في حقه، عدم معرفة المتهم بالرقم السري للبطاقة، لأن شأنها في ذلك شأن الشيكات غير الموقع عليها، إذ يصح أن تكون محلا للسرقة والاختلاس، فهي تشكل مالا منقولاً ذا قيمة مملوكاً لشخص معين، وهو الحامل الشرعي، وما تفاهة قيمتها إلا ظرفاً قضائياً مخففاً للعقوبة.

---

(١) من أنصار هذا الرأي أيضا:الدكتور جميل عبد الباقي الصغير :الحماية الجنائية ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) Revue de droit international des systemes electroniques de paiement 987, No 8p9, note le LE H philippe. Cass crim 16- - 98

غير أنه قد يحدث أن يأخذ شخص بطاقة غيره بنية استخدامها ثم ردها إلى صاحبها بعد ذلك، فهل يعد بمجرد الاستخدام غير المشروع مرتكباً لجريمة السرقة أو لا ؟.

من المقرر أن مجرد أخذ الشيء أو نزعه من حائزه لا يحقق معنى الاختلاس، ما لم يقترن بنية الاستئثار بالشيء والظهور عليه بمظهر المالك.

وأهم قرينة للتمييز بين نية التملك ونية الاستعمال أو الانتفاع، هي العزم على رد الشيء الذي ينتفي حتما حينما تتوافر نية التملك، ويتوافر حينما لا توجد لا نية الاستعمال أو الانتفـــاع[1].

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن القصد الجنائي في السرقة هو قيام العلم عند الجاني وقت ارتكاب فعلته بأنه يختلس المنقول المملوك للغير من غير رضاء مالكه بنية امتلاكه، فاذا كان الحكم مع تسليمه بأن المتهم لم يستول على أدوات الطباعة إلا بقصد الاستعانة بها على طبع منشورات لسب مدير المطبعة والقذف في حقه، قد اعتبر عناصر جريمة السرقة متوافرة، بمقولة إن القصد الجنائي فيها يتحقق باستيلاء الجاني على مال يعلم أنه غير مملوك له، بنية حرمان صاحبه منه ولو مؤقتا، فإنه يكون قد أخطأ، لأن الاستيلاء بقصد الاستعمال المؤقت لا يكفي في القصد الجنائي، إذ لا بد فيه من وجود نية التملك[2].

وبأن من أركان جريمة السرقة أن يأخذ السارق الشيء بنية تملكه، والمفروض من أن من يختلس شيئاً فإنما ينتوى تملكه، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أنه في هذه الحالة لا تلزم محكمة الموضوع بالتحدث عن توافر هذا الركن، لكن إذا كان المتهم قد نازع في قيام هذا الركن بقوله "إنه ما أخذ البطانية محل دعوى السرقة إلا لمجرد الالتحاف بها اتقاء البرد" فإنه يكون من

---

(١) الدكتور محمود نجيب حسني :شرح قانون العقوبات، القسم الخاص رقم ١١٨٠ ص ٨٦٨

(٢) نقض ١٩٤٣/١٠/١٨ مجموعة القواعد القانونية حـــ ٦ رقم ٢٣٩ ص ٨٦٨.

الواجب على المحكمة أن تتحدث عن قصده الجنائي وتقيم الدليل على توافره، فإذا هي لم تفعل كان حكمها قاصرا[1].

وبأنه استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالتحدث عن نية التملك في جريمة السرقة، إذا لم تكن هذه النية محل النزاع، ولكن متى كان المتهم قد نازع في توافر هذا الركن، وقال إنه ما قصد السرقة، وإنما الانتفاع بالشيء بعض الوقت ورده ثانية إلى صاحبه، كان واجباً على المحكمة والحالة هذه، أن تتحدث عن القصد الجنائي، فتقيم الدليل على توافره، فإذا هي لم تفعل كان حكمها قاصراً بما يعيبه ويوجب نقضه[2].

وقد تدخل المشرع المصري بنص خاص لمواجهة بعض الحالات التي تنتفي فيها نية التملك لدى الجاني، مع قصد الانتفاع بالشيء، كما هو الحال في نص المادة ٣٢٣ مكررا من قانون العقوبات [3] والتي جاء فيها "يعاقب كل من استولى بغير حق وبدون نية التملك على سيارة مملوكة لغيره، بالحبس مدة لا تزيد على سنة، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تجاوز خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون رقم٩٠ لسنة١٩٨٠م "كثرت أخيراً حوادث الاستيلاء على السيارات بقصد استعمالها مؤقتاً في مصالح المعتدين الخاصة، مثل قضاء حاجة أو نزهة وإعادتها إلى أماكنها أو التخلي عنها في أماكن أخرى، واحتمى المعتدون بقصور نصوص قانون العقوبات عن عقاب كل من يستولي على سيارة مملوكة لغيره بقصد استعمالها وإعادتها، حيث يشترط القانون في تجريم هذا الاستيلاء، أن يكون مصطحباً بنية التملك التي تشكل القصد الجنائي الخاص في جريمة السرقة، الأمر الذي أحال سرقة منافع السيارات إلى ظاهرة مستفحلة تهدد حق أصحاب السيارات في الانتفاع بها وتأمينها ضد العبث والانتقاص من

(١) نقض ١٩٥٠/١١/٢٠م مجموعة أحكام النقض س ٢ رقم ٧٤ ص ١٨٩.
(٢) نقض ١٩٥٦/٢/١٤م مجموعة أحكام النقض س ٧ رقم ٦١ ص ١٩٣.
(٣) مضافة بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٠م، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد ١٧ في ٢٤ إبريل سنة ١٩٨٠م.

قيمتها وكفاءتها بيد فئة مستهترة، تتنكر لمبادئ الأخلاق والسلوك، وتشوه الأمن والأمان في المجتمع ".

وذلك على خلاف المشرع الفرنسي، فلم يعالج في قانون العقوبات الجديد، مسألة الاستيلاء على سيارة الغير مؤقتاً بغرض التنزه ثم إعادتها إلى مكانها، وإن اعتبرت محكمة النقض هذا الفعل من قبيل السرقة(١).

وهنا يثور التساؤل عن حكم أخذ بطاقة الغير بقصد استخدامها وإعادتها إلى صاحبها، إزاء قصور نصوص قانون العقوبات عن حكم سرقة المنافع بصفة عامة ؟.

الواقع أننا لا يمكن أن نكيف هذه الواقعة باعتبارها سرقة أو نلحقها بالسرقة، لأن جريمة السرقة لا تقوم في حالة التسليم الإرادي للشيء المنقول، حيث تقوم الآلة بدور التسليم الإرادي للسلع وتحويل النقود للتاجر من حساب الجهة المصدرة للبطاقة، وإن تم ذلك بالغش والتحايل، حيث ليس للجاني الحق في الحصول على هذه السلع ثم تحميل البنك المصدر للبطاقة لها، ولكن نظرا لاتخاذه صفة كاذبة، وهي صفة الحامل الشرعي للبطاقة وقيامه باستخدامها، فإنه حمل الآلة أو الجهاز على قبول هذه البطاقة، وتحويل النقود للتاجر من حساب البنك المصدر.

وبناء على اتخاذ الجاني صفة غير صحيحة، وهو أحد الطرق الاحتيالية، فانه يكون مرتكبا لجريمة النصب.

ولا يصلح تبريراً النفي تكييف جريمة السرقة عن هذه الواقعة، ما ذهب إليه رأي في الفقه(٢) بان ما حصل عليه الجاني بواسطة البطاقة هو السلع والخدمات وليس النقود، حيث تحول هذه النقود إلى التاجر ولا تسلم إلى مستخدم البطاقة.

---

(١) Cass crim 19 2 1959, Dalloz 1959 p 331 .

(٢) فداء يحي أحمد الحمود : المرجع السابق ص ١١٥ .

ووجه عدم صواب هذا الرأي، أن السرقة تقع على كل مال مادي، وهو كل شيء ذي كيان ملموس، يصلح في نظر القانون لأن يكون محلا للتملك، وهو ما ينطبق على السلع والخدمات التي حصل عليها الجاني من التاجر، غير أنه لما كان قد تم الحصول عليها، عن طريق الغش واستخدام صفة غير صحيحة، وليس خلسة، فإن الفعل يشكل جريمة نصب.

ويتفق هذا التكييف، مع اتجاه الفقه(١)، والقضاء الفرنسيين إلى أن الطرق الاحتيالية كما تستعمل تجاه الشخص الطبيعي، فإنها يمكن أن تستعمل تجاه الأجهزة الأوتوماتيكية l'utilisations frauduleuse des appareils automatiques بناء على إمكانية خدع tromper الآلة، حيث قد تكون الآلة أكثر استعداداً من الإنسان لقبول الطرق الاحتيالية، حتى عند استعمال جهاز غير مألوفanormal de l'appareil وينطبق ذلك على استخدام بطاقة ائتمان خاصة بالغير، باستعمال اسم كاذب(usage d'un faux nom) من أجل سحب أوتوماتيكي لمبالغ نقود من حساب لا يخصه.

"C'est le cas dans l'hypothes de celui que utilise la Carte de credit d'autrui (usage d' un faux nom) pour retirer d'un guichet automatique des sommes d'argent d'un compte qui n'est pas le sien" (٢).

٣٤- المسئولية الجنائية عن استخدام بطاقة ائتمان مسروقة أو مفقودة:

إذا قام غير الحامل الشرعي لبطاقة الائتمان، باستخدام بطاقة مسروقة أو مفقودة في الوفاء عن طريقها للتجار، كان مسئولاً عن جريمة نصب، لأنه بهذا الاستخدام، هدف إلى إقناع التاجر بوجود إئتمان وهميCredit imaginaire ، من أجل الاستيلاء على أموال هذا الأخير، مما يعد طرقاً احتيالية تقوم بها جريمة النصب(٣) .

---

(١) RASSAT michel-laure: droit penal special, infractions des et contre les particuliers, Dalloz, DELTA, 1997 N° 98 p 106 107. N° 121 p 125 126

(٢) T.C. Bordeaux 25 -3 1987Dalloz 1987 p 224 note pradel

(٣) PARIS. 1er 7 1976. juris Data N°0661 .
الدكتورة سميحة القليوبي : المرجع السابق رقم ٢٠٢ ص ٣١٣

كما يمكن أن تقوم جريمة النصب في هذه الحالة، باستعمال اسم كاذب Faux nom[1]

ذلك أنه من المقرر أنه يكفي لتكوين جريمة النصب، أن يتسمى الشخص الذي يريد سلب مال الغير باسم كاذب يتوصل به إلى تحقيق غرضه، دون حاجة إلى الاستعانة على إتمام جريمته بأساليب احتيالية أخرى[2].

ويتحقق ذلك باستعمال اسم الحامل الشرعي المدون على وجه البطاقة، فضلا عن استعمال صفة غير صحيحة[3]، بهدف إقناع التاجر بوجود إئتمان وهمي، فتقوم بذلك جريمة النصب.

وهذا ما أخذت به محكمةBordeaux ، حيث قام المتهم باستعمال اسم حامل البطاقة الشرعي، وقدم نفسه على أنه صاحب الحساب والحامل الشرعي للبطاقة[4].

وتتم جريمة النصب بتسليم البضاعة أو السلع للجاني بموجب بطاقة الائتمان بواسطة التاجر.

ولا تقف مسئولية الجاني على جريمة النصب، نظراً لارتكابه تزويراً، بتوقيعه على إشعار البيع Facture، فالسارق أو الشخص الذي وجد بطاقة الائتمان المفقودة الذي يوقع على الفواتير، مقلداً توقيع الحامل الشرعي، يسأل عن جريمة تزوير في المحررات الخاصة، طبقاً للمادة ٤٤١-١ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي، والمادتين ٢١٤ مكرراً، ٢١٥ من قانون العقوبات المصري.

وما يرتكبه الجاني يعد تزويراً جزئياً، حيث يقوم بكشط ما على البطاقة المسروقة أو المفقودة من شريط توقيع ولصق آخر مكانه، والتوقيع عليه بتوقيع يستطيع كتابته بطلاقة، أو الإبقاء على

---

(١) Tri. Corr. paris, 1ter 25-6- 970 R vu B nqu 97 3

(٢) نقض ١٩٣٦/٢/٣م مجموعة القواعد القانونية ج٣ رقم ٤٣٧ ص ٥٤٦.

(٣) T. Cror. Bordeaux)v) -3- 987. Rev. r m. dr. (V) Anger 7- - 98 . jur -Da a N'o4 6 Comm 987 . 8 ABS. CABRILLAC (M) et TEYSSIE (B).

(٤) TRI CORR BORDEAUX -3- 987 REV TRIM DR COMM 987 P 8 ABS CABRILLAC (M) et TEYSSIE(B).

الشريط ثم تقليد التوقيع الصحيح على البطاقة المسروقة أو المفقودة عند التوقيع على فواتير الشراء، أو المحو الآلي أو الكيميائي للتوقيع الأصلي أو لأجزاء من هذا التوقيع وإذا كانت البطاقة المسروقة أو المفقودة مزودة بصورة العميل، فإنه قد يلجأ المزور إلى التخلص من الصورة أو تغطيتها، ووضع صورة أخرى في موضعها إما بالحفر، وإما باللصق، وإما بالحفر واللصق[1] معاً وعندئذ نكون بصدد تعدد مادي مع الارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين جرائم السرقة والتزوير والنصب، حيث ارتكبها الجاني تنفيذا لمشروع إجرامي واحد، وهو الحصول على السلع والخدمات من التاجر بموجب بطاقة الائتمان المسروقة، فتطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد، طبقاً للمادة ٢/٣٢ من قانون العقوبات المصري.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن استخدام بطاقة مسروقة في الوفاء بها لدى التجار يشكل جريمة نصب، باستعمال اسم كاذب، علاوة على توافر الطرق الاحتيالية، لأنه في هذا الشكل من أشكال الاستعمال، يقوم الغير بوضع توقيع مزور على الفاتورة المعدة التي أعدها التاجر.

l'usurparteur pent etre amene a appaser une signature appocryphe sur la facture etablir par le commercant باسم الحامل الشرعي[2].

وبهذا النظر أخذت محكمة استئناف الكويت، بصدد الشخص الذي قام بسرقة بطاقة السحب الآلي والرقم السري وسحب مبلغ من الرصيد، حيث أدانته بتهم ثلاث :السرقة، والتزوير في محررين من أوراق البنوك، هما كشف العملاء وكشف العمليات لجهاز السحب الآلي من بنك الكويت والشرق الأوسط، والنصب بانتحال اسم كاذب، باستخدام بطاقة السحب الآلي من البنك على هذا الأساس.

---

(١) الدكتور رياض فتح الله بصلة :المرجع السابق ص ١١٥، كما أن التزوير المعنوي قد يتحقق أيضا، باصطناع بطاقة تتضمن بيانات غير حقيقية.

(٢) Ca cr m 9- - 986. Rev. tr m. dr comm. 988. 70. ob CABRILLAC (M) et TEYSSIE (B)

وهذا الحكم لم يحظ بتأييد أحد الشراح[1]، فهو يرى أن الواقعة لا تعدو أن تكون جريمة سرقة، سواء للنقود التي كانت بحقيبة المجني عليها داخل السيارة أو تلك التي حصل عليها المتهم من البنك الآلي، وتنحسر عن الواقعة جريمة التزوير، لأن البطاقة قد وضعت وتناولت العمليات داخل الجهاز بطريقة سليمة، وليس فيها اصطناع لمحرر، وما البطاقة إلا أداة لارتكاب جريمة السرقة.

كما يرى أنه تنحسر عن الواقعة جريمة النصب، لأن استخدام بطاقة السحب الآلي لا يشكل طريقا من طرق الاحتيال، فالآلة ليس لها إرادة بل ذراع ميكانيكية، مما ينفي وقوع المجني عليه في غلط، فضلا عن أن إخراج المال من الحرز قد تم بغير إرادة المجني عليه.

وهذا الرأي وإن كان جديراً بالتأييد نفي نفس ارتكاب جريمة التزوير، لعدم الحاجة في السحب الآلي إلى توقيع على إشعار البيع، على خلاف الحال في استخدام بطاقة الائتمان، كما سبق بيانه، فإنه غير جدير بالتأييد في نفي قيام جريمة النصب، ذلك أن استخدام الجاني لبطاقة السحب الآلي الخاصة بالغير، والوقوف على الرقم السري الخاص به، يعد طريقا من طرق الاحتيال تحمل الآلة على قبولها في سحب النقود، وقد تناولت قبل قليل ما استقر عليه القضاء الفرنسي وتأييد الشراح له- من أن الطرق الاحتيالية يمكن أن تستعمل تجاه الأجهزة الأتوماتيكية.

٣٥- المسئولية الجنائية عن استخدام بطاقة ائتمان مسروقة من قِبل الغير:

قد يحدث أن يقوم سارق بطاقة الائتمان بتسليمها للغير بقصد استخدامها، وعندئذ يسأل سارق البطاقة عن جريمة السرقة التي تتحقق بفعل الاختلاس، كما يسأل باعتباره شريكاً

(١) الدكتور فاضل نصر الله عوض :الطبيعة القانونية للاستيلاء على الأموال من البنك الآلي، تعليق على حكم محكمة الاستئناف رقم ٨٧/١٥٨٩ جزائي، الكويت مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، ذو الحجة ١٤١٨هـ ١٩٩٨م، ص ٢٨٣-٣٠٠.

بالمساعدة في جريمة النصب، بتقديمه البطاقة المسروقة، ليستخدمها الغير في الوفاء عن طريقها لدى التجار، مما يشكل طرقاً احتيالية تقوم بها جريمة النصب.

أما الشخص الذي آلت إليه البطاقة واستخدمها لدى التجار، فإنه يعد مرتكباً لعدة جرائم مرتبطة فيما بينها ارتباطاً لا يقبل التجزئة، لأنها تعد تنفيذاً لمشروع إجرامي واحد، لذا لا تطبق عليه سوى عقوبة الجريمة الأشد، وهذه الجرائم هي :إخفاء أشياء متحصلة من جريمة السرقة، والنصب باتخاذ اسم كاذب وصفة غير صحيحة، والتزوير بالتوقيع زوراً وبطريق التقليد على إشعارات البيع.

وتقف مسئوليته عند حد الشروع في النصب، عند اكتشاف أمره قبل تحقق النتيجة الإجرامية، وهي تسليم البضاعة إليه، وبعد استعمال الطرق الاحتيالية، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي[١]، تطبيقاً للقواعد العامة في الشروع في النصب[٢].

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يتحقق الشروع في جريمة النصب بمجرد بدء الجاني في استعمال وسيلة الاحتيال قبل المجني عليه، حتى ولو فطن الأخير إلى احتيال الجاني فكشفه أو داخلته الريبة في صدق نواياه، فامتنع عن تسليم المال[٣].

---

(١) tri corr, paris IX er ch. 11-2- 977 Ju D N '004

(٢) cf. RASSAT, op cit no122 p126, VERON michel, droit penal special, masson, armand Colin 1996 p 208.

(٣) نقض ١٩٧٢/٥/٢٩م مجموعة أحكام النقض س ٢٣ رقم ١٩٢ ص ٨٤٨.

٣٦- المسئولية الجنائية عن استخدام بطاقة ائتمان قام الغير بتزويرها:

قد يحدث أن يقوم شخص بتزوير بطاقة إئتمان، ويقوم غيره باستخدامها مع علمه بتزويرها، وهنا ثار الخلاف بين الشراح في التكييف القانوني للجريمة المرتكبة؟.

فذهب رأي [١] بصدد بطاقة السحب الآلي إلى تكييفها بجريمة سرقة باستعمال مفتاح مصطنع، لأن المال خرج عن حيازة المجني عليه حامل البطاقة دون رضائه، والبطاقة المزورة تعد من قبيل المفتاح المصطنع في جريمة السرقة.

ويعيب هذا الرأي، أن استعمال المفتاح المصطنع لا ينطبق على بطاقة السحب الآلي، ولا بطاقة الائتمان، لأن المفتاح المصطنع يحدد بأنه الأداة المستخدمة من قبل الجاني في فتح قفل الباب الخارجي للمكـــــان، سواء أكان مفتاحاً مقلداً أم مفتاحاً حقيقياً للباب قلده صاحبه واستعاض عنه بغيره، فعثر عليه السارق[٢]، فضلا عن أن استلام المبلغ من الآلة يتم إراديا وليس خلسة، مما ينفي قيام جريمة السرقة. ولذلك ذهب رأي أخر[٣] إلى تكييف الواقعة بأنها جريمة استعمال محرر مزور، فبطاقة الائتمان تصلح محلا للتزوير، كما أن إبراز البطاقة المزورة لدى أحد التجار الذين تعاقدوا مع من نسبت إليه البطاقة لتسوية المشتريات، يشكل الركن المادي لهذه الجريمة، لاستعانته بالبيانات التي تضمنتها البطاقة المزورة، للتأثير على التاجر من أجل قبول تلك البطاقة في الوفاء، ويستفاد توافر القصد الجنائي مع إقدامه على استخدام البطاقة مع علمه بتزويرها.

وهذا الرأي جدير بالتأييد، مع ملاحظة أن الجاني باستخدامه بطاقة ائتمان مزورة من قبل الغير، يعد مرتكباً لجريمة استعمال محرر مزور، وجريمة النصب باستعمال اسم كاذب وصفة غير

---

(١) الدكتورة هدى قشقوش : المرجع السابق ص ١٣٤.

(٢) الدكتور محمود محمود مصطفى :شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م رقم ٤٢٥، ص ٤٩٦، الدكتور محمود نجيب حسني :المرجع السابق رقم ١٢١١ ص ٨٨٨، ص ٢١٤.

(٣) الدكـــتور فايز رضوان :بطاقات الوفاء، المطبعة العربية، القاهرة ١٩٩٠ ص ٢١٤، فداء يحي أحمد الحمود : المرجع السابق ص ١١٢-١١٣.

صحيحة، ونظرا لارتباط الجريمتين ببعضهما ارتباطاً لا يقبل التجزئة، فإنه تطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد.

المبحث الخامس

المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع

لبطاقة الائتمان في الفقه الإسلامي

٣٧- تقبل الفقه الإسلامي لقيام المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان على النحو المأخوذ به في القانون المقارن:

ما تقدم بيانه من مسئولية الحامل الشرعي وغيره عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان في القانون المقارن، يمكن الأخذ به في الفقه الإسلامي، حيث يشكل هذا الاستخدام غير المشروع في أغلبه جرائم تعزيرية، يترك لولي الأمر أو من ينوب عنه، تحديدها، باعتبارها تمثل اعتداء على مصلحة عامة أو خاصة كما يترك له سلطة تحديد عقوبتها على خلاف بين الفقهاء في تحديد أقصى عقوبة تعزيرية، وهل يصل إلى القتل أم لا[١].

وعلى ذلك، فإن الحامل الشرعي لبطاقة الائتمان الذي يتعسف في استخدامها، مستهدفا غاية أخرى غير ما استهدفه نظام بطاقات الائتمان يعد مسئولا عن ذلك.

فالتعسف هو تحايل على بلوغ غرض لم يشرع الحق لأجله[٢]، فهو يعتمد في الأصل على وجود حق وهذا يستلزم مشروعية الفعل اللازم لاستعماله ابتداء، غير أن الاستعمال نفسه معيب

---

(١) راجع للمؤلف :وجوب أخذ رأي المفتى قبل الحكم بالإعدام، في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م رقم ٦٧ وما بعده ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) الموافقات في أصول الشريعة :للإمام الشاطبي، دار الفكر العربي جـ ٢ ص ٣٧٩.

في الباعث عليه، أو في ما يلزم عنه من نتيجة، وهو بهذا المعنى يختلف عن مجاوزة الحق، فهو غير مشروع لعيب في ذاته، لعدم استناده إلى حق، حتى ولو قصد احداث نفع[1].

ويعد الحامل الشرعي لبطاقة الائتمان، متعسفا في استخدامها عند استهدافه غسل المال الحرام من وراء استخدامها، ويعد مرتكباً لغش وخداع وحيل، وإضرار بالمصالح العامة، لذا يكون مرتكباً لجريمة تعزيرية[2].

٣٨- بعض تطبيقات للمسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان:

كما هو الشأن في القانون المقارن من قيام مسئولية الحامل الشرعي للبطاقة الذي يتجاوز الحد المسموح به، وعدم مسئولية مصدر البطاقة فيما جاوز هذه الحدود، فان الفقهاء بحثوا ذلك أيضا في الضمان أو الكفالة.

فقد جاء في مغني المحتاج [3]ولو قال ضمنت مالك على زيد من درهم إلى عشرة، فالأصح صحته وأنه يكون ضامناً لعشرة، قلت :الأصح لتسعة، والله أعلم.

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بالشرط الصحيح في الكفالة، وعدم الوفاء بالشرط الفاسد أو الباطل[4]، ووضع حد أقصى لمبلغ الكفالة، يعد من الشروط الصحيحة.

كما تثور المسئولية عن استخدام بطاقة ائتمان ملغاة أو منتهية الصلاحية، فقد تناول الفقهاء مسألة رجوع الكفيل عن الكفالة.

---

(١) راجع الدكتور فتحي الدريني :نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٣٩٧هـ ١٩٧٧ ص ٤٩-٥٠، الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء :صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي، مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، عمان ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م ص ٢٦.

(٢) راجع للمؤلف: إبلاغ البنوك عن العلميات المشبوهة، بحث سابق الإشارة إليه رقم ٧ وما بعده ص ١٣ وما بعدها.

(٣) جـ ٢ ص ٢٠٣.

(٤) راجع الدكتور محمد جبر الألفي :أحكام الكفالة في التشريع الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، التي يصدرها مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، العدد السابع ١٤١٤هـ ١٩٩٣م ص ٧٤ وما بعدها.

فقد جاء في المدونة الكبرى[1] "قلت أرأيت لو أن رجلا قال لرجل داين فلانا، فما داينته به من شيء فأنا ضامن لك فلم يداينه حتى أتاه، فقال له لا تفعل فانه قد بدالي، أيكون ذلك له أم لا، قال نعم، وما سمعت من مالك فيه شيئاً، قلت أليس قد قال مالك في الذي قال احلف وأنا ضامن للحق الذي تدعيه على أخي، ثم قال بعد ذلك لا تحلف فإني لا أضمن، قال مالك هذا لا ينفعه، قال ابن القاسم، لأن هذا الحق قد لزمه، قال وهذا لا يشبه مسألتك".

كما جاء في حاشية الخرشي[2]، "ومن قال لرجل عامل فلانا في مائة، وأنا ضامن فيها، أو قال عامله ومهما عاملته فيه فأنا ضامن فيه، فان له أن يرجع عن مقالته، قبل المعاملة كلا أو بعضا، ويكون ضامناً فيما وقعت فيه المعاملة" وفي شرح فتح القدير[3]، "لو رجع الكفيل عن هذا الضمان وأنهاه عن المبايعة، صح، حتى ولو بايعه بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء".

وفي المبسوط [4]، "فلو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبايعه ونهاه عن مبايعته، ثم بايعه بعد ذلك، لم يلزم الكفيل شيء، لأن لزوم الكفالة بعد وجوب المبايعة وتوجه المطالبة على الكفيل، فأما قبل ذلك فهو غير مطلوب بشيء ولا ملتزم في ذمته شيئاً، فيصح رجوعه، توضيحه أن بعد المبايعة إنما أوجبنا المال على الكفيل دفعاً للغرر عن الطالب، لأنه يقول إنما عقدت في المبايعة معه كفالة هذا الرجل، وقد اندفع هذا الغرر حين نهاه عن المبايعة ".

وفي الفتاوى الهندية[5]، "ولو رجع عن الضمان قبل المبايعة أو نهاه عن المبايعة معه لم يضمن، كذا في التتار خانية".

---

(١) جـ١٤ ص ٢٦٠.
(٢) علي مختصر خليل: دار صادر، بيروت جـ٦ ص٢٥.
(٣) جـ ٧ ص ١٨٣.
(٤) جـ ٢٠ ص ٥١.
(٥) جـ ٣ ص ٢٧٢.

يتصح مما تقدم، أن للكفيل الحق في الرجوع عن الكفالة المستقبلة، لأن لزوم الدين إنما يكون بعد المبايعة واستحقاق مطالبة الكفيل، وأما قبل ذلك فهو غير مطالب بشيئ، ولا ملتزم في ذمته شيئاً، فصح لذلك رجوعه[1]..

وفي بطاقة الائتمان، فإنما يصح رجوع مصدر البطاقة قبل إتمام عملية البيع، وإلا لزم ثمن المشتريات، دفعاً للضرر عن التاجر الذي اعتمد في البيع على كفالة مصدر البطاقة.

وبصدد انتهاء صلاحية بطاقة الائتمان، فقد اختلف الفقهاء في صحة توقيت الكفالة، بناء على اختلافهم في الأثر المترتب عليها، فمن رأي أن ذمة الكفيل لا تشغل بالدين وإنما يطالب فقط بأدائه، أجاز الكفالة المؤقتة، وقيد المطالبة بالمدة المتفق عليها، خلافاً لمن رأى أن ذمة الكفيل تصير مشغولة بالدين إلى جانب ذمة المدين، فلم يجز توقيت الكفالة، لأن الذمة إذا شغلت بدين صحيح، فإنها لا تبرأ منه إلا بالأداء أو الإبراء، وتوقيت الكفالة يترتب عليه سقوط الدين عن الكفيل دون أداء أو إبراء.

وقد جاء في المبسوط[2]، "ويستوى إن وقت لذلك وقتا أو لم يوقت، إلا أن في الموقت يراعي وجود المبايعة في ذلك الوقت حتى إذا قال ما بايعته به اليوم، فباعه غدا لا يجب على الكفيل شيء من ذلك، لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل، ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم فذلك كله على الكفيل، لأنه حرف ما يوجب العموم، وإذا لم يوقت، فذلك على جميع العمر، وإذا بايعه مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل، لأن يخرج نفسه من الكفالة لوجود الحرف الموجب للتعميم في كلامه".

وعند احتفاظ الحامل ببطاقة الائتمان الملغاة دون استخدامها، فانه يمكن أن يكون مسئول عن جريمة خيانة أمانة، باعتبار أن البطاقة تكون أمانة لديه، وهي ملك للبنك المصدر لها، وليس

---

(١) الشيخ على الخفيف :الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الثاني، الكفالة، الديات، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ١٩٩٧م ص ٨٤.

(٢) جـ ٢٠ ص ٥٠.

له إلا استخدامها قبل إلغائها بمقتضى عقد عارية الاستعمال، لأن عقود الأمانة هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه، وهذه العقود هي :الإيداع، الإعارة، الشركات، الوكالة، الوصاية، الهبة[1].

وقد جاء في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، لابن قيم الجوزية[2]، "التعزير منه ما يكون بالتوبيخ وبالزجر وبالكلام، ومنه ما يكون بالحبس، ومنه ما يكون بالنفي عن الوطن، ومنه ما يكون بالضرب، وإذا كان على ترك واجب، كأداء الديون، والأمانات، والصلاة والزكاة، فانه يضرب مرة، بعد مرة ويفرق الضرب عليه يوما بعد يوم، حي يؤدي الواجب".

وعند استخدام الحامل أو غيره لبطاقة ائتمان ملغاة أو منتهية الصلاحية، مستخدماً طرقاً احتيالية لإقناع التاجر بقبولها في الوفاء بثمن مشترياته، ومن بينها التزوير، أي تغيير تاريخ صلاحية البطاقة أو تغيير اسم حاملها، فانه يكون مرتكباً لجريمة النصب، وجريمة تزوير، وتطبق عليه عقوبة الجريمة الأشد، وهي في الحالتين عقوبة تعزيرية، ولا يعد سارقاً، لتخلف شرط أخذ المال خفية.

لما هو مقرر من أنه عندما يحتال الجاني على الأموال بالتزوير والوسائل الكاذبة، يستعاد المال منه، ويعزر لعدم وجوب حد السرقة، بسبب نقض ركن أخذ المال خفية[3]، وهذا ما يطلق عليه القانون المقارن، جريمة النصب[4].

---

(١) د. وهبة الزحيلي :نظرية الضمان أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ص ١٥٥.

(٢) دار الفكر اللبناني، بيروت ص ٢٣٥.

(٣) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام :للحليّ، مطبعة الآداب في النجف الأشرف، ١٣٨٩هـ ١٩٦٩م حـ ٤ ص ٢٥٥.

(٤) د. عبد العزيز عامر :التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ٣٩٦، ١٩٧٦م، رقم ١٨١ ص ٢١٥.

وإذا اقتصر دور الشخص على تزوير بطاقة الائتمان، كان مسئولاً عن جريمة التزوير المقرر لها عقوبة تعزيرية، فقد جاء في الفتاوى الهندية[1] "إن موجبات التعزير، كتابة الصكوك والخطوط بالتزوير".

هذه بعض تطبيقات للمسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان تخريجاً، على أحكام الكفالة، مما يؤكد تقبل أحكام الفقه الإسلامي لقيام المسئولية الجنائية على ذلك، على النحو المأخوذ به في القانون المقارن.

(١) جـ ٢ ص ١٦٩.

خاتمة البحث

٣٩- أهم النتائج:

(١) أنه يختص تعبير بطاقة الائتمان بالبطاقة التي تسمح للعميل بشراء بضائع أو الحصول على خدمات من منافذ البيع أو الخدمات، شريطة أن يتم الدفع على فترات، حيث يحق للعميل دفع جزء من المبلغ آخر الشهر، بينما يقسط الباقي على شهور تالية بنسبة فائدة، وفق نصوص العقد المبرم بين العميل والمصدر.

(٢) أن بطاقة الائتمان تمثل المرحلة الأخيرة من مراحل التطور في الأدوات المالية، فبعد عصر المقايضة وتبادل السلع، جاء عصر التقييم وفق بعض السلع، ثم التقييم وفق المعادن الثابتة، ثم التقييم بالذهب والفضة، ثم تداول الأوراق النقدية.

(٣) أن التجارة الإلكترونية مباحة شرعاً، إذا كان موضوعها مما يباح التعامل فيه، - لأهميتها في سرعة إنجاز المعاملات المالية والمصرفية والتصرفات، وتطبق عليها القواعد العامة في الإثبات عند حدوث تزييف أو تزوير أو غلط.

(٤) أن معنى الكفالة هو الأظهر في بطاقة الائتمان، عند تكييفها من الوجهة الشرعية، وقد قال بفكرة بطاقة الائتمان الإمام السرخسي في باب - ضمان ما يبايع الرجل" وذلك ضمن أبواب الكفالة.

(٥) أنه يباح شرعاً التعامل ببطاقة الائتمان عند توافر أركان وشروط عقد الكفالة، على ألا يفرض المصدر على الحامل فوائد عند تأخره عن السداد، أو مقابل منحه أجلا للسداد، لأن هذا هو ربا النسيئة المحرم، الذي يجب أن تخلو منه البطاقة، وإلا حرم التعامل بها.

(٦) أن حامل البطاقة يُسأل جنائياً في القانون المقارن والفقه الإسلامي، عندما يخل بشروط عقد إصدار البطاقة، بما يؤدي إلى فسخ هذا العقد أو قفل الحساب الذي تقوم البطاقة بتشغيله، ويمتنع عن رد البطاقة أو يستمر في استخدامها بعد انتهاء مدة صلاحيتها.

(٧) أن حامل البطاقة يسأل جنائياً في القانون المقارن والفقه الإسلامي، عند تعسفه في استخدامها على وجه يضر بمصلحة الاقتصاد القومي، وذلك باستهداف غسل الأموال غير المشروعة، لإضفاء نوع من الشرعية عليها.

(٨) أن غير الحامل يسأل جنائياً عن أخذ بطاقة الحامل بنية استخدامها وإعادتها، أو استخدام بطاقة مسروقة أو مفقودة، وذلك إذا قام شخص بسرقتها أو تزويرها، وقام شخص آخر باستخدامها.

(٩) أن أحكام المسئولية الجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان، تطبق على الاستخدام الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت أو غير الإلكتروني.

٤٠- أهم التوصيات:

(١) يحسن إصدار قوانين تنظيمية وجنائية تحكم عمل بطاقات الائتمان، والاستخدام غير المشروع لها لأنه رغم كفاية نصوص قانون العقوبات لحماية بطاقات الائتمان جنائياً. والتصدي لعدم مشروعية استخدامها، فإن الاختلاف في التكييف القانوني لعقد إصدارها، أدى إلى اختلاف الشراح والقضاء بصدد بعض صور الاستخدام غير المشروع لها.

(٢) يحسن أن تهتم البنوك والشركات التجارية التي تتعامل ببطاقة الائتمان، بالوقوف على كل طرق الاحتيال والتزوير في الاستخدام غير المشروع لها، وتدريب العاملين فيها على ما يستجد في هذا المجال.

(٣) أنه يحسن إعداد برامج على ضوئها يمكن أن يشفر العميل رقم بطاقته بنفسه، ويرسله إلى التاجر المعتمد، والذي بدوره يستطيع فك التشفير، وذلك منعا لاختراق المعلومات المصاحبة لاستخدام بطاقة الائتمان عبر شبكة الإنترنت.

(٤) انه من باب السياسة الشرعية، ينبغي أن يتولى إصدار بطاقات الائتمان مؤسسات مالية إسلامية، حتى تحرص على خلوها من الفائدة الربوية المحرمة شرعاً.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

مرتبة حسب ورودها في البحث

أولاً :باللغة العربية:

(١) **القرآن الكريم.**

(٢) **الخدمات المصرفية الجديدة** :لخليل النجار، مجلة البنوك التي تصدرها جمعية البنوك، الأردن، العدد السادس، المجلد التاسع عشر، يوليه، أغسطس ٢٠٠٠م.

(٣) **الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية** :الدكتور السيد أحمد عبد الخالق، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة التاسعة، العدد الأول، شوال ١٤٢١هـ، يناير ٢٠٠١م.

(٤) **أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية في عقود الإدارة** بدولة الإمارات العربية المتحدة في ظل حكومة دبي الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الانسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية :للدكتور محمد فتوح محمد عثمان، مجلة الأمن والقانون، السنة التاسعة، العدد الأول، ربيع الآخر ١٤٢٢هـ يوليه ٢٠٠١م.

(٥) **العولمة والتحديات الاقتصادية وموقف الدول النامية** :الدكتور خالد سعد زغلول حلمي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الأول، محرم ١٤٢٣هـ مارس ٢٠٠٢م.

(٦) **ظاهرة العولمة، رؤية نقدية** :الدكتور بركات محمد مراد، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، العدد ٨٦، ذو العقدة ١٤٢٢هـ فبراير ٢٠٠١م.

(٧) **الصيرفة الإلكترونية، تطبيق التكنولوجيا للصمود والنجاح في الاقتصاد الجديد** :الدكتور جوزيف طربية، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت، العدد ٢٤٤، المجلد الواحد والعشرون، إبريل ٢٠٠١م.

(٨) **الأشـــباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان** :لابن نجيم، مؤسسة الحلبي ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م.

(٩) **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية** :للسيوطـــي، دار إحياء الكتب العربية.

(١٠) **حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة على ضوء قواعد الفقه الإسلامي** الدكتور علي محيي الدين القره داغي، مؤسسة الرسالة، بيروت ١٩٩٢م.

(١١) **مجلـــس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** :للدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية ٢٠٠١م.

(١٢) **مع مؤتمرات مجمع الفقه الإسلامي** :**الجزء الأول والجزء الثاني** :جمع وترتيب محمد علي التسخيري، مؤسسة الهدى للنشر والتوزيع.

(١٣) **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** :الدكتور محيي الدين اسماعيل علم الدين، الجزء الثاني ١٩٩١م.

(١٤) **ماستر كارد تستكمل خطة توسعها العالمية السريعة في الشرق الأوسط وشمال أفريقيا** :للسيد محمد بلعرج، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت، العدد ٣٥٧، مايو ٢٠٠٢م.

(١٥) **الجوانـــب الشـــرعيـــة والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان** :الدكتور محمد عبد الحليم عمر، إيتراك للنشر والتوزيع، القاهرة ١٩٩٧م.

(١٦) **تسويق الخدمات المصرفية** :للدكتور عوض بدير الحداد، البيان للطباعة والنشر، القاهرة ١٩٩٩م.

(١٧) **عملـــيات البنوك من الوجهة القانونية** :للدكتور علي جمال الدين عوض، دار النهضة العربية ١٩٨٩م.

(١٨) **القـــانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي** :للدكتور جميل عبد الباقي الصغير، دار النهضة العربية ١٩٩٢م.

(١٩) **النظام القانوني لبطاقة الائتمان** :لفداء يحيي أحمد الحمود، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ١٩٩٩م.

(٢٠) **البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية تحليلية** :للدكتور عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان، دار القلم، دمشق، مجمع الفقه الإسلامي، جدة ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

(٢١) **البطاقات البلاستيكية كوسيلة وفاء بالالتزام** :الدكتور سعد محمد سعد، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، الذي نظمته كلية القانون، بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، إربد، الأردن، في الفترة من ٢٢-٢٤ ديسمبر ٢٠٠٢م.

(٢٢) **قانون الأعمال، الجزء الثالث، وسائل الائتمان التجاري وأدوات الدفع في القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م** :للدكتور علي سيد قاسم، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.

(٢٣) **الأوراق التجارية** :للدكتورة سميحة القليوبي، دار النهضة العربية ١٩٩٢م.

(٢٤) **النظام المصرفي والبطاقات البلاستيكية** :للدكتور سحنون محمود، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق.

(٢٥) **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** : العدد ١٠، جزء ٣، ١٩٩٧م.

(٢٦) **مجموعة الفتاوي الشرعية الصادرة عن قطاع الإفتاء والبحوث الشرعية** : إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.

(٢٧) **تطبيق القوانين المستمدة من الشريعة الإسلامية على الأعمال المصرفية، دراسة تطبيقية على النظام المصرفي الباكستاني** :للدكتور درويش صديق جستنية، والدكتور محمد ابن علي القرى، والدكتور محمد نجاة صديقي، والدكتور عبد الرحيم الساعاتي، سلسلة أبحاث مركز الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م.

(٢٨) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** :لابن نجيم، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

(٢٩) **شرح كتاب النيل وشفاء العليل** :لأطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.

(٣٠) **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير** :للصنعاني، دار الجيل، بيروت.

(٣١) **المغني** :**لابن قدامه، ومعه** :**الشرح الكبير** :**للمقدسي**، دار الفكر، بيروت ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م.

(٣٢) **الروض المربع** :**للبهوتي**، دار الكتب العلمية، بيروت.

(٣٣) **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** :للشيخ محمد الخطيب الشربيني، على متن منهاج الطالبين :للنووي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر ١٣٧٤هـ ١٩٥٥م.

(٣٤) **المحلي** :**لابن حزم**، مكتبة دار التراث، القاهرة.

(٣٥) **المبسوط** :**للسرخسي**، دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـ١٩٨٦م.

(٣٦) **رد المحتار** :**لابن عابدين**، علي الدد المختار شرح تنوير الأبصار :للحصفكي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٧م.

(٣٧) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** :للدردير، دار إحياء الكتب العربية.

(٣٨) **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** :لابن رشد، دار الجيل، بيروت، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.

(٣٩) **حاشيتا قليوبي وعميرة**، على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين :للنووي، دار إحياء الكتب العربية.

(٤٠) **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج** :للرملي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.

(٤١) **شرح الخرشي على مختصر سيدي خليل** :المطبعة الخيرية ١٣٠٨هـ.

(٤٢) **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** :للكاساني، مطبعة الإمام، القاهرة.

(٤٣) **شرح فتح القدير** :**للكمال بن الهمام**، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ١٣٨٩هـ، ١٩٧٠م.

(٤٤) **الإحكام في أصول الأحكام** :للآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.

(٤٥) **المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس** :للباجي، دار الكتاب العربي، بيروت.

(٤٦) **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي** :دراسة مقارنة للدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، دار الجيل، بيروت، الدار السودانية للكتب، الخرطوم.

(٤٧) **شرح العناية على الهداية** :للبابرتي، مطبوع أسفل شرح فتح القدير.

(٤٨) **الفتاوى الهندية** :للشيخ نظام، دار إحياء التراث العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.

(٤٩) **المدونة الكبرى** :للإمام مالك بن أنس، دار صادر، بيروت.

(٥٠) **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي** :لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، لدوراته العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة والثالثة عشرة، ١٤٠٨هـ ١٤٠٩هـ ١٤١٠هـ ١٤١١ هـ.

(٥١) **التعزير بالمال** :للدكتور رمضان الشرنباصي، بحث ضمن كتاب الفقه المقارن لمؤلفين آخرين، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، الكويت ١٤٠٩هـ، ١٩٨٩م.

(٥٢) **مشكلة الديون المتأخرة في البنوك الإسلامية :دراسة فقهية لغرامات التأخير والبدائل**، للدكتور علي محيي الدين القره داغي، بحث قدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، بجدة، المنعقد بالدوحة، قطر من ٨-١٢من ذي القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١ -١٦ يناير ٢٠٠٣م.

(٥٣) **إعلام الموقعين عن رب العالمين** :لابن قيم الجوزية، دار الكتب الحديثة، القاهرة ١٣٨٩ هـ ١٩٦٩م

(٥٤) **مسند الإمام أحمد** بن حنبل :المطبعة الميمنية، مصر.

(٥٥) **سنن أبي داود** :المكتبة العصرية، صيدا، بيروت.

(٥٦) **مجموع فتاوي شيخ الإسلام** أحمد بن تيمية :الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ.

(٥٧) **مختصر المزني، مطبوع بهامش الأم** :للإمام الشافعي، كتاب الشعب.

(٥٨) **المجموع شرح المهذب** :للنووي، دار الفكر.

(٥٩) **الحقوق في تفاعلها وتعارضها وأطوارها وضرورة التوازن فيها من الناحية العملية للقانون والعدالة والعمران والأخلاق** :للدكتور عبد السلام ذهني، مكتبة النهضة المصرية ١٩٤٥م.

(٦٠) **مبادئ القانون** :للدكتور جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية.

(٦١) **دور البنوك في مكافحة غسيل الأموال** :للدكتور جلال وفاء محمدين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١م.

(٦٢) **المؤشرات الدالة على اختراق البنوك واستغلالها** :لحسام العبد، مجلة البنوك، الصادرة عن جمعية البنوك، الأردن، المجلد التاسع عشر، العدد الرابع.

(٦٣) **إبلاغ البنوك عن العمليات المالية المشبوهة بين الالتزام والمسئولية في القانون المقارن والفقه الإسلامي** :للدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا، بحث قدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق.

(٦٤) **تطور المكافحة الدولية لغسيل الأموال ومعوقاتها** :للدكتور محمد محيي الدين عوض المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، السنة ١٧، المجلد ١٧، العدد ٣٣، محرم ١٤٢٣هـ إبريل ٢٠٠٢م.

(٦٥) **عمليات البنوك والإفلاس** :للدكتور محمد بهجت عبد الله قايد، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.

(٦٦) **بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية** :للدكتور رفعت فخري أبادير، بدون تاريخ.

(٦٧) **الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة، دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري** :للدكتور جميل عبد الباقي الصغير، دار النهضة العربية ١٩٩٩م.

(٦٨) **مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدوائر الجنائية** :جمع وترتيب محمود عمر.

(٦٩) **جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن** :للدكتور هدى قشقوش، دار النهضة العربية ١٩٩٢م.

(٧٠) **الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء، دراسة مقارنة** :للدكتور عمر سالم، دار النهضة العربية ١٩٩٥م.

(٧١) **في تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة** :للدكتور محمد سليم العوا، مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع، السعودية ١٤٠١هـ ١٩٨١م.

(٧٢) **جريمة الادعاء بتزوير شيك في قانون التجارة الجديد، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**: للدكتور أبوالوفا محمد أبو الوفا، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر العدد الثالث عشر ١٤٢١هـ ١٩٩٧م.

(٧٣) **الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد** :للدكتور محمد أبو العلا عقيدة، دار الفكر العربي ١٩٩٧م.

(٧٤) **مجموعة أحكام النقض المصرية، الدوائر الجنائية.**

(٧٥) **جرائم بطاقة الائتمان، دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها**: للدكتور رياض فتح الله بصلة، دار الشروق، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م.

(٧٦) **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص** :للدكتور محمود نجيب حسني، دار النهضة العربية ١٩٩٨م.

(٧٧) **الحاسب الآلي وتحديات القرن الحادي والعشرين** :للدكتور حسين إبراهيم، مجلة مركز البحوث بأكاديمية الشرطة، القاهرة، العدد ١٤ يوليو ١٩٩٨م.

(٧٨) **الطبيعة القانونية للاستيلاء على الأموال من البنك الآلي، تعليق على حكم محكمة الاستئناف رقم ٨٧/١٥٨٩ جزائي، بالكويت** :للدكتور فاضل نصر الله عوض، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، ذو الحجة ١٤١٨هـ ١٩٩٨م.

(٧٩) **بطاقات الوفاء** :للدكتور فايز رضوان :المطبعة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.

(٨٠) **وجوب أخذ رأي المفتي قبل الحكم بالإعدام، في قانون الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** :للدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥م.

(٨١) **الموافقات في أصول الشريعة** :للشاطبي، دار الفكر العربي.

(٨٢) **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** :للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة بيروت ١٣٩٧هـ ١٩٧٧م.

(٨٣) **صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها** :للدكتور مصطفى أحمد الزرقاء، عمان ١٤٠٨هـ ١٩٨٧م.

(٨٤) **أحكام الكفالة في التشريع الإسلامي** :للدكتور محمد جبر الألفي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، برابطة العالم الإسلامي، السنة الخامسة، العدد السابع ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

(٨٥) **الضمان في الفقه الإسلامي :القسم الثاني، الكفالة، الديات، دراسة مقارنة**، للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي ١٩٩٧م.

(٨٦) **نظرية الضمان، أو أحكام المسئولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة : للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م.

(٨٧) **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** :لابن قيم الجوزية، دار الفكر اللبناني، بيروت.

(٨٨) **شـــرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام** :للحلي، مطبعة الآداب في النجف الأشرف، ١٣٨٩هـــ ١٩٦٩م.

(٨٩) **الـــتعزير في الشريعة الإسلامية** :للدكتور عبد العزيز عامر، دار الفكر العربي ١٣٩٦هـــ ١٩٧٦م.

ثانياً : باللغة الإنجليزية

(90) **EOGHAN Casey**: digital evidence and Computer Crime, New York, acudemic press 2000.

(91) **DRURY.A.C, FERRIER.C.W**. Credit Card, London Butterwrth 1984.

(92) **HOWARD Johson**: Credit Cards, international Banking law, Nevembre 1988.

(93) **LONGLEY, D, SHAIN, M'and CAELLI**, W: information security, STACKTON press 1992.

(94) **MADINGER John, ZAL. A**: mony laundering, aguide for criminal inverstigators, CRC press Boca Raton, London , New York, washington D.C.1999.

ثالثاً : باللغة الفرنسية

(95) JAUFFRET Alfred: droit Commercial, 20 edtion par Jacques meste, libraire generale de droit et de jurisprudence, PARIS 1991.

(96) **DERTRAND andre, LECLECH philippe**: la pratique du droit des cartes, 2 er edition 1989.

(97) **MARTIN.D**: analyse juridique du reglement par carte de payement, Dalloz 1987.

(98) **Bouloc Bernard**: les abus en matiere de procedure penale en matiere de procedure penale, Revue de science criminelle et de droit ompare 1991.

(99) **PIFFAULT jacqueline** : le Blanchiment de capitaux illicites, le Blanchiment de capitaux en droit compare, Revue de science criminelle et de droit penal compare 1999.

(100) **CHASSAING.J.F**: L'interent et le droit penal, Recueil Dalloz, Sirey 1996, Chroniques.

(101) **AUBECLE nadine:** les infractions penales favorisees par l'informatique these montpellier 1.1984.

(102) **Gazette du palais**.

(103) **Revue de trimestrielle de droit commercial**.

(104) **Revue de Banque**.

(105) **CABRILLAC mcihel, Mouly christian**: droit penal de la Banque et du credit, masson, paris, 1982.

(106) **JEANDIDIER milfrid**: droit penal general: Maontchrestien, paris 1988.

(107) **Dalloz, information rapides**.

(108) **JEANDIDIER wilfrid :** droit penal general, Montchrestien, PARIS 1988.

(109) **Bulletin des arrets de la cour de cassation**, chambre criminelle.

(110) **Revue de droit international des systemes electroniques de paiement**.

(111) **RASSAT michel-laure**: droit penal special ,infroctions des et contre les particuliers, Dalloz, DRLTE. 1997.

(112) **Juris – Data**.

العقود الإلكترونية
دراسة فقهية تطبيقية مقارنة

د. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر
كلية التربية بجامعة الملك سعود بالرياض

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء المرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ،،، وبعد

تختلف النظم التشريعية والحضارية في نظرتها إلى العقود والحقوق المالية سواءً في كيفية انعقادها أو في أحكامها وشروطها أو آثارها . فقد كانت بعض القوانين الوضعية تشترط الشكلية في إنعقاد العقود ثم تطورت إلى الرضائية بعد المرور بمراحل مختلفة[1].

أما الشريعة الإسلامية فقد جعلت الرضا منذ البداية هو الأساس في نشأة العقود بأي شكل كانت يقول تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء آية (٢٩)] "أي بطيبة نفس كل واحد منكم"[2] ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم :" إنما البيع عن تراض".[3]

إن منهجية الإسلام في تقريره لهذه القاعدة – الرضا – أساساً لصحة نشأة العقود دلالة أعجاز تشريعي واضح ، يؤكد أنها شريعة خالدة صالحة لكل زمان ومكان وفي كل بيئة ومجتمع.

وقد مرت العصور السابقة بأنواع مختلفة من أشكال انعقاد العقود كالبيع عن طريق الراديو والتلفزيون والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها وها نحن نشهد في السنوات الأخيرة تطوراً

---

[1] انظر في ذلك ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، د. عدنان خالد التركماني ص١٨.

[2] تفسير البغوي ١/٣٣١.

[3] رواه أحمد في مسنده ٣/٥٦٣ وابن ماجه ٢/٧٣٧.

هائلاً في وسائل الأتصال المختلفة وخاصة التقنيات الإلكترونية التي دخلت جميع مجالات الحياة بما فيها المجال التجاري وظهر ما يسمى "بالتسوق الآلي" أو "تجارة الإنترنت" أو "التجارة الإلكترونية" أو "التعاقد عن بعد". عبر شبكة الإنترنت التي ربطت العالم بعضه مع بعض وألغت الحدود الجغرافية والوسائط المالية وأصبح بإمكان تاجر التجزءة أن يشتري مباشرة من المنتج والمستهلك أن يتسوق وهو في منزله.

وقد انتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأسست الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الإنترنت وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حالياً بـ ٢٠% من مجمل التجارة العالمية ويتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال هذا العقد .[١]

وعلى الرغم من أهمية هذا الموضوع ومسيس الحاجة إليه إلا أننا نجد قلة الدراسات الفقهية الشرعية التي تبين أحكامه الخاصة به من منظور إسلامي وتقترح البديل المناسب عند عدم صلاحية بعض أعماله لأحكام الشريعة الإسلامية وتأتي هذه الدراسة المختصرة مشاركة من الباحث في بيان بعض الأحكام المتعلقة بالعقود الإلكترونية في ضوء الشريعة الإسلامية وخاصة تلك الأعمال المتعلقة بنشأة العقد والقانون الذي يجب تطبيقه فيه، وإثباته عن طريق التوقيع الإلكتروني والحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني.[٢]

وقد قسمت البحث إلى المباحث التالية:

- المبحث الأول: انعقاد العقود الإلكترونية.
- المبحث الثاني: القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة.
- المبحث الثالث: إثبات العقود الإلكترونية بالتوقيع الإلكتروني .
- المبحث الرابع: الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني .

---

[١] انظر التجارة الإلكترونية في الوطن العربي . حسن الحفني ص١٩.

[٢] وذلك حسب المحور الثالث من محاور المؤتمر .

ولعل من المناسب قبل ذلك أن نبين مفهوم العقود الإلكترونية.

مفهوم العقود الإلكترونية:

تعريف العقد:

العقد في اللغة العربية يطلق على عدة معان ترجع في مجملها إلى معنى الربط الذي هو نقيض الحل يقال : "عقدت الحبل فهو معقود"[1] فالعقد في أصل اللغة "الشد والربط ثم نقل إلى الأيمان والعقود كعقد المبايعات ونحوها"[2]

أما في الاصطلاح الفقهي فنجد أن للعقد معنيان عام وخاص فالمعنى العام يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه [3].

أما المعنى الخاص فيطلق العقد على كل اتفاق تم بين إدارتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر، وهذا هو المعنى الغالب عند إطلاق الفقهاء للعقد في الاصطلاح الفقهي.[4] ومن التعاريف الوارده على هذا المعنى تعريف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه"[5].وعلى هذا فإن العقد في الاصطلاح الفقهي الشرعي يشمل جميع العقود المالية التي تتضمن طرفين أو أكثر كعقد البيع والإجارة والرهن والحوالة والمسابقة ... الخ كما يتضمن العقود غير المالية كعقد النكاح ونحوه.

---

[1] انظر لسان العرب ٣٠٩/٩ والقاموس المحيط ص ٣٨٣.

[2] أحكام القرآن للجصاص ٢٨٥/٣.

[3] انظر القواعد لابن رجب القاعدة ٥٢ ص٧٨.

[4] انظر في ذلك ضوابط العقد في العقد الإسلامي د. خالد التركماني ص٢٤. وضوابط العقود. د. عبد الحميد البعلي ص٤٤.

[5] مرشد الحيران- لمحمد قدري باشا ، المادة ١٦٨ بتصرف .

تعريف الإلكترون:

الإلكترون عبارة عن شحنات كهربائية دقيقة جداً دائمة الحركة حول جسم هو النواة والذي هو جزء من الذرة[1]، وقد استخدمت الإلكترونيات في التصنيع ودخلت في كثير من المجالات فظهر الراديو الذي يستقبل هذه الموجات الإلكترونية ثم ظهر التلفزيون والتلكس والهاتف والفاكس والحاسب الآلي وغيرها من الأجهزة التي تعمل عن طريق الإلكترونيات[2].

وعلى ذلك فإن العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر هذه الوسائل ونحوها من الآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون.

إلا أن التركيز سينصب في هذه الدراسة على العقود الإلكترونية التي تكون عبر شبكة الإنترنت إذ هي آخر التطورات العلمية حالياً في نقل المعلومات من جهة إلى أخرى، ولذا نجد أن مصطلح التجارة الإلكترونية يطلق على مجموعة العمليات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة عبر شبكة الموقع (web) والبريد الإلكتروني[3].

المبحث الأول

انعقاد العقود الإلكترونية

المطلب الأول: الوصف العملي للتعاقد بطريق الإنترنت:

تتعدد طرق التعاقد عبر الإنترنت ومن أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع ويب (web) والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (Email) والتعاقد بطريق المحادثة والمشاهدة.

أولاً :التعاقد عبر شبكة المواقع (web) :

تعمد كثير من الشركات إلى عرض سلعها وخدماتها على شبكة المواقع web وتقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، ويكون ذلك في موقع خاص

---

[1] انظر الألكترون وأثره في حياتنا – لجين نيدك ص٩.

[2] انظر المرجع السابق وموسوعة الإلكترونيات لمحمد المتنبي (الجزء الأول).

[3] انظر البيع والتجارةعلى الإنترنت . عبد الحميد بسيوني ص٤٥.

بالشركة، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريد عن طريق استخدام الرمز الذي يساعد في الوصول إلى هذه السلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه، بها وبالشركة العارضه لها ومعرفة سعرها ومواصفاتها يقوم بالتعاقد على الشراء بعد التأكد من السعر الفـــردي والإجمالي (في حال شراء مجموعة سلع) وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر العقـــد المتعلـــق بالشراء والمعد من قبل الشركة العارضة والذي يتضمن آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد وغير ذلك من الشروط والمعلومات التي تختلف كثرة وقلـــة بحسب كل شركة أو عقد .

ثانياً: التعاقد عبر البريد الإلكتروني (E,mail) :

يقصد بالبريد الإلكتروني استخدام شبكات الحاسب الآلي في نقل الرسائل بـــدلاً مـــن الوسائل التقليدية، حيث يخصص لكل شخص صندوق بريد إلكتروني خاص به، وهذا الصندوق عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة تستخدم في استقبال الرسائل.

وللتعاقد عبر البريد الإلكتروني أنواع متعددة منها أن بعض الشركات تقوم بإرســـال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا نظر صاحب البريد هذه الرسالة ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة حول التعاقد معهـــم على هذه السلعة أو الخدمة ثم تتم المبايعه كالطريقة السابقة في التعاقد عبر شبكة المواقع.

ثالثاً: التعاقد بالمحادثة عبر الإنترنت :

توجد برامج تتيح للشخص تبادل الحديث صوتياً مع الطرف الآخر بشكل مباشر سواءً كان طرفاً أو أكثر كما يوجد أيضاً برنامج يمكن من خلالة إرسال صور فيـــديو للتعـــبير عـــن الحركة.[1]

---

[1] انظر التعاقد عن طريق الإنترنت . أحمد العجلوني. ص١٦، وتطبيقات الإنترنت في التسويق . د. بشير العلاق ص٢٠، كما تم مقابلة مع بعض الشركات التي لهم مواقع تسويق في الشبكة.

سداد الثمن :

يتم سداد ثمن العقد المبرم عبر الشبكة بعدة طرق من أسهلها استخدام بطاقات الإئتمان (الفيزا كارد والماستر كارد ونحوها) ويكون إعطاء معلومات البطاقة عبر الهاتف أو الفاكس وذلك تجنباً لإرسالها عبر الإنترنت مما يؤدي إلى سرقة المعلومات المتعلقة بالبطاقة.

وقد يكون الدفع عن طريق النقود الإلكترونية (البيتر) حيث يتم تحويل النقود العادية إلى وحدات نقدية إلكترونية يكون من الممكن التعامل بها بشكل آمن عبر شبكة الإنترنت كما يمكن الدفع عبر الشيك المصدق والمصرفي أو الشبكات الإلكترونية وغير ذلك من الطرق المتعددة.[1]

المطلب الثاني: الوصف الفقهي للتعاقد بطريق الإنترنت

من خلال العرض السابق للطريقة التي يتم بها التعاقد عبر الإنترنت يتبين أنها تتم في غالب الحالات بطريقة الكتابة، وقد تكون بالمحادثة عبر الإنترنت أو الإشارات والرموز.

والعقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بكل ما يدل عليه من دون اشتراط صيغة معينة أو شكل محدد.

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير "وينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما"[2].

وقد توسع في بيان هذه القاعدة شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله وبين الأدلة والأمثلة عليها وتعقب القائلين بأن العقد لا يتم إلا بلفظ مخصوص أو شكل محدد، يقول رحمه الله "فأما التزام لفظ مخصوص فليس له أثر ولا نظر، وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة"[3].

---

[1] انظر تفصيل هذه الطرق التجارة الإلكترونية في الوطن العربي. حسن الحفني ص ١٣-١٧ والتعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت . محمد أبو الهيجاء ص٥٤.

[2] ٣/٣ وانظر المغني لابن قدامه ٩/٦ والموافقات للشاطبي ٨٧/٢ .

[3] الفتاوى ١٣/٢٩.

ونجد أن العلماء يتفقون على صحة التعاقد بالكتابة إذا كانت بين غائبين لأن ذلك هو الوسيلة المستطاعة لاتمام العقد ولذا أتت القاعدة المشهورة من أن "الكتابة كالخطاب"[1] والتي تعني أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين.

والإنترنت ما هو إلا آلة معتبرة عرفاً لتوصيل الكتابة فتكون هذه الوسيلة معتبرة شرعاً لعدم تضمنها محذوراً شرعياً، ولأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي التي أجاز العلماء التعاقد بواسطتها[2].

وحيث أن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعاً، وفهم كلا الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله متحقق في التعاقد بطريق الإنترنت سواءً عبر شبكة المواقع (web) أو عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة والمشاهده.

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود وبآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة من ١٧-١٤١٠/٨/٢٣هـ الموافق ١٤-١٩٩٠/٣/١٠م وصدر بذلك القرار رقم (٦/٣/٥٤) ونص على صحة إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة ومنها الحاسب الآلي وبَّين بعض الأحكام المتعلقة به . ونظراً لأهمية القرارات وتعلقها بالموضوع أذكرها. بنصها:

(إن مجمع الفقه الإسلامي في دورته..... وباستحضار ما تعرض له الفقهاء بشأن إبرام العقود بالخطاب وبالكتابة وبالإشارة وبالرسول ، وما تقرر من أن التعاقد بين الحاضرين يشترط له اتحاد المجلس- عدا الوصية والإيصاء والوكالة - وتطابق الإيجاب والقبول، وعدم صدور ما يدل على إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف.

قرر:

---

[1] انظر هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلي حيدر، المادة ٦٩ ج ٦١/١.

[2] انظر ضوابط العقد في الفقه الإسلامي . د. عدنان التركماني ص٧٤.

١- 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 (الكمبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديباجة .

٣- إذا أصدر العارض بهذه الوسائل إيجاباً محدد المدة يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.

٤- إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح لاشتراط الإشهاد فيه ولا الصرف لاشتراط التقابض ولا السلم لاشتراط تعجيل رأس المال .

٥- ما يتعلق باحتمال التزييف أو التزوير أو الغلط يرجع فيه إلى القواعد العامة للاثبات.[1])

طبيعة التعاقد :

يثور تساؤل مهم هو هل التعاقد عن طريق الإنترنت يعتبر بين حاضرين أم بين غائبين؟ من خلال النص الوارد في قرار مجمع الفقه الإسلامي نجد أنه اعتبر التعاقد بطريق الحاسب الآلي بين غائبين وذلك لأن كلا طرفي العقد غائب عن الآخر من حيث المكان، كما أنه يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فالتعاقد بين غائبين من حيث الزمان أيضاً، وذلك قياساً على التعاقد بطريق المراسلة أو البريد العادي.

ولعل هذا يكون صحيحاً في فترة صدور القرار من المجمع (سنة ١٤٠٠هـ- ١٩٩٠م) حيث كان التعاقد عبر الحاسب الآلي يختلف عن التعاقد عن طريقه في هذا الزمن إذ لم توجد

---

[1]) انظر نص القرار مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السادس ج٢/١٢٦٧.

المطلب الثالث : الإيجاب والقبول في التعاقد بطريق الإنترنت

أولاً : تحديد الإيجاب والقبول في التعاقد بطريق الإنترنت :

نبين في البداية أن العلماء – رحمهم الله- اختلفوا في تحديد الإيجاب من القبول في التعاقد، فذهب الجمهور منهم (المالكية، والشافعية ، والحنابلة)[1] إلى أن الإيجاب هو ما صدر من المملك والقبول ما صدر من المتملك سواءً صدر أولاً أم ثانياً.

وذهب الحنفية[2]. إلى أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين والقبول ما صدر ثانياً من المتعاقد الآخر وذلك لأنه قبولٌ ورضى بما أثبته الأول[3]. والاتجاه الأخير (الحنفية) هو الذي أخذت به أكثر الأنظمة في الدول العربية لأنه الأيسر والأسهل في تحديد الموجب من القابل.

وبناءً على هذا الاتجاه (الحنفية) كيف نحدد الإيجاب والقبول في التعاقد عن طريق الإنترنت؟ وبعبارة أخرى هل يعتبر عرض السلعة أو الخدمة من قبل الشركة المنتجة أو المسوقه إيجاباً، وموافقة العميل على التعاقد قبولاً؟ أم أن هذا العرض مجرد دعوة من قبل الشركة للتعاقد، وأن الإيجاب يكون من قبل العميل لأنه هو المبتدئ والقبول هو في موافقة الشركة على العقد إما موافقة صريحة أو ضمنية؟

نقول جواباً عن ذلك: حينما نتأمل الطرق التي يتم بها التعاقد عبر الإنترنت نجد أنها متعددة، ولذا فإن الإيجاب والقبول يختلف بحسب الطريقة التي تم بها التعاقد، وأبرز الطرق المستخدمة حالياً في التعاقد هي: التعاقد عبر شبكة المواقع (web)، والتعاقد عبر البريد الإلكتروني، والتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة، ونبين الإيجاب والقبول في هذه الطرق الثلاث:

---

[1] انظر حاشية الدسوقي علي، الشرح الكبير ٣/٣. والمجموع شرح المهذب ١٦٥/٩. وكشاف القناع ١٦٥/٣.

[2] انظر بدائع الصنائع ١٩٦/٣.

[3] لمزيد من التفصيل في هذه المسألة أنظر ضوابط العقود. د. عبد الحميد اليعلي. ص٨٧. وضوابط العقد في الفقه الإسلامي د.عدنان التركماني ص٤١.

١- **الإيجاب والقبول عبر شبكة المواقع (web)** :

يعتبر الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع (web) إيجاباً من العارض وذلك لأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، والغالب أنه موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد بعينه، فهو لا يختلف في حقيقته عن الإيجاب الصادر مباشرة بين طرفي التعاقد. وفي حالات مستثناة يكون العرض مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً وذلك في الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض كاالإعلان عن وظائف، أو طلب مستأجرين ونحو ذلك.

وفي حالة حدوث تزاحم بين الراغبين بالشراء فالاعتبار يكون بأولوية الوصول إلى علم الموجب، حيث ارتبط القبول بالإيجاب على وجه مشروع فيكون القبول الذي أتى بعد نفاذ الكمية وارداً على محل غير موجود.

٢- الإيجاب والقبول عبر البريد الإلكتروني (E,mail):

إذا كان العرض للسلعة أو الخدمة قد تم عبر البريد الإلكتروني وكانت حالة الاتصال بالكتابة مباشرة، فإن الإيجاب هو الذي صدر أولاً والذي هو من العارض ، وعلى الراغب في التعاقد القبول أو الرفض.

أما إذا كانت حالة الاتصال ليست مباشرة بحيث توجد فترة زمنية تفصل ما بين الإيجاب والقبول، كما إذا كان العرض موجهاً إلى شخص محدد أو لعدة أشخاص في آن واحد فإن الإيجاب هو ما صدر أولاً وعلى الموجب (العارض) أن يبقى على إيجابه إذا كانت المدة محددة وليس له الرجوع عنه (المادة الثالثة من قرار المجمع السابق عرضه).

وإذا كانت المدة غير محددة فإنه يمكن استخلاص المدة بحسب طبيعة الإيجاب وموضوعه والأعراف المتداولة لهذا الإيجاب.

٣- الإيجاب والقبول عبر المحادثة أو المشاهدة:

إذا كان التعاقد بطريقة الإنترنت تم عبر المحادثة أو المشاهدة فإن الموجب هو من بدأ أولاً بالعرض وله أن يستمر في إيجابه خلال مجلس التعاقد وله أن يتراجع عن إيجابه قبل اقترانه بالقبول،

الخيارات في مجلس العقد:

يرتب العلماء في حال انشغال المتعاقدين بالعقد (مجلس العقد) وحتى الانتهاء بالتفرق ثلاث خيارات هي:

١- خيار الرجوع: فيحق للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل أن يتصل به القبول وهذا عند جمهور العلماء[١]، غير أن المالكية يستثنون من خيار الرجوع حالتين يكون الإيجاب فيها باتاً غير قابل للرجوع مادام مجلس العقد باقياً لم ينتبه وهاتان الحالتان هما: إذا كان الإيجاب بصيغة الماضي، أو كان العقد متعلقاً بالتبرعات[٢].

٢- خيار القبول: وهو أن يكون للقابل الحق في الرفض أو القبول مادام جميعاً في مجلس العقد، إلا إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل قبوله ويخالف في هذا الخيار الشافعية حيث يشترطون الفورية بين الإيجاب والقبول وعدم وجود الفاصل الزمني أو اللفظي بينهما[٣].

٣- خيار المجلس: وهو أن يكون لكل من الموجب والقابل الحق في فسخ العقد بعد صدور الإيجاب والقبول منهما ماداما في مجلس العقد.

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء[٤] رحمهم الله مستدلين بحديث عبدالله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "البيعان، كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار" وفي رواية: "إذا يتابع الرجلان فكل واحد مهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو خير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا و لم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع[٥]".

---

[1] أنظر في فتح القدير ٢٥٣/٦ والمجموع ١٦٩/٩ والمغني ١٠/٦.

[2] أنظر حاشية الدسوقي لشرح الكبير ٣/٤ وشرح فتح الجليل ٤٦٤/٢.

[3] أنظر المراجع السابقة ومغني المحتاج ٦/٢.

[4] أنظر المراجع السابقة.

[5] أخرجه البخاري في صحيحه ٣٣٢/٤ ومسلم ١١٦٤/٣.

وذهب الحنفية والمالكية[1] إلى عدم القول بخيار المجلس وأن العقد يكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول إذا توفرت شروطه وليس لأحد العاقدين الفسخ إلا إذا اشترط الخيار وحملوا التفرق الوارد في الحديث على التفرق بالأقوال دون الأبدان.

والذي يظهر للباحث هو قول جمهور الفقهاء رحمهم الله لوضوح النص من الحديث الدال على ثبوت خيار المجلس مادام المتعاقدين لم يتفرقا "مالم يتفرقا وكانا جميعاً". ولكن هذا التفرق لم يرد تفسيره في الشرع وليس له حد معين في اللغة فيرجع فيه إلى العرف، جاء في المغنى لابن قدامة "المرجع في التفرق إلى عرف الناس وعاداتهم فيما يعدون تفرقاً، لأن الشارع علق عليه حكماً و لم يبينه فدل على أنه أراد مايعرفه الناس كالقبض والإحراز .. فالمفارقة أن يفارق من بيت إلى بيت أو إلى مجلس أو صفة[2]".

مجلس العقد في التعاقد بطريق الإنترنت:

يختلف مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت ومن ثم الخيارات الواردة فيه حسب الطريقة التي تم بها هذا التعاقد.

ففي التعاقد عبر شبكة المواقع (Web) يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع.

وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدء من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع.

أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين اطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

---

[1] أنظر القدير ٧٨/٥ وبدائع الصنائع ١٣٤/٥ والشرح الكبير على مختصر خليل ٨١/٣

[2] ١٢/٦ وأنظر المجموع شرح المهذب ١٨٠/٩.

٣- ما يترتب على القول بصحة عقد النكاح بطريق الإنترنت من الأضرار والمفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شرع من أجلها.

فلهذه الأسباب ولغيرها أرى أن عقد النكاح لا يصح ـــ حالياً ـــ بطريق الإنترنت والله أعلم.

(٢) عقد الصرف:

عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد سواء بجنسه أو غير جنسه[١]، ومن شروط صحته في الشريعة الإسلامية التقابض قبل الافتراق بين المتعاقدين لقوله صلى الله عليه وسلم "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد"[٢].

وعدم تحقيق هذا الشرط يوقع في ربا النسيئة وهو التأخير[٣]، والتصارف بطريق الإنترنت يختلف حكمه بحسب الطريقة التي تم بها العقد.

فإذا تم التعاقد على الصرف مباشرة سواء عبر شبكة المواقع (Web) أو البريد الإلكتروني المباشر أو المحادثة وتم تنفيذ العقد بتحويل المبلغ محل العقد من حساب كل من الطرفين إلى الآخر عن طريق الشيك المصرفي أو النقود الإلكترونية ((البيتر) أو الحوالة البنكية المباشرة أو غير ذلك من الوسائل والطرق التي تجعل التقابض متحققاً في الحال بين الطرفين فإن العقد صحيح.

وذلك لأن التقابض ليس مقصوراً على التقابض الحقيقي بين الطرفين مباشرة وإنما يكون أيضاً بالقبض الحكمي كالقيد المصرفي في حساب العميل بطريقة الحوالة المصرفية أو الإنترنت المصرفي، وهذا ما صدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (٥٥/٤/٦) بشأن القبض وصوره المستجدة حيث نص على أن من صور القبض الحكمي المعتبرة شرعاً وعرفاً مايلي:

(١- القيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب العميل في الحالات التالية:

---

[1] انظر المغني ٥٢/٦.

[2] أخرجه مسلم في صحيحة في باب الصرف من كتاب المساقاة ١٢١٠/٣.

[3] أنظر المغني ٥٣/٦ ومابعدها.

(أ) إذا أودع في حساب العميل مبلغاً من المال مباشرة أو بحوالة مصرفية.

(ب) إذا عقد العميل عقد صرف ناجز بينه وبين المصرف في حال شراء عملة بعملة أخرى لحساب العميل.

(ج) إذا اقتطع المصرف بأمر العميل، مبلغاً من حساب له إلى حساب آخر بعملة أخرى في المصرف نفسه أو غيره لصالح العميل أو لمستفيد آخر.

ويغتفر تأخير القيد المصرفي بالصورة التي يتمكن المستفيد بها من التسليم الفعلي للمدد المتعارف عليها في أسواق التعامل على أنه لا يجوز للمستفيد أن يتصرف في العملة خلال المدة المغتفرة إلا بعد أن يحصل أثر القيد المصرفي بإمكان التسليم الفعلي.

٢- تسلم الشيك إذا كان له رصيد قابل للسحب بالعملة المكتوب بها عند استيفائه وحجزه من قبل المصرف).

وعلى ذلك فإن ما ذهب إليه قرار المجمع السابق ذكره فيما يتعلق باستثناء عقد الصرف من صحة التعاقد بطريق الإنترنت يعتبر صحيحاً في حالة كون التعاقد يتم عبر البريد الإلكتروني بشكل غير مباشر كما هو الحال حين صدور القرار (سنة ١٤١٠هـ، ١٩٩٠م).

أما في العصر الحالي فالأمر تغير عما كان عليه العمل سابقاً وأصبح بالإمكان تحويل النقود مباشرة من كلا الطرفين إلى الطرف الآخر عن طريق وسائل متعددة مما يحقق شرط التقابض الحكمي الذي يقوم مقام التقابض الحقيقي.

ونلخص إلى أنه يصح عقد الصرف بطريق الإنترنت إذا توفر شرط التقابض. والله أعلم.

٣- عقد السلم:

السلم هو: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد.

ومن شروط صحته تعجيل رأس مال السلم بأن يتم قبضه في مجلس العقد[1] وأجاز المالكية تأخيره اليومين والثلاثة[1].

[1] أنظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٩٥/٣ والقوانين الفقهية ص ٢٦٩.

[الشورى ٩] ويستوي في ذلك أن يكون الخصوم من جميعاً أو من المسلمين وغيرهم[١]. قال تعالى : ﴿ وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾ [المائدة ٤٩] وقال تعالى :﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنْ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [المائدة ٥٠]، وقال : ﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء ٦٥] .

ووصف جلّ وعلا من لم يحكم بما أنزل بالكفر والظلم والفسوق، وبيَّن سبحانه وتعالى أن من شأن المنافقين أنهم إذا دعو إلى من يحكم بينهم وكان الحق عليهم يحكِّمون غير دين الله، وإن يكن الحق لهم يحكمون دين الله [٢].

ومن خلال هذه النصوص القرآنية الكريمة يتبين لنا بوضوح وجلاء وجوب تحكيم شرع الله، وحرمة تحكيم شرع الجاهلية، وعلى ذلك فإن الاتفاق على تحكيم قانون ليس مستمداً من الشريعة الإسلامية اتفاق باطل غير صحيح ولا يعمل به، لأنه شرط "أحل حراماً" .

أما إذا كان الاتفاق على قانون دولة أو جهة تحكِّم الشريعة الإسلامية في تعاملاتها وتحكم وفق ما شرع الله فإنّ هذا الاتفاق صحيح ويعمل به بين الأطراف .

ثالثاً: الواقع والحلول المقترحة:

ما سبق أن قررناه من وجوب أن يكون القانون المحكَّم راجعاً إلى الشريعة الإسلامية ومستمداً منها محل إتفاق لا نزاع فيه، ولكن الوضع العملي للتعاقد بطريق الإنترنت حالياً قد لا يساعد على تطبيق هذه القاعدة الرئيسية من قواعد الدين الإسلامي، ذلك أن الشركات المتواجدة عبر شاشات العرض لدول اجنبية غير إسلامية، أو في دول إسلامية ولكن لا تحكم بالشريعة الإسلامية، وغالباً ما يكون العقد المعد من قبل الشركة العارضة موجوداً به أسم القانون الذي

---

(١) انظر تفسير البغوي ٢/٣٤-٣٥، الآيات ٤٨-٤٩ من سورة المائدة.

(٢) الآيات : ٤٩-٥٠ من سورة النور.

يحكم العقد، فكيف نوفق بين هذا الأساس في الدين الإسلامي وهو تحكيم شرع الله وبين الوضع العملي المنتشر حالياً؟ وما هي الحلول المناسبة لهذا الأمر ؟

أننا نجد أنفسنا بين خيارين هما :

الخيار الأول: أن نرضى بالأمر الواقع ونسلم به وهو التحاكم إلى تلك الأنظمة والقوانين بدعوى الضرورة والحاجة.

وهذا الخيار غير معتبر لأن تحكيم الشريعة الإسلامية أمر لا خيار فيه وليس متروكاً لرغبات المتعاقدين وإرادتهم، وقد نفى الله سبحانه وتعالى الإيمان عن الذين يصدون ويعرضون عن تحكيم شرع الله فقد أخرج ابن جرير الطبري في تفسيره[1] أن رجلاً يزعم أنه مسلم كان بينه وبين رجل من اليهود خصومة، فقال اليهودي : أحاكمك إلى أهل دينك لأنه قد علم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يأخذ رشوة في الحكم وأبى المسلم فنزل قوله تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنزِلَ إِلَيْكَ وَمَا أُنزِلَ مِنْ قَبْلِكَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَيُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالاً بَعِيدًا (٦٠) وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْا إِلَى مَا أَنزَلَ اللَّهُ وَإِلَى الرَّسُولِ رَأَيْتَ الْمُنَافِقِينَ يَصُدُّونَ عَنْكَ صُدُودًا﴾ [النساء ٦٠-٦١] وقريباً منها الآيات من سورة النور ﴿ وَيَقُولُونَ آمَنَّا بِاللَّهِ وَبِالرَّسُولِ وَأَطَعْنَا ثُمَّ يَتَوَلَّى فَرِيقٌ مِنْهُمْ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَمَا أُوْلَئِكَ بِالْمُؤْمِنِينَ(٤٧) وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ﴾ [النور ٤٧-٤٨].

أما قاعدة الضرورة والحاجة فإنها غير متوفرة في هذه الحالة إلا في حالات مستثناه لا تنطبق على أكثر حالات التعاقد بطريق الإنترنت.

الخيار الثاني: البحث عن حلول مناسبة تتفق مع هذا الأساس في الدين الإسلامي ومن الحلول المقترحة والمناسبة للتطبيق ما يلي :

---

[1] تفسير الطبري ١٥٥/٤ وانظر تفسير البغوي ٢٩٩/٣.

٢. ما يمتاز به التحكيم من السرعة في فصل الخصومة، والسرية، وقلة التكاليف والرسوم وأتعاب المحامين .

٣. أن التحكيم أصبح في العصر الحالي الوسيلة الرديفة للقضاء وخاصة تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ أو تفسير الأنظمة .

٤. أن أكثر الأنظمة تعتبر بالتحكيم المطلق الذي يجيز للطرفين المتحاكمين توليه محكم يفصل بينهما بمقتضى العدالة والإنصاف[١].

المطلب الثاني : المحكمة المختصة

عقود التجارة الإلكترونية تتم في الغالب بين أطراف مقيمين في أماكن مختلفة أما في دولة واحدة أو دول متعددة، وهنا يأتي السؤال بعد تحديد القانون الذي يحكم العقد عن المحكمة المختصة بالنظر فيه؟

تختلف الأنظمة الدولية في الاختصاص القضائي لقضايا التجارة والعقود الإلكترونية على اتجاهات مختلفة منها :

١. أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي اتفق عليها المتعاقدان وذلك من أجل التيسير على المدعي حتى يتمكن من الحصول على الحماية القضائية المطلوبة .

٢. أن الاختصاص القضائي يكون لمحكمة إبرام العقد أو تنفيذه وهذا الاتجاه تأخذ به بعض الأنظمة العربية[١].

٣. أن الاختصاص القضائي يكون للمحكمة التي فيها إقامة المدعي عليه.[٢][٣]

---

[١] انظر في ذلك المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون وهو بعنوان (التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون) ١٤٢١- ٢٠٠٠م. معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، والتحكيم في الشريعة الإسلامية، عبد الله بن محمد الخنين ص٣٩ وما بعدها .

[١] انظر مثلاً قانون المرافعات المصري (المادة ٣٠ الفقرة الثانية).

[٢] وهو ما تأخذ به المملكة العربية السعودية انظر التعميم رقم (٢/٢٣٩٤) ويرد على ذلك استثناءات متعددة.

[٣] انظر النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية د. عبد الفتاح حجازي ١/١٧٤.

المحكمة المختصة في الفقه الإسلامي :

بحث الفقهاء رحمهم الله المحكمة المختصة عند التنازع تحت مسمى "القاضي المختص" وقد اختلف العلماء رحمهم الله في تحديد القاضي المختص بالنظر في النزاع بين المدعي والمدعى عليه عند الاختلاف المكاني بينهم مع اتفاقهم على أنه إذا كان الخصوم ومحل الدعوى في مكان واحد (أي مدينة واحده) فإن الدعوى تقام عند قاضي المدينة أما إذا اختلفوا في محل الإقامة أو كان محل الدعوى في مدينة أخرى فإن العلماء اختلفوا في القاضي المختص على أربعة أقوال نذكرها بإيجاز وهي:[1]

القول الأول: أن القاضي المختص هو قاضي المدعي : وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية.[2]

ووجه ما ذهبوا إليه: أن المدعي هو المنشئ للخصومة وهو صاحب الحق فيها فله الحق أن يقيم الدعوى عند قاضيه أو قاضي خصمه.

القول الثاني : أنه لا يوجد قاضي مختص وإنما تقام الدعوى أمام أي قاضي بصرف النظر عن محلات المتداعين وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية والمالكية [3]

القول الثالث : أن القاضي المختص هو قاضي المدعى عليه وهذا هو المعتمد عن الحنفية وقول لبعض المالكية[4]. ووجه ما ذهبوا إليه : أنّ الأصل براءه ذمة المدعي عليه فكان أولى بعدم الكلفة عليه بالانتقال إلى محل الخصوم وتعطيل مصالحه حتى يثبت شغل ذمته .

---

[1] انظر في تفصيل هذه الأقوال الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي بحث ماجستير – جامعة أم القرى – مكة المكرمة – ناصر بن محمد الغامدي ص٤١٨.

[2] انظر البحر الرائق ١٩٢/٧، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٢٩/٤ ومغني المحتاج ٢٦٩/٦ وكشاف القناع ٢٩٢/٦.

[3] أنظر البحر الرائق ٢٨٠/٦ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤ وهذا القول راجع في حقيقة الأمر إلى القول الأول حيث أن القاضي إذا لم يكن محدداً فأن المدعي سيقيم الدعوى أينما يريد وهذا هو مؤدي القول الأول .

القول الرابع: أن القاضي المختص هو قاضي المكان الذي فيه محل الدعوى وذلك إذا كانت الدعوى تتعلق بعقار.وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية وبعض المالكية[٣]

الرأي المختار للعقود الإلكترونية:

بعد عرض الأقوال تبين أن لكل قول وجاهته وحظه من النظر ، وأنه لا يوجد نص صريح في تحديد جهة التقاضي ولذا فالمسألة تحكمها القواعد العامة للشريعة الإسلامية التي تعود إلى تحقيق العدل والإنصاف للمظلوم.

ولعل من المناسب في العقود الإلكترونية العمل بما ذهب إليه جمهور العلماء من أن القاضي المختص هو قاضي المدعي بصفته صاحب الحق في الخصومة وذلك لما عليه الحال في التعاقد عبر الإنترنت حيث أن المستهلك هو الطرف الأضعف في العقد فإذا تضرر منه بسبب عدم مطابقة السلعة للإعلان أو الوصف أو عدم تنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه ونحو ذلك فيكون غالباً هو المدعي، وهذا يحقق حماية المستهلك من تلاعب الشركات العالمية التي قد تستخدم وسائل للدعاية والتسويق فيها شيء من الأغراء فكان من المناسب حماية المستهلك في هذا الحال ، مع مراعاة ما اتفق عليه أطراف التعاقد والمكان الذي فيه محل الدعوى وذلك حسب ما يراه قاضي الموضوع المختص.وفي جميع الحالات يلزم التقيد بقاعدة الشرعية بأن تكون المحكمة التي تنفذ الموضوع محكمة شرعية. والله أعلم ..

المبحث الثالث

إثبات العقود الإلكترنية (التوقيع الإلكتروني)

المطلب الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني وأهميته :

يعتبر التوقيع من العناصر المهمة والضرروية للكتابة حتى يكون لها قوة في الإثبات .

---

[١] انظر البحر الرائق ١٩٢/٧ والتاج والإكليل للمواق ١٤٦/٩.

[٢] انظر البحر الرائق ٢٨٠/٦ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٤/٤.

والتوقيع عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص استعماله للتعبير عن موافقته على المكتوب في المستند، ويتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة الاسم أو اللقب، أو بعلامة رمزية بحيث يتكّون التوقيع من الأحرف الأولى للأسم واللقب، وقد يكون التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع[1].

وقد كان التوقيع العادي هو المستخدم في جميع المستندات وغالباً ما يوضع في آخر المستند لأهميته وحرصاً على وضوحه.

وبعد استخدام بطاقات الائتمان والحاسب الآلي ظهرت الحاجة إلى توقيع آخر يقوم مقام التوقيع العادي على المستندات الورقية فظهر التوقيع الإلكتروني[2].

والتوقيع الإلكتروني عبارة عن ملف رقمي صغير يصدر عن أحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة، والمعترف بها من قبل الحكومة، وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة كرقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها ونحو ذلك[3].

وللتوقيع الإلكتروني صورتان:

١- التوقيع الرقمي (الكودي) وذلك عن طريق استعمال عدة أرقام يتم تركيبها لتكّون في النهاية كوداً خاصاً يتم التوقيع به.

٢- التوقيع بالقلم الإلكتروني: ويتم ذلك عن طريق استخدام قلم إلكتروني حسابي يمكن عن طريق الكتابة على شاشة الحاسب الآلي باستخدام برنامج مخصص لذلك[4].

---

[1] انظر أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية د. محمد حسن قاسم ص١٥٨.

[2] انظر التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت ، محمد أبو الهيجاء، ٦٠/٥٦ ومدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات بحث مقدم المؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي المنعقد من ٤-١٩٨٩/١١/٧ – انظر مجموعة أبحاث المؤتمر .

[3] انظر النظام القانوني لحمايته التجارية الإلكترونية د. عبد الفتاح حجازي ١٨٢/١، والتجارة الإلكترونية في الوطن العربي ص١٧ والتحكيم بواسطة الإنترنت محمد أبو الهيجاء ص٨٧.

[4] انظر النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية د. عبد الفتاح حجازي ١٩٠/١-١٩٨.

وقد اعترفت بعض الدول بالتوقيع الإلكتروني وساوت بينه وبين التوقيع العادي في الإثبات[٥].

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في الفقه الإسلامي

يعدُّ أول ظهور للتوقيع [١] في استخدامه في المحررات الرسمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية بعد غزوة الحديبية حيث أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكاتب الملوك في الدول المجاورة ويدعوهم إلى الإسلام قياماً بالواجب من تبليغ رسالات الله إلى الناس كافة، فقيل له صلى الله عليه وسلم إنهم لا يقرأون كتاباً إلا وهو مختوم، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بصنع خاتم ونقش عليه "محمد رسول الله" واستخدمه في التوقيع على المحررات الرسمية التي تصدر منه صلى الله عليه وسلم إلى الملوك [٢].

واستمر استخدام التوقيع بالختم بعد عصر النبي صلى الله عليه وسلم في القرون الإسلامية الأولى فعن الأمام "مالك رحمه الله أنه قال" كان الأمر القديم إجازة الخواتيم"[٣].

وقد بحث العلماء رحمهم الله تأكيد المحررات بالتوقيع وأوردوا لها أسماء متعددة حسب الجهة التي تصدر منها (السلطان أو القاضي أو الأفراد) ومن تسمياتها: الصك والحجة والسجل والوثيقة، كما بينوا تأكيدها بالاشهاد عليها خاصة إذا خيف التزوير.[٤]

ولما كان المقصود من التوقيع تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره ودلالة على رضاه بمضمونه والتزامه به فقد تطورت صوره وأنواعه وخاصة في العصور المتأخرة وكان من آخرها التوقيع الإلكتروني بأنواعه المختلفة.

---

[١] جاء في القاموس المحيط والتوقيع ما يوقع في الكتاب ، ص٩٩٨.

[٢] انظر الرحيق المختوم لمبار كفوري ص٤٦٦ والحديث أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ٨٧٢/٢.

[٣] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٦٠/٤. وانظر وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية د. محمد مصطفى الزحيلي ص٤٧٤.

[٤] انظر وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية د. محمد مصطفى الزحيلي ص٤٧٤.

والذي يظهر للباحث صحة استخدام التوقيع الإلكتروني وخاصة التوقيع الرقمي لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي، وأن هذا يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية وذلك لما يلي:

١. أن وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية غير محصورة في عدد معين أو شكل محدد على القول الراجح بل تشمل كل وسيلة يبيَّن فيها الحق وتوصل إلى العدل[٥].

٢. أن القصد من التوقيع دلالته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة التي وقّع عليها وهذا متحقق في التوقيع الإلكتروني كما هو متحقق في التوقيع التقليدي إن لم يكن أكثر.

٣. أن الكتابة ليست محصورة بشيء معين كالورق بل تصح على الأشجار والأحجار والجلود وغيرها وكان هذا مستخدماً في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم، فكذلك التوقيع ليس محصوراً بالطريقة العادية من الأمضاء باليد أو الختم أو بصمة الأصبع بل يصح بالرقم من خلال معادلات رياضية لا يمكن إعادتها لصيغتها المقروءة إلا من قبل الشخص الذي له المعادلة، خاصة وأن هذا التوقيع منسجم مع الكتابة المستخدمة فيه وهو المحرر الإلكتروني حيث يتم وضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها على شرائط ممغنطة أو أقراص CD، وهذا يتحقق في التوقيع الإلكتروني فهو يدل على شخصية الموقّع وعلاقته بالواقعه المنسوبة إليه إلى أن يثبت خلاف ذلك. وللإمام ابن القيم كلام قيم في القرائن الكتابية وحجتها في الإثبات يقول رحمه الله: "فإن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبة فإذا عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دال على القصد والإرادة وغاية ما يقدر اشتباه الخطوط وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات"[٢]

---

[١] وهذا هو قول العلامة شمس الدين ابن قيم الجوزية فقد أفاض في بيان هذه القاعدة في كتابه االطرق الحكيمة في السياسة الشرعية .

[٢] الطرق الحكمة في السياسة الشرعية ص٢٠٣.

٤. أن التوقيع الإلكتروني الرقمي يحدد هدية المرسل والمستقبل ، ويحافظ على مستوى الأمن والخصوصية لدى المتعاملين على الشبكة من حيث سرية المعلومات والرسائل بشكل لا يستطيع معه الأجنبي الاطلاع عليها وهذه المزايا وغيرها تؤكد صحة استخدام التوقيع الإلكتروني في الإثبات على المحررات الإلكترونية.

المبحث الرابع

الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني أهمية رئيسية في التجارة الإلكترونية، فعن طريقه يتم تأكيد العقود والاتفاقيات التجارية ، وتحديد هوية المرسل والمستقبل ، والتأكد من صحة وصدق البيانات ..الخ ونظراً لهذه الأهمية فإن من الضروري وجود حماية جنائية للتوقيع الإلكتروني إذا أن الاعتداء عليه يعتبر اعتداء على مضمون التجارة الإلكترونية وليس فقط على البيانات المتعلقة بها [١].

وقد قامت بعض الدول العربية بالنص على تجريم بعض الأعمال المتعلقة بالاعتداء على التوقيع الإلكتروني ووضع العقوبات المناسبة لهذه الجرائم.

ومن هذه الجرائم ما يلي :

١- الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني .

٢- جريمة صنع أو حيازة برنامج لأعداد توقيع إلكتروني .

٣- جريمة تزوير وتقليد المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[٢].

الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني في الفقه الإسلامي :

اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ الأموال، وأمرت باتخاذ الوسائل الكفيلة بحفظها ، وشَّرعت العقوبات الرادعة لمن يتجرأ عليها أو يحاول الاعتداء عليها بالتزييف أو التزوير أو غير ذلك .

---

[١] انظر القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، د. عبد الفتاح حجازي ٢/٢٩٤.

[٢] المواد (٢٦-٢٨) من مشروع التجارية الإلكترونية المصري وانظر المرجع السابق ٢/٢٩٦/٣٠٤.

وقد حرَّم الله عز وجل أكل الأموال بالحيل الماكرة والطرق الملتوية قال تعالى : ﴿ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [البقرة ١٨٨] وأباحت الشريعة الإسلامية للإنسان المدافعة عن ماله إذ اعتدى عليه ولو باستعمال القوة وأن "من قتل دون ماله فهو شهيد"[١].

وجعلت كل من تسبب في اتلاف مال متقوم بغير حق فإنه يضمنه حتى لو كان ذلك بطريق الخطأ[٢].

وهذه الأمور وغيرها تبين مدى حرص الشريعة الإسلامية على إيجاد الحماية الجنائية للأموال ذاتها وعلى وسائل حفظها أيضاً .

وبما أن الاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو محاولة القيام بذلك يترتب عليه مخاطر كبيره على المجني عليه خاصة وعلى التجارة والإلكترونية عامة حيث يؤدي إلى استخدام هذا التوقيع في المعاملات والحقوق المالية مما يسبب سرقة الأموال وضياعها فإن وضع الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصه وحرمة الاعتداء عليها بأي وجه كان.

والعقوبات في الشريعة الإسلامية ثلاثة أقسام:

١) الحدود: وهي العقوبات المقدرة شرعاً لحق الله تعالى وهي حد الزنا والقذف والشرب والسرقة والحراب والردة.

٢) القصاص: وهي عقوبة مقدرة شرعاً لحق الأفراد ، فمن حق المجني عليه أو ورثته أن يستوفيه أو يعفو عنه ، وهو قسمان: في النفس، وفي الأطراف .

٣) التعزيرات : وهي عقوبات غير مقدرة شرعاً، وإنما ترك شأنها وتقديرها إلى ولي أمر المسلمين.[٣]

---

[١] أخرجه البخاري في باب من قتل دون ماله من كتاب المظالم ١٧٩/٣، ومسلم في كتاب الإيمان ١٢٥/١.

(٢) انظر في حفظ المال وأهميته : الإسلام مقاصده وخصائصه – لمحمد عقله ص ٢٠٩-٢٢٤.

[٣] انظر بدائع الصنائع ٦٣/٧ والشرح الكبير شرح مختصر خليل ٣٥٤/٤ والكافي لابن قدامه ٤٣٩/٥.

فمن حكم الشارع أن جعل لولي الأمر مجالاً لينظر الجرائم التي تقع في عصره والتي تكون مخالفة لأحكام الشريعة ومقاصدها فيضع لها العقوبات الرادعة الزاجرة ويقدر العقوبات المناسبة لكل جريمة شدةً وضعفاً بحسب نوعها وعظمها وآثارها[1]، يقول الخليفة الخامس عمر بن عبد العزيز رحمه الله (يحدُّ للناس من أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور).

والاعتداء على التوقيع الإلكتروني أو محاولة القيام بذلك يعتبر جريمة بحد ذاته سواءً كان بصنع برنامج لإعداد توقيع إلكتروني بدون إذن الجهة صاحبة الصلاحية، أو تزوير وتقليد التوقيع الإلكتروني، أو الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو وغير ذلك من الجرائم التي تقع على التوقيع الإلكتروني.

ووضع عقوبة محددة على هذه الجرائم هو من باب التعزير الموكول إلى ولي أمر المسلمين سواءً بنفسه أو عن طريق السلطة التنظيمية في الدولة الإسلامية التي تتولى تحديد الجرائم ووضع العقوبات المناسبة لها.

الخاتمة

أحمد الله الذي يسر عليَّ اتمام هذا البحث وإنجازه ، وأذكر في نهايته أهم النتائج التي توصلت إليها وهي ما يلي:

١. أن الشريعة الإسلامية جعلت الرضا هو الأساس في انعقاد العقود من دون تحديد لفظ معين أو شكل محدد مما جعل أحكام الشريعة تستوعب ما استجد من طرق وأشكال لانعقادها العقود ومنها "التعاقد بطريق الإنترنت".

٢. العقود الإلكترونية هي العقود والتي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون ومن آخرها وأهمها التعاقد بطريق الإنترنت.

٣. للتعاقد بطريق الإنترنت عدة طرق من أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع (web) والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (E,mail) والتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة .

---

[1] انظر التشريع الجنائي الإسلامي – عبد القادر عودة ١٠/١٢٩.

٤. العقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بكل ما يدل عليها من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما .

٥. الإنترنت عبارة عن آلة معتبرة عرفاً لتوصيل الكتابة وهذه الوسيلة معتبرة شرعاً لعدم تضمنها محذوراً شرعياً ، ولأنها شبيهه بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي .

٦. التعاقد في طريق الإنترنت يعتبر من حيث الأصل تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبياً تفصل بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد يكون بين غائبين زماناً ومكاناً.

٧. بناءً على قول الحنفية في أن الإيجاب ما صدر أولاً والقبول ما صدر ثانياً فإن الإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع (web) يعتبر إيجاباً من العارض إلا في بعض الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض فإن الإعلان يعتبر في هذه الحالة وأمثالها دعوة للتعاقد وليس إيجاباً .

وقريباً من ذلك إذا كان العرض عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة والمشاهدة.

٨. يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) أن يكونا واضحين ودالين على إرادة التعاقد، وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب ومتصلاً به وهذه الشروط متحققه في التعاقد بطريق الإنترنت

٩. يبدأ مجلس العقد في التعاقد بطريقة الإنترنت من بداية دخول الراغب في التعاقد إلى موقع الشركة العارضة عبر شبكة المواقع (web) ويستمر حتى خروجه من الموقع .

وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني المباشر يبتدئ المجلس من صدور الإيجاب ويستمر حتى خروجه من الموقع. وكذا في التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة.

أما في التعاقد عبر البريد الإلكتروني الذي لم يتم مباشرة فإن المجلس يبتدئ من أطلاع القابل على المعروض ويستمر حتى نهاية المدة إن وجدت وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف التجارية.

١٠. العقود المالية تصح بطريق الإنترنت حتى عقد الصرف والسلم وذلك لإمكان السداد مباشرة، أما عقد النكاح فنظراً لمكانته الخاصة ولوجود عنصر الشكلية فيه ولما يترتب على القول بصحته بطريق الإنترنت من مفاسد فإنه لا يصح إجراء عقد النكاح عبر الإنترنت.

١١. إذا اتفق المتعاقدان على تحديد قانون معين يحكم العقد فإن الاتفاق صحيح ويعمل به شريطة أن يكون هذا القانون مستمداً من الشريعة الإسلامية لا فرق في ذلك بين أن يكون أطراف التعاقد جميعهم مسلمين أو بعضهم مسلم والآخر غير مسلم .

فإن لم يكون القانون مستمداً من الشريعة فإن الاتفاق باطل ولا يعمل به .

١٢. من الحلول المقترحة للواقع في التعاقد بطريق الإنترنت من تحكيم القوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية اعتماد نص صريح في العقد بتحكيم الشريعة الإسلامية والإلحاح في طلب ذلك، وكذلك الدعوة إلى إيجاد مؤسسات تحكيم شرعية عالمية لها مواقع ثابته في شبكة المواقع (web) تتميز بالنظام الواضح ووجود هيئة رقابة شرعية وتأهيل أعضاءها التأهيل الشرعي المناسب .

١٣. اختلف العلماء رحمهم الله في المحكمة المختصة (القاضي المختص) بالنظر في النزاع عند الاختلاف المكاني بين الخصوم ومحل الدعوى، ولعل من المناسب في التعاقد بطريق الإنترنت العمل بما ذهب إليه جمهور العلماء من أن القاضي المختص هو قاضي المدعي لأن في الغالب هو المستهلك وهو الطرف الأضعف في العقد فكان من المناسب حمايته، مع مراعاة ما اتفق عليه أطراف التعاقد ومحل التنفيذ حسب ما يراه القاضي المختص وهذا كله مع وجوب التقيد بقاعدة الشرعية .

١٤. ظهر للباحث صحة استخدام التوقيع الإلكتروني (وخاصةً الرقمي منه) لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي وأن هذا متفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة حيث أنها غير محصورة بعدد معين أو بشكل محدد وإنما تشمل كل وسيلة يبين فيها الحق وتوصل إلى العدل .

١٥. نظراً لأهمية التوقيع الإلكتروني ولما يترتب على الاعتداء عليه من مخاطر على المجني عليه والتجارة الإلكترونية فإن الذي يظهر للباحث أن وضع الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية في حفظ الأموال والحقوق الخاصة وحرمة الاعتداء عليها. وهذا داخل ضمن التعازير الموكوله في تحديدها وتقديرها إلى ولي أمر المسلمين ليرى العقوبة المناسبة لكل جريمة حسب نوعها وآثارها مع مرعاة المكان والزمان الذي يعيش به.

فهرس المراجع

أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص، دار أحياء التراث العربي، بيروت.

أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات. د. محمد فتح الله النشار، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، الأسكندرية ٢٠٠٠م.

أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٢م.

أصول عقد البيع في الفقه الإسلامي، د. محمد فهمي السرجاني، دار الأتحاد العربي ، القاهرة ، ١٤٠٦هـ.

أصول نظام الحكم في الإسلام، د. فؤاد عبد المنعم، مركز الإسكندرية للكتب ، الإسكندرية .

الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي، ناصر محمد الغامدي، مكتبة الرشد، الرياض، ١٤٢٠هـ .

الإلكترون وأثره في حياتنا، جين بندك، دار المعارف، مصر ١٩٥٧م.

البيع والتجارة عبر الإنترنت وفتح المتاجر الإلكترونية، عبد الحميد بسيوني، مكتبة ابن سينا، القاهرة .

التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، الفرص والتحديات، حسن الحفني، من اصدارات مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية ٢٠٠٢م.

التحكيم بواسطة الإنترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، دار الثقافة الأردن عمان ٢٠٠٢م.

التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبد الله بن محمد الخنين، مؤسسة فؤاد بعينو، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ.

التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، دراسة مقارنة، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، دار الثقافة

، الأردن، عمان ٢٠٠٢م.

التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة، أحمد خالد العجلون، دار الثقافة، الأردن، عمان ٢٠٠٢م.

الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، لشمس الدين محمد بن قيم الجوزية، دار إحياء العلوم، بيروت.

الفتاوي، لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني من مطبوعات دار الإفتاء والدعوة والإرشاد، الرياض .

الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر دمشق سوريا الطبعة الثالثة ١٤٠٩هـ.

القاموس المحيط الفيروزآبادي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٧هـ.

القواعد لابن رجب الحنبلي، دار الجيل، بيروت الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ.

المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون(التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون) ، منعقد سنة ١٤١٢هـ ٢٠٠٠م، في معهد طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى.

المشروعية الإسلامية العليا، د. علي محمد جريشة ، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٩٦هـ.

المغني لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه، تحقيق د. عبد الله التركي ود. عبد الفتاح الحلو. دار عالم الكتب ، الرياض، الطبعة الأولى ١٢٠٦هـ.

الموفقات ، للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي، دار المعرف، بيروت.

النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية ٢٠٠٢م.

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكساني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ.

تطبيقات الإنترنت في التسوق ، د. بشير عباس العلاق، دار المناهج ، عمان ،

الأردن، ١٤٢٢هـ.

تفسير البغوي المسمى معالم التنزيل لحسين بن مسعود البغوي، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، لمحمد بن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لمحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.

حكم أجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في ضوء الشريعة والقانون محمد عقلة الإبراهيم، دار الضياء، الأردن، عمان الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ .

صحيح البخاري ، لابن عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، دار السلام الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ.

ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، د. عدنان خالد التركماني، دار المطبوعات الحديثة، جدة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية. ١٤١٣هـ.

ضوابط العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنة بالقانون الوضعي وفقهه، د. عبد الحميد محمود البعلي، مكتبة وهبة، مصر، القاهرة . الطبعة الأولى.

لسان العرب، لابن منظور، دار أحياء التراث العربي، بيروت ١٤٠٨هـ.

مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة السادسة، وهي بعنوان "حكم أجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة".

مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لمحمد الشربيني الخطيب، مطبعة الحلبي ١٣٧٧هـ.

وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد مصطفى الزحيلي مكتبة دار البيان دمشق، الطبعة الأولى ١٤٠٢هـ.

بطاقات الائتمان

د. مبارك جزاء الحربي
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية – جامعة الكويت

تمهيد

في ظل التنامي التجاري، والتطور الاقتصادي، وتنافس البنوك لكسب أكبر قدر ممكن من الأموال مع التيسير على العملاء في الدفع ، ظهر ما يسمى بـ : «بطاقات الائتمان».

وكان أول ظهور لها عام (١٩١٤م)، حيث قامت شركة وسترن يونين (WESTERN UNION) في أمريكا بإصدار بطاقة عادية لتسديد المدفوعات لزبائنها المتميزين ؛ وذلك للتيسير عليهم ، ولإعطائهم الشعور بالأمان أثناء التنقل. ثم بدأ التعامل بالبطاقة يزداد شيوعًا مرورًا بمحطات الوقود، وبعض المؤسسات التجارية، إلى أن وصل الأمر إلى البنوك.

وانتشرت البطاقات في وقتنا الحاضر انتشارًا واسعًا في مجالات الحياة كافة، وبلغ عدد المتعاملين بها حدًّا لا يوصف، وعدد الأموال المستفادة من هذه البطاقات أرقامًا لا يمكن تخيلها، مما جعل لهذه البطاقات الأهمية القصوى في تعاملات البنوك التي بدأت تجني أرباحًا هائلة من وراء التعامل بها.

وقد كثرت أنواعها، وأوصافها، تبعًا لملاءة المستخدم، ومدى حجم نشاطه، ومكانته المالية.

ومن الضروري التوقف عند هذه البطاقة لمعرفتها، ولمعرفة أطرافها وبيان أنواعها، والفوائد المترتبة على استخدامها، ومدى موافقتها للقواعد الشرعية في المعاملات المالية الإسلامية، لا سيما ونحن نرى أن هذه البطاقات تنتشر في بلاد المسلمين بشتى أنواعها وصورها.

وفي هذه الورقات المتواضعة حاولت الإسهام في بحث هذه المسألة، راجيًا من الله تعالى التوفيق والسداد.

ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها

تعريف بطاقة الائتمان :

عرفت مجلة مجمع الفقه الإسلامي بطاقة الائتمان بأنها: «مستند يعطيه مصدره (البنك المصدر) لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة)، بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع، أو الخدمات، ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالاً لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ويكون الدفع من حساب المصدر،ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة، وبعضها لا يفرض فوائد"[1].

أنواع بطاقات الائتمان :

يمكن حصر أنواع هذه البطاقات رغم كثرتها، وتنوع أهدافها، في ثلاثة أنواع:

النوع الأول : بطاقة الصرف الآلي (الخصم الفوري):

وهي تمنح للعملاء الذين لهم حسابات لدى البنك المصدر؛ وذلك للخصم الفوري من حساب العميل عند استخدامها بواسطة أجهزة الصرف الآلي، أو أنظمة التحويل الإلكترونية، وتتصف هذه البطاقة بالآتي:

١- لا تصدر إلا لمن له رصيد لدى البنك.
٢- لا تسمح بالصرف إلا ضمن رصيد حاملها.
٣- تصرف من دون مقابل.
٤- تستخدم في إطار جغرافية الدولة غالبًا، أو في مناطق وجود فروع البنك المربوطة بجهاز حاسب آلي متصل بقاعدة معلومات عن حساب ورصيد العميل.
٥- تستخدم أيضًا للاستفسار عن بعض المعلومات الخاصة بالعميل كمقدار الرصيد، أو للاستفسار أو الحصول على بعض الخدمات التي يقدمها البنك، كأسعار العملات، وشراء الشيكات السياحية..إلخ.

---

(١) العدد الثاني عشر: (٣/ ٦٧٥-٦٧٦).

٦- يتم الخصم فور استخدامها عند استلام المبلغ، أو بالتحويل عليه.

٧- ومن خدماتها: أن لحاملها الصرف بها من «شبكة البنوك الأخرى» المشاركة في تأمين (أجهزة الصرف) على الطرقات، وعلى حسب نظام هذه الشبكات[١].

النوع الثاني : بطاقة الخصم الشهري (الاعتماد) :

وهي بطاقة تُمكِّن حاملها من استخدامها في المجالات التجارية للشراء، أو تلقي الخدمات في مكاتب الطيران، أو المطاعم ، أو الفنادق .. إلخ[٢].

ومن أشهر بطاقات هذا النوع :

١- بطاقة الفيزا.

٢- بطاقة الماستر كارد.

٣- بطاقة الداينرز كلوب.

٤- بطاقة الأمريكان إكسبريس.

وأهم ما تمتاز به هذه البطاقات ما يلي:

١- يمكن استخدامها محليًا ودوليًا.

٢- يدفع العميل من أجلها رسوم اشتراك، ورسوم تجديد.

٣- يمكن استخدامها على نحو بطاقة الصرف الآلي للسحب.

٤- يجب أن يكون للعميل حساب دائن لدى البنك صاحب البطاقة يستوفى منه قيمة استخداماته للبطاقة (فيما عدا بطاقة «أمريكان إكسبريس» ، و «الداينرز كلوب» حيث

---

(١) انظر: البطاقة البنكية للدكتور عبدالوهاب أبو سليمان ص (٧٠)، وبطاقة الائتمان ص (٢٧-٢٨)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع: (١/٤٤٨-٤٤٩)، الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقة الائتمان للدكتور محمد عبدالحليم عمر ص (١٧)، التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص (٦)، وهو بحث أعده بيت التمويل الكويتي.

(٢) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي (٧/١/٤٤٩)، بطاقة الائتمان ص (٣٢)، الجوانب الشرعية ص (١٨)، البطاقة البنكية ص (٧٨)، التكييف الشرعي للبطاقة المصرفية ص (٦).

لا يشترط ذلك فيهما).

٥- يزود العميل بكشف حساب البطاقة كل فترة زمنية متقاربة يتضمن قيمة مشترياته بواسطة البطاقة، حيث يخصم مجموع مبلغ كشف الحساب مرة واحدة من حساب العميل[١]، على أن يكون كل ذلك في حدود الحد الأقصى للبطاقة، ويطلب منه سداد هذه المبالغ خلال مدة يحددها البنك في كشف الحساب، وإذا حدث وكشف الحساب الجاري بمعنى زيادة المبلغ المسدد للتجار عن الرصيد الواجب الاحتفاظ به ، فإن البنك يحمل العميل حامل البطاقة فائدة ينص عليها في اتفاقية إصدار البطاقة، والتي تتراوح ما بين ١,٥% إلى ١,٧٥% شهريًا[٢].

ويلاحظ أن هذا النوع يستخدم كأداة وفاء، وائتمان.

النوع الثالث : بطاقة الائتمان (التسديد بالأقساط):

وهي أكثر أنواع البطاقات انتشارًا وخصوصًا في الدول الصناعية، وهي آخرها إصدارًا، وأكثرها رواجًا، وهي التي ينصرف إليها مصطلح : «بطاقة الائتمان» عند الإطلاق.

وتتميز هذه البطاقة عن سابقتها (الخصم الشهري) بأن التسديد فيها يكون على شكل دفعات، قد تكون منتظمة، وقد تكون غير منتظمة، بحيث يكون دائمًا لدى العميل قدرة على استخدام البطاقة في حدود ائتمانية متفق عليها ما دام هو منتظمًا في سداد الفوائد المستحقة شهريًا، ولها نفس ميزات بطاقة الخصم الشهري من حيث الاستخدامات الأخرى.

وتعتمد هذه البطاقة على العناصر الآتية :

١- لا يلزم لإصدارها وجود حساب للعميل.

٢- يقوم البنك - المصدر لها - بإقراض العميل - حامل البطاقة - مبلغًا له حد أعلى يسمى

---

(١) انظر: المصادر السابقة.

(٢) انظر: الجوانب الشرعية ص (١٨).

: «الخط الائتماني»،

٣- يكون التسديد على شكل دفعات (بالأقساط).

٤- يلزم حاملها بأربعة دفوعات: رسوم الاشتراك «العضوية»، ورسوم التجديد، وفوائد الإقراض، وفوائد التأخير.

ومن أمثلة هذه البطاقة ما سبق ذكره في بطاقة الخصوم[١].

وتعتمد هذه البطاقة على فرض الفوائد المترتبة على التأخير، والتي تحسب يوميًا على المبالغ المعلقة ، مما يدر أرباحًا كبيرة مقارنة بغيرها من الوسائل المدرة للأموال للبنوك.

طبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها:

تنوعت أساليب استخدام بطاقات الائتمان في عصرنا الحاضر بصورة مذهلة، مما حدا بالبعض أن يحمل في محفظته العديد من هذه البطاقات لمختلف الاستعمالات ، ولربما لا يحمل فيها شيئًا من النقود.

ولا شك أن هذا التنوع والانتشار يجعل المرء حائرًا بين هذه البطاقات المختلفة، أيها تعتبر بطاقة ائتمان (قرض)، وأيها لا تكون كذلك.

فنبدأ بالحديث عن البطاقات التي لا تقدم تسهيلات ائتمانية:

١- بطاقات المعاملات المالية غير الائتمانية (غير قرضية):

وهي البطاقات التي لا تنطوي على تقديم تسهيلات ائتمانية (قرض) لحاملها، لا تعتبر بطاقة ائتمان.

وهي أنواع :

---

(١) انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد السابع: (١/٤٥١)، وبطاقة الائتمان ص (٣٤)، والجوانب الشرعية ص (١٩)، البطاقة البنكية ص (٧٠) وما بعدها، التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية ص (٧).

أ) بطاقة ضمان الشيك.

ب) بطاقة الحساب البنكي.

ج) بطاقة التخفيضات.

د) بطاقة الخدمات[1].

٢- بطاقة المعاملات المالية الائتمانية (قرضية):

وهي البطاقة التي تتيح لحاملها الحصول على قرض. وقد عرفها الدكتور حسين عمر بقوله : «هي بطاقات تصدرها بعض المصارف والمنشآت، وهي وسيلة حديثة للتبادل يستخدمها الحائزون لها في شراء السلع والخدمات. وتتعهد المؤسسات التي أصدرت هذه البطاقة بتسديد قيمتها إلى من يبيعون هذه السلع والخدمات إلى حائزي البطاقات، على أن تقوم هذه المؤسسات بمحاسبتهم بصفة دورية، وعادة ما تكون شهرية»[2].

ولعل أوضح وأدق تعريف لبطاقة الائتمان من الناحية القانونية - حسب ما عرفه قاموس أكسفورد - هو أنها : «البطاقة الصادرة من بنك أو غيره تخوّل حاملها الحصول على حاجياته من البضائع دينًا»[3].

وتخضع هذه البطاقات في القانون لثلاثة عقود:

العقد الأول : عقد بين المصدر والعميل.

العقد الثاني : عقد بين المصدر والتاجر.

العقد الثالث : عقد بين التاجر والعميل.

ويجب على كل طرف في العلاقة القانونية أن يلتزم بواجباته، وأن يوفي بحقوق الآخرين، وإلا فإن القضاء كفيل بإرغامه على تحمل تبعات مخالفاته القانونية.

---

(١) انظر: بطاقة الائتمان دراسة فقهية اقتصادية لنواف باتو باره ص (٥٤).

(٢) الموسوعة الاقتصادية ص (٨٨).

(٣) انظر: مجلة المجمع ، العدد الثاني عشر: (٤٧٢/٣).

وهذه البطاقات المستعملة في المبادلات المالية تسمى في القانون بـ (بطاقات المعاملات المالية) تارة، و(بطاقات الدفع)[1] تارة أخرى، وتستعمل هذه البطاقات للقرض، والخدمات البنكية، والسحب المباشر، وللضمان لشخص أو مؤسسة للتمكن من الحصول على قرض . . . إلخ.

والتكييف القانوني يركز على الالتزامات الناشئة عن منح البطاقات واستخدامها أكثر من تركيزه على تكييف العلاقات؛ وذلك بسبب الهيمنة المطلقة لمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)[2].

الخطوات العملية في استخدام البطاقة :

قبل الحديث عن هذه الخطوات ، لابد من الإشارة إلى أن أطراف اتفاقية بطاقات الائتمان هم :

١- مُصْدِر البطاقة: وهو البنك الذي يقوم بإصدار البطاقة بترخيص من المنظمة العالمية.

٢- حامل البطاقة: وهو العميل.

٣- الوسيط بينهما: وهو المؤسسة أو المنظمة العالمية التي تملك العلامة التجارية للبطاقة.

٤- التاجر: وهو صاحب السوق التجاري، أو مقدم الخدمات، الذي يقوم بتقديم السلع أو الخدمات باستخدام البطاقة.

ولكي تتضح طبيعة التعاقد بين هؤلاء الأطراف، فإنه يلزم معرفة الخطوات المتبعة في استخدام البطاقة.

فعندما يرغب شخص ما في الحصول على هذه البطاقة، فإنه يتوجه مباشرة إلى المصدر (البنك) الذي يرغب في التعامل معه، ويتم الاتفاق على الشروط العامة في هذه المعاملة، ثم تصرف له هذه البطاقة.

وإذا قام العميل بشراء سلعة أو حصل على خدمة من تاجر ما، فإنه يقدم بطاقته للتاجر الذي

---

(١) انظر: البطاقات البنكية ص (٤٣).

(٢) انظر: مجلة المجمع ، العدد الثاني عشر : (٤٧٥/٣).

يقوم بتسجيل البيانات اللازمة، ثم يعطي العميل فاتورة الشراء، وتبقى نسخة أخرى عنده بعدما يوقع العميل عليهما، ثم يتحصل التاجر على المبلغ (الدين) من المصدر.

عقب ذلك يقوم المصدر بتحصيل المبلغ الذي لزم العميل، لا بما أداه للتاجر؛ لأن البنك يفرض نسبة معينة على السلع أو الخدمات من التاجر.

العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان

أولاً : العلاقة التعاقدية بين المصدر وحامل البطاقة:

١ – العلاقة بينهما ضمان :

من المقرر أن العميل عندما يتقدم بطلب إصدار بطاقة ائتمان فهو يهدف إلى الالتجاء إلى المصدر ليعينه على تحمل أعباء المشتريات والخدمات التي يرغب في الحصول عليها.

وهذا ما نصت عليه مواد الاتفاقية المبرمة بين طرفي العقد (المصدر وحامل البطاقة)، حيث صرحت بالتزام البنك بتسديد الديون الناشئة عن استخدام هذه البطاقة، وعدم مطالبة حاملها من قبل التجار.

وهذا المعنى هو ما يسمى بالفقه الإسلامي بعقد الضمان (الكفالة).

وقد عرفه الفقهاء بقولهم: «هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[1].

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حقيقة الضمان هي ضم ذمة الضامن (مصدر البطاقة)، والمضمون عنه (حامل البطاقة) في المطالبة والدين، وهذا هو المعنى الحاصل في بطاقة الائتمان.

وعدم مطالبة الدائن (التاجر) لحامل البطاقة لا يخرجها عن معنى الكفالة؛ لأن ذمة العميل مشغولة بالدين ولو كان المصدر هو الذي يسدد عنه.

ويمكن معرفة مدى موافقة بطاقة الائتمان لعقد الضمان من خلال دراسة النقاط الآتية :

---

(١) انظر: المغني (٤/٥٩٠).

أ) من حيث المعنى العام للبطاقة، وقد سبق إيضاح ذلك، وهو أن بطاقة الائتمان تتوافق مع الضمان من خلال التزام المصدر بسداد الديون المترتبة على العلاقات الناشئة عن حامل البطاقة مع الأطراف الأخرى كالتجار.

ب) التزام المصدر بسداد ديون العميل الآجلة عقب الإصدار - قبل نشوء الدين المضمون - هو ما يسميه الفقهاء بـ (ضمان ما لم يجب) أو (الكفالة بالدين الموعود به)، وهو سائغ شرعًا عند جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية في القديم[٣]، والحنابلة[٤]، في مثل هذه الصورة[٥].

جاء في المبسوط : «وإذا قال الرجل لرجل: بايع فلانًا، فما بايعتَهُ به من شيء فهو عليَّ، فهو جائز على ما قال ؛ لأنه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل، وقد بينا أن ذلك صحيح، والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة، لكونها مبنية على التوسع؛ ولأن جهالة عينها لا تبطل شيئًا من العقود، وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود، وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن توجه المطالبة على الكفيل بعد المبايعة، وعند ذلك ما بايعه به معلوم»[٦].

وقال في المغني : «ومنها: صحة ضمان ما لم يجب»[٧].

وجاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «يشترط في الضمان كون الحق معلومًا حالاً أو آيلاً إلى العلم به كضمنتُ مالك على فلان، أو ما يثبت لك عليه»[٨].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٠٣/٥).
(٢) انظر مواهب الجليل (٩٩/٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣٣٣/٣).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٢٤٤/٤)، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج (٣٣٠/٢).
(٤) انظر : المغني (٥٩٢/٤).
(٥) انظر: مجلة المجمع الفقهي ، العدد ١٢ : (٥٠٢/٣).
(٦) المبسوط (٥٠/٢٠).
(٧) المغني (٥٩٢/٤).
(٨) ص (٣٥٧)، مادة (١٠٧٨).

ويستدل لهذا القول بقوله تعالى: ﴿**ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾[1]، فدلت الآية على ضمان حمل البعير، مع أنه لم يكن قد وجب، ولا يقال: "الضمان ضم ذمة إلى ذمة، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم"؛ لأنه قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، ويثبت في ذمته ما يثبت، وهذا كاف[2]. وللإجماع على صحة ضمان الدَرَك وهو: التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع، وهو ضمان لم يجب بعد؛ لأن الحاجة تدعو إليه[3].

«ولأن معنى الكفالة يتحقق عند ثبوت الدين، وصحة الكفالة معلقة يقتضي صحتها بما سيثبت في الذمة من الدين»[4].

ج) ذهب جمهور الفقهاء[5] إلى أن الضمان في حقيقته هو ضم في المطالبة والدين، بينما ذهب الحنفية إلى أن حقيقته ضم في المطالبة فقط دون الدين[6].

ولكن لو اشترط براءة الأصيل في الضمان فما حكم العقد ؟!

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[7]، والمالكية[8]، والشافعية في قول[9] إلى القول بصحة العقد والشرط.

---

(١) سورة يوسف، آية (٧٢).

(٢) انظر: كشاف القناع (٣٦٧/٣).

(٣) انظر: شرح فتح القدير (٢٩٨/٦)، شرح العدوي على الخرشي (٢٤/٦)، الحاوي للماوردي (١٠٦/٨)، روضة الطالبين (٢٤٧/٤)، كشاف القناع (٣٦٩/٣).

(٤) الضمان في الفقه الإسلامي للخفيف (٦٨/٢).

(٥) انظر: المعونة للقاضي عبدالوهاب البغدادي (١٢٣١/٢-١٢٣٢)، الحاوي (١١٢/٨)، كشاف القناع (٣٦٤/٣).

(٦) انظر : شرح فتح القدير (٢٨٣/٦)، المبسوط (١٦٠/١٩).

(٧) انظر: الفتاوى الهندية (٢٧٣/٣).

(٨) انظر: التاج والإكليل (١٠٥/٥).

(٩) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج (٣٢٩/٢-٣٣٠)، مغني المحتاج (٢٠٥/٢-٢٠٨).

وذهب الشافعية في الراجح عندهم[1]، إلى عدم صحة عقد الضمان في هذه الحالة.

وقد دل على الجواز حديث جابر - رضي الله عنه - قال: «توفي رجل وحنطناه وكفناه ، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف فتحملهما أبو قتادة، فقال: الديناران عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: وجب حق الغريم، وبريء الميت منهما. قال : نعم، فصلى عليه»[2].

وعلى القول بصحة الضمان في هذه الحالة، فإنه يتوافق مع ما يجري عليه العمل في بطاقة الائتمان. وهذا ما تنص عليه اتفاقية التعاقد بين المصدر والحامل، من أن المطالبة تتوجه للمصدر ولا تتوجه للعميل؛ لأنه قد تحملها عنه الضامن (المصدر). وقد نصت على ذلك إحدى مواد الاتفاقية : «يلتزم المصدر للبطاقة بقبول سندات مشتريات حامل البطاقة، ومدفوعات خدماته، وسحبه النقدي»[3]. ومن ثم تقيد على حساب العضو كافة المصاريف والمبالغ الناشئة عن استعمال العضو للبطاقة، هذا في حالة وجود حساب للعميل، وإن لم يكن له حساب، فإن البنك سيقوم بإرسال كشف تفصيلي للعميل يطالبه فيها بسداد المبالغ المستحقة[4].

وقد نصت على ذلك إحدى مواد الاتفاقية: «يقيد البيت جميع المبالغ المشار إليها في المادة التاسعة عاليه، وجميع مبالغ قسائم الدفع النقدي، وكافة المبالغ الناتجة عن استخدام البطاقة على حساب العضو، ويقوم البيت بإرسال كشف حساب إلى العضو مبينًا فيه المبالغ المطالب بتسديدها»[5].

وفي المادة الأخرى : «يفوض العضو البيت بخصم المبالغ المترتبة عليه من جراء استعماله للبطاقة؛ وذلك بالدينار الكويتي من حسابه الجاري، أو التوفير الاستثماري الممتاز، أو غيره من

(١) انظر: حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المنهاج (٣٢٩/٢)
(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٣٠/٣).
(٣) البطاقة البنكية ص (٦٤).
(٤) انظر: بطاقة الائتمان بين الواقع المصرفي والحكم الشرعي لمحمد الجريبة ص (٣١٨).
(٥) اتفاقية إصدار بطاقة التمويل الائتمانية مادة (١٦).

حسابات العميل لدى البيت»[1].

د) ذهب جمهور الفقهاء – على تفصيل بينهم[2] – إلى أن عقد الضمان عقد جائز، وعليه فإنه يجوز الرجوع عن هذا العقد ، إلا في حالة ثبوت الدين في ذمة حامل البطاقة (المضمون عنه)، كأن يشتري من تاجر سلعة ما، فإن هذا المبلغ يثبت في ذمة المصدر فلا يحق له – والحالة هذه – الرجوع، أما قبل هذه الحالة فيجوز رجوع الكفيل عن الضمان قبل وجوب الحق.

قال الخرشي : «من قال لرجل : عامل فلانًا في مائة، وأنا ضامن فيها. أو قال: عامله، ومهما عاملته فيه فأنا ضامن فيه، فإن له أن يرجع عن مقالته قبل المعاملة كلاًّ أو بعضًا، ويكون ضامنًا فيما وقعت فيه المعاملة»[3].

وهذا المعنى متحقق في بطاقة الائتمان ، حيث إن للمصدر الحق في إلغاء البطاقة عندما يرى ذلك دون إبداء الأسباب. وإلى هذا المعنى تشير إحدى مواد الاتفاقية : «للبيت الحق في إلغاء البطاقة عندما يرى ذلك دون إبداء الأسباب، وعلى الأخص في الحالات الآتية : أولاً: إذا خالف العضو أي شرط من الشروط المدونة في هذا الطلب. ثانيًا: إذا أساء استخدام البطاقة، وبوجه خاص في حالة استعمالها للوفاء بأثمان بضائع أو أعمال أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية. ثالثًا: إذا وقع الحجز على ممتلكات العضو سواء كان الحجز تحفظيًا أو تنفيذيًا"[4].

وعند تحقق إحدى حالات الإلغاء يجب على العضو أن يعيد البطاقة للمصدر، ويتحمل العضو جميع الالتزامات الناشئة عن استخدام البطاقة.

وقد أشارت إحدى المواد إلى هذه المعنى وهي : «عند تحقق إحدى حالات الإلغاء يجب على العضو إعادة البطاقة للبيت ، وتبقى جميع الالتزامات الناشئة عن استخدام البطاقة من مسئولية العضو حتى

---

(١) اتفاقية إصدار بطاقة التمويل الائتمانية مادة (٢٠).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (١١/٦)، التاج والإكليل (١٠٠/٥)، روضة الطالبين (٢٤٥/٤)، كشاف القناع (٣٦٨/٣).
(٣) الخرشي على خليل (٢٥/٦).
(٤) اتفاقية التمويل مادة (١٣).

سداد جميع هذه الالتزامات وتسوية حساب البطاقة . . . »[1].

هـ) يشتمل عقد الضمان على أربعة أركان، وهي: الضامن، والمضمون له، والمضمون عنه، والمضمون به.

وهذه الأركان متوافرة في بطاقة الائتمان.

ويمكن لنا أن ننْزل أطراف عقد الضمان على أطراف البطاقة على النحو الآتـــي :

١- الضـــامـــن : وهو مصدر البطاقة.

٢- المضمون له : وهو التاجر.

٣- المضمون عنه : وهو العميل.

٤- المضمون به : وهو الدين المستقر في ذمة العميل.

و) أخذ الأجر على الضمان: الأصل في عقد الضمان أنه عقد تبرع وإحسان من الضـــامن. والتبرع والإحسان لا يجوز فيه الأجر المادي، وإنما يرتجى منه الأجر الأخروي.

وبهذا القول قال جماهير الفقهاء من الحنفية[2]، والمالكية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5].

جاء في المبسوط : «قال أبو حنيفة ومحمد - رحمهما الله - الكفالة تبرع»[6].

واختلف الفقهاء في حكم عقد الضمان إذا اشتمل على الأجرة من حيث الصحة والـــبطلان:

---

(١) اتفاقية التمويل مادة (٣).

(٢) انظر: المبسوط (٣٢/٢٠).

(٣) انظر: التاج والإكليل (١١١/٥).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٢٤٢/٤).

(٥) انظر: كشاف القناع (٣١٨/٣-٣١٩).

(٦) المبسوط (١٧٠/١٩).

فذهب الشافعية[١]، والحنابلة[٢] إلى القول ببطلان العقد.

وقال الأحناف[٣]: بالبطلان إذا اشترط الأجر في العقد.

وقال المالكية[٤]: يبطل العقد إن كان الأجر من المضمون له للضامن، دون غيره.

وبناء على ما سبق من عدم جواز أخذ الأجرة على عقد الضمان، فإنه يمكن أن يعترض على بطاقة الائتمان بأنها مشتملة على بعض الرسوم التي يفرضها المصدر على العميل - كرسم المنح لأول مرة ، ورسم الاستبدال، ورسم بدل الفاقد - وهذا الأمر مخالف لما سبق تقريره من عدم جواز أخذ الأجر على الضمان.

ويمكن الإجابة عن هذا الاعتراض بأن يقال:

أ) إن العلة التي من أجلها اتفق الفقهاء على تحريم أخذ الأجرة على الضمان هي كما قال ابن قدامة : «لأن الكفيل يلزمه الدين ، فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضًا صار القرض جارًّا للمنفعة، فلم يجز»[٥].

ويمكن القول عندئذ أنه حينما وجدت هذه العلة ، فثم المنع المجمع عليه، وحيثما انتفت كان في الأمر سعة، فإذا كان الضمان غير مفضٍ إلى ما ذكر، فهو على أصل الإباحة، وبناء عليه يمكن القول بأن الرسوم التي تستقطع من التجار ليست من الأجر على الضمان، ولو كانت فليس هذا هو الأجر الممنوع، ذلك لأن الأجر الممنوع إنما يدفعه المكفول، وليس المكفول له، وعليه فلا توجد العلة التي من أجلها منع الأجر[٦].

ب) إن هذه الرسوم هي في مقابل خدمات أخرى خلاف إصدار البطاقة منها: التعريف به

---

(١) انظر: نهاية المحتاج (٤/٤٤٢).

(٢) انظر: كشاف القناع (٣/٧٧).

(٣) انظر: المبسوط (٢٠/٣٢).

(٤) انظر: التاج والإكليل (٥/١١١).

(٥) المغني (٤/٣٥٩).

(٦) انظر: مجلة المجمع العدد الثاني عشر (٣/٥٥٥).

لدى التجار، والإنابة عنه في توصيل ديونه وسائر الخدمات المصرفية المتعلقة بالتعامل بالبطاقة[١].

ج) إن هذه الرسوم تحدد بمبلغ ثابت على كل أنواع البطاقات ذات النوع الواحد (ذهبية أو فضية) دون تعلقها بمبلغ الدين المضمون ممثلاً في الحد الأقصى المسموح لحامل البطاقة الشراء به أو ما يشتري به فعلاً.

د) إن هذه الرسوم مقطوعة، وهي متعلقة بالخدمة المتاحة للعميل.

وقد صدرت عن ندوة البركة (الثانية عشرة) الفتوى المتعلقة بهذه المسألة: «يجوز للبنك المُصْدر لبطاقة الائتمان أن يأخذ من طالب البطاقة رسوم العضوية، ورسوم الاشتراك أو التجديد، ورسوم الاستبدال ، على أن تكون تلك الرسوم مقابل الخدمات المقدمة لحامل البطاقة، ولا مانع من اختلاف الرسوم باختلاف الخدمات والمزايا، وليس باختلاف مقدار الدين (المبلغ المستخدمة له البطاقة)، أو أجله (مقدار مهلة السداد)» [٢].

ز) توقيت الكفالة معناه: أن يكفل الكفيل الدين مدة معلومة محددة، فإذا انقضت تلك المدة يبرأ بعدها من التزامه وتنتهي الكفالة.

وقد ذهب الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية في مقابل الأصح عندهم[٥]، والحنابلة في وجه[٦]

---

(١) انظر: الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية ص (٧٦-٧٧)، مجلة المجمع العدد السابع : (١/٣٦٦-٣٦٧، ٤١٠-٤١١).

(٢) مجلة المجمع العدد الثاني عشر: (٣/٥٠٩).

(٣) انظر: الفتاوى الهندية (٣/٢٧٨)، حاشية ابن عابدين (٥/٢٨٩).

(٤) قال المالكية بالجواز في إحدى حالتين : أن يكون موسرًا، ولو في أول الأجل فقط، أو أن يكون معسرًا والعادة أنه لا يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل يمضي ذلك الأجل عليه وهو معسر، فإن لم يعسر في جميعه، بل أيسر في أثنائه فلا يصح. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٣١).

(٥) انظر: مغني المحتاج (٢/٢٠٧)، نهاية المحتاج (٤/٤٤١).

(٦) انظر: الإنصاف (٥/٢١٣)، كشاف القناع (٣/٣٦٥).

إلى القول بصحة هذا التوقيت ؛ لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل.

قال في المبسوط: «وإذا قال الرجل لرجل: بايع فلانًا، فما بايعته به من شيء فهو عليَّ، فهو جائز على ما قال .. ، ويستوي إن وقّت لذلك وقتًا أو لم يوقت، إلا أنه في المؤقت يراعي وجود المبايعة في ذلك الوقت، حتى إذا قال: ما بايعته اليوم ، فباعه غدًا، لا يجب على الكفيل شيء من ذلك؛ لأن هذا التقييد مفيد في حق الكفيل، ولكن إذا كرر مبايعته في اليوم، فذلك كله على الكفيل ؛ لأن حرف (ما) يوجب العموم، وإذا لم يوقت، فذلك على جميع العمر . . . »[1].

وتحديد مدة صلاحية استخدام البطاقة غالبًا ما يذكر في نموذج التعاقد تحديد مدة صلاحية البطاقة بسنة كاملة، وبعد انتهاء هذه السنة فإن البطاقة تكون غير صالحة للاستخدام ما لم تجدد.

ح) يجوز لكفيل مطالبة المكفول بتمام الدين، ولو قضى الكفيل بعضه للدائن، كأن يصالحه على أقل من مبلغ الدين[2].

جاء في مجمع الضمانات : «ولو صالح الكفيل الطالب من الدين الألف على مائة على أن يهب الباقي، يرجع الكفيل على الأصيل بالألف، وإن شرط براءة الأصيل خاصة برئًا، وإن شرط براءة الكفيل خاصة بريء الكفيل دون الأصيل، وكان للطالب أن يرجع على المطلوب بتسعمائة ويرجع الكفيل على المطلوب بمائة، وإن لم يشترط براءتهما في الصلح برئا عن تسعمائة»[3].

وهذا الأمر حاصل في البطاقة ، حيث يقتطع المصدر نسبة متفقًا عليها، وهي تختلف من معاملة لأخرى لاعتبارات عدة.

---

(١) المبسوط (٢٠/٥٠-٥١).

(٢) انظر: شرح فتح القدير (٦/٣٠٨).

(٣) مجمع الضمانات ص (٢٧٤-٢٧٥).

ب) العلاقة بينهما وكالة :

عقد الوكالة هو: استنابة جائز التصرف مثله في الحياة فيما تدخله النيابة[1]. وعليه ، فإن حامل البطاقة وكّل المصدر بتسديد ديونه لدى التجار الذين سيشتري منهم.

ويتضح تخريجها على الوكالة من خلال دراسة النقاط الآتيـــــة :

أ) الوكالة باتفاق الفقهاء من العقود الجائزة[2]: فلكل من الطرفين الحق في إتمام العقد أو إنهائه من حيث الأصل، وإلا هناك بعض المسائل التي تؤول إلى اللزوم. وهذا الأمر متحقق في بطاقة الائتمان ، حيث إن لكل من الطرفين الحق في إنهاء العقد متى شاء، ويستثنى من ذلك ما إذا تعلق حق التاجر في هذه العلاقة.

ب) اتفق الفقهاء على جواز الوكالة بسداد الدين وقبضه[3]: ولا يختلف الحال بالنسبة لهـــذه المسألة في بطاقة الائتمان حيث يقوم المصدر بسداد دين العميل المعلوم لدى المصدر والمحـــدد بـــالخط الائتماني المتفق عليه عند إبرام العقد.

ج) أخذ الأجرة على الوكالة: اتفق الفقهاء على جواز أخذ الأجرة على الوكالة[4]؛ لأن النبي ﷺ كان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم جعلاً. وفـــي بطاقة الائتمان يحصل المصدر على بعض الأجور المتمثلة برسوم الإصدار، والتجديد ، والاستبدال، وبدل الفاقد، والأجور المستحقة على التجار.

الاعتراضات الواردة على هذا التخريج :

أ) اعترض على هذا التخريج بأن: فيه شبهة الربا، حيث إن المصدر يدفع من مالـــه لحامـــل

---

(١) انظر: غاية المنتهى مع مطالب أولي النهى (٤٢٨/٣).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢٨٨/٤)، مواهب الجليل (١٨٨/٥)، روضة الطالبين (٣٣٠/٤)، المغني (٣٩١/٤).

(٣) انظر : المراجع السابقة.

(٤) انظر: مواهب الجليل (٢١٦/٥)، كشاف القناع (٤٨٩/٣).

البطاقة الذي ليس له مال مودع في البنك ، فيكون قرضًا من المصدر للحامل، ثم يأخذ المصدر الرسوم المشار إليها آنفًا، مما يترتب عليه أخذ فائدة على القرض، وهو ما يجعل هذا التخريج واقعًا في شبهة الربا.

ب) النسبة التي يحصل عليها المصدر في مقابل سداد الدين للتاجر، هي تنازل عن جزء من الدين المستحق لمصدر. بينما يتحصل المصدر على المبلغ كاملاً من الحامل. ويضاف إلى ذلك أن هذه النسبة مجهولة، وليست بمعلومة.

ج) العلاقة بين المصدر والحامل قد لا ينطبق عليها معنى الوكالة؛ لأن أموال حامل البطاقة ليست مودعة على كل حال لدى المصدر ، فما يمكنه من سداد الديون التي تعلقت بذمته. والسبب في ذلك هو رغبة المصدر في الاستعجال في تسديد الديون ، ومن ثم الشروع في مطالبة الحامل. فالوكيل في الأصل لا يدفع من مال؛ لأنه مفوض بدفع المال عن موكله من مال موكله. ولكن مطالبة الموكل بدفع المال للمصدر ثم انتظار المدة التي يستغرقها العميل في الدفع، فإذا تحصل على المال دفعه للتاجر يستغرق وقتًا وجهدًا لا تقبل به العملية التجارية في العصر الحاضر[1].

٣ – العلاقة بينهما إقراض :

عقد القرض هو: "ما تعطيه غيرك من مال على أن يرده إليك"[2].

وتخريج بطاقة الائتمان على القرض يتضح من خلال تمكين المصدر الحامل من الحصول على السلع والخدمات بواسطة الخط الائتماني المحدد بسقف معين، ويكون ذلك عن طريق البطاقة. وقبض هذا القرض هو قبضًا حكميًا يتمثل في تمكين الحامل من الاستفادة ثم تسديد المال عنه.

وقد اعترض على هذا التخريج **بعدة اعتراضات**، منها:

أ) أنه لا يوجد في الحقيقة مال يقرض في هذه الصورة. وغاية ما فيه هو طلب إصدار بطاقة ائتمان، وبالتالي يحصل العميل على بطاقة تمكنه من الاستفادة منها في الشراء والخدمات.

---

(١) انظر: مجلة المجمع، العدد السابع: (١/٦٥٨).

(٢) القاموس الفقهي لسعدي أبو جيب ص (٣٠٠).

وتخريج البطاقة على القرض فيه شيء من البعد، حتى ولو كان العميل في النهاية يتحصل على السلع والخدمات ، مقابل دفع المصدر المال عنه.

ب) الرسوم المتعددة التي يتحصل عليها المصدر مقابل إصدار هذه البطاقة يخالف المقصد الشرعي من القرض ، باعتباره عقد إرفاق وإحسان. وكل قرض جر نفعًا فهو ربا.

ثانيًا : العلاقة التعاقدية بين المصدر والتاجر :

١- أنها من قبيل خصم الأوراق التجارية:

وخصم الأوراق التجارية هو: «اتفاق يعجل به البنك الخاصم للطالب الخصم قيمة ورقة تجارية، أو سند قابل للتداول أو مجرد حق آخر، مخصومًا منه مبلغ يتناسب مع المدة الباقية حتى استيفاء قيمة الحق عند حلول أجل الورقة أو السند أو الحق؛ وذلك في مقابل أن ينقل طالب الخصم إلى البنك هذا الحق على سبيل التملك، وأن يضمن له وفاءه عند حلول أجله»[١].

ويمكن تصور أن الفاتورة التي وقع عليها المشتري هي كمبيالة مستحقة الدفع يقوم التاجر بحسمها لدى البنك (المصدر) مقابل نسبة معينة، ومما يرجح هذا الاحتمال اشتراط بعض الشركات على التجار الرجوع إليهم في حالة رفض العميل دفع المبلغ الذي دفع إلى التاجر[٢].

فإذا كانت المشتريات بمائة دينار على حاملها، فإن التاجر يستوفي من البنك - مثلاً - خمسة وتسعين دينارًا، وخمسة دنانير - مثلاً - تكون للبنك، عمولة على التسديد عن حاملها، وعمولة على نشر الدعاية لمحله.

ولهذا .. لا يستطيع التاجر في حال مماطلة البنك أو إفلاسه الرجوع قانونًا على حامل البطاقة ؛ لأن البنك قد استحق في ذمة حاملها نسبة معينة للتسديد عنه، وهي: «رسوم الاشتراك» وقد استحق نسبة معينة في ذمة التاجر للتسديد له[٣].

---

(١) عمليات البنوك ص (٤٦٩).
(٢) انظر : مجلة المجمع ، العدد السابع : (٣٩١/١).
(٣) انظر : بطاقة الائتمان لبكر أبو زيد ص (٣٧).

٢- أنها من قبيل الضمان:

ويتصور ذلك من خلال ما سبق بيانه في العلاقة بين المصدر وحامل البطاقة، وهي أن يقوم الحامل بشراء ما يشاء عن طريق بطاقته، ثم يتحصل التاجر على المبلغ المستحق عن طريق الضامن ، وهو المصدر، حيث تكفل بتسديد المبالغ المترتبة على العميل وفق الشروط المتفق عليها، ومن ذلك خصم المصدر نسبة معينة مستحقة له من فاتورة الشراء.

٣- العلاقة بينهما علاقة وكالة بأجر:

ويصور ذلك من خلال توكيل التاجر للمصدر بتحصيل المبالغ من العملاء مقابل أجرة محدودة بنسبة معينة تتراوح ما بين (٢% إلى ٥%) يتحصل عليها المصدر.

ويعترض على هذا التخريج بمثل ما اعترض على تخريج العلاقة بين المصدر والحامل على أنها وكالة[١].

ثالثًا : العلاقة التعاقدية بين حامل البطاقة والتاجر :

١- العلاقة بينها إما أن تكون عقد بيع، أو عقد إجارة:

وذلك أن حامل البطاقة حينما يتوجه إلى التاجر بقصد شراء سلعة من السلع، أو استئجار منفعة من المنافع، فإنما يكون السداد عن طريق البطاقة. فيقوم التاجر باستلام بطاقته وتسجيل كافة البيانات الشخصية المتعلقة بها، ثم يوقع حامل البطاقة على قسيمة البيع التي يكتب عليها تاريخ يوم الشراء أو الاستئجار، ونوع السلعة أو الخدمة، والمبلغ المستحق، وبيانات العميل. ثم يأخذ العميل نسخة منها، وتبقى نسخة مع التاجر ليتقدم بها إلى المصدر ليحصل على المبلغ المدون مخصومًا منه نسبة معينة تتراوح ما بين (٢% - ٥%) حسب طبيعة العمل الذي يقوم به التاجر، ومدى إمكانياته فيه.

ثم يقوم المصدر بإرسال فاتورة إلى العميل تتضمن جميع السلع والخدمات التي تحصل عليها، ويطالبه بسداد تلك المبالغ.

---

(١) انظر ص (٢٢) من هذا البحث.

٢- العلاقة بينهما حوالة:

وتصور هذه العلاقة عندما يتقدم حامل البطاقة لشراء سلعة، أو الاستفادة من خدمة، ثم يقدم بطاقته للتاجر الذي يقوم بتسجيل بياناتها على قسيمة الشراء، ثم يوقع عليها الحامل. ويقوم التاجر بتحصيل المبلغ (الدين) الذي تعلق بذمة حامل البطاقة من المصدر. فكأن حامل البطاقة أحاله على المليء وهو المصدر لتحصيل مبالغ الشراء أو الخدمات.

وهذه العلاقة مستمدة من طبيعة البطاقة ، حيث تلزم التجار باستيفاء ديونهم منها مباشرة، وهي إحدى بنود الاتفاق المبرمة بين المصدر والحامل.

ونوقش هذا التخريج بأن: من شروط الحوالة ثبوت دين للمحيل في ذمة المحال عليه. وهذا الأمر غير متصور في هذه المعاملة، وبخاصة في البطاقة غير المغطاة، ولا تتحقق حتى في البطاقة المغطاة؛ ذلك أن التزام مصدرها لا يتوقف على مقدار ما في الحساب من أموال حاملها[١].

حتى ولو صح قوله بانتقال الحق من ذمة حامل البطاقة إلى ذمة مصدرها ، فلا يسلم أنها لا تكون كفالة، إذ يبقى للقول أنها من الضمان وجه. ذلك أن من الفقهاء من قال بانتقال الحق حتى في الكفالة[٢]. جاء في المغني: «وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل. وحُكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود»[٣]، وهي رواية عن أحمد[٤].

٣- العلاقة بينهما وكالة بأجر: وهذا المعنى يتضح من خلال توكيل التاجر للمصدر بأن يحصل المبلغ المستحق له في ذمة العميل، لقاء مبلغ يحصل عليه المصدر محدد بنسبة معينة من فاتورة الشراء.

---

(١) انظر: مجلة المجمع العدد الثاني عشر: (٥٤٣/٣).
(٢) انظر: مجلة المجمع العدد الثاني عشر: (٥٤٣/٣).
(٣) انظر: المغني (٦٠٣/٤)، وانظر: المحلى (١١٣/٨).
(٤) انظر: الإنصاف (١٩٠/٥).

المسئولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان

تحرص البنوك المصدرة لبطاقات الائتمان على اشتمال العقد المبرم بينها وبين العملاء على بعض البنود الموضحة لبعض المخاطر التي قد تنتج عن الاستخدام غير المشروع لبطاقاتهم.

من ذلك ما ورد في إحدى الاتفاقيات : «يكون استخدام البطاقة من قبل العضو المصدرة لـه شخصيًا، وفـي حدود المبالغ المصرح له بها. ويلتزم العضو بعدم تجاوز هذا الحد»[1].

ومن ذلك : «يتحمل العضو المسئولية كاملة عن البطاقة واستعمالها، وعن كافة النتائج المترتبة على ذلك، وخاصة في حالة هلاكها، أو ضياعها، أو سرقتها، أو إساءة استعمالها، سواء من قبله أو من قبل الغير، وسواء بتصريح من العضو أو بدونه، ويلتزم العضو في جميع الأحوال بأن يسدد للبيت جميـع المبالغ المقيدة على الحساب»[2].

ومن ذلك: «في حالة فقدان البطاقة أو تعرضها للسرقة ، يلتزم العضو فورًا بإبلاغ بيت التمويل الكويتـي . . . »[3].

ومسئولية حامل البطاقة متشعبة ومتعددة، تعدد المستخدمين للبطاقة، إذ قد يكون استخدامها من قبل صاحبها بنفسه، أو وكيله، أو شخص غير مخول أن يستعملها، ولهذا لابد من التعرض للنقـاط الآتيـة :

١- مسئولية حامل البطاقة عن استعماله الشخصي:

سبق إيراد بعض البنود التي تنص على مسئولية حامل البطاقة عن كل معاملة تنشـأ نتيجـة استخدامها. وقد وافق العميل منذ البداية على أنه مسئول عن تسديد كل ما هو مدون في حسابه.

---

(١) اتفاقية إصدار بطاقة التمويل الائتمانية ، مادة (٢).
(٢) اتفاقية إصدار بطاقة التمويل الائتمانية ، مادة (٣).
(٣) اتفاقية إصدار بطاقة التمويل الائتمانية ، مادة (٤).

٢- مسئولية حامل البطاقة عن وكيله في استخدام البطاقة:

التاجر غير معني بالسؤال عن هوية حامل البطاقة، أهو الأصلي أو الوكيل؟ فعندما يخول حامل البطاقة شخصًا استعمال بطاقته، والسحب من رصيده، فإنه لا يستطيع منع البنك أن يخصم ذلك من حسابه.

٣- مسئولية حامل البطاقة عن الاستعمال غير القانوني للبطاقة:

قد يمنح حامل البطاقة زوجه، أو زوجته ، أو صديقه بطاقة أخرى تابعة لحسابه وتحت اسمه، فيستعملها في شراء حاجياته، فيتجاوز في الشراء حدود صلاحية حامل البطاقة. وقد تتعرض البطاقة للسرقة، أو الفقدان، ويتم استعمالها من قبل الغير. هذه جملة مشاكل نشأت نتيجة هذا الأسلوب الجديد في التعامل.

واستعمال البطاقة غير القانوني يكون عندما لا يوجد إذن باستعمالها صراحة، أو ضمنًا من صاحبها.

ومسئولية حاملها تعتمد أولاً على ما تنص عليه مواد الاتفاقية بينه وبين مصدر البطاقة. فإن ألزمته بكل استخدام لبطاقته، وموافقته على ذلك، فمن الصعب أن يتخلص من هذه المسئولية.

وتقع مسئولية الإثبات على مصدر البطاقة في جميع الحالات.

٤ - مسئولية حامل البطاقة أمام التاجر :

عندما يدفع حامل البطاقة قيمة مشترياته للتاجر عن طريق بطاقته، فإنه قد أنهى مسئوليته، وليس للتاجر أن يرجع عليه في طلب قيمة المشتريات، إلا إذا اشترط هذا في العقد[1].

(١) انظر : البطاقة البنكية ، ص (١٠٩) وما بعدها.

ملحق البحث

شروط وأحكام الإصدار والإستخدام

بطاقات فيزا وماستر كارد الائتمانية الصادرة من بيت التمويل الكويتي.

بناءا على الطلب المقدم من العضو ليصدر له بيت التمويل الكويتي بطاقة التمويل الائتمانية الخاصة به فقد وافق العضو على الإلتزام الكامل بالشروط والأحكام الآتي بيانها.

1) تعاريف : يكون للكلمات التالية أينما وردت المعاني الموضحة قرين كل منها :
البيت : بيت التمويل الكويتي (ش.م.ك)
البطاقة: أي بطاقة فيزا أو ماستر كارد الائتمانية صادرة من بيت التمويل الكويتي
العضو: الشخص الذي صدرت له البطاقة لإستخدامه الشخصي.
التاجر: أي فرد أو مؤسسة أو شركة أو كيان قانوني يقبل التعامل بالبطاقه.
الحساب: حساب العضو الذي تقيد فيه جميع المبالغ المتعلقة بمعاملات البطاقة والرسوم والاشتراكات والمصاريف والاتعاب المستحقة وفق المبين بهذا الطلب.

2) يكون استخدام البطاقة من قبل العضو المصدرة له شخصيا و في حدود المبالغ المصرح له بها و يلتزم العضو بعدم تجاوز هذا الحد.

3) يتحمل العضو المسؤولية كاملة عن البطاقة واستعمالها، وعن كافة المبالغ المترتبة على ذلك وخاصة في حالة هلاكها ، او ضياعها، او سرقتها او اساءة استعمالها سواء من قبله أو من قبل الغير وسواء بتصريح من العضو او بدونه . ويلتزم العضو في جميع الأحوال بأن يسدد للبيت جميع المبالغ المقيدة على الحساب.

4) في حالة فقدان البطاقة أولعرضها للسرقة يلتزم العضو فورا بإبلاغ بيت التمويل الكويتي ص.ب68599 كيفان - الرمز البريدي 71966 هاتف 44/4821766 او فاكس رقم 4824371 و هاكس رقم 4837498 او تلكس 233714 او أي فرع من فروع البيت أو أقرب مكتب فيزا خطياً في غضون سبعة أيام وحتى استلام البيت للاشعار الكتابي، يكون العضو مسؤولا عن أي قسيمه بيع أو دفع نقدي تصدر عن استخدام البطاقة المفقودة أو المسروقة.

5) لايتحمل البيت أي مسؤولية عن أي تصرف أو إهمال أو إعتراض من جانب التاجر مهما كانت الأسباب بما في ذلك رفض احد التجار قبول البطاقة.

6) تحتسب وتسدد بالدينار الكويتي كافة المبالغ المستحقة للبيت على العضو مضافا إليها نسبة ١٪ (واحد بالمائة) من قيمة المعاملة. وذلك حسب سعر الصرف للدينار الكويتي مقابل العملة الأجنبية في تاريخ إستلام البيت لبيان هذه المبالغ من الجهات المعتمدة للبطاقة. ويعتبر هذا تفويضا وتوكيل ضمني من العضو وأما عمليات السحب النقدي فإنها تحتسب مضافا إليها ٤٪ (أربعة بالمائة) من قيمة كل عملية سحب نقدي ويعتبر هذا تنفيذاً لتوكيل ضمني من العضو.

7) يحق للبيت في اي وقت استيفاء المبالغ المستحقة له من أي ودائع أو ايداعات أو حسابات تكون للعضو في البيت أيا كانت نسبتها وذلك فورا ودون تأخير أو اجراءات.

8) تعتبر الودائع و البضائع والحسابات وأية أموال موجودة للعضو في البيت مرهونة رهنا حيازيا ضمانا للوفاء بجميع المبالغ المستحقة أو التي تستحق على العضو لأي سبب.

9) تقيد على حساب العضو المبالغ التالية بالدينار الكويتي:
أ- رسم الحساب يدفع مرة واحدة عند قبول طلب الإشتراك.
ب- اشتراك العضو ويدفع مرة واحدة كل سنة في الموعد الذي يحدده البيت.
ج- كافة المصاريف والمبالغ الناشئة عن استعمال العضو للبطاقة بما في ذلك تكلفة أية برقيات أو تلكسات أو عمولات تخصمها البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى على العضو نتيجة إستخدامه للبطاقة.

10) يحتفظ البيت بملكية البطاقة والرقم السري الخاص بها.

11) لايكون البيت مسؤولاً عن أية أضرار تنشأ نتيجة عطل طارئ لجهاز الصرف الآلي أو أجهزة قبول البطاقات سواء كان بسبب فني أو عدم كفاية المبالغ المتوفرة فيه أو أي سبب آخر داخل أو خارج الكويت.

12) يحتفظ البيت بحق تجديد البطاقة في أي وقت يشاء، ويحور للعضو طلب الغاء عضويته أو عدم تجديد العمل بالبطاقة . ويقدم هذا الطلب خطيا على النماذج المعدة لذلك لدى البيت مع إعادة البطاقة ولا يعتبر إعادة العضو للبطاقة إلى البيت وإستلام البيت لها دون تحفظ قرينة على براءة ذمته من قبل البيت. وفي جميع الأحوال يكون العضو مسؤولا عن كافة الإلتزامات الناشئة عن إستعمال البطاقة حتى سداد جميع هذه الإلتزامات وتسوية حساب البطاقة أو بعد مرور مدة لا تقل عن ستين يوما من تاريخ إعادته للبطاقة أيهما يكون لاحقا.

13) للبيت الحق في إلغاء البطاقة عندما يرى ذلك دون ابداء الأسباب وعلى الأخص في الحالات الآتية
أولا: إذا خالف العضو أي شرط من الشروط المدونه في هذا الطلب
ثانيا: إذا أساء إستخدام البطاقة وبوجه خاص في حالة إستعمالها للوفاء بأثمان بضائع أو أعمال أو خدمات مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.
ثالثا: إذا وقع الحجز على ممتلكات العضو سواء كان الحجز تحفظيا أو تنفيذيا.
رابعا: في حالة صدور حكم على العضو بتصفية ممتلكاته أو إشهار إفلاسه أو توقف عن دفع ديونه
خامسا: في حالة فقدان أهليته أو وفاته
سادسا: إذا إستعمل بطاقته في عمليات شراء الذهب على الأجهزة اليدوية.
سابعا: في حالة إغلاق الحساب المفتوح باسم العضو سواء تم بقرار من البيت أو بناء على طلب العضو.

14) عند تحقق إحدى حالات الإلغاء يجب على العضو إعادة البطاقة للبيت وتبقى جميع الإلتزامات الناشئة عن إستخدام البطاقة من مسؤولية العضو حتى سداد جميع هذه الالتزامات وتسوية حساب البطاقة ولا يعتبر إعادة العضو للبطاقة إلى البيت بعد الغائه لها دون تحفظ قرينة على براءة ذمته من التزاماته قبل البيت.

15) كل اخطار يوجه من البيت إلى العضو على عنوانه المدون بهذا الطلب يعتبر صحيحا وقانونيا. وينعهد العضو باخطار البيت كتابة بأي تغيير في عنوانه.

16) يفيد البيت جميع المبالغ المشار اليها في المادة التاسعة عاليه وجميع مبالغ قسائم النقد المعدني وكافة المبالغ الناتجة عن إستخدام البطاقه على حساب العضو ويقوم البيت بارسال كشف حساب الى العضو مبينا فيه المبالغ المطالب بتسديدها.

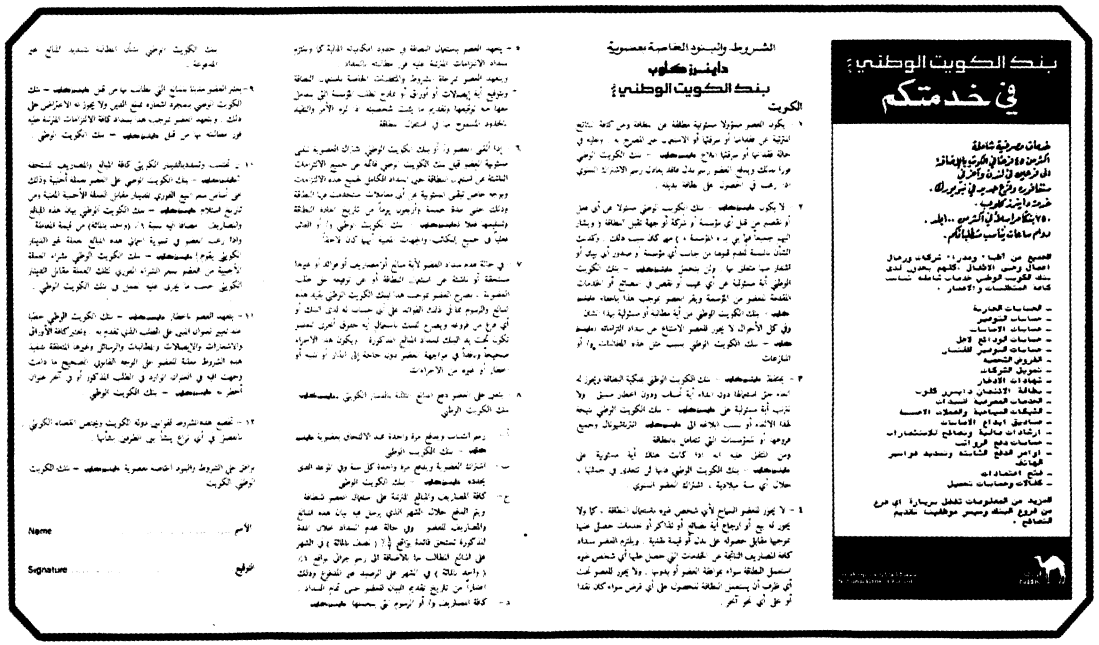
17) ينازل العضو عن طلب تدقيق دفاتر وقيود حسابات البنك المتعلقة فيما يستحق عليه من التزامات ناشئة عن البطاقة والموضحة في هذا الطلب ولا يحق له الإعتراض عليها مالم توجد قرائن قطعية تدل على العكس وتقتنع بها جهات التدقيق والرقابة الشرعية.

18) يحق للبيت تعديل هذه الشروط والأحكام في اي وقت يشاء. وبإعلان البنك عن التعديل في فروعه بجميع انحاء البلاد المعمول من تاريخه ما لم يرفض العضو التعديل فيعتبر طالبا إلغاء البطاقة وتطبق عليه الإجراءات المبينة في البند رقم (14.13.12)

19) يقر العضو بعلمه وإدراكه وقبوله وموافقته على الأحكام الآتية:
أولا: أن الخدمات التي تهيئها البطاقة لحاملها قد توقف في بعض الأقطار في بعض الأيام. وذلك بسبب عدم تواجد الجهاز الوطني خلال العطلات الرسمية والوطنية والدينية. ويؤكد العضو معرفته بذلك وقبوله لها.
ثانيا: إن أي تحويل يتجاوز الحد الإئتماني الممنوح للعميل يتطلب اجراء اتصالات مسبقة مع البيت . ولذلك فإن العضو يوافق على تأجيل استعماله للبطاقة في حالة تجاوز المبلغ الائتماني المصرح له به الى أن يمر الوقت اللازم للحصول على موافقة البيت

20) يفوض العضو البيت بخصم المبالغ المترتبة عليه من جراء استعماله للبطاقة وذلك بالدينار الكويتي من حسابه الجاري، أو الدوفير الإستثماري الممتاز أو غيره من حسابات العميل لدى البيت.

21) المدون بعاليه هي الشروط والأحكام التي تحكم العلاقة ولم يرد به نص خاص بها للأحكام والقوانين النافذة في دولة الكويت ومن اختصاص محاكمها.



بنك الكويت الوطني:
في خدمتكم

خدمات مصرفية شاملة
أكثر من ٧٥ فرعاً في الكويت وبالخارج
إلى أفرعنا الثلاثة وأكثر في
مختلف مناطق وشوارع الجديد في تيسيرك.
شرط واحد فقط:
٧٥ سنة على الأقل في أكثر من ٧٠ بلد.
دوام ساعات يناسب مطلباتكم.

للتسجيل من ألف ومدار شركات ورجال أعمال وسي الأشغال كلهم يحدون لدى بنك الكويت الوطني خدمات شاملة تناسب كافة المنشآت والأعمار.

- الحسابات الجارية
- حسابات التوفير
- حسابات الأمانات
- حسابات ودائع لأجل
- حسابات الكويتي للتسليم
- القروض الشخصية
- تمويل الشركات
- شهادات الأسهم
- بطاقة الائتمان داينرز كلوب
- الخدمات المصرفية للسفر
- الشيكات السياحية والحوالات الأجنبية
- صناديق إيداع الأمانات
- إرشادات مالية وصناديق للاستثمارات
- ساعات ودع كويت
- أوامر الدفع الثابتة وتسديد فواتير الهاتف
- فتح اعتمادات
- كفالات وحسابات تحصيل

للمزيد من المعلومات تفضل بزيارة أي فرع من فروع البنك وسيسر موظفيه تقديم المساعدة.

الشروط والبنود الخاصة بعضوية
داينرز كلوب
بنك الكويت الوطني؛
الكويت

١ - يكون العضو مسؤولا مسؤولية مطلقة عن سلطة وعن كافة نتائج المترتبة عن إفصاحه أو موقفه أو الامتناع عن التصريح به وعليه في حالة فقد بها أو سرقتها إبلاغ **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني فورا بذلك ويعفي العضو رسم بدل فاقد بمقدار رسم الاشتراك السنوي المقرر في العضوية على طالبه بديله.

٢ - لا يكون **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني مسؤولا عن أي عمل أو قصور من قبل أي مؤسسة أو شركة أو جهة تقبل البطاقة و وبشار اليها جميعا فيما يلي بـ « المؤسسة ») مهما كان سبب ذلك. وكذلك الشأن بالنسبة لعدم قبولها من جانب أي مؤسسة و صدور أي بيك أو الشاء بها متعلق بها وان يتحمل **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني أية مسؤولية عن أي عيب أو نقص في منتجات أو خدمات المقدمة لعضو من المؤسسة ويقر العضو بموجب هذا بإعفاء **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني من أية مطالبة أو مسؤولية بهذا الشأن وفي كل الأحوال لا يقبر العضو الامتناع عن سداد التزاماته **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني بسبب عدم هذه المطالبات بها أو المنازعات

٣ - يحتفظ **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني بملكية البطاقة ويقرر له الحق سحبها واستردادها دون إبداء أية أسباب ودون اعتبار مسبق ولا يترتب أية مسؤولية على **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني نتيجة لهذا الإجراء أو سبب الإلغاء التزام شيكات وجميع بنوده أو تسويات التي تتعامل بالبطاقة وعلى العضو عند إلغاء البطاقة أو انتهاء مدتها أو عند انتهاء عضويته في أي نادي أو منظمة أو مؤسسة أو شركة أو جهة تقبل البطاقة أن يقوم بقطعها إلى نصفين متساويين على الأقل وإعادتها إلى **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني.

٤ - لا يجوز لعضو التنازل لأي شخص غيره باستعمال البطاقة. كما ولا يجوز له بيع أو ارهان أية بضائع أو تذاكر أو خدمات حصل عليها بموجبها بطريق حصوله على بند أو قيمة نقدية. ويلتزم العضو بسداد كافة المصاريف الناتجة عن الخدمات التي حصل عليها أي شخص غيره استعمال البطاقة سواء بموافقة العضو أو بدونه. ولا يجوز للعضو تحت أي ظرف أن يستعمل البطاقة للحصول على أي قرض سواء كان نقداً أو على أي نحو آخر.

٥ - يتعهد العضو باستعمال البطاقة في حدود امكانياته المالية كما وملتزم بسداد الالتزامات الناشئة عنه في مطالبته بالسداد.

ويتعهد العضو لمراعاة الشروط والتحفظات الخاصة بقبول البطاقة وتوقيع أية إيصالات أو أوراق أو فواتير طلب المؤسسة التي يتعامل معها مما توقيعها وتقديم ما يثبت شخصيته و لهذه الأخير والتقيد بالحدود المسموح به في استعمال البطاقة.

٦ - يدرأ الحق العضو و/ أو بنك الكويت الوطني شركاته التابعة مسئولية بتحمل قبل بنك الكويت وحق عاتقه عن جميع الالتزامات الناشئة عن استعمال البطاقة حتى إستيداد الكامل لجميع هذه الالتزامات وبوجه خاص تبقى مسئولية عن أي معاملات استخدمت فيها البطاقة وذلك حتى مدة خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إعادة البطاقة وتسليمها فعلاً **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني (/ أو الغاء تفعيلها في جميع البلدان والجهات التي تقبلها كأداة وأحدة.

٧ - في حالة عدم سداد العضو لأية مبالغ أو مصاريف أو عوائد أو غيرها مستحقة أو ناشئة عن استعمال البطاقة أو عن توقيعه على طلب العضوية - يصرح العضو توجب هذا لبنك الكويت الوطني بقيد هذه المبالغ والرسوم كما في ذاتها الفوائد على ما حسب له لدى البنك أو أي فرع من فروعه ويصرح كذلك باستعمال أية حقوق أخرى لتحصيل تكون لبنك بد البنك لسداد المبالغ المذكورة. ويكون هذا الإجراء صحيحاً ونهائياً في مواجهة العضو دون حاجة إلى انذار أو تنبيه أو حضار أو غيره من الإجراءات.

٨ - يتعين على العضو دفع المبالغ الناشئة بالعضوية **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني

أ - رسم انتساب ودفع مرة واحدة عند الانضمام بعضوية **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني

ب - اشتراك العضوية ويدفع مرة واحدة كل سنة وفي تواعيد التي يحددها **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني

ج - كافة المصاريف والمبالغ المترتبة على استعمال العضو لشخصاً ويتم الدفع خلال الشهر الذي يرسل فيه بيان بهذه المبالغ والمصاريف للعضو وفي حالة عدم استداد خلال المدة المذكورة تستحق فائدة وتاقع (/) بعشر بالمائة) في الشهر على المبالغ المطالب بها بالإضافة الى رسم جزائي واقع (/) واحد بالمائة) في الشهر على الرصيد غير المدفوع وذلك اعتباراً من تاريخ تقديم الميعاد المحدد حتى تمام السداد.

د - كافة المصاريف وا/ أو الرسوم التي يحددها **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني بشأن السلطات باستخدام المبالغ غير المدفوعة.

٩ - يلتزم العضو بدفع مبالغ التي يطلب بها من قبل **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني بمجرد الطلب الذي يقدم به. وتعتبر كافة الأوراق والاشعارات والإيصالات وبطاقات والرسائل وغيرها المتعلقة بتحديد هذه الشروط صالحة لتحضير على الوجه القانوني الصحيح ما دامت وجهت الى في العنوان الوارد في الطلب المذكور أو في آخر عنوان أخطر به **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني

١٢ - تخضع هذه الشروط لقوانين دولة الكويت ويقضي العضاء الكويتي بالعضو في أي نزاع ينشأ بين الطرفين بشأنها.

واعلن على الشروط والبنود الخاصة بعضوية **هيئة عضو** - بنك الكويت الوطني الكويت

الاسم .....

Name .....

التوقيع

Signature .....

بطاقة امريكان اكسبريس

إتفاقية العضوية

فهرس المصادر والمراجع

(١) مسند أحمد بن حنبل، وبهامشه كنْز العمال في السنن والأقوال والأفعال، المكتب الإسلامي - بيروت / لبنان ، الطبعة الثانية - ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨م.

(٢) الاختيار لتعليل المختار : لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، تعليق: الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بمصر، الطبعة الثانية - ١٣٧٠ هـ / ١٩٥١م.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنْز الدقائق: للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية (بالأوفست).

(٤) حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار: للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين، دار الفكر - بيروت / لبنان ، الطبعة الثانية - ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م.

(٥) شرح فتح القدير: للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد، وبهامشه العناية للبابرتي، دار إحياء التراث العربي - بيروت / لبنان ، طبعة ١٤٠٦ هـ / ١٩٨٦م.

(٦) الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان: للعلامة الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار صادر - بيروت / لبنان.

(٧) المبسوط: لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة - بيروت / لبنان، طبعة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٩م.

(٨) مجمع الضمانات : لأبي محمد بن غانم البغدادي، عالم الكتب- بيروت/ لبنان، الطبعة الأولى ، ١٩٨٧م.

(٩) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للعالم شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر.

(١٠) الخرشي على مختصر سيدي خليل: لأبي عبدالله محمد بن عبدالله بن علي الخرشي، دار الفكر.

(١١) المعونة على مذهب عالم المدينة: للقاضي عبدالوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: حميش عبدالحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.

(١٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل: لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، الطبعة الثانية - ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م.

(١٣) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهج الطالبين: للنووي، دار إحياء الكتب العربية - القاهرة.

(١٤) الحاوي الكبير: للإمام أبي الحسن الماوردي، تحقيق وتخريج: الدكتور/ محمود مطرجي، وساهم معه الدكتور / ياسين ناصر محمود الخطيب، والدكتور/ عبدالرحمن بن عبدالرحمن شميلة الأهدل، والدكتور / أحمد حاج محمد شيخ ماحي، والدكتور / حسن علي كوركولو، دار الفكر - بيروت/ لبنان، طبعة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٤م.

(١٥) روضة الطالبين وعمدة المتقين: للإمام النووي ، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت / لبنان، طبعة ١٤١٢ هـ / ١٩٩١م.

(١٦) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: للشيخ محمد الشربيني الخطيب، المكتبة الفيصلية - مكة المكرمة.

(١٧) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لأبي العباس أحمد بن حمزة الأنصاري، دار الكتب العلمية - بيروت / لبنان ، طبعة ١٤١٤ هـ / ١٩٩٣م.

(١٨) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لأبي الحسن علاء الدين سليمان بن علي المرداوي، مكتبة ابن تيمية.

(١٩) كشاف القناع على متن الإقناع: للشيخ منصور بن يوسف البهوتي، مراجعة وتعليق: الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر - بيروت / لبنان، طبعة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢م.

(٢٠) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: للعلامة مصطفى السيوطي الرحيباني، وتجريد زوائد الغاية والشرح: للعلامة الشيخ حسن الشطي، الطبعة الثانية - بيروت، ١٤١٥ هـ / ١٩٩٤م.

(٢١) المحلى: للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، تحقيق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الفكر.

(٢٢) بطاقة الائتمان بين الواقع المصرفي والحكم الشرعي. إعداد: محمد عبدالعزيز الجريبة. رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الملك سعود. السعودية.

(٢٣) بطاقة الائتمان. دراسة فقهية اقتصادية. إعداد: نواف باتوباره، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الملك عبدالعزيز. السعودية.

(٢٤) بطاقة الائتمان، حقيقتها البنكية والتجارية وأحكامها الشرعية: للدكتور/ بكر بن عبدالله أبو زيد، مؤسسة الرسالة - بيروت / لبنان ، الطبعة الثانية - ١٤١٧ هـ / ١٩٩٧م.

(٢٥) البطاقة البنكية: للدكتور / عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، مطبوعات مجمع الفقه الإسلامي - جدة/السعودية، الطبعة الأولى - ١٤١٩ هـ / ١٩٨٩م.

(٢٦) التكييف الشرعي للبطاقات المصرفية في ميزان الشريعة، سلسلة اقتصادية من إصدار بيت التمويل الكويتي، إعداد: علي عبدالستار القطان.

(٢٧) الجوانب الشرعية والمصرفية والمحاسبية لبطاقات الائتمان: للدكتور/ محمد عبدالحليم عمر، إيتراك للنشر والتوزيع - القاهرة، الطبعة الأولى - ١٩٩٧م.

(٢٨) الضمان في الفقه الإسلامي، للأستاذ / علي الخفيف. دار الفكر العربي، القاهرة.

(٢٩) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد: للشيخ / أحمد عبدالله القاري، دراسة وتحقيق: الدكتور / محمد إبراهيم أحمد علي، نشر مطبوعات تهامة - جدة / السعودية، الطبعة الأولى - ١٤٠١ م / ١٩٨١م.

(٣٠) القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا: سعدي أبو جيب، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية - كراتشي / باكستان.

(٣١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد (٧)، الجزء الأول، العدد (١٢)، الجزء الثالث.

(٣٢) الموسوعة الاقتصادية: للدكتور/ حسين عمر، دار الفكر العربي - القاهرة، الطبعة الرابعة - ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢م.

(٣٣) عمليات البنوك من الوجهة القانونية: للدكتور / علي جمال الدين عوض، دار النهضة العربية - ١٩٦٩م.

SUMMARY OF THE RESEARCH

Credit card is a method of paying debts of financial liabilities either by direct payment or through by automatic. The client receives this card from its source of different conditions from different parties. The client is forced to pay all his debts through this card with in the limits of credit card.

It is possible to determine the number of cards and their objectives into three types:

First type: auto card (immediate discount).

Second type: monthly discount card credit).

Third type: credit (payment by installment).

Credit card is distinguished as being loan cards, an any card does not give a loan to its holder is not regarded as a credit card. It is called a finance card or Bank aced.

It is created from machine through a deal relationship between the issued person and the holder - it is a method of guarantee by finance the relationship between the holder and the trades is either by sales or lease and the relationship between the holder and trader is by guarantee.

The issuer is to pay some fees (issue fees, renewal - subscription) from the holder for the services of the bank. The issuer can pay certain percentage for the vouchers that exist between the trader and the holder of the card for the services of the trader, like advertisement and labor recruitment.

The cardholder is to pay all his debts if not, he is considered of being responsible for breaching the agreement singed with the issuer, and he will be responsible for that.

He is also responsible for using the card by his agent or relative, and he is to pay all his financial dues for using the card.

" الآثار السلبية لطريقة احتساب سعر الفائدة البنكية و المرابحة الإسلامية في النظام المصرفي التقليدي و الإلكتروني الحالي ".

إعـــــــداد

المستشار / ناصر محمد المصري

مـقـــدمـــــة :-

من خلال إطلاع الباحث على ما يحدث من مآسٍ في جميع دول العالم الثالث ومنـــها دولة الكويت نتيجة للربا الفاحش والفوائد المبالغ فيها والعمولات غير المنطقية الـــتي تكبـــدها المستهلك والاختراقات القانونية وغير القانونية التي تقوم فيها بعض البنوك والشركات المالية في النظام المصرفي التقليدي والإلكتروني الحالي وما صاحبها من الزج بالآلاف من الرجال والنساء (مواطنين ومقيمين) بالسجون بسبب الديون والشيكات وما استتبع ذلك من خســـارة هائلـــة وتكلفة على المال العام تقدر بعشرات الملايين من الدنانير سنوياً نتيجة لوجودهم في تلك السجون ولإشغال وقت سلطات التحقيق و القضاء فيها ، فقد قام الباحث بجمع معلومات ورقة العمـــل هذه والماثلة أمامكم اليوم والتي تعكس صورة حقيقية عن الواقع الذي تعيشه دولـــة الكويـــت ويظنها نفس الصورة وقد تكون أشد وطأة في معظم دول العالم العربي .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع وخطورته الهائلة على العملاء والمستهلكين الذين يتعاملون مع النظام المصرفي وفضلاً عن خطورته على الجهاز القضائي والاقتصاد الوطني والسلم الاجتماعي والأمن الوطني ، ونظراً للدور الكبير الذي تقوم به كلية الشريعة والقانون بجامعـــة الإمـــارات العربية المتحدة لرفع درجة الوعي القانوني والشرعي لدى رجال القانون و القضاء ، عند التعامل مع مختلف الظواهر ذات الآثار السلبية على المجتمع و الدولة ومنها هذه الظاهرة الخطرة، فـــإن الباحث يتشرف بتقديم ورقة العمل هذه مدعمة بالأدلة والبراهين على أمل تـــدخل الســـلطات المسئولة في أية دولة من دول العالم العربي والإسلامي ممثلة بوزراء العدل و المجالس العليا للقضاء

ووزارات الداخلية والإدعاء العام و البنوك المركزية ووزارات المالية والتجارة وأعضاء المجالس التشريعية لحل هذه الأزمة ، وللدفاع عن حقوق المواطنين والمقيمين ، ولإيقاف تلك البنوك والشركات المالية عند حدها وتصحيح مسارها .

حيث إن هذه القضية المطروحة أمامكم اليوم ليست قضية شخصية ، بل هي قضية المجتمع العربي بأسره ، وبالتالي فإن دورنا الاجتماعي والرقابي والتشريعي يحتم تدخلنا كمواطنين وكباحثين وكأعضاء في مؤسسات المجتمع المدني لحماية المجتمع وأفراده ، من الربا الفاحش ومن غائلة الديون المترتبة على طريقة احتساب سعر الفائدة البنكية والمرابحة الإسلامية في النظام المصرفي التقليدي والإلكتروني الحالي .

انطلاقاً من مبدأ الدفاع عن حقوق المجتمع وحقوق المستهلك وغيره من الذين يقعون اليوم ضحايا سياسات مالية ومصرفية جشعة تفتقر للكثير من الجوانب الإنسانية والشرعية والقانونية ، ترهن الإقتصاد الوطني لصالح فئه قليلة تملك مقابل كثرة لا تملك مارست الاستبداد المالي والاحتكار التجاري .

حيثيات الموضوع :-

نظم البنك المركزي في دولة الكويت أسعار الفائدة التي تتقاضاها الشركات الائتمانية والبنوك من الأشخاص الذين يتقدمون بطلبات للاقتراض وحدد ذلك حسب سعر الخصم المعلن من البنك المركزي الكويتي كمثال بـ ٥,٢٥ % إضافة إلى نقطتين ونصف فوق سعر الخصم فتصبح ٧,٧٥ % للقروض بالدينار الكويتي لسنة واحدة و٤ نقاط فوق سعر الخصم لتصبح ٩,٢٥ % لما هو أكثر من سنة وقد يصل إلى أكثر من ذلك في بعض البلدان العربية ([1]) ، إلا أن واقع الحال يثبت عكس ذلك تماما فعندما يتقدم شخص ما للحصول على قرض سيجد أن معظم البنوك والشركات الائتمانية تأخذ:-

---

(١) تطورات أسعار الخصم والفائدة المحددة من قبل البنك المركزي – المصدر بنك الكويت المركزي ووزارة العدل / إدارة الخبراء – فبراير ٢٠٠٣ .

أولا : ما يسمى بالعمولة وهي تتراوح ما بين ٣ الى ٦ % من الدين أو مائة دينار كمبلغ مقطوع ([1])حيث يتبين لكم المبالغة في أسعار هذه العمولات إلى درجة تتجاوز أحيانا سعر الفائدة المعلنة من البنك المركزي .

ثانيا : تأخذ فائدة أعلى مما حدده البنك المركزي حيث نجد أن معظم الشركات الائتمانية في دولة الكويت تأخذ ٧ % في السنة الأولى وصولا الى ٣٩-٤٠% في السنة الخامسة ([2])، وهذا أيضا مخالف لتعليمات البنك المركزي التي جعلت الفائدة تصل الى٩,٢٥% في حالة تطبيق سعر الخصم ٥,٢٥% + ٤ نقاط فوق سعر الخصم كحد أقصى .

وباتفاق كافة الجهات المانحة للائتمان على هذه الأسعار فإن المقترض يكون أمام حالة إذعان يسمح القانون فيها للمقترضين من رفع الدعاوي مما يثير المشاكل للجهات المصرفية والبنك المركزي وأجهزة الدولة المختلفة

ثالثا : لم تكتف تلك الشركات الائتمانية والبنوك بمخالفة تعليمات البنك المركزي بل وأخذت فوائد مركبة على أصل الدين وسيضرب لكم الباحث المثال التالي لتقريب الصورة لديكم :-

إذا افترضنا أن شخصا ما اقترض مبلغ ١٠ (عشرة آلاف) دينار ولمدة خمس سنوات سنجد أن البنك الممول أو الشركة الائتمانية ستأخذ :-

- مبلغ يتراوح بين ٣٠٠ إلى ٦٠٠ دينار عمولة وهي إما أن تدفع مقدما أو تضاف إلى أصل الدين وتحسب عليها الفائدة .
- ستكون الفائدة هي ٤٠٠٠ آلاف دينار على افتراض أن الفائدة هي ٨%سنوياً فقط (١٠ آلاف × ٨% × ٥ سنوات = ٤٠٠٠ آلاف دينار) .

---

(١) الشركات الإئتمانية المحول عليها السيارات المباعة (الجديدة والمستعملة) شركة أولاد ناصر العبد الجليل وكلاء سيارات سوبارو في الكويت ٢٠٠٣ .

(٢) نفس المصدر السابق .

- إذا أضفنا مبلغ الأربعة آلاف دينار إلى أصل الدين البالغ عشرة آلاف دينار سيصبح المبلغ المطلوب هو ١٤ (أربعة عشر ألف دينار) تقسم على خمس سنوات أي ٦٠ شهرا فيصبح القسط الشهري ٢٣٣,٣٣٣ دينار بالشهر، وهو يشكل الفائدة وجزءاً من أصل الدين الذي كان يجب أن يبدأ بالتناقص اعتبارا من بداية دفع القسط الأول وهو الأمر الذي لم يحدث وظل أصل الدين ثابتاً حسابياً وضرب في الفائدة في خمس سنوات . وبالتالي فإن بعض ما أخذ من المقترضين لم يكن حقاً للبنك على الإطلاق وهو أيضاً إهدارُ لحُقوق المقترضين وسيثبت لكم الباحث ذلك في المعادلة التالية :-

أصل الدين يقسم على ٦٠ شهراً أى ١٠ آلاف ÷ ٦٠ = ١٦٦,٦٦ دينار شهرياً ثم أصل الدين × الفائدة× ٣١/٣٦٥ يوماً أي ١٠ آلاف × ٩,٢٥% × ٣١/٣٦٥ = وذلك كله حسب تعليمات البنك المر دزي.

أما بالنسبة لما يعتقده الباحث حقاً فالمعادلة هي ١٠ آلاف × ٥,٢٥ % × ٢٨/٣٦٥ = ٤٤,٥٩٠ دينار تمثل الفائدة تضاف على ١٦٦,٦٦٦ دينار التي تشكل جزءاً من أصل الدين فيصبح القسط الشهري لشهر يناير مثلاً ٢١١,٢٥٥ دينار ثم نخصم ١٦٦,٦٦ ديناراً من أصل الدين وهو ١٠ آلاف دينار فيصبح ٩٨٣٣,٣٤ دينار × ٥,٢٥% × ٣١/٣٦٥ = ٣٩,٦٠٢ دينار تمثل الفائدة فيصبح القسط الشهري لشهر فبراير هو ٢٠٦,٢٦٨ دينار وهكذا دواليك، حتى نهاية الشهر الستين موعد انتهاء مدة القرض ، حتى يدفع الشخص المقترض الفائدة على المتبقي من القرض شهراً بشهر وصولاً إلى الشهر الأخير وليس على أساس أصل الدين كله في بداية التعاقد أو أثناءه .

رابعا : أما بالنسبة لقروض السكن وعلى افتراض أن الشخص سيأخذ مثلا مبلغ سبعين ألف دينار من أحد البنوك أو الشركات فإن الفائدة ستكون فوراً ٩,٢٥ % حيث لا يعقل أن يدفع المقترض أصل الدين وفائدته خلال السنة الأولى وإلا لما كان هنالك داع للاقتراض أصلا وبالتالي فإن ما يسمى بـ ٥,٢٥% هو ذر للرماد في العيون . والحقيقة هي ٧,٧٥% على أصل الدين لمدة سنة و ٩,٢٥% على أصل الدين لأكثر من سنة وبالتالي فإن الفائدة ستكون ٩٢٥٠ (تسعة

آلاف ومائتان وخمسون ديناراً) بالسنة وعلى افتراض أننا سنقسط المديونية على ١٥ عاما فستكون { أصل الدين(٧٠ ألف دينار) × ٩,٢٥% (الفائدة السنوية) × ١٥ عاماً = ٦٣٩٥٠ثلاثة وستون ألفاً وتسعمائة وخمسون دينار }على الرصيد المتناقص إضافة إلى أصل الدين وهو سبعون ألفاً دينار فيصبح المجموع العام لأصل الدين مع الفائدة هو مائة وثلاثة وثلاثون ألفاً وتسعمائة وخمسون ديناراً . فهل يعقل ذلك ! الفائدة تصل إلى حوالي ٩٣% من أصل الدين .

إن كل تلك الفوائد قد أخذت بدون وجه حق من الملايين من الأشخاص الذين تعاملوا مع البنوك التجارية والشركات المالية (علماً بأن بعض البنوك المركزية في بعض الدول العربية قد سمحت للبنوك باقتطاع الفائدة مقدماً وعلى كامل القرض وعلى كامل المدة الزمنية في حالة القرض الاستهلاكي بينما أُمرت باقتطاع الفائدة شهرياً على الأصل المتناقص في حالة القرض الإسكاني وهي حالة غريبة لم يفهمها الباحث) ، فالقرض هو القرض بغض النظر عن مسمياته تدفع عنه الفائدة خلال الفترة التي يتم استخدامه فيها . فكيف يتم السماح مرة باقتطاع الفائدة مقدماً ومرة باقتطاعها شهرياً ؟!

خامسا : قامت تلك البنوك والشركات الائتمانية بزيادة الفوائد الفعلية على المقترضين تحت مسميات مختلفة ، مرة تحت مسمى رسوم تقييم عقار ورسوم دمج الديون ،ومرة رسوم التأمين على القرض، وتارة عمولة ارتباط وهكذا من مسميات ما أنزل الله بها من سلطان توفر الغطاء اللازم لاستغلالهم .

سادسا : تقوم بعض البنوك والشركات المالية بإجبار المقترضين(وكفلائهم أحياناً) على التوقيع على شيكات على بياض (للإستفادة من الشق الجنائي لجريمة إصدار شيك بدون رصيد في القانون الكويتي) باسم ضمان حقوقهما وإيهاماً منها للمقترضين أن تلك الشيكات ستستخدم كأداة ضمان فقط مع علمها بالتعريف القانوني للشيك في دولة الكويت (كمثال) أنه أداة وفاء تستحق الدفع فور الإطلاع وليس أداة ائتمان وهو أمر يستغربه الباحث لأن البنوك المركزية ووزارات المالية والسلطات القضائية تعرفه تماما ، و ربما حدث تدخلٌ لإيقافه لكن حسب علم الباحث لم يعاقب المحرضين عليه، على الأقل علناً ،حيث كان من الواجب معاقبة تلك الجهات

التي عبثت بالصفة التي يتميز بها الشيك كأداة وفاء، خصوصاً وأن أدوات الضمان الأخرى متوفرة كالكمبيالات والسند الإذني وبطاقات الأئتمان.

فكما هو معلوم لديكم وللسلطات القضائية والتنفيذية والتشريعية أنه في القانون إذا حرر شخص شيكا وهو يعرف مسبقا أنه لايقابله رصيدُ متوفر فعلاً بحسابه يكون قد ارتكب بذلك جريمة يعاقب عليها القانون (جناية في دولة الكويت) .([1]) فكيف إذا كان البنك أو تلك الشركة المالية أصبحت في موقع من يحرض على ارتكاب جريمة ، مع علمها الأكيد أن محرر الشيك لا يملك المقابل الذي يمكنه من الوفاء بقيمة ذلك الشيك أو مجموعة الشيكات التي أجبرعلى توقيعها في سبيل الحصول على قرض ، هو أصلا ذا فائدة عالية والذي سيستخدم ضد العميل حال تعثره من خلال إبلاغ النيابة العامة عن جريمة إصدار شيك بلا رصيـــد.و النتيجة الحتمية إحالة المقترض للنيابة العامة ويبقى المحرض (البنك أو الشركة الائتمانية) بمنأى عن المسؤولية ! وللتأكيد على صحة ما ذكر في هذه النقطة يؤكد وزير النفط السابق المحامي علي البغلي ([2]) ((أن المشرع وفر لسند الأمر (السند الأذني)والكمبيالة والشيك كفالات وضمانات كثيرة لجعل الدائنين مطمئنين لاستيفاء حقوقهم في مواعيد إستحقاقها وتتمثل بضمان القبول مقابل الوفاء والتضامن بين المدينين والضامن الإحتياطي ، ناهيك عما يعترف به المشرع للدائنين من حق في مواجهة المدين العرفي بدعوى عرفية مستقلة عن الدعوى العادية التي يخضع لها الدين الأصلي .

وأوضح البغلي في الندوة التي نظمتها مجموعة العمل الإجتماعي الكويتية بعنوان (ماذا بعد إلغاء الحماية الجنائية للشيك ؟) إن كل تلك الحماية التي أغدقتها القوانين التجارية والمدنية إلا إننا نعجب فعلاً من اللجوء إلى التجريم الجنائي القاسي والعاجل والحاسم في الشيك فقط حيث

---

(١) تجرى حالياً محاولات لتحويل جريمة إصدار شيك بدون رصيد من جناية إلى جنحة من قبل مجلـــس الأمـــة الكويتي علماً بأن الحكومة الكويتية قد ردت هذا القانون المقترح في ٢٠٠٣/٢/١٨ إلى مجلس الأمة مرة أخرى .

(٢) المصدر : جريدة السياسة الكويتية العدد ١٢٢٧٥ صفحة ٧ (الأحد الموافق ٢٣ ذو القعـــدة ١٤٢٣ هـــــ الموافق ٢٦ يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٣ م) .

تؤكد جميع القوانين من الفرنسي إلى المصري إلى إتفاقية جنيف الموحدة التي أخذنا منها كثيراً من أحكام الشيك ، إن الشيك أداه وفاء يستحق الوفاء عليه بمجرد الإطلاع ، وكل بيان مخالف لذلك يعتبر كأن لم يكن .. حتى لو وضع تاريخ مستقبلي له فإن المسحوب عليه ملزم بوفائه إذا ما قدم له مادام مقابل الوفاء موجوداً .

وأشار البغلي إلى ان المشرع الوطني عاقب من يصدر شيكاً من دون رصيد بعقوبة الجنحة ٢٣٧ ومدتها ٣ سنوات ، ثم عاد فغلظها إلى عقوبة الجناية لتصل إلى خمس سنوات ، وفي حالة العودة إلى سبع سنوات، ولم يعطي القاضي أي خيار في الامتناع عن النطق بالعقاب أو وقف تنفيذ العقوبة ما لم يوف الساحب قيمة الشيك ويتنازل المستفيد عن حقه المدني في الدعوى الجزائية وهو أمر في منتهى الغرابة والتشدد ، فللقضاة الحرية التامة في كل الجرائم بالعمل وفق سلطاتهم التقديرية وقناعاتهم في الإدانه أو التبرئة وكذلك في مقدار العقوبة ، ما عدا جريمة الشيك ولتفتح على من يصدر الشيك أبواب جهنم وبسرعة قياسية .))

((كذلك فقد دعا صندوق التكافل لرعاية السجناء التابع لجمعية الإصلاح الإجتماعي (١) أعضاء مجلس الوزراء والأمة إلى التأكيد على إلغاء المادة ٢٣٧ من قانون الجزاء في المداولة الثانية لمشروع القانون والتي وافق مجلس الأمة على إلغاءها في المداولة الأولى ، وقال الصندوق في رسالة وجهها إلى النواب والوزراء :- ((أن الكثير من النتائج السلبية أسفر عنها التطبيق العملي للقانون الحالي كانت ذات أثر مدمر على كيان كثير من الأسر الكويتية ، وذلك من حيث زيادة حالات الطلاق وتشتت شمل الأسر وما يترتب على ذلك من عملية جنوح للصغار لغياب الأب أو الأم أو كلاهما معاً حيث يحبس كلا الزوجين في حالات متعددة وكذلك بالنظر إلى الزيادة المستمرة في عدد السجناء حيث تأثرت بصورة مباشرة من هذا القانون ومنذ عام ٩٨ وحتى ٢٠٠٢ ما يقارب ١٧٠٤ أسر أُدخل معيلها السجن حيث بلغ عدد السجناء خلال تلك الفترة

---

(١) المصدر : جريدة السياسة الكويتية العدد ١٢٢٧٥ صفحة ٧ (الأحد الموافق ٢٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ٢٦ يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٣ م) .

١٧٠٤ سجناء ، وتبقى منهم حالياً ما يقارب ٤١٠ سجناء لا يتوقع الإفراج عنهم في المستقبل القريب ، الأمر الذي يعني ومن خلال المتابعة السنوية أن الرقم في زيادة مستمرة ، وجاء في الرسالة أنه لا يخفى أيضاً أثر الحبس على الفرد ، بوصف القضية المقيدة ضده تحمل وصف الجناية إذ يحرم من تولى الوظيفة العامة ، وبالتالي تتهيأ البيئة المناسبة للوقوع في عالم الجريمة خصوصاً وأنه قد اكتسب ومن خلال المخالطة مع بقية السجناء مهارات غير مشروعة ، ولا يجدي في هذه الحالة تلك الإعانات التي تقدمها وزارة الشؤون ، وذلك بالنظر إلى المستوى المعيشي الذي كانت أسرته متكيفة معه قبل دخوله السجن وبالتالي فإن الإبقاء على القانون الحالي رتب وسيرتب كلفة عالية على المجتمع الكويتي ، وقد لمس الصندوق ومن خلال عمله داخل السجون ، الواقع المر الذي يعيشه السجناء ، حيث يوجد حالياً جناح مخصص للمصابين بأمراض خطيرة كالسرطان وأمراض القلب والمقعدين بسبب الإعاقة الجسمية أو لكبر السن فقد بلغ عددهم حالياً ٣٠ سجيناً وتوفى منهم خلال الفترة من ١٩٩٨ إلى ٢٠٠٢ نحو ١١ سجيناً ، وتبين أيضاً من خلال المتابعة الميدانية اليومية ، الظروف التي أدت إلى الزج بهم خلف القضبان ، وأن الغالبية العظمى منهم لا تتحقق فيه عناصر التجريم المتعارف عليها شرعاً وقانوناً .

وقال الصندوق في رسالته أن أساس التجريم قام على مجرد توافر عناصر شكلية قررها القانون الحالي وقام بإستغلالها الطرف المقابل لأحد الأسباب الأتية :-

- ضمان للتعامل التجاري المدني للتهرب من الرسوم وكوسيلة إكراه جسيمة على المدين (مثل أقساط السيارات أو الإلتزام المسبق بسداد الإيجارات)
- ضمان للوفاء لمعاملات غير مشروعة كالمعاملات الربوية وعمليات التكييش (تحويل السلعة المقسطة إلى سلعة نقدية بثمن يقل بكثير عن سعر الشراء الأصلي) التي يستغل فيها حاجة بعض الأفراد الماسة لسيولة نقدية للوفاء بديون أخرى ، وتكون تلك العمليات من خلال إعلانات التكييش وسيلة للإنتقام من الغير الذي أودع الشيك بحسن نية ، ولاعتبارات عائلية واجتماعية ،مثل كون الشيك ضمان لمؤخر صداق فيستخدم كوسيلة مثلى لطلب

الطلاق أو تحقيق أي طلبات أخرى ، وفي حالات أخرى يستخدم للتخلص من أحد الشركاء وإجباره على التنازل عن حصته في الشركة .))

وإذا أردنا التوسع أكثر فإنه حتى الكمبيالة أو السند اللذين يوقعهما المقترض ، يعلم البنك أو الشركة المالية أن المقترض لا يملك مقابل الوفاء بهما ومع ذلك تجبر تلك البنوك والشركات الائتمانية عملاءها على التوقيع عليها.

سابعاً : ومن الملاحظ أن معظم البنوك لا ترجع كامل الفائدة عن القرض للعميل، فمثلاً إذا اقترض شخص ما من البنك مبلغاً معيناً وتم احتساب الفائدة عليه ثم قام بدفع أصل الدين بالكامل للبنك ، فإن البنك لا يكتفي بذلك بل ولا يقوم بإرجاع الفائدة المحتسبة على الدين الأصلي كاملة بل جزءاً منها .

ثامناً: عندما يريد مقترض ما دفع دينه بالكامل للبنك أو الشركة المالية فإنه يفاجأ بما يسمى بغرامة السداد المبكر، وهي بحد علم الباحث بحدود ١% للتسهيلات الضخمة و٣ % على القروض العادية ، وقد تكون أكثر، وهو أمر يدعو إلى العجب ! فالذي يعرفه الباحث أنه يدفع الفائدة على المبلغ الذي اقترضه خلال الفترة الزمنية التي استخدمه فيها .

تاسعاً : كذلك فمن الملاحظ أنه في حالة السداد المبكر فإن المبلغ الذي دفعه المقترض للتأمين على القرض ككل ، لا يقوم البنك بإرجاع الجزء المتبقي منه للعميل ، بل يستأثر به البنك . وهذا ظلم آخر فكيف يأخذ من المقترض المبلغ الذي تم فيه التأمين على قرض أصلُ الدينِ فيه متناقص والمدة الزمنية للتأمين لم تنته بعد . وبالتالي يبقى التأمين قائماً إلى أن ينهيه المقترض فإذا أنهاه مبكراً فلا بد له من استرجاع ما تبقى من التأمين مقابل المدة الزمنية التي اختصرها ما لم يكن هناك شروط بخلاف ذلك مع شركة التأمين .

عاشراً : حين ننظر بدراسة متعمقة إلى ما يسمى ببطاقات الائتمان (فيزا ، ماستر كارد ، داينرز كلوب ، وأمريكان اكسبرس) نجد أن معدل الفائدة والعمولات وغرامات التأخير على استخدام تلك البطاقات مجحفة بحق العملاء سواء كانوا مستخدمين أو متلقين لها ، والرابح فيها هو البنك المصّدر لها . وتعتبر هذه الطريقة الأعلى تسويقاً والأكثر دخلاً للبنوك مستغلة في ذلك

عدم قدرة العملاء على فهم آلية الفوائد والعمولات المحتسبة على هذا النوع من التسهيلات المصرفية . فهي تدر دخلاً على البنك يتمثل بالآتي :

١) الاشتراك السنوي ويتراوح بين ٢٥ إلى ٣٠ دينار للبطاقة العادية وأكثر للذهبية (٤٠ دينارا) وأكثر للبلاتينية (١٠٠ دينار) ([1]) علما بأن إجمالي بطاقات (VISA) فقط يصل إلى ١,٣ مليون بطاقة في دولة الكويت . ([2])

٢) مقاصة تتمثل بمبلغ لا يقل عن ٢% ويصل إلى ٥% تقريباً على كل عملية بيع وشراء تتم باستخدام البطاقة وهي إما تخصم من التاجر أو تضاف على فاتورة المبيع التي يدفعها المشتري . ([3])

٣) فروق العملات إذا تم استخدام البطاقة خارج الوطن .

٤) إذا تم سحب مبلغ نقدي بواسطتها فيجبر المستخدم على دفع ٤% فائدة إضافية على المبلغ المسحوب تسمى رسوم سحب نقدي ([4]) علماً بأن شركة VISA لا تحدد الفائده بل تترك ذلك للبنك لوضع مايراه مناسباً .([5])

٥) إذا أراد المستخدم للبطاقة تقسيط المبلغ المطلوب فإن الفائدة تصل إلى حوالي ١٨% بالسنة (١,٥% بالشهر) إضافة إلى مبلغ المقاصة وربما أكثر. فهل هنالك إجحاف أكثر من ذلك ؟ علماً بأن هذا غيض من فيض . ولو كتب شخص متخصص في مجال بطاقات الائتمان لقرأنا العجب الذي يحدث للأسف تحت سمع وبصر البنوك المركزية وإدارات حماية المستهلك ووزارات التجارة التي كان من المفترض أن تمارس دورها في حماية المستهلك كما يحدث في أوربا والولايات المتحدة الأمريكية مصدر التعاملات البنكية والبطاقات الأئتمانية .

---

(١) انظر عقود فيزا وماستر كارد لدى البنوك الكويتية .

(٢) مقابلة نائب المدير الإقليمي لشركة فيزا العالمية جونثن كابيدو مع وكالة الأنباء الكويتية فبراير ٢٠٠٣

(٣) المصدر السابق رقم ١ .

(٤) المصدر السابق رقم ١ .

(٥) المصدر السابق رقم ٢ .

حادي عشر :-أصدرت بعض مجالس إدارات البنوك المركزية في العالم العربي مجموعة قرارات حددت فيها سعر الخصم وحددت فيها النقاط فوق سعر الخصم بحيث تكون نقطتان ونصف فوق سعر الخصم للقروض التي لا تتجاوز مدتها سنة ، و٤ نقاط للقروض ما فوق ذلك .([1]) وهو أمر غريب، وسبب الغرابة يكمن بأنه بإمكان أي بنك أن يأخذ نقطة أو نصف نقطة أو أكثر بحيث لا يتجاوز الأربع نقاط من العميل بناءً على درجة قرابة أو معرفة العميل بمتخذي القرار بالبنك المعني للحصول على أفضل رقم ممكن فوق سعر الخصم . ويضرب لكم الباحث مثلاً على ذلك :- لو افترضنا جدلاً أن هنالك شخصان يودان الإقتراض من أحد البنوك وأحدهما يعرف متخذ قرار فيه والآخر لا يعرف أحداً ، فالأمر المتوقع أن من يعرف متخذ القرار سيدفع سعر الخصم المقرر من البنك المركزي فقط أو قد يدفع شيئاً بسيطاً فوقه في الوقت الذي سيدفع فيه من لا يعرف أحداً في ذلك البنك النقاط كاملة فوق سعر الخصم !

كيف يتساوى الناس إذاً في الحقوق والواجبات ؟ وكيف ستطبق البنوك مبدأ المنافسة العادلة والمشروعة بين الناس ؟ هل يعقل أن يدفع صاحب مشروع فائدة تصل إلى ٩,٧٥% على قرضه ، ومنافس له سيدفع فقط ٥,٧٥% ؟

صحيح أن الأمر جوازي للبنوك لكننا نعرف واقعنا ونعرف التأثير العائلي والقبلي والطائفي والحزبي، ونعرف أن من أهم مبادئ العدل التي كفلها الدستور أن الناس سواسية أمام القانون . (فما السبيل يا ترى ؟!)

وعليه فإن الباحث يقترح :-

- ❖ الالتزام بسعر الخصم الذي حدده مجلس إدارة البنك المركزي ، والعمل فوراً على تطبيقه بدون أن يقوم المقترض بتذكير البنك بذلك وتحميله المسئولية الكاملة في حالة عدم تطبيق قرارات البنك المركزي .

---

(١) تطورات أسعار الخصم والفائدة المحددة من قبل البنك المركزي – المصدر بنك الكويت المركزي ووزارة العدل / إدارة الخبراء فبراير ٢٠٠٣ .

- تطبيق مبدأ الشفافية بحيث يعلن كل بنك النقاط التي يريدها فوق سعر الخصم ، وأن يتم إلزامه بها ، فضلاً عن إلزامه بتطبيق مبدأ المساواة على جميع عملائه ، وخصوصاً أصحاب المشاريع والقروض الصغيرة والمتوسطة ، من شباب الوطن وشاباته والأخوة والأخوات المتقاعدين ، أصحاب المشاريع والقروض الصغيرة والمتوسطة ، حيث أن ما يحدث حالياً من محاباة في النقاط ما بعد سعر الخصم يُشكل تهديداً خطيراً لمبدأ المنافسة المشروعة ، ويُشكل أيضاً مناهضة لمبدأ الشفافية في التعاملات البنكية ، ويفتح باباً لا يمكن إغلاقه يمس الأمن والسلم الاجتماعي بين أفراد المجتمع الواحد برمته .
- إعلام أفراد المجتمع من مواطنين ومقيمين بقرارات البنك المركزي ، وإشعار من تعرض منهم لظلم أو إجحافٍ أن يتقدم بأدلته الرسمية للبنك المركزي لتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل عليه .

وقد يقول قائل أن " أسعار الفائدة والعمولات التي تتقاضاها البنوك والشركات مقابل القروض تحكمها بعض القوانين والقرارات ذات الصلة إلى جانب تعليمات البنك المركزي". ويا حبذا لو اطلعنا على تلك القوانين والقرارات والتعليمات التي أعطت البنوك والشركات المالية الحق في أخذ الفائدة البسيطة أو المركبة على المال الذي لم يؤخذ في الزمن الذي لم يستخدم .

فكيف يدفع المرء فائدة على مال لم يأخذه أصلاً ؟ فبتطبيق مبدأ أصل الدين المتناقص لا يجوز على الإطلاق أن تأخذ البنوك والشركات المالية فائدة على أصل دين ثابت بل تأخذ الفائدة على الأصل المتناقص وخلال فترة زمنية معينة متفق عليها . وبالتالي فإنه من بداية دفع القسط الأول سيتناقص أصل الدين شهرياً إلى أن يصل إلى الصفر عند الشهر الأخير، فكيف يدفع المدين فائدة على أصل دين ثبتّه البنوك والشركات المالية وأنقصه هو من خلال الأقساط الشهرية التي دفعها ؟! وبالتالي فإن العميل ملزم بدفع الفائدة على مبلغ أخذه وليس على مبلغ لم يأخذه أصلاً.

عموماً يتمنى الباحث أن يطلع أو يحصل على قانونٍ واحد أو قرار واحد أو تعليمات ما تعطي البنوك والشركات المالية الحق في أخذ الفائدة على مبلغ لم يؤخذ أصلاً .

وقد يقول قائل أن البنك المركزي من خلال نظامه الرقابي يقوم بالتحقق من مدى التزام البنوك والشركات المالية بالقوانين والقرارات والتعليمات . ورد الباحث أنه توجد رقابة لكنـــها ليست بالمستوى المطلوب .

ويتمنى الباحث على البنوك المركزية التدخل لتصويب المخالفات حيث أن الفوائد التي تأخذها البنوك على أصل الدين الثابت هي أصلاً فوائد غير قانونية وغير إنسانية وتنم عن عدم احترام للعقل الإنساني ولحقوق المقترضين .

كذلك فإنه إشارة إلى قرارات تعيين الحدود القصوى لأسعار الفائدة الاتفاقية سنجد أن البنوك والشركات المالية مختلفة بشأن أسعار الفائدة الاتفاقية فهي تتراوح بين ٧,٢٥% و ١٧% وربما أكثر بينما تعليمات البنك المركزي (في الكويت مثلاً) تنص على ٩,٢٥ % (٤ نقـــاط فوق سعر الخصم) علماً بأن أسعار الفائدة قد تغيرت بعد أحداث الحادي عشر مـــن ســـبتمبر ووصلت الآن إلى ٣,٢٥٠% وهي مرشحة إلى مزيد من الإنخفاض نتيجة لتدهور الإقتصـــادي العالمي ككل .

أما بالنسبة لجواز اقتطاع مبلغ الفائدة مقدماً على القروض الاستهلاكية والـــتي يـــتم احتسابها على كل مبلغ القرض ومدته مضروباً بسعر الفائدة فإنه من المعلوم أن من يطلب قرضاً هو إنسان بحاجة إلى كل فلس من القرض فكيف يخصم منه ما يحتاجه ؟ أليس ذلك مدعاة لمزيد من طلب القروض وتمكيناً للبنوك من استغلال حاجة المقترضين !

ثم إذا افترضنا جدلاً أنه يجوز فكيف تأخذ الفائدة على أصل الدين كاملاً ؟ ألا يعلـــم البنك المقرض والبنك المركزي أن أصل الدين متغير ! ثم ألا يمكن أن يغير البنك المركزي من سعر الفائدة في أي لحظة خلال مدة القرض إما بالزيادة أو بالنقصان فكيف ســـتحل البنـــوك هـــذا الإشكال ؟

ثم إذا كانت الفائدة ستقتطع مقدماً فلماذا لم تستقطع الفائدة على أصل الدين المتغير ؟ يستقطعون الفائدة مقدماً وهو ما يشكل اجحافاً بحد ذاته ويزيدون البلاء باحتسابها على كامـــل القرض ومدته ! .

ويضرب لكم الباحث ما يعنيه بالمثال التالي لشخص اقترض مبلغ ١٠,٠٠٠د.ك .

القاعدة هي : -

الفائدة ×أصل الدين × المدة الزمنية = الناتج .

وتخصم الفائدة مقدماً حسب شروط البنك المركزي أي ٩,٢٥% × ١٠ آلاف دينار × ٥ سنوات = ٤٦٢٥ دينارا ، والفائدة تخصم من أصل الدين مقدماً فيصبح المبلغ المعطى للمقترض فعليا هو = ٥٣٧٥ ديناراً وليس عشرة آلاف دينار كما طلبها ، ثم يدفع المقترض أصل الدين المقترض كاملاً مرة أخرى أي ١٠ آلاف دينار على ٦٠ شهراً بواقع ١٦٦,٦٦٦ دينار بالشهر. فأي حق هذا ! تخصم الفائدة مقدماً ويُدفع الدين المفترض للبنك من خلال المبلغ المقسط ! أي أن الفائدة تشكل حوالي ٨٦% من أصل الدين المأخوذ فعلياً وهي متغيرة بتغير سعر الفائدة والمدة الزمنية . والصحيح هو أن يدفع المقترض فائدة القرض المتناقص وهي ١١١٩ دينارا تقريبا وليس ٤٦٢٥ دينار ، حيث يحق للبنك خصمها أثناء دفع المقترض أصل الدين وهو ٥٣٧٥ دينار مضافاً إليه الفائدة ، فيصبح المجموع ٦٥١٩ دينار (مرفق لكم جدول القرض والفائدة الحقيقية) ، فيصبح القسط الشهري بحدود ١٠٩ دنانير بدلا من ١٦٦,٦٦٦ دينار ، أو أن المقترض لن يدفع فلسا واحدا للبنك ولمدة خمس سنوات قادمة ثم عند نهايتها سيرجع للبنك أصل الدين مضروبا بالفائدة مضروبا بعدد السنوات فيصبح ١٤٦٢٥ دينار.

وطريقة الباحث هذه تتناقض تماما مع ما يحدث حاليا من مأساة بكل ما للكلمة من معنى عند الاقتراض من البنوك حيث تجبر البنوك المقترض على دفع الفائدة مقدما مع علمها وعلم البنك المركزي أن أصل الدين متناقص ولا يجوز لها أن تحسب الفائدة بهذه الطريقة التي أقل ما يقال فيها أنها غبن هائل لأموال الناس وسبب في خلق الأزمات الاقتصادية في الدولة .

أما بالنسبة للقروض المقسطة فإن الباحث يطرح التساؤل التالي :- ما الفرق بين القروض الاستهلاكية والقروض المقسطة ؟ فكلاهما قروض و القرض هو القرض بغض النظر عن مسمياته التي مهما تعددت لا تعطي الحق لأية جهة كانت باحتساب فائدة عليه بطريقة غير قانونية . ويجب أن تستخدم معادلة الرصيد المتناقص على أي قرض كان ولصالح أية جهة . علماً

بأن الكثير من البنوك قد قامت بتطبيق أسلوب اقتطاع الفائدة مقدماً من أصل القرض ولتقريب الصورة يقدم الباحث المثال التالي :- اقترض شخص ما من أحد البنوك مالاً لبناء مجمع سكني أو مشروع تجاري ، وقام البنك بخصم الفائدة من خلال الدفعات المالية التي كانت تدفع له أثناء بناء المجمع السكني إضافة إلى فوائد أخرى تخصم أيضا من الدفعات المالية بسبب انكشاف حساب العميل وهو أمر متوقع ، فلو كان للعميل مال لما لجأ للبنك للاقتراض منه ، الأمر الذي أوقع المقترض بمآزق مالي هائل حيث كان يتوقع أن يحصل على القرض كاملاً إلا أنه فوجئ بمبلغ أقل بسبب الفوائد المقتطعة أثناء بناء المجمع أو المشروع التجاري وبسبب انكشاف الحساب ، فاضطر للاستدانة ثم تأخر المشروع فاستدان مرة أخرى من ذلك البنك لصرف مستحقات المقاولين ثم تأخر في السداد فطلب إعادة الجدولة وأضيفت عليه فوائد جديدة . فهل هذا الإجراء الذي قام به ذلك البنك يكفيه فقط أن يسجل البنك المركزي ملاحظاته عليه ؟ أم كان يجب عليه إلزامه بإعادة كل الأرباح التي حققها على ظهر المقترض! وهل تسمون ذلك اجتهاداً في تفسير مفهوم القرض الاستهلاكي والقرض المقسط أم جريمة ترتكب بحق المقترضين ؟

أما فيما يتعلق بشأن العمولات والرسوم التي تتقاضاها البنوك والشركات من عملائها والتي جاءت في قرارات البنوك المركزية المختلفة والتي تضمنت إلغاء العمل بالحدود القصوى المقررة للأجور والعمولات التي تتقاضاها البنوك نظير تقديم خدماتها المصرفية للعملاء ، فيعتقد الباحث أنها قرارات جانبها الصواب فكيف يترك للبنوك تحديد الحد الأقصى وعلى أي أساس وهل الإعلان عنها على لوحة مخصصة لذلك كاف ؟ أين دور البنك المركزي وأين دور جهاز حماية المستهلك من هذا التعسف باستخدام الحق الذي كفله البنك المركزي للبنوك ! وحتى بوجود التعاميم التي أكدت على ضرورة وجود أسس لأية عمولة تطالب فيها البنوك مقابل منفعة أو خدمة للعميل فإن الباحث يتساءل عن ما يسمى بالعمولات التي تطلب مقدماً وتفرض على المقترض أما الدفع وإلا فالقرض لن يصرف له ! أهذا منطق سليم أم استغلال لحاجة المقترض؟

ثم كيف يسمح البنك المركزي للشركات المقرضة وخصوصاً شركات قروض السيارات والأجهزة المنزلية بأن تفرض على كل تاجر يبيع سيارة أو سلعاً أخرى أن يعطيها

خصماً أو عمولة على السيارة أو البضاعة المباعة بحدود ٣ إلى ٦ % من السعر الأصلي وإلا فإنها لن تتعامل معه ، وبالتالي سيضطر التاجر إما إلى البيع بخسارة أو أن يضيف العمولة على ثمن السيارة ليدفعه الزبون فهل يجوز ذلك ؟ أليس ذلك الخصم من حق الزبون كيف تأخذه الجهة الممولة ؟ ألم تكتفِ بالفائدة ؟

ويسوق الباحث بعض المسميات التي تستخدمها البنوك والشركات المالية باسم العمولات مثل مصاريف إدارية ، مصاريف تقييم ، مصاريف إعادة تقييم بين فترة وأخرى ، مصاريف إدارة أملاك ، مصاريف إعادة جدولة ، مصاريف قانونية ، مصاريف تأمين ، غرامة السداد المبكر وهي تصل إلى ٢,٥% وربما أكثر.... إلخ وتتراوح تلك العمولات بين ٠,٥% وتصل إلى ٦% فأي منطق هذا ؟ وبجمع تلك الفوائد الضخمة التي سُميت بمسميات مختلفة فإننا بالتأكيد سنصل إلى أكثر من سعر الخصم الذي حدده البنك المركزي مضروباً بأصل الدين ومضروباً بعدد سنوات القرض .

إضافة إلى فوائد التأخير والفوائد المتراكمة التي زيدت على القرض الذي كان أصلاً يعاني من التأخير في السداد تحت مسمى حساب جاري وليس حساب القرض . فكما تعلم البنوك المركزية أن الحساب الجاري هو ذلك الحساب الذي يتبادل فيه طرفاه مراكز المديونية والدائنية أما حساب القرض فهو علاقة بين طرف دائن دائم وطرف مدين دائم وهو حساب بسيط وليس حساباً جارياً فكيف سمح للبنوك والشركات المالية أن تسميه حساباً جارياً وتأخذ فوائد عليه بدون وجه حق ؟!

كذلك فإن الباحث يتساءل عن ماهية ذلك العرف المصرفي والعادات المتعارف عليها التي أعطت الحق للبنوك والشركات المالية لأخذ الفوائد بهذه الطريقة العجيبة ؟ وهل من العادات والعرف المصرفي أن تأخذ البنوك فائدة لا تستحقها وأن تضفي أسماءً على ممارسات مختلفة عن المسميات وأن تحارب المجتمع علناً بممارسة الربا الفاحش ؟ ثم ما موقف الدستور وحقوق الإنسان وحقوق المستهلك من هذه الأعراف ؟ وما موقف الشريعة الإسلامية منها ؟

أما بشأن تحريض بعض البنوك والمؤسسات المالية المقترضين و كفلائهم أحياناً بالتوقيع على شيكات ضماناً للقروض في ظل وجود تعاميم من البنوك المركزية بضرورة الامتناع عن تقديم قروض مقابل شيكات فإن الباحث يدعي معرفة حالات تم تحريضها أو حتى إجبارهم للتوقيع على شيكات . ولدى السجون الكويتية والنيابة العامة في دولة الكويت قائمة بأعداد وأسماء المتهمين بإصدار شيكات بدون رصيد الذين تم تحريضهم أو إجبارهم للتوقيع على شيكات مقابل إعطائهم القروض مع علم تلك البنوك أنهم لا يمتلكون القدرة على السداد! آملاً قيام النيابة العامة برفع الدعوى الجزائية على تلك الجهات بتهمة الاشتراك مع مصدري تلك الشيكات بإصدار شيكات بدون رصيد وإلزامها بكافة المصاريف التي تكبدتها الدولة والمال العام خلال عمليات التحقيق والسجن لأولئك المتهمين الذين تبلغ تكلفة الواحد منهم فقط لإبقائهم في السجون بحدود ١٠٠٠ (ألف دينار شهرياً) في الكويت .(١) أو من خلال تكبد الدولة ٤٠ مليون دينار لتحصيل شيكات قيمتها ٥ ملايين دينار .(٢)

وعند مقارنة ما يقوم به البنك المركزي من إجراءات وما تقوم به النيابة العامة يتبين أنه في حالة مخالفة إحدى الجهات المالية لتعاميم البنك المركزي فإنه يقوم بمتابعة تلك المخالفات والتحقق من قيام الجهات المخالفة بإجراء التصحيحات اللازمة بينما تقوم النيابة العامة بسجن مُصدر الشيك خمس سنوات على الأقل في الكويت . وشتان ما بين الإجرائين! المقترض يسجن ولا يوجه الإتهام للجهة التي أجبرته أو حرضته على التوقيع مع أنها بالتعريف القانوني لجريمة إصدار شيك بدون رصيد شريكة معه في هذه الجريمة فأين العدل في ذلك ؟

---

(١) المصدر برنامج الإعلامي محمد السنعوسي بشأن مساجين الشيكات بدون رصيد التليفزيوني الذي عرض خلال عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ .

(٢) المصدر : عضو مجلس الأمة ووزير النفط السابق المحامي علي البغلي في ندوة مجموعة العمل الإجتماعي الكويتية (ماذا بعد إلغاء الحماية الجنائية للشيك ؟) المنشورة في جريدة السياسة الكويتية ص ٧ يوم الأحد ٢٦/يناير / ٢٠٠٣ العدد ١٢٢٧٥ .

أما في ما يتعلق بشأن عدم خضوع بعض البنوك الإسلامية لرقابة البنوك المركزية في بعض الدول الإسلامية وعدم خضوعها لقرارات وتعليمات البنك المركزي فإن الباحث يتساءل عن السبب في عدم خضوع تلك الجهات لرقابة البنك المركزي وكيف سمح لها بالعمل والمنافسة مع بنوك تخضع لرقابة البنك المركزي ؟ أليس ذلك مناقضاً للقانون ويشكل منافسة غير مشروعة تخالف مبادئ التجارة ؟ ثم كيف سمح لشركات التمويل الإسلامية بإصدار واستلام وصرف شيكات وهي ليست بنوكاً ! ألا يشكل ذلك خرقاً لمواد القانون ؟!

ولماذا تمنع البنوك المركزية في بعض الدول الإسلامية إنشاء بنوك إسلامية أخرى ؟ بينما يسمح لبنك إسلامي واحد فقط عبارة عن شركة مالية وليس بنكاً ! ومن سمح بذلك وعلى أي أساس ؟ وأين مبدأ المساواة و المنافسة العادلة بين المواطنين؟ أليس ذلك خرقاً لمواد الدستور؟ ! (١)

إن جميع ما ذكره الباحث يمس واقع التعامل مع قروض البنوك ولو كانت جميع قروض البنوك تخضع لرقابة البنك المركزي السابقة واللاحقة كما يجب لما وصلنا إلى ما وصلنا إليه الآن من تدهور اقتصادي ورباً فاحشاً وخراب بيوت وإضاعة وقت السلطات الرسمية وازدياد في عدد القضايا المطروحة أمام المحاكم بهذا الشأن وإرباكٍ للجهاز القضائي وإهدارٍ للمال العام وانتشارٍ لجرائم الانتقام بين أصحاب رؤوس الأموال وكبار المرابين من جهة وبينهم وبين ضحاياهم من جهة أخرى . فماذا تتوقعون من شخص زج به في السجن وبيع بيته وشُرد هو وعياله لسداد ما عليه من قروض وفوائد ؟!

(١) تجرى حالياً محاولات من قبل مجلس الأمة الكويتي لتعديل قوانين الدولة ونظام البنك المركزي الكويتي للسماح بافتتاح بنوك إسلامية وبنوك غير كويتية في الكويت .

الخاتمة

وفي ختام ورقة العمل هذه فإن الباحث يعتقد بأنه آن الأوان لتدخل حكومات العالم العربي ممثلة بوزاراتها المختلفة وعلى رأسها وزارات العدل بالتعاون مع المجالس التشريعية للدفاع عن حقوق المقترضين ولمحاسبة المقرضين والمراقبين في الأجهزة الحكومية الرسمية ، ولإيقاف تلك البنوك والشركات المالية عن تلك الممارسات غير الإنسانية.

فهم ينفردون بأولئك المقترضين ويستغلون حاجتهم لتلك القروض بفرضهم كل ما تمليه عليهم مصلحتهم ولا يهمهم في ذلك أحد .

هذا ويأمل الباحث من حكومات العالم العربي والمجالس التشريعية ووزارات العدل وكليات الشريعة والقانون ومعاهد الدراسات القضائية و القانونية وجمعيات النفع العام ومؤسسات المجتمع المدني و النقابات المهنية وبالذات نقابات المحامين والمحاسبين والمراجعين القانونيين ورجال الإعلام مَدْ يد العون وتقديم كل دعم ممكن لكل مقترض ومقترضة من مبدأ الدفاع عن المجتمع وأفراده وما يمليه الواجب عليهم للدفاع عن حقوق المستهلكين الذين يقعون اليوم ضحايا سياسات مالية جشعة ترهن الاقتصاد الوطني لصالح فئة قليلة تملك مقابل كثرة لا تملك وتؤدي إلى أزمات مالية واجتماعية وأمنية وقانونيه كنا في غنى عنها وكان من الممكن تفاديها . أليست النار من مستصغر الشرر ؟!

المصادر والمراجع

(١) بنك الكويت المركزي ووزارة العدل / إدارة الخبراء – فبراير ٢٠٠٣ .

(٢) شركة أولاد ناصر العبد الجليل وكلاء سيارات سوبارو في الكويت ٢٠٠٣ .

(٣) جريدة السياسة الكويتية العدد ١٢٢٧٥ صفحة ٧ (الأحد الموافق ٢٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ٢٦ يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٣ م) .

(٤) جريدة السياسة الكويتية العدد ١٢٢٧٥ صفحة ٧ (الأحد الموافق ٢٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ الموافق ٢٦ يناير (كانون الثاني) ٢٠٠٣ م) .

(٥) عقود فيزا وماستر كارد لدى البنوك الكويتية .

(٦) مقابلة نائب المدير الإقليمي لشركة فيزا العالمية جونثن كابيدو مع وكالة الأنباء الكويتية فبراير ٢٠٠٣

(٧)برنامج الإعلامي محمد السنعوسي بشأن مساجين الشيكات بدون رصيد التليفزيوني الذي عرض خلال عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ .

(٨) ندوة مجموعة العمل الإجتماعي الكويتية (ماذا بعد إلغاء الحماية الجنائية للشيك ؟) المنشورة في جريدة السياسة الكويتية ص ٧ يوم الأحد ٢٦/يناير / ٢٠٠٣ العدد ١٢٢٧٥ .

" ضمان سلامة المستهلك الإلكتروني من عيوب المنتجات الصناعية المبيعة"

د. جابر محجوب علي
كلية الحقوق – جامعة الكويت

مقدمة

١ــ ترتب على الطفرة التكنولوجية التي تحققت في القرن العشرين ازدحام الأسـواق بأشكال من المنتجات لم تكن معروفة من ذي قبل كالأغذية ومستحضرات التجميل والمنتجات الدوائية والأجهزة المنزلية والسيارات والحاسبات الآلية ووسائل الاتصال على اختلاف صورها ، ولم يقف التطور عند هذا الحد بل مازال العلم يقدم جديداً كل يوم .

وبرغم ما تحققه هذه المنتجات من يسر في حياة الإنسان إلى درجة أن أصبح ينظر إلى الكثير منها على أنه ضروري وليس كمالياً ، لكن أحداً لا يمكنه أن ينكر ــ مـع ذلـك ــ أن حجم الأضرار التي تسببها هذه المنتجات قد اتسع بصورة كبيرة. حيث تطالعنا الصحف ــ من حين لآخر ــ بأنباء الكوارث التي تسببها هذه المنتجات ، كالتسمم الذي ينشأ عن تناول بعض الأغذية أو الآثار الخطرة لتعاطي بعض الأدوية ، أو الحرائق التي تنشأ عن انفجار بعض الأجهزة .

وإذا كان الجمهور على وعي تام بالمخاطر التي تلازم استخدام المنتجات الصناعية ، فإن ذلك لم يكن سبباً في الحد من الإقبال عليها . بل العكس هو الصحيح ، حيث يزداد الإقبـال على المنتجات الصناعية بفعل الدعاية التي تروج لها ، وبفعل توجه الإنسان إلى كل ما ييسر لـه سبل العيش والاستمتاع .

ومما ساعد على اتساع الإقبال على المنتجات الصناعية تعدد سبل توزيعها حيث لم يعد البيع القائم على الالتقاء المباشر بين البائع والمشتري هو وسيلة التوزيع الوحيدة ، بل صار البيـع

يتم بوسائل مستحدثة كالبيع عن طريق التلفزيون وعن طريق مواقع موجودة على شبكة الإنترنت .

٢- وإذا كان طبيعياً أن يتحمل المستهلك الأضرار التي تنشأ عن سوء استخدامه للمنتجات الصناعية ، فإنه يكون من الطبيعي كذلك أن يكون من حقه المطالبة بالتعويض عما يلحقه من أضرار تنشأ عن سوء تصنيع هذه المنتجات، وخروجها إلى الأسواق معيبة ببعض العيوب الجوهرية التي تؤدي إلى إلحاق الأذى بمن يستخدمها .

ولذلك فقد حاول القضاء ـــ خاصة في فرنسا ـــ البحث عن الوسائل التي تكفل تحقيق الحماية للمستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية.

وقد وجد القضاء ضالته ـــ في البداية ـــ في نظرية العيوب الخفية فعّول عليها لتوفير الحماية للمستهلك . ثم ما لبث أن لجأ إلى قواعد المسئولية العقدية، معتمداً على وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع ، لكي يوفر من خلالها الحماية المطلوبة للمستهلك .

المطلب الأول

ضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان سلامة المستهلك الإلكتروني

(البائع الالكتروني محترف دائماً ويفترض علمه بعيوب المبيع)

٣ـــ ينشئ البيع على عاتق البائع ، التزاماً بضمان العيوب الخفية في المبيع . فالعيب قد يكون ظاهر يكتشفه المشترى إذا فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد ، وهذا العيب لا يضمنه البائع ، إذ يفترض قبول المشترى المبيع بما فيه من عيب . أما العيب الخفي فهو غير معلوم للمشترى ولا يمكنه أن يكتشفه عن طريق فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد . وهذا العيب يقع ضمانه على البائع .

والحق أن نصوص القانون المدني المتعلقة بهذا الضمان إنما أريد بها ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع([1]) ، ولذلك لم تمنح هذه النصوص للمشترى ـــ حال ثبوت العيب ـــ سوى

([1]) انظر د. على سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ ، ص ٣٨ .

إحدى دعويين : دعوى الفسخ للتخلص من المبيع المعيب ، ودعوى انقاص الثمن لإعادة التوازن بين الثمن وبين المبيع بما فيه من عيب . أما حق المشترى في التعويض فلم يتعرض له المشرع الفرنسي إلا بمناسبة التفرقة المأخوذة عن أفكار بوتييه بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية ([2]) فالأول لا يعلم بوجود العيب ولا يلتزم ، حال فسخ العقد ، إلا برد الثمن الذي تلقاه ومصروفات البيع . أما الثاني فهو يعلم بوجود العيب و لم يكشف عنه للمشتري ، ومن ثم يكون مسئولاً عن رد الثمن وجميع التعويضات .

ورغم أن إرادة المشرع لم تتجه لأن يكون المقصود بعبارة " جميع التعويضات " تعويض الأضرار التي يلحقها المبيع بالمشترى بسبب ما فيه من عيب، فإن القضاء لم يتردد ، في سبيل حماية المستهلك ، في التوسع في فهم النصوص بحيث يجعل ضمان البائع يشمل الأضرار التي يلحقها المبيع بالمشترى ، فلجأ إلى تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية .

وسوف أتكلم عن :

ـــ مبدأ التشبيه ونطاقه .

ـــ ونتائج التشبيه .

ـــ والوضع في القانون المصري والقانون الكويتي .

الفرع الأول

مبدأ التشبيه ونطاقه

٤ـــ أصبحت المحاكم الفرنسية ، منذ الخمسينيات من القرن الماضي ، تفرق بين البائع العرضي والبائع المحترف .

فالبائع العرضي هو شخص من آحاد الناس يبيع شيئاً زائداً عن حاجته ، ويخضع ـــ حال حصول ضرر للمشتري بفعل هذا الشيء ـــ للتفرقة التقليدية بين حالتي حسن النية وسوء النية ، على الوجه المتقدم ذكره .

([2]) انظر د. جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة ، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ، السنة ٢٠ ، العدد ٣ ، فقرة ٢٨ ص ٢١٦ .

أما البائع المحترف ، فهو يتخذ من عمليات البيع والتوزيع حرفة له . وهو قد يكون منتجاً يبيع ما يصنع أو موزعاً يبيع ما ينتجه غيره . وقد ذهبت أحكام القضاء إلى تحميل هذا البائع بالمسئولية عن الأضرار الناشئة عن عيوب الأشياء التي يقوم بإنتاجها أو ببيعها ، بصرف النظر عما إذا كان يعلم بهذه العيوب أو يجهلها . بعبارة أخرى ، فإن المحاكم قامت بتشبيه البائع المحترف دائماً بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع ، و أوجبت عليه ـــ استناداً إلى هذا التشبيه ـــ تعويض الأضرار التي يحدثها المبيع بالمشترى نتيجة ما به من عيوب .

وقد حظى هذا التشبيه بتأييد الفقه ، لأن البائع سيئ النية ـــ ومثله البائع المحترف ـــ يلتزم بجميع التعويضات (م١٦٤٥) وهذه العبارة من الاتساع بحيث تشمل كل وجوه الضرر ، يستوى في ذلك الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، ويستوى كذلك الأضرار المادية والأضرار الأدبية . ثم إن التشبيه يتفق مع مدلول فكرة الاحتراف وما تقتضيه في المحترف من علم وخبرة يسمحان له باكتشاف عيوب ما يصنعه أو يبيعه . بحيث يكون ملزماً بإزالة هذه العيوب أو باتخاذ الوسائل الكفيلة بوقاية الغير من الآثار السيئة ، فإن لم يفعل يعد مخطئاً ويتحمل تبعة الأضرار التي تلحق المشترى بسببها في نفسه أو في أمواله . ثم هو أخيراً يلقى تبعة الضرر على من هو أقدر على تحمله ، فالمنتج أو البائع المحترف يربح من صناعته أو تجارته ، فيكون طبيعياً أن يتحمل ـــ وفقاً لقاعدة الغرم بالغُنم ـــ تبعة الأضرار التي تحدثها الأشياء المعيبة التي يطرحها في السوق([3]) .

د ـــ ويقوم تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية على قرينة علم البائع المحترف بالعيوب التي تلحق المبيع . فالبائع المحترف لا يمكن بسبب احترافه أن يجهل عيوب الشيء الذي يحترف بيعه ، لذلك يجب أن يفترض علمه بهذه العيوب .

فالقرينة التي يقوم عليها التشبيه هي قرينة علم البائع المحترف بعيوب المبيع، وهي قرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ([4]) .

([3]) انظر ، ثروت فتحي اسماعيل ، المسئولية المدنية للبائع المهني (الصانع والموزع) رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٧٨ ، ص ٣٥ .

([4]) انظر ، د. جابر محجوب علي ، البحث السابق الإشارة اليه ، فقرة ٢٦،ص٢٣٤ .

على أن فكرة القرينة هذه لقيت معارضة وانتقاداً من جانب بعض الشراح الذين يرون أن مسئولية البائع المحترف عن الأضرار التي تحدثها المنتجات المبيعة يجب أن تتأسس على قاعدة موضوعية تتمثل إما في التزام البائع بضمان سلامة المشترى من أي ضرر يلحقه بسبب عيب في المبيع ، و إما في التزامه بتسليم مبيع صالح للاستعمال الذي أعد له بحيث يسأل إذا كان المبيع غير صالح للاستعمال وسبب ضرراً للمشترى ([5]) .

٦ــ أما عن نطاق تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع ، فقد استقرت أحكام القضاء على التسوية بين المنتج ومجرد البائع فيما يتعلق بقرينة العلم بعيوب المبيع ومن جهة أخرى فإن القضاء يسوى ، في الاستفادة من الحماية ، بين المشترى المهني والمشترى غير المهني ، فكلاهما يمكنه التمسك بافتراض علم البائع المحترف بما في المبيع من عيوب ، في عبارة أخرى فإن ما يعّول عليه هو صفة البائع من حيث كونه محترفاً أم لا وليس صفة المشترى . وأخيراً فإن القضاء يسمح بالرجوع ــ استناداً إلى قرينة العلم بعيوب المبيع ــ ليس فقط على البائع المباشر ، ولكن أيضاً على البائعين الوسطاء الذين تناقلوا السلعة قبل أن تصل إلى المشترى ، بل وعلى المنتج الأول لهذه السلعة فالمشترى تكون له دعوى مباشرة ضد أي من البائعين الوسطاء أو المنتج للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر ([6]) .

الفرع الثاني

نتائج التشبيه

٧ــ رتب القضاء على افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع نتيجتين نعرضها فيما يلي :

أولاً : التزام البائع بالتعويض كاملاً :

٨ــ فالبائع المحترف ــ كالبائع سيء النية ــ يلتزم بمقتضى المادة ١٦٤٥ مدني تجاه المشترى ليس فقط برد الثمن الذي قبضه . ولكن أيضاً بتعويضه عن جميع الأضرار التي أصابته من جراء العيب فالمشتري يجب أن يحصل على تعويض يغطي جميع الأضرار المباشرة التي أحدثها به المبيع في النفس

([5]) انظر د. سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ١٩٨٥ ، ص ١٠٠ .

([6]) راجع د. جابر محجوب علي ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ وما بعدها ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

أو المال ، ولو كانت هذه الأضرار غير متوقعة وقت البيع . ويدخل في ضرر النفس نفقات العلاج وأجر الطبيب ومصروفات المستشفى وما ضاع على المشترى من كسب بسبب العجز عن العمل ، وكذلك الآلام الجسدية والنفسية التي عاناها بسبب الإصابة . أما الأضرار المالية فهي ثمن المبيع الذي هلك أو تلف وما لحق المشترى من أضرار في أمواله الأخرى وما فاته من كسب بسبب عدم الوفاء بتعهداته قبل الغير .. الخ ([7]).

ثانياً : بطلان شروط إنقاص الضمان أو إسقاطه :

٩ــ فالمادة ١٦٤٣ مدني فرنسي تجيز للبائع الذي يجهل العيب (أي البائع حسن النية) أن يدرج في العقد شرطاً بالإعفاء من الضمان أو بالحد منه . وبمفهوم المخالفة فإنه إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وقت البيع فإن هذه الشروط تكون باطلة ولا تنتج أي أثر . ونظراً لأن العلم بالعيب مفترض في جانب البائع المحترف ، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بتحديد الضمان أو الإعفاء منه بناء على شرط في العقد ، لأن هذا الشرط يكون باطلاً .

وإذا كان من غير المشكوك فيه بطلان شروط الإعفاء من الضمان أو تحديده عندما يكون المشترى شخصاً غير مهني أي مستهلكاً ، أو عندما يكون المشترى مهنياً ونتج عن العيب أضراراً جسمانية ، فإن شروط الإعفاء تكون صحيحة إذا نتج عن العيب أضراراً مالية فقط .

الفرع الثالث

الوضع في القانون المصري والقانون الكويتي

أولاً : الوضع في القانون المصري :

١٠ــ نبذ المشرع المصري التفرقة بين البائع الذي يعلم العيب والبائع الذي يجهله ، وأحال في شأن آثار الضمان إلى القواعد الواردة في ضمان الاستحقاق . هذه القواعد تجيز للمشتري أن يطالب بالتعويض " عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب الاستحقاق " (م ٤٤٣/٥ مدني) إذا رأى رد المبيع (م٤٤٤/١ مدني) أو " أن يطالب بالتعويض عما أصابه من

([7]) انظر ، محمد عبد القادر الحاج ، مسئولية المنتج والموزع ، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٨٢ ، ١٥٠ وما بعدها .

ضرر بسبب الاستحقاق " إذا اختار استبقاءه" (م٢/٤٤٤ مدني) ، بغض النظر في الحالتين عن حسن أو سوء نية البائع.

ولا ريب أن الإحالة في شأن آثار ضمان العيوب إلى قواعد ضمان الاستحقاق ، ومن ثم التسوية بين الضمانين في الآثار ، تقطع بأن المشرع لم ير من آثار العيب سوى ما يعرف في الفقه بالأضرار التجارية ، وغفل عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه .

و لا يصح القول بأن الضرر الذي يحدثه المبيع بعيبه يدخل في عموم نص المادتين ٤٤٣،٤٤٤، لأن ذلك لا يستقيم مع الطبيعة الخاصة لضمان الاستحقاق . لأن الضرر الذي يلحق المشترى بسبب الاستحقاق إنما يتمثل في جميع الأحوال ، في حرمانه من المبيع أو من جزء منه ، تبعاً لما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً . وهذا يستوجب ـــ بطريق القياس ـــ قصر التعويض ، في حالة العيب الخفي ، على الضرر الذي يحيق بالمشتري نتيجة حرمانه من المبيع إذا رأى رده ، أو نتيجة نقص منفعته إذا اختار استبقاءه ، ولا يمكن ، من ثم ، أن يدخل في نطاقه الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه ، يستوي في ذلك أن يكون البائع عالماً بالعيب أم لا ([8]).

١١ـــ ومع ذلك فقد نصت المادة ٢/٢٢١ مدني بشأن المسئولية العقدية على أنه " إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " . فالنص يقصر التزام المدين حسن النية بالتعويض على الأضرار المتوقعة وقت التعاقد ، ويجعل المدين سيئ النية أو المدين الذي يرتكب خطأ جسيماً مسئولاً عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة .

وبتطبيق هذه القواعد على الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه يكون البائع المحترف مسئولاً عن تعويض الأضرار التي يحدثها المبيع لأنه إما سيئ النية يعلم بالعيب ، وإما كان في مقدوره أن يكشفه أو تنقصه الدراية والخبرة فيكون مرتكباً خطأ جسيماً ويعامل معاملة البائع سيئ النية ([9])

([8]) انظر ، د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، الجزء الأول ١٩٧٨ ، ص ٤٣٧ ، د. محمد شكري سرور ، مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، دار الفكر العربي ١٩٨٣ ، فقرة ٤٠ ، ص ٤٧ د. علي سيد حسن ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

([9]) د. علي سيد حسن ، ص ٧٦ ؛ د د. محمود جمال زكي ، ص ٤٣٨ ، ٤٣٩ ؛ د. جابر محجوب علي ، فقرة ٧ ، ص ٢٧٦ .

وإذا كان تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع قد استتبع ، في القانون الفرنسي ، بطلان شروط تحديد الضمان أو الإعفاء منه ، فهل يترتب نفس الأثر في القانون المصري ؟

تنص المادة ٤٥٣ مدني على أن " كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه " . وهو ما يعني أنه لا يكفي علم البائع بالعيب، بل يجب فوق ذلك أن يكون قد تعمد إخفاءه غشاً منه . ومن ثم فإن بند رفع الضمان أو تحديده يسري في حق المشتري ، ما لم يقم هذا الأخير الدليل على أن البائع كان على علم بالعيب ، وأنه تعمد إخفاءه غشاً منه ([10]).

وبذلك يكون هناك فارق بين القانون الفرنسي الذي يبطل فيه شرط تحديد الضمان ولو لم يتعمد البائع المحترف إخفاء العيب . والقانون المصري الذي لا يسقط فيه شرط الإعفاء من الضمان إلا بإثبات غش البائع أي تعمده إخفاء العيب ([11]).

ثانياً : الوضع في القانون الكويتي:

١٢ــ اقتفى المشرع الكويتي في معالجته لآثار ضمان العيوب الخفية ، أثر المشرع المصري ، فأحال في تحديد هذه الآثار إلى ضمان الاستحقاق (انظر المادة ٤٨٩ في إحالتها إلى المادة ٤٨٥ مدني) وقواعد ضمان الاستحقاق تفرق بين حالتين :

الأولى ، حالة الاستحقاق الكلي وتلحق بها حالة استحقاق الجزئي الجسيم، وفيها يكون المشتري مخيراً بين أمرين : إما رد المبيع مقابل استرداد الثمن والتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب الاستحقاق ، وإما استبقاء المبيع والحصول على التعويض على الوجه المبين أعلاه (راجع المادتين ٤٨٤ ، ٤٨٥) .

الثانية ، حالة الاستحقاق الجزئي البسيط ، وفيها يقتصر حق المشتري ، على استبقاء المبيع مع الحصول على التعويض (راجع المادة ٤٨٥/٢) .

([10]) السنهوري ، الوسيط ج٤ ، البيع والمقايضة ، فقرة ٣٧٩ ، وسليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني جـ٣ العقود المسماة ، عقد البيع ١٩٩٠ ، فقرة ٢٣١ ؛ د. جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية ــ البيع والمقايضة ١٩٩١ ، ص ٢٩٧ .

([11]) د. جابر محجوب علي ، المرجع السابق ، فقرة ٧٦ ، ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .

ورغم عموم التعبيرات التي استخدمها المشرع الكويتي (التعويض ـــ ما لحقه من خسارة ـــ وما فاته من كسب)، إلا أننا نعتقد أن مسلكه لا يختلف عن مسلك المشرع المصري فهو بإحالته إلى قواعد ضمان الاستحقاق قد غفل عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيوبه (أي التي تصيب المشتري في شخصه أو في أمواله الأخرى خلاف المبيع) ، وقصد أن يكون التعويض عن الأضرار الناشئة عن البيع والتي تنعت بالأضرار التجارية . ذلك أن ما يلحق المشترى من ضرر بسبب الاستحقاق إنما يتمثل ، في جميع الأحوال ، في حرمانه من المبيع أو من جزء منه ، تبعاً لما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً . وينبني على ذلك ، بطريق القياس ، قصر التعويض ، في حالة العيب الخفي ، على الضرر الذي يحيق بالمشتري نتيجة حرمانه من المبيع إذا ارتأى رده ، أو نتيجة نقص قيمته أو منفعته إ ذا اختار استيفاءه، ولا يمكن ، من ثم ، أن تدخل في نطاقه الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه .

١٣ـــ ومع ذلك فإن المشرع الكويتي يسر طريق التعويض عن هذا النوع من الأضرار على وجه لم يفعله المشرع المصري . فقد جاء في المادة ٢/٤٨٤ : "ومع ذلك يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن ، إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق ". بعبارة أخرى فإن الشارع يفرق ، فيما يتعلق باستحقاق المشتري للتعويض بحسب ما إذا كان البائع حسن النية أو سيئ النية . فإذا كان البائع حسن النية ـــ أي لا يعلم بالعيب ـــ فلا حق للمشتري في التعويض سواء رد المبيع أم استبقاه . أما إذا كان البائع سيئ النية ـــ أي على علم بالعيب ـــ فإن المشتري يستحق التعويض وحده ، حال استيقاء المبيع ، وإلى جانب الثمن حال قيامه برد المبيع . وقد أقام الشارع ، بمقتضى النص سالف الذكر ، قرينة على علم البائع بالعيب ، أي على سوء نيته ، وجعل عليه ، إن أراد التخلص من هذه القرينة وتبعاً لذلك من التزامه بالتعويض ، أن يقيم الدليل على حسن نيته ، أي على جهله بالعيب . في عبارة واحدة ، فإن المشرع قلب الأصل العام ، الذي يقضي بأن حسن النية مفترض ، وجعل الأصل هو سوء نية البائع ، أي علمه بالعيب ومسئوليته عن التعويض ، ما لم يثبت جهله بهذا العيب ([12]).

([12]) د. حسام الدين الأهواني ، عقد البيع في القانون المدني الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩ ، ص ٧٠٤ .

والقرينة التي وضعها المشرع على هذا النحو ، تبدو لنا كبيرة الجدوى فيما يتعلق بتعويض الضرر الذي يحدثه المبيع بعيبه . ذلك أن المادة ٣/٣٠٠ مدني كويتي في خصوص تنفيذ الالتزام بطريق التعويض ، تقضي بأنه : " ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ". فهي تجعل المدين العقدي ملتزماً بتعويض جميع الأضرار ، المتوقع منها وغير المتوقع ، متى كان سيئ النية أو مرتكباً لخطأ جسيم . والمشرع الكويتي ، بافتراضه علم البائع بعيوب المبيع، وضعه موضع العاقد سيئ النية ، مما يؤدي إلى التزامه بتعويض جميع الأضرار التي ترتبت على وجود العيب بالمبيع . ويدخل ، بلا شك في عموم الالتزام بالتعويض الأضرار التي يلحقها المبيع ، بسبب عيبه ، بشخص المشتري أو بأمواله الأخرى ([13]).

١٤ــ ورغم تقديرنا لأهمية القرينة ، على الوجه الذي بيناه حالاً إلا أننا نأخذ على المشرع الكويتي ، على عكس ما يراه بعض الشراح ([14]) ، عدم التفرقة في المعاملة بين البائع العرضي والبائع المحترف . فالشارع عامل هذين البائعين معاملة واحدة فأخذهما بالقرينة ، وجعلها بسيطة في مواجهتهما فأجاز لكل منهما التخلص منها بإثبات جهله بالعيب ، مما يسقط عنه الالتزام بالتعويض كلية . ونحن نرى أن هذه المعاملة تجحف البائع العرضي ، وتحابي البائع المحترف ، وتجافي فلسفة حماية المستهلك.

فهي تجحف البائع العرضي ،وهو الشخص العادي الذي يبيع شيئاً لم يعد بحاجة إليه ، لأنها تقلب في مواجهته ، بدون مبرر مقبول ، الأصل العام في افتراض حسن النية ، وتكلفه تبعة دليل يشق عليه ، في الغالب من الأمر ، النهوض به ، وهو إثبات حسن نيته أي جهله بالعيب . ولعل هذا هو ما دعى القضاء الفرنسي ، رغم سعيه الحثيث لحماية المشتري ، أن يعزف عن افتراض علم البائع العرضي بالعيب ، ولو بمقتضى قرينة بسيطة ، بل جعل على المشترى ، دائماً ، عبء إثبات علم هذا البائع بالعيب .

([13]) في نفس المعنى د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٧٠٦ .

([14]) د. حسام الدين الأهواني ، ص ٧٠٤ ، حيث يحمد للمشرع الكويتي أنه جعل حق المشترى في التعويض يخضع لقواعد واحدة لا تتغير بحسب ما إذا كان البائع محترفاً أم لا .

وأما أنها تحابي البائع المحترف ، فلأن القرينة البسيطة تبدو ، في مواجهة هذا البائع ، ضعيفة ، إذ يسهل عليه ، بحكم الخبرة والدراية ، إثبات جهله بالعيب ، مما يعدم كل قيمة للقرينة التي أقامها الشارع .

وأما كونها تجافي منطق حماية المستهلك ، فلأن هذه الحماية لا يمكن أن تكون ذات فعالية إلا إذا قطع الطريق على المنتج أو البائع المحترف للتهرب من الالتزام بالتعويض ، وهو ما لا يتأتى إلا بوضع قرينة قاطعة على علمهما بالعيب ، لا يستطيع كل منهما التخلص منها . ولا مشقة عليهما في ذلك ، فأحدهما كالأخر ، مكلف بألا يطرح في التداول إلا منتجات خالية من العيوب ، ومن ثم فهو مكلف ، بحكم احترافه عمليات البيع والتوزيع ، بأن يتخذ جميع الاحتياطات للتأكد من سلامة المنتجات ، فإن لم يفعل فهو مهمل ، وإن فعل و لم يستطع استبعاد العيب فهو لا يمتلك الدراية اللازمة ، ويتعين في الحالتين أن يتحمل عبء ما يترتب على وجود العيب من أضرار . وتجد القرينة القاطعة سنداً آخر في قدرة البائع المحترف على تحمل عبء ما تحدثه الأشياء التي يقوم بإنتاجها أو بيعها من أضرار ، وتبعاً لذلك ما يحكم عليه به من تعويضات .

جملة القول إذا نعتقد أنه كان حرياً بالمشرع الكويتي أن يترك البائع العرضي للأصل العام في الإثبات ، وهو افتراض حسن النية ، وأن يقيم في مواجهة البائع المحترف قرينة قاطعة على العلم بالعيب .

على أنه في ضوء النصوص الحالية يتعين تضييق الطريق على البائع المحترف لإثبات جهله بالعيب . بحيث لا يقبل منه هذا الإثبات إلا " إذا كان العيب يخفي على بائع محترف أو منتج على درجة عالية من الدراية والكفاءة " ، فيكون البائع المحترف غير عالم بالعيب " إذا كان لا يمكن لأهل الحرفة أو الخبرة الكشف عنه " ([15]) .

١٥ــ بقى الفرض الأخير المتعلق بالضرر الناشئ ، عن عيب لا يمكن كشفه حتى بواسطة أهل الحرفة والخبرة le vice indecelable ، وهنا أيضاً يتعين القول إن تعويض هذا الضرر لا

([15]) في نفس المعنى د. حسام الدين الأهواني ، ص ٧٠٤ ، ٧٠٥ .

يتحقق إلا عن طريق الاعتراف بوجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع ، مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية ، ومحله نتيجة محددة ، هي ضمان جميع الأضرار الناشئة عن التكوين المعيب للمبيع ، وهو ما سنعود لدراسته فيما بعد.

١٦ــ وفيما يتعلق بمدى صحة شروط إنقاص الضمان أو إسقاطه فإننا نلاحظ أن التقنين المدني ، جرياً على ما أخذ به المشرع المصري ، قد نص في المادة ٢٩٦ على قاعدة عامة مؤداها أنه " يجوز إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، أو على التأخر في تنفيذه إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم". ثم عاد في عقد البيع ونص في المادة ٤٩٥ على أنه " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه ".

١٧ــ ونكرر هنا ما سبق أن قلناه من أن قواعد التفسير توجب إعمال هذا النص الخاص في النطاق الذي ورد فيه ، أي في نطاق عقد البيع . بحيث لا يستطيع المشتري أن يقيم مسئولية البائع ، على الرغم من الشرط الذي يقضي بإعفائه من الضمان ، إلا إذا أثبت أمرين : سوء نية البائع ، بمعنى علمه بالعيب ، وتعمده إخفاءه. ولا صعوبة في إثبات العلم أو سوء النية ، لأن المشرع ، كما ذكرنا ، يفترض أن البائع يعلم بالعيب وقت البيع " فالحكم الوارد في المادة ٢/٤٨٤ من القانون المدني الكويتي وضع أصلاً عاماً وهو افتراض العلم بالعيب وهذا الحكم لا يقتصر إعماله على الالتزام بالتعويض بل هو أصل في مجال الضمان بصفة عامة " ([16]). بيد أنه لا يكفي ، وفقاً للنص سالف الإشارة ، إثبات علم البائع بالعيب ، بل لا بد زيادة على ذلك ، من إقامة الدليل على تعمده إخفاء العيب ، لأنه إذا كان تعمد الإخفاء يفيد سوء النية فإن العكس غير صحيح . ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان البائع مهنياً أو غير مهني ، فتعمد إخفاء العيب مطلوب ، في الحالتين ، لإسقاط شرط الإعفاء من الضمان أو تخفيفه .

([16]) د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٧١٨ .

ولكننا نضيف هنا أيضاً ، أن عدم ملائمة هذا الحل لتوفير الحماية التي صارت ، بعد التغيرات الكبيرة التي اعترت عمليات الإنتاج والتوزيع ، ضرورية للمستهلكين ، يوجب تقييده بقيدين : الأول : يقضي باستبعاد شرط عدم الضمان عندما يتعلق الأمر بأضرار تصيب المستهلك في حياته أو سلامة صحته نتيجة للعيب ، لأن سلامة الإنسان البدنية لا يصح أن تكون محلاً لإتفاقات مالية ، ولا يجوز الإعفاء من التعويض عما يلحقها من أضرار ولو كان هناك شرط يقضي بذلك . والثاني : يقضي بوجوب التوسع في فهم تعمد الإخفاء ، بحيث يشمل ليس فقط القيام بأعمال مادية للإخفاء ، ولكن أيضاً تعمد السكوت عن البوح بالعيب حيث يوجد التزام بذلك والبائعون المحترفون يلتزمون بالإفصاح عما يعلمون من عيوب ، فيعد سكوتهم حال جهل المشتري بالعيب ، بمثابة تدليس يوجب عليهم الضمان برغم الاتفاق على اسقاطه أو تحديده .

١٨ ـــ ومن المتفق عليه في القانون الكويتي أن المشتري الأخير (المستهلك) يستطيع أن يرجع بدعوى ضمان العيب الخفي على بائعه المباشر على أساس العقد المبرم بينهما . ولمن هذه الدعوى تؤدي ، عندما يكون العيب موجوداً في السلعة من لحظة خروجها من تحت يد المنتج ، إلى تسلسل الرجوع وهو ما يترتب عليه ضياع الوقت والجهد والنفقات ، كما أنها قد تكون غير مجدية إذا كان البائع المباشر معسراً، ولذلك فقد استقر الرأي على الاعتراف للمستهلك بالحق في الرجوع ، مباشرة بدعوى الضمان العقدية ، على المنتج أو على أي من البائعين الوسطاء أو على هؤلاء جميعاً ، لإلزامهم على وجه التضامن بتعويض ما لحقه من ضرر بسبب العيب ([17]).

ويتأسس هذا الرجوع المباشر على نص المادة ٢٠٢ مدني التي تقضي بأنه " إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بمال معين على نحو يجعلها من توابعه .. ثم انتقل المال إلى خلف خاص فإن تلك الحقوق تنتقل معه " . فدعوى الضمان بكل ما تخوله من حقوق سواء الفسخ أو التعويض ، تعد من الدعاوى التي تتصل مباشرة بالمال المبيع وتعد من توابعه ، ولهذا فهي تنتقل بمقتضى البيع إلى المشترى الأخير الذي يستطيع ، كما ذكرنا ، أن يرجع بها على أي من البائعين الوسطاء أو على المنتج .

([17]) د. حسام الدين الأهواني ، المرجع السابق ، ص ٦٩٣ .

المطلب الثاني

الالتزام بضمان السلامة

كوسيلة لضمان سلامة المستهلك الإلكتروني

١٩ــ رغم توسع القضاء في تفسير نصوص عقد البيع الخاصة بضمان العيوب الخفيــة فقد ظلت هذه النصوص عاجزة عن توفير الحماية المنشودة للمستهلك . إذ يلزم للرجوع على البائع بالتعويض إثبات توافر العيب بشروطه ، ورفع الدعوى خلال مدة سنة من تاريخ تســلم المشتري للمبيع ([18]) وهي مــدة قصيرة جــداً قد لا يتمكن خلالها المشتري من اكتشاف العيب ورفع الدعوى .

ولهذا السبب يتجه الفقه والقضاء ، في الآونة الأخيرة ، إلى وسيلة أخرى أكثر ملائمة تتمثل في الاعتراف بوجود التزام بضمان سلامة المستهلك يرتبه عقد البيع على عاتق المنــتج أو البائع المحترف. ومخالفة هذا الالتزام تعطي المستهلك دعوى للمطالبة بالتعويض عما لحقه مــن ضرر لا تتقيد بقواعد ضمان العيوب الخفية.

وسنعرض في فرعين لتأكيد وجود الالتزام بضمان السلامة ، ثم للنظام القانوني لدعوى المسئولية الناشئة عن الإخلال به، ثم نعرض للوضع في القانونين المصري والكويتي .

الفرع الأول

تأكيد وجود الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع الإلكتروني

٢٠ــ يذهب الفقه إلى تأكيد وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع ويســتند في ذلك إلى أن عقد البيع يستجمع الشروط أو السمات التي يجب توافرها للاعتراف بقيام هــــذا الالتزام في عقد ما ([19]).

([18]) انظر المادة ١/٤٥٢ من القانون المدني المصري ، والمادة ١/٤٩٦ مدني كويتي .

([19]) انظر د. محمد علي عمران ، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ، دار النهضة العربيــة ١٩٨٠ ، ص ١٤٣ ومــا بعدها : د. محمود التلتي ، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص ، رسالة دكتوراه من جامعة عين شمــس ١٩٨٨ ، ص ٢٠٣ وما بعدها .

وأول هذه الشروط هو وجود خطر يتهدد أحد العاقدين في سلامته الجسدية . وقد أصبح عقد البيع في ظل التقدم الصناعي و تعقد الأجهزة الحديثة ، يفوق غيره من العقود فيما يتولد عنه من أخطار تهدد جمهور المستهلكين والمستعملين للمنتجات الصناعية . وتزداد هذه المخاطر بالنسبة للمستهلك الإلكتروني الذي يشتري السلعة من موقع على شبكة الإنترنت ولا يتلقى أي معلومات عنها من البائع سوى تلك الموجودة في نموذج الاستعمال المصاحب للسلعة .

أما الشرط الثاني فمؤداه أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد العاقدين موكلاً للآخر . والمستهلك الإلكتروني بحكم جهله بتكوين السلع والمنتجات الفنية والكيميائية معقدة التركيب يترك أمر ضمان سلامتها ـــ وبالتبعية سلامته ـــ للمنتج ويكون في حالة خضوع تام له .

أما الشرط الثالث فمفاده أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنياً ، فالناس يقدمون على التعامل مع هذا الشخص دون حذر اعتماداً على ما يتوافر لديه من خبرة ودراية بأصول مهنته أو حرفته . ومن ثم يكون طبيعياً أن يراعي المهني هذا الاعتبار ، فلا يقدم على احتراف مهنة ما إلا إذا كان محيطاً بالأصول والخبرات الفنية التي تمكنه من ممارستها على أفضل وجه . وهذا هو وضع الشخص الذي يتخصص في انتاج سلع أو أجهزة يبيعها للجمهور ، خاصة إذا كان يطرحها على الجمهور على موقع على الإنترنت ، حيث يكون باستطاعة هذا الشخص الاتصال بجمهور غير محدود ، مما يجعل الضرر ـــ حال وقوعه ـــ يلحق بعدد كبير جداً من الناس إذا فرض وكانت السلعة معيبة .

وأخيراً فإن الالتزام بضمان السلامة باعتباره إحدى الوسائل التي تيسر قيام مسئولية المدين به ، يرتب أعباء مالية على عاتق هذا الأخير لا سبيل للنهوض بها إلا عن طريق التأمين . ولذلك وجب ألا يعترف بهذا الالتزام إلا بالنسبة لذوي المهن ، لأنهم وحدهم الذين تتوافر لديهم

الإمكانيات المالية لإبرام تأمين يستطيعون عن طريقه تغطية مسئوليتهم ([20]). وهو ما ينطبق على البائع الإلكتروني المحترف منتجاً كان أم موزعاً ([21]).

الفرع الثاني

النظام القانوني للمسئولية الناشئة

عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

٢١ــ ما هي طبيعة الالتزام بضمان السلامة ؟ وما علاقة المسئولية الناشئة عن الإخلال به بالمسئولية الناشئة عن ضمان العيوب الخفية ؟ على ضوء الإجابة عن هذين السؤالين تتحدد معالم النظام القانوني للمسئولية .

أولاً : طبيعة الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع الإلكتروني:

٢٢ ــ تنقسم الالتزامات ــ من حيث مضمونها ــ إلى طائفتين ، التزام يبذل عناية يتعهد فيه المدين ببذل جهده للوصول إلى النتيجة ولكن لا يتعهد بتحقيق هذه النتيجة ، كالطبيب يتعهد ببذل جهده لشفاء المريض ولكنه لا يتعهد بشفائه . والتزام بتحقيق نتيجة وفيه تكون النتيجة المبتغاة هي محل التزام المدين ، كالناقل يلتزم بنقل المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول ويسأل عن أي مكروه يصيبه خلال الرحلة .

وقد اختلف الرأي في تحديد طبيعة الالتزام بضمان السلامة الذي يثقل كاهل البائع المحترف. فرآه البعض التزاماً ببذل عناية ، وكيفية البعض الآخر على أنه التزام بتحقيق نتيجة ([22]).

ونحن نعتقد أنه ليس التزاماً ببذل عناية بل هو أكثر ، وليس التزاماً بتحقيق نتيجة بل هو أقل ([23]).

([20]) د. جابر محجوب علي ، ص ٢٤٤ ؛ د. محمود التلتي ، ص ٢١٤ وما بعدها .

([21]) د. محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٧١ ، ٧٢ .

([22]) انظر في عرض هذه الآراء وتحليلها د. جابر محجوب علي ، ص ٢٧٢ وما بعدها .

([23]) وهذا هو الذي دافعنا عنه في بحثنا المشار إليه سابقاً .

فهو أكثر من مجرد التزام ببذل عناية لأن قيام مسئولية المنتج لا يستوجب إثبات خطأ أو إهمال في جانبه . ثم إن المنتج أو البائع لا يمكنه التخلص من المسئولية بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة للحيلولة دون وجود عيب بالسلعة .

وهو أقل من الالتزام بتحقيق نتيجة لأنه لا يكفي لإقامة مسئولية البائع إثبات أن المستهلك قد لحقه ضرر ، بل يتعين إقامة الدليل على رجوع الضرر إلى عيب أو خلل في التصنيع أكسب السلعة وصف الخطورة وجعلها سبباً للضرر .

وبالنسبة للإثبات فإنه بمجرد حصول الضرر من السلعة يجب افتراض أنه يرجع إلى عيب أو خلل فيها . ولكن هذه القرينة بسيطة يجوز للمنتج أو البائع الإلكتروني التخلص منها بإثبات أن السلعة لم يكن بها عيب أو خلل أو ينفى علاقة السببية ، أي بإثبات أن العيب أو الخلل ـــ بفرض وجوده ـــ لم يكن له أي دور في حصول الحادث الذي يرجع إلى سبب أجنبي

ثانياً : استقلال المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة :

٢٤ـــ يهدف الالتزام بضمان العيوب الخفية ـــ من حيث الأصل ـــ إلى ضمان حصول المشتري على مبيع خال من العيوب أي صالح لتأدية الغرض الذي أعد له . وليس هدف هذا الالتزام توفير التعويض للمستهلك حال إصابته بضرر بفعل السلعة المبيعة . أما الالتزام بضمان السلامة فهدفه الأساسي توفير الأمان ، أي ضمان حصول المستهلك على سلعة لا تنطوي على خطورة يمكن أن تكون مصدر ضرر بالنسبة له وللمحيطين به .

ولذلك فإن المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة لا تخضع لقواعد ضمان العيوب الخفية .

فدعوى التعويض التي تتأسس على الإخلال بالالتزام بضمان السلامة لا تخضع لشرط المدة القصيرة في القانون الفرنسي أو مدة السنة في القانونين المصري والكويتي . وإنما تتقادم هذه الدعوى بالمدة المحددة لتقادم دعوى المسئولية العقدية أي مدة ١٥ سنة في القانون المصري والقانون الكويتي .

ولا يلزم لنجاح الدعوى إثبات وجود عيب خفي في المبيع ، إنما يكفي إثبات وجود خلل بالجهاز أكسبه خطورة كانت مصدراً للضرر الذي أصاب المشتري .

وأخيراً فإن نجاح الدعوى لا يستلزم إثبات علم البائع بالعيب ولا ينهض الحق في التعويض على افتراض علمه به . وإنما يكفي إثبات أن ما ينطوي عليه المبيع من خلل أو خطورة كان هو مصدرا الضرر. وبذلك تكون دعوى المسئولية المبنية على مخالفة الالتزام بضمان السلامة مستقلة تماماً عن دعوى ضمان العيوب الخفية ([٢٤]).

الفرع الثالث

الوضع في القانونين المصري والكويتي

٢٤ ـــ ذكرنا فيما سبق أن المشرعين المصري والكويتي قد غفلا ، في تحديد آثار ضمان العيوب الخفية ، عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه ، بدليل أنهما قد أحالا في بيان هذه الآثار إلى قواعد ضمان الاستحقاق التي ترمي ، في جميع الأحوال ، إلى تعويض المشتري عما يلحقه من ضرر يتمثل في حرمانه من البيع أو من جزء منه بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً .

ومع ذلك فقد سعى الفقه إلى تلمس أساس قانوني لحق المشتري في التعويض عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيوبه بعد أن غدت هذه الأضرار ، مع تطور المنتجات الصناعية واتساع نطاق الإقبال عليها ، من الأهمية بحيث لا يمكن إهمالها أو التجاوز عن حق المشتري في التعويض عنها . وقد وجد الفقه هذا الأساس في المادة ٢/٢٢١ مدني مصري (وتقابلها المادة ١/٢٩٦ مدني كويتي) ، التي تلزم المدين الذي ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً بتعويض جميع الأضرار التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام العقدي ، ولو لم تكن متوقعة وقت التعاقد .

فتطبيق هذا النص على المنتجين والبائعين المحترفين يؤدي إلى وجوب التزامهم بتعويض الأضرار الناشئة عن عيوب كانت معلومة لهم أو كان في مقدورهم العلم بها . لأن البائع الذي يعلم بالعيب ولا يفصح عنه يكون سيئ النية ، والبائع الذي في مقدوره أن يكشفه يكون إما مهملاً لعدم قيامه بفحص المبيع قبل بيعه ، وإما تنقصه الدراية لعدم إمكانه ، رغم فحصه أن

([24]) راجع في دراسة تفصيلية في هذه الفروق د. جابر محجوب علي ، البحث السابق ، ص ٢٨٩ وما بعدها.

يكشف عيبه ، فينسب إليه ، في الحالتين خطأ جسيم يجعله في حكم من أرتكب غشاً . أما إذا كان العيب مما يستعصي كشفه حتى على أهل الخبرة والاختصاص ، فإن القواعد السابقة لا تسعف في تعويضه ، إذ يستحيل إن ينسب إلى البائع خطأ جسيم ، ومن باب أولى غش ، في عدم اكتشافه لعيب لا يمكن كشفه ولو من قبل أهل العلم والاختصاص . ولذلك يرى الفقه ([25]) أن تعويض هذا الضرر يجب أن يتأسس على الالتزام بضمان السلامة الذي يتعين الاعتراف بوجوده في البيع الذي يتم بين محترف ـــ منتجاً كان أو موزعاً ـــ وبين مستهلك .

٢٥ـــ ونحن من جانبنا نرى أن الحماية التي تتحقق للمستهلك عن طريق هذا التحليل تظل أقل مما يجب توفيره له ، ويرجع السبب في ذلك إلى أن دعوى المشتري بالتعويض إنما تتأسس على قواعد ضمان العيوب الحفية . وتبعاً لذلك فإن المشتري سيكون ملزماً بإثبات أن الضرر الذي لحقه كانت نتيجة عيب خفي مؤثر سابق على البيع ، وسيكون مجبراً أيضاً على رفع دعواه خلال سنة من تاريخ التسليم وإلا سقطت بالتقادم ، ولا شك أن في هذا تضييقاً على المستهلك سيؤدي في كثير من الحالات ، إلى عدم حصوله على التعويض رغم ما لحقه من ضرر . يضاف إلى ذلك أن التحليل يجعل المشتري لسلعة يستحيل كشف ما بها من عيب في وضع أفضل من ذلك الذي ابتاع سلعة يعلم البائع عيوبها أو كان في مقدوره أن يعلم بها . فالأول يتأسس حقه في التعويض على التزام بضمان السلامة ، ومن ثم تفلت دعواه ، من حيث الاثبات ومن حيث المدة التي يجب أن ترفع فيها ، من قواعد الضمان لتخضع لقواعد أكثر مرونة ، هي قواعد المسئولية العقدية . أما الثاني فهو يطالب بالتعويض في إطار دعوى ضمان العيوب الخفية ، ويخضع من ثم قواعدها الصارمة . والمنطق لا يقبل هذه التفرقة ، ولا يقبل على وجه الخصوص معاملة البائع الذي تثار مسئوليته بصدد عيب يستعصى كشفه حتى على أهل الخبرة والاختصاص بصورة أكثر صرامة من البائع الذي كان يعلم بالعيب و لم يفصح عنه للمشترى أو كان في مقدوره أن يعلم به لو أنه بذل الجهد الذي يبذله بائع في مثل تخصصه المهني .

([25]) د. علي سيد حسن ، المرجع السابق ، ص ٨٠ .

ولذلك فنحن نرى أن الحل الأوفق لهذه المسألة يكمن في تبني ما توصل إليه القضاء الفرنسي مؤخراً ، من تفرقة بين العيب الذي يقتصر أثره على جعل المبيع غير صالح للاستعمال ، وذلك الذي يترتب عليه إصابة المشتري بضرر في نفسه أو إلحاق أضرار بأمواله الأخرى .

فقواعد ضمان العيوب الخفية تتكفل بالنوع الأول من العيوب ، وتمنح المشتري حال إثبات توافر العيب بشروطه ، الخيار بين رد المبيع وما أفاد منه مقابل استرداد قيمته (أو ثمنه في القانون الكويتي) مع التعويض ، وبين استبقاء المبيع مع التعويض عما لحقه من ضرر يتمثل في نقص قيمته أو نفعه نتيجة العيب . ودعوى الضمان يجب أن ترفع خلال سنة من تاريخ التسليم وإلا سقطت بالتقادم .

ولكن لا يصح إرهاق النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية أو تحميلها بأكثر مما اتجه إليه قصد واضعيها وبالتالي محاولة الاستناد إليها لتعويض ما ينشأ عن عيوب المبيع من أضرار تلحق المشتري في شخصه أو في أمواله الأخرى . فهذه الأضرار يجب أن يخضع تعويضها ، ليس للقواعد الخاصة في ضمان العيوب الخفية ، وإنما للقواعد العامة في المسئولية العقدية . ويكون ذلك عن طريق الاعتراف بوجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع الذي يتم بين البائع المحترف وبين المستهلك ، يلتزم بمقتضاه الأول بأن يسلم للثاني سلعة خالية من أي عيب أو خلل في تصنيعها يمكن أن تكون يسببه مصدر أضرار تلحق المشتري في نفسه أو في أمواله الأخرى .

ويتأسس هذا الالتزام ، من ناحية ، على ما يتوافر لدى البائع المحترف ـــ منتجاً أو تاجراً ـــ من خبرات فنية تمكنه من كشف عيوب الأشياء التي ينتجها أو يبيعها ، وكذلك على الثقة التي يوليها العملاء لمثل هذا البائع والتي تكون أحد الأسباب التي تدفعهم إلى شراء ما ينتج أو يبيع . ومن ناحية أخرى ، على قدرة البائع المحترف على مواجهة أعباء التعويضات عن طريق إبرام تأمين ، تدمج أقساطه في ثمن السلعة ، ويتحمل تبعاً لذلك المشترون أعباءه النهائية .

وبالإضافة إلى هذه الاعتبارات العملية ، فإن الالتزام بضمان السلامة يتأسس ، من الوجهة القانونية على المادة ٢/١٤٨ مدني مصري ([٢٦]). التي تقضي بأن العقد " لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة " . فالعدالة توجب بلا شك إلقاء عبء الأضرار التي يحدثها المبيع بالمشتري على عاتق المنتج أو البائع المحترف ، ولو لم يكن في مقدوره كشف العيب ، لأن كل منهما ملتزم بتقديم سلعة سليمة ومأمونه ،

فإذا أخل بهذا الالتزام ، كان عليه أن يتحمل نتيجة ذلك ، وخاصة أن لديه تأميناً يتحمل عنه أعباء التعويضات التي يحكم بها عليه ([٢٧]).

والالتزام بضمان السلامة الذي يتم على أساسه تعويض الأضرار التي يحدثها المبيع بعيوبه هو التزام مستقل تماماً عن الالتزام بضمان العيوب الخفية ، ولا تخضع من ثم دعوى التعويض الناشئة عن الاخلال به ، لا من حيث الاثبات ولا من حيث التقادم ، لقواعد ضمان العيوب الخفية ، وانما تخضع للقواعد العامة في المسئولية العقدية ، على الوجه الذي بيناه تفصيلاً عند كلامنا عن هذا الالتزام في القانون الفرنسي .

([26]) ويقابل هذا النص في القانون الكويتي المادة ١٩٥ من التقنين المدني ، وطبقاً لها " لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام ، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته ، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تمليه العدالة ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل " .

([27]) انظر د. على سيد حسن ، المرجع السابق ، ص ٨١ ، د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، سالف الذكر ، ص ٤٤٠ .

الخاتمة

٢٦ــ نخلص من هذا البحث إلى أن القضاء قد بذل جهداً كبيراً في توفير حماية فعالة للمستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة . وقد ذهبت المحاكم في سبيل ذلك إلى التوسع في تفسير النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية ، فشبهت البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع ، ثم انتقلت إلى افتراض علم هذا المبيع بهذه العيوب فأقامت بذلك قرينة على سوء نيته أو على علمه بالعيوب ، وجعلته بذلك مسئولاً عن تعويض المستهلك عما يلحقه من أضرار

ولكن الرغبة في توفير مزيد من الحماية للمستهلك حدت بالقضاء إلى العدول عن هذه الوسيلة واللجوء إلى وسيلة أخرى تمثلت في الاعتراف بوجود التزام بضمان السلامة على عاتق البائع المحترف . وكيفت هذا الالتزام على أنه قريب من الالتزام بتحقيق نتيجة ، بحيث يكفي المستهلك أن يقيم الدليل على حصول الضرر بسبب خلل في السلعة ليفرض على البائع تعويض هذا الضرر . ولا يتقيد المستهلك في رفع دعوى المسئولية للقيود التي تخضع لها دعوى ضمان العيوب الخفية.

هذه الحلول صالحة للتطبيق في علاقة البائع الإلكتروني بالمستهلك . فالبائع الذي يعرض سلعة إلكترونياً هو بائع محترف يجب إما أن يفترض علمه بعيوب ما يعرضه من سلع ومنتجات ، وإما أن يلقى على عاتقه التزام بضمان السلامة يجعله مسئولاً عما يحدث للمستهلكين من أضرار إذا ثبت أنها نشأت عن خلل في السلعة لا يمكن للمستهلك أن يتوقاه .

المراجع

د. توفيق حسن فرج :

ـــ عقد البيع والمقايضة ١٩٨٥ .

د. ثروت فتحي اسماعيل :

ـــ المسئولية المدينـــــة للبائع المهني ـــ رسالة دكتوراه من كلية الحقوق ـــ جامعـــة عين شمس ١٩٨٧ .

د. جابر محجوب علي:

ـــ ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة ـــ مجلة الحقوق الصـــادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت (العددان الثالث والرابع ـــ السنة العشرون ١٩٩٦ .

د. جميل الشرقاوي :

ـــ شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ١٩٩١ .

د. سليمان مرقس :

ـــ الوافي في شرح القانون المدني ، ج٣ المجلد الأول عقد البيع ١٩٩٠ .

د. علي سيد حسن :

ـــ الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ـــ دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

د. محمد شكري سرور :

ـــ مسئولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العـــربي ١٩٨٣ .

د. محمد علي عمران :

ـــ الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود ١٩٨٠ .

د. محمود التلتي :

ـــ النظريـــة العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص . رسالة دكتوراه من جامعة عين شمس ١٩٨٨ .

د. محمود جمال الدين زكي:

ـــ مشكلات المسئولية المدنية . الجزء الأول ١٩٨٧ .

أنموذج مقترح
لقواعد اعتماد الدليل الرقمي
للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر

إعداد
الدكتور/ ممدوح عبد الحميد عبد المطلب
الملازم/ زبيدة محمد جاسم – الملازم/ عبد الله عبد العزيز
مركز بحوث شرطة الشارقة

مقدمة :

الإثبات بصفة عامة يعني الوسائل التي يتذرع بها أطراف العلاقة الإجرائية للوصول إلى الدليل بالمعاينة أو الخبرة أو الكتابة أو الشهادة أو القرائن أو غيرها ، فالإثبات هو مجموعة الأسباب المنتجة لليقين (١)

ويقصد بالإثبات في المواد الجنائية ، " إقامة الدليل على وقوع الجريمة وعلى نسبتها إلى المتهم" فيراد به إثبات الوقائع لا بيان وجهة نظر المشرع وحقيقة قصده ، فالبحث في هذا يتعلق بتطبيق القانون وتفسيره وهو من عمل المحكمة (٢) . فالإثبات إذن في المواد الجنائية ، هو كل ما يؤدي إلى إظهار الحقيقة لأجل الحكم على المتهم أي وقوع الجريمة بوجه عام ونسبتها إلى المتهم بوجه خاص ، وبذلك يكون محل الإثبات الجنائي هو الواقعة المخالفة للقانون الجنائي ، فالإثبات ينصب على الوقائع – كما أوضحنا – لا على القانون ذاته أو تفسيره (٣) .

ولقد مرت عملية الإثبات بمراحل متعددة ، تعكس الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية والتاريخية السائدة في كل عصر من العصور وتفردت كل مرحلة بسمة بارزة أصبحت عنوانا لها ، ولقد أرتبط تطور الإثبات بالتطور التاريخي لنظم الإجراءات الجنائية

التي عرفت في بداية نشأتها ، النظام الاتهامي الذي كان يتقيد بنظام مقيد للأدلة وقد ترتب على ذلك إباحة استعمال التعذيب والإكراه ، كما أن الدعوى الجنائية هي دعوى فردية ذات خصومة بين طرفين ودور القاضي دور سلبي وإجراءات الخصومة شفهية والمرافعة علنية (٤) .

ثم نشأ نظام التنقيب والتحري ، الذي حدد مراحل الإجراءات الجنائية بثلاث ، تبدأ بمرحلة التحريات ثم مرحلة التحقيق ثم مرحلة المحاكمة ، والقاضي في هذه المرحلة كان محددا بأدلة قانونية لا يجوز له الخروج عليها وله حق تعذيب المتهم وإكراهه في سبيل الحصول على الاعتراف أو الوصول إلى أدلة أفضل ، وأتسم هذا النظام بسرية الخصومة وحبس المتهم لحين الفصل في الدعوى وعدم افتراض براءة المتهم مما يسمح بانتهاك حرية حياته الخاصة (٥) .

وكان للانتقادات التي وجهت للنظم السابقة أثرها في تطور نظام الإثبات وظهور نظام الامتناع الذاتي ، فظهر النظام الإجرائي المختلط ، الذي أستهدف التوفيق بين النظامين ، ويتميز هذا النظام في أن المشرع يعهد بعملية التحري والتحقيق الابتدائي إلى النيابة العامة والشرطة أما التحقيق بمعناه الفني فإنه يخضع للتدخل القضائي ، كما أنه منح القاضي حرية الاقتناع بأي دليل من أي مصدر يراه ، وخضوع التحقيق للسرية والشرعية معا ، مع السماح للقاضي بالبحث عن الأدلة بكافة طرق الإثبات دون المساس بحرية المتهم الشخصية ومراعاة الضمانات القانونية ((٦)

وفى تطور تاريخي مواز لنظم الإجراءات الجنائية ظهر نظام الأدلة القانونية ، الذي اعتمد على قيام المشرع بدور مهم في تحديد الأدلة التي تقبل في الإثبات وتحديد قيمة كل دليل ، فقيد حرية القاضي وأجبره على الحكم بمجرد توافر هذه الأدلة ولو لم يكن مقتنعا بصحة الواقعة المطروحة أمامه (٧).

وعلى أثر الانتقادات التي وجهت لنظام الأدلة القانونية ، ظهر نظام الإثبات الحر ، أو نظام الاقتناع الذاتي للقاضي ، وأصبح هذا النظام هو القانون العام في الإجراءات الجزائية في التشريعات اللاتينية وبمقتضاه يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته وتتمثل خصائص هذا النظام في عدم تحديد الأدلة ، بمعنى أن الخصوم لهم الحرية في الالتجاء إلى أي دليل يمكنهم من إثبات ادعائهم ، كما أن هذا النظام يخول القاضي تقويم الأدلة دون أن

يفرض عليه قيد أو شرط . لذا فالقاضي حر في أن يستعين بكل طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة ، وهو حر في وزن وتقدير كل دليل ، وفي التنسيق بين الأدلة التي تتمثل في الحكم بالإدانة أو البراءة ، وأخيرا فإن هذا النظام يمتاز بحرية الأطراف في الإثبات ، نفيا أو اثباتا (٨) .

وفي مرحلة لاحقة ، ظهر نظام الإثبات المختلط الذي يحاول الجمع بين نظام الأدلة القانونية ونظام الإثبات الحر ، ثم أتجه الفقه الحديث إلى نظام الإثبات العلمي والدليل المادي وهي مرحلة تعتمد على البحوث العلمية وما تسفر عنه من نتائج وهي مرحلة ترتبط بالتطور العلمي المستمر وتأخذ فيها الخبرة دور الصدارة بين طرق الإثبات الجنائي (٩) .

ولقد تعاظم دور الإثبات العلمي للدليل المادي مع ظهور الأدلة الرقمية المطلوبة للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر وأصبح الدليل الرقمي ضرورة لكشف أنماط الجرائم عبر الكمبيوتر.

مشكلة البحث

مع التطور التقني لأساليب ارتكاب الجرائم وخصوصا تلك التي تتم عبر الكمبيوتر ، أصبح مطلوبا من سلطات إنفاذ القانون أن تتعامل مع أشكال حديثة من الأدلة في مجال الإثبات الجنائي . لذلك تكمن مشكلة البحث في كيفية تقديم دليل رقمي مقبول وذي مصداقية أو حجية قضائية ومدى حجية هذا الدليل في نظم الإثبات المختلفة.

أهداف البحث

ويهدف هذا البحث إلى إلقاء الضوء على العلاقة بين الجرائم عبر الكمبيوتر والدليل الرقمي المستخرج من أجهزة الكمبيوتر ، وبيان القواعد اللازمة لاعتماد الأدلة الرقمية كأدلة إثبات موضوعية وموثقة أمام أجهزة العدالة الجنائية ، واقتراح أنموذج لاعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر .

أهمية البحث

وتبدو أهمية البحث في أنه يقدم أسلوبا علميا وقانونيا ، يمكن الاستعانة به في إثبات الجريمة عبر الكمبيوتر ، كما أنه يساعد على بلورة المفاهيم الأكاديمية المستحدثة للأدلة الرقمية. كما أنه يقدم لنظم العدالة الجنائية أنموذجا مقترحا لاعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر .

تساؤلات البحث

يتطلب تحليل إشكالية البحث ردها إلى عناصرها الأولية طبقا للتساؤلات التالية :

١- كيف يمكن استخراج دليل رقمي بوصفة دليل إثبات أمام القضاء ؟

٢- ما الشروط اللازمة لاعتماد الدليل الرقمي كدليل إثبات في جرائم عبر الكمبيوتر ؟

منهجية البحث

هذا وتلعب إشكالية البحث دورا رئيسيا في اختبار وتحديد المنهج الذي سيتم اتباعه ومن هذا المنطلق فسوف نستعين بأربعة مناهج رئيسية هي ، الوصفي ، والتحليل التركيبي ، والتكاملي والمقارن (١٠) . وبناء على ذلك فسوف يكون البحث مقسما إلى الموضوعات التالية : مفهوم الدليل الرقمي ، وخصائصه ، والإطار العلمي لاستخلاصه ، ثم طرق اعتماد الدليل الرقمي للإثبات .

المفاهيم المستخدمة في البحث

١- نظام المعلومات Information System

يشمل هذا النظام كل وسيلة مخصصة لصناعة المعلومات أو لمعالجتها أو لتخزينها أو لعرضها أو إتلافها ، يتطلب تشغيلها الاستعانة بشكل أو بآخر بالوسائل الإلكترونية ، كما يعنى أيضا المعدات والآلات المعلوماتية والحاسبات الآلية والبرامج وقواعد وبنوك المعلومات والملقمات ومواقع الويب ومنتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية وكل وسيلة معلوماتية أخرى مخصصة لصناعة أو لمعالجة أو لتخزين أو لاسترجاع أو لعرض أو لنقل أو لتبادل المعلومات .

٢- جرائم عبر الكمبيوتر(١١) Cyber Crime

وهي الجرائم التي لها علاقة بالكمبيوتر والشبكة المعلوماتية والإنترنت ، فهي لذلك تشمل نوعين من الجرائم النوع الأول ويسمى جرائم الشبكة العالمية Computer Web Crime الذي يستخدم الكمبيوتر والشبكة والإنترنت كوسيلة مساعدة لارتكاب جريمة مثل استخدامه في الغش أو الاحتيال أو غسل الأموال أو تهريب المخدرات والنوع الثاني ويسمى جرائم الكمبيوتر Computer Crime يشمل الجرائم التي يكون الكمبيوتر فيها محلاً للفعل الإجرامي ذاته

ويشمل ذلك الأفعال الإجرامية الواقعة على المكونات المادية Hard Ware أو المكونات المعنوية Soft ware أو قاعدة البيانات Data Bases (١٢)

• ١ جرائم الشبكة العالمية Web Computer Crime

الكمبيوتر في النوع الأول من جرائم الـ Cyber لا يستخدم بصفة مباشرة لارتكاب الجريمة وإنما تستخدم شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) كوسيلة مساعدة لارتكاب الجريمة حيث لا يعتبر استخدام الكمبيوتر والإنترنت من طبيعة الفعل الجرمي ، إلا أن جهاز الكمبيوتر مع ذلك يظل محتفظاً بآثار رقمية يمكن أن تستخدم للإرشاد عن الفاعل . (١٣)

• ١ جرائم الكمبيوتر Computer Crime

جرائم الكمبيوتر تشمل فقط النوع الثاني من جرائم Cyber ، أي تشمل الجرائم التي يكون الكمبيوتر فيها محلاً للفعل الإجرامي نفسه سواء شمل ذلك المكونات المادية أو المعنوية أو قاعدة البيانات والمعلومات التي قد تكون على الشبكة العالمية ، وتشمل تلك الجرائم ، انتهاك الملكية الفكرية ، جرائم القرصنة والها كرز الفيروسات وغيرها . (١٤)

١- الآثار المعلوماتية الرقمية ومسرح جريمة الكمبيوتر:

Cyber Trail and Crime Sense

وهي الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية أو الإنترنت وتشمل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وكافة الاتصالات التي تمت من خلال الكمبيوتر والشبكة العالمية (١٥)

ويلاحظ أن هذه الآثار تكون في شكل رئيسي هو الشكل الرقمي ، لأن البيانات داخل الكمبيوتر سواء أكانت في شكل نصوص أم أحرف أم أرقام أم أصوات أم صور أم فيديو تتحول إلى صيغة رقمية ، حيث ترتكز تكنولوجيا المعلوماتية الحديثة على تقنية الترقيم التي تعني ترجمة أو تحويل أي مستند معلوماتي مؤلف من نصوص أو صور أو أصوات أو بيانات إلى نظام ثنائي في تمثيل الأعداد يفهمه الكمبيوتر قوامه الرقمان [صفر] ، [١]. (١٦)

وتمتاز النصوص الرقمية بسهولة استنساخها بوقت قصير وبكلفة هامشية دون المساس بالأصل ولا بنوعية النسخ ، فالنسخ تكرار للأصل وليس نسخة منه ، وتمتاز أيضا البيانات الرقمية بسهولة

التلاعب بها سواء تعديلاً أو إتلافاً أو إدراجاً في مستندات أو بيانات رقمية أخرى وبسرعة متناهية.

ويلاحظ أن الآثار المعلوماتية أو الرقمية المستخلصة من أجهزة الكمبيوتر من الممكن أن تكون ثرية جداً فيما تحتويه من معلومات مثل صفحات المواقع المختلفة (Web Pages) والبريد الإلكتروني (Email) ، الفيديو الرقمي (digital Video) ، الصوت الرقمي (Digital audio) ، غرف الدردشة والمحادثة ((Digital Logs of Synchronous Chat Sessions)) ، الملفات المخزنة في الكمبيوتر الشخصي (Files Stored On Personal Computer) ، الصورة المرئية (Digitized Still Images) ، الدخول للخدمة والاتصال بالإنترنت أو الشبكة عن طريق مزود الخدمات (((Computer Logs from An Internet service Provider (I S P

لذلك فإن الآثار الرقمية تشمل رؤية لمسرح الجريمة الحقيقي ، ومسرح الجريمة الرقمي نفسه فإذا كانت هناك جريمة حدثت فعلياً في العالم الحقيقي واستخدم كمبيوتر بطريقة ما في أحد أفعالها فإن رجال الشرطة أو مقترفي الأثر الجنائي يجب عليهم أن يبحثوا في كل من المسرحين المسرح الحقيقي المادي والمسرح المعلوماتي الرقمي.

٢- **البصمة الرقمية Digital Print**

هو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر ، وهو يكون في شكل مجالات مغناطيسية أو نبضات كهربائية ، ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء .

٥- أدوات الأدلة التناظرية الرقمية **Digital Forensics Tools**

ويقصد بها البرامج أو التطبيقات المستخدمة في مجال الكمبيوتر والتي تساعد خبراء المعمل الجنائي في مقارنة الصفات والمميزات بين الدليل المعلوماتي المشتبه فيه والذي غالبا يكون في صورة رقمية وبين الدليل الأصيل الذي يعتمد كأنموذج إرشادي.

٦- برامج المصادر المفتوحة أو برامج التداول الحر Open Source Programs

هي برامج يكون استعمالها وتوزيعها مرخصاً وذلك وفق شروط محددة يضعها صاحب الحق القانوني في هذه البرامج وهي تتيح للمستهلك قراءة استعمال وتبديل وتوزيع البرنامج والحصول على أجرة للخدمة المقدمة للنسخ أو الدعم وهذه الإجازة للتداول الحر مقيدة بالآتي:ـــ

أ- إعادة التوزيع الحر ، أي أن التوزيع لهذه البرامج يجب أن يكون حرا وبدون قيود.

ب- البرنامج يجب أن يتضمن النص الأصلي ، ويمكن تنزيله عن طريق الإنترنت بدون أجر.

ج- التعديلات والتحديثات التي تحدث لهذه البرامج تعامل معاملة البرامج بحيث تكون متاحة بدون أجر وتخضع لقاعدة التوزيع الحر.

د- لا تميز بين الأشخاص أو المجموعات من مستهلكي هذه البرامج.

هـ- لا تقييد لاستخدامات هذه البرامج سواء في مجال البحوث أو المجالات التجارية أو غيرها ما دامت لا تنال من حرية الآخرين أو تشكل مخالفة قانونية.

و- يجب أن يعترف بواضعي البرامج الأصلية أو معديها أو مؤلفيها.

ز- التداول الحر يجب أن لا يضع قيودا على استخدام البرامج الأخرى الموزعة بذات الطريقة.

وتهدف الشركات أو الجهات الموزعة لهذه البرامج إلى الاستفادة من جهود المستخدمين لتطوير هذه البرامج.

٧- برامج المصادر المغلقة أو برامج التداول المقيد Closed Source Programs

هي برامج يكون استعمالها مرخصاً وفق قيود التداول المقيد بحيث لابد من الحصول على إجازة لاستخدام هذه البرامج وهذه الإجازة تحدد شروط الاستخدام وطرق التداول وعادة يحدد البائع على غلاف البرنامج مثل هذه الشروط ، كما أنه يضع قيودا معلوماتية مبرمجة من أجل تحقيق هذه الغاية.

والخلاصة فيما سبق:ـــ

إن المفاهيم الرئيسية في البحث تدور حول موضوعين رئيسيين الموضوع الأول هو تعريف الجريمة المتعلقة باستخدام جهاز الكمبيوتر ، سواء تلك التي تتم باستخدام أجهزة الكمبيوتر أو تلك التي تتم على الجهاز نفسه بمشتملاته المادية والمعنوية . ولقد انتهينا إلى تبني مفهوم الجريمة عبر

الكمبيوتر Cyber Crime للدلالة على الجريمة المتعلقة باستخدام الكمبيوتر ذلك أن مصطلح Cyber ذو دلالة على الشبكة المعلوماتية .

والموضوع الثاني لمفاهيم البحث الرئيسية ،يتركز على الدليل الرقمي باعتباره الوسيلة الرئيسية والوحيدة لإثبات الفعل غير المشروع الواقع عبر جهاز الكمبيوتر

أولاً : الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر

الدليل الرقمي Digital Evidence

١- ماهية الدليل الرقمي وخصائصه:ـ

يعّرف الدليل الرقمي بأنه هو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر و يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية ، ممكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة ، وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور والأصوات والأشكال والرسوم ، وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.

ويمتاز الدليل الرقمي عن الدليل المادي المأخوذ من مسرح الجريمة المعتاد ، بما يلي :

١- طريقة نسخ الدليل الرقمي من أجهزة الكمبيوتر تقلل أو تعدم تقريبا مخاطر إتلاف الدليل الأصلي ، حيث تتطابق طريقة النسخ مع طريقة الإنشاء.

٢- باستخدام التطبيقات والبرامج الصحيحة ، يكون من السهولة تحديد ما إذا كان الدليل الرقمي ، قد تم العبث فيه أو تعديله وذلك لإمكانية مقارنته بالأصل.

٣- الصعوبة النسبية لتحطيم أو محو الدليل ، حتى في حالة إصدار أمر من قبل الجاني بإزالته من أجهزة الكمبيوتر ، فيمكن للدليل الرقمي أن يعاد تظهيره من خلال الكمبيوتر دسك.

٤- نشاط الجاني لمحو الدليل ، يسجل كدليل أيضا ، حيث أن نسخة من هذا الفعل (فعل الجاني لمحو الدليل) يتم تسجيلها في الكمبيوتر ويمكن استخلاصها لاحقا لاستخدامها كدليل إدانة ضده.

٥- الاتساع العالمي لمسرح الدليل الرقمي ، يمكن مستغلي الدليل من تبادل المعرفة الرقمية بسرعة عالية ، وبمناطق مختلفة من العالم ، مما يساهم في الاستدلال على الجناة أو أفعالهم بسرعة أقل نسبياً.

٦- امتيازه بالسعة التخزينية العالمية ، فآلة الفيديو الرقمية ، يمكنها تخزين مئات الصور ، ودسك صغير يمكنه تخزين مكتبة صغيرة وهكذا.

٧- يمكن من خلال الدليل الرقمي رصد المعلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت فالدليل الرقمي يمكنه أن يسجل تحركات الفرد ، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه ، لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.

٢- الإطار العلمي لاستخلاص الدليل الرقمي وجمعه من مسرح الحادث:ـــ

هناك أمور رئيسية تنبغي الإشارة إليها ، تتعلق بالدليل الرقمي ، وأول هذه الأمور ، هو مدى الحاجة إلى علوم الكمبيوتر وعلوم الأدلة الجنائية وعلوم التحليل السلوكي للأدلة الرقمية حيث إن علوم الكمبيوتر تقدم المعلومات التكنولوجية الدقيقة وهي مطلوبة لفهم المظهر أو الهيئة أو الكينونة الفريدة للدليل الرقمي بينما علوم الأدلة الجنائية من شأنها أن تقدم منظورا علميا لتحليل أي شكل من أشكال الأدلة الرقمية وتساهم علوم التحليل السلوكي للأدلة الرقمية في الربط المحدد بين المعارف التكنولوجية وبين الطرق العلمية لاستخلاص الدليل الرقمي ، لفهم أفضل للسلوك الإجرامي التقني . (١٧)

وعلى ذلك فإن هذه العلوم مجتمعة تساهم فيما يلي :

١- الكشف عن الدليل الرقمي.

٢- إجراء الاختبارات التكنولوجية والعلمية عليه لاختباره والتحقق من أصالته ومصدره كدليل يمكن تقديمه لأجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.

٣- تحديد الخصائص الفريدة للدليل الرقمي.

٤- إصلاح الدليل وإعادة تجميعه من المكونات المادية للكمبيوتر Hard Drive

٥- عمل نسخة أصلية من الدليل الرقمي للتأكد من عدم وجود معلومات مفقودة أثناء عملية استخلاص الدليل.

٦- جمع الآثار المعلوماتية الرقمية Cyber trail digital التي قد تكون تبدلت خلال الشبكة المعلوماتية.

٧- استخدام الخوارزميات Algorithm للتأكد من أن الدليل لم يتم العبث به أو تعديله (١٨)

.

٨- تحريز الدليل الرقمي لإثبات أنه أصيل وموثوق به ويقع ضمن سلسلة الأدلة المقدمة في الدعوى.

٩- تحديد الخصائص المميزة لكل جزء من الأدلة الرقمية مثل المستند الرقمي ، البرامج ، التطبيقات ، الاتصالات ، الصور ، الأصوات .. وغيرها.

وعادة ما توجد الأدلة الرقمية في مخرجات الطابعة والتقارير والرسوم وفي أجهزة الكمبيوتر وملحقاتها وفي الأقراص المرنة والصلبة وأشرطة تخزين المعلومات وفي أجهزة المودم والبرامج وأجهزة التصوير ومواقع الويب والبريد الإلكتروني ولذلك تستخدم عدة طرق أو أدوات تساهم في جمع الأدلة الرقمية منها :

١- برنامج أذن التفتيش Computer Scorch Warrant Program

وهو برنامج قاعدة بيانات ، يسمح بإدخال كل المعلومات الهامة المطلوبة لترقيم الأدلة وتسجيل البيانات منها ويمكن لهذا البرنامج أن يصدر إيصالات باستلام الأدلة والبحث في قوائم الأدلة المضبوطة لتحديد مكان دليل معين أو تحديد ظروف ضبط هذا الدليل.

٢- قرص بدء تشغيل الكمبيوتر Bootable Diskette

وهو قرص يمكن المحقق من تشغيل الكمبيوتر ، إذا كان نظام التشغيل فيه محميا بكلمة مرور ويجب أن يكون القرص مزوداً ببرنامج مضاعفة المساحة Double space فربما كان المتهم قد استخدم هذا البرنامج لمضاعفة مساحة القرص الصلب. (١٩)

٣- برنامج معالجة الملفات مثل X tree Pro Gold

وهو برنامج يمكن المحقق من العثور على الملفات في أي مكان على الشبكة أو على القرص الصلب ، ويستخدم لتقييم محتويات القرص الصلب الخاص بالمتهم أو الأقراص المرنة المضبوطة أو يستخدم لقراءة البرامج في صورتها الأصلية ، كما يمكن من البحث عن كلمات معينة أو عن أسماء ملفات أو غيرها.

٤- برنامج النسخ مثل Lap Link

وهو برنامج يمكن تشغيله من قرص مرن ويسمح بنسخ البيانات من الكمبيوتر الخاص بالمتهم ونقلها إلى قرص آخر سواء على التوازي Parallel Port أو على التوالي Serial Port وهو برنامج مفيد للحصول على نسخة من المعلومات قبل أي محاولة لتدميرها من جانب المتهم.

٥- برامج كشف الدسك مثل AMA Disk , View disk

ويمكن من خلال هذا البرنامج الحصول على محتويات القرص المرن ، مهما كانت أساليب تهيئة القرص ، وهذا البرنامج له نسختان نسخة عادية خاصة بالأفراد ونسخة خاصة بالشرطة (٢٠)

٦- برامج اتصالات مثل LANtastic

وهو يستطيع ربط جهاز حاسب المحقق بجهاز حاسب المتهم لنقل ما به من معلومات وحفظها في جهاز نسخ المعلومات ثم إلى القرص الصلب. هذه هي أهم الطرق العامة لجمع الأدلة الرقمية ، والتي يجب أن يقوم بها خبراء في هذا المجال نظراً لعلمية ودقة هذه الأدلة.

٣- جمع الدليل الرقمي :

جمع الأدلة الرقمية من بروتوكولات النقل والشبكات والاتصالات يمكن أن يشكل صعوبة نسبية من وجهة نظر أجهزة إنفاذ القانون . وبالرغم من أن ملفات الولوج (Log file) تبدو مشابهة للملفات العادية ، وممكن جمعها مثل أي ملف آخر وهي تحتوي على كمية هائلة من المعلومات التي قد تفيد البحث والتحقيق الجنائي ، إلا أن الصعوبة في جمع هذه المعلومات الجنائية ، أنها عادة ما تكون مختلطة بغيرها من معلومات مستخدمي الكمبيوتر الأبرياء مما قد يشكل تهديداً لخصوصية هؤلاء ويعتبر في ذات الوقت ضبطاً بدون تفويض أو تصريح أو أمر قانوني أو قضائي.

لذلك تعمد بعض منظمات تشغيل الكمبيوتر والشبكة إلى عدم إفشاء أسرار جميع ملفات الولوج إلا الخاصة بالمتورطين فقط في قضايا مدنية أو جنائية وبناء على أمر قضائي طبقاً للنظام القانوني السائد في الدولة .

وهناك صعوبة أخرى في جمع الأدلة الرقمية من جداول الحالة التشغيلية في البروتوكولات والاتصالات وتتمثل هذه الصعوبة في أن هذه الجداول تكون متاحة لفترات قصيرة ولا يمكن التغلب على هذه الصعوبة بالتحفظ الجنائي على أجهزة الهارد وير (Hard ware) لحين الفحص ، لأن هذه الجداول تزال تلقائيا بمجرد غلق أو انقطاع التيار الكهربائي عن تلك الأجهزة ، لذلك فمن المستحسن أن يتم استخدام أسلوب (Cut And Past) القص واللصق إلى ملف جديد خاص بجمع الأدلة وقبل غلق الأجهزة. ورغم أن أسلوب القطع واللصق أسلوب ناجح لجمع الأدلة ، إلا أن المشاكل القانونية المترتبة على قانونية هذا الأسلوب قد تثير بعض الشك في مدى سلامة جمع المعلومات وحجيتها أمام أجهزة العدالة الجنائية لذلك يقترح ما يلي لسلامة الجمع والتوثيق:ـــ

١- أخذ نسخة كاملة من بيانات الجداول التشغيلية عند ضبط الجهاز المستخدم وقبل فصل الجهاز عن التيار الكهربائي وذلك بطباعة هذه النسخة.

٢- القيام بعمليات النسخ واللصق والتجميع في File محدد بعد التأكد من خلوه التام من أية معلومات أخرى.

٣- مراعاة ترقيم البيانات المجزئة طبقا للتسلسل الحادث بحيث يتم الاستدلال عليها بشكل متسلسل ومنطقي وطبقا للأصل.

وهذه الإجراءات رغم أنها إجراءات طويلة وتتطلب وقتاً ومثابرة ودقة في العمل ، إلا أنها ضرورية ولازمة للتدوين والحفظ لإمكان اعتمادها كدليل أمام أجهزة العدالة الجنائية.

٤- تصنيف وتخصيص وتوثيق الدليل الرقمي

ذكرنا من قبل أن ملفات الولوج وجداول الحالة التشغيلية يمكن أن تحتوي على معلومات عن مصادر وطبيعة الجريمة محل التحقيق أو البحث ، حيث تحتوي ملفات الولوج على عناوين IP

للكمبيوتر المستخدم والكمبيوتر الوسيط أو الرئيسي أو الخادم ، وتحتوي على معلومات من كافة الأنشطة التي قام بها المستخدم أو حاول أن يقوم بها عند استخدامه للشبكة المعلوماتية وتحتوي كذلك على معلومات بشأن أنواع الاتصالات التي تمت وكل هذه المعلومات ممكن أن تستخدم في تصنيف وتخصيص وتوثيق الدليل الرقمي تجاه الجريمة محل البحث والتحقيق .

وملفات الولوج وجداول الحالة التشغيلية ممكن أن تصنف كوحدة معلوماتية كاملة مثل :(a linux 5.2 Wtmp Loge, a Solaris syslog , a state table from windows N T primary Domain Controller) وهي بذلك يمكن أن تقارن مع وحدة معلوماتية كاملة أخرى وذلك لتحديد الجزء المطلوب للدليل الجنائي.

بالإضافة إلى تصنيف ملفات الولوج وجداول الحالة التشغيلية كوحدة معلوماتية كاملة ، فإن احتواء هذه الوحدة على المعلومات الصالحة للتعرف عليها وتصنيفها وتوثيقها يعطي لها أهمية خاصة في البحث والتحقيق الجنائي.

وهناك العديد من أشكال الاتصال باستخدام بروتوكول TCP مثل Web , Email , Telnet وهذه الأشكال ممكن أن تصنف وبعد إتمام عمليات التصنيف ، يمكن إجراء عمليات المقارنة بين الأفعال المشتبه فيها وبين الأفعال الطبيعية الأخرى.

ويلاحظ إذا كان هناك ولوج من مشتبه فيه أو توافرت باقة معلومات عن عنوان IP لمستخدم ما فإن هذا الولوج وهذه المعلومات قد لا تكون مطابقة لمستويات معروفة ولكن الباحثين الجنائيين يمكنهم مقارنة المعلومات المتوافرة مع المعلومات الأخرى الرسمية أو المتفق عليها لاكتشاف الفروق التي يمكن أن تدين المشتبه فيه ، حيث إن الطابع الشخصي للأدلة الرقمية أثناء وجودها في ملفات الولوج أو بروتوكولات الاتصالات ، ممكن أن تكون العلاقة بين الجريمة المرتكبة وسلوك المشتبه فيه المسجل في هذه الملفات ويتم ذلك باختبارات المقارنة.

د-إعادة بناء الدليل الرقمي

توجد ثلاثة أنواع من إعادة بناء الأدلة الرقمية وهم الأدلة الرقمية التي تم العبث فيها أو محوها والأدلة الرقمية الصحيحة وهناك نوع ثالث يطلق عليه الأدلة الرقمية الهامشية.

ويلاحظ أنه من الضروري أن تتم الاستعانة بهذه الأنواع الثلاثة فالأدلة الرقمية الصحيحة يتم من خلالها استخلاص المعلومات المتعلقة بالجريمة والمجرم من خلال البحث فيها ، كما أن الأدلة الرقمية التي تم محوها أو العبث فيها ، تتم إعادة بنائها باستخدام برامج خاصة معروفة لهذا الأمر والأدلة الرقمية المهمشة ، وهي أدلة رقمية تلعب دوراً حاسماً في إعادة ترميم الأدلة المسحوة أو التي تم العبث فيها ، كما أنها تكمل أوجه النقص في الأدلة الرقمية المستخلصة من الأدلة الرقمية الصحيحة عن علاقة المجرم بالجريمة المرتكبة.

ثانيا – التحليل التناظري الرقمي Digital Forensic Analysis

يتمثل هدف التحليل التناظري الرقمي بصورة عامة في تحديد الدليل الرقمي وذلك لإجراء التحقيقات الجنائية حيث تحتاج عملية إجراء التحقيقات إلى كل من الدليل الرقمي والدليل المادي إضافة إلى الأسلوب العلمي وذلك بغرض الحصول على النتائج النهائية. من أمثلة التحقيقات التي تستخدم الأدلة التناظرية الرقمية ، الدخول بصورة غير مشروعة إلى جهاز الكمبيوتر ، الاستخدام غير المصرح به لأجهزة الكمبيوتر المشتركة صور الأطفال الفاضحة أو أي جريمة أخرى يمتلك أحد المشتبهين بارتكابها جهاز كمبيوتر. (٢١)

تقوم الأدلة التناظرية الرقمية بصورة أساسية على ثلاث مراحل رئيسية : التحريز والتحليل والتقييم والعرض.

١- مرحلة التحريز Acquisition :

يتم أثناء مرحلة التحريز المحافظة على النظام الرقمي للقيام بتحليله لاحقا وتشابه هذه المرحلة مرحلة التقاط الصور الفوتوغرافية ورفع البصمات وأخذ عينات الدم من مسرح الجريمة. وكما هو الحال في المسرح المادي للجريمة لا يعرف المحققون في هذه المرحلة أي نوع من البيانات سيتم استخدامها للحصول على الدليل الرقمي لذلك فإن الهدف الأساسي لهذه المرحلة هو المحافظة على جميع القيم الرقمية. ويتم في هذه المرحلة نسخ جميع أجزاء القرص الصلب التي تحتوي على معلومات مخزنة والأجزاء الفارغة أيضا والتي يطلق عليها الصورة Image.

ويتم النسخ في مرحلة التحريز عن طريق نسخ كافة البيانات المخزنة من جهاز التخزين (الكمبيوتر محل الجريمة) المشتبه فيها إلى جهاز آخر يعتمد عليه (الكمبيوتر الخاص بالمعمل الجنائي) وتتطلب عملية النسخ إعداد الجهاز المشكوك فيه لنسخ جميع البيانات المخزنة بداخله.

٢- مرحلة التحليل Analysis :

ومن ثم تبدأ مرحلة التحليل والتي يتم خلالها الحصول على البيانات وفحصها لتحديد نوعية الدليل. وهناك ثلاثة أنواع رئيسية للأدلة التي تسعى التحقيقات للحصول عليها :

-٢ دليل الإدانة Inculpatory Evidence : وهو الدليل الذي يؤيد ويثبت فكرة معينة لارتكاب الجريمة محل البحث.

-٣ دليل البراءة Exculpatory Evidence : وهو الدليل الذي يناقض فكرة معينة لارتكاب الجريمة محل البحث.

-٤ دليل محايد (ضباط) Evidence of Tampering : وهو الدليل الذي لا علاقة له بالإدانة أو البراءة وإنما تتم الاستعانة به لإثبات أنه لم يتم تعديل أو تغيير في النظام (الكمبيوتري) لتحاشي استخدامه أو استخدام محتوياته كدليل.

وتشمل هذه المرحلة أيضا فحص محتويات الملفات Files والمسارات Directory واسترجاع المحتويات التي تم حذفها. وتستخدم في هذه المرحلة الطريقة العلمية للوصول إلى النتائج النهائية اعتمادا على نوعية الدليل الذي تم العثور عليه.

تستخدم الأدوات (البرامج أو التطبيقات وسوف نستخدم مصطلح الأدوات للدلالة عليهما فيما بعد) في هذه المرحلة في تحليل نظام الملفات والمسارات وإعداد قائمة بمحتويات الملفات المحذوفة والقيام بعملية استرجاع للملفات المحذوفة. وتقديم وعرض البيانات المخزنة في شكل Format يمكن من خلالها الاستفادة القصوى من البيانات. ويلاحظ أنه يجب أن تستخدم في هذه المرحلة نسخة طبق الأصل من البيانات الأصلية والتي من الممكن تدقيقها والتحقق من أن الأرقام الموجودة بالبيانات لم تتغير من الضرورة بمكان في هذه المرحلة أن توضح هذه الأدوات كافة البيانات الموجودة في النسخة المأخوذة.

وبغض النظر عن طبيعة التحقيقات التي يتم القيام بها تتشابه خطوات مراحل التحرير والتحليل بسبب الطبيعة الخاصة بهما وغلبة الجوانب الفنية فيهما أكثر من الجوانب القانونية (٢٢).

٣- مرحلة التقديم والعرض Presentation :

تقديم وعرض الدليل يعتمد بصورة أساسية على نظم العدالة الجنائية المتبعة والقانون المطبق والتي تختلف من دولة إلى أخرى. وتتمثل أهمية هذه المرحلة في تقديم وعرض النتائج التي تم التوصل إليها من إجراء التحقيقات الفنية وفي الغالب يشهد إجراء تحقيق وتقديم الدليل كل من الشرطة والنيابة والمتهم ومحاميه والقاضي ولكن يجب أن يقوم جهاز الشرطة بتقييم الدليل مسبقا قبل عرضه أمام المحكمة.

ويعتمد القانون الأمريكي على اجتياز الدليل العلمي لاختبار داوبورت Daubert Guidelines كشرط بقبول الأدلة العلمية في الإجراءات القانونية. وترجع أصول اختبار داوبورت من الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا في الولايات المتحدة في قضية داوبورت ضد ميريل دو للصناعات الدوائية في عام ١٩٩٣م (٢٣)

ثالثا – قبول الدليل العلمي الرقمي

تشترط المحاكم ذات النظام الأنجلوسكسوني أن يكون الدليل متعلقا بالقضية التي يجري نظرها وأن يكون محل ثقة ومعتمد كشرط لقبول جميع أنواع الأدلة الفنية التي تقدم في جرائم الكمبيوتر ويقوم القضاء بتحديد درجة مصداقية وفاعلية الدليل العلمي للوصول إلى النتيجة النهائية التي تم الحصول عليها باستخدام أحد أدوات الأدلة التناظرية الرقمية. ويتم ذلك عادة في مرحلة ما قبل إجراءات المحكمة باستخدام موجهات أو " اختبارات داوبورت ". وتنحصر مسؤولية القاضي أثناء جلسة اختبار داوبورت في تحديد سلامة المنهجية المتبعة والطرق الفنية المتخذة في تحديد الدليل العلمي والقيام بذلك وفقا لدرجة التوثيق المعتمدة (٢٤).

تحدد طريقة اختبار داوبورت Daubert Test أربع فئات عامة يجب استخدامها كموجهات عند تقييم الإجراءات أو المنهجية المتبعة :

● ١ **التجربة والاختبار** : هل من الممكن تجربة واختبار الطريقة المتبعة أو هل سبق تجربة واختبار الطريقة المتبعة ؟

● ٢ **نسبة الخطأ** : هل هناك نسبة خطأ محتملة ترافق استخدام هذه الطريقة ؟

● ٣ **النشر** : هل جرى نشر الطريقة المتبعة وخضع ذلك للمراجعة من قبل الآخرين ؟

● ٤ **القبول** : هل الطريقة المتبعة مقبولة بصورة عامة في المجتمع العلمي المعني ؟

ويعتبر اختبار داوبورت طريقة أكثر توسعا للأسلوب الذي تبنته المحاكم سابقاً لقبول الدليل العلمي. إذا كانت المحاكم سابقا إبان استخدامها للاختبار [Frye Test] تضع مسؤولية تحديد الإجراءات المقبولة على المجتمع العلمي باستخدام المجلات والإصدارات العلمية المحققة. ولكن نسبة لعدم وجود مجلات علمية مراجعة في جميع المجالات تم استخدام اختبار داوبورت والذي يوفر وسائل وطرقاً إضافية لاختبار نوعية الدليل (٢٥) .

وسنتناول كل موجه من هذه الموجهات فيما يتعلق بالأدلة التناظرية الرقمية. وكما ستتم دراسة هذه الموجهات من حيث أدوات الحصول على البيانات وأدوات التحليل ، ونظرا لأن الجزء الأكبر من الأدلة التناظرية الرقمية في الوقت الراهن يعتمد على كيفية الحصول على الأقراص الصلبة والقيام بتحليل نظم الملفات المستخدمة. لذا سنولي عناية خاصة بهذه الأدوات والإجراءات المستخدمة في نسخ البيانات من جهاز تخزين البيانات إلى جهاز آخر واستخلاص الملفات والبيانات الأخرى من نسخة نظام الملفات (٢٦).

١- التجربة والاختبار Testing :

تقوم الموجهات المعنية بالتجربة والاختبار على قابلية إخضاع الإجراءات المستخدمة للتجربة والاختبار للتأكد من أنها تقدم نتائج دقيقة وإذا كان ذلك صحيحا هل معرفة النتيجة التي تم الحصول عليها تعتبر نتيجة دقيقة ؟ ويعد هذا مشكلة معقدة جدا فيما يتعلق بالأدلة التناظرية الرقمية نسبة لصعوبة وتعقد أجهزة الكمبيوتر. وتخضع نتيجة أو محصلة الأدوات المستخدمة إلى

اختبارين رئيسيين هما اختبار السلبيات الزائفة False Negatives واختبار الإيجابيات الزائفة False Positives.

يهدف إجراء اختبار السلبيات الزائفة إلى التأكد من أن الأدوات المستخدمة في الحصول على الدليل تقدم كافة البيانات المتاحة في هذا الدليل وتعرض النتيجة أو المحصلة النهائية التي تم التوصل إليها. فعلى سبيل المثال يجب أن تظهر جميع الملفات إذا قمنا بعرض محتويات دليل ما بداخل الكمبيوتر. وبنفس القدر يجب أن تكون الأداة قادرة على عرض أسماء الملفات المحذوفة فيجب أن تكون الأداة المستخدمة في الحصول على البيانات قادرة على نسخ كافة البيانات إلى الجهة المرغوب بنسخ البيانات فيها. ويعتبر هذا النوع من الأدوات فيما يتعلق بالأدلة التناظرية الرقمية من أسمى الأنواع التي يمكن اختيارها والأكثر تعرضا للتجربة والاختبار. إذ يتم نقل بيانات معروفة إلى نظام ما وبعد ذلك يجري تحليلها والتحقق من إمكانية العثور على هذه البيانات في الجهة التي تم النقل إليها.

وتهدف اختبارات وتجارب الإيجابيات الزائفة إلى التأكد من عدم إضافة بيانات جديدة نتيجة لاستخدام الأدوات المعنية. فعلى سبيل المثال ضمان عدم إضافة أسماء ملفات جديدة عندما تستخدم الأدوات في عرض محتويات دليل ما. ويعتبر هذا الاختبار من أصعب أنواع الاختبارات ، وأكثر الطرق الفنية استخداما للتحقق من أن الأداة المستخدمة لا تؤدي إلى إضافة أو إدخال بيانات جديدة هي طريقة التحقق من النتائج باستخدام أداة ثانية. وعلى الرغم من أن هذه الطريقة تعد طريقة جيدة إلا أنها لا تغني عن الحاجة إلى وجود منهجية ثابتة لإجراء تجارب واختبارات رسمية (٢٧).

لذلك قام المعهد الوطني للمقاييس والتكنولوجيا The National Institute Of Standards and Technology (Ist) بتخصيص مجموعة تركز كل جهودها على طرق تجربة واختبار أدوات الأدلة التناظرية الرقمية. وقامت بصياغة وتطوير منهجيات متعددة لكيفية إجراء التجارب والاختبارات لنوعية الأدوات المستخدمة وإجراء التجارب باستخدام طرق معينة لإدخال البيانات. كما قامت هذه المجموعة بنشر مواصفات أدوات نسخ محتويات الأقراص كما قامت بإجراء هذه الاختبارات

على مختلف أنواع الأدوات. غير أنه لم يتم حتى الآن الكشف بصورة رسمية عن النتائج التي تم التوصل إليها. وبالإضافة إلى ذلك توصلت هذه المجموعة إلى منهجية اختبار تتعلق بالأدوات المستخدمة في التحليل (٢٨).

وقبل الوصول إلى نتائج معهد المواصفات والتكنولوجيا وطرق اختبار أدوات الأدلة الرقمية جرت العادة على نشر تجربة واحدة من تجارب مقارنة أدوات الأدلة الرقمية تقوم التجربة بنسخ أو زرع بيانات في مواقع متعددة تستخدم مختلف أنواع الأقراص ومن ثم تقوم بمحاولة العثور على البيانات التي تم نسخها أو نقلها إليه. وعلى الرغم من أهمية وفائدة هذه التقييمات عند القيام بدراسة أي نوع من الأدوات ينبغي شراؤها (بغض النظر عن مواضع الخلل والأخطاء المتواجدة) إلا أنه من الضرورة بمكان ألا تكون هذه التقييمات هي الخيارات الوحيدة المتاحة أمام الإجراءات القانونية (٢٩).

لذلك فإن أمثل طريقة لاختيار أدوات الأدلة الرقمية تتمثل في استخدام برامج المصادر الحرة أو المفتوحة وبالإضافة إلى ذلك ينبغي صياغة وإعداد شروط ومتطلبات كل أداة من أنواع الأدوات كما يجب صياغة نوعية الاختبارات المرافقة لكل أداة التي تطبق هذه الشروط والمتطلبات. ويؤدي استخدام شروط محددة بإجراء التجربة والاختبار لكافة أنواع الأدلة إلى اكتشاف المزيد من مواضع الخلل والأخطاء نسبة للعدد الكبير من الاختبارات التي بالإمكان إجراؤها فعلى سبيل المثال فإن إعداد مجموعة شاملة لمتطلبات وشروط التجارب والاختبارات لكافة أدوات تحليل نظام الملفات يعد مهمة وواجبا متعدد الاتجاهات ويعود السبب وراء ذلك بصورة خاصة إلى أن تنظيم أو تركيب نظام الملفات ليس تركيبا عاما (٣٠).

واستنادا إلى المتطلبات والشروط الزمنية ، فمن غير المحتمل تطوير مجموعة اختبارات بإمكانها إثبات صحة وسلامة كافة المكونات المحتملة لنظم الملفات. وفي واقع الأمر فمن المحتمل جدا أن تكون متطلبات وشروط الاختبار أكثر دقة وحداثة وفيما يتعلق بالأدوات التحليلية للأدلة التناظرية الرقمية ومن ثم التطبيق الرئيسي وتجارب اختبار نظام التشغيل وبالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون أداة التحليل قادرة على التعامل مع كافة الظروف والأوضاع المحتملة أما إن كانت

بخلاف ذلك فقد يتيح ذلك للمشتبه فيه التشكيك في مصداقية وموضوعية الدليل كما يعمل على خلق وإيجاد حالة قد تؤدي إلى اختفاء البيانات في مرحلة إجراء التحقيقات. وبصورة عامة يجب أن يكون برنامج التطبيق الأصلي قادرا على اختيار وتجربة مقدرته في التعامل مع أي حالة أو ظرف يستطيع خلقها وإيجادها.

ولكن على الرغم من ذلك لم يتم التوصل إلى منهجية اختبار قياسية لذلك يتم اكتشاف مواضع الخلل والعيوب في تطبيقات المصادر المفتوحة والمصادر المغلقة في وقتنا الراهن بواسطة المحققين أو مستهلكي هذه البرامج في نفس المجال والذين يقومون بدورهم بإخطار البائع بمواضع الخلل ولعل الحجة التي توجه ضد برامج تطبيقات المصادر المفتوحة تتمثل في أن بعض الأفراد من ذوي النوايا الإجرامية قد يكتشفوا بعض أماكن الخلل والعيوب في شفرة المصدر ويقومون باستغلالها لتحقيق نواياهم الإجرامية دون نشر أي معلومات أو تفاصيل عن مواضع الخلل والضعف التي اكتشفوها. وعلى كل توجد مواضع الضعف والخلل في تطبيقات المصادر المفتوحة كما توجد أيضا في برامج تطبيقات المصادر المغلقة بذلك تتساوى احتمالية قيام أحد الأفراد ذوي النوايا السيئة باستغلال أماكن الضعف والخلل الموجودة في أي من التطبيقين. ويتمثل الحل الدائم لهذه المشكلة في إيجاد منهجية اختبار شامل تؤدي إلى تقليل عدد الأخطاء ومواضع الخلل وبذلك تقل فرص استغلال هذه التطبيقات بواسطة الأشخاص من ذوي النوايا السيئة.

ويؤدي امتلاك وسيلة الدخول إلى شفرة مصدر الأداة المستخدمة إلى تحسين نوعي في كيفية إجراء التجربة نسبة لإمكانية تحديد مواقع الأخطاء والخلل عبر دراسة ومراجعة الشفرة المستخدمة وعبر تصميم بعض الاختبارات والتجارب اعتماداً على تصميم وانسياب البرامج. يجب أن يتم إجراء هذه التجارب بواسطة خبراء محايدين من ذوي الخبرة والدراسة كما يجب أن يتم نشر نتائج هذه التجارب والاختبارات. كما يجب على أقل تقدير أن يتم نشر مواصفات تصميم أدوات المصادر المفتوحة حتى يتمكن الطرف الثالث مثل فريق المعهد الوطني للمواصفات والتكنولوجيا المعني بتجربة واختبار أدوات الأدلة التناظرية الرقمية من اختبار الإجراءات المستخدمة أو منهج المعالجة الخاص بالأداة المستخدمة بصورة أكثر فاعلية (٣١).

٢- نسبة الخطأ Error Rates :

تهدف موجهات نسبة الخطأ إلى تحديد نسبة الخطأ المعروفة في الإجراءات أو منهج المعالجة تقوم أدوات الأدلة التناظرية الرقمية بمعالجة البيانات عبر سلسلة من القواعد والضوابط. وفي العادة يتم تعميم وإعداد مثل هذه القواعد والضوابط بواسطة مصنعي برنامج التطبيق الأصلي الذي يجري تحليله. فعلى سبيل المثال تستخدم أداة تحليل نظام الملفات مواصفات نظام الملفات في عملية إجراء التحليل ، لذلك تنعدم نسبة الخطأ تماما في الأداة المستخدمة باستثناء أخطاء البرمجة إذا كانت هذه المواصفات متاحة للجميع. أما إذا لم تتوفر مثل هذه المواصفات لفريق المعهد الوطني للمواصفات والتكنولوجيا على سبيل المثال – فإن ذلك يؤدي إلى حدوث أخطاء نسبة لعدم فهم واستيعاب المواصفات المطلوبة.

وتشابه هذه المواصفات الطرق الفنية لإجراء التجارب والتي يتم استخدامها مع النظم الطبيعية مثل فحص واختبار الحمض النووي أو البصمات والتي ترافقها نسبة خطأ اعتماداً على كيفية إجراء التجربة والاختبار (٣٢).

ووفقا لما ورد أعلاه يوجد نوعان من الأخطاء في أدوات علم الأدلة التناظرية الرقمية وهما تحديد الخطأ في استخدام الأداة وخطأ استخلاص الدليل ويحدث الخطأ في استخدام الأداة المناسبة بسبب مواضع الخلل والخطأ في الشفرة المستخدمة أو بفعل استخدام مواصفات خاطئة. أما خطأ استخلاص الدليل فيرجع إلى اتخاذ قرارات لاستخدام الأداة تقل نسبة التأكد من صوابها عن ١٠٠% ويحدث هذا غالباً بسبب وسائل اختزال البيانات أو بسبب معالجة البيانات بطريقة تختلف عن الطريقة الأصلية التي تم تصميمها.

إن إعطاء نسبة للخطأ في كافة الإجراءات المستخدمة لاستخلاص الدليل – كما هو الحال في مختلف فروع العلم – يعتبر أمراً يسيراً – إذ إن البحوث التي يتم القيام بها ستؤدي إلى تقليل نسبة الخطأ التي تم تحديدها. ومن الجانب الآخر فمن الصعوبة بمكان تحديد قيمة معينة لهامش الخطأ في الأداة المستخدمة. وفقا لما سبق بالإمكان حساب نسبة الخطأ لكل أداة اعتماداً على عدد وخطورة مواضع الخلل والأخطاء.

وللمحافظة على قيمة أو نسبة الخطأ التي تم تحديدها يجب علينا امتلاك الوسيلة التي تمكننا من معرفة حالات الخطأ ومواضع الخلل التي ظلت ترافق الأداة المستخدمة. ويعد هذا الجانب سهلا بدرجة نسبية فيما يتعلق بأدوات المصادر المفتوحة نسبة لإمكانية مقارنة آخر إصدارة من المصدر مع الإصدارة السابقة لاكتشاف الشفرة التي تم تغييرها حتى وإن لم يتم توثيق وتسجيل مواقع الخلل والأخطاء. ولكن من الصعوبة بمكان المحافظة على نسبة الخطأ في برامج تطبيقات الموارد المغلقة نسبة لإمكانية معالجة الخلل أو تصحيح الخطأ بكل هدوء إذا لم يتم نشر ذلك الخطأ للجميع. بالإضافة إلى أنه سيصبح من الصعوبة بمكان البدء في حساب نسبة الخطأ نسبة لأن الأدوات التجارية تركز على مقدار العوائد وحجم المبيعات. لذلك فإن نشر الخطأ يعتبر أمراً محظوراً نسبة لما ينطوي عليه من خسائر بسبب انخفاض المبيعات.

ونسبة لعدم وجود معادلة محددة لحساب نسبة الخطأ يجري الاعتماد بصورة رئيسية على حصة السوق من الأدوات المعنية باعتبارها مقياسا على اعتبار أن الناس سيحجمون عن شراء الأدوات ذات نسبة الأخطاء المرتفعة. وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه قد يكون صحيحا إلى حد ما إلا أن هنالك ضرورة لإيجاد طريقة أكثر علمية لتحديد نسبة الخطأ بصورة ميدانية. فأرقام أو حجم المبيعات لا توضح عدد مرات استخدام أداة ما أو درجة صعوبة وتعقد البيانات التي تقوم بمعالجتها. لذلك فيجب علينا عند تحديد نسبة الخطأ أن نأخذ بعين الاعتبار مخطط عمليات التحليل البسيطة ومخطط عمليات التحليل البالغة الصعوبة والتعقيد وهي الأماكن التي بها حاول المشتبه فيه إخفاء البيانات من الأداة المستخدمة (٣٣).

وبغرض خفض نسبة الخطأ يجب علينا تطوير منهجية التجارب والاختبارات التي تتطلبها أدوات المصادر المفتوحة (أو المصادر المغلقة الموثق) من أجل صياغة منهجية اختبارات بصورة أكثر سهولة وإضافة إلى ذلك من الصعوبة بمكان أن ينجح أحد تطبيقات المصادر المفتوحة في إخفاء حالات الأخطاء ومواضع الخلل التي ترافقه. لذلك يجب أن نولي عناية خاصة إلى مثل هذه الأدوات والإجراءات المستخدمة في نسخ البيانات من إحدى وسائل التخزين إلى وسيلة أخرى وإلى استخلاص الملفات والبيانات الأخرى من نسخة نظام الملفات.

٣- النشر Publication :

توضح موجهات النشر في " اختبارات داويورت " ، أن الإجراءات المتبعة للحصول على الدليل الرقمي إجراءات موثقة في مكان عام وبأنهما خضعت للبحث والتحقيق من ذوي الاختصاص ووفقا لاختبار (Fry Test) الذي كان يجري سابقا فإن الشرط الوحيد لقبول الدليل العلمي كان يتمثل في البحث والتحقق من الإجراءات المتبعة بواسطة ذوي الاختصاص أما فيما يتعلق بالأدلة التناظرية الرقمية فلم تظهر إلا حديثا منشورات علمية تتناول بالبحث والدراسة الأدلة التناظرية الرقمية ومع ذلك لم تشمل هذه المجلات الإجراءات التي تتعبها أدوات استخلاص الأدلة الرقمية.

وفي إصدار المجلة الدولية لعلم الأدلة الجنائية الرقمية " The International Journal of Digital Evidence " جرت العادة على استغلال مقالات مجلات التكنولوجيا في نشر ومناقشة أدوات الأدلة الجنائية الرقمية. وقد أشارت إحدى هذه المقالات إلى الاستخدام الواسع لهذه الأدوات كما قامت بسرد بعض ملامح هذه الأدوات وفي الغالب يتناول هذا النوع من النشر الإجراءات ذات المستوى المتقدم للحصول على القرص المستخدم وكيفية تحليل مواضيعه إلا أنها لا تناقش الإجراءات الفنية المستخدمة في استخلاص الدليل.

وفيما يتعلق بتحليل نظام الملفات فإن الإجراءات التي يجب نشرها تتمثل في الإجراءات المستخدمة في تقسيم ملف ضخم الحجم والمحتويات إلى آلاف الملفات التي يكونها المستخدمون في حافظات الملفات والدلائل (٣٤).

وبالإضافة إلى ذلك توضح معظم أدوات علم الأدلة التناظرية الرقمية المستخدمة في تحليل نظم الملفات حافظة الملفات والدلائل التي تم حذفها من القرص كما أنها تستطيع في بعض الأحيان استرجاعها مرة أخرى. ولأن هذه الوظائف والواجبات لا تمثل جزءاً من مواصفات نظام الملفات الأصلي لذلك لا توجد طريقة قياسية لكيفية إجرائها والقيام بها حيث يتم استرجاع أسماء الملفات المحذوفة عبر معالجة المساحات غير المستخدمة في القرص لإيجاد البيانات التي تجتاز شروط ومتطلبات خاصة للفحص والتدقيق ، فإذا كانت اختبارات الفحص شديدة الدقة يؤدي ذلك إلى عدم ظهور بعض أسماء الملفات وبالتالي عدم العثور على الدليل ، أما إذا كانت شروط ومتطلبات

الفحص والتدقيق شديدة الضعف يؤدي ذلك إلى ظهور بيانات خاطئة. لذلك يجب أن يتم نشر إجراءات هذه الطريقة حتى يتمكن المحقق من معرفة كيفية تطبيق واستخدام هـذه الإجـراءات (٣٥).

هذا وقد نشرت مجلة مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكيـة The FPI,s Forensic Journal في عام ١٩٩٩م وثيقة حول استخدام الصورة الرقمية وقد أرفق مع قسـم موجهـات البرنـامج المستخدم الواردة في هذه الوثيقة التحذير القانوني التالي :" قد يتحتم على مصـنعي البرنـامج المستخدم لمعالجة الصور إتاحة أو تمكين الخصوم من معرفة شفرة مصدر البرنامج ويخضع ذلـك لأمر حماية مناسبة تمت صياغته بغرض حماية حقوق ملكية المصنع. يترتب على عدم قيام المصنع بتقديم هذه المعلومات إلى الخصوم استبعاد الصورة كدليل في إجراءات المحاكمة. يجب أن يؤخذ هذا الجانب بعين الاعتبار عند اختبار البرنامج الذي ينوي استخدامه ".

توضح الفقرة الواردة أعلاه وجوب توفر الرغبة والاستعداد لدى مصنعي البرامج على كشـف شفرة المصدر الخاصة بهم إذا كان ذلك لغرض الحصول على الدليل المطلوب. أما إذا كانت جهة الصنع غير راغبة في الكشف عن الشفرة فيجب أن يتم الإعلان عن ذلك قبل وقت كاف حتى يتم التحوط أو وضعه في الاعتبار عند شراء أداة تحليل. أما إذا سمحت المحكمة بدراسـة شـفرة المصدر بواسطة أحد الشهود الخبراء في المجال على أن لا يتم الكشف عن الشفرة المستخدمة فقد يكون هذا التوجه مقبولا إذا كانت هناك طريقة فنية لمعالجة البيانات مقبولة بصـورة عامـة إذ باستطاعة الخبير مقارنة رمز المصدر مع الإجراءات المقبولة والتحقق من أنها قد استخدمت على النحو المطلوب.

يعتبر النشر جانباً بالغ الأهمية كما يعد أيضا الجانب الذي يفتقده علم الأدلة التناظرية الرقمية. إذ لم تنشر أي معلومات ضئيلة عن استرجاع الملفات المحذوفة وعن تحليل نظم الملفات. إذ يجـب على الأقل أن تنشر أدوات المصدر المقفول وكذلك مواصفات التصميم التي توثـق إجـراءات ومعلومات وتفاصيل التحليل الذي تقوم بإجرائه. كما يجب على أدوات المصادر المفتوحـة أن تكشف كل الإجراءات المتعلقة بها عبر شفرة المصدر بغرض تمكين الشخص من التحقـق بـأن

الأداة تتبع الطريقة التي تم نشرها وتتحاشى نشر الحد الأدنى فقط من المعلومات المطلوبة. وبالإضافة إلى ذلك على أدوات المصادر المفتوحة نشر كافة التفاصيل المتعلقة بالإجراءات المستخدمة بلغة أخرى وليس بشفرة المصدر فقط (٣٦).

٤- القبول Acceptance :

يمثل القبول الإطار التوجيهي للمجتمع العلمي لتقييم الإجراءات التي تم نشرها. استجابت أدوات المصدر المغلق سابقا إلى هذا الموجه عبر الإشارة إلى الأعداد الضخمة من المستخدمين إذ يختلف قبول الأداة عن القبول بإجراء بعض الإجراءات المستخدمة فإذا كانت هنالك خيارات محدودة من الأدوات التي باستطاعتها تنفيذ إجراء ما وكانت جميع هذه الأدوات تفتقد إلى المعلومات المنشورة عن تفاصيل الإجراءات أو الأخطاء ومواضع الخلل الرئيسية فغالباً ما يعتمد اختيار الأداة المناسبة من بين هذه الأدوات على العوامل اللاإجرائية مثل مقدار الدعم الذي توفره مجموعة الأدوات المستندة عليه ، فإلى أن يتم نشر التفاصيل الإجرائية وتصبح عاملاً أساسيا يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند شراء أدوات تحليل الأدلة التناظرية الرقمية أنه لا يمكن اعتبار حجم مستخدمي الأداة كمقياس صحيح لدرجة القبول بالإجراءات المستخدمة وإنما يمكن الاعتماد على توثيق أدوات المصدر المفتوح وكذلك الإجراءات التي تستخدمها عبر إتاحة شفرة المصدر للجميع ويتيح ذلك للمستخدمين بقبولها أو رفضها (٣٧).

خلاصة ما سبق

وفقاً لما أشرنا إليه فهنالك الكثير من النقاش والجدل حول تطبيق الدليل الرقمي فهل يخضع الدليل الرقمي لموجهات " اختبارات داوبورت " باعتباره دليلا علمياً أو للضوابط القانونية للأدلة باعتباره شهادة فنية غير علمية ، إذ تشير القواعد القانونية إلى إمكانية التحقق من صحة طريقة ما عبر (الدليل الذي يوضح أو يصف الطريقة أو النظام المستخدم في الوصول إلى نتيجة ما ويوضح بأن الطريقة أو النظام يعطي نتائج دقيقة) وتتناول هذه النقطة بصورة مباشرة نفس المواضيع التي أثرناها مثل موجهات النشر ونسبة الخطأ المتعلقة باختبار داوبورت. وبصورة غير مباشرة تتناول هذه الضوابط أيضا موجهات الاختبار والتجربة وذلك لضرورة تطوير منهجية للاختبار والتجربة

قبل حساب وتقدير نسبة الخطأ ، وإضافة إلى ذلك فعندما تقوم المحاكم بتقييم " الدليل الذي يصف طريقا ما " فإنها تقوم في نفس الوقت بتقييم إن كانت هذه الطريقة تعتبر طريقة صحيحة اعتماداً على درجة القبول وبهذه الطريقة في المجال المعني. عليه فإن ما تنطوي عليه موجهات اختبار داوبورت من مفاهيم تسري أيضا على الأدلة الرقمية بغض النظر إن كان الدليل قد تم اعتباره شهادة فنية غير علمية أو دليلاً علميا.

ونظراً لأن تطوير العديد من أدوات تحليل الأدلة الرقمية الشائعة الاستخدام يتم لمصالح تجارية فمن غير المحتمل أن يبدي البائعون أي استعداد أو رغبة في نشر كل ما يتعلق بشفرة المصدر الخاصة بهم. ولذلك فإن الأمر يقتضي البحث عن مصدر آخر للتطوير وإذا كنا قد تناولنا من قبل بالدراسة والتحليل نوعين من الأدوات : أدوات استخلاص الأدلة وأدوات عرض وتقديم الأدلة. وأوضحنا أن أدوات استخلاص الأدلة هي وسائل استخلاص الأدوات المستخدمة في معالجة البيانات لاستخلاص مجموعة فرعية منها. فعلى سبيل المثال تقوم أداة الاستخلاص بمعالجة نسخة من نظام ملفات وتعطي نتائج تتمثل محتويات الملف والبيانات الوصفية التي يحتوي عليها مثل آخر تاريخ لفتح واستخدام الملف. أما أدوات تقديم وعرض الأدلة فتعني الأدوات التي تقوم بترتيب البيانات من أداة استخلاص في شكل مقبول ومفهوم. وفي بعض الحالات تقوم أداة واحدة بتنفيذ الوظيفتين ينحصر دور أدوات أخرى في القيام بواجب واحد فقط. فعلى سبيل المثال تستطيع أداة استخلاص تحليل نسخة نظام ملفات وتعطي نتائج لهذا التحليل يتمثل في اسم وزمن وعدد مرات استخدام كل ملف من الملفات. فيما تقوم أداة العرض والتقديم بعرض وتصنيف البيانات وفقا لأنواع الأدلة بداخل كل ملف وهي الطريقة التي يرى بها معظم الناس نظام الملفات كما يمكن لأداة عرض وتقديم أخرى أن تعرض نفس البيانات ولكن بتصنيف مختلف إذ يتم تصنيف البيانات وفقاً لزمن التعديل والاستخدام والتغيير وذلك لإيجاد تسلسل زمني لجميع العمليات التي تمت بداخل الملف. لذلك توضح هذه الأداة نفس البيانات ولكن بطريقة مختلفة.

فإذا كانت أدوات الاستخلاص أدوات مصدر مفتوح وكان للمحقق وسيلة للدخول لنتائج هذا المستوى يمكن للمحقق في مثل هذه الحالة التحقق من نتيجة أداة العرض. لذلك فيمكن أن تظل

أوراق العرض والتقديم أدوات مصدر مغلق ولكنها ذات مواصفات تصميم منشورة ومتاحة للمستخدمين وبالإضافة إلى ذلك تعتمد العديد من الخصائص الجديدة لأدوات التحليل التناظرية الرقمية لنظام الملفات على كيفية العرض والتقديم ، فعلى سبيل المثال فإن البحث عن مجموعة بيانات غير مقيدة في قاعدة بيانات ما أو البحث عن حلول تجارية داخل شبكة معلومات أو مقارنة نوع الملف مع امتداد اسم الملف أو البحث عن الكلمة الرئيسية تعتبر جميعها عمليات تحدث بعد استخلاص البيانات من نسخة نظام الملفات. عليه فإن صياغة وإيجاد وسائل فنية قياسية لاستخلاص البيانات لا يمكن أن يؤدي إلى الحد من مقدرة الشركة على التنافس. كما أن عوامل التميز بين مختلف البائعين ستصبح عوامل أخرى مثل الخصائص ودرجة الدعم والمساعدة والجهاز أو وسيلة التطبيق المقدمة للمستخدمين وفي واقع الأمر يؤدي هذا إلى تركيز البائعين على تصنيع وسائل فنية مبتكرة للعرض ولتحليل نظام الملفات مما يؤدي إلى تحسين أدوات الاستخلاص والعرض.

إن نشر شفرة المصدر عبر أدوات استخلاص المصدر المفتوح يمكن علم الأدلة التناظرية الرقمية من فحص وإثبات صحة الإجراءات المستخدمة للحصول على الدليل الرقمي كما ستؤدي هذه الطريقة أيضا إلى حساب نسبة الخطأ عن وجه أكثر دقة نسبة لأن جميع مواضع الخلل والأخطاء التي تنشر سيتم علاجها وإيجاد الحلول لها. فإذا استخدمت أدوات متعددة نفس قاعدة الشفرة في عملية استخلاص البيانات فسيكون باستطاعة شخص ما تطوير قاعدة ثابتة للشفرات واختبار صحة المنهجية المتبعة على وجه السرعة. وإضافة إلى ذلك فسيكون كافة الأدوات المستخدمة نفس نسبة الخطأ نسبة لأن الاختلاف الوحيد فيما بينهما سيكون في عرض وواجهة تقديم البيانات. وعلى إثر ذلك سيكون البائعون أكثر استعداداً ورغبة للمشاركة في الجهود المبذولة لحساب نسبة الخطأ.

ويتمثل الهدف الرئيسي للعديد من مشاريع " المصدر المفتوح " في خلق وإيجاد قاعدة ضخمة من جهات التطوير ، تستطيع استخدام وتحديث الشفرة المستخدمة بغرض الدراسة والمراجعة والحد من حالات نسبة الخطأ ، لذلك ستشمل جهات التطوير مجموعة محدودة من الأشخاص ولجنة من

المراجعين والذين سيتولون عملية المصادقة على جميع حالات التحديث والتطوير التي تدخل على الشفرة ، لذلك فعندما يتم إصدار البرنامج والشفرة تحمل تلك النسخة التوقيع المشفر لمجموعة التطوير.

الأنموذج المقترح

لقد استطعنا باستخدام موجهات اختبارات دوابورت توضيح أن أدوات المصدر المفتوح قد تفي بصورة أكثر وضوحا وشمولية بالشروط والمتطلبات التوجيهية مقارنة بأدوات المصدر المغلق. ولضمان قبول أدوات التحليل في الإجراءات والمحاكم القانونية يجب أن نأخذ بعين الاعتبار في المستقبل النقاط التالية:

● ١ تطوير اختبارات شاملة لنظام الملفات وأدوات أخرى للتحليل تضاف إلى الأدوات الموجودة أصلا والتي جرى تطويرها كأدوات لنسخ محتويات الأقراص.

● ٢ نشر مواصفات تصميم الأدوات بغرض المساعدة في خلق وإيجاد طرق تجارب واختبارات أكثر فاعلية.

● ٣ إيجاد مصادر لحساب نسبة الخطأ لكل من الأدوات المستخدمة والإجراءات المتبعة.

● ٤ نشر الإجراءات الخاصة التي تستخدمها أدوات التحليل بالإضافة إلى شفرة المصدر التي تقوم أدوات المصدر المفتوح بنشرها مسبقاً يجب على نفس الأدوات أيضا وصف الإجراءات كتابة وبالتفصيل.

● ٥ إجراء ومناظرات عامة حول التفاصيل والمعلومات المنشورة المتعلقة بالإجراءات المتبعة لضمان الوصول إلى إجماع واتفاق حولها.

تستخدم أدوات علم الأدلة التناظرية الرقمية في التحقيقات الإدارية والتأديبية للموظفين وفي إدانة المجرمين وإثبات براءة المتهمين الأبرياء لذلك فإن كل هذه الأمور الخطيرة تجعل من سوق البرامج التطبيقية لعلم الأدلة التناظرية الرقمية سوقاً يجب التعامل معه بطريقة تختلف تماماً عن سوق برامج الحاسب الأخرى. لذلك يجب أن يكون هدف أداة أو برنامج الأدلة الجنائية الرقمية هدفاً تجارياً فقط عبر الإبقاء على سرية الإجراءات الفنية المتبعة.

بالإضافة إلى ذلك يعتبر علم الأدلة التناظرية الرقمية علماً ناضجا مكتملاً يجب أن يبقى على الدوام ذا معايير ومستويات رقمية لذلك يجب أن يتم نشر الإجراءات المتبعة بكل وضوح ومراجعتها ومناقشتها للوصول إلى إجماع حولها.

إن إتاحة أدوات التحليل إلى مستخدمي البرامج وتطبيقات الكمبيوتر يؤدي في الغالب إلى تحسين نوعية هذه الأدوات وكيفية استخدامهم لهذه الأدوات. أما الخطوة الثانية فتتمثل في زيادة وتعزيز الثقة في أدوات علم الأدلة التناظرية الرقمية عبر نشرها ومراجعتها وتجربتها واختبارها بصورة رسمية ومستمرة.

ولذلك فإن الأنموذج المقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر يتمثل في ثلاث خطوات رئيسية هي تحديد السلامة المنهجية المتبعة وتحديد الطرق الفنية المتخذة في تحديد الدليل الرقمي وفي القيام بذلك وفقا لدرجة التوثيق المعتمدة.

الخطوة الأولى :

تحديد السلامة المنهجية المتبعة لتحريز الدليل الرقمي ، والمقصود بذلك أن يتم تحريز الدليل الرقمي ضمن ضمانات قانونية إجرائية ذات مشروعية تضمن سلامة وصحة ودقة هذا الحرز.

الخطوة الثانية:

تحديد الطرق الفنية المتخذة في تحديد الدليل الرقمي ، والمقصود بذلك أن يتم التأكد من حجية هذا الدليل بإجراء اختبارات الثقة والتي تشمل عناصر ثلاث **الأول** التأكد من القائم على استخراج الدليل الرقمي من حيث توافر الشروط الشكلية والموضوعية والقانونية وتوافر الكفاءة الفنية في الشخص المسؤول والثاني تحديد الجهاز محل الاشتباه المعبر عن سلوك الجاني وكذلك تحديد الجهاز محل الجريمة التي تمت عبر الكمبيوتر وكانت محلاً للفعل الإجرامي والثالث التأكد من التطبيقات أو البرامج المقارنة التي من شأنها بيان إذا كان هناك فعل إجرامي قد وقع من عدمه.

الخطوة الثالثة:

أن يتم ذلك ضمن إجراءات التوثيق المعتمدة ، والمقصود بذلك أن تتم إجراءات تحديد السلامة المنهجية وتحديد الطرق الفنية المتخذة في تحديد الدليل الرقمي ضمن الإجراءات المعيارية التي تضمن الموضوعية والحياد والكفاءة في اقتناع أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.

وعلى ذلك فإن تقدير أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون يُمَكنها ما يلي :

[١] في التشريعات اللاتينية:

مناقشة الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل الرقمي.

[٢] في التشريعات الإنجلوسكسونية:

لا يتم قبول مستخرجات الكمبيوتر كدليل إذا لم تستكمل اختبارات الثقة للتأكد من صحة هذه المستخرجات ودقتها وصحة وكفاءة الكمبيوتر المستخرج منه ومدى توافر الثقة والاطمئنان في القائم على عملية استخراج الدليل الرقمي.

الخلاصة

هناك بعض الشبكات المعلوماتية المخصصة لجعل مهمة جمع الأدلة الرقمية طريقة سهلة وبسيطة ، ولكن جمع الأدلة الرقمية يتطلب أن يكون هناك أشخاص متخصصون ملمون بكافة مصادر الأدلة الرقمية في شبكتهم أو يملكون هذا الحق (حق الدخول إلى الشبكة).

كذلك نلاحظ أن هناك خصوصية لكل شبكة تحتوي على مكونات متعددة يتم ضمها مع بعضها البعض ، لذلك فإن البحث والتحقيق المحكوم عليه بالفشل هو من يحدد قائمة بالمصادر المحتملة للحصول على الأدلة الرقمية باستخدام طريقة محددة ويرجع السبب في ذلك إلى المكونات المتعددة للشبكات.

ولكن مع ذلك اقترحنا بعض الموجهات العامة ويلاحظ أن أي شبكة معلومات تحتاج إلى اتباع منهجية مختلفة وكما ذكرنا من قبل ، كلما زاد استخدام الدليل الرقمي كلما قامت بعض المؤسسات بتطوير خرائط بأدلة رقمية لشبكاتهم يفرض حماية أنفسهم من أي مسؤولية أو التزام واختصاراً للوقت المستغرق في البحث والتحقيق في الأدلة الرقمية.

وخلاصة ما انتهينا إليه ما يلي :

١- أن الأدلة الرقمية المستخلصة من أجهزة الكمبيوتر ، ما هي إلا تطبيق من تطبيقات الدليل العلمي الذي يتميز بالموضوعية والحياد والكفاءة في إقناع أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون.

٢- إذا كان تقدير أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون في التشريعات اللاتينية لا تتناول القيمة العلمية القاطعة للدليل باعتبار علميته وموضوعيته وحياده وكفاءته ، فإنها يمكنها أن تناقش الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل. وذلك على خلاف التشريعات الأنجلو سكسونية ، حيث يقوم المشرع بالدور الإيجابي في عملية الإثبات بالدعوى فهو الذي ينظم قبول الأدلة وينحصر دور القاضي في مراعاة توافر الأدلة وشرائطها القانونية بحيث إذا لم تتوافر لا يجوز أن يحكم بالإدانة بل يحكم باستبعاد الدليل. وفي هذا الصدد لا يتم قبول مستخرجات الكمبيوتر كدليل إذا لم يستكمل باختبارات الثقة للتأكد من صحة هذه المستخرجات ودقتها وصحة وكفاءة الكمبيوتر المستخرج منه وكان القائم علية تتوافر فيه الثقة والاطمئنان .

٣- الوسائل العلمية وإن كانت تفيد في مهمة الكشف عن الحقيقة الغائبة ، إلا أنها قد تعصف بحريات وحقوق الأفراد إذا لم يحسن استخدامها ولذلك يجب مراعاة الأحكام القانونية عند استخلاص الأدلة العلمية حتى يمكن قبولها .

٤- يمكن استخلاص شروط استخدام الدليل الرقمي في مجالات البحث والتحقيق في جرائم عبر الكمبيوتر فيما يلي :

أ- أن يتم استخلاص الدليل ضمن ضمانات قانونية إجرائية تضمن سلامة وصحة ودقة هذا الاستخلاص.

ب- أن يتم التأكد من حجية هذا الدليل بإجراء اختبارات الثقة ، والتي تشمل ثلاثة عناصر الأول القائم على استخراج الدليل والثاني الجهاز المستخدم والثالث التطبيقات المقارنة

ج- إذا اجتاز الدليل اختبارات الثقة أصبح ذا حجية قضائية.

د- أن يتم استخلاص الدليل طبقا لمبادئ المشروعية الإجرائية والقانونية.

وعلى ذلك إذا استوفى الدليل الرقمي الشروط الموضوعية لاعتماده كدليل قضائي ، أنحصر دور أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون في بحث مدى الملائمة الموضوعية لظروف استخراجه واستخلاصه فقط. (٣٨)

التوصيات

توصيات وتوجيهات عامة لأجهزة إنفاذ القانون لضبط الأدلة الرقمية في بروتوكولات النقل والاتصالات والشبكات:

١- في مرحلة التعرف على الأدلة:

أ- يتم تشغيل الكمبيوتر محل الاشتباه ويبدأ بالبحث عن ملفات الولوج في كل من الأجهزة المستخدمة في التشغيل والاستضافة hostess ويشمل ذلك خدمات الشبكات وخدمات الملفات والمسارات ، وبرامج الحماية وكذلك في بروتوكولات تعريف المضيف ديناميكيا (DHCP) (٣٩)

ب- يتم فحص جداول الحالة التشغيلية "State Tables" في الأجهزة محل الاشتباه.

١- مرحلة جمع وتوثيق وحفظ الأدلة:

أ- يتم الاحتفاظ بمفكرة معلومات لتساعد على تذكر التفصيلات المتعلقة بإعادة بناء الأدلة الرقمية حتى تلك التفصيلات المهمشة التي قد تبدو في أول وهلة أنها بلا معنى فقد يتضح أن لها أهمية ومعنى لاحقا.

ب- تتم ملاحظة التاريخ والوقت المدون في الكمبيوتر والتاريخ والوقت الذي بدأ فيه إجراء عملية البحث والتحقيق ومحاولة إيجاد الفروق بينهما.

ج- يتم طبع التوقيع الخاص بـ IP وتاريخ كل صفحة من صفحات الويب للحفظ في دولاب الأدلة الرقمية.

د- يتم إعداد قائمة بجرد كل الأدلة الرقمية التي تم الحصول عليها في الديسك الخاص بالفاحص مع إجراء مراجعة لكل صورة محتفظ بها في الديسك في كمبيوتر آخر للتأكد من سلامة القائمة.

هـ يتم إعداد نسختين من كل الأدلة لمواجهة عطب إحدى النسخ حتى تكون النسخة الأخرى صالحة للاستخدام.

و- في الأحوال التي لا يكون مصرح فيها بجمع كافة ملفات الولوج ، حينئذ يتم جمع الرسائل الرقمية لكل الملفات ونسخ صورة منها للحفظ حتى يتم الحصول على التصريح القانوني اللازم.

ز- يتم تصوير الشاشة والأجهزة المتصلة بها وكافة الأجهزة الأخرى والاحتفاظ بهيكل ذلك في الملف الجنائي الخاص بالواقعة الجنائية.

ح- يتم جمع البرامج التي قد تكون استخدمت في ارتكاب الجريمة ويتم تشغيل هذه البرامج مثل أي برنامج آخر مع الاحتفاظ بهذه البرامج في ملف الواقعة الجنائية.

١- مرحلة التعرف والمقارنة:

أ- يتم جمع الملفات الخاصة بالمشتبه فيه سواء ملفات الولوج أو الجداول التشغيلية مع ملاحظة أوقات الدخول والرسائل الرقمية للملفات.

ب- يتم اختبار كل ملفات الولوج وجداول الحالة التشغيلية بكل عناية ممكنة لتحديد المعلومات المطلوبة من الفحص سواء أكانت تخص المتهم أو شخصاً آخر.

ج- تتم المقارنة بين برامج تشغيل النظام وأوامره مع البرامج والنظم المعتمدة ، وإيجاد الفرق بينهما مع إجراء مقارنة بين المعلومات الخاصة بملفات الولوج وجداول الحالة التشغيلية مع جداول وملفات مشابهة وإيجاد الفروق الشخصية الدالة على الشخص . حيث إن لكل فرد ظروفه وشخصيته ومعلوماته التي تخصه مثل الحساب المالي ، شكل الصفحات التي يقوم بتصفحها وهكذا.

د- يتم البحث عن أي برامج أخرى قد تكون لها علاقة بالجريمة أو المجرم يتم مقارنتها بالأصل وإيجاد الفروق الشخصية المميزة للمشتبه فيه.

١- مرحلة إعادة بناء الأدلة:

أ- يتم إعداد بناء حزم المعلومات في شكل متكامل.

ب- يتم استكمال المعلومات المخزنة أو التالفة . وذلك بالبحث في بقايا الآثار المعلوماتية التي يمكن أن تقيد وذلك باستخدام البرامج المخصصة لذلك.

ج- يتم تخيل بانوراما للجريمة مع جمع كافة الأدلة وتحديد أين يمكن أن تكون وما هي تلك الأدلة التي لها علاقة بالجريمة وما هو غرض كل دليل وكيف يعمل وكيف استخدم ومتى استخدم وما هو الكمبيوتر الذي استخدم فيه والأجهزة التي أجرى الاتصال بها.

الهوامش والمراجع

١- اللواء الدكتور/ أحمد أبو القاسم "الدليل الجنائي المادي" الجزء الأول والثاني ، دار النشر بالمركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب" الرياض – السعودية عام ١٩٩٣م - ص ١١ وما بعدها.

٢- الدكتور/ محمد نعيم فرحات " المعاينة الفنية لمسرح الجريمة" رسالة دكتوراة ، كلية الدراسات العليا – أكاديمية الشرطة المصرية – القاهرة – مصر ١٩٨٩م ص ٥٠ وما بعدها.

٣- الدكتور/ هلال عبد الله أحمد "نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي" رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق – ١٩٨٩ – القاهرة

٤- Carter, D.L. and Katz. A. J. " Computer Crime :" An Emerging Challenge for Law Enforcement" F BI Law Enforcement Bulletin. 1996 { Available at http://www.fbi.gov/leb/dec961txt

٥- Casey, E, " Cyberpatterms In turvey ", B. Criminal Profiling, London .Academic, Press, Chapter 25, 1999

٦- Henry, J.F, "Testimony before Permanent Subcommittee On Governmental Affairs, The United States Senate, Ninety, Ninth Congress, 1984. {http://www.igc.apc.org/nemesis/ACLU/nudisthallofshame/henry.html

٧- Casey, E, " Cyberpatterms In turvey ", B. Criminal Profiling , London .Academic , Press , Chapter 25 , 1999

٨- Henry, J.F, "Testimony before Permanent Subcommittee On Governmental Affairs, The United States Senate, Ninety, Ninth Congress,1984.http://www.igc.apc.org/nemesis/ACLU/nudisthallofshame/henry.html

٩- Henry, J.F, "Testimony before Permanent Subcommittee On Governmental Affairs, The United States Senate, Ninety, Ninth Congress 1984 {http://www.igc.apc.org/nemesis/ACLU/nudisthallofshame/henry.html

١٠- Federal Rules Evidence. Article IX. Authentication and Identification. Available at :

http//www2.law.cornel.edu/cgi-bin/foliocgi.exe/fre/query=UMP:Rule9017/doc/{@}?firsthit

١١- النطاق Cyber نطاق ذو دلالة على شبكة الإنترنت ، يحدد بأن الكلمة التي ستلي هذا النطاق لها علاقة بالإنترنت مثل Cyber café مقهى إلكتروني للإنترنت ، Cyber cash نقود إلكترونية . وهكذا

١٢- أنظر الدكتور/ ممدوح عبد الحميد "جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية من منظور أمني "بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت والذي نظمته جامعة الإمارات – كلية الشريعة والقانون في الفترة من ١: ٣ مايو ٢٠٠٠ ص ٧

١٣- Brian Carrier. The@state Sleuth Kit (TASK) and The Autopsy forensic Browser. Available at : http://www.atstake.com/research/tools/task

١٤- Brian Carrier. Defining Digital Forensics Examination and Analysis Tools using Abstraction Layers. Currently unpublished, to be submitted in the IJDE.

١٥- Brian Carrier. Defining Digital Forensics Examination and Analysis Tools. In Digital Research Workshop II, 2002, Available at : http://www.dfrws.org/dfrws2002/papers/papers/Brain carrier.pdf

١٦- النظام الثنائي الرقمي Binary ، أعتمد أساساً للكمبيوتر الرقمي ويمكن من خلال هـذا النظام تحويل كافة الأرقام العشرية والحروف والأشكال إلى نظام ثنائي ، ويمكن من جهة أخرى الاعتماد على المكافئ له سواء أكان نظام ثماني أو نظام الست عشر.

١٧- Richard H. Ward , James W. Osterburg , " Criminal investigation 3 Ed edition , Anderson Publishing Co Cincinnati , OH , 2003

١٨- الخوارزميات Algorithm ، هي مجموعة من التعليمات التي يمكن أن تتبع لإنجاز عمل ما بعدد محدد من الخطوات وذلك عبر تجزئة المسألة البرمجية المراد حلها إلى أجزاء صـغيرة بسـيطة وبتجميع هذه الأجزاء يمكن التوصل إلى الحل الصحيح.

١٩- راجع المهندس / حسن طاهر داود "جرائم نظم المعلومات" الإصدار رقم ٢٤٤ لأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية – الرياض – السعودية عام ٢٠٠٠ ص ٢٢٨ وما بعدها.

٢٠- راجع الدكتور/ ممدوح عبد الحميد "جرائم الكمبيوتر عبر الإنترنت" إصدارات مكتبـة الحقوق – الشارقة – الإمارات عام ٢٠٠٠ ص ٣٥ وما بعدها.

٢١- راجع دكتور/ ممدوح عبد الحميد "استخدام أدوات التحليل التناظري الرقمي في تحقيق الجرائم عبر الكمبيوتر "مقالة منشورة بدورية الفكر الشرطي – المجلد الحادي عشر ، العدد ٤٤ – ٢٠٠٣

٢٢- Free Software Foundation. Philosophy of the GNU Project. Available at: http://www.gnu.org/philosophy/philosophy.html

٢٣- Lee Garber. EnCase: A Case Study in Computer-Forensic Technology. IEEE Computer Magazine January 2001. Available at http://www.computer/homepage/January/TechNews/technews2.htm

٢٤- Guidance Software.EnCase Legal Journal. Second Edition. March 2002. Available at : http://www.encase.com/support/downloads/LegalJournal.pdf.

٢٥- James Holley. Computer Forensic Market Survey. SC Magazine September 2000. Available at http://www.scmagazine.com/scmagazine/2000 09/survey/survey.html

٢٦- International Journal of Digital Edition. Available at : http://www.ijde.org/

٢٧- Open source . Open source Case for Business. Available at : http://www.opensource.org/advocacy/case for business. php

٢٨- Linux-NTFS Project.NTFS, Documentation Available at: .http://linux-ntfs.sourceforge.net/ntfs

٢٩- Microsoft Organization. FAT: General Overview of On-File Format, 1.08 .Edition, December 2000

٣٠- NIST. Computer Forensics Tool Testing. Available at : /http://www;cftt.nist.gov

٣١- NIST CFTT. Disk Imaging Tool Specification, 3.1.6 Edition, October 2001. Available at : http://www.cftt.nist.gov/DI-spec-3-1-6.doc

٣٢- Scientific Working Group on Imaging Technologies. Definitions and Guidelines for the use of Imaging Technologies in the Criminal Justice System. Forensic Science Communications, 1(3), October 1999. Available at : http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/oct1999/swgit.htm

٣٣- Supreme Court of the United States. Danbert v.Merrell Dow Pharmaceuticals syllabus. June 28, 1993, Available at : http://supct.law.cornell.edu/supct/htm/92-102.ZS.html

٣٤- David Wheeler. Is Open Source Good for Security?, Secure Programming for Linux and Unix HOWTO 13 July 2002. Available at : http://www.dwheeler.com/secure-programs/Secure-Programs-HOWTO/open-.source-security.html

٣٥- Brian Carrier "Open Source Digital Forensic Tools". Available at : http://www.atstake.com

٣٦- Brian Carrier "Open Source Digital Forensic Tools, the Legal Arguments, October 2002". Available at : http://www.atstake.com

٣٧- Faghan Casey "Digital Evidence and Computer Crime, February 2002. ISBN : 012162885X, Available at : http://www.apcatalog.com

٣٨- Fathan Casey 'Computer Crime Investigation" October 2001, ISBN : 0121631036, Available at : http://www.apcatalog.com

٣٩- بروتوكول تعريف المضيف ديناميكياً اختصاراً لعبارة "Dynamic Host Configuration Protocol" ويطلق عليه اختصاراً (DHCP) وهو بروتوكول من عائلة بروتوكولات TCP/IP يسمح للشبكة المرتبطة مع الإنترنت بأن تخصص عنوان IP للمضيف تلقائياً وذلك عند اتصال المضيف بالشبكة.

التكييف الفقهي للأعمال المصرفية الإلكترونية
مفهومة ، وأهميته ، وضوابطه

الدكتور / مسفر بن علي بن محمد القحطاني
أستاذ الفقه وأصوله المساعد بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن

تمهيد :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق وسيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

إن النوازل والمستجدات الفقهية المعاصرة من أدق مسالك الفقه وأعوصها ؛ فالوقائع تحدث للأفراد والمجتمعات في صور لا تتناهى وعلى أنماط شتى لا تقف عند حدٍ معين أو وصفٍ ثابت ، وتزداد صعوبة هذا الفقه مع تعاقب الأجيال وتطور الأعصار ؛ ولا أدل على ذلك من عصرنا الحاضر الذي قفز على غيره من العصور السابقة بالتطور المذهل في العلوم والمخترعات ، والتداخل العميق بين الشعوب والمجتمعات ، والتغير الظاهر في السلوك والعادات ؛ بالإضافة إلى ما امتاز به من التشابك والتعقيد .

مما جعل الناظر في نوازله الفقهية يطرق أبواباً لم تطرق ؛ وقد لا يفتح له منها بابٌ إلا بجهد مضاعف ودراسة وافية وبحث مستفيض لعله أن يظفر بحكمها وينال معرفتها ليخرج الناس من حيرة الإشكال فيها وظلمة الجهل بها .

وقد تناول الأصوليون في مباحث مستقلة في كتبهم كل ما يتعلق بأهل النظر في النوازل ؛ أنواعهم ، وأحوالهم ، والشروط التي ينبغي أن يُتَصفوا بها لبلوغ هذه المرتبة من النظر ، كما أن هناك ضوابط وشروط تتأكد الحاجة إليها في عصرنا أكثر من أي عصر مضى لا مجال لطرحها ومناقشتها في موضوعنا الحالي ، ولعلي أتطرق لبعضها

في ثنايا هذا البحث[1]،كل ذلك من أجل حماية هذه المرتبة من الفقه ، وسياجاً لها من الأدعياء والجهلة أن يبلغوها من دون تأهل ومعرفة.

ولعلي في هذا البحث أن أسهم في ضبط هذا الفقه وبيان معالمه وتوضيح سبل الوصول إلى أحكامه ؛ بالتأكيد على أهمية التصوّر الصحيح للنازلة وتكييفها التكييف الفقهي اللائق بها وفهمها فهماً لا يخرج عن واقعها ومعرفة أبعادها ، لاسيما النوازل المستجدة المعاصرة المتعلقة بالنواحي الاقتصادية الحادثة كأنواع البطاقات الائتمانية وصور المعاملات المالية الحالية ، أو في مستجدات الأعمال المصرفية الإلكترونية التي تمارس بشكل واسع في كثير من بلاد العالم إلى غيرها من النوازل الحادثة التي لم يسبق فيها نصٌ من وحي أو اجتهادٍ ممن سلف من الأئمة والعلماء .

وهذا التكييف الفقهي لتلك النوازل الحادثة ؛ إذا جرى مجراه الصحيح بدقة وعناية ودراية وشمول وفهم؛ فإنه الخطوة الأولى للاجتهاد الصحيح في استنباط أحكام تلك النوازل .

وما يحدث في ساحة الإفتاء المعاصرة من غلط وخلط ؛ فما هو في الغالب إلا خطأ في التصوّر أو تقصير في التكييف يحيد فيه الناظر عن الطريق الصحيح للاجتهاد في أول مراحله فلا يكون بناؤه سليماً ولا حكمه صحيحاً .

وهذا ما حدا بالشيخ الحجوي [1]- رحمه الله - أن يقول : " وأكثر أغلاط الفتاوى من التصوّر "[2] وذلك بسبب فتاوى اطلع عليها بعضها يحرّم شرب القهوة

---

(١) انظر : كتابنا " منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة ،دراسة تأصيلية تطبيقية "نشر دار الأندلس الخضراء بجدة .

ففيه إسهامة متواضعة لدراسة متطلبات الاجتهاد في النوازل الفقهية المعاصرة .

بعللٍ لا تصح ، وبعضها يجوّز شرب (ماء المـا حيـا)[٣] الـذي يسـكر ، ولا شـك أن التصوّر الخاطئ لهذه الأشربة والتكييف الشرعي لها أبعـدها عـن مقاربـة الحـق والصـواب عند أولئك المفتين .

ويؤكد د . القرضاوي على أهمية التكييف الشرعي الصـحيح للنـوازل وأنـه مـن أسباب الزلل والخطأ في الفتيا كما أسلفنا بقوله : ((ومن أسـباب الخطـأ في الفتـوى عـدم فهم الواقع الذي يسأل عنه السـائل فهمـاً صـحيحاً ، ويترتـب علـى ذلـك الخطـأ في التكييف ، أعني في تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية))[٤] .

وصدق إياس بن مـعاوية [٥]-رحمه الله- لما قال للربيعة بن أبي عبد الرحمن[٦]-رحمـه الله -:

(١) هو محمد بن الحسن الحجوي الثعلبي القاضي ، ولد ١٢٩١هـ بمدينة فاس بالمغرب وتنقل في بلاد المغـرب وتونس والجزائر وأخذ عن كبار أعلامهم وأخذوا عنه ، تولى مناصب عدة وتصدى للتدريس في كثير من مـدن المغرب ، توفي سنة ١٣٧٦هـ .

انظر ترجمته : مقدمة كتابه الفكر السامي ص ٩-٢٤ ، معجم المؤلفين ١٨٧/٩ .

(٢) الفكر السامي ٤ / ٥٧١ .

(٣) الما حيا : شراب يصنعه اليهود لهم وهو مما يسكر شربه ، انظر : الفكر السامي ٤ / ٥٧١ .

(٤) الفتوى بين الانضباط والتسيب ص ٧٢ .

(٥) هو أبو واثلة إياس بن معاوية بن قرّة بن إياس بن هلال المزني ، وهو اللّسـن البليـغ والألمعـي المصـيب والمعدود مثلاً في الذكاء والفطنة ، ورأساً لأهل الفصاحة والرجاحة ، وكـان عمـر بـن عبـد العزيـز قـد ولاه قضاء البصرة توفي عام ١٢١هـ ويعتبر رحمه الله مضرباً للمثل في الفراسة والذكاء .

انظر ترجمته : وفيات الأعيان ١ / ٢٤٧ ، تهذيب التهذيب ١ / ٣٥٤ ، سير أعلام النبلاء ٥ / ١٥٥.

(٦) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، مولى آل المنكـدر ، المعـروف بربيعـة الـرأي ، فقيـه أهل المدينة أدرك جماعة من الصحابة وعنه أخذ الإمام مالك بـن أنـس رحمـه الله ، وكـان يقـول فيـه : ذهبت حلاوة الفقه منذ مات ربيعة الرأي سنة ١٣٢هـ . انظـر ترجمتـه : وفيـات الأعيـان ٢ / ٢٨٨ ، شذرات الذهب ١ / ١٩٤ ، تهذيب التهذيب ٣ / ٢٣٠ .

« إن الشيء إذا بني على عوج لم يكد يعتدل »[1] .

والمتأمل في بعض الفتاوى المعاصرة الجانحة عن الصواب تتأكد لديه القناعة بأن الخطأ الذي وقع في بعض تلك الفتاوى مرده إلى الخطأ في التكييف الفقهي السليم للواقعة المسؤول عنها وإن حدث اختلاف في بعض أحكام تلك النوازل فإن مرده في الغالب إلى اختلاف وجهات نظرهم في تصوّر النازلة وتكييفها التكييف الصحيح .

ولا يمنع والحاجة ماسة إلى التكييف الفقهي لبعض النوازل وخصوصاً الاقتصادية منها من إدخال بعض أهل الاختصاص في هذه الفنون لأخذ رأيه ومعرفة علمه في حقيقة ما نزل من وقائع حادثة ؛ وذلك بالاستعانة به وبأمثاله من أهل الخبرة الثقات وهذا له دوره في تعريف المجتهد بحقيقة النازلة ومعرفة حكمها بعد ذلك وبهذا يتكامل التصوّر الصحيح للمسألة وتعرف جميع حيثياتها وأجزائها وبنظرة واقعية لأحوال الاختلاف في أحكام بعض المعاملات المصرفية نجد أن بعض الفقهاء يكون عالماً في فروع الفقه وأدق مسائله ولكن بعض الوقائع تحتاج إلى تصوّر مبني على معرفة أهل الاختصاص الاقتصادي وإدراك مصطلحاتهم ومقاصدهم والاطلاع على علومهم ؛ فإذا تفرد أحد منهم بالحكم في المسألة فربما وقع في الخطأ والزلل عن معرفة حكم الشرع والفتيا بالحق .[2]

وهذا ما أشار إليه الإمام ابن القيم -رحمه الله- بذكره لأنواع الفهم الذي به يتمكن المفتي والحاكم من الفتوى بالحق ، حيث قال : « ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم :

---

(١) جامع بيان العلم وفضله ٢ / ١١٤٠ .

(٢) انظر : ضوابط الدراسات الفقهية للعودة ص ٩٢ ؛ ومقدمة الموسوعة الفقهية الكويتية ١ / ٦٢ ؛ وبحث د . محمد الأشقر في الدورة الحادية عشرة للمجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ، والذي أقيم في البحرين من عام ١٤١٩هـ بعنوان " سبل الاستفادة من النوازل والفتاوى " ص ٧ ، ٨ .

أحدهما : فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً .

والنوع الثاني : فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم في هذا الواقع »[1] .

ولا شك أن فهم الواقعة ومعرفة حقيقتها بالقرائن والأمارات والعلامات للإحاطة بها علماً هو **التكييف الفقهي** في اصطلاحنا المعاصر ولا يستغني المجتهد والناظر عن هذا الفهم للوصول إلى الحكم الصحيح في الوقائع والمستجدات .

فكان هذا البحث تسليطاً للضوء على أهمية هذا النوع من الفهم وزيادة ضبطٍ وتوضيحٍ لمصطلح التكييف الفقهي الذي غلب على استعمال فقهاء النوازل في عصرنا الحاضر، وبالأخص الباحثين في أعمال المصارف الإسلامية .

وقد بحثت في كثير من المراجع والمصادر الفقهية القديمة والحديثة على دراسة مستقلة لهذا الموضوع فلم أجد بعد طول تحرٍ وسؤال لأهل العلم والاختصاص مع أهميته التي لا تخفى في معرفة أحكام النوازل المعاصرة .

وقد أسميت هذا البحث :"التكييف الفقهي للأعمال المصرفية الإلكترونية مفهومه ، وأهميته ، وضوابطه " .

وسأتناول هذا الموضوع من خلال المطالب التالية :-

- المطلب الأول : تعريف التكييف الفقهي .
- المطلب الثاني : الأدلة لى اعتبار التكييف الفقهي للنوازل .
- المطلب الثالث : ضوابط التكييف الفقهي للنوازل .

والله أسأل أن يكون هذا لعمل خالصاً لوجهه الكريم وأن يرزقنا فيه السداد والتوفيق فما أصبت فمن الله وحده ، وما أخطأت فمن نفسي والشيطان والله تعالى هو الأعلم و الأحكم .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

---

(١) إعلام الموقعين ١ / ٦٩ .

المطلب الأول :

تعريف التكييف الفقهي .

أولاً : التعريف اللغوي :-

التكييف في اللغة من كاف الشيء يكيفه تكييفاً بمعنى قطعه ويأتي أيضاً بمعنى تنقصه .[1]

أما التكييف الذي بمعنى ما يدل على حال الشيء وصفته فهو قياس لا سماع فيه ، ويعتبر بناءً على ذلك كلاماً مولداً . كما صرح بذلك أكثر من إمام من أئمة اللغة؛ منهم ابن دريد[2] - رحمه الله - حيث قال : ((فأما قولهم : هذا شيء لا يكيَّف فكلام مولد . هكذا يقول الأصمعي [3]))[4] .

وقال ابن سيده [5] - رحمه الله - : ((فأما قولهم : كيَّف الشيء ، فكلام مولد))[1] .

---

(١) انظر : لسان العرب ٩ / ٣١٢ ، ٣١٣ ؛ القاموس المحيط ص ١١٠١ ؛ محيط المحيط ص ٨٠٠ ، معجم لغة الفقهاء ص ١٤٣ .

(٢) هو محمد بن الحسن بن دريد الأزدي من أزدة عمان من قحطان ، كان من أئمة اللغة والأدب . وكان يقال فيه :ابن دريد أشعر العلماء وأعلم الشعراء ، أقام في عمان عدة سنين وتوفي ببغداد عام ٣٢١ هـ .

من مصنفاته : الجمهرة في اللغة ، والاشتقاق في الأنساب ، وذخائر الحكمة وغيرها .

انظر ترجمته : شذرات الذهب ٢ / ٢٨٩ ، معجم المؤلفين ٩ / ١٨٩ ، الأعلام ٦ / ٨٠ .

(٣) هو عبد الملك بن قريب بن علي بن أجمع الباهلي ، أبو سعيد الأصمعي راوية العرب ، وأحد أئمة العلم باللغة والشعر والبلدان ، كان الرشيد يسميه " شيطان الشعر " توفي عام ٢١٦هـ .

من مصنفاته : الأضداد والمترادف وخلق الإنسان وغيرها . انظر ترجمته : شذرات الذهب ٢ / ٣٦ ، الأعلام ٤ / ١٢ .

(٤) جمهرة اللغة ٢ / ٩٧٠ .

(٥) هو علي بن إسماعيل المعروف بابن سيده ، أبو الحسن إمام في اللغة وآدابها ، ولد بمرسية في الأندلس ، كان ضريراً واشتغل بنظم الشعر مدة وانقطع للأمير أبي الجيش مجاهد العامري ، صنف

وجاء عن الزبيدي [٢] – رحمه الله – قوله : ((التكييف اشتقاق من (كيف) : كيفته فتكيف فإنه قياس لا سماع فيه من العرب . ونصّ اللحياني [٣] : فأما قولهم : كيَّف الشيء فكلام مولد قلت : فعنى بالقياس هنا التوليد ، قال شيخنا : أو أنها مولدة ولكن أجروها على قياس كلام العرب . قلت : وفيه تأملٌ)) [٤] .

وقد أقرّ هذا المصطلح مجمع اللغة العربية بالقاهرة حيث جاء في مجموع قرارات مجامع اللغة العربية ما نصّه : ((التكييف هو طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية ، التي خصها المشرع بقاعدة إسناد)).

وقالوا : ((التكييف اللاحق هو التكييف اللازم لأعمال القاعدة الموضوعية التي تعينها قاعدة الإسناد في قانون القاضي أو لإعمال قاعدة الإسناد الداخلي في القانون الأجنبي)) [٥] .

المخصص في اللغة وهو من أعظم كنوز اللغة. توفي عام ٤٥٨هـ . انظر ترجمته : شذرات الذهب ٣ / ٣٠٥ ، معجم المؤلفين ٧ / ٣٦ ، الأعلام ٤ / ١٤ .

(١) المحكم لابن سيده ٧ / ٨٦ .

(٢) هو محمد بن الحسن بن عبيد الله الزبيدي الأندلسي الأشبيلي ، عالم باللغة و ألأدب ، شاعر ، ولي القضاء أشبيلية فاستقر بها توفي بها عام ٣٧٩ هـ ، من مصنفاته : الواضح في النحو ، ولحن العامة ، ومختصر العين وغيرها .

انظر ترجمته : شذرات الذهب ٣ / ٩٤ ، معجم المؤلفين ٩ / ١٩٨ ، الأعلام ٦ / ٨٢ .

(٣) هو علي بن حازم اللحياني ، لغوي ، عاصر الفراء ، وتصدر في أيامه ، وأخذ عنه القاسم بن سلام من آثاره : كتاب في النوادر توفي بعد ٢٠٧هـ .انظر ترجمته : معجم المؤلفين ٧ / ٥٦ .

(٤) تاج العروس ١٢ / ٤٧٥ ؛ وانظر أيضاً القاموس المحيط ص ١١٠١ ؛ محيط المحيط ص ٨٠٠؛ المصباح المنير ص ٢٨١ .

(٥) انظر : مجموع قرارات مجامع اللغة العربية ، نقلاً عن د . حامد صادق القنيبي الباحث في مجمع اللغة العربية سماعاً منه .

فالتكييف إذاً مصدر صناعي مولد قد أقره مجمع اللغة العربية فيما يبين طبيعة المسألة ونوع تصنيفها ، وإن كان المجمع قد تناوله من الناحية القانونية إلا أنه قريب من المعنى المراد في استعمال الفقهاء المعاصرين للتكييف .

ثانياً : التعريف الاصطلاحي :

يعتبر مصطلح (التكييف الفقهي) من المصطلحات الحادثة التي غلب استعمالها لدى الفقهاء المعاصرين و لم يكن هذا المصطلح معروفاً لدى أئمة الفقه خلال العصور الماضية إلا في حالات نادرة قد تقع من بعض الفقهاء ؛ وقد نجزم بعدم شيوع هذا المصطلح بينهم .

ومن خلال استقراء بعض الكتب الفقهية وُجدَ عند بعض فقهاء الإباضية [1] استعمالٌ لهذا المصطلح ولكن في غير المراد به عند الفقهاء المعاصرين حيث يريدون بالتكييف : أداء الفعل في الباطن من غير إظهار صوت أو فعل في الظاهر، ويأتي في حالة عدم الاستطاعة للقيام بالقول أو الفعل معه . [2]

أما بقية مدونات فقه المذاهب الأربعة فلم أجد بعد طول بحثٍ وتحرٍ أنهم قد استعملوا هذا المصطلح بالمعنى الذي يطلقه فقهاؤنا المعاصرون ، و لم أجد كذلك من المتأخرين من تناول موضوع التكييف الفقهي ببحثٍ أو دراسةٍ - والله أعلم -.

---

(١) هم أصحاب عبد الله بن إباض الذي خرج أيام مروان بن محمد ، والإباضية نسبة إليه فرقة من فرق الخوارج ، وقد افترقت الإباضية إلى عدة فرق يجمعها القول بأن كفار هذه الأمة ـ أي مخالفيهم ـ برآء من الشرك والإيمان ، وأنهم ليسوا مؤمنين ولا مشركين ، ولكنهم كفار ، وأجازوا شهادتهم ، وحرموا دماءهم في السر واستحلوها في العلانية وصححوا مناكحتهم والتوارث منهم ، ولهم مخالفات في الاعتقاد وفي أبواب الفقه كثيرة .

انظر للاستزادة : الملل والنحل ١ / ١٥٦ ، الفرق بيت الفرق ص ٧٠ .

(٢) انظر : شرح النيل وشفاء العليل ، تأليف : محمد بن يوسف أطفيش .فقد ذكر كثيراً من صور التكييف في أحكام الحيض والاستحاضة وفي صلاة العليل ، طبعة مكتبة الإرشاد .

ونظراً لأهمية التكييف الفقهي في التعرف على حكم النازلة كان لا بد من بذل الوسع في إعطاء حدٍّ مناسب يتميز به هذا المصطلح وينفرد بمعناه الخاص الذي يتفق مع الاستعمال الشائع له عند الفقهاء المعاصرين .

وقبل بيان التعريف المختار للتكييف الفقهي ، أعرض بعض التعريفات التي ذكرها بعض أهل العلم المعاصرين وذلك من أجل الاستزادة في فهم المراد من هذا المصطلح .

ومن هؤلاء العلماء :-

أ- تعريف د . القرضاوي في كتابه (الفتوى بين الانضباط والتسيب) حيث قال : ((التكييف : أعني في تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية))[1] .

وهذا التعريف لا يدل على معنى التكييف الفقهي بل يدل على النتيجة والأثر المترتب على عملية التكييف وهو تطبيق النص الشرعي بحكمه على تلك الواقعة .

ولعل د . القرضاوي لم يرد في هذا المقام من كتابه تعريفه بل كان السياق يدل على أنه أراد بيان أهمية الفهم الحقيقي للواقعة لأن الخطأ فيه خطأ في التكييف وبالتالي في تطبيق النص الشرعي على الواقعة .

ب - جاء في كتاب (معجم لغة الفقهاء) تعريف حادث للتكييف الفقهي ، قيل فيه : ((التكييف الفقهي للمسألة : تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر))[2] .

وهذا التعريف جيد المعنى وواضح الدلالة على بيان المقصود من التكييف ، وإن كان ينقصه بيان الخطوة الأولى قبل تحريرها وبيان انتمائها وهي التصوّر الكامل الصحيح لها .[3]

---

(١) ص ٧٢ .

(٢) ص ١٤٣ .

(٣) وقد أخذت بعض التعريفات للتكييف الفقهي من بعض علمائنا المعاصرين بالمشافهة سأورد بعضها من دون مناقشة :

* ومن التعريفات التي تفيدنا في فهم مصطلح (التكييف الفقهي) :

– تعريف علماء القانون :

من المعلوم أن مصطلح (التكييف) من المصطلحات الشائعة في عرف القانونيين وربما يعتبرون الأكثر والأسبق استعمالاً من الفقهاء المعاصرين .

ولا يخفى أن هناك علاقة وطيدة بين عمل القانوني وعمل المفتي أو الفقيه يسوّغ لنا البحث في معرفة مرادهم للتكييف ومن ثمّ اعتباره في التعريف الفقهي .

وقد ذكر د . محمد رياض وجه العلاقة بينهما ؛ حيث قال : ((إن المحامي ـــ وهو الذي تتجلى في مهمته حقيقة القانون وطبيعته ـــ ينوب عن أطراف النزاع ، ويمثلهم أمام المحاكم ، كما أنه يقوم بدور المفتي في النزاعات والقضايا المعروضة عليه ، فهو مشمول من جهة بأحكام الوكالة ، ومن جهة أخرى قائم مقام المفتي فيما يرجع إليه .

فهو حين ترجع إليه قضية ينظر فيها بنظر المفتي فيحللها ، ويتعرف على النص الذي يحكمها من فروع القانون المختلفة ، فيحرر مقال الدعوى ، وقد استوفى فهم النازلة ، والنص القانوني المطبق عليها ويدافع عن وجهة نظره فيما يعرضه من جهة واقع القضية وقانونها))[1].

I- تعريف فضيلة الشيخ عبد الله بن سليمان بن منيع ، عضو هيئة كبار العلماء بالمملكة حيث قال : " التكييف : يعني التساؤل بلفظ كيف ، عن وجه إرجاع مسألة ما من المسائل المعاصرة إلى ما تندرج تحته من المسائل الفقهية المعروفة لدى قدماء الفقهاء وذلك بلفظ كيف ترجعها إلى ما تعتبر جزءاً من جزئيات ذلك الأصل " .

II- تعريف فضيلة الشيخ محمد المختار السلامي من علماء تونس حيث قال : " إعطاء صورة منضبطة بشروطها وأركانها للقضية المستجدة في الواقع العملي " .

(١) أصول الفتوى والقضاء د . محمد رياض ص١٩٦ .

إن نظرية التكييف [1] لها أهمية عظمى في عمل فقهاء القانون ، فمتى أتم القاضي تحصيل فهم الواقع في الدعوى فإنه يبحث عما يبحث تطبيقه أي تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع في الدعوى ، فإنه يبحث عما يجب تطبيعه أي تنزيله من أحكام القانون على هذا الواقع ، ولما كانت أحكام القانون مطلقات وعمومات تتناول أنواعاً من الحوادث لا تنحصر ، وكانت هذه الحوادث لا تقوم إلا معيّنة مشخّصة ، ولكل معين منها خصوصية ليست في غيره ، وليس ما به التعيين والامتياز معتبراً في الحكم بإطلاق ، ولا هو طردي بإطلاق، فلا سبيل لتنزيل تلك الأحكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة بأن ذلك المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام ، وقد يكون هذا سهلاً وقد يكون صعباً وكله على كل حال نظر واجتهاد .

وهذا الاجتهاد أطلق عليه كثير من علماء القانون : " تكييف الواقع في الدعوى"[2]، فأخذ مال الغير بغير حق له عدّة تكييفات ؛ فقد يكون سرقة أو تبديد أو خيانة أمانة ، أو نصب ،وكل نوع من هذه له عقوبته القانونية التي قد تختلف عن الأخرى ولا يوقع القاضي عقوبته على الأخذ إلا بعد تكييف وتصوّر كامل لواقع الدعوى وحال الآخذ لملك الغير .

فنظر المحامي أو القاضي في المحاكم الوضعية قائم على التكييف والتصوّر للدعاوى والقضايا التي تردهم ، ولذلك نجد أن هناك تشابهاً بيتهم وبين عمل المجتهد أو المفتي في نظره للنوازل والواقعات .

ولتوسع دائرة المحاماة والعمل بالقوانين الوضعية في عصرنا الحاضر نتيجة نفوذ هذه القوانين وإلزام الناس بها ؛ يتحتم على العاملين في مجالها وخصوصاً في البلاد

---

(١) أطلق المستشار حامد فهمي وابنه محمد (النظرية) على التكييف القانوني وذلك لأهميته القصوى في عمل القاضي وعلماء القانون . انظر : النقض في المواد المدنية والتجارية للمستشار حامد فهمي وابنه محمد ص ١٦٥ .

(٢) المرجع السابق ص ١٦٤ .

الإسلامية التي ينبغي أن يحكّم الناس فيها شرع الله عز وجل أن يكون لديهم آلة النظر والاجتهاد أو الاستعانة بأهل الفتوى و الاجتهاد أو القضاء من أهل العلم .

وذلك أنها إلزام بأحكام وإنفاذ لحقوقٍ راعتها الشريعة فينبغي أن لا تخرج عن إطارها وكلياتها وسؤال أهلها.

ومن منطلق هذه العلاقة نجد أهل القانون قد عرَّفوا التكييف وأسموه - بالوصف القانوني- .

ومن تلك التعريفات قولهم :

" التكييف ، هو في القانون المدني : تحديد طبيعة العلاقة القانونية لأجل معرفة صفتها والعمل على تحديد النظام القانوني الذي يرعاها "مثاله : التصرف بدون عوض أو بعوض ، وقد يختلفون على هذا الوصف أو التعيين بطبيعة العلاقة القانونية الواحدة في بلدين أو أكثر وهو ما يسمونه : تنازع الوصف .

وهو في القانون الجنائي : " تعيين الجريمة أي وصفها في النطاق الذي يدخل فيه العمل أو الإهمال الموجب للمعاقبة عليه "[1] .

ومن أحسن تعريفاتهم ما ذكره المستشار حامد فهمي بقوله : " هو توخي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى "[2].

فالتكييف باعتبار القانونيين يحدد طبيعة القضية وصفتها حتى يُتعرف على النظام الذي يرعاها وتنتمي إليه ، وهذا المعنى لا يختلف كثيراً عن المعنى الذي استخدمه الفقهاء للتكييف كما سيمر معنا - بإذن الله تعالى - .

---

(١)معجم المصطلحات القانونية:تأليف: أحمد زكي بدوي ص١٩٥، المعجم القانوني رباعي اللغة،تأليف دكتور عبد الفتاح مراد ص٣٩٨.

(٢) النقض في المواد المدنية والتجارية ص ١٦٤ .

- ومن التعريفات للتكييف عند علماء الشريعة ما عرّفه علماء العقيدة الإسلامية:- حيث قالوا : " التكييف : أن يعتقد المثبت أن كيفية صفات الله تعالى كذا وكذا من غير أن يقيدها بمماثل "[1] .

ووجه العلاقة بين تعريف علماء العقيدة وعلماء الفقه أنهم يشتركون في حقيقة معناه الأصلي في اللغة وهو تعيين كنه الشيء وصفته ؛ لكنهم يختلفون في الاستعمال فعلماء العقيدة يكثرون من استخدام هذا المصطلح في نفي التكييف لصفات الله عز وجل والذي يعتبر إثباته أمراً مخالفاً لاعتقاد أهل السنة والجماعة في توحيد أسماء الله عز وجل وصفاته ، فهو مصطلح سلبي لا يجوز إيقاعه على صفات الله عز وجل ، بينما يعتبره الفقهاء أمراً لازماً للمجتهد لكي يتصوّر المسألة الفقهية الواقعة من أجل الحكم فيها ، ومن هنا كان الاختلاف بين المعنيين ولا علاقة بينهما من الناحية الاصطلاحية كما هو ظاهر من الاستعمال .

*** التعريف المختار للتكييف الفقهي :**

يمكن تعريف التكييف الفقهي بأنه : "التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه".

*** شرح التعريف : -**

- التصوّر : هو حصول صورة الشيء في العقل ، وإدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات.[2]

فالتصور - كما سيمر معنا بإذن الله - [3] يأتي من كمال الفهم وتمام المعرفة بالمسألة من جميع جوانبها وأبعادها .

---

(١) القواعد المثلى في صفات الله وصفاته الحسنى ص٢٧ ، تأليف : الشيخ محمد بن صالح العثيمين ؛ انظر : التنبيهات السنية على العقيدة الوسطية لابن تيمية تأليف الشيخ عبد العزيز الرشيد ص٢٤، شرح العقيدة الوسطية لابن تيميه ، تأليف الشيخ صالح الفوزان ص١٦ .

(٢) تعريفات الجرجاني ص ٨٣ .

(٣) ص ١٥ من البحث .

- الكامل : وهو احتراز من التصوّر الناقص في فهم المسألة ؛ لما يترتب عليه بالتالي من حكم مخالف ومجانب لحقيقة الأمر والواقع الصحيح .

- للواقعة : وهي المسألة النازلة التي لم يسبق لها مثيل أو نظير تلحق به مباشرة ، بينما المسائل المعهودة لا تحتاج إلى تكييف بقدر ما تحتاج إلى تحقيق لمناط المسألة في غالب أحيانها .

- وتحرير الأصل : والمقصود بالتحرير هنا التقويم ، كما جاء في القاموس المحيط: ((وتحرير الكتاب وغيره : تقويمه))[1] .

فالمعنى ؛ أن يقوّم الأصل الذي ترجع إليه المسألة ويتأكد من صحة هذا الانتماء من كل العوارض النقلية والعقلية .

والأصل : إما أن يكون دليلاً قائماً أو قاعدة معتبرة ، أو مسألة منصوصاً على حكمها .

- الذي تنتمي إليه : أي ترجع إليه من أجل الوصول إلى حكمها في الشرع .

وجملة (وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه) قيدٌ مهم في التعريف وذلك احتراز من وقوع التصوّر في أصل لا يصح الإلحاق إليه ، فلا تكتمل حينئذٍ حقيقة التكييف الفقهي الصحيح للواقعة .

*** بعض المصطلحات ذات الصلة بالتكييف الفقهي :-**

١- التصوّر أو التصوير :

ومعناه كما قال الجرجاني - رحمه الله -[2]: ((التصور : حصول صورة الشيء في العقل، وإدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات))[3].

---

(١) ص٤٧٩ ، باب الراء ، فصل الحاء

(٢) هو علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف الجرجاني ولد بجرجان وبدأ العلم في صباه في علوم اللغة العربية ثم عكف على العلوم النقلية والعقلية ، له مصنفات عديدة في الفقه والتفسير والمنطق توفي سنة ٧٩٢هـ . انظر ترجمته : الفوائد البهية للكنوي ص ٢١٢ ، الأعلام للزركلي ٧/٥ .

(٣) التعريفات ص ٨٣ ؛ المبين في شرح معاني ألفاظ الحكماء والمتكلمين للآمدي ص ٦٩ ، تحرير القواعد المنطقية للرازي ص ٧ ، شرح العلامة الأخضري على سلمه في المنطق ص ٢٤.

ويعتبر مصطلح التصور من المصطلحات الشائعة في علم المنطق حيث يقسم علماء المنطق العلم إلى : تصور وتصديق ، والتصديق مسبوق بالتصور ، فكان التصور وضعه أن يكون قبل التصديق ، والتصور إنما يكتسب بالحدّ ، كما أن التصديق لا يكتسب إلا بالبرهان ، فكان الحدّ متقدماً على التصور المتقدم على التصديق فالحدّ قبل الكل طبعاً.[1]

وهذا يدل على أن تصور المسألة لا يتأتى إلا ببيان معناها من خلال الحدّ والتعريف ، فإذا تصوِّرت أمكن إقامة البرهان والدليل عليها للوصول إلى حكمها التصديقي .

فحينئذٍ لا يختلف معنى التصور أو التصوير من حيث الدلالة على معنى التكييف الفقهي ، ولذلك شاع على ألسنة الفقهاء قولهم : الحكم على الشيء فرع عن تصوّره .[2]

وكثر استخدام بعض المعاصرين لاصطلاح تصوير المسألة على تكييفها نظراً لتترادف القريب بينهما .[3]

٢- التخريج :

التخريج في اصطلاح الفقهاء والأصوليين معناه : الاستنباط - وهو موافق لمعناه اللغوي [4] - وقد يطلقونه ويريدون به أمرين :

---

(١) انظر : تنقيح الفصول ص ٤ ؛ حاشية التفتازاني على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ١ / ١٤، ١٥ ؛ تقريب الوصول ص ٩٣ ؛ التقرير والتحبير ١ / ٣٠ - ٣٢ ؛ إرشاد الفحول ص ٥-٦ .

(٢) سيأتي مزيد بيان حول هذه القاعدة ـ بإذن الله ـ ص ٢٤ من البحث .

(٣) انظر : الكثير من البحوث الفقهية ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي والمجلات الفقهية المعاصرة وشيوع هذا المصطلح (التصوير) عندهم ؛ كذلك قد استخدمه بعض الأئمة السابقين كابن السبكي في الأشباه والنظائر ١ / ٤٣ ، والسيوطي في ألأشباه والنظائر ص ٧ وغيرهما .

(٤) انظر : القاموس المحيط ص ٢٣٧ ؛ مختار الصحاح ص ١٥١ .

الأول : تخريج الفروع على الأصول ؛ وهو " استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وفق القواعد الأصولية "[1]

والثاني : تخريج الفروع من الفروع ؛ وهو " نقل حكم مسألة إلى ما يشبهها والتسوية بينهما فيه "[2] .

ووجه الصلة بين التكييف الفقهي والتخريج أنه الخطوة الأولى والمرحلة الأساس التي يبنى عليها التخريج الصحيح ، الموافق للدليل أو قول الإمام ، فالمخرِّج أول ما يبدأ اجتهاده في واقعة ما لابد أن يتصورها تصوراً كاملاً - وهو التكييف - ومن ثَمَّ يلحقها بأي الأصول المعتبرة المشابهة لها[3].

٣- تحقيق المناط :

تحقيق المناط عند الأصوليين : هو النظر والاجتهاد في معرفة وجود العلة في آحاد الصور ، بعد معرفة تلك العلة بنصٍ أو إجماعٍ أو استنباط جلي ، فإثبات وجود العلة في مسألة

معينة بالنظر والاجتهاد هو تحقيق المناط .

فمثال ما إذا كانت العلة معروفة بالنص : جهة القبلة ، فإنها مناط وجوب استقبالها، وهي معروفة بالنص ، وهو قوله تعالى : ﴿وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ﴾ [4] .

وأما كون جهة ما هي جهة القبلة في حالة الاشتباه فمظنون بالاجتهاد والنظر في الأمارات .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ، تأليف عثمان شوشان ١ / ٦٥ ؛ انظر : التخريج د . الباحسين ص ٥١ ؛ المدخل المفصل إلى فقه الإمام أحمد بن حنبل تأليف د . بكر أبو زيد ١ / ٢٧٣ .

(٢) المسودة لآل تيمية ص ٥٣٣ ؛ الإنصاف للمرداوي ١ / ٦ .

(٣) انظر : شرح الكوكب المنير للفتوحي ٤٦٩/٤ ، صفة الفتوى لابن حمدان ص ١٨ .

(٤) سورة البقرة ، آية : ١٤٤ .

ومثال ما كانت العلّة معلومة بالإجماع : العدالة ، فإنها مناط وجوب قبول الشهادة، وهي معلومة بالإجماع ، وأما كون هذا الشخص عدلاً فمظنون بالاجتهاد .

ومثال ما إذا كانت العلّة مظنونة بالاستنباط : الشدّة المطربة ، فإنها مناط تحريم الشرب في الخمر ، فالنظر في معرفتها في النبيذ هو تحقيق المناط ، ولا خلاف بين الأمة في جوازه.[1]

وسمي تحقيق المناط بذلك ؛ لأن المناط وهو الوصف علم أنه مناط ، وبقي النظر في تحقيق وجوده في الصور المعينة .

يقول الإمام الشاطبي [2]- رحمه الله -في تعريف تحقيق المناط : ((أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله))[3] .

وضرب على ذلك أمثلة قريبة مما سبق ذكره ، ثم قال ـ رحمه الله ـ : ((ويكفيك من ذلك أن الشريعة لم تنص على حكم كل جزئية على حدتها ، وإنما أتت بأمور كلية وعبارات مطلقة تتناول أعداداً لا تنحصر ، ومع ذلك فلكل معين خصوصية ليست في غيره ولو في نفس التعيين ، وليس ما به الامتياز معتبراً في الحكم بإطلاق ، ولا هو طردي بإطلاق ، بل ذلك منقسم إلى الضربين وبينهما قسم ثالث يأخذ بجهة من الطرفين ؛ فلا يبقى صورة من الصور الوجودية المعنية إلا وللعالم فيها نظر سهل وصعب ، وهذا كله بيّن لمن شدا في العلم))[4].

---

(١) انظر : المستصفى للغزالي ٢ / ٢٣٠ ؛ الأحكام للآمدي ٣ / ٣٣٥ ؛ المحصول للرازي ٢ / ٢٤٤ ؛ البحر المحيط للزركشي ٤ / ٢٥٧ ؛ روضة الناظر لابن قدامة ٣ / ٨٠١ ، ٨٠٢ ؛ إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٢ .

(٢) هو إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، أصولي حافظ من أئمة المالكية ، من أشهر مصنفاته الموافقات والاعتصام وغيرها ، توفي سنة ٧٩٠ هـ .

انظر ترجمته : الفكر السامي ٢/٢٩١ ، معجم المؤلفين ١/١١٨ ، الأعلام ١/٧٥ .

(٣) الموافقات للشاطبي ٥ / ١٢ .

(٤) المرجع السابق ٥ / ١٤ ، ١٥ .

يتبن لنا مما ممضى ذكره وجود علاقة قوية بين التكييف الفقهي وتحقيق المناط ، فتكون مهمة المجتهد في تحقيق المناط هو تطبيق الكلي على جزئياته لوجود الشبه من خلال المناط المنصوص أو المجمع عليه ، وتحقيق وجود الشبه بين الفرع وأصله هو التكييف إذ لا يصح تحقيق المناط ما لم يصاحبه التصور الكامل لماهية الفرع ونوعه وتمييزه عن غيره المخالف له في نوعه وقد يكون من جنسه ، وهذا النظر العميق للتكييف الفقهي لا شك في صعوبته على آحاد المجتهدين وأنصاف العلماء إلا من شدا في العلم - كما قال الشاطبي - رحمه الله - .[1]

المطلب الثاني :

الأدلة على اعتبار التكييف الفقهي للنوازل .

المقصود بهذا المطلب إثبات الدليل النقلي والعقلي على أهمية اعتبار التكييف الفقهي عند الاجتهاد والنظر في حكم النوازل والمستجدات .

وأن التكييف لابد منه للمجتهد حتى يتحقق له التصوّر الصحيح للنازلة ومن ثمّ الحكم عليها بالحق والصواب .

وهذا ما جعل التكييف الفقهي له أهمية خاصة بين فقهاء المصارف الإسلامية والباحثين الاقتصاديين نتيجة لدوره الكبير في صحة الحكم والاجتهاد على ما يستجد من مسائل مصرفية أو اقتصادية . ومن أهم دواعي الاهتمام بالتكييف لدى أولئك الباحثين الاعتبارات الآتية : -

الأول : أن النوازل المعاصرة وبالأخص في مجال المعاملات المصرفية متميزة بحداثتها وعدم وجود سوابق فقهية لها ، كما تمتاز أيضاً بالتعقيد والتشابك ، وذلك أنها إفرازٌ لحضارات مختلفة لا يمت بعضها للإسلام بأي صلة ، فأصبحت تلك النوازل من المسائل

---

(١) انظر : المنهج الأصولي في فقه الخطاب ، تأليف : د . إدريس حمادي ص ١٤٦، ١٤٧ ، مجلة المسلم المعاصر ، بحث د . رمضان جمعة ، بعنوان : الاجتهاد في تحقيق المناط وأنواعه وضوابطه ص ٩٥-١٤٠.

التي يصعب النظر فيها وتحتاج إلى تريث وطول تأمل وفهم صحيح لحقيقتها حتى تتهيأ الواقعة بعد ذلك للبحث في حكمها ، فكانت الحاجة للتكييف كخطوة أو مرحلة - أملتها الضرورة - قبل الحكم فيها ؛ لتتجلى الواقعة وتظهر واضحة المعالم للفقيه والمفتي .[1]

الثاني : أن العصور الأخيرة بما احتوته من تطور حضاري وتغير اجتماعي لا مثيل له ، انعكس ـــ ولا شك ـــ على وقائعه وقضاياه التي تحتاج إلى حكم الشارع فيها ، ونظراً لندرة أهل الاجتهاد المطلق في عصورنا المتأخرة وكثرة مجتهدي المذاهب ، زادت الحاجة إلى التكييف الفقهي لما له من دور واضح في توصيف النازلة وتصويرها وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه وتقريب وجهات النظر حول الواقعة وتسهيل البحث فيها لعلماء التخريج وأصحاب الوجوه من أهل المذاهب ، سواءً كانوا مجتمعين للاجتهاد ضمن مجامع فقهية أو آحاداً متفرقين في بلادهم للإفتاء والتعليم .

وفي ذلك يقول ابن خلدون [2]- رحمه الله - " ولما صار مذهب كل إمام علماً مخصوصاً عند أهل مذهبه و لم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد والقياس ، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق، وتفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الأصول المقررة من مذهب إمامهم "[3] .

الثالث : إن من أهم الأسباب التي دعت للاهتمام بالتكييف الفقهي للقضايا المصرفية – إضافة إلى ما سبق – المشكلات التي تعاني منها المصارف الإسلامية في تعدد الآراء في المسالة الواحدة ، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفتاوى الصادرة عن الرقابة الشرعية

---

(١) انظر : ضوابط الدراسات الفقهية للعودة ص ٨٩ .

(٢) هو عبد الرحمن بن محمد بن محمد الحضرمي الأشبيلي المالكي المشهور بابن خلدون ، من العلماء المؤرخين الحكماء ، برع في علوم كثيرة وله مصنفات عجيبة ، توفي سنة ٨٠٨هـ .

انظر ترجمته : شذرات الذهب ٧٦/٧ ، معجم المؤلفين ١٨٨/٥ ، نيل الابتهاج ص ١٦٩ .

(٣) مقدمة ابن خلدون ص ٤٩٨ .

في هذه المصارف ، فقد يحدث أن تصدر هيئة الرقابة الشرعية في إحدى المصارف فتوى في حكم أحد الأنشطة المصرفية ، ويصدر عن رقابة شرعية في مصرف آخر فتوى مختلفة تماماً عن الفتوى السابقة ؛ في نفس هذا النشاط ، وهذا يؤدي إلى إحداث بلبلة فكرية لدى المسؤولين عن إدارة هذه المصارف والقائمين عليها .

وقد ينتج عن ذلك كله تعطيل بعض الصيغ والأدوات المصرفية التي توفر لهذه المصارف مرونة في العمل ، ودوراً أكثر فاعلية في تقديم أقصى ما يمكن في مجال العمل المصرفي ، هذا جانب من جوانب هذه المشكلة . أما الجانب الآخر فيتمثل في أن معظم هيئات الرقابة الشرعية في هذه المصارف تتألف من الفقهاء ذوي الاطلاع الجيد على الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية المختلفة لكن اطلاعهم على الواقع الاقتصادي المعاصر ومستجداته ، وخبرتهم في الأمور المصرفية والمالية ليست بمستوى اطلاعهم وخبرتهم في الأمور الشرعية مع أن اطلاع الرقابة الشرعية على هذه الأمور أمرٌ لا بد منه لكي تتمكن من أداء دورها في إيجاد الحلول المناسبة ؛ خاصة ما يتعلق منها بالصيغ والأشكال المناسبة لتحل محل أدوات الاستثمار الربوية [1]، ولنضرب أمثلة على اختلاف آراءهم بي بعض المسائل المصرفية نتيجة لاختلاف تكييفهم لهذه المسائل :-

١- الاختلاف في الودائع المصرفية :

فذهب بعض الباحثين إلى أنها وديعة وبعضهم على أنها إجارة واختار الأكثر كونها قروضاً بالمنظور الفقهي والقانوني [2].

٢- الاختلاف في تكييف نظام بطاقات الائتمان :

فمن الفقهاء من يرى أن نظام البطاقة يتضمن توكيلاً وكفالة ، ومنهم من يراه حوالة

---

(١) انظر : المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق للهيتي ص ٦٧١ .

(٢) انظر : المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ص ٢٦٠ - ٢٦٧ ، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية للسالوس ١/١٦٣،١٦٤، بحوث في قضايا معاصرة للعثماني ص ٣٥٢-٣٥٥ .

أو وكالة بأجر ، ومنهم من يراه كفالة فقط إلى غيرها من التكييفات الأخرى لهذا العقد [1].

٣- الاختلاف في تكييف خطاب الضمان (الكفالة المصرفية) :

يرى بعض الفقهاء والمعاصرين أن هذا العقد كفالة ، ويرى آخرون أنه وكالة ، وذهب البعض على أن هذا العقد جعالة ، وتوسط بعض الباحثين إلى القول بأنه وكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل ، وكفالة إذا كان غير مغطى [2].

٤- الاختلاف في تكييف عقد المرابحة للأمر بالشراء :

واقصد باختلاف الباحثين بين الجواز والمنع واختلاف المانعين في تكييف حرمة هذا العقد ، منهم من يرى هذه المعاملة أنها من بيع المعدوم ، ومنهم من يراها داخلة في العينة ، ومنهم من يراها بيعتين في بيعة ، ومنهم من أدخلها في بيع الكالئ بالكالئ إلى غيرها من التخريجات والتكييفات المانعة من هذا العقد [3].

هذه بعض الأمثلة لعقود تجريها المصارف الإسلامية لأكثر من عقدين من الزمان ما زال الكثير من الفقهاء المعاصرين والباحثين مختلفين في تكييف هذه العقود مع أنها أزهقت بحثاً ومناقشة بين فقهاء المصارف الإسلامية ، وأعتقد أم من أهم أسباب هذا الاختلاف هو الخلل في تكييف هذه المستجدات من الناحية الفقهية أو الاقتصادية .

وبعد هذا التمهيد يمكن أن نقسم أدلة اعتبار التكييف الفقهي للنوازل إلى قسمين من الأدلة : -

---

(١) انظر : البطاقات البنكية د . عبد الوهاب أبو سليمان ص ٢١٥-٢٢١ .

(٢) انظر : الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لإرشيد ص ١٧٧،١٧٨ ، الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة للسالوس ٢/٧٦٦،٧٦٥ ، المعاملات المالية المعاصرة لشبير ص ٢٥٥ ، المصارف الإسلامية للهيتي ص ٣٩٠-٣٩٧ .

(٣) انظر : المصارف الإسلامية للهيتي ص ٥١٧-٥٢٧ ، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية لأرشيد ص ٧٧-٨٠ .

أولاً : الأدلة النقلية على اعتبار التكييف الفقهي وضرورة العمل به ،ومن هذه الأدلة:-

أ - قولة تعالى : ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ (١) .

وقوله تعالى : ﴿ وَلا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ * إِنَّمَا يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ (٢) .

وجه الاستدلال من هذه الآيات : ما قاله الإمام ابن القيم ـ رحمه الله ـ : ((إذا نزلت بالحاكم أو المفتي النازلة ؛ فإما أن يكون عالماً بالحق فيها أو غالباً على ظنه بحيث قد استفرغ وسعه في طلبه ومعرفته أولاً ، فإن لم يكن عالماً بالحق فيها ولا غلب على ظنه لم يحل له أن يفتي ولا يقضي بما لا يعلم ، ومتى أقدم على ذلك فقد تعرض لعقوبة الله))(٣) .

والتكييف الفقهي طريقٌ للوصول إلى العلم التام بالنازلة والحكم بالحق فيها ، وفي عدمه حكم بالظن وقول على الله بغير علم .

ب - قوله تعالى : ﴿وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾ (٤) .

وجه الاستدلال بهذه الآية : ما قاله الإمام أبو بكر الجصاص - رحمه الله ـ- : ((وقد اقتضى ذلك نهي الإنسان على أن يقول في أحكام الله ما لا علم له به على جهة الظن والحسبان))(٥) .

---

(١) سورة الأعراف ، آية: ٣٣ .

(٢) سورة البقرة ، الآيات : ١٦٨-١٦٩ .

(٣) إعلام الموقعين ٤ / ١٣٢ .

(٤) سورة الإسراء ، آية : ٣٦ .

(٥) أحكام القرآن ٣ / ٢٦٥ .

ومن ذلك التصوّر الناقص أو الخاطئ للوقائع المستجدة التي تتطلب حكماً شرعياً خاصاً بها ، فالتفريط في هذا النظر من الأحكام داخلٌ في عموم النهي عن القول في أحكام الله بغير علم أو دراية أو تصوّر صحيح .

ج ـ قوله تعالى : ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنْ النَّعَمِ﴾[1] .

وجه الاستدلال من هذه الآية : ما قاله الإمام ابن عبد البر ـ رحمه الله ـ : " وهذا تمثيل الشيء بعدله ومثله وشبهه ونظيره "[2].

فإذا كان الله عز وجل قد أمرنا بالاجتهاد في بحث المثل والمشابهة في جزاء الصيد دل ذلك على اعتباره في جميع الصور الاجتهادية ومنها النظر في أحكام النوازل المعاصرة ، ويؤيد قاعدة اعتبار المثيل بمثيله في الحكم والاستنباط ؛ ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه حيث قال : " ... ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق "[3] ، فالتكييف الفقهي

نوع من الاجتهاد في تحرير الوقائع إلى ما يشبهها ويماثلها من الأدلة والمسائل .

والأدلة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة رضوان الله عليهم مستفيضة في هذا الباب نكتفي فيها بما ذكرناه من شواهد . والله تعالى أعلم .

ثانياً : الدليل العقلي على اعتبار التكييف الفقهي :

يمكن أن نستدل على اعتبار التكييف الفقهي بالقاعدة الشائعة الاستعمال :

---

(١) سورة المائدة ، آية : ٩٥ .

(٢) جامع بيان العلم وفضله ٢ / ٨٦٩ .

(٣) إعلام الموقعين ١ / ٦٨ .

((الحكم على الشيء فرع عن تصوره))[1] وقد يعبر عنها : ((بالحكم بالشيء فرع تصوّره))[2] ، كما يعبر عنها : ((بالحكم على الشيء بدون تصوّره محال))[3] .

وهذه القاعدة وإن شاع استعمالها في كلام الفقهاء والأصوليين إلى أن مباحثها المستقلة بها لا تكاد تذكر ضمن كتب القواعد الفقهية والأصولية وقد توجد أحياناً في مقدمات بعض كتب علم المنطق .[4]

وهذه القاعدة من الأدلة العقلية على اعتبار التكييف الفقهي للوقائع الحادثة ؛ لأن الحكم عليها لا يكون إلا بعد التصوّر الكامل لتلك الوقائع .

وهذا الأمر متبادر عند جميع العقلاء فضلاً عند العلماء في أن الحكم على الشيء بالنفي أو الإثبات لا يكون إلا بعد تصوّرٍ ومعرفةٍ لحقيقة هذا الشيء .

فالحاجة إلى اعتبار التكييف الفقهي وإثباته لا تستدعي المزيد من الأدلة والإثباتات لأنه أمر ظاهر الأهمية للمجتهد والناظر ، وهو من الوسائل الأكيدة التي تحقق مقاصد الاجتهاد وثمرته والوسائل تأخذ أحكام الغايات والمقاصد في الأهمية والاعتبار .

مما سبق عرضه من أدلة مجملة موجزة على اعتبار التكييف الفقهي كانت من أجل تمييز هذه المرحلة المهمة من النظر،وتسليط الضوء عليها وتأكيد الاهتمام بها عند البحث في أحكام النوازل المعاصرة.

---

(١) انظر : شرح الكوكب المنير ١ / ٥٠ ؛ تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني وابن القاسم ١ / ٤٣٠ ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ ؛ شرح العلامة الأخضري على سلمه النورق ص ٢٥ .

(٢) انظر : التقرير والتحبير ٣ / ١٨ .

(٣) انظر : التقرير والتحبير ٢ / ٨٢ .

(٤) انظر : المطلع شرح إيساغوجي لأبي زكريا الأنصاري ص ٦ مطبعة بولاق ١٢٨٣ هـ ؛ تحرير القواعد المنطقية للرازي مع شرح الرسالة الشمسية للكاتبي ص ٥- ٢٧ ؛ شرح العلامة الأخضري علي سلمه المنورق ص ٢٤و٢٥ .

المطلب الثالث :

ضوابط التكييف الفقهي للنوازل .

تمهيد :-

قام أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم بدورٍ عظيم في نشر سنة النبي صلى الله عليه وسلم وتبليغ العلم الذي ورثوه منه (صلى الله عليه وسلم) فجرى أمر الناس على السلامة والسداد لعقود من الزمن ، ولكن مع مرور السنين وتتابع الأجيال واتساع رقعة الإسلام برز في كل إقليم من أقاليم المسلمين علماء ومفتون أخذ الناس عنهم الأحكام وسألوهم عما يستجد في حياتهم من وقائع ومشكلات ، فأصبح لهؤلاء الأئمة ما يتمايزون به من طرق في فهم النصوص ومسالك في الاجتهاد عند حدوث المسائل والواقعات .

فكان أهل المدينة يتبعون في الأكثر فتاوى ابن عمر رضي الله عنهما ، وأهل مكة فتاوى ابن عباس رضي الله عنهما ، وأهل الكوفة فتاوى ابن مسعود –رضي الله عنه – وعن هؤلاء أخذت الأمة مناهجها في النظر والاجتهاد . واستمرت هذه المدارس الفقهية في العطاء والاجتهاد حتى برزت في عهد تابعي التابعين مدرستان فقهيتان أحدهما في العراق والأخرى في الحجاز ، وأصبح لكل مدرسة منهجها في النظر الذي يختلف عن الأخرى في بعض القواعد والأصول ؛ مما نجم عن اختلاف واقع في كثير من المسائل الفقهية أدى إلى بعض التباين والافتراق بل والعداوة والبغضاء بين المسلمين ، حينها أرسل عبد الرحمن ابن مهدي[1] رسالة إلى الإمام الشافعي يطلب منه أن يضع كتاباً في معاني القرآن وجامعٍ لقبول الأخبار وبيان حجية الإجماع وبعض القواعد التي

---

(١) هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان أبو سعيد العنبري ، الإمام الناقد سيد الحفاظ ، ولد سنة ١٣٥هـ ، كان إماماً في الفقه والحديث ، وقدوة في العلم والعمل ، توفي رحمه الله في البصرة سنة ١٩٨هـ .
انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ١٩٢/٩ ، شذرات الذهب ٣٥٥/١ ، تهذيب التهذيب ٢٤٧/٦ .

يجتمع عليها الفقهاء ، فأجابه الشافعي لذلك ووضع كتاب الرسالة والذي هو أول مؤلف أصولي يقعّد للفقيه الناظر طرق الاجتهاد واستنباط الأحكام [1].

لقد استطاع الإمام الشافعي أن يحقق تقارباً كبيراً بين المدارس الفقهية ويجمع بين المجتهدين والمفتين – والذين طالما اختلفوا وتفرقوا – تحت لواء القواعد والتأصيل لطرق لاستنباط والنظر ؛ يشهد لذلك الإمام أحمد في قوله : ((ما زلنا نلعن أصحاب الرأي ويلعنونا حتى جاء الشافعي فمزج بيننا)) [2] .

كما يؤكد الحافظ ابن حجر هذا المعنى في نقله عن أبي الوليد بن أبي الجارود قوله : ((انتهت رياسة الفقه بالمدينة إلى مالك بن أنس فرحل إليه – أي الإمام الشافعي – ولازمه وأخذ عنه ، وانتهت رياسة الفقه بالعراق إلى أبي حنيفة ، فأخذ عن صاحبه محمد بن الحسن جملاً ليس فيها شيء إلا وقد سمعه عليه ، فاجتمع له علم أهل الرأي وعلم أهل الحديث فتصرَّف في ذلك ، حتى أصل الأصول وقعّد القواعد ، وأذعن له الموافق والمخالف))[3] .

فالتأصيل المنهجي للنظر والاستنباط والتقعيد للفقه كان له دور كبير في التقارب بين المذاهب وردم هوة الاختلاف بين العلماء إلى حدّ كبير . وهذا ما نحتاجه اليوم في فقهنا المعاصر وبالأخص في موضوع التكييف الفقهي الذي يمارسه الفقهاء المعاصرين عند الاجتهاد في المستجدات الحادثة دون أن يكون هناك منهج واضح أو تأصيل تقعيدي لهذه المرحلة المهمة من الاجتهاد والتي أرى أن ضبطها قد يخفف إلى حد كبير الخلاف الناجم من الحكم على كثير من المستجدات والنوازل الحادثة .

---

(١) انظر : الرسالة للشافعي ١/١١ .

(٢) ترتيب المدارك للقاضي عياض ١/٩٥ .

(٣) توالي التأسيس لابن حجر ص ٥٣ نقلاً من كتاب الشافعي فقيه السنة الأكبر للدقر ص ١١٢ ، ١١٣ .

ولهذا أحببت أن أقدم محاولة متواضعة لضبط هذه المرحلة من الاجتهاد وسعياً لوصول المجتهدين إلى أدق النتائج وأصوبها وتحقيقاً لسعة الشريعة وصلاحيتها لكل زمان ومكان وفي جميع الأحوال والظروف .

*** من هذه الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند القيام بالتكييف الفقهي :**

١-أن يكون التكييف الفقهي مبني على نظرٍ صحيحٍ معتبرٍ لأصول التشريع.

عندما تنزل الواقعة الجديدة بالمجتهد ليحكم فيها فعليه أن يكيّف النازلة بأقرب الأصول الشبيهة لها لتأخذ بعد ذلك حكم ذلك الأصل ، وهذا لا إشكال فيه ولكنَّ الإشكال يقع عندما يكون التكييف إلى غير أصل معتبر ينسب الإلحاق إليه، كأن تُصوَّر الواقعة وتكيَّف على أساس الهوى والتشهي فيصبح الحرام حلالاً والحلال حراماً بناءً على أهواء الناظر أو المجتهد فيما يريده أن يُلحق بها من أصوله،وكذلك أن يُبنى التكييف على الأوهام أو التخيلات أو الأمور العارضة أو الظنون الفاسدة وهذه كلها الأصل فيها العدم في الاعتبار الشرعي .

يقول الإمام ابن عبد البر [(١)] - رحمه الله - : ((... إن الاجتهاد لا يكون إلا على

أصول يضاف إليها التحليل والتحريم ، وأنه لا يجتهد إلا عالم بها ، ومن أشكل عليه شيء لزمه الوقوف و لم يجز له أن يحيل على الله قولاً في دينه لا نظير له من أصل ولا هو في معنى أصل ، وهذا لا خلاف فيه بين أئمة الأمصار قديماً وحديثاً فتدبره))[(٢)] .

ويجدر التنبيه هنا أيضاً ؛ أنه ليس من البناء المعتبر ما يزعمه بعض المحدثين من الاستناد إلى ما يسمونه (بروح الشريعة) من أجل أن يلحقوا ما شاءوا من وقائع بما شاءوا من أصول وافقت مقصد الشارع أو لم توافقه .

---

(١) هو يوسف بن عبد البر النمري القرطبي المالكي ، إمام حافظ من علماء الأندلس ، وكبار محدثيها له مصنفات عظيمة مثل : التمهيد في شرح الموطأ ، والاستذكار ، والكافي في الفقه وغيرها ، توفي سنة ٤٦٣هـ . انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ١٥٧/١٨ ، شذرات الذهب ٣١٤/٣ .

(٢) جامع بيان العلم وفضله ٢ / ٨٤٨ .

وقد ناقش الأستاذ المودودي - رحمه الله - [1] . بعض هؤلاء المتأثرين بالثقافة الغربية، حيث يستندون إلى حرية الرأي ويطلقون العنان لفكرهم الغربي فيفسرون النصوص الشرعية ويحكمون في دلالاتها على ذلك الأساس ؛ من غير علم أو معرفة باللغة أو الشرع مرددين أن ذلك من روح الشريعة [2] .

وقد قسَّم الأستاذ المودودي الأمر إلى قسمين : ـــ

الأول : ما نسميه روح الشريعة الحقيقي وروح الفقه التي ورثناها عن فقهاء السلف فهذه جديرة بالعناية ، ولعله يقصد ما استندت إلى أصل معتبر من كتاب أو سنة أو إجماع أو فهم للسلف ، وهو كما قال – رحمه الله – .

الثاني : روح غريبة عن الإسلام يؤتى بها من خارجه وتفسر النصوص الشرعية على ذلك الأساس الغريب ، فهذه تُردُّ وتستقبح لأنها مؤدية إلى نزع الربقة من طاعة الله ورسوله صلى الله عليه وسلم . [3]

فعلى هذا يجب على المجتهد وهو يكيف ما يترل به من وقائع أن يبنيها على أصل معتبر في الشرع سواءً كان أصلاً أو قاعدة مذهبيه أو مسألة مقررة ، ملاحظاً فيها مقاصد الشريعة وأصولها الكلية بحيث يكرر النظر في صحة إلحاقه لهذا الأصل أو تلك المسألة من أجل أن تتوافق وتنسجم مع بقية الأحكام والقواعد الشرعية .

---

(١) هو أبو الأعلى المودودي ، العلامة الداعية ، أصدر العديد من المجلات الإسلامية ، وكتب الكثير من المقالات التي تدعو إلى الإسلام الشامل الذي يعالج كافة مناحي الحياة ، ألف العديد من الكتب الإسلامية التي ترجمت إلى الكثير من اللغات منها : مبادئ الإسلام ، الإسلام ومواجهة التحديات المعاصرة ، تدوين الدستور الإسلامي ، وغيرها كثير .

انظر ترجمته : تتمة الأعلام للزركلي تأليف محمد خير رمضان يوسف ١ / ٧٣ .

(٢) انظر الثبات والشمول ص ٢٦٧ ؛ انظر كذلك ما كتبه فهمي هويدي في كتابه تزييف الوعي ص ٧٦ و ١٣٧ – ١٤٠ في رده على بعض رموز العلمانية في تفسيرهم النصوص بناءً على روح الشريعة كما زعموا .

(٣) انظر : مفاهيم إسلامية حول الدين والدولة ص ١٧٦ .

٢ــ بذل الوسع في تصور الواقعة التصوّر الصحيح والكامل .

وهذا الضابط مهم للناظر والمفتي والقاضي ، ذلك أن الحكم على الشيء فرع عن تصوّره ، وكم أُتي الباحث أو العالم من جهة جهله بحقيقة الأمر الذي ينظر فيه ، أو أن يتصوّر النازلة على حالٍ معين والواقع بخلافه .

ومن هنا كان لابد من تفهم المسألة وتصوّرها التصوّر الصحيح الكامل ومعرفة جميع أبعادها وظروفها وأصولها وفروعها وما يتعلق بواقعها مما له تأثير على الحكم فيها .

وقد نبه القاضي أبو بكر الباقلاني[١] -رحمه الله- على بعض هذه الثغرات في النظر في الوقائع والتي مرجعها يعود إلى نقص في التصوّر والنظر ، فقال -رحمه الله- : ((اعلموا أن الخطأ يدخل على الناظر من وجهين :

أحدهما : أن ينظر في شبهة ليست بدليل فلا يصل إلى العلم .

والآخر : أن ينظر نظراً فاسداً ، وفساد النظر يكون بوجوه :-

منها : أن لا يستوفيه ، ولا يستكمله وإن كان نظراً في دليل .

ومنها : أن يعدل عن الترتيب الصحيح في نظره ، فيُقدِّم ما حقه أن يؤخره ، ويؤخر ما من حقه أن يُقدِّمه ...))[٢]

ويضرب د . القرضاوي مثالاً على ما ينتج عنه التصوّر الناقص أو الخاطئ من ضرر ومخالفة . فيقول : ((مثال ذلك ما نشرته بعض الصحف على لسان أحد العلماء : أن لبس (الباروكة) أمر مشروع ولا غبار عليه من الناحية الشرعية ، بدعوى أنها ليست أكثر من غطاءٍ للرأس فهي ليست داخلة في الوصل الذي لعن النبي

---

(١) هو محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر المعروف بالباقلاني ، ولد بالبصرة وسكن بغداد من علماء الشاعرة ، ومن فقهاء المالكية له مصنفات كثيرة منها التقريب والإرشاد ، توفي سنة ٤٠٣هـ .

انظر ترجمته : وفيات الأعيان ٢٦٩/٤ ، شذرات الذهب ١٦٩/٣ ، الديباج المذهب ص ٣٦٣ .

(٢) التقريب والإرشاد (الصغير) ١ / ٢١٩ .

صلى الله عليه وسلم من فعله ،[1] وإنما هي بمثابة من وضع على رأسه قلنسوة أو عمامة أو خماراً ، أو نحو ذلك ، وتفريعاً على ذلك يجوز للمرأة أن تخرج بها دون أن تغطي رأسها بشيء لأنها هي نفسها غطاء !! .

وهذا للأسف فهم أعوج لحقيقة موضوع الاستفتاء وهو (الباروكة) فإن اعتبارها غطاءً و خماراً للرأس أمرٌ لا يُقرّه الشرع ولا العقل ولا الفطرة ولا العرف ولا اللغة ...»[2] .

ومن أمثلة التصور الناقص أيضاً ما وقع لبعض المعاصرين من عدم معرفة حقيقة النقود الورقية المعاصرة حيث أفتى بأنه لا زكاة فيها ، أو أن الربا لا يجري فيها اعتماداً على أنها ليست ذهباً أو فضة ، وكما وقع البعض في إخراج الفوائد المصرفية التي تعطيها البنوك التقليدية بأنها ليست من الربا .

ومما يدخل في التّصور الكامل والتام للنازلة المستجدة ؛ الرجوع والتثبت والاستزادة من أهل الاختصاص العلمي ، وهذا فيما لو كانت النازلة لها علاقة ببعض العلوم الطبيعية أو التجريبية وعندها لا بد من معرفة مصطلحات هذه العلوم مما له علاقة بموضوع بحث النازلة .

ويحسن من الناظر الرجوع أيضاً إلى مبادئ تلك العلوم ومعرفة أساساتها التي تعينه على النظر الصحيح في النازلة لا سيما النوازل الاقتصادية وغيرها من العلوم الحديثة .[3]

---

(١) الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه وأخرجه البخاري في صحيحه كتاب اللباس ، باب الوصل في الشعر رقمه (٥٩٣٤) . وأخرجه مسلم عن أسماء بنت أبي بكر ، كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة رقمه (٢١٢٢) ٣ / ١٦٧٦ .

(٢) الفتوى بين الانضباط والتسيب . ص ٧٢ – ٧٣ .

(٣) انظر للاستزادة : الفقيه والمتفقه ٢/٣٩٠ ، الموافقات ٥/٣٢٣ ، الأحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام ص ٢٣٦ . المفتي في الشريعة الإسلامية للربيعة ص ٣١ .

٣ــ تحصيل المجتهد الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول:

ذكر الأصوليون أن من شروط الاجتهاد أهمية تضلع المجتهد بعلوم الكتاب والسنة واختلاف العلماء واتفاقهم ومعرفة علوم اللغة وعلم أصول الفقه ومقاصد الشريعة وغيرها من الشروط المندرجة ضمن ما ذكر من علوم شرعية.[١]

وفي هذه الشروط الكفاية في بلوغ المجتهد المترلة التي تؤهله للنظر في الأحكام ، إلا أن النوازل المعاصرة والتي تحتاج إلى تكييف فقهي يُقرِّب الحكم فيها للفقيه ؛ نحتاج فيها أيضاً إلى التأكيد على أن يتحصل المجتهد على ملكة فقهية يستطيع بها استحضار المسائل من مظانها وإلحاقها بالأصول المعتبرة بها .

وليس التكييف بالأمر الهين بل هو من شأن النظار من أهل الاجتهاد وفي ذلك يقول الإمام السيوطي[٢] - رحمه الله - : ((قال الغزالي[٣] في كتابه (حقيقة القولين) : وضع الصور للمسائل ليس بأمر هين في نفسه ، بل الذكي ربما قدر على الفتوى في كل مسألة إذا ذكرت له صورتها ولو كلف وضع الصور وتصوير كل ما

---

(١) انظر : المستصفى ٢/٣٥٠ ، نهاية السول ٤/٥٤٨ ، المحصول ٢/٤٩٧ ، الإحكام للآمدي ٤/١٧٠ ، الموافقات ٥/٢٥٣-٢٥٧ ..

(٢) هو جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي ، إمام حافظ ومؤرخ أديب له نحو ٦٠٠ مصنف ، نشأ في القاهرة يتيماً، وحصّل علوماً كثيرة ، وله مصنفات عجيبة منها الأشباه والنظائر ، والإتقان في علوم القرآن وغيرها ، توفي سنة ٩١١هـ .

انظر ترجمته : شذرات الذهب ٨/٥١ ، الأعلام ٣/٣٠١ ، معجم المؤلفين ٥/١٢٨ .

(٣)هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ، فقيه شافعي أصولي متكلم ولد سنة ٤٥٠هـ رحل إلى بغداد والحجاز والشام فمصر ثم عاد إلى طوس . له مصنفات في الفقه والأصول والسلوك لم يؤلف مثلها ، توفي رحمه الله سنة ٥٠٥هـ .

انظر ترجمته : طبقات الشافعية للإسنوي ٢/١١١ ، وفيات الأعيان ٤/٢١٦ .

يمكن من التفريعات والحوادث في كل واقعة عجز عنه و لم تخطر بقلبه تلك الصور أصلاً وإنما ذلك شأن المجتهدين »[1].

ويراد بالملكة هنا : « كيفية للنفس بها يتمكن من معرفة جميع المسائل يستحضر بها ما كان معلوماً مخزَّناً منها ويستحسن ما كان مجهولاً »[2] . وهو ما عناه بعض الأصوليين في ذكر صفات مجتهدي الترجيح ؛ بقولهم : « لابد أن يكون فقيه النفس حافظاً لمذهب إمامه ، عارفاً بأدلته ، قائماً بتقريرها يصوّر ويحرر ويقرر ويمهّد ويزيف ويرجح لكنه قصر عن مرتبة مجتهدي التخريج لقصوره عنهم في حفظ المذهب و الارتياض في الاستنباط ومعرفة الأصول ونحوها »[3] .

ولعل التصوير والتحرير وتقرير المسائل جزء من عملية التكييف التي يقوم بها مجتهد الترجيح إلا أنه قَصُرَ عن مجتهد التخريج في قوه حفظ المذهب وجودة الاستنباط واستحضار النظير والمثيل في المسائل المشابهة أو الأصول القريبة المعتبرة ؛ وهذه الصفات مهمة في استكمال الفقيه الأهلية الكاملة للقيام بعملية التكييف .

ولذلك كان تحصيل المجتهد للملكة الفقهية التي تعينه في استحضار المسائل وإلحاقها بأصولها وعدم خلط بعضها ببعض ؛ ضابطٌ مهم ينبغي للفقيه النوازلي الذي ينظر في المستجدات المعاصرة أن يراعيه ويسعى جاهداً لتحصيله .

وقد ذكر العلماء أن هذه الملكة إنما تتأتى بأحد أمرين : ـــ

الأول : هبة يمنُّ الله عز وجل بها على من يشاء من عباده ، وهذه لا حيلة للعبد بها ، وقد رزقها كثير من الأئمة النظّار لحسن قصدهم في طلب العلم وإخلاصهم لله عز وجل فيه .

---

(١) الرد إلى من أخلد إلى الأرض ص ١٨١ .

(٢) أبجد العلوم للقنوجي ١ / ٥٣ .

(٣) أدب المفتي والمستفتي ص ٩٨ ؛ المجموع للنووي ١ / ٧٣ ؛ الرد على من أخلد إلى الأرض ص ١١٥ .

يقول إبراهيم التيمي [1] - رحمه الله - :((من طلب العلم لله أتاه منه ما يكفيه))[2].

ويقول الإمام ابن القيم [3]- رحمه الله - : ((ينبغي للمفتي الموفق إذا نزلت به المسألة أن ينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي الحالي لا العلمي المجرد إلى ملهم الصواب ومعلم الخير وهادي القلوب أن يلهمه الصواب ويفتح له طريق السداد ... فمتى قرع هذا الباب فقد قرع باب التوفيق ... فإن العلم نور الله يقذفه في قلب عبده والهوى والمعصية رياح عاصفة تطفئ ذلك النور أو تكاد)) [4] .

الثاني : بالدُّربة والمران : ويكون ذلك بالتدريب والتمرين على عملية التخريج وطرق الاستنباط وكثرة النظر في الكتب المؤلفة .

وفي هذا يقول الإسنوي[5] -رحمه الله - : ((وقد مهّدت كتابي هذا طريق التخريج لكل ذي مذهب وفتحت به باب التفريع لكل ذي مطلب ، فليستحضر أرباب

---

(١) هو إبراهيم بن يزيد التيمي ، كان شاباً صالحاً قانتاً لله عالماً فقيهاً كبير القدر واعظاً . حديثه في الدواوين الستة وحدث عن الحارث بن سويد وأنس بن مالك . كان يقول : " ما عرضت قولي على عملي إلا خفت أن أكون كاذباً " قتله الحجاج عام ٩٢ هـ . انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ٥ / ٦٠ ، شذرات الذهب ١ / ١٠٠ ، تهذيب التهذيب ١ / ١٥٩ .

(٢) جامع بيان العلم وفضله ١ / ٦٤٤ .

(٣) هو أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، ولد سنة ٦٩١هـ ، فقيه أصولي مفسر ومحدث ، لازم ابن تيمية وأخذ عنه ، له مصنفات مشهورة وعظيمة ، توفي رحمه الله سنة ٧٥٢هـ .

انظر ترجمته : الدرر الكامنة ٤٠٠/٣ ، مختصر طبقات الحنابلة ص ٦٨ ، معجم المؤلفين ١٠٦/٩ .

(٤) إعلام الموقعين ٤ / ١٣٢ .

(٥) هو محمد بن الحسن بن علي الإسنوي ، من علماء الشافعية ولد بإسنا وتفقه بها ، ورحل إلى القاهرة والشام له مصنفات عظيمة في الفقه الشافعي والأصول ، توفي رحمه الله سنة ٧٦٤هـ .

انظر ترجمته : الدرر الكامنة ٤٢١/٣ ، شذرات الذهب ٢٠٢/٦ ، الأعلام ٨٧/٦ .

المذاهب قواعدها الأصولية وتفاريعها ثم تسلك ما سلكته ، فيحصل به إن شاء الله تعالى لجميعهم التمرن على تحرير الأدلة وتهذيبها »[1] .

ويقول ا لإمام الزركشي[2] -رحمه الله- كذلك : « ليس يكفي في حصول الملكة على الشيء تعرفه ، بل لابد من الارتياض في مباشرته ، فذلك إنما تصير للفقيه ملكة الاحتجاج واستنباط المسائل أن يرتاض في أقوال العلماء وما أتوا به في كتبهم »[3].

ولأهمية هذه الملكة لدى الناظر في النوازل جعلها بعضهم شرطاً من شروط الاجتهاد وصفة لابد منها في المجتهد ولذا قالوا في تعريفه - كالإسنوي والزركشي وابن أمير الحاج[4] وغيرهم - رحمهم الله - : « وهو - أي المجتهد - بالغ عاقل مسلم ذو ملكة يقتدر بها استنتاج الأحكام من مآخذها »[5] .

فالملكة الفقهية للناظر في النوازل صفة تتأكد في حقه ولا يستغنى عنها خصوصاً في المسائل العويصة والخفية والتي هي طابع أكثر المستجدات المعاصرة من

---

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص ٤٧ . انظر : تاريخ الفقه الإسلامي ص ٢٢٦ وما بعدها للأشقر ؛ تخريج الفروع على الأصول لشوشان ١ / ٨٤ ؛ منهج البحث في الفقه الإسلامي د . أبو سليمان ص ٢٦ و ٢٤٩ .

(٢) هو محمد بن بهادر الزركشي الشافعي ، عرف بالفقه والأصول والحديث والدب وعلوم القرآن ، له رحلة عظيمة في طلب العلم ، وله العديد من المصنفات العظيمة في العلوم كلها ، توفي سنة ٧٩٤هـ .
انظر ترجمته : الدرر الكامنة ٣٩٧/٣ ، شذرات الذهب ٣٣٥/٦ ، معجم المؤلفين ١٢١/٩ .

(٣) البحر المحيط ٦ / ٢٢٨ .

(٤) هو أبو الفتح موسى بن محمد التبريزي ، المعروف بابن أمير الحاج ، فقيه حنفي ، ولد سنة ٦٦٩هـ ، رحل إلى دمشق والقاهرة ، وتوفي في طريقه إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم عائداً من الحج سنة ٧٣٣هـ .
انظر ترجمته : الأعلام ٣٢٨/٧ ، الدرر الكامنة ١٤٥/٥ ، الفوائد البهية ص ٣٥٤ .

(٥) انظر : نهاية السول ٤ / ٥٢٧ ؛ البحر المحيط ٦ / ١٩٩ ؛ التقرير والتحبير ٣ / ٢٩١ .

الفتاوى والواقعات ، ولذلك لا يكفي أن يكون حافظاً للأدلة ملمّاً بأصول مذهبه وفروعه ما لم يكن قادراً على استحضارها ومتفطناً لمرادها ومعناها الذي تقوم عليه .

وما أروع ما ذكره الإمام الجويني[1] -رحمه الله- في تأكيده على أهمية الملكة في التصوير والتحرير للمسائل . حيث قال : « لا يستقل بنقل مسائل الفقه من يعتمد الحفظ ، ولا يرجع إلى كَيَسٍ وفطنة وفقه طبع ، فإن تصوير مسائلها أولاً ، وإيراد صورها على وجوهها لا يقوم به إلا فقيه . ثم نقل المذاهب بعد استتمام التصوير لا يتأتى إلا من مرموق في الفقه خبير ، فلا يزل نقل مسائل الفقه مترلة نقل الأخبار والأقاصيص والآثار ، وإن فرض النقل في الجليات من واثق بحفظه موثوق في أمانته لم يمكن فرض نقل الخفيات من غير استقلال بالدراية »[2].

ويجدر في هذا المقام التنبيه لما يفعله بعض المجتهدين من التكلف في تكييف بعض النوازل الجديدة وإلحاقها بما يرونه شبهاً لها من مسائل الفقه المقررة مع وجود الفرق بينهما ولو بحثت هذه النازلة المستجدة استقلالاً من خلال طرق الاجتهاد المقررة لكان أولى وأحرى بالاعتبار ، وابن القيم -رحمه الله – قد جاء عنه ما يؤكد ذلك الأمر لما ذكر بعض صور الرهان في كتابه الفروسية وعرض تكييفات أهل العلم لهذا العقد وبيّن الفروق بينهما ثم قال : « والصواب أن هذا العقد عقد مستقل بنفسه له أحكام يتميز بها عن سائر هذه العقود فلا تؤخذ أحكامه منها »[3].

هذه بعض الضوابط التي ينبغي للناظر مراعاتها أثناء تكييفه للنوازل المعاصرة ، وقد أوجزت وأجملت في ذكرها تنبيهاً للرجوع إلى الضوابط العامة للنظر والاجتهاد في

---

(١) هو إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني ، نشأ في بيت علم ودين وتفقه على يد والده وكان إماماً في العلم والورع والزهد له مصنفات عظيمة ، توفي سنة ٤٧٨هـ .

انظر ترجمته : سير أعلام النبلاء ٤٦٨/١٨ ، طبقات الشافعية الكبرى ١٦٥/٥ ، شذرات الذهب ٣٥٨/٣ .

(٢) الغياثي ص ١٨٧ .

(٣) الفروسية : ص ٨١ .

النوازل والتي ضمنها الأصوليون في كتبهم ، إذ التكييف فرع من النظر، والاجتهاد يرجع إلى أصوله وضوابطه - والله تعالى أعلم - .

خاتمة

وبعد هذا الاستعراض السريع لصفحات البحث الموجز أودّ التنبيه على أهم النتائج التي وردت ضمنه وهي :-

١- أن التكييف الفقهي للنوازل المعاصرة وبالأخص في مجال الدراسات الاقتصادية مرحلة مهمة من النظر لا يستغني عنها المجتهد من أجل فهم النازلة الفهم السليم للوصول إلى حكمها الصحيح .

والتعريف المختار للتكييف الفقهي هو : ((التصوّر الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه)) . وقد يرادف مصطلح التكييف : التصوّر أو التصوير ، أو التوصيف للنازلة ، وكذلك التخريج ، وتحقيق المناط .

٢- هناك أسباب عديدة أدت إلى اعتبار الفقهاء المعاصرين التكييف كخطوة إولى نحو الوصول للحكم وذلك استجابة للأدلة الشرعية المؤكدة للتكييف كقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ وَلا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ﴾ ، وقوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ وغيرها من النصوص .

كذلك اكتسب التكييف أهمية لاندراجه ضمن القاعدة المتفق عليها : الحكم على الشيء فرع عن التصور .

٣- من أهم الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند القيام بالتكييف الفقهي :

أ- أن يكون التكييف الفقهي مبني على نظر معتبر لأصول التشريع .

ب- بذل الوسع في تصوّر الواقعة التصور الصحيح الكامل .

ج- تحصيل المجتهد الملكة الفقهية في استحضار المسائل وإلحاقها بالأصول .

هذا والله تعالى أعلم ، وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين .

بطاقـــات الائتمـــــــان

محمد المختار السّلاّمي

مفتي الجمهورية التونسية سابقا – رئيس الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية

فقد اهتديت أن أكتب في (بطاقات الائتمان) وهذا المحور قد تفرع ، حسب الورقـــة المصاحبة الضابطة لمراكز الاهتمام ، إلى شقين كبيرين . أ) ماهية البطاقة وأنواعها ، وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها . ب) العلاقات الناشئة عن استخدامها في ضبط العلاقـــة بـــين (مصدر البطاقة وحاملها) وبين (مصدر البطاقة والتاجر) وبين(حامـــل البطاقـــة والتـــاجر) المسؤولية المدنية والجنائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان.

وقد يكون حسب نظري أن اقدم بمقدمة تكشف عن جوانب أرى من الضروري إبرازها .

١) إن هذه البطاقة هي إفراز للحضارة التي سادت ، فقادت العالم في القـــرون الأخـــيرة . مركزها الفرد ، باعتبار أنه هو القطب الذي تدور حوله ، وهو الغاية مـــن النشـــاط . تمسكا بالمبدأ الذي نادى به أيان سميث ، دعه يعمل . أعطاه هذا المبدأ مقاما فريـــدا في الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية . وقد استطاع أكثر الناس دهاء وذكاء أن يمحضـــوا فائدة ذلك لمصالحهم الخاصة ، وهم آمنون على ما يجمعونه من ثروات . ومازال الجشع الرأسمالي ينمو ، فتضخمت الثروات الفردية تضخما جاوز ما يملكه كبار المثرين ميزانية بعض الدول .

٢) إن تضخم الثروات بشكل حلزوني يصعد وما زال في صعود لا يقف عند حد، أقاموه بوسيلتين :

الوسيلة الأولى =الشركات العابرة للقارات التي بقوتها الاقتصادية العظمى أخذت تـــتحكم في سياسات الدول ، وتفرض مصالحها غاية في سلم القيم .

الوسيلة الثانية =التأثير في الأفراد والمجتمعات لتحويلها عن الادخار إلى الاستهلاك. فعملوا على أن تكون حركة مجرة الاقتصاد العملاقة مستمرة في صعود ، معامل تقذف في الأسواق بمنتجاتها ،ورغبة لاهبة ، تحركها دراسات علمية ، تخدر الجميع تخديرا يفقدهم التفرقة بين الضروري والحاجي والكمالي، يقبلون بنهم على ما يعرض في السوق . يشترون ويشترون وإن كانت إمكاناتهم المادية لا تسمح لهم . والقوة الرأسمالية رغم استحواذها على جميع نتائج ما يبذله العاملون بالفكر والساعد، فغرت فاها لا لتهام ما سينتجون ، فاستولت على نتائج مجهوداتهم المستقبلية. وإذا الطبقة العاملة والمتوسطة ، قد استعبدت وهي تظن نفسها حرة ، وأصبحت القوى الرأسمالية لا تملك المال وقوى الإنتاج فقط ، ولكنها تملك مع ذلك مجهود البشر في الماضي والحاضر والمستقبل.

باع الكادحون راحتهم واشتروا بها أشياء ومتاعا ، وبالتالي قلقا وبرما بالحياة وأمراضا نفسية، فتضاعفت العيادات النفسية ، وعجزت عن العلاج .

لقد كانت الوسيلة لبلوغ هذا الحد من استعباد البشر في مستقبلهم ،وارتهانهم فيما عجلوه قبل أن يحصلوا عليه هو تيسير التداين .

ابتدعوا البيع المقسط للمنزل والسيارة والأثاث والنفقات الضرورية والكمالية ، في الإقامة والسفر ، وحتى في الترفيه في العطل . و ذبح رأس المال بحديه ثروات الناس ، فامتص من الوريد الأول الأرباح من بيع المنتجات ، وامتص من الوريد الثاني فوائض التأخير .

ثم تبين لهم أنه كلما كانت إجراءات الإنفاق أيسر ، كلما كان حجمها أكبر . وهو أمر ضروري يجده كل منا في الفرق بين الإنفاق بالنقود ، والإنفاق بالصكوك .هذه الصكوك والقيودات التي يقوم عليها التعامل البشري هي أيضا يسرت التبذير . فقد كان العامل يقبض نقودا يعدها ويفرح بها ويطوي عليها في أبلغ الأماكن أمنا داخل ثيابه .وربما حسبها أكثر من مرة . وكلما عاد إليها يحقق ما ذهب وما بقي يزداد قربا منها وإلفا لها وتقديرا لها . فاستُبدلت الصكوك بالنقود ،و ضعف تبعا لذلك التقدير الذي كان يربط صاحب النقود

بنقوده ، وسهل عليه تبعا لذلك إنفاقها . إنهم يحسبون كل أسبوع صعود الشراءات أو نزولها ، ويعتبرون ذلك المؤشر على سلامة الاقتصاد ونمائه، أو ركوده وأزمته .

هذا هو الدافع الأول في نظري لهذه البطاقة التي هي موضوع البحث، و التي برزت للوجود في الربع الأخير من القرن العشرين ، بما استفادته من التقدم الهائل والسريع في الاكتشافات الإلكترونية ، وما أتاحته من سرعة الاتصال مع الدقة. ولاشك أن لها جوانب إيجابية ليست على مرتبة سواء بين العالم المتقدم اقتصاديا ، والعالم الفقير أو الساعي للخروج من الفقر .

و إني لا أقصد من هذه المقدمة أن أحذر من استخدام هذه البطاقة . أبدا ، ولكن الذي أردت في مقدمة بحثي أن ألفت إليه الأنظار ، هو مقدار الحاجة الملحة لتربية الأمة الإسلامية ، تربية تقودها بها عقولها لا عواطفها ،تربية المسؤولية لا تقتير ولا إسراف ، ولكن طريقا بين ذلك قواما .

تعريف بطاقة الائتمان = هو مركب من كلمتين (بطاقة) (ائتمان)

أما البطاقة فهي قطعة بلاستيكية لها مواصفات فنية عالمية محددة ، تكون قاسما مشتركا بين مختلف المؤسسات المصدرة لها . تضمن تلك المواصفات الاطمئنان على بقائها سليمة لا تزور ولا يعبث ببياناتها .

لها وجهان . أما الوجه الأمامي فيشمل البيانات التالية

اسم وشعار المؤسسة المصدرة لها .اسم وشعار المنظمة العالمية التي تتبعها البطاقة (فيزا – اميركان أكسبرس – ....)رقم البطاقة ، وقد تعورف على تركيبه من ستة عشر رقما . اسم حامل البطاقة . تاريخ انتهاء صلوحيتها ..

أما الوجه الخلفي فيشمل البيانات التالية

الشريط الممغنط الذي تُثَبّت فيه جميع البيانات الخاصة بحامل البطاقة . والسقف المحدد له التعامل به . الشريط المخصص لتوقيع صاحب البطاقة (العميل) . رقم البطاقة مطبوعا على الشريط المخصص لتوقيع العميل . شعار يفيد أن العميل يستطيع استخدام البطاقة لعمليات السحب

الفوري من أجهزة الصرف التي تحمل نفس العلامة ، جملة قانونية خاصة بالبنك المصدر ، تفيد أن البطاقة ملك للبنك ، ويجب إعادتها للمؤسسة المصدرة عند العثور عليها .

وأما الإئتمان فهو مصدر ائتمن قال تعالى فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانتـــه . يقول الشيخ ابن عاشور : أي وثق بعضكم بأمانة بعض (١)

وعرف مجمع الفقه الإسلامي بطاقة الائتمان غير المغطاة :

((مستند يعطيه مصدره < البنك المصدر> لشخص طبيعي أو اعتباري < حامل البطاقـــة > بناء على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع ، أو الخدمات ، ممن يعتمد المستند < التاجر > دون دفع الثمن حالا . لتضمنه التزام المصدر بالدفع . ويكون الدفع من حساب المصدر ، ثم يعـــود على حاملها في مواعيد دورية، وبعضها يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع ، بعد فترة محددة من تاريخ المطالبة وبعضها لا يفرض فوائد)) (٢) كما أصدر قبل هذا القـــرار قرارا قريبا منه أضاف فيه : ومن أنواع هذا المستند ما يمكن من سحب نقود من المصارف .(٣) فالبطاقة تعطي لقابل التعامل بها الثقة في استخلاص ما سلمه بواسطتها للعميل. وهذا التحديد لا يعطي صورة دقيقة ، كما يعبر عنه المناطقة بالحد الجامع المانع ،لأنواع هذه البطاقة .ذلك أن العقد يختلف بين المؤسسات المصدرة لها في الشروط التي يضبطها كل بنك مصـــدر حســـب تصوره ، وتبعا لما بين أنواع البطاقات من فوارق .

ولذا فإن التعرف على هذه البطاقة يكون أوضح بعد تتبع الأطراف الداخلة في التعامل بهـــا ، وضبط ما لكل واحد منهم من حقوق وواجبات ، ثم ضبط الحكم الشرعي

---

(١)التحرير والتنوير ج٣ ص١٢٣

(٢)المجلة ع ١٢ ج٣ ص٦٧٨

(٣) المجلة ع ٧ ج١ ص٧١٧

الأطراف التي تدخل في التعامل بها :

أولا = المنظمة الأم ٠

هي الهيئة التي تنظم طريقة التعامل بهذه البطاقة في الحدود العامة المشتركة بين جميع مصدريها ، ويشترك فيها البنوك والمصارف التي ترضى بالانتساب إليها مقابل دفع معلوم اشتراك سنوي ٠ وكذلك معلوم آخر كان يدفع كل ثلاثة أشهر فأصبح اليوم يدفع كل شهر ٠والاشتراكات التي تدفعها البنوك والمصارف والمعا ليم تمثل أهم دخل لهذه المنظمة ٠ ولا تهدف إلى الربح بل تغطية نفقاتها فقط ٠

وتهدف إلى إيجاد الإمكانية المالية للتطوير ، وتقديم كل ما هو جديد من أساليب التكنولوجيا الحديثة ، و القيام بالتدريب وعقد ندوات لتعريف المسؤولين والمشرفين على تأدية الخدمة بالوسائل الفنية والإجرائية والمشاكل المتعلقة بالخدمة ٠ ومن أهم خدماتها التي تقدمها لأعضائها ٠

- البرامج المتعلقة بخدمة التفويض
- برامج المقاصة والتسويات
- برامج السحب الآلي وخطوط الاتصالات الدولية
- تقديم الحلول المناسبة لتسوية المشاكل التي قد تحدث بين أعضائها ٠

مواردها :

- إيرادات الاشتراكات للتحصيل على العضوية ٠ وهي أهم إيراداتها
- إيرادات الربع سنوية التي يدفعها البنك المصدر للمؤسسة الأم ، والتي أصبحت تدفع شهريا٠

(١) نشرة البنك الإسلامي الأردني عمان ١٧/١٦ تموز ١٩٩٦ ص ٢ بتصرف

- ثمن البرامج التي تقدمها لمساعدة الأعضاء
- الرسوم على بعض الخدمات

- الفوائد التي تحصُل عليها من فائض السيولة عند استثماره بالطرق التي تقدر أنهـــا أفضـــل. والملاحظ أني لم أجد أي باحث تحدث عن هذا الأمر . واعتقادي أنه طبيعي في النظام الرأسمالي

ثانيا البنك المصدر =

هو المؤسسة المالية التي اشتركت في المنظمة الأم . فيزا – أميركان اكسبرس - ماستر كارد ...- وتمكن حريفها من البطاقة التي يستعملها لقضاء شؤونه مع من يقبل التعامل بها عوضا عن النقود.

مؤدى تسليم هذه البطاقة: أن المصدر ملتزم بخلاص كل ما يرد عليه من قيم مالية ترتبت في ذمة العميل صاحب البطاقة بموجب استعماله لها في مشترياته أو مقابل خـــدمات ،أو ســـحب نقدي. و لما كانت البطاقات مختلفة ، فلكل نوع من أنواعها خصائص في الائتمان ســـنتبينها فيما بعد

ثالثا البنك التاجر =

هو البنك الذي يعمل على انتشار الذين يقبلون التعامل بالبطاقة من التجار والفنادق وشـــركات الخدمات....

ويقوم بتمكين المتعاملين من الأجهزة الألكترونية التي يمكن بها قراءة البطاقات والاتصال بالبنك المصدر عندما تدعو الضرورة لذلك . كما يقبل المستندات الموقعة من العميل والتي تثبت المبالغ التي ترتبت في ذمته ، ويقوم بخلاصها ويحيلها على البنك المصدر . ويقتطع لنفسه نسبة من القيمة الجملية التي تطرح مما التزم العميل به .

رابعا العميل حامل البطاقة =

وهو الشخص الذي يتقدم للبنك بطلب للبنك المصدر من أجل التحصيل على البطاقـــة .فـــإذا وافق البنك سلمه بطاقة تستجيب للنوع الذي تم العقد عليه بينهما .

وهذا العميل هو قطب الرحى الذي من أجل تيسير أمر الإنفاق عليه وجد النظام.

خامسا مناطق الإنفاق =

تمكن البطاقة حاملها من شراء السلع من المحلات التي تقبل البطاقة وسيلة دفع . ومن شراء تذاكر الطائرات ، ووسائل النقل كذلك . ومن تقديم التزيل في الفندق أو في المطعم البطاقة لخلاص ما هو متخلد بذمته كذلك .

كما يمكنه أن يسحب بها النقود من البنك المصدر أو من أماكن السحب الآلي التي ترتبط البنك المصدر فقط أو بجملة من البنوك المصدر أحدها، وينص في البطاقة على ذلك

الطريقة التي يتم التعامل بها بالبطاقة =

يقدم حامل البطاقة للجهة التي تعامل معها بطاقته لخلاص ما هو مطالب به . عند التاجر أو الفندق أو شركة الطيران ...

يقوم المستحق للخلاص بالتثبت في البطاقة للتأكد من سلامتها ، ومن هوية العميل ، وأن ما هو مطالب به لا يتجاوز السقف المسموح به في البطاقة. فإذا تجاوزه اتصل إلكترونيا بالبنك (الذي كون معه العلاقة) التاجر أو المصدر ، ليأذن له إذا أراد في التجاوز. وإن رفض فلا تتم المعاملة . ثم يقدم للعميل فاتورة في ثلاثة نظائر تتضمن ما تخلد بذمته بالأرقام والحروف ، فيوقع عليها ويتسلم نسخة منها . ويحتفظ لديه بنسخة .

ثم يتقدم المستحق للخلاص بالنسخة الثالثة إلى البنك التاجر ، إذا كان دخوله في النظام عن طريقه ، أو إلى البنك المصدر إن لم يتوسط البنك التاجر .و بمجرد ما يقدم الوثيقة يتحصل فورا على قيمة الفاتورة. ويطرح من قيمتها نسبة مئوية لا تتجاوز عادة 4% . ثم يعود البنك التاجر على مصدر البطاقة ليتحصل على ما سلمه للتاجر ، ويتقاسمان ما حسمه على نسبة متفق عليها مقدما .

وكذلك يمكن لحامل البطاقة أن يتحصل على النقود ، إذا كانت بطاقته لها هذه الميزة . فيتقدم إما إلى البنك المصدر ، وإما إلى أحد فروعه ليحصل في حدود السقف المخول له بالبطاقة على النقود . وإما أن يسحب من أجهزة الصرف الآلي.

إن كل الشروط للسحب أو الاستخدام مثبتة على الوجه الثاني من البطاقة .

أنواع البطاقات =

البطاقات متنوعة . وذلك تبعا لما يملكه صاحبها من رصيد في البنك المصدر يغطي تعاملاته ، أو عدم وجود رصيد كاف لتغطيتها ولكنه ملتزم عند مطالبته في نهاية كل شهر بخلاص البنك المصدر في جميع ما هو مطالب بدفعه من النفقات التي تمت بواسطة البطاقة . وإما أن يعلمه البنك المصدر بنفقاته ، وهو مختار بين التقدم لخلاصها أو أن يوظف عليها فائض يومي يتناقص بمقدار ما يدفع من ديونه تلك.

النوع الأول البطاقة المغطاة =

هي البطاقة التي يتسلمها العميل بعد أن يكون قد أودع في المؤسسة المالية من المال ما يغطي السقف المسموح له بإنفاقه استنادا إلى البطاقة.

وهذا النوع من البطاقات وإن انتشر إصداره في المؤسسات الإسلامية ، إلا أنه محدود التعامل به جدا في البنوك التقليدية . وذلك لأن الغاية من استحداث هذا النوع تيسير التداين على المستهلكين لزيادة الاستهلاك من ناحية ، وليتوفر من ناحية أخرى لأصحاب رأس المال التحصيل على فوائض التأخير ، وليكون استهلاك العالم ونفقاته تفوق إنتاجه فيرتهن للمؤسسات المالية والتجارية طيلة حياته .

العلاقة التعاقدية بين مصدر البطاقة المغطاة وبين صاحبها = هي علاقة عقد وكالة . فالعميل الحامل للبطاقة قد وكل البنك المصدر ،بأن يدفع لكل من يتقدم بوثائق ممضاة منه بناء على ما حصل عليه من سلع أو خدمات ، وكله بخلاصها من رصيده الذي أودعه عنده .

العلاقة بين البنك المصدر وبين مقدم السلعة أو الخدمات للعميل = إن التاجر أو مقدم الخدمات إذا سلمه العميل البطاقة ليختبرها ، ثم يقبلها كوسيلة للخلاص ، فإنه يعتبر المؤسسة المصدر ضامنة لخلاص ما تخلد في ذمة العميل . فالعقد هو عقد كفالة ، أي إن التاجر مطمئن بأن البنك المصدر سيمكنه من خلاص ما هو مطالب به ، وأنه ضامن لذلك .

كما يمكن أن يعتبر البنك المصدر محالا عليه من طرف العميل . أي إنه وجد في العملية ثلاثة أطراف . ١) دائن فقط وهو التاجر أو مقدم الخدمة . ٢)دائن ومدين وهو العميل فهو مدين

للتاجر أو مقدم الخدمة ، وهو دائن للمصدر باعتبار أنه قد أودع في حسابه عند ه المبالغ التي تخلدت بذمته ٠ ٣) مدين فقط وهو المصرف الذي أصدر البطاقة فهو مدين للعميل بما أودعه عنده ٠

إنه بعد تقديم البطاقة لمن يعتمدها كوسيلة لخلاص ما هو دائن به ، وإبراء العميل من المطالبة ، وتعلق المطالبة بالبنك المصدر لا نجد في الحقيقة عقودا تمت بين الأطراف ٠ ولكنا لما تابعنا هذه العلاقات وأردنا أن نطبق عليها الصور المعروفة في الفقه الإسلامي من العقود المسماة ٠ وجدنا أن العميل إن نظرنا إلى علاقته بالبنك المصدر وجدناه دائنا ، ووجدنا أنه حسب شروط الإيداع يجب عليه أن يدفع من الرصيد ما يطالَب به العميل بالوثائق المضبوطة عند الطرفين ٠ فيمكن أن نصور المصدر وكيلا بالدفع من الرصيد ، ويمكن أن نصوره كمحال عليه ٠ ولكن لما كان العميل قد يتعلق بذمته ديون بنقد مختلف عن النقد الذي أودعه عند البنك ، كما إذا تم الشراء بعملة مختلفة عن عملة الرصيد ،فإنه تبعا لذلك لا يقبل عند مالك والشافعي وأحمد،أن يخرج على الحوالة ، لأنهم يشترطون اتحاد الجنس في الحوالة ٠ وأما الحنفية فإنهم وإن أجازوا الحوالة بالدنانير على الدراهم والعكس (وفي معنى ذلك عملة بعملة أخرى) فإنهم يشترطون مراعاة شروط الصرف ، فلا يفترق المحال عن المحال عليه قبل التقابض ٠ وهذا ما لا يتحقق في الواقع ٠ فتخريج العلاقات على الوكالة تسلم به المعاملة ٠فيكون المصدر للبطاقة يقضي الدائن (التاجر)بمقتضى الوكالة ٠ ويقيد على العميل ما أخذه من رصيده، حسب سعر الصرف في الوقت الذي أتم فيه عملية الصرف ٠وللوكيل أن يتولى الصرف عن الموكل كما له أن يتولى خلاص ما هو مطالب به حسب ما تقتضيه الوكالة٠

العلاقة بين البنك التاجر والبنك المصدر والتاجر =

ما صورنا به التخريج السابق هو فيما إذا كان الدائن (التاجر أو مقدم الخدمة) يتوجه إلى البنك المصدر مباشرة ٠ و نسبة ذلك قليلة جدا ٠ إذ في معظم صور التعامل يتوجه الدائن إلى (البنك التاجر) الذي هو الوسيط الذي يمثل أكثر من مؤسسة مصدرة خاصة في المدن الكبرى ٠ وكذلك الأمر في استخدام البطاقة خارج الحدود الوطنية ٠ فإذا نزل حامل بطاقة من بنك

الإمارات العربية المتحدة في فندق بلندن أو واشنطن وقدم للفندق بطاقة فيزا مثلا ، فإن صاحب الفندق إذا كان من الذين يتعاملون مع الفيزا فإنه يتحتم عليه أن يقبل البطاقة إذا كانت سليمة ، ثم يتوجه بالقسيمة التي يمضيها العميل إلى بنكه فيتقاضى حالا المبلغ المثبت بعد أن يخصم منه ما هو متعارف عليه في ذلك البلد ، وبنكه يقدم تلك الوثائق إلى البنك المكلف في المدينة باستخلاص ما تم خلاصه ببطاقات الائتمان .ثم بتم الاتصال بالبنك المصدر في الإمارات ويستخلص منه المبالغ التي تم إنفاقها من العميل الحامل للبطاقة. والفرق بين القيمة المثبتة على القسيمة و القيمة التي تسلمها التاجر توزع بين البنوك التي تولت العملية على نسبة معلومة ومتفق عليها مقدما .

إن التاجر أو مقدم الخدمات لما توجه إلىبنكه في بلده فذلك بناء على أن هذا النظام ، هو نظام تضامن فيه كل القائمين عليه في أطراف المعمور ة.وأن معوقات نشر استخدامه قد تم التغلب عليها ، فعم الاطمئنان لا عتماده كوسيلة قبض للمستحقات وانتفى كل تردد أو مماطلة . فالكفالة واضحة كمبنى للتعامل بها . فالبنك التاجر أو البنك الجهوي كالبنك المصدر كل واحد على طريق التتابع ضامن لخلاص ما هو مطالب به صاحب البطاقة. وينتهي الضمان بالخلاص من مال العميل بناء على الوكالة .

إشكالات توجب النظر=

الإشكال الأول =

بينا أن البنك المصدر والبنوك الوسيطة يحسمون من المبالغ التي يطالبون بها نسبة مئوية يتقاسمونها بينهم ، وأن القيود في حساب العميل حامل البطاقة هي على المبلغ غير محسوم منه أي مبلغ . فهل يحل للبنك الإسلامي أن يقتطع لنفسه نسبة مئوية من المبالغ التي يطالب بخلاصها بصفته وكيلا على خلاص ما تخلد بذمة حامل البطاقة ؟

أجاب عن هذا الكاساني . قال : إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه ، حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسرة أو زيوفا ــ وتجوز به المطالبة - يرجع عليه بالصحاح الجياد . لأنه الأداء ملك ما في ذمة الأصيل ، فيرجع بالمؤدى ، وهو الصحاح الجياد (١).

ويقول السرخسي : وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم وبها كفيل فصالحه على مائة درهم ، على أن وهب التسعمائة للكفيل ، كان للكفيل أن يرجع بالألف كلها على المكفول عنه ، لأنه ملك جميع الأصل وهو الألف بعضها بالأداء وبعضها بالهبة منه . والبعض معتبر بالكل . وهذا لأن

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٧

الهبة تمليك في الأصل ، فمن ضرورة تصحيحه تحول الدين إلى ذمة الكفيل ، فلا يبقى للطالب في ذمة الأصيل شيْ ، ويتحول الكل إلى ذمة الكفيل ، ثم يتملكها بالهبة والأداء ، فيرجع بها على الأصيل. ولو صالح الكفيل الطالب على عشرة دنانير ، أو باعه إياه بعشرة دنانير ،كان للكفيل أن يرجع على الأصيل بجميع الألف ، لأنه بهذا الصلح والشراء يتملك جميع الألف . ومن ضرورة صحتها تحول الدين إلى ذمة الكفيل ، فإن الصلح من غير جنس الحق يكون تمليكا كالبيع.

الإشكال الثاني =

هل يجوز أن تكون البطاقة وسيلة دفع في شراء الذهب والفضة ؟.

إنه في التعامل بالبطاقة لا يتم السحب من رصيد صاحبها إلا بعد مرور ٤٨ ساعة في معظم الأحوال. والصرف (شراء الذهب والفضة) بالنقود يجب فيه التناجز . ولا يجوز التأخير .

روى الإمام مالك في موطئه عن مالك بن أوس بن الحدثان النصري ، أنه التمس صرفا بمائة دينار ، قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله ، فتراوضنا حتى اصطرف مني ، وأخذ الذهب يقلبها في يده ، ثم قال : حتى يأتيني خازني من الغابة ، وعمر بن الخطاب يسمع ، فقال عمر : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء .

قال أبو عمر بن عبد البر : (لاخلاف بين علماء الأمة أنه لا يجوز النسيئة في بيع الذهب بالورق) فهذه قضية مجمع عليها مستندة إلى النصوص الصحيحة . ولذا فإن التعامل في النقدين بالبطاقات لا يجوز فلا تكون البطاقة وسيلة دفع .

الإشكال الثالث =

جاء في ختام قرار مجمع الفقه الإسلامي ما يلي :

رابعا =لا يجوز شراء الذهب والفضة وكذلك العملات النقدية بالبطاقة غير المغطاة (١) إن قصر المنع على البطاقة غير المغطاة يفهم منه جواز التعامل في الذهب والفضة بالبطاقة المغطاة .

هذا و إنه لم يتبين لي وجه الفرق بين البطاقة المغطاة ، والبطاقة غير المغطاة . وذلك لأن البطاقة غير المغطاة كما سيأتينا وجه تخريجها : أن البنك يتولى إقراض حاملها بمجرد ما تحال عليه المطالبة. مما يجعل رصيد العميل في حال إيداع المال منه أو في حال إيداع البنك ما هو مطالب به سواء . إذ في الحالتين يتم إنجاز ما العميل مطالب به بلا فرق . والقضية لا تعلق فيها بكون الدفع للبدل هو من مال العميل المودع أو من مال البنك بصفته مقرضا . وإنما الإشكال وارد من تأخير قبض أحد البدلين ، وهو ما يدفعه البنك المصدر ، تأخيرا يصل إلى ٤٨ ساعة أو ما يقاربها. وتأخير أحد البدلين في الصرف لا يجوز .

الإشكال الرابع =

جرى العرف عند قبول التاجر للبطاقة أنه إذا كان السحب لا يبلغ مائة دينار فإن التاجر لا يخابر المصدر . وبهذا فإن حامل البطاقة المغطاة يمكنه أن يتجاوز السقف المحدد له ،وذلك بالتحصيل من محلات متعددة على ما دون مائة دولار الأمر الذي يكشف حسابه . وقد يتضاعف مرة أو مرتين عن السقف المخول له التعامل به . فيختل التعاقد الذي عقده مع المصدر . ولكن رغم ذلك فإن التجار ومقدمي الخدمات لا يتضررون ، لأنهم يستحقون قبض ما تخلد بذمة صاحب البطاقة بمجرد ما يقدمون القسيمة الممضاة . ويترتب على ذلك أن مصدر البطاقة يلزم قطعا إيداع المبلغ الذي تجاوز به إيداعاته ، كما أن للمصدر أن يسحب منه البطاقة .

النوع الثـــاني البطاقة غير المغطاة مع فترة سماح =

هذه البطاقة لا تختلف في شكلها وفي قبولها كوسيلة دفع عن البطاقة المغطاة ، إذ مقدم السلعة أو الخدمة لا يهمه أن تكون مغطاة أولا . لأنه يستحق بمجرد ما يقدم للمصدر أو للبنك التـــاجر ،القسيمة الممضاة ، قبض ما تخلد بذمة حاملها .

ولكن الفرق بينهما يظهر في تحديد العلاقة بين أطراف التعامل .

إن هذه البطاقة يتم التعامل بها على النحو التالي بين صاحبها ومصدرها .

كلما قدمها حاملها لمن يقبل التعامل بها يستطيع أن يحصل على السلعة أو الخدمة بعد التثبت من سلامتها ، فتنشأ علاقة دين بين مقدم الخدمة أو التاجر كدائن ، وبين المصـــدر كمـــدين ،ولا علاقة بينه وبين صاحب البطاقة بعد إمضاء القسيمة. وعندما يقدمها إما إلى البنـــك التـــاجر أو المصدر ويتم خلاصها فإنه تنشأ علاقة بين المصدر والحامل ، هي أن المصدر أقرض الحامل المبلغ المطلوب .

إن المصدر بصفته دائنا يبعث لحاملها في نهاية كل شهر قائمة المبالغ التي تولى قضاءها مقرضا إياه بها . ويطلبه أن يسدد ما تخلد بذمته مع إعطائه فترة سماح ما بين شهر أو أربعين يوما ، وهو أمر معلوم لهما من بداية عقد تسليم البطاقة . ولا يترتب على العميل أية زيـــادة .فـــإذا وفى العميل بالتزامه انتهت المطالبة ، واستمر في حدود الأجل مخول له الحق في استخدامها . وإن لم يوف سحب منه البطاقة وألزمه بخلاص ما تخلد في ذمته . وقد يحمله نفقات التقاضي إن احتيج إليه .

هذا النظر العام يبدو منه سلامة المعاملة وبناء عليه أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة قرار يقضي بسلامة التعامل بالبطاقة على هذا النحو . يقول :

ثانيا =يجوز إصدار البطاقة غير المغطاة ، إذا لم تتضمن شرط زيادة ربوية على أصل الدين ولكن بالتأمل في المسلك الذي يأخذه التعامل بها ، فإنا نجد أن التاجر يحسم له من مبلغ المعاملة نســـبة مائوية تبلغ لدى بعض البنوك 5%- وهذا ما يفرض النظر في ناحيتين :

أولاهما = حكم حسم هذا المقدار من المبلغ المطالب به ، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي الـــدولي بجدة جواز ذلك إذ يقول :

ب) يجوز أخذ البنك المصدر من التاجر عمولة على مشتريات العميل منه ،شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة يمثل السعر الذي يبيع به بالنقد.

ثانيتهما = من الذي يثقل عليه المبلغ المحسوم ؟

أما الناحية الأولى فإنه لا مانع من قبول الدائن أقل من المبلغ الذي له مع حلول دينه. والدين في التعامل بالبطاقة حال كما أكدنا عليه مرارا .

وأما الناحية الثانية فإن المصدر قد توسط بين حامل البطاقة فأقرضه ، وبين الطالب فدفع له دينه والمبلغ الذي دفعه كقرض للعميل هو أقل من المبلغ الذي سيطالب به العميل في نهايـــة الشـــهر بمعدل 2% مثلا.فإذا اشترى العميل بقيمة مائة دولار مثلا ، فإنه سيدفع عند المطالبة مع فترة السماح مائة دولار ، وإن كان المصدر لم يقرضه في الحقيقة إلا ثمانية وتسعين دولارا. فزيـــادة دولارين على مقدار القرض ربا . وذلك لأن دخل البنوك يتمثل في أخذ كراء المال .فالصفقة عندما عقدها البائع هو يعلم مقدما أنه سيحسم من القيمة ما هو متعارف عليـــه ، وأنـــه وإن كتب مائة دولار ،فإنه لا يقبض منها إلا خمسة وتسعين . ففي باطن الأمر وقع العقد علـــى أن المشتري يدفع مائة دولار ، وأن البائع يتقاضى خمسة وتسعين حالـــة ، وأن الفـــارق تتقاسمـــه الأطراف الداخلة في النظام ، وأن المصدر يفوز بنصيب منه 2%،وأنه عندما يقـــرض المصـــدر المشتري حامل البطاقة الخمسة والتسعين ، فإنه مطالب بأن يدفع له عند الأجل الذي هو مـــابين شرائه ونهاية الشهر مع إضافة فترة السماح المائة كاملة . فالذي دفع الخمسة هو حامل البطاقة لا التاجر . ومما يدل على هذا ما ذكره الكاساني في كتاب الكفالة ، قال : فصل. وأما ما يرجع به الكفيل فنقول وبالله التوفيق : إن الكفيل يرجع بما كفل لا بما أداه حتى ولو كفل عن رجـــل بدراهم صحاح جياد ، فأعطاه مكسرة أو زيوفا ، وتجوز به المطالبة ، يرجع عليـــه بالصـــحاح الجياد .**وليس هذا كالمأمور بأداء الدين له أن يرجع بالمؤدى لا بالدين ، لأنه بـــالأداء مـــا ملك الدين ، بل أقرض المؤدى من الآمر فيرجع عليه بما أقرضه**

هذا ما جعلني أتوقف في قرار المجمع . وقد يكون ما تم ناتجا عن النظر إلى العلاقة بين التاجر والمصدر ، مع أن السلسلة مترابطة بين العناصر الثلاثة –حامل البطاقة –مقدم السلعة أو الخدمة – المصدر والوسطاء في العملية – وهذا الترابط هو الذي قامت عليه بطاقات الائتمان فكرا وتطبيقا . والاختلال في حلقة من حلقات السلسلة يؤدي إلى الاختلال في جميعها.

على أننا إذا رفعنا الغطاء لنقوم النتيجة ، فإننا نجد أن هذه المعاملة فيها ربا فاحش ، أضعاف مضاعفة مع سعر البيبور والليبور . لأن معدل 2% الذي يفوز به المصدر هو زيادة عن شهر وقرض لمدة شهر ونحوه ، وأما في السنة فإنه يتجاوز 20%

النوع الثالث البطاقة غير المغطاة مع تقسيط الدين =

هذه هي البطاقة الأكثر رواجا في العالم . حظها من المعاملات حوالي 80% . وهي تتفق مع سابقتها إلا في شيء واحد ، هو أن حاملها ليعلم في نهاية كل شهر بما تخلد في ذمته من مشتريات وقيمة خدمات ، ثم هو مطالب بخلاص ذلك إما حالا ، وإما مقسطا ، ويضاف إلى مبالغ القسائم التي أمضاها فائض ربوي يتناسب طردا

(١)بدائع الصنائع ج ٥ ص ٧

وعكسا مع القيمة والزمن . فحامل البطاقة له الخيار في تعجيل الدفع فلا يطالب بأكثر مما في القسائم وأن يتأخر عن الدفع فيحسب له عن كل يوم الفائض المرتبط بالمبلغ إلى يتم التسديد

هذا النوع قد حرمه معظم الناظرين من الفقهاء المعاصرين . ولكن بعضهم ، فرق بين أن يلتزم حامل البطاقة بتسديد ما هو مطالب به عاجلا وبدون تقسيط ، فهو بهذا العزم قد أسقط الشرط . ومع سقوط الشرط يصح التعامل بها .لأن الناحية التي أوجبت التحريم هي الزيادة في مقابل التأخير وهي لم تتحقق .وقاسه على حديث بريرة من إمضاء العقد وسقوط الشرط .

وهذا لا يصح فقها لأمور :

١) إن حديث بريرة بأنه بيع اقترن العقد فيه بشرط فصحح الرسول صلى الله عليه وسلم العقد وألغى الشرط ، لا يصح تنظير المسألة به . ذلك أن العقد في حديث برية توفرت أركانه صحيحة . البائع والمشتري والثمن والمثمن . وكلها أركان صحيحة . إلا أن أهل

بريرة اشترطوا أن يكون الولاء لهم . وهذا الشرط لا يملكه المشتري ولا البائع ، لأن الميراث له أسباب من جملتها الولاء . والسبب من خطاب الوضع لا يملك أحد إسقاطه. فشرط أهلها على عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن تسقط الولاء ، شرط لا تملك عائشة تنفيذه. لأن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب لا يملك أحد التصرف فيه تصرفا يحوله عن وضعه الشرعي ، فيجعل الميراث لبائع الرقيق دون معتقه . أما مسألة البطاقة غير المغطاة التي يتحمل فيها حاملها عند العقد أن يدفع فائضا كلما تأخر ، فالثمن هنا هو الذي شرط فيه الربا . والثمن لا يحل أن يعقد على أنه يحتمل أن يكون ما اتفقا عليه عند العقد إن دفع الثمن عند المطالبة أو أن يضاف إليه عند التأخير ربا التأخير .فأحد أركان البيع غير صحيح ولا جائز .

٢) إن التزام حامل البطاقة أمر لا يعلم أنه في المستقبل يمكنه الوفاء به أولا . لأن إسراعه بالدفع مرتبط بتوفر المال لديه عند المطالبة . وذلك لا يملكه على سبيل القطع لأنه مغيب .

مالك البطاقة =

البطاقة هي ملك للمصدر . له أن يسحبها من صاحبها متى شاء . ولكن من المعلوم أنه لا يرغب في سحبها إلا إذا تبين للمصدر أن العميل لا يوفي بالتزاماته .

ولما كانت البطاقة ملكا للمصدر فإن حاملها يكون ملزما بإبلاغ المصدر أو من يعينه من المراكز بضياع البطاقة أو سرقتها . وأن الإخلال بذلك يجعل حامل البطاقة مسؤولا عنا ترتب من سوء استعمال لها . وإن كان هذا لا يؤثر على التاجر في استخلاص ما تم ائتمانه لها إذا هو لم يقصر في التثبت .

والله أعلم وأحكم وهو حسبي ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم . كتبه فقير ربه راجي عفوه وفضله .

التحكيم في المعاملات المصرفية

الدكتور محمود سمير الشرقاوي
كلية الحقوق جامعة القاهرة

لا تخفى أهمية دور البنوك في مجال التعامل التجاري على المستويين الداخلي والدولي ، سواء في ذلك فيما يتعلق بالعلاقة بين البنك وعميله أو في العلاقة بين البنوك ذاتها Inter-banks ، لذلك انصرف الاهتمام نحو تقنين القواعد الخاصة بتنظيم المعاملات المصرفية منذ فترة طويلة ، خاصة على المستوى الدولي لما تتميز به هذه المعاملات من طبيعة دولية تسهم في ازدهار التجارة الدولية.

وقد اهتمت غرفة التجارة الدولية بباريس بوضع تنظيم خاص لقواعد الاعتماد المستندي ، فوضعت أول مجموعة للعادات والأعراف الموحدة في مجال الاعتمادات المستندية[1] (UCP Uniform Customs and Practice for Documentary Credits) منذ سنة ١٩٣٣ ، ثم قامت بتعديلها وتطويرها وفقاً لحاجة التعامل وتطور الأساليب والعادات المصرفية ، فعدلت في السنوات ١٩٥١ و١٩٦٢ و١٩٧٤ و١٩٨٣ وأخيراً في سنة ١٩٩٣ وبدأ العمل بها في أول يناير ١٩٩٤. وقد لاقت مجموعة العادات والأعراف الموحدة قبولاً دولياً كبيراً حيث تتبناها البنوك في أكثر من ١٦٠ دولة [2] ، وقد بلغة نسبة الاعتمادات المستندية التي تخضع لها حوالي ٩٥% من مجموع الاعتمادات المستندية على مستوى العالم[3].

---

١) منشورات غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠، ويعتبر النص الإنجليزي لهذه القواعد هو النص الملزم .

٢) مؤلفنا بعنوان منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي ، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩رقم ٣١.

٣) من ذلك القانون السوري سنة ١٩٤٩، والقانون الليبي سنة ١٩٥٤ والقانون التونسي سنة ١٩٦١، والقانون الأردني سنة ١٩٦٦، والقانون اليمني سنة ١٩٧٦، والقانون الكويتي سنة١٩٨٠، والقانون الإماراتي سنة ١٩٩٣ والقانون المغربي سنة ١٩٩٦، وقانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

كذلك اهتمت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL)، بتنظيم قواعد خطابات الضمان المصرفية ، وأبرمت اتفاقية خطابات الضمان المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة في ١١ديسمبر سنة ١٩٩٥، كما وضعت اللجنة القانون النموذجي بشأن تحويلات الاعتمادات الدولية سنة ١٩٨٩.

ولا شك أن الاهتمام بتنظيم المعاملات المصرفية ، كان هدف المشرعين في الدول العربية، بعد أن كانت خاضعة للقواعد العرفية المصرفية[1] .

المعاملات المصرفية الالكترونية :

كان من شأن تطور التجارة الدولية، وتبنيها للوسائل الحديثة للاتصالات، ونظام التبادل الالكتروني للبيانات، واهتمام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بوضع قانون نموذجي للتجارة الالكترونية، وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٩٦، ، أن أقبلت البنوك على استعمال الوسائل الالكترونية الحديثة في معاملاتها ، حيث لا يستغرق تنفيذ العملية أكر من ثوان محدودة[2] ، مما يساعد على ازدهار وتشجيع التبادل التجاري الدولي الذي يعتمد أساساً على البنوك في تنفيذ نشاطه ، خاصة في مجال الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والتحويلات المصرفية الدولية.

وقد أدت التطورات التكنولوجية الحديثة في مجال التجارة الدولية إلى ظهور الاعتماد المستندي الالكتروني ، الذي يتضمن نص الاعتماد الكترونياً إلى المستفيد ،كما يرسل المستفيد الكترونياً مستندات البضاعة سواء بنفسه مباشرة، أو عن طريق الأطراف المشاركة في العملية كالشاحن والمؤمن وشركة التفتيش على البضاعة ومعاينتها، والتي تصدر إلى البنك المنفذ للاعتماد رسائل إلكترونية تتضمن المستندات المطلوبة لتنفيذ الاعتماد ، كما يتم تنفيذ الاعتماد الكترونياً من البنك إلى المستفيد .

---

١) مثل شبكة السويفت Swift ووسائل الاتصال عن بعد Tele-transmission ، ونظام التبادل الالكتروني للبيانات EDI، انظر بحثاً للدكتور حسين شحادة الحسن بكلية الحقوق جامعة حلب والمقدم إلى المؤتمر الثالث للقانونيين المصريين المشار إليه آنفاً.

وقد نصت المادة ٢٠/ب من القواعد الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجار الدولية (نشرة ٥٠٠) على أن المستندات الصادرة عن وسائل تقنية حديثة كـالكمبيوتر ، تعتبر مستندات أصلية ، وتبدو عند الاقتضاء أنها موقعة[١].

حل المنازعات المتعلقة بالمعاملات المصرفية :

نشأ عن المعاملات المصرفية عدة منازعات ، سواء فيما بين البنك والعميل، أو فيما بين البنوك التي تتعاون لتنفيذ إحدى العمليات المصرفية . وهذه المنازعات قد تؤدي إلى طلب اتخـاذ إجراء وقتي ضد العميل أو ضد البنك بالإضافة إلى طلب الفصل في موضوع النزاع.

ومن المعلوم ، أن اللجوء إلى المحاكم أو قضاء الدولة ، هو الطريق الطبيعي للفصل في المنازعات المتعلقة بالمعاملات الصرفية.

وقد اكتسب التحكيم أهمية كبيرة كوسيلة لفض المنازعات ، خاصة علـى المسـتوى الدولي وذلك في مجال التجارة الدولية ، كما بدأ التحكيم يشق طريقه كوسيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الداخلية ، توفيراً للوقت الذي تستغرقه المحاكم عادة لحسم نزاع تجاري مما يلحـق أشد الضرر بالمتعاملين في هذا المجال.

وبالرغم من أن التحكيم يستند الأخذ به إلى إرادة المتعاقدين، واتفاقهم على الالتزام به كوسيلة لحسم ما قد ينشأ بينهم من أنزعة تتعلق بتنفيذ عقودهم ، ويستمد التحكيم إلزامه مـن اتفاق وتراضي أطراف النزاع على تبنيه ، وبرغم أن التحكيم قد وجد طريقه في الكـثير مـن المعاملات التجارية مثل عقود البيع الدولي للبضائع وعقود الإنشاءات الدولية ، وعقـود نقـل التكنولوجيا، إلا أنه لم يصادف هذا القبول فيما يتعلق بالمنازعات الناشئة عن المعاملات المصرفية، لأسباب سنعرض لها فيما يلي :

أسباب الإحجام عن التحكيم لفض المنازعات المصرفية :

عدد الشراح الأسباب التي أدت إلى عزوف البنوك عن تبني شرط التحكيم لفض ما قد ينشأ من منازعات سواء في معاملاتها مع عملائها ، أو في شأن المعاملات التي تتم فيما بينها.

---

١) البحث لسابق للدكتور حسين شحادة.

ونلاحظ أن عقود القروض الدولية التي تتم بين أحد المشروعات وإحدى مؤسسات التمويل أو البنوك ، أو فيما بين مؤسسات التمويل أو البنوك لتقديم قرض مشترك ، تتضمن عادة الاتفاق على أن تتم تسوية المنازعات وفقاً للقانون الإنجليزي أو قانون ولاية نيويورك ، أمام القضاء الإنجليزي أو أمام محاكم نيويورك.

ذلك لأن عرض المنازعات المصرفية على هيئات التحكيم، لا يروق عادة لرجال البنوك، إذ لديهم قناعة أن المحاكم أقدر من هيئات التحكيم على فهم طبيعة هذه المنازعات والفصل فيها طبقاً لأحكام القانون الواجب التطبيق أو لاتفاق المتعاملين ، فضلاً عن أحكام هيئات التحكيم غير قابلة للمراجعة على عكس أحكام القضاء ، كما أنه ليس هناك محكمون معروفون دولياً في مجال العمليات المصرفية الدولية ، يضاف إلى ما تقدم أن النظام التحكيمي مكلف من الناحية المالية على العكس اللجوء إلى القضاء[1].

وتخشى البنوك أن يؤدي التحكيم إلى البعد عن تطبيق القانون وتطبيق مبادئ العدالة بدلاً منه ، إذ تميل هيئات التحكيم بطبيعتها إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة، وهو ما قد يؤدي إلى ضياع حقوق البنوك والمؤسسات المالية الدائنة[2].

كما يضاف إلى ما تقدم من حجج تسوقها البنوك ، ما يتردد من أنه لا توجد سوابق تحكيمية في مجال التعامل المصرفي يمكن الرجوع إليها من قبل هيئات التحكيم . كذلك فإن هيئات التحكيم لا يمكنها أن تأمر بإجراءات تحفظية ، يكثر اللجوء إليها في المعاملات المصرفية[3].

---

١) Jacques Werner, the 7th Geneva Global Arbitration Forum, Journal of international Arbitration, 16,(1) March 1999, p.55.

٢) هاني سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص [دراسة تحليلية لنظام BOOT] دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١ ص٢٩٤ وما يليه.

٣) Marcus C. Boeglin , the 7th Geneva Global Arbitration Forum, Journal of International Arbitration, op. cit., p. 62&s.

جدوى اللجوء إلى التحكيم في المعاملات المصرفية :

ونرى أن الحجج السابقة ليست مقنعة لتبرير عزوف البنوك عن إدراج شرط التحكيم في عقودها سواء مع العملاء أو مع غيرها من البنوك ، ذلك أنه يجوز اللجوء إلى التحكيم في جميع المعاملات ذات الطبيعة الفنية مثل عقود الإنشاءات وعقود نقل التكنولوجيا ، دون خشية جهل المحكمين بطبيعة المنازعات الناشئة عن مثل هذه العقود ، إذ يتوقف الأمر على حسن اختيار المحكمين الذين يفصلون فيه، باختيار عناصر مؤهلة للفصل في مثل هذه الأنواع من النزاعات ، لما لهم من علم وتجربة في مثل هذه المجالات، فضلاً عن أن المنازعات المصرفية تحتاج بطبيعتها إلى خصوصية معينة ونوع من السرية ، يوفرهما نظام التحكيم . مع ملاحظة أن خروج المحكمين على مقتضيات نظام التحكيم أو مخالفة طبيعته، أو الحكم وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف دون أن يكونوا مفوضين بالصلح أو تجاهل تطبيق القانون الذي اتفق أطراف النزاع على تطبيقه ، كل ذلك من شأنه أن يعرض حكم التحكيم للبطلان أو الإلغاء.

أما القول بأن المعاملات المصرفية تحتاج عادة إلى إجراءات تحفظية لا تملك هيئات التحكيم أن تفرضها ، فإن هناك من الإجراءات ما يجوز اتفاق طرفي التحكيم على تخويل هيئات التحكيم أن تقررها ، ويحدث ذلك فعلاً من الناحية العملية خاصة بالنسبة لطلب الحجز على خطابات الضمان أو الأمر بعدم تسييلها ، أما الإجراءات التي تتطلب سلطة القسر أو الجبر ولا تملكه هيئات التحكيم، ويتعين فيها اللجوء إلى القضاء لفرضها كتوقيع الحجز القضائي أو فرض الحراسة القضائية ، فإنه من الشائع في مختلف تشريعات التحكيم أن الاتفاق على التحكيم لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء للأمر بمثل هذه الإجراءات .

الوضع الحالي لاتفاقات التحكيم في المعاملات المصرفية :

لا تعد شروط التحكيم هي القاعدة في المعاملات المصرفية الدولية ، باستثناء تمويل القطاع العام الدولي الذي تشترك فيه العديد من المؤسسات المالية لتقديم القروض ، ويوضع شرط التحكيم في الاتفاقيات الخاصة بهذه القروض وفقاً لقواعد التحكيم الخاص ad hoc مع تبني شروط

الأنسيترال للتحكيم أو شروط محكمة لندن للتحكيم الدولي، كما يمكن تصور شرط التحكيم نسبياً فيما يتعلق بتمويل البنوك للمشروعات الدولية.[1]

كذلك فقد لوحظ في السنين الأخيرة ، اتجاه البنوك إلى تبني شرط التحكيم في بعض اتفاقيات القروض المشتركة Syndicated Loans ، أي القروض الضخمة التي تقدمها مجموعة من البنوك إلى أحد كبار العملاء لتمويل مشروع ضخم.[2] من ذلك مثلاً ، فإن نموذج عقد القرض المصرفي المشترك المعد من إحدى مكاتب المحاماة الإنجليزية المعروفة، يتضمن في الشرط الوارد به تحت رقم ٣٦ (١) أن الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنه ينعقد فقط لمحاكم انجلترا ، ومع ذلك فإن الشرط رقم (٣٧) ينص على أنه على الرغم من الشرط رقم ٣٦ فإنه متى طلبت مجموعة البنوك الدائنة ذلك ، فإن حل المنازعات الناشئة عن العقد يمكن أن يتم عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد الأنسيترال بوساطة ثلاثة محكمين ، يعين البنك الوكيل أحدهم، ويعين العميل المقترض الثاني ، على أن يعين المحكمان المختاران من الطرفين المحكم الثالث ، فإذا لم يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً فإنه يعين من محكمة لندن للتحكيم الدولي.

ويظهر شرط التحكيم غالباً كما قدمنا ، في الاتفاقيات المصرفية لتمويل المشروعات الدولية التي تضطلع بها إحدى الحكومات أو تكون ضامنة لما تحصل عليه هذه المشروعات من قروض ، ذلك لأن قبول حكومة ما لشرط التحكيم أيسر من قبولها الخضوع للسيادة القضائية لدولة أجنبية .[3]

إلا أننا نلاحظ ، بالرغم مما تقدم، أن البنوك مازالت حتى الآن تتعامل بحذر مع شرط التحكيم ، ولا تقبل بسهولة وجوده في الاتفاقيات التي تعقدها مع عملائها استناداً إلى عدم

---

١) Boeglin ،المقال السابق الإشارة إليه.

٢) أمينة العطيفي في رسالتها للدكتوراه ، أحكام عقد القرض المصرفي المشترك، جامعة القاهرة سنة ٢٠٠٣.

٣) Oscar A. Ruiz Del Rio, Arbitration clauses in International loans, Journal of International Arbitration , Septemper 1987 p. 45 et s.

التأكد مسبقاً من النتائج التي يمكن أن يصل إليها المحكمون في الوقت الذي تعد فيه أحكامهم نهائية وملزمة ولا تقبل إعادة النظر أو المراجعة من جهة قضائية إلا في أحوال استثنائية.

مستقبل التحكيم في المعاملات المصرفية :

يتبين لنا مما تقدم أنه برغم زيادة اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية ، إلا أن البنوك لا زالت تنظر إليه بعين الريبة والحذر سواء في مجال المعاملات المصرفية الداخلية أو في مجال المعاملات المصرفية الدولية ، إذ تفضل البنوك الطريق التقليدي لفض المنازعات التي تنشأ عن معاملاتها ، دون أن تدرك أهمية وفاعلية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلى جانب الوسائل الأخرى البديلة عن القضاء والتي تعرف باسم (ADR) Alternative Dispute Resolution مثل الوساطة والتوفيق.

وباستقراء قضايا التحكيم الدولي نجد أن معظمها يتركز في منازعات عقود البيع التجاري الدولي وعقود الإنشاءات الدولية ، بينما القليل منها يتعلق بالمنازعات المصرفية.[1]

ونظراً لعزوف البنوك عادة عن اللجوء إلى التحكيم في عقودها ومعاملاتها سواء مع العملاء أو فيما بينها ، نجد أن بعض التشريعات فرضت التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المصرفية ، انطلاقاً من قاعدة مسلم بها وهي أن التحكيم هو أنسب الوسائل لفض المنازعات المصرفية سواء من ناحية الحفاظ على سرية العلاقة المصرفية أو من ناحية سرعة الفصل في النزاع المصرفي توفيراً للوقت ، حيث يستغرق الفصل في القضايا أمام المحاكم وقتاً طويلاً يؤدي إلى الإضرار بمصالح البنوك والعملاء. من ذلك مثلاً ما قضت به المادة (١٨) من القانون المصري رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامي من أنه في المنازعات التي تنشأ بين البنك وبين أحد المستثمرين أو المساهمين أو بين البنك والحكومة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة أو إحدى شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد، فإنه يتم الفصل فيها نهائياً بوساطة هيئة من المحكمين

---

١) هاني سري الدين في ورقة مقدمة إلى ندوة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي عن وسائل حسم المنازعات المصرفية في يونيو ١٩٩٨ وعنوان الورقة "الطريق إلى التحكيم".

تشكل على النحو الوارد في المادة المشار إليها . إلا أن المحكمة الدستورية العليا قضت في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٩٤ بعدم دستورية هذا النص تأسيساً على أن التحكيم مصدره الاتفاق ، ولا يجوز بحال أن يكون إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها.

وتقضى المادة (٣١) من القانون المصري للبنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ بأنه يجوز للبنوك أن تكون فيما بينها اتحاداً أو أكثر على أن يعتمد نظامه مجلس إدارة البنك المركزي وحددت هذه المادة وظائف الاتحاد ومن بينها الاتفاق على نظم وإجراءات موحدة. وتأسس اتحاد بنوك مصر سنة ١٩٨١ في شكل جمعية مركزية طبقاً لقانون الجمعيات ، ثم عدلت المادة (٣١) بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض أحكام قانون البنوك والائتمان وقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي ونصت على حق البنوك الخاضعة له في تكوين اتحاد يصدر بنظامه قرار من وزير الاقتصاد وصدر هذا القرار سنة ١٩٩٨ ، ومع ذلك فقد حدد النظام الأساسي لإتحاد البنوك منذ إنشائه سنة ١٩٨١ الطرق الودية لحل ما ينشأ بين البنوك الأعضاء من خلافات ، وإن لم يمكن حل النزاع ودياً فيفصل فيه في أسرع وقت ممكن وفي أضيق حدود العلانية وذلك عن طريق التحكيم ، ثم عدل النظام الأساسي للاتحاد وأكد اللجوء إلى التوفيق أو التحكيم لحل المنازعات التي تتصل بالنشاط المصرفي بين أعضاء الاتحاد .

وقد انتهت اللجنة التي شكلها اتحاد بنوك مصر في سنة ١٩٨٧ بشأن خطابات الضمان بالتوصية بالالتجاء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عن خطابات الضمان المحلية والخارجية بهدف إنهائها في وقت قصير.[١]

وتشجيعاً للأخذ بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات المصرفية ، طالب رجال البنوك من المتشيعين لنظام التحكيم ، بأن يوضع نظام خاص للتحكيم المصرفي يضمن سرعة الفصل في هذه المنازعات، كما يضمن كفاءة وتخصص المحكمين المعينين للفصل فيها .

---

١) أنظر جمال عسكر مستشار اتحاد بنوك مصر في الورقة المقدمة منه في الندوة الذي نظمها مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في يونيو سنة ١٩٩٨ والمشار إليها آنفاً .

ونلاحظ أنه إذا كانت المعاملات المصرفية تتم الآن بالوسائل الالكترونية الحديثة ، كما قدمنا ، فقد نظمت بعض المراكز التحكيمية الوسائل التي تضمن سرعة الفصل في المنازعات المصرفية ، لذلك قام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بعرض اقتراح على اتحاد بنوك مصر وغيره من الاتحادات والمؤسسات المصرفية في مصر والعالم العربي ، يتضمن وضع قواعد خاصة للتحكيم السريع لحسم المنازعات المصرفية .[1]

بل إن التفكير يدور حالياً في نظام التحكيم الالكتروني ليتواءم مع أساليب التجارة الالكترونية ومن بينها عمليات البنوك ، عن طريق استخدام الوسائل الالكترونية في تقديم طلب التحكيم ودفاع ومستندات الطرفين إلى هيئة التحكيم وفي تبادل وسائل الدفاع فيما بين طرفي النزاع ، ثم صدور حكم التحكيم وإبلاغ الطرفين به .

وفي سنة ١٩٩٦ نظم اتحاد بنوك مصر ندوة عنوانها "التحكيم كبديل للتقاضي" وقال رئيس مجلس إدارة الاتحاد في كلمته التي وجهها في تلك الندوة أن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات بديلاً عن اللجوء إلى القضاء من شأنه أن يقضي على مخاوف بطء إجراءات التقاضي ، كما يكفل للأطراف الاتفاق على تطبيق القانون الذي يرغبون في تطبيقه على ما قد ينشأ بينهم من نزاع ، فضلاً عن توفير السرية الواجبة للمعاملات المصرفية لعدم الأخذ بمبدأ علانية الجلسات في التحكيم وعدم جواز نشر أحكام التحكيم إلا باتفاق طرفيه على ذلك . وانتهت هذه الندوة بالتوصية باعتماد التحكيم كطريق لحسم المنازعات المصرفية ، مع تفويض الطرفين لهيئة التحكيم بالأمر بالتدابير التحفظية اللازمة في هذه المنازعات ، على أن يوضع شرط التحكيم في عقود فتح الحساب الجاري ، وفتح الائتمان ، وخطابات الضمان ، والاعتمادات المستندية .[2]

---

١) الدكتور محمد أبو العينين مدير مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في الورقة المقدمة منه إلى الندوة المشار إليها آنفاً ، وعنوان هذه الورقة "الوسائل السلمية لحل المنازعات المصرفية" ، الورقة المشار إليها آنفاً .

٢) جمال عسكر، الورقة المشار إليها آنفاً.

القواعد الفقهية الحاكمة للعقود
ومدى تناولها للعقود الإلكترونية من حيث الانعقاد والإثبات

الدكتور/ ضويحي بن عبدالله بن محمد الضويحي
كلية الشريعة بالرياض- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ، نبينا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين، أما بعد:-

فإن من أبرز مستجدات عصرنا الحاضر ما أصبح يعرف بالعقود الإلكترونية، وهي تلك العقود التي يتم إجراؤها من خلال شبكات المعلومات بواسطة الحاسب الآلي من دون أن يلتقي العاقدان ، وقناعة مني بأهمية هذا الموضوع البالغة، رأيت أن أشارك في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي تنظمه جامعة الإمارات العربية المتحدة، ممثلة بكلية الشريعة والقانون، على اعتبار أن منظمي هذا المؤتمر خصصوا أحد محاوره للبحث في الأحكام المتعلقة بالعقود الإلكترونية، وهذا الموضوع -كما لا يخفى- يعد من الموضوعات الملحة في عصرنا الحاضر، حيث انتشر هذا النوع من المعاملات بشكل كبير، وصار واقعاً يمارس على مدار الساعة في البنوك والشركات والمؤسسات، بل وعلى نطاق الأفراد، وفي المنازل -وإن بدرجة أقل-، ساعد على ذلك انتشار أجهزة الحاسب الآلي، وكثرة المشتركين في شبكة الإنترنت.

وإذا كان عصرنا الحاضر يمتاز بكثرة النوازل والحوادث، وسرعة انتقال ما يجد عند غيرنا إلينا من المخترعات والوسائل المتعلقة بالجوانب الاقتصادية، أو الاجتماعية، أو الطبية، أو غيرها، على اعتبار أن العالم أصبح قرية صغيرة، فإن القصور عند المسلمين -مع شديد الأسف- يبدو واضحاً ليس فقط في جوانب ابتكارها أو الإفادة بالإيجابي منها، بل وفي تصورها وفقه واقعها،

من أجل معرفة الحكم الشرعي فيها، ولذلك نجد أن البحوث الشرعية لم تعد مواكبة لهذا التسارع المذهل في النوازل، والتبعة دون شك تقع على كاهل المؤسسات العلمية، وعلى الجامعات، وكليات الشريعة فيها على وجه الخصوص، وإنني أشكر لجامعة الإمارات العربية المتحدة، تبنيها لهذا المؤتمر الذي يتناول قضية تعد من أبرز القضايا الاقتصادية في عصرنا الحاضر، وقد أحببت أن أساهم فيه ببحث متواضع، عنوانه : "**القواعد الفقهية الحاكمة للعقود ومدى تناولها للعقود الإلكترونية من حيث الانعقاد والإثبات**".

وهذا البحث –كما يظهر من عنوانه– يعنى بجمع أهم القواعد الفقهية التي وضعها العلماء في العقود خاصة، وكذلك القواعد الكلية العامة التي يمكن أن يستند إليها الفقيه عند بحث حكم هذا النوع من العقود، كقاعدة: المشقة تجلب التيسير"، والقواعد المتفرعة عنها.

وقد قسمته إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : أهم القواعد الفقهية الحاكمة للعقود.

المبحث الثاني : التكييف الفقهي للعقود الإلكترونية، ووجه دخولها تحت القواعد المتعلقة بالعقود.

المبحث الثالث :أهم القواعد الفقهية العامة التي يمكن إدخال العقود الإلكترونية تحتها.

- واتبعت في تناول هذه الموضوعات منهجاً محدداً أبرز ملامحه ما يأتي:

١ – العناية بجانب التأصيل والتقعيد، مع عدم إغفال الجوانب التطبيقية، وإنما ركزت على هذا الجانب لعلمي أن غيري من الأخوة الباحثين المشاركين في المؤتمر سيولون الجوانب الأخرى ما تستحق من البحث والدراسة.

٢ – شرح مفردات القواعد وبيان معانيها الإجمالية، مع ذكر أصل كل قاعدة، وضوابطها.

٣ – التكييف الفقهي للعقود الإلكترونية من خلال فقه واقعها، اعتماداً على القواعد الفقهية التي بدا لي أنها تخدم هذا التكييف، وبما أن هدفي من هذا البحث بيان حكم انعقاد البيع بمثل هذه الوسيلة، وإثبات كونها حجة في ثبوت العقد ولزومه من الناحية الشرعية والقضائية: فلم أتطرق

للبحث في حكم المعاملة التي تضمنها العقد من حيث الحل والحرمة، لأن هذا خارج عن موضوع البحث الأصلي.

٤ – اقتصرت على القواعد التي ظهر لي أنها تخدم هدف البحث الأساسي، وهو بيان حكم انعقاد المعاملات بالوسائط الإلكترونية، ومدى حجيتها في إثبات العقود، وترتب آثارها عليها.

٥ – لم أثبت من القواعد إلا ما ترجح لي صحته، بعد دراسة الخلاف في حكم كل قاعدة، وقد تعمدت عدم إدراج الخلاف خشية الإطالة.

المبحث الأول

"أهم القواعد الفقهية الحاكمة للعقود"

القاعدة الأولى : "الأصل في البيوع الإباحة":-

وتعد القاعدة الأم في هذا الباب، وهي تقرر أصلاً مهماً يمكن أن يرجع إليه في تخريج كافة العقود المستحدثة.

يقول الشافعي رحمه الله تعالى :" فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا، إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم إذ إنه داخل في المعنى المنهي ...." أ-هـ [١] .

ويقول ابن عبدالبر –رحمه الله تعالى-: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراضٍ إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم نصاً أو كان في معنى النص، فإن ذلك حرام، وإن تراضى المتبايعان" أ-هـ [٢].

وقد عبر بعض العلماء عن هذه القاعدة بقوله : "**الأصل في العقود الإباحة**" أ-هـ [٣].

---

(١) الأم ٣/٣ .

(٢) الاستذكار ٨٦/٣.

(٣) انظر قاعدة العقود ٢٢٦ ، والمجموع شرح المهذب ١٠٨/١٣ .

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى: " أن الأصل في العقود الإباحة، فلا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله، و لم يحرم الله عقداً فيه مصلحة للمسلمين بلا مفسدة تقاوم ذلك" أ-هـ[1].

شرح مفردات القاعدة:

- قولهم : الأصل، معناه: القاعدة، وهذا الإطلاق شائع على ألسنة الأصوليين والفقهاء[2].

- قولهم : في البيوع، البيوع : جمع بيع ، والبيع في الاصطلاح : مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً[3].

- قولهم : الإباحة : المراد بها الحل، والإذن، ورفع الحرج[4].

- وقولهم في التعبير الآخر : "العقود" ، هي جمع عقد، والعقد في الاصطلاح : "التصرف الذي يتوقف تمامه على رضا الطرفين، المعبر عنه بالإيجاب والقبول أو ما قام مقامهما، كالبيع والإجارة والإعارة .

وهذا التعريف –من وجهة نظري- هو أحسن ما قيل في معناه[5]، وذلك لأنه لايقصر العقد على ما تضمن الإيجاب والقبول فقط، وإنما يشمل ما خلا منهما إذا كان يشتمل على ما يعبر عن رضا الطرفين، كالبيع بالمعاطاة ونحوه[6].

---

(١) انظر قاعدة العقود ٢٢٦ .

(٢) انظر شرح الكوكب المنير ٣٩/١.

(٣) المغني ٥/٦ .

(٤) انظر المستصفى ٧٥/١، والمسودة ٣٦-٣٧ ، وشرح الكوكب المنير ٤٢٨/١.

(٥) انظر حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ١٥ ، والوجيز ٦٦.

(٦) انظر المغني ٥/٦ .

المعنى الإجمالي للقاعدة:-

معنى هذه القاعدة أن كل بيع وكل عقد مباح إلا ما استثني، وهي ذات صلة بقاعدة أعم منها وأشمل وهي قاعدة : "الأصل في الأشياء الإباحة"(١)، فهي تشمل العقود وتتناولها، يؤكد ذلك أن عدداً من الفقهاء نص عليها في أول باب الربا بصيغة: "الحل هو الأصل في الأشياء"(٢).

يقول ابن عبدالبر رحمه الله تعالى :"الأصل أن الأشياء على الإباحة حتى يثبت النهي وهذا في كل شيء"(٣).

- ومعنى قاعدة : **"الأصل في العقود الإباحة"** متداول على ألسنة الفقهاء على شكل قواعد وكليات، ومن ذلك قولهم:-

لا يحرم من العقود إلا ما حرمه نص أو إجماع أو قياس في معنى ما دل على النص أو الإجماع(٤).

كل بيع فالأصل فيه الجواز إلا ما تعلق به ضرب من ضروب المنع(٥).

الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً(٦).

كل منتفع به شرعاً في الحال أو المآل وله قيمة جاز بيعه وإلا فلا(٧).

---

(١) انظر التمهيد لابن عبدالبر ١٤٢/٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ٦٠، وحاشية ابن عابدين ١٧٦/٤ .

(٢) انظر فتح القدير ٣/٧، وحاشية ابن عابدين ١٧٦/٤.

(٣) انظر التمهيد ١١٤/١٧.

(٤) الفتاوى ١٥٩/٣٠.

(٥) التلقين للقاضي عبدالوهاب كتاب البيع ١١٦.

(٦) الفتاوى ٣٢/٢٩.

(٧) تبيين الحقائق ٢١٦/٤، والموسوعة الكويتية ١٥٥/٩.

أصل القاعدة:

دليل هذه القاعدة هو قوله تعالى : "وأحل الله البيع"[1].

وهذه الآية تعد نموذجاً لمنهج التقعيد القرآني، حيث لا يخفى أن الإشارة إلى بعض القواعد الفقهية في القرآن والسنة وعلى ألسنة الصحابة رضوان الله عليهم كانت سابقة لظهور هذا الفن وتدوينه كعلم مستقل، كما قرر ذلك غير واحد ممن صنفوا في القواعد الفقهية[2].

يقول القرطبي رحمه الله – مفسراً هذه الآية- :"هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد، إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه... ونظيره اقتلوا المشركين وسائر الظواهر التي تقتضي العمومات ويدخلها التخصيص، وهذا مذهب أكثر الفقهاء"أ-هـ [3].

ويقول الألوسي رحمه الله تعالى :" والظاهر عموم البيع والربا في كل بيع وفي كل ربا إلا ما خصه الدليل" أ – هـ[4].

ويقول الطاهر بن عاشور في تفسيره :"وأل في كل من البيع والربا لتعريف الجنس فثبت بها حكم أصلين عظيمين في معاملات الناس محتاج إليهما فيها.... وظاهر تعريف الجنس أن الله أحل البيع بجنسه فيشمل التحليل سائر أفراده" أ-هـ[5].

ضوابط القاعدة :

البيع لفظ عام كما تقدم ، فيحمل على عمومه إلا ما خصه الدليل، والمتأمل في الأدلة الجزئية المتعلقة بالمعاملات يجد أن الشريعة الإسلامية خصصت من هذا الحكم العام صوراً كثيرة جداً من المعاملات يصعب حصرها، لكنها في الجملة لا تخرج عن المعاني الآتية:

---

(١) سورة البقرة آية ٢٧٥ .

(٢) انظر القواعد الفقهية للدكتور يعقوب الباحسين ٢٨٨-٢٩٣، والقواعد الفقهية للندوى ٧٩-٩٦.

(٣) تفسيرالقرطبي ٣٤٦/٣ – ٣٤٧.

(٤) تفسير الألوسي ٥١/٣.

(٥) تفسير التحوير والتنوير ٨٦/٣.

١ – الربا بكافة صوره وأشكاله ، فهو محرم بنص القرآن والسنة، وتعد الآية السابقة هي القاعدة الأم في حكمه[١].

٢ – العقود التي تشتمل على الجهالة أو الغرر[٢]، كبيع المجهول، وبيع ما لا يملك، ونحو ذلك، ونجد هذا المعنى في شكل قواعد أو كليات تداولها الفقهاء من مثل قولهم:

"المجهول كالمعدوم في الشريعة"[٣].

"المجهول كله في الثمن والمثمن إذا لم يوقف على حقيقته جملة فبيعه على هذه الحال من بيع الغرر"[٤].

"كل بيع فيه غرر انفساخ العقد فهو غير جائز"[٥].

"كل بيع كان المعقود عليه فيه مجهولاً أو معجوزاً عنه غير مقدور عليه فهو غرر"[٦].

"العقد إذا تضمن العوض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر" [٧].

٣ – الأعيان المحرم بيعها بالنص، كالخمر، والخنزير، والكلب، ونحو ذلك[٨]. ومن القواعد الفقهية الجامعة لهذا المعنى :-

قولهم : "كل ما حرم الله يحرم صنعه وبيعه واقتناؤه" [٩].

---

(١) انظر المهذب ٣٣٢/١، والمغني ٣/٤، والفتاوى ٢٣/٢٩.

(٢) انظر أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٩/١، والمجموع شرح المهذب ٣١١/٩، ٣١٠، ومقدمات ابن رشد ٢٣/٢، وشرح السنة ١٣٢/٨، والفتاوى ٢٢/٢٩-٤٨٣، ١٠٧، ٢٣.

(٣) الفتاوى ٢٦٧/٢٩، ٢٦٢، ٣٥٦/٣٠، ٣٣٦، ٣٢٧.

(٤) التمهيد لابن عبدالبر ١٣٦/٢١.

(٥) مجموعة الأصول ورقة ٥٩.

(٦) شرح السنة ١٣٢/٨.

(٧) أحكام القرآن لابن العربي ٢٦٩/١.

(٨) انظر شرح معاني الآثار ٥٤/٤، والمنتقى ٢٨/٥.

(٩) الموسوعة الكويتية ٨/٧.

وقولهم : " ما كان الانتفاع به حراماً وإمساكه حراماً فثمنه حرام"[1].

وقولهم : "ما لا منفعة فيه لا يجوز بيعه"[2].

وقولهم : " ما لا يحل أكله والانتفاع به لا يجوز بيعه ولا يحل أكل ثمنه"[3].

القاعدة الثانية:

"الأصل في العقود الصحة ، واللزوم":

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : "الأصل حمل العقود على الصحة"[4].

وقال القرافي : "الأصل في العقود اللزوم، لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، فيناسب ذلك اللزوم وفقاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود" أ-هـ[5].

شرح مفرداتها :

- قولهم : الصحة : هذا حكم وضعي يراد به في المعاملات "ترتب أحكامها المقصودة بها عليها"[6].

وذلك لأن العقد لم يوضع إلا لإفادة مقصود كمال النفع في البيع، فإذا أفاد مقصوده فهو صحيح، وحصول مقصوده هو: ترتب حكمه عليه، لأن العقد مؤثر لحكمه ، وموجب له، وذلك كترتب ملك السلعة للمشتري، وملك الثمن للبائع، وحق التصرف لهما على البيع الصحيح[7].

---

(١) شرح معاني الآثار ٤/٥٤.

(٢) إكمال المعلم للقاضي عياض ٥/٢٤٩، وجمهرة القواعد الفقهية ٢/٩١٧.

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٨ باب الربا.

(٤) الفتاوى ٢٩/٤٦٦.

(٥) الفروق ٤/١٣.

(٦) انظر شرح مختصر الروضة ١/٤٤١ ، وانظر المستصفى ١/٩٥، وشرح الكوكب المنير ١/٤٦٧.

(٧) انظر شرح مختصر الروضة ١/٤٤٥،٤٤٤، وشرح الكوكب المنير ١/٤٦٧.

- وقولهم : "اللزوم": المراد به : النفوذ، وهو : "تصرف لا يقدر فاعله على رفعه" [1]، كالعقود اللازمة، من البيع، والإجارة، والوقف، والنكاح، ونحوها، إذا اجتمعت شروطها، وانتفت موانعها.

فالعقد إذا أفاد المقصود المطلوب منه سمي بذلك لازماً ونافذاً، فإذا ترتب على العقد ما يقصد منه، مثل البيع إذا أفاد الملك ونحوه قيل له صحيح ويعتد به، فالاعتداد بالعقد هو المراد بوصفه بكونه نافذاً[2].

معناها الإجمالي :

هذه القاعدة تنص على أن كل عقد توفرت شروطه وانتفت موانعه فهو صحيح تترتب آثاره عليه، ونافذ وملزم لكلا الطرفين بحيث لا يستطيع أي واحد منهما رفعه، وقد وردت في كتب الفقهاء بعبارات مختلفة، لكنها جميعاً تفيد هذا المعنى الكلي الذي أشرنا إليه ، ومن ذلك قولهم:

العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهراً إلى أن يتبين خلافه[3].

العقود محمولة على الصحة لا يقبل فيها دعوى الفساد دون بيان[4].

مطلق العقود الشرعية محمولة على الصحة[5].

تصحيح العقود بحسب الإمكان واجب[6].

الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها[7].

---

(١) انظر شرح الكوكب المنير ١/٤٧٤-٤٧٥.

(٢) المصدر السابق ١/٤٧٥.

(٣) المنثور للزركشي ٢/٤١٢-٤١٣، وفتاوى الهيثمي ٢/١٦٨.

(٤) المعيار ٣/٢٤٥.

(٥) المبسوط ٢٠/٢٧٢.

(٦) المصدر السابق ٢٠/١٣٥.

(٧) تكملة المجموع للسبكي ١٠/٢٠.

الأصل الصحة وحمل العقود عليها[1].

العقد متى ما أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده[2].

الأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم[3].

الأصل ثبوت البيع فيلزم استصحاب هذا الأصل حتى يثبت زواله[4].

أصلها :

مستند هذه القاعدة في جانب الصحة الأدلة الكثيرة الدالة على أن الأصل في العقود الإباحة ، وقد تقدم أهمها، وهو قوله تعالى: " وأحل الله البيع"[5]، ومن المقرر في الأصول أن الإباحة الشرعية تقتضي صحة الفعل المباح[6].

وأما مستندها في جانب اللزوم، فهو قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[7].

قال الجصاص : "متى ما اختلفنا في جواز عقد أو فساده، وفي صحة نذر ولزومه : صح الاحتجاج بقوله تعالى :"أوفوا بالعقود" لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها" أ – هـ[8].

ويقول الرازي –في ثنايا تفسيره لقوله تعالى: "ولا تفسدوا في الأرض بعد إصلاحها"–: هذه الآية دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصمين فإنه انعقد وصح وثبت، لأن رفعه بعد ثبوته يكون إفساداً بعد الإصلاح، والنص يدل على أنه لا يجوز ..... إذا ثبت هذا

---

(١) المعيار ١٩٥/٥.

(٢) المبدع ٧٦/٥.

(٣) إعلام الموقعين ٣٤٤/١.

(٤) فتاوى الشيخ محمد بن إبراهيم ٩٠/٧

(٥) سورة البقرة آية ٢٧٥.

(٦) انظر شرح الكوكب المنير ٤٧٢/١.

(٧) سورة المائدة آية ١.

(٨) أحكام القرآن ٢٨٦/٣.

فنقول : إن وجدنا نصاً دالاً على أن بعض العقود التي وقع التراضي به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان تقديماً للخاص على العام، وإلا حكمنا فيه بالصحة، رعاية لمدلول هذه العمومات" أ – هـ [1].

إضافة إلى الآيات الكثيرة التي أوجبت الوفاء بالعهود والمواثيق، كقوله تعالى : "والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون"[2]، وقوله : (والموفون بعهدهم إذا عاهدوا"[3]، وقوله : " بلى من أوفى بعهده واتقى فإن الله يحب المتقين"[4]، وفي السنة أيضاً أحاديث كثيرة تفيد هذا المعنى[5]، لو أردنا ذكرها لطال بنا الكلام.

ضوابط القاعدة:

إذا تقرر أن الأصل في العقود الصحة واللزوم ، بقي أن نعرف أن استصحاب هذا الأصل في جميع العقود والمعاملات لا يكون إلا وفق ضوابط معينة أهمها ما يلي :

١ – ألا تكون المعاملة أو العقد مما ورد بشأنه نص خاص يقضي بتحريمه أو فساده، فإن كانت كذلك قدم الخاص على العام، ومن ذلك: بيع العينة، وتلقي الركبان، والبيع بعد نداء الجمعة الثاني، ونحو ذلك.

٢ – ألا تكون المعاملة مشتملة على معنى من المعاني التي حرمت لأجلها بعض المعاملات، كالربا، والغرر، والنجاسة، ونحو ذلك.

---

(١) التفسير الكبير ١٤/١٤٠.

(٢) سورة المؤمنون آية ٨.

(٣) سورة البقرة آية ١٧٧.

(٤) سورة آل عمران آية ٧٦.

(٥) انظر إعلام الموقعين ١/٣٤٤-٣٤٦.

٣ – ألا تشتمل المعاملة على شرط أو شروط تخالف مقتضى العقد، كالشرط الذي يؤدي إلى حرمان المشتري من تملك السلعة، أو حرمان البائع من تملك الثمن ونحو ذلك، ويعبرون عن هذا بقولهم: "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"[١].

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : "فالأدلة النافية لتحريم العقود والشروط والمثبتة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله من العقود والشروط، فلا ينتفع بهذه القاعدة في أنواع المسائل إلا مع العلم بالحجج الخاصة في ذلك النوع، فهي بأصول الفقه –التي هي الأدلة العامة– أشبه منها بقواعد الفقه التي هي الأحكام العامة" أ – هـ [٢].

ويقول ابن القيم رحمه الله : "وأن الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح"أ–هـ[٣].

القاعدة الثالثة:

"الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"

مفردات القاعدة:–

– قولهم : رضا المتعاقدين : أي رغبتهما بإنشاء العقد.

– قولهم : موجبها : أي نتيجة العقد وما أفضى إليه من الآثار لكلا العاقدين.

معناها الإجمالي:

هذه القاعدة تقرر أصلاً مهماً في المعاملات وهو "الرضا في العقود"، والمراد بهذا الأصل : أن المعتبر في حل العقد وجوازه ، ونفوذه ولزومه هو الرضا من الطرفين، فالشارع جعل حل العقود مرتبطاً برضا المتعاقدين ورغبتهما في إنشاء العقد والالتزام بموجبه ومقتضاه[٤].

---

(١) انظر الأشباه والنظائر ٢٨٥.

(٢) الفتاوى ١٦٧/٢٩.

(٣) إعلام الموقعين ٣٤٤/١.

(٤) انظر القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات عند ابن تيمية ١٧٣/٢.

يقول شيخ الإسلام رحمه الله تعالى: "العقود مبناها على أصلين: على أن ترجع إلى مراد المتكلم الذي قصده بلفظه، فيكون المقصود هو المعقود عليه فيعلم به ذلك، وينظر إلى رضاه، فيلزم ما رضي به، دون ما لم يرض به، ما لم يخالف كتاب الله" أ – هـ[1].

وهذه القاعدة يتداولها الفقهاء في كتبهم بعبارات مختلفة، ومن ذلك قولهم:

الأصل في العقود المالية بناؤها على التراضي[2].

البيوع لا تحل إلا برضا من البائع والمشتري وثمن معلوم[3].

العقود تتبع رضا المتعاقدين[4].

الأصل في العقود هو التراضي[5].

إمضاء البيع يكون بالقول أو الفعل الدال على الرضا[6].

لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتاً[7].

لابد من التراضي في عقود المعاوضات والتبرعات والفسوخ الاختيارية[8].

حدود القاعدة :

يظهر أثر الرضا المعتبر في العقود في أمرين:

الأول : في إنشاء العقد، فلابد لصحة العقد ولزومه أن يكون صادراً برضا الطرفين، وهذا الرضا إنما يتحقق بأمرين: العلم، والاختيار، فمن لم يكن عالماً بدلالة اللفظ، مدركاً لمعناه

---

(١) قاعدة العقود ٢١٩.

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٤٣.

(٣) الأم ٤/٢٦-٢٧.

(٤) قاعدة العقود ٢١٩.

(٥) الفتاوى ٢٩/٦.

(٦) مجلة الأحكام العدلية مادة ٣٨٨.

(٧) الهداية ٦/٣٣٩.

(٨) قواعد السعدي ٤٦.

فلا يتصور رضاه به[1]، ومثله من كان عالماً لكنه أكره على العقد، لأنه إنما تكلم به خوفاً مما سيقع عليه، وليس رضا بالعقد[2].

الثاني : في آثار العقد، وموجبه، ومقتضاه، فموجبات العقد تتحدد بحسب ما تراضى عليه الطرفان، ولهما حرية تحديد ما يجب لكل واحد منهما[3].

وآثار العقد وموجباته تتحدد بأحد ثلاثة طرق:-

١ – الشرع: فإن الشارع رتب على العقد آثاراً ألزم بها المتعاقدين ، لا يجوز لهما الإخلال بها، ككون البيع يوجب استحقاق البائع للثمن، والمشتري للسلعة، ونحو ذلك.

٢ – ألفاظ المتعاقدين : فإنها عامل مهم في تحديد ما يقتضيه العقد ويستلزمه، وبالتالي فإنهما ملزمان بموجب ما صدر عنهما من ألفاظ تتضمن شروطاً، أو صفات، أو أجل، أو غير ذلك.

٣ – العرف وقرائن الأحوال المصاحبة للعقد التي تدل على ما يجب على كل واحد للآخر[4].

أصل القاعدة:

هذه القاعدة أخذت من أدلة شرعية كثيرة دلت على اعتبار الرضا في المعاملات، ومن أهم هذه الأدلة:

١ – قوله تعالى : "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم"[5].

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : "لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، أو طابت

---

(١) انظر الفتاوى ١٢٧/١٥.

(٢) انظر الفتاوى ١٩٦/٢٩-١٩٧.

(٣) الفتاوى ٣٤٣/٢٠، وقاعدة العقود ٢٣٤.

(٤) انظر الفتاوى ٢٠/٣٢،٣٤٢/١٤٨، ٢٧٥/٣٠، والمغني ٢٧٧/١٠، والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٦.

(٥) سورة النساء آية ٢٩، وانظر الاستدلال بها على القاعدة في الفتاوى ١٥٥/٢٩، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني ١٤٣.

نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك"[1].

٢ – قوله تعالى :"فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً"[2].

وجه الاستدلال من هذه الآية: أن الله سبحانه علق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق ، فكذلك سائر التبرعات في عقود المعاوضات، قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن[3].

٣ – قوله صلى الله عليه وسلم : "إنما البيع عن تراض"[4].

وهذا الحديث ظاهر الدلالة في اشتراط التراضي في البيع، وعليه فلا يصح كل عقد حصل فيه جهل أو إجبار كما تقدم.

ضوابط القاعدة:

هذه القاعدة، وإن كانت واسعة في مفهومها، من حيث إعطاء الحرية للمتعاقدين بإنشاء أي عقد كان، واشتراط أي شرط، إلا أنها مقيدة بضوابط شرعية نص عليها الفقهاء، وأهمها ما يلي :

١ – أن لا يكون التراضي على تحليل ما حرم الله، أو تحريم ما أحل، أو إسقاط ما أوجبه، فإنه يكون حينئذ باطلاً لاغياً لا عبرة به[5].

---

(١) الفتاوى ٢٩/١٥٥.

(٢) سورة النساء آية ٤.

(٣) بتصرف من الفتاوى ٢٩/١٥٥.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث أبي سعيد الخدري، كتاب التجارات، باب بيع الخيار،٣/٥٣٨، رقم ٢١٨٥، وأخرجه ابن حبان في صحيحه ورقمه ٤٩٦٧، والبيهقي في سننه ٦/١٧، وقال البوصيري: إسناده صحيح. انظر مصباح الزجاجة الورقة ١٣٨.

(٥) انظر الفتاوى ٢٩/١٤٧.

٢ – أن لا يكون التراضي على أمر مناقض ومخالف لمقصود العقد ومقتضاه، كالتراضي على عدم تمليك السلعة للمشتري، أو المنفعة للمستأجر، أو نحو ذلك مما يخل بمقتضى العقد[١].

٣ – أن لا يوجد سبب قوي يقتضي إهدار رضا المالك، وإلزامه بالعقد بغير رضاه، فلا يعتبر رضاه حينئذ، وإنما يعتبر رضا من له التعاقد.

وذلك كإجبار السلطان المدين على بيع ماله للوفاء بدينه، أو للنفقة على نفسه، أو من تحت يده، فالمعتبر رضا السلطان وليس رضا صاحب المال، ومثله تصرف الولي في مال اليتيم، فالمعتبر رضا الولي، لا اليتيم[٢].

القاعدة الرابعة:

"العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[٣].

قال ابن القيم رحمه الله : "قواعد الفقه وأصوله تشهد أن المرعي في العقود: حقائقها ومعانيها، لا صورها وألفاظها" أ – هـ[٤].

مفردات القاعدة :-

- قولهم : العبرة : أي الاعتداد.
- قولهم : العقود : جمع عقد، وهو كما تقدم : "التصرف الذي يتوقف تمامه على رضا الطرفين المعبر عنه بالإيجاب والقبول أو ما قام مقامهما، كالبيع، والإجارة، والإعارة، وغيرها".
- قولهم : المقاصد : جمع مقصد، ومعناه نية المتكلم ومراده.

---

(١) المصدر السابق ١٥٦/٢٩.

(٢) المصدر السابق ١٨٨/٢٩.

(٣) انظر الفتاوى ٢٨٩/٣٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٠٧، ومجلة الأحكام العدلية مادة ٣.

(٤) زاد المعاد ٢٠٠/٥.

- قولهم : المعاني: جمع معنى، وهو الصورة الذهنية أو الإرادة النفسية التي يعبر عنها القول أو الفعل[1].

- قولهم : الألفاظ: أي الحروف والعبارات التي يصرح بها العاقدان.

- قولهم : المباني : المراد به : الصيغ اللفظية التي تعارف الناس على كونها موجبة لما بني عليها من العقود، كالإيجاب والقبول.

معناها الإجمالي:

هذه القاعدة تقرر أصلاً عظيماً يحكم أبواب العقود والمعاملات، وهو أن المعول عليه في تمام العقود ونفاذها إنما هو المقاصد الحقيقية عند المتعاقدين، سواء عبرا عن هذه المقاصد بالألفاظ والعبارات المتعارف عليها في كل عقد إيجاباً وقبولاً، أو بألفاظ أخرى تقوم مقامها، وتدل على مرادهما، كانعقاد البيع بلفظ الهبة، أو الأخذ والإعطاء، وانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وانعقاد الحوالة بلفظ الكفالة، أو بالفعل المعبر عن إرادتهما كالأخذ والإعطاء من دون كلام[2].

والمتأمل في كتب الفقهاء يجد أنهم يعبرون عن هذا الأصل بعبارات مختلفة يجمعها معنى واحد، ومن ذلك قولهم:

كل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة[3].

العقود يرجع فيها إلى عرف الناس فما عده الناس بيعاً أو إجارة أو هبة كان بيعاً أو إجارة أو هبة[4].

العبرة في العقود إنما هو بعرف المتعاقدين[1].

---

(١) انظر الوجيز ٦٦ ، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ٥٥.

(٢) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا ٥٥-٥٦ والوجيز ٦٦-٦٧.

(٣) انظر المجموع ١٩١/٩ ، والروض المربع ٤٨٦/٤.

(٤) الفتاوى ٢٢٧/٢٩.

العقد العرفي كالعقد اللفظي[٢].

العقود والفسوخ تنعقد بما دل عليها من أي لفظ كان[٣].

العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ[٤].

العقود لا تعتبر باللفظ وإنما تعتبر بالمعنى[٥].

العقود مبنية على مراعاة القصود [٦].

وهذه القاعدة مسلمة عند جمهور الفقهاء ، و لم ينازع فيها إلا بعض الشافعية، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:" الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد لا بمجرد اللفظ، وهذا أصل أحمد وجمهور العلماء، وأحد الوجهين في مذهب الشافعي" أ-هـ[٧].

كيفية التعرف على المعنى المراد والقصد الباطني:

يمكن التعرف على مقصود المتعاقدين ومرادهما من العقد من خلال عدة طرق أهمها ما يلي :

١ – العرف، فإن له دوراً كبيراً في تحديد مراد المتعاقدين، فالعقد المطلق يحمل على العرف السائد في مثله، ويعبر الفقهاء عن أهمية الالتفات إلى العرف واعتباره بقولهم: "**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**"[٨].

٢ – القرائن والأحوال المصاحبة للعقد أو السابقة له، فإن لها أثراً بالغاً في تحديد مقصود المتعاقدين، ولذا قالوا :"**دلالة الحال تغني عن اللفظ**"[١].

---

(١) الفتاوى الكبرى للهيثمي ١٤٢/٢.

(٢) الفتاوى ١٠٩/٣٠.

(٣) فتاوى السعدي ٥١٤/١.

(٤) بدائع الصنائع ٣/٥.

(٥) المنتقى للباجي ٢٨٢/٤.

(٦) قواعد الأحكام ١١/٢.

(٧) الفتاوى ١١٢/٣٠.

(٨) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩، ومجلة الأحكام العدلية مادة ٤٣.

٣ – الألفاظ المقارنة للعقد، فقد يقرن به ألفاظ تكشف عن مراد المتعاقدين، كالنص على الثمن في عقد البيع بلفظ الهبة بأن يقول البائع : وهبتك هذه السيارة بخمسين ألفاً [٢].

أصل القاعدة:

هذه القاعدة استنبطها العلماء من خلال استقراء الفروع الفقهية التي اعتبر الشرع فيها المقاصد الباطنية للمتعاقدين ، كالبيع بالمعاطاة، ونحوه، وأصل مشروعية هذا النوع من المعاملات يرجع إلى أن الشرع جاء باعتبار مقاصد المكلفين ونياتهم في الجملة، ولذا جعل الفقهاء قاعدة كلية كبرى عنوانها : "**الأمور بمقاصدها**"، وأصل هذه القاعدة الكلية: قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"[٣]، ثم إن اعتبار مقاصد المتعاقدين في المعاملات هو الذي يناسب أصول الشرع وقواعده التي تقضي بجلب المصالح، ودفع المفاسد، ورفع الضرر عن المسلمين، وقضاء حاجاتهم، والتوسعة عليهم، فإذا قصد الناس من عقودهم هذه المعاني التي رتبها الشارع على كل عقد، واستوفى العقد كل الشروط المطلوبة لتحققه كان العقد صحيحاً، لأن هذا هو مقتضى حكمة الشارع في وصول الناس إلى أغراضهم من معايشهم[٤]، يؤكد هذا أن العقد جنس لا يشرع فيه التعبد بالألفاظ، لأنها لا يشترط فيها الإيمان، بل تصح من الكافر، وما يصح من الكافر لا تعبد فيه[٥].

---

(١) انظر المغني ٢٧٧/١٠، ٣٦١.

(٢) انظر الفتاوى ١٦/٣٢ ، والقواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية ١٩٧/٢

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث عمر بن الخطاب، باب كيف كان بدء الوحي ٤/١، وأخرجه مسلم في صحيحه من حديثه أيضاً، كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم :"إنما الأعمال بالنية" ١٥١٥/٣-١٥١٦ ، وانظر في الاستدلال على هذه القاعدة بهذا الحديث: القواعد والضوابط الفقهية ٢٠٢/٢،١٩٦.

(٤) انظر جمهرة القواعد الفقهية ٥٥٩/١

(٥) انظر الفتاوى ١٧/٣٢.

ثم إن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه[1].

ضوابط القاعدة:

إذا تقرر أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فينبغي أن يعلم أن ضابط اعتبار المعنى هو : ألا يتضمن غرضاً لأحد المتعاقدين أو كليهما ينطوي في الواقع على أمر مخالف للشرع أو محرم لكنه لم يعلن، وذلك كبيع العينة، فإنه عقد باطل لكونه عبارة عن ربا مستتر تحت صورة عقد البيع، ومثله كل عقد كان ظاهره الصحة مع إضمار أحد العاقدين أو كليهما غرضاً لو أعلن لأدى إلى بطلانه[2].

القاعدة الخامسة:

"الأصل في العقود من المعاملات المالية: أنها تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل"[3].

شرح مفرداتها :

- قولهم : قول : المراد به: الصيغة اللفظية الموضوعة قصداً لكل عقد، وتسمى اصطلاحاً بالإيجاب والقبول، كقول البائع: بعتك هذه السلعة بألف، فيقول المشتري: قبلت، ويشمل ذلك أيضاً الأقوال المتعارف عليها في إمضاء العقود، وإن لم تكن هي الصيغة الخاصة به، كالبيع بلفظ الهبة، وانعقاد الكفالة بلفظ الحوالة ونحو ذلك[4].

---

(١) إعلام الموقعين ١٠٦/٣.

(٢) انظر جمهرة القواعد الفقهية ٥٦٠/١.

(٣) الفتاوى ١٣/٢٩.

(٤) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا ٥٥-٥٦، والوجيز ٦٦-٦٧.

- قولهم : أو فعل: المراد به: ما جرى التعارف عليه من الأفعال التي تمضى بها العقود، كالبيع بالمعاطاة، ودفع الثوب إلى الغسال أو الخياط الذي يعمل بأجر معروف، وركوب دابة الجمّال أو الحمّار المكارى ، ونحو ذلك[1].

معناها الإجمالي :

هذه القاعدة شبيهة بقاعدة : **"العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"**، ومبنية على قاعدة **"الرضا في العقود"**، من حيث تأكيدها على أن الشارع قصد من تشريع العقود إنفاذ مراد المتعاقدين بأي وسيلة تعبر عن ذلك، من القول، أو الفعل، أو غيره ، وليست عنايته بالإيجاب والقبول إلا لكون هذه الصيغة هي أصرح ما يكشف عن مقصود المتعاقدين ومرادهما، وليس أكثر من ذلك، فهي إذن غير مقصودة لذاتها، وإنما لا تعدو أن تكون وسيلة من عدة وسائل.

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية:

"فكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة فهو بيع أو إجارة، وإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم، من الصيغ والأفعال، وليس لذلك حد مستمر لا في شرع ولا في لغة، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس، كما تتنوع لغاتهم... ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات" أ-هـ[2].

وهذه القاعدة يتداولها الفقهاء في كتبهم بعبارات مختلفة، منها:

العقود يرجع فيها إلى عرف الناس فما عده الناس بيعاً أو إجارة أو هبة كان بيعاً أو إجارة أو هبة[3].

---

(١) انظر الفتاوى ٢٩/٧-٨.

(٢) الفتاوى ٢٩/٧.

(٣) المصدر السابق ٢٩/٢٢٧.

كل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما في القبض والحرز وإحياء الموات وغير ذلك من الألفاظ المطلقة[1].

العبرة في العقود إنما هو بعرف المتعاقدين[2].

العقود والفسوخ تنعقد بما دل عليها من أي لفظ كان[3].

كل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلى العرف[4].

أصل القاعدة:

هذه القاعدة تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب[5]، ومن أهم الأدلة لها ما يأتي :

١ – قوله تعالى : "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"[6]. وجه الاستدلال : أن الآية وردت في جنس المعاوضات، و لم يشترط فيها لفظاً معيناً، ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي وطيب النفس، ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة[7].

٢ – أن أسماء العقود علقت بها أحكام شرعية في الكتاب والسنة، وكل اسم لابد له من حد، إما من اللغة، أو من الشرع، وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع: فالمرجع فيه إلى عرف الناس، ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حداً لا في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عين للعقود صفة معينة من الألفاظ أو غيرها،

---

(١) انظر المجموع ١٩١/٩، وحاشية الروض المربع ٤٨٦/٤.

(٢) الفتاوى الكبرى للهيثمي ١٤٢/٢.

(٣) فتاوى السعدي ٥١٤/١.

(٤) الفتاوى ٤٠/٢٤.

(٥) الفتاوى ١٣/٢٩.

(٦) سورة النساء آية ٢٩.

(٧) انظر الفتاوى ١٤/٢٩-١٥.

وليس لها كذلك حد معين في لغة العرب ، فيكون المرجع فيها إلى عرف الناس وعاداتهم، فما سموه بيعاً فهو بيع وما سموه هبة فهو هبة[1].

٣ – أن المعاملات تعد من العادات ، والأصل في العادات العفو، وعليه فإن مقاصد الشرع تقضي بأن للناس أن يتبايعوا ويستأجروا كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة، كما أن لهم أن يأكلوا ويشربوا كيف شاءوا ما لم تحرم الشريعة، وما لم تحد الشريعة فيه حداً فالأصل فيه البقاء على الإطلاق الأصلي[2].

ضوابط القاعدة:

هذه القاعدة كما لاحظنا تنص على اعتبار العرف فيما تنعقد به المعاملات، فكل ما عد في العرف سبباً في انعقادها من قول أو فعل كان حجة وبنيت عليه الآثار، ولذا فإن ضوابطها هي ذات ضوابط اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية التي نص عليها العلماء في القاعدة الكلية الكبرى: "**العادة محكمة**"، والتي يمكن تلخيصها بما يأتي:

١ – أن لا يخالف العرف نصاً شرعياً أو شرطاً لأحد المتعاقدين.

٢ – أن يكون العرف مطرداً، بمعنى أن يكون العمل به مستمراً في جميع الأوقات والحوادث بحيث لا يتخلف إلا بالنص عليه.

٣ – أن يكون العرف شائعاً، بمعنى أنه لا يعتد به في المعاملات العامة إلا إذا كان منتشراً بين الناس جميعاً، ولا يعتد به في المعاملات الخاصة بين التجار إلا إذا كان سائداً بينهم[3].

---

(١) انظر المصدر السابق ٢٩/١٥-١٦.

(٢) انظر المصدر السابق ٢٩/١٦-١٨.

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٩٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩، ومجلة الأحكام العدلية مادة ٤١،٤٢ والوجيز ١٧٠،١٥٧-١٧١، ١٧٩-١٨١، وشرح القواعد للزرقا ٢٣٩،٢٣٥،٢٣٣،٢١٩.

المبحث الثاني

"التكييف الفقهي للعقود الإلكترونية"

المطلب الأول : حقيقة العقود الإلكترونية، وأهميتها ، وأبرز صورها

أولاً : المراد بالعقود الإلكترونية:

هي عبارة عن المعاملات التي تتم بواسطة وسائط إلكترونية ، يقوم فيها الحاسب الآلي بالدور الأكبر، من حيث ترتيب إجراءات التعاقد وتنفيذها، وقد يكون هو الطرف الآخر في العقد، فيقوم بدور الإيجاب أو القبول نيابة عن الشخص أو الجهة التي يتبع لها.

ثانياً : سبب انتشارها:

انتشرت العقود الإلكترونية في عصرنا الحاضر بسرعة مذهلة تبعاً لانتشار تقنية أو صناعة المعلومات في هذا العصر الذي يمكن أن نطلق عليه : "عصر الحوسبة والاتصال"، أو :"عصر المعلوماتية"، وكان وجود هذه العقود تبعاً لما يعرف اليوم بـ:"التجارة الإلكترونية"، وهي التجارة التي تعتمد اعتماداً كاملاً على الحوسبة، والاتصال، ومختلف الوسائل التقنية لتنفيذ وإدارة النشاط التجاري، وتقوم على فكرة ممارسة أعمال التسويق، وتوريد الخدمات على الخط بالاعتماد على شبكات المعلومات، وأبرزها الإنترنت[1].

ثالثاً : أهمية العقود الإلكترونية:

يعد اللجوء إلى العقود الإلكترونية والاعتماد عليها من الحاجات الملحة في هذا العصر ، بل إن الحاجة إليها قد تنزل منزلة الضرورة، لكونها تتعلق بأحد الضروريات الخمس التي جاء الشرع بالمحافظة عليها، وهو المال، وتبرز أهمية هذه العقود من خلال ما يأتي :

١ – واقع العصر، وما أفرزته التقنية الحديثة من وسائل إلكترونية جديدة، شاع استخدامها، وتزايد الاقتناع باعتمادها نمطاً لتنفيذ الأعمال ، ومرتكزاً ومحدداً للتطور، في عالم غدا كالقرية

---

(١) من موقع المركز العربي للقانون والتقنية العالية "التجارة الإلكترونية المفهوم والأنماط" (www.arablaw.org/061 ink. htm)

الواحدة، ويكاد يجتمع تحت مظلة منظمة تجارية واحدة هي: "منظمة التجارة العالمية" هدفها الظاهر تحرير التجارة في السلع والخدمات، ودخول الشركات الأجنبية الأسواق المحلية كجهات منافسة حقيقية.

٢ – ما توفره التجارة الإلكترونية من تسهيل عمليات التنافس إذا توفرت القدرة على تأديتها، وتحققت متطلبات نجاح مشاريعها، وما من شك في أن التعاطي بها يخلق مناخاً اقتصادياً مرناً في أهدافه وأدواته، ييسر أمور الناس، ويسهم في قضاء حوائجهم بأقل جهد وأقصر زمن، وإذا علم ذلك فإن التقصير في امتلاك أدواتها، والتمسك بالطرائق التقليدية في عصر يعتمد تقنية الاتصال والمعلومات يعد تفويتا للفرص ، وتأخراً عن ركب الحضارة، وهذا بلاشك يعود على اقتصاديات المتخلفين عن الركب بالخسارة.

٣ – أن العالم يتجه إلى إحلال التقنية في كل ميدان من ميادين النشاط الإنساني ، وبشكل رئيسي في مجال الخدمات الحيوية، والخدمات التي تقدمها الدولة، وهذا سيضع التجارة الإلكترونية في مقدمة خطط التطور والتنمية، لذا فإن تجاهل التجارة الإلكترونية أمر غير مناسب مع رغبتنا في التعامل مع الإفرازات الإيجابية لعصر تقنية المعلومات، وامتلاك وسائل مواجهة الآثار السلبية وإفرازات عصر العولمة[1].

رابعاً : أهم صور العقود الإلكترونية:

١ – المعاملات المصرفية الحديثة، وهي تكاد تكون قائمة بشكل كامل على الوسائط الإلكترونية، ويكاد يكون دور العامل البشري فيها محدوداً، ومن أهم العقود المصرفية التي تنفذ بشكل يومي : بيع وشراء الأسهم من خلال الاعتماد على الشاشات الإلكترونية وأجهزة الحاسب، وعقود المضاربة، والمرابحة، وشراء العملات وبيعها ، والقروض ، وغير ذلك.

٢ – بيع وشراء الخدمات عبر الحاسب الآلي، وهذا النوع من المعاملات هو السائد في أغلب المؤسسات الخدمية مثل شركات الكهرباء، والماء، والهاتف، الحكومية، وغير الحكومية، فجل

(١) المصدر السابق.

عقود هذه الشركات مع المشتركين تتم بالوسائط الإلكترونية، ويقوم الحاسب الآلي فيها بالدور الأكبر في الجانب الإجرائي، من حيث تحديد نوع الخدمة، وسعرها، ومدتها، وفي الجانب التنفيذي من حيث إيصالها للمشترك، أو فصلها عنه.

٣ – بيع وشراء السلع عبر الحاسب الآلي، وهذا النمط من المعاملات كان يستخدم على نطاق ضيق، وربما كان التعامل به إلى عهد قريب مقتصراً على البنوك والشركات الكبرى، لكنه بدأ ينتشر بصورة مذهلة مع انتشار شبكة المعلومات: "الإنترنت"، وسهولة الاشتراك فيها، والدخول إليها، فأضحى البيع والشراء عبر الإنترنت شائعاً بين الأفراد، بحيث يمكن للإنسان أن يشتري السلعة التي يرغب فيها من فرد أو مؤسسة عبر الشبكة إما بالاتصال المباشر "المحادثة"، أو بإدخال أمر الشراء بعد الاقتناع بالسلعة المعروضة، وإن لم يكن الطرف الآخر على اتصال مباشر معه، فيقوم الحاسب بإكمال إجراءات العقد.

٤ – ويمكن أن يضاف إلى ذلك: العقود التي تتم مع الأجهزة الإلكترونية المنتشرة في الشوارع والميادين، كالآلات التي تبيع بطاقات ركوب الطائرات والقطارات ، أو بطاقات دخول المتنزهات والأماكن العامة، والآلات الإلكترونية التي تبيع المشروبات الباردة أو الساخنة ، ونحو ذلك.

المطلب الثاني : "حكم انعقاد وإثبات العقود الإلكترونية".

أولاً : "حكم انعقاد العقود الإلكترونية من خلال تنزيلها على القواعد الحاكمة للمعاملات".

تقدم فيما مضى أن العقود الإلكترونية : هي العقود التي تتم بواسطة الحاسب الآلي، من دون أن يلتقي العاقدان.

وإذا كانت هذه هي ماهيتها ، فينبغي أن يكون البحث في حكم انعقادها معتمداً على النقاط الآتية:

١ – أثر التقاء العاقدين في العقود.

٢ – وسيلة التعاقد.

٣ – كيفية قبض المعقود عليه.

١ – أثر التقاء العاقدين في صحة العقد:

إن المتأمل للقواعد الفقهية الحاكمة للمعاملات التي وضعها الفقهاء من خلال تتبع الأحكام الجزئية يدرك أن التقاء العاقدين ليس أمراً مقصوداً لذاته، وإنما جرى التركيز عليه لأنه الوسيلة التي اعتادها الناس في معاملاتهم زمن التشريع وما تزال، وإلا فإن المعول عليه حقيقة في صحة البيع ولزومه إنما هو الرضا، وقد تقدمت جملة من القواعد الفقهية التي تنص على أن الأصل في العقود هو التراضي[١]، وإذا عرف ذلك فيجوز التعاقد بين الغائبين بأي وسيلة تكشف عن الرضا، كالرسالة، والكتابة، ونحو ذلك[٢].

والعقود الإلكترونية من دون شك تكشف عن رضا العاقدين ، على اعتبار أن كل واحد منهما لن يعطي أمر التنفيذ للجهاز إلا بعد رضاه بالعقد، وموافقته على ما تضمنه.

ولذا فإن العقد الإلكتروني إن تم عن طريق الاتصال المباشر بين المتعاقدين، كما يجري أحياناً في مواقع المحادثة، فهو شبيه بالعقود التي تتم بواسطة الهاتف، وقد رجح أكثر الفقهاء المعاصرين صحة انعقادها[٣].

وإن كان عن طريق الاتصال المباشر بين أحد المتعاقدين وجهاز الحاسوب الذي ينوب عن العاقد الآخر – وهو الأعم الأغلب في العقود الإلكترونية – فهو صحيح كذلك، ووجه تعبير هذه الصورة عن الرضا: أن العاقد الذي عرض سلعته أو أسهمه على الجهاز لو لم يكن راضياً لأعطى الأمر بالإلغاء ، فيستصحب رضاه طالما بقي عرضه قائماً على الجهاز، أشبه الموجب عن

---

(١) انظر الفتاوى ٦/٢٩، وتخريج الفروع على الأصول ١٤٣ ، وقاعدة العقود ٢١٩.

(٢) انظر كشاف القناع ١٤٨/٣، وروضة الطالبين ١٣٨/٣.

(٣) انظر حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ١٠٤.

طريق الرسالة أو البرقية، فإنه يبقى ملتزماً بإيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب إلى الطرف الآخر[1].

وأما خيار المجلس الذي جعلته الشريعة عاملاً حاسماً في نفاذ العقد، فيثبت كذلك في العقود الإلكترونية، وتكون صورته: أن لكل واحد من المتعاقدين الحق في الرجوع عن البيع طالما كان متواصلاً مع الجهاز، فإن قام عنه، أو أغلقه بطوعه واختياره، أو انتقل إلى معاملات أخرى، أو مواقع أخرى : سقط الخيار، وثبت البيع[2].

وقد اختلف الباحثون المعاصرون في تكييف التعاقدات التي تتم بطريقة الهاتف، ويمكن أن تلحق بها العقود الإلكترونية، هل هي بين حاضرين أو غائبين؟ على قولين، والمتأمل في واقعها يدرك أنها تعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، فتراعى أحكام كلٍ في مناسبته[3].

وسيلة التعاقد:

تقدم لنا فيما مضى أن العقود تصح بكل ما دل على مقصود المتعاقدين، من قول، أو فعل، أو غير ذلك، وجرى سرد عدد من القواعد التي تفيد هذا المعنى[4]، وسبق القول بأن الإيجاب والقبول فيها ليسا مقصودين لذاتهما، وإنما لأنهما أصرح ما يعبر به عن الرضا.

قال الباجوري : "ولابد في البيع من إيجاب وقبول، لأن البيع منوط بالرضا، وهو أمر خفي ، فاعتبر عليه من اللفظ ونحوه، كالكتاب، وإشارة الأخرس" أ – هـ[5].

---

(١) انظر نظرية العقد ٢٥٠.

(٢) انظر المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ٤٢٣.

(٣) انظر نظرية العقد ٢٥٢.

(٤) انظر الصفحة رقم ١٧،٢١ من هذا البحث.

(٥) حاشية الباجوري ٣٤١/١.

وقال الدسوقي : "وينعقد العقد بما يدل على الرضا من قول، أو كتابة، أو إشارة، منهما أو من أحدهما" أ – هـ [1].

ويقول شيخ الإسلام – وهو يقرر قاعدة الرضا-: "فأما التزام لفظ مخصوص فليس أثر ولا نظر، وهذه القاعدة الجامعة التي ذكرناها من أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل هي التي تدل عليها أصول الشريعة وهي التي تعرفها القلوب" أ – هـ [2].

والعقود الإلكترونية – كما هو ظاهر- تتم عن طريق الكتابة على جهاز الحاسب، والكتابة حجة تناط بها الأحكام، كما قرر ذلك علماء الأصول[3]، ومما يدل على حجيتها : فعل النبي صلى الله عليه وسلم، حيث كان يرسل الرسل أحياناً، ويكتب الكتب أحياناً أخرى، ومن ذلك: كتابه صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في الصدقات، والديات، وسائر الأحكام[4]. وكتابه الذي كتبه لأبي بكر الصديق في الصدقات[5].

بل إن القرآن الكريم وهو أصل الدين وصل إلينا بالكتابة بعد أن ثبت بالحجة[6].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣.

(٢) الفتاوى ١٣/٢٩.

(٣) انظر العدة ١١٤/١، واللمع ص ٢٩، والمعتمد ٣٣٧/١، وشرح تنقيح الفصول ٢٧٨، والإحكام لابن حزم ٧٢/١.

(٤) هذا الكتاب أخرجه النسائي في سننه، كتاب الديات، باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول ٥١/٨، وأخرجه الدارمي في سننه، كتاب الديات، باب كم الدية من الإبل ١١٣/٢ ، والدارقطني في سننه ، كتاب الحدود والديات ٢٠٩/٣، وأخرجه غيرهم، وقد صحح هذا الكتاب الإمام أحمد، وتلقاه الأئمة الأربعة بالقبول. انظر نصب الراية ٣٣٩/٢-٣٤٢.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، باب من بلغت عنده صدقة بنت مخاض وليست عنده ١٣٨/٢، أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة ٣٥٨/١، والنسائي، كتاب الزكاة، باب زكاة الإبل ١٣/٥، وابن ماجة، كتاب الزكاة، باب إذا أخذ المصدق سناً دون سن ٢٧٥/١، وأخرجه غيرهم، انظر التلخيص الحبير ١٥٠/٢، ونصب الراية ٣٣٥/٢-٣٣٧.

(٦) انظر الوجير ١٧٦ .

قال القاضي أبو يعلى – بعد أن ذكر أمثلة من السنن الثابتة بالكتابة-:"فثبت أن الكتابة يقع بها البيان كوقوعه بالقول" أ – هـ [1].

ويقول الشيخ مصطفى الزرقا : " إن النطق باللسان ليس حتمياً لظهور الإرادة العقدية بصورة جازمة في النظر الفقهي ... وعلى هذا فقد رأى الفقهاء أنه يقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول إحدى وسائل ثلاث، وهي: الكتابة، والإشارة من الأخرس، بالإضافة إلى وسائل الاتصال العصرية" أ - هـ[2].

والكتابة ملحقة بالقول ، لأنه يفهم المراد منها بواسطة ما تدل عليه من القول، ولذا خرج الفقهاء من تتبعهم للأحكام الجزئية التي عدت فيها الكتابة بمنزلة القول في الشريعة بقاعدة متداولة، وهي قاعدة: "**الكتاب كالخطاب**" [3].

وإذا ثبت أن العقود الإلكترونية تتم عن طريق الكتابة، وأن الكتابة حجة في العقود وغيرها، بقي أن نبين أن كتابة العاقد الأول تعد إيجاباً، وأن تمام العقد يتوقف على قبول العاقد الثاني بمجرد أن يبلغه الإيجاب[4]، ومجلس العقد في هذا النوع من العقود هو عبارة عن الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور الإيجاب وصدور القبول ما دام المتعاقدان مشغولين بالعقد، و لم يوجد ما يقطعه من الإعراض الصريح أو الضمني من أحدهما[5].

---

(١) العدة ١/١١٦-١١٧.

(٢) المدخل الفقهي العام ٢/٣٢٦.

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٠٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٩، ومجلة الأحكام العدلية مادة ٦٩

(٤) انظر نظرية العقد ٢٥٠، وحكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ١٠٨،٩٧-١٠٩.

(٥) انظر حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ١٠٨.

كيفية قبض المعقود عليه:

القبض مؤثر في تمام العقود وصحتها، يقول شيخ الإسلام رحمه الله تعالى :"المقصود بالعقود هو التقابض، وبالقبض يتم العقد ويحل مقصوده" أ – هـ[1].

لكن قبض كل شيء يكون بحسبه، وذلك لأن القبض ورد في الشرع مطلقاً لاحد له فيه، وليس له في اللغة حد يمكن أن يضبط به، فالمرجع فيه إلى عرف الناس[2].

وقد صاغ الفقهاء جملة من القواعد التي تفيد هذا المعنى، ومن ذلك قولهم:

الاعتماد فيما يناط باسم القبض على العرف[3].

الشيء إذا لم يكن محدوداً في الشرع كان الرجوع فيه إلى العادة كالقبوض والحروز[4].

العرف في القبض يجري مجرى الشرط[5].

وقبض الثمن في العقود الإلكترونية يكون – في الغالب – عن طريق الخصم من حساب المشتري بواسطة بطاقة الإئتمان، أو الفيزا، ونحوها، فيسدد المشتري الثمن بهذه البطاقة، أو بطريقة تحويل الثمن المتفق عليه من حسابه إلى حساب البائع، وهذا قبض متعارف عليه في هذا النوع من المعاملات، فيكون صحيحاً وحجة، ما لم تتضمن عملية الخصم أو التحويل مخالفات شرعية، كأخذ البنك فائدة ربوية على الخصم بالبطاقة، أو على التحويل، فحينئذ يكون للحكم الشرعي فيها مناطاً آخر غير المناط الذي نتحدث فيه.

وأما قبض السلعة فإنه يكون بحسبها، فالأسهم مثلاً يكون قبضها من خلال نقلها إلى اسم المشتري الجديد، وإعطائه شهادة بذلك، وقبض المنقولات يكون من خلال تسليمها إليه باليد، أو

---

(١) الفتاوى ٢٩/٤٠٢.

(٢) المصدر السابق ٢٩/١٦.

(٣) انظر الوسيط للغزالي ٣/١٥٢.

(٤) جمهرة القواعد الفقهية ٢/٧٥٧٥، قاعدة ١٠٢٩.

(٥) الحاوي ٥/١٩٢.

بالبريد، إلى غير ذلك، وهي طرائق جرى التعارف عليها في قبض هذه السلع، فتكون حجة ، على اعتبار أن المرجع في القبض –كما أسلفنا– هو العرف، وتأخر القبض عن زمن دفع الثمن لا يؤثر في صحة العقد كما هو مقرر عند الفقهاء.

ثانياً : "حكم إثبات العقود الإلكترونية من خلال تنزيلها على القواعد الفقهية الحاكمة للعقود".

أصرح وسيلة لإثبات العقود وترتب أحكامها الشرعية والقضائية عليها هي: التقاء المتعاقدين بالأبدان ، وتلفظهما باللسان، مع وجود شاهدين حاضرين للعقد، أو قرائن ثبوتية ملزمة للطرفين، كوجود عقد مكتوب وقع عليه العاقدان.

لكن هذه الوسيلة أضحت متعذرة في أغلب العقود والمعاملات المعاصرة، نظراً لما سبقت الإشارة إليه من دخول التقنية كافة مناحي الحياة الإنسانية، وفي مقدمتها التجارة والمعاملات، فلابد إذن لمن يريد أن يصحح العقود الإلكترونية من أن يبين الضوابط الكفيلة بإثباتها، وإلزام المتعاقدين بها، حتى تترتب عليها آثارها الشرعية والقضائية والجنائية.

إن المتأمل في ماهية هذه العقود كما سبق أن أشرنا يدرك أنها تعتمد على وسيلة الكتابة في الحاسب بواسطة العاقد أو من ينيبه، وقد سبق لنا إثبات أن الكتابة حجة كالقول تماماً، لكن نسبة العقد المكتوب بواسطة جهاز الحاسب الآلي إلى كل واحد من المتعاقدين لابد أن تكون متيقنة أو تفيد غلبة الظن على أقل الأحوال.

وإذا كان السابقون قد وضعوا ضوابط لاعتبار الكتابة وترتب آثارها عليها، ومن أهمها : أن تكون الكتابة بينة واضحة لا لبس فيها، وأن تشتمل على ما يدل على نسبتها إلى الكاتب، ككونها بخط يده، أو عليها عنوانه، أو تحمل توقيعه[1]، فإن هذه الضوابط ليست وحدها كافية لإثبات العقود الإلكترونية وترتب آثارها عليها، بل لابد من اعتماد وسائل إلكترونية آمنة تعطي

(١) انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٩، ومجلة الأحكام العدلية مادة ٦٩، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ٣٤٩، والوجيز ١٧٦ – ١٧٧.

الحاكم أو القاضي يقيناً أو غلبة ظن بثبوت هذا العقد وصحة نسبته إلى العاقدين، ومن أهم هذه الوسائل المتاحة في نظري:-

١ – البصمة الإلكترونية:

وهي بصمة يتم اشتقاقها وفقاً لخوارزميات معينة تدعى دوالّ أو اقترانات التمويه، وهذه الخوارزميات تطبق حسابات رياضية على الرسالة الإلكترونية لتوليد بصمة (سلسلة صغيرة) تمثل ملفاً كاملاً أو رسالة (سلسلة كبيرة)، وتدعى البيانات الناتجة: البصمة الإلكترونية للرسالة، وتتكون البصمة الإلكترونية للرسالة من بيانات لها طول ثابت (يتراوح عادة بين ١٢٨ و ١٦٠ بت) تؤخذ من الرسالة المحولة ذات الطول المتغير، وتستطيع هذه البصمة تمييز الرسالة الأصلية والتعرف عليها بدقة، حتى إن أي تغيير في الرسالة- ولو كان في بت واحد – سيفضي إلى بصمة مختلفة تماماً، ومن غير الممكن اشتقاق البصمة الإلكترونية ذاتها من رسالتين مختلفتين[١].

٢ – التوقيع الرقمي :

يستخدم التوقيع الرقمي للتأكد من أن الرسالة قد جاءت من مصدرها دون تعرضها لأي تغيير أثناء عملية النقل، ويمكن للمرسل استخدام المفتاح الخاص لتوقيع الوثيقة إلكترونياً، وأما المستقبل فيمكنه التحقق من صحة التوقيع عن طريق استخدام المفتاح العام المناسب، وهو وسيلة فعالة لتأمين سلامة الرسالة، والتحقق من صحتها، وإثبات نسبتها إلى المرسل[٢].

وقد اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (UNCITRAL) ضمن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام ١٩٩٦م،

ونصت على قبولها كوسيلة للتعاقد، وإثبات انعقاد العقد الإلكتروني، وإن كان القانون النموذجي لم يحدد معنى معيناً للتوقيع الإلكتروني، أو معياراً معيناً لمسائله الإجرائية، بل اكتفى

---

(١) انظر موقع حكوميات، صفحة المعلومات، التوقيع الإلكتروني
(www.infosys.sy/info-se.htm) .com

(٢) انظر المصدر السابق.

بالمبادئ العامة القائمة على فكرة إيجاد وسيلة تكنولوجية تحقق نفس المفهوم والغرض الذي يحققه التوقيع العادي[1].

ولا يبطل دليلية هذه الوسائل العصرية وجود بعض الاحتمالات، ككـــون أجهـــزة الحاسب معرضة للاختراق، ونحو ذلك، لأن الوسائل التي اعتمد عليها السابقون – من الكتابـة ونحوها – يرد عليها من الاحتمالات ماهو أقوى من ذلك، كالتزوير، ونحوه، ومع هذا لم يختلفوا في الاحتجاج بها.

المبحث الثالث

" أهم القواعد العامة التي يمكن إدخال العقود الإلكترونية تحتها"

بعد أن تبين لنا في المبحث السابق ماهية العقود الإلكترونية، ومدى الحاجة الماسة إليها في هذا العصر، وكيفية تنـــزيلها على القواعد الفقهية الحاكمة للعقود، يمكننا أيضاً أن نخرّج حكمها على القواعد العامة في الشريعة الإسلامية بواسطة طريقين:-

الطريق الأول: أن هذه العقود ضرب من ضروب المعاملات، والمعـــاملات تعـــد مـــن العادات، والأصل في العادات عدم التحريم[2].

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله :" تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعـــان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلـــم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لم يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي مـــا اعتـــاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى ... والبيع والهبة والإجارة وغيرها من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم كالأكل

---

(١) انظر المقال لخالد الطويل، موقع الرياض الإلكتروني، منتدى الكتاب
(writers.alriyadh.com.sa/images/tawel/-w.jpG)

(٢) انظر الفتاوى ٢٩/١٦-٤، ١٥٠، ١٧/١٩٦، وإعلام الموقعين ١/٣٨٣، ٣٤٤.

والشرب واللباس ... وإذا كان كذلك : فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاءوا، ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاءوا، ما لم تحرم الشريعة" أ – هـ [1]

ونقل رحمه الله عن الإمام أحمد قوله:(العادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه الله) أ – هـ [2]

الطريق الثاني : أن في إباحة هذه العقود توسعة على الناس، وتيسيراً لهم في قضاء حوائجهم، والسعي في طلب معايشهم، والقول بتحريمها قد يفضي إلى حصول المشقة والحرج، وما من شك في أن من أهم قواعد الشرع ومقاصده: رفع الحرج عن المكلفين، والترخيص لهم بكل ما ييسر أمورهم، ويسهم في قضاء حوائجهم، ومن أهم القواعد الفقهية التي يمكن تخريج العقود الإلكترونية عليها من هذا الجانب:-

١- **قاعدة:- المشقة تجلب التيسير** [3].

٢- **قاعدة:- لا ضرر ولا ضرار**[4].

٣- **قاعدة:- إذا ضاق الأمر اتسع** [5].

٤- **قاعدة:- الحاجة تنزّل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة**[6].

-ولذا نجد أن الفقهاء في كتبهم يعتمدون على هذه القواعد في تعليلهم لأحكام المعاملات التي تظهر فيها هذه المعاني، وإن اختلفت عباراتهم في ذلك، ومن ذلك قولهم :-

كل شيء فيه دفع حاجة الناس الماسة فهو جائز في الشرع [1].

---

(١) الفتاوى ١٦/٢٩ - ١٨

(٢) المصدر السابق ١٧/٢٩

(٣) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٤، ومجلة الأحكام العدلية مادة ١٧، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ١٥٧، والوجيز ١٢٩ .

(٤) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٣، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٥، ومجلة الأحكام العدلية مادة ١٩

(٥) انظر شرح القواعد الفقهية للزرقا ١٦٣، ومجلة الأحكام العدلية مادة ١٨، والوجيز ١٤٠

(٦) انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ٨٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم ٩١، وشرح القواعد الفقهية للزرقا ٢٠٩

كل شيء يؤدي إلى الحرج فهو مدفوع شرعاً [٢].

كل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة في أكثر [٣].

ما احتيج إلى بيعه فإنه يوسع فيه ما لا يوسع في غيره [٤].

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية – وهو يعلل جواز بيع المغيبات كالجزر والفجل ونحوهما – :(فإن الناس محتاجون إلى هذه البيوع، والشارع لا يحرم ما يحتاج الناس إليه من البيع) أ – هـ [٥].

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من جاء بأكمل الرسالات، محمد بن عبدالله عليه وعلى آله وصحابته أتم الصلاة وأزكى التسليم، أما بعد:-

فقد حاولت في هذا البحث أن أجمع أهم القواعد الفقهية الحاكمة للعقود من أجل تنزيل حكم العقود الإلكترونية عليها، من حيث الانعقاد، والثبوت، ولتحقيق هذه الغاية تناولت – بشكل مقتضب– خمساً من القواعد الفقهية التي ظهر لي أنها تخدم هدف البحث الأساسي، واشتملت دراستي لها على ذكر اسم القاعدة، وشرح مفرداتها، وبيان معناها الإجمالي، وأصلها، وأهم ضوابطها، ثم تناولت التكييف الفقهي للعقود الإلكترونية، فبينت المراد بها، وسبب انتشارها، وأهميتها، وحكم انعقادها، وحكم إثبات العقود بها، اعتماداً على القواعد الفقهية، وختمت الكلام بمبحث حاولت من خلاله أن أخرِّج حكم هذا النوع من العقود على القواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

---

(١) مجموعة الأصول ورقة ٦٥

(٢) المصدر السابق ورقة ٩٩

(٣) تبيين الحقائق ٨٤/٤

(٤) الفتاوى ٤٨٨/٢٩

(٥) المصدر السابق ٢٧٧/٢٩

وقد خرجت من هذا البحث بالنتائج الآتية:-

١ - العقود الإلكترونية مباحة، لأن الأصل في العقود الإباحة.

٢ - العقود الإلكترونية صحيحة، لأن الأصل في العقود الصحة.

٣ - العقود الإلكترونية نافذة ولازمة، لأن الأصل في العقود اللزوم.

٤ - المعتبر في العقود هو رضا المتعاقدين، والمعوّل عليه هو مقصودهما، ولذا تصح العقود بكل وسيلة تعبر عن ذلك، من القول، أو الفعل، أو الكتابة، أو الإشارة، سواء كان ذلك عن طريق اللقاء المباشر بين المتعاقدين، أو عبر أي وسيلة تقليدية أو حديثة آمنة.

٥ - العقود الإلكترونية تتم عن طريق الكتابة على أجهزة الحاسب الآلي، والكتابة حجة في الأحكام، لأن الكتاب كالخطاب.

٦ - لا تصح العقود الإلكترونية، ولا تكون نافذة، إلا إذا اشتملت على وسائل إثبات معتبرة كالبصمة الإلكترونية، أو التوقيع الرقمي.

٧ - تعد البصمة الإلكترونية والتوقيع الرقمي وسائل إثبات معتبرة في هذا النوع من العقود، يمكن أن يعتمد عليها القاضي في إلزام العاقدين بما تضمنه العقد، وأن يحملهما -استناداً عليها- تبعات العقد الشرعية والقضائية والجنائية.

٨ - القول بإباحة هذا النوع من العقود يفضي إلى التوسعة ورفع الحرج عن الناس، وهو مقصد شرعي مجمع عليه، دلت عليه جملة من النصوص المتواترة، وقرره علماء الأمة من خلال قواعد كلية كثيرة.

ولا يفوتني أن أوصي علماء الأمة الإسلامية بمضاعفة الجهد في دراسة ما يجد من النوازل، والمسائل العصرية، وأن يكون سعيهم في بيان أحكامها متزامناً مع ظهورها وانتشارها بين الناس، لأن التباطؤ في بيان أحكامها، والتقصير في ذلك، يعد إخلالاً بالأمانة التي حملهم الله إياها، ويفتح الباب أمام أنصاف المتعلمين -بل والجهال -للخوض في حكمها، مما يورث الجهل والضلال ، نسأل الله العفو والعافية.

وختاماً: أسأل الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم، وأن يغفر لي

ما وقع فيه من الخطأ والزلل، إنه جواد كريم، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحابته أجمعين.

قائمة المراجع

١ – الإحكام في أصول الأحكام ، تأليف : أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، ت٤٥٦هـ، الناشر: مطبعة العاصمة بالقاهرة.

٢ – أحكام القرآن، تأليف : أحمد بن علي الرازي الجصاص، ت ٣٧٠هـ، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، الناشر: دار إحياء التراث العربي سنة ١٤٠٥هـ.

٣ – الاستذكار، تأليف : ابن عبدالبر النمري الأندلسي، تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجي، الناشر : دار الوعي، حلب، القاهرة.

٤ – أحكام القرآن، تأليف : ابن العربي المالكي، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر : دار الجيل، بيروت.

٥ – الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تأليف: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، ت ٩١١هـ، الناشر : دار الكتب العلمية، بيروت ،ط١، ١٩٨٣م.

٦ – الأشباه والنظائر ، تأليف : ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٠٠هـ.

٧ – إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، مراجعة وتعليق: طه عبدالرؤوف سعد، الناشر : دار الجيل، بيروت.

٨ – إكمال المعلم بفوائد صحيح مسلم "شرح صحيح مسلم للقاضي عياض" تحقيق: د. يحيى إسماعيل، الناشر: دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط١، سنة ١٤١٩هـ.

٩ – الأم ، للشافعي مع مختصر المزني، الناشر : دار الفكر ، بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣هـ.

١٠- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تأليف : علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الناشر : دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢ سنة ١٤٠٢هـ.

١١- تبيين الحقائق، شرح كنز الدقائق، تأليف : فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الناشر: دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية.

١٢-تخريج الفروع على الأصول، تأليف : شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني ، ت ٦٥٦هـ، تحقيق: د. محمد أديب الصالح، الناشر : مؤسسة الرسالة ، ط٥، سنة ١٤٠٤هـ.

١٣- التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، تأليف : فخر الدين محمد بن عمر الرازي، ت ٦٠٤هـ، الناشر : دار الفكر، بيروت،ط٣، سنة ١٤٠٥هـ.

١٤- التلخيص الحبير ، تأليف : ابن حجر العسقلاني ، الناشر، عبدالله هاشم يماني، سنة ١٣٨٤هـ.

١٥- التلقين في الفقه المالكي، تأليف: القاضي عبدالوهاب البغدادي، الناشر: وزارة الأوقاف المغربية، المغرب، سنة ١٩٩٣م.

١٦- تكملة المجموع شرح المهذب، تأليف: تقي الدين علي بن عبدالكافي السبكي، ت ٧٥٦هـ، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، الناشر: المكتبة العالمية بالفجالة.

١٧- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تأليف : ابن عبدالبر القرطبي، تحقيق: لجنة من العلماء، الناشر: وزارة الأوقاف المغربية، المغرب.

١٨-جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية، تأليف: د. علي بن أحمد الندوي، الناشر: شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، سنة ١٤٢١هـ.

١٩-حاشية الباجوري على ابن القاسم، تأليف: الشيخ إبراهيم الباجوري، الناشر: دار إحياء الكتب العربية.

٢٠- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تأليف: شمس الدين بن عرفة الدسوقي ، الناشر : دارة إحياء الكتب العربية،عيسى البابي الحلبي، القاهرة.

٢١- حاشية الروض المربع، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٣هـ.

٢٢- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني، للماوردي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبدالموجود، الناشر: مكتبة دار الباز، ودار الكتبة العلمية، بيروت ،ط١، سنة ١٤١٤هـ.

٢٣- حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، "الهاتف، البرقية، التلكس" في ضوء الشريعة والقانون، تأليف: محمد عقلة الإبراهيم، الناشر: دار الضياء، الأردن، ط١، ١٤٠٦هـ.

٢٤- رد المحتار، حاشية الدر المختار، تأليف : ابن عابدين، الطبعة الثانية، سنة ١٩٦٦م.

٢٥- روضة الطالبين وعمدة المفتين، تأليف : محي الدين النوري، الناشر: المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الثانية.

٢٦- زاد المعاد، تأليف : ابن قيم الجوزية، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، الناشر: مكتبة المنار الإسلامية، ومؤسسة الرسالة ، بيروت، ط٣، سنة ١٤٠٢هـ.

٢٧- سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني على الدارقطني ، الناشر: عبدالله هاشم يماني، سنة ١٣٨٦هـ.

٢٨- سنن الدارمي، الناشر : عبدالله هاشم يماني ، سنة ١٣٨٦هـ.

٢٩-سنن أبي داود، تعليق: عبيد الدعاس، الناشر: محمد علي السيد، حمص،ط١، سنة ١٣٨٨هـ.

٣٠- السنن الكبرى، للبيهقي، طبعة الهند، سنة ١٣٤٤هـ.

٣١- سنن ابن ماجة ، "أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ت٢٧٣هـ"، تحقيق: د. بشار عواد معروف، الناشر : دار الجيل،ط١، ١٤١٨هـ.

٣٢- سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، الناشر: مكتبة الحلبي، القاهرة.

٣٣- سنن النسائي "المجتبى" طبعت بإشراف : عبدالفتاح أبو غدة، الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية، بحلب.

٣٤- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تأليف: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، ت ٦٨٤هـ، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، الناشر: مكتبة الكليات الأزهرية، دار الفكر ، القاهرة،ط١، سنة ١٣٩٣هـ.

٣٥- شرح السنة ، تأليف: أبي القاسم البغوي، تحقيق: زهير الشاويش، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت ، الطبعة الثانية.

٣٦- شرح صحيح مسلم، تأليف: محي الدين النوري، الناشر : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثانية.

٣٧- شرح القواعد الفقهية، تأليف : أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، الناشر: دار القلم، دمشق،ط٤، سنة ١٩٩٦م.

٣٨- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، تأليف: محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الفتوحي المعروف بابن النجار، ت ٩٧٢هـ، تحقيق: د. محمد الزحيلي، د.نزيه حماد، الناشر: جامعة الملك عبدالعزيز، سنة ١٤٠٠هـ.

٣٩- شرح مختصر الروضة، تأليف: نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي الطوفي، تحقيق : د. عبدالله التركي، الناشر: مؤسسة الرسالة،ط١، سنة ١٤١٠هـ.

٤٠- شرح معاني الآثار، تأليف: أبي جعفر الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان.

٤١- صحيح البخاري "الجامع الصحيح" تأليف: محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: محمد علي صبيح ، الأزهر.

٤٢- صحيح مسلم، تأليف : مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، الناشر: دار إحياء الكتب العربية سنة ١٣٧٥هـ.

٤٣- العدة في أصول الفقه، تأليف : القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء الحنبلي، ت ٤٥٨هـ، تحقيق : أحمد بن علي سير مباركي، الطبعة الثانية ١٤١٠هـ.

٤٤- الفتاوى السعدية، لعبدالرحمن الناصر السعدي، الناشر : مطبعة الحياة، دمشق،ط١، سنة ١٣٨٨هـ.

٤٥- الفتاوى الكبرى الفقهية، تأليف: ابن حجر الهيثمي، الناشر: دار الفكر، بيروت.

٤٦- فتاوى ورسائل الشيخ محمد بن إبراهيم بن عبداللطيف آل الشيخ، جمع وترتيب : محمد بن عبدالرحمن بن قاسم، الناشر: مطبعة الحكومة، مكة المكرمة، ط١، سنة ١٣٩٩هـ.

٤٧- فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، تأليف: كمال الدين محمد بن عبدالواحد الإسكندري المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١هـ، الناشر : دار الفكر،ط٢، ١٣٩٧هـ

٤٨- الفروق، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت ٦٨٤هـ، الناشر : عالم الكتب، بيروت.

٤٩- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تأليف : أبي محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي، ت ٦٦٠هـ، الناشر: دار المعرفة، بيروت.

٥٠- القواعد والأصول الجامعة، تأليف عبدالرحمن بن ناصر السعدي، الناشر: مكتبة الإمام الشافعي، الرياض،ط٢، سنة ١٤١٠هـ.

٥١- القواعد الفقهية، المبادئ، المقومات، المصادر، الدليلية، التطور، تأليف: د. يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، الناشر: مكتبة الرشد، وشركة الرياض للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٥٢- القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، تأليف، عبدالسلام بن إبراهيم الحصين، الناشر: دار التأصيل،ط١، ١٤٢٢هـ.

٥٣- كشاف القناع عن متن الإقناع، تأليف : منصور بن يونس البهوتي، الناشر : عالم الكتب ، بيروت.

٥٤- اللمع في أصول الفقه، تأليف: أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، الفيروزبادي، ت٤٧٦هـ، الناشر : مطبعة مصطفى الباب الحلبي بالقاهرة، ط٢، ١٣٧٧هـ.

٥٥- المبدع في شرح المقنع، تأليف: محمد بن مفلح الحنبلي، الناشر: المكتب الإسلامي ، بيروت.

٥٦- المبسوط، تأليف : شمس الأئمة أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي، ت ٤٠٩هـ، الناشر: دار المعرفة، بيروت.

٥٧- مجلة الأحكام العدلية للدولة العثمانية، تأليف: لجنة من العلماء من الدول العثمانية.

٥٨- مجموعة الأصول، تأليف : أحد فقهاء الأحناف "غير معروف" ، وهي من مخطوطات مكتبة الشيخ محمد شاه ، بمدينة أحمد أباد، الهند.

٥٩- المجموع شرح المهذب، تأليف : محي الدين النووي، تحقيق: محمد نجيب الله المطيعي، الناشر : مكتبة الإرشاد، جدة.

٦٠- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، طبع بإشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين.

٦١- المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية، تأليف : د. محمد مصطفى شلبي، الناشر: دار النهضة ، بيروت، ط١ سنة ١٩٨١م.

٦٢- المدخل الفقهي ، تأليف مصطفى الزرقا، الناشر : مطبعة جامعة دمشق، ط٦، سنة ١٩٦٣م.

٦٣- المستصفى من علم الأصول، تأليف أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، ت ٥٠٥هـ، ومعه كتاب فواتح الرحموت، الناشر ، دار الكتب العلمية،ط١، سنة ١٣٢٢هـ.

٦٤- المسودة في أصول الفقه، جمعها: شهاب الدين أبو العباس الحنبلي الحراني الدمشقي، تحقيق وتعليق : محمد محي الدين عبدالحميد، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.

٦٥- المعتمد في أصول الفقه، تأليف: أبي الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري، ت ٤٣٦هـ، تحقيق: د. محمد حميد الله، الناشر: المعهد العلمي الفرنسي، دمشق، سنة ١٣٨٤هـ.

٦٦- المعيار المعرب، تأليف : أحمد بن يحيى الونشريسي، ت ٩١٤هـ، تخريج: جماعة من العلماء بإشراف د. محمد حجي ، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٦٧- المغني ، تأليف: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت ٦٢٠هـ، تحقيق : د. عبدالله التركي و د. عبدالفتاح الحلو، الناشر : دار هجر ، القاهرة،ط١، سنة ١٤٠٨هـ.

٦٨- المقدمات والممهدات، تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (الجد)، تحقيق: محمد حجي، وسعيد أحمد أعرب، الناشر: دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة ١٤٠٨هـ.

٦٩- المهذب في فقه الإمام الشافعي، تأليف : أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي ت ٤٧٦هـ، تحقيق : د. محمد الزحيلي، دار القلم ، دمشق، ط١، ١٤١٢هـ.

٧٠- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، الناشر : دار الكتاب العربي، بيروت ، الطبعة الأولى.

٧١- المنثور في القواعد، تأليف : بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي ت ٧٩٤هـ، تحقيق: د. تيسير فائق أحمد محمود ، الناشر: دار الكويت للصحافة، ط٢.

٧٢- الموسوعة الفقهية، "الموسوعة الكويتية" تأليف : لجنة من العلماء ، الناشر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ط٢، سنة ١٩٩٢م.

٧٣- نصب الراية لأحاديث الهداية، تأليف : عبدالله بن يوسف الزيلعي، الناشر : المكتبة الإسلامية ، ط٢، سنة ١٣٩٣هـ.

٧٤- نظرية العقد، تأليف : د. عبدالرزاق السنهوري، الناشر: دار الفكر للطباعة والنشر.

٧٥- الهداية (مع شرحه فتح القدير لابن الهمام)، تأليف : برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الناشر : دار

الفكر ، بيروت، ١٣٩٧هـ.

٧٦- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، تأليف : الدكتور/ محمد صدقي بن أحمد البورنو، الناشر : مؤسسة الرسالة،ط١، ١٤٠٤هـ.

٧٧- الوسيط في المذهب ، تأليف: محمد بن محمد الغزالي، تحقيق : أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر، الناشر : دار السلام، القاهرة،ط١، سنة ١٤١٧هـ.

مصادر إلكترونية "مواقع على الإنترنت" :

٧٨- موقع المركز العربي للقانون والتقنية العالية
. org/06 link.htm)www.arabaw(

٧٩- موقع (حكوميات) صفحة المعلومات، التوقيع الإلكتروني)www.infosys-com/info. sy.
. se.htm)

٨٠- موقع الرياض الإلكتروني، منتدى الكتاب ، المقال لخالد الطويل.
.(writers.alriyadh. com.sd /images/tawe/-w.ipG)

التحكيم في الأعمال المصرفية الإلكترونية

دكتور محمد سليم العوّا

١-تمهيد:

الأعمال المصرفية الإلكترونية هي نوع من أنواع التجارة الإلكترونية، التي هي إحدى ثمار الثورة في مجال الاتصالات التي شهدها العالم في النصف الثاني من القرن العشرين وبلغت ذروتها في العقدين الأخيرين منه.

ويتزايد الاهتمام بالأعمال المصرفية الإلكترونية بتزايد عدد مستعملي الحاسوب، وتزايد عدد شبكات الاتصالات والمعلومات الدولية، فوفقاً لإحصاءات عام ٢٠٠٢ بلغ عدد الشبكات الدولية للاتصالات والمعلومات خمسين ألف شبكة يتصل بها بصورة دائمة ستة ملايين حاسب آلي(١)، وهذا العدد ـــ للشبكات والحاسبات المتصلة بها يتزايد ـــ دون مبالغة ـــ كل لحظة، لا كل يوم، ولا كل شهر!

ونصيب المعاملات البنكية من هذه التجارة الدولية غير معروف على وجه الدقة ـــ وقد لا تمكن معرفته في أي وقت ـــ بسبب طابع السرية الذي يفرض على البنوك حماية معاملاتها بين بعضها وبعض، ومعاملات عملائها معها، أو من خلالها مع غيرها من البنوك؛ ولكن هذا الحجم يمكن تصوره ـــ ولو تقديراً ـــ إذا عرفنا أنه لا يوجد بنك في العالم المتقدم، وفي كثير من دول العالم النامية أو التي في طور النموّ، إلا وهو يقدم لعملائه "خدمة بنكية على الخط" On Line Banking تتيح للعميل أن يدخل إلى حسابه ويجري ما شاء من العمليات عليه من أي مكان في العالم، في أي وقت من اليوم، ليلاً ونهاراً، وفي جميع أيام السنة، من خلال حاسبه الشخصي بمجرد استعمال رقمه الشخصي PIN الذي يوفره له البنك، ويوفر له مكنة تغييره عبر الشبكة في أي وقت يشاء حماية لسرية تعاملاته.

وقد أدى هذا النظام إلى تمكين البنوك من تقليل عدد فروعها، وتقليص عدد موظفيها، مع زيادة هائلة في المعاملات البنكية اليومية، فقد أصبحت بالتريليونات والبليونات، أي بآلاف الملايين ومئاتها، وهي تنمو نمواً هائلاً بصفة مستمرة ويقدر أن ٢٠% من هذه المعاملات فقط هو الذي يتم لتغطية عمليات تجارية دولية فعلية و ٨٠% منها هو عمليات مضاربة بقصد الربح (٢) ومن أهم هذه العمليات: تبديل أسعار الفائدة على الديون، و تبديل عملات العقود، والمضاربة على العملات الأجنبية، وعقود المستقبل (Future Contracts)، وعقود الخيار المتعددة على السلع والأسهم والسندات والمعادن النفيسة والعملات وغيرها (Options)، وعقود الإقراض والتأجير (Leasing)، وعقود إدارة المحافظ المالية، وعقود الاستثمار المتنوعة.

وهذه العقود ـــ وغيرها ـــ تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات والمعلومات (On Line) دون أن يحتاج العميل إلى الانتقال إلى البنك، أو التوقيع على طلباته وتعليماته أمام موظف مختص، أو تقديم أوراق الضمان المالي أو العقاري أو الشخصي للاستيثاق منها، فقد ابتكرت نظم التعامل على الشبكة (Soft Ware) وسائل عديدة، ونظم حماية بالغة التعقيد والدقة، للقيام بهذه الوظائف كلها، أو، بالأحرى، للقيام ببدائل إلكترونية لها.(٣)

٢- القضاء أم التحكيم؟

تخول النظم القانونية الوطنية، في دول العالم كافة، محاكم الدولة سلطة الفصل في المنازعات، وتجيز معظم النظم القانونية للأطراف في نزاع ما أن يستبدلوا بقضاء الدولة قضاءً خاصاً هو قضاء التحكيم.

ويتميز هذا القضاء الخاص بأن الأطراف ذوي الشأن يختارون فيه قضاتهم بأنفسهم، ويختارون القانون ـــ الإجرائي والموضوعي ـــ الذي يطبق على المنازعة الناشبة بينهم، ويختارون المكان الذي يتم التحكيم فيه، ويحددون اللغة التي يجري بها، ويضربون أجلاً لا يستطيع المحكمون تجاوزه للفصل في النزاع.

وكل ذلك غير جائز في حالة اللجوء إلى قضاء الدولة. فالقاضي هناك معين وفقاً لقوانين السلطة القضائية، أو قوانين تنظيم القضاء، وقد يبدأ القضية قاضٍ ثم يتابعها ثانٍ، ويقضي فيها ثالث أو رابع حسب ما يصيب القضاة من ترقيات أو تنقلات أو تقاعد، والقانون يحدده المشرع في كل دولة موضوعاً وإجراءات، والمحكمة المختصة يحددها قانون المرافعات أو قانون الإجراءات المدنية، ولكل دولة لغة رسمية لا يجري التقاضي إلا بها، والمحاكم حرة في مواقيتها لا سلطان على قضاتها إلا لضمائرهم ـــ أو هكذا يجب أن يكون الحال ـــ وهم لا يصدرون حكمهم إلا بعد الإحاطة بالدعوى عن بصر وبصيرة مهما استغرق ذلك من وقت، ومهما كان الوقت في غير صالح بعض الخصوم أو كلهم!

فأي الطريقين لفض المنازعات الناشئة عن الأعمال المصرفية الإلكترونية أهدى سبيلاً؟ القضاء أم التحكيم؟

٣-تطور موقف البنوك من التحكيم:

يتكرر القول بأن البنوك لا تفضل اللجوء إلى التحكيم، وتميل عادة إلى ولوج سبيل التقاضي أمام المحاكم. ويرجع معظم المختصين ذلك إلى وجود أعراف وقواعد مقبولة عالمياً، تواترت على تطبيقها أحكام قضائية مستقرة في معظم أنحاء العالم حتى أصبح «قانون المعاملات البنكية» كما لو كان قانوناً موحداً عالمياً، الأمر الذي يسهل معه على البنك اللجوء إلى القضاء وهو على مثل اليقين من اقتضائه حقه أو ما يظن أنه حقه(٤)

ولكن هذا الموقف التقليدي للبنوك ما كان يمكن له أن يستمر في ظل التطور الهائل الذي خضعت له المعاملات المصرفية ولاسيما في ظل نشوء التعامل البنكي الإلكتروني.

فهذا النوع من المعاملات يتميز بخصائص فنية تخصصية إلى حد بعيد، ولم تتكون بعد الأعراف والقواعـــد ـــ محلياً أو دولياً ـــ التي يمكن أن يستند إليها في فض المنازعات التي تنشأ عنه بصورة متوازنة، أو مقبولة، تحقق مصالح البنوك ولا تهدر مصالح العملاء(٥). واللجوء إلى القضاء ليس طريقاً

مقبولاً لفض هذه المنازعات، فالعلاقة بين أطرافها تقوم على السرعة والسرية ولا تتحمل بطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم وعلا نيتها التي قد تضر الطرفين وتسيء إلى سمعتهما(٦). وبالنسبة إلى البنك ـــ بوجه خاص ـــ يبدو الانحياز إلى اختيار طريق التحكيم حلاً مثالياً، لأن القضايا تترجم إلى زمن يستغرقه نظرها والفصل فيها، والزمن بالنسبة إلى البنك هو نقود لأنه يتحول لديه إلى عوائد استثمار يجنيها ـــ أو يجني أكثـــرها ـــ ويعود باقيها إلى عملائه ومساهميه. فليس من العقل أن تقيم البنوك دعاواها أمام القضاء، وطريق التحكيم متاح أمامها حيث تنجز المهمة المعهود بها إلى المحكمين في شهور معدودة لا في سنين عدداً.(٧)

وقد استخدم التحكيم في القطاع المصرفي على نطاق واسع في الولايات المتحدة، لكنه لم يستخدم على النحو نفسه في بقية بقاع العالم. وقد بدأ هذا الاستعمال منذ ١٩٨٦ عندما أدرج Bank of America شروط تحكيم ملزمة في جميع وثائقه التجارية، وتبعته في ذلك معظم البنوك الأمريكية، وإن طور كل منها اجتهاده الخاص حسبما اقتضته معاملاته، واختلاف القوانين من ولاية إلى أخرى. ومنذ شهر يوليو ١٩٩٢ قرر بنك أمريكا Bank of America جعل التحكيم هو الوسيلة التي يتفق عليها عملائه حتى في المعاملات الفردية الخاصة بمختلف أنواع الحسابات الشخصية.(٨)

٤- مزايا التحكيم في المعاملات المصرفية:

عندما يكون التعامل مبنياً بشكل كبير على عنصر الوقت، بحيث تصبح السرعة ضماناً للنجاح في عقد الصفقة أو لتحقيق الربح المرجو منها، ويكون العمل متسماً بالتخصص الدقيق وبخصائص فنية تتطور كل يوم تقريباً ـــ كما هو حال التجارة الإلكترونية ومنها المعاملات المصرفية الإلكترونية ـــ فإن اللجوء إلى قضاء المحاكم يكون، بصورة واضحة، تصرفاً مناقضاً لطبيعة التعامل وأسباب نجاحه. ولذلك يكون التحكيم الذي ينتهي بحكم أو قرار ملزم للأطراف حلاً أفضل، من وجوه كثيرة، نجملها فيما يلي:

٤/١- السرعة والمرونة:

التحكيم قضاء خاص متحرر من نظم الإجراءات القضائية التي تباشرها المحاكم؛ ويتحكم الأطراف أساساً في المدة الزمنية التي يستغرقها نظر التحكيم، ولهيئة التحكيم ـــ وفق اتفاق الأطراف ـــ اتخاذ الإجراءات اللازمة لسرعة الفصل في القضية المعروضة عليها، وهي تنظر في الوثائق بلغتها الأصلية دون حاجة إلى ترجمة تستغرق وقتاً وجهداً ونفقات، وقد لا تؤدي المعنى الحقيقي للوثيقة في نظر أحد الطرفين، فتعاد الكرَّةُ بترجمة جديدة ونفقات جديدة ومزيد وقت، وهي لا تلزم الأطراف بتقديم أصول وثائقهم، بل تكتفي عادة بالصورة وهو أمر يناسب تماماً التعامل الإلكتروني البنكي وغير البنكي.. هذا، مع ما أسلفناه من خصائص التحكيم وسيطرة الأطراف عليه، يجعله أنسب ـــ من وجوه عديدة ـــ من التقاضي أمام المحاكم في المنازعات الناشئة عن المعاملات المصرفية الإلكترونية. ويشير بعض الباحثين إلى حالات عديدة عرض فيها النزاع على هيئة التحكيم صباحاً وأعد الأطراف دعاواهم ظهراً، وعقدت جلسة التحكيم مساءً، وتم إصدار الحكم قبل منتصف الليل!(٩)

٤/٢-السرية:

جلسات هيئات التحكيم لا يحضرها إلا الخصوم أو ممثلوهم، والمحكمون أنفسهم، ومعظم قوانين التحكيم تنص على عدم جواز نشر الأحكام الصادرة في قضايا التحكيم إلا بإذن الأطراف أو موافقتهم.(١٠) وهذه السرية تتناسب مع معاملات البنوك بوجه عام، ومع المعاملات الإلكترونية بوجه خاص، وسواء في ذلك روعي جانب البنك أم جانب العميل، فكلاهما يحرص على سرية معاملاته.

٤/٣-خبرة المحكمين التخصصية:

أسلفت أن الأعمال المصرفية الإلكترونية تقوم على تخصص دقيق ودراية فنية عالية، وأنها في تطور مستمر. ونظام التحكيم ـــ بما يتيحه من حرية اختيار المحكمين بواسطة الأطراف ـــ يجعل في يد هؤلاء الأطراف اختيار المحكمين ذوي الخبرة في المجال الذي يتصل النزاع به.

والقضاة مهما تكن خبرتهم بالمسائل المالية أو المصرفية لا يقارنون ـــ في هذا الخصوص ـــ بالمصرفيين الذين أمضوا حياتهم في حقل التخصص المصرفي، أو في فرع معين من فروعه.

ويندر أن تتوافر في القضاة خبرة مفيدة في المعاملات المصرفية الإلكترونية، لحداثتها من جهة، ولفنيتها الدقيقة من جهة أخرى. لذلك يكون التحكيم هو الطريق الوحيد المجدي لفرض التراع في مثل هذه الحالات.

٤/٤-نهائية حكم التحكيم:

أحكام التحكيم في معظم القوانين الحديثة لا تقبل الطعن فيها أمام المحاكم بطرق الطعن العادية (الاستئناف مثلاً) وهذا يجعل الطرف المحكوم لصالحه متمكناً من الحصول على حقه دون عوائق يصطنعها الطرف المحكوم ضده، وهو ما يحدث بصورة متكررة في التقاضي أمام المحاكم.

وفي إمكان الأطراف إذا كان قانون التحكيم في البلد المعني ـــ بلد مقر التحكيم ـــ لا يتضمن النص على عدم جواز الطعن في أحكام المحكمين أن يضمنوا هم شرط التحكيم، أو اتفاقه، النص على ذلك.

ولا ينال من نهائية أحكام المحكمين ما تنص عليه بعض القوانين من جواز النعْي عليها بالبطلان لأسباب ترد في تلك القوانين على سبيل الحصر(١١) لأن هذه الأسباب تتصل عادة بصلاحية الهيئة واختصاصها والضمانات الأساسية للتقاضي والنظام العام في بلد مقر التحكيم ـــ أو بلد تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ـــ ومن ثم فهي ضروريات لأي حكم منه للخصومة إذا لم يستوفها لم يكن جديراً بالتنفيذ، ولا حائزاً للحجية التي لا قوام له، باعتباره حكماً قضائياً، إلا بها.

٤/٥-إمكانية تطبيق قانون أجنبي:

يخضع القانون الذي تطبقه هيئات التحكيم لإرادة الأفراد الأطراف في التحكيم. فهم الذين يحددون ـــ قبل أن ينشأ التراع أو بعد نشوئه ـــ القانون الواجب التطبيق. وبإمكانهم أن يختاروا قانوناً أجنبياً

عن جنسية الطرفين أو أحدهما، بينما لا تملك المحاكم ـــ كأصل عام ـــ سوى تطبيق القوانين التي تسري في البلد الذي تنتمي المحكمة إليه.

ولأن الوثائق المصرفية، والمعاملات المصرفية الإلكترونية، تجري وفق نماذج يصدرها كل بنك ويلزم عملاءه بالتعامل على أساسها فإنه من الملائم دائماً أن يخضع التحكيم للقانون الذي صدرت بموجب قواعده تلك النماذج. ولا يتيح ذلك إلا اللجوء إلى التحكيم.

٤/٦- ضمان الحياد:

يتيح الاتفاق على التحكيم لأطرافه أن يقرروا نظر النزاع في بلد لا ينتمي إليه أي من الطرفين، طلباً لحياد المحكمين، ولحياد قانون مقر التحكيم. ولا يفضل الأطراف هذا بسبب الخوف من انحياز ضد أحد الطرفين، لاسيما من قد لا يجري التحكيم في بلده، ولكنهم يفضلونه ـــ عادة ـــ بسبب جهل أحد الطرفين بقوانين بلد الطرف الآخر الإجرائية أوالموضوعية، فيكون اختيار بلد محايد حلاً مناسباً للطرفين ولممثليهم القانونيين. ولعل هذا السبب هو أحد العوامل التي أدت إلى كثرة القضايا التحكيمية التي تنظرها مراكز متخصصة، ويدعى لها محكمون ذوي شهرة عالمية، لا ينتمي أي منهم، ولا يقع مركز التحكيم نفسه، في بلد أي من طرفي النزاع.

٤/٧-إمكانية تنفيذ حكم التحكيم دولياً:

توفر اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين خارج البلد الذي صدرت فيه ـــ والدول المنضمة إليها يزيد عددها على مائة دولة ـــ نظاماً ميسراً إجرائياً لتنفيذ أحكام التحكيم. وتوفر ذلك أيضاً اتفاقيات دولية أخرى كالاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في ١٩٦١/٤/٢١، واتفاقية واشنطن الموقعة في ١٩٦٦/١٠/١٤، حول حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول أخرى وقد نشأ عنها مركز دولي للتحكيم التجاري هو المعروف باسم ICSID وهو مختص بحسم منازعات الاستثمار(١٢) وهكذا يتجنب الأطراف ـــ المصرف وعميله ـــ

صعوبات تنفيذ حكم قضائي في بلد غير الذي صدر فيه باللجوء إلى التحكيم الذي يمكن تنفيذ حكمه، في غير بلد صدوره، دون صعوبة تذكر.(١٣)

٥-هل للتحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية خصائص مميزة؟

يبدو أن الجواب على هذا السؤال بالنفي هو الجواب الصحيح.

غاية الأمر أن التحكيم في المعاملات المصرفية الإلكترونية هو ـــ في الأغلب الأعم ـــ تحكيم دولي، ومن ثم فهو سيخضع لقواعد التحكيم الدولي المعتادة من ضرورة تقديم طلب تحكيم، واختيار المحكمين، واختيار مقر التحكيم، وتحديد القانون الواجب التطبيق إجرائياً وموضوعياً، وتحديد اللغة التي تتم بها الإجراءات ويصدر بها الحكم.....إلخ.

غير أن المعاملات المصرفية الإلكترونية، وإن شئت قلت التجارة الإلكترونية بوجه عام، تثير مشكلات لا تثيرها المعاملات الأخرى، بما فيها المعاملات المصرفية غير الإلكترونية.

فمثلاً تنص معظم قوانين التحكيم على ضرورة كتابة شرط التحكيم، فهل يعد الشرط الوارد في وثيقة معاملة إلكترونية مكتوباً؟

يذهب رأي في الفقه المصري والدولي إلى أن مفهوم الكتابة لا يقتضي وجود ورق ومداد وقلم، فالكتابة رموز تعبر عن الفكر والقول وهي توجد على أية وسيلة كانت ـــ ما دام من الممكن الاحتفاظ بها ولو لمدة زمنية محددة ـــ ويصدق ذلك على الكتابة الإلكترونية. ويؤيد هذا الرأي أن كثيراً من الاتفاقيات الدولية وقوانين التحكيم الحديثة تنص على أن تبادل البرقيات أو التلكس أو رسائل الفاكس أو الرسائل الإلكترونية E-mail يكفي لاعتبار الإرادتين قد التقتا وكونتا عقداً بين من صدرتا عنهما، وأن هذه الوسائل تعتبر حائزة للحجية نفسها التي تكون للوثائق المحررة على الورق(١٤).

ويذهب رأي ثانٍ إلى أنه لابد من نص تشريعي ـــ في دولة مقر التحكيم ـــ يجيز إبرام اتفاقات صحيحة عبر وسائل التراسل الإلكتروني، وأنه دون وجود هذا النص فإن شرط التحكيم لا يكون قائماً، وبالتالي لا يكون التحكيم نفسه جائزاً.(١٥)

وتصادف المشكلة نفسها حكم التحكيم، فاتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام المحكمين تنص على ضرورة أن يكون حكم التحكيم مكتوباً على محرر موقع عليه من المحكمين. فإذا اختار البنك وعميله طريق التحكيم الإلكتروني لفض منازعتهما الناشئة عن معاملة مصرفية إلكترونية فإن الحكم ـــ على الأقل ـــ يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً من المحكمين حتى يمكن تنفيذه.(١٦) ويسري ذلك ـــ بوجه خاص ـــ عندما يكون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه لا يعترف بحجية الرسائل الإلكترونية والوثائق المستخرجة من أجهزة الحاسوب.

والله ولي التوفيق...،

الإحـــــــــالات

(١) محمد حسام لطفي، الإطار القانون للمعاملات الإلكترونية، دراسة مقدمة إلى مؤتمر: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية الذي نظمه مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٦.

(٢) عبد الوهاب خياطة، التحكيم في عالم مصرفي ومالي متغير، ضمن كتاب: التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية، مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، البحرين، ٢٠٠٠، ص ٤٠.

(٣) المصدر نفسه، ص ٤٢.

(٤) ديفيد بنييت، استخدام التحكيم في المنازعات المصرفية، كتاب مركز التحكيم الخليجي سالف الذكر، ص ١٠٣، وعبد الوهاب خياطة، نفسه، ص ٤٩.

(٥) عبد الوهاب خياطة، المصدر السابق ذكره، ص ٤٣.

(٦) قريب من هذا: محيي الدين إسماعيل علم الدين، دور البنوك والمؤسسات التمويلية في التجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة إلى مؤتمر: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مركز القاهرة للتحكيم، ٢٠٠٢، ص٤.

(٧) محيي الدين إسماعيل علم الدين، التحكيم في الأعمال المصرفية، ورقة مقدمة إلى ندوة: التحكيم في القوانين الخاصة، مركز القاهرة للتحكيم، القاهرة ٢٠٠٠، ص١.

(٨) ديفيد ويلسون، استخدام التحكيم في منازعات الخدمات المصرفية، كتاب مركز التحكيم الخليجي سالف الذكـــر، ص ٢٤٥.

(٩) ديفيد بنييت، السابق، ص ١٠٥.

(١٠) مثلاً: المادة ٢/٤٤ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والمادة ٥/٣٢ من قواعد اليونسترال الصادرة سنة ١٩٨٤ عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

(١١) مثلاً: المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري.

(١٢) في تفاصيل عمل هذا المركز، وانتقاد ادعائه للاختصاص جبراً عن الأطراف تحت دعوى أن التزام الدولة ينتقل إلى كل مؤسساتها ومواطنيها(!) انظر: عبد الحميد الأحدب، التحكيم بدون عقد تحكيمي: إلى أين؟ ورقة مقدمة إلى مؤتمر: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مركز القاهرة للتحكيم، القاهرة ٢٠٠٢.

(١٣) راجع في محتوى الفقرات الفرعية ١/٤ إلى ٦/٤: المستشار الدكتور محمد أبو العنين، الوسائل السلمية لحل المنازعات المصرفية، ورقة مقدمة إلى ندوة: وسائل حسم المنازعات المصرفية، مركز القاهرة للتحكيم، القاهرة ١٩٩٨، ص ٣-٤؛ وديفيد بنييت، المصدر السابق ص ١٠٤-١٠٩؛ وهشام صبحي البساط، كتاب مركز التحكيم الخليجي سالف الذكر، ص ١٠٣-١٣٣؛ وديفيد ويلسون، المصدر السابق ص ٢٤٣-٢٤٤.

(١٤) حسام لطفي، المصدر السابق ذكره، ص ١٧-١٨؛ ومحمد أبو العينين، حسم منازعات التجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة إلى مؤتمر: التجارة الإلكترونية والإعسار عبر الحدود، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤.

(١٥) محمد أبو العينين، المصدر السابق.

(١٦) المصدر نفسه، وفي تفاصيل نظام التحكيم الإلكتروني، والمشكلات التي تعترضه انظر: أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية بالقاهرة، ٢٠٠٣.

العمليات المصرفية الإلكترونية والإطـــــار الإشرافي

سعيد عبد الله الحامز
المدير التنفيذي لدائرة الرقابة والتفتيش على المصارف
مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي

مقـــــدمة :

لاشـــــك أن التكنولوجيا قد باتت الآن أحد أكبر القضايا الاســـتراتيجية في مجـــال الأعمال المصرفية. وشأنهم شأن رجال الأعمال الآخرين ، يعكف المصرفيون الآن، وبهمة كبيرة، على تفحص واستقصاء الفرص التي توفرها شبكة الإنترنت.

وغني عن القول أن هذا الواقع الجديد سيفرض بدوره تحديات جديدة على السلطات الإشرافية، ليس أقله لأن الإطار الإشرافي الحالي يقوم في أغلبه على المرجعية المادية التقليدية. ولعل المسئولية الرئيسية التي تبرز في هذا الشأن هي التحقق من أن الإطار الإشرافي سيكون قادرا على مواصـــلة الارتقاء ، ومواكبة التطورات التكنولوجية ، والتسليم ، في الوقت نفســـه ، بـــأن الابتكـــارات التكنولوجية ، مثل الخدمات المصرفية الإلكترونية، ومنتجات النقد الإلكتروني، هي في واقع الأمر تحسينات وتطورات مرغوبة، ولا ينبغي من ثم عرقلتها أو اعتراض سبيلها.

تعريف البنوك الألكترونية:

يمكن تعريف البنوك الإلكترونية على انها البنوك التي تستخدم شبكة الإنترنت لتقـــديم خـــدماتها للعملاء من بعد وبالتالي يمكن للعملاء تنفيذ معاملاتهم دون الحاجة الى الذهاب للفروع أو المراكز الرئيسية للبنوك. كما يمكن اضافة الخدمات التي تتم عبر الهاتف لذلك التعريف.

أنواع الخدمات التي يمكن تقديمها :

تتعد أنواع الخدمات التي تقدمها البنوك الإلكترونية وهي عادة ما تكون شبيهة بالخدمات التي تقدمها البنوك التقليدية. نذكر على سبيل المثال جزءاً من الخدمات التي تقدمها البنوك الإلكترونية حالياً:

(١) فتح الحسابات : –

يمكن لأي فرد الدخول لموقع البنك المعني في الإنترنت ومن ثم طلب فتح حساب سواء في بلده أو بلد آخر، ان كان البنك المعني يسمح بذلك.

(٢) إضافة وخصم مبالغ إلى ومن الحساب:–

يمكن للعميل تحويل مبالغ لحسابه من حسابات أخرى تخصه، كما يمكن تحويل مبالغ إلى حساباته الأخرى وحسابات أشخاص آخرين. على العميل أولاً إضافة أسمائهم وأرقام حساباتهم وكذلك البنوك التي يتعاملون معها أولاً. عند قبول تلك المعلومات من بنك العميل يمكن له البدء في تحويل مبالغ من حسابه لحسابات الأشخاص الذي تم تعريفهم.

(٣) دفع فواتير الخدمات (الهاتف، الكهرباء، الغاز...) :–

يمكن للعميل دفع فواتير الخدمات وذلك بعد ادخال أرقام حسابات الجهة المقدمة للخدمة والبنك الذي تتعامل معه وكذلك رقم العميل مع تلك الجهة.

(٤) أوامر الدفع المتكررة :–

يمكن للعميل إصدار أوامر دفع متكرر على الموقع لتمكينه من دفع المبالغ المتكررة أسبوعياً أو شهرياً أو ربع سنوياً مثلاً وذلك بتعبئة نموذج الدفع المتكرر (STANDING ORDERS / DIRECT DEBITS). عند ورود يوم التاريخ المحدد في النموذج يتم الخصم مباشرة من حساب العميل لحساب الجهة المستفيدة.

(٥) شراء وبيع الأسهم والسندات:–

توفر البنوك الإلكترونية قاعدة ضخمة من المعلومات لتمكين عملائها من شراء وبيع الأسهم والسندات المحلية والعالمية عبر الإنترنت . وتقوم البنوك الإلكترونية بتوفير الأسعار

الفورية لتلك الأسهم والسندات التي يرغب في بيعها أو شرائها وكل ما عليه أن يحـــدد الكمية المراد التعامل فيها وتعبئة طلب بيع أو شراء على الشاشة. عند توفر بائع / مشترى في السوق يقوم البنك الإلكتروني بتنفيذ العملية والإضافة أو الخصم من حساب العميـــل مباشرة وبذلك تكون تمت العملية عند التعامل عند الشراء توفر البنوك الإلكترونية أيضا إمكانية حفظ الأسهم والسندات لديها كما توفر خدمة كتابة ملكية الأسهم والسندات باسمها لتسهيل عملية تحصيل الأرباح / الفوائد.

خلفـــــــية:

لقد ظلت المؤسسات المصرفية،على مدى سنوات طويلة، تقدم الخدمات للعملاء ومؤسســـات الأعمال من على البعد. وباتت التحويلات الإلكترونية للأموال، بما في ذلك الدفعات الصغيرة ، وأنظمة إدارة الأموال النقدية للمؤسسات، وأجهزة الصرف الآلي المتاحة للجمهور لاستخدامها لأغراض سحب الأموال وإدارة الحسابات الفردية ، باتت جميعها مظاهر ثابتة في كافـــة أنحـــاء العالم. غير أن تقديم الخدمات المصرفية من خلال شبكات عامة مثل شبكة الإنترنت، تسبب في إحداث نقلة جذرية في صناعة تقديم الخدمات المالية. وقد أدت التغـــييرات ، إضـــافة لـــبعض الخصائص الفنية لتكنولوجيا شبكة الإنترنت، إلى إثارة المخـــاوف والقلـــق لـــدى المصـــرفيين والسلطات الإشرافية على حد سواء. وقد كشف عن عدد من التوجهات والقضايا الآخذة في الظهور، والتي من شأنها أن تؤثر على أحجام المخاطر المصرفية، نورد منها على سبيل المثال:

i. زيادة كبيرة في المنافسة في صناعة الخدمات المالية الإلكترونية، حيث تتسابق المؤسسات البنكية وغير البنكية كليهما لاستحداث منتجات وخدمات مالية جديدة.

ii. تحسينات تكنولوجية متسارعة في مجالات الاتصالات وأجهزة وبرامج الحاســـب الآلي التي تمكن من معالجة المعاملات بسرعة أكبر.

iii. وجود إدارات بنكية وموظفين يفتقرون، في الغالب ، للخبرة اللازمـــة في مجـــالات التكنولوجيا ومخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية.

iv. تزايد الاعتماد على التعاقد مع مقدمي الخدمات الآخرين، وانتشار ظاهرة التحالفات الجديدة والائتلافات المشتركة مع مؤسسات غير مالية.

v. طلب متعاظم على بنى تحتية عالمية للتكنولوجيا ، تتمتع بالقدرة، والمرونة ، والقابلية للعمل بصورة مشتركة ضمن المؤسسة نفسها، وبين المؤسسة والمؤسسات الأخرى، وتكفل في الوقت نفسه أمن وسلامة وتوفر المعلومات والخدمات.

vi. زيادة في إمكانات حدوث عمليات الاحتيال المالي بسبب غياب المعايير القياسية التي تتبعها المؤسسات للتحقق والتثبت من هوية العميل في بيئة شبكات مفتوحة مثل شبكة الإنترنت.

vii. الغموض التشريعي والتنظيمي ، وعدم التيقن بشأن اختصاص وانطباق القوانين واللوائح الحالية على الأنشطة المصرفية الإلكترونية الآخذة في الظهور.

viii. قد يؤدي التجميع والتخزين والتبادل المتكرر لكميات كبيرة من معلومات العميل إلى بروز قضايا تتعلق بالخصوصية، من شأنها أن تخلق مخاطر احترازية جديدة للبنوك (المخاطر القانونية ومخاطر السمعة مثلا).

ويتفق المصرفيون والمشرفون على البنوك، بصورة عامة ، على أن الأسس والمبادئ الإشرافية التي تنطبق على الأعمال المصرفية التقليدية قابلة أيضا للتطبيق على العمليات المصرفية الإلكترونية. غير أن جماع التغييرات المتسارعة في التكنولوجيا ، ودرجة اعتماد البنك على موردي التكنولوجيا ومقدمي الخدمات تؤدي إلى تغيير، بل وأحيانا تضخيم المخاطر المصرفية التقليدية. وقد تبين أن هنالك مجالات مختارة بعينها بحاجة لتوجيهات استرشادية إضافية من قبل السلطات الإشرافية ، بهدف الارتقاء بالإطار الكلي لإدارة المخاطر المرتبطة بالأنشطة المصرفية الإلكترونية.

وتقوم العمليات المصرفية الإلكترونية على تكنولوجيا مصممة بطبيعتها لغرض توسيع المدى الجغرافي "الافتراضي" للبنوك والعملاء ، الشيء الذي يمكنهم من خلاله التعامل مع بعضهما البعض دون حاجة للوجود المادي لأيهما.

ويمكن لمثل هذا التوسع الجغرافي للسوق أن يمتد ليتجاوز الحدود الوطنية، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى زيادة تحديات التعاون عبر الحدود بالنسبة للسلطات الإشرافية. ويعود ذلك للتالي:

i. السهولة والسرعة اللتين يمكن بهما لبنك قائم في أي بقعة في العالم أن يمارس أنشطته، من خلال شبكات إلكترونية مترابطة ، مع عملاء في بلدان لا يكون البنك فيها مرخصا أو خاضعا للإشراف والرقابة.

ii. القدرة المتاحة لأي مؤسسة بنكية أو غير بنكية على أن تستخدم شبكة الإنترنت لتعبر الحدود الوطنية، ولتجمع بين أنشطة مصرفية تخضع بطبيعتها للإشراف والرقابة المصرفية، وأنشطة غير بنكية قد لا تكون خاضعة للإشراف من قبل أي من سلطات الإشراف على السوق المالية.

iii. الصعوبات العملية التي يمكن أن تجابهها السلطات الوطنية التي ترغب في مراقبة أو ضبط إمكانية الوصول محليا إلى مواقع أعمال مصرفية إلكترونية ناشئة من مناطق سيادية أخرى، دون تعاون مع سلطات الدولة الأم.

الوضـــــع الحالـــي:

تركز البنوك على نحو متزايد على أنشطتها في مجال العمليات المصرفية الإلكترونية، وتقوم بتوسيع أنشطتها المصرفية عالميا من خلال شبكة الإنترنت، وتمضي في استكشاف استخدامات وإمكانات الشبكات اللاسلكية، ولا تألوا جهدا في ارتياد مجالات جديدة في عالم التجارة الإلكترونية.

وتقوم البنوك بتقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية إما بهدف توسيع حصتها في السوق أو بهدف الدفاع عن هذه الحصة، أو لغرض استخدامها كإستراتيجية للتوفير من خلال خفض العمل الورقي وخفض الحاجة للكوادر البشرية. وتوفر شبكة الإنترنت للبنوك أيضا فرصا كبيرة لتوصيل خدماتها للعملاء في مواقع تتجاوز الحدود الوطنية القائمة.

يمكن للمؤسسات التي تعمل من خلال الإنترنت فقط أن تستفيد من هياكل التكلفة الابتدائية الأقل ، والمرونة الأكبر ، والمتطلبات الأقل من التسهيلات ، إلا أن الحماس الأولي لهذه

الاستراتيجية قد بدأ في الانحسار ، لتحل محله نظرة معدلة بعض الشيء للخدمات المالية المتاحة من خلال شبكة الإنترنت.

وتتبنى كافة البنوك تقريبا ، في الوقت الحالي، سياسة متحفظة بشأن الدخول إلى أسواق عبر الحدود ، تتمثل بصورة أساسية في اتباع الإجراءات القائمة التي سبق أن اتبعوها عند دخولهم سوقا جديدة تتطلب موافقة رسمية من السلطات الإشرافية. وقد ظلت البنوك حتى يومنا هذا ممتنعة، بصورة عامة، عن إجراء خدمات مصرفية إلكترونية في سوق أجنبية لا يكون قد سبق لها التعامل داخلها في هذه الخدمات من خلال قنوات التوزيع التقليدية (أي الفروع المرخصة، والوكلاء أو المؤسسات التابعة). وقد عمدت البنوك التي تقوم حاليا بإجراء أنشطة مصرفية إلكترونية خارج الحدود إلى قصر هذه الأنشطة إما على عملة وطنها الأم أو عملة بلد يكونون مرخصين فيه مسبقا وتتوفر لهم فيه إمكانية الوصول إلى النظم المحلية لتسوية العملات على نحو مباشر، أو على نحو غير مباشر من خلال وجود مادي مرخص في البلد المعني.

وقد أتاحت شبكة الإنترنت للبنوك (الافتراضية فقط) والبنوك الموجودة بالفعل والمحصورة جغرافيا، الفرصة للتوسع في تقديم خدماتها في أسواق أجنبية دون حاجة لتكبد النفقات وعمل التحليلات التي يحتاج إليها عادة لتأسيس فرع خارجي ، أو وكالة أو مؤسسة تابعة. ومن شأن هذه الوضعية أن تؤدي إلى قيام البنوك بممارسة أنشطة مصرفية إلكترونية متجاوزة للحدود الوطنية بدون فهم كامل وسليم للعملاء المحليين، ولتقاليد السوق، والأنظمة والقوانين والمتطلبات القانونية.

ومن ثم يبرز تحد ثلاثي الأبعاد بالنسبة للسلطات الإشرافية:-

i. يتوجب على السلطات الإشرافية أن تدرك أن شبكة الإنترنت تتيح إمكانية تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية التي يمكن أن تتجاوز الحدود الجغرافية، وتبرز من ثم إمكانية إثارة تساؤلات بشأن متطلبات التصريح من السلطات ذات الاختصاص، وبشأن العمليات والإجراءات الرقابية.

ii. يتوجب على السلطات الإشرافية أن تعي التبعات التي يمكن أن تترتب على تبني توجهات تقييدية تجاه البنوك الخاضعة حاليا للرقابة والإشراف ، دون الحرص على تطبيق هذه التوجهات نفسها على المؤسسات المصرفية الأجنبية التي قد تكون منخرطة في تقديم أنشطة مطابقة أو شبه مطابقة في السوق المحلي من خلال شبكة الإنترنت.

iii. يتعين على السلطات الإشرافية التحقق من أن البنوك قادرة على إدارة أوضاع عدم التيقن التي تكتنف الجوانب القانونية خلال الفترة التي تكون فيها البني التحتية التشريعية للأعمال المصرفية الإلكترونية المتجاوزة للحدود قيد الإنشاء.

وتوحي التطورات التي شهدتها العمليات المصرفية الإلكترونية حتى الآن بما يلي:-

i. أضحت الرغبة في الاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية في مجال الخدمات المالية واسعة الانتشار.

ii. أصبحت سرعة الوصول إلى السوق عنصرا حاسما للنجاح في العمليات المصرفية الإلكترونية.

iii. يتوقع أن تتعاظم التوجهات الحالية المتمثلة في إقامة تحالفات استراتيجية ، وتوفير التكنولوجيا من خلال التعاقد مع مؤسسات خارجية.

وتفرض هذه التطورات بدورها تحديات على البنوك وعلى السلطات الإشرافية على حد سواء . إذ يتوجب على إدارات البنوك أن تعيد تقييم قوة وفعالية آليات إدارة المخاطر التقليدية في ضوء المخاطر الجديدة التي تفرزها العمليات المصرفية الإلكترونية. كما يتوجب على السلطات الإشرافية أن تتبنى عندما تشرع في إدخال أنظمة وسياسات إشرافية جديدة على العمليات المصرفية الإلكترونية، بحيث تضمن عمل البنوك بصورة سليمة، وتحرص في الوقت نفسه على عدم وضع العراقيل أمام الابتكار، وعدم الإضرار بالوضعية التنافسية البنوك في مقابل المؤسسات غير البنكية.

التبعات المتوقعة على المخاطر البنكية وممارسات الإدارة

يمكن للأعمال المصرفية الإلكترونية التي تستخدم شبكة الإنترنت كقناة إضافية لتوصيل الخدمات أن تحدث نقلة في المخاطر البنكية ، وتفرض على البنوك تحديات جديدة في مجال التحكم في المخاطر. وبناء عليه، يتوجب على السلطات الإشرافية أن تأخذ في الاعتبار تبعات قيام بنك ما باستخدام قناة العمليات المصرفية الإلكترونية على المخاطر الاستراتيجية ، والمخاطر التشغيلية ، ومخاطر السمعة ، والمخاطر القانونية ، والمخاطر الائتمانية، ومخاطر السيولة ، ومخاطر السوق ومخاطر النقد الأجنبي التي يتعرض لها ذلك البنك. ونورد أدناه تفصيلا لهذه المخاطر.

١- المخاطر الاستراتيجية ومخاطر الأعمال

تعد المخاطر الاستراتيجية أحد أهم المخاطر التي تفرضها الأنشطة المصرفية الإلكترونية على المؤسسات المصرفية. وتختلف المخاطر الاستراتيجية عما عداها من فئات المخاطر الأخرى في كونها أكثر عمومية واتساعا في طبيعتها. فالقرارات الاستراتيجية التي يتخذها مجلس إدارة بنك ما أو إدارته التنفيذية تكون لها عادة تأثيرات وتبعات على كافة فئات المخاطر الأخرى.

وترتبط بعض المخاطر الاستراتيجية للأعمال المصرفية الإلكترونية مباشرة بتوقيت القضايا. فقد تكون هنالك مخاطرة كبيرة تتصل بقرار لإدارة البنك بأخذ زمام الريادة في استخدام تكنولوجيا جديدة ، خاصة إذا أثقلت المؤسسة كاهلها بأنظمة غدت فائضة عن الحاجة بسبب التغيرات التكنولوجية المتسارعة. وبالمثل يمكن لمؤسسة تبالغ في التردد والحذر في الانضمام إلى ركب التكنولوجيا أن تجد نفسها غير قادرة على إيجاد موقع لها في سوق مشبعة، أو سوق تتقوى وتتوحد بسرعة.

وتجنح معظم البنوك إلى الاعتقاد بأن الخدمات المصرفية الإلكترونية ستمكنها من خفض نفقاتها التشغيلية. غير أن العديد من عملاء البنوك يرغب في الحفاظ على علاقة بنكية تقليدية ، الأمر الذي يجعل من الصعب على البنوك التخلي عن البنية التحتية المادية القائمة حاليا. مما يعني بدوره أن على البنوك ، على الأقل في المستقبل المنظور ، أن تدير لفترة من الوقت مجموعة من قنوات

التوصيل ، وتكون الخدمات المصرفية الإلكترونية بذلك صافي نفقات إضافية. وعليه يمكن القول أن تحقيق وفورات في جانب النفقات التشغيلية أمر قد لا يحدث إلا على المدى البعيد.

٢- المخاطـــــر التشـــــغيلية

نظرا للاعتماد الكبير على التكنولوجيا في كافة أوجه العمليات المصرفية الإلكترونية، فإن المخاطر التشغيلية هي بالقطع واحدة من أهم أنواع المخاطر. وقد ترغب البنوك ، بهدف حصر وتقييـــد المخاطر التشغيلية ، في النظر في استحداث هيكلية موحدة على نطاق المؤسسة ، وتوفير بنية تحتية تكنولوجية بمقدورها أن تسهل إمكانية الارتباط والعمل مع أنظمة أخرى، وتضمن أمن وسلامة وتوفر البيانات، وتوفر المساندة المطلوبة لإدارة العلاقات مع الأطراف الأخرى الموردة للخدمات. وبما أن التكنولوجيا تحدث حاليا تغييرات درامية في نماذج الأعمال وعمليات التشغيل فإن على البنوك من أن لديها إجراءات سليمة وكافية للضبط والتحكم ، وأن لديها عمليات تدقيق توفر ما يلزم لتفادي أو تقليل المخاطر.

أ. البيئة التحتية التكنولوجية

جعلت الأنشطة المصرفية الإلكترونية قضية الأنظمة التكنولوجية ودمج التطبيقـــات في مقدمـــة القضايا التي تشغل بال المؤسسات. وتواجه العديد من البنوك الكبرى الآن المهمة الكبيرة المتمثلة في دمج أنظمة الأنشطة المصرفية الإلكترونية وربطها بأنظمتها القائمة حاليا وربطها كذلك مـــع أنظمة مجموعة من موردي الخدمات والشركاء. وتتعرض هذه البنوك إلى مخاطر تشغيلية كـــبيرة من خلال الأخطاء التي يمكن أن تقع خلال معالجة التعاملات إذا لم يتم دمـــج وربـــط أنظمـــة العمليات المصرفية الإلكترونية على نحو سليم ودقيق.

تجابه المؤسسات المصرفية الصغيرة والمتوسطة ، بصفة خاصة ، تحديات كـــبيرة بســـبب قيـــود الموازنات اللازمة لحيازة الأجهزة والبرامج ، واجتذاب الكوادر الفنية المؤهلة والحفـــاظ عليهـــا. وتعتمد العديد من هذه البنوك بصورة كبيرة على موردي خدمات آخرين لإدارة البني التحتيـــة التكنولوجية اللازمة لدعم عمليات الأنشطة المصرفية الإلكترونية. وفي مثل هذه الأوضاع ، يظل

البنك عادة ، محتفظا بالمسئولية النهائية عن ضمان أن هذه الأعمال تخضع للتحكم الكافي وتدار على نحو سليم .

ب. الأمـــــــن

يعتبر غالبية المصرفيين أن المخاطر الأمنية هي أحد الهموم الرئيسية في مجال العمليـــات المصـــرفية الإلكترونية. فالمهددات الخارجية مثل انتهاك الشبكات، والتجسس ، ومنع الخدمـــة ، تعـــرض جميعها البنوك لمخاطر أمنية جديدة. وتتسبب قنوات التوصيل الإلكترونية المفتوحة في خلق قضايا أمنية للبنوك فيما يتعلق بالسرية وسلامة المعلومات ، وعدم رفـــض المعـــاملات ، مـــن هويـــة المستخدمين، والتحكم في الدخول إلى الأنظمة والشبكات.

وقد تبين من مناقشات أجريت مع بعض المشتغلين بهذه الصـــــناعة أن معظم البنوك تولي عناية ، فيما يبدو، للتهديدات الأمنية الخارجية. وأحد القضايا التي تمت الإشارة إليها باعتبارها بحاجة إلى عناية فورية هي الحاجة الملحة لتطوير أدوات أكثر فعالية للتحقق من هوية وصحة الطلبـــات الخاصة بالمعاملات الكبيرة القيمة.

وتمضي أفضل الممارسات الدولية في اتجاه فرض متطلبات للتشفير ، بما في ذلك الجوانب القانونية أو التوقيعات والسجلات الإلكترونية.وبما أن الشبكات الداخلية لمعظم البنـــوك تعتمـــد علـــى تكنولوجيات أمنية مشابهة لتلك المستخدمة في أنظمتها الخارجية ، فإن من الأهمية بمكان أن تنتبه البنوك لضرورة إدارة المخاطر الأمنية الناشئة عن شبكاتها الداخلية. ومن شأن التعرضات الأمنيـــة الداخلية أن تجعل سلامة وسرية السجلات المصرفية وبيانات العملاء عرضة للخطـــر إن لم تـــتم إدارتها على نحو سليم.

ج. ســـــــلامة البيانات

تعتبر سلامة البيانات مكونا هاما من مكونات أمن النظام. ويتوجب على إدارات البنوك أن تعمل على تحسين قابلية الأنظمة للارتباط والعمل مع أنظمة أخرى داخل المؤسســـة نفســـها ومـــع المؤسسات الأخرى كي يتسنى لها أن تدير العلاقات مع العملاء والبنوك الأخـــرى ومـــوردي الخدمات الخارجيين بالكفاءة المطلوبة. وإلى أن يتم ، ضمن الصناعة ، تحديـــد مقـــاييس لإدارة

البيانات الإلكترونية ، ستظل المؤسسات المصرفية مواجهة بالتحدي المتمثل في تأسيس عمليات تحكم فعالة للتحقق من صحة ودقة وسلامة البيانات المرسلة والمستلمة.

كما أن الضغوط التنافسية والاعتماد المتزايد على جعل الخدمات متوفرة على مدى ساعات اليوم الأربع والعشرين وأيام الأسبوع السبعة، أسهمت بدورها في رفع سقف تطلعات العملاء وقللت من ثم درجة استعدادهم لتحمل وقوع الأخطاء.

د. الضبط/التدقيق الداخلي

وتتأتى معظم الكفاءة وخفض النفقات المتحققين في أنشطة العمليات المصرفية الإلكترونية من مقدرة البنك على تطبيق معالجة متسقة تشمل كافة أوجه ومراحل العمل. وبينما تتعدد الفوائد التي يمكن جنيها من هذا النوع من المعالجة، فإن الواقع هو أن العمليات المصرفية الإلكترونية تغير الكيفية التي تطبق بها الضوابط الداخلية ، والفصل السليم بين المهام ومسارات التدقيق الداخلي الواضحة في قنوات يتم الدخول إليها على نطاق واسع. وتتضاعف التحديات التي تفرضها هذه التغييرات في ظل النقص الحاد في الخبرات والمهارات ضمن الصناعة المصرفية في مجالي العمليات والتدقيق.

ه. التعاقد مع أطراف خارجية لتوفير الخدمات

لعل تأثير اعتماد البنوك المتزايد على التعاقد لتوفير الخدمات من جهات خارجية على حجم مخاطر المؤسسات المصرفية، الكبرى منها والصغيرة ، يفوق تأثير أي تطور آخر في الصناعة المصرفية يتعلق بالعمليات المصرفية الإلكترونية.

وتقوم البنوك بالتعاقد مع جهات خارجية بشأن العديد من الأنشطة، بينما يتزايد تركيزها على أنشطتها الجوهرية ، وتعقد الشراكات مع مؤسسات أخرى لتوفير حلول تخرج عن مجالات اختصاصها. وتضطر البنوك الصغيرة عادة إلى التعاقد لتوفير الخدمات من جهات خارجية لأنها غالبا ما تفتقر الخبرات الفنية اللازمة والمصادر الكافية للقيام بنفسها بتأسيس قناة لتوصيل الخدمات المصرفية الإلكترونية.

وإضافة لذلك، فإن الانخفاض في تكلفة الحلول الجاهزة أتاح للبنوك الصغيرة إمكانية شراء تطبيقات العمليات المصرفية الإلكترونية من الموردين. وهذا تطور إيجابي ، إذ يسهم في الارتقاء بالكفاءة ، ويتيح للمؤسسات الأصغر حجما إمكانية التنافس بفعالية، كما يشجع على إدخال أحدث التطبيقات في الصناعة المصرفية. غير أن بإمكان هذه التطورات أيضا أن تضيف مزيدا من التحديات للبنوك في جانب إدارة المخاطر التشغيلية.

أن المؤسسات المالية تعتمد على عدد صغير نسبيا من موردي الخدمات الخارجيين. وينطبق ذلك بصفة خاصة على المؤسسات الصغيرة والمتوسطة الحجم. ويحدث في بعض هذه الحالات أن تكون الأطراف الخارجية مؤسسات جديدة لديها سجل قصير نسبيا. ومن شأن هذا الاعتماد على عدد محدود من الأطراف الخارجية أن تكون له تبعات على الأنظمة إذا نشأت مشكلة رئيسية مع واحد من هذه المؤسسات الموردة للخدمات.

ولكي يتسنى لها إدارة المخاطر المتصلة بالتعاقد مع أطراف خارجية لتوفير الخدمات، يجب على البنوك أن تتوخى الحرص الكافي، وتراقب الأداء الفعلي المستمر للأطراف الأخرى الموفرة للخدمات قبل التعاقد معها. كما يتوجب أن تقوم بعناية بمراجعة الشروط التي يقضي بها العقد واتفاقيات مستوى الخدمة درءا للمخاطر القانونية. كما يتوقع أن تغدو مخاطر معالجة العمليات، وإدارة الجوانب الأمنية، وسلامة وتوفر المعلومات ، أكثر تعقيدا.

وقد عمدت العديد من السلطات الإشرافية في مختلف أنحاء العالم إلى وضع توجيهات استرشادية تتعلق بالتعاقد مع أطراف خارجية لتوفير التكنولوجيا.

٣- مخاطر السمعة

يمكن لسمعة البنك أن تتأثر بأي تطور غير موات يحد من توفر قناة توصيل الخدمات المصرفية الإلكترونية الخاصة به. وقد ظلت البنوك منذ زمن بعيد تؤسس أعمالها بناء على سمعتها كمؤسسات أهلة للثقة. ومن ثم فإن القدرة على توفير شبكة موثوقة ومأمونة لمساندة العمليات المصرفية الإلكترونية يعد مطلبا حيويا. وقد تتضرر سمعة البنك كثيرا ، أو يفقد عملائه وعامة الجمهور ، بسبب خدمات مصرفية عبر شبكة الإنترنت منفذة على نحو ضعيف.

كما يمكن أن تتأثر سمعة البنك إذا أخفق في توفير خدمات مصرفية إلكترونية دقيقة وجيدة التوقيت ومستمرة .كما يمكن أن تتأثر سمعة البنك سلبيا إذا أخفق في الاستجابة للتساؤلات التي قد ترد إليه ، أو انتهك خصوصية العملاء .

وإضافة إلى ما تقدم، فإن من شأن الاختراقات الأمنية الكبرى التي قد تحدث في موقع مؤسسة مصرفية أو غير مصرفية منافسة أن يؤدي إلى إضعاف ثقة العملاء أو السوق في مقدرة البنوك بصورة عامة على الإدارة الكفؤة والسليمة للمعاملات عبر شبكة الإنترنت.

ويجب على البنوك كي تتفادى الأوضاع التي يمكن أن تتسبب في الإضرار بسمعتها، أن تسعى إلى وضع ومراقبة مقاييس ومعايير لأنشطتها في مجال الخدمات المصرفية الإلكترونية. كما أن المراجعة المنتظمة والاختبار المستمر لاستمرارية الأعمال ، ووضع خطط للطوارئ واستعادة الخدمة ،واستراتيجيات الاتصال ، تعد جميعها متطلبات جوهرية لحماية سمعة البنوك.

٤- المخاطر القانونية

تمثل المخاطر القانونية الناشئة عن العمليات المصرفية الإلكترونية مجالا آخر من المجالات التي يتزايد بشأنها القلق. وتعكف السلطات الإشرافية في مختلف أنحاء العالم الآن على تفحص الكيفية التي تتفاعل بها الأطر القانونية والرقابية القائمة المصممة في الأصل لمعالجة القضايا التي تؤثر على النظام المصرفي القائم على الوجود المادي الملموس ، مع القنوات الإلكترونية لتوصيل الخدمات الآخذة في الظهور، وكذلك النظر في أوجه الغموض المحتملة في هذا الإطار.

وقد لا يكون البنك الذي يقيم علاقات من خلال شبكة الإنترنت مع عملاء في بلاد أخرى ملما بالقوانين والأنظمة المصرفية وقوانين حماية العملاء الخاصة بتلك الدول ، وقد يتعرض من ثم لمخاطر قانونية كبيرة. وحتى البنوك التي لا تنوي اجتذاب أعمال من عملاء في بلاد أخرى قد تجد أن عروضها من خلال الشبكة تعد اجتذابا للأعمال في بعض البلدان. فإذا عمد بنك ما إلى جعل موقعه على الشبكة متاحا بلغة أخرى،على سبيل المثال، فقد تقرر السلطات الإشرافية في أي بلد يتحدث فيها بتلك اللغة أن البنك يسعى لتسويق خدماته في أوساط مواطنيهم ، وتخضع البنك ، من ثم ، لقوانينها وأنظمتها المحلية.

٥- المخاطر البنكية التقليدية الأخرى

لقناة توصيل الخدمات المصرفية الإلكترونية تأثيرات وتبعات أيضا بالنسبة للمخاطر البنكية التقليدية ، مثل مخاطر الائتمان، ومخاطر السيولة ، ومخاطر أسعار الفائدة، ومخاطر السوق. ولا يلزم بالضرورة أن تنتج عن ذلك التأثير أو عن إدخال قنوات الخدمات المصرفية الإلكترونية زيادة أو تقصان في حجم مخاطر المؤسسة المالية ، ولكن قد تحدث نقلة في نوعية المخاطر، وبأساليب معقدة أحيانا.

أ. المخاطر الائتمانية

يمكن للمخاطر الائتمانية لبنك ما أن تتأثر بالخدمات المصرفية الإلكترونية بعدة طرق. إذ يمكن لاستخدام قناة التوصيل عبر الإنترنت أن يتيح للبنوك ، خاصة المؤسسات الصغيرة، أن تتوسع على نحو متسارع في أنشطتها ، الأمر الذي قد يؤدي إلى زيادة في مخاطر نوعية الأصول والضوابط الداخلية.

كما يتيح استخدام الإنترنت للبنوك إمكانية التوسع في نطاقها الجغرافي التقليدي لتقديم الخدمات ، الأمر الذي من شأنه أن يزيد تحديات فهم ديناميكيات ومخاطر السوق المحلي ، والتحقق من صحة الضمانات، وتدعيم خطوط الضمان مع المقترضين خارج المنطقة الجغرافية. وإضافة لذلك ، فإن الإنترنت تجعل التحقق من هوية العميل وأهليته الائتمانية أكثر صعوبة ، وكلاهما عناصر جوهرية للقرارات الائتمانية السليمة.

ب. مخاطر السيولة

إن من الممكن أن تكون للسرعة التي تنتشر بها المعلومات الصحيحة والمعلومات المضللة عبر شبكة الإنترنت تبعات على حجم مخاطر السيولة بالنسبة لبنك ما. فإن بالإمكان بث المعلومات السلبية عن بنك ما ، سواء كانت صحيحة أو غير صحيحة بواسطة مجموعات الأخبار أو الرسائل الإخبارية أو غيرها، وقد يدفع ذلك بدوره العملاء لسحب أموالهم بكميات كبيرة في أي وقت خلال اليوم وأي يوم خلال الأسبوع. كما أن من شأن الأعمال المصرفية عبر شبكة الإنترنت أن

تزيد من حدة التقلبات في الودائع إلى حد أن العملاء الذين يتم اجتذابهم من خلال هذه القناة قد يحتفظون بالحسابات فقط على قاعدة أو شروط سعر الفائدة وحدها.

ج. مخاطر السوق

يبدو تأثير النمو الذي حدث مؤخرا في إصدار الأوراق المالية والتداول من خلال شبكة الإنترنت على حجم مخاطر السوق الخاصة بالبنوك معقدا بعض الشيء . فمن وجهة نظر السوق ، يمكن للزيادة في حجم الأوراق المالية التي يتم تداولها عبر شبكة الإنترنت أن تؤدي ، من ناحية ، إلى زيادة حدة التقلبات ، كما يمكن ، من ناحية أخرى ، أن تؤدي إلى زيادة السيولة.

د. مخاطر النقد الأجنبي

قد يتعرض البنك إلى مخاطر النقد الأجنبي إذا قبل ودائع من عملاء أجانب ، أو قام بفتح حسابات بعملات غير عملته المحلية. وبما أن شبكة الإنترنت تتيح للبنوك إمكانية توسيع النطاق الجغرافي لخدماتها، حتى إلى المستوى الدولي، فإن الأرجح أن بعض البنوك ستكون لديها مخاطر نقد أجنبي أكبر من مخاطر النقد الأجنبي التي تتعرض لها من خلال القنوات التقليدية التي تستخدمها لتقديم خدماتها.

التبعات الضمنية بالنسبة للسلطات الإشرافية

أن الكيفية المحددة التي تنشأ بها المخاطر ومدى وسرعة تأثيراتها على البنوك، قد تكون جديدة على إدارات البنوك والسلطات الإشرافية على حد سواء. وبينما يتوجب من حيث المبدأ أن يكون تقييم المخاطر عملية مستمرة وديناميكية مسبقا ، فإن تسارع الابتكارات التكنولوجية التي تساند الأنشطة المصرفية الإلكترونية ، والزيادة الملحوظة في التعاقدات مع أطراف خارجية لتوفير النظم، واعتماد بعض المنتجات والخدمات على استخدام شبكات مفتوحة ، تفرض جميعها الحاجة إلى إدارة المخاطر على نحو مستمر ودقيق.

ويتوجب على السلطات الإشرافية أن تدرك حاجتها الماسة لكادر إشرافي تتوفر لديه المعارف والخبرات الملائمة والكافية التي يتوفر لديها فهم كامل للمخاطر والتحديات الناشئة عن استحداث العمليات المصرفية الإلكترونية . ويجب أن تضع السلطات الإشرافية ضمن أولوياتها

القصوى توفير التدريب الملائم لكوادرها الإشرافية الحالية، وتكملته باستقدام الخبرات الخارجية المناسبة، وذلك للتحقق من أن لدى هذه الكوادر دراية وخبرات تتماشى مع التطورات المتزايدة التعقيد التي تطرأ في مجالات التكنولوجيا وفي السوق.

الإشراف التعاوني بشأن قضايا العمليات المصرفية الإلكترونية عبر الحدود.

سيتطلب فهم ومعالجة التبعات المتوقعة التطورات المتسارعة في العمليات المصرفية الإلكترونية والمخاطر المتصلة بها قدرات إشرافية ، ومصادر ، وتعاون بين السلطات الإشرافية في البلد الأم والبلد المضيف في حالة المعاملات عبر الحدود الوطنية. كما أن التعاون بين السلطات الإشرافية على المستوى الدولي يعتبر مطلبا هاما ، إذ من شأنه تقوية الدعائم الرقابية في كل الأنظمة القانونية الدولية ويساعد على إزالة الحواجز الرقابية ويدعم من ثم تكافؤ الفرص على المستوى العالمي. وقد يسهم التعاون بين السلطات الإشرافية بشأن توسيع مظلة النظم الإشرافية القائمة والممارسات الرقابية السليمة ، واستحداث موجهات استرشادية سليمة بشأن إدارة مخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية، في تفادي الحاجة إلى استصدار قوانين ولوائح جديدة بشأن العمليات المصرفية الإلكترونية.

الخطوات التي يتوجب اتباعها للتصدي لقضايا المعاملات المصرفية الإلكترونية عبر الحدود

يطرح النمو المتسارع للعمليات المصرفية الإلكترونية قضايا إشرافية جديدة بشأن الأعمال المتجاوزة للحدود الوطنية ويفرض تحديات على السلطات الإشرافية ، خاصة فيما يتعلق بتخصيص وتحديد المسئوليات الإشرافية للسلطات في البلد الأم والسلطات في البلد المضيف، وفيما يتعلق بالتنسيق الدولي. وبناء عليه، تركز الخطوات التالية التي يتوجب اتباعها على التالي:

١. مراجعة وتحديد ما إذا كانت التوجيهات الإرشادية الحالية بحاجة إلى تعديل بحيث توفر معالجات لقضايا العمليات المصرفية الإلكترونية عبر الحدود.

٢. العمل بتعاون تام مع المجموعات الإقليمية المشرفة على المصارف بشأن التطورات في مجال العمليات المصرفية الإلكترونية، والعمل على استنباط الأطر الإشرافية السليمة وتشجيع التنسيق الدولي.

٣. العمل مع المنظمات الدولية الأخرى والتي تقوم بوضع الأنظمة العامة والتوجيهات الإرشادية الخاصة بالتجارة الإلكترونية عبر الحدود ، التي من شأنها أن تؤثر على العمليات المصرفية الإلكترونية. ولوائح لتقنين التجارة الإلكترونية والتي ستؤثر على المصارف الإلكترونية.

٤. تشجيع الوعي التعاوني الدولي في الأوساط المصرفية، وفي أوساط الجمهور والقطاع الخاص، بهدف تحديد القضايا ذات الصلة بمخاطر العمليات المصرفية الإلكترونية ولأساليب السليمة للتعامل معها.

خاتمـــــــة

يتوجب على السلطات الإشرافية أن تبذل جهودا جماعية لتحديد وتقاسم القواعد التوجيهات الإرشادية السليمة فيما يتعلق بالأنشطة المصرفية الإلكترونية. ومن شأن هذه الجهود أن توفر الأسس اللازمة لاستحداث أساليب متسقة للإشراف على العمليات المصرفية الإلكترونية، ضمن الأوساط الإشرافية الدولية. وستساعد هذه بدورها على تقليل المعوقات التي يمكن أن تحد من تطور سوق كفء لتقديم الخدمات المصرفية عبر القنوات الإلكترونية.

ويجب في هذه المرحلة الأخذ في الاعتبار بالنقاط التالية:

١. على الرغم من اتفاق المصارف والسلطات الإشرافية ، بصورة عامة، على أن من المتوجب مراقبة العمليات المصرفية الإلكترونية على نفس النحو الذي تتم به مراقبة العمليات والممارسات المصرفية التقليدية، إلا أن الخصائص الفريدة للعمليات المصرفية الإلكترونية تسوغ الحاجة إلى مزيد من الدراسة والمتابعة.

٢. يتوجب على السلطات الإشرافية أن تحدد ما إذا كانت هنالك حاجة لتعديل التوجيهات الإرشادية القائمة وتكييفها بحيث تسهل الإشراف السليم على الأنشطة المصرفية الإلكترونية عبر الحدود.

٣. يجب أن تنظر السلطات الإشرافية في التبعات العملية لمختلف المقاربات التي قد تتبناها لتحديد الأنشطة المصرفية عبر الحدود التي قد تستدعي مقابلة متطلبات خاصة بالترخيص والرقابة في البلد المضيف.

٤. ويجب على السلطات الإشرافية أن تشجع وتسهل تبادل ما تقوم باستحداثه من مواد وبرامج تدريبية خاصة بالعمليات المصرفية الإلكترونية .

المستند الذكي

الأستاذ/ موسى عيسى العامري
محام – و وكيل براءات
العامري للمحاماة و الأستشارات القانونية– دبي

الفقرة الأولى : مفهوم المستند الذكي و طبيعته

لمحة بسيطة عن المنتج

يتعلق الأختراع بنظام وطرق و أجهزة الكترونية و شرائط ممغنطة و خلايا تخزين CHIPS تستخدم لأنتاج و أستعمال المستندات الذكية الجديدة الهدف منه تلافي العيوب في المستندات الحالية . فالأختراع الجديد يتجنب تزوير المستندات أو العبث بها.

و الأختراع الجديد يحقق تأكيد سرعة تداول كافة المعلومات المدونة على المستندات الذكية ألكترونيا بأستخدام تصميم جديد للشرائط أو الخلايا التخزينية بتثبيتها على أجزاء سميكة بلاستيكية أو أي وسائط أخرى على المستندات الذكية، كما يستخدم أجهزة كاتبة و أجهزة قارئة ذات تحكم الكتروني. يمكن من خلالها أيضا أتمام تدوين البيانات اللازمة للمستندات الذكية بكتابتها على الشرائط الممغنطة و / أو خلايا التخزين.

حيث يتضمن الأختراع أصدار المستندات الذكية الجديدة لها أوجه أمامية و خلفية تحمل بيانات مرئية مطبوعة (و شرائط ممغنطة و / أو خلايا تخزين) مسجل عليها بيانات غير مرئية مخزنة مشفرة تقرأ بواسطة جهاز قارئ مناسب و بذا يمكن التأكد من مطابقة البيانات المرئية مع البيانات المخزنة المشفرة الغير مرئية لأكتشاف أي تعديل غير مصرح به في المستندات الذكية .

كما يهدف الأختراع الى رعاية أحتياجات العمل المختلفة عن طريق وضع هذه الأحتياجات في

دائرة واحدة تلبي جميع رغباته في حينها بدون ضياع للوقت أو المجهود عن طريق نظام مركـــزي للمستندات الذكية.

عن طريق وضع شرائط ممغنطة و / أو خلايا تخزين على أجزاء سميكة من المستندات الذكية فأن سعة التخزين يمكن أن تزيد و كلاهما يصبح من السهل برمجته مع البيانات المشفرة المطلوبة و التي يمكن أيضا قراءتها من على كل جزء من المستندات الذكية ، مع تقليل مخـــاطر تلفهـــا بدرجـــة عظيمة. و هذا يجعل أستخدام المستندات الذكية ممكنا في العديد من التطبيقات بما فيها المقاصة الألكترونية في حالة أختلاف جهات التعامل و التشييك الأمني.

لماذا المستند الذكي ؟

في الآونة الأخيرة ، و نتيجة تعدد الجنسيات في المجتمعات المختلفة، فقد زادت بالتالي مشـــاكل التزوير و التزييف ، مما أدى الى زيادة العبأ و الضغط على رجال القضاء و التنفيذيين ، و لذا كان الدافع وراء هذا الأختراع هو التأكيد على صحة و سلامة و ضمانة كافة المستندات المستخدمة في التعامل اليومي بكافة أنواعها من شيكات ، حوالات بنكية، تصاريح صعود طائرة ، تأشيرات دخول للدول،رخص تجارية ، فواتير شحن ، شهادات تأمين ، الخ. و كل ذلك بصورة ألكترونية تماشيا مع المتغيرات التقنية و التكنولوجية الهائلة و المستخدمة بصورة متزايدة على كافة المستويات و الأصعدة.

المستند الذكي – آلية جديدة

حيث أن الآلية المتوفرة في الـــمستند الذكي من خلال الشريط الممغنط أو خلية التخزين المثبتة على أطراف المستند ، بحيث يتم أمرار المستند أو إدخاله في أحد الأجهزة المتوفرة في نقاط التدقيق ، و كذا المستخدمة في قراءة بطاقات الأئتمان ، و على الفور تأتي النتيجة بصحة المعلومـــات و بيانات المستند من عدمه.، و بهذه الآلية سوف نحقق عدة مميزات و هي كالتالي:

١- امكان نقل و تداول كافة بيانات المستندات الذكية بسهولة و يسر و دقة لدى كافة الجهات المعنية دون أنتظار تدوين بيانات المستندات الذكية خطيا بالكتابة باليد أو بالطباعة بواسطة لوحة مفاتيح الكمبيوتر مرورا بكل نقطة يتم تداول تلك البيانات فيها.

٢- توفير الوقت و الجهد و المال في جهات الأستعمال .

٣- أمكان تدوين و تداول كافة بيانات المستندات الذكية عن طريق تداول تلك البيانات المقرؤة و المخزنة على شريط ممغنط و / أو خلية التخزين من على المستندات الذكية لدى كافة الجهات التي تتعامل مع هذه البيانات.

٤- أنجاز للعمل بسهولة و يسر و الاختصار في الوقت و الجهد على مستوى استعمال المستندات الذكية.

٥- توفير الأمن الأقتصادي بتوفير النفقات و الجهد و المال و الوقت و تحقيق الأمن الجنائي بعدم أمكانية العبث بالبيانات أو تغييرها عبر تداولها أو وقوع أخطاء أثناء التداول اليدوي لتلك البيانات.

من أجل ذلك كله، فقد أتجه النظام الجديد نحو: أصدار مستندات ذكية، و نظام لأصدار المستندات الذكية و أدارتها ، طريقة و نظام لأصدار المستندات الذكية لتحقق الغاية منها و تكفل السرعة و الدقة و أمكان نقل البيانات بسرعة عبر أجهزة أتصالات يمكن تداولها بسهولة و يسر و توفر الوقت و الجهد و المال ، و يمكن للمستعمل بعد ذلك في غضون دقائق قليلة أن يتمكن من أنجاز كافة الأجراءات بدءا من أصدار المستندات الذكية مرورا بكافة أجراءاتها .

و أمكان تداول أي بيانات مدونة على الشريط الممغنط و / أو خلية التخزين على المستندات الجديدة عبر الأجهزة الكاتبة القارئة الملحقة بأجهزة الاتصال لدى كافة الجهات المستعملة للمستندات الذكية بدلا من أعادة تدوين البيانات على الكمبيوتر يدويا.

الفقرة الثانية: كيفية تطبيق نظام المستند الذكي عمليا

- طريقة تطبيق نظام المستندات الذكية المتعلق بهذا الاختراع مشروح كمثال في الخطوات التالية:-

١. تقوم الجهات أو المؤسسات أو الشركات أو الأفراد بالتقدم للجهة المشتركة بخدمات الاختراع الجديد و يقدم لها البيانات المطلوبة مقابل سداد رسم معين.

٢. تقوم هيئة خدمات المستند الذكي بإدخال المؤسسة أو أي جهة ترغب في الاشتراك في

هذه الخدمة و ربطها مع المؤسسات الأخرى التي تعمل في هذا المجال أو بغيرها من المؤسسات و الشركات سواء كانت أهلية أو حكومية و ذلك لعمل وحدة و ترابط بينها من أجل تحقيق الهدف المراد تحقيقه.

٣. يقوم المشترك بأستلام المستند الذكي بعد أن يكون قد أستوفى الشروط حسب التعليمات المعتمدة لدى شركة خدمات المستند الذكي.

٤. يقوم المتعامل بالتأكد من تفصيلات المستند الذكي ، للتأكد من صحتها ، و من عدم وجود أي تزوير و ذلك بأدخال أو أمرار المستند في الفتحة المخصصة في الجهاز القارئ.

٥. يقوم الجهاز القارئ المستندات الذكية بقراءة المعلومات الواردة ضمن الشريط الممغنط أو خلية التخزين عند مركز الخدمات و الهيئات المشتركة و المؤسسات و الأفراد للتأكد من سلامة وصحة المستندات الذكية و خاصة من حيث رقم المستندات الذكية و عناصر الأمن المخزنة و التي تؤكد على عدة عوامل أهمها عدم تكرار المستندات الذكية.

٦. يتصل الجهاز القارئ مع جهاز الخادم الفرعي ، و يمرر المعلومات الخاصة المستندات الذكية للتأكد من صحتها و بشكل كامل.

٧. يقوم جهاز الخادم الفرعي بمعالجة المعلومات المستقبلة من الجهاز القارئ و يمررها من خلال قاعدة البيانات و يرسل الرد الكترونيا من حيث صحة و سلامة المستندات الذكية بشكل كامل و أنه بالفعل صادر عن الشركة المشتركة في النظام.

٨. في حالة صدور المستندات الذكية من خلال شركة خدمات أخرى مشتركة في النظام، فتمرر الحركة من الجهاز الفرعي الى الجهاز الرئيسي ، و ا لذي يحتوى على قاعدة معلومات شاملة تحتوي على جميع المعلومات الخاصة بجميع المستندات الذكية الصادرة عن جميع شركات الخدمات المشتركة في خدمات المستندات الذكية موضوع الأختراع ، و تمرر هذه الحركات لشركة الخدمات المعنية لتتم المطابقة بشكل كامل.

٩. تصل النتيجة على الجهاز القارئ ، و بالتالي سيتمكن المختص من التأكد من صحة المستند من عدمه، فأذا كانت المستند الذكي غير صحيح يرفض.

الفقرة الثالثة : تطبيقات المستند الذكي

أن أختراع المستند الذكي يشتمل على العديد من التطبيقات العملية على كافة المستويات و الأصعدة ، و من تطبيقاته التي يمكن وضعها موضع التنفيذ بنجاح تام و بصورة الكترونية شاملة : الشيك الذكي – الحوالات المصرفية الذكية - تصريح صعود الطائرة الذكي – تأشيرة الدخول الذكية – سند الشحن الذكي – الرخص التجارية الذكية ، شهادات التأمين الذكية، الخ.

و سنتناول هنا بشئ من التفصيل تطبيقات المستند الذكي:

أولا: الشيك الذكي :

يتعلق الشيك الذكي بطريقة و نظام لإنتاج و استخدام شيكات بنكية جديدة مزودة بشرائط ممغنطة و/ أو خلايا تخزين مدمجة على الأجزاء السميكة من الشيك لعلاج مشكلة تزوير الشيكات و عدم وجود أرصدة لها و أتمام تداولها الفوري، حيث تتضمن إصدار شيكات بنكية لها أوجه أمامية و خلفية تحمل بيانات مرئية مطبوعة (و شريط ممغنط و / أو خلية تخزين) مسجل عليها بيانات غير مرئية مخزنة مشفرة تقرأ بوساطة جهاز قارئ مناسب، و بذا يمكن التأكد من مطابقة البيانات المرئية مع البيانات المخزنة المشفرة الغير مرئية لاكتشاف أي تزوير أو تعديل غير مصرح به في الشيك . كلا من البيانات المرئية والممغنطة تعرف الشيك و الحساب و الساحب و البنك. الشيكات الجديدة تشتمل على شيكات بحد أقصى أو ثابت مودع و بحمد في حساب الساحب مقدما و شيكات عادية يمكن التأكد من أن هذه الشيكات جميعها لها رصيد قائم و قابل للسحب.

و يتضمن الأختراع نظام تحكم بنكي و استخدام أجهزة قارئة للشيكات عن طريقها يتم تأكيد صحة و سلامة و أمان هذه الشيكات و يتم أتمام تداول قيمتها فورا.

و الشيكات المنتجة وفقا للاختراع يمكن تصنيعها من الورق أو الورق المدمج مع البلاستيك أو أي وسائط أخرى، و البلاستيك في أطراف الشيكات يكون أسمك و غير مغطى بورق لحمل الشريط الممغنط و / أو خلية التخزين و بمواصفات قياسية تتناسب مع الأجهزة القارئة.

ثانيا : تصريح صعود الطائرة الذكي

عبارة عن نظام وطرق و أجهزة الكترونية و شرائط ممغنطة و خلايا تخزين CHIPS تستخدم لأنتاج و أستعمال تصريح الصعود الجديد Boarding Pass الهدف منه تلافي العيوب في بطاقة الصعود الورقية القديمة المزودة بشرائط ممغنطة . فتصريح صعود الطائرة الذكي يتجنب ضياع و فقد المعلومات من على الشرائط الممغنطة نتيجة ثني التذاكر أو بللها من العرق أو غير ذلك.

كما يتجنب عدم أمكان قراءة تصريح الصعود القديم Boarding Pass المزود بشرائط ممغنطة حال فصل تصريح الصعود Boarding Pass (جزء الكوبون و جزء المسافر) من الخط المخرم الفاصل بين الجزئين. والأختراع الجديد يحقق تأكيد سرعة تداول كافة المعلومات المدونة على تصريح الصعود الجديد (Boarding Pass) الكترونيا بأستخدام تصميم جديد للشرائط أو الخلايا التخزينية بتثبيتها على أجزاء سميكة بلاستيكية أو أي وسائط أخرى على تصريح الصعود (Boarding Pass)، كما يستخدم أجهزة كاتبة و أجهزة قارئة ذات تحكم الكتروني. يمكن من خلالها أيضا أتمام تدوين بيانات كروت الدخول الى مطار المغادرة و الخروج من مطار الوصول " الأمن" . و كذلك أمكان تدوين بيانات أمتعة الراكب على تصريح الصعود (Boarding Pass)، بكتابتها على الشرائط الممغنطة و / أو خلايا التخزين.

حيث يتضمن أختراع صعود الطائرة الذكي أصدار تصريح الصعود الجديد (Boarding Pass) له أوجه أمامية و خلفية تحمل بيانات مرئية مطبوعة (و شرائط ممغنطة و / أو خلايا تخزين) مسجل عليها بيانات غير مرئية مخزنة مشفرة تقرأ بواسطة جهاز قارئ مناسب و بذا يمكن التأكد من مطابقة البيانات المرئية مع البيانات المخزنة المشفرة الغير مرئية لأكتشاف أي تعديل غير مصرح به في تصريح الصعود الجديد (Boarding Pass) .

كما يهدف الأختراع الى رعاية أحتياجات المسافر بالطائرة من تاريخ الأعلان عن رغبته في السفر

حتى تاريخ عودته الى مقر أقامته الأصلي و ذلك بوضع كل هذه الأحتياجات في دائرة واحـــدة تلبي جميع رغباته في حينها بدون ضياع للوقت أو المجهود عن طريق نظام مركزي لبطاقة صعود الطائرة مع حفظ الأمن.

ثالثا: الحوالة المصرفية الذكية

و هي حوالة جديدة مزودة بشرائط ممغنطة و/ أو خلايا تخزين مدمجة على الأجزاء السميكة من الحوالة تحتوي على بيانات تعريفية مشفرة متوافقة مع البيانات المطبوعة و معلومات المرســـل و المرسل اليه وذلك لعلاج مشكلة التزوير و أمكانية صرف قيمتها بصورة فورية.

رابعا: الكفالات البنكية الذكية:

حيث تحتوي الكفالة البنكية الصادرة عن بنك ما على خلية تخزين عليها كافة المعلومات الخاصة بالكفالة من رقم الكفالة و اسم المستفيد و مبلغ الكفالة و البنك المصدر ، و كل هذه المعلومات قابلة للقراءة و الطباعة عن طريق الأجهزة القارئة و الطابعة لخلايا التخزين – كما أنها تكـــون متماشية مع المعلومات المرئية و المطبوعة على ظاهر الكفالة ، و بذا نتجنب مشـــكلة أمنيـــة و أقتصادية خطيرة و هي تزوير الكفالات البنكية ، حيث يصعب ذلك مع الكفالات الذكية ، لأن المعلومات المخزنة على خلية التخزين تكون مشفرة من قبل البنك المصدر ، و قابلة للتأكد مـــن صحتها في التو و اللحظة ، مما يؤدي الى تنشيط الأقتصاد و العمليات التجارية الآمنة.

خامسا: الرخص التجارية الذكية

و هي رخص تجارية جديدة مزودة بشرائح تخزين ، عليها كافة معلومات حامل الرخصـــة ، و تاريخ الأصدار، و تاريخ الأنتهاء ، و العنوان ،و كل هذه المعلومات مخزنة و مشـــفرة و قابلـــة للقراءة لدى أي جهاز من الأجهزة القارئة المستخدمة ، و متوافقة مع المعلومات و البيانـــات المرئية و المطبوعة على الوجه الأمامي للرخصة التجارية، لمطابقتها مع البيانات المرئيـــة، و بـــذا نتجنب أمكانية التزوير و العبث ببيانات الرخص التجارية.

سادسا: شهادات الغرف التجارية الذكية

و هي شهادات عضوية ذكية ، تحتوي على خلايا تخزينية ، عليها بيانات مشفرة و مخزنة متماشية

مع البيانات المطبوعة و المرئية على وجه شهادة العضوية ، و تشتمل على بيانات عن العضو، رقم لاعضوية، تاريخ أصدار الشهادة، تاريخ الأنتهاء ، و بهذه الطريقة يمكن التأكد فعلا – عن طريق قراءة خلية التخزين – من صحة شهادة الغرفة ، و أن المنشأة التجارية المتعامل معها قائمة فعلا ، و لها سجل تجاري ، بذا نتجنب الكثير من عمليات الأحتيال و التي تتم عن طريق تزوير شهادات الغرف التجارية ، و تؤدي الى نتائج سلبية يعاني منها الكثير من التجار و المستوردين و المصدرين.

سابعا: بوالص الشحن الذكية

و هي شبيهة ببوالص الشحن العادية ، الا أنها تتميز بوجود خلايا تخزينية مخزن عليها بيانات و معلومات عن الشاحن و المصدر و المستورد و البضاعة ، و كافة بيانات الشحنة ، و هذا البيانات مخزنة بطريقة الكرتونية قابلة للقراءة و الطباعة عن طريق الأجهزة القارئة و الطابعة للخلايا التخزينية ، مما يؤدي الى تجنب الكثير من عمليات النصب و الأحتيال في مجال بوالص الشحن.

ثامنا: شهادات التأمين الذكية

و هي شبيهة ببوالص التأمين العادية ، الا أنها تحتوي على خلايا تخزين ، مخزن و مشفر عليها بيانات عن المؤمن عليه، و المؤمن ، و مبلغ التأمين ، و كل هذه المعلومات قابلة للقراءة و الطباعة عن طريق الأجهزة القارئة و الطابعة ، بصورة تسهل مقارنتها مع البيانات المرئية المطبوعة و المدونة على ظاهر الشهادة للتأكد من صحة البيانات المطبوعة و المدونة، و طبعا بهذه الطريقة تتلاشى أمكانية تزوير شهادات التأمين، مما يؤدي الى نجاح و ازدهار الشركات العاملة في قطاع التأمين.

تاسعا: تأشيرات الدخول الذكية

حيث يتم تخزين المعلومات عن المصرح له بالدخول و المدة المسموح له بالأقامة و عنوانه و ضمانه المصرفي بصورة الكترونية مشفرة على خلية التخزين ، التي تتم قراءتها و طباعتها بصورة الكترونية و مقارنتها مع البيانات المرئية المطبوعة و المدونة ، و بذا يمكن التأكد من صحة بيانات

القادمين الى الدولة ، و تجنب المشاكل الأمنية المتعلقة بتزوير أو تغيير بياناتهم.

الفقرة الرابعة: مميزات المستند الذكي عن المستند العادي

بالتأكيد أن تطبيق نظام المستند الذكي يوفر العديد من المميزات على كافة المستويات الأقتصادية و الأمنية و الأدارية و نذكر منها على سبيل المثال:

١- أختصار الوقت و الجهد و المال ، بالنسبة للمستخدم و الجهات المتعاملة ، و الجهات الأمنية و الحكومية.

٢- صعوبة التزوير أو التغيير في بيانات المستند.

٣- توخي الدقة في أثبات صحة كافة البيانات المدونة على المستند الذكي.

٤- أمكانية تحاشي مشاكل أقتصادية و أمنية ناجمة عن تزوير بيانات المستندات التي يتم التعامل بها في كافة النشاطات الأقتصادية

٥- تقليل الجهد البشري اللازم للتدقيق و التأكد من دقة معلومات المستند الذكي.

٦- تنفيذ أغلب المعاملات بطريقة الكترونية .

٧- سرعة تداول كافة البيانات المشفرة والمخزنة على الخلايا التخزينية الموجودة على المستندات الذكية لدى كافة الجهات المتعاملة بهذه المستندات.

٨- تنشيط مختلف القطاعات الأقتصادية المختلفة في المجتمع مثل قطاعات البنوك ، عن طريق تطبيقها على العديد من المعاملات و المستندات البنكية مثل : الشيكات الذكية، الحوالات المصرفية الذكية، الكفالات البنكية الذكية ، و غيرها من كافة تطبيقات الدفع الألكترونية .

٩- تسهيل عمل شركات التأمين ، عن طريق اصدار شهادات تأمين ذكية ، و بذا يتم التأكد من دقة و صحة البيانات ، و صعوبة العبث بها أو تغييرها ، مما يؤدي الى ازدهار عمل هذا القطاع الأقتصادي الهام على المستوي الوطني و الأقليمي و الدولي.

١٠- أيضا مجال الشحن ، و التأكد من صحة و دقة المعلومات الواردة في بوالص الشحن ، و بذا نتجنب العديد من عمليات النصب و الأحتيال.

١١- تسهيل عمل إدارات الجوازات و الهجرة و ذلك عن طريق أمكانية التشييك السريع على بيانات الداخلين الى الدولة و التأكد من صحتها.

الفقرة الخامسة: المستند الذكي من وجهة نظر الشريعة و القانون

أولا: المستند الذكي من وجهة نظر الشريعة الأسلامية :

بما أن الأوراق التجارية المختلفة مثل : الكمبيالة ، السند الأذني ، الشيك هي من تطبيقات المستندات الذكية، فأننا نجد أن الشريعة الأسلامية تدعم – من حيث المبدأ – مثل هذا الأختراع لأنه يتفق مع أحكام الشرع ، و يؤكد ذلك ما يلي:

(١) جاء أهتمام المشرع بالمال من حيث تنظيمه و صيانته و التوجيه بأنفاقه في أوجه الخير و الأصلاح مع النهي عن أهداره أو أتلافه أو الأسراف فيه ، و بذلك يكون حفظا للمال من حيث الوجود ، أما من حيث حفظ المال من جهة العدم ، فقد شرع له الشارع الحكيم حد السرقة ، و حد الحرابة عقابا لمن يعتدي عليه ، كما أوجب ضمان المال على من أتلفه.

(٢) أن هذا الأختراع يدخل في باب حفظ المال من جهة العدم لما فيه حماية للمال و للحق العام و لما يشيع من ثقة بين المتعاملين و ذلك يؤدي بدوره الى أنعاش المعاملات و ازدهارها.

(٣) أن هذا الأختراع له فوائده العملية لضبط سلوكيات الأفراد بخصوص المعاملات المالية و التجارية و الأدارية و الأقتصادية في وقت كثر فيه الغش و الأحتيال و فيه تحقيق لمصالح الناس و رفع الضرر عنهم ، و الضرر في الدين مرفوع لقوله صلى الله عليه و سلم " لا ضرر و لا ضرار".

(٤) أن هذا الأختراع يؤدي الى أداء الأمانات الى أهلها و يضبط و يحكم مبدأ الوفاء بالعقود مما يدخله في دائرة الأمر الوارد في قوله تعالى " أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها".

(٥) أن هـذا الأختـراع يسـد باب الذرائـع التي تـؤدي إلى الغـش و التدليس و التغرير و أكل أموال الناس بالباطل ، مع العلم بأن أستخدام سد الذرائع جاء في أغلبه في باب المعاملات سدا لمنافذ الربا و غيره ممـا نهـى الشارع الحكيم عنه حفاظا على حقوق الناس و أموالهم .

(٦) أن هذا الأختراع ليس فيه ربا و لا غرر و لا قمار ، و بالتالي فهـو جـائز شـرعا ، و محمود بأذن الله.

كل هذا من ناحية قبول الشريعة الإسلامية للمستند الذكي و تطبيقاته – من حيـث المبـدأ – بأعتبار أنه عمل من الأعمال النافعة التي لا يترتب عليها ضرر ، بل و أكثر من ذلك هو أدخل في باب الضبط ، و سد ذرائع الفساد ، لما فيه من وقاية من الغش و التدليس .

ثانيا: المستند الذكي من وجهة نظر القانون:

في هذه الفقرة سوف أتناول وجهة النظر القانونية بالنسبة لأحدى تطبيقات المستند الذكي ، الا وهي الأوراق التجارية ، التي تتضمن : الكمبيالة ، السند الأذني – السـند لحاملـه– الشيك)

الكمبيالة : و تعريفها وفقا للمادة (٤٧٩) من قانون المعاملات التجارية لدولة الأمارات العربيـة المتحدة: " ورقة تجارية تتضمن أمرا من الساحب الى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا معينا مـن النقود بمجرد الأطلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لأذن المستفيد"

السند الأذني: و هو محرر مكتوب وفقا لشكل معين يحدده القانون، و يتضمن التزام شخص هو محرر السند بدفع مبلغ معين لأذن شخص آخر هو المستفيد".

السند لحامله: و تعريفه وفقا للمادة (٤٨٢) من قانون المعاملات التجارية لدولة المارات العربيـة المتحدة: " ورقة تجارية بمقتضاها يتعهد محررها بأن يدفع مبلغا من النقود بمجرد الأطـلاع أو في تاريخ معين أو قابل للتعيين لمن يحمل الورقة"

الشيك:و قد ورد تعريفه في المادة (٤٨٣) من القانون بقولها: " الشيك ورقة تجارية تتضمن أمرا صادرا من الساحب الى المصرف المسحوب عليه بأن يدفع في اليوم المبين فيه كتاريخ لإصـــداره مبلغا معينا من النقود لأذن شخص ثالث هو المستفيد أو لحامله".

و بما أن الوظيفة الأساسية للورقة التجارية كأداة وفاء في الوقت الحاضر، وهي تشـــكل محـــور التنظيم القانوني لهذه الورقة، اذ يقوم أساسا على حماية تداولها حتى يمكنها تأدية دورها كـــأداة للوفاء كالنقود تماما ، و ذلك بتقوية ضمانات حامل الورقة ، و التقليل من أمكانية عدم الوفـــاء بقيمتها الى أقصى حد ممكن ، لأن تحرير الورقة لمصلحة شخص معين أو تظهيرها اليه لا يعتبر في حد ذاته وفاء كما هو الحال في تسليم النقود ، بل لا يعتبر الوفاء قد تم الا بدفع قيمة الورقة نقدا.

و تشترك كل الأوراق التجارية المعروفة ، و التي ينظمها قانون المعـــاملات التجاريـــة، و هـــي الكمبيالة، و الشيك، و السند الأذني ، و السند لحامله في أداء هذه الوظيفة .

و من هنا جاء تعريف القانون و أتجاهات المشرع متفقا مع التوجه الذي نرمي اليه في أختراعنا " المستندات الذكية"

و بالتأكيد فأن نظام المستند الذكي يوفر الأمن اللازم للمستند و للمتعاملين و للمجتمع، للمستند بعدم أمكانية تزويره ، و للمتعاملين بعدم العبث ببيانات المســـتند ، و للمجتمـــع بالأزدهـــار الاقتصادي.

- **فلهذه الأسباب كانت الحاجة الى هذا الأختراع ملحة ، و خاصة و أننا في عصر الحكومات الألكترونية ، و اختراعنا يأتي متماشيا مع هذا الأتجاه –**

اللجنة المنظمة

رئيس اللجنة

أ.د. محمد المرسي زهرة

عميد كلية الشريعة والقانون

نائب رئيس اللجنة

د. محمد عبد الرحيم سلطان العلماء

مساعد العميد لشؤون البحث العلمي ورئيس قسم الدراسات الأساسية

أعضاء اللجنة المنظمة

د. حسن محمد المرزوقي	مساعد العميد لشؤون الطلاب والطالبات
د. محمد حسن القاسمي	رئيس قسم النظم العامة والسياسة الشرعية
د. محمد عبد الواحد الجميلي	الأستاذ المشارك بقسم النظم العامة والسياسة الشرعية
د. بلال عبد المطلب بدوي	الأستاذ المساعد بقسم المعاملات
السيدة / ديانا محمد حمادة	مدير التوفيق التجاري بغرفة تجارة وصناعة دبي
السيد/ محفوظ عبد الله بن طرش	إدارة العلاقات العامة والثقافية
السيد/ سليمان نعيم الراعي	كلية الشريعة والقانون
السيد /محمود علي حمد	كلية الشريعة والقانون
السيد / أحمد رشاد عفيفي	كلية الشريعة والقانون
السيد / إبراهيم علي دعدوع	كلية الشريعة والقانون