جامعة وهران محمد بن أحمد 2

- وهران -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العقود الالكترونية ضمن العمليات المصرفية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق
تخصص قانون بنكي ومالي

من إعداد الطالب

مالكي محمد

تحت إشراف الأستاذ

قمراوي عز الدين

السنة الجامعية

2026/2025

شكر و تقدير

مصداقا لقول الله تعالى

(لئن شَكَرتُم لَأَزيدَنّكُم)

(وَإن تَعُدُّوا نعمَةَ الله لا تُحصُوهَا)

الحمد لله على كل نعمه التي أنعمها علي ما بطن منها و ما ظهر

عن رسول الله صلى الله عليه و سلم " ... و من صنع إليكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا ما تكافئوه به ، فادعوا له حتى ترو أنكم كافأتموه "

و من هذا الحديث ، أتقدم بالشكر الجزيل و العرفان و الامتنان الصادق الى :

أستاذي الفاضل الذي لم يذخر جهداً في دعمي و مساعدتي في كل صغيرة أو كبيرة ، حتى آخر لحظة في انجاز هذه الرسالة بقلبه الطيب المرحاب

" الأستاذ قمراوي عز الدين "

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل أساتذتي الذين لم يبخلوا عني بأفكارهم و دعمهم و نصحهم لي.

و الى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني بقبول مناقشة لهذه الرسالة و مع امتناني الكبير لهم لتسخير لوقتهم الثمين .

شكرا لكم ...

إهداء

اللهم متعنا بأسماعنا و أبصارنا و قوتنا ما أحييتنا

ربنا هب لنا من أزواجنا و من ذريآتنا قرة أعين

بحمد الله تعالى و بفضله

اهدي ثمرة هذا العمل الى

من كانت نور عيني و جلاء همي ، إلى من كان همها أن أكون من العارفين بالعلم و الدين

إلى من جاهدت و كافحت من اجلي و كانت سندي في أوقات ضعفي و زلاتي ،

" أمي الحبيبة "

و إلى والدي ، أسأل الله جل جلاله ان يتغمده برحمته ، الذي علمني الصبر و الكفاح ، الذي تغمدني طيلة حياته بالستر و العون و الحنان حتى في آخر أيام حياته .

إلى زوجتي ، رمز التضحية و العطاء و التي وقفت إلى جانبي طوال الأوقات العصيبة ،

إلى إخوتي و أخواتي الذين عشت في كنفهم و في أسرة يكتنفها الحب و الحنان ،

إلى أولادي حفظهم الله و رعاهم و جعلهم من عباده الصالحين .

إلى أصدقائي و إلى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي .

قائمة المختصرات

باللغة العربية:

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.ب.ن : دون بلد النشر.

د.د.ن : دون دار النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

د.ط : دون طبعة.

ص : صفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

ط : طبعة

ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.

ق.إج.ج.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

ق.إج.م.إ.ج : قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.ت.ج : القانون التجاري الجزائري.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

باللغة الاجنبية

Liste des abréviations

ACH : AUTOMATIC CLEARING HOUSE.

AEBS : Algeria E-Banking Service.

Art : Article.

C : Code. C.monét et fin : Code monétaire et financier.

CE Conseil Europeen

CHIPS : The clearning house interbank payment systems.

CIB:Carte Interbancaire de paiement

CMF:Code Monetaire et Financier fran؟ais

CMI : COMITE MARITINE INTERNATIONAL.

CPF:Code Penal Fran؟ais

DAB :Distributeurs Automatique des Billets

DME2:Directive europeenne de la monnaie electronique 2009/110/CE

DMEI :Directive europeenne de la monnaie electronique 2000/64/CE

EDI : ELECTRONIC DATA INTERCHANGE.

EFT :Electronic Funds Transfer

EMV :Europay Mastercard Visa

FEDI :Financial Electronic Data Interchange

FSTC : Financial Services Technology Consortium.

GAB Guichets Automatique des Banques

Ibid : Ibidem : Même Référence.

JO :Journal Officielle

LCEN :Loi française pour la Confiance dans l'Economie Numerique 2004/575

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Litec : Librairies techniques.

N º : numéro .

NFC :Near Field Communication

OECD :Organisation for Economic Co-operation and development

Op.cit : Référence précédemment citée.

P : Page.

P.O.S : Point Of Sal.

PIN :Personale Identification Number

PP : De la Page n º à la Page n º

PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

RFID :Radio Frequency Identification

RMI :Reseau Monetique Interbancaire

SATIM: Sicité d'automayisation des transaction inter bancaire et de manitique.

SEPA : Single Euro payements Area

SET :Secure Electronic Layer

SSL :Secure Soker Layer

SWIFT :Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications

TPE :Terminal de Payement Electronique

UE :Union Europeenne

Vol : Volume

مقدمة

إن امتزاج الخيال الواسع للإنسان مند القدم بفكره الواقعي، جعله يتوق دوما إلى تجسيد أحلامه، فدفع به تدريجيا مند غابر العصور، ان يصير الى ماهو عليه ، دون أن يعترف بأي عائق أو حدود .

فما وصل إليه الإنسان في الوقت المعاصر ، إلا نتاج أفكار تجسدت ، فأصبح السفر عبر المسافات و التي كانت تقتضي أشهرا ، تُعبر في سويعات ، و التواصل عبر الرسائل يدا بيد ثم عبر البريد ، الامر الذي كان يقتضي اشهراً ، اصبح في لحظات و بالصوت والصورة ، كما أن بعض معالم الواقع الحاضر ما هي سوى محطات يُفرض علينا تخطيها شئنا ام ابينا ، و الواقع الذي نعيشه اليوم ، سيختلف عما هو آت لا محالة ، بدليل ما توصلت اليه العلوم و التكنولوجيا بمختلف انواعها.

إن من بين ما توصل اليه الانسان ، في التخاطب ، بصفته اجتماعي بطبعه ، و المقصود هنا ، التواصل عبر الانترنت ، فهذه الشبكة ما فتئت أن أصبحت قبلة يحج اليها كل اجناس البشر ، و أصبح كل ما هو مادي ملموس إلى واقع افتراضي ، فاحتلت الانترنت مكانة لا يستهان بها ، واصبح التبضع او الحصول على خدمات لاشباع الرغبات المختلفة ، يمر عبر هذه الشبكة ، و يترجم الى تسوق افتراضية بمفهومها الواسع .

لقد عرف الاقتصاد العالمي تحولات هامة أفرزتها معطيات مختلفة أبرزها و أهمها التطورات التكنولوجية خاصة ما تعلق منها بأنظمة الاتصال عن بعد، بالإضافة إلى الثورة المعلوماتية و سيادة تكنولوجيا المعلومات التي أدت إلى تحول العديد من اقتصاديات العالم للاستفادة من السرعة و الفعالية التي توفرها له، وكذا إلى تغيير الأسس التي تستند إليها منظمات المال والأعمال في التنافس، و تجسيد المزايا التنافسية على ارض الواقع والتي تمكنها من خدمة أسواقها المستهدفة بكل كفاءة.

كل تلك المزايا تحققها تكنولوجيا الاتصال عبر الإنترنيت الذي أصبح من الوسائل المهمة لممارسة الأعمال المالية و التجارية و الأنشطة التسويقية خاصة بعد تزايد استخدام الحواسيب الآلية والمعلوماتية في تسيير الأنشطة الاقتصادية وكذا تزايد قيمة المعلومة أكثر فأكثر حين أصبح الاعتمادعليها بشكل الأساسي لقطاعات المال والأعمال، و في ظل هذه الظروف تطورت الخدمات الالكترونية ،اذ أصبحت تضم جميع الخدمات الاستثمارية بما فيها الخدمات المصرفية و إدارة الأوراق المالية ، وكذا تواصل المؤسسات المالية و المصرفية العالمية وتسويق خدماتها من خلال العديد من الأنظمة الالكترونية.

لقد انعكس التطور التكنولوجي على تطور الأنشطة الاقتصادية عامة و الصناعة المصرفية خاصة و ما انبثق عنها من خدمات يتطلب تسويقها باستخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ، فأصبح تطور تسويق الخدمات المصرفية من اهم الاتجاهات الحديثة ، التي شهدت توسعا كبيرا في السنوات الأخيرة في مختلف المجتمعات ، نظراً لتزايد دورها في الحياة المعاصرة ، خاصة بعد تكاملها مع المنتجات المادية في تحقيق الرغبات و الاهداف المرجوة لعملائها.

فالتطور التكنولوجي الكبير سهل عملية انجاز المعاملات المصرفية والاتصال السريع بالنسبة للعملاء في تقليل الجهد و الوقت و العناء اعتمادا على الأساليب الالكترونية الحديثة في تقديم الخدمات المصرفية، كما انتشرت العديد من قنوات توزيع الخدمة المصرفية كخدمات الصرّاف الآلي و نظام

التحويل الالكتروني للنقود و العمليات المصرفية المنزلية، بالإضافة إلى التغيرات التي طرأت على نمط سلوك العملاء من خلال اهتمامهم المتزايد بكل من الزمان والمكان الذي يقدم فيه الخدمة المصرفية، هذا ما جعل البنوك المعاصرة تستجيب تدريجيا للتغيرات الحاصلة في أنماط المستهلكين و سلوكياتهم لضمان المحافظة على حصتها في السوق والسعي لكسب حصة سوقية أكبر.

ويرجع السبب فى ذلك لما تتيحه تلك الوسيلة الالكترونية ، في إتمام وإنجاز سريع وفعال للمعاملة المطلوبة، لاعتباره السبيل الناجع مع الإيقاع السريع للتطور الحاصل وطبيعة المعاملات التجارية الالكترونية من أجل الحصول على المنافع المرجوة منها.

و يرجع الفضل إلى التطور السريع في الانتشار الكاسح للوسائل الإلكترونية المستخدمة عبر العالم، وتحديثها وتطورها المستمر والمتلاحق الذى كان له الأثر البالغ على سهولة اللجوء إليها، لإتمام الصفقات والحصول على الخدمات بواسطتها دون تمييز بين فئات المجتمع، و سهولة استخدامها ، و سهولة اقتنائها ، فأصبح الهاتف النقال ، على غرار باقي الوسائل المعلوماتية كالكمبيوتر ، كوسيلة اتصال عن بعد ، ليست مجرد وسيلة للتخاطب بل امتد الى اختراع الهاتف الذكي لكونه يقدم حزمة من الخدمات المتنوعة لتقديم معلومات و أخبار آنية عما يحدث في العالم ، اذ أصبح نافذة يمكن بواسطتها التنقل افتراضيا عبر أصقاع العالم يربط المجتمعات و الأمم مع بعضها البعض ما يوحي الى امكانية حدوث انصهار عالمي يأبى الاختلاف و هذا هو الهدف الرئيس من العولمة ، الى ان اصبح رفيقا لا يمكن الاستغناء عنه ، لما يقدمه من خدمات متنوعة و مغرية ، ما فتئ ان اصبح نافذة تعرض فيه سائر الخدمات التي كانت في زمن قريب تقتضي الوجود المادي للانسان في الزمان و المكان الواحد ، و كان على الزبون ان يسعى الى السوق بدلا ان يأتي اليه السوق اينما كان و متى شاء ، فأُختُزل الزمان و المكان في آن واحد.

ولهذا إكتفى الأفراد في ظل التجارة الكلاسيكية، أي في شكلها التقليدي و التي كانت فيها المقايضة كوسيلة للتبادل بينهم، وفي مرحلة تالية استخدم الأفراد صورا مختلفة من السلع كوسيلة للدفع وتحديد القيمة، إلى أن قامت مسيرة التطور بظهور وحدة قيمية، يتم بموجبها تقييم السلع و الخدمات، و التي تجسدت في اعتماد النقود المعدنية المصكوكة، ثم الى اعتماد النقود الورقية بصورتها الحالية كوسيلة للوفاء ، و باقي القيم المنقولة ، فأحدثت بذلك طفرة في هذه التعاملات التجارية.

ظلت النقود ، كوسيلة دفع مفضلة لدى الأفراد في التبادلات التجارية و سهولة التعامل بواسطتها ، و كقيمة ووحدة قيمية للسلع و كبديل عن المقايضة و ما يترتب عنه من اعباء و تكاليف من شحن قبل استحداث النقود.

ولأهميتها أصبحت النقود التي تمثل مقابل وفاء الشيء محل التعاقد عنصرا جوهريا فيها،والذي يطلق عليه بعنصر الثمن، ويتبين من التفسير القانوني والإقتصادي لهذا العنصر على أنه "مركز أو نقطة تلاقي الإقتصاد والقانون في مجال العلاقات والمعاملات بين المتعاقدين، خاصة الاقتصاديين منهم في مجال التجارة، فالثمن يبين ويكشف عن قيمة التصرف القانوني الذي يكون عنصرا مهمًا في العملية أو الصفقة التجارية في عقود البيع.

يعتبر النقود العنصر الجوهري في العقود الالكترونية على سبيل المعاوضة ، من بين الإلتزامات الرئيسية بين طرفي العقد ، كسبيل للوفاء، الأمر الذي يدفعنا إلى ضرورة الإهتمام به وبكيفية إنتقاله، خاصة بعد ظهور البنوك والمؤسسات المالية ، كمؤسسات تجارية تتعامل بهذه الوسيلة الجوهرية وتنظم المعاملات ما بين المتعاقدين ، والتي تعتبر كوسيط تضفي صبغة الأمان والاحترافية على المعاملات النقدية ، كمعيار للقيمة ، فهي لا تقتصر على عمليات التوفير وتقديم الفوائد فقط، بل أصبحت تسهل إنتقال الأموال مما يحفز توسيع نطاق هذه المعاملات التجارية وتقوية الثقة فيها.

ونتيجة لتضخم حجم المعاملات التجارية وتعدد مجالاتها، بالإضافة الى تزايد المخاطر الاقتصادية والقانونية المرتبطة بإصدار النقود ، قد ادى التطور الهائل في المجال التقني والتكنولوجي بكشف النقاب عن قصور التعامل النقدي المادي بهذه الطريقة، نظرا لتعرض الأموال للسرقة والضياع،هذا من ناحية ، وكونها لا تتماشى مع العمليات التجارية التي تتم عن بعد ولا تحتاج الى إلتقاء مادي لطرفي العقد و كيفية الوفاء بالنقود الكلاسيكية كسبيل للوفاء و ما يعتريه من اعباء و مخاطر هذا من ناحية اخرى .

ان اعتبار النقود كمعيار للقيمة يجعلها تحتل الريادة ، كعنصر جوهري فعال في التعاقد من اجل تحديد قيمة الخدمة ، و من ثمة تحديد قيمة الالتزام العقدي و التعويض في حالة المنازعات القضائية . فقد اقتضت الحاجة الى استحداث بدائل اخرى كوسيلة من وسائل دفع جديدة ، تتلاءم مع الحاجة الملحة لانتقال وتداول رؤوس الأموال بشكل آمن وسريع، ولهذا خلق الواقع وسائل جديدة ومستحدثة لتسوية الديون تتماشى مع التطور السريع للمعاملات التجارية، ألا وهي نقود الودائع كوسيلة دفع تتناسب مع المعاملات التجارية الكبيرة القيمة.

ولقد ساعد ظهور تكنولوجيا الإتصال في ظل العولمة الرقمية على هذه النقلة النوعية في وسائل الدفع، إذ لم تبق تقنيات انتقال الأموال في منأى عن هذا التطور ومست كذلك خدمات البنوك وانتقال الأموال بالطرق المعلوماتية والرقمية لإتمام إلتزام الدفع.

وتتمثل تكنولوجيا الاتصال هذه في التحول إلى عصر المعلوماتية وما أحدثته من تغيير في مجال العمل التجاري ،والذي شمل تزايد أهمية وسائل الدفع. فقد أدى استخدام شبكات الحاسب الآلي في إبرام التصرفات إلى ظهور شكل جديد من أشكال المعاملات التجارية أطلق عليه "التجارة الإلكترونية".

ان تحرير التجارة الالكترونية ، عزز دور البنوك و المؤسسات المالية كوسيط مالي في تسهيل توفير خدمات بمختلف انواعها ، في توفير السيولة النقدية و توفير الضمانات الكافية للمتعاملين في المجال الافتراضي الرقمي ،إذ اصبح ضرورة ملحة مما توفره من خدمات للزبون في العمليات التجارية بمختلف انواعها ،

ان هذا النشاط و ما يحمله من وزن اقتصادي و مالي ، إستوجب حماية قانونية تتماشى و متطلبات التقدم الحاصل في هذا المجال ، و ضرورة ايجاد نصوص تشريعية و تنظيمية لتأطير النشاط المصرفي الالكتروني اصبح ضرورة ملحة ،عما ينتج من آثار قانونية في هذا الشأن .

ان العمليات المصرفية الالكترونية بمختلف جوانبها لاسيما الخدمات المتاحة للزبائن العاديين أو المتعاملين الاقتصاديين ، و التي تنحصر في الرؤيا القانونية كعقود تربط اطراف العقد بصيغة

قانونية التي تقتضي مراعاة الضوابط و الاجراءات التي يجب احترامها ، بغية توفير الحماية اللازمة للمتعامل في المجال الافتراضي ، نظرا لما افترضته التجارة الالكترونية الى خلق جو مغاير عن المعتاد ، مما كان عليه الامر في التجارة الكلاسيكية ، إذ أن معظم التشريعات في العالم لم يكن لها الخيار سوى التماشي مع هذا الواقع ، و ذلك بتبني و خلق نصوص قانونية و تنظيمية تتماشى و التطور الحاصل ، حيث انه كان من الضروري على المشرعين عبر كافة دول العالم، مواكبة هذا التطور الهائل و التكيف معه ،و القيام بدورهم فى تنظيم وتقنين هذه الوسائل، وأن يحددوا المراكز القانونية للأفراد و حمايتها والآثار القانونية المترتبة على استخدامها.

و مما لا شك فيه وجود علاقة وطيدة بين الأشكال المختلفة للتعاقد وتنوع طرق تسوية المنازعات الناتجة عنها، فكل نوع من انواع العقود يتماشى معه اجراء معين من اجراءات التسوية أو الوفاء، وبما أن نظام التعاقد يتأثر دائما بالتطورات المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة به وبأطرافه، فإن نظرية العقد قد تأثرت تأثرا بالغا بالتطور المذهل لوسائل الاتصال الحديثة.

وأمام هذا الوضع، دأب فقهاء القانون المدني على الاهتمام بمسألتين من أهم مسائل المعاملات الإلكترونية هما ، التعاقد الإلكتروني والإثبات المتعلق به.

وبمناسبة سن التشريعات المنظمة لمختلف مسائل المعاملات الإلكترونية، ظهر اتجاهان فقهيان متباينان، الأول منهما يرى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات الإلكتروني، أما العقد الإلكتروني فحسبه أن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية في نظر هذا الاتجاه، لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد، فنظرية العقد فيها من المرونة مالا يجعلها عاجزة عن احتواء هذه الوسيلة في التعبير عن الإرادة وإبرام العقد، وارتكز هذا الرأي على أمرين، الأول منهما أن القراءة المتأنية وإمعان النظر في هذه القواعد يفي بالغرض، وذلك أنها مازالت تحوي الكثير مما يستحق الخوض فيه، كما أن النظرية العامة للعقد لم تكن وليدة وضع طارئ أو حدث عابر لتعجز عن مواكبة التطور واحتواء ما استجد من مسائل، فكلما أتقن الباحث النظر في تلك القواعد كلما اكتشف مرونتها وملاءمتها للحاجات المتطورة، فلا يجب اللجوء إلى السهل بطلب وضع تشريعات حديثة ظنا بأن القواعد العامة لا تكفي .

والأمر الثاني أن القواعد العامة تقبل التطوير من خلال الاجتهاد في تفسير النصوص التشريعية والتوسع في البحث عن مدلولاتها لمواجهة ما استجد من قضايا، في حين ذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى ضرورة أن يتضمن التنظيم التشريعي للمعاملات الإلكترونية المسألتين معا، فهما على قدر متساوي من الأهمية، إذ أن النظرية العامة للعقد قد لا تكفي لمواجهة بعض الإشكالات التي أفرزها شيوع استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود فمعظم المشرعين في دول العالم قد تفطنوا لسن تشريعات مستقلة لتنظيم هذا النوع من المعاملات أو إدخال نصوص في التقنيات المدنية لاستيعاب هذه الوسائل عندما تستخدم في التعبير عن الإرادة .

فالامر في هذه الحالة يعتمد على التراكم الفكري الفلسفي للقانون عبر العصور ، و تكريس مدى تلاؤمه مع تغير الظروف و الاوضاع التي قد تطرأ في تغير النمط الحياتي للانسان ، و بالتالي على سلوكه في المجتمع .

إن جل العقود الالكترونية المبرمة لم تعد تؤمن بالحدود ، أو الوجود المادي للإطراف ، إمام التنوع الهائل في المعاملات الصرفية و توسع نشاطها و الذي شمل مجموعة من العقود المصرفية و

من بيها العقود المعروفة كعقود الرهن الحيازي و الرسمي ، ورهن المعدات ، و كذا عقود اللائتمان ، و عقد الوديعة ، وو العقود المتعلقة بالاوراق التجارية الالكترونية و حوالة الحق و حوالة الدين والمعاملات المتعلقة بالمحلات التجارية بنوعيها المادي و الافتراضي ، و غيرها من العقود ، مما يخلق العديد من التساؤلات و الاشكالات القانونية و التي تقتضي ، دراسة قانونية و فقهية حول طبيعة هذه العقود الالكترونية ، و التي غيرت جميع المعايير الكلاسيكية لنظرية العقد ، و مما يستوجب التطرق إلى طبيعتها القانونية ، و النصوص التشريعية و التنظيمية التي تؤطرها ، و الآثار القانونية المترتبة عنها ، ناهيك عن دور المصارف و المؤسسات المالية الافتراضية او بالأحرى الالكترونية ، كسبب في تعزيز وتيرة التطور التشريعي و التنظيمي من الناحية النظرية و العملية .

إن الدور الذي لعبته العقود المصرفية في ، تطوير و توسيع مجال نشاط المصارف و تطوير حزمة الخدمات المتاحة للزبائن و كذا تعزيز المعاملات بين البنوك و المؤسسات المالية ، على المستوى الدولي ، فإن العولمة و تمخض عنها من تغيرات و تحولات وزيادة تعقيدها ـ و بالأخص بعد ظهور ما يسمى بالانترنت ـ ساهم وبشكل كبير في تنظيم و تأطير المعاملات التي تجرى في العالم الافتراضي ، و من ثمة علاج كل الاشكالات القانونية المرتبطة بها ، و هنا يكمن دور التشريع في تنظيم هذه العقود الالكترونية و حماية التصرفات التي تعبر فعلا عن الارادة الحقيقية لمبدأ سلطان الارادة في العقود .

و من هنا تثار الاشكالية العامة للدراسة

الاشكالية العامة للدراسة :

مع التحول المتسارع نحو الرقمنة واعتماد المؤسسات المصرفية على الوسائط الإلكترونية في مختلف معاملاتها، برزت العقود الإلكترونية كآلية أساسية لإبرام العمليات البنكية عن بعد، وهو ما أفرز جملة من التحديات القانونية تتعلق بوسائل التعبير عن الإرادة، وإثبات المعاملات، وحماية بيانات الزبائن، وضمان أمن المعاملات الإلكترونية.

إلا أنّ الإطار القانوني المنظم لهذه العقود ما يزال محل نقاش، خصوصًا فيما يتعلق بمدى اعتراف التشريع بآثارها، وآليات ضبط المسؤولية العقدية .

ومن هنا يطرح السؤال التالي :

إلى أي مدى يستجيب الإطار القانوني الحالي لمتطلبات تنظيم العقود الإلكترونية في العمليات المصرفية، وما مدى قدرته على ضمان الثقة، والأمن، والحماية القانونية للأطراف المتعاقدة؟

ومن هنا تُطرح الإشكالية:

إلى أي مدى أثّر التحول الرقمي للعقود المصرفية على المنظومة القانونية والمالية، وهل استطاعت التشريعات المصرفية والتجارية مواكبة هذا التحول بما يضمن الحماية القانونية للمتعاقدين؟

.الأسئلة الفرعية للدراسة

- ما المقصود بالعمليات المصرفية كمفهوم عام ؟
- ما هو الإطار القانوني العام المنظّم للعقود المصرفية وما هي أهمية رقمنتها ؟
- كيف أثّر التحول الرقمي على طرق إبرام العقد المصرفي وشروط صحته؟
- ما مدى حجية وسائل الإثبات الإلكترونية في العمليات البنكية؟
- ما هي التحديات التقنية والقانونية التي تطرحها المخاطر الرقمية ؟
- ما الدور الذي تلعبه البنوك الالكترونية، في تعزيز الخدمات المصرفية و حمايتها ؟
- ما هو واقع التحول الرقمي للعقود المصرفية في التشريع الجزائري، وإلى أي حد نجح المشرّع في مواكبة التغيرات التقنية وضبط أحكام التعاقد البنكي الإلكتروني؟
- ما انعكاسات التحول الرقمي على الأداء المالي والنجاعة الاقتصادية للقطاع المصرفي؟
- هل ساهمت العقود المصرفية الإلكترونية في تعزيز الثقة والأمان لدى المتعاملين أم أفرزت تحديات جديدة؟

فرضيات الدراسة

- يفترض أن الإطار القانوني الحالي غير كافٍ لضبط جميع الإشكالات المتعلقة بالعقود المصرفية الرقمية.
- يفترض أن الرقمنة حسّنت الفعالية المالية لكنها رفعت من المخاطر التقنية.
- يفترض أن وسائل الإثبات الإلكترونية تتمتع بحجية معتبرة لكنها تحتاج إلى تعزيز تشريعي.
- يفترض أن نجاح العقود المصرفية الرقمية مرتبط بمدى تطوير قوانين حماية البيانات والجرائم الإلكترونية.
- يفترض أن التشريع الجزائري، رغم بعض النصوص والقوانين المبتكرة، لا يزال يواجه صعوبة في مواكبة التحول الرقمي بالكامل وضمان حماية قانونية ومالية فعّالة.

منهج البحث

تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي في ضوء القواعد العامة للعقد في كل من القانون المدني لبعض القوانين الدول العربية و الغربية ، و القوانين المنظمة للعقد الالكتروني ضمن قوانين التجارة الالكترونية .

إضافةً إلى تناول كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشـأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 ،مع تسليط الضوء على مـا أتـى بـه التوجيـه الأوروبي لحماية المستهلك، وبعض التقنينات الأوروبية بما فيها التقنين الفرنسي، وبخاصة فيما يتعلق بالجزئيات التي أغفلتها التشريعات ومشاريع القوانين المذكورة أعلاه ، كما تم التطرق إلى مجلـة الأحكام العدلية واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أهميتين:

الأهمية النظرية

وتمثلت في التعاقدات المبرمة عبر وسائل الاتصال الفوري وعلى وجـه التحديد عبر الإنترنت وما يصاحبها من مستجدات وإشكاليات تحتاج إلى متابعة متزامنـة للمعاملات الإلكترونية المصرفية لتكون قادرة على حلها.

فلا بد من تسليط الضوء على القصور الموجود فيه ، مما يتطلب دراسة طبيعة العقود الإلكترونية لاسيما المرتبطة بالمعاملات المصرفية ، لمعرفة مزاياها وعيوبها و بالتالي الخروج بتوصيات للمشرع الجزائري لنجعل منه قانوناً متكاملاً مواكباً لكافة التطورات والمستجدات على أرض الواقع

.الأهمية العملية

وتتجسد في التطورات السريعة الحاصلة على وسائل الاتصـال وبخاصـة الإنترنت وكثرة العمليات التجارية والصفقات المبرمة عبر الوسطاء الماليين و المصرفيين ، واقتحامها كافة المجالات الحياتية ، حتى وصلت إلى البيوت، أو بالأحرى في جيوب المتعاماين، ما يكتسي الامر من اهمية ، من اجل الحرص على تأمين حقوق و التزامات المتعاملين و المصارف .

خطة البحث

تناولت الدراسة موضوع العقود الالكترونية ضمن العمليات المصرفية ، فقبل الولوج الى موضوع البحث و دراسته ، فاقتضت الدراسة تقديم عرض شامل في مقدمة عامة تناولتت فكرة عامة حول موضوع الدراسة وإشكالاته وأهميته وأهدافه، والمنهج المتبع.

اعتمدت الأطروحة الخطة فصـلا تمهيـديا بعنـوان الإنترنت والتجـارة الإلكترونيـة وقد تم تقسيمه إلى مبحثين، ففي المبحث الأول تناول مفهوم الإنترنت ، و تم اقسيم هذا المبحث الى مطلبين ، في الاول ، تم معالجة موضوع مفهوم الانترنت ، اما المطلب الثاني فعالج موضوع تقنيات وخدمات ووضائف الانترنت ، أما المبحث الثاني: فتناول التجارة الإلكترونية، و الذي قسم الى ثلاثة مطالب ، فعالجت الدراسة فيه ماهية التجارة الالكترونية و انماطها في المطلب الاول ، ليليها دراسة مميزات التجارة الالكترونية في المطلب الثاني، و في المطلب الاخير عالج موضوع فوائد فوائد التجارة الالكترونية و معوقاتها .

تم يلي هذا الفصل التمهيدي بابين ، و كل باب يحمل عنوان النظام القانوني العمليات المصرفية التقليدية ، و يحتوي فصلين، ففي الفصل الأول من الباب الاول عالج موضوع العمليات المصرفية التقليدية و مضمونها ، وتم تقسمه إلى مبحثين.

فقي المبحث الأول تم التطرق لدراسة الاطار القانوني للعمليات المصرفية التقليدية، و قد تم تقسيمه الى مطلبين ، فعالج مفهوم العمليات المصرفية التقليدية في المطلب الاول .

ثم تطرق البحث الى دراسة خصائص هذه العمليات في المطلب الثاني .

أمـا المبحث الثاني جاء تحت عنوان العقود المصرفية التقليدية ، ثم عالج هذا الموضوع لتتم دراسته في في ثلاثة مطالب .

تتطرق لعقد الوديعة المصرفي ، في المطلب الاول ، وعالجت فيه الدراسة مفهوم هذا العقد و انواعه و كيفيات تداوله .

اما في المطلب الثاني عالجت الدراسة فيه موضوع عقد تأجير الخزائن ، لتعالج طبيعة هذا العقد و تطوينه و كيفيات اثباته ، و التزامات اطراف العقد .

اما في المطلب الثالث ، فقد تمت معالجة موضوععقد فتح حساب الوديعة المصرفية ، و كيفيات تشغيله و قفله.

لتنتقد الدراسة الى الفصل الثاني و الذي جاء تحت عنوان الائتمان المصرفي التقليدي ، و الذي عالجت فيه الدراسة عقد القرض كنوع من انواع الائتمان المصرفي في المبحث الاول ، و الذي تطرق لهذا العقد في مطلبين .

ففي المطلب الاول ، عالجت الدراسة مفهوم القرض المصرفي و مميزاته ، لتنتقل الدراسة الى معالجة خصائص و انواع هذا النوع من العقود في مطلب ثان.

و في المبحث الثاني في هذا الفصل فقد تناولت الدراسة كذلك في موضوع خطاب الضمان كصورة من صور الائتمان المصرفي فتمت دراسته في مطلبين ، فتناول الاول الطبيعة القانوني لخطاب الضمان من حيث ماهيته و شروط انعقاده وخصائصه و انواعه.

اما الثاني فقد تناول الآثار المترتبة عن هذا العقد حول كيفية انقضائه و انتهائه.

لتنتقل الدراسة في هذا الفصل لمعالجة موضوع الاعتماد المستندى بصفته صورة من صور الائتمان المصرفي ، و قد تمت دراسته في مطلبين .

تمت دراسة ايطاره القانوني من حيث تبيان مفهومه ، و اطراف العقد فيه ، و كيفيات تنفيذه .

اما في المطلب الثاني فقد تطرق الة الآثار المترتبه عن هذا النوع من العقود .

لتنتهي الدراسة في هذا الفصل من معالجة موضوع العمليات المصرفية التقديدية و ما تتضمنه من عقود مصرفية .

اما في الباب الثاني ،فقد عالجت الدراسة موضوع العمليات المصرفية الالكترونية تحت عنوان : العمليات المصرفية الالكترونية .

و قد تم تقسيم هذا الباب الى ثلاث فصول .

في الفصل الاول جاء تحت عنوان الدراسة الاطار القانوني للعمليات المصرفية ، و الذي تمت دراسته في مبحثين .

في المبحث الاول عالج موضوع الاطار القانوني لهذه العمليات من حيث ماهيتها و مفهومها و مزاياها و خصائصها في مطلب أول ,

ثم تعالج الدراسة المخاطر المصرفية الالكترونية و اساليب الوقاية منها في مطلب ثان .

اما في المبحث الثاني فقد عالجت الدراسة ، موضوع البنوك الالكترونية من حيث دراسة نظامها القانوني ، فتم التطرق الى تاريخ نشأتها و مراحل تطورها في المطلب الاول ، ثم دراسة مفهوم هذه البنوك و خصائصها و مدى اهميتها في تسيير العمليات المصرفية في المطلب الثاني .

ثم بعد هذا تنتقل الدراسة الى الفصل الثاني و الذي تمت فيه معالجة موضوع العقود الالكترونية ووسائل اثباها، لتعالج في المبحث الاول الاطار القانوني للعقد الالكتروني ، و الذي تمت دراسته في مطلبين ، فتناولت الدراسة مفهومه و خصائصه في المطلب الاول .

ثم انتقلت الدراسة الى موضوع كيفية ابرام هذا العقد الالكتروني المصرفي و كيفيات تنفيذه , اما في المبحث الثاني ، فتمت دراسة طلرق اثبات العقد الالكتروني ، من حيث معالجة موضوع المحرر الالكتروني كوسيلة اثبات في المطلب الاول ، و اساليب توثيق و تصديق لهذا المحرر.

اما المطلب الثاني في هذا الفصل فعالج موضوع المسؤولية العقدية في العمليات المصرفية ، من حيث طبيعة مسؤولية البنك و اساسها القانوني.

ثم تنتقل الدراسة الى الفصل الثالث لتعالج فيه ثالث نوع من انواع العمليات المصرفية الالكترونية ، الا و هو موضوع وسائل الدفع الالكترونية و كيفيات ادارتها .

فقد تمت معالجة هذا الموضوع في أربعة مباحث ، فعالج الاول مفهوم وسائل الدفع الالكترونية تمت دراسة ماهيتها من حيث التعريف بها و باطراف العلاقة العقدية التي تربطهم بها في مطلب اول ، ثم و تبيان مزايا هذه الوسائل بالنسبة لاطراف العلاقة في مطلب ثان .

اما المبحث الثاني فقد تطرق الى تحديد انواع وسائل الدفع الالكترونية ، كالاوراق التجارية الالكترونية بانواعها ، و كذا بطاقات الائتمان المصرفي ثم تم التطرق الى مفهوم النقود الالكترونية وطبيعتهاالقانونية.

اما في المبحث الثالث فقد عالج موضوع اطراف العلاقة العقدية التي تنطمها هذه الوسائل ، كما عالجت الدراسة طبيعة هذه العلاقة التي تربط اطراف العلاقة العقدية للبطاقة الالكترونية و حاملها و كيفية ابرام هذا النوع من العقود في المطلب الاول ، ثم الانتقال الى دراسة آلية الدفع الخاضة بالنقود الالكترونبة ، ثم دراسة العلاقات العقدية التي تربطهم في مطلب رابع .

صعوبات البحث والدراسات السابقة

تواجه دراسة العقود الإلكترونية في العمليات المصرفية العديد من الصعوبات على المستويين القانوني والتقني، إضافة إلى بعض التحديات المنهجية التي تتعلق بالبحث الأكاديمي.

1. صعوبات البحث

أ. الصعوبات القانونية والتشريعية

رغم التقدم التقني والتحول الرقمي في القطاع المصرفي، يظل الإطار التشريعي الجزائري للعقود الإلكترونية محدودًا، إذ لم تُحدَّد النصوص القانونية بدقة لضبط العمليات البنكية الرقمية. فعلى الرغم من إصدار القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والقانون 20-05 المتعلق بمكافحة الجرائم المرتبطة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، إلا أن هذه النصوص لا تعالج بشكل مفصل خصوصيات العقود المصرفية الإلكترونية، مثل تحديد مسؤولية البنك والعميل عند وقوع خلل تقني أو اختراق بيانات، أو ضمان حجية الإثبات الرقمي أمام القضاء.

ب. الصعوبات التقنية والأمنية

تتعلق أبرز الصعوبات التقنية بالمخاطر الرقمية المصاحبة للمعاملات الإلكترونية، من قبيل الاختراقات، الاحتيال الإلكتروني، والتلاعب بالبيانات. كما أن تباين مستوى تجهيز البنوك للبنية التحتية الرقمية يؤدي إلى صعوبة تعميم النتائج وتحليلها بدقة. هذه المخاطر تجعل تقييم أثر العقود الإلكترونية على النظام المالي والقانوني أكثر تعقيدًا.

ج. الصعوبات المنهجية والأكاديمية

تتمثل الصعوبات الأكاديمية في قلة الدراسات المحلية المتخصصة في العقود المصرفية الرقمية، إذ تركز معظم الدراسات لاسيما الجزائرية منها على التجارة الإلكترونية العامة دون التطرق إلى الخصوصيات البنكية. كما أن الاعتماد على الدراسات الأجنبية محدود بسبب اختلاف السياق القانوني، إضافة إلى صعوبة الوصول إلى بيانات البنوك الحساسة المتعلقة بالمعاملات الرقمية.

2. الدراسات السابقة

أ. الدراسات الدولية

قدمت منظمة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (UNCITRAL) العديد من الدراسات والتوصيات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، مؤكدة على أهمية التوقيع الإلكتروني وحجية الإثبات الرقمي. كما ركّزت الدراسات الأوروبية والأمريكية على أثر الرقمنة على الكفاءة المالية، أمان المعاملات، واعتماد العقود الإلكترونية في التحويلات البنكية والدفع الإلكتروني.

ب. الدراسات العربية

أظهرت بعض الدراسات في مصر ولبنان أثر العقود الإلكترونية على المعاملات البنكية من منظور القانون التجاري وحماية البيانات، مركزة على تحديات إثبات صحة العقود الرقمية وتحديد المسؤولية القانونية بين البنك والعميل، مع تقديم مقارنة بين التشريعات الحديثة والتقليدية.

ج. الدراسات الجزائرية

تظل الدراسات المحلية قليلة، حيث أغلبها تناول التجارة الإلكترونية العامة ولم يتخصص في العقود المصرفية الرقمية. بعض الأعمال القانونية تناولت تطبيق القانونين 18-05 و20-05، لكنها لم تقدم تحليلاً شاملاً لطبيعة العقود المصرفية الرقمية أو انعكاسها على الأمن القانوني والمالي في الجزائر، مما يبرز الحاجة لدراسة أكاديمية معمقة لسد هذه الفجوة.

3. خلاصة

يمكن القول إن العقود الإلكترونية المصرفية تمثل مجالاً حديثاً ومتطوراً يواجه تحديات قانونية وتقنية كبيرة، وأن الدراسات السابقة، رغم أهميتها، لم تقدم معالجة كافية للخصوصيات البنكية الجزائرية، ما يجعل البحث الحالي ذا قيمة علمية كبيرة لإثراء الفجوة المعرفية وتحليل أثر التحول الرقمي على القانون والمال في القطاع المصرفي المحلي.

الفصل التمهيدي

الإنترنت و التجارة الإلكترونية

أدت ثورة المعلومات التي يشهدها العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا الحاسوب الآلي وتنظيم المعلومات إلى إحداث تغير مستمر في طبيعة الآليات والعلاقات التي تحكم التعامل بين الأطراف، وتعد شبكة الإنترنت دليلا واضحا على هذه الثورة، فإنتشارها الهائل جعل منها أحد ابرز التقنيات الحديثة التي فرضت نفسها على المستوى العالمي في مختلف المجالات ومنها التجارة الإلكترونية .

المبحث : الأول الإنترنت

يشهد تاريخ المجتمعات البشرية محطات مفصلية تنشأ عادة، نتيجة ابتكار جديد يُحدث ثورة أو تحولا في أدوات الإنتاج وأنماطه.

لقد قدر للذين عايشوا المنتصف الثاني من القرن العشرين، أن يشهدوا تكون ملامح محطة مفصلية جديدة جاءت بفعل ابتكار الحاسب الآلي وانتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حيث بزغ نجم الإنترنت ولا يبدو في الأفق القريب بادرة تشير إلى أن هذا النجم سوف يأفل أبدًا، وقد أصبح للإنترنت مفهوما حديثا، لذلك يتعين علينا بداية توضيح مفهومها وبيان الخدمات التي تقدمها.

المطلب الأول: مفهوم الإنترنت

الإنترنت كلمة انجليزية الأصل تتكون من كلمتين هما «inter» و«net» وتعني الكلمة الأولى البنية أو الاتصال، وأما الثانية فتعني الشبكة وإذا جمعنا الكلمتين معا فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البنية وهذا هو التعريف اللغوي للإنترنت[1].

أما التعريف الاصطلاحي لها فيتمثل بأنها شبكة معلومات عالمية تربط أجهزة الحاسوب الآلي ببعضها البعض وتربط الآلاف من مراكز المعلومات وقواعد البيانات في جميع أنحاء العالم وذلك إما عن طريق شبكات الهاتف الثابت أو النقال أو عن طريق الأقمار الصناعية ويستفيد منها الملايين من المستخدمين بحيث يتناقلون المعلومات والملفات بسهولةٍ ويسر وسرعةٍ فائقة[2].

وهناك تعريف آخر لشبكة الإنترنت يعرفها بأنها شبكة عالمية ، من الشبكات الحاسوبية المختلفة المتصلة ببعضها بواسطة وصلات اتصالات بعيدة متمركزة في موزعات معينة «serveurs » ، وهذه الشبكة مكونة من منظمات ومؤسسات متنوعة تشمل الحكومية والجامعات والشركات التجارية، التي قررت السماح للآخرين بالاتصال بحواسيبها ومشاركتهم المعلومات، ويعود إلى كل منظمة أو مؤسسة أمر تحديد حجم المعلومات أو البيانات التي ترغب في عرضها للآخرين وتحديد أسس عرض هذه المعلومات مقابل ذلك يمكن لهذه المؤسسات استعمال معلومات مؤسسات ومنظمات أخرى.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد مالك حصري للإنترنت وإنما يوجد ما يمكن أن يوصف بالهيئة الحاكمة للإنترنت والتي تتألف من العديد من المنظمات التطوعية مثل جمعية الإنترنت والفريق

[1] علوان، رامي محمد: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. مجلة الحقوق. 2002، ص23.

[2] حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص7.

الهندسي المساند للإنترنت. وقد اصطلح على تسميتها شبكة الإنترنت أو شبكة الاتصالات والمعلومات العالمية[3] وذلك؛ لأن شبكة الإنترنت تحكمها بروتوكولات الإنترنت التي تتسم بصفة العالمية، ومنها على سبيل المثال Transmission control protocol TCP/IP Internet، والبروتوكول هو: مجموعة من القوانين التي تحدد وتفصل كيف يمكن لحاسبين أن يتصلا بعضهما البعض عبر شبكةٍ ما[4].

الفرع الأول:تاريخ الإنترنت:

ظهرت أو بالأحرى بدأت تظهر للوجود شبكات الإنترنت أواخر الستينات عندما كلفت وزارة الدفاع الأمريكي الجهاز المسمى "وكالة مشروع الأبحاث المتقدمة Agency Project» " Research Advanced»إعداد شبكات تربط بين العديد من أجهزة الكمبيوتر، لم يكن الهدف الحقيقي من إنشائها هو تبسيط لعمليات التعاقد أو المعاملات بين الأفراد بقدر الأساسي منها هو خدمة أهداف عسكري، .ويرد على سبب انتشارها المذهل والكبير إلى تكلفتها القليلة مقارنة بوسائل الاتصال الحديثة الأخرى، ويعزى كذلك على قابليتها وملاءمتها في الدمج مع الوسائط المتعددة والأجهزة الإلكترونية الأخرى ذات الصورة والصوت والنص، هذا على جانب تمكين مستعمليها في أي نقطة على الأرض من الوصول إلى المعلومات وخصوصا بنوك المعطيات والتفاعل معها في أي وقت.

ويمكن القول أن الإنترنت ولد نتيجة عاملين مختلفين أولهما : رغبة وزارة الدفاع الأمريكية في امتلاك شبكة اتصال لا تعتمد على بنك تخزين معلومات مركزي يكون عرضةً للتدمير الشامل في حالة نشوب حرب نووية، وثانيهما: رغبة الجامعيين والباحثين في امتلاك أداة ميسرة لتبادل الأبحاث والأوراق ومن الواضح أن كلا الرغبتين متباينتين تماما، فالجامعيون يسعون إلى الحصول على أداة تمكنهم من الاطلاع الميسر على بنوك المعلومات الدولية، في حين أن وزارة الدفاع الأمريكية كانت تتطلع إلى امتلاك شبكة اتصالات غير مركزية تسمح في حالة تعطل جزء منها نتيجة حرب أو عمل تخريبي أن تستخدم بقية قنوات الشبكة في الاتصال وتتجنب في نفس الوقت ضياع المعلومات؛ لأنها مخزنة في عشرات البنوك المربوطة فيما بينها[5].

وفي عام 1969 ظهرت فكرة وصل عدة أجهزة ببعضها البعض من خلال شبكة اتصال موضع التنفيذ، وكان ذلك من خلال تصميم شبكة ARPNET لصالح المؤسسة العسكرية الأمريكية ، وقد اقتصر استخدامها في بداية الأمر على العسكريين، ثم فتح الباب لاستعمالها أمام بعض المؤسسات الجامعية[6].

---

[3] المومني، عمر حسن: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة. الطبعة الأولى ، عمان، دار وائل للنشر والتوزيع. 2003. ص19.

[4] الجنبيهي، منير وممدوح محمد: بروتوكولات وقوانين الإنترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.2005. ص23.

[5] سلامة، صابر عبد العزيز: العقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. دون مكان نشر: دون ناشر.2005. ص5.

[6]حمارشة رياض وليد، المرجع السابق، ص6.

وسرعان ما انتشرت في جميع أنحاء العالم واكتسبت قيمة تجاريـة عالية، وقد اجتذبت شبكة الإنترنت مزيدًا من المستخدمين في عدد أكبر من البلدان خلال فتـرة زمنية أقصر من أية وسيلة اتصالات أخرى عبر التاريخ، وقد أسهمت العديد من العوامـل فـي النمو المذهل للإنترنت منها:

- الهبوط الحاد في أسعار منتجات تكنولوجيا المعلومات مثل الحواسيب والبرمجيات.
- تطور البرامج القابلة للتنفيذ بصورة متبادلة مثل بروتوكول التحكم في النقل أو بروتوكول الإنترنت «TCP/IP» والانتشار الجماهيري لبرمجيات تصفح شبكة الإنترنت.
- إضفاء الصبغة التجارية على الشبكة ذاتها من خلال المحتوى الغني بالوسائل الإعلامية والتجارة الإلكترونية[7].
- الأسعار المعقولة للاشتراك بالإنترنت وسهولة الحصول على الخدمة.
- إمكانية الوصول للمعلومات بسرعة وبسهولة ويسر مقارنة بمصادر المعلومات التقليدية.
- توفر إمكانية بناء مواقع الإنترنت الشخصية للأفراد.
- ظهور خدمة البريد الإلكتروني المجانية.

الفرع الثاني: خصائص أجزاء الإنترنت:

يلزم لشبكة الإنترنت العاملة حتى تؤدي وظائفها وتعمل بشكل فعال ما يلي :

أ- أجهزة الكمبيوتر وملحقاتها بقصد الربط والتوصيل

ب- «. Hard»

ت- إعداد هذه الأجهزة Installation ببرامج وأنظمة استغلال أساسية، ثم ببرامج خاصة بالربط البيني منها القياسية « Standard» ومنها ما هي برامج خاصة لشبكات معينة .

ث- وجود الإنسان الكفء والمؤهل لإدارة هذه الأجهزة والشبكة

مما سبق يمكن أن تعرف شبكة الإنترنت بأن عبارة:" كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب والتي تتيح لأي شخص ولأي جهة الاطلاع على معلومات تخص جهات أخرى، أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها على هذه الخدمة عن طريق أسلوب تكنولوجي يطلق عليه النص المحوري «text Hyer» والذي يقوم بتنظيم البيانات، و ننوه كذلك إلى أن الإنترنت كانت سببا في ظهور بعض أنواع الخدمات الوسيطة كالبريد والمعلومات واستعادهتا ."الإلكتروني ومواقع الملفات ومواقع البيوع الإلكترونية وسلطات التصديق والتوثيق الإلكتروني...

[7] مان كاثرينال وايكيرت سوإ ونايت سارة كليلاند «ترجمة الشحات، منصور»: أوليات السياسة التجارية الإلكترونية العالمية، الطبعة الأولى، القاهرة، مؤسسة الأهرام للترجمة والنشر، ص13-14.

المطلب الثاني:تقنيات وخدمات ووظائف الشبكة العالمية "الإنترنت"

تقدم الشبكة العالمية خدمات كثيرة ومتنوعة تتلاءم مع جميع طبقات المجتمع، فخدماتها غير قاصرة على فئة دون الأخرى أو مجتمع دون الآخر بل إنها متاحة للجميع ومن خلال هذا المطلب ، سوف يتم استعراض بعض الخدمات التي تقدمها هذه الشبكة والتي تعود على البشرية بالنفع والتقدم.

الفرع الأول: تقنيات المعتمدة عبر الانترنت

و تنقسم الى ثلاث انواع :

الفقرة الاولى - تقنية البريد الإلكتروني

البريد الإلكتروني هو عبارة عن صندوق بريد شخصي يعمل من خلال شبكة الإنترنت بحيث يتيح للمشترك بخدمة الإنترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل من خلال الحاسوب الآلي وذلك بعد أن يقوم الشخص بفتح البريد الخاص به من خلال طباعة اسم المستخدم وكلمة المرور، وتعتبر خدمة البريد الإلكتروني أسرع خدمة عرفتها البشرية حتى وقتنا الحاضر فيما يتعلق بتبادل الرسائل حيث يستطيع أي شخص لديه بريد إلكتروني ومن خلال الإنترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل في غضون ثوان معدودةٍ[8].

وقد كانت بداية الإنترنت تهدف إلى تقديم خدمة البريد للباحثين والعلماء في مراكزالبحث العلمي، بحيث لا يحتاج الباحث إلى الانتقال من دولة إلى أخرى لغرض البحث ، ثم أصبح اليوم وسيلة متاحة للمراسلة بين مستخدمي الإنترنت كافة، وتقدم خدمة البريد الإلكتروني غالبا مجانا من شركات محركات البحث والتي تهدف من وراء ذلك إلى زيادة مستخدمي محرك البحث[9].

ويتمتع البريد الإلكتروني بصفة عامة بالأمان والسرية بحيث لا يمكن اختراقه من شخص ما إلا بمعرفة كلمة السر الخاصة به أو بطريقة فنية وبرامج معقدة يجيدها المحترفون في مجال المعلوماتية وشبكات الحاسو ب الآلي[10].

الفقرة الثانية : تقنية شبكة المواقع «website»

إن هذه الخدمة تتيح للمستكشف والباحث زيارة المواقع المختلفة على الشبكة العالمية وتمكنه من تصفح وقراءة ما بها من صفحات والحصول على ما يريد من معلومات أو صور أو مقطوعات غنائية كما تمكنه من البيع والشراء وإبرام الصفقات التجارية[11].

---

[8] حمارشه، رياض وليد: مرجع سابق. ص10.

[9] عبد الرحمن بن عبد الله ، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات «الإنترنت»"، الطبعة الأولى، بيروت، دار الوراق، دار النيربين، 2004، ص35.

[10] حمارشة رياض وليد، مرجع سابق. ص10.

[11] مجاهد أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، مصر، دار الكتب القانونية، 2002، ص7.

ويرتكز نظام خدمة الويب على فكرة تخزين معلومات مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية مباشرة فيما بينها على غرار الترابط الحاصل في نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت ومن هنا جاءت تسمية الويب وهو اختصار لـ"world wide web"[12].

وهناك نوعان رئيسان من محركات البحث: الأول يبحث عن الكلمة المستهدفة من خلال الإنترنت بعد كتابة الكلمة والضغط على البحث «search» فيقوم المحرك بعرض نتائج عشوائية لأغلب المواقع التي تحتوي على الكلمة المدخلة ومن أمثلة هذه المحركات محرك البحث «www.altavista.com» وكذلك محرك AJ «www.aj.com».

أما النوع الثاني من المحركات فيسمى بمجلدات الويب حيث يقدم قائمة تحتوي على عدة أقسام بداخلها العديد من الوصلات والمواقع التي تدل على الشيء المراد أو المطلوب ومن أمثلة هذه المحركات « www.yahoo.com» و «www.google.com»[13].

الفرة الثالثة: تقنية المحادثة والدردشة"منتديات"

وهي بمثابة أمكنة أو ساحات افتراضية للقاء والتحادث بين مستخدمي شبكة الإنترنت من ذوي الاهتمامات المشتركة الذين يؤلفون فيما بينهم مجموعات نقاش وتبادل للبيانات والمعلومات والأفكار حول موضوع أو قضية معينة[14].

هذا بالإضافة إلى خدمة المحادثة عبر الميكرفون، وإمكانية أن يرى الأشخاص بعضهم البعض أثناء المحادثة من خلال كاميرات متصلة بالحاسوب الآلي ومثل هذه الخدمة مجانية وغير مقيدة بزمان أومكان[15].

الفرع الثاني الخدمات المقدمة عبر الانترنت

الفقرة الاولى : خدمة التعلم عن بعد

هي خدمة تتيح التعلم بأسلوب جديد من خلال التعلم عن بعد فلا يحتاج الطالب للذهاب إلى المؤسسة التعليمية بل يمكنه التعلم من أي موقع تعليمي عن طريق استخدام الإنترنت للاتصال بالمؤسسة التعليمية. ولقد بادرت بعض الدول كأمريكا وكندا بمشاريع تهدف إلى اتصال جميع مدارسها بالإنترنت لإتاحة فرصة التواصل الفاعل بين جميع طبقات المجتمع الذين لهم علاقة بالتعلم.

أما على المستوى الوطن العربي فهناك مواقع تعليمية عربية كموقع جامعة بيروت والتي تعتبر أول مؤسسة أكاديمية للتعلم عن بعد في الوطن العربي[16].

---

[12] عيسى طوني ميشال، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى، لبنان، صادر ناشرون، الطبعة الأولى،2001، ص60.

[13] حمارشة رياض وليد، مرجع سابق. ص12.

[14] عيسى طوني ميشال، مرجع سابق. ص57.

[15] حمارشة رياض وليد، مرجع نفسه، ص12.

[16] عبد الرحمن بن عبد الله، مرجع سابق. ص37.

الفقرة الثانية : خدمة التجارة الإلكترونية

أصبح الوقت أهم عملة يمكن أن يستثمرها ويحافظ عليها الفرد وكما هو معروف فإن الوقت والسرعة في إنجاز الأعمال أهم ما يميز التجارة عن غيرها من الأعمال[17]. وبالتالي تتيح هذه الخدمة البحث عن سلعة أو خدمة معينة وكذلك شرائها من خلال الشبكة العالمية حيث يمكن البيع والشراء عن طريق مواقع أشبه بمراكز تجارية مع العلم أن واقع الاستخدام الحالي لهذه الشبكة يسجل تقدماً ملحوظاً لصالح تبادل الصفقات على حساب تبادل المعلومات بعد أن غدت التجارة في هذه الشبكة واقعاً مفروضاً ، و هذا ما سنتطرق اليه في المبحث اللاحق.

المبحث الثاني: التجارةالإلكترونية

تعتبر التجارة الإلكترونية إحدى أهم مفرزات تكنولوجيا الاتصالات وبخاصة شبكة المعلومات العالمية «الإنترنت»، وقد ازدهرت هذه التجارة في أول التسعينيات عندما ظهرت شبكة المواقع «www.com» وفي فترة وجيزة أصبحت التجارة الإلكترونية السمة البارزة لتجارة العصر ويعود السبب في ذلك للتطور المذهل والسريع في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية وأنماطها

التجارة الإلكترونية هي مصطلح مختصر لمجموعة مركبة من التكنولوجيات والبُنى الأساسية والعمليات والمنتجات وهي تجمع معاً صناعات كاملة، ومنتجين ومستخدمين ومعلومات متبادلة ونشاط اقتصادي داخل أسواق عالمية تسمى الشبكة الدولية لمعلومات الإنترنت[18].

وهناك من عرفها بأنها استعمال وسائل إلكترونية في التعاقد بما يعني معاملات أبسط وأسرع وأقل تكلفة، من غير أن يلتقي الأطراف وجهًا لوجه، وعرفها آخرون بأنها شكل من أشكال التعاقد التي يكون فيها التعامل إلكترونيا بدلا من التعاقد المادي المباشر[192]. ويمكن القول بأن هذا التعريف من التعاريف الجيدة، لأنه لم يحصر التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت فقط وإنما تعداها ليشمل جميع الوسائل الإلكترونية. ومن الجدير بالذكر أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[20]، لم يورد تعريفاً صريحاً للتجارة الإلكترونية واكتفى بتعريف مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية في الفقرة «ب» من المادة «2» بأنه **"نقل المعلومات إلكترونيًا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيارمتفق عليه لتكوين المعلومات".**

---

[17] حمارشة رياض وليد، مرجع سابق. ص12.

[18] مان كاثرينال وايكيرت سوا و نايت سارة كليلاند «ترجمة الشحات، منصور»: مرجع سابق. ص9.

[19] محاسنة نسرين، انعقاد العقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، 2004/2/31، ص322.

[20]قانون الأونسيترال النموذجي بشان التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي»الأونسيترال» في دورتها التاسعة والعشرين والصادر في 16 كانون الأول 1996.

أما بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم «85» لسنة 2001، فلم يورد هو أيضا تعريفا صريحا للتجارة الإلكترونية واكتفى فقط بإيراد مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية في المادة «2» بأنه "نقل المعلومات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات"[21].

هذا وقد اعتاد كثير من الناس على عدم التفريق بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت، والحقيقة فإن التجارة عبر الإنترنت هي جزء من التجارة الإلكترونية، فالتجارة الإلكترونية ليست مجرد إنجاز الأعمال التجارية عبر الإنترنت ولكنها تشمل أية منصة إلكترونية من شأنها أن تساعد على تنفيذ الأعمال التجارية فقد تتخذ التجارة الإلكترونية أشكال كثيرة ومتعددة كالتجارة عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس. هذا ويوجد عدد كبير من أنماط ا لتجارة الإلكترونية نورد منها على سبيل المثال:

الفرع الأول: ما بين مؤسسات أعمال

هذا النمط يتم بين مؤسسات الأعمال بعضها البعض من خلال شبكات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وذلك لتقديم طلبات الشراء للموردين والعارضين وتسليم الفواتير وإتمام عملية الدفع وهذا النمط من التجارة الإلكترونية موجود منذ سنوات عديدة خاصةً في تبادل البيانات إلكترونياً من خلال شبكات خاصة[22].

ويمكن أن يكون هذا النمط مغلقاً أي يتم بين الشركات ولكنها تتميز بمحدودية أطراف التعامل بها فلا يسمح لشركة خارج هذا النطاق بالدخول أو الاطلاع على تفاصيل الصفقات[23].

الفرع الثاني:ما بين مؤسسة أعمال و مستهلك

هذا النمط يعتبر من التجارة الإلكترونية، يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري العادي، وهناك ما يسمى بالمراكز التجارية للتسوق ،والتي تقدم خدماتها من خلال عرض السلع والخدمات لصالح المؤسسات ،وتقوم بتنفيذ الصفقات التجارية من حيث عمليات الشراء والبيع من خلال شبكات الإنترنت ، و لدى البنوك الالكترونية التي تتيح لزبنائها وسائل الدفع الالكترونية ، بطرق مختلفة أكثرها شيوعا بطاقات الائتمان أو الشيكات الإلكترونية أو نقدًا عند التسليم[24].

---

[21] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم «85»، نشر هذا القانون في العدد «4524» من الجريدة الرسمية تاريخ 31 كانون أول لسنة 2001، الصفحة رقم «6010».

[22] نادر، جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الأردن، دار الإسراء للنشر والتوزيع. 2005. ص8.

[23] أحمد أماني، تعريف التجارة الإلكترونية وأهم أنواعها، بحث منشور على الموقع الإلكتروني، http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40.

[24] نادر جمال، مرجع سابق، ص8.

الفرع الثالث: بين إدارة حكومية و مؤسسة عامة او خاصة

هذا النمط يغطي كل المعاملات بين الشركات والهيئات الحكومية، مثل طرح المعطيات من قبل الدوائر الحكومية عبر الإنترنت ويكون بإمكان الشركات إرسال المعلومات المطلوبة للمشاركة في العطاء كما يتم إعلان نتائج المعطى وإرسال التبليغات المتعلقة به عبر الإنترنت[25].

الفرع الرابع: بين إدارة حكومية و اشخاص طبيعيون او اعتباريون

وهذا النمط يقصد به تقديم خدمة عمومية ، كتمكين الأفراد من إجراء المعاملات الحكومية عبر الإنترنت، ومن قبيل هذه المعاملات تقديم معاملة لدى ضريبة الدخل وتجديد رخصة القيادة والتسجيل في سجل الناخبين وغيرها.

إن الأخذ بهذا الأسلوب من شأنه زيادة فاعلية القطاع الحكومي، وتوفير الوقت والجهد على الأفراد وتخفيف عدد المراجعين لدى الدوائر الحكومي.

الفرع الخامس: بين مستهلك و مستهلك

في هذا النمط من التجارة يستطيع الشخص غير التاجر ، عرض سيارته أو أية ممتلكات أخرى للبيع عبر الإنترنت ، من خلال موقع إلكتروني معين « websites» ، يتيح للمتسوقين والمتصفحين للإنترنت الحصول على معلومات عن السلعة المعروضة ، وإمكانية شرائها من المالك مباشرة عبر الإنترنت.

الفرع السادس: بين مؤسسة خدمات عامة و مستهلك

وفي هذا النمط يتمكن المستهلك من تسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف ، لفائدة المؤسسات التي تزوده بهذه الخدمات ، عن طريق الإنترنت بواسطة بطاقة الاعتماد أو يقوم المستهلك بإجراء أمر تحويل قيمة الفواتير بواسطة الإنترنت من حسابه إلى حساب مؤسسة الخدمات.

المطلب الثاني: مميزات التجارة الإلكترونية

تتسم التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التي تميزها عن التجارة التقليدية ، ويمكن إجمال هذه الخصائص على النحو التالي:

الفرع الأول: الغياب المادي بين المتعاقدين في مجلس العقد

يتم التعاقد الإلكتروني دون وجود مجلس عقد ، بالمعنى القانوني التقليدي له فعملية التعاقد تتم عن بعد دون أن يرى أو يعرف المتعاقدان بعضهم البعض ، أو أن يتفاوضا وجهاً لوجه، كما هو الحال في الطريقة التقليدية للتعاقد حتى أنه في بعض التعاقدات الإلكترونية قد يغيب العنصر البشري

[25] محاسنة، نسرين، مرجع سابق، ص332.

تمامًا في عملية التعاقد ، فيتم التراسل بين أجهزة الحاسوب للطرفين ، كما هو الحال في البرامج التي تضعها بعض الشركات على أجهزتها[26].

ومن ذلك ما تقدمه البنوك من خدمات لزبائنها ، بناءً على طلبهم لتسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف من حساب العميل مباشرةً ، دون أن يضطر العميل لتسديدها هو عبر الإنترنت أو للذهاب بنفسه لتسديد هذه الفواتير، حيث تربط البنوك حواسيبها بحواسيب شركات الماء والكهرباء والهاتف ، باستخدام برامج معينة حيث تقوم هذه البرامج بتصدير الفواتير الشهرية أوتوماتيكيا إلى حواسيب البنوك ، والتي تقوم بدورها بتحويل قيمة هذه الفواتير من حساب العملاء إلى حساب الشركات.

الفرع الثاني: وجود وسيط الكتروني

عرفت بعض التشريعات العربية بأنه: "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء ، بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"[27].

ويقصد بالوسيط الإلكتروني الوسيلة المستخدمة لإتمام التعاقد، وتتمثل هذه الوسيلة بجهاز الحاسوب الآلي المتصل بالشبكة العالمية "الإنترنت" لدى الطرفين المتعاقدين، فمن خلال أجهزة الحاسوب المتصلة بالإنترنت تجري عملية التعاقد أو التفاوض ما بين المتعاقدين، وبدونها لا يمكن الحديث عن تجارة إلكترونية عبر الإنترنت[28]، كما يمتد تعريف الوسيط الإلكتروني إلى وسائل الاتصال الفورية الحديثة،

مع الاشارة أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 لم يورد تعريفًا للوسيط الإلكتروني، لانه التعريف قد يقوض التطور و التغير المتسارع و الذي قد يتعارض مع حرية المعاملات عن بعد ، بيد ان البعض يحصر الوسيط ، تلك المنصات البرمجية التي بواسطتها تسهل المعاملات و الخدمات بانواعها ، لاسيما ما يتعلق بالمعاملات التجارية و المصرفية التي دائما يكون فيها البنك كوسيط تجاري ..

الفرع الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال

إن الأعمال التي تتم بالوسائل الإلكترونية، تغني عن الأوراق المكتبية التي تصاحب أوامر البيع والشراء وشحن البضاعة، غير أن الأمان في إرسال الرسائل عن طريق الحاسب الآلي ما زالت مشكلة قائمة لم يتم التغلب عليها، لأن بعض الأشخاص تخصصوا في دخول الحواسيب وإرسال الرسائل المغلوطة وتوافرت لديهم المعرفة التقنية التي ساعدتهم على الدخول إلى حسابات البنوك والحكومات[29]، و التي جعلت الامر يتسم بالخطورة التي استوجبت البحث المستمر ، لوسائل

---

[26] المومني عمر حسن، مرجع سابق، ص32.

[27] المادة «2» من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم «85» لسنة 2001 الوسيط الإلكتروني.

[28] حمارشة رياض وليد، مرجع سابق. ص16.

[29] الجنبيهي منير وممدوح محمد، الشركات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005. ص11.

حمائية لضمان سرية المعلومات و كفاءة سيولتها عبر شبكة الانترنت ، ضد القراصنة او ما يعرفون بـ "الهاكرز" .

و بغض النظر فإن التجارة الإلكترونية، أتاحت إمكانية وصول المتعاملين إلى جميع أسواق العالم بأقل النفقات، فإبرام العقود والصفقات من خلال شبكة الإنترنت يمكن أن يتم خلال دقائق معدودة مما يوفر الوقت والجهد والتكاليف[30].

الفرع الرابع: عابرة للحدود

التجارة الإلكترونية لا تعرف حدود بين الدول، او موقع جغرافي معين، فقد ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية حيث أصبح بالإمكان تسميتها بالتجارة العابرة للقارات، الأمر الذي يطرح عدد من المسائل القانونية في حالة النزاع والاختصاص القضائي وحماية العلا مات التجارية المسجلة[31].

المطلب الثالث: فوائد التجارة الإلكترونية ومعوقاتها

تكتسب التجارة الإلكترونية أهمية كبيرة يوما بعد يوم، وذلك من خلال التوجه المتزايد لكثير من دول العالم نحو الاعتماد عليها في ممارسة نشاطاتها وأعمالها التجارية، سواًءً على مستوى الأفراد أو الشركات أو الدول.

الفرع الأول: فوائد التجارة الإلكترونية للشركات والمؤسسات

الفقرة الأولى: التجارة الإلكترونية توسع نطاق السوق إلى نطاق دولي وعالمي ، فمع القليل من التكاليف كان بوسع أي شركة إيجاد مستهلكين أكثر ومزودين أفضل وشركاء أكثر ملاءمة وبصورة سهلة وسريعة[32].

الفقرة الثانية: تتيح أنشطة التجارة الالكترونية للشركة ميزة وجود سجل إلكتروني لكل عمليات الشركة من بيع وشراء وأسماء العملاء على نحو دقيق لا يحتمل الخطأ،

لأنه يعتمد على تقنية التسجيل الآلي مما يوفر تكلفة ووقت وجهد مقارنة بالاستعانة بالأنشطة الورقية وماتتطلبه من استهلاك للمواد ووجود عدد كبير من العاملين واحتمال الكبير للخطأ في تسجيل البيانات[33].

الفقرة الثاثة: التجارة الإلكترونية تسمح بخفض المخزونات عن طريق استعمال عملية السحب في نظام إدارة سلسلة التزويد فتبدأ العملية بالحصول على طلب تجاري من قبل المستهلك وتزويد

---

[30] حمارشة رياض وليد، مرجع سابق. ص17.

[31] المومني، عمر حسن، مرجع سابق. ص33.

[32] www.c4arab.com.

[33] نادر جمال، مرجع سابق. ص34.

المستهلك بطلبه في الوقت المناسب «just–in–time»، وبالتالي تسمح عملية السحب بتصنيع المنتج أو الخدمة وفقًا لمتطلبات المشتري ، وهذا يعطي الشركة أفضلية تجارية على منافسيها ، كما أنها تخفض الفترة الزمنية مابين دفع الأموال والحصول على المنتجات والخدمات، بالإضافة إلى أنها تخفض تكاليف الاتصالات السلكية واللاسلكية[34].

وتجدر الاشارة، كون نظام الإنتاج الحديث ، يتم الاعتماد على الطلبات المقدمة من المشترين لإنتاج السلع وتوريدها للمشتري مباشرة، وبحسب الكميات المطلوبة وبالتالي يتم تفادي عمليات التخزين ، مما يوفر على المنتج مبالغ كبيرة تنعكس على سعر السلعة مما يجعلها أكثر تنافسية.

الفرع الثاني: فوائد التجارة الإلكترونية للمستهلكين

الفقرة الأولى: التجارة الإلكترونية تعطي الخيار للمستهلك بأن ينهي معاملات أو يتسوق على مدار 24 ساعة في اليوم وفي أي يوم من السنة ومن أي مكان على سطح الأرض كما أنها تقدم الكثير من الخيارات بسبب قابلية الوصول إلى منتجات وشركات لم تكن متوفرة للمستهلك من قبل[35].

الفقرة الثانية: إن التجارة الإلكترونية في بعض الحالات وخصوصاً بالنسبة للمنتجات الرقمية مثل الكتب الإلكترونية تمكن البائعين من إرسال البضاعة بسرعة وبسهولة إلى المشترين، وفي استطاعة الزبائن الحصول على المعلومات اللازمة خلال ثوانٍ أو دقائق عن طريقها[36].

الفقرة ثالثة: تسمح التجارة الإلكترونية بالاشتراك من خلالها في المزادات الافتراضية كما تسمح لزبائنها بتبادل الخبرات والآراء بخصوص المنتجات والخدمات عبر مجتمعات إلكترونية على الإنترنت «المنتديات» كما أنها تشجع المنافسة مما يعني انخفاض الأسعار[37].

رابعًا: توفر التجارة الإلكترونية الكثير من عمولات الوسطاء من المصدرين والمستوردين وتجار الجملة والتجزئة والوكلاء التجاريين، مما يمكن بعض الشركات أن تخفض سعر السلعة للمستهلك نتيجة لتوسعها في ممارسة التجارة الإلكترونية[38].

الفرع الثالث: معوقات التجارة الإلكترونية

يوجد العديد من معوقات ا لتجارة الإلكترونية والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:

الفقرة الأولَى: غلبة عنصر المخاطرة في التجارة الإلكترونية نتيجة لضعف الثقة في التعامل بهذه الطريقة سواء لجدتها أو لسهولة التلاعب في المعاملات التي تجرى بواسطتها.

---

[34] www.alyaseer.net. ، تاريخ 2007/9/2، الساعة 12:20 مساءً.

[35] www.c4arab.com

[36] الجنبيهي منير وممدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر. ص178.

[37]. www.c4arab.comموقع إلكتروني سابق. تاريخ 2007/9/28. الساعة 00:12 مساءً.

[38] أحمد أماني، التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية، بحث منشور على موقع إلكتروني سابق، http://www.f-law.net/. law/forumdisplay.php?f=40

الفقرة الثانية: عدم كفاية عناصر الأمان بالنسبة لوسائل السداد.

الفقرة الثالثة: صعوبة التعامل في كثير من الأحيان نتيجة لتعدد المقاييس المعيارية التي تطبقها الدول المختلفة في هذا الشأن.

الفقرة الرابعة: الخشية من اختراق المواقع التجارية من جانب قراصنة الإنترنت Hackers وهو ما يحدث الآن بشكل واسع وما يترتب على ذلك من خسائر مادية ضخمة.

الفقرة الخامسة: تأثير التجارب السيئة لعمليات النصب من جانب الشركات أو حتى من جانب بعض المستهلكين عبر الشبكة.

الفقرة السادسة: القصور في تطبيق قواعد حماية الملكية الفكرية في العديد من التشريعات [39].

[39] أحمد أماني، معوقات التجارة الإلكترونية. بحث منشور على موقع انترنت سابق
. http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40

.

خلاصة الفصل

ان للتجارة الالكترونية فضل في تكيف البنوك و المؤسسات المالية و التأقلم مع هذا الواقع الافتراضي ، نظرا للضرورة الملحة التي أوجبتها مقتضيات التجارة و التنافس الشرس لهذه المؤسسات ، مما استدعى إعادة النظر في الخدمات المتاحة للجمهور ، و ذلك لتحقيق القدر الكافي لإرضاء الزبون .

لقد قطعت البنوك و المؤسسات المالية شوطا كبيرا في مجال المعاملات الالكترونية ، مما توفره من خدمات تمتاز بجودة عالية ، و السرعة الفائقة ، و التي حلها تنصب على تصرفات تعبر افتراضيا عن إرادة المتعاقدين افتراضيا، و الجدير بالذكر أن الظروف التي مر عليها العالم في انتشار وباء فيروس كورونا المستجد و الذي عزز وأكد ضرورة الانتقال من العالم الحسي إلى العالم الافتراضي في المعاملات التجارية و غيرها من الخدمات، وذلك لتفادي انتشاره على نطاق واسع ، مما أتاح فرصاً ثمينة و نطاقاً واسعا لفرض الثقة بصورة حتمية في استعمال هذا النوع من المعاملات ، بما جعل شريحة واسعة من المتعاملين اكتشاف مزايا التجارة الافتراضية

الباب الاول:

النظام القانوني للعمليات المصرفية التقليدية

تعد التجارة مند اقدم نشاط في المعاملات التجارية بين الافراد و فيما يخص السلع ، و هذه الاخيرة كانت تعتمد على المقايضة كوسيلة للتبادلها ، و لما كان من العبء الذي ترتبه المقايضة من تقويض حرية طلبات السلع و اختيارها من طرف مستهلكيها ، دعت الضرورة لسعي التجار البحث على سبيل يمكنهم من التبادل المريح و المرن ، خلق نوعا جديدا ومبتكرا ، و الذي تمخض في انشاء وحدات قيمية من اجل تقييم التلع و الخدمات ، و بداية كان للمعادن النفيسة مكانة في لعب هذا الدور في المبادلات التجارية وقتها ، الى حين ظهور النقود كوحدة سعرية .

و في هذه اللحظة ظهر دور المصارف حينذاك كوسيط تجاري مؤتمن في تمكين التجار التعامل التجاري توفير وسائل مختلفة في الوفاء بدلا من النقود نفسها ، و الى جانب هذا توفير اعتمادات بصيغ مختلفة لتحقيق مرونة افظل في حركة رؤوس الاموال .

وهذا النشاط الذي نسميها العمل المصرفي و الذي تمحور في ثلاث عمليات و التي تم تقسيمها بناءً على تعاريف ناتجة عن آراء فقهية و اجتهادات قضائية ثم قوانين تشريعية و تنظيمية ، و هذه العمليات مقسمة فيما يلي :

- جمع الاموال و النقود من الجمهور ؛
- منح الاعتمادات و القروض ؛
- توقير وسائل الدفع للمتعاملين و تسييرها .

و هذا هو الموضوع الذي تعالجه الدراسة في هذا الفصل من حيث مفهوم العمل المصرفي الكلاسيكي و مميزاته و طبيعته القانونية ، ثم تتطرق الدراسة الى انواع العقود المصرفية التي تبرمها البنوك مع متعامليها باختلاف اصنافهم .

و هذا و بطبيعة الحال من اجل فهم العمل المصرفي الالكتروني و مفهومه القانوني و الاشكاليات التي قد تثار في هذا النشاط المستحدث لاسيما العلاقات المترتبة عنه ، و بالاخص العقود الالكترونية المتعلقة به .

حيث ان النشاط المصرفي بصفته وليد العرف التجاري و المصرفي مها ، الذي خلق نوعا جديدا من العقود و الي تميزت بنوع من الخصوصية ، ما استوجب دراستها و تفكيك الاسكالات و التعقيدات المترتبة عن تحديد مفهومها و بالتالي تحديد طابعها القانوني حتى تبنى على اساسها قواعد قانونية و عرفية يتفق عليها جل التجار سواءً على المستوى المحلي او الدولي .

الفصل الاول

العمليات المصرفية التقليدية و مضمونها

المبحث الاول: الاطار القانوني للعمليات المصرفية التقليدية

المطلب الاول مفهوم العمليات المصرفية التقليدية :

ان البحث عن تعريف قانوني شامل للعمليات المصرفية عمل غير مضمون النتائج ، خاصة وأن الصناعة المصرفية كنشاط اقتصادي في تطور مستمر ، والابتكارات المصرفية مستمرة من يوم إلى آخر ، باعتبار هذا النشاط من اصل عرفي محض و ضبطه يبدوا متعصيا بعض الشيء ، الا انه لم يمنع من تأطير هذا النشاط من طرف العديد من المنظمات العالمية و الهيئات التشريعية بوضع قوانين موحدة للنشاط المصرفي و التجارة الدولية بوجه اعم .

و بيبقى السؤال المطروح لفهم هذا النوع من النشاطات ؛

ماهو المقصود بالعمليات المصرفية؟

الفرع الاول : تعريف العمليات المصرفية :

اختلفت الآراء الفقهية حول تعريف موحد للعمليات المصرفية ، وقد ربطها البعض بأنها العمليات التي ترد على النقود والمعادن الثمينة والأوراق المالية، بيد أن هذا التعريف الضيق لم يوضح الصورة الأساسية للعمليات المصرفية، ولم يعط النظرة الشمولية لجميع العمليات المصرفية ولاسيما بعد ازدياد المنافسة بين المصارف وتوسع خدمات هذه الأخيرة، لتشمل نشاطات لم تكن تقليدياً تعدّ من النشاطات المصرفية مثل إدارة المحافظ النقدية وطرح منتجات مصرفية تأمينية وغيرها.

لذا حاول المشرع في عدد من دول العالم تعريف العمليات المصرفية من دون أن يصل إلى تعريف شامل جامع.

الفقرة الاولى : التعريف التشريعي للعمل المصرفي :

الا ان بعض التشريعات الوضعية ، حاولت اعطاء تعريفات قانونية للعمليات المصرفية ، دون أن تجد معياراً موضوعياً محدداً،

فقد اورد المشرع الجزائري ، في الأمر رقم 03-11 المررخ في 22 جمادى الثاني عام 1424 الموافق ل 22 غشت سنة2003 المتعلق بالنقد والقرض، العمليات المصرفية الأساسية، إذ ورد في المادة 22 من هذا الأمر "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذ ا وضع وسائل الدّفع ا تحت تصرف الزّبائن وإدارة هذه الوسائل ."[40] ثمّ حدد الأمر نفسه المقصود بكل صنف منه ه الأصناف الثلاثة من الأعمال المصرفية، وذلك من خلال المواد 69،68،67 منه.

أما في القانون الفرنسي، فقد عرفت المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ 1941/6/13 المصارف بأنها الشركات والمؤسسات التي تتخذ مهنة لها إيداع الأموال للجمهور واستخدام الأموال لحسابات الغير في عمليات قطع ومنح قروض عمليات مالية".

[40] لجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52 ،بتاريخ 28 جمادي الثانية عام 1424 الموافق ل 22 غشت سنة 2003.

كما عرفها في المادة الأولى من القانون الفرنسي لعام 24 جافي 1984 رقم 46- 1984 المتعلق بنشاط و رقابة المؤسسات المصرفية ، المعدل و المتمم ، و الذي عدد الأعمال المصرفية دون وضع معيار دقيق لها، فقد اعطى المشرع تعريفا موضوعيا ، تحصيل الأموال من العامة ، منح القروض، إدارة رغبات وعمليات مالية للعملاء،إدارة عمليات السحب والدفع. ، كما جاءت المادة 05 من نفس القانون لتعدد العمليات الملحقة بالمؤسسات المصرفية، ومنها مثلاً عمليات الصرف وعمليات المتاجرة بالذهب والفضة والمعادن الثمينة الأخرى وشراء الأسهم في الأسواق المالية والتسجيل والبيع وإدارة المنتجات المالية والعقارية وتقديم الاستشارات في إدارة المال...إلخ.

الفقرة الثانية : التعريف القضائي للعمل المصرفي

في مدرسة السوابق القانونية Common law تعتمد المحاكم الإنكليزية في عدد من الاجتهادات التي حاولت تعريف العمليات المصرفية والمصارف ، و بالاخص في الاجتهاد الصادر عن اللورد دينينغ "Lord Dennin" في تعريف العمليات المصرفية والمصارف في الدعوى التي قامت بين United Dominions Trust Ltd. Vs Kirkwood ، حيث ذهبت المحكمة إلى تحديد الصفات الواضحة للعمل المصرفي التقليدي بقولها : "توجد صفتان عادةً في المصارف حالياً

–1- تقبل المصارف الأموال من وتدفع الشيكات للعملاء وتضعها في الاعتمادات الممنوحة لهم

–2- يسددون قيمة الشيكات أو أوامر الدفع المسحوبة عليهم من قبل عملائهم ،

هاتان الصفتان تحملان معهما صفة أخرى تتمثل في مسك الحسابات الجارية أو ما يشابهها في دفاترهم حيث يتم تسجيل الدفعات الداخلة والخارجة من الحساب.

الفقرة الثالثة : التعريف الفقهي للعمل المصرفي :

في الفقه فقد تم تعريف "المصرفي" من قبل الفقيهين الفرنسيين Roblot et Ripert كما يأتي:

"المصرفي هو تاجر يضارب على الأموال وعلى القروض وهو لا يساهم بشكل مباشر بإنتاج أو توزيع أو انتقال الثروات ولكن يساعد الصناعيين والتجار في استثماراتهم"[41].

والسبب في عدم وجود تعريف أو حتى تعداد واف يشمل جميع العمليات المصرفية يعود إلى التطور المستمر في أعمال المصارف و تعقدها ، التي انتقلت من مباشرة العمليات المصرفية التقليدية إلى العمليات المصرفية الشاملة، بحيث يقدم المصرف كل ما يحتاجه العميل في نشاطه المالي أو التجاري، فالمصارف حالياً تقدم الدراسات والاستشارات المالية والمتعلقة باستثمار عملائها مثلاً كما أنها تمول مشاريع البنى التحتية في نماذج تمويل غير تقليدية اين يكون الضمان الحقيقي للمصارف إلا المشروع نفسه، وهذا ما يدعى بالإنكليزية No-recourses مثل تمويل المشاريع وفقاً لمنهجية BOT أو BOOT [42]

أي »البناء والتشغيل ونقل الاستثمار للمالك» إضافة إلى بعض أنواع العقود التي تتضمن في آن واحد عقد حساب «إيداع» وتأمين على الحياة مثلاً حيث يفتح العميل حساب إيداع مدة 20 سنة «فرضاً» يودع

[41] - R. Roblot et G. Ripert: " Droit Commercial" Tome 2- L.G.D.J., 1986, P 251.

[42] Build. Operate. Transfer

فيه شهرياً مبلغاً محدداً، وفي حال وفاته تسترد أسرته قيمة مالية مرتفعة بوصفها ضمان وفاة وفي حال عدم وفاته يسترد العميل في نهاية مدة العقد المبلغ المودع إضافة إلى الفوائد أو عائدات استثمار ماله.

جميع المحاولات القانونية لتعريف العمليات المصرفية جاءت قاصرة غير مبنية على معايير محددة واضحة شاملة لمفهوم العمليات المصرفية على الرغم من أن هذه العمليات متشابهة لدرجة التطابق في جميع أنحاء العالم مع اختلاف طفيف وشكلي بين مختلف الأنظمة القانونية[43].

جميع التعاريف السابقة عمدت إلى تعداد بعض العمليات المصرفية التي تقسم تقليدياً إلى ثلاثة أنواع:

أ- الحصول على مال من الجمهور.

ب- إقراض المال للغير.

ت- تنفيذ أوامر الدفع من شيكات وحوالات وغيرها.

وفي ثمانينات القرن الماضي ، بدأت المصارف في مختلف أرجاء العالم وتحت ضغط المصارف الكبرى الأمريكية واليابانية تتأثر بالمدرسة الألمانية ، حيث نشطت منذ القرن التاسع عشر المصارف الشاملة وبدأت المصارف في كل أوروبا بتقديم خدمات مصرفية شاملة تشمل العمليات التقليدية وتمويل المشاريع وإقراض الدول واتحاد عدد من المصارف لعملية إقراض كبيرة «Syndicated loan» حتى انها بدأت بتقديم خدمات التامين إلى جانب الضمانات المالية للحكومات وغيرها من الشركات الكبرى.

هنا بدأت مشكلة تعريف المصرف والعمليات المصرفية ، حيث أصبح إيجاد تعريف شامل جامع يميز العمليات المصرفية عن غيرها من العمليات المالية والتمويلية عمل معقد ، وبالغ الصعوبة بصفة عامة.

الفرع الثاني : العمليات المصرفية الشاملة:

- **الفقرة الاولى : التحول التاريخي للاعمال المصرفية:**

تنقسم الأعمال المصرفية تاريخياً إلى أعمال مصرفية أساسية «تنفيذ أوامر الدفع والحصول على الودائع والإقراض» وأعمال مصرفية استثمارية تقوم على تمويل التجارة الدولية وإدارة المحافظ المالية وإصدار السندات المالية والتجارية وتداولها إضافة إلى عمليات تمويل المشاريع.

العمليات المصرفية الشاملة تتميز أيضاً بعدم ضبطها ضمن الحدود السياسية الواحدة.

فقد كانت المصارف تاريخياً تقوم بعملها ضمن الحدود الجغرافية السياسية، ومع الوقت ومع تطور التجارة العالمية ظهرت المصارف العابرة للحدود «مصرف مؤسس في دولة وله نشاطات في دولة أخرى، وهذه النشاطات تتمثل بفتح فروع له وإجراء العمليات المصرفية في دولة أخرى». وقد تطور وتعمق عمل هذه المصارف في بداية الثمانينيات من القرن العشرين حيث قويت المصارف اليابانية والأمريكية، وتمركزت في عاصمة المصارف العالمية »city» في لندن.

---

[43] حددت المادة : 66 من من الامر 03-11 المؤرخ في 26 اوت 2003 المتعلق بالنقد و القرض في التشريع الجزائري و التي تنص على ما يلي "تتضمن العمليات المصرفية تلقي الاموال من الجمهور و عمليات القرض و كذلك وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن و ادارة هذه الوسائل "

كما تطور تمويل المشاريع على المستوى العالمي، وتطور تقنيات الاتصالات كان وراء تحول المصارف من مصارف تقليدية إلى مصارف شاملة تقدم خدمات مالية ومصرفية متنوعة علماً أن هذه الأعمال الشاملة المصرفية كانت معروفة منذ عدة قرون في ألمانيا حيث كانت مصارفها تقوم بكل الخدمات المصرفية للعملاء من الودائع والإقراض وتمويل التجارة الدولية وإدارة المحافظ المالية وغيرها.

فيمكن القول أن البنوك الشاملة هي البنوك التي لم تعد تتقيد بالتخصص التقليدي للأعمال المصرفية " بل أصبحت تمد نشاطها إلى كل المجالات والأقاليم والمناطق وتحصل على الأموال من مصادر متعددة"[44]ومنها أعمال الاستثمار ، هذا التعريف الفقهي لم يجد له أثرًا في القانون الوضعي ، حيث لجأت جل القوانين الحديثة إلى تعداد العمليات المصرفية، إلى تعريف المصرف على أنه الشخصية الاعتبارية التي تعترف لها السلطة المعنية بالصفة المصرفية ،أي بمعنى أن القوانين الوضعية فشلت في إعطاء تعريف جامع شامل مميز وموضوعي للمصارف والعمليات المصرفية.

- **الفقرة الثانية : المشاكل القانونية المتعلقة بتعقيد العمل المصرفي الشامل :**

هذه النشاطات الشاملة للمصارف تثير عدداً من المشاكل القانونية لجهة ازدياد حجم الخطر الذي قد يتعرض له مصرف يعمل بالأوراق المالية، وبالتالي أي زعزعة للأسواق المالية سوف تلحق ضرراً بالمصرف الذي يستثمر أموال المودعين مما قد يلحق الضرر بأعمال الجمهور؛ وبالتالي بالاقتصاد الكلي. وهذا ما حدث في الأزمة الاقتصادية العالمية حالياً «في بداية القرن الواحد والعشرين» إذ أدى انهيار مصرفين كبيرين أمريكيين إلى سلسلة من الإفلاسات التي أدت إلى انكماش اقتصادي عالمي.

ومن المشاكل القانونية التي تثيرها المصارف الشاملة ما تتعلق بتعارض المصالح بين مصلحة العميل الذي يستخدم القرض الذي حصل عليه في شراء سندات مالية قد يكون أحد أطرافها المصرف نفسه أو أنه يديرها. لذا يتوجب على المصرف حماية هذه السندات والمحافظة على عملية إدارتها بشفافية وعدالة وفي الوقت نفسه يحتاج إلى أن يستثمر المقترض بهذه السندات كيما يحقق أرباحاً يستطيع من خلالها تسديد قيمة القرض المصرفي.

من هنا بدأت المصارف تنشئ ما يدعى حائط الصين بين مختلف أقسامها بقصد منع اطلاع قسم القروض مثلاً على استثمارات العميل في قسم إدارة المحافظ؛ وبالتالي تجاوز مشكلة تعارض المصالح. بيد أن الاجتهاد القضائي - ولاسيما الإنكليزي - مستقر على أن المصرف بوصفه شركة يعدّ شخصاً اعتبارياً واحداً مسؤولاً عن أعمال أقسامه كافة.

لذا بدأت المصارف تحدث مصارف تابعة لها، وتتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية المصرف المؤسس على أن يتم تقسيم مختلف العمليات المصرفية بين هذه الشخصيات الاعتبارية المختلفة بحيث يكون هنالك منع كامل من تداول المعلومات حول العميل واستثماراته وتحويله بين مختلف الشخصيات الاعتبارية التابعة لمصرف واحد.

---

44 السيد احمد عبد الخالق ، " القبنوك الشاملة ، بحث مقدم في برنامج التدريبي للمحامين و المصرفيين حول اعمال البنوك ،المنامة ، البحرين ، 2002 ص 4.

الفرع الثالث : العمليات المصرفية الإسلامية:

نتطرق في هذا الفرع ، تقديم عرض وجيز حول العمل المصرفي الاسلامي و الذي ال يختلف كثيرا ، عن العمل المصرفي الكلاسيكي ، الا ما كان يتخالف و الشريعة الاسلامية .

حيث سنعالج بعض الاعمال المصرفية التي تتعلق بهذا النوع من المصارف ، كما تم عرض بعض العقود المصرفية بايجاز .

الفقرة الاولى : نشأة المصارف الاسلامية

في نهاية الأربعينيات من القرن الماضي تنادى علماء وخبراء مختصون إلى إنشاء مصارف إسلامية تهدف إلى توفير بدائل شرعية عن المعاملات الربوية، وذلك من خلال إيجاد صيغ إسلامية تلبي حاجة العملاء المالية، البداية كانت في مصر كبنوك ادخار محلية، ثم تطورت الفكرة الأولية للمصارف الإسلامية على مدار العقود الماضية، وتوسعت لتشمل منتجات مصرفية كالتمويل الشخصي والعقاري وحسابات الودائع، ومنتجات الشركات الاستثمارية كصناديق الاستثمار وإدارة المحافظ المالية، بالإضافة إلى منتجات شركات التأمين التكافلي.

و في نهاية السبعينيات وبداية الثمانينيات من القرن العشرين بدأت تظهر وتستقر المصارف الإسلامية التي تقدم خدمات مصرفية تتوافق وأحكام التشريع الإسلامي.

تقوم العمليات المصرفية الإسلامية على مبدأ أساسي مفاده عدم التعامل بالفائدة، لذلك كان لابد لهذه المصارف من أن تجد أشكالاً جديدة من العمليات المصرفية التي تسمح للمصرف بتحقيق الربح دون استخدام مفهوم الفائدة لربوي.

لذا اتبعت هذه المصارف عدة أشكال من العمليات المصرفية نعددها كما يأتي:

ويمكن تقسيم الخدمات التي تقدمها المصارف الإسلامية إلى قسمين رئيسين:

- خدمات مصرفية لعمليات ائتمانية
- خدمات مصرفية لا تشمل عمليات ائتمانية.

الفقرة الاولى : خدمات مصرفية لعمليات ائتمانية

تنفيذها كعمليات استثمارية وهي بديلة للخدمات الائتمانية المحسوبة بالفائدة في المصارف العادية وهي:

- **اولا المرابحة**

هو نوع من أنواع البيوع وهي بيع بضاعة بنفس السعر التي أشتراها بها البائع مع أضافة ربح معلوم بنسبة من سعر الشراء أو مبلغ أضافي محدد مسبقاً بناء على وعد بالشراء من العميل وهي تسمى المرابحة المصرفية وهي أن يوقع عقد بين من يريد شراء بضاعة والمؤسسة المصرفية الإسلامية حيث تقوم المؤسسة المصرفية بشراء البضاعة ومن ثم تضيف على الثمن الأصلى مبلغ أضافي كمصاريف أضافية ومن ثم تبيعها لمن يريد شراء البضاعة «العميل» عن طريق أقساط يدفعها العميل، وهذا ما يبرر عدم شرائه للبضاعة مباشرة من مالكها الأول.

- ثانيا : الإجارة:

أ- **تعريفها** : هي نوع من العقود الشرعية المعلومة في الفقه الإسلامى وأساسه أنه بيع لمنافع الأشياء مع بقاء أصولها في ملكية البائع. أى أنه بموجب عقد الإجارة يبيع مالك الأصل منفعته أو الخدمة المنوطة بذلك الأصل وتظل ملكية الرقبة للبائع وذلك مقابل أجر يدفعه المستأجر للأصل الذي استأجره يتفق عليه بين الطرفين، وذلك في خلال مدة معلومة هي مدة الإجارة للأصل، فإذا انتهت المدة يعود الأصل إلى مالكه، والذي يملك بعد ذلك أن يبيعه لأى جهة سواء كانت تلك الجهة هي المستأجرة للأصل ابتداء أو غيرها ، كما يملك أيضاً أن يؤجره إلى أى جهة أخرى، فضلاً عن أن هناك أسلوب الإيجار المنتهى بالتمليك. والفائدة الحقيقية من عقد الإجارة هي أن الأصول الرأسمالية التي يحتاج إليها العملاء مثل الأجهزة أو الآلات ذات التكلفة المرتفعة وغيرها قد تكون تكلفتها أكبر بكثير مما يحتمله رجال الأعمال ، فيمكن للمصرف بما لديه من أموال أن يوفر تلك الأصول ويؤجرها إلى رجال الأعمال مقابل أجرة عن الأصل يتفق عليها ، وخلال فترة زمنية يحددها عقد الإجارة، وبذلك يتحصل المستأجر على منفعة الأصل مقابل تكلفة محددة تكون في مقدوره عادة. وبلا شك أن هذا الأسلوب من المعاملات يحقق العديد من المزايا للمستأجرين حيث يوفر لهم جزءاً كبيراً من السيولة النقدية التي يمكن توجيهها إلى التشغيل دون اللجوء إلى الاقتراض لشراء وملكية هذه الأصول كما أن تكلفة الإجارة تحمل على حساب الأرباح والخسائر وبالتالى فهى لا تدخل ضمن الوعاء الخاضع للضريبة كما أن إجارة الأصل تساعد المستأجر على مواكبة التطورات في مجال تكنولوجيا الأجهزة والمعدات كما أن تكاليف الصيانة عادة ما تتحملها الشركات المؤجرة للأصل حتى يبقى الأصل على حاله التي تُمكن المستأجر من الانتفاع به.

ب- انواعها :

- **الإجارة المنتهية بالتمليك**

وهو أن يقوم المصرف بشراء عقار ومن ثم توقيع عقد أجارة منتهي بالتمليك مع مستأجر لمدة محددة عند أنتهاء هذة المدة يقوم المصرف بنقل ملكية العقار إلى المستأجر مع أعطاء خيار للمستأجر أن يمتلك العقار قبل أنتهاء المدة بأن يدفع مبالغ محدد كيفية حسابها عند توقيع العقد.

- **الإجارة الموصوفة بالذمة**

وهذا النوع شبية بالنوع السابق لكنة ليس في عقار وأنما أجار المنفعة لمنقولات مثل سيارة أو يخت موصوفة وصف دقيق يمنع الجهالة والأختلاف بين المصرف الإسلامي والعميل.

- **ثالثا :بيع السلم**
- لغة: هو السلف وزناً ومعناً، ويطلق على الاستسلام كما يطلق على شجر العضاة واحده سلمة
- اصطلاحاً: في الاصطلاح الفقهي السلم هو «بيع آجل بعاجل» أو «دين بعين» أو هو «بيع يتقدم فيه رأس المال _أي الثمن_ ويتأخر فيه المثمن _أي المبيع_ لأجل مسمى» أو هو «بيع موصوف بالذمة» أو هو «أن يسلف عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل». وهذه التعاريف كلها بمعنى واحد ولا خلاف بينها إلا من حيث اللفظ وهو غير مؤثر هو دفع المال في الوقت الحالي واستلام البضاعة في المستقبل وهو عكس الائتمان

- **رابعا: الاستصناع**

عقد الأستصناع هو عقد يبرم مع جهة مصنعة بحيث تتعهد بموجبه بصنع سلعة ما وفقا لشروط معينة يفرضها المصرف "المصرف الإسلامي" وعند حلول الأجل يقدم الصانع منتوجه "يقبلها المصرف في حالة وافت الشروط المطلوبة" بعد ذلك يبيعها المصرف على أنها سلعة خاصة "مصنعة محليا"، وفائدة المصرف هو المبلغ الزائد عن التكلفة الكلية للسلعة والتي يحددها المصرف ذاته. والسلعة"المصنوع" تعد حسب الطلب: مبان أو آلات أو أجهزة أو سلعاً استهلاكية أوإنتاجية...وهكذا.

- خامسا :**المضاربة**

أن يقدم المال طرف، ويكون العمل والاستثمار والإدارة له من طرف آخر، ويكون الربح بينهما حسب النسبة التي يتفقان عليها وتقع نسبة المخاطرة في الخسارة على الطرفين بحيث يخاطر مقدم المال بخسارة رأس المال فقط وأى مخاطر إضافية «من ديون وخلافه» تقع على المستثمر.

-سادسا: المشاركة

أن يقدم الطرفإن المال بينما الإدارة قد تكون من الطرفين أو أحدهما على شرط أخذ مبلغ اضافي من صافي الربح مقابل المجهود وسمي بالمشاركة لأن شرطه مشاركة الطرفين للربح والخسارة كما يحق لأي من الأطراف أن يبيع مساهمته لطرف ثالث خلال مدة العقد

- **سابعا:القرض الحسن**

هو قرض يدفعة المصرف وفق شروط معينة متفق عليها ولا يقاضى المصرف أي زيادة عند سداد المبلغ من قبل المقترض.

الفقرة الثانية : خدمات مصرفية لا تشمل عمليات ائتمانية

هي الخدمات المصرفية التي لا تتضمن عمليات ائتمانية فيتم تنفيذها كخدمة مصرفية يتم أخذ عمولة أجر مقابل تقديم الخدمة، وهي نفس الخدمات المؤداة في المصارف العادية وتختلف معها في بعض النقاط سنحاول توضيحها، وهي على سبيل المثال لا الحصر:

اولا : الحسابات الجارية

وهي خدمة توفرها المصارف الإسلامية كما هي في المصارف العادية وهي قبول والأحتفاظ كأمانة بأموال يودعها العملاء لاتضاف عليها أي فائدة ولا تتحمل أي مخاطر ويمكن للمصرف ان يضيف عليها جوائز غير مسبقة التحديد، وتسمح بعض المصارف الإسلامية بالسحب على المكشوف لبعض العملاء لا تتقاضى عليها فوائد أنما يكون كقرض حسن يخضع لشروط محددة متفق عليها.

ثانيا : الودائع لأجل

وهي تختلف أختلاف جذري عن مثيلاتها في المصارف العادية التي تضمن أصل الوديعة والفائدة عليها، حيث أن المصارف الإسلامية لا تضمن الأصل وغير مشروطة بنسبه محددة. وإنما يكون دور المصرف كوكيل للمودع في مواجهة المستخدميين لهذا المال.

وهذه الوكالة على نوعين:

1- وكالة فيها تفويض من المودعين باستثمار الودائع في أي مشروع

وهو ما يسمى بالودائع العامة حيث تقوم المصارف الإسلامية يتقديم الخدمات الأتمانية السابقة الذكر حيث يتم إنشاء وعاء يتم وضع الأرباح فيه وتوزيعها على المودعين بنظام النمر «أي المبلغ مضروباً في المدة» بعد استقطاع حصة المصرف مقابل الوكالة أو الإشراف.

2- وكالة فيها تقييد من المودعين باستثمار ودائعهم في مشروعات محددة

يقومون بدراستها والموافقة عليها وتحمل مخاطرها وتعود إليهم أرباحها بعد استقطاع حصة المصرف مقابل الوكالة والإشراف، وهذا ما يسمى في مصطلح المصارف الإسلامية بالودائع المخصصة.

- **ثالثا : الاعتمادات المستندية**: [45]

1- : تعريف الاعتماد المستندي

ويعرف الاعتماد المستندي بأنه طلب يتقدم به المتعامل من أجل سداد ثمن مشتريات بضائع من الخارج. حيث تعد من أهم الخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف، حيث تعد أساس الحركة التجارية «الاستيراد - التصدير» في كافة أنحاء العالم والتي تنفذ من خلال شبكة المراسلين للمصارف حول العالم.

المصارف الإسلامية تؤدي هذة الخدمة بأسلوبين:

- الأسلوب الأول: أن يسدد العميل كامل المبلغ للمصرف ويتولى المصرف فتح الأعتماد وتسديد مبلغ قيمة الأعتماد بالعملة المطلوبة وهنا يتقاضى المصرف الإسلامي رسوم خدمة.
- الأسلوب الثاني: وهو تنفيذ الاعتماد المستندي كائتمان مصرفي يتم بتسديد المتعامل جزء فقط من قيمة الاعتماد ويقوم المصرف الإسلامي باستكمال سداد قيمة الاعتماد كعملية ائتمانية إسلامية بأحد الأشكال سابقة الذكر.

- **رابعا: خطابات الضمان**

يعرف خطاب الضمان بأنه " تعهد كتابي يصدر من المصرف بناء على طلب المتعامل بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك من المصرف خلال مدة محددة ويجوز امتداد الضمان لمدة أخرى وذلك قبل انتهاء المدة الأولى " ، و لها أهمية كبيرة في التعاقدات والمقاولات والعطائات. وتوجد أنواع متعددة لخطابات الضمان منها: خطاب ضمان ابتدائي، خطاب ضمان نهائي، خطاب ضمان دفعة مقدمة. وينظر إلى خطابات الضمان من رؤيتين: الأولى إذا سدد العميل كامل المبلغ ولا يوجد عملية أئتمانية يصدر المصرف خطاب الضمان. الثانية إذا لم يسدد العميل كامل المبلغ يجب أن تتم المعاملة بأحد العمليات الأستثمارية الإسلامية سابقة الذكر.

- **خامسا: الأوراق المالية**

وهي الأسهم والسندات، والأسهم هي نصيب في شركات مساهمة عامة على شكل وحدات كل وحدة اسمها سهم مثلاً شركة رأس مالها محدد بقيمة اسمية بالعملة المحلية ، و التي بدورها مقسمة على شكل أسهم مع تحديد عددها و قيمة كل سهم منها .

والخدمات التي تقدمها المصارف الإسلامية بما يرتبط بالأسهم:

- **الاكتتاب:** وهي عملية استقبال طلبات الحصول على أسهم عند طرحها للاكتتاب للشركات الجديدة ويتقاضى المصرف الإسلامي أجرا عن ذلك.
- **حفظ الأسهم:** يقوم المصرف الإسلامي بحفظ الأسهم للمتعامل ويتقاضي أجرا.

أ- **بيع وشراء الأسهم:** يقوم المصرف الإسلامي ببيع وشراء الأسهم كوكيل عن العميل مقابل أجر.

ب- **صرف أرباح الأسهم:** يقوم المصرف بصرف أرباح الأسهم نيابة عن الشركات كوكيل مقابل أجر عن الخدمة.

---

[45] [مقال أهمية الأعتمادات المستندية جريدة القطرية الوطن]/https://web.archive.org/20050311072645/www.alwatan.com.sa/daily/2004-11-03/economy/economy11.htm

يشترط عدم تعامل هذة الشركات بالخمور ومنتجات الخنزير والقمار وكل ما حرمه الشرع. أما السندات هي أوراق مالية يحصل حاملها على عائد معروف محدد مسبقاً لذلك المصارف الإسلامية لا تتعامل بها. و – الصرف الأجنبي: وهو بيع وشراء العملات ويتقاضى المصرف عليها أجراً.

- **سادسا: الحوالات**

وهي عملية تحويل أموال من منطقة إلى منطقة أخرى ويتم تأديتها كخدمة يتقاضى عليها أجراً. ويجب أن نشير في النهاية أن الخدمات التي تأديها المصارف الإسلامية تتطور وتتغير مع تطور الأراء والفتوى الشرعية..[46]

المطلب الثاني: :خصائص ومميزات العمليات المصرفية:

رغم تعدد وتنوع عمليات البنوك فهي تتميز بمجموعة من الخصائص المشتركة فيما بينهم، ولا يمكن وضع نظام قانوني لهذه العمليات دون أخذ هذه الخصائص في الاعتبارعند وضع هذا النظام ، وتكتسب عمليات البنوك خصائصها من طبيعة العلاقة التي تربط العميل بالبنك،حيث تقوم هذه العلاقةعلى قدر من الثقة المتبادلة بين لطرفين، ولذا قيل نها عمليات تقوم على الاعتبار الشخصي.

ونظرا لاتساع نطاق تعامل الأفراد و البنوك، وتشابه هذه العمليات، فقد أصبح من العسير على البنوك أن تخص كل عميل بصيغة تعاقدية خاصة في العمليات المتماثلة، ولكنها تقوم بوضع صيغ تعاقدية لكل عملياتها وتكتفي بتوقيع العميل على هذه الصيغة «النموذج»، لذا قيل عنها أنها عمليات ذات طابع نمطي.

ومع التطورات الاقتصادية التي شهدها العالم أصبح من الصعب على أي بنك أن يمارس نشاطه بمعزل عن البنوك الأخرى وفي ظلما يدور على مستوى النشاط المصرفي العالمي، ومن هنا اكتسبت عمليات البنوك طابعها الدولي،

ولما كانت نشأة غالبية عمليات البنوك نشأة غير تشريعية، أي لم ينظمها المشرع في البداية، فوجدت هذه العمليات نفسها وتطورت بفضل عمل رجال المصارف، و بالتالي نقول عنها بأنها عمليات وليدة العرف المصرفي.

وسنتناول كل واحدة من هذه الخصائص بشيء من التفصيل لتوضيح أثرها على النظام القانوني لعمليات البنوك في علاقة العميل والبنك.

الفرع الأول: خصائص العمليات المصرفية :

الفقرة الاولى: عمليات البنوك تقوم على الاعتبار الشخصي

اولا : ارتباط العقد بشخصية المتعاقدين

عندما يرغب الشخص في التعاقد مع شخص آخر فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

1- أن تكون شخصية كل طرف ذات أهمية كبيرة في نظر الآخر، كالتعاقد مع أحد المطربين لإحياء حفل أو التعاقد مع أحد الرسامين لرسم لوحة أو مع أحد العمال لإنجاز عمل يحتاج إلى مهارة خاصة.

[46] جمال الدين عطية ، مقالة حول نظام المصارف الإسلامية ،
https://web.archive.org/web/20171228232310/http://www.balagh.com/mosoa/eqtsad/24015nao.htm

2- قد يكون الفرض العكسي. بأن لا يهتم كلا الطرفين بشخصية من يتعاقد معه، حيث يهتم كل منهما بالحصول على أعلى فائدة اقتصادية من التعاقد، كما هو الشأن في عقد البيع، حيث يهتم البائع بالحصول على أعلى سعر ويحاول المشتري جاهدا الحصول على السلعة بأرخص الأسعار، ولا تهمه صفات معينة في البائع طالما سيتسلم منه السلعة محل البيع.بين هذين الفرضين تنقسم العقود إلى نوعين :

- ا- عقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي؛

- ب- عقود لا تقوم على الاعتبارالشخصي.

وعلى اساس، هذا الوصف تترتب آثار قانونية هامة، سواء فيما يتعلق بالغلط في شخص المتعاقد الآخر أوبمدى وكيفية إجبار الطرف الآخر على التنفيذ في حالة امتناعه أو تأخره عن تنفيذ التزامه اختيارا؛ وكذلك يؤثر هذا الوصف في أسباب انقضاء العقد، حيث تنقضي العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي بمجرد أن يطرأ على أي من الطرفين حادث يؤثر على الثقة التي أولاها له الطرف الآخر، ومن ثم تنقضي هذه العقود بوفاة أو إفلاس أو إعسار أو فقد أهلية أحد الطرفين.

وعمليات البنوك من التصرفات التي استقر الرأي على قيامها على الاعتبار الشخص[47]. أي أنها تعتمد على توافر قدر كبير من الثقة المتبادلة بين البنك والعميل.

أ- المقصود با لاعتبار الشخصي:

يصعب وضع تعريف محدد للاعتبار الشخصي، ولكن يمكن القول بأنه يتكون من مجموعة من العوامل المالية والشخصية والأخلاقية تجعل أحد الطرفين محل ثقة الطرف الآخر فيقبل التعاقد معه، وعوامل الثقة هذه تختلف تبعا لنوع العملية التي يقدم الطرفإن على إبرامها.

ومن هنا فإن استمرار علاقة العميل بالبنك تتوقف على استمرار عوامل الثقة التي كانت متوافرة في العميل عند إبرام العقد، فإذا زالت عنه الثقة أوحدث أي طارئ يؤثر عليها، كإفلاس العميل أوإعساره أو امتناعه عن الوفاء بالتزاماته، جازللبنك وقف التعامل وإنهاء علاقته بالعميل، وبهذا يكون الاعتبار الشخص يشرط ابتداء وشرط استمرارلعلاقة البنك ولعميل.

ويعتبر الاعتبار الشخصي من العناصر الأساسية التي يتوقف عليها قبول البنك للتعامل مع أحد الأشخاص أو رفض التعامل معه. و يبدوا ذلك أمرا منطقيا لأن ما لدى البنك من نقود يقوم بإقراضها للعملاء، سبق له ن تلقاها كودائع من عملاء آخرين، لآجال محددة أو غير محددة. فإذا لم يتأكد البنك من توافر عوامل الثقة في العميل طالب الائتمان، فإنه يرتب على ذلك تهديد للبنك بعدم استرداد ما قدمه إلى هذا العميل، وبالتالي عدم استطاعته رد أموال المودعينفي الميعاد المتفق عليه. أما إذا كان العميل محل ثقة البنك فإن كل هذه التهديدات تختفي ويصبح البنك في مأمن وتقل مخاطر لائتمان.[48]

- ✓ **تحرى البنك عن العميل:**

بقيام عمليات البنوك على الاعتبارالشخصي يخول البنك حق، بل يفرض عليه التزاما ،بالتحري عن

[47] علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، الطبعة 1989 ص 24.

[48] علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشاة المصارف الإسكندرية،1989 , ص181.

العميل قبل لدخول معه في أية معاملة ،فإذا تبين نه محل ثقة وافق على التعامل معه، والعكس إذا وجده غير جدير بهذه الثقة فلا يفتح له حسابا ولا يمنحه ائتمانا. ويجب على البنك أن يبنى هذه الثقة على أسس موضوعية في ضوء ما جرى عليه العرف المصرفي وما يفرضه النظام[49]. ويتم ذلك من خلال الاطلاع على سابق تعاملات هذا العميل مع ذات البنك والبنوك الأخرى، ويعرف ذلك عن طريق الاطلاع علي الكشوف الموجودة لدى إدارة تجميع مخاطر الائتمان بمؤسسة النقد،هذا بالإضافة إلى دراسات الجدوى الاقتصادية والتدفقات النقدية للمشروع المطلوب تمويله. ولا يستطيع طالب الائتمان أن يتظلم من مسلك البنك أو المطالبة بإجباره على التعامل معه، عن طريق اللجوء إلى القضاء، لأن قبول البنك التعامل مع شخصما أو رفض التعامل معه يعتبر من لأمور التي يتمتع فيها لبنك بسلطة تقديرية، باعتبار أن عمليات البنوك تقوم على الاعتبار الشخصي، ومن ثم لا يجوز إجباره على الدخول في علاقة تجلب عليه المتاعب فيما بعد.

- ✓ **مدى حق البنك في رفض التعامل مع الجمهور:**

يثور التساؤل عن مدى احقية البنك في رفض التعامل مع الجمهور، هل هو حق مطلق،أم أن هناك حدودا يجب أن يلتزم بها البنك عند الرفض ؟

استنادا إلى قيام عمليات البنوك على الاعتبار الشخصي، وصفة البنك بأنه تاجر يتمتع بكامل الحرية في اختيار عملائه طبقا لمبدأ حرية التجارة ، ومراعاة لما قد يسببه تعامل الشخص من مسئولية علي عاتق البنك، لم ينكر الفقه حق البنك في رفض التعامل مع الشخص الذي يتقدم للدخول معه في معاملات[50].

ولكن إذا كان هذا هو المبدأ العام.

رأي الفقه في ذلك :

إلا أن بعض من الفقه ، لم ير في ذلك حقا مطلقا للبنك،حيث ينبغي ألا يكون الرفض تعسفيا، بأن يفرض على طالب التعامل شروطا لا تتفق مع العرف والعادات المصرفية مثلا.

كما يلتزم البنك بأن يراعى مبدأ حسن النية في الرفض، فلا يتأخر في الرد على طلب الشخص، كما ينبغي أن لا يعلن إليه الرفض بطريقة تضر بسمته أو يترتب عليها إفشاء أسراره التي وصلته بمناسبة طلب لتعامل معه.

---

[49] في المادة : « 98 « من - الامر قم «03-11 «الصادر في 26 أوت 2003 ،المتعلق بالنقد والقرض. و التي تنص على : « ينظم بنك الجزائر ويسير مصلحة مركزية المخاطر تدعى مركزية المخاطر تكلف بجمع أسماء المستفيدين من القروض وطبيعة القروض الممنوحة وسقفها والمبالغ المسحوبة والضمانات المعطاة لكل قرض من جميع البنوك والمؤسسات المالية «

أصبح تطبيق مبدأ اعرف عميلك - الذي كان من أدبيات العمل المصرفي - التزاما قانونيا بعد صدور نظام مكافحة غسيل الأموال منعت على البنوك والمؤسسات المالية أن تجري أي تعامل مالي أو تجاري أو غيره باسم مجهول أو وهمي، وأوجبت على هذه المؤسسات أن تتحقق من هوية ا لمتعا ملبن استادا إلى وثائق رسمية. وإذن عند بداية التعامل مع مؤلاء العملاء أو عند إجراء صفقات تجارية معهم بصفة مباشرة أو نيابة عنهم. وعلى تلك المؤسسات التعققمن الوثائق الرسعية للكيا ناث ذات الصفة الاعتبارية التي توضح اسم المنشاة وعنوانها وأسماء المالكين لها والمديرين والمفوضين بالتوقيع عنها.

[50] . عبد الرحمن السيد قرمان، مساممة البنوك في مكافحة غسيل الأموال، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005، ص 1-6 وما بعدها.

[50] حسني المصري،عمليات البنوك في القانون الكويتي،مؤسسة دار الكتاب. الكويت 1993،رقم20،ص 32،

ومع ذلك يمكن القول، ، بأن الأمر يقتضي البحث في كل حالة على حدة، لأن بعض عمليات البنوك لا تلقى علي البنك أية أعباء ولا تحمله أية مسئولية، كما توجد عمليات أخرى لا يمكن إتمامها إلا بواسطة أحد البنوك، كما هو الشأن في عمليات التجارة الخارجية؛ فإذا أجزنا للبنك أن يمتنع عن التعامل دون وضع ضوا بط لمشروعية استعمال حق الرفض هذا، فإن من شأن ذلك وصول بعض الأشخاص إلى طريق مسدود، وخاصة إذا أخذنا في الاعتبار أن التعامل مع البنوك أصبح من ضروريات هذا العصر، ولذا أصبح من الضروري التوفيق بين حق البنك في اختيار عملائه، ومقدارما يتعرضله البنك من مسئولية ، أو ما يتحمله من متاعب جراء تعامله مع هذا الشخص، وبين ما يعود على هذا الأخير من أضرار نتيجة رفض البنك التعامل معه.

وتطبيقا لما سبق يختلض القول بحق البنك في الرفض من عدمه تبعا لنوع العملية التي يطلب العميل الدخول فيها مع البنك، وذلك على النحو التالي:

أ- 1 بالنسبة لفتح الحسابات ،

- إذا تعلق الأمر بطلب فتح حساب عادي لا يتم التعامل عليه بالشيكات، كحساب توفير أو وديعة عادية، فلا يجوز للبنك رفض فتح مثل هذا الحساب إلا إذا كان لديه أسباب جدية تبرر ذلك، كعدم توافر الشروط التي وضعها لفتح الحساب، لأن مثل هذه الحسابات لا تحمل البنك مسئولية غير عادية ولا تعرضه لأية مخاطر غير مألوفة.هذا بالإضافة إلى أنهذه الحسابات تعتبر لحد لأدنى لذي لا يمكن لشخص الاستغناءعنه في الحياة لعصرية.

أما إذ ا طلب الشخص فتح حساب بشروط خاصة أوغير مألوفة في العرف المصرفي أو للبنك، أوكان الحساب المطلوب فتحة هو حساب جارى أوأي حساب يتم لتعامل عليه بالشيكات، فإنه لا يمكن إنكار حق البنك

في رفض فتح مثل هذه الحسابات لأشخاص معينين، باعتبار أنها من الحسابات التي تقوم على الاعتبار الشخصي[51] ، وذلك نظرا لما قد يلحق البنك من أضرار نتيجة عدم توافر عوامل الثقة في العميل. ولكن يشترط ألا يكون الرفض بسبب اعتبارات بعيدة عن الأصول المصرفية، كالرفض بسبب المعتقدات الدينية أو السياسية للشخص[52].

أ- 2 منح التسهيلات الائتمانية والخدمات المصرفية

الاعتبار الشخصي للعميل له دورا هاما في هذه العمليات، ومن ثم يجوز للبنك رفض إجابة طلب الشخص طالما لم تتوافر فيه عناصر الثقة التي يضعها البنك كحد أدنى في عملائه. ويعتبر ذلك سلطة تقديرية للبنك لا معقب عليه في القرار الذي يتخذه، ما لم يكن هذا القرار تعسفيا أو كان من شأن الامتناع عن إجابة الطلب إلحاق ضرر كبير بهذا لشخص.

الفقرة الثانية: عمليات البنوك ذات طابع دولي

---

[51] علي جمال الدين عوض. المرجع السابق، ص 28.

[52] بوزيد رضوان ود.رضا السيد، االوراق التجارية ، طبعة..2،ص 67 وما بعدها.

اولا :اهمية دولية العمل المصرفي

ومع التطورات الاقتصادية التي شهدها العالم أصبح من الصعب على أي بنك أن يمارس نشاطه بمعزل عن البنوك الأخرى وفي ظلما يدور على مستوى النشاط المصرفي العالمي، ومن هنا اكتسبت عمليات البنوك طابعها الدولي،

اقتصر نشاط البنوك في البداية على التعامل داخل حدود الدولة التي أنشأت فيها، بصفته تاجرا للنقود، ولكن مع التطورات الاقتصادية التي شهدها العالم منذ نهاية القرن التاسع عشر زاد النطاق الجغرافي للعمليات التي تقوم بها البنوك، وأصبح من العسير على البنك أن يمارس نشاطه متقوقعا داخل حدود الدولة.

فعمليات التجارة الخارجية مثلا لا يستطيع بنك واحد تنفيذها على النحو الأمثل وبالسرعة المطلوبة دون أن يستعين ببنك آخر في الخارج.

وينطبق ذلك على الاعتماد المستندى كوسيلة لإتمام عمليات التجارة الخارجية، حيث غالبا ما يقوم البنك فاتح الاعتماد بتكليف بنك آخر في بلد المستفيد بالخار، سواء لتبليغ خطاب فتح الاعتماد الى المستفيد أو لغزيز وتأييد هذا الاعتماد.

كما يظهر الطابع الدولي لعمليات البنوك في خطابات الضمان التي تصدرها البنوك لعملائها في المناقصات والمزايدات على المستوى الدولي.

وأمام تجلي طابع الصفة الدولية لنشاط البنوك أصبحت الحاجة ضرورية إلى قواعد موحدة تعمل البنوك في ظلها، حتى يتضح النظام القانوني الذي سيطبق على عملياتها الدولية عندما يثور نزاع بشأنها. ومن هنا ظهرت محاولات توحيد القواعد التي تنظم عمليات البنوك؛ ومثال ذلك القواعد والعادات الموحدة للاعتماد المستندى، واتفاقات جنيف بشأن الكمبيالة والسند الإذني والشيك، وهى من النظم القانونية ذات الصلة الوثيقة بعمليات البنوك.

هذا بالإضافة إلى صياغة عقود نموذجية على المستوى الدولي ، ومحاولة توسيع نطاق استخدامها بين البنوك والعملاء. ويعتبر ذلك أحد مظاهر التوحيد التي شملت كثيرا من مجالات القانون التجاري والبحري. في ظل هذه الظروف لن يكون مفيدا لبنك ما أن يضع للعمليات التي يقوم بها قواعد خاصة تختلف أو تتعارض مع ما هو معمول به في العرف المصرفي العالمي، لأن النتيجة المنطقية في هذه الحالة، أن يصبح هذا البنك في وادي والبنوك الأخرى في وادي، ومن ثم تتوقف تعاملاته الدولية، بمعنى أنه لا يمكن اعتباره بنكا بالمفهوم الحديث، من الناحية الاقتصادية.

وتأتى حاجة البنوك إلى توحيد القواعد التي تحكم نشاطها الدولي نتيجة لرغبة في القضاء على المشكلات التي يثيرها هذا النوع من النشاط عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عطيات البنوك التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، أو العمليات التي يتم تنفيذها في أكثر من دولة .

الفقرة الثالثة: عمليات البنوك ذات طابع نمطي

اولا : خصوصية العقد المصرفي

لما كانت أغلب عمليات البنوك عقودا، فإنه ينطبق عليها مبدأ الرضائية، الذي يعتبر الأصل العام في إبرام العقود، وعلى ذلك ينبغي أن تتوافر في عمليات البنوك ما يشترطه القانون في العقود بصفة عامة، من حيث يجب أن يتبادل الطرفإن إرادتيهما على نحو صحيح من الناحية القانونية، وأن ينصب هذا الرضا

على محل ممكن ومشروع، وأن يكون له سبب مشروع حتى ينعقد العقد صحيحا منتجا لآثاره.

وتطبيق ذلك على عمليات البنوك يقتضي ان يتقدم الشخص إلى البنك طالبا الدخول في علاقة معينة «فتح حساب أو قرض أو اعتماد مستندي»، وهذا يعتبر إيجابا يتم به العقد إذا تلاقى مع القبول الصادر من البنك، وذلك بعد مناقشة الشروط.

ولكن نظرا لكثرة التعاملات اليومية للبنوك، فلا يوجد متسع من الوقت لإتمام كل المراحل سالفة الذكر على ما تتطلبه من مشاورات ومناقشات. ومن ثم درج العمل على أن تعد البنوك نماذج عقود للعمليات التي تقدمها وتكتفي بتوقيع العميل عليها حتى يتم إبرام العقد،وذلك على أساس أن حضور الشخص إلى لبنك طالبا الدخول في المعاملة يعتبر إيجابا، وأن تقديم موظف البنك للنموذج المعد لهذا الغرض يعتبر قبولا يتم به العقد.

1- خاصية عقد الاذعان

ان الواقع العملي الحالي و ما يشهده من حدة التنافس بين البنوك و المؤسسات المالية ، و بعد أن اتسع نطاق الساحة المصرفية ليدخلها بنوك القطاع الخاص والبنوك المشتركة وفروع البنوك الأجنبية، قد تجعل من عقد الاذعان كخيار .

هذا بالإضافة إلى أن البنوك الكثيرة تعمل على جذب العملاء بكافة الوسائل، وليس هناك ما يمنع العميل من مناقشة شروط العقد، بل إن شروط التعاقد وأسعار الخدمات المصرفية تختلف حسب أهمية العميل، حيث يجوز تخفيض الأسعار كلما زاد حجم تعاملاته مع البنك.

وأكثر من ذلك أجاز النظام للبنك تحديد أسعار الخدمات المصرفية التي يقدمها للعملاء، بما يتفق و السياسة النقدية والائتمانية ومقتضيات المنافسة الشرسة.

كما أن كثرة البنوك على هذا النحو تنفي صفة الإذعان عن عقودها، ولو كانت قد أعدتها مسبقا، لأن العميل يستطيع الحصول على الخدمة التي يريدها عن طريق أكثر من بنك يتنافسون على جذبه إليهم.

ومن هنا يظهر الفرق بين وضع شخصين يذهب أحدهما للتعاقد على توصيل النور أو المياه أو التليفون إلى منزله، وبين شخص آخر يذهب إلى البنك ليفتح حسابا أو يطلب فتح اعتماد أو أي تعامل آخر، فالأول مذعن لأنه لا يستطيع الحصول على خدمته إلا عن طريق المكتب الذي توجه إليه، أما الثاني فيستطيع أن يحصل على خدمته من أي بنك من البنوك الكثيرة المتنافسة على جذب العملاء.

أما إعداد العقود مسبقا إلى نماذج يوقع العميل عليها دون تغيير أو تعديل فالغرض من ذلك هو إنجاز البنك لأعماله بالسرعة التي تناسب الحياة التجارية عموما وأعمال البنوك خصوصا. ولإدراك هذا الهدف فإنه يمكن تصور موظف البنك يقوم باستقبال كل عميل ويبدأ في التفاوض معه، ثم يبدأ في كتابة العقد بعد الانتهاء من التفاوض الذي قد يطول اجله، فكم من الوقت يحتاجه موظف البنك للانتهاء من عميل واحد.

أ- هل تعتبر عمليات البنوك من عقود الإذعان؟

يلاحظ على الوضع السابق أن النموذج الذي أعده البنك سلفا يتضمن جميع شروط العقد ويحدد التزامات الطرفين، ويقتص دور العميل على التوقيع، فهو إما أن يقبل النموذج كما وضعه البنك أو يرفضه

فلا يتم برام لعقد.

- **رأي الفقه في ذلك :**

الرأي الاول : ولما كان الأمر كذلك فقد ذهب رأى إلى اعتبار العقود التي تبرم بين البنوك وعملائها من قبيل عقود الإذعان. واستند في ذلك إلى أن البنك هو الذي يحدد شروط العقد ويضعها في النموذج المعد سلفا، وليس للعميل دور سوى التوقيع، فليس له مناقشة شروط العقد وتعديل بعضها أو إلغاء مالا يناسبه.

ولا شك نمن شأن ذلك-في نظرهم أن يجعل العميل خاضعا ومذعنا لإرادة البنك الذي يفرض شروطه على العميل، وهذا هو أمر عقود الإذعان. ويضيف أنصار هذا الرأي تأييدا لذلك، أن معظم نماذج العمليات تكاد تكون واحدة لدى جميع البنوك، مما يجعل نوعا من الاحتكار الذي يضعف مركز العميل، في وقت أصبحت تعاملا ته مع البنك من ضرورات الحياة الاقتصادية الحديثة.

وتبدو أهمية اعتبار عمليات البنوك من عقود الإذعان أنه يجوز للطرف المذعن أن يطالب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد أو أن يعفيه منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك؛ هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

الرأي الثاني : ويذهب هذا الرأي إلى عدم التسليم باعتبار جميع عمليات البنوك من عقود الإذعان ، وإنما ينبغي النظر في كل عقد وكل حالة على حدة، إذ الواقع أن كثيرا من عمليات البنوك تقوم على إذعان العملاء لشروط يفرضها البنك ويضطر العملاء إلى قبولها، لأنهم لا يستطيعون إتمام تعاملاتهم التجارية إلا بتدخل البنوك، ومن ثم لا يكون لهم مفر من قبول شروطها.[53]

الرأى ثالث: [54] يرى أن عمليات البنوك لا تعتبر من عقود الإذعان، لأنه رغم الطابع النمطي لهذه العمليات، بالإعداد المسبق لنماذج العقود بمعرفة البنك وبتشابه معظم الشروط التي تضعها البنوك في عقودها، إلا أن هذه العناصر فقط ليست هي التي تحدد طبيعة عقود الإذعان، التي من خصائصها أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلك ، ويكون فيها احتكار الموجب «مقدم السلعة أو الخدمة» لهذه السلعة احتكارا قانونيا أو فعليا، وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة محدودة النطاق، وأن يكون ايجابه صادرا إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة ، وأن تكون السلعة من السلع الضرورية التي لا غنى للناس عنها، أي التي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضرورات الأولية للجمهور بالمعنى الدقيق.

الفقرة الرابعة: عمليات البنوك وليدة العرف والعادات المصرفية

اولا : طبيعة عمليات البنوك

تقوم البنوك بعمليات كثيرة ومتنوعة، تبعا لكثرة وتنوع أوجه الحياة الاقتصادية سريعة التطور، ومعظم هذه العمليات تتم في إطار عقدي بين العميل والبنك، هذا العقد قد يتشابه مع أحد العقود التي نظمها

---

[53] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق. ص26٠ هامش34٠

[54] سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، 1 رقم طبعة 1992 ص 34٠

المشرع، كعقد وكالة أو عقد إيجار أو عقد وديعة؛ وقد يكون هذا العقد من ابتكار البنك، بأن يضمنه شروطا تفي بغرض الطرفين وتحقق مصالحهما، وفي هذه الحالة نقول أننا أمام عقد غير مسمى، أيلم ينظمه القانون.

وفي مجال البحث عن النظام القانوني الذي ينطبق على عملية ما من عمليات البنوك، فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

الأول اذا كان العقد من العقود المسماة، فإن القاضي يطبق على هذه العملية الأحكام التي قررها القانون لتنظيم مثل هذا العقد؛

والثاني اذا كان العقد من العقود غير المسماة، فإن القاضي يجتهد في تكييف هذا العقد وتقريبه إلى أحد العقود المسماة، لكي يطبق أحكامه - في حالة عدم وجود اتفاق - على النزاع الذي يثور بشأنه.

اذا كان هذا الوضع يصلح بالنسبة للعلاقات القانونية بين الأفراد إلا أنه فيما يتعلق بعمليات البنوك يحتاج إلى إعادة نظر، لأنها وإن كانت تستخدم صيغة عقد من العقود المسماة إلا أنها لا تقصد هذا العقد كما جاء في القانون المدني، وإنما هي تستخدمه في ثوب جديد يخدم أغراض قد تختلف تماما عن الأغراض المقصودة عند وضع القواعد المنظمة لهذا العقد المدني، وهذا يقتضي اختلاف تفسير وتطبيق هذه القواعد عند تطبيقها في المجالين، ويستهدي القاضي في ذلك بخصائص المجال الجديد الذي دخلت إليه هذه القواعد وهى لم تكن مخصصة له .

أما بالنسبة للعقود غير المسماة فإن العرف والعادات المصرفية يلعبان دورا كبيرا في تنظيمها، وهى في ذلك لا تختلف عن العقود غير المسماة في الحياة التجارية عموما، حيث تلعب إرادة الطرفين دورا هاما في تحديد آثار العقد[55].

ولا شك في أن اعتبار عمليات البنوك من نتاج العرف والعادات المصرفية يؤثر على النظام القانوني الذي ينطبق عليها، حيث يتقدم هذا العرف وتلك العادة لتأتى في المرتبة الأولى عند البحث عن قاعدة قانونية تحكم النزاع الذي يثار بشأن إحدى هذه العمليات المصرفية، وذلك في حالة غياب النصوص التشريعية الخاصة التي تنظم هذه العمليات.

ولذلك لا نجد حاجة إلى أن يجهد الفقه والقضاء نفسيهما في البحث عن تكييف لكل عملية من عمليات البنوك، ليردها إلى أحد العقود التي ينظمها القانون المدني، لتنطبق قواعده عليها، رغم ما بينهما من اختلاف في الغاية الاقتصادية. ويكون من الأوفق في هذا المجال أن تسمى كل عملية من عمليات البنوك بالاسم الذي استقر عليه في العرف المصرفي، ويعتبر ما استقر عليه هذا العرف هو نظامها القانوني؛ فمثلا عقد الوديعة الصرفية لا يمكن أن تنطبق عليه قواعد الوديعة الواردة في القانون المدني، وكذلك عقد إيجار الخزائن الحديدية لا يتفق مع صور عقود الإيجار التقليدية، ومن ثم فلا فائدة - بل هناك ضرر –إذا ما حاولنا حل ما يثار بشأنها من منازعات بالرجوع إلى قواعد القانون المدني.

فجميع الأعمال المصرفية لدى المشرع الجزائري ، تعتبر تجارية و لو تمت بصفة منفردة ، أي من طرف واحد ، هذا بالنسبة للبنك ، اما بالنسبة للعميل و بالأخص اذا لم يكن تاجرا ، في الاصل هي مدنية اللهم إلا إذا ترتبت عليها فائدة تجارية او بمناسبتها و هنا نكون ازاء عمل تجاري بالتبعية .

---

[55] حسني المصري،عمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دارا لكتاب، الكويت1993،رقم2،ص23

ثانيا: الطبيعة التجارية للأعمال المصرفية

1- الأعمال المصرفية تجارية بامتياز

أغلب دول العالم منحت العمليات المصرفية الصفة التجارية بحكم ماهيتها بغض النظر عن القائم بها ،و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري على سبيل المثال ، في قانون القرض و النقد 03-11 المعدل و المتمم لا سيما المادة : 09 منه و الذي اعطاها طابع شركات المساهمة .

وأن جميع العمليات الصرفية تعتبر أعمالا تجارية، وذلك بنص من القانون التجاري الجزائري، إذ جاء في المادة الثانية منه "يعدّ عمال تجاريا بحسب موضوعه كل عملية مصرفية، أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة[56]"

أما با لنسبة للعميل فإن إضفاء الصفة التجارية على هذه لأعمال يتوقف على صفة العميل، فإذا كان العميل تاجرا فإن العمل يكون تجاريا بالنسبة له أيضا،طالما كان هذا العمل متعلقا بنشاطه التجاري، وتطبيقا لقرينة تجارية جميع أعمال التاجر باعتبارها تتعلق بنشاطه التجاري، فإنه يقع على عاتق التاجر عبء إثبات العكس، أي إثبات أن العمل لا يتعلق بنشاطه التجاري؛ فإذااستطاع إثبات ذلك، فإن العمل يكون من الأعمال المدنية بالنسبة له

استقر الرأي في التشريع السعودي ، على اعتبار هذه الأعمال من الأعمال التجارية المنفردة قياسا على الصرافة التي اعتبرتها المادة «2/ج» من نظام المحكمة التجارية من الأعمال التجارية المنفردة[57]. وعلى ذلك تعتبر الأعمال المصرفية تجارية دائما بالنسبة للبنك.

أما بالنسبة للعميل فإن إضفاء الصفة التجارية على هذه لأعمال يتوقف على صفة العميل، فإذا كان العميل تاجرا فإن العمل يكون تجاريا بالنسبة له أيضا، طالما كان هذا العمل متعلقا بنشاطه التجاري، وتطبيقا لقرينة تجارية جميع أعمال التاجر باعتبارها تتعلق بنشاطه التجاري، فإنه يقع على عاتق التاجر عبء إثبات العكس، أي إثبات أن العمل لا يتعلق بنشاطه التجاري؛ فإذا استطاع إثبات ذلك، فإن العمل يكون من الأعمال المدنية بالنسبة له، وفي هذه الحالة يكون العمل المصرفي من الأعمال المختلطة؛ حيث ينطبق القانون التجاري على البنك وينطبق القانون المدني على العميل.

أ- تقدير وضع الأعمال المصرفية

يثور التساؤل عن مدى تجارية هذه الأعمال إذا وقعت مرة واحدة من شخص لم يصدر له ترخيص بمزاولة المهنة ؟. في هذه الحالة نرى أن العمل لا يعتبر من الأعمال المصرفية، ومن ثم فهو لا يعتبر تجاريا إلا إذ ا قام به تاجر وكان متعلقا بنشاطه التجاري.

أمام ضعف التعريف أصبح من الضروري تحديد ميزات العمليات المصرفية والتي يمكن جمعها بالتالي:

- **الصفة التجارية:**

---

[56] - الأمر 75-59 المتعلق بالقانون التجارةي بالجزائري المؤرخ ففي 26 سبتمبر 1975، ج ر رقم 101

[57] سعيد يحي، الوجيزفي التظام التجاري السعودي، الطبعة السادسة 1416-1995 ،ص .34
مزة علي مدني ، القانون التجاري السعودي، دار المدني للطباعة والنشر، جدة 1406 ص 43

- **وحدة اسلوب التعاقد**

من حيث الموضوع إتباع البنوك أسلوباً واضحاً في النماذج المصرفية كالعقود وغيرها من حيث الشكل والموضوع بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل بعيدة عن اللبس والغموض وتصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها وتوضح ما يصبو إليه أطرافها في تعاملهم بطريقة قانونية مبنية على النظم التجارية والأعراف والعادات.

أما من حيث الشكل فلها شكل خاص تتبعه كافة المصارف ذات آثار خاصة كالتعامل بالأوراق التجارية وغيرها.

تعتمد كافة البنوك في نماذجها على أسلوب موحد قد يصفها البعض بأنها عقود إذعان كما ذكرنا سلفا ، رغم توضيحها لحقوق وواجبات كل من البنك وعملائه.

تأسيساً على الأسلوب الموحد لكافة النماذج ولعدم قيام البنوك بتعديل شروطها بالإضافة لحاجة العملاء السريعة لإتمام التعامل يتم توقيع العملاء لهذه النماذج دون دراسة الشروط أو الدراية بتفاصيلها.

- **تتميز القوانين المصرفية بأنظمة موحدة** على المستوى الدولي كالاعتمادات والكفالات وبوالص التحصيل والنقل وغيرها مما يتعلق بالتجارة الخارجية بحيث لا تعطي العميل المجال لتغيير أو تعديل نصوصها المطبوعة لأنها نظم عالمية مقننة بواسطة مشرعي غرفة التجارة الدولية وتطبق بين كافة الدول العربية والأجنبية.

- **تجارية العمليات المصرفية** ، يمكن الأخذ **بمعيارين** لتحديد الأعمال المصرفية:

المعيار شخصي يقوم على أن جميع أعمال المصرف المتعلقة بنشاطه المصرفي مصرفية حتى يثبت العكس، وذلك قياساً على أن جميع أعمال التاجر تجارية حتى يثبت العكس «تبعية ، شخصية».

- ونظرًا لأهمية هذه الخصائص قامت بعض القوانين التجارية للدول بتقنين العرف المصرفي بالإضافة للقرارات الهامة الناشئة عن اتحادات المصارف التي أصبحت مع الزمن مستقرة وقاعدة يستند إليها بكافة النزاعات في غياب التشريع الخاص بدلاً من أحكام القانون المدني أو التجاري.

معيار موضوعي يقوم على تحديد فيما إذا كان النشاط المعني بحد ذاته «سواءً أكان الشخص الذي يقوم به مصرفاً أم لا» عملاً مصرفياً قياساً على ما تم تعداده من أعمال مصرفية في مختلف التشريعات الوضعية.

- فتمويل المشاريع مثلاً يكون بمجموعة عقود مترابطة تتضمن عقد تحويل وعقود قروض محلية وعقود قرض تهدف إلى تحقيق هدف اقتصادي مصرفي في مجمله، وبالتالي أصبحت العقود «المسماة أو غير المسماة» تهدف إلى تحقيق الهدف الاقتصادي الواحد للعمل الأصلي، وهو تمويل مشروع معيّن بضمانة هذا المشروع؛ وبالتالي يمكن تكييفه من الأعمال المصرفية.

الفقرة الخامسة : سرية الأعمال المصرفية

اولا : نشأة مبدأ سرية حسابات العملاء

تعد السرية العمليات المصرفية من الناحية القانونية من أساسيات العمل المصرفي في جميع أنحاء العالم، وهي أحد المبادئ المستقرة في العرف المصرفي منذ نشأة البنوك .

وبموجب هذا المبدأ، يلتزم المصرف بحفظ سرية الأعمال العائدة للعميل، ويشمل ذلك الاحتجاج بسرية حسابات العميل وجميع النشاطات المالية المرتبطة بهذه الحسابات، وذلك في مواجهة محاولات الاطلاع عليها سواء من جانب الأشخاص أو الجهات العامة، ما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق يقضي بغير ذلك .حرصت الأعراف والتقاليد المصرفية والقوانين منذ بداية الأعمال المصرفية على مبدأ السرية المصرفية الذي أصبح إحدى الركائز الأساسية التي يقوم عليها العمل المصرفي .وقد بدأ العمل المصرفي مع بداية تطور الأعمال التجارية، وكانت أوربا رائدة في هذا المجال، ومع مرور الزمن تطورت الأعراف والتقاليد المصرفية حتى أصبحت مبادئ مستقرة في العمل المصرفي .

وقد اتسع نطاق هذا المبدأ بحيث امتد ليشمل إلى جانب المجال المصرفي، العديد من أوجه المعاملات والنشاطات الاقتصادية والمالية التي يقوم بها الأشخاص من خلال الشركات والأعمال والاستثمار والمال والصرافة والتأمين وغيرها .وقد وضع مبدأ السرية المصرفية في قضية شهيرة عرضت أمام المحكمة العليا في انكلترا، وهي قضية تواينر ضد بنك الاتحاد الوطني البريطاني» 1924 ، « حيث قضت هذه المحكمة أن الالتزام بالسرية المصرفية هو التزام قانوني نتيجة للعقد الذي ينظم العلاقة بين العميل والبنك، وبموجب هذا العقد هناك شرط أساسي يلزم البنك بالحفاظ على السرية المصرفية، بل إن المحكمة قالت صراحة أن التزام البنك قانوني وتعاقدي وليس مجرد التزام أخلاقي أو أدبي وعليه فإن إخلال البنك بهذا الالتزام 1» . «القانوني التعاقدي يمنح العميل الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به[58]

نظرا لأن البنك يطلع على كثير من المعلومات المتعلقة بالعميل ونشاطه من خلال المعاملات التي تتم بينهما، ولما كان العميل لا يرغب في إعطاء هذه المعلومات إلى الغير إلا بعلمه ووفقا لما يحقق مصالحه، فقد كان من الضروري أن يلتزم البنك بعدم إفشاء هذه المعلومات التي تصله من خلال علاقته بالعميل.

ومع زيادة أعمال المنافسة التجارية زادت رغبة العملاء في المحافظة على أسرار تعاملاتهم؛ ومن هنا يزيد إقبالهم على البنك بقدر و مدى ما يوفره من سرية لتعاملاتهم معه.نشأ التزام البنوك بالمحافظة على سرية حسابات العملاء كالتزام أخلاقي من أدبيات العمل المصرفي؛ ثم بدأ يأخذ صورة الالتزام القانوني عن طريق وضعه كشرط في العقود التي تربط البنوك بعملائها، ولما جرى العمل بصفة معتادة على ذلك وشعرت البنوك بإلزامه ولو لم يتفق عليه صراحة، أصبح التزام البنوك بالسرية من العرف المصرفي. رغم ذلك ثار الخلاف حول نطاق السرية التي يلتزم بها البنك، سواء من حيث المعلومات التي تعتبر سرية أو من حيث الأشخاص الذين يحتج في مواجهتهم بالسرية فلا يفصح لهم البنك عن هذه المعلومات[59]. ولإزالة هذا الخلاف أصدرت دول كثيرة تشريعات خاصة تنظم سرية الحسابات المصرفية.

وقد اكتفت دول أخري بالنص على هذا الالتزام في القوانين والأنظمة الخاصة بالنشاط المصرفي[60]

ثانيا : التعريف الواسع للسرية:

---

[58] عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السر يه المصرفيه ضد قوانين غسيل الاموال ، مقالة منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربيه،العدد 78 ، حزيران 2007م

[59] عبد الرحمن السيد قرمان"نطاق الالتزام بالسر المصرفي دراسة مقارنة"دارلنهضة العربية بالقاهرة، 1998.ص

[60] ‹. Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative aux établissements de crédit et à leur contrôle, Journal officiel de la République française, n° 25, 25 janvier 1984, p. 390, article 57 : « Les établissements de crédit sont tenus au secret des opérations et des comptes de leurs clients. »

إن مهنة البنك تتيح لممارسيها الإطلاع على أسرار المتعاملين معها ، وتتطلب تبعا لذلك واجب عدم البوح بهذه الأسرار حرصا على مصلحتهم المادية والمعنوية وحفاظا على سمعتها المهنية.[61]

عرفت السرية المصرفية بأنها الواجب الملقي على عاتق البنك بعدم إفشاء الأسرار المصرفية التي ألت إليها بحكم وظيفتها أو في معرض هذه الوظيفة والمتعلقة بزبائنها وهذا الواجب فرضتها نصوص عامة بالإضافة إلي تقاليد وأعراف عامة. [62]

كما عرفت بأنها التزام يقع على عاتق شخص يسمي الآمين بعدم إفشاء الوقائع والأسرار التي تصل إلى علمها بطريقة مباشرة من صاحبها أو بطريقة غير مباشرة بمناسبة ممارسة مهنته. [63]3

نفهم من خلال هذا التعريف السرية المصرفية تدخل في إطار السرية المهنة ، الذي يقضي عدم إفشاء صاحب أية مهنة ، ومنها مهنة المصرفي الأسرار التي يجمعها والتي تصل إليها بحكم وظيفته أو بمناسبة ممارسة وظيفته وبالعودة إلى تشريعات بعض الدول يظهر بوضوح تبنيها للتعريف الواسع منها:

وعرفها المشرع الفرنسي في قانون العقوبات المعدل سنة 1994 في المادة 226/13 منها "بأنها القيام بإفشاء معلومات ذات صفة سرية ،عن طريق الشخص المودعة لديه هذه المعلومة ، بحكم وضعها أو مهنتها أو بسب وظيفتها أو مهمة مؤقتة [64]

أما المشرع المصري فقد نصت المادة 310 من قانون العقوبات " على ...أو غيرهم مودعا إليه بمقتضي صناعته أو وظيفته سر خصوصي اؤتمن عليه أفشاء في غير الأحوال التي يلزم القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بـ ..."

كما نص المشرع السوري في المادة565 من فإنون العقوبات علي ما يلى وضعه أو وظيفته ومهنته أو منصبه علي علم بسر و أفشاه دون سبب مشروع أو ا ستعمله لمنفعته الخاصة أو لمنفعة أخرى ،عوقب " 2 ...إذن على غرار المشرع المصري والفرنسي فالمشرع السوري أيضا قدم تعريفا واسعا للسرية يشمل العديد من المهن .

أما المشرع الجزائري فقد نص على السر المهني في المادة 117 من الأمر رقم 11-03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل و المتمم[65] ، و المادة 1/301 من قانون العقوبات المعدل والمتمم والتي تنص على أن " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة

---

[61]- الزلمي بسام احمد ، غسيل الأموال والسرية المصرفية ، بحث اعد لنيل درجة الدكتورة في الحقوق ، كلية الحقوق ،كلية الحقوق ، دمشق ، 2010، جامعة دمشق.ص 48

[62] محمد عبد الودود عبد الحفيظ ابو عمر ، المسؤولية الجزائية عن افشاء السر المصرفي ، هراسة مقارنة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 23.ص، 1999

[63].معتز نزيه صادق المهدي ، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007،ص،21

[64] DREYRE Emmanuel ,Droit penal special ,Ellipses, Paris ,2008,p179

-L'article 226-13 «modifie par ordonnance n°2000-916 du 19/09/2000»dispose : « la revelation dune information a caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession , soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire , est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000euro d'amende ».www.legifrance.gouv.fr

[65] -أنظر المادة 117 من أمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 ، المتعلق بالنقد والقرض ، ج رج ج عدد 52 ، المؤرخ في 27 غشت 2003.

والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها..."[66]

يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أعطى تعريفا واسعا للسرية المصرفية ،حيث يعاقب كل شخص حاول إفشاء أسراره المهنية دون أي سبب قانوني أو ضرورة ، و تعاقب هذه المادة كل من يفشى أسرار أي كانت طبيعتها وأيا كان صاحبها شخص طبيعي أو شخص معنويا ، ومهما كانت الطريقة التي وصلت إليه تلك المعلومات ، إما لسبب الوظيفة التي أو لأي منصب يشغله يسمح له بإطلاع علي تلك المعلومات.

ثالثا: نطاق الالتزام بالسرية المصرفية

يتضح من النصوص السابقة الوارد ذكرها فب الفقرة السابقة ما يلي

1- ، أن الالتزام بالسرية يقع على عاتق أي شخص يتيح له عمله الحصول على بيانات أو معرفة معلومات تتعلق بالنشاط المصرفي، أيا كانت طبيعة العلاقة التي تربط هذا الشخص بالبنك أو بالعميل. ويأتي في مقدمة الملتزمين العامل ينفي البنك ابتداء من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة حتى أدنى الدرجات الوظيفية في البنك، ولا يشترط أن يكون هو المختص اختصاصا دقيقا بالحصول على هذه المعلومات أو بطلب تلك البيانات، ولكن يكفي أن يكون عمله في البنك هو الذي مكنه من الحصول على هذه البيانات أو المعلومات.

كما يشمل الالتزام الأشخاص الذين لا يرتبطون بعلاقة وظيفية منتظمة مع البنك، مثل العمالة المؤقتة ومراجعي الحسابات من غير العاملين أو خبراء الحاسب الآلي ومفتشي مؤسسة النقد وغيرهم ممن يمكن أن يستعين البنك بخدماتهم. حيث اكتفي النظام بأن يكون الشخص قد حصل على المعلومة أثناء أو بمناسبة قيامه بعمل يتعلق بنشاط لبنوك.

2- يشمل الالتزام جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالنشاط المصرفي، سواء بالبنوك أو بالعملاء.

ولا يشترط أن يكون البيان أو المعلومة ذات أهمية أو على درجة كبيرة من الخطورة أو الضرر بالنسبة للبنك أو للعميل. وعلى ذلك يعتبر إفشاء للسرية مجرد القول بوجود علاقة بين البنك وشخص ما.

3- أن هذا الالتزام يوجد طوال فترة وجود العلاقة بين البنك والعميل، ويمتد بعد انتهائها بالقدر الذي يحدده العرف المصرفي.

4- يشمل الالتزام حظر إفشاء المعلومة بأي وسيلة أو طريقة؛ فيستوي أن تكون شفوية أو مكتوبة، بطريقة مباشرة أوغير مباشرة.

رابعا: الاستثناء عن مبدأ السرية المصرفية

لما كان الأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما، فإن الالتزام بعدم إفشاء أسرار العملاء يزول في الحالات التي لا يوجد فيها مبرر له. ويتحقق ذلك مثلا عندما يوافق العميل على إفشاء هذه المعلومات

[66] -انظر المادة 301 من امر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق ل 08 يونيو 1966 ، قانون العقوبات المعدل والمتمم.

بإعطائها لشخص آخر؛ وكذلك إذا كان إعطاء هذه المعلومات ضروري لحقيق العدالة أو للكشف عن جريمة أو لإثبات حق البنك في مواجهة العميل؛ وفي جميع الحالات التي يسمح فيها النظام بالكشف عن سرية هذه البيانات أو المعلومات.

1- سرية الحسابات ونظام مكافحة غسل الأموال

قادت الولايات المتحدة الأمريكية - بعد أحداث 11 سبتمبر 2001- حملة ضد سرية الحسابات المصرفية، باعتباره وسيلة لتشجيع على غسل الأموال[67]

واستخدام البنوك - وغيرها من المؤسسات المالية - وسيلة لتمويل الإرهاب، وقد أدى ذلك إلى صدور قوانين - متماثلة- في غالبية دول العالم تلقي على البنوك التزامات تمنع استخدام الأعمال المصرفية وسيلة لغسل الأموال وتمويل الإرهاب[68]

و هذا ما اورده المشرع الجزائري في القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهما و اورد في المادة 10 منه في حالة الشبهة أو الشك عن عملية مصرفية معقدة أو غير عادية ، بالابلاغ عنها متى اقتضى الامر ذلك ، مما يلزمها باعداد تقرير سري بذلك .

وقد اعتقد عدد كبير من المصرفيين أن فرض هذا الالتزام يعتبر إلغاء للالتزام بسرية الحسابات المصرفية،مما قد يترتب عليه هروب الأموال من البنوك الى مؤسسات أخرى يصعب فرض الرقابة عليها. ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح وهذا التخوف لا مجال له إلا إذا أساء العاملين في البنوك تطبيق النظام وقاموا الإبلاغ عن العمليات المصرفية بدون مبرر حقيقي، مما قد يزعج العملاء. أما إذا تحلى هؤلاء بالحكمة واعتمدوا على خبرتهم وفنهم المصرفي، فلن يوجد هذا الخطر .

وعلى ذلك يكون الأثر الذي يترتب على صدور نظام مكافحة غسل الأموال هو وضع استثناء على مبدأ سرية الحسابات الذي مازال قائما، ويتمثل هذا الاستثناء في إبلاغ وحدة التحريات المالية عن العمليات المصرفية المشتبه فيها على النحو الوارد في المادة السابعة سالفة الذكر. ويشترط أن يتم الإبلاغ في الحالات المنصوص عليها وفقا للضوابط المحددة في هذا الشأن.

المبحث الثاني: العقود المصرفية التقليدية

المطلب الأول الوديعة المصرفية

جرى في الماضي وضع الأموال في كيس أو صندوق يسلم للمصرف، وهذا الشكل من الإيداع قد زال بالنسبة للنقود، لكن المصارف لا تزال تحتفظ أحيانا في صناديقها بالأشياء الثمينة التي جاء بها زبائنها

[67] قصد بغسل الأموال مجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية « مثل التحويلات المصرفية والتعامل في بورصات الأوراق المالية والمضاربة على العقارات وشراء المشروعات الخاسرة لإعادة هيكلتها « يقوم بها الشخص الذي حصل على أموال من جريمة « من الاتجار في المخدرات أو الرشوة مثلا « ليقطع بها الصلة بين هذه الأموال والجريمة التي تحصلت منها « أي مصدرها غير المشروع « ٠ حتى يمكنه بعد ذلك إظهار هذه الأموال وكأنها مشروعة المصدر ويستخدمها في الاقتصاد العلني للدولة التي نشات فيها.

[68] انظر امر 05- المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهما

إليها، وهذه الصورة تعرف حاليا بإيجار الخزائن، وهذا ما يعبر عنه بالإيداع المنظم[69]، والذي كان يخضع لقواعد القانون المدني.

وكان لحاجة الناس الماسة للتعامل بالنقود، وما يتضمنه هذا التعامل من مخاطر بالنسبة لأطرافه تأثيره الإيجابي ، و دوره الفعال في تطوير العمليات المصرفية بصفة عامة وعمليات الإيداع بصفة خاصة، كونها كانت ولازالت تشكل المصدر الرئيسي لأموال البنك وشريان الحياة بالنسبة له.

فصاحب هذا الدور استعمال الصيارفة لأموالهم الخاصة والأموال المودعة لديهم ، المرخص لهم باستعمالها ، [70] بقصد الاستثمار في تمويل العملاء برؤوس الأموال والاشتراك في المشاريع التجارية والصناعية.

وبمرور الزمن تكدست ودائع العملاء لدى المصارف ، فاهتدوا إلى إمكانية استعمال الجزء النقدي و المالي منها في عمليات منح الائتمان، مقابل حصولهم على فائدة، وساهم عزوفهم عن فرض عمولات على الأموال المودعة لديهم في زيادة قيمتها وبالتالي ارتفاع موارد الائتمان ، ثم دخل العمل المصرفي عهداً جديداً بقبول الناس التزامات البنوك بديلا عن النقود في الوفاء بالديون، سواء كان ذلك في صورة إيصالات الإيداع أم في صورة أوامر الصرف المحررة من قبل المودعين لدائنيهم على البنوك. فقد أدركت البنوك في الحالتين قدرتها على تعويض تعهداتها بالدفع محل النقود فيما تزود به عملائها من قروض فزادت بذلك قدرتها على الإقراض وبالتالي زيادة الربح، وهذا ما يُعرفه الاقتصاديون بقدرة البنوك على خلق النقود.

وتعزز دور البنوك في فجر الثورة الصناعية والتحول الذي تبعها ومدى حاجة رجال الأعمال لرؤوس الأموال ، فأخذت البنوك شكل شركات مساهمة، ثم عرفت في أواخر القرن التاسع عشر وبعد الحرب العالمية الثانية حركة تركيز في معظم الدول الرأسمالية.

من خلال هذا العرض الموجز لتطور نشاط البنوك، يتضح أن الإيداع المصرفي يعتبر اللبنة الاساسية لبناء قطاع مصرفي قوي .

وبالتالي تطور عملياته، حيث بدأت عمليات الإيداع بوضع الأموال في أكياس وخزائن يتولى الصيرفي حفضها على سبيل الأمانة، أي الوديعة العادية التي اعتبرت في ظل القانون الروماني عقدا عينا لا يتم إلا بالتسليم، ذلك أنه لم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية وليست الوديعة من بينها[71]. وبالتالي كان الصيرفي يلتزم بضرورة حفظ الأموال المودعة لديه دون أن يخول له ذلك حق استعمالها، على أن يلتزم بردها عند الطلب مقابل أجر معلوم.

في الحقيقة تستلزم عملية تلقي الودائع من الجمهور، قدرا هاما من الثقة في البنك قصد جلب فئات المودعين. لذا أقرت التشريعات المقارنة، مجموعة من القواعد والأنظمة، لا تهدف إلى تقيد حرية البنك بقدر ما تسعى إلى حماية الودائع أو زبائن البنوك، ومن ورائهم استقرار السوق النقدية والمالية للدولة[72].

---

[69]أنظر في هذا المعنى:ج. ريبيرور. روبلو ترجمة علي مقلد ، المطول في القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2008 ، ص. 548- 549.

[70]G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 302.

[71]عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 07 المجلد 01 العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 2000 ص. 677.

[72]عجة جيلالي ، الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد 4، ص. 306.

ان الوديعة و باعتبارها عمل من العمليات المصرفية ، فإنها تتنوع تبعا لطبيعة الشيء محل الإيداع وللغرض من الوديعة.

إما أن يكون محل الوديعة نقودا أو صكوكا مالية، كالأسهم والسندات و الأوراق تجارية مثلا، وقد يرغب العميل فيحفظ أشيائه عن طريق استئجار إحدى الخزائن التي يعدها البنك لهذا الغرض.

يلجأ الأشخاص إلى إيداع نقودهم لدى البنوك إما للمحافظة عليها من السرقة والضياع أو التلف، وإما لشعورهم بالعجز عن استثمارها بطريقة تزيد من ، ومن أجل ذلك فهم يودعون نقودهم لدى البنك ويخولونه حق استعمالها واستغلالها، وذلك نظير حصولهم على عائد معين، مع التزام البنك برد القيمة العددية لهذه النقود عند نهاية المدة المتفق عليها.

ولا يعتبر إيداع العميل لنقوده لدى البنك مجرد إجراء ماديا يقتصر على مناولة هذه النقود إلى موظف البنك ثم يأتي فيستردها منه وقتما يشاء أو في الأجل المحدد بينهما، ولكن تعتبر عمليات الإيداع تصرفات قانونية بين العميل والبنك يترتب عليها آثار معينة بالنسبة للطرفين وبالنسبة للغير أحيانا.

الفرع الاول : ماهية عقد الوديعة المصرفية النقدية

تعد الوديعة المصرفية النقدية من اهم العمليات التي تقوم بها البنوك حيث تعتبر وهي بصدد القيام بهذه المهمة بمثابة الوسيط بين أصحاب الفائض المالي الذين يتجهون اليها لإيداع نقودهم، و بين أصحاب العجز المالي الذين يسعون لمحصول على قروض واعتمادات من قبل هذه البنوك التي تعتمد عادة في منحها لهذا الائتمان على ودائع عملائها.[1]

وعمليات الإيداع النقدي تصرفات قانونية بين البنك والعميل ، وليست مجرد اجراء مادي يقتصر على تسليم العميل للنقود إلى موظف البنك ، ثم استردادها وقت ما يشاء، أو حسب ما تم الاتفاق عليه.[73]

لذلك لابد من التعرف على هذه العملية القانونية من خلال التطرق إلى التعريفات المتعددة لها، والتي تتفق جميعاً على أن لهذا العقد خصائص وصفات تميزه عن غيره من العقود، كما أنلم وديعة المصرفية النقدية العديد من الأنواع والتي تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها .[74]

ولقد أولت معظم التشريعات اهتماما بالغا بعقد الوديعة المصرفية النقدية حيث أفردت لها نصوص خاصة و مفصلة، سواء في قانون خاص بالبنوك أو في القانون التجاري،[75] في حين اكتفت تشريعات أخرى بتعريف الوديعة في القانون المدني، مع ادراج بعض النصوص المتفرقة و المتعلقة بالوديعة المصرفية النقدية في قوانين مختلفة .

والوديعة المصرفية النقدية هي عبارة عن علاقة بين العميل المودع و البنك المودع لديه، و التي يتم تكوينيا عن طريق إبرام عقد الإيداع بين الطرفين، وذلك وفق الأركان و الشروط المنصوص عليها في القانون المدني، و في نفس الوقت يقوم البنك بفتح ما يسمى بحساب الوديعة المصرفية النقدية بإتباع مجموعة

---

[73]- عبد الرحمن السيد قرمان ،عمليات البنوك ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000،ص168.

[74]- أكرم ياملكي ،الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ،الطبعة الأولى ،الإصدار الرابع ،دار الثقافة لمنشر والتوزيع، عمان،2009،ص289-291.

[75] طالب حسين موسى، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، عمان،2011، ص 211.

من الإجراءات .[76]

ونظراً لتميز الوديعة المصرفية النقدية بمجموعة من الخصائص باعتبارها عمل مصرفي تقوم به البنوك، فإن الفقه اختلف حول طبيعتها القانونية، فهناك من اعتبرها وديعة تامة تطبق عليها القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، في حين اعتبرها جانب آخر من الفقه بأنها وديعة شاذة لأن البنك لا يلتزم برد عين الوديعة إنما برد مثليا، أما الرأي آخر فقد ذهب إلى اعتبارها قرضا نظار لانتقال ملكية المبالغ المودعة من العميل إلى البنك بمجرد الإيداع. [77]

الفقرة الأولى: تعريف عقد الوديعة النقدية وخصائصها

ولقد أولت معظم التشريعات اهتماما بالغا بعقد الوديعة المصرفية النقدية حيث أفردت لها نصوص خاصة و مفصلة، سواء في قانون خاص بالبنوك أو في القانون التجاري،[78] في حين اكتفت تشريعات أخرى بتعريف الوديعة في القانون المدني، مع ادراج بعض النصوص المتفرقة و المتعلقة بالوديعة المصرفية النقدية في قوانين مختلفة [79].

والوديعة المصرفية النقدية هي عبارة عن علاقة بين العميل المودع و البنك المودع لديه، و التي يتم تكوينيا عن طريق إبرام عقد الإيداع بين الطرفين، وذلك وفق الأركان و الشروط المنصوص عليها في القانون المدني، و في نفس الوقت يقوم البنك بفتح ما يسمى بحساب الوديعة المصرفية النقدية بإتباع مجموعة من الإجراءات .[80]

أولا : تعريف عقد الوديعة المصرفية

1- **التعريف اللغوي**

الوديعة هي اسم للإيداع وتطلق على العين المودعة، وهي من أسماء الأضداد تستعمل في إعطاء المال لحفظه وفي قبوله إذ يقال "أودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده ويقال أيضا أودعته مالا بمعنى قبلت منه ذلك المال ليكون وديعة عندي ".

فمعنى الوديعة في اللغة إذا هو ما وضع عند غير مالكه ليحفظه[81].

وهناك من يميز بين الوديعة و الإيداع، حيث يعرف الإيداع على أنه تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو ضمنيا.

---

[76] - ، ممدوح محمد الجنبيهي ، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 23.

[77]- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، بد ون بمد النشر، 1994، ص39-41.

[78] د طالب حسين موسى، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، عمان،2011، ص 211.

[79]- عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك وفقا لقانون التجاري العماني ،المكتب الجامعي الحديث، مصر،2006 ، ص13.

[80] ، ممدوح محمد الجنبيهي ، الحنبيهي محمد منير ، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000، ص 23.

[81] عائشة الشرقاوي المالقي ، المرجع السابق ،ص125- 126 .

أما الوديعة فهي المال المودع عند أمين لحفظه.[82]

2- **التعريف الاصطلاحي**

تعددت التعريفات التي جاء بها الفقهاء بشأن الوديعة المصرفية النقدية، والتي يمكن تقسيمها من الناحية النظرية إلى التعريفات التي جاءت بالمعنى الضيق للوديعة المصرفية النقدية من جهة، وتلك التي أعطت لها معنى واسع من جهة أخرى .

أ- **المعنى الضيق**

يقصد بها ذلك العقد الذي يتم إبرامه بين طرفين أو أكثر[83]، وهما العميل المودع سواء كان شخص طبيعي أو المعنوي من جهة، والبنك المودع لديه من جهة أخرى[84]، كما يمكن ابرامه بين عدة عملاء من جهة والبنك من جهة أخرى.[85]

وبمقتضى هذا العقد المتبادل يقوم المودع بتسليم مبلغ من النقود إلى أحد المصارف[86] والذي يلتزم برده لدى الطلب أو وفقا لمشروط المتفق عليها[87]، ويخول هذا العقد لبنك حق التصرف في المبالغ المودعة، ومرد هذا الحق يعود إلى أن هذا الأخير يكتسب ملكية هذه النقود مما يسمح له باستعمالها، و التصرف فيها بما يتفق ونشاطه، وفي المقابل يلتزم برد مثلها للمودع طبقا لشروط العقد ،إما دفعة واحدة أو على دفعات.[88]

وانتقال ملكية المبالغ المودعة إلى البنك يجعل من هذا الأخير مجرد مدين للعميل برصيد الحساب،لأنه من الناحية العملية يتم تقييد الأموال المودعة لدى البنك في الجانب الدائن للعميل.

إلا أن هناك جانب من الفقه يرى بأن عقد الوديعة لا يؤدي إلى انتقال ملكية النقود،إنما تبقى لصاحبها الذي تخلى عن التصرف فيها، ونقل هذا الحق وبشكل مؤقت إلى البنك الذي يكون له حق استعمالها في حدود عمليات السحب المحتملة من قبل أصحابها.[89]

إلا أن هذا الاتجاه مستبعد لأن معظم التشريعات جسدت الرأي الأول الذي يقضي بانتقال الملكية في معظم نصوصها وهذا ما سنتطرق اليها لاحقا.

ومن خلال مجمل هذه التعريفات يمكن القول بأن عقد الوديعة المصرفية النقدية قائم على فكرتين أساسيتين وهما فكرة الحفظ التي يهدف اليها العميل [90]، من خلال تسليمه للنقود إلى البنك، وفكرة الاستثمار

---

[82] المرجع نفسه ،ص125- 126.

[83] أنطوان الناشف -خليل الهندي ،العمليات المصرفية والسوق المالية ،الجزء الأول ،المؤسسة الحديثة لمكتاب، بيروت ،1998، ص72.

[84] خالد ابراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية و العلمية ،الطبعة الأولى ،دار الاسراء لمنشر والتوزيع،عمان،2004 ، ص100.

[85] عبد الرحمن السيد قرمان،المرجع السابق،ص189.

[86] إلياس ناصيف،الكامل في قانون التجارة ،عمليات المصارف ،الجزء الثالث ،الطبعة الأولى ،منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت باريس،1983، ص353.

[87]- مصطفى كمال طه ، علي البارودي ، القانون التجاري، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2001، ص633.

[88] أنطوان الناشف - خليل الهندي ، المرجع السابق ، ص72-73.

[89]- الطاهر لطرش ،تقنيات البنوك ،الطبعة السابعة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2010،ص25-26.

[90]- إلياس ناصيف ،المرجع السابق، ص355.

التي تتجسد في استثمار هذه النقود، واستعمالها من قبل البنك بما يوفر له اكبر احتياجاته وتمكنه في منح الائتمان المصرفي، وذلك بقيامه بمنح هذه الودائع كقروض أو اعتمادات لعملائه.[91]

ب- **المعنى الواسع**

يقصد بالمعنى العام للوديعة المصرفية النقدية ، أو الو صف الاقتصادي لها أن الودائع هي مجموع الموجودات المودعة من الزبائن لدى البنك، تقدم عادة من طرف الأشخاص أو شركات تجارية «[92] »، فللبنك حق توظيفها في شكل قروض تقدم للزبائن.

حيث تقوم البنوك بوظيفة نقدية إذ تقوم بجمع المدخرات من الأفراد والهيئات بقبول الودائع بمختلف أنواعها، إذ كانت الودائع تمثل أموالا عاطلة قبل إيداعها في البنك،ولكن بعد إيداعها تدخل مجال الاستثمار والتوظيف.»[93]«

فهذه الوديعة لا تقتصر على النقود من قبل العميل إلى البنك تنفيذا لعقد الوديعة[94] ،إنما تتعداه إلى كل القيم والمبالغ التي يكون العميل دائنا بها في مواجهة البنك بمناسبة عمليات منجزة لصالحه[95]، لأن البنك عندما يدخل في معاملات مع العميل يقوم بفتح حساب لهذا الأخير يسمى بحساب الوديعة أو حساب الشيكات، والذي يغذى من مصادر متعددة ،فإما أن يكون بالإيداع النقدي المباشر،أو بناتج شيكات خصمها البنك لمصلحة عميله، أو أوامر تحويل نفذت له ، أو اعتماد قيد في الحساب لصالحه[96]، كما يمكن أن تكون ناتجة عن أرباح وفوائد، أو عن أوراق تجارية تم استعادتها،أو قيم منقولة تم بيعها ،إلى غيرها من مصادر مختلفة.[97]

فالوديعة المصرفية النقدية حسب هذا المعنى تشمل كل ما يكون للعميل في دفاتر البنك دون نظر إلى مصدر هذه النقود التي تعرف بالنقود القيدية أو الكتابية، فهي إذا تأخذ حكم الوديعة المصرفية العادية، مما يسمح للعميل أن يتصرف فيها كما يتصرف في هذه الأخيرة[98]، بالرغم من أن هذه النقود جاءت بمناسبة عمليات قانونية أخرى وليس تنفيذا لعقد الوديعة.[99]

ت - التعريف القانوني و الفقهي للوديعة النقدية :

ت-1 التعريف القانوني:

ان العديد من التشريعات المقارنة إلى بلورة تعاريف لعقد الإيداع النقدي؛ متقاربة فيما بينها من حيث

---

[91] خالد ابراهيم التلاحمة،المرجع السابق ، ص100.

[92] محدادي محمد نور الدين، الجهاز المصرفي في الجزائر وإصلاحات نظام التمويل، رسالة تدخل من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2003،ص21.

[93] لطرش الطاهر ، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 11.

[94] علي جمال الدين عوض،المرجع السابق، ص35.

[95] - Philippe Delebecque، Michel Germain، Traité de droit commercial، Tame 2، 17e éditio.L.G.D.J ،paris،2004،p302.

[96] علي جمال الدين عوض،المرجع السابق، ص35- 36.

[97] راجع المادة 201 من قانون التجارة المصري الجديد؛ وفي الفقه راجع مصطفي طه، القانون التجاري، ج 1 ،1980 ،رقم 562 ؛ و سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك. الطبعة 1992 ، ص 8 .

[98]- علي جمال الدين عوض،المرجع السابق، ص36.

[99]- Philippe Delebecque، Michel Germain، op.cit،p302.

المبدأ، مع اختلاف في بعض التفصيل.أخذ الباب الثالث من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 لسنة 1999 بتفصيل أحكام هذا العقد فنصت المادة 301 منه:" وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقا لشروط العقد". وفي هذا ذهب الفقه المصري، إذ عرفها بعض الشراح بأنها:" النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك، والتي يستخدمها البنك في نشاطه المهني، على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم أو إلى شخص آخر معين لدى الطلب أو بالشروط المتّفق عليها"[100].

وعليه فإن المشرع المصري، ومن خلال نصه على عقد الوديعة النقدية في الباب الثالث من قانون التجارة الجديد لسنة 1999 ـ كما أسلفنا قد أدخله ضمن العمليات التي تعقدها البنوك دون سواها مع عملائها سواء كانوا تجارا أو غير ذلك. والبنك وفقا لما استقر عليه القضاء[101]في مصر، هو الشخص الذي يتلقى الودائع من الجمهور، ويتصرف فيها لحساب نفسه لا لحساب غيره، فإن كان مقصودا أن يتصرف فيها لحساب غيره، كان وكيلا ولم يكن بنكا بالمعنى الاصطلاحي[102]. وهذا ما أكّدته المذكّرة الإيضاحية للمادة 301 تجاري مصري جديد، إذ جاء فيها:"... وما دام البنك يتملك النقود المودعة فإن له أن يستخدمها كما يشاء بشرط أن يكون ذلك بما يتّفقونشاطه...".

بالنسبة للقانون الفرنسي - ورغم عراقته- فلم ينص على تعريف لعقد الوديعة النقدية إلى غاية صدور قانون 1941 المتعلق بالنقد والقرض، كما جاء في المادة الرابعة منه[103]

بعد ذلك جاء قانون 1984 المتعلق بالنقد والقرض، حيث أعاد المشرع ومن خلال المادة الثانية منه[104]، صياغة حكم قديم موجود في قانون 1941 مع الإشارة أن هذا الأخير كان أكثر وضوحا[105]، رغم أن المشرع آنذاك لم يقدم تعريفا دقيقا لعملية الإيداع النقدي بل اكتفى بإعطاء وصف للعمليات التي من شأنها أن تشكّل موارد مالية للبنك. ويرى بعض الفقه الفرنسي أن الأمر راجع لضروريات الوضعية الاقتصادية في تلك

---

[100] علي جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية الطبعة الرابعة دار النهضة العربية مصر 2008ص. 74.

[101] نقض مصري بتاريخ 4 نوفمبر 1964، مج 16، ص 973، 31 أكتوبر مج 24، ص 1035؛ مقتبس عن: علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص. 17.

[102] معوض عبد التواب الموسوعة التجارية الشاملةالجزء الثانيدار الفكر والقانونالطبعة الأولىمصر 2000 ص. 429.

[103] « Sont considérés comme fonds reçus sous forme de dépôt,quelle que soit leur dénomination, tous les fonds que toute entreprise ou personne reçoit avec ou sans stipulation d'intérêt de tous tiers, sur sa sollicitation ou à la demande du déposant, avec le droit d'en disposer pour les besoins de son activité propre sous la charge d'assurer audit déposant un service de caisse et notamment de payer, a concurrence des fonds se trouvant en dépôt, tous les ordres de disposition donnés par lui, par chèques, virement ou de toute autre façon, en sa faveur ou en faveur de tiers, et de recevoir, pour le joindre au dépôt, toutes sommes que la dite entreprise ou personne dépositaire aura à encaisser pour le déposant, soit d'accord avec celui-ci, soit en vertu de l'usage».

[104] L'article 02 loi du 24/01/1984 dispose que: « sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôt avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge de les restituer ».

[105] J. L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, 4ieme édition, Dalloz, France, 1986, p. 28.

الفترة[106].أما قانون1984 المتعلق بالنقد والقرض، فقد سكت عن إعطاء وصف أو تعداد لعمليات تلقي الأموال من طرف البنوك، رغم أن العناصر المميزة لهذه العملية بقيت نفسها، والمتمثلة أساسا فيما يلي:

- تلقي الأموال من الجمهور[107]: ومضمون تلقي الأموال من الجمهور يؤخذ بمفهومه الواسع إذا يضم الأموال المتلقاة بالعملة الوطنية ـ الفرنسية ـ والأجنبية سواء كانت نقود معدنية أو ورقية تحصل عليها البنك عن طريق التحويل المصرفي أو الشيكات، وأيا كانت الدعامة القانونية، حساب جاري، عقد قرض أو مجرد حساب بنكي.

- أن يكون المتلقي لهذه الأموال قادرا على إرجاعها.

- يجب أن يتمكن المتلقي للأموال من استعمالها لحسابه الخاص.

وعلى ضوء ما سبق، ونظرا لتفادى المشرع الفرنسي إعطاء تعريف قانوني لعملية الإيداع النقدي، فإن الفقه حاول تقديم التعريف التالي:

« Le dépôt est un contrat par lequel une personne remet une certaine somme d'argent à un banquier qui s'engage à la lui restituer sur sa demande »[108].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، نصت المادة 66 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على أنه:" تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".وهي نفس محتوى نص المادة 110[109]من الأمر90-10 المعدل ، باستثناء مصطلح"الأعمال المصرفية" الوارد في هذا الأخير، المستبدل بمصطلح"العمليات المصرفية" في الأمر 03-11. وبالرجوع للنصين باللغة الفرنسية[110]، يعتبر المشرع صائبا في تعديله.

ثم عرفت المادة 67 من الأمر 03-11 الأموال المتلقاة من الجمهور بأنّها: "... الأموال التي يتم تلقيها من الغير ،لا سيما في شكل ودائع مع حق استعمالها لحساب من تلقها، بشرط إعادتها..."[111].

ويظهر من خلال نص المادة 66 من الأمر03-11 أن المشرع اقتف أثر نظيره الفرنسي، بحيث لم يحدد

---

[106]" Ainsi le législateur de 1941 s'était-il efforcé de saisir la réalité économique sans s'encombrer des catégories juridiques, il a décrit les opérations qui peuvent constituer les ressources des banques, il les a énumérées sans chercher à les définir au point de vus juridique". J. L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., p. 26.

[107]" La notion de remise de fonds est très large dans la mesure où elle peut être constituée par la remise d'une monnaie française ou étrangère, « sonnante et trébuchante » ou scripturale, éffectuée par virement ou par chèque, le support juridique à l'origine de la remise importe peu également convention de prèt, convention de compte courant, simple dépôt". C. D'HOR-LAUPRETRE, Droit du crédit, Ellipses, France, 1992, p. .90

[108]G . RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. .003

[109]المادّة 110 من القانون 90-10 المتعلق بالقرض والنقد المعدل و المتمم بامر 03-11 " تتضمن الأعمال المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل".

[110]Comparez: article 110 de la loi 90-10, article 66 de l'ordonnance 03-.11

[111]تقابلها المادّة 111 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض « الملغى» بدون تغيير.

تعريفا خاصا للعمليات المصرفية، وإنما اكتفى بتعداد لهذه العمليات[112]، شمل ثلاث اركان كما سبق ذكرها

- تلقي الأموال من الجمهور.
- عمليات القرض.
- وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن، وإدارة هذه الوسائل.

وتعتبر أموالا متلقاة من الجمهور، الأموال التي يحصل عليها البنك من شخص آخر، وخصوصا في شكل ودائع، بحيث يصبح البنك مالكا للمبلغ المودع لديه ويترتب على هذا خاصية أساسية هي حرية التصرف في المبلغ المودع لحسابه الخاص[113]، على أن يلتزم برد مبلغ مماثل للمودع[114] حسب شروط العقد أو الاتفاق. وجدير بالذكر أن مفهوم "الأموال المتلقاة من الجمهور" واسع يؤدي إلى إدخال عدد كبير من العمليات تحت غطاءه[115].

وطالما أن المشرع استعمل في نص المادة 67 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد

والقرض المعدل والمتمم، عبارة: "...لاسيما في شكل ودائع ..."

: **"تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور، الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لاسيما في شكل ودائع،مع حق استعمالها لحساب من تلقاها،بشرط إعادتها"**.»[116]«

فهذا دلالة واضحة على إمكانية تلقي الأموال من الجمهور بعمليات أخرى غير الإيداع النقدي[117].

ولما كانت المادة 67 من الأمر 03-11 تشترط بدورها في الأموالالمتلقاة من الجمهور العناصر التالية:

أن يتلقى البنك الأموال من الغير.

أن تذهب إرادة الأطراف – البنك والغير- إلى استعمال الأموال لحساب البنك.

أن يلتزم البنك برد القيمة النقدية للأموال التي استلمها وفقا لشروط العقد أو الاتفاق.

فعقد إيداع النقود هو العقد الذي يتم بين الزبون المودع من جانب، والبنك من جانب آخر، يضع

---

[112]أحمد بلودنين الوجيز في القانون البنكي الجزائري دار بلقيس الجزائر بدون سنة نشر ص. 51.

[113]بالنسبة للمشرّع المصري على سبيل المثال تقضي المادّة 301 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999:
"وديعة النقود...والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه..." أي إذا خرج الاستعمال عن حدود نشاط البنك لم تكن وديعة بمعنى المادّة 301 من قانون التجارة المصري.

[114]مصطفى كمال طه وعلي البارودي القانون التجاري الأوراق التجارية الإفلاس العقود التجارية عمليات البنوك منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2001 ص. 631.

[115]« Il est peu d'opérations qui n'entrent pas dans cette définition.». J. P. DESCHAMEL, Droit bancaire, l'institution bancaire, Dalloz, France, 1995, p. 28.

[116]- أمر رقم 03 -11، المتعلق بالنقد والقرض، مرجع سابق.

[117]« Un trier quelconque, autre que le récepteur, constitue le public qui dépose un actif monétaire sous couvert de quelque contrat que se soit : dépôt, mandât, souscription d'un bon, dès lors que la remise n'est définitive «notion de restitution», ni affectée c'est-à-dire ne comportant pas le pouvoir d'en disposer pour son propre compte fut-ce un instant de raison.». J. P. DESCHAMEL, op. cit., p. 29.

بموجبه العميل مبلغا نقديا لدى البنك، ويترتب على هذا العقد، الذي يخول البنك ملكية النقود المودعة لديه والتصرف فيها لحسابه لخاص ،التزام البنك برد القدر العددي[118] للنقود المودعة لديه، في الميعاد المحدد حسب الاتفاق، والذي قد يكون عند الطلب أو بعد أجل معين أو بشرط إخطار سابق[119].

والظاهر أن هذا التعريف لعقد الوديعة لا يختلف في مدلوله على ما نص عليه المشرع في المادة 598[120]من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، والتي تحيل بدورها إلى الأحكام الواردة في الفصل السابع، أي المواد من450 إلى 458 من نفس الأمر، والمتعلقة بالقرض الاستهلاكي[121].

ولما كان البنك مخولا باستعمال الأموال المودعة لديه لحسابه الخاص في أوجه نشاطاته المختلفة والمتمثلة أساسا في عمليات منح الائتمان، فهذه النقطة تعتبر نقطة توافق بين عقد الوديعة وعقد القرض كما سبق توضيحه، وهي في الآن نفسه، نقطة اختلاف جوهرية مع عقد الوديعة العادية، حيث لا تنتقل ملكية الشيء المودع إلى المودع لديه، بل يبقى ملك المودع يسترده بالذات[122].

ت-2 التعريف الفقهي :

ذهب بعض الفقه في تعريفه الوديعة المصرفية النقدية إلى القول في هذا العقد،[123]، يخول للبنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقا لشروط لعقد[124] .ويرى البعض أن المقابل الذي يحصل عليه العميل « العائد» نظير إيداع نقوده يعتبر عنصرا من عناصر هذا العقد[125]

إذ يتعهد المصرف بموجب عقد الوديعة المصرفية النقدية بدفع فائدة ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع إن لم يكن يوم عطلة، ولغاية اليوم الذي يسبق إعادة كل مبلغ ما لم يكن هناك اتفاق مخالف ، بغض النظر فيما تعلق بالبنوك التي لا تتعامل بالربا . [126]

في حين لم يتطرق بعض الفقهاء في تعريفهم لهذا العقد لعنصر الفائدة، كونهم لا يعتبرونها عنصرا من عناصر فتح الحساب، مما يدل حسب أريهم على إمكانية غياب عنصر الفائدة من حساب الودائع.[127]

---

[118] أنظر بخصوص النقود القانونية والنقود القيدية: عزيز العكيلي المرجع السابق ص. 287.

[119] عبد الحميد الشواربي عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء والتشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 منشأة المعارف مصر 2006 ص. 51.

[120] المادّة 598 ق. م. ج :" إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في استعماله اعتبر العقد قرضا".

[121] المادّة 450 ق.م. ج :" قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء آخر على أن يردّ إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة".

[122] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط ...العقود الواردة على العمل المرجع السابق ج.7 م. 1 ص. 429- 510.

[123] عبد الرحمن السيد قرمان،المرجع السابق،ص170.

[124] راجع المادة 201 من قانون التجارة المصري الجديد؛ وفي الفقه راجع مصطفي طه، القانون النجاري، ج 1 ،1980 ،رقم 562 ؛ سميحة القليوبي، االسس القانونية لعمليات البنوك. 1992 1 رقم 8 ؛ أبوزيد رضوان ورضا السيد. عمليات البتوك.19931992٠149٠ ،

[125] رضا عبيد، القانون التجاري، 1984 ، رقم 636.

[126] إلياس ناصيف،المرجع السابق،ص353.

[127] هاني محمد دويدار،النظام القانوني لمتجارة ،الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية لمنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص315.

بالإضافة إلى ذلك فقد تم تعريفها تعريفا ماديا بالاعتماد على محل العقد حيث قيل بأنها

تلك النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك،والتي يستخدمها في نشاطه المهني على أن يتعهد هذا الأخير بردها،أو رد مبلغ مساوي لها إلى المودع أوالى شخص أخر معين لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها.[128]

وأمام هذه الاختلافات الفقهية التي حاولت وضع عقد الوديعة المصرفية النقدية في قالب من قوالب القانون المدني، فقد اتجه جانب أخر من الفقه إلى القول بخصوصية هذا العقد ،واعتباره عملا مصرفيا قائما بذاته و تطبق عليه العادات والأعراف المصرفية. [129]

ث- التكييف الفقهي لطبيعة العقد الوديعة النقدية المصرفية

بقيت مسألة تكيفه تشكل محطة لجدل واسع لدى الفقه[130]والقضاء، قديما وحديثا اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة عقد الوديعة النقدية المصرفية بين آراء عدة :

ونظراً لتميز الوديعة المصرفية النقدية بمجموعة من الخصائص باعتبارها عمل مصرفي تقوم به البنوك، فإن الفقه اختلف حول طبيعتها القانونية، فهناك من الفقه من اعتبرها وديعة تامة فمنهم من يرى أنه عقد وديعة عادية تطبق عليها القواعد العامة ومن ثم ينطبق عليه القواعد الواردة في القانون المدني أبشأن عقد الوديعة ، ولكن هذا الرأي واضح أنه لم يلق قبولا لدى جمهور الفقه نظرا لاختلاف عقد الوديعة النقدية المصرفية عن عقد الوديعة العادية، حيث يلتزم المودع لديه في العقد الأخير بالمحافظة على الوديعة وعدم استعمالها ويلتزم برد ها عند الطلب أوعند حلول الأجل، وهذا ليس هو الشأن في الوديعة النقدية.

في حين اعتبرها جانب آخر من الفقه بأنها وديعة شاذة لأن البنك لا يلتزم برد عين الوديعة إنما برد مثلها، أما رأي آخر فقد ذهب إلى اعتبارها قرضا نظير انتقال ملكية المبالغ المودعة من العميل إلى البنك بمجرد الإيداع ،والتي يكون من حق البنك استعمالها والتصرف فيها. [131]

أبرز المتمسكين بهذا الرأي، الفقيه الفرنسي G. RIPERT، إذ يغلب فكرة الحفظ ويعتبرها الهدف الحقيقي من عملية إيداع النقود لدى البنك و هذا ما يستساغ من قوله. [132].

وسرعان ما يقر الفقيه بأن التكيف المقترح من طرفه ليس له إلا قيمة نظرية فقط، ذلك لأن المبادئ الخاصة بعقد الوديعة لا يمكن إعمالها على الوديعة النقدية. حيث أن الأصل في الوديعة العادية أن الشيء

---

[128] علي جمال الدين عوض،المرجع السابق، ص35.

[129] عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك وفقا لقانون التجاري العماني ،المكتب الجامعي الحديث، مصر،2006 ، ص13.

[130]Voir en ce sens; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO. Droit commercial, 4ème volume, 2ème édition, banque et bourses, édition Montchrestien, p. 259- .062

[131] علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، بد ون بمد النشر، 1994، ص39-41.

[132]G. R IPERT et R. ROBLOT par Ph. .DELBEQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 3O3
« Or la personne qui dépose des fonds en banque ne propose essentiellement de se décharger sur une autre de la garde de ses fonds. Si elle en remet l'usage au banquier, c'est que cet usage ne peut détériorer la chose et que la restitution à l'identique est pour elle la seule exigence »

المودع لا يخضع للمقاصة[133]، فإن المستقر عليه وقوعها بين ما يودعه العميل وما يترتب في ذمته من ديون للبنك.

ولما كان البنك في عقد إيداع النقود يقوم باستغلال الأموال المودعة لديه، فإنه يقدم للمودع فائدة هي بمثابة تعويض لقاء ما كسبه من استغلال لأمواله.

ويصدق هذا الوصف خاصة إذا تعلق الأمر بالوديعة لأجل، إذ يقبل المودع على إيداع أمواله بقصد حفظها واستردادها وقت الطلب، رغم ما يترتب عن هذا العقد من انتقال لملكية النقود المودعة للبنك، وحريته في التصرف فيها لحسابه الخاص، يبقى هذا الأخير مستودعا ، لأنه تعاقد بغرض حفظ الأموال لحساب عميله.

كما أن ضمان البنك للوديعة يختلف عن ضمان المودع لديه في الوديعة العادية إذ يمتد إلى تلف المال، ولو بقوة قاهرة[134]. بالإضافة إلى أن البنك المودع لديه لا يلتزم بعدم خلط الوديعة بأمواله الأخرى[135].

ويؤكد هذا التنافر بالنسبة للمشرع الجزائري مقارنة المادتين 591 من القانون المدني، والمادة 67 في فقرتها الأولى من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، إذ تقضي الأولى بأنه "على المودع لديه أن يتسلم الوديعة. وليس له أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمنيا" بينما تنص المادة الثانية بأنه:" تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور الأموال التي يتم تلقيها من الغير، لا سيما في شكل ودائع، مع حق استعمالها لحساب من تلقاها ،بشرط إعادتها".

وهذا ما دفع غالبية الفقه[136] إلى اعتبار الوديعة النقدية المصرفية بمثابة وديعة ناقصة أو شاذة ، لأن المودع لديه لا يلتزم بالمحافظة على الشيء المودع ولكن له حق[137] وتطبيقا لذلك قررت لجنة تسوية المنازعات المصرفية أن التزام البنك المودع لديه بالمحافظة على المبالغ المودعة لديه، وأن يرد مثلها في حالة طلب استردادها من قبل المودع ولو هلكت بقوة قاهرة.

فإن إلغاء فئة معينة من العملة المكونة منها الوديعة لا يعفي البنك من التزامه بالرد. ولكنه يظل ملتزما بان يرد إلى المودع مبلغ الوديعة بفئات العملة التي لا زالت سارية في استعماله ويلتزم برد مثله وليس رد عين الشيء المودع. وهى بذلك تعتبر لدى أصحاب هذا الرأي، في صورتها الغالبة بمثابة عقد قرض.

وقد ذهب جانب من الفقه ، إلى القول بأن عقد وديعة النقود المصرفية يعتبر من العقود غير المسماة، وهو عقد ذو طبيعة خاصة، فعقد الوديعة النقدية المصرفية نشأ في أحضان البنوك واستقرت قواعده بمقتضى العرف المصرفي، فهو عقد غريب عن القانون المدني من حيث غايته الاقتصادية، سواء بالنسبة للبنك

---

[133] المادة 299ق. م. ج:" تقع المقاصة مهما اختلفت مصادر الديون, فيما عدا الحالات التالية: إذا كان
أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا ردّه.
إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا للاستعمال وكان مطلوبا ردّه.
إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز".

[134] محمد علي محمد أحمد البنا, المرجع السابق, ص. 460.

[135] محمد علي محمد أحمد البنا, المرجع السابق, ص. 459 .

[136] راجع بشأن هذا الخلاف علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، 1989، ص 22 وما بعده؛
علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص 214 وما بعده

[137] راجع : علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، رقم27.ص43 وما بمدها : مصطفي طه،المرجع السابق، رقم67، ص٥٠٤-٩٠3٠

المودع لديه أو بالنسبة للعميل المودع، ومن ثم يستعصي على أن يوضع في تحت أحد العقود المعروفة في القانون المدني. ،أذ تبرز فيه خصائص عقد الوديعة العادية تارة وتغلب عليه خصائص عقد القرض تارة أخرى، فإن بعض الفقه[138] يعتبره عقدا ذا طبيعة خاصة حيث نشأ في بيئة تجارية محضة، واستمد منها مميزات أضفت عليه إطارا قانونيا مختلفا عن بقية العقود المسماة. كما لا يمكن التسليم بكونه مجرد صورة شاذة لعقد آخر مسمى؛ فالزبون لا يودع نقوده البنك بغرض الاحتفاظ بها بل قصد إنفاقها، والبنك يقدم له هذه الخدمة بمعنى أنه يعفيه من حمل النقود، مع تمكينه من استعمالها وبأسهل طرق الاستعمال كالشيكات وأوامر الدفع. وهكذا يتضح أن الهدف الأساسي للإيداع النقدي بالنسبة للزبون هو الاستعمال المُطَمْئن للنقود.

كما أن تعارف الناس على تسميته "عقد الوديعة النقدية" دليل على عدم حاجته للانزياح تحت عقد أخر، زد على ذلك خصائصه، إذ يتملك البنك النقود المودعة لديه ولا يعتبر مع ذلك خائنا للأمانة ، كما يجوز له أن يتمسك في مواجهة العميل بالمقاصة وبالمقابل يكون مسئولا عن رد المبالغ ولو هلكت بقوة قاهرة، ويلتزم برد مثلها لأن الشيء يهلك على مالكه.

لدى فإنه من الأجدر، في نظر بعض الفقهاء، عدم اعتباره عالة على غيره من صور العقود المعروفة في القانون المدني[139]. وبالتالي التسليم بكونه عقد وديعة نقدية مصرفية له ذاتية الخاصة، لأن منبته كان في بيئة تجارية تحكمها قواعد العرف المصرفي، ما يجعل من الضرورة بمكان الفصل في المنازعات التي تثور بين أطراف عقد الوديعة النقدية المصرفية طبقا لما تم الاتفاق عليه بينهم، فإذا لم يوجد اتفاق يجب الرجوع إلى العرف المصرفي الذي يرعى الغاية الاقتصادية من العقد. ولذلك يبدو هذا الرأي منطقيا، لأنه يلائم قصد الأطراف مما يجعل حكم القضاء أكثر عدلا وإنصافا.

ثانيا: خصائص عقد الوديعة النقدية

يتضح من تعريف عقد الوديعة النقدية المصرفية أنه يتميز بالخصائص التالية:

1- **الوديعة المصرفية النقدية عمل حصري للمصارف**

تعتبر الوديعة المصرفية النقدية عمل حصري للبنوك[140]، حيث نصت المادة 70 من قانون النقد و القرض على أن:" البنوك مخولة دون سواها للقيام بجميع العمليات المبينة في المواد 66 إلى 68 من قانون النقد والقرض بصفة مهنتها العادية، وهي تلقي الأموال من الجمهور ،..."

وتأكيدا لذلك نصت المادة 71 من قانون النقد والقرض على أنه:" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدفع، أو وضعها تحت تصرف زبائنها ،وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى"،[141]

كما تجدر الإشارة أن المواد 115 و 116 المذكورة في هذا الحكم تقابلها على التوالي المواد 70 و 71 من قانون03 – 11، و لكن بالرجوع إلى نص المادة 474 قانون تجاري و المادة 02 من النظام 92/ 03 و المتعمق الوقاية و مكافحة إصدار الشيكات بدون رصيد نجد أن المشرع الجزائري حدد من خلالها

---

[138] علي جمال الدين عوض, المرجع السابق, ص. 43؛ فائق محمود الشماع, المرجع السابق, ص. 70.

[139] عماد الشربيني, المرجع السابق, ص. 32.

[140] - جورج ريبيرر.روبمو، المطول في القانون التجاري، الطبعة الأولى، الجزء الثاني،ترجمة علي مقلد،مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2008، ص 548.

[141] - قانون النقد و القرض03- 11 المعدل و المتمم,

المسحوب عليه في الشيكات في إحدى المؤسسات التالية:

البنوك و المؤسسات أو المنشآت المالية أو مصالح الصكوك البريدية أو مصلحة الودائع و الأمانات أو الخزينة العامة أو قباضة مالية، و من هنا يظهر التناقض الذي وقع فيه المشرع الجزائري إذ أنه يعتبر من جهة أن المؤسسات المالية من بين المؤسسات التي يمكن أن تكون مسحوبا عليها في الشيك، و من جهة أخرى ينص على أن هذه المؤسسات لا يحق لها أن تدير وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، و يعتبر الشيك وسيلة من بين هذه الوسائل، لذلك يبقى السؤال مطروح حول مصير الشيك الذي يسحب على مؤسسة مالية؟.[142]

2- : حق التصرف في المبالغ المودعة للبنك

أنه ينقل ملكية الاموال الى البنك المودع لديه ، وبذلك لم يعد الأمر يقتصر على نقل حيازة النقود إلى البنك، وإنما تنتقل إليه ملكية النقود، ومن ثم يكون له حق التصرف فيها كيف يشاء في حدود الشروط الواردة في العقد[143]، ولا يلتزم برد عين النقود المودعة لديه إنما يلتزم برد القيمة العددية لهذه النقود[144].

و اذا اخذنا مثالا عما جاء في التشريع الجزائري ، فإن مفهوم "الأموال المتلقاة من الجمهور" واسع يؤدي إلى إدخال عدد كبير من العمليات تحت غطاءه[145]. وطالما أن المشرع استعمل في نص المادة 67 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، عبارة: "...لاسيما في شكل ودائع ..." فهذا دلالة واضحة على إمكانية تلقي الأموال من الجمهور بعمليات أخرى غير الإيداع النقدي ولما كانت المادة 67 من الأمر 03-11 تشترط بدورها في الأموال المتلقاة من الجمهور العناصر التالية:

أن يتلقى البنك الأموال من الغير.

أن تذهب إرادة الأطراف – البنك والغير- إلى استعمال الأموال لحساب البنك.

أن يلتزم البنك برد القيمة النقدية للأموال التي استلمها وفقا لشروط العقد أو الاتفاق.

و هذا ما اكده ، المشرع الجزائري و اعتبر بموجب المادة 598 من القانون المدني أن الوديعة النقدية التي يسمح فيها للمودع لديه باستعمالها قرضا، ويترتب على هذا العقد، الذي يخول البنك ملكية النقود المودعة لديه والتصرف فيها لحسابه لخاص ،التزام البنك برد القدر العددي[146] للنقود المودعة لديه، في الميعاد المحدد حسب الاتفاق، والذي قد يكون عند الطلب أو بعد أجل معين أو بشرط إخطار سابق[147].

---

[142]- عيساوي محمد الطاير،الوجيز في شرح الاوراق التجارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010 ، ص 195 – 196.

[143]بالنسبة للمشرّع المصري على سبيل المثال, تقضي المادة 301 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999: "وديعة النقود...والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه..." أي إذا خرج الاستعمال عن حدود نشاط البنك لم تكن وديعة بمعنى المادّة 301 من قانون التجارة المصري.

[144]مصطفى كمال طه وعلي البارودي, القانون التجاري الأوراق التجارية الإفلاس العقود التجارية عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2001 ص. 631.

[145]« Il est peu d'opérations qui n'entrent pas dans cette définition.». J. P. DESCHAMEL, Droit bancaire, l'institution bancaire, Dalloz, France, 1995, p. 28.

[146]أنظر بخصوص النقود القانونية والنقود القيدية: عزيز العكيلي, المرجع السابق, ص. 287.

[147]عبد الحميد الشواربي, عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء والتشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة ,1999 منشأة المعارف, مصر,,2006 ص. 51.

ولكننا نرى أن الأمر لا يتعلق بنقل ملكية النقود بالمعنى الدقيق[148]، لأن هذا ليس قصد العميل عندما ذهب إلى البنك لإيداع نقوده، وإنما أراد أن يخوله سلطة استعمال واستغلال هذه النقود نظير حصوله على عائد معين طوال مدة الإيداع واسترداد مثلها في نهاية الإيداع؛ أما سلطة التصرف في هذه النقود فتظل للمودع،حيث يستطيع أن يحول هذه النقود إلى الغير، وهذا يقطع بأن العميل يظل محتفظا بملكية النقود المودعة.

ومع ذلك ينبغي عدم مقارنة مركز البنك بالنسبة للنقود المودعة لديه بمركز المودع لديه في عقد وديعة غير مصرفية؛ حيث يجب النظر إلى عقد الوديعة المصرفية في ضوء نشأته والغاية الاقتصادية منه - باعتباره الوسيلة الرئيسية التي تعتمد عليها البنوك في تجميع الثروات والمدخرات لكي تستطيع أداء لدور لاقتصادي لمرسوم لها، حيث لا يستطيع البنك القيام بالعمليات الائتمانية على النحو المفروض دون تلقى هذه الودائع. ومن هنا لا عجب إذا رأينا البنوك تتسابق في تخصيص مزايا للمودعين لجلب أكبر قدر من ثرواتهم.

ولما كان مركز البنك يختلف عن مركز المودع لديه في عقد الوديعة العادية، فإن يده على النقود المودعة لا تعتبر يد أمين؛ ومن ثم أعد مرتكبا لجريمة خيانة أمانة إذا تصرف في هذه النقود. وذلك ما لم يشترط المودع حرمان البنك من إمكانية استعمال النقود المودعة في أغراض معينة.

وتقع على عاتق البنك تبعة هلاك المبالغ المودعة نتيجة القوة القاهرة. وهذا يخالف القواعد العامة،لأن تبعة الهلاك تقع على المالك؛ ويبدو أن هذا هو المبرر الذي دفع الرأي السائد إلى القول بأن عقد الوديعة المصرفية ينقل ملكية النقود إلى البنك.

ويجوز للبنك التمسك بالمقاصة في مواجهة العميل، وهذا ممنوع على المودع لديه فيعقد لوديعة العادية.

3- أنه عقد رضائي

يعتبر عقد الوديعة المصرفية النقدية عقد رضائي يخضع للقواعد العامة في الالتزامات،[149] ويتضح من ذلك أن إيداع النقود لدى البنك يتم بناء على عقد بين الطرفين، من ثم يشترط توافر أركان العقد طبقا للقواعد العامة للواردة في القانون المدني ، فيشترط أن يتحقق الرضا بين العميل والبنك بإيجاب وقبول صحيحين خاليين من العيوب، وأن يكون هذا الرضا صادرا عن ذي أهلية قانونية، وهنا لا تبدو صعوبة في توافر الأهلية في البنك طالما كان ضمن البنوك المرخص لها بالعمل .

إذ يكفي لانعقاده تطابق الإيجاب و القبول بين البنك والعميل ، حيث لا يعتبر التسليم،[150] و الكتابة ركن من أركان هذا العقد.[151]

---

[148] محمد إبراميم خليل. قانون التجارة وأعماله التحضيرية؛ نادي القضاة : 1999-2000٠-ص9!4.

[149] خالد ابراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص101.

[150] عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني ،العقود الواردة على عمل، المجلد الأول، الطبعة الثالثة ،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،1998، ص686.

[151] أكرم ياملكي ،الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ،الطبعة الأولى ،الإصدار الرابع ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص 290.

معظم التشريعات لم تضع شكلا معينا، ولا اجراء محدد لانعقاد هذا العقد، و إنما تركتها لإرادة المتعاقدين، إذ يحق لهما الاتفاق على كل ما يحقق مصالحها بشرط عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة،[152]

أما غالب الشراع اعتبروا عقد الوديعة من العقود الواردة على العمل، و من بينهم المشرع الجزائري في المادة 590 من القانون المدني بقولها:" الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه، على أن يحافظ عليه لمدة، وعلى أن يرده عينا". وتقابلها المادة 718 في التقنين المدني المصري بنصها:" الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يستلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عينا".

بمطابقة نص المادتين في التشريعين يتضح أن الصياغة الواردة في القانون المدني المصري كانت أكثر وضوحا للقول بأن الوديعة عقد رضائي، يكفي فيه تبادل الإيجاب والقبول. فتسلم الشيء المودع ليس ركنا في الوديعة، بل هو التزام في ذمة المودع عنده بعد أن تنعقد الوديعة[153]. وهذا بخلاف النص القديم في التشريع المصري والذي كان يعتبر الوديعة عقدا عينا[154]، لا يتم إلا بالتسليم.

كما لم يخرج المشرع الفرنسي بدوره عن هذا السياق، إذ ورث كلاهما العينية عن القانون الروماني، بحيث كانت العقود في هذا القانون شكلية في الأصل إلى أن تم التخلي عن الشكل بالتسليم في العقود العينية ومن بينها الوديعة.

وعلى الرغم من التعريف المستشف للوديعة من المادة 590 مدني الجزائري ، يؤدي للقول بأنه يعتبرها عقدا عينيا في نظر بعض الفقهاء، فإن هذا لا يمنع من القول بأنه عقد رضائي وذلك بالرجوع للقواعد العامة؛ إذ اعتنق المشرع مبدأ "سلطان الإرادة" الذي تمخضت عنه نتيجة هامة، تمثلت في الحرية التعاقدية والتي أنجبت بدورها مبدأ الرضائية القائم على أن الرضا وحده كاف لتكوين وقيام العقد. ويذهب آخرون للقول بأنه لو اعتبر المشرع الوديعة من العقود العينية لما اكتفى بالصياغة الواردة في المادة 590 مدني، ولزاد على هذا التعريف أنها عقد عيني، مقتفيا في ذلك أثر نظيره الفرنسي الذي نص بصريح العبارة ـ بعد تعريف الوديعة ـ أنها لا تتم إلا بالتسليم العيني أو الحكمي[155].

وما يحتج به عادة في القول بعينية عقد الإيداع، أن الالتزام الأساسي فيه هو حفظ الشيء، ولا يتصور أن يتولى شخص حفظ شيء لم يتمكن من حيازته واستلامه. ورد على هذا القول، بأنه أمكن أن نتصور المستأجر يلتزم بحفظ العين المؤجرة قبل أن يستلمها، ولم يقل أحد أن الإيجار ينبغي أن يكون عقدا عينيا.

4- ومن خصائص عقد الوديعة، أنه قد يكون بغير أجر، [156].

كما يمكن أن يكون مأجورا، وعلى هذا سار المشرع المصري بدوره من خلال المادة 724 مدني، خلافا لما كان عليه في ظل القانون القديم بحيث لو كانت الوديعة بأجر أصبحت عقد مقاولة «المادة 483 - 591 مدني قديم».

---

[152] عبد الرحمن السيد قرمان ،عمليات البنوك ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000، ص173.

[153] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في العقود الواردة على العمل المرجع السابق ج. 7 م. 1 ص. 676.

[154] أنظر في هذا المعنى: علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007 ، ص. 23.

[155] L’article 1919 du code civil dispose qu’ : « Il n’est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée ».

[156] انظر المادة 596 مدني الجزائري

وتكمن أهمية التميز في كون الوديعة المأجورة تصبح عقدا تبادليا[157] بمقتضى نص المادة 55 من القانون المدني الجزائري ،[158] والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو التقابل[159] القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر[160]. ويترتب على هذا التقابل جواز طلب تنفيذ العقد أو فسخه من قبل المتعاقد الذي لم يوف نظيره بالتزامه[161]، مع إمكانية طلب التعويض في الحالتين ، ويمكنه كذلك الامتناع عن تنفيذ التزامه إلى غاية تنفيذ الالتزام المقابل من الطرف الآخر[162]. كما تقع تبعة الهلاك على المدين بمحل الالتزام الذي هلك[163]. غير أن الأمر يختلف بالنسبة لعقد الوديعة بغير أجر[164]، إذ ينعقد بوضع التزام على المودع لديه بحفظ الشيء وبرده عينا دون أن تكون هناك التزامات مقابلة من جانب المودع.

إلا أن المشرع الجزائري اشترط من خلال المادة 10 من التعليمة 95 – 07 أن يتم فتح حساب الوديعة لأجل استنادا لمحرر مكتوب يوجهه البنك إلى العميل يحدد فيه المبلغ المودع و شروط الإيداع و بالرغم من اهمية هذا الشرط فإن المشرع الجزائري حصره في حساب الودائع لأجل و هذا ما يعاب عليه، لأنه لا يوجد أي مبرر معقول لحصر شرط الكتابة في الحساب لأجل.[165]

إلا أن هناك جانب من الفقه يضفي على هذا العقد صفة الإذعان، وذلك بسبب قيام البنوك عادة بتحديد شروط العقد على نماذج مطبوعة مسبقا؛ بحيث لا يبقى للعميل سوى قبولها أو رفضها دون حق مناقشتها[166]، لكن هذا الرأي مردود عليه إذ يرى جانب أخر من الفقه أنه لا يمكن اعتباره من عقود الإذعان لمجرد ما جرى عليه العمل المصرفي من ادراج شروط العقد على نماذج معدة مسبقا، وسيران هذه الشروط على جميع الودائع التي تتعاقد عليها، وذلك على الأقل لتعدد البنوك في كل مكان، واحتمال اختلاف الشروط المعتمدة من قبلها في هذا الشأن.[167]

---

[157] « Le contrat synallagmatique est le contrat par lequel chacune des parties s'engage envers l'autre ou les autres, s'il y en plus de deux ». Ch. LARROUMET, Droit civil, T. 3, les obligations, le contrat, 3éme édition, Delta, 1996, Liban, n° 181, p. 164.

[158] يقابل هذا النص نفس ما جاء في المادة 1102 مدني فرنسي ويذهب الأستاذ علي علي سليمان للقول بأنه ترجم للعربية ترجمة سقيمة. أنظر في هذا المعنى ، المرجع السابق ص. 12.

[159] «…Dans un contrat synallagmatique, on considère que les obligations sont réciproques…. Mais elles sont aussi interdépendantes, c'est-à-dire que si le créancier est débiteur, c'est parce que le débiteur est créancier et cela en vertu du même contrat ». Ch. LARROUMET, op. cit., p. 164.

[160] عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط...مصادر الإلتزام المرجع السابق ج.1 م. 1 ص. 170.

[161] المادة 199 من القانون المدني:" في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضت الحال ذلك...".

[162] المادة 123 ق. م. ج:" في العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

[163] علي علي سليمان المرجع السابق ، ص. 14.

[164] « Le dépositaire est seul tenu envers le déposant, il s'agit de l'obligation de restituer la chose déposée en bon état. Le déposant n'étant tenu d'aucune obligation envers le dépositaire ». Ch. LARROUMET, op. cit., p. 167.

[165] - قريمس عبد الحق، المرجع السابق، ص 124.

[166] - عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق، ص 200.

[167] - أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص291.

أما بالنسبة للعميل فهل يشترط توافر أهلية التصرف أم أهلية الإدارة حتى يستطع إبرام عقد الإيداع ؟. اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل تبعا لوجهة النظر في تكييف عقد إيداع النقود؛ فمن يرونه عقد قرض يشترطون في من يبرمه أهلية التصرف، من يرون فيه عقد وديعة ناقصة يشترطون توافر أهلية الإدارة في العميل.

ونرى أنه يشترط لإبرام هذا العقد توافر أهلية التصرف، لأنه يترتب عليه نقل ملكية النقود من العميل إلى لبنك.

كما يشترط أن يكون لعقد إيداع النقود سببا مشروعا ومحلا موجودا وممكنا ومشروعا ، كما هو الشأن بالنسبة لسائر العقود .

5- الوديعة المصرفية النقدية عمل تجاري

هناك العديد من التشريعات التي تعتد ، بصفة الوديعة النقدية المصرفية ، وهذا ما نصت المادة 02 من القانون التجاري الجزائري على أنه " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه: "...كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة..."[168] وبما أن الوديعة المصرفية النقدية تعتبر عملية مصرفية من بين العمليات التي تقوم بها البنوك فإنها تعتبر دائما عملا تجاريا بحسب موضوعه بالنسبة لبنك.[169]

أما العميل المودع فلا تعتبر بالنسبة اليها عملا تجاريا إلا إذا كان تاجرا وكانت الوديعة المصرفية النقدية لحاجات تجارتة.[170]

الفرع الثاني : أنواع الوديعة النقدية المصرفية

تتعدد صور الوديعة النقدية المصرفية، تبعا للوقت الذي يجوز للعميل استردادها فيه، فنجد الوديعة لدى الطلب والوديعة لأجل والوديعة بشرط الإخطار السابق. كما تتنوع الوديعة تبعا للغرض الذي يقصده المودع، فنجد الوديعة المخصصة لغرض معين والوديعة التي توضع في حساب جارى.

وسوف نتناول أحكام كل نوع من هذه الأنواع بشيء من الإيضاح:

الفقرة الاولى: الوديعة تحت لطلب:

يقصد بها الوديعة التي يجوز للعميل استردادها في أي وقت، ويلتزم لبنك بردها فور طلبها. وفي هذا النوع من الودائع يضطر البنك إلى الاحتفاظ في خزائنه بنقود كافية لمواجهة طلب العملاء، ومن ثم تكون فرص استثمارها أقل من الودائع لأجل محدد، ولذلك لا يعطي البنك عائد لأصحاب هذا النوع من الودائع، وان منحها فإنها تكون ضئيلة لأنه مقيد في استعمالها ولا يستغلها على النحو الأمثل[171]، وذلك بسبب اضطراره للاحتفاظ بملاءته النقدية لتلبية طلبات السحب المفاجئة من العملاء.[172]

---

[168]- الأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 - 02 مؤرخ في 06 فبراير 2005 ، ج. ر. رقم 11 المؤرخة في 09 – 02- 2005 ص 8.

[169]- علي المقدادي، المرجع السابق، ص14.

[170]-محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص358.

[171]- هاني محمد دويدار،المرجع السابق، ص 316.

[172]- أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص292.

وتعتبر الوديعة لدى الطلب من أهم أنواع الودائع وأكثرها انتشارا ويستخدمها العميل لمواجهة احتياجاته الطارئة التي لا يعرف لها ميعادا معينا.ويعتبر هذا النوع من الوداع هو الأصل.

و بالرغم من اهميتها بالنسبة لبنك باعتبارها مصدر لتمويل الاستثمارات التي تدر من ورائها الأرباح[173]،إلا أنها لا توفر له الاطمئنان في استخدامها بالكامل، وذلك نظراً للمخاطر التي تهدده من جراء هذا النوع من الودائع، وهذا ما دعا إلى ضرورة إيجاد حصول ووضع احتياطات لتجنب هذه المخاطر.

الفقرة الثانية: الوديعة لأجل محدد

تعتبر الوديعة من هذا النوع عندما يتفق العميل مع البنك على ميعاد محدد لا يجوز للعميل استرداد وديعته قبل حلوله، وقد يحدد الطرفإن هذا الأجل بالساعات أو بالأيام أو بالشهور أو السنين تبعا لحجم الوديعة وأهميتها.

ونظرا لمعرفة البنك بميعاد استرداد هذه الوديعة فإنه يستثمرها في أغراض تختلف عن الوديعة لدى الطب، ومن ثم فهو يمنح العميل عائدا أكبر يتناسب مع حجم الوديعة ومدة الإيداع.

ومع ذلك قد تلجأ بعض البنوك للتيسير على عملائها - تقديرا منها لما قد يطرأ على حياتهم من ظروف ومستجدات-فتجيز لهم استرداد ودائعهم قبل حلول الأجل المتفق عليه، متى قامت لدى العميل مبررات تقبلها إدارة البنك، ومما لاشك فيه أن استرداد الوديعة قبل الأجل على هذا النحو سيؤثر في قيمة العائد المستحق للعميل.

وتجدر الإشارة أن هناك بعض البنوك تلجأ للتيسير على عملائها تقدير امنيا لما قد يطرأ على حياتهم من ظروف ومستجدات، فتلكن العميل من استرداد ودائعه إذا ما طلب ذلك، وكان له مبررات كافية ومقنعة لإدارة البنك، إلا أن هذا سيؤثر حتما على قيمة الفائدة المستحقة للعميل.[174]

الفقرة الثالثة: - الوديعة بشرط الإخطار السابق

هي الوديعة التي يلتزم فيها المودع بإخطار البنك برغبته في استرداد ها قبل الموعد المحدد بوقت معين يحدده الطرفإن في العقد.

ويمكن أن يرد شرط الإخطار السابق على وديعة لأجل محدد أو وديعة لدى لطلب، والغرض من هذا الشرط هو إعطاء البنك فرصة لتدبير النقود المطلوب استردادها، وخاصة إذا كانت الوديعة كبيرة الحجم أو كانت وديعة لأجل وسمح للعميل باستردادها قبل الميعاد بشرط الإخطار السابق ، فكلما كانت الوديعة أكبر كانت مدة الإشعار أطول[175] ، ومن الجدير بالذكر ن المدة التي يجب أن تنقضي بين الإخطار والاسترداد مقررة لمصلحة البنك ويلتزم العميل باحترامها.

وهي على كل حال أعلى من فائدة الوديعة لدى الطلب، وأقل من الفائدة الممنوحة للوديعة المقترنة بأجل.[176]

---

[173]- منير إبراهيم الهندي ، المرجع السابق، ص149.

[174] محمد السيد قرمان، المرجع السابق، ص175.

[175] خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص 102.

[176] علي جمال الدين عوض،المرجع السابق ،ص 37.

الفقرة الرابعة- الوديعة النقدية حسب الغرض:

هذا النوع من الودائع لا يهدف العميل إلى الحصول على عائد من البنك ولا يسمح له باستعمال النقود المودعة في غير الغرض المخصصة له، أي أن الإيداع لا يرتبط بالوقت وإنما بالغرض. كأن يودع العميل مبلغا ويطلب من البنك أن يشترى له به أسهما من شركة معينة، أو أن تكون الوديعة مخصصة كغطاء خطاب ضمان أصدره البنك، أو مقابل وفاء لكمبيالة سحبها العميل على البنك.

وفي هذا النوع يجوز للعميل أن يطلب استرداد الوديعة طالما لم يتحقق الغرض الذي تم الإيداع من أجله؛ وفي هذه الحالة لا نكون أمام وديعة بالمعنى الدقيق ولكنها وكالة للبنك في تنفيذ العقد أو العملية المكلف بها[177].

أو يكون تخصيص النقود لمصلحة البنك كأن يتم تخصيص رصيد حساب لضمان حساب آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 120 من قانون النقد و القرض و التي جاء فيها " يمكن أن تكون الحسابات المفتوحة لدى البنوك فردية أو جماعية مع تضامن أو بدونه أو شائعة ،**ويمكن تخصيصها كضمانة لفائدة البنك**."كما يمكن أن يكون لمصلحة الغير كما في مقابل الوفاء بشيك معتمد يجمد بصفة مؤقتة لصالح الحامل.[178]

الفقرة الخامسة: - الوديعة التي تودع في حساب

قد لا تخصص الوديعة لغرض معين ولكن تودع في حساب للعميل لدى البنك،

«ويتم تسوية معاملاته بالقيد في هذا الحساب حتى تنتهي الوديعة اويتم قفل الحساب. ويمكن أن تخضع المبالغ المودعة في هذا النوع لقواعد الحساب الجاري؛ وخاصة إذا توافرت خاصية التشابك والتبادل التي تشغل هذا الحساب .

الفرع الثالث : تقسيم الوديعة المصرفية النقدية حسب إمكانية تداولها.

يمكن تقسيم الوديعة المصرفية النقدية من هذا المنظور إلى شهادات الإيداع من جهة و الوديعة النقدية العادية ودفتر التوفير وشهادات الاستثمار من جهة أخرى.

الفقرة الأولى: شهادات الإيداع

هي صورة حديثة من صور الودائع المصرفية النقدية لأجل، والتي ظهرت لأول مرة في الولايات المتحدة سنة 1911، ثم انتقلت إلى إنجلترا سنة1966، ولقد انتشر هذا النوع من الودائع بشكل سريع في معظم أنحاء العالم، وذلك نظراً لما تحققه من فوائد لحمايتها.[179] وشهادات الإيداع هي عبارة عن وثيقة استثمار يصدرها البنك وتتميز بأنها قابلة للتداول على عكس الانواع الأخرى، لكونها لحاملها أو متضمنة شرط الإذن، إذ يتعهد فيها البنك بأن مبلغا من المال قد أودع لديه ، و يتعهد أن يرده مع فوائده في موعد استحقاق معين في الشهادة ، فهي إذا عبارة عن إيصال إيداع يتضمن تعهد البنك برد المبلغ.[180]

---

[177] راجع: ميحة القليوبي. المرجع السابق، ص 16.

[178] طه مصطفى كمال ، البارودي علي ، المرجع السابق، ص634.

[179] نبيل سيام،الرسالة السابقة، ص39.

[180] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص177.

وتتمتع هذه الشهادات بالسيولة الكاملة إذ يمكن للعميل صاحب الشهادة الحصول على قيمتها في أي وقت[181]، بالرغم من أنها صادرة لأجل محدد إذ لا يمكن مطالبة البنك بها قبل حصول الأجل[182]، لذلك يمكن بيعها في السوق المالية، أو رهنها لدى المصارف لمحصول على قروض.

ويحقق هذا النوع من الشهادات فائدة مرتفعة للعميل الذي أودع مبالغ نقدية مقابل شهادات الإيداع[183]، وذلك متى كان سعر الفائدة في السوق مرتفعا، لأن سعر الفائدة الممنوح عن مبلغ الشهادة لا يكون محدد بشكل مسبق، بل يتحدد على أساس سعر الفائدة الجاري في السوق وقت استحقاق الفائدة.

وبالرغم من قابلية هذه الشهادات للتداول إذا كانت لحاملها، فإنه لا يمكن اعتبارها ورقة تجارية، لأن قيمتها غير معروفة وهذا بسبب ارتباط هذه القيمة، وسعر الفائدة بسعر السوق ،كما أن هذه الشهادات، والتي تكون لحاملها تلكن العميل من استثمار نقوده مع إخفاء اسمه.[184]

ويمكن تداولها في سوق الاوراق المالية أو بواسطة مؤسسات مالية خاصة تقوم بتحديد سعر البيع و الشراء يوميا، وكذا نسبة الفائدة.[185]

الفقرة الثانية: الوديعة النقدية العادية ووديعة التوفير وشهادات الاستثمار.

تتفق هذه الانواع الثلاث في أنها غير قابلة للتداول، وهذا ما يميزها عن شهادات الإيداع[186]، إلا أن كل نوع من هذه الانواع ينفرد بمجموعة من الأحكام و الخصائص مما يجعله مختلفا عن بقية الانواع.

اولا : الوديعة المصرفية النقدية العادية:

هي التي سبق دراستها و تعريفها بأنها عقد يلتزم بمقتضاه المودع بأن يسلم إلى البنك مبلغا من النقود، حيث يلتزم برد قيمتها عند الطلب أو بحسب الشروط والآجال المنصوص عليها في العقد[187]، ويتم ذلك إما عن طريق السحب النقدي،أو الشيكات أو عن طريق التحويل المصرفي.[188]

وتتجسد الوديعة المصرفية النقدية العادية في مختلف التقسيمات التي تتصف بها ، سواء من حيث وقت الاسترداد أو من حيث حرية البنك في التصرف فيها أو من حيث عدد الأشخاص المالكين لها... إلى غير ذلك.

ثانيا : وديعة التوفير:

---

[181] نبيل سيام ،الرسالة السابقة ، ص40.
[182] علي جمال الدين عوض،المرجع السابق، ص177- 178.
[183] نبيل سيام،الرسالة السابقة، ص40.
[184] المرجع نفسه ،ص40.
[185] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص178.
[186] المرجع نفس، ص178.
[187] - عزيز العكيمي، المرجع السابق، ص364.
[188] - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص378.

هي نوع خاص من الودائع النقدية،[189] تهدف إلى تشجيع صغار المدخرين على إيداع مدخراتهم للاستفادة من مزايا هذا النوع من الحسابات، والذي تغلب عليه الصفة الادخارية ،إذ يعتبر أصدق تمثيل للادخار الشعبي في المجتمع.[190]

ويتم هذا النوع بإيداع مبلغ من النقود لدى المصرف الذي يسلم المودع دفترا شخصيا يكون بمثابة سند لإثبات الإيداع أو السحب[191]، ويكون غير قابل للتحويل إلى شخص أخر،سواء بالتظهير،أو التنازل لأنه حساب شخصي؛ إذ أن البنك لا يعترف بأي حامل له دفتر،إلا الشخص الذي صدر باسمه أو ورثته أو وكلائه، أو باسم الأشخاص الذين صدر الدفتر باسمهم أو وكلائهم، أو ورثتهم إذا كان حساب التوفير مشترك[192].

كما أنه لا يجوز إيداع المبالغ النقدية ولا سحبها، إلا عن طريق إبراز دفتر التوفير أو الادخار إلى المصرف الذي أصدره، حيث تدون فيه جميع عمليات الإيداع و السحب،[193] إذ لا يمكن استعمال الشيك في سحب هذا النوع من الودائع.[194]

ويجب على صاحب الحساب أن يتأكد من صحة التسجيلات التي تتم فيه قبل مغادرة البنك و الا تحمل مسؤولية إهمال هذا الواجب.

وفي حالة وجود اختلاف بين دفتر التوفير ودفاتر البنك فإن هذه الأخيرة هي التي تكون المرجع النهائي.[195]

أما فيما يتعمق بالفوائد فإنها تتحدد حسب الأحوال الاقتصادية و السياسية لمبلاد، ويتم حسابها على الرصيد الموجود في كل شهر، وتضاف في بطاقة العميل الموجودة لدى البنك ،وقبل نهاية السنة المالية بشهر يتقدم العميل لمحصول على هذه الفوائد، إما نقدا أو بقيدها في الدفتر.

هذا وقد اختلفت الآ ارء الفقهية حول الفوائد في حالة وفاة صاحب الحساب، فهناك من يرى وجوب وقف سريان الفوائد من تاريخ وفاته، وذلك على أساس أن الدفتر خاص بصاحبه وليس لورثته إلا فتح حسابات لهم إن ارادوا.

في حين يرى جانب أخر أنه يتم مواصلة احتساب الفوائد حتى تنتهي اجراءات تصفية التركة.[196]

وتتقادم هذه الفوائد بمرور 5 سنوات على استحقاقها، ولم يتقدم العميل لصرفها، أما إذا تم تقييدها في دفتر العميل ، أو دفاتر البنك فإنها تصبح جزء من أرس المال، وبتالي لا تسقط بمضي خمس سنوات إنما تخضع للتقادم الطويل، وهو خمس عشرة سنة من وقت الاستحقاق.[197]

ثالثا: شهادات الاستثمار:

---

[189]- المرجع نفسه، ص365.
[190]- عزيز العكيمي، المرجع السابق، ص368.
[191]- إلياس ناصيف،المرجع السابق، ص365.
[192]- نبيل سيام ، الرسالة السابقة ، ص37.
[193]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص365.
[194]- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص166.
[195]- نبيل سيام، الرسالة السابقة، ص 37- 38.
[196]- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص169- 170 .
[197]- نبيل سيام، الرسالة السابقة، ص38.

هي عبارة عن صورة من صور الودائع المصرفية النقدية، والتي استحدثت في أوائل هذا القرن بهدف تمويل الحرب، ثم استعملت فيما بعد كوسيلة لإصلاح ما دمرته الحرب.[198]

وهي عبارة عن ورقة اسمية تثبت الحق في المبلغ المودع لدى البنك، إذ لا يجوز بيعها ، أو تحويلها، أو التنازل عنها، أو خصمها، أو التصرف فيها بأي طريقة أخرى، وذلك بهدف حماية صاحب الشهادة من احتمالات فقدها، أو أي احتمال أخر من احتمالات فقدها ، أو إساءة استخدامها.[199]

وتجدر الإشارة إلى أنه لكل شخص طبيعي كامل الاهلية الحق في استغلال شهادات الاستثمار، أما إذا كان الشخص قاصرا فإن ذلك لا يمنعه من شراء شهادات الاستثمار ،بشرط أن يتم ذلك عن طريق وليه أو وصيه [200].

الفرع الرابع : آثار عقد الوديعة النقدية المصرفية

الفقرة الأولى: بالنسبة للعميل

اولا : التزامات العميل:

يرتب عقد الوديعة النقدية آثارا معينة با لنسبة للعميل، أهمها :

1) يلتزم العميل بتسليم النقود المتفق عليها إلى البنك في الميعاد المحدد في العقد،[201]

2) التزام العميل بضمان الوفاء للبنك وخلو النقود من العيوب[202]:

3) عدم التعرض للبنك في استخدام المبالغ المودعة

4) مراعاة الإجراءات المتفق عليها في حالة إيداع أو سحب الوديعة

ثانيا: حقوق العميل :

1) الاستفادة من الخدمات المقدمة من طرف البنك:

2) عدم تدخل البنك في نشاطات العميل وضمان سرية عملياته:

3) حقه في استرداد الوديعة

4) الحق في تلقي الفوائد

5) حق العميل في الحصول على العائد المقرر[203]

---

[198]- المرجع نفسه ،ص40.

[199]- علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص172- 173 .

[200]- نبيل سيام، الرسالة السابقة،ص43.

[201] وبذا ما يفهم من المادة 67 قانون النقد والقرض ، وكذا المادة 451 قانون مدني

[202] المادة 453 قانون مدني

[203] ويبدأ ذلك من تاريخ الإيداع أو من التاريخ المحدد في العقد، وذلك نظير حق البنك في استعمال النقود المودعة لدية. والأصل أن يحدد هذا العائد في عقد الوديعة المصرفية، وإلا اعتبرت وديعة بدون عائد. ومع ذلك قد لا يتم تحديد العائد في العقد ولكن يترك تحديده للبنك على ما يحققه من عائد نتيجة استثمار ما لديه من أموال، وهذا ما يعرف بالعائد المتغير.

ثانيا: بالنسبة للبنك

اولا : حقوق البنك :

1- حق استعمال واستغلال النقود المودعة:

وذلك في أي وجه من أوجه النشاط التي يرى أنها تحقق له أعلى معدلات العائد. ولا يجوز للعميل الاعتراض على استعمالها في نوع معين من النشاط، ما لم يتفق الطرفإن على تقييد استعمال البنك لهذه النقود بصورة معينه أوفي نشاط محدد، أو إذا كانت الوديعة مخصصة لغرض معين، فلا يجوز للبنك الخروج عما تم الاتفاق عليه.وللبنك استعمال النقود المودعة والتصرف فيها، لان ملكيتها انتقلت إليه بمجرد تسلمها.[204]

2- حق البنك في التمسك بالمقاصة:

إذا ما أصبح دائنا للمودع أن يتمسك في مواجهته بالمقاصة بين المبالغ المودعة لديه ودينه في ذمة العميل المودع[205]

ثانيا : التزامات البنك :

يقع على عاتق البنك مجموعة من الالتزامات وهو بصدد القيام بإجراءات إبرام عقد الوديعة المصرفية النقدية، وفتح الحساب الذي يؤدي بدوره إلى ترتيب التزامات أخرى طوال فترة تشغيل الحساب، إلى غاية قيامه وانتهاء العلاقة بين طرفي العقد.

1- التزامات البنك أثناء القيام بإجراءات فتح الحساب:

أ- يجب على موظف البنك أن يُعلم طالب فتح الحساب بالشروط العامة لتكوين العقد و فتح الحساب .

و يعتبر هذا الالتزام طبقا للقواعد العامة بمثابة تدبير وقائي لحماية التراضي و تكريس مبدأ سلطان الإرادة يحول دون اختلال إرادة أي متعاقد، و بطبيعة الحال مع احترام الشروط الخاصة المتفق عليها بين الطرفين ما لم يخل بالآداب العامة و النظام العام و القوانين المعمول بها ، مع تمكين العميل الاطلاع على كل المعلومات اللازمة و الكافية قبل ابرام العقد [206].

أ- يلتزم موظف البنك بالتدقيق في هوية المودع ، و التأكد من عنوانه،[207]

---

[204] عبد الرحمان السيد قرمان، المرجع السابق، ص178.

[205] عزيز العكيمي، المرجع السابق، ص374.

[206] المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06 - 306 و التي جاء فيها " يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع و / أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه" و المادة 07 من النظام 09-03 المذكور على أنه " ينبغي عمى البنوك و المؤسسات المالية أن تبلغ زبائنها و الجمهور بالشروط التي تطبقها بعنوان العمليات المصرفية التي تقوم بها، و خاصة معدلات الفائدة الفعلية الإجمالية على هذه العمليات.

كما يستلزم عليها، عند فتح الحساب، أن تطلع زبائنها عمى الشروط المتعلقة باستعمال الحساب و أسعار الخدمات المختلفة التي يسمح بها و الالتزامات المتبادلة للبنك و الزبون، و تدون هذه الشروط في الاتفاقية المتعلقة بفتح الحساب أو في مستندات ترسل لهذا الغرض".

[207] المادة 07 قانون 05-01 حيث جاء فيها :"يجب على البنوك و المؤسسات المالية و المؤسسات المالية المشابهة الأخرى، أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية عالقة عمل 2 أخرى".

ب- يجب على موظف البنك أن يحتفظ بالمعلومات المتعلقة بالعميل، التي اطلع عليها كإثبات لقيامه بالالتزام ، وذلك خلال فترة معينة خمس سنوات على الأقل، بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل ،و هذا ما كرسه المشرع الجزائري في قوانينه الخاصة .[208]

ت- يجب على موظف البنك أن يكون متفطنا وحريص، وهو بصدد مراقبة هوية العميل و القيام بإجراءات فتح الحساب، مع الإبلاغ عن العميل الذي يثار الشك بصدده ، و ذلك بغية الحفاظ على الاقتصاد الوطني و الوقاية من جرائم الأموال بأنواعها ومكافحة تمويل الإرهاب.[209]

و هذا ما يعد استثناءً على مبدأ كتمان السر المهني الملزم للبنك [210]، باعتبار ان القوانين المعمول بهذا الشأن تقتضي من البنك تقديم المعلومات اللازمة بالمتعاملين ، للسلطات المخول لها ذلك قانونا[211].

كما يجوز للبنك افشاء السر المصرفي لورثة او بإجازة العميل نفسه وفق إجراءات خاصة تختلف من بنك لآخر .[212]

ث- الالتزام بتنفيذ أوامر الحجز عمى حساب الوديعة المصرفية النقدية[213].

2- التزامت البنك بعد فتح الحساب:

أ- الالتزام برد للنقود المودعة[214] أو ما يعادلها بعملة أخرى[215] ، او بموجب اتفاق مسبق ، ما لم يكن هناك مانع قانوني[216]، و رد النقود المودعة إلى المودع شخصيا أو إلى من ينوب عنه، كالوكيل أو النائب القانوني أو الورثة أو الموصى له بالوديعة [217].

كما يلتزم بذلك في الزمان والمكان المحددين في عقد الإيداع، فإن لم يوجد اتفاق على المكان اعتبر المكان هو مقر البنك. وإذا لم يوجد تحديد للزمان الواجب فيه الرد، فإنها تعتبر وديعة لدى الطلب ومن ثم يلتزم البنك بردها بمجرد الطلب ،

---

208 المادة 14 قانون 05-01":يتعين على البنوك و المؤسسات المالية و المؤسسات المالية المشابهة الأخرى، الاحتفاظ بالوثائق التي ذكرها وجعلها في متناول السلطات المختصة

. 1 -الوثائق المتعمقة بهوية الزبائن وعناوينهم خلال فترة خمس سنوات على الأقل بعد غلق الحسابات أو وقف علاقة التعامل..."

209 قانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحهما

210 المادة 117 من قانون النقد و القرض 03-11.

211 طبقا للقوانين الجزائرية ، لا يمكن التمسك بمبدأ عدم الإفشاء بالسر المصرفي تجاه بعض السلطات العمومية ، كادارة الضرائب ، سلطات الضبط النشاط الاقتصادي، وكيل التفليسة ، اللجنة المصرفية كهيئة رقابة ، ادارة الجمارك و غيرهم .

212 أنطوان الناشف-خليل الهندي ، المرجع السابق، ص106.

213 المادة 684 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

214 وبذا ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها: " إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها وقت الوفاء أي تأثير

215 وفي هذه الحالة ويحسب سعر الصرف بما هو ساري في يوم رد الوديعة وليس السعر الساري يوم الإيداع، راجع إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 378-379.

- op.cit،Philippe Delebecque، Michel Germain[216]p 307

217 فإذا صرف مبلغا من حساب العميل بناء على أمر من غير ذي صفة غير مخول بالتعامل على الحساب، فإن ذمة البنك لا تبرأ من المبلغ المحول، ويظل مسئولا تجاه العميل عن الوفاء غير الصحيح ، ولا تبرأ ذمة البنك من هذا الالتزام إلا برد القيمة العددية للنقود المودعة.

ب- يمتنع البنك على رد الوديعة للعميل في حالات من بينها :

ب-1 عدم رد الوديعة المصرفية النقدية بسبب عيوب في الشيك أي أي تتضمن كافة البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا [218]

ب-2 عدم رد الوديعة المصرفية النقدية بسبب المعارضة في وفاء الشيك:

التزام البنك الذي يتلقى معارضة في الوفاء بالشيك، والتي يمكن أن تصدر من الساحب، أو من دائنيه، أن يمتنع عن الوفاء للحامل بقيمة الشيك فور علمه بهذه المعارضة، إلى غاية رفع المعارضة من جانب المعارض، أو من جانب القضاء بناءا على طلب حامل الشيك[219].

ب-3 عدم رد الوديعة المصرفية النقدية بسبب الدفوع ضد العميل أو حامل الشيك:

كما أن تمسك البنك بالمقاصة عند طلب العميل لنقوده المودعة ، اذ يعتبر وسيلة لرد الوديعة المصرفية النقدية[220].

ب-4 عدم وجود الرصيد أو عدم كفايته:

ب-5 عدم رد الوديعة المصرفية النقدية بسبب طارئ بتغير صفة العميل الساحب،

ب-6 الحجز عمى رصيد الوديعة المصرفية النقدية،

ب-7 تقادم الوديعة [221]،

ب-8 دفع الفوائد.[222]،

ب-9: التزام البنك ببنود العقد وفق ما تم الاتفاق عليه مع العميل ، اذا كانت هناك شروط خاصة ، [223]

ب-10 : التزام البنك بالمحافظة على أموال عميله، وأن يردها إليه بصفة شخصية أو إلى وكيله الشرعي، وأن يبذل في ذلك العناية الفائقة.[224]

---

[218] المادة 472 قانون تجاري جزائري.

[219] علي جمال الدين عوض، المرجع السابق ، ص61.

[220] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق،ص 55.

[221] ويسري في هذا الشأن تقادم الحقوق وفق القواعد المعمول بها في القانون المدني .

[222] و عادة ما يتم الاتفاق على ذلك في الودائع لأجل و الودائع بإشعار سابق، وودائع التوفير، أما الودائع التي ترد بمجرد الطلب فالاصل هو عدم دفع الفوائد عمليا، فإن تم الاتفاق بين العميل و البنك على دفع الفائدة فإن هذا الأخير يكون ملزما بدفعها بالسعر المتفق عليه بشرط عدم تجاوز السعر القانوني المحدد بموجب أحكام القانون
كما نصت المادة 01/05 من النظام رقم 09-03 الصادر عن البنك المركزي، والمحدد للقواعد العامة المتعمقة بشروط البنوك المطبقة عمى العمليات المصرفية عمى أن البنوك و المؤسسات المالية يحق ليا وبكل حرية أن تحدد معدلات الفائدة .

[223] إذا كان الثابت أن للعميل وديعة محددة المدة وتجدد تلقائيا كل شهر بالاتفاق الضمني بينه وبين البنك، فإنه كان يتعين على الأخير «البنك» الاستمرار في تجديدها عند الاستحقاق جريا على ما كان يفعله منذ إنشاء الوديعة، أما وقد أقدم البنك على عدم تجديد الوديعة بدون طلب من العميل، فإن البنك يكون قد أخطا. ويترتب على ذلك إلزامه بتعويض الأضرار التي لحقت بالعميل من جراء ذلك .

[224] فلا تبرأ ذمته إذا هلكت الوديعة بسبب القوة القاهرة ، وذلك تطبيقا القواعد العامة التي تقضي بأن تبعة الهلاك على مالك الشيء طالما حدثت بفعل القوة القاهرة، لأن النقود قد انتقلت ملكيتها إلى البنك بموجب عقد الوديعة، فإنه هو الذي يتحمل تبعة الهلاك في هذه الحالة. ولا شك أن من شأن ذلك حماية المودعين الذين سلموا أموالهم ولا يعلمون عنها شيئا طول مدة الوديعة.

3- التزامات البنك عند قفل الحساب بالإجراءات التالية

أ- يلتزم البنك بإخطار العميل برغبته في قفل الحساب إذا كان غير محدد المدة، ويبقى البنك ملزما بهذا الإخطار حتى لو قام العميل بسحب كل المبالغ المودعة في الحساب و إيقاف كل العمليات.[225]

ب- تصفية الحساب وتحديد الرصيد النهائي.

ت- رد المبالغ المتبقية في الحساب و الفوائد الناتجة عنيا بعد تحديد الرصيد النهائي[226].

ث- إعلام مصلحة الضرائب بقفل الحساب.

الفرع الرابع : ايداع الصكوك

الفقرة الأول- تكوين وإثبات عقد إيداع للصكوك

اولا : تكوين لعقد.

عقد إيداع الصكوك عقد رضائي، أي أنه يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول بين لعميل والبنك.

ولم يضع المشرع شكلا خاصا لهذا العقد، ومن ثم يجوز للطرفين تضمين العقد ما يحلوا لهم من شروط تحقق مصلحة الطرفين وأهدافهم من وراء هذا العقد، طالما لا تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة .

وقد جرى العرف المصرفي على توقيع العميل على نموذج العقد الذي أعده البنك سلفا موضحا فيه جميع الشروط. ولكن ليس معنى ذلك أن عقد إيداع الصكوك من عقود الإذعان، لأن الغرض من إعداد البنك لشروط العقد هو تسهيل وسرعة التعامل وليس الغرض وإخضاع إرادة العميل لرغبة البنك وشروطه.

ولذلك لا يجوز لأحد الطرفين، وخاصة البنك، أن يعدل الشروط الواردة في هذا العقد دون موافقة العميل الصريحة أو لضمنية.

وعقد إيداع الصكوك من عقود المعاوضة، ومن ثم يشترط توافر أهلية التصرف فيمن يقوم بإبرامه، كما يتشرط في العميل أهلية التصرف الأخرى التي يوكل البنك في إجرائها على الصكوك المودعة.

ثانيا : - إثبات العقد

الأصل أنه يجوز للعميل إثبات عقد إيداع الصكوك في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات، لأن العقد بالنسبة له تجارى في جميع الحالات. أما با لنسبة للعميل فتتوقف كيفية إثباته على طبيعة العقد بالنسبة له ، فإذا كان تاجرا و العقد يتعلق بتجارته فإنه يعتبر عملا تجاريا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان

وبذلك يتحقق نوع من التوازن بين سلطات البنك على النقود المودعة ومسئوليته عنها، وذلك تشجيعا لعمليات الإيداع التي تعتبر المورد الرئيس للأموال التي تتعامل فيها البنوك وتقوم بها على خدمة مصالح الاقتصاد الوطني.

225 إذا كان الثابت أن للعميل وديعة محددة المدة وتجدد تلقائيا كل شهر بالاتفاق الضمني بينه وبين البنك، فإنه كان يتعين على الأخير «البنك» الاستمرار في تجديدها عند الاستحقاق جريا على ما كان يفعله منذ إنشاء الوديعة، أما وقد أقدم البنك على عدم تجديد الوديعة بدون طلب من العميل، فإن البنك يكون قد أخطا. ويترتب على ذلك إلزامه بتعويض الأضرار التي لحقت بالعميل من جراء ذلك .

226 علي البارودي- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص488.

العقد مدنيا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذ ا زادت قيمته عن نصاب البينة.[227]

وقد جرى العرف المصرفي على إثبات عقد إيداع لصكوك موجب إيصال يحرره البنك ويتضمن بيانا كامل للصكوك المودعة، وأهم شروط العقد ويوقع عليه من الموظف المختص بالبنك، ويسلم هذا الإيصال للعميل وتحفظ صورته في البنك لحين استرداد الصكوك المودعة أو التصرف فيها.

1- القيمة القانونية لإيصال إيداع الصكوك

يتمتع إيصال إيداع الصكوك بحجية في إثبات عقد الوديعة، وخاصة استلام الصكوك الموضحة فيه، كما أنه دليل على ملكية العميل لهذه الصكوك. ولكن هذا الإيصال لا يمثل الصكوك المودعة تمثيلا كاملا يسمح بأن يحل تداوله محل تداول الصكوك ذاتها، كما هو الشأن في إيصال إيداع البضائع في المخازن العامة. ويرجع الفقه هذا الحكم إلى أن إيصال إيداع الصكوك يصدر باسم شخص معين وغالبا ما يذكر فيه عدم قابليته للتداول، أما إذا صدر هذا الإيصال في صورة إذنيه أو لحامله، بحيث يتضمن تعهدا من البنك بتسليم الصكوك المودعة للمستفيد منه، سواء كان المودع أو المظهر إليه أو الحامل، فإنه يعتبر سند يمثل الصكوك المودعة وبالتالي يدل تداوله على انتقال ملكية الصكوك المودعة.[228]

ثالثا- آثارعقد إيداع الصكوك

74- يرتب عقد إيداع الصكوك بمجرد انعقاده آثارا بالنسبة لطرفيه، للعميل للبنك. سنتناولها أهم هذه الآثار بشيء الإيضاح على النحو التالي:

1- بالنسبة للعميل.

يلتزم المودع بالتزامين أساسيين هما: الالتزام بتسليم الصكوك، والالتزام بدفع الأجر.

أ- الالتزام بتسليم الصكوك.

يلتزم العميل بتسليم الصكوك محل العقد إلى البنك عند إبرام العقد أوفي الوقت المتفق عليه بين الطرفين. ويعتبر هذا الالتزام هو محور عقد إيداع الصكوك، حيث يتوقف على تنفيذه بدء تنفيذ العقد واستحقاق البنك لأجرة الحفظ وعمولة إدارة الصكوك.

ب- التزام بدفع الأجرة والعمولة:

الأصل أن البنك تاجر والتجارة لا تعرف التبرع، ومن هنا يلتزم العميل بدفع أجرة حفظ الصكوك كما هو متفق عليه في عقد الإيداع، وغالبا ما يضع البنك تعريفه محددة يحصل عليها مقابل أداء هذه الخدمات للعملاء، وهو يحدد هذا الأجر على أساس مخاطر الحفظ تبعا لنوع الصكوك المودعة، حيث تتعرض الصكوك لحامله لمخاطر أكبر مما تتعرض له الصكوك الاسمية.

ويلتزم العميل بدفع الأجر مقدما أو خصما من حسابه لدى البنك أو بأي طريقة أخرى يتم الاتفاق عليها في العقد.

---

[227] على جمال الدين. المرجع السابق، ص 942 وما بعدها.

[228] على جمال الدين، المرجع السابق، ص 785، علي البارودي، المرجع المابق،ص 188

وإذا قام العميل بتكليف البنك بإدارة الصكوك المودعة أو إجراء أي تصرف لا يعتبر من مقتضيات التزام البنك بالحفظ، فإن العميل يلتزم بدفع العمولة المقررة لهذا العمل، ما لم يكن قدتم الاتفاق عليها ضمن الأجر المحدد في العقد، هذا فضلا عن التزام العميل بدفع المصروفات التي ينفقها البنك في سبيل إتمام التصرف الذي كلفه القيام به،لأن علاقته في هذه الحالة علاقة وكالة عادية.

ت- ضمانات البنك للحصول على حقوقه لدى العميل:

إذا لم يف العميل بالتزامه بدفع الأجر أو العمولة أو المصروفات، جاز للبنك أن يستعمل أحد الوسائل الآتية للحصول على المبالغ المستحقة له في مواجهة العميل:

- للبنك الحق في حبس الصكوك المودعة حتى يستوفي الأجرة المستحقة له والمصاريف الخاصة بالعمليات التي كلفه العميل القيام بها، ولكن يشترط أن تكون المبالغ المستحقة للبنك مقابل الالتزامات الناشئة عن عقد إيداع الصكوك. أما إذا كانت مبالغ يلتزم بها العميل نتيجة علاقات أخرى بينه وبين البنك فلا يجوز له حبس لصكوك ضمانا لاستيفائها،لأن الارتباط شرط ضروري لاستعمال حق الحبس»م246 مدني».

- للبنك أن يحجز تحت يد نفسه على الصكوك المودعة لديه ليقوم بالتنفيذ عليها وبيعها طبقا للقانون.

2 - بالنسبة للبنك

يرتب عقد إيداع الصكوك آثارا بالنسبة للبنك، فبالإضافة إلى حقه في الحصول على الأجرة أو العمولة، فإنه يلتزم بحفظ الصكوك المودعة وردها في الميعاد المحدد أو عند الطلب، طبقا لشروط العقد.

ولما كانت الصكوك تمثل حقوقا تقتضي من مالكها القيام بإجراءات معينة، فإن البنك يلتزم بالقيام بهذه الإجراءات باعتبارها من مقتضيات تنفيذ الالتزام بحفظ الصكوك. وفي بعض الحالات قد يخول المودع للبنك حق ممارسة الحقوق المتعلقة بالصكوك المودعة وذلك بموجب عقد وكالة يقترن بعقد الوديعة.

وقد اهتم المشرع بتحديد أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البنك بموجب عقد الوديعة، والالتزامات الأخرى التي لا يتحملها البنك تقتضى اتفاق خاص. وسنتناول هذه الالتزامات بشيء من الإيضاح.

أ- الالتزام بالمحافظة على الصكوك المودعة:

عقد وديعة الصكوك لا ينقل ملكيتها إلى البنك ولكن يقتصر على نقل حيازتها فقط من المودع إلى البنك، ومن ثم تكون يده على هذه الصكوك يد أمين يلتزم بحفظها. ويتحدد مضمون الالتزام بالحفظ ونطاقه تبعا لنوع وطبيعة لصكوك المودعة، ولما تم الاتفاق عليه في العقد.

أ-1 معيار المحافظة على الصكوك

درجة العناية التي يلتزم البنك ببذلها في المحافظة على الصكوك المودعة،

- وهى عناية المودع لديه بأجر، أي أن يبذل عناية الرجل المعتاد ، وفي هذا المجال يتم تقدير درجة العناية التي بذلها البنك في حفظ الصكوك بما كان يقوم به بنك في مثل ظروفه، ولا شك أن درجة العناية، وبالتالي المسئولية عن المحافظة على الصكوك، تزداد كلما زادت الإمكانيات المادية

والبشرية فيظل التطور التكنولوجي في مجال النشاط المصرفي عموما. وتمتع محكمة الموضوع بسلطة واسعة عند تقدير ما قام به البنك من أعمال تنفيذا للالتزام بالمحافظة على الصكوك. فإذا رأى أنه بذل من العناية ما كان يبذله البنك المعتاد، فإنه يكون قد أوفى بالتزامه وبالتالي لا يسأل عن تعويض الأضرار التي أصابت الصكوك المودعة، والعكس إذا وجدت المحكمة أن ما بذله البنك من عناية أقل من عناية البنك لمعتاد.

- التزام البنك بالمحافظة على الصكوك المودعة عدم التخلي عن حيازتها إلى الغير إلا لسبب يستلزم ذلك،كأن يكون النقل أو التخلي عن حيازة الصكوك بغرض ضمان حماية أكثر أمنا أو تنفيذا لأوامر السلطة العامة ، ويخضع السبب الذي أدى إلى قيام البنك بالتخلي عن حيازة الصكوك لتقدير محكمة الموضوع لتقدير ما إذ ا كان يبرر العمل الذي قام به البنك أم لا، وذلك على ضوء الظروف المحيطة بالواقعة التي تختلف من حالة إلى أخرى؛ ويلاحظن القضاء يتشدد في مسئولية البنك الناشئة عن نقل الصكوك من مكان الإيداع أو التخلي عن حيازتها.

و الجدير بالذكر أن الحظر المشار إليه لا يمنع البنك من التخلي عن حيازة الصكوك بناء على اتفاق صريح بين البنك والعميل.

- الالتزام عدم قيام البنك باستعمال هذه الصكوك في غرض المقرر له ، ما لم يتفق على غير ذلك، وإلا أعتبر خائنا للأمانة، كأن يرهنها ضمانا لدين عليه.

- كما يحظر عليه أن يمكن الغير من استعمالها، و إلا اعتبر مخلا بالتزامه بالمحافظة على الصكوك.

ب- **الالتزام بخدمة الصكوك:**

نظرا للطبيعة الخاصة للشيء محل الوديعة، وهي صكوك تمثل حقوقا تستدعى القيام بأعمال معينة حتى تظل محتفظة بقيمتها، فقد جعل المشرع من مقتضيات عقد الوديعة التزام البنك بخدمة الصكوك المودعة، وذلك بما يتناسب مع طبيعتها. ويقع هذا الالتزام على البنك دون حاجة إلى اتفاق صريح بين البنك والعميل؛ ومع ذلك يجوز الاتفاق على تعديل نطاق هذا الالتزام. ويعتبر الالتزام بخدمة الصكوك أحد جوانب التزام البنك بالمحافظة على الصكوك المودعة، حيث لا تقتصر هذه المحافظة على المفهوم المادي للحفظ فقط، ضد مخاطر السرقة والضياع والهلاك والتلف٠ولكن يمتد ليشمل الحفظ القانوني لهذه الصكوك ، ويتحقق ذلك بالقيام بالأعمال اللازمة لخدمتها.

ونظرا لما أُثير من خلاف حول مضمون التزام البنك بخدمة الصكوك قبل صدور قانون التجارة الجديد، فقد اهتم المشرع بالنص عليه صراحة.

حيث قرر التزام البنك بقبض عائد الصك، كتحصيل كوبونات الأسهم مثلا. وكذلك قبض قيمة الصك في ميعاد استحقاقه، تبعا لطبيعته، أو قبل هذا الميعاد في حالة استهلاك الأسهم مثلا.

ومع ذلك يجوز الاتفاق صراحة بين البنك والمودع على غير ذلك، سواء بإعفائه من قبض هذه المبالغ كلية أو قصر إلتزامه على بعض هذه الأعمال فقط.

كما يجب على البنك القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك المودع والتي يتقرر منحها لهذا الصك دون مقابل، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه

وذلك تبعا لطبيعة لصك.

وإذا كان أحد الأعمال اللازمة لخدمة الصكوك المودعة يستلزم الحصول على موافقة المودع أو يشترط تحديد اختياره قبل القيام به، مثل حضور الجمعيات العامة للشركات مصدرة الأسهم المودعة و التصويت على قراراتها ،والاكتتاب في الأسهم الجديدة التي تصدرها هذه الشركات، سواء بمناسبة زيادة رأس المال أو كانت توزيعات أسهم مجانية، وكذلك تحويل السندات التي تصدرها هذه الشركات إلى أسهم[229] ، و على البنك أن يقوم بإخطار المودع لكي يحصل منه على الموافقة أو الاختيار اللازم للقيام بهذا العمل.

والأمر في هذه الحالة لا يخرج عن أحد افتراضين :

- **الافتراض الاول** ، أن يرد المودع على إخطار البنك بالموافقة أو تحديد الاختيار الذي يجب عليه القيام به، وقد يكون رد المودع بأنه سيتولى شخصيا القيام بهذا العمل المطلوب.

- **الافتراض الثاني** ، أن لا يتلقى البنك رداً على الإخطار الذي أرسله إلى المودع، أو أن يتأخر المودع في الرد على البنك بما يجب أن يقوم به تجاه هذا العمل المطلوب.

في هذه الحالة إذا لم تصل تعليمات المودع في وقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودع ، أي أن البنك لم تخل ساحته من الالتزام بخدمة الصكوك لمجرد أنه قام بإخطار المودع ولم يتلق منه التعليمات، وإنما أوجب عليه ألا ينتظر هذه التعليمات حتى يسقط الحق المقرر للصك، و بأن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودع، طالما لم تصله التعليمات في الوقت المناسب، آو إذا لم يتلق هذه التعليمات من باب أولى. وفي هذه الحالة يتحمل المودع المصاريف فضلا عن العمولة العادية.

ويعتبر التزام البنك في هذه الحالة تطبيقا لالتزام عام بالنصيحة والإخلاص للعميل l'obligation de conseil et de loyauté يقتضي من البنك أن يعمل دائما بما يحقق المنفعة للعميل دون انتظار موافقته إذا كان الوقت لا يسمح بذلك. والتزام البنك بذلك هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. وإذا اختلفت وجه نظر المودع حول جدوى التصرف الذي قام به البنك. فإن الأمر يخضع لتقدير محكمة الموضوع، ويقاس تصرف البنك بمعيار البنك المعتاد في ظل الظروف الخاصة بكل حالة.

وإذ ا كان البنك يلتزم بخدمة الصكوك المودعة على هذا النحو إلا أن التزامه هذا لا يصل إلى القول بأنه ملتزم بإدارة محفظة الأوراق المالية للعميل، لأن هذه الإدارة تحتاج إلى اتفاق خاص يسمح للبنك ببيع وشراء واستبدال الأوراق المودعة التي تتكون منها محفظة العميل، وذلك طبقا لمبدأ توزيع المخاطر الذي يقوم عليه نشاط إدارة محافظ الأوراق المالية سواء عند تكوينها أو عند تدويرها،فهذه الأعمال لا تعتبر من مقتضيات عقد وديعة الصكوك، ولكنها من أعمال الإدارة التي تقتضي وكالة خاصة [230].

ت- الالتزام برد الصكوك المودعة

يترتب على عقد وديعة الصكوك التزام البنك بردها،لأن العقد لا ينقل ليه ملكية هذه الصكوك، ويعتبر هذا الالتزام مفترضا ضروريا لهذا العقد.

---

[229] راجع حسنى المصري، المرجع السابق ، ص 141.

[230] را جع حسنى المصرى، المرجع السابق، رقم 87.

- ويكون رد الصكوك في المكان الذي تم فيه الإيداع، ويجب أن يقوم البنك برد الصكوك ذاتها، ما لم يتفق الطرفإن أو يقضى القانون برد صكوك من جنسها أو صكوك أخرى، وفي هاتين الحالتين الأخيرتين يعتبر رد الصكوك من قبيل الوفاء بمقابل.

- ويكون الرد لمودع الصك أو لخلفائه أو لمن يعينه هؤلاء الأشخاص لاسترداد الصكوك المودعة، ويكون لهؤلاء الأشخاص حق استرداد الصكوك المودعة و لو تضمن

الصك ما يفيد ملكيته للغير، لأن مودع الصك قد يكون غير مالك له، كأن يكون دائنا مرتهنا للصك مثلا.

- وعلى البنك عند تنفيذ الالتزام برد الصكوك أن يتحقق من شخصية طالب الاسترداد وأهليته، وأن يبذل في ذلك قدرا من العناية تتناسب مع كونه مصرفي محترف توافر لديه إمكانات لا تتوافر للشخص العادي، ولذلك يقرر الفقه مسئوليته عن تزوير توقيع العميل ما لم يكن التزوير قد بلغ حدا من الاتفاق يصعب على الخبير العادي اكتشافه وتمييزه.[231]

والأصل أن يقدم طالب الرد الإيصال الذي يفيدا استلام البنك لهذه الصكوك، والذي سلم إليه عند الإيداع، ولكن هذا لا يمنع من مطالبة البنك برد الصكوك حتى مع عدم وجود هذا الإيصال، لأن الإيصال لا يمثل الصكوك ولكنه دليل لإثبات استلام البنك لها. وفي هذه الحالة غالبا ما يقوم موظف البنك بتحرير إيصال يفيد استلام المودع للصكوك المودعة، وهذا يغنى عن الإيصال الأول ويفيد خلو طرف البنك وانقضاء التزامه برد الصكوك.

وإذا أخل البنك بالتزامه برد الصكوك المودعة، بسبب ضياعها أوسرقتها أو هلاكها بسبب يسأل عنه البنك، فإنه يكون مبدداً وخائنا للأمانة، ويلتزم بالتعويض. ويقدرالتعويض على أساس قيمة هذه الصكوك وقت مطالبة العميل باستردادها.[232]

- ولا يجوز للبنك الامتناع عن رد الصكوك المودعة بدون مبرر قانوني[233]، كأن يستعمل حقه في الحبس حتى يحصل على ما هو مستحق له من أجر وعمولة ، أو إ ذا كان قد وقع عليها حجز من البنك تحت يد نفسه أو من دائني المودع تحت يد البنك ، أو إ ذا كانت صفة وضع يد البنك على الصكوك قد تغيرت، كأن يكون العميل قد اقترض بضمانها فيصبح البنك دائنا مرتهنا بعدأن كان أمينا بالحفظ؛ أو يكون العميل قدأصدر له أمرا ببيع الصكوك فتنهى صفة البنك كمودع لديه بمقتضى عقد وديعة ويحكم علاقته بمالك الصكوك العلاقة الجديدة التي نشأت بينهما، وهي عقد الوكالة.

فإذا امتنع البنك عن رد الصكوك دون مبرر قانوني فإنه يكون للمودع دعويان لاسترداد هذه الصكوك؛

الدعوى الأولى ناشئة عن عقد الوديعة، وهذه الدعوى يستعملها المودع سواء كان هو مالك الصكوك أو مجرد حائز قانوني لها.

والدعوى الثانية ناشئة عن ملكية الصكوك، وهى دعوى مقررة لمالك الصكوك فقط.

---

[231] على البارودى، المرجع السابق. ص219 .

[232] على جمال الدين، القانون التجارى ص 751٠

[233] المرجع نفسه ، ص 742٠

الفرع الخامس : تحديد طبيعة عقد وديعة الصكوك في النزاع

إذا اقتصر التزام البنك على حفظ الصكوك وردها إلى المودع فلا خلاف على اعتبار العقد وديعة عادية، ومن ثم يكون على القاضي، إذا ثار نزاع بشأن التزامات البنك الناشئة عن هذا العقد، أن يرجع إلى اتفاق لطرفين، فإذا لم يجد ما يمكن الفصل في النزاع على أساسه، فإنه يرجع إلى قواعد العرف والعادات المصرفية، فإن لم يجد كان عليه الرجوع إلى القواعد العامة المقررة شأن عقد الوديعة، مع مراعاة ما يتميز به عقد وديعة الصكوك.

أما إذا اتسع نطاق التزامات البنك عن مجرد حفظ الصكوك المودعة وردها، وامتد ليشمل إدارة هذه الصكوك والقيام بأعمال أخرى تخرج عن نطاق عقد الوديعة، كالأعمال المتعلقة بتكوين وإدارة محفظة الأوراق المالية المودعة، فهنا يثار أمر تكييف عقد وديعة الصكوك، لأنه بهذه الالتزامات التبعية لم يعد البنك مجرد مودعا لديه، ولكنه أصبح يقوم إلى جواز ذلك بأعمال من شأنها أن تضفي عليه صفة الوكيل عن العميل، ومن هنا أصبحنا أمام عملية مركبة تجمع بين عقد وديعة وعقد وكالة في إدارة الصكوك المودعة وبذلك مزج الطرفإن بين هذين العقدين بصورة تحقق مصالحهم.[234]

وعلى القاضي عندما يعرض عليه نزاع بشأن عقد من هذا النوع أن يستوضح إرادة المتعاقدين من خلال شروط العقد لكي يغلب أحكام أحد العقدين على الآخر؛

فإذا كان قصد المتعاقدين توكيل البنك في إدارة محفظة الأوراق المالية للعميل كان العقد الأصلي عقد وكالة وعقد الوديعة عقد تابع، أما إذا كانت إرادة الطرفين قد اتجهت إلى حفظ الصكوك في البنك مع إجراء بعض الأعمال التي تحافظ على حقوق العميل في الأوراق المودعة فيكون الأصل هو عقد الوديعة وعقد الوكالة تابع له.

فإذا لم يستطيع تغليب أحد العقدين على الآخر فإنه يطبق كل منهما مستقلا عن الآخر من حيث الالتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه.

المطلب الثاني : تأجير الخزائن

إذا كان لدى العميل مجوهرات أو مستندات هامة أو صكوك ويريد الاحتفاظ بها في مكان لا يطلع عليها غيره، وفي نفس الوقت يحافظ عليها من مخاطر السرقة أو الضياع أو التلف، فليس أمامه إلا إيجار خزانه لدى البنك يودع فيها ما يشاء وهو مطمئن عليها وعلى السرية التي يرغب في إضفائها على هذه المتعلقات الخصوصية.

وإذ ا كان تأجير الخزائن يحقق مصلحة العميل على النحو السابق فإنه في نفس الوقت يحقق مصلحة للبنك، لأن إيجار الخزائن لا يكلفه نفقه إضافية، حيث توجد الخزائن داخل البنك وهو محل حراسة دائمة، ومع ذلك يحصل على مقابل إيجار الخزانة.

ويتم انتفاع العميل بالخزانة بناء على عقد بينه وبين البنك،ونظرا لعدم وجود تنظيم قانوني لهذا العقد في المملكة، فإنه يخضع لما يتفق عليه الطرفإن ولما جرى عليه العرف والعادات المصرفية. ولتوضيح

[234] على البارودى. المرجع السباق، ص 194 ، سعيحة القليوبى، المرجع السابق، ص 41.

أحكام عقد إيجار الخزانة ستشير إلى التنظيم الذي وضعه قانون لتجارة المصري الجديد لهذا العقد[235].

ولذلك سنتناول تكوين هذا العقد طبيعته وإثباته ثم التزام اطراف العقد ، وسنخصص لكل مبحث مستقل.

الفرع الاول - طبيعة عقد إيجار الخزائن الحديدية

نظراً لأن عقد إيجار الخزائن لا يقتصر على تسليم الخزانة للعميل محل الإيجار يستعملها كيف يشاء، ولكنه يرتب على البنك التزاما بالمحافظة على هذه الخزانة، وهذا يعنى حفظ محتوياتها بالتبعية، ويبدو الالتزام بحفظ محتويات الخزانة هو الدافع وراء إيجار الخزانة لدى البنك، حيث يضمن العميل حفظ محتوياته في جو من الأمان والسرية، لكل هذه لخصائص اختلف الفقه والقضاء[236] بشأن تحديد طبيعة هذا العقد.

فالبعض[237] يرى انه عقد إيجار، ولا يقيم التزام البنك بالمحافظة على الخزينة، وفرض قيود على العميل المستأجر عند استعمال الخزينة ما يغير من طبيعة هذا العقد.

ويذهب جانب آخر[238] إلى اعتبار عقد إيجار الخزانة أقرب إلى عقد الوديعة منه إلى عقد الإيجار، وذلك على أساس الغاية الاقتصادية من العقد التي يظهر فيها قصد حفظ ما يودع في الخزانة بصورة أوضح من مجرد إيجارها.

وأمام هذا الخلاف لم ير جانب من الفقه ، بدأُ من القول بأن عقد إيجار الخزانة عقد من العقود غير المسماة[239]،وهو عقد مستقل عن عقد الوديعة وعقد الإيجار، وإن كان يجمع بين الملامح الرئيسية لكلا العقدين.

وهذا الرأي جدير بالتأييد لأن المودع لديه في عقد الوديعة يلتزم بحفظ الوديعة التي تسلم إليه، وهى بذلك تكون خالصة تحت يده ، أما البنك فالتزامه بالحفظ ينصب على الخزانة التي يملكها، ومن ثم يظهر الفرق بين عقد الوديعة وعقد إيجار لخزانة، وكذلك لا يستقيم هذا العقد مع قواعد الإيجار العادي التي يلتزم فيها المؤجر بتسليم العين إلي المستأجر دون أن تكون له سلطة فعلية عليها ولا على المستأجر.

ويبدو الرأي الأخير مقبولا لأنه يسمي الأشياء بمسمياتها الحقيقية ولا يجهد نفسه في البحث بين قواعد القانون المدني العتيق عن قواعد تحكم عقد نشأ بمقتضى العرف المصرفي لتلبية حاجات اقتصادية متطورة وغريبة عن قواعد القانون المدني.

ومن هنا يكون من الحكمة أن نترك عقد إيجار الخزانة ليحكم بمقتضى قواعد العرف المصرفي التي نشأ في أحضانها واستقرت أحكامه بما جرى عليه وما يتفق عليه المتعاقد ينفي العقد ذاته. وفي القول بذلك ما يحقق رغبة أطراف العقد لأنهم لم يهدفوا إلى عملية إيجار مجردة حتى يمكن تطبيق قواعد الإيجار، وفي نفس الوقت لم يقصد العميل ترك منقولاته لتحفظ لدى البنك، ولكن يرغب أن يكون الحفظ تحت يده ومشاركته.

---

[235] وقد اهتم المشرع في قانون التجارة المصري بوضع الأحكام الخاصة بهذا العقد في المواد» 316 إلى 323».
راجع تفصيلا لمذا الاختلاف : على جمال الدين، القانون النجارى، رقم 694 وما بعده، عللبارودى، المرجع السابق، ص 746.

[236] على جمال الدين، المرجع السابق، ص 696، رضا عيد. المرجع السابق. ص 746 .

[237] على البارودى، المرجع السابق، ص 270.

[238] سميحة القليوبي. المرجع لسابق. ص 50.

ومن هنا لا يمكن القول بأن محتويات الخزانة وديعة لدى البنك.

الفرع الثاني - تكوين عقد إيجار الخزائن وإثباته

الفقرة الأولى :تكوين العقد:

يعرف عقد تأجير الخزائن بأنه عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقال أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة[240].

وهذا العقد من العقود الرضائية، ومن ثم ينعقد بمجرد تبادل الطرفين الإيجاب والقبول مع تحديد محل العقد، حيث يتمتعان بحرية كاملة في وضع شروطه وتحديد التزاماتهما المتبادلة.

ومع ذلك فقد جرى العرف على إعداد البنك نماذج لهذه العقود ويكتفي بتوقيع العميل عليها حتى يتم العقد ملزما لأطرافه، ورغم لإعداد لمسبق لعقد بواسطة البنك، فإنه لا يمكن اعتبار هذا العقد من قبيل عقود الإذعان.

ونظراً لأن عقد إيجار الخزانة يرتب التزامات متبادلة بين العميل والبنك فهو من عقود المعارضات، ولذا يشترط الفقه أن يكون الطرفين كاملي الأهلية.

وعقد إيجار الخزانة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي بين البنك والعميل، كما هو الشأن بالنسبة لغالب عمليات البنوك، ولذلك يجوز للبنك إنهاء العقد إذا طرأ على العميل أية طارئ أدى إلى زعزعة هذا لاعتبار.

الفقرة الثانية :طرق إثبات لعقد:

يجوز إثبات عقد إيجار الخزانة في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات، لأن العقد بالنسبة له ذو طبيعة تجارية، ومن ثم يسرى مبدأ الإثبات الحر الخاص بالمواد التجارية.

أما بالنسبة للعميل فالأمر يتوقف على طبيعة العقد بالنسبة له، فإذا كان العميل تاجرا وتعلق بتجارته، كان عقدا تجاريا يجوز إثباته في مواجهة البنك بكافة طرق الإثبات. أما إذا كان العميل غير تاجر أو كان العقد لأغراض غير تجارية، كان العقد مدنيا ويخضع لقواعد الإثبات الخاصة بالمواد المدنية.

ومع ذلك جرى العرف على تحرير عقد لإيجار الخزانة بين العميل والبنك على النموذج المعد سلفا لدى البنك. ويعتبر الفقه[241] أن تسليم البنك مفتاح الخزانة إلى العميل دليل كاف على انعقاد العقد.

الفرع الثالث – التزامات الطرفين في عقد إيجار الخزانة الحديدية

يرتب عقد إيجار الخزانة حقوقا والتزامات متبادلة بين الطرفين، بحيث تمثل حقوق أحد الطرفين التزامات على عاتق الطرف الثاني. وفيما يلي نتناول هذه الآثار بالنسبة للعميل ثم نتناولها بالنسبة للبنك.

الفقرة الأولى :التزامات العميل «المستأجر»:

يلتزم العميل مستأجر الخزانة بدفع الأجرة، وباستعمال الخزانة على النحو المتفق عليه ، وأخيرا يلتزم

---

[240] المادة 216 من قانون التجارة المصري .

[241] على البارودى ، المرجع السابق ، ص-196

بتسليمها إلى البنك في حالة انتهاء العقد.

أولا : الالتزام بدفع الأجرة:

ويعتبر هذا هو الالتزام الأول لذي يقع على عاتق المستأجر.والأصل أن تحدد الأجرة في العقد ،و لا يجوز تعديلها بعد ذلك إلا باتفاق الطرفين. وتدفع الأجرة بالطريقة المتفق عليها،حيث يجوز لاتفاق على دفعها مقدما أو خصمها من حساب العميل إذا كان له حساب لدى البنك، ويجوز للبنك اشتراط أن يدفع العميل تأمين عند إبرام العقد يخصص للوفاء بالأجرة التي يتأخر عن الوفاء بها.

1- ضمانات الوفاء بالأجرة:

إذا كان للبنك أجرة مستحقة لدى المستأجر فإنه يستطيع حبس محتويات الخزانة حتى يقوم المستأجر بالوفاء بالأجرة.

ويشترط لاستعمال حق الحبس أن تكون محتويات الخزانة تحت يد البنك بعد فتح الخزانة وتفريغ المحتويات منها، سواء بحضور المستأجر أو تنفيذا لأمر القاضي بتفريغ المحتويات و إيداعها لدى البنك.

فإذا لم يقم المستأجر بدفع الأجرة فإنه يجوز للبنك التنفيذ على هذه المحتويات وبيعها.

ثانيا: الالتزام باستعمال الخزانة طبقا لشروط العقد:

يلتزم المستأجر عند استعمال الخزانة باحترام الشروط المتفق عليها في العقد، من حيث مواعيد الدخول إلى المكان المخصص للخزائن وإجراءات الأمن التي يفرضها البنك، بالإضافة إلى عدم تفويض الغير في استعمال الخزانة بدلا منه إلا بعد إخطار البنك أو موافقته ويكون ذلك بمقتضى توكيل خاص.

ويجب على المستأجر أن يستعمل الخزانة في الغرض المخصصة له طبقا لشروط العقد، ومن ثم ا يجوز له أن يضع فيها أشياء تهدد سلامتها أو سلامة المكان الذي توجد به.

ثالثا: الالتزام بتسليم الخزانة إلى البنك:

يلتزم المستأجر بتسليم الخزانة إلى البنك عند انتهاء عقد الإيجار، ويتم ذلك بتفريغ الخزانة من محتوياتها ورد المفتاح إلى البنك، لأن هذا المفتاح يبقى ملكا للبنك، ومن ثم يجب عليه رده إلى البنك عند انتهاء الإجارة، فإذا امتنع عن رد المفتاح يعتبر مجددا خائنا للأمانة.

وعادة ما ينص عقد إيجار الخزانة على الإجراءات التي يتخذها البنك ، في حالة عدم تسليم المستأجر للخزانة على هذا النحو، كأن يسمح له يفتحها وتفريغا من محتوياتها وحفظها كوديعة لدى البنك.

وإذا لم يوجد مثل هذا النص في العقد جاز للبنك أن يطلب من القاضي المختص إصدار أمر على عريضة يأذن له بفتح الخزانة وإفراغها من محتوياتها وإيداع هذه المحتويات لدى البنك أو أمين يعينه القاضي.

الفقرة الثانية" – التزامات البنك:

يقع على عاتق البنك التزامين أساسيين يدور حولهما عقد إيجار الخزانة، وهما الالتزام بتمكين المستأجر من استعمال الخزانة، والالتزام بضمان سلامة الخزانة والمحافظة على معنوياتها.

1- الالتزام بتمكين المستأجر من الانتفاع بالخزانة:

يبدأ تنفيذ هذا الالتزام بوضع الخزانة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها بالكيفية المتفق عليها في العقد، حيث يجب على البنك أن يسلمه مفتاح الخزانة إلى المستأجر ويحتفظ بمفتاح آخر، ولا يجوز تسليم نسخة من المفتاح لأي شخص آخر. كما لا يجوز لبنك أن يأذن لغير المستأجر أو وكيله الخاص باستعمال الخزانة.

وفي هذا الإطار يلتزم البنك بتمكين المستأجر من استعمال الخزانة فيجو من السرية المناسبة،ومن ثم لا يجوز للبنك أن يكشف للغير أية معلومات بشأن هذه الخزانة المؤجرة إلا في حالات معينة[242].

2- الالتزام بالمحافظة على الخزانة و صيانتها :

يلتزم البنك باتخاذ التدابير للازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها، ويعتبر هذا هو الالتزام الأساسي الذي تدور حوله أحكام عقد إيجار الخزانة، حيث يهدف المستأجر من وراء العقد إلى حفظ منقولاته في مكان أمين و بطريقة سرية ان يطلع عليها أحد غيره. ويقتضي تنفيذ هذا الالتزام أن توضع الخزانة في مكان محصن ضد السرقة والحريق والتلف مع صيانتها ان اقتضت الضرورة ، و اذا اضطر البنك تغيير الخزانة فعليه أن يخطر المستأجر ، و يجب ان يكون بحضوره شخصيا او من ينوب عنه قانونا ، كما يمكن للبنك طلب من المستأجر اخلاء الخزانة في حالة استحالة اتمام تنفيذ الالتزام وما على البنك الا التعويض .

ويعتبر التزام البنك بضمان سلامة الخزانة والمحافظة على محتوياتها التزاما بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية[243] ولذا يطلق عليه "الالتزام بتحقيق الأمان"[244] ولذلك يسأل البنك عن هلاك محتويات الخزانة ما لم يكن الهلاك راجعا إلى قوة قاهرة والسبب الأجنبي غير المتوقع عموما حيث تقع تبعة الهلاك في هذه الحالة على عاتق المالك و هو المستأجر.

والسبب في تشديد التزام البنك هو ما يتوافر لديه من إمكانات تجعل المستأجر يتوقع منه أعلى معدلات الحرص والأمان التي تكفل حفظ الخزانة ومحتوياتها. مع مراعاة أن التزام البنك بالمحافظة على محتويات الخزانة يأتي نتيجة لالتزامه بضمان سلامة الخزانة، لأن المحتويات لا تسلم إلى البنك لكي يحافظ عليها في ذاتها، ولكن التزام البنك ينصب على الخزانة كوحدة، سواء كان بها محتويات أو كانت فارغة، لأن العقد عقد إيجار وليس عقد وديعة[245]. ونبدو أهمية ذلك عند تحديد التعويض الذي يلتزم به البنك في حالة إخلاله بالالتزام بضمان سلامة الخزانة، هل يقدر التعويض على أساس قيمة المحتويات، والأصل أن البنك لا يعلمها، أم يترك هذا التقدير لمحكمة الموضوع ؟. ونظرا للصعوبات التي تثور في هذا الشأن فإن البنوك تلجأ إلى وضع شرط يحدد مقدار التعويض،في حالة مسئولية البنك عن هلاك أو سرقة لخزينة، بمبلغ جزا في. ويعتبر هذا الشرط مقبولا من الناحية القانونية. أما إذا تضمن العقد شرط يعفي البنك من المسئولية فإنه يكون شرطا باطلا لأنه يتنافي مع طبيعة العقد وغايته [246] .

ومع ذلك يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية البنك في حالة هلاك أو سرقة محتويات الخزانة وربط

---

[242] راجع ما سبق بشأن خصائص عمليات البنوك ٠ سرية الحسابات المصرفية.

[243] سميحة القليوبي، المرجع السابق، رقم 8.، حسنى المصري، المرجع السابق، ص186.

[244] على. جمال الدين عوض، عمليات البنوك ص 832.

[245] طى جمال الدين، المرجع السابق، ص 835, حسني المصري المرجع السابق. ص 112

[246] على جمال الدين، المرجع السابق، ص ٠84٠ حسنى المصري. المرجع السابق، ص 184٠

التعويض بقيمة هذه المحتويات، وفي هذه الحالة ينبغي أن يحاط البنك علما بطبيعة الأشياء التي ستحفظ في الخزانة ، وبالتالي سيحصل على أجر أعلى بكثير من الحالات العادية، وهذه الزيادة، تعتبر بمثابة تأمين ضد المسئولية.

3- **التزام البنك تجاه الدائن الحاجز :**

يجوز لدائني المستأجر توقيع الحجز على مال المستأجر الموجود في الخزانة، سواء كان حجزا تنفيذيا أو تحفظيا.

ويتم هذا الحجز طبقا لقواعد حجز ما للمدين لدى الغير المقررة في المادة 202 وما بعدها من نظام المرافعات الشرعية، لأن الخزانة المؤجرة في الحيازة المشتركة بين البنك والعميل، بل إن سيطرة البنك على الخزانة أقوى من لعميل[247].

وتبدأ إجراءات الحجز بطلب يقدم إلى المحكمة العامة التي يقع في دائرتها محل المحجوز لديه «البنك»، أيا كانت قيمة الدين المحجوز من أجله؛ ويبلغ أمر الحجز عن طريق المحكمة إلى البنك مباشرة؛ ومنذ تاريخ الإبلاغ يرتب الحجز آثاره، فيجب على البنك أن يمنع العميل من استعمال الخزانة، كما يجب عليه أن يقرر بما في ذمته خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه بالحجز؛ ولكن نظرا لأن البنك لا يعلم بمحتويات الخزانة على نحومفصل، فإنه يكفي أن يشمل التقرير بمافي الذمة على رقم الخزانة المؤجرة فقط.

المطلب الثالث: الحسابات المصرفية

تنقسم الحسابات المصرفية من الناحية القانونية إلى نوعين، تبعا لغرض الذي ينشده العميل من فتح الحساب. [248]

فإذا كان يهدف من فتح الحساب مجرد إيداع أمواله في هذا الحساب ويأخذ منها بقدر ما يحتاج إليه، فيسمى هذا الحساب "حساب وديعة"[249]؛ أما إذا كان يهدف من فتح الحساب اتخاذه وسيلة لتسوية المعاملات المتبادلة بينه وبين البنك، بحيث تتم تسوية هذه المعاملات مرة واحدة في نهاية الحساب بدلا من تسوية كل معاملة على حدة، فيسمى هذا الحساب "حساب جاري".

ولما كانت السرعة تعتبر من أهم دعائم النشاط الاقتصادي عموما - والتجاري خصوصا - ونظرا لما يترتب على الاستخدام المادي للنقود من أضرار، وما لهمن عيوب، فقد ظهرت وانتشرت التحويلات المصرفية بين البنوك كوسيلة للوفاء بالتزامات العملاء.

الفرع الأول- حساب الوديعة النقدية المصرفية

إذا كان العميل لا يهدف من إيداع أمواله إلى حفظها أو استثمارها كوديعة ثابتة إلى أجل محدد أو عند

---

[247] طلعت دويدار. التنفيذ القضائي، ص 254 وما بعدها.

[248] حرصنا على هذا القول لأن غالبية المصرفيين ينظرون إلى جميع الحسابات المصرفية على أنها حسابات جارية، وهذه نظرة غير سليمة من الناحية القانونية٠لان الحساب الجاري نظام قانوني يختلف عن غيره من الحسابات البنكية مثل حساب الوديعة. وهذا الاختلاف يثير كثيرا من المشكلات وخاصة في حالة تحويل مرتبات الموظفين إلى البنك.

[249] وذكر الحساب في نظام مراقبة البنوك « المادة 1/2» باسم " الوديعة ألجارية للمقابلة بينه وبين الوديعة الثابتة . وذلك عند تحديد المقصود بالأعمال المصرفية.

طلبها، ولكن يرغب من إيداع النقود لدى البنك تسوية تعاملاته مع الغير من خلال حساب يفتحه البنك عند استلام هذه الوديعة ، فقد جرى العمل المصرفي على أن يفتح البنك للمودع حسابا تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين البنك والمودع أو بين البنك والغير لحساب المودع. ويتكون هذا الحساب من جانبين أحدهما دائن والآخر مدين، وتقيد الوديعة في الجانب الدائن وتعاملات المدين مع الغير في الجانب المدين، وهكذا يمكن أن يزداد مقدار الوديعة إذا أضيف إليها بواسطة العميل أو بواسطة الغير، وفي المقابل يمكن أن ينقص مقدارها إذا تم السحب منها لتسوية تعاملات العميل مع الغير.

وغالبا ما يتم التعامل على حساب الوديعة بسحب شيكات، ولذلك تطلق البنوك على هذا الحساب اسم "حساب الشيكات"، وهي تسمية غير دقيقة، لأن الحساب الجاري يتم التعامل عليه بسحب الشيكات أيضا. ويمكن أن يتم التعامل على حساب الوديعة عن طريق التحويل المصرفي أيضا ،

كما يمكن التعامل عليه بالسحب من خزينة البنك مباشرة. وغالبا ما يكون فتح حساب الوديعة لمدة معينة ولغرض معين يتم بعده قفل الحسا ب.

الفقرة الاولى : فتح حساب الوديعة المصرفية

اولا : عقد فتح لحساب

يتم فتح حساب الوديعة النقدية بموجب عقد بين العميل المودع والبنك المودع لديه. وهذا العقد من العقود الرضائية،حيث لم يضع له المنظم شكلا معينا، ولذلك يجوز للطرفين أن يضمنوه ما يحلوا لهم من شروط تحقق مصالحهم، طالما لم يتضمن اتفاقهم ما يخالف قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب.

ويشترط لصحة هذا العقد توافر الأركان العامة للعقد بصفة عامة ، وهي الرضا السليم الصادر عن ذي أهلية قانونية ، وأن تتوافر الأهلية اللازمة للتصرف، لأن الحساب مخصص لتسوية معاملات العميل بالسحب منه؛ ويجب أن يكون للعقد محل وسبب مشروعين.

وقد جرى العرف المصرفي على أن يعد البنك نماذج هذه العقود تتضمن الشروط التى تنظم علاقته بالعملاء ويكتفي بتوقيعهم على أحد هذه النماذج حتى يتم انعقاد العقد. وكما سبق القول لا يعتبر هذا العقد من عقود الإذعان لمجرد الإعداد المسبق لنماذج العقود،لأن العميل يستطيع مناقشة شروط لعقد إن أراد ،فإن لم يرضها كان لديه فرصة اللجوء إلى بنك آخر يقبل شروطه والتعامل معه.

ومن الشروط التي ينبغي تحديدها تحديدا دقيقا في العقد هي الشروط المتعلقة بكيفية تشغيل الحساب والتعامل عليه، سواء كان بالسحب المباشر من الخزينة أو بتسليم العميل دفتر شيكات أو بترك الأمر لتقدير العميل وفقا للظروف.

ويفتح حساب الوديعة للأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتبارية. ونظرا لقيام هذا العقد - كما هو الشأن في جميع عمليات البنوك على الاعتبار الشخصي، فإنه يجب على البنك التحقق من شخصيه العميل، للوقوف على مدى توافر العوامل التي تجعله محل ثقته. فإذا كان العميل شخص طبيعي فإنه يكتفي بتقديم إثبات شخصيته، ومع ذلك قد يلزمه البنك بتقديم أوراق أخرى. أما بالنسبة للشخص الاعتباري، كالشركات والجمعيات والمؤسسات والهيئات العامة، فيشترط أن يقدم للبنك السند المنشئ لهذا الشخصية وما يفيد صفة طالب فتح الحساب في تمثيل هذا الشخص الاعتباري الذي سيفتح بإسمه الحساب.

ثانيا : التحقق من شخصية العميل في ظل نظام مكافحة غسل الأموال

كان تحقق البنك من شخصية العميل «تطبيق مبدأ اعرف عميلك» ، سواء وقت فتح الحساب أو عند تشغيله، أمرا متروكا لكل بنك، لأن هذا الإجراء ، سواء كان ينظر إليه على أنه يحمي البنك ويحقق مصلحته في اختيار عميل جيد. ثم بدأ النظر إلى هذا الأمر على أنه التزام على البنك، لأن منح الائتمان لعميل مضطرب الحالة المالية يؤدي إلى ظهور هذا العميل بمظهر الموسر «هو مظهر خادع» مما يترتب عليه إطالة فترة تواجده في السوق و يزيد عدد المتعاملين معه، ولاشك أن هذا لوضع يمثل خطرا على من تعامل معه وعلى الحياة التجارية والاقتصادية عموما.

وظلت مسئولية البنك عن عدم التحقق من الحالة المالية العميل في إطار لقواعد العامة للمسئولية التقصيرية، حيث يلتزم البنك بتعويض الأضرار التي تصيب الغير الذين تعاملوا مع هذا الشخص طالما كان تقصير البنك مرتبطا بعلاقة سببية مع هذه الأضرار، وخاصة أن منح الائتمان -دون التحقق من الحالة المالية للعميل المعسر- يضفي عليه هالة من الثقة لولاها ما أقدم هؤلاء على التعامل معه، وذلك بالنظر إلى الدور الاجتماعي الذي ينبغ أن يقوم به البنك لخدمة المصلحة العامة[250]

أما بعد صدور نظام مكافحة غسل الأموال فقد أصبح تطبيق مبدأ اعرف عميلك التزاما تشريعيا، حيث ألزم المؤسسات المالية عموما، ومنها البنوك، بوضع النظم الكفيلة بالحصول على بيانات التعرف على الهوية والأوضاع القانونية للعملاء ؛ وقد رصد النظام عقوبة جنائيا لمن لا يقم بذلك[251].

ونظرا للطبيعة التجارية لهذا العقد بالنسبة للبنك فالأصل أنه يجوز للعميل إثبات وجود العقد وشروطه بكافة طرق الإثبات ، أما بالنسبة للعميل فالأمر يتوقف على طبيعة العقد بالنسبة له، ومع ذلك جرى العرف المصرفي على إثبات العقد بموجب النماذج المعدة سلفا لدى البنك، وتثبت الإيداعات والمسحوبات بمقتضى الإيصالات التي تعطى للعميل،ولاشك أنذلك يقلل من لمشكلات المتعلقة بالإثبات في هذه العقود.

الفقرة الثانية : أنواع لحسابات

إذا كان الأصل أن يفتح الحساب باسم شخص واحد، وتعتبر هذه هي الصورة الغالبة، إلا أن العرف المصرفي أجاز أن يفتح البنك حساب واحد باسم أكثر من شخص، وأن يفتح عدد من الحسابات لشخص واحد. وعلى ذلك نتناول القواعد الخاصة بالحساب المشترك، ثم قواعد الحسابات المتعددة لشخص واحد.

اولا : الحساب المشترك[252].

يجيز العرف المصرفي[253] للبنك أن يفتح حسابا مشتركا بين شخصين أو أكثر بالتساوي فيما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك. ويتم فتح هذا الحساب عندما تكون الوديعة النقدية ملك لعدة أشخاص لا يجمعهم كيان قانوني، كأن يكونوا ورثه أو شركاء في مال شائع. ومن ثم لا يعتبر من قبيل الحسابات المشتركة الحساب الذي يفتح للشركات والأشخاص الاعتبارية الأخرى، لأنه يفتح باسم شخص واحد هو ا لشركة وليس بأسماء الشركاء فيها.

وعند فتح هذا النوع من الحسابات يجب أن يحدد في العقد نصيب كل واحد من أصحاب الحساب، وذلك لمواجهة احتمالات الحجز على أحد هؤلاء أو وفاته. فإذا لم يتم هذا التحديد سواء عند فتح الحساب أو بعد

---

[250] د. محمد الفروجي، المرجع السابق. ص 413 وما بعدها.

[251] راجع ما سبق بشأن سرية عمليات البنوك. م268.

[252] راجع: علي جمال الدين عوض، المرجع السابق,ص242 .

[253] وقد قنن هذا العرف المادة 8 0 3 من قانون التجارة المصري

ذلك،فإن الأصل هو ساوى حصص أصحاب هذا الحساب المشترك.

ويتم فتح هذا النوع من الحسابات بناء على طلب أصحابه جميعا؛ومن ثم يجب على البنك التأكد من شخصية هؤلاء جميعا عند فتح الحساب، وكذلك عند تشغيله، لأنه يحظر السحب من هذا الحساب إلا بموافقة جميع أصحابه ما لم يتفق على غير ذلك.

يتضح من ذلك أن الأصل في السحب من الحساب المشترك أن يتم بحضور أو موافقة جميع أصحاب الحساب، وذلك بعكس الإيداع الذي يجوز أن يقوم به أي واحد من هؤلاء. وهذا الأصل إذ ا كان يحقق الأمان بالنسبة لأصحاب الحساب، فإنه لا يحقق الضمان بالنسبة للبنك إذا كشف رصيد الحساب عن دائنية لمصلحته، حيث يجب على البنك أن يرجع على كل واحد من أصحاب الحساب المشترك بنسبة حصته في الدين.

ولذا يمكن أن يطلق على هذا لحساب "الحساب الشائع". ومع ذلك فإن هذا الأصل لا يعتبر من القواعد الآمرة ولكن يجوز الاتفاق على ما يخالفه؛ حيث يجوز لأصحاب لحساب الاتفاق على تفويض وأحد أو أكثر في السحب من هذا الحساب، وفي هذه الحالة قد يأخذ التفويض واحدة من الصورتين الآتيتين:

الصورة الأولى ، أن يوكلوا أحدهم في السحب من الحساب، وقد يكون ذلك بموجب توكيل مصرفي أو توكيل رسمي ، وفي هذه الحالة يجب على لبنك- عند كل سحب -التأكد من أن التوكيل مازال ساريا، فضلا عن التحقق من شخصية الوكيل وحدود سلطاته. ولكن هذه الطريقة في التفويض لا تحقق الضمان المطلوب للبنك، لأنه في حالة ما إذ ا كشف رصيد الحساب عن دائنية للبنك،فلا يجوز له الرجوع على هذا الوكيل بكل الدين، ولكن يجب عليه أن يرجع على كل واحد من أصحاب الحساب بنسبة حصته في الدين، ولكي يتجنب لبنك هذا الخطر يلجأ البنوك إلى الصورة الثانية.

الصورة الثانية : يتم الاتفاق في حد فتح الحساب على تحديد واحد أو أكثر من أصحا به يكون له حق السحب منه، ويعتبر هذا الشخص كأنه هو المالك الوحيد للحساب في مواجهة البنك؛ وقد يأخذ هذا الاتفاق صورة أخرى، بأن يتفق على حق كل واحد من هؤلاء في السحب من الحساب وكأنه حسابه الشخصي. ويعرف هذا الشرط من الناحية العملية بالتزام أصحاب الحساب ضامنين متضامنين .وبذلك يوجد بين هؤلاء تضامن سلبي وتضامن إيجابي، يترتب على ذلك أنه إذا كشف رصيد الحساب عن دائنية لمصلحة العملاء جاز للبنك أن يدفع الدين لأي منهم وبذلك تبرأ ذمته في مواجهة الجميع؛ وكذلك إذ ا كشف الحساب عن دائنية لمصلحة البنك جاز له الرجوع بكل الدين على أي من أصحاب الحساب.

ثانيا : تعدد حسابات الشخص الواحد لدى البنك

جرى العرف المصرفي على السماح للبنوك بأن تفتح للعميل الواحد - سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ،أكثر من حساب لدى البنك الواحد[254]،سواء كانت هذه الحسابات في فرع واحد أو في فروع مختلفة لذات البنك. ويتم ذلك عادة إذا كان لعميل أنشطة متنوعة يريد أن يخصص لكل منها حاب مستقل؛ كما قد يكون للعميل حساب جاري وحساب وديعة مثلا.

ويثور التساؤل عن العلاقة بين هذه الحسابات في بعض الحالات؛ كأن يكشف أحد الحسابات عن دائنية لمصلحة العميل، في حين تكشف حساب آخر عن دائنية لمصلحة البنك،فهل يستطيع لبنك أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة العميل الذي يطلب استرداد رصيد حسابه الدائن. وكذلك يثور التساؤل عن مدى توافر الرصيد

[254] وقد قنن المشرع المصري هذا العرف في قانون التجارة الجديد، حيث تنص المادة «307 تجاري « على أنه" إذا تعددت حسابات لدى المودع في بنك واحد أو في فروعه اعتبر كل - منها مستقلا - الحسابات الأخرى..."

لشيك سحبه العميل على أحد حساباته ثم تبين أنه لا يوجد فيه ما يكفي لصرف الشيك في حين أنه يوجد في حساب آخر رصيد يكفي للوفاء بقيمة هذا الشيك؛ فهل يجوز للبنك الصرف من الرصيد الموجود في هذا الحساب أم أن الشيك يعتبر بدون رصيد.

تتوقف الإجابة على هذه التساؤلات على مدى توافر الارتباط بين هذه الحسابات المتعددة للشخص الواحد، فإذا وجد الارتباط فإنه يجوز للبنك أن يتمسك بالمقاصة وكذلك يعتبر أن للشيك رصيد، أما إذا لم يوجد مثل هذا الارتباط فالإجابة تكون بالعكس.

استقر العرف المصرفي على أن الأصل هو استقلال حساب المودع في بنك واحد أو في فروع ذات البنك.

ولكن نظرا لأن هذا الأصل يهدد ضمان البنك فقد جرى العمل المصرفي على جواز الاتفاق على ما يخالف ذلك، بأن يتضمن عقد فتح هذه الحسابات شرطا يقيم الارتباط بين جميع حسابات الشخص التي توجد لدى البنك في أي فرع من فروعه، حيث تعتبر هذه الحسابات بمثابة حساب واحد في علاقة البنك بالعميل ، ولم يتضمن قانون التجارة الجديد ما يحظر الاتفاق على مثل هذا الشرط ، وعلى ذلك يجوز للبنك أن يشترط هذا الارتباط لكي يتجنب مخاطر استقلال الحسابات.

ولا يعتبر استقلال حسابات الشخص الواحد استثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية [255]، الذي يقوم عليه القانون المصرفي، حيث يجعل جميع أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه و لو لم يكن لهذه الأموال علاقة بنشأة الدين المطلوب. وبالتالي فإن هذا الاستقلال لا يمنع دائني صاحب الحسابات من الحجز على أي منها لاستيفاء دينه؛ كما أنه لا يمنع البنك ذاته من الحجر لما تحت يد ه على رصيد أحد هذه الحسابات لكي يستوفي دين له في حساب آخر لنفس العميل ، ولا يتعدى الاستقلال بين الحسابات أن يكون استقلالا في قواعد سير هذه والحسابات التي تقيد في كل منها، كما هو متفق عليه في عقد فتح هذه الحسابات، وذلك في العلاقة بين البنك والعميل.

ثالثا : عوائد الحساب وعمولة البنك

الأصل أن العائد يمنح للعميل مقابل استخدام البنك للنقود المودعة لديه، ولما كانت الوديعة في هذه الحالة وجدت بغرض تسوية تعاملات العميل فهي تعتبر وديعة تحت الطلب؛ ومن ثم فالأصل أن البنك لا يعطي عنها عائد، ومع ذلك يجوز الاتفاق في عقد فتح حساب الوديعة على حق العميل في الحصول علي عائد، ولكن تكون نسبته قليلة. وفي الحالات التي يحصل فيها العميل على عائد فإن البنك يشترط عليه أن يدفع عمولة معينة مقابل تشغيل الحساب.

الفرع الثاني: تشغيل الحساب

الفقرة الاولى: المقصود بتشغيل الحساب

يقصد بتشغيل الحساب التعامل عليه بالسحب والإيداع في قيد الإيداع في الجانب الدائن ويقيد السحب في لجانب المدين. ولا تفقد الحقوق المقيدة في هذا الحساب ذاتيتها لمجرد قيدها في هذا الحساب، ولكن تظل كل عملية محتفظة بطبيعتها داخل قيود الحساب، وذلك بعكس الحساب الجاري الذي يفقد المدفوع فيه طبيعته بمجرد القيد فيه. مع مراعاة أنه بمكن اعتبار الحسابات من هذا النوع حسا بات جارية، أي أن يتم تغذية

[255] راجع عكس ذلك، سميحة القليوبي. المرجع السابق، ص33.

الحساب الجاري بوديعة يقدمها العميل إلى البنك عند فتح الحساب، وذلك طبقا لشروط لعقد.

وسنتناول قواعد تشغيل الحساب ثم وسائل تشغيله.

اولا : قواعد تشغيل الحساب

الأصل أن يكون التعامل في الفرع الذي فتح فيه الحساب، ما لم يتفق على غير ذلك. وغالبا ما يسمح البنك بغير ذلك تيسيرا على العملاء، وخاصة أن هذا الوضع لا يمثل صعوبة بالنسبة للبنك في الوقت الحاضر نظرا للتطور الهائل في مجال الاتصالات الالكترونية «أدوات الصرف الآلي» بين فروع البنك وبين البنوك بعضها البعض، سواء في الداخل أوفي الخارج.

ولما كان حساب الوديعة النقدية لا يعتبر وسيلة من وسائل الائتمان، ولكنه وسيلة يسوي عن طريقها العميل تعاملاته مع الغير، فإن عقد وديعة النقود لا يمنح للمودع حقا في سحب مبالغ أكثر مما له في الحساب، ومع ذلك إذا أجرى البنك عمليات لحساب المودع وترتب عليها أن صار رصيد حساب الوديعة مدينا، فينبغي على البنك أن يخطر المودع فورا لتسوية مركزه، ويجب على البنك القيام بهذا الإخطار دون الانتظار إلى موعد إرسال الإخطار الدوري ببيان الحساب ، وفي هذه الحالة يعتبر المبلغ الذي زاد على رصيد حساب الوديعة بمثابة قرض من لبنك إلى لعميل، ومن ثم يجب عليه الوفاء به في أقرب وقت طبقا لما يقضي به العرف الصرفي.

ويعتبر إخطار البنك لعميله فور القيام بالعملية التي كشفت عن دائنية العميل بمثابة التزام على البنك، وهو أحد صور الالتزام بالتبصير ، حيث يتضمن هذا الإخطار إعلان وتحذير للعميل بعدم التعامل على هذا الحساب قبل أن يودع فيه ما يكفي لتسوية تعاملاته ، فإذا أخل البنك بهذا الالتزام ولم يقم بإخطار العميل في الوقت المناسب، فإنه يلتزم بتعويض الأضرار التي تصيب العميل من جراء ذلك؛ كأن يكون قد سحب شيكا على الحساب مثلا، ومع ذلك لا ينبغي أن تفهم مسئولية البنك عن الشيكات في هذا المجال أنه يلتزم بالوفاء بها، ولكن تكون مسئوليته عن تعويض الأضرار التي أصابت العميل من جراء عدم إخطاره بمركز حسابه في الوقت المناسب مما جعله يسحب عليه شيكات وهو يعتقد أنه يوجد في حسابه رصيد يكفي للوفاء ، وتقدير خطأ البنك والضرر وعلاقة السببية بينهما يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، وهي تأخذ في اعتبارها الظروف المحيطة بالعميل ومدى علمه بمركز حسابه من عدمه، حيث ينبغي ألا يعتبر مجرد عدم الإخطار خطأ يوجب التعويض، ولكن يجب إخضاع كل ذلك لما تقرره القواعد العامة للمسئولية العقدية.

أ- الالتزام بإرسال بيان دوري بالحساب

لكي يكون العميل على علم بالعمليات التي يتم تسويتها عن طريق حسابه وبرصيد هذا الحساب،فإنه يجب البنك أن يرسل إلى المودع «وصاحب الحساب المصرفي عموما» بيانا بالحساب مرة على الأقل كل سنة، ما لم يتم الاتفاق أو يجري العرف المصرفي على تحديد موعد آخر أو على إرسال هذا البيان أكثر من مرة خلال السنة. ويجري الاتفاق بين العميل والبنك على الكيفية والمكان الذي يرسل إليه كشف الحساب الدوري. ويجب أن يتضمن البيان المرسل إلى المودع «وصاحب الحساب عموما» صورة من الحساب بعد آخر خصم له ومقدار الرصيد المرحل. فإذا خلا كشف الحساب من هذه البيانات، فإن البنك يكون قد أخل بالتزامه بإرسال البيان. لأنه بدون هذه البيانات لا يستطيع العميل الوقوف على حقيقة العمليات التي تم قيدها ورصيد الحساب. هذا بالإضافة إلى فقدان هذا البيان لآثاره القانونية إذا طلب العميل تصحيح الحساب.

ب- تصحيح الحساب

إذا كان العرف المصرفي يلقي على البنك التزاما بإخطار العميل عن حالة حسابه بصفة دورية على النحو سالف الذكر؛ فإنه يقع على العميل التزام بالرد على هذا الإخطار ، إما بالموافقة على ما فيه أو رفضه ، في الوقت المحدد في عقد فتح الحساب، أوفي الوقت المناسب إذ ا لم يوجد اتفاق. ولكن غالبا لا يقوم العميل بالرد على إخطارا لبنك، مما أثار منازعات كثيرة بين البنك والعميل، وخاصة عندما يطلبا لعميل تصحيح الحساب بعد مضي مدة طويلة من تاريخ إجراء قيد معين، رغم إخطار البنك للعميل بهذا القيد ضمن كشف الحساب الدوري، وقد اختلف الرأي في مدي الاعتراف للعميل بالحق فيطلب تصحيح قيود لحساب التي تم إخطاره بها، ويرجع هذا الخلاف إلى اختلاف وجهات النظر بشأن تفسير دلالة موقف العميل من الإخطار «في حالة عدم الرد عليه» ، هل يعتبر قبولا ضمنيا للقيود الواردة في كشف الحساب، وبالتالي يسقط حقه في طلب تصحيح هذه ا لقيود؛ أم أن عدم الرد لا يعتبر كذلك، ومن ثم يجب على البنك أن يثبت موافقة العميل على القيود الواردة في هذا الكشف، فإذا لم يستطع إثبات ذلك،فإنه يكون من حق العميل طلب تصحيح قيود الحساب إلى أن يتم قفله طالما لم يقبلها العميل صراحة أوضمنا. ولا شك أن هذه المنازعات تعرقل سير العمل المصرفي؛ بل إن كثيرا من العملاء يتخذون من عدم الرد على بيان الحساب وسيلة لإثارة النزاع مع البنك «بأن يرفع على البنك دعوى مراجعة وتصحيح حساب» للاستفادة من طول وقت التقاضي وتأجيل الوفاء بالتزاماته تجاه البنك[256]. ولتجنب هذه المشكلات جرى العمل المصرفي على وضع شرط يلزم العميل بالرد على هذا الإخطار خلال مدة معينة وإلا يعتبر عدم الرد بمثابة موافقة على القيود الواردة في الإخطار.

ثانيا : وسائل تشغيل الحساب

لما كان الغرض من فتح الحساب هو تسوية تعاملات العميل فإن التعامل على الحساب يمكن أن يتم بإحدى الوسائل الآتية:

1- قد يقوم العميل بالسحب من هذا الحساب عن طريق خزينة البنك مباشرة ، وهذا الأمر لا يثير مشكلات في التعامل، وخاصة إذا تمت المناولة إلى العميل يدويا، أما إذا كان التعامل عن طريق السحب الآلي الحديث، فالأمر يحتاج إلى تنظيم دقيق فنيا وتشريعيا لتحديد مدي لحجية البيانات المسجلة بواسطة هذه الآلات.

2- ويمكن أن يتعامل العميل على الحساب بإصدار شيكات أو كمبيالات لدائنيه يقومون بصرفها من خزينة البنك أو يحولونها إلى آخرين بالتظهير. وغالبا ما يعطى البنك للعميل دفتر شيكات، إذ ا تم الاتفاق على التعامل على الحساب بالشيكات. وفي هذه الحالة يلتزم البنك بالحيطة - بتطبيق مبدأ اعرف عميلك الذي يفرض على البنك أن يتحرى عن العميل - عند إعطاء العميل دفتر الشيكات، مخافة إساءة استخدامه. ومن ثم يسأل البنك عن تقصيره في لتحري عن العميل الذي فتح له حساب يتعامل عليه بالشيكات رغم أنه كان معسرا أو مفلسا وقت فتح الحساب، أو سبق أن الحكم عليه بجريمة إصدار شيكات بدون رصيد. بما يضر بالغير[257].والتزام البنك في هذه الحالة هو اختيار عميل جيد حسن السمعة، وهو التزام يبذل عناية في اختيار العميل عند فتح الحساب ولا يمتد الالتزام إلى أكثر من ذلك لدرجة تحميله مسئولية أخطاء العميل في استعمال الشيكات.

---

[256] ، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص432 وما بعدها.

[257] راجع تفصيلا بشأن الاحتياطات التي يجب على البنك مراعاتها عند فتع الحسابات، علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص 266 ؛ سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص 018.

3- وكذلك يجوز التعامل على الحساب بواسطة أوامر التحويل المصرفي.

ثالثا: الحجز على الحساب المصرفي،

يجوز لدائني العميل الحجز على حسابه لدى البنك. ويتم الحجز طبقاً لقواعد وإجراءات حجز ما للمدين لدى الغير.

فإذا كان الحجز تحفظيا[258]، فإنه يجب على الدائن الحصول على أمر بتوقيع الحجز من المحكمة التي يقع في دائرتها البنك المحجوز لديه ، وذلك لأن الدائن ليس بيده سنداً تنفيذياً، كما يجب على الدائن أن يقدم للمحكمة إقراراً خطياً من كفيله الغارم صادر من كاتب الضبط يضمن جميع حقوق المحجوز عليه وما يلحقه من ضرر،إذا ظهر أن الحاجز غير محق في طلبه، وفي هذه لحالة يجب على الحاجز أن يبلغ أمر الحجز إلى المحجوز عليه والى محجوز لديه خلال ثمانية أيام من تاريخ صدوره و إلا يعتبر الحجز قابلا للابطال[259] ،كما يجب عليه خلال هذه المدة أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى في الموضوع بصحة الحجز وثبوت الحق،وإلا أعتبر الحجز ملغيا ·

ومنذ إخطار البنك بقرار الحجز يجب عليه أن يجمد رصيد حساب العميل حتى يصدر الحكم في الدعوى التي رفعها الحاجز اذا قضت لصالحه الدعوى التي رفعها الحاجز بصحة الحجز وثبوت الحق، حيث إذا قضي لصالحه يتحول الحجز التحفظي إلى حجز تنفيذي، أما إذا رفضت دعواه فإن الحجز التحفظي تنتهي آثاره.

أن الحجز التحفظي هو إجراء وقتي يقصد به حجز ما للمدين ومنع لمحجوز لديه من تسليمه له أو الوفاء له ، وأن مصير هذا الحجز سريانه مرتبط مع دعوى الموضوع، فإذا زالت هذه الدعوى، فإنه يترتب على ذلك زوال القرار الصادر بشأن الحجز التحفظي من تلقاء نفسه.

وإذا كان بيد الدائن سندا تنفيذيا فإنه يجوز له توقيع الحجز تنفيذيا على أموال المدين لدى البنك. ويكون توقيع الحجز بموجب ورقة تبلغ بواسطة المحضر القضائي إلى المحجوز لديه شخصيا، او الى ممثله القانوني اذا كان شخصا اعتباريا ، ويجب أن تشتمل هذه الورقة على صورة الحكم الذي يطلب الحجز بموجبه « السند التنفيذي» وبيان المبلغ المحجوز من أجله، كما يجب أن تتضمن ورقة الحجز منع البنك عن الوفاء بما لديه للعميل [260] وفي هذه الحالة يجب على البنك، خلال ثمانية أيام من تاريخ تبليغه الحجز، أن يقرر ما في حساب العميل، فإذا كان للعميل نقودا في الحساب وجب على البنك، خلال عشرة أيام من تاريخ الإقرار، أن يدفع إلى صندوق المحكمة المبلغ الذي أقر به أو ما يكفي لسداد حق الحاجز.

الفرع الثالث: قفل حساب الوديعة النقدية المصرفية

الفقرة الأولى: التمييز بين قفل الحساب وقطعه وتجميده

يقصد بقفل الحساب، إنهاء علاقة العميل بالبنك، وذلك بتصفية التعاملات التي تمت على الحساب المفتوح للعميل، وبالتالي يلتزم بدفع رصيد الحساب إذ ا كان مدينا ويلتزم البنك بالرد إذا كان الحساب دائنا لمصلحة العميل.

---

[258] المادة 667 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري ..

[259] انظر المادة 674 من نفس القانون .

[260] المادة669 من نفس القانون

أما قطع الحساب فيعنى وقف تشغيله في لحظة معينة لاستخراج لرصيد لمؤقت ثم ترحيل هذا الرصيد إلى الحساب ذاته الذي يستأنف حركته مباشرة في ذات اللحظة، ويتم هذا العمل بصفة دورية لمعرفة المركز المؤقت لطرفي الحساب من حيث الدائنية والمديونية.

أما تجميد الحساب أو وقفه فيعني عدم تشغيله بصفة مؤقتة نتيجة حدوث ظروف معينه تقتضي عدم التعامل على الحساب حتى تزول هذه الظروف، كوفاة أحد أفراد الحساب المشترك أو وقوع خلاف بينهم أو إذا تم الحجز على أحد أصحاب هذا الحساب، أو وجود منازعة بين البنك والعميل بشأن الحساب وعرض أمرها على القضاء.

اولا : أسباب قفل الحساب

يقفل الحساب إذا انتهت المدة المحددة في هذا العقد ، أو بانتهاء العملية التي فتح من أجلها، إذا نص في عقد فتح الحساب على السبب الذي فتح من أجله. وإذا لم يحدد فيعقد فتح الحساب مدة ولم يكن مفتوحا من أجل عملية بعينها،فإنه يجوز لأي من الطرفين طلب قفله في أي وقت مناسب، وذلك باعتباره عقد غير محدد المدة .

ونظرا لأن عقد فتح الحساب من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي فإن أي حادث يؤدي إلى اهتزاز الثقة في العميل يبرر قفل الحساب، كفقد أهليته أو إفلاسه أو وفاته وكذلك يجوز للعميل طلب قفل الحساب إذا أفلس البنك أو تمت تصفيته.

1- آثار قفل الحساب

يترتب على قفل الحساب تصفيته وتحديد الرصيد النهائي الذي يظهر منه الدائن والمدين وبقبول نتيجة التصفية من الطرفين لا يجوز إعادة النظر فيها أو طلب تصحيح أي قيدمنقيود الحساب. أما القيود التي لم يقبلها المودع فإنه يجوز له طلب تصحيحها، فإذا رفض البنك كان للمودع حق اللجوء إلى القضاء.

الفصل الثاني

الإئتمان كعملية مصرفية تقليدية

يعتبر الائتمان من أهم وظائف البنوك ، حيث تسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فهي توفر للمستثمرين والتجارة بصفة عامة الأموال اللازمة لتوسيع وتطوير أنشطتهم التجارية الاقتصادية ، وتزيد في انعاش الدور الائتماني للبنوك و تزكيته ، مع تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، من حيث زيادة التطور التكنولوجي في مجال حركة السلع وسلاسة الخدمات المصرفية، واتساع نطاق المنافسة التجارية و شفافيتها وتنوع وسائلها الرقمية ، فقد أدت هذه التعيرات إلى زيادة حاجة المشاريع إلى سيولة لتمويل العملاء أمام المنافسة المحلية و الدولية .

و من هنا سنتطرق الى مفهوم عقد القرض كعملية ائتمان مصرفي في هذا الفصل في مبحثين

المبحث الاول : عقد القرض المصرفي

ان اعتماد البنك يعتمد من أجل منح الائتمان على ودائع التي سبق جمعها من العملاء، فأن زيادة حجم الائتمان و القدرة التشغيلية للمشروع يكون أكثر ضررا من تقليص الائتمان، فيمكن اعتبار بأن قرار البنك بمنح الائتمان يعتبر من الأمور الهامة والخطيرة في آن واحد ، الذي يقتضي منه اخذ الحيطة والحذر في اختيار العميل جيداً، وذلك بإتباع الاجراءات التي استقر عليها العرف المصرفي ، إذ يجب التحري عن العميل طالب الائتمان، وذلك بدراسة ملاءته ، والوقوف على احتمالية نجاح المشروع المطلوب تمويله من خلال تقدير تدفقاته النقدية القادرة على الوفاء بالتزاماته الناشئة عن امكانية رد الائتمان المطلوب، بالإضافة إلى الحصول على الضمانات العينية المالية التي تقتضيها قواعد العمل المصرفي، بناءً على أسس واقعية سليمة، و تقدير فرصته في استعادة الائتمان الممنوح، ما يتقلل مخاطر الائتمان.

ونظرا لأهمية ضوابط منح الائتمان، فقد تولى نظام مراقبة البنوك فرض التزامات خاصة على المصارف، لضمان جودة وظيفتها الائتمانية و بالتالي الاسهام الفعال في التنمية الاقتصادية و الاجتماعية[261]، وقد خول النظام الرقابة على هذه البنوك للتحقق من تنفيذها لهذه الالتزامات[262].

تتنوع الساليب التي يقدم بها البنك الائتمان إلى العملاء تبعا لحاجاتهم، وأهم هذه الخدمات ما يلي :

أولا - القرض المصرفي، عندما يطلب العميل من البنك أن يقدم له مبلغ معين إلى أجل محدد.

ثانيا - خطاب الضمان، وفي هذه العملية يطلب العميل من البنك أن يضمنه أمام شخص ثالث يشترط عليه تقديم مبلغ معين لكي يضمن التعامل معه، وتلبية لذلك يقوم البنك بإرسال خطاب إلى هذا الشخص يتعهد فيه بدفع عند الطلب المبلغ المطلوب و في الوقت المطلوب .

ثالثا- الاعتمادات المصرفية، وفيها يلتزم البنك بوضع مبلغ محدد تحت تصرف العميل الاعتماد البسيط ، أو يلتزم بالقيام بعمل معين لمصلحة العميل تجاه شخص آخر يقدم له مستندات معينة كالاعتماد المستندي .

رابعا- خصم أو القبول ، حيث يلتزم البنك بخصم – أي دفع قيمتها- المستحقة للعميل قبل حلول ميعاد استحقاقها، على أن يتولى هو المطالبة بها في هذا الميعاد، وقد يكون الالتزام بقبول الأوراق التجارية التي يسحبها عليه العميل لحساب أشخاص آخرين،حيث بهذا القبول يصبح هو المدين لأصلي في الورقة ويلتزم

---

[261] راجع ما سبق يشأن التزامات بالبنوك العاملة في المملكة-

[262] وضع المشرع الجزائري مجلس القرض من خلال أحكام الأمر رقم 47-71 المتضمن تنظيم مؤسسات القرض كهيئة ضبط في المجال المصرفي، غير أنها ترجع لها بعض الصلاحيات الرقابية التي تستشف من دوره ومهامها، وجاء النص عليه ضمن الفصل الأول تحت عنوان "مجلس القرض" من نص المادة 01 إلى غاية نص المادة 8 منها، إلىجانب المرسوم رقم 192-71 1 المؤرخ في 30 جوان 1971 المتعلق بتشكيل وتسيير مجلس القرض

بالوفاء بها، ثم يرجع على العميل بما دفعه.

و رغم أهمية عمليات الائتمان المصرفي إلا أن المشرع لم يضع لها قواعد خاصة، ومن ثم ينطبق عليها قواعد العرف والعادات التجارية.

المطلب الاول: مفهوم القرض المصرفي و مميزاته

للبنوك دور رئيسي في الاقتصاد الوطني ، مهما كان مستوى الدولة ، إذ يعد المكان الذي تتجمع فيه المدخرات و الودائع الخاص بكافة فئات المجتمع أو الدولة ، لتخرج منه بعد ذلك على شكل قروض»[263]«.

تستند البنوك من أجل تطوير إمكانياتها ووسائل عملها في تعزيز سيولتها في جمع الأموال من مصادر مختلفة، وتوجيهيها نحو أفضل الاستعمالات التي يحتاجها الاقتصاديين والمؤسسات، إذ تعتمد البنوك في منح القروض من الودائع التي تتلقاها عن الجمهور والمؤسسات العمومية ، وفي حالة عدم كفاية هذه المصادر تلجا إلى الإقتراض من السوق النقدية والمالية ، أو تلجا إلي البنك المركزي لإعادة التمويل عن طريق الإصدار الجديد ، لأنها تعتبر المؤسسات تجارية هدفها تحقيق أرباح من خلال تلقى الودائع من الجمهور وتقديم القروض للأعوان الاقتصاديين وكذلك وضع وتسيير وسائل الدفع.

تقوم عادة البنوك باستعمال رؤوس الأموال أو بوجه آخر ودائع توظفها لحسابها الخاص في عمليات الخصم عمليات القرض والعمليات المالية.

إن الوظيفة الائتمانية للبنك تمثل الركيزة الأساسية لنشاطه الرئيسي كوسيط مالي، إذ تعتبر عوائد الإقراض المورد الرئيسي في ميزانية البنك قبل المصادر الأخرى المتنوعة، فهدف الاسلوب الائتماني هو الوصول إلى منح الائتمان الذي يتم صياغته في إطار عملي يستند إلى ضوابط وخبرات تمكن في النهاية من تحقيق الأهداف الرئيسية للبنك المتمثلة في عائد الربح.

و من أهم الوظائف التي تقوم بها البنوك من خلال قيامها بدور الوساطة المالية، حيث يوازن بين رغبات أصحاب الفائض المالي أي المودعين وأصحاب العجز المالي عن طريق جمع الودائع ومنحها في شكل قروض.

الفرع الاول : ماهية القروض المصرفية

كما أوضحنا سابقا تعتبر الفوائد التي تنجم عن منع القروض من أهم الموارد المالية للبنك، فهي تمثل الجانب الأكبر من حصة الأصول حيث يمثل العائد المتولد عنها الجانب الأكبر من الإيرادات، عن طريق تحويل رأس المال من شخص لآخر.

بما ان مهمة البنك هي الوساطة المالية بين أصحاب الودائع والمقترضين، فانها عمدت على تطوير أساليبها وتنويع مصادر اكتساب الأموال من جهة والتوظيف الأمثل لهذه الموارد بمنحها كقروض حسب حاجيات المقترضين و حسب رغباتهم .

تعتبر القروض من أهم الوضائف التي يمارسها البنك إذ يقوم بتجميع المدخرات أو الودائع بإعادة توزيعها في شكل قروض من أكثر الاستثمارات جاذبية للبنوك.

---

[263]- تدريست كريمة، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري، 2003، ص 21.

الفقرة الاولى : تعريف القروض المصرفية.

اولا :التعريف الاصطلاحي.

اغلب التعريفات ركزت على اهمية القرض باعتباره أداة من أدوات الائتمان وثقة بين المصرف والعميل ، يتعهد فيها البنك أداء التزامات معينة تزيد من ائتمان العميل في مواجهة الغير من ناحية، واعتمد فيه البنك على قدرة العميل على القيام التزاماته وفاءً لما قد يُكلف به البنك عند تنفيذ التزاماته [1] من ناحية اخرى ، اذ نجد ان هذا التعريف واسع شمل كل العمليات التي قوم بها البنك ومن ضمنها عملية القرض البنكي.

لا تخرج كلمة القرض من التعبير عن عملية تتم بموجبها تمكين متعامل اقتصادي من التصرف أو استغلال مال نقدي حاضر أو مستقبلي في تمويل أي نشاط.»264«

و يعرف القرض اصطلاحا على أنه مبادلة مال حاضر بوعد وفاء في المستقبل ، أي يتنازل أحد الطرفين مؤقتا للطرف الآخر عن مال، على أمل استعادته فيما بعد على أساس الثقة المتبادلة بين الطرفين مقابل عائد متفق عليه مسبقا .

يعرف أيضا الائتمان أو القرض على أنه تسليف المال لتثميره في الإنتاج والاستهلاك يقوم على عنصرين أساسين هما الثقة والمدة.»265«

القرض هو أساس نشاط البنوك والمؤسسات المال ة، فهو فعل الثقة بين الطرفين المقرض والمقترض ويتضمن تقديم أموال مقابل وعد التسديد مع فائدة معينة تراعى فيها المدة والمخاطر، والتالي فكل قرض يتضمن عنصرين :الثقة و المدة زمنية ولا عتبر قرضا إذا لم تتوفر الفجوة الزمنية"[266].

وتعرف القروض أنها" تلك الخدمات المقدمة للعملاء والتي بمقتضاها يتم تزويد الأفراد و المؤسسات في المجتمع الأموال اللازمة ،على أن يتعهد المدين سداد تلك الأموال وفوائدها، وتدعم هذه العملية ضمانات تكفل للبنك استرداد أمواله في حالة توقف العميل عن السداد".[267]

او بعبارة اخرى هي الائتمان البنكي أو "الثقة التي يوليها البنك لعميله بمنحه قروضا، أو تقرير حدود يضعها تحت تصرفه، أو يكفله فيها لفترة محدودة وفق شروط يتفق عليها كل من البنك والعميل، في العوائد والعمولات "[268].

ثانيا :التعريف الفقهي.

264- شاكر القزويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 9.

265- بوعتروس عبد الحق، الوجيز في البنوك الجزائرية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2000، ص37.

266 الطاهر لطرش، تقن ات البنوك، ط4، ديوان المطبوعات الجامع ة، الج ازئر، 5002 ، ص55 .

267 عبد الحميد عبد المطلب ، البنوك الشاملة عمل اتها وإدارتها ، الدار الجامع ة الاب ارهم ة، مصر،8002 ، ص 103- 104.

268 احمد حسن قورة، المرجع الساب ،ص 75.

تعدد التعريف الفقهي باختلاف وجهات نظر الفقهاء من بينهم من عرف القرض على انه **"اتفاق يتعهد بمقتضاه البنك بأن يوفر للعميل أو شخص آخر يحدده هذا العميل خلال فترة زمنية محددة أو غير محددة، وفي حدود مبلغ نقدي معين،مقابل تسديده عند حلول اجل الاستحقاق."**«269»

عرف القرض أيضا كما يلي:**"عملية القرض هي منح الائتمان بتقديم مبلغ مالي من طرف البنك إذ يقوم على أساس الثقة المتبادلة بين المقرض والمقترض،يتم تسديده عند حلول أجل الاستحقاق، مع تقييم إمكانيات المقترض ومدى قدرته على تعويض القرض الممنوح له"**«270».

ومن خلال التعاريف السابقة يتضح أن القروض المصرفية عملية تقوم بها البنوك بتقديم مبالغ مالية لأصحاب العجز المالي لاستغلالها والتصرف فيها مقابل مدة زمنية معينة كنتيجة للثقة الممنوحة من طرف البنك للزبون.

ثالثا -:التعريف القانوني .

عرف المشرع الجزائري القروض المصرفية وذلك في المادة 68 فقرة 1من الأمر 03 – 11 المتعلق بالنقد والقرض على أنه: **"يشكل عملية قرض، في مفهوم هذا الأمر، كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان"**«271».

كما عرفه أيضا في المادة 456 ق.م.ج على أنه: **"...عقد يلتزم به المقترض أن ينتقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي أخر،على أن يرد إليها المقترض عند نهاية القرض نضيره في النوع والقدر والصفة"**.«272»

حسب كل من القانون المدني الجزائري وقانون النقد والقرض، فالقرض هو عقد محله شيء مثلي، وهو في الغالب نقودا ، ينقل بموجبه المقرض إلى المقترض ملكية الشيء المقترض على أن يرد مثله في نهاية عقد القرض أو عند حلول أجل الاستحقاق، بالمقابل البنك يأخذ عمولة، أو ضمانات نتيجة للمخاطر المتوقعة في حالة عدم سداد المبلغ[273].

الفرع الثاني : :تمييز عقد القرض المصرفي عن بعض العقود المشابهة له.

يتسم عقد القرض المصرفي بخصائص تميزه عن غيره من العقود، إلا أن هناك عقود التي تتداخل معه في بعض الخصائص مما يجعله محل لبس وغموض لدى الأفراد، وللتوصل إلى التحكم فيه من كل الجوانب

---

[269]- الحميد عبد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، 1996، ص707.

[270]- BOUYAKOUB FAROUK, l'entreprise ET financement bancaire, CASBAH, ALGER, 2000, P 17.

[271]- أمر رقم 03 -11 المؤرخ في 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج رج ج، عدد 52¡2003، المعدل والمتمم.

[272]- أمر رقم75 -58المؤرخ في 26سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 44¡1975، المعدل والمتمم.

[273]- معين أمين السيد، واقع الجهاز المصرفي في ظل التحولات الاقتصادية العالمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 03، 2001، ص380.

ومنع أي اختلاط من العقود المشابهة له، يمكن تمييز عقد القرض المصرفي عن بعض العقود من بينها عقد الوديعة وعقد العارية بالإضافة إلى ذلك نجد عقد فتح الاعتماد .

الفقرة الاولى : تمييز عقد القرض المصرفي عن عقد الوديعة.

يقصد بعقد الوديعة ذلك العقد الذي بمقتضاه يسلم شخص مبلغا من النقود إلى البنك الذي يلتزم برده لدى الطلب ووفقا للشروط المتفق عليها، أما القرض المصرفي فهو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود،على أن يرد إليه عند نهاية القرض مثله عند حلول أجل الاستحقاق.[274]

يختلف العقدان في كون أن عقد الوديعة تبرعي ، في حين أن عقد القرض يكون بمقابل .

يختلف عقد القرض المصرفي عن عقد الوديعة من حيث:

نقل القرض ملكية مؤقتة للنقود إلى المقترض على أن يرد مثله إلى المقرض عند حلول أجل الاستحقاق، أما الوديعة فلا تنتقل فيها الملكية إلى المودع، بل تبقي مجرد وديعة إلى حين استرجاعها من طرف صاحبها و دون استعمالها و لكن في حالة البنك كان العرف يقتضي استعمالها و هي اساس ملاءة البنك و اساس اغلب اصوله، و هنا يمكن أن يختلط اثر عقد الوديعة من عقد العارية ، و بمفهوم المخالفة فان غير البنك ملزم اصلا بحفظ الوديعن دون استعمالها او استغلالها ، و في حالة الضياع الوديعة يمكن أن يرتب مسؤولية تقصيرية او جزائية .

الفقرة الثانية : تمييز عقد القرض المصرفي عن عقد العارية.

عرف المشرع الجزائري عقد العارية في المادة 538من ق.م.ج**"أن العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين،على أن يرده بعد الاستعمال."**[275]

من خلال هذه المادة نجد عقد العارية يتشابه مع عقد القرض المصرفي فيما يلي:

في كلا العقدان هناك انتفاع، إذ يعد انتفاع بما لا يملك المقترض في القرض والمعير في العارية.

يختلف عقد العارية عن عقد القرض فيما يلى:[276]

في عقد العارية يكون المعار شيئا مما لا يستهلك بالاستعمال حسب نص المادة 538ق.م.ج، وفي القرض يكون شيئا يستهلك بالاستعمال وفقا للمادة 450ق.م.ج.[277]

يرد نفس الشيء المعار عينه في عقد العارية، بينما في القرض فيرد بديله،لأن في عقد العارية يبقي ملك الشيء المعار للمعير،أما في عقد القرض فإن الملكية تنتقل لأي المقترض بالقبض على أن يرد بدله أو مثله.

---

[274]- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2000، ص

[275]- أمر رقم 75 -58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[276]-شرفة سامية، التوظيف الحديث لعقد القرض المصرفي في الخدمات البنكية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة باتنة، الجزائر، 2007، ص 52-51.

[277] أنظر المواد450 و 538 من أمر رقم 75 -58، المتضمن بالقانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

غير أن عارية الاستعمال في النقود اصلا لا يمنع لا العرف و لا القانون من رد ثمها لكون أن النقود اصلا تعد معيار للقيمة و ليس لها قيمة في ذاتها .

الفقرة الثالثة : تمييز عقد القرض المصرفي عن عقد فتح الاعتماد

تقوم البنوك بمجموعة من العمليات من بينها فتح الاعتماد كعملية من عمليات الائتمان، إذ يتعهد البنك بمقتضاه بوضع مبلغ من المال تحت تصرف زبونه ذلك خلال مدة معينة، يستفيد الزبون من هذا المبلغ كله أو جزء منه خلال هذه المدة أو تسحب شيكات عليه أو تحرير أوراق تجارية عليه ، أما بالنسبة للقرض المصرفي فهو عقد بين المقترض والمقرض «المصرف » الذي يتعهد بتقديم مبلغ مالي قصد الاستثمار هذا مقابل إعادته في المدة المتفق عليها.[278]

عقد فتح الاعتماد وعقد القرض المصرفي يتفقان في وضع المبلغ المالي تحت تصرف الزبون ويتم إرجاعه عند حلول أجل الاستحقاق.

يختلف عقد فتح الاعتماد عن عقد القرض المصرفي، في كون المقترض يحصل على قيمة القرض بأكمله يوم توقيع العقد،أما فاتح الاعتماد فإنه يسحب منه ما يشاء بموجب شيكات أو غيرها في المدة الممنوحة.

او بمعنى آخر يلتزم المقترض بإعادة القرض المقدم والفوائد المتفق عليها في نهاية القرض،أما في فتح الاعتماد فإن العميل لا يرد إلا ما قد يسحبه فعلا، والفائدة المستحقة، إذ تنقطع علاقة المقترض عندما يتسلم مبلغ القرض الذي يطلبه من البنك عند حلول أجل الاستحقاق، أما في الاعتماد فإن العلاقة بينهما قائمة لا تنقطع،فيسحب العميل و يودع ما يريد،كما يرسل البنك كل شهر كشف حساب جاري لا يختلف عن الذي يرسله في الحساب الجاري.

الفرع الثالث: خصائص القرض البنكي

من أهم الخصائص التي يتميز بها القرض البنكي الذي تجعله يختص بنظام قانوني متميز حكمه في مختلف جوانبه إضافة إلى القواعد العامة التي تحكم القروض عامة.

تتعدد هذه الخصائص وتختلف حسب الزاوية التي تدرس فيها القروض، سواءا كانت دراسات اقتصادية لارتباطها الجانب الاقتصادي ودورها الهام في تطوير العجلة الاقتصادية والمالية، أما من الجانب القانوني الذي يعد المحور الأساسي الذي اعتمدت عليه مختلف الدراسات، واعتبار القانون هو المنظم لمختلف العلاقات خاصة الاقتصادية ، فمنح القرض وإبرامه يخضع لمجموعة من الضوابط يراعي فيها البنك خاصة الطابع الشخصي والشكلي للقروض، والجانب التجاري وغيرها من الجوانب التي سنبينها في هذا الفرع.

الفقرة الاولى : عقد القرض البنكي عقد رضائي:

يتميز عقد القرض أنه عقد رضائي ينعقد مجرد تلاقي الإيجاب مع القبول ، و لكن يثور تساؤل حول امكانية اثباته من أجل تحقيق آثاره بما يتوافق و ارادة طرفي العقد [279].

---

[278] صبرى مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص71.

[279] سعد ربيع عبد الجبار، التمويل بواسطة القرض العادل، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،العراق، العدد الاول والثاني، المجلد الثالث ،2010، ص 163.

لقد اختلف الفقهاء في حكم توثيق دين القرض بالكتابة والشهادة على قولين: أحدهما لابن حزم وهو الوجوب إذا كان مؤجلا. واستدل على ذلك الأمر كتابة الدين المؤجل والإشهاد عليه في قوله تعالى: **" يَا أيّها الذينَ آمَنُوا إذَا تَدَايَنتُم بدَين إلى أَجَل مُسَمّى فَاكتُبُوه"**[280].

والثاني من جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، ذهبوا إلى أن كتابة الدين والإشهاد عليه ليسا واجبين مطلقا، والأمر بهما في الآية هو إرشاد إلى الأوثق ولا يراد به الوجوب.

كما يمكن ضمان القرض بالكفالة أو الرهن، فعن عائشة رضي الله عنها " أن النبي ﷺ اشترى طعاما من يهودي إلى أجل ورهنه درعا من حديد"[281].

ويخضع القرض في إثباته إلى القواعد العامة للإثبات، والتالي فإنه لا يجوز إثبات القرض إذا ازدادت قيمته على 100.000 دج مائة ألف دينار جزائري إلا الكتابة،[282] أو ما قوم مقامها .الإقرار واليمين ومبدأ الثبوت الكتابة، أما إذا لم يزد قيمة القرض عن 100.000دج أو كان القرض تجاريا جاز إثباته بجميع طرق الإثبات ويدخل في ذلك الشهادة والقرائن.[283]

الفقرة الثانية : عقد القرض البنكي من عقود المعاوضة:

من بين عقود المعاوضة عقد القرض الذي يتلقى فيه كل من طرفي العقد عوض لما منحه للطرف الآخر، إذ أن التزام البنك بنقل ملكية مبلغ النقود أو أي شيء مثلي آخر قابله التزام المقترض برد هذا القرض عند انتهاء الآجال المتفق عليها نظيره في النوع والقدر والصفة،[284] فالبنك أخذ الفوائد مقابل مبلغ القرض من جهة ، ومن جهة أخرى يتلقى العميل مبلغ القرض مقابل تقديم الفوائد للبنك انتهاء الأجل المحدد في العقد[285]، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري صريح العبارة في نص المادة 68 من قانون النقد والقرض عند نصه أنه" تشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان.

و بالتالي فإن عقد القرض البنكي و خلافا لعقد القرض العادي الذي لا نجد فيه مقابل باعتباره دفع مال مسبق بدون مقابل بدليل منع المشرع من التعامل الفوائد من عقد القروض العادية بين الأشخاص العادية، لأنه منحٌ على سبيل الاستحقاق دون عوض مع التزام برده دون فوائد، .مقابل لاستخدام هذه الأموال و الاستفادة منها في تمويل الاستثمار ، وهنا يمكن لأن يأخذ هذا العقد وصف عارية الاستعمال بدلا من القرض.

الفقرة الثالثة : عقد القرض البنكي عقد تجاري

---

[280] سورة البقرة، الآية: 282.

[281] صحيح البخاري، كتاب البيوع، حديث 2068، ص، 332.

[282] المادة 333 من القانون المدني.

[283] - عبد الرازق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط3، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،1998، ص 432.

[284] - انظر المادة 450 من القانون المدني الج ازئر I.

[285] عبد الرازق احمد السنهورI،الوس c في شرح القانون المدني، النظر7ة العامة للالت ازم، ج1 ، العقد، ص 135

قد بُيَنَ فيما سبق أن عقد القرض يتم بين طرفين أحدهما البنك و الثاني المقترض الذي يكون فيه شخصا طبيعيا أو معنويا ،إذ أن البنك يختص بالقيام بالعديد من العمليات المصرفية التي يرغب فيها تحقيق الربح مقابل عمله بدليل الفوائد التي يتحصل عليها كمقابل للعمليات المتاحة .

اولا : بالنسبة للبنك

من المتفق عليه فقها و قضاءً على أن الأعمال التي قوم بها البنك من الأعمال التجارية و قد نص عليها القانون التجاري صريح بالعبارة[286]" إذ يعد عملا تجاريا حسب موضوعه كل عملية مصرفية"، ولما كان التعامل القروض من العمليات التي تقوم بها البنوك فإن القرض البنكي يكتسي طابعا تجاريا تحكمه الأنظمة التي تطبق على التاجر و الأعمال التجارية من حيث رفع الدعاوى و الاختصاص القضائي و كذا و سائل إثبات الأعمال التجارية[287].

و تجارية القرض البنكي بالنسبة للبنك تشمل كل الحالات التي يبرم فيها البنك عقد قرض بغض النظر إلى صفة العميل إذا ما كان تاجرا أو غير تاجر و حول ما إذا كان العمل الذي يقوم به العميل لتمويل أغراضه التجارية أو الشخصية أو غيرها. [288]

أما الرأي الذي يري أنه يجب النظر إلى صفة العميل و الغرض الذي ستعمل فيه القرض فإن رأيه ضعيف بالنظر إلى صعوبة تحديد صفة العميل فيما إذا كان تاجرا أو غير تاجر نظرا لكون مفهوم التاجر مفهوم واسع يصعب حصره باعتبار أن كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له يعد تاجرا،[289] كما يصعب حصر الأعمال التجارية نظرا لتنوعها و تعددها و تصنف إلى طوائف عديدة منها الأعمال التجارية حسب موضوعها [290]و أعمال تجارية حسب شكلها[291]و أخرى أعمال تجارية بالتبعية[292].

فالمشرع الجزائري حسب الأمر نص صراحة على أن الأعمال التي قوم بها البنك هي أعمال تجارية حسب طبيعتها كما هو السائد فقها و قضاءا.

كما تجدر الاشارة أن المشرع الجزائري قد اقحم موادا جديدة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية لا سيما المواد 536 مكرر و مكرر1 و 2 ، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 14 جانفي 2023 المتعلق بتحديد دوائر اختصاص الاقليمي المحاكم التجارية المتخصصة و التي بموجبها احال بعض المنازعات اليها ، و من بينها المنازعات الناشئة بين البنوك او بين البنك و الشخص المعنوي

---

[286] - المادة 04 من القانون التجاري.

[287] انظر المرسوم التنفيذي رقم 23-53 المؤرخ في 14 جانفي 2023 المتعلق بتحديد دوائر اختصاص الاقليمي المحاكم التجارية المتخصصة للنظر في القضايا التجارية المتعلقة بين البنوك أو بين البنك و التاجر المعنوي بموجب المادة 536 مكرر 2 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

[288] - علي جمال الدين عوض، المرجع الساب ،قص 548.

[289] - المادة 1 من القانون التجاري الجزائري .

[290] - المادة 2 من نفس القانون.

[291] - المادة 3 من نفس القانون.

[292] المادة 4 من نفس القانون.

التاجر ، و الملاحظ هنا بأن المشرع اراد أن يعطي زخما جديدا للقضاء المتخصص من اجل استصدار احكاماً ذات نوعية و كذا نظرا لاهمية هذا النوع من الدعاوى .

ثانيا : بالنسبة للعميل المقترض

يزداد الأمر تعقيدا بخصوص الطبيعة التجارية للقرض الذي يبرمه العميل مع البنك من كونه تجاري أو مدني، إذا نظرنا إلى اختلاف صفات الأشخاص الذين يلجئون إلى البنوك للاقتراض فمنهم التجار و غير التجار و كذا اختلاف الأغراض التي يلجئون إليها لتمويل حاجاتهم الشخصية،مما طرح تساؤل حول ما إذا أبرم التاجر عقد قرض مع البنك فإن هذه العملية تخضع للقانون التجاري من عدمه حول ما إذا أبرم عقد القرض لأغراضه التجارية فهل يعد هذا العقد ذو صبغة تجارية أم مدنية؟

1- الآراء الفقهية حول تقدير مسألة تجارية القرض البنكي :

فقد اختلفت الآراء حول هذا الجانب.

أ- يرى بعضهم أن العقد الذي يبرمه العميل مع البنك هو عمل تجاري النسبة للعميل بغض النظر لصفته و الغرض الذي خصص له القرض[293] و هذا الرأى بحسب ما ذهب اليه ينظر إلى الأعباء التي يتحملها البنك في منح القرض و الحصول على الموارد لتلبية حاجات العملاء و تمويل مشاريعهم بالإضافة إلى المخاطر التي تنجر عن هذه القروض ،[294] فإخضاع البنك لقواعد القانون التجاري يعد امتياز له لما يمكنه له هذا القانون من مرونة الاثبات ، لتطوره و مسايرته للحياة الاقتصادية و التجارية ، وتعزيز الائتمان دون الخضوع للقانون المدني نظرا لطبيعته التي لا تراعي خصوصية المعاملات البنكية .

ب- وهناك جانب آخر من الفقه من رأى ضرورة الأخذ عين الاعتبار صفة العميل[295] و الغرض الذي يريده من وراء القرض فإذا كان لتمويل تجارته و حاجاتها فلا إشكال، باعتبار القرض تجاريا النسبة لطرفي العلاقة.

أما أذا لم يكن العميل تاجرا و طلب القرضا ، لحاجاته الشخصية ، فإن عقد القرض النسبة اليه في هذه الحالة يخضع لقواعد القانون المدني، بغض النظر إلى صفة البنك التاجر، لأنه ليس من الانصاف أن نخضع غير التاجر لقواعد القانون التجاري، في مواجهة البنك التاجر المحترف، فكون العميل هنا في مركز الضعيف أمام الامتيازت التي تمنح للبنك عند إخضاعه للقانون التجاري .

وعليه فإن عقد القرض من جهة البنك يعد تجاريا في كل الحالات بغض النظر إلى الشخص الذي يتعامل ، و ذلك بصريح المادة 02 من القانون التجار ي، أما النسبة للعميل فإنه يعد تجاريا بالتبعية إذا كان تاجرا أو إستعمله لأغراضه التجارية بطبيعة الحال.

الفرع الرابع : أنواع القروض البنكية

تتنوع القروض وتنقسم إلى أقسام عدة :

الفقرة الاولى : تقسيماتها

---

[293] - علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، 548

[294] صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق ، ص 95

[295] مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية،2005، ص 573 .

تتسم الاستثمارات الممولة بالقروض أشكالا مختلفة ومتنوعة، ما يدفع بالبنك التدخل لتقديم العون والنصح لزبونه، بحثا عن الصيغة الأكثر تلاؤما مع المشروع المراد تحقيقه، ذلك حسب قدراته المالية والاقتصادية لتمويله بالصيغة الملائمة للقرض المراد منحه .

تعتبر القروض المصرفية من أهم العمليات التي تحتكرها البنوك والمؤسسات المالية الأكثر ربحا بالمقارنة مع العمليات الأخرى.

فاختلف الفقه حول تقسيمها، كلٌ حسب الزاوية التي يدرسها، إذ يمكن تصنيف القرض حسب الآجال أو المدة الزمنية المستحق الأداء فيها ، فتكون قروض قصيرة، متوسطة، أو طويلة ، ويمكن تقسيمها حسب النشاط الذي يموله البنك فتكون في هذه الحالة قروض استهلاكية أو إنتاجية، أو قروض موجهة لتمويل التجارة الخارجية ، و أيضا يمكن تقسيمها من حيث الضمان الممنوح من طرف العميل فقد كون قرض مكفول بالضمان أو غير مكفول بالضمان، لذا سنوضح القرض حسب هذه الأنواع الثلاثة وسنفصلها كالتالي:

اولا : تقسيم القروض المصرفية حسب المدة.

طلب القرض المصرفي يتوقف على الحالة الاقتصادية و المخاطر الاحتمالية المحيطة بكل من البنك والعميل و التي تعتمد فيه المصارف أساسا على الآجال ، على أن يلتزم العميل برده في الآجال المتفق عليها.

و بهذا نميز ثلاثة أنواع من القروض المصرفية المتمثلة في القروض قصيرة الأجل ، القروض متوسطة الأجل و القروض طويلة الأجل ، ويتوقف هذا الأجل حسب نوع القرض وطبيعته ومتطلباته[296].

فالقروض الموجهة للاستغلال مثلا هي قروض تحتاج طبيعتها إلى آجال قصيرة للوفاء بها، بينما القروض الموجهة إلى تمويل الاستثمارت والتسيير فهي تحتاج إلى آجال طويلة لتمويلها المشاريع الاقتصادية التي حتاج فيها العميل إلى مدة طويلة تتناسب مع حجم هذا المشروع وآجال مردوديته و ربحيته .

1- قروض قصيرة الأجل.

هي .القروض الموجهة لتمويل الجانب الاستغلالي للمؤسسة،كما تسمى أيضا بقروض الاستغلال إذ لا تتعدى سنتين في الغالب ، والتي تستخدم أساسا في تمويل نشاط الإنتاج والتسويق[297]، كشراء المواد الأولية، سداد النفقات المختلفة كالأجور، فواتير الكهرباء و غيرها ، إذ يتم إعادة القرض عند حلول أجل الاستحقاق، وتنقسم القروض القصيرة الأجل بدورها الى:

قروض عامة و قروض خاصة.

أ- القروض العامة "الشاملة".

سميت بالقروض العامة أو الشاملة ، لكونها توجه لتمويل نشاطات الاستغلال للمؤسسة بصفة إجمالية أي بمعنى أنها ليست موجهة لتمويل أصول معينة بحد ذاتها ، والتي تساعد على مواجهة الاحتياج المالي المؤقت للمؤسسة وأصولها المتداولة صفة احتمالية ، و يطلق عليها أيضا بالقروض عن طريق الصندوق

---

[296] صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق ، ص 128.

[297]- تدريست كريمة، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 61.

أو قروض الخزينة ، لكونها توجه لتمويل خزينة المؤسسة أو أصولها العامة وذلك لتمويل احتياجها المالي المؤقت، وتسمى القروض العامة باعتبارها تمول الأصول المتداولة للمؤسسة بصفة عامة واجمالية، فهي مصطلحات عديدة تستعمل للدلالة على معنى واحد .

وتنقسم هذه القروض إلى عدة أنواع أهمها:

أ-1 تسهيلات الصندوق:

هي القروض المقدمة للحد لتغطية نقص السيولة المالية المؤقتة أو القصيرة التي يواجهها الزبون ، إذ تمنح للموازنة بين العجز في السيولة الناتج عن تأخرأو الفارق الزمني بين الإيرادات وتغطية الرصيد المدين في مواجهة النفقات المدان بها، يتجسد هذا النوع من القروض في تمكين الزبون من حساب مدين بذلك في حدود المبلغ، لمدة خمس عشرة يوما الى شهر، يقوم البنك بحساب هذا التسهيل على أساس الاستعمال الفعلي له والمدة الزمنية الفعلية التي بقي فيها حسابه البنكي مدينا.

و يتم اللجوء إلي هذا النوع من القرض في فترات معينة متى تكثر نفقات الزبون وذلك نتيجة قيامه بدفع أجور العمال أو دفع الفواتير التي حان أجلها، و تهدف هذه العملية إلى تغطية رصيد المدين في أقرب أجل حيث تتم فيه عملية التحصيل لصالح الزبون.

وللمؤسسة خيارات عديدة في استعمال مثل هذا النوع من القرض فلها أن تسحب المبلغ الذي يغطي حاجاتها ونفقاتها مباشرة من الحساب البنكي، أو لها أن تستعمل الشيكات، أو يغطي البنك مبلغ النفقات مباشرة كتغطية مبلغ الفاتورة أو الشيك المستعمل، ويمتاز هذا النوع من القرض أنه لا يوجه مباشرة إلى خزينة المؤسسة فهو مؤقت يستعمل لتغطية النفقات.

و ينبغي على البنك أن يتابع استعمال هذا القرض من الزبون ، وإلاّ فإن الاستعمال المتكرر الذي يتجاوز الفترة العادية يمكن أن يحوله إلى حساب على المكشوف ذلك مما يزيد احتمال ظهور الأخطار المرتبطة بتجميد الأموال.»[298]«

أ-2 السحب تحت الحساب «السحب على المكشوف » :

هو قرض منح لتمويل احتياجات الخزينة المتولدة عن عدم كفاية رأس مال العامل ، الذي يقدم لفائدة الزبون الذي يعاني من عجز مالي ناتج عن عدم كفاية رأسمال العامل،يتجسد ماديا في إمكانية ترك حساب الزبون لكي يكون مدينا في حدود مبلغ معين، لفترة أطول نسبيا قد تصل إلى سنة كاملة، تكون كافية لمواجهة وتغطية احتياجات الخزينة فهذا النوع من القروض يكون موجها لخزينة المؤسسة لتمويل الأصول المتداولة خلال دورة الاستغلال تجعل المؤسسة تقف على الوضعية المالية للمؤسسة ، نظرا للفائدة المفروضة على العميل خلال هذه الفترة فيتحول إلى مدين خلال فترة القرض[299].

على الرغم من التشابه الموجود بين تسهيل الصندوق والسحب على المكشوف ، في كونهما ينصبان في ترك حساب الزبون لكي يكون مدينا، فإن هناك اختلافات جوهرية بينهما تتمثل في مدة القرض التي تكون في السحب تحت الحساب أطول بالمقارنة مع تسهيلات الصندوق، وكذا في طبيعة التمويل فعلى

---

[298]- لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، مرجع سابق، ص60.

[299] - عبد القادر ح ح، المرجع نفسه، ص 259.

خلاف تسهيل الصندوق فالسحب تحت الحساب يستعمل لتمويل نشاط المؤسسة وذلك للاستفادة من الظروف التي تتيحها السوق كانخفاض سعر سلعة معينة أو عدم انتظام في توريد سلعة ما.

تعتبر تسهيلات الصندوق مجرد قرض بنكي يمنح لعدة أيام من أجل مواجهة عدم التوافق أو التوازن في الخزينة، أما السحب تحت الحساب أو السحب تحت المكشوف عبارة عن تمويل حقيقي للنشاطات يقوم بها الزبون[300].

أ- **3 الاعتماد الموسمي:**

يمنح الاعتماد الموسمي لتمويل نشاط في موسم معين لمؤسسة ما، كتمويل نشاطات زراعية فلاحيه لتغطية نفقات موسم زرعي أو حصاد أو تمويل نشاطات صناعية أو تجارية أو خدماتية موسمية تنتهي هذه القروض بانتهاء الموسم المراد تمويله[301].

او بمعنى آخر ، تحتاج لهذا النوع من القرض ، العديد من المؤسسات التي تمارس نشاطها بصفة غير منتظمة أي بصفة موسمية، إذ تقوم بإجراء نفقات خلال فترة معينة يحصل أثناءها الإنتاج، ويقوم ببيع هذا الإنتاج في فترة خاصة ، نظرا لطبيعة نشاط مثل هذه المؤسسات فإنها قد تقع في اختلال بين مصاريفها ومداخليها، وذلك في فترة تمويلها وفترة تصريف منتجاتها.

غالبا ما تجد المؤسسة نفسها عاجزة عن مواجهة الديون نظرا اختلال في رؤوس أموالها الخاصة مما يضطرها الى طلب قرض موسمي قد تصل مدته إلى تسعة أشهر، يستعمل على سبيل المثال لتمويل نفقات المواد الأولية ، والملاحظة هنا أن البنك لا يمول كل التكاليف الناجمة عن هذا القرض بل جزء منه فقط .[302]

ب- **القروض الخاصة "جزئيا".**

بخلاف القروض العامة او الشاملة الذي ذكر سالفا ، فإن هذه القروض لا تمنح لتمويل أصول متداولة بصفة عامة بل تمنح لتمويل أصل معين من بين هذه الأصول، تنقسم هذه القروض إلى ثلاثة أنواع وهي:

ب- **1 التسبيقات على البضائع:**

يتم منح هذا القرض لتمويل مخزون بضائع العميل، مقابل الحصول على ضمان عيني مرتبط رهن حيازي لكمية من البضائع لدى العميل ، إذ يقوم هذا الأخير برهنها دون حيازتها

أو بمعنى آخر ، يمنح هذا قرض أيضا كتسبيق على البضائع للمؤسسات ذات الطابع التجاري التي تجد عجزا في تحصيل ثمن البضاعة المشتراة ، إذ يمنحها البنك لتمويل مخزون معين أوالحصول على هذه البضائع مقابل ضمان عيني لصالح البنك كرهن حيازي للبضاعة مع بقاء هذه السلع أو البضائع كضمان للبنك إلى غاية تسديد ثمنها والوفاء بمبلغ القرض، وهذه العملية محفوفة بالمخاطر المحتملة ، وخوفا من فسادها أو للتلفها فعلى البنك أن يتأكد أولا من وجودها وسلامتها و حسن تخزينها .

---

[300]- بلاغ سامية، مرجع سابق، ص120.

[301] - الطاهر لطرش، المرجع الساب ،قص 60.

[302]- بوكراع إبراهيم، إدارة القروض البنكية وتسيير مخاطرها، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004 ؛ ص56.

و من ناحية اخرى على الزبون الراغب في تحصيل على هذا النوع من القرض الالتزام بتقديم جل الفواتير التي تأخر دفعها في التاريخ المتفق عليه قصد تجديدها على أن تكون عملية دفع المبالغ في حساب الزبون لدى البنك في حدود نسبة لا تزيد على 80% من مبلغ الديون غير المدفوعة، وستعمل البنك في هذا الإطار ورقة تجارية متمثلة في سند الخزن ، او كل العمليات المرتبطة لذي يسمح بتداول هذه الورقة و البضاعة المرتبطة بها.

و المتعامل فيه في الوقائع العملي في مثل هذا النوع من القروض يُمنح خاصة لتمويل المواد الأساسية ، أما في الجزائر قد يشمل تمويل السلع المصنعة والنصف مصنعة .[303]

ب-2 التسبيقات على الصفقات العمومية:

هذا النوع من القرض يمنح على شكل التسبيقات عند إبرام الصفقات العمومية بين الإدارة العامة و المقاولين قصد إنجاز مشاريع معينة ،قصد إرسال التموينات أوالتوريدات معينة.

ونظرا لحجم بعض المشاريع وما تستوجبه من المبالغ قد تثقل كاهل المقاول الذي قد يجد نفسه في حاجة لسيولة من اجل اتمام المشاريع التي بدأها ،فيلجأ إلى البنك لطلب تسبيقات في شكل قروض بغية تغطية العجزالذي يواجهه خلال مدة الانجاز.

ونكون في هذه الحالة عند تأخر أو عجز المؤسسة الاقتصادية عن تمويل مشروعها مع تقدم نسبة الأشغال وعملية إنجاز المشروع، وعليه تلجأ المؤسسة إلى البنك لتغطية هذا النقص وتسديد العجز عن طريق ما سمى ببيع ديون المشروع على البنك في حدود نسبة لا تتجاوز 80% من مبلغ الديون غير المدفوعة[304]، ويخضع هذا القرض إلى قواعد الحيطة والحذر لتفادي خطر القرض،[305] إذ يعد هذا القرض متجدد ستلزم تجديده كل ثلاثة أشهرعلى أن لا تتجاوز مدة التجديد سنة واحدة وعند هذه الحالة يلزم العميل بابرام عقد قرض جديد لمرة ثانية يخضع فيها لنفس القواعد والشروط التي أبرم فيها القرض الأول.

ب-3 خصم الأوراق التجارية:

عملية الخصم تتمثل في قيام المصرف بشراء الورقة التجارية من حاملها مُظَهّرة و المقبولة بطريقة فورية لدين لأجل قبل موعد استحقاقها من بنك المشتري مقابل عمولة أو فائدة يتحصل عليها المصرف من هذه العملية[306]، باعتبار أن الوفاء المعجل للدين لابد له من مقابل و ضمان عيني او شخصي ، ما يجعل

---

[303]- لطرش الطاهر، تقنيات البنوك، مرجع سابق، ص61.

[304] - تختلف القروض الممنوحة في إطار التسب قات على الصفقات العموم ة عن سا قتها المتعلقة التسبيقات على البضائع في .ون أن المؤسسة الممولة من طرف البنك تكون مؤسسة تقوم بنشاء اقتصاد لتمويل مشاريع عمومية أو خدمات ينص عليها القانون حسب المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02- 250 المعدل فالصفقات العمومية، إذ تشمل هذه العملية على ثلاثة أطراف هم صاحب المشروع الممول، المحاسب المكلف بالدفع ومؤسسة البناء.

[305] - حيدر ناصر، تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصادات المغاربية ،ملتقى مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، سطيف ،5 ماي2003 .

[306] - عبد القادر ح ح، المرجع السابق ،ص 267.

المصرف في أريحية في استرداد الدين الناشئ عن قيمة الورقة التجارية ، والمصرف يقتطع من قيمة الورقة التجارية المخصومة[307] .

فالخصم التجاري في عملية الشراء[308] يعد من القروض القصيرة الأجل ينشأ عن طريق بيع سلع أو خدمات باستعمال أوراق تجارية و تداولها ، كما يمكن الخصم للمصرف ان تبنى ملاءته بناءً على المحفظة البنكية و التي قد تلجأ اليها بعض البنوك في الاستدانة من بعضها البعض مقابل هذه الاوراق التجارية بتظهيرها لصالح المصرف مقابل قيتها الاسمية ليتسنى للبنك المدين المرونة في التدفق النقدي حماية لملاءته تجاه الجمهور[309] .

و لهذا على المصرف التحقق من الورقة التجارية محل الخصم، لتجنب أوراق المجاملة والأوراق الفارغة إذ أن هذا النوع من العمليات يزداد فيه خطر القرض، وعند حلول أجل استحقاق الورقة التجارية يقوم البنك بإرسال الورقة التجارية متبوعة بإعلان التسديد لبنك المسحوب عليه، فإذا رجعت الورقة دون تسديدها فهنا مكن للبنك سحب المبلغ المناسب من حساب الساحب، أو له أن يحرر احتجاج عدم الدفع بموجبه يرفع دعوى قضائية ضد أي واحد من موقعي الورقة التجارية أو بالتضامن، و لهذا يستوجب على المستفيد أن يعزز الورقة التجارة بضمان احتياطي حتى يعطي مصداقية اكثر للورقة التجارية [310].

ب-4: القرض بالتوقيع .

، بالتزام المصرف لصالح العميل تجاه الغير الدائن الغير ، اذ لا يتجسد القرض بالتوقيع في تقديم أموال فورية من طرف البنك إلى العميل، بل يتمثل في تعزيز و مصداقية لتوقيعه ، ليكون باستطاعته الحصول على الأموال من جهة أخرى بمجرد التوقيع تجاه الغير الدائن ، و هنا تجدر الاشارة أن البنك في هذه الحالة يأخذ صفة الكفيل الضامن [311].

إذ يلتزم بنك بالدفع في حالة ما إذا كان المدين الأصلي عاجزا عن السداد[312]، فقروض التوقيع يتحصل العميل موجبها على خدمات دون تحصله على أموال، وتتحول إلى قرض مالي في حالة عجز العميل عن سداد دينه فهنا يطالب العميل البنك باسترجاع مبلغ الكفالة لتغطية العجز هذا في حالة ما إذا كانت كفالة العميل لدى البنك الضامن بالتوقيع غير كافية لتغطية الالتزام بالتوقيع من طرف العميل .

كما يقصد ايضاً بهذا النوع من القرض أن البنك يلتزم بدفع مبلغ معين من النقود، ذلك للجهة التي يتعامل معها زبونه بدلا من هذا الأخير، حيث يقوم البنك بضمان زبونه ذلك بتوقيعه على وثيقة معينة،يبين فيها أنه إذا لم يتمكن الزبون من القيام بأعماله بأكمل وجه، في هذه الحالة يكون البنك ملزما بتنفيذ تعهده

---

[307] أحمد صبحي العيادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، دار الفكر،عمان، 2010، ص182

[308] - عمور بن حلمة، المرجع السابق.

[309] الملاحظ في بعض الحالات التي تكون فيها الاوراق التجارية المضمونة بصفة عامة لا تخلوا من المخاطر ، و هذا ما اثبته الواقع العملي في ازمة الرهون العقاريةفي نهاية 2008 بالولايات المتحدة الامريكية ، و هذا راجع الى اعتماد البنوك تداول اوراقا مالية مسمومة (غير مضمونة الخصم) و التي عجز البنوك على خصمها ، ما نتج عنه افلاس العديد من البنوك الواحد تلو الآخر .

[310] - عمور بن حليمة، المرجع نفسه.

[311] لطرش الطاهر، مرجع سابق، ص67.

[312] - ميهوب سماح ،الاتجاهات الحديثة للخدمات المصرفية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في البنوك والتأمينات، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوي، قسنطينة ،2004- 2008، ص 21.

الموقع عليه بأن يدفع للجهة المعنية المبلغ المحدد المتفق عليه مسبقا، لتمكينها من إتمام أعمالها بنفسها، أو عن طريق متعاملين.

و الفائدة العملية من هذا النوع من الالتزام بالتوقيع ، بتقديم البنك بتقديم خدمة للزبون ، لما يتعلق الأمر بعمليات كبيرة تقوم بها شركات ضخمة.[313]

و يحمل القرض بالتوقيع ضمانات متعددة الاوجه و تنقسم إلى:[314]

ب-5 الكفالة:

الكفالة تعهد شخص طبيعي أو معنوي بأن يحل محل المدين بدفع قيمة الدين للدائن، عوضا عن المدين في حالة عدم تمكن هذا الأخير من الوفاء به، حيث يسأل الكفيل في حالة عدم قيام المدين الأصلي بالوفاء.

نصت المادة 644من القانون المدني الجزائري على أن **"الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".**»315«

ب-6 لضمان الاحتياطي:

يتعهد شخص ثالث بضمان تسديد سندات تجارية، حيث أن مجال هذا الضمان يكون ضيق لكونه ينحصر في ضمان تسديد السندات التجارية فقط.

يعتبر الضمان الاحتياطي قرضا بالالتزام عندما يقدم من طرف البنك.

قد يكون الضمان شرطياً عندما يحدد مانح الضمان (المصرف) مدة معينة لتنفيذ الالتزام، وقد يكون غير شرطي إذا لم يحدد أي شروط لتنفيذ الالتزام.

ب-7 قبول السفتجة:

تعهد من طرف المسحوب عليه بدفع الكمبيالية في تاريخ الاستحقاق، وهذا القبول يظهر من خلال توقيع المسحوب عليه على الكمبيالية أو الورقة التجارية إذ يكفي توقيعه عليها لإحداث قبول السفتجة.

قبول البنك للسفتجة بمثابة التزامه بالدفع عند تاريخ الاستحقاق للكمبيالية المسحوب عليها.»316«

ب-8 : القروض المقدمة للأفراد.

يعتبر هذا النوع من القروض ذات طابع استهلاكي مقارنة بالقروض السابقة، توجه لتمويل نفقات الأفراد حيث تتلاءم مع دخل الزبون الشهري، يكون ذلك من خلال بطاقات الائتمان «القرض»، التي تستعمل في تسديد المشتريات الشخصية للأفراد دون استعمال النقود.»317«

313- بوعتروس عبد الحق، مرجع سابق، ص46.
314- بوكراع إبراهيم، مرجع سابق، ص57.
315- أمررقم75 -58 المتضمن القانون المدني الجزائري،مرجع سابق.
316-بوكراع إبراهيم، مرجع سابق، ص57.
317 الطاهر لطرش ، مرجع سابق، ص 69.

تمنحها لأشخاص لديهم حسابات مصرفية جارية، هذه البطاقات تحمل اسم وعنوان صاحبها الذي يستعملها في تسوية مشترياته بدلا من النقود وذلك ضمن مبلغ معين.

نجد إلى جانب بطاقات القرض القروض الشخصية، التي تقدم عادة إلى أشخاص ذوي الدخول الثابتة، بحيث يتناسب مبلغها مع الدخل الشهري للمستفيد.»[318]«

والجدير بالذكر أنه لقد تم إلغاء القروض الاستهلاكية المقدمة للأفراد وهذا بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009.[319]

كما تجدر الاشارة الى ان هذا النوع من القرض يكون غالبا قرض السحب على المكشوف ، اين يكون العميل بحاجة الى مقتنيات و لكنها تتجاوز قدرته الشرائية أين يقوم المصرف بالتكفل في حدود سقف معين مقابل عمولة ، و في الغالب تكون تغطية البنك في خلال مدد قصيرة .

2- **:القروض المتوسطة الأجل.**

يوجه هذا النوع من القروض لتمويل الاستثمارات الجارية المختلفة من اجل اقتناء معدات ، سلع ، مصاريف لوجستية و غيرها، و قد تتراوح مدتها ما بين سنتين الى سبعة سنوات،تقوم البنوك بتقديم هذه القروض وفقا لاتفاق مسبق مع الزبون يحدد فيه برنامج للسداد، يرتبط بالقدرات المالية المتوقعة التي تنبؤ عنها الدراسة الاقتصادية للمشروع محل التمويل، عادة تمنح البنوك هذا النوع من الائتمان «القرض» بعد قيام بدراسة القدرة المالية للعميل والموارد المالية لديه و نجاعة الاستثمار .

خصصت معظم الدول مؤسسات خاصة لتمويل الاستثمارات، أما عن الضمانات التي تشترط فيها نجد الرهن الرسمي بالدرجة الأولى ثم الكفالة والرهن الحيازي، أما عن معدل الفائدة فغالبا ما يتم تحديده من السلطة النقدية.[320]

والبنوك تعتمد في منحها مثل هذه القروض على دراسة دقيقة وسابقة لاحتياجات العميل واعطاءه فترة مناسبة لتحقيق عائد من هذا التمويل والتالي سداد قيمة القرض.[321] وتعد قروضا متوسطة الأجل نوعين من القروض وهي:

- القروض القابلة للتعبئة.
- قروض غير قابلة للتعبئة.

أ- **القروض القابلة للتعبئة لدى بنوك أو المؤسسات المالية الأخرى**

[318]-آيت وازو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 103.

[319] أمر رقم09 -01 المؤرخ في 22جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ج ج عدد44 ، 2009 .

[320]- محمد سعيد سلطان، إدارة البنوك، دار الجامعة للنشر، مصر، 2005، ص406.

[321] - عبد المطلب عبد الحميد، المر جع السابق ، ص 93.

بواسطة هذا القرض يتم إعادة خصم القروض الاستثمارية التي تنشأ بين البنوك والمؤسسات المالية الأخرى عن طريق شراء ديون مقابل معدلات فائدة[322] ففي هذه الحالة قوم البنك بإعادة خصم القرض عن طريق سند لأمر الذي يحمل مبلغ الدين نظرا لحاجة البنك للسيولة سبب طول القرض.

ب - القروض غير القابلة للتعبئة: هذه القروض عكس النوع الأول، إذ لا يمكن للبنك بموجبها إعادة خصم القروض الاستثمارية.

3- **القروض الطويلة الأجل.**

صنفت هذه القروض ضمن القروض الموجهة للاستثمار، توجه لتمويل الأصول الثابتة في المؤسسة وتمويل استثماراتها، مما يتطلب وضع هذه الأموال لمدة تتراوح ما بين سبعة إلى عشرين سنة، تمنحها بصفة عامة مؤسسات مالية متخصصة لقاء تقديم ضمانات كافية.

أن هذا النوع من القروض يوجه لتمويل نوع خاص من الإستثمارات مثل الحصول على عقارات «أراضي، مباني بمختلف استعمالاتها المهنية»«323»، ميزة هذه القروض أنها تسدد على فترة طويلة ذلك حتى لا يتم الإخلال بتوازن المؤسسة.»324«

والملاحظ أن مثل هذه القروض تكون ذات مخاطر مرتفعة لذا تفرض المصرف نسب فائدة مرتفعة[325]، إذ تنتهي هذه القروض بقروض الاستثمار.

ونظرا لحجم هذه القروض وطول مدتها فإن المصارف التجارية العادية ، لا تلجأ إلى منح مثل هذه القروض ، وانما تمنحها المؤسسات المالية المتخصصة، فهي قروض مربحة ، كما تعد مصادر من المصادر الرئيسية للتمويل طويل الأجل ، وتحتل أهمية خاصة في تمويل المشاريع الاستثمارية الكبرى التي يتطلب تنفيذها زمنا طويلا[326].

إلا أن هذه القروض محفوفة بالمخاطر فتوليها المصارف حرصا شديداً و عناية خاصة لطول مدة سدادها ، لذا فإن البنوك تحرص كثيرا على اختيار العميل الذي ترى فيه القدرة على الوفاء بالتزاماته المالية، كما أن الحرص على متابعة المشروع ومدى التقدم في تنفيذه يعد أمرا ضرورياً.

وفي مثل هذا النوع من القروض نجد القرض الإيجاري متبوع الوعد البيع[327] بموجبه قوم البنك بإيجار أصول استثمارية وذلك بوضع معدات أو آلات تحت تصرف إحدى المؤسسات أو الشركات لفترة معينة وعند انتهاء هذه الفترة يتم تجديد العقد لفترة أخرى أو التنازل عن هذه المعدات أو الآلات والأصول، مقابل أقسا ط يتم تسديدها على حسب الاتفاق المبرم بين البنك والعميل.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية خطاب الضمان

يعد خطاب الضمان من العمليات المصرفية كأحد أشكال الائتمان غير المباشر بمجرد توقيع البنك ،

---

[322] عبد القادر ح ح، المرجع السابق ص 271.

[323]- بوعتروس عبد الحق ، مرجع سابق، ص43.

[324]- شاكر القزويني، محاضرات في إقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص106.

[325] - ميهوب سماح، المرجع الساب ،قص 02.

[326] - صبرI مصطفى حسن الس ك، المرجع الساب ،قص 135.

[327] عمورة بن حليمة، المرجع السابق.

والذي يعتبر في الاصل من ابتكار العرف المصرفى ، بغية مواجهة إحاجيات المعاملات التجارية الدولية وترإيد المخاطر التى تصاحبها[328]، وكان ظهوره نتيجة تعقيد وتشابك المبادلات الدولية[329]، وكانت بداية التعامل به في فرنسا خلال سنوات السبعينيات من القرن الماضي[330].

وهو تعهد يصدر عادة عن البنوك بمناسبة العمليات المصرفية الدولية ، لأجل ضمان تنفيذ الالتزامات التجارية أو المالية للعميل[331]، ما جعله شيئا فشيئا يعوض التأمينات التقليدية نظراً مرونته وفعاليته في التنفيذ الناتجة خصوصا عن استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد[332].

و رغم أهميته والقبول الذي يحظى به في الوسك المصرفي و التجاري ، لما يوفره من ثقة وسرعة في تسهيل التعاملات، إلا أنه ونظر لحداثته وعدم كفاءته تشريعيا لدى العديد من الدول وقلة الاجتهادات القضائية بشأنه، فإن معالمه لا تزال يكتنفها عدم الثبات في الوصف القانوني و صياغة تعريف موحد بشأنه، للاختلاف حول طبيعته القانونية، وهو ما جعله محل نقاش كبير بين فقهاء القانون وعلماء الاقتصاد.

الفرع الاول : شروط التعاقد في خطاب الضمان بالنسبة للعميل

إن عقد فتح الاعتماد بالضمان يعد عقدا رضائيا، يستوجب توافر الاركان الموضوعية العامة لصحة العقود، وتوافر الأهلية التجارية بالنسبة للعميل إذا كان العقد تجاريا بالتبعية وهو الغالب، ومن ثمة لا بد من مراعاة الأحكام العامة بخصوص أهلية العميل ، وما يتبع ذلك بالضرورة من أحكام تتعلق بسلامة الرضاء ومشروعية المحل والسبب.

الفقرة الاولى : الأهلية

من المعروف قانونا إن أهلية كل شخص طبيعيا كان أم اعتباريا ، إنما ينظر إليها من الناحية القانونية عن اهليته في إكتساب حقوق وتحمل الالتزامات .

ومن المعروف كذلك ، أن كل إنسان تتوفر فيه أهلية الوجوب وتثبت له منذ ولادته حيا وانفصاله عن أمه، بل وقبل ذلك عندما يكون جنينا في مسائل الميرث في الفقه الإسلامي.

وأهلية الوجوب ليست محل الدراسة، وإن ما يهم في هذا الصدد هو أهلية الأداء.

خلاصة القول في ذلك، أن الصبي إذا لم يكن مميزه لا تكون له أهلية الأداء إطلاقا، ويعتبر الصبي بعد

---

328 Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noel - .JOBARDBACHELLIER, Droit des suretes, DALLOZ, Paris, 3°ed, 2012, P 231

329 ROSSI TUTO, La garantie bancaire a premiere demande : pratique des affaires, droit compare, droit international prive, Meta-edition, le montsur-Lausanne,33PP-27 .

330 Stephane Pieddelievre, Emmanuel Putman, Droit Bancaire, ECONOMICA, Paris, ed 2011.696P .

331 ج.ويبير- ر.روبلو، المطول في القانون التجاري، ج2، ترجمة علي مقلد، المؤسسة الجامعية للدرسات ولنشر ولتوزيع، بيروت، ط1، 2008، ص 609.

332 Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire «Institutions-Comptes-Operatons-Services»,8°ed., paris , Litec, 2010. P 646..

بلوغه سن التمييز قاصر مميز حتى بلوغه سن الرشد وهي تسعة عشرن سنة كاملة في التشريع الجزائري[333] وتكون تصرفاته النافعة له نفعا محضا صحيحة أما الضار به ضرر محضا باطلة[334]، وبالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع ولضرر تكون قابلة للإبطال، ويستثنى من ذلك القاصر المرشّد إذا بلغ من العمر. الثامنة عشرة سنة كاملة وأُذن له بممارسة التجارة بالترشيد[335].

أما بالنسبة لاهلية الاجانب فقد نص القانون المدني الجزائري على أنه بسري على الحالة المدنية

للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم [336]، و ذات القانون بالنسبة لأهلية الزوج إذا كان أحد الزوجين جزائري الجنسية.

ومعنى ذلك أنه في حالة كون امراة أجنبية يقضي قانون بلد جنستها بإشتزإط إذن الزوج لممارستها التجارة، وتقدمت إلى أحد البنوك التجارية طالبة إصدار خطاب ضمان وكانت كاملة الأهلية، وباعتبار أن الإصدار من النشاطات المصرفية التي أعتبرها المشرع من الأعمال التجارية، ففي هذه الحالة يفترض في هذه المرأة أنها تزاول هذه الأعمال بإذن زوجها، فلا يجوز لها بعد إصدار خطاب الضمان وقيام البنك بتسديد قيمة الخطاب بعد المطالبة به ورجوع البنك عليها، بأن تدفع وتعترض بحجة أن قانون أحولها الشخصية لا يسمح لها بأن تزاول الأعمال التجارية إلا بإذن زودها.

و في مثل هذه الحالة وحرصا من البنك بإعتباره محترفا، يمكنه أن ينبه المرأة التي لا تحمل الجنسية الجزائرية إلى ذلك قبل الإصدار، وأن يمضيها على إقرار حول هذه المسألة.

كما يتعين على البنك أن يتحقق من أن أهلية عميله غير مشوبة بأي عارض من عوارض الأهلية مثل العته وسفه وجنون، لأنه إذا ما أصدر خطاب الضمان ووصل إلى المستفيد وتبين فيما بعد أن العميل الآمر سفيه مثلاً، يكون البنك بذلك قد ساهم في ضياع جزء من ثروة عميله.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية مثل الشركات فإن أهليتها والشخص الممثل لها كنائب يعبر عن إرادتها.

لذا فإن أهلية العميل الآمر أساسية، وأحكامها تعتبر من النظام العام فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير التي متوافرة فيه ولا أن يوسع فيما نقص عنده، و لا الانتقاص منها، وكل اتفاق خلاف ذلك يعتبر باطلاً.

هذا فيما يتعلق بالأهلية بصفة عامة نظرا لأهميتها وبشيء من الإيجاز، يتعين على البنك مراعاة أمورا أخرى لا تقل أهمية عن الأهلية، وهي مسألة الرضا والمحل والسبب، وسوف يتم الاكتفاء بإشارة موجزة بهذا الخصوص حسب ما يتطلبه هذا الجزء من الدراسة.

الفقرة الثانية : الرضا

بالنسبة للرضا دائما يفترض توفره ما لم يقم الدليل على عكسه ، ومن ثمة لا نتصور أن يقوم البنك بإصدار خطاب ضمان لصالح شخص ما دون وموافقة عميله، وإذا ما حصل ذلك فإنه يحق للعميل أن

---

[333] المادة 128 من قانون الأسرة رقم 84-11، المعدل ولمتمم بالأمر 05-02 في 27 فيفري 2005، ح.ر عدد15.

[334] المادة 40 من الأمر. رقم 75-58 المتضمن القانون.المدني الجزائري، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[335] المادتين 05 و06 من الأمر. رقم 75-59 المتضمن قانون التجاري الجزائري ، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[336] المادة 10 الفقرة 1 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون.المدني الجزائري ، المعدل ولمتمم، نفس المرجع.

يعترض، إذ لا يمكن لأحد أن يتحمل التزاما دون رضاه[337] .

وقد يحدث أن يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان بناءً على طلب عميله الآمر، ثم يقوم بعد ذلك وبناءً على طلب المستفيد بتمديد أجله و لكن دون موافقة العميل الآمر، ففي هذه الحالة يعتبر ذلك خطأ من جانب البنك الضامن، ومن حق العميل الاعتراض عليه ، اللهم إلا إذا كان التمديد في صالحه، كأن ترد مطالبة المستفيد إلى البنك على سبيل التخيير من خلال عبارة "مددوا أو ادفعوا" عندئذ يكون التمديد في هذه الحالة أفضل من الدفع بالنسبة للعميل الآمر.

وعيوب الرضا في مجال خطابات الضمان يمكن أن تتحقق في حالة استعمال الغش في المطالبة من قبل المستفيد، فقد يتم استغلال البنوك في ذلك بسبب التزامها بالدفع عند أول طلب دون أن يكون لها الحق في البحث في اسباب المطالبة، لأن التزام البنك مستقل عن التزام العميل و المستفيد ، ولا يمكنه الاحتجاج بدفوع مستمدة من العلاقات الأخرى للامتناع عن الدفع أو تأخير.

الفقرة الثالثة : المحل

تنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن أن يكون محل الالتزام مستقبلا و محقق الوقوع ، فأي حق يمكن تقديره بالنقود سواء أكان مالا أو عينا أو شيئا مستقبلا[338] أو دينا في ذمة أو منفعة كما يجوز أن يكون عملا أو امتناعا عن العمل، إلا أن التزام البنك الضامن يتمثل دائما في دفع مبلغ نقدي، أي أن المحل هنا هو مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين[339]..

ولذا فإذا ما صدر خطاب ضمان بعملة أجنبية يستحسن بيان جنسية تلك العملة تفاديا لأية لبس قد يحدث في المستقبل، فلا يصح أن يصدر بمبلغ مليون دينار مثلا دون بيان جنس العملة ، كما أنه لا يمكن نسب تلك العملة إلى البلد البنك الذي الذي أصدر الخطاب، فإذا صدر مثلا من أحد البنوك في الجزائر بالقيمة المذكور أعلاه دون بيان لجنس ذلك الدينار، فالقول بأن صدور خطاب الضمان عن بنك جزائري في الجزائر قرينة تدل على الدينار الجزائري ، فهذه القرينة يمكن إثبات عكسها.

وينطبق على محل الالترم هنا القاعدة المدنية التي تقضي بأنه: "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير"[340]لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز الخروج عنها بإتفاق صريح وتعيين سعر للصرف مسبقاً لما فيه من تحقيق مكاسب، حتى يكون الطرفإن على علم مسبق بذلك ويقبلان بهذا الشرط.

الفقرة الرابعة : السبب

السبب هو الأمر الذي يقوم من أجله الالتزام، ويبدو أنه من السهل التعرف على سبب الالتزام في عملية خطابات الضمان، وهو جواب على سؤال بماذا التزم المدين وهو العميل الآمر؟ ولماذا طلب من بنكه أن يصدر خطاب الضمان لصالح دائنه وهو المستفيد؟ إذ كثير ما ينص على ذكر سبب الضمان. في تعهد البنك ذاته كإشات لعقد لمقا لة أ لنوع العر . مثلاً عموما ذكر سبب الضمان في متن تعهد البنك ذاته كإشار لعقد

---

[337] المادتين 49 و50 و 113 ، من الأمر. رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل ولمتمم، مرجع سابق.

[338] الامر 76-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[339] المادة 95 من الأمر. رقم 75-58 المتضمن ق٠م٠ج، المعدل ولمتمم، مرجع سابق.

عبد الرزاق السنهوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 10، مرجع سابق، ص 52 .

المقاولة أو لنوع العرض مثلا، وعموما يشترط ألا يكون السب مخالفا للنظام العام أو الآداب[1].

وعليه فإذا كان تم طلب إصدار خطاب الضمان لفرض توريد مواد مهربه أو مخدرت أو لضمان الحصول على محل لفرض اتخاذه نادي للغمار أو للدعار، فإن هذا يكون باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام ولآداب العامة في الجزائر.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 12/4/1987 في القضية رقم 43098بين «ب س» و «أ ع» بما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسب غير مشروع أو لسب مخالف» للنظام العام ولآداب العامة، كان العقد باطلا. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف» هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون..."[341]

وتجدر الإشار إلى أن فكرر النظام ولآداب تختلف» من بلد إلى آخر. وفقا لظروفها ومعتقداتها، ومن ثم فإنه إذا كان ما ذكر أعلاه مخالفا للنظام العام والآداب العامة في بلد كالج ازئر، فإنه قد يكون في بلد آخر. مثل إيطاليا أمر مألوفا، فيما عدا قضية المخدرت.[342] .

وبحث سب تقديم خطاب الضمان من طرئ العميل يكون من حيث انسجامه مع فكر النظام العام والآداب العامة بالنظر إلى العلاقة التي من أجلها التزم العميل الآمر. وطب من البنك الذي يتعامل معه أن يصدر تعهده لصالح المستفيد وهذا الأمر. يعلمه البنك الضامن أو يفترض فيه أن يعلمه من خلال المراسلات.

الفرع الثاني : تعريف بخطاب الضمان

الفقرة الاولى : تعريفه لغة

لغة هو من خطب يخطب خطابا ومخاطبة، وهو الكلام بين متكلم وسامع، كما يطلق أيضا على الرسالة المكتوبة، وجاء أيضا "«الخطاب»: الكلام أو الرسالة"[343]

يقال: خطب فلان إلى فلان فخطبه وأَخْطبهُ أي أجابه. والخطاب والمُخاطبة معناها مراجعة الكلام، وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطابا، وهما يتخاطبان... وهو أن الخُطبة اسم للكلام، الذي يتكلم به الخطيب[344].

لما فى هذه المعاني جميعا من كلام مفيد موجه من طرفا إلى طرف آخر، فالخطاب: هو الكلام الموجه المفيد.

وقد ورد في معنى الضمان فى القاموس المحيط، ضمن الشيء، ضمانا وضَمْنًا، أو الضامن وضمين أي كفله، وضمنته الشيء تضمينا، بمعنى غرّمته فألزمتُهُ [345].

و يصبح بهذا المعنى أو الصيغة التي تفيد الالتزام.

341المادة 97 من الأمر. رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل ولمتمم، نفس المرجع.

342قرار مؤرخ في 12/04/1987 م.ق سنة 1990، عدد 4، ص 85-87، منقول عن ق.م.ج، برتي للنشر، الجرائر، 2014، ص24٠

[343] إبراهيم مدكور، المعجم الوجيز، ج 1، دار التحرير للطبع ولنشر، القاهر، 1989، ص 202.

[344] ابن منظور الإفرقى المصري «الإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم»، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، 1990م، ص361

[345] الفيروز آبادي «مجد الدين محمد بن يعقوب»، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهر، ط1429هـ— 2008م، ص982.

الفقرة الثانية : تعريف خطاب الضمان من خلال بعض التشريعات العربية

يعرف خطاب الضمان بأنه "تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص «يسمى الآمر» ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر «يسمى المستفيد»،[346] إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة"[347]،

و يعرف خطاب الضمان أيضا ، على أنه تعهد خطي صادر عن البنك، بناءا على طلب شخص يسمي العميل بدفع مبلغ معين لشخص أو هيئة معينة يسمي المستفيد خلال مدة محددة من أجل تنفيذ غرض محدد»[348]«، كما يعتبر خطاب الضمان أحد صور الضمان المصرفي وهي كبديل للتأمين النقدي»[349]«.

تضمنت بعض التشريعات المقارنة أحكاما خاصة تضبط مقتضيات خطاب الضمان، بينما فضلت دول أخرى عدم تنظيمه بنصوص خاصة، فهو نشأ بفعل الممارسات ونتيجة لحرية إرادة المتعاملين، بعيدا عن المشرع ودفعت إليه الحاجة العملية، أكسبته بعض الخصائص المميزة[350].

وعموما فإن الدول التي نظمته بإدخال نصوص في قوانينها التجارية و المصرفية، والتي حاولت إعطاء مفهوما دقيقا لخطاب الضمان تظل قليلة، وركزت على عناصره الأساسية[351]

كما عرفه المشرع الجزائري خطاب الضمان في المادة 68 فقرة 1 من الأمر 03- 11 المتعلق بالنقد و القرض بأنه " كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو بعد وضع أموال تحت تصف شخص آخر ، أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان "

عرف المشرع الإماراتي خطاب الضمان بأنه: "تعهد يصدر من المصرف الضامن بناء على طلب عميل له «الآمر» بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر»المستفيد» دون قيد أو شرط ما لم يكن خطاب الضمان مشروطا إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله"[352].

وعرفه المشرع العراقي بأنه "تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه "الآمر" بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر "المستفيد" دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطابا الضمان الفرض الحذي صدر من أجله"[353].

كما أن تعريفه من قبل المشرع الكويتى بالمادة 382 من قانون التجار الكويتى رقم 68 لستة 1980يكاد

---

[346]- المادة 414 منقانو ن المعاملات التجارية»18/ 1993» الاتحادي لدول ةالإما ارتالعربيةالمتحدة.
المادة 287 من قانون التجارة العراقي رقم «30» لسنة 1984.

[347] المادة « 355/1 « من قانون التجارة المصري .
وقد اشترطت الفقرة»ج»من قرار وزير المالية والاقتصاد الوطني رقم» 17/1486»بتاريخ8/٥/2-1318 الذي حدد أشكال الضمانات المقبولة- أن يكون الضمان واجب الدفع عند أول طلب من الجهة الإدارية رغم معارضة قد يبديها مقدم العرض، ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي أو قرار من هيئة تحكيم.

[348] أحمد صبحي العبادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، دار الفكر، عمان، 2010 ، ص184.

[349]-علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص41.

[350]- سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية «د ارسة مقارنة بالفقه»، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2009م، ص39.

[351]- محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2007، ص 224.

[352] المادة 414 من قانون المعاملات التجارية «18/1993» الاتحادي لدولة الإمارت العربية المتحدة.

[353] المادة 287 من قانون التجارة العرقي رقم «30» لستة 1984.

يكون مطابقا حرفيا بالنسبة للقانون العراقي[354]

أما المشرع المصري فقد عرفه بأنه[355]"تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص «يسمى الآمر»، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر. «يسمى المستفيد»، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة..."[356].

و يعرف خطاب الضمان أيضا من قبل بعض الفقهاء ، على أنه تعهد خطي صادر عن البنك، بناءً على طلب شخص يسمي العميل بدفع مبلغ معين لشخص أو هيئة معينة يسمي المستفيد خلال مدة محددة من أجل تنفيذ غرض محدد»[357]«، كما يعتبر خطاب الضمان أحد صور الضمان المصرفي وهي كبديل للتأمين النقدي»[358]«.

الفقرة الثالثة : تعريف خطاب الضمان في التشريع الغربي

نظمه المشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني بموجب الأمر. رقم 346-2006 المؤرخ في 23مارس 2006 من خلال المادة 2321 منه، وطلق عليه اسم "الضمانة المستقلة"[359]، وبهذا النص أصبح عقدا مسمى فى القانون الفرنسى[360]، وتم تعريفه بأنه "تعهد يلتزم بموجبه الضامن، بناء على التزام صادر من طرف الغير، بأن يدفع مبلغ نقدي سواء لدى أول طلب أو تبعا لكيفيات متفقا عليها.

والضامن لا يلزم بالوفاء فى حالة مطالبة المستفيد المنطوية على غش أو تعسف ظاهر، أو تواطؤ هذا الأخير مع العميل الآمر.

لا يمكن للضامن إبداء أي اعترض على الدفع مستمد من عقد الأساس.

لا يمكن أن يتبع هذا الضمان الالتزام المضمون إلا فى حالة وجود اتفاق مخالف"[361].

وما يلاحظ على التعاريف المذكورة أعلاه، أنها متقاربة من حيث محاولة إبراز عناصر. وخصائص هذه الآلية، غير أن التشريعات العربية تستعمل مصطلح "خطاب الضمان"، بينما يستخدم المشرع الفرنسى عبارة "ضمانة مستقلة" للدلالة طبيعة الترام الضامن المستقل[362]، مع الإشارة إلى الإضافة التى أوردها

---

354 أكرم ياملكى، القانون التجاري «دراسة مقارنة فى الأعمال التجارية ولتاجر ولعقود التجارية ولعمليات المصرفية وللبيوع الدولية»، إثرء للنشر ولتورع، الأردن، مكتبة الجامعة، الشارة، ط1، 2012، ص 346

355 المادة 355 فقرر1 من قانون التجار المصري رقم 17 بتاريخ 17 ماي 1999، ج.ر عدد 9[«ككرر» فى01 أكتوبر 1999.

356 رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية فى البنوك الإسلامية، درسة مقارة فى القانون ولفقه الإسلامى، دار الفكر الجامعى، الإسكندرية، ط1، 2013، 425.

357- أ.د.أحمد صبحي العبادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، دار الفكر، عمان، 2010 ، ص184.

358-علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص41.

359 Manuella BOURASSIN et autrest -Op.cit. P 232

360 Konate Madou, !,'obligation d'information dans les suretes personnelles,These doct en-droit priveous direction de
Kamel Saidi,Universite ParisVIII Vincennes Saint-Denisecole doctorale sciences sociales,2011-2012, P211

361 ,Patrice Bouteiller et autresLexploitant de banque et le droit,RB REVUE BANQUE ed-Paris, 4°ed,2OO8,P233

362 Gael PIETTE, Droit des suretes «suretes personnelles et suretes reelles», Gualino lextenso-

ولمتعلقة بحالة المطالبة المقترنة بالغش.

و الملاحظ ايضا فى الجزائر، فإنه رغم انتشار التعامل بخطاب الضمان بين البنوك، إلا أنه لم يحظى بتنظيم خاص على غرار تشريعات الدول الاخرى .

كما أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، صيغت الضمانات أحيانا بلفظ الكفالة وحيانا أخرى بمصطلح الضمان[363]، ونفس الأمر بالنسبة لبعض الأحكام المتفرقة الواردة في قانون الجمارك الجزائري[364]، وبالتالي لم يتم التفريق بين خطاب الضمان ولكفالة البنكية.

أن الأمر 03-11 المتعلق بالنقد وقرض المعدل والمتمم، من خلال المادة 68 في فقرتها الأولى، ويعد النص ترجمة حرفية للفقرة الأولى بالمادة 313 من قانون النقد الفرنسي[365]

والواضح أن المقصود بالضمان الوارد في المادة 68 سالفة الذكر ، يختلف عن الكفالة أين يبقى التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي[366].

والعمليات المذكورة فيه نتدرج ضمن الائتمان المصرفى والذي يشمل صورتين، تتمثل الصورة الأولى فى التمويل المصرفي وتشمل منح القرض أو فتح الاعتماد البسيط. أما خطاب الضمان فيدخل ضمن صور الائتمان المصرفي غير المباشر[367]، وهو من بين الالتزامات التى تنشأ عن مجرد توقيع البنك استنادا إلى مركزه المالى[368]، حيث يكون تدخل البنك بإعارة توقيعه لمنح الائتمان لأحد عملائه للحصول على قبول الطرف الآخر التعامل معه[369].

يتضح من ذلك أن خطاب الضمان ليس عقداً، ولكنه يصدر بناء على عقد ين البنك وعميله، يلتزم بمقتضاه البنك بأن يصدر خطاب ضمان بالشروط المتفق عليها لمصلحة شخص أخر هو المستفيد من الخطاب، وعندما يصدر البنك خطاب الضمان

فإنه يتعهد بأن يدفع مبلغا نقديا معينا او قابل للتعيين للمستفيد، وغالبا ما يشترط المستفيد أن ينص في خطاب

---

editions,4°ed,2010,P72

[363]- المواد 38، 125، 128 و131 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هجري الموافق 16 سبتمبر. 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر. 2015.

[364]- القانون 79-07 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1979 ولمتضمن قانون الجمارك، المعدل ولمتمم بالقانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998، «ج ر عدد 61 بتاريخ 23 أوت 1998»، ثم بالقانون 17-04 المؤرخ في 16 فبزير 2017، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19 فبرير 2017.

[365] L’article L313-1 du Code Monétaire et Financier Français stipule : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d’une autre personne ou prend, dan l’intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu’un aval, un cautionnement, ou une garantie … ».

[366]- المواد 644 و648 و666 و670 من الأمر75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن ق.م.ج، المعدل ولمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر عدد 44 بتاريخ 26 يونيو 2005م.

[367] هانى محمد دويدار، العقود التجارية ولعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994م، ص99

[368]— صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان المصرفى من منظور قانونى ومصرفى، دار النهضة العررية، القاهر، ط1، 2009، ص 09-13.

3— هانى محمد دويدار، النظام القانونى للتجار، المؤسسة الجامعية للدرسات ولنشر ولتوزيع، بيروت، ص 413.

الضمان على تعهد البنك بالدفع عند أو الطلب ودون شرط أو إجراء و بالرغم من معارضة العميل الآمر.

وعادة يصدر خطاب الضمان لمدة معينة، ويجب أن تتم المطالبة بقيمة الضمان خلال هذه المدة.

ويتضح مما سبق ن أطراف عملية خطاب الضمان ثلاثة، وهم:

1- **العميل الآمر:** وهو الذي يتقدم إلى البنك بطلب إصدار خطاب الضمان وعلاقته بالبنك علاقة تعاقدية ينظمها عقد طلب الضمان المحرر بينهما.

2- **البنك مصدر خطاب الضمان،** وتربطه بالعميل علاقة عقدية أساسها العقد المحرر بينهما عند طلب خطاب الضمان، أما علاقته بالمستفيد فأساسها التزامه أو تعهده الوارد في خطاب الضمان بإرادته المنفردة، وتبدأ هذه العلاقة منذ وصول خطاب الضمان إليه.

3- **المستفيد،** وهو الشخص الذي صدر خطاب الضمان لصالحه ، ويقوم خطاب الضمان في علاقة المستفيد بالعميل الآمر مقام المبلغ النقدي الواجب على الأخير إيداعه لدى الأول كضمان لتنفيذ علاقتهما ، أما علاقة المستفيد بالبنك فتنشأ بمجرد استلامه لخطاب الضمان.

الفقرة الرابعة - تعريف خطاب الضمان من خلال الهيئات الدولية و الفقه

بذلت غرفة التجارة الدولية بباريس مجهودان حثيثة لتوحيد الممارسات والأعراف الدولية [370]المتعلقة بالضمانات، وقامت بإصدار عدة مجموعات من القواعد الدولية الموحدة . وبدورها قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية « Law Trade International On Nations United[371] «بجهود والتي كللت عام 1995 بوضع اتفاقية دولية خاصة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة ودخلت حيز النفاذ عام 2000 ، وهي تعرف بقواعد «الانسسترال UNCITRAL «اختصارا للأحرف الأولى من كلماتها وتعتبر قانونا نموذجيا تحتذي به[372] الدول، يعالج الجوانب المختلفة للضمانات وما يتعلق بها

اولا: تعريف خطاب الضمان لدى غرفة التجارة الدولية ،

ونصت 9 في عام 1978 أصدرت «غ.ت.د.ب» القواعد الموحدة المتعلقة بالضمانات التعاقدية مادتها الأولى على أن "هذه القواعد تنطبق على أي ضمان أو كفالة أو تأمين أو أي تعهد مشابه أيا كانت تسميته أو وصفه «ضمان» يذكر فيه أنه خاضع للقواعد الموحدة لضمان العطاءات أو ضمان حسن التنفيذ أو ضمان الدفعات المقدمة «الضمانات التعاقدية» لغرفة التجارية الدولية «النشرة رقم 325 «وتلزم بهذا الشكل كل أطرافها ما لم ينص على خالف ذلك صراحة في 1 الضمان أو في أي تعديل يلحقه" . و عرفت المادة الثانية منها هذه الأنواع الثالثة، وأضافت بأن تعهد البنك يكون بناء على طلب مورد بضائع أو خدمات أو مقاول آخر «الأصيل» أو معطى بناء على تعليمات بنك أو شركة تأمين أو طرف آخر طلب منه ذلك الأصيل «الطرف معطي التعليمات»، كما نصت على التزام الضامن بدفع المبلغ للمستفيد يكون في حالة

---

[370] -Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 4°éd, 2009, P 214.

[371] Philippe Simler, Philippe Delebecque, Droit civil «Les suretés La publicité foncière», DALLOZ, Paris, 6° éd, 2012,P 252

[372] - المادة 28 من اتفاقية االنسيترال المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات االعتماد الضامنة لعام 1995» .نقال عن محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج2 ،النسر الذهبي للطباعة، يسرى حسن إسماعيل، دار السالم، ص979 .

إخالل العميل بتنفيذ التزاماته بموجب عقد الأساس، وهو ما تؤكده المادة التاسعة من ذات القواعد بأن طلب الدفع يكون خاضع لتقديم حكم قضائي أو قرار تحكيم يبرر المطالبة وإما وثيقة مكتوبة تتضمن موافقة العميل آلمر حول الطلب والمبلغ 2 الواجب أداؤه" .

ثانيا: تعريف خطاب الضمان لدى بعض الفقه العربي:

لقد تعددت محاولات فقهاء القانون واختلفت آراء الباحثين والكتاب في صياغة تعريف موحد لخطاب الضمان، و يعرفه البعض بأنه: "تعهد من قبل بنك «البنك المصدر» بناء على طلب عميله بدفع مبلغ معين إلى طرف ثالث «المستفيد» بمجرد الطلب أو شريطة تقديم مستندات معينة صادرة عن المستفيد[373] أو شخص آخر معين في الخطاب ينص على إخلال العميل بالتزاماته في مواجهة المستفيد" . و هذا التعريف يبرز أنواع خطاب الضمان من حيث الصيغة، فقد يكون لدى أول طلب بسيط أو مستندي أو مبرر، وذلك تماشيا مع القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية. ويعرفه احد الفقهاء على أنه: "كتاب يوجهه البنك بناء على طلب عميله إلى شخص معين يسمى المستفيد، ويتعهد فيه بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين عند أول طلب من هذا المستفيد ورغم كل معارضة قد يبديها العميل". كما يعطيه تعريفا آخرا موجزا على أنه: "سند ائتمان اسمي شكلي محله أداء مبلغ من النقود"[374]. وعبارة "دفع مبلغ معين أو قابل للتعيين" تتسع لتشمل خطاب الضمان الملاحي لأنه وإن كان غير محدد المبلغ أصال إلا أنه يمكن تحديده، فهو قابل للتعيين حيث تشير إليه البضاعة المذكورة في سند الشحن مما يسهل تقديره. بالإضافة إلى ذكر خاصية الاستقلالية والشكلية مما يكسبه صفة سند الائتمان، وأكد التعريف الثاني على الطابع الشخصي عندما ذكر بأنه سند ائتمان اسمي، أي أنه غير قابل للتداول و ال يكون صك خطاب الضمان إذني أو لحامله.

اما الفقه الفرنسي فقد عرفه بيار ماتو Mattout. P على أنه: "الضمان لدى أول طلب هو تعهد يقبل بموجبه الضامن بناء على طلب العميل آلمر الغير قابل للرجوع فيه، يلتزم بمقتضاه بصفته مدين أصلي بأن يدفع مبلغا نقديا إلى المستفيد المعين، في حدود العبارات والشروط المنصوص عليها في[375] 3 الضمان، مع تنازله المسبق عن ممارسة أية رقابة خارجية حول شروط تنفيذ التزامه" . و عرفه مارتيني Martini Hubert على أنه: الضمانة المستقلة هي "تعهد بدفع مبلغ نقدي، آخذا باالعتبار عقد االساس وضمانا لتنفيذه، ولكنه يشكل الت ازما مستقال عن العقد المضمون،[376] 4 ويتميز بعدم االحتجاج بالدفوع المستمدة من هذا العقد" .

الفرع الثالث :أهمية خطاب الضمان

الفقرة الاولى : اهمية خطاب الضمان كعمل مصرفي

يعتبر خطابات الضمان من العمليات المصرفية الهامة، التي تلعب دورا كبيرا في دفع عجلة التنمية في الدولة إلى الأمام ، كونه آلية تسهم في تنشيط العمليات التجارية والصناعية، من خلال توفير السيولة التي تستخدم في عمليات الاستثمار المختلفة، حيث تمثل حجر الزاوية في التعاملات المحلية و الدولية التي قد

---

[373] خالد إبراهيم التالحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية،دار الإسراء،عمان،ط1 ،2004،ص 147

[374] محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2،مرجع سابق،ص899 و 902

[375] Barthélmy MERCADAL, Droit commercial «Mémento pratique», éd Francis Lefebvre, Paris, éd 19, 2011, P1107 .

[376] - Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 2°éd, 1996, P 155.

لا تكتمل ما لم يتم تقديم هذا النوع من الضمانات[377] ، لأنه يعد بمثابة أداة لتوفير الثقة وتسهيل التعامل بين المتعاملين والحفاظ على حقوق كل منهم تجاه الآخر عند تنفيذ العقود والوفاء بالالتزامات المحددة في المعاملات التجارية على النحو المتفق

وتبرز أهميته أيضا بالنظر لما يوفره من مزايا وما يحققه من مصالح بالنسبة لأطرافه بما يمنحه من تسهيلات للمقاولين ورجال الأعمال في مختلف تعاملاتهم وتسريع إجراءاتها [378]،

وتتزايد استخدامات خطاب الضمان بصفة مستمرة، و أصبحت له تطبيقات وبصمات واضحة في مختلف التعاملات التجارية والمالية الدولية، فكلما قلت الثقة بين المتعاملين زادت الحاجة والطلب على تقديم تأمينات نقدية واتسعت بالتالي مجالات استخدام هذه الآلية و انتشر العمل بها، وتوسعت البنوك في إصدارها والتي أصبحت تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية والمالية بما تؤديه من خدمة كبيرة لأطراف التعامل وللاقتصاد بشكل عام.

يعتبر خطاب الضمان من العمليات المصرفية الهامة، التي تلعب دور كبير في دفع عجلة التنمية ،[379] وتبرز أهميته أيضا بالنظر لما يوفر من مزايا وما يحققه من مصالح بالنسبة لأطرافه بما يمنحه من تسهيلات للمقاولين ورجال الأعمال في مختلف تعاملاتهم وتسريع إجراءاتها[380].

الفقرة الثانية : الاهمية بالنسبة للاطراف :

تتضح أهمية خطاب الضمان فى أنه ارتبط بأعمال المقاولات فى إنجاز المشاريع الإنشائية الكبرى وعقود التورد وتقديم الخدمات وتنفيذ الصفقات العمومية بمختلف صورها، ونتمثل الفائدة الشخصية بالنسبة للعميل المصدر فى أنه لن يحصل على العقد إلا بعد تقديم خطاب الضمان الذي يشكل سندا ودعامة قوية يستند عليها عند التعاقد وثناء تنفيذ العقد[381].

تبدأ علاقة أطراف خطاب الضمان بوجود شخص «طبيعي أو معنوي» مطلوب منه تقديم مبلغ نقدي كضمان يجعله أهلا للثقة أمام من يتعامل معه ، كالتأمين الذي يشترط تقديمه عند التقدم في مناقصة مثلا[382]، وبدلاً من أن يقدم هذا الشخص المبلغ المقرر يلجأ إلى أحد البنوك طالباً منه أن يصدر لمصلحة الغير» الجهة التي أعلنت عن المزاد أو المناقصة مثلا» أمرا يتعهد فيه بدفع قيمة المبلغ النقدي الواجب على هذا الشخص إذا طلبه الغير ذلك ، ولا يتوقف الدفع على موافقة الآمر، بل يقوم البنك بالدفع للمستفيد دون اعتداد بأية معارضة.

---

[377] عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء 2» االوراق التجارية و عمليات البنوك»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ، .449-448 ص، م2007

[378] محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك .322 ص، 1997-1984 ،1ط، س

[379] محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 12.

[380]— محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك فى المملكة العرية السعودية، النشر العلمى ولمطابع، جامعة الملك سعود، ط1، 1984—1997، ص 322.

إ- محمد أحمد زيدان، الوقاية من مخاطر. الاعتمادات المستندية ولكفالات المصرفية، بحث منشور فى مركز الدول العرية للبحوث ولدرسات ولمركز العربى للبحوث ولدرسات الجنائية، الرياض، البريد الالكترونى:لآ01ء.0س18ة1هلآ1بس1

[382] المادة الحادية عسرة من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر لمرسوم الملكي رقم» م/8ه « بتاريخ 4/94/1427 ، تشترط على من يقدم عرضا في منافسة أن يقدم مع العرض ضمانا ابتدائيا يتراوح من.%1إلى /٢ من قيمة العرض الذي قدمه. وأجازت المادة الرابعة والثلاثون قبول خطاب ضمان بنكي من أحد البنوك المحلية، بدلا من تقديم الضمان نقدا.

وهكذا يتضح أن خطاب الضمان يحقق فائدة كبيرة لأطراف العملية، فبالنسبة للعميل طالب الخطاب «الآمر»: يوفر عليه نتائج إيداع مبلغ التأمين لدى المستفيد، ومن ثم تضيع عليه فرصة استثماره وتعطيل أشغاله نتيجة احتجاز جانب من أمواله دون أن يعود عليه بالفائدة،

اولا: اهميته بالنسبة للبنك

وبالنسبة للبنك فهو يحصل على العمولة بمجرد إصدار خطاب الضمان، ويحصل عليها ولو لم يدفع قيمة الخطاب للمستفيد، وبذلك يكسب البنك قيمة العمولة دون أن يدفع للمستفيد، هذا بالإضافة إلى حصوله على الفائدة المتفق عليها إذ أقام بتسييل «دفع قيمة أو مصادرة»خطاب الضمان، أي إذا دفع قيمته إلى المستفيد فضلا عن استرداد المبلغ الذي دفعه،

ثانيا : بالنسبة للمستفيد :

، يعتبر خطاب الضمان بمثابة نقود في حيازته، لأن البنك ملتزم بالدفع وهو محل ثقة ومبعث ائتمان ويسهل الحصول على مبلغ الخطاب منه، حيث يشترط على البنك الدفع عند أول طلب ورغم معارضة العميل.

هذا بالإضافة إلى أن قبول خطاب الضمان بدلا من النقود يشجع من لا تتوافر لديه السيولة النقدية لدفع التأمين المطلوب لدخول المزايدة أو المناقصة، مما يزيد المنافسين، و يحقق مصلحة المستفيد حيث تتسع أمامه فرصة الاختيار.

ثالثا: بالنسبة للمعاملات الخارجية

غالبا ما يكون المستورد أو صاحب المشروع يجهل المتقدم إليه الأجنبي ولا يعرف مدى ملاءته أو أمانته وجديته، فعندما يعرض المستورد أو يعلن صاحب المشروع عن المناقصة وترسو الصفقة على شركة أجنبية، فإن الأخيرة قد تتخلف عن إتمام التعاقد ولا توقع على العقد، وقد لا يتم تنفيذ العقد المبرم أو يتم تنفيذه تنفيذا معيبا، وقد يدفع المستورد تسبيقات للمصدر الأجنبي الذي تعاقد معه لكي يبدأ في تنفيذ عقد التوريد أو المقاولة، أو قد يتسلم منه البضاعة أو المشروع المنجز دون أن يخصم منه مبلغا لضمان مطابقة البضاعة أو مطابقة إنجاز المشروع للمواصفات المتفق عليها.

الفرع الرابع: خصائص خطاب الضمان وتمييزه عن العمليات المشابهة له

لقد رأينا أنه رغم تعدد تعاريف خطاب الضمان إلا أنها متفقة في جوهرها، وهو يهدف إلى منح الثقة والطمأنينة لدى أطرافه وخصوصا بالنسبة للمستفيد حيث يعتبر بمثابة نقود تحت يده، إذ يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين في الأصل على العميل أن يودعه لديه.

وفي سبيل تحقيق ذلك، يتمتع بجملة من الخصائص التي استقر عليها الفقه والقضاء وهي ذات أهمية كبيرة، تحدد ذاتيته وتميزه عن باقي العمليات المصرفية والنظم الأخرى التي قد تشتبه به، وتضفي عليه طابعه الخاص وال تتحقق الغاية من ه إلا بتوافرها فيه[383] .

الفقرة الاولى :خصائص خطاب الضمان

من خلال مختلف التعاريف السابقة الذكر أعاله، يمكن استنتاج الخصائص التي تتميز بها هذه الآلية وأهمها: استقلالية التزام البنك وخصوصية وظيفته في خطاب الضمان، وأنه عمل تجاري ولا يعد ورقة تجارية،

[383] - رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 41 .

ومحله التزام البنك بدفع مبلغ نقدي فور مطالبة المستفيد بذلك ، وقيامه على الاعتبار الشخصي وكفايته الذاتية. هذا بالإضافة إلى ما يتميز به الضمان المقابل[384] .

اولا : استقلالية التزام البنك وخصوصية وظيفته في خطاب الضمان

يهدف خطاب الضمان عموما إلى ضمان تنفيذ التزامات العميل الآمر تجاه المستفيد بموجب عقد الأساس، وبهذا المعنى فهو يتميز بخاصيتين أساسيتين هما: استقلالية التزام البنك تجاه المستفيد، وخصوصية المهمة المنجزة من طرف البنك.

أ- استقلالية التزام البنك :

إن من أهم ما يتميز به خطاب الضمان هو استقلال التزام البنك الضامن عن العقود الممهدة 3لإصداره ، و تلعب هذه الخاصية دورا كبيرا في توفير الثقة لدى المتعاملين، خصوصا بالنسبة للمستفيد الذي يطمئن إلى مركز البنك نظرا لملاءته وجديته في تنفيذ التزاماته والحفاظ على سمعته الدولية، هذا الأخير يكون ملتزم بصفة أصلية ومباشرة بالوفاء وبمجرد تقديم المستفيد طلب كتابي بسيط أو حسب شكليات متفقا عليها ومحددة في الخطاب نفسه، [385] ولا يجوز له الاحتجاج على الوفاء بدفوع مستمدة من خارجه، أو تأجيل الوفاء بحجة سؤال عميله أو تبليغه .

وهكذا فإن الطابع الاستقلالي الأصلي يعد الفارق الجوهري الذي يميز خطاب الضمان ويعطي له روحه وذاتيته ويجعله مجردا عن أية عالقة سابقة .[386]

ومع ذلك فإن هذه الخاصية لا تنفي صدوره متضمنا شروطا معينة كأن يرد به شرطا يقضي بضرورة تقديم مستندات معينة أو يشترط أحيانا بأن تكون المطالبة مبررة. و لا تؤثر هذه الشروط على استقلالية التزام البنك ونهائيته، فلا يمكنه أن يفرض على المستفيد تقديم الدليل على صحة المطالبة، وإنما يقوم ب المطابقة الظاهرية للمستندات المقدمة مع تلك المشار إليها في خطاب 3الضمان قبل الوفاء وهي مجرد مراقبة شكلية[387]

ب- خصوصية المهمة المنجزة من طرف البنك :

تتمثل خصوصية مهمة البنك في خطاب الضمان في أنه يقوم بمنح ائتمانه لصالح طرف ثالث ضمانا لتنفيذ التزام عميله، فهي عملية تتجاوز حالة تخصيص الاعتمادات ومنح القروض التقليدية، بل تعتبر مهمة جديدة نسبيا حيث كانت تعتبر منذ سنوات خارجة عن الإطار العادي لنشاط البنوك [388]، حيث يعد خطاب الضمان النموذج الأمثل للائتمان الناتج عن مجرد التوقيع، و يتميز بعدم المنح الفعلي للاعتماد على الفور من طرف البنك، إذ لا يدفع شيئا وأن التزامه يظل عرضيا عندما تسير العملية وفق ما سطر لها، و لكنه يمكن أن يتحول إلى التزام فعلي عند مطالبة المستفيد لقيمته وفقا للأسباب التي يقدرها .

---

[384] - هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتجارة، مرجع سابق، ص 417 .

[385] صالح الدين حسن السيسي، المو سوعة المصرفية العلمية والعملية،ج1،مجموعة النيل العربية،القاهرة،ط1،2011 ،ص347 .

[386] - محمد عبد الظاهر حسين، عقد الضمان المضاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ،ص 13.

[387] - Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, Lexis Nexis, 9eme éd, Paris, 2015, P. 540.

[388] ROSSI TUTO, La garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-édition, le montsur-Lausanne, P 18.

وتجدر الإشارة أن البنوك ليست المؤسسات الوحيدة التي يمكنها أن تقرض توقيعها، بل يمكن للمؤسسات المالية الأخرى والأشخاص أن تمارس ذلك غير أن الوضع الغالب في التجارة الدولية هو صدور خطاب الضمان عن البنوك لأنه في جوهره عملية مصرفية.

ثانيا: خطاب الضمان عمل تجاري ولا يعد ورقة تجارية

تعتبر أعمال البنوك في القانون الجزائري أعمال تجارية ، [389]وما دام خطاب الضمان تعهد يصدره البنك ويوقع عليه بناء على طلب عميله ، فهو يدخل ضمن العمليات المصرفية [390]3، وبالتالي يعد 4عمال تجاريا بحسب الموضوع حتى ولو تم بصفة منفردة لصالح شخص غير تاجر .أما بالنسبة للعميل آالمر فهو غالبا عمل تجاري ألن المصدر سواء كان مقاولا أو بائعا أو مقدما لخدمة، فإنه عادة ما يكون شخصا يمتلك صفة التاجر، وخطاب الضمان لا يعد ورقة تجارية، فهو أداة ضمان وليس أداة وفاء، عكس الورقة التجارية التي تعتبر أداة ائتمان ووفاء في نفس الوقت ومعدة للتداول بطبيعتها ، وهو غير قابل للتنازل أو التداول ولا يكون لحامله، إضافة إلى أن الورقة التجارية تتضمن مدينا وضامنين هم المظهرون .

ثالثا: محل التزام البنك الضامن مبلغ نقدي يدفع فور المطالبة به

تنص المادة 2/أ «ق.د.م.ض.ط» "أن الضمان لدى الطلب ، يعني أي ضمان أو سند أو تعهد بالدفع، أيا كان مسماه أو وصفه صادر من بنك أو شركة تأمين أو أي جهة أو شخص ، يتعهد كتابة بأن يدفع مبلغا محددا نقديا عند تقديم ما يتفق مع نصوص الضمان بناء على طلب كتابي بالدفع أو أي مستند آخر أو مستندات... "يؤكد هذا النص أن محل التزام البنك الضامن هو دفع مبلغ نقدي، وأن البنك يلتزم بدفعه فور صدوره والمطالبة به من قبل المستفيد[391] .

1- محل التزام البنك هو دفع مبلغ نقدي :

يتميز خطاب الضمان عن الكفالة في أن التزام البنك فيه يكون دائما مبلغا من النقود معينا أو قابال للتعيين، يتعهد البنك بدفعه للمستفيد عند أول طلب، فال نكون بصدد خطاب ضمان إذا كان موضوعه غير ذلك.[392]

2- **فورية استحقاق قيمة خطاب الضمان :**

إن المقصود بفورية استحقاق مبلغ خطاب الضمان، أن قيمته تعتبر مستحقة بمجرد وصول تعهد البنك إلى علم المستفيد دون أن يعترض عليه، ولكن إذا رفضه أو اعترض عليه وأعاده إلى البنك سقط حقه فيه. وتعتبر خاصية الفورية ميزة ملازمة له، فالمستفيد الذي يقبله ويرضى به بديلا من قبضه للنقود لأن ذلك يحقق له نفس الفائدة التي تحققها الوديعة النقدية [393]، ويكون من حقه أن يطلب السداد فور إصداره

---

[389] الفقرة 13 بالمادة الثانية من ألمر75-59 المؤرخ في 26سبتمبر1975 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم بالقانون05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 ،والقانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015،ج.ر عدد 71 بتاريخ 30 ديسمبر 2015م

[390] منير محمد الجنيبهي وممدوح محمد الجنيبهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، اإلسكندرية، ص 229 .

[391] المادة الثانية/أ من القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب ،النشرة رقم 458

[392] - طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1 ،2011 ، ص 293 .

[393] إلياس ناصيف، العقود المصرفية «التحويل المصرفي-الحساب المشترك-الكفالة المصرفية»، ج2 ،منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، ط 1 ،2014 ، ، ص 267 .

وعلى البنك أن يستجيب لطلبه دون مناقشته في مدى قيامه بتنفيذ التزاماته تجاه العميل، ما عدا مراقبة المطابقة الشكلية لما هو متضمن في نصوصه .

رابعا: لاعتبار الشخصي في خطاب الضمان وكفايته الذاتية

من بين مميزات هذه التقنية أنها التي تقوم على الاعتبار الشخصي، وأن ها ت صدر في شكل محرر يتمتع بالكفاية الذاتية– .

1- **خطاب الضمان يقوم على الاعتبار الشخصي :**

على الرغم من اتفاق غالبية الفقهاء حول هذه الخاصية، إلا أنه يوجد اختلاف بشأن الشخص الذي يكون محل اعتبار في خطاب الضمان، حيث يرى البعض أن شخصية العميل الآمر هي التي تكون محل الاعتبار وليس شخص المستفيد 1والبنك يستوي لديه أن يدفع إلية جهة يحددها العميل، كما أن ذكر اسم المستفيد في الخطاب ليس دليلا على أن لشخصيته اعتبار لدى البنك، إذ أن الغرض من ذلك هو تحديد أركان التزام البنك .[394]

و يفسر أصحاب هذا الرأي عدم القابلية للتداول على أساس أن قيمة خطاب الضمان خلال أجله وقبل أدائها إلى المستفيد تبقى ملكيتها للبنك، وليس على أساس الاعتبار الشخصي للمستفيد .

غير أن الراجح لدى غالبية الفقه أن حق المستفيد في خطاب الضمان ذو طابع شخصي[395] ، فله وحده سلطة استعماله ولا يجوز لدائنيه استخدامه باسمه أو توقيع حجز على قيمته تحت يد البنك ، لأن المطالبة بالتنفيذ هو حق شخصي تقديري للمستفيد و ليس لشخص آخر أن يستعمله في مكانه أو يجبره على استعماله ، كما لا يجوز للمستفيد تحويل أو تداول أو التنازل عن خطاب الضمان للغير حتى ولو بالتبعية لتنازله عن العملية التي صدر بشأنها إلا بموافقة البنك ، وبشرط أن يكون البنك مأذونا له من قبل العميل الآمر بإعطاء مثل هذه الموافقة ، أو إذا كان هذا الغير قد حل محل المستفيد الأصلي بإجراء قانوني معين، كحالة إدماج الشركات أو تغيير شكلها، أو حالة وفاة المستفيد وحل محله ورثته[396].

2- **الكفاية الذاتية لخطاب الضمان:**

الكفاية الذاتية هي إحدى خصائص الأوراق التجارية، والمقصود بها كفاية الورقة التجارية بذاتها للدلالة على الالتزام المتضمن فيها، دون ضرورة اللجوء إلى عنصر خارجي أو علاقة قانونية سابقة أو لاحقة على نشوئها، وهذا ما يجعلها مستقلة بذاتها ولا تعتمد على شيء آخر في تحديد مضمونها وبالتالي يسهل لها أداء وظائفها بصورة كافية[397]، فإذا كانت الأوراق التجارية تمتاز بهذه الخاصية التي تمنحها الثقة وتشجع على التعامل بها وتسهيل أداء وظائفها فإن نفس هذه الخاصية موجودة في خطاب الضمان لنفس الأسباب والأهداف.

---

[394] عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك «في ضوء الفقه ـ القضاء ــ التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون 1 التجارة رقم 17 لسنة 1999 ،»منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006 ،ص 376

[395] ـ كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها، دار الكتب القطرية، الدوحة، ط1 ،2001م، ص132 .

[396] طالب حسن موسى، مرجع سابق، ص 294 .

[397]- محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوارق التجارية، دار هومة، الج ازئر، ط04، 2012، ص12- 13.

ومعنى ذلك هو أن يكون كافيا بذاته ولا يحتاج حامله لإثبات حقه[398]، أي أنه محررا مكتوبا أو الكترونيا صادرا من أحد البنوك ومعتمد بتوقيعه، ومتضمنا كل البنود المتعلقة بالتزام البنك بالضمان، من دون إمكان استنتاج هذا الالتزام من عناصر خارجة عن مضمون خطاب الضمان نفسه، فلا يتصور أن يصدر عن البنك شفاهة ولا أن يكون غير موقع بالتوقيع المعتمد من البنك[399]، وهذا يطمئن المستفيد إلى درجة يعتبر معها كما لو تلقى نقودا، وبذلك يمكن لخطاب الضمان أن يؤدي وظيفته بأن يحل تماما محل النقود، فلا يحتاج حامله لإثبات حقه كما هو عليه الحال في الأوراق التجارية[400].لذلك يجب أن تكون صيغته واضحة ومحددة بحيث لا تدع أي مجال للتأويل أو الاجتهاد أو الاختلاف في وجهات النظر.

الفرع الخامس :أنواع خطابات الضمان:

لا يوجد تحديد حصري لأنواع خطابات الضمان، وإنما تتنوع هذه الخطابات بقدر تنوع العمليات التي تستلزم تقديم ضمان نقدي من شخص لكي يتعاقد معه الغير أو يمنحه أجلاً معيناً. ومع ذلك فقد جرى الفقه على تقسيم خطابات الضمان إلى نوعين رئيسين هما:

الفقرة الاولى : خطابات الضمان الخارجية،

وهى الخطابات التي يكون فيها العميل أو المستفيد غير مقيم في الدولة . كأن يصدر خطاب ضمان من بنك في الخارج ليقدم في منافسة معلن عنها في الداخل.

إن من بين ما يميز خطاب الضمان الدولى أنه يصدر بشأن عمليات تتم عبر الحدود يكون أحد طرفيها غير مقيم سواء كان عميلا للبنك أم مستفيدا، وقد يكون أجنبيا أو يكون وطنيا.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري لا يعتمد على فكر الجنسية فى تحديد دولية العملية، بل على معيار الإقامة والذي يحدده قانون النقد وقرض بأنه "يعتبر مقيما فى الجزائر في مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعى أو معنوي يكون المركز الرئيسى لنشاطاته الاقتصادية فى الجزائر يعتبر غير مقيم فى الجزائر فى مفهوم هذا الأمر، كل شخص طبيعى أو معنوي يكون المركز. الرئيسى لنشاطاته الاقتصادية خارج الجزائر".[401]

ويؤدي خطاب الضمان الدولى دورا هاما فى الحياة الاقتصادية وخصوصا فى التجار الخارجية، ولعل ما يحققه من تسهيل التعاملات وبث الثقة فى هذا المجال، أنه يحل محل التأمينات النقدية التى كان يتعين فى الأصل تحويلها من وإلى البلاد الأجنبية ضمانا لإتمام عمليات تجارية يكون أحد طرفيها غير مقيم ثم إعادة استردادها عند انتهاء الفرض منها، وما يصاحب ذلك من عمولات ومصاريف الإرسال ومخاطر تغير أسعار صرف العملات الأجنبية بين تاريخى التحويل والاسترداد[402]. وتختلف صور إصدار خطاب الضمان الدولى حسب تغير مراكز أطررفه،

الفقرة الثانية : خطابات الضمان الداخلية،

---

[398]- محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان،ط2، 1427هـ - 2007م، ص 175.

[399]- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 41 و42.

[400]-محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان،2007، ص294

[1]— المادة 125 من الآمر. 03-11 المتعلق بالنقد ولقرض، مرجع سابق.

[402]— رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 432.

و هي قسمين اهمها :

اولا : خطابات الضمان الجمركية، وهى التي تصدر بناء على طلب أحد المستوردين، ويكون المستفيد هي مصلحة الجمارك، وبموجبه تفرج مصلحة الجمارك عن البضائع المستوردة المكدسة على الأرصفة وفي المخازن، وتحصل على الرسوم الجمركية بعد تحديدها من المستورد أو من البنك مصدر خطاب الضمان.

ثانيا: خطابات الضمان الملاحية، وهى تصدر بناء على طلب أحد المستوردين لمصلحة وكيل الشركة الملاحية، وذلك نظير استلام المستورد للبضائع التي وصلت الميناء قبل وصول المستندات التي يجب تقديمها لاستلام البضاعة ، وهنا يقوم خطاب الضمان بتأمين وكيل شركة الملاحة ، بحيث إذا لم يقدم له المستورد مستندات البضاعة التي استلمها خلال مدة معينة يستطيع الرجوع على البنك بقيمة خطاب الضمان، التي هي غالبا قيمة البضاعة ، أما إذا وصلت المستندات فيسلمها المستورد لوكيل الشركة ويسترد خطاب الضمان.

ثالثا : **خطابات ضمان المنافسات» المناقصات** « ، وهى تصدر غالباً لصالح جهات حكومية عندما تعلن عن التعاقد لإتمام أعمالها عن طريق المناقصة وتطلب تأمين دخول المناقصة فهي تقبل بدل من التأمين النقدي لخطاب ضمان صادر من احد البنوك المعتمدة.

1- و تتنوع خطابات المناقصات إلى:

أ- **خطاب الضمان الابتدائي،** وهى التي يقتصر دورها على ضمان العميل حتى الانتهاء من فتح الأظرف والبت في مقترحات المتقدمين.

وهو الضمان الخاص بالعروض الذي يقدم عادة للمصلحة العمومية المتعاقدة لضمان جدية الدخول والمشاركة في المناقصة المعلنة لتوريد سلع أو أجهز أو تنفيذ مشاريع مختلفة، والذي يرفقه العميل أو الشركة المقاولة بالملف المقدم في العرض، فالجهات المستفيدة تطلب عادة تأمين نقدي أو ضمان عروض يمثل نسبة معينة من قيمة العرض المقدم، وذلك للتأكيد على الجدية في التعاقد ولضمان عدم تررجع مقدم العرض أو انسحابه إذا ما ارتفعت الأسعار أو أنه أخطأ في التقدير، حيث تتم مصادر مبلغ خطاب الضمان في حالة الانسحاب[403].

ويطلق على ضمان العروض مصطلح الضمان الابتدائي أو المؤقت، لأن مفعوله هنا ينتهي في حالة عدم رسو الصفقة على العميل أو الشركة المتنافسين في الحصول عليها، أو برسوها عليه أو عليها وتوقيع العقد وتقديم ضمان حسن النتفين، حينها يتفضى الضمان الابتدائى وتتم عملية استرداده، أما إذا نراجع العميل عن تعهده أو رفض توقيع العقد لظروف ما، كتغيير فى الأسعار أو أخطأ في تقدير، كان للجهة المعلنة عن المناقصة أو صاحبة المشروع اقتضاء قيمة الضمان الابتدائي[1]، ولذي غالبا ما تكون مدة سريانه قصير نسبيا.

ب- **خطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ :** وهو الذي يصدر بعد قبول العطاء بغرض ضمان حسن تنفيذ العميل لالتزاماته الناشئة عن العملية التي رست عليه ، هو ضمان .خاص بحسن تنفيذ

403 عبد الحميد الغزالي، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، مركز الاقتصاد الإسلامي.، ص 16.

العقود المبرمة بين العميل الآمر ولمصلحة المتعاقد معها سواء كانت مصلحة عمومية أو مؤسسات عامة أو خاصة [404]، فإذا رست الصفقة على العميل يتعين عليه أن يقدم للجهة صاحبة المشروع تأمينا نهائيا أو ضمان حسن تنفيذ العملية[405] ويسمى بخطاب الضمان النهائي أو ضمان حسن التنفيذ[406]، وهو عبارة عن تعهد بدفع مبلغ نقدي تحدد قيمته بنسبة معينة من قيمة الصفقة[407]، والتي تحدد حسب التنظيم المعمول به و غالبا ، ما تكون بين نسبة من 5% إلى 10% من قيمة المشروع أو الصفقة حسب طبيعة وأهمية المشاريع الواجب تنفيذها، مقابل حسن التنفيذ وسلامة الأداء من طرف العميل أو الشركة المقاولة تفاديا لمخاطر عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ للمشاريع والصفقات، ويستحق المبلغ المتعهد بدفعه في حالة تخلف العميل عن الوفاء بالتزاماته .

و بعدها يتم تقديم ضمان حسن التنفيذ من طرف الجهة المعنية بعد رسو المناقصة عليها، ليحل محل ضمان العروض الذي تم تقديمه في البداية قبل رسو الصفقة عليها وقبل أن يتم رده للعميل الفائز الذي رست عليه الصفقة لإعادته للبنك أو رده مباشر للبنك المصدر له من قبل المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع.

ويقدم ضمان حسن النتفيذ في فترة زمنية قبل توقيع العقد، وبقيمة أكبر من قيمة ضمان العروض الملغى، ويبقى ضمان حسن التنفيذ ساري المفعول إلى غاية الانتهاء من تنفيذ العقد، مع ترك فترة تسمح بالتأكد من حسن تنفيذ العملية أو لحين انتهاء مدته المحددة فيه[408].

والملاحظ أن حسن التنفيذ هو مصطلح مطاطي مفهومه مرن، لأنه إذا كان من السهل التحكم في الكمية فإنه يصعب السيطرة على الكيفية، حيث كثير ما تخرج الظروف والمتغيرات عن سيطرة العميل القائم بالتنفيذ، لذلك يحرص الأطراف على الدقة في صياغة ضمان حسن التنفيذ، لأهميته في تحديد الالتزامات ولتفادي الاختلافات حول كيفية تنفيذها، كما أن دفع قيمته يلحق بالعميل خسارة، وعليه فإنه عادة ما يتضمن شرط إثبات إخلال العميل بالتزاماته بتقديم المستفيد تقارير خبرة أو تقديم مستندات معينة تذكر في نص الضمان ذاته تثبت إخلال العميل بالتزامه وفشله في التنفيذ تبعا لما تم الاتفاق عليه، أي يصبح خطاب ضمان مستندي، وفي حالة تخلف العميل الآمر عن الوفاء بالتزاماته تتم مصادرة المبلغ. فهذا الضمان يهدف إلى تغطية الخلل الذي يحدث في أثناء الإنجاز، ولذلك يسمى بخطاب ضمان الأداء أو خطاب ضمان حسن التنفيذ أو بخطاب الضمان النهائي[409].

رابعا:خطابات ضمان الدفعات المقدمة: وهى تصدر بناءً على طلب العميل الذي رست عليه المناقصة، وذلك بغرض ضمان استعادة الجهة صاحبة العملية ، للمبالغ التي دفعتها له،إذا كانت تكاليف العملية تزيد على إمكاناته وطلب منها أن تدفع له جزء مقدم لكي يستطيع مواجهة نفقات التنفيذ ، في هذه الحالة تطلب

---

[405] محمد إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي «الكفالة»، إدارة الثقافة والنشر الجامعية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ج 1 ،1411 هـ - 1991م. ، ص 597.

[406] جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية واالقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، ج2 ،الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2007 م. ، ص 379—380.

[407] خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2009م. ص107.

[409]— محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1 ،2017م، ص 85.

منه خطاب ضمان، لتضمن به هذه المبالغ التي حصل عليها إذا لم يتم التنفيذ.

فالأصل فى المعاملات التجارية عموما والمناقصات والعروض أن يتم السداد بعد إتمام العمل أو أداء الخدمة، غير أنه استثناء قد يتم الاتفاق في العقد بأن ندفع الجهة صاحبة المشروع دفعات مقدمة بنسبة معينة من قيمة العملية للعملاء الذين رست عليهم الصفقات قبل البدء في التنفيذ، مساعدة لهم في تمويل العمليات الكبير المسندة إليهم عند عجز إمكانياتهم عن تدبير موارد العملية[410]، مقابل إصدار خطاب ضمان بنكي لرد هذه التسبيقات[411].

ويهدف هذا النوع من الضمانات بالدرجة الأولى هو توفير جزء من السيولة النقدية اللازمة لتمويل المعدات ونقلها إلى مواقع العمل وبدء في تنفيذ المشروع، ولمصلحة صاحبة المشروع والتي تقدم التسبيقات للعميل تطلب منه استصدار خطاب ضمان بنكي بقيمة المبلغ الممنوح له، ولذلك سمي بضمان رد الدفعات المقدمة أو ضمان رد التسبيقات، ويكون بنفس القيمة والعملة[412] وغير مقيد بأي شرط وساري المفعول إلى غاية تاريخ انتهاء تنفيذ العقد، لضمان إعادة المبلغ المدفوع عند عدم تمكن العميل الآمر من إتمام تنفيذ العمل المُوكّل إليه[413]، أو كان الجز المنفذ لا يغطي المبلغ المدفوع كله، وبهذا يمكن للمصلحة صاحبة المشروع الرجوع على البنك بقيمة الضمان كلها أو بعضها في حدود الجزء غير المنفذ حسب الحالة[414].

وتتصن المادة 110 من نفس المرسوم الرئاسي على أن: "... لا تدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد مسبقا كفالة بقيمة معادلة بإرجاع تسبيقات، بصدرها بنك خاضع للقانون الجزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية بالنسبة للمتعهدين الجزائريين. ويجب أن نصدر كفالة المتعهدين الأجانب من بنك خاضع للقانون الجنائي، يشملها ضمان مقابل صادر عن بنك أجنبى من الدرجة الأولى"

وحسب نص المادة 111 من ذات المرسوم الرئاسي فإن قيمته تعادل قيمة التسبيقات المقدمة، وعموما لا تتجاوز نسبة 15 % من السعر الأولي للصفقة.

ولقد جرت العادة على أن يتم تسديد قيمة هذه التسبيقات على فترات، من خلال قيام الجهة أو المصلحة صاحبة المشروع باقتطاعها تدريجيا، عن طريق خصمها من مستحقات المتعامل المتعاقد معها تناسبا مع درجة تقدم تنفيذ العقد، وهذا ما أكدته المادة 116 من نفس المرسوم.

ويتم تخفيض الضمان بنسبة من قيمة المستخلصات المدفوعة مقابل القدر المنفذ من الأعمال تحدد بنسبة من قيمة خطاب الضمان إلى الأعمال، لذلك يشترط البنك في الغالب تنازل العميل عن الأعمال لصالح البنك لمتابعة المستخلصات ويتم على أساسها تخفيض قيمة الضمان.

والملاحظ أن ضمان رد التسبيقات له فائدة مزدوجة، فهو يضمن للجهة المستفيدة صاحبة المشروع حقها في حالة عدم رد المتعاقد للتسبيقات أو عدم تنفيذ العملية، ومن جانب آخر أن العميل الآمر. يستفيد من هذه الدفعات المقدمة له لأنها تساعده في تمويل العملية أو المشروع والانطلاق في التنفيذ.

وقد يجتمع في العملية الواحدة هذه الأنواع الثلاثة من خطابات الضمان حيث يصدر خطاب ضمان ابتدائي عند تقديم العطاء، ثم خطاب ضمان نهائي بعد رسو العملية، وأخيراً خطاب يضمن استرداد الدفعات المقدمة

1—محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 92-93.

2- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص50.

412 عبد الحميد الغزالي، مرجع سابق، ص 16.

413 جاسم علي سالم الشامسي آخرون، مرجع سابق، ص 380.

414خالد وهيب الراوي، مرجع سابق، ص108.

التي دفعت للعميل.

خامسا: خطابات الضمان المهنية: وهى خطابات يقدمها من يرغبون في مراولة مهن معينة، وذلك كشرط من الشروط اللازمة لمزاولة هذه المهنة، لضمان إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه بموجب الأنظمة واللوائح المنظمة لهذه المهنة ، ومن هذا النوع خطابات الضمان التي تطلب ممن يعمل كمخلص جمركي، أو ممن يعمل كسمسار في بورصة الأوراق المالية، أو التي تطلب من شركات الملاحة البحرية ، أو من أصحاب المستودعات.

المطلب الثالث : آثار خطابات الضمان المصرفية

تنطوي عملية إصدار خطاب الضمان على أكثر من علاقة، حيث يتعهد البنك أمام المستفيد الأجنبي عنه ، بناء على طلب العميل، وبذلك تكون هناك علاقات ثلاث أو أربع حسب طريقة الإصدار تمضي جنبا إلى جنب .

الفرع:الاول : أثار خطاب الضمان بالنسبة لاطراف العلاقة

تتمثل الأولى في علاقة العميل بالمستفيد وقد يتعلق الأمر بعقد مقاولة أو توريد أو تقديم خدمات كما يمكن أن تكون علاقة تنظيمية، وتسمى علاقة الأساس ومنها ينشأ التزام العميل بتقديم خطاب الضمان.

وتتمثل الثانية في علاقة البنك بعميله ويحكمها عقد فتح الاعتماد بالضمان، أما الثالثة فهي عالقة البنك بالمستفيد الناشئة عن خطاب الضمان ذاته. وتكون العالقة الأربعة في إطار الإصدار الغير مباشر، أين يتدخل بنك محلي كضامن مباشر يتوسط بين البنك الأجنبي -الضامن المقابل- وبين المستفيد، فتصبح العملية متكونة من أربعة روابط قانونية مختلفة حيث تنشأ عالقة بين البنك الضامن المقابل و البنك الضامن المباشر، هذا الأخير يعوض 2البنك الأجنبي في علاقته ب المستفيد ويصبح في ارتباط مباشر معه .

هذه العلاقات تبدو متداخلة لكنها مستقلة تماما عن بعضها البعض، وينتج عن هذه العملية آثار قانونية تتمثل في الالتزامات المترتبة في ذمة كل من العميل والبنك، بالإضافة إلى القيود التي يتعين على المستفيد مراعاتها عند طلبه التنفيذ، وباعتباره أثر مباشر لخطاب الضمان يحظى التزام البنك باهتمام كبيرة خصوصا من حيث مدى استقلاليته.[415]

فما هي الآثار التي ترتبها عملية الائتمان بإصدار خطاب الضمان بالنسبة لهذه العلاقات الثلاث، من حيث الحقوق والالتزامات هذا ما نتناوله في المطلب الحالي وسنخصص لكل علاقة من هذه العلاقات فرع مستقل.

الفقرة الاولى : تحديد العلاقة بين العميل الآمر والبنك الضامن

تبدأ العلاقة بين البنك والعميل الآمر بصدد عملية إصدار خطاب الضمان، عندما يتقدم هذا الأخير إلى البنك بطلب الإصدار، وذي يعتبر. بمثابة إيجاب من العميل، إذا ما اقترن بقبول البنك له ينعقد العقد ويلتزم

---

[415] وقد قررت لجنة تسوية المنازعات المصرفية أن" المستقر عليه أنه يترتب على إصدار خطاب الضمان آثار محددة سواء في عالقة البنك بعميله أوفي علاقه البنك بالمستفيد،إذ يلتزم العميل برد مبلغ خطاب الضمان في حالة قيام البنك بدفعه للمستفيد. كما يلتزم البنك في مواجهة المستفيد بدفع المبلغ عند مصادرته خالل الميعاد وذلك طبقا للشروط الواردة في الخطاب". القرار رقم1413/1٥7هجري والقرار رقم1413/237هجري المنازعات المصرفية سالف لذكر، لمبدأ رقم419.

البنك بإصدار تعهده، ويعبر. البنك عن قبوله بقيامه بإصدار خطاب الضمان ورساله للمسنفيد.

ويتضمن طلب العميل بصور إجمالية البيانات التي سيصدر بها خطاب الضمان، كاسم المستفيد وعنوانه، ومبلغ الضمان وفرض من إصدار ومدة صلاحيته، ويشترط العميل على البنك بأن يرتب حقا مباشر ومستقلا للمسنفيد متى تقدم الأخير بطلب الدفع خلال مدة الصلاحية. وبصدور تعهد البنك الضامن ووصوله إلى علم المستفيد دون رفضه، تبر ذمة العميل في مواجهة المستفيد.[416]

بالإضافة إلى ما سبق فإن الطلب ينضمن أيضا تصريح العميل الآمر للبنك بدفع قيمة الضمان للمستفيد عند أول طلب بسيط يرد من هذا الأخير، أو حسلب كيفيات متفقا عليها يتم النص عليها في مضمونه، أي يكون الطلب مستوفي الشروط المنصوص عليها كتقديم مستندات معينة، لكن دون حاجة في الرجوع إلى العميل أو الحصول على رضا منه، بل ورغم أية معارضة قد يبديها هذا الأخير.

وتجدر الإشار إلى أن البنك غير ملزم بإبدرم عغد الاعتماد بالضمان مع العميل، خاصة إذا لم يكن بينهما تعامل سابق أو علاقة معينة تسمح بطلب هذا الضمان بشروطه، أما إذا كانت بينهما معاملات سابغة وكانت ظروف إصدار خطاب الضمان وصيفته مناسبة للبنك، فإن الأخير يكون ملزما بالموافقة على طلب العميل، وذا تأخر بعد ذلك لأي سبب أو أصدر التعهد بصيفة مخالفة للاتفاق بينهما ونجم عنه ضرر للعميل، كحرمانه من دخول المناقصة أو فسخ عغد الأساس لعدم تقديم خطاب الضمان[417]، يعتبر البنك مسئولا مسؤولية عقدية أو تفصيرية في مواجهة العميل الآمر حسب الحالة.[418]

وفي حالة عدول البنك عن القيام بعملية الإصدار أو لم يتمكن من ذلك بعد قبوله، فعليه الفيام بإخطار العميل الآمر. بذلك فورا حتى يتمكن الأخير من اللجوء إلى بنك آخر وفي وقت مناسب. وعلى الرغم من أن البنك التجاري مقيد بالقواعد و لأنظمة التي يضعها البنك المركزي في الدولة «بنك الجزائر مثلا»، .غير أنه إذا أصدر خطاب الضمان مخالفا لها، فإن ذلك لا يؤثر على التزمه المستقل تجاه المستفيد، فالتعليمات موضوع هذه الأنظمة ليست شرطا لصحة العمليات البنكية، إلا أن البنك التجاري يسأل أمام البنك المركزي بسبب ارتكابه خطأ إداري يتمثل في مخالفة هذه اللوائح والأنظمة.

وفي هذا الصدد تنص القواعد الدولية الموحدة على أنه: "عندما يتسلم الضامن تعليمات بإصدار الضمان وكان يتعذر على الضامن تنفيذ هذه التعليمات لأسباب تتعلق بالفوانين أو اللوائح في بلد الإصدار التي تمكنه من الوفاء بشروط الضمان، فعلى الضامن أن يفوم فورا بإخطار الطرف الذي أعطاه التعليمات بإصدار الضمان عن طريق الاتصال الهاتفي أو البرقي، فإذا تعذر ذلك فيتم بأسرع الطرق الممكنة لإبلاغه بالأسباب التي لا تمكنه من تنفيذ التعليمات ويطلب منه إصدار تعليمات مناسبة جديدة"[419].

الفقرة الثانية: علاقة العميل بالمستفيد

غالبا ما يرتبط العميل والمستفيد بمعاملة سابقة تسمى علاقة الأساس وهي تختلف باختلاف نوع التعامل بينهما[420] ، قد تكون علاقة العميل الآمر «طالب خطاب الضمان» بالمستفيد علاقة عقدية، وتصدر بغرض ضمان حسن تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، ، و قد تكون تنظيمية مثل تقديم خطاب الضمان لمصلحة الجمارك

---

[416] محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية ولعملية، ج2، مرجع سابق، ص941 .

[417] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 181- 182.

[418] سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 89

[420] - سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص89 و91 .

من أجل الإفراج عن البضائع المستوردة قبل الانتهاء من تحديد الرسوم الجمركية [421]، كما يمكن أن تكون مرحلة تمهيدية من التعاقد مثل ضمان العروض كدليل جدية المشاركة في المناقصات[422] وعدم الانسحاب منها في المستقبل، أو تقديم خطاب ضمان إلى مصلحة الضرائب من شخص أنهى نشاطه وينوى مغادرة البلاد فيقوم البنك بدفع الضرائب التي تستحق على العميل إذا لم يقم بسدادها ، وعموما تكون هذه العلاقة خاضعة من حيث شروطها وصحتها لأحكام القواعد العامة.

ويعتبر البنك أجنبياً عن علاقة العميل بالمستفيد ، حيث يحكمها العقد في حالات العلاقات التعاقدية ، أو القانون في حالة العلاقة التنظيمية ، ومع ذلك يقوم العميل بطلب خطاب الضمان تنفيذا لشروط العلاقة التي تربطه بالمستفيد، وبموجب تقديم خطاب الضمان من العميل إلى المستفيد أو إرساله إليه من البنك مباشرة، ينقضي التزام العميل بتقديم الضمان المشترط في علاقته بالمستفيد ، و بذلك يصبح البنك مدينا أصليا بدلا من العميل، حيث يستطيع المستفيد الرجوع مباشرة على البنك.

ورغم أن علاقة العميل بالمستفيد هي" علاقة الأساس" لأنها علاقة مستقلة عن خطاب الضمان،حيث يحكمها العقد أو القانون على النحو السابق إيضاحه.

الفقرة الثالثة: علاقة العميل الآمر والبنك الضامن

عندما ما يتقدم العميل إلى البنك بطلب خطاب الضمان يعتبر ذلك إيجابا يوجهه إلى البنك، وبالتالي يتم العقد بمجرد تلاقى هذا الإيجاب مع قبول البنك وموافقته على تلبية رغبة العميل ،[423] فهو عقد رضائي ينعقد بتبادل الإيجاب والقبول، ذلك أن العميل الآمر بعد إبرام عقد الأساس بينه وبين المستفيد والاتفاق على كافة المسائل الجوهرية فيما يتعلق بكيفية تنفيذه والضمانات الواجب تقديمها، وتنفيذا لشروطه يلجأ العميل الآمر إلى البنك الذي يتعامل معه طالبا منه إصدار خطاب ضمان، وإذا قبل البنك طلبه فإنه يتم إبرام عقد اعتماد بالضمان بينهما، وبمقتضاه يتعهد البنك بإصدار تعهده بالضمان لصالح المستفيد وبالنوع المطلوب والمتفق عليه[424].

وعقد الضمان، الذي يصدر خطاب الضمان بناء عليه، وهو عقد رضائي يتضمن كافة الشروط التي تنظم العلاقة بين البنك والعميل؛ فبالإضافة إلى اسم المتعاقدين يشتمل على اسم المستفيد ومبلغ الضمان و تعهده بدفع القيمة إلى المستفيد عند أول طلب من هذا الأخير ، دون حاجة إلى الحصول على رضاء العميل، بل ورغم ما قد يبديه من أوجه اعتراض على الدفع.

وقد جرى العرف المصرفي على تحرير هذا العقد وفقا للنموذج المعد سلفاً لدى البنك ، وتحدد فيه العمولة والمصروفات التي يلتزم العميل بدفعها للبنك[425].

ويقوم عقد الضمان الذي يربط العميل بالبنك على اعتبار الشخصي، حيث تلعب شخصية العميل دوراً حيوياً في جعل البنك يوافق أو يرفض إبرام العقد.وهذا اعتبار الشخصي هو الذي يحدد ما إذا كان البنك يشترط على العميل تقديم غطاء لخطاب الضمان من عدمه، ويحدد مقدار هذا لغطاء المطلوب.

---

[421] -Sophie Moreil, Francoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 10°éd, 2010, P 145.

[422]- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية،ج2، مرجع سابق، ص952.

[423]- مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 82.

[424]- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 121.

[425]- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، ج2، مرجع سابق، ص941.

أما إذا كانت بينهما معاملات سابقة وكانت ظروف إصدار خطاب الضمان وصيغته مناسبة للبنك، فإن الأخير يكون ملزما بالموافقة على طلب العميل، واذا تأخر بعد ذلك لأي سبب أو أصدر التعهد بصيغة مخالفة للاتفاق بينهما ونجم عنه ضرر للعميل، كحرمانه من دخول المناقصة أو فسخ عقد الأساس لعدم تقديم خطاب الضمان[426]، يعتبر البنك مسئولا في مواجهة العميل الآمر حسب الحالة.

الفقرة الرابعة: العلاقة بين البنك الضامن والمستفيد" العلاقة يحكمها خطاب الضمان"

الأصل أن البنك الضامن لا تربطه أية علاقة سابقة مع المستفيد، ولا يعرف إلا عميله الذي أبرم معه عقد الاعتماد بالضمان، ويرتبط المستفيد مع العميل بعقد مستقل يسمى عقد الأساس ،حيث يشترط فيه المستفيد على العميل تقديم مبلغ مالي تأمينا لتنفيذ التزامه تجاهه، فيقدم هذا الأخير بدلا عن ذلك خطاب ضمان صادرا عن البنك ويقبل به المستفيد بديلا عن التأمين النقدي.

تبدأ العلاقة بين المستفيد والبنك من تاريخ استلام المستفيد خطاب الضمان دون الاعتراض عليه، حيث لا يشترط القبول الصريح لخطاب الضمان من جانب المستفيد.

ومن هذا الوقت تبرأ ذمة العميل تجاه المستفيد من الالتزام بتقديم التأمين، وبذلك يعتبر التزام البنك تجاه المستفيد هو التزام بصفته أصيلا وليس نائبا عن العميل، وأساس التزام البنك هو إرادته المنفردة التي عبر عنها في خطاب الضمان.

وبوصول خطاب الضمان إلى المستفيد ينشأ له حق على قيمة الخطاب، ومصدر هذا الحق تعهد البنك بالدفع غير المشروط خلال مدة معينة.

أما قبل وصول هذا العلم إلى المستفيد فيمكن للبنك الضامن إجراء ما يره من تعديلات، بل يحق له أن يلغي تعهده أصلا حيث يستطيع الرجوع في إرادته طالما لم يصل خطاب الضمان إلى علم المستفيد[427]

والتزام البنك في مواجهة المستفيد يتميز بأنه التزام نهائي وبات ، وذلك حتى يكون خطاب الضمان صالحاً لتأدية وظيفته، باعتباره بديلاً عن التأمين النقدي الذي يجب على العميل دفعه للمستفيد، ولذلك لا يجوز تعديل شروط خطاب الضمان إلا بموافقة المستفيد. وهذا يعني أن التصرف القانوني اللذي أصدر البنك وذي عبر فيه عن استعداده للالتزم في مواجهة المستقيد بدفع قيمة خطاب الضمان لا يكون باتا ونهائيا ويجوز الرجوع عنه طالما لم يصل إلى المستقيد، وفوق ذلك فإن وصول الخطاب إلى المستقيد لا يضع التصرف القانوني في صور الالتزم البات والنهائي إلا إذا قبله المستفيد[428]، ويرى البعض أن قبول المستفيد للخطاب يظهر في عدم رفضه، وعدم الرفض هو التصرف القانوني الضمني الصادر من المستفيد الذي ينضمن قبوله خطاب الضمان بكافة شروطه من حيث قيمته ومدته.

اولا: العلاقة بين البنك والمستفيد علاقة مستقلة

لما كان المستفيد يستمد حقه في علاقته بالبنك من خطاب الضمان، وهو تعهد بالإرادة المنفردة للبنك بأن يدفع إلى العميل قيمة الخطاب عند أول طلب، دون أن يتوقف الأمر على استطلاع رأى العميل. أن

---

[426] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 181- 182.

[427] سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 736-737.

[428] محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية ولمصرفية، الإصدار الأول، 2008، ص 383 .

البنك يلتزم بالدفع للمستفيد رغم معارضة العميل، فإن ذلك يقتضي القول باستقلال علاقة البنك والمستفيد عن علاقة العميل والبنك.

المقصود بالاستقلالية أن التزام البنك في خطاب الضمان يختلف عن الالتزام الكفيل في عقد الكفالة في انفصال التزام البنك الضامن واستقلاله عن كل علاقة أخرى، بما يعني أنه يمتنع عليه التذرع بأي سبب يؤدي إلى عدم دفع المبلغ للمستفيد إذا طالب بذلك خلال المدة المحددة فيه ويعد ذلك أحد مظاهر استقلال البنك ، ولا يتأثر ولا يرتبط بالعقود التي تحيط به ،أي أنه التزام مباشر ونهائي تجاه المستفيد[429]، ومتى وصل تعهد البنك بالضمان إلى علم المستفيد ولم يرفضه لا يجوز الرجوع فيه، ولا يكون في مقدوره الامتناع عن دفع قيمته أو تأخير الدفع، ولا يلتفت لأية معارضة كانت أو الاحتجاج بدفوع ناشئة عن هذه العلاقات[430].

-ويترتب على ذلك مايلى:

1- أن حق المستفيد تجاه البنك لا يتأثر بما تتعرض له العلاقات الأخرى من أحداث تؤثر على صحتها أو استمرارها «2». ومن ثم لا يجوز للبنك أن يحتج في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن علاقته بالعميل ، وعلى ذلك لا يستطيع البنك الامتناع عن إجابة طلب المستفيد بدفع قيمة خطاب الضمان على أساس أن العقد الذي يربط العميل بالبنك قد شابه عيب يجعله قابلاً للإبطال، أو على أساس عدم تقديم العميل غطاء خطاب الضمان المتفق عليه.

كما لا يجوز له الامتناع عن الدفع حتى ولو فسخ العقد المبرم بينه وبين العميل «العقد الذي صدر على أساسه خطاب الضمان» ، لأن أساس التزام البنك تجاه المستفيد هو إرادته المنفردة المعبر عنها في خطاب الضمان وليس العقد المبرم بين البنك والعميل.

2- لا يجوز للبنك الامتناع عن دفع قيمة خطاب الضمان تأسيسا على دفوع مستمدة من علاقة العميل بالمستفيد «عقد المقاولة مثلاً» لأن حق المستفيد في مواجهة البنك ناشئ عن تعهد الأخير الوارد في خطاب الضمان بالدفع عند أول طلب ورغم معارضة العميل. ومع ذلك إذا كان خطاب الضمان مشروط أو كان الغرض منه ضمان حسن تنفيذ التزام معين «كما في عقود المقاولات أو التوريد»، يرى جانب من الفقه أنه يجب على البنك إخطار العميل قبل دفع قيمة خطاب الضمان، وذلك للتأكد من تحقق الشرط، أو احتياطا لاحتمال وجود مستندات تحت يد العميل تفيد براءة ذمته من الالتزام الذي صدر عن خطاب الضمان بحسن نية تنفيذه.

ويؤكد أنصار هذا الرأي على التزام البنك بإخطار العميل حتى ولو كان مشترطاً في خطاب الضمان الدفع رغم معارضة العميل .لأن ذلك ينبغي ألا يفسر على أنه إعفاء من واجب الإخطار، باعتباره يجنب البنك إلحاق الضرر بالعميل، ولكن هذا لا يعني ضرورة حصول البنك على موافقة العميل على الدفع للمستفيد، أي أن التزام البنك يقتصر على مجرد إخطار العميل بمطالبة المستفيد له بالدفع ، ولا يمتد الالتزام إلى ضرورة حصول البنك على موافقة العميل، أي أن البنك يخطر العميل ثم يقوم ببالدفع بعد ذلك حتى ولو اعترض المميل على دفع قيمة خطاب السابق إلى المستفيد»ا»0وذلك ما لم تكن معارضة العميل مؤسسة على براءة ذمته هو و البنك تجاه المستفيد، ففي هذه الحالة يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجوز للبنك «بل يجب عليه» الانصياع إلى اعتراض العميل والامتناع عن الدفع.

3- : لا يجوز للبنك أن يتمسك في مواجهة المستفيد عند طلب قيمة خطاب الضمان بالمقاصة بين المبلغ

[429]-Jean-Louis Rives-Lange, Monique Contamine-Raynaud, Op.Cit , P 727.

[430]- Philippe Delebecque, Michel Germain, Op.Cit, P 353.

المطلوب

4- : وكذلك لا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين المبلغ المستحق للمستفيد من خطاب الضمان ودين مستحق للبنك في ذمة المستفيد،لأن قيمة خطاب الضمان قبل المطالبة به أو تحقق شروطه تعتبر دين غير مستحق الأداء، ومن ثم لا تتوافر فيه شروط المقاصة، وبعد المطالبة بقيمة خطاب الضمان، لا يكون المبلغ ملكاً للمستفيد، ولكنه يفقد صفته كخطاب ضمان ويعود إلى صفته الأصلية بالنسبة للمستفيد، وهو كونه تأميناً نقدياً مقدماً من العميل، وبالتالي تكون يد المستفيد عليه يد دائن مرتهن، وهذه الصفة تخوله الحق في أن يستوفي منها ما يستحقه نتيجة علاقته الأصلية مع العميل ثم يرد الباقي إلى الأخير وليس إلى البنك. أما إذا أصبح المبلغ ملكاً للمستفيد كأن دخل أحد حساباته مع البنك فلا مانع من إجراء المقاصة إذا توافرت شروطه .

5- أنه يجوز للبنك التمسك في مواجهة المستفيد بالدفوع الناشئة عن خطاب الضمان ذاته ، ويبدو هذا أمرا منطقياً تطبيقاً لمبدأ استقلال التزام البنك، لأن التزام البنك تجاه المستفيد قائم على إرادته المنفردة، وهذا يقتضي أن تكون إرادة البنك موجودة وخالية من العيوب عند إصدار خطاب الضمان، وأن يكون لالتزام البنك محل وسبب مشروعين.

ومن هنا إذا اعتريت إرادة البنك بعيب، كأن يكون البنك وقع في غلط في شخصية المستفيد، أو إذا انعدمت إرادة البنك بأن كان الخطاب مزورا، فإنه يجوز للبنك الامتناع عن إجابة المستفيد إلى طلبه بدفع قيمة خطاب الضمان.

الفقرة الخامسة: غطاء خطاب الضمان:

يجوز للبنك أن يطلب تأمينا مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين وصكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد.

فرغم أن البنك لا يدفع للمستفيد نقودا عند إصدار خطاب الضمان، ولكن احتمال الدفع قائم إذا طلب المستفيد ذلك خلال المدة المحددة، ولذلك يحتاط البنك لهذا الموقف ويحاول أن يوجد لديه شيء يحصل منه على حقه إذا ما دفع قيمة خطاب الضمان للمستفيد، ويتمثل هذا الاحتياط فيما يشترطه البنك على العميل بتقديم غطاء لخطاب الضمان الذي يطلبه وتحدد قيمة هذا الغطاء تبعا لعلاقة العميل بالبنك ، ومقدار الثقة التي يتمتع بها العميل في مواجهة البنك، ومن ثم يمكن أن تجد خطابات ضمان صادرة على المكشوف، أي دون غطاء، ولكن هذا الأمر نادر، وقد يكون غطاء خطاب الضمان بنسبة 50 % من قيمته أو أقل من ذلك أو أكثر، أو يكون قيمة لغطاء تعادل قيمة الخطاب كاملة،أي 100% ، ورغم أنه يبدو في الحالة الأخيرة عدم أهمية خطاب الضمان بالنسبة للعميل لأنه يضع ضمان لدى البنك يعادل قيمة الخطاب، إلا أن فائدة خطاب الضمان تظل قائمة بالنسبة للعميل في هذه الحالة أيضاً، وذلك لأن قيمة الغطاء قد تكون حسابات أو ودائع للعميل لدى البنك، كما قد يكون غطاء الخطاب أوراق تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها أو أوراق مالية أو أي ضمان عيني آخر، كالمجوهرات مثلاً، فيكل هذه الحالات لا يقوم العميل بالتصرف في الشيء المودع لدى البنك كغطاء، ولكن يظل على حالته إلى أن تنتهي مدة الخطاب الضمان، فإذا لم يدفع لبنك شئ من قيمته عاد الغطاء كاملا إلى العميل، أما إذا دفع البنك قيمة خطاب الضمان فإنه يرجع على هذا الغطاء إذا لم يقم لعميل برد ما دفعه البنك إلى لمستفيد.

اولا : صور ا لغطا ء

صور غطاء خطاب الضمان متعددة ومتنوعة، فقد يكون الغطاء واحد أو أكثر من الحقوق أو لأشياء لآتية:

1- **الغطاء النقدي:** ويتمثل في أن يضع العميل لدى البنك المبلغ المتفق عليه كغطاء لخطاب الضمان، سواء كانت 50 أو100 ، ويعتبر ذلك أبسط صور غطاء خطاب الضمان، حيث يوضع المبلغ في حساب احتياطي خطابات الضمان طول مدة الخطاب .ويمكن أن يحصل البنك على قيمة الغطاء خصمًا من حساب العميل لديه، وفي هذه الحالة يكتفي بالتأشير على الحساب بقيمة غطاء خطاب الضمان، أي لا يجوز أن ينخفض رصيد الحساب عن مبلغ معين.

2- **الغطاء العيني:** ويتمثل في وضع أوراق تجارية «كمبيالات أو سندات لأمر» أو أوراق مالية «أسهم وسندات» أو مجوهرات أو بضائع أو أي منقولات ذات قيمة لدى البنك المطلوب ، وقد يتمثل الغطاء العيني في صورة رهن لمصلحة البنك، وفي كافة الأحوال يسرى على الغطاء العيني أحكام الرهن وهى تختلف حسب طبيعة الشيء المرهون.

3- **التنازل عن الحقوق الناشئة عن العملية:** قد يتمثل غطاء خطاب الضمان في أن يتنازل العميل إلى البنك عن حقوقه لدى المستفيد الناشئة عن العملية التي صدر بشأنها خطاب الضمان، ويتم ذلك غالباً في الحالات التي يرتبط فيها خطاب الضمان بفتح اعتماد للعميل.

ومع ذلك فإن هذا التنازل لا يخل بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبول تنازله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق، يجوز لها استيفاء هذه الحقوق من هذه المبالغ.

4- التزام العميل الآمر برد ما دفعه البنك إلى المستفيد:إذا دفع البنك للمستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز له الرجوع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع .

5- **التزام العميل بالعمولة الناتجة عن خطاب الضمان:** والأصل في العمولة أنها مقابل تعهد البنك بتقديم خدماته للعميل بإصدار خطاب الضمان وتنفيذه، وعليه فهي تستحق للبنك بمجرد إصدار تعهده بغض النظر. عن استخدامه بالفعل من عدمه، أي حتى في حالة عدم قيام البنك بالوفاء للمسنفيد، وسواء كان خطاب الضمان مغطى كليا أو جزئيا أو تم إصدار على المكشوف، فالعمولة تعتبرمقابل مالي مستقل تماما لا علاقة له بتنفيذ خطاب الضمان من عدمه[431]. لذلك يكون للبنك الحق في قبضها حتى قبل إبلاغ المستفيد بتعهده بالضمان، ويجوز له أن يؤجل الإصدار ورساله إلى المستفيد إلى غاية أن يستوفي مبلغ العمولة المحددة نقدا أو يتم خصمها من حساب العميل الآمر، أما إذا قام بإصدار تعهده ووصل إلى علم المستفيد فإنه لا يستطيع الرجوع فيه استنادا إلى عدم دفع العميل للعمولة المستحقة[432] لأن التنام البنك بموجب خطاب الضمان متى وصل إلى علم المستفيد ولم يرفضه هو التزم مباشر ونهائي ومستقل عن علاقة الضامن بالعميل الآمر[433].

6- تاريخ نفاذ خطاب الضمان تجاه العميل الآمر

يتضح من ذلك أن قيمة خطاب الضمان لا تعتبر دينًا على العميل الآمر إلا إذا تم دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد. أما قبل هذا التاريخ فلا يجوز للبنك مطالبة الآمر بقيمة الخطاب أو قيد هذه القيمة في الجانب المدين من حساب العميل، لأن المستفيد قد لا يطالب بصرف قيمة الخطاب[434]. .

---

[431] رشاد نعمان شايع العامري، مرجع سابق، ص 451.

[432] سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 128.

[433] علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 196.

[434] وتطبيقالذلك قررت لجنة تسوية المنازعات المصرفية أن المستقر عليه أنه مادام البنك لم يسدد قيمة خطاب الضمان للمستفيد فال محل اللتزام العميل الآمر بهذا المبلغ أو مطالبته به ولا يدخل بالتالي ضمن المديونية المستحقة في ذمته

ورجوع البنك على الآمر لا يكون بمقتضى قواعد الحلول،حيث لا يحل البنك محل المستفيد في حق الأخير تجاه العميل، وإنما يرجع البنك على العميل الآمر بحق مستقل مصدره عقد طلب الضمان المبرم من البنك والعميل. ومن ثم لا يجوز للعميل أن يتمسك في مواجهة البنك بما له من دفوع في مواجهة المستفيد.

الفرع الثاني : انقضاء خطاب الضمان

ينقضي التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان إما بوفاء « مصادرة» قيمته بناء على طلب المستفيد، حيث يظل التزامه قائما ومستقلا إلى غاية زوال وجوده القانوني بانتهاء مدة سريانه دون مطالبة، وبانقضائه ينتهي مفعول خطاب الضمان ، وإما بالطرق الأخرى لانقضاء الالتزام غير الوفاء.

وسنتناول كل طريق من هذه الطرق في فقرة مستقلة.

الفقرة الأولى: انقضاء خطاب الضمان بالوفاء

أولا : الوفاء الكلي او الجزئي لخطاب الضمان:

ومتى طالب المستفيد بالتنفيذ وكانت مطالبته تستوفي شروط الصحة فإن البنك ملزم بالوفاء له دون تأخير[435]، ما عدا الفترة التي يستغرقها في فحص مطابقتها الشكلية لما هو منصوص عليه في خطاب الضمان[436]. يترتب على ذلك انقضاء التزامه الناشئ عن خطاب الضمان.

اذ يعتبر خطاب الضمان تقنية يتوخى منها العميل الحصول على ثقة المستفيد ليبرهن له عن جديته في التعامل، وبقيام العميل بتنفيذ التزاماته تجاه المستفيد أو بانتهاء مدة خطاب الضمان دون حدوث مطالبة بالدفع ينتهي مفعوله وهو الأصل، إلا أن البنك قد يضطر إلى سداد قيمته للمستفيد إذا قرر الأخير المطالبة بها خلال مدة سريانه، وتسمى هذه المرحلة بتنفيذ خطاب الضمان والذي يتحقق إما بالوفاء أو بما يعادل الوفاء أي بما تنقضي به الالتزامات بصفة عامة[2] وبالتبعية يؤدي إلى تنفيذ الضمان المقابل[437].

1- جواز الوفاء بالالتزام الى المستفيد كليا او جزئيا

إذا وردت مطالبة المستفيد إلى البنك لاستيفاء قيمة خطاب الضمان خلال مدة سريانه وفي حدود المبلغ المعين وبالشروط الواردة به واستجاب له البنك، فإن الأخير يكون قد نفذ ما تعهد به ويزول التزامه وينقضي بذلك خطاب الضمان[438]، كما ينقضي أيضا إذا اقتصر طلب المستفيد على دفع جزء من قيمته مع طلب إلغائه في نفس الوقت، عندما يقدر بأن الجزء الذي قبضه من المبلغ كاف لتعويضه في علاقته بالعميل. أما إذا طلب الوفاء بجزء من قيمة خطاب الضمان دون أن يطلب إلغائه فيظل حقه قائما في باقي المبلغ، ويجوز له أن يطالب بأدائه إلى غاية نهاية مدة سريانه[439].

وقد نصت المادة 11 بفقرتها الأولى/بند «ج» من اتفاقية الانسسترال المتعلقة بالضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة على أ نه: ينقضي حق المستفيد في المطالبة بالسداد بموجب التعهد متى تم سداد المبلغ

---

[435]- Patrice Bouteiller et autres, OP.Cit, P 234.

[436]- Pierre-Alain Gourion, George Payrard, Op.Cit, P.190

[437]-Gael PIETTE, Op.Cit, p76.

[438]- محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، الإصدار الأول ،2008، مرجع سابق، ص 406.

[439]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 423.

المتاح بموجب التعهد، ما لم ينص التعهد على التجديد التلقائي للمبلغ أو على زيادة تلقائية للمبلغ المتاح أو ما لم ينص بأي شكل آخر على استمرار التعهد[440].

2- ان يوفى الالتزام للمستفيد او من ينوب عنه قانونا :

كما يشترط في الوفاء ان يكون سبباً من أسباب انقضاء الالتزام أن يتم إلى المستفيد أو وكيله، فلا يكفي أن يتم الوفاء لأي شخص يحمل خطاب الضمان، ولكن يجب على البنك أن يتأكد من صلته المشروعة بالخطاب وبإمكانية صرفه، ومن ثم يجوز صرف قيمة خطاب الضمان للمستفيد ولو لم يكن معه خطاب الضمان، كما إذا كان سرق أو فقد منه مثلا، ومن هنا إذا أوفي البنك بقيمة خطاب الضمان لغير المستفيد أو وكيله، كان الوفاء غير مبرئ لذمته تجاه المستفيد، ومن ثم يلتزم بالوفاء إليه مرة أخرى.، ثم يرجع على من استوفي قيمة الخطاب دون وجه حق كإثراء بلا سبب .

ولا يجب على البنك ان يحصل على موافقة العميل عند الوفاء بقيمة الخطاب للمستفيد ، وانما يوفي إليه عند أول طلب ورغم معارضة العميل كما جاء في خطاب الضمان.هذا إذا كان الخطاب غير مشروط.

3- وفاء بالتزام معلق على شرط

أما إذا كان صرف قيمة خطاب الضمان معلق على شرط ، فإنه يجب على البنك التأكد من تحقق الشرط قبل الوفاء، كما إذا كان خطاب الضمان يضمن التعويض المتفق عليه عن الإخلال بالعملية التي يقوم بها العميل، فيجب على المستفيد أن يقدم مع طلب صرف قيمة خطاب الضمان ما يفيد إخلال العميل بالتزامه، فإذا لم يقدم ذلك وجب على البنك عدم الاستجابة إلى طلب الصرف وان يخطر العميل بذلك حتى يستطيع أن يقدم ما عسى أن يكون تحت يديه من دليل على تمام التنفيذ، وغالباً ما تكون شهادة من المستفيد تفيد براءة ذمة العميل. فإذا لم يستطيع العميل تقديم شئ من ذلك، وجب على البنك صرف قيمة الخطاب، لأن الأصل هو انشغال ذمة العميل بالالتزام الصادر خطاب الضمان لضمان تنفيذه.

وكذلك يجب على المستفيد تقديم المستندات المشترطة في خطاب الضمان، إذا كان مشترطاً تقديم مستند معين لتحديد إخلال العميل بالتزامه كحكم محكمين مثلا أو تقرير من خبير معين.

والبنك عندما يمتنع عن دفع قيمة خطاب الضمان لا يفصل في خصومة بين العميل والمستفيد وإنما ينفذ شروط خطاب الضمان الذي التزم بموجبه تجاه المستفيد، والصادر بناء على علاقة تعاقدية بين البنك والعميل. أي أن البنك يقوم بالتوفيق بين وجهات نظر أطراف عملية خطاب الضمان، وهو في النهاية لا يقبل من العميل دليلاً على براءة ذمته الا ما كان صادرا من المستفيد، كخطاب استلام نهائي للمنشات التي قام العميل بإنشائها وصدر خطاب الضمان من أجلها.

وعلى الرغم من استقلالية التزام البنك ومزايا خطاب الضمان، إلا أن ذلك لا يمنع من احتمال وقوع بعض الحالات العملية المرتبطة به ، أو ظروف يمكن أن تعترض تنفيذه، سواء كانت بفعل أطراف التعامل أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادتهم.

الفقرة الثانية: انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء

[440]- نقلا عن علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 509-510.

اولا : انقضاء اجل التزام البنك

تبرأ ذمة البنك قبل المستفيد إذا لم يصله خلال مدة سريان خطاب الضمان طلب من المستفيد بالدفع إلا إذا اتفق صراحة على تجديد تلك المدة تلقائيا أو وافق البنك على مدها.

يتضح من ذلك أنه إذا كان خطاب الضمان محدد لمدة، وهذا هوا لوضع لغالب، وجب أن تتم المطالبة بقيمته خلال المدة المحددة. فإذا تأخر المستفيد حتى انتهت هذه المدة دون أن تصل مطالبته إلى البنك، انقضى التزام البنك في مواجهته وسقط حقه في الحصول على قيمة خطاب الضمان والواجب في هذا المجال أن تتم المطالبة بقيمة خطاب الضمان خلال المدة المحددة، أما الوفاء الفعلي فقد يكون بعد ذلك بفترة، وهذا لا يؤثر على حق البنك في الرجوع على العميل بالمبلغ المدفوع للمستفيد.

وتتعدد حالات الانقضاء دون وفاء منها ما يتفق مع أغلب أسباب انقضاء الالتزام حسب القواعد العامة في القانون المدني طبقا للمواد من 305 إلى 322، حيث أن البعض من هذه الأسباب العامة لا يؤدي بالضرورة إلى انقضاء خطاب الضمان، بالإضافة إلى ما تضمنته القواعد الدولية الموحدة من أحكام خاصة في هذا المجال[441].

1- : الالتزام بمدة بخطاب الضمان :

وإذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة وإنما مرتبط بإتمام العميل لعملية معينة، فإن التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان يظل قائما حتى ينتهي العميل من العمل لمكلف به، مثل الضمان الملاحي الذي لا تحدد فيه مدته وإنما يظل ساري المفعول إلى أن يقوم المستفيد أي المستورد بإحضار سند الشحن ويسلمه إلى وكيل العبور لكي يستطيع استعادة خطاب الضمان.

الأصل أن حق المستفيد ينشأ من وقت وصول تعهد البنك إلى علمه دون رفضه له، وعادة ما يصدر لمدة محددة يشترط وصول المطالبة قبل تاريخ انتهائها، بحيث يسقط التزام البنك تلقائيا إذا لم تصل إليه خلالها وبدون حاجة منه إلى إخطار المستفيد ولا إلى اتخاذ أي إجراء آخر، وإذا لم يحدد له أجل اعتبر كقاعدة أنه غير محدد المدة. وإذا ما كانت العملية محددة في خطاب الضمان فإن التزام البنك يظل ساريا حتى انتهائها متى كان هذا المعنى منصوصا عليه[442].

أما في ضمانات المناقصات بشكل خاص فإنها تنقضي حسب الضمان المقدم في كل مرحلة منها[443]، كما قد ينقضي تدريجيا، مثلما هو عليه الحال في ضمان رد الدفعات المقدمة أو في ضمان حسن التنفيذ عند النص على أنه ينقضي جزئيا تبعا لمراحل تنفيذ عقد الأساس .

ويتحدد تاريخ الانتهاء في صيغة خطاب الضمان وبعباراته دون النظر إلى عقد الأساس باعتبارها المرجع في ذلك تطبيقا لخاصية الاستقلالية.

ثانيا : التزام المستفيد بتسليم المستندات المرتبطة بخطاب الضمان في أجالها

كما تجدر الاشارة على وجوب وصول الى البنك جميع المستندات المشترطة و المرتبطة بخطاب الضمان ، فإذا وصلت بعد التاريخ المحدد كان الطلب مرفوضا، ويتحمل المستفيد تأخير وصول البريد

---

[441]- المواد من 22 إلى 26 «ق.د.م.ض.ط» بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

[442]- إب ارهيم سيد أحمد، مبادئ القانون التجاري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط1، 2005، ص 263.

[443]- محمود أحمد مروح مصطفى ،مرجع سابق، ص 131-132.

المتضمن المطالبة بالدفع حتى ولو كان حسن النية وكان سبب هذا التأخير خارج عن إرادته، غير أنه إذا حصل وأن كان آخر موعد من تاريخ سريان خطاب الضمان هو يوم عطلة رسمية فإن أجله يمتد إلى أول يوم عمل، وطلب الوفاء يكون صحيحا متى وصل إلى البنك في أول يوم عمل موالي للعطلة[444]. ولا يستجيب البنك لمطالبة المستفيد في حالة تأخر وصولها في الوقت المحدد، لأن مدة الصلاحية حاسمة ،حيث يكو ن من حق العميل أن يسترد التأمين المقدم منه للبنك كغطاء لخطاب الضمان في اليوم الموالي لانتهاء أجله[445] ويسقط التزام البنك بحلول هذا التاريخ.

وتقرر القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب أنه: "كل الضمانات يسري مفعولها في يوم صدورها ما لم تكن شروطها تنص صراحة على أن سريان المفعول في تاريخ لاحق أو أن سريان المفعول معلق على تحقق شروط محددة تفصيلا في الضمان وعددها الضامن على أساس أي مستندات معينة منصوص عليها فيه"[446]. وتؤكد القواعد الدولية الموحدة للضمانات لدى الطلب، أنه " يكون وقت انتهاء الأجل المحدد لتقديم طلب وفاء الضمان تاريخا ميلاديا محددا «تاريخ انتهاء» وعند تقديم مستند أو مستندات محددة لانتهاء الأجل إلى الضامن «الحادث الذي يترتب عليه انتهاء الضمان»، وإذا كان مذكورا في الضمان تاريخ الانتهاء أو بوقوع حادثة الانتهاء أيهما أولا بصرف النظر عما إذا كان تم رد الضمان وتعديلاته أم لا"[447].

ثالثا: تمديد مدة الخطاب

إذا لم يتمكن العميل من أنها العمل الصادر من أجله خطاب الضمان قبل انتهاء المدة المحددة في الخطاب، ويرغب المستفيد مد فترة الضمان إلى ما بعد التاريخ الوارد في الخطاب،فهل يجوز ذلك؟. يجوز ذلك بشرط أن يطلب مد فترة الضمان بواسطة العميل وأن يقبل البنك ذلك وأن تكون هذه هي رغبة المستفيد كذلك. ويشترط أيضا أن يقدم طلب مد الضمان قبل انتهاء التاريخ المحدد في خطاب الضمان. وإلا اعتبر بمثابة طلب إصدار ضمان جديد ويسقط حقه في المطالبة بقيمة خطاب الضمان الأول،

ويثور التساؤل عن مدى حق المستفيد في توجيه طلب مد فترة الضمان إلى البنك مباشرة.

وفي هذه الوضعية نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى ، إن وجد نص صريح في خطاب الضمان على حق المستفيد في هذا الطلب، أو اتفق صراحة على تجديد مدة الخطاب تلقائيا،وكذلك إذا اتفق على موافقة البنك فقط دون الرجوع إلى العميل، ففي هذه الحالات لا توجد أية مشكلة، ولكن يشترط أن يقدم الطلب قبل نهاية المحددة في حطاب الضمان .

الحالة الثانية، إذا لم يرد نص صريح في خطاب الضمان يقرر للمستفيد إمكانية طلب مد فترة الضمان من البنك مباشرة، أو يمنح البنك هذه الصلاحية في هذه الحالة لا يجوز للبنك مد فترة الضمان دون موافقة العميل.

رابعا : استرداد خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته

---

[444]- المادة 414 من الأمر رقم 75-59 المتضمن ق.ت.ج، المعدل والمتمم، من باب القياس على الورقة التجارية.

[445]- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص272- 273.

[446]- المادة السادسة من «ق.د.م.ض.ط» بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

[447]- المادة 22 ، المرجع نفسه.

يعيد المستفيد خطاب الضمان إلى البنك قبل انتهاء مدته إذا انقضى الغرض الذي صدر من أجله، عندما يقوم العميل بتنفيذ جميع التزاماته في علاقته بالمستفيد أو بزوال أسباب المطالبة بالتنفيذ. وقد يسترد البنك خطاب الضمان من المستفيد مباشرة أو من العميل إذا كان هذا الأخير قد استلمه من المستفيد ليعيده إلى البنك، وفي جميع الأحوال فإن إعادته إلى البنك يؤدي إلى انقضاء التزام البنك الضامن تجاه المستفيد[448].

ويتعين على البنك أن يتمسك باسترداد صورة خطاب الضمان مع الأصل إذا كان قد سلم الأصل للعميل وقام بإرسال صورة منه احتياطيا إلى المستفيد بالبريد المسجل بعلم الوصول.

وما ذكر في هذا المجال بشأن الابراء ينطبق هنا كذلك، حيث يمكن للمستفيد إثبات أن حيازة العميل لخطاب الضمان لم يكن لأجل إعادته للبنك لإلغائه، وإنما كان بقصد طلب تعديله أو تجديده، لذلك يستحسن بالبنك عند إعادة خطاب الضمان إليه من طرف العميل قبل انتهاء أجل سريانه أن يقوم بإعلام المستفيد بإلغائه حتى يتأكد من إعادته لإلغائه فعلا من طرف المستفيد[449].

الفقرة الثالثة: انقضاء خطاب الضمان بالتقادم

يفترض التقادم أن الدائن لم يطالب المدين بالوفاء بالالتزام طيلة مدة معينة يحددها المشرع ،وأن يرفع الدائن دعوى قضائية يطلب من خلالها المدين بالوفاء بعد مضي هذه المدة، فيتمسك المدين بسقوط التزامه تجاهه من خلال الدفع بالتقادم، وعليه تبرأ ذمة المدين من الالتزام ، فالتقادم ليس إلا دفعا يستطيع المدين التمسك به في حالة مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ.

وينقضي خطاب الضمان بالتقادم في الآجال وحسب الحالة، فبالنسبة لخطاب الضمان غير محدد المدة، ينقضي الحق الثابت به بمرور خمسة عشر عاما من بدء سريانه أو من تاريخ تحقق الشرط ، إعمالا للقاعدة العامة في تقادم الالتزامات[450]، بشرط ألا يكون قد نشأ أثناء تلك المدة ما يعتبر من الناحية القانونية قاطعا أو موقفا للتقادم، حيث يبدأ سريانه بالنسبة لخطاب الضمان لدى أول طلب بسيط وغير محدد المدة من تاريخ صدوره وبدء نفاذه بتبليغه للمستفيد دو ن أن يرفضه، ومدة تقادم التزام البنك بدفع قيمته للمستفيد في هذه الحالة تكون خمسة عشرة سنة دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة.

أما إذا كان خطاب الضمان غير محدد المدة ومشروطا بإرفاق الطلب بمستند أو مستندات محددة أو مشترط بتقديم تصريح التبرير مرفقا بالمطالبة[451]، فإن سريان التقادم لا يبدأ إلا من تاريخ تحقق الشرط[452] إذا كان التزام البنك معلقا على شرط محدد في نصوصه، ولمدة خمسة عشرة سنة دون أن يستعمل المستفيد حقه في المطالبة بقيمة خطاب الضمان ودون أن يعترض سريانه ما يوقف التقادم أو يقطعه، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني، أما إذا تخلف الشرط أو استحال تحققه فإن التزام البنك ينقضي[453]، ثم ينشأ حق العميل في استرداد قيمة الغطاء، ولا يسقط حق هذا الأخير إلا بعد 15 سنة أخرى وبعد ذلك تتقادم لمصلحة الدولة.

---

[448]- إلياس ناصيف ،العقود المصرفية، مرجع سابق، ص 326-327.

[449]- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 304.

[450]- المادة 308 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، نفس المرجع.

[451]- محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك، ج1، مرجع 817.

[452]- عبد الرحمن السيد قرمان، مرجع سابق، ص 372 و 375.

[453]- المواد 203 و204 و206 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وإذا كان خطاب الضمان محدد المدة فإنه ينقضي بمضي هذه المدة دون ورود مطالبة بقيمته ولا يسري عليه التقادم، أما بالنسبة لخطاب الضمان محدد المدة والمغطى نقدا فإن مدة التقادم فيه تبدأ من تاريخ انتهاء الأجل المحدد فيه، ويتعين تحويل الغطاء لمصلحة الضرائب بعد انقضاء خمسة عشر عاما من تاريخ استحقاقه ما لم توجد مطالبات من العميل في شأنه خلال هذه الفترة.

ويسقط التزام البنك في خطابات الضمان الصادرة لغرض معين بانتهاء الغرض الصادر من أجله خطاب الضمان، مع مراعاة عدم وجود مانع قانوني في الحالات السابقة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القواعد الدولية الموحدة الجديدة الخاصة بالضمانات لدى الطلب، حددت مدة التقادم بالنسبة للضمانات غير محددة المدة بثلاث سنوات اعتبارا من تاريخ إصدار الضمان، حيث تنص المادة 25 «ج» منها على أن الضمان و الضمان المقابل غير محدد المدة ودون تحديد غرض ينتهي بتحقيقه، ينقضي بعد مدة ثلاث سنوات من تاريخ إصداره بالنسبة للضمان ثم 30 يوم بعد انقضاء الضمان ينقضي الضمان المقابل[454].

الفقرة الرابعة : انقضاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ

يقصد باستحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الضمان، استحالة تنفيذ العميل لالتزامه تجاه المستفيد والناشئ عن عقد الأساس[455]، غير أنه ولكي ينتهي خطاب الضمان باستحالة تنفيذ العميل لالتزاماته تجاه المستفيد، يشترط أن تكون هذه الاستحالة ارجعة إلى قوة قاهرة أو إلى حادث فجائي لا يد للعميل فيها أو كانت راجعة إلى فعل المستفيد نفسه[456].

أما إذا كانت الاستحالة بسبب تقصير العميل فلا تؤدي إلى إنهاء خطاب الضمان، بل يبقى حق المستفيد في مطالبة البنك بالوفاء له قائما[457].

ولقد فرق الفقه بصدد هذه الاستحالة وأثرها على التزام البنك تجاه المستفيد بحسب ما إذا كان خطاب الضمان لدى أول طلب مستندي أو مبرر، أو كان خطاب ضمان لدى أول طلب بسيط، في حالتين : **الحالة الأولى** التي يكون فيها مشروطا ويشترط فيها البنك انقضاء التزامه في مواجهة المستفيد إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو التزام العميل في علاقته بالمستفيد، فإن التزام البنك في خطاب الضمان ينقضي بهذه الاستحالة لأن الشرط الموقف المعلق عليه التنفيذ لا يمكن تحققه ويصبح تنفيذه مستحيلا للسبب الأجنبي أو لفعل المستفيد نفسه .

الحالة الثانية أي لدى أول طلب بسيط، فلا يتأثر التزام البنك باستحالة التنفيذ ومهما كان سبب هذه الاستحالة، سواء كانت راجعة إلى السبب الأجنبي أو إلى فعل المستفيد[458].

إضافة لما سبق ذكره فإن البنك إذا استحال عليه تنفيذ التزامه بالوفاء للمستفيد بسبب الحادث الفجائي أو القوة القاهرة مثلا ،فيتحمل المستفيد الخسارة الناتجة على انقضاء التزام البنك بهذا الشكل، ولا يبقى أمامه إلا

---

[454]- الفقرة «ج» من المادة 25 من «ق.د.م.ض.ط» بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

[455]- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 165.

[456]- المادة 307 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[457]- محمود أحمد مروح مصطفى ،مرجع سابق، ص 142.

[458]-محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية ،ج1، مرجع سابق، ص819.

الرجوع على العميل بموجب عقد الأساس، وهو ما سارت عليه غرفة التجارة الدولية في قواعدها الدولية السابقة الخاصة بالضمانات لدى الطلب[459]، غير أن القواعد الجديدة بالنشرة 758 قررت خلاف ذلك، حيث تعرضت إلى مسألة انتهاء الضمان لدى الطلب خلال فترة حصول القوة القاهرة، وجاءت بأحكام جديدة لحماية المستفيد.

و في هذه الحالة فإن الضمان يتم تمديده آليا ولمدة ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ انتهائه، وإذا قدم طلب الدفع ولم يتم السداد بسبب قوة قاهرة، فإن الدفع يجب أن يتم مباشرة بعد توقف هذه الحالة حتى ولو انتهى أجل الضمان، ونفس الشيء بالنسبة للضمان المقابل[460]، أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ من البنك، كأن يتأخر في الاستجابة لطلب المستفيد بالدفع فإن البنك يتحمل مسئولية ذلك .

الفرع الثالث: حالات انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء

بالإضافة إلى انقضاء التزام البنك بالوفاء وتنفيذ خطاب الضمان، فإنه قد ينقضي كذلك بما يعادل الوفاء والذي يتمثل حسب القواعد العامة في الالتزامات على الخصوص في الوفاء بمقابل ،التجديد والإنابة، المقاصة، واتحاد الذمة[461]

الفقرة الاولى : المقاصة كسبب لانقضاء خطاب الضمان

تعتبر المقاصة أداة وفاء يتمسك بها المدين بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه، أي أنه في حالة و جود دينان متقابلان في ذمة كل من المدين والدائن، بشرط أن يكونا مستحقي الأداء لأن المقاصة تحمل معنى الوفاء الإجباري الذي لا يتحقق إلا بحلول أجل الدين، [462]. و لكن هناك استثناء عن هذه القاعدة ، مادام ان التزام البنك تجاه المستفيد مستقل عن التزامه تجاه عميله ، و لكون طبيعة هذا الالتزام هو التزام من طرف واحد ، فلا تسري عليه احكام المقاصة كمبدء عام ، بل ان الاصل هو وجود شرط صريح يجعل المقاصة واردة في هذه الحالة.

في البداية ينبغي القول أنه نتيجة لاستقلالية التزام البنك، فإنه لا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد بين مبلغ خطاب الضمان وبين دين للعميل في ذمة المستفيد أو دين للبنك في ذمة العميل .

أما إذا كان البنك دائن بدين في ذمة المستفيد، فإن البعض يرى أنه يمكن أن ينقضي خطاب الضمان بحدوث المقاصة القانونية متى توفرت شروطها بين دين البنك في ذمة المستفيد وبين مبلغ خطاب الضمان، حيث يستطيع البنك التمسك بالمقاصة في مواجهة المستفيد، وتقع هنا بقوة القانون بين الدينين.

الفقرة الثانية : اتحاد الذمة كسبب لانقضاء خطاب الضمان

إن اتحاد الذمة يتحقق إذا ما اجتمع في نفس الشخص صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد[463]، وهذا الوضع يترتب عليه استحالة المطالبة بتنفيذ الدين وبالتالي انقضائه أو وقف تنفيذه على الأقل، لأن الشخص لا يستطيع مطالبة نفسه بالدين.

---

[459]- المادة 13 من «ق.د.م.ض.ط» بالنشرة رقم 458، مرجع سابق.

[460]- المادة 26 من «ق.د.م.ض.ط» بالنشرة رقم 758، مرجع سابق.

[461]- المواد من 285 إلى 303 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

[462]- رياض ناظم حميد، مرجع سابق، ص 159.

[463]- المادة 304 من الأمر رقم 75-58 المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وبتطبيق ذلك على خطاب الضمان، فإنه يمكن تصور اتحاد الذمة بين المستفيد والعميل في أن يرث أحدهما الآخر مثلا فيترتب على ذلك انقضائه .

فإذا كان الوارث هو العميل فإنه يصبح دائنا بقيمة خطاب الضمان وهو في نفس الوقت مدينا أصلا بتعويض البنك عما يدفعه للمستفيد فينقضي الدينان نتيجة لاتحاد الذمة، أما إذا كان الوارث هو المستفيد فإنه يصبح كذلك مدينا بتعويض البنك عما يدفعه له فينقضي الدينان، أي أن اتحاد الذمة في هذه الحالة يترتب عليه انقضاء الحق والدين بين الطرفين.

ويقوم مقام الوفاء باتحاد الذمة فيما بين ال بنك والمستفيد على أساس أن العميل يصبح مدينا للكيان الجديد بأصل الالتزامالذي صدر بشأنه خطاب الضمان[464].

الفرع الرابع: انتهاء خطاب الضمان بإلغائه وانتهاء الضمان المقابل

من بين الحالات الخاصة بانتهاء خطاب الضمان بإلغائه من قبل البنك الضامن يتم التطرق إلى حالة إلغاء الضمان الابتدائي المرفق بالعروض المقدمة في مجال المناقصات «الفرع الأول»، وحالة إلغاء خطاب الضمان بتعديله «الفرع الثاني»، ثم التعرض بإيجاز إلى انقضاء الضمان المقابل «الفرع الثالث».

الفقرة الأولى: إلغاء خطاب الضمان الابتدائي

عندما تعلن الجهة المستفيدة عن مناقصة دولية لإنجاز مشروع أو استيراد بضائع أو آلات ،يتقدم المقاول أو المورد الراغب في المشاركة في هذه المناقصة بعرضه ويشترط أن يكون مرفقا بخطاب ضمان بنكي بقيمة تقدر بنسبة معينة من قيمة العرض، كدليل على جديته في المشاركة وضمانا لعدم تراجعه إذا ما رست عليه الصفقة، وخطاب الضمان الابتدائي أو ضمان العروض المرفق عادة ما تكون مدته محددة بفترة قصيرة نسبيا ، ويتم إلغاء تعهد العروض قبل انقضاء أجله وذلك عندما يصدر بشأنه ضمان حسن تنفيذ العملية بعد رسو الصفقة على العميل المعني بتقديمه.

ويشترط في ذلك أن يطلب العميل الآمر من البنك القيام بإلغاء ضمان العروض صارحة ضمن طلبه الموجه إليه بإصدار ضمان حسن التنفيذ، وأن يقوم البنك في هذه الحالة بالاطلاع على قرار رسو الصفقة للتأكد من أن ضمان حسن التنفيذ يتعلق بنفس العملية الصادر بشأنها ضمان العروض، وأن يتم النص في متن خطاب الضمان النهائي على أنه يحل محل الضمان الابتدائي وبصفة نهائية ، مع ذكر بياناته مثل رقمه وتاريخه ومبلغه، على أن يقوم البنك بإرسال ضمان حسن التنفيذ للمستفيد عن طريقه مباشرة برسالة موصى عليها.

ويلغى أيضا خطاب ضمان العروض إذا انقضت مدة سريان العروض -تاريخ الارتباط المحدد- ولم يتم البت في العروض المقدمة من المشاركين وقام العميل بطلب إلغاء الضمان الابتدائي المرفق بالعرض الذي شارك به في المناقصة.

الفقرة الثانية: إلغاء خطاب الضمان بتعديله

يتم إلغاء خطاب الضمان بتعديله إما عند تخفيض قيمته أو في حال تجديد مدته، ويلغى إذا قام البنك بناء على طلب عميله بإصدار خطاب ضمان بقيمة مخفضة بدلا من الضمان الأصلي قبل انقضاء مدة سريانه، وذلك في حالة عدم تمكن العميل أو البنك من الحصول على موافقة الجهة المستفيدة على تخفيض قيمته.

---

[464]- سليمان رمضان محمد عمر، مرجع سابق، ص 300.

وإ ازء إص ارر بعض العملاء على استبدال خطاب الضمان الأصلي بآخر جديد بقيمة مخفضة ،فإنه يمكن بناء على طلب العميل الآمر وتحت كامل مسئوليته أن يقوم البنك بالإصدار الجديد ،وينص فيه على أنه يحل محل ويلغي بصفة نهائية خطاب الضمان القديم برقم وتاريخ جديدين وبقيمة مخفضة، وينص فيه أيضا على أنه لا يعتبر ساري المفعول إلا بعد ورود خطاب الضمان القديم إلى البنك، ثم يقوم البنك بتسليمه للعميل الذي يكلف بإعادة أصل خطاب الضمان القديم، ولا يتم الإفراج عن غطائه إلا بعد أعادته للبنك لإلغائه.

ويلغى أيضا خطاب الضمان إذا طلب المستفيد تجديد صلاحيته لمدة محددة دون أن يقترن طلبه التجديد هذا بالمطالبة بالدفع، ثم انتهت المدة التي حددها للتجديد دون أن يقوم البنك بذلك لأي سبب من الأسباب، ولم ترد من المستفيد رسالة ثانية يطلب من خلالها التجديد لمدة أخرى أو الدفع قبل انتهاء الفترة الأولى التي طلب تجديد خطاب الضمان إليها، وبالتالي فإن حق المس تفيد في طلب تجديد خطاب الضمان لأية مدة أخرى أو طلب الدفع يسقط، ويعتبر خطاب الضمان لاغيا بمضي المدة المذكورة ويلزم إلغاؤه.

الفقرة الثالثة: انتهاء الضمان المقابل

ينتهي الضمان المقابل إما بانتهاء مدته أو بتحقق الغرض الذي صدر من أجله. وإذا قام البنك الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد على الرغم من انتهاء مدته، قامت مسئوليته في مواجهة الضامن المقابل، ويصبح من حق هذا الأخير في الامتناع عن التغطية وعدم أداء المبلغ حتى ولو كان الضامن المباشر حسن النية، إذ أن قيامه بالوفاء على الرغم من انقضاء المدة يعد خطأ ويبرر امتناع الضامن المقابل عن تسديده المبلغ المدفوع[465].

وغالبا ما يتم تحديد أجل الضمان المقابل بمدة إنجاز عقد الأساس، كما يرتبط انتهاء الضمان المقابل أيضا بانتهاء الضمان المباشر، بمعنى أن قيام الضامن المباشر بالوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان عند طلبه له يؤدي إلى انقضاء الضمان المقابل، ولذلك يتعين على الضامن المحلي المطالبة به فور قيامه بالوفاء للمستفيد وبدون تأخير، ما عدا الفترة التي يستغرقها وصول الطلب إلى الضامن المقابل كميعاد مسموح به، وهذا الوقت لم يعد يذكر في ظل سرعة الاتصالات وظهور وسائل الاتصال الحديثة[466].

المبحث الثاني: الاطار القانوني للاعتماد المستندى

يلعب الاعتماد المستندي دوراً كبيراً في التجارة الدولية باعتباره احد اوسع ادوات الدفع انتشارا في العالم ، سواء كان ذلك بالنسبة للمستورد أو للمصدر و تغطيتها للمخاطر المحتملة لكلا الطرفين ، فهي تؤمن للمصدر استلام قيمة البضاعة بالكامل عند تنفيذها لشروط العقد و يسمح للمستورد بعدم الدفع الا بعد إتمام شحن البضاعة و تقديم المستندات المطلوبة و أستلامها .

و تقوم المصارف التجارية المحلية و العربية و الدولية بإصدار تعليمات لغرض ضبط هذه العملية اصولياً ، فضلا عن غرفة التجارة الدولية بباريس و التي تصدر نشرات متتابعة بين أونة و اخرى تضع فيها اساساً مشتركاً تحكم كافة الاطراف المتعاملة بالاعتماد المستندي .

المطلب الاول: مفهوم الاعتماد المستندي

الاعتماد المستندى هو إحدى عمليات الائتمان التي تتخذ كوسيلة لتسوية الالتزامات الناشئة عن

---

[465]- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 72.

[466]- محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 73.

عمليات التجارة الدولية، حيث صاغه العرف المصرفي بصورة تضمن للبائع «المورد» والمشترى «المستورد»حسن تنفيذ لتزاماتهم المتبادلة.

ونظرا لارتباط هذا الاعتماد بالعلاقات التجارية الدولية فإنه يثير كثيرا من المشكلات والمنازعات بسبب تدخله في علاقات تتعدد فيها النظم القانونية، حيث يكون البنك فاتح الاعتماد من دولة المشترى؛ في حين يكون البائع «المستفيد» من دولة أخرى، وغالبا ما تتدخل بنوك أخرىفي تنفين الاعتماد، مما يثير مشكلة تنازع القوانين واجبة التطبيق على المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ هذا الاعتماد.

ومن هنا تبدو أهمية دراسة الجوانب القانونية للاعتماد المستندى، التى نستهلها بتعريفه وبيان أنواعه ثم نتناول الآثار القانونية المترتبة عليه،

الفرع الاول: تعريف الاعتماد المستندى وأهميته

لقد تنوع تعريف الاعتماد المستندى من تشريع بأخر ، و من فقه لآخر ، و من هيئات دولية حتى و سعيا الى صنع قانون موحد و شامل ببذل مجهودات ليكون لهذا النوع من العقود صدى عالمي موحدا لقواعده و مبادئه ، من اجل تسهيل تدفق السلع و تسهيل المبادلات التجارية بين البلدان ،

فلابأس ان نعرج بطرح بعض التعاريف لتوضيح مفهوم هذا النوع من العقود ، و اثاره بالنسبة لاطراف العلاقة .

الفقرة الاولى: تعريف الاعتماد المستندى

اولا : التعريف التشريعي

وقد حددت معنى الاعتماد المستندي المادة2 من مدونة الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية النشرة رقم 500الصادرة عن غرفة التجارة الدولية لسنة 1993 بأنها :" إن تعبيرات الاعتمادات المستندية أو خطابات الاعتمادات المستندية تعني أي ترتيبات مهما يكن اسمها أو صفتها تتعهد البنوك فاتحة الاعتمادات بمقتضاها بالأصالة " الانابة " عن نفسها أو بناء على طلب أو بموجب تعليمات من عملائها طالبة الاعتمادات بأن :

- تدفع إلى أو لأمر طرف ثالث المستفيد...أو تقبل قيم الكمبيالات المسحوبة من المستفيد .

- أن تفوض بنكا آخر بأن يتداول مستندات الشحن...المنصوص عليها في شروط الاعتماد بشرط أن تكون تلك المستندات مطابقة تماما لشروط الاعتماد ونصوصه ،وتعتبر فروع البنك في مختلف الدول بنوكا (2 (أخرى "

ذهبت عدد من القوانين الى تخصيص تعريف لعقد الاعتماد المستندي و من بينها قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل ، فقد عرف الاعتماد المستندي في المادة (273/اولاً) بأنه عقد يتعهد المصرف بفتح الاعتماد لصالح المستفيد بناء على طلب الأمر بفتح الأعتماد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة او معدة للنقل ([467])

[467]قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل / المادة 273 .

كما اعتمد المشرع الجزائري الاعتماد المستندي كطريقة دفع لأول بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009حيث أنه نص في المادة 1/69 منه على أنه: "يتم دفع مقابل الواردات إجباريا فقط بواسطة الائتمان المستندي" .[468]

اما قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ فقد عرف الاعتماد المستندي في المادة (٣٤١/اولاً) بأنه عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه ويسمى الامر لصالح شخص اخر يسمى المستفيد بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة اومعدة للنقل.[469](٢)

كما أنه عرف على أنه: "تعهد صادر من قبل البنك بناء على طلب من العميل المشتري بأن

يدفع للمستفيد البائع ثمن البضاعة مقابل مستندات معينة مضمون برهن حيازي على مستندات مماثلة للبضاعة".

في حين عرفه البعض الآخر على أنه: "الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص

يسمى الآمر أيا كانت طريقة تنفيذه، سواء كان بقبول الكمبيالة أو بخصمها أو بدفع مبلغ لصالح العميل الآمر، ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للإرسال".

ولعل التعريف الأقرب إلى الصواب هو ذلك التعريف الذي يرى أن الاعتماد المستندي هو:

"عبارة عن تعهد مستقل ملزم في حالة الاعتماد القطعي يصدر عن البنك (البنك المصدر) بناء على طلب أحد عملائه (العميل الآمر) لصالح شخص ثالث (المستفيد) يتضمن التزاما من المصرف بأن يدفع للمستفيد أو يتعهد بالدفع المؤجل أو يقبل سحوبات المستفيد، وذلك مقابل تقديم مستنداته محددة في الخطاب وعلى أساس المستندات وحدها، إذا قدمت هذه المستندات في مدة صلاحية الاعتماد، وأن هذا التعهد مضمون بحيازة مستندات مماثلة لبضاعة منقولة أو معدة للنقل".[470]

يعرف الاعتماد المستندى بأنه عقد مكتوب يتعهد البنك(يسمى المصدر) بمقتضاه بفتح اعتماد بناءعلى طلب أحدعملائه ويسمى المشتري (مقدم الطلب أو الآمر) لصالح شخص آخر «يسمى لمستفيد» ويلتزم البنك بموجبه بالوفاء في حدود مبلغ محدد خلال فترة معينة متى قدم البائع مستدات السلعة مطابقة لتعليمات شروط الاعتماد. وقد يكون التزام البنك بالوفاء نقدا أو بقبول كمبيالة.

يتضح من هذا التعريف ان الاعتماد المستندى عملية تبدا بان يتقدم احد الاشخاص «العميل» إلى بنكا يطلب فتح اعتمادبمبلغ سبن يد فع إلى شخصآخر»هوالمستفيد» وفقا لشروط معينة، أهمها تقديم المستفيد لمستندات محددة، وعلى أثر الاتفاق بين البنك والعميل يقوم البنك بإرسال خطاب «خطاب فتح الاعتماد» إلى المستفيد يبلغه بتنفيذ الاعتماد إذ اقدم إليه المستندات المذكورة خلال المدة المحددة.

- **ثانياً : التعريف الفقهي**

---

[468] الأمر رقم 09-01 ،المؤرخ في: 2009/07/22 ،يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 ،ج.ر.ج.ج، العدد : 44، المؤرخة في 2009/07/26.

[469] المادة 341 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 ..

[470] فيصل، محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، ط 1 ،الأردن، دار وائل للنشر، 2005 ،ص 20

جاء تعريف بعض الدارسين والفقهاء في مجال الاعتمادات المستندية ، فجاء تعريف يقول " :هو الاعتماد الذي يفتحه البنك بناءا على طلب شخص يسمى الآمر أيا كانت طريقة تنفيذه أي سواء كان بقبول الكمبيالة أو بالوفاء لصالح عميل بهذا الأمر ومضمون بحيازة المستندات الممثلة في الطريق أو معدة للإرسال"

ويعرف ايضا بأنه هو الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الامر اياً كانت طريقة تنفيذه سواء كان بقبول الكمبيالة اوبخصمها اوبدفع مبلغ لصالح عميل هذا الامر ومضمون بحيازة المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق او معدة للأرسال.

، أما في التعريف الذي أتى به" تيريل ولوجين" للإعتماد المستندي حيث يعرفإنه بأنه:" كل فتح لإعتماد أيا كانت الصورة التي يتخذها يتم من كانت مرسلة إليه بضاعة في الطرق ويكون مضمونا بواسطة المستندات المتعلقة بهذه البضاعة[471]" ، .

في حين سلك بعض الفقهاء منحى آخر في تعريفهم للاعتماد المستندي ، وجاء في تعريفهم بأنه :" تصر ف قانوني بارادة منفردة وهو تصرف مجرد ، يرتب التزاما في ذمة البنك الذي يفتح الاعتماد ، بأن يضع تحت تصرف شخص ثالث يسمى المستفيد مبلغا من النقود ، بناءا على طلب معطي الامر ويضمن حق البنك في استرداد المبلغ من العميل حق رهن حيا ز ي يرد على مستندات التي تمثل البضاعة المستوردة " .

ويتضح مما سبق أن التشريع خالف الفقه في مسألة تعريف الاعتماد المستندي وتحديد طبيعته القانونية،حيث أن التشريع في تعريفه للاعتماد المستندي حدد طبيعته القانونية على أنه عقد ، في حين أن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم تبعا لالتزام البنك تجاه المستفيد، وهذا ما أدى إلى الخلط بين التصرف القانوني الذي بموجبه يلتزم البنك بوضع مبلغ من المال تحت تصرف العميل ، وبين التصرف القانوني الذي يلزم البنك بالدفع للغير، إلا أن الاتفاق بينهما انصب على مضمون هذا الاعتماد من حيث أنه يعني الائتمان،وكون العملية كلها تدور حول المستندات الممثلة للبضاعة وليس البضاعة بعينها.

الفرع الثاني: أطراف الاعتماد المستندي

الفقرة الاولى: يشترك في الاعتماد المستندي أربعة أطراف بعلاقات اربع وهي::

اولا :**المشتري** هو الذى يطلب فتح الاعتماد، ويكون الاعتماد في شكل عقد بينه وبين البنك فاتح الاعتماد. ويشمل جميع النقاط التى يطلبها المستورد من المصدّر.

ثانيا : **البنك فاتح الاعتماد**: هو البنك الذى يقدم إليه المشتري طلب فتح الاعتماد، حيث يقوم بدراسة الطلب. وفي حالة الموافقة عليه وموافقة المشتري على شروط البنك، يقوم بفتح الاعتماد ويرسله إما إلى المستفيد مباشرة في حالة الاعتماد البسيط، أو إلى أحد مراسليه في بلد البائع في حالة مشاركة بنك ثاني في عملية الاعتماد المستندي.

ثالثا : المستفيد: هو المصدّر الذى يقوم بتنفيذ شروط الاعتماد في مدة صلاحيته. وفي حالة ما إذا كان تبليغه بالاعتماد معززا من البنك المراسل في بلده، فإن كتاب التبليغ يكون بمثابة عقد جديد بينه وبين البنك المراسل، وبموجب هذا العقد يتسلم المستفيد ثمن البضاعة إذا قدم المستندات وفقا لشروط الاعتماد.

---

[471] -محي الدين إسماعيل علم الدين ، مرجع سابق ، ص 743.

رابعا: البنك المراسل: هو البنك الذي يقوم بإبلاغ المستفيد بنص خطاب الاعتماد الوارد إليه من البنك المصدر للاعتماد في الحالات التي يتدخل فيها أكثر من بنك في تنفيذ عملية الاعتماد المستندي كما هو الغالب. وقد يضيف هذا البنك المراسل تعزيزه إلى الاعتماد، فيصبح ملتزما بالالتزام الذي التزم به البنك المصدر، وهنا يسمى بالبنك المعزز.

الفقرة الثانية: علاقة اطراف الاعتماد المستندى

اولا : العلاقة بين العميل والمستفيد :

العميل في هذه العلاقة هو المشترى والمستفيد هو البائع. وينظم علاقاتهما عقد البيع المبرم بينهما، وانذي اتفق فيه الطرفإن على تسوية الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندى لدى أحد البنوك،بحيث يحصل البائع «المستفيد «على قيمة لاعتماد عندما يقدم إلى البنك المستندات الوارد ذكرهافي لعقد.

ثانيا : علاقة العميل والبنك:

يحكم هذه العلاقة عقد فتح الاعتماد المبرم بين العميل الآمر بفتح الاعتماد «وهو المشترى» وبين البنك فاتح الاعتماد، ويحدد فيعقد فتح الاعتماد كافة الشروط التي تنظم علاقة الطرفين «العميل الآمر والبنك»،من حيث قيمة الاعتماد والمستندات التي يجب على البنك استلامها وفحصها قبل تنفيذ الاعتماد؛ بالإضافة إلى مدة الاعتماد والعمولة والمصروفات الواجب دفعها إلى البنك.واستقر العرف المصرفي على أن هذه العلاقة مستقلة عن علاقة العميل بالمستفيد التي ينظمها عقد البيع»1».

ثالثا: علاقة المستفيد والبنك:

المستفيد «البائع» يرتبط مع البنك بخطاب فتح الاعتماد الذي يصله من البنك؛ ومنذ علمه بهذا الخطاب ينشأ حقه تجاه البنك كملتزم أصيل بتنفيذ الاعتماد «ثمن البضاعة»،بشرط أن يقدم إليه المستندات الواردة بهذا الخطاب في الميعاد المحدد .

وبذات المواصفات. وقد استقر العرف المصرفي على أن العلاقة بين المستفيد والبنك مستقلة عن علاقة المستفيد والعميل « التي ينظمها عقد البيع»، وعن علاقة العميل بالبنك «التي ينظمهاعقد فتح الاعتماد».

رابعا: البنك مؤيد الاعتماد أو مبلغه " المستفيد":

نظرا لأن الاعتماد المستندى يصدر بمناسبة عمليات التجارة الخارجية، وقد لا يعرف المستفيد شيئا عن البنك فاتح الاعتماد فهو يريد التعامل مباشرة مع بنك موجود في بلده؛ كما قد تدفع دواعي السرعة إلى استعانة البنك فاتح الاعتماد ببنك آخر في بلد المستفيد، ولذلك جرى العمل المصرفي على أن يتدخل بنك آخر في تنفيذ عملية الاعتماد المستندى. ويكون تدخل البنك الثاني للقيام بواحد من العملين التاليين:

- الأول أن يتدخل لتأييد الاعتماد «ويسمى البنك المؤيد» ، وقد يتمثل التزام البنك المؤيد إما في دفع قيمة الاعتماد واستلام المستندات، أو قبول كمبيالة مستندية يسحبها عليه المستفيد، أو خصم الكمبيالة المستندية التي يسحبها المستفيد على البنك مصدر الاعتماد أو العميل «المشترى»، وبذلك يكون أمام المستفيد البنك مصدر خطاب الاعتماد بالإضافة إلى البنك المعزز.

- والثاني أن يتدخل البنك لمجرد إبلاغ المستفيد بخطاب فتح الاعتماد الوارد من البنك فاتح الاعتماد، وفي هذه الحالة لا يلتزم البنك المراسل في مواجهة المستفيد بأي التزام يتعلق بتنفيذ الاعتماد، لأن دوره يقتصر على مجرد الإبلاغ، يكون مسئول عن الأخطاء التي تقع منه في التبليغ، وفي جميع الحالات

تقوم مسئولية البنك المؤيد أو البنك المراسل تجاه البنك فاتح الاعتماد على أساس قواعد الوكالة.

الفقرة الثالثة: استقلال العلاقات الناشئة عن عملية الاعتماد المستندى،

رغم أن هذه العلاقات الثلاث ترمى إلى تحقيق هدف اقتصادي واحد، وهو إتمام عملية البيع الدولي للبضاع، إلا أنها مستقلة من الناحية القانونية، ومن ثم لا تتأثر أحدهما بما يصيب العلاقات الأخرى من عيوب أو صعوبات في التنفيذ. وهذا الاستقلال والانفصال هو الذي يمكن الاعتماد المستندى من تحقيق أهدافه ويعطى ذوي الشأن الطمأنينة الكاملة في الحصول كل على حقوقه.

اولا : مبدأ الاستقلالية الناشئ عن العلاقة العقدية في الاعتماد المستندى :

ومبدأ استقلال عقد الاعتماد المستندي عن عقد البيع كرسته المادة 3من النشرة **500فقولها ": الاعتمادات بطبيعتها عمليات مستقلة عن عقد البيع او عقود البيع أوغيرها من العقود التي يستند إليها ،ولا تكون المصارف بأي حال معنية أو ملزمة بمثل هذا العقد او العقود حتى لو تضمن الاعتماد إشارة إليها مهما كانت هذه الاشارة وعليه فإن تعهد المصرف بالدفع أو القبول ودفع السحوبات أو بالتداول أو الوفاء بأي التزام أخر بموجب الاعتماد لا يكون خاضعا لأي ادعاءات أو حجج مقدمة من طالب فتح الاعتماد ناتجة عن علاقته بالمصرف مصدر الاعتماد أو المستفيد" ،**[472]

وقد نص مشروع القانون التجاري الفرنسي على ذلك صراحة في المادة الأولى منه على ما يلي:" إن الاعتماد المستندي مستقل عن عقد البيع الذي يشكل أساسا له. وان المصارف تبقى غريبة عن هذا العقد لتبقى العلاقة بين العميل الآمر والغير المستفيد مستقلة سابقة على عملية فتح الاعتماد ولا شأن للبنك بهذه العلاقة[473]

يبدو مما سبق و بموجب هذا المبدأ فإن المستندات المقدمة في ظل تنفيذ البائع لإلتزامه بموجب عقد الاعتماد المستندي يجب النظر إليها مستقلة عن عقد الاساس أو عقد الاعتماد ،ومن ثم فإن عقد الاعتماد المستندي لايتأثر بأي طارئ ناشئ عن عقد البيع ،وفإذا ما صدرت تعليمات من العميل إلى المصرف بعدم الدفع بحجة أن البائع لم ينفذ التزاماته أو أنه يخشى إعساره أو حتى إعلان افلاسه فإنها لا (4 (تؤدي إلى إلتزام المصرف بالتقيد بها [474]،، فإذا ما نفذ البائع التزامه بتقديم المستندات المطابقة للشروط المتفق عليها فإن التزام البنك تجاهه يصبح حال التنفيذ ولا يتأثر بأي عيب من العيوب التي قد تشوب عقد البيع أو المبيع نفسه مثل فسخه أو بطلانه أو أي وضع إتفاقي يؤدي إلى انقضائه أو إنهاء آثاره .

.ولا تخرج عن قاعدة الاستقلالية والتزام البنك تجاه البائع المستفيد إلا حالة وجود قرار قضائي أو اتفاق رضائي بين البائع والمشتري على الغاء عقد البيع أو فسخه، لكن ذلك قبل تقديم المستندات إلى البنك فيحق لهذا الاخير حينها الامتناع عن دفع المبلغ إلى البائع ،كما يحق للمصرف الامتناع عن دفع قيمة الاعتماد إلى البائع المستفيد إذا ارتكب هذا الاخير غشا وعلم به المصرف وسند هذا الرأي القاعدة القائلة أو " الغش) 5)يفسد كل شيء يعني التصرفات.[475]

---

[472] كرم إبراهيم حمدان الزعبي،مسؤولية المصرف المصدر في الاعتماد المستندي،دار الوائل للنشر،الأردن،2000 ، ص, 18.

[473])- 3)أحمد محمد أبو الروس, الموسوعة التجارية الحديثة,دار الجامعية ,الإسكندرية. دون تاريخ,ص 364.

[474] إلياس أبو عيد, المعتمد.منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت,2003 ص, 201.

[475] إلياس أبو عيد, انفس المرجع ، 2003 ص, 292.

ثانيا : النتائج المترتبة عن الأخذ بمبدأ الاستقلالية

إن أهم ما يرتبه مبدأ استقلالية العلاقات التعاقدية في الاعتماد المستندي هو عدم اشتراط تساوي مدة الاعتماد مع مدة شحن البضاعة ،حيث أن مدة الاعتماد تكون أطول ليتمكن البائع من تجهيز المستندات لشحن البضاعة وارفاقها بالكمبيالة المستندية إما للدفع أو القبول أو الخصم ،وترتب الاستقلالية أيضا أن حق البائع في الثمن لا يثبت بمجرد تسليمه للمستندات وحصوله على مبلغ الاعتماد وانما على البائع أن يف بجميع الالتزامات التي نص عليها عقد البيع المبرم مع المشتري .

فهنا إذا ما دفع البنك مبلغ الاعتماد للبائع وحكم القضاء ببطلان عقد البيع أو بفسخه يبقى التزام المشتري أو العميل الأمر حيال البنك قائما ، وبموجبه عليه الوفاء بما التزم به من قيمة الاعتماد والفوائد والمصروفات والنفقات ،وما على المشتري إلا أن يعود على البائع برد ما قبضه من البنك بدون حق وله أن يطالب بالتعويض إذا ما تضرر من جراء الفسخ أو البطلان .

وبذلك يظهر بأن مبدأ الاستقلالية بقدر ما يخدم البنك فهو يخدم المستفيد أكثر، ذلك لأن استقلال عقد الاعتماد يجنب البنك الدخول في نزاعات قضائية وقانونية بسبب ما قد ينشأ بين العميل الأمر (المشتري) والمستفيد (البائع) من جراء تنفيذ عقد الأساس ،ويعفي المستفيد من ضياع حقه إذ أن المصرف يلتزم بمواجهته بصفته مدينا أصليا لا نائبا عن العميل الأمر ولا يكون التزامه تابعا لأي التزام آخر، [476]فإذا ما كان الاعتماد قطعي وبات ومعزز اصبح التزام البنك تجاه المستفيد بات وأصيل ونهائي، ولا يمكن الرجوع فيه بأي حال من الأحوال ،أما إذا كان غير قطعي أي قابل للإلغاء بصريح العبارة في عقد الاعتماد جاز للبنك الرجوع فيه ولكن بمقتضى مبررات قانونية ودون تعسف من قبله .

ولكن أحيانا ما يتضمن عقد الاعتماد أو خطاب الاعتماد بعض الشروط التي تضمنها عقد البيع ،فهل يمكن أن نعتبر عقد البيع جزء من عقد الاعتماد المستندي ؟

استقر الفقه والقضاء البريطاني على أن مجرد الاشارة إلى شرط من شروط عقد البيع في عقد الاعتماد لا يعني بالضرورة أنه جزء منه ،ولكن يكون هذا العقد جزء منه إذا تضمن عقد الاعتماد جميع شروطه أو نص صراحة على اعتباره جزءً ا منه ويؤخذ بهذه الشروط التي نص عليها دون النظر إلى عقد البيع لعدم وجود أية رابطة قانونية بينهما لأن الاعتماد عقد مستقل عن عقد البيع .[477]

نخلص أخير أن مبدأ الاستقلالية هذا بالأساس يكاد يكون مبدأ عام في معظم أدوات التجارة الدولية نظرا لما يحققه من فوائد وما يجنب الأطراف المتعاقدة من نزاعات ،ليبقى بمقتضاه البنك غريبا عن العلاقة بين البائع والمشتري والبائع غريبا عن العلاقة بين العميل الأمر أو المشتري والبنك ،وتتأكد خصوصية كل علاقة فيما ترتبه من التزامات متعلقة بالاساس بالتصرف الذي أوجدها.

الفقرة الرابعة: أهمية الاعتماد المستندى

يكتسب الاعتماد المستندى أهميته من كونه عملية تخدم التجارة الدولية، حيث نشأ منذ زمن بعيد كوسيلة لتسوية الثمن في البيوع البحرية، وهو يقدم المقدر الكافي من الاطمئنان للبائع والمشترى، حيث يضمن للبائع الحصول على الثمن بمجرد تقديم المستندات الدالة على تنفيذ التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع،

---

[476] أكرم إبراهيم حمدان الزعبي, مرجع سابق ص, 19.

[477] حسن دياب، الإعتمادات المستندية التجارية،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،الأردن، 1999, ص 75.

والتي سبق تحديدها في عقد البيع، ومن هنا فالاعتماد المستندى يجنب البائع مشقة الرجوع إلى المشترى ومخاوف المماطلة لاسيما وأن كلا هما من دولتين مختلفتين.

ولا يقل الاعتماد المستندى أهمية بالنسبة للمشترى عما هو بالنسبة للبائع، حيث يضمن للمشترى عدم دفع ثمن البضاعة إلا بعد التأكد من تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية البضاعة المشتراة، ويتم ذلك من خلال تقديمه للمستندات التي تمثل البضاعة، ويقوم البنك بفحص هذه المستندات.

ولا يخلو الاعتماد المستندى من الأهمية بالنسبة للبنك أيضا، حيث يحصل على عمولة مصروفات مقابل قيامه بهذه العملية. وهو في سبيل حصوله على حقوقه لدى العميل» المشترى» يحوز المستندات الممثلة للبضاعة، ومن ثم لا يمكن للعميل استلامها إلا بموجب هذه "المستندات". فإذا لم يف العميل بما عليه للبنك، قام الأخير بتسلم البضاعة وبيعها واستيفاء حقوقه من ثمنها، وفقاً الإجراءات القانونية التي تتبعفي بيع الأشياء المرهونة رهنا تجاريا.

ويستعمل الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية، وهو يمثل في عصرنا الحاضر الاطار الذي يحظى بالقبول من جانب سائر الأطراف الداخلين في ميدان التجارة الدولية بما يحفظ مصلحة هؤلاء الاطراف جميعا من مصدرين ومستوردين.

- بالنسبة للمصدر، يكون لديه الضمان - بواسطة الاعتماد المستندى - بأنه سوف يقبض قيمة البضائع التى يكون قد تعاقد على تصديرها وذلك فور تقديم وثائق شحن البضاعة إلى البنك الذي يكون قد أشعره بورود الاعتماد.
- وبالنسبة للمستورد، فإنه يضمن كذلك أن البنك الفاتح للاعتماد لن يدفع قيمة البضاعة المتعاقد على استيرادها الا بتقديم وثائق شحن البضاعة بشكل مستكمل للشروط الواردة في الاعتماد المستندى المفتوح لديه.

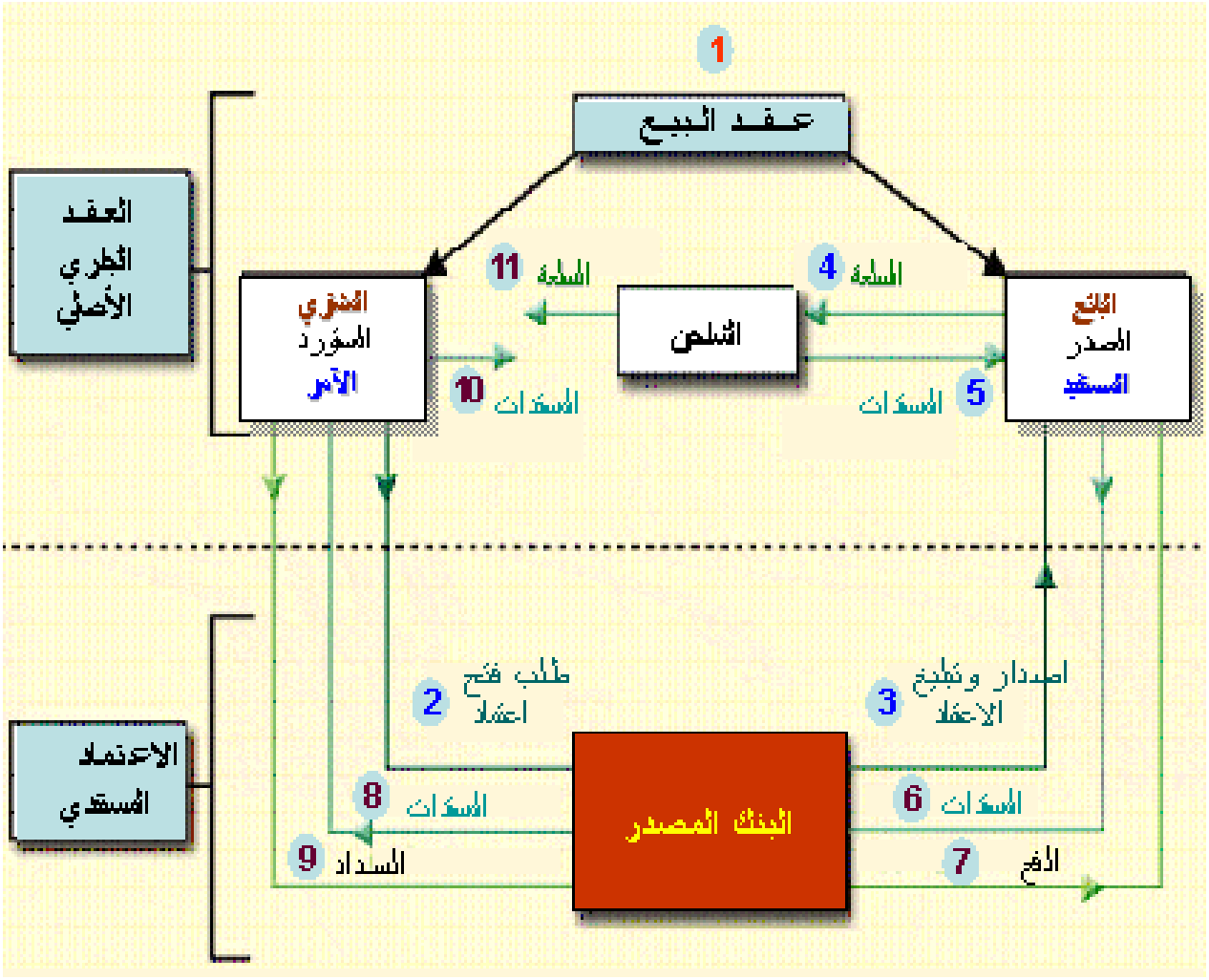
الفرع الثالث: خطوات تنفيذ الاعتماد المستندى:

الفقرة الاولى :خطوات تنفيذ الاعتماد المستندى من بنك واحد

اولا : مرحلة العقد التجاري الأصلي:

إن التزام المشتري بفتح الاعتماد المستندي ينشأ نتيجة ابرامه لعقد تجاري معين مع المستفيد، والغالب أن يكون ذلك العقد عقد بيع، وفيه يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عن طريق اعتماد مستندي. وقد يكون ذلك العقد عقد إجارة أو وكالة بأجرة أو غيرها من العقود.

خطوات تنفيذ الاعتماد المستندى من بنك واحد



والأصل أن يتفق البائع والمشتري في العقد التجاري المبرم بينهما على كيفية تسوية الثمن، حيث يتفقان على الكيفية التي يقدم بها البنك التزامه للمستفيد من الاعتماد، فقد يكون بالدفع نقدا عند ورود المستندات، وقد تكون بقبول كمبيالة. كما يتفقان على المدة التي يبقى فيها البنك ملتزما أمام المستفيد، والمكان الواجب فيه تقديم المستندات، والذي يتم فيه وفاء البنك بالتزامه، وغيره من التفاصيل التي تهمهم.

ثانيا : مرحلة عقد فتح الاعتماد:

بعد إبرام المشتري لعقد البيع وتعهده فيه بفتح الاعتماد، فإنه يتوجه إلى البنك طالبا منه أن يفتح اعتمادا لصالح البائع بالشروط التي اتفق هو عليها مع هذا البائع، والتي يذكرها المشتري في طلبه الموجه إلى البنك كي يقبل البائع تنفيذ التزاماته الناشئة من عقد البيع. ويسمى هذا المشتري: الآمر أو طالب فتح الاعتماد. وعندما يقبل البنك طلب الآمر ويفتح الاعتماد فإنه ينفذ التزاما عليه هو نشأ أما الآمر من عقد الاعتماد المبرم بينها، ولا علاقة للبنك بعقد البيع الذي لا صلة له به قانونا.

ثالثا : . مرحلة تبليغ الاعتماد:

يقوم بنك المشتري (الآمر) بإصدار الاعتماد، ويرسل خطاب الاعتماد المستندي إلى المستفيد مباشرة متضمنا الإخطار بحقوق والتزامات كل من البنك المصدر للاعتماد والمستفيد من الاعتماد.

رابعا: . مرحلة تنفيذ الاعتماد:

يقوم المستفيد بشحن السلعة، وتقديم المستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد إلى البنك الذي يتولى فحصها وقبولها إن كانت مطابقة، ويدفع البنك حينئذ المبلغ الوارد في الخطاب أو يقبل الكمبيالة أو يخصمها بحسب المنصوص عليه في الخطاب.

وبعد ذلك ينقل البنك هذه المستندات إلى المشتري الذي يرد إليه ما دفعه بالإضافة إلى المصاريف إذا لم يكن قد عجل له هذه المبالغ. ويستطيع المشتري عن طريق هذه المستندات تسلم السلعة.

الفقرة الثانية : خطوات تنفيذ الاعتماد المستندي من بنكين

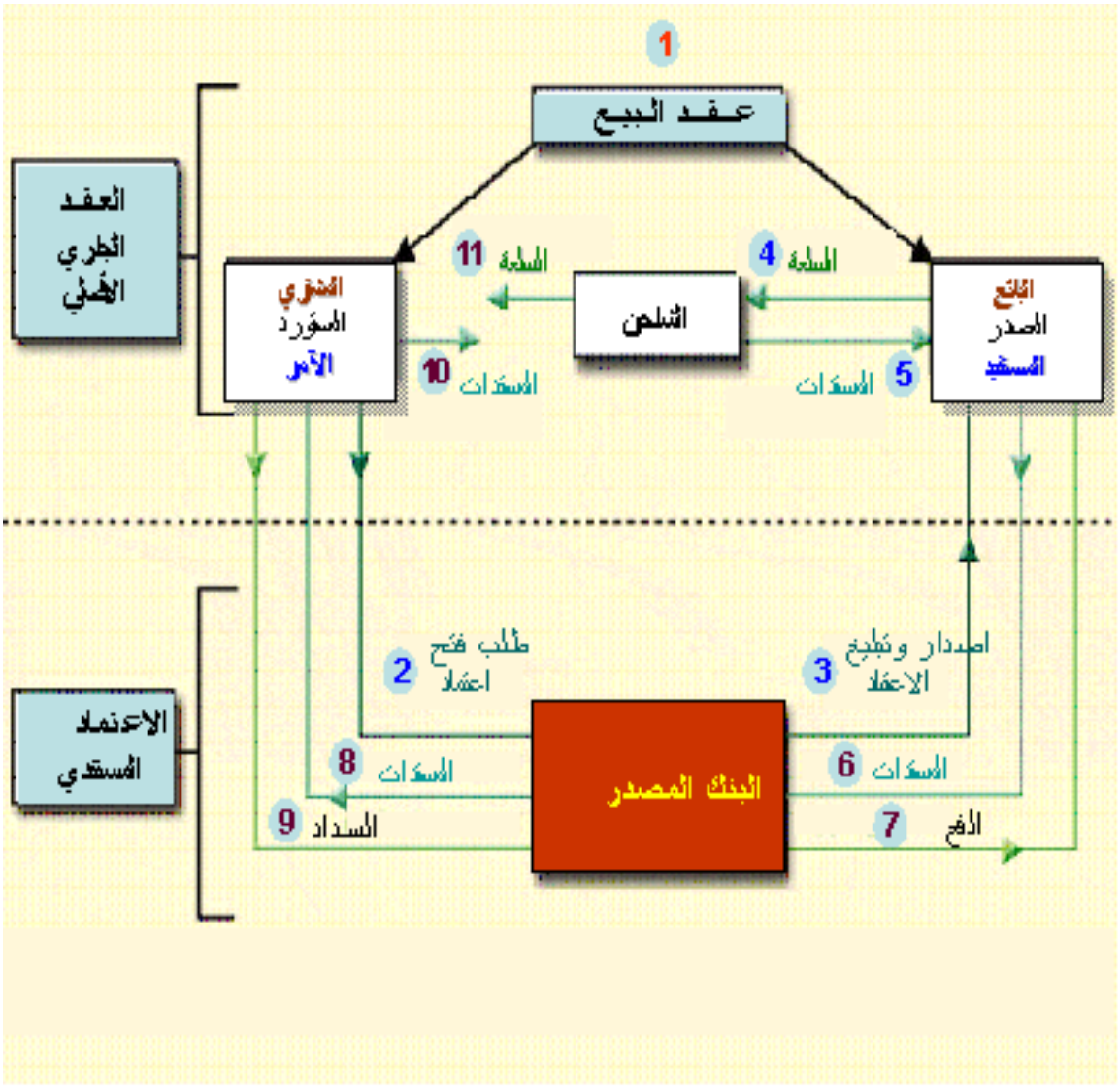
لا يقوم بنك الآمر في الغالب بتبليغ الاعتماد مباشرة بنفسه للمستفيد، ولكنه يستعين ببنك آخر أو فرع تابع له في بلد البائع لإبلاغ المستفيد به، ويسمى هذا البنك الثاني البنك المراسل أو مبلغ الاعتماد. ففي هذه الحالة تتم عملية الاعتماد المستندي من خلال تداخل بنكين اثنين وليس بنكا واحدا.

ويقوم هذا البنك المراسل بتبليغ الاعتماد على النحو التالي:

- إما أن يقوم بدور الوسيط بين البنك فاتح الاعتماد والبائع دون أي التزام عليه. وقد يقوم بدفع قيمة المستندات إلى البائع عند تقديمها له ضمن شروط الاعتماد.
- أو يقوم بتبليغ الاعتماد إلى المستفيد ويضيف عليه تعزيزه. وحينئذ يكفل دفع القيمة للبائع بشرط أن تكون هذه المستندات مطابقة لشروط الاعتماد.

وعلى هذا الأساس تكون الخطوات العملية لاجراء عملية الاعتماد المستندي على النحو التالي:

الخطوات العملية للاعتماد المستندي المنفذ من خلال بنكين



الخطوات العملية للاعتماد المستندي المنفذ من بنكين

رقم الخطوة	المهمة
(1)	يتعاقد البائع مع المشتري، ويتعهد المشتري دفع الثمن بواسطة اعتماد مستندي.
(2)	يطلب المشتري من بنكه أن يفتح اعتمادا مستنديا لصالح البائع مبينا الشروط التي اتفق هو عليها مع هذا البائع.
(3)	يدرس البنك طلب العميل، وبعد الموافقة وتحديد شروط التعامل، يقوم بإصدار الاعتماد وارساله للبنك المراسل في بلد البائع.
(4)	يقوم البنك المراسل بتبليغ الاعتماد للبائع المستفيد، مضيفا تعزيزه على ذلك عند الاقتضاء.
(5) و (6)	يسلم البائع السلعة إلى ربان السفينة، الذي يسلمه وثائق الشحن

(7) و (8)	يسلم البائع المستندات ووثائق الشحن إلى البنك المراسل الذي يدفع له ثمن سلعته بعد التحقق من تطابق المستندات مع شروط الاعتماد.
(9)	يرسل البنك المراسل المستندات إلى البنك المصدر الذي فتح فيه الاعتماد من طرف المشتري.
(10) و (11)	يسلم البنك المصدر في بلد المشتري المستندات إلى طالب فتح الاعتماد مقابل السداد حسب الاتفاق بينها.
(12) و (13)	يسلم المشتري المستندات إلى وكيل شركة الملاحة في ميناء الوصول الذي يسلمه السلعة.
(14)	يقوم كل من البنك المصدر والبنك المراسل بترتيبات التغطية بينهما بحيث يتم تصفية العلاقات بشكل نهائي.

الفرع الرابع: التنظيم القانوني للاعتماد المستندى،

كان للتطورات الحديثة على الحياة المدنية الأثر البالغ في مجال التجارة الداخلية عموما والخارجية على وجه الخصوص، نظرا لازدياد وتنوع حاجات السكان في مختلف الدول وتنو ع سلوكهم الاستهلاكي مما استوجب ضرورة تطوير الوسائل التقليدية وايجاد أدوات حديثة أكثر ضمانة لسداد قيمة الصفقات التجارية ،في ظل واقع الصعوبات التي تواجه ابرام العقود التجارية الدولية ذلك لأن التاجر في ظل ممارسته للتجارة الداخلية لا تعترضه صعوبات الشحن والتخليص والنقل والتأمين من بلد إلى آخر ومسألة عدم الدراية بالمركز المالي لكل من البائع والمشتري نتج عنه عدة اشكاليات، ازدادت باختلاف القوانين والأنظمة في كل بلد ،لأن التجارة بين هذه البلدان اصطدمت بعقبات سياسية واقتصادية أوجبت وجود نظام يتم بموجبه تقييم السلع المراد تبادلها وطريقة نقلها مما أدى إلى ايجاد ما يعرف بالنظام النقدي العالمي لتسهيل عملية الدفع للتجارة العالمية ووجدت عدة طرق للدفع ،من أهمها: [478]

- الدفع نقدا –أو بواسطة فتح الحساب – برسم البيع أو بواسطة الاعتماد المستندي . فهذه الوسائل وغيرها تطورت بتطور التجارة الخارجية وأصبح اليوم التعامل بالاعتماد المستندي الاكثر تداولا بين التجار في عمليات الاستراد والتصدير خاصة البيوع البحرية.

الفقرة الاولى: نشأة الاعتماد المستندي

لما كان لكل دولة نظامها القانون الذي يعكس فلسفة تختلف عن الفلسفات التي تقوم عليها النظم القانونية للدولة الأخرى، وهذا الاختلاف يحدث نوعا من القلق لدى القائمين بعمليات التجارة الخارجية. وتقديرا لما يترتب على هذا الوضع من آثار تؤدى في الغالب إلى إعاقة التجارة بين الدول المختلفة، فقد ظهر منذ منتصف القرن الميلادي الماضي اتجاه إلى توحيد القواعد التي تحكم الاعتماد المستندى على المستوى الدولي.

[478] جمال يوسف عبد النبي، الاعتمادات المستندية، مركز الفكر الاكاديمي، الطبعة الاولى، الاردن ، 2001،ص29

نشأت الاعتمادات المستندية كوسيلة لتسوية البيوع البحرية في البلاد الانجلوسكسونية، ثم انتشرت في بلدان أخرى وكثر استخدامها في السنين الاخيرة من القرن 19الميلادي، ولقيت انتشارا بعد الحرب العالمية الأولى

وبدأ ذلك منذ عام 1920 بالولايات المتحدة الأمريكية ثم ألمانيا وفرنسا، ولكن ظلت هذه المحاولات فردية من الدول حتى أسفرت جهود غرفة التجارة الدولية عن اتفاقفي عام 1933 يقنن" القواعد والعادات الموحدة المتعلقة بالاعتماد المستندية". وأدخلت على هذه القواعد تعديلات كثيرة لسد القصور الذي كشف عنه التطبيق العملي: ومن أجل هذا الغرض عقد مؤتمر لشبوبة عام 1951 ثم أعقب ذ لك تعديلات كثيرة - بسبب تطور عمليات التجارة الخارجية وظهور أساليب جديدة في النقل والعمل المصرفي- بمعدل كل عشر سنوات تقريباً «1962، 1974،1983-1993" كان أخرها المنشور رقم 600 الذي دخل حيز لنفاذ في أول يوليو 2007. وقد تضمن المنشور رقم 600 تبسيطاً للغة المستخدمة في المنشور 500 واختصر عدد مواد الإصدارمن 500 مادة إلى 39 مادة فقط، ، وأضاف بعض المواد الجديدة التي تتعلق بالتعريفات وقواعد التفسيرفي المادتين الأولى والثانية ،وذلك من أجل مزيد من التوضيح والدقة عند تطبيق هذه الأصول والأعراف الموحدة التي تضمنها الإصدار 600 .

هذا بالإضافة إلى أنه تضمن لأول مرة ملحقا خاصا بالاعتماد المستندي ذو التقديم الالكتروني ، يحتوي على اثناعشرة مادة ، كقواعد مكملة للاصول و الاعراف الموحدة التي جاءت في اصدار 600 ، و الجديد فيها انها تطبق دون الحاجة الى نص في الاعتماد المستندى الرقمي لكونه يتم الكترونيا .

مع العلم أن الاعتمادات المستندية لم تقم كنظام قانوني في ظل أصول وقواعد قانونية، وا نما نشأ كنظام مصرفي أوجدته حاجة العمل لتسوية عقود البيع الدولية، لتوفير أكبر قدر ممكن من الثقة للبائع والمشتري،

الفقرة الثانية: أنواع الاعتماد المستندى

يتنوع الاعتماد المستندي إلى أنواع عدة تبعاً للزاوية التي ينظر منها إلى الاعتماد، ولكننا سنركزفي هذا المجال على أهم الأنواع التي تثير مشكلات ذ ات أهمية في العمل.

.اولا : تصنيف الاعتمادات من حيث قوة تعهد البنك المصدر

تتخذ الاعتمادات المستندية صورا مختلفة، يمكن تصنيفها من حيث قوة التعهد -أي مدى التزام البنوك بها- إلى نوعين هما الاعتماد القابل للالغاء والاعتماد القطعي غير القابل للالغاء

1- :من حيث قابلية الاعتماد للإلغاء " للنقض"

-طبقا للمادة الثالثة من القواعد الموحدة للاعتماد المستندى (المنشور 600) يكون الاعتماد المستندي غيرقابل للنقض بالرغم من عدم وجد دلالة على ذلك. وبذلك ينقسم الاعتماد إلى اعتماد قابلاً للإلغاء واعتماد غير قال للإلغاء. ويتولى الطرفإن « العميل والبنك» تحديد نوع الاعتماد عند إبرام عقد فتح الاعتماد، فإذا لم يذكر ذلك في العقد اعتبر الاعتماد غير قابل للإلغاء. يتضح من ذلك أن الاعتماد المستند ينقسم إلىنوعينهما :

أ- الاعتماد المستندي القابل للإلغاء.

الاعتماد القابل للالغاء أو النقض هو الذي يجوز تعديله أو إلغاؤه من البنك المصدر له في أي لحظة دون اشعار مسبق للمستفيد. وهذا النوع نادر الاستعمال حيث لم يجد قبولا في التطبيق العملي من قبل المصدّرين

لما يسببه لهم من أضرار ومخاطرة، ذلك أن الاعتماد القابل للالغاء يمنح ميزات كبيرة للمستورد فيمكنه من الانسحاب من التزامه، أو تغيير الشروط أو إدخال شروط جديدة في أي وقت شاء دون الحاجة إلى اعلام المستفيد، غير أن التعديل أو النقض لا يصبح نافذا إلا بعد أن يتلقى المراسل الاشعار الذى يوجهه إليه البنك فاتح الاعتماد لهذا الغرض، بمعنى أن البنك فاتح الاعتماد يكون مرتبطا تجاه المستفيد بدفع قيمة المستندات في حال أن هذا الدفع قد تم من قبل البنك المراسل قبل استلام علم التعديل أو الالغاء.

ويعتبر الاعتماد قابلا للإلغاء إذا تضمن العقد شرطا يسمح للبنك الذي أصدره إلغاؤه أو تعديل شروطه في أي وقت ولو بعد إخطار المستفيد بخطاب فتح الاعتماد ، وقد جرى العرف المصرفي على قيام البنك بإخطار المستفيد بإلغاء الاعتماد أو تعديله ، وقد يكون الإلغاء أو التعديل بناء على تعليمات من العميل أو بمحض إرادة البنك، ولكن إذا كان الإلغاء بناء على تعليمات العميل فلا يسأل البنك عن تنفيذه إلا من تاريخ وصول التعليمات إلى البنك، ومن هنا إذا قام البنك بتنفيذ الاعتماد إلى المستفيد قبل هذا التاريخ التزم العميل برد ما دفعه البنك إلى المستفيد.

والتزام البنك بإخطار المستفيد بإلغاء الاعتماد أو تعديله لا يخل بحق البنك في الإلغاء أو التعديل دون الحصول على موافقة المستفيد لأن الاعتماد قابل للإلغاء. ومع ذلك ينبغي أن يكون الإلغاء أو التعديل بحسن نية وفي وقت مناسب وإلا التزم البنك بتعويض الأضرار التي تصيب المستفيد من جراء ذلك.

وإذا تدخل في تنفيذ الاعتماد القابل للإلغاء بنك آخر «بنك معزز» التزم بالدفع للمستفيد، وجب على البنك فاتح الاعتماد أن يخطر البنك المعزز بالإلغاء أو التعديل في أقرب وقت، فإذ ا وصل الإخطار قبل أن ينفذ الاعتماد للمستفيد التزم بالتعليمات الجديدة التي وصلته، أما إذا وصلته التعليمات بعد تنفيذ الاعتماد، فقد ألزمت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من القواعد الموحدة البنك مصدر الاعتماد بأن يسدد للبنك المعزز ما دفعه أو تعهد بدفعه للمستفيد.

ونظراً لأن هذا النوع من الاعتماد المستندى لا يقدم ضمانا مؤكدا للمستفيد، فإنه نادر من الناحية العملية ولذلك لن نركز عليه في الدراسة وستنصب دراستنا على النوع الآخر، وهو الاعتماد القطعي أو البات غير قابل للإلغاء.

ب- الاعتماد المستندى الغير قابل للإلغاء «القطعي»

الاعتماد القطعي أو غير القابل للالغاء هو الذى لا يمكن الغاؤه أو تعديله إلا إذا تم الاتفاق والتراضي على ذلك من قبل جميع الأطراف ذات العلاقة، ولا سيما موافقة المستفيد، فيبقى البنك فاتح الاعتماد ملتزما بتنفيذ الشروط المنصوص عنها في عقد فتح الاعتماد. وهذا النوع من الاعتمادات المستندية هو الغالب في الاستعمال لأنه يوفر ضمانا أكبر للمصدر لقبض قيمة المستندات عند مطابقتها لشروط وبنود الاعتماد.

ومن القواعد الموحدة للاعتماد المستندى «المنشور500» على أن الاعتماد غير القابل للإلغاء يعتبر تعهدا نهائيا من البنك مصدر الاعتماد ، بشرط أن يقدم المستفيد المستندات المنصوص عليها،سوء إلى البنك مصدر أو البنك صاحب فتح الاعتماد، وبشرط التقيد بالشروط المعلنة إليه في الخطاب سالف الذكر. .

والتزام البنك تجاه المستفيد في الاعتماد الغير قابل للإلغاء هو التزام أصلى ومستقل عن علاقة العميل بالمستفيد. ويبدأ هذا الالتزام اعتبارا من قبول المستفيد لخطاب فتح الاعتماد الذي يرسله البنك مصدر الاعتماد. ولا يشترط القبول الصريح وإنما يكفي عدم الاعتراض، حيث يعتبر عدم رفض المستفيد لخطاب فتح الاعتماد بمثابة قبول له.ومنذ هذا التاريخ لا يجوز إلغاء أو تعديل الاعتماد إلا بموافقة جميع أطرافه وهم: العميل والبنك والمستفيد والبنك المعزز إن وجد. والاعتماد المستندى الغير قابل للإلغاء يعتبر الصورة

الغالبة للاعتمادات المستندية، ولذلك فهو اصل اهتمام الدراسات الفقهية، أما الاعتماد المستندى القابل للإلغاء فلا يحظ بهذا الاهتمام.

ولا تقتصر الحماية في الاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء على المستفيد من الاعتماد وإنما تمتد إلى كل حامل حسن نية للصك «الكمبيالة» الذي سحب تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه. ويعتبر الشخص حسن النية طالما لا يعلم بالعيب ولم يتوافر لديه قصد الإضرار بالغير، والأصل هو حسن النية وعلى من يدعى سوء النية أن يقيم الدليل عليه ، و يخضع ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

ثانيا : من حيث كيفية تنفيذ الاعتماد، او من حيث قوة تعهد البنك المراسل
يمكن تقسيم الاعتماد إلى قسمين اعتماد معزّز واعتماد غير معزّز.

1- الاعتماد المستندى غير المؤيد (غير المعزّز)

بموجب الاعتماد المستندي غير المعزّز، يقع الالتزام بالسداد للمصدّر على عاتق البنك فاتح الاعتماد، أو يوكل بنك أخر ويكون دور البنك المراسل في بلد المصدّر مجرد القيام بوظيفة الوسيط في تنفيذ الاعتماد نظير عمولة، دون أن يلتزم في مواجهة المستفيد بأي التزام يتعلق بتنفيذ الاعتماد ، فلا الزام عليه إذا أخل أحد الطرفين بأي من الشروط الواردة في الاعتماد.

وقد أجازت المادة التاسعة من القواعد الموحدة أن يتم تبليغ الاعتماد للمستفيد بواسطة بنك آخر «البنك المبلغ» دون التزام عليه وقد أوجبت ذات المادة على هذا البنك، إن قبل أن يقوم بالتبليغ أن يبذل العناية المعقولة لفحص ظاهر صحة الاعتماد الذي يقوم بتبليغه. أما إذا كان البنك لا يرغب في تبليغ الاعتماد إلى المستفيد فيجب عليه إخطار البنك مصدر الاعتماد بذلك دون أي تأخير.

2- **الاعتماد المستندى أو المؤيد « المعزز»** :

يكون في الاعتماد المعزّز ، عندما يقوم البنك فاتح الاعتماد بتوكيل بنك آخر في بلد المستفيد، بدفع قيمة الاعتماد أو بقبول الكمبيالة المستندية التي يسحبها المستفيد عليه تنفيذا لشروط الاعتماد، فيلتزم بدفع القيمة في جميع الظروف ما دامت المستندات مطابقة للشروط، وبالتالي يحظى هذا النوع من الاعتمادات بوجود تعهدين من بنكين (البنك فاتح الاعتماد والبنك المراسل في بلد المستفيد) فيتمتع المصدر المستفيد بمزيد من الاطمئنان وبضمانات أوفر بإمكانية قبض قيمة المستندات.

وقد اعتبرت الفقرة «ب» من المادة الثامنة من القواعد الموحدة أن تعزيز البنك للاعتماد المستندى بناءا على طلب البنك مصدر الاعتماد يشكل تعهدا نهائيا وقاطعا من البنك المعزز قبل المستفيد ، هذا بالإضافة إلى تعهد البنك مصدرالاعتماد بشرط أن تقدم المستندات المطلوبة إلى البنك المعزز وفقا لما هو محدد في الاعتماد.

ولا شك في أن تعزيز الاعتماد المستندى يحقق مزايا هامة للمستفيد لا يحققها له الاعتماد غير المعزز، ولو كان غير قابل للالغاء، ويتمثل ذلك في وجود البنك المعزز كملتزم أصلي في بلد المستفيد يحصل منه على قيمة الاعتماد فور تقديم المستندات،

وبطبيعة الحال لا يطلب البنك فاتح الاعتماد تعزيز الاعتماد من البنك المراسل إلا عندما يكون ذلك جزءا من شروط المصدِّر على التاجر المستورد، فقد لا توجد حاجة لذلك إذا كان البنك فاتح الاعتماد هو أحد البنوك العالمية المشهورة لعظم ثقة الناس بها. كما أن البنوك المراسلة لا تقوم بتعزيز الاعتمادات إلا إذا توافرت عندها الثقة بالبنك المحلي فاتح الاعتماد، ويكون ذلك نظير عمولة متفق عليها.

ومن الجدير بالذكر أن التزام البنك المعزز تجاه المستفيد يبدأ من تاريخ استلام الأخير لخطاب فتح الاعتماد، دون الاعتراض عليه صراحة ومنذ هذا التاريخ لا يجوز للبنك إلغاء الاعتماد أوتعديله إلا بموافقة جميع أطراف عملية الاعتماد المستندى، وهم العميل الآمر و البنك فاتح الاعتماد والمستفيد والبنك المعزز..

ثالثاً: من حيث قابلية الاعتماد للتحويل، من حيث الشكل

يمكن أيضا تقسيم الاعتمادات من حيث الصورة والشكل إلى ثلاثة أنواع: الاعتماد القابل للتحويل، و الاعتماد الدائري أو المتجدد، و الاعتماد الظهير .

طبقاً للمادة «38فقرة أ من المنشور 600» "لا يكون المصرف ملزماً بتحويل الاعتماد إلا إلى المدى بالكيفية المقبولة صرحةً من ذلك المصرف".

يتضح من ذلك أنه بالنظر إلى حق المستفيد في تحويل حقوقه الناشئة عن خطاب فتح الاعتماد إلى الغير ينقسم الاعتماد المستدى إلى نوعين هما:-

1- ا لاعتماد غير القابل للتحويل

215 – وهو الاعتماد الذي ينفذ مع المستفيد الصادر باسمه الاعتماد. ويعتبر هذا النوع من الاعتمادات هو الأصل، حيث قررت الفقرة الثانية من المادة الثامنة والثلاثون من القواعد الموحدة للاعتماد المستندي "النشور 600" لم تكتف هذه المادة لإضفاء هذا الوصف على الاعتماد لمجرد ذكر عبارات عامة فيعقد فتح الاعتماد، مثل " قابل للتقسيم" أو قابل للتجزئة أو" قابل للتنازل" أو" قابل للنقل "، وإنما اشترط النص الصريح على قابلية الاعتماد للتحويل، وإلا جاز للبنك تجاهل أي عبارة أخرى، وبالتالي يعتبر الاعتماد غير قابل للتحويل.

2- الاعتماد القابل للتحويل

الاعتماد القابل للتحويل هو اعتماد غير قابل للنقض ينص فيه على حق المستفيد في الطلب من البنك المفوَّض بالدفع أن يضع هذا الاعتماد كليا أو جزئيا تحت تصرف مستفيد آخر، ويستخدم هذا النوع غالبا إذا كان المستفيد الأول وسيط أو وكيل للمستورد في بلد التصدير، فيقوم بتحويل الاعتماد بدوره إلى المصدرين الفعليين للبضاعة نظير عمولة معينة أو الاستفادة من فروق الأسعار. وتتم عملية التحويل باصدار اعتماد جديد أو أكثر لصالح المستفيد الأول أو المستفيدين التالين، ولا يعني التحويل تظهير خطاب الاعتماد الأصلي نفسه أو تسليمه للمستفيد الثاني. ويشترط لإمكان التحويل موافقة الآمر والبنك المصدر للاعتماد الأصلي والمستفيد الأول.

وطبقاً للمادة «38 فقرة ب» من نفس المنشور سالف الذكر " الاعتماد القابل للتحويل هو الاعتماد الذي ينص صرحة على أنه قابل للتحويل والذي يمكن أن يكون متاحاً إما كلياً أو جزئيا لمستفيد آخر» المستفيد الثاني» بناءاً على طلب «المستفيد الأول»". أي أنه هو الاعتماد الذي نص فيه على حق المستفيد في أن يحول الاعتماد كليا أو جزئيا إلى مستفيد أخر .

ويتم ذلك بموجب خطاب يوجه من المستفيد « المستفيد الأول» إلى البنك منفذ الاعتماد، سواء كان هو البنك فاتح الاعتماد أو البنك المعزز، ويحدد في هذا الإخطار اسم الشخص المحول إليه المستفيد الثاني،سواء كان واحدا أو أكثر.

ومن الجدير بالذكر أنه لا يجوز للمستفيد الأول أن يحول إلى المستفيد الثاني أكثر مما هو مقرر له في خطاب فتح الاعتماد. هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز تحويل الاعتماد إلا مرة واحدة فقط، مالم يرد نص في الاعتماد

يقرر غير ذلك، وبالتالي لا يجوز تحويل الاعتماد بناء على طلب المستفيد الثاني إلى مستفيد ثالث، ولكن لا يعتبر تحويل الاعتماد مرة أخرى إلى المستفيد الأول تحويلاً ثالثاً ممنوعاً طبقاً لهذه المادة «38 فقرة «د» من القواعد الموحدة لعام 2007».وإذا ورد التحويل على أجزاء من الاعتماد المستندى اعتبرت - في حكم الفقرة السابقة - بمثابة عملية تحويل واحدة.

ويجوز تغيير بيانات الاعتماد عند تحويله فيما يتعلق بمبلغ الاعتماد أو مدة صلاحيته أو تاريخ الشحن أو زيادة نسبة غطاء التأمين أو استبدال اسم طالب فتح الاعتماد باسم المستفيد الأول. أوجبت الفقرة «ه» من المادة 38أن يبين في أي طلب للتحويل ماهية الشروط التي ستبلغ بها التعديلات للمستفيد الثاني، وأن يبين الاعتماد المحول تلك لشروط.

ويرى الفقه أنه من الناحية العملية يعتبر الاتفاق على تحويل الاعتماد بمثابة إصدار اعتماد جديد بالشروط الجديدة وباسم المستفيد الجديد، الذي يصبح صاحب حق مباشر في مواجهة البنك مصدر الاعتماد، وهو حق مستقل عن حق المستفيدالأول ".

ونظرا لما يثيره الاصماد المستندى القابل للتحويل من مشكلات عملية وقانونية فإنه نادر الوقوع عملا، أي أنه غير منتشر، خاصة أنه يتعارض مع الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه جميع عمليات البنوك.

رابعا: الاعتماد الدائري أو المتجدد

الاعتماد الدائري أو المتجدد هو الذي يفتح بقيمة محددة ولمدة محددة غير أن قيمته تتجدد تلقائيا إذا ما تم تنفيذه أو استعماله، بحيث يمكن للمستفيد تكرار تقديم مستندات لعملية جديدة فى حدود قيمة الاعتماد، وخلال فترة صلاحيته، وبعدد المرات المحددة فى الاعتماد. وقد يكون تجدد الاعتماد على أساس المدة أو على أساس المبلغ. أم تجدده على أساس المبلغ فمعناه أن تتجدد قيمة الاعتماد حال استخدامه بحيث يكون للمستفيد أن يحصل على مبلغ جديد كلما قدم مستندات بضاعة جديدة خلال مدة سريان الاعتماد. أما تجدده على أساس المدة فمعناه أن يفتح هذا الاعتماد بمبلغ محدد، ويتجدد مبلغه تلقائيا لعدة فترات بنفس الشروط، فإذا تم استعماله خلال الفترة الأولى تجددت قيمته بالكامل ليصبح سارى المفعول خلال الفترة التالية وهكذا. وهذا النوع قليل الاستخدام ولا يفتح فى العادة إلا لعملاء ممتازين يثق البنك فى سمعتهم، ويستعمل خصوصا لتمويل بضائع متعاقد عليها دوريا.

خامسا : الاعتماد الظهير

الاعتماد الظهير (أو الاعتماد مقابل لاعتماد آخر) يشبه الاعتماد القابل للتحويل حيث يستعمل في الحالات التى يكون فيها المستفيد من الاعتماد الأصلي وسيطا وليس منتجا للبضاعة كأن يكون مثلا وكيلا للمنتج، وفي هذه الحالة يقوم المستفيد بفتح اعتماد جديد لصالح المنتج بضمانة الاعتماد الأول المبلغ له. ويستخدم هذا الأسلوب خصوصا إذا رفض المستورد فتح اعتماد قابل للتحويل أو في حالة طلب المنتج شروطا لا تتوفر في الاعتماد الأول، وعادة ما تكون شروط الاعتماد الثاني مشابهة للاعتماد الأصلي باستثناء القيمة وتاريخ الشحن وتقديم المستندات التى تكون في الغالب أقل وأقرب ليتيسّر للمستفيد الأول اتمام العملية وتحقيق الربح من الفرق بينهما.

سادسا : تصنيف الاعتمادات من حيث طبيعتها

يمكن تقسيم الاعتمادات المستندية باعتبار طبيعة الاعتماد إلى اعتماد تصدير واعتماد استيراد.

اعتماد التصدير : هو الاعتماد الذي يفتحه المشتري الأجنبي لصالح المصدر بالداخل لشراء ما يبيعه من سلع محلية.

اعتماد الاستيراد : هو الاعتماد الذي يفتحه المستورد لصالح المصدر بالخارج لشراء سلعة أجنبية

سابعاً ، من حيث وقت الوفا ء بقيمة الاعتماد

217- بالنظر إلى الوقت الذي يجب فيه على البنك تنفيذ الاعتماد المستندى مع المستفيد ينقسم الاعتماد إلى نوعين، هما:

1- الاعتماد المنجز

218 -وهو الذي يلتزم فيه البنك بدفع قيمة الاعتماد أوقبول الكمبيالة المستندية المسحوبة عليه فور تقديم المستندات المحددة في خطاب فتح الاعتماد، وهذا النوع هو الشائع في العمل.

2- الاعتماد المؤجل

وهو الذي يؤجل فيه قيام البنك بالدفع أو القبول أو الخصم إلى تاريخ لاحق على تقديم المستندات من المستفيد، وغالبا ما يكون الغرض من التأجيل هو إتاحة الفرصة للعميل «المشترى» لمعانية البضاعة والتأكد من أنها مطابقة للمتفق عليها مع المستفيد « ا لبا ئع»، ولكن لا يذ كر هذ ا ا لسبب في عقد فتح ا لاعتماد أ و في خطاب فتح ا لاعتما د ا لمرسل إلى ا لمستفيد، ولا يخفي ما يترتب على هذا ا لتأخير من آثار با لنسبة للمستفيد. ومن ثم فهو يشترط على المشترى تقديم ضمان معين للحصول على حقوقه الناشئة عن عقد البيع.

3- اجتماع عدة أوصاف لاعتماد مستندى واحد:

22 0 - إذا كنا قد تحدثنا فيما سبق عن أنواع متعددة للاعتماد المستندى، وقلنا أنه توجد أنواع عديدة أخرى، إلا أن هذا التنوع لا يستعصي على الاجتماع، ومن هنا يمكن أن نجد ا عتما د ا مستنديا و ا حد ا يجمع أكثر من وصف. كأن يكون ا عتما د قطعيا وغير قا بل للإ لغا ء ومعزز بواسطة بنك آخرفي بلد المستفيد وهو اعتماد غير قابل للتحويل ومؤجل أو منجز.

سابعا : تصنيف الاعتمادات من حيث طريقة سداد المشتري الآمر بفتح الاعتماد

يمكن تقسيم الاعتمادات المستندية من حيث مصدر تمويلها، فقد تكون ممولة تمويلا ذاتيا من قبل العميل طالب فتح الاعتماد، أو ممولة تمويلا كاملا أو جزئيا من طرف البنك فاتح الاعتماد.

1- الاعتماد المغطى كليا

الاعتماد المغطى كليا هو الذى يقوم طالب الاعتماد بتغطية مبلغه بالكامل للبنك، ليقوم البنك بتسديد ثمن البضاعة للبائع لدى وصول المستندات الخاصة بالبضاعة إليه. فالبنك في هذه الحالة لا يتحمل أي عبء مالي لأن العميل الآمر يكون قد زوده بكامل النقود اللازمة لفتحه وتنفيذه، أو يكون في بعض الحالات قد دفع جزءا من المبلغ عند فتح الاعتماد ويسدد الباقي عند ورود المستندات، فهذه الحالة تأخذ حكم التغطية الكاملة.

ولكن يظل البنك في الاعتماد المغطى كليا مسؤولا أمام عميله عن أي استعمال خاطئ للنقود مثل دفعها للمستفيد إذا لم تكن شروط الاعتماد قد توافرت أو إذا تأخر فيها، كما يسأل عن أي خطأ مهني يرتكبه البنك المراسل في مهمته.

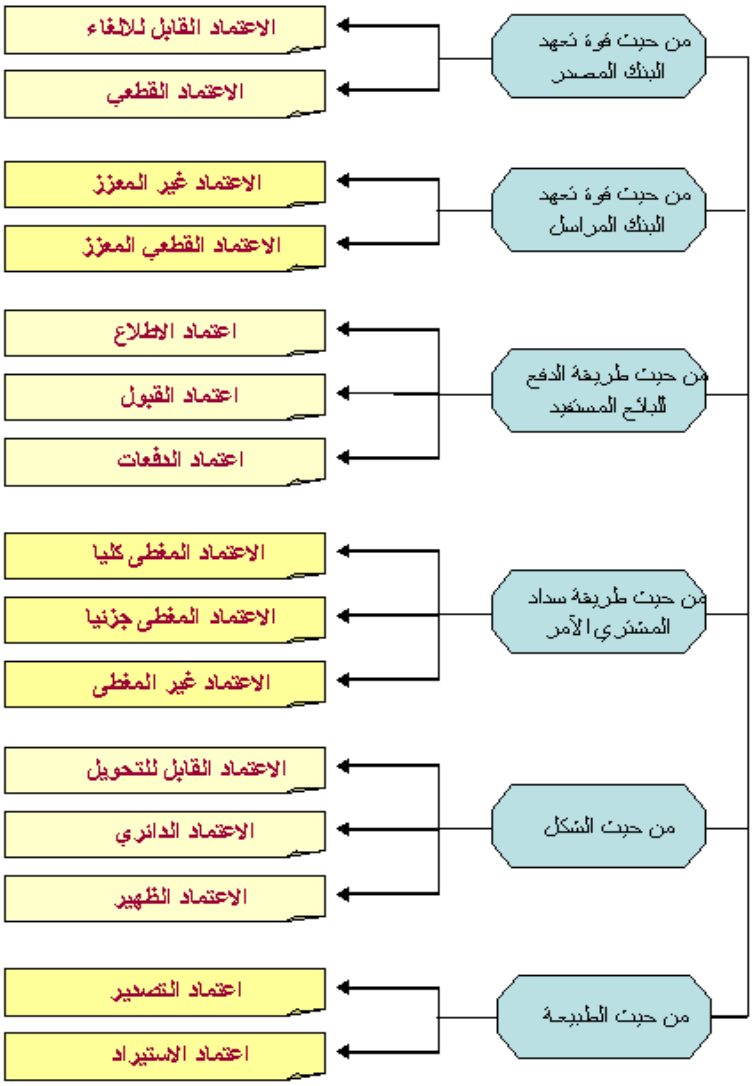
2- الاعتماد المغطى جزئيا

الاعتماد المغطى جزئيا هو الذى يقوم فيه العميل الآمر بفتح الاعتماد بدفع جزء من ثمن البضاعة من ماله الخاص، وهناك حالات مختلفة لهذه التغطية الجزئية مثل أن يلتزم العميل بالتغطية بمجرد الدفع للمستفيد حتى قبل وصول المستندات، أو الاتفاق على أن تكون التغطية عند وصول المستندات، أو أن يتأخر الدفع إلى حين وصول السلعة.

ويساهم البنك في تحمل مخاطر تمويل الجزء الباقي من مبلغ الاعتماد. وتقوم البنوك التقليدية باحتساب فوائد على الأجزاء غير المغطاة، وهي فوائد ربوية محرمة تتجنبها البنوك الاسلامية باستخدام بديل آخر يسمى اعتماد المشاركة.

3- الاعتماد غير المغطى

الاعتماد غير المغطى هو الاعتماد الذي يمنح فيه البنك تمويلا كاملا للعميل في حدود مبلغ الاعتماد حيث يقوم البنك بدفع المبلغ للمستفيد عند تسلم المستندات، ثم تتابع البنوك التقليدية عملائها لسداد المبالغ المستحقة حسبما يتفق عليه من آجال وفوائد عن المبالغ غير المسدد. وتختلف البنوك الاسلامية في كيفية تمويل عملائها بهذا النوع من الاعتمادات حيث تعتمد صيغة تعامل مشروعة تسمى اعتماد المرابحة.



أنواع الاعتمادات المستندية بالمجسم

الفقرة الثالثة: تطبيقات البنوك الاسلامية للاعتماد المستندي

تعتبر الاعتمادات المستندية من الأهمية بمكان لأنها أساس التجارة الخارجية، وسبيل تسهيلها . والبنوك الاسلامة تتعامل مع الاعتمادات المستندية بعد أن خلصتها من الفوائد المحرمة التي تمارسها البنوك التقليدية، وهي على هذا الأساس تقدم ثلاثة أنواع من الاعتمادات هي : اعتماد الوكالة، واعتماد المرابحة، واعتماد المشاركة .

اولا : اعتماد الوكالة

تطبق البنوك الاسلامية اعتماد الوكالة في حالة قيام العميل الآمر بفتح الاعتماد بتقديم تغطية كاملة للاعتماد أي أن المعاملة لا تتضمن تقديم تمويل من قبل البنك . فما يؤديه البنك من خدمات في هذا الموضوع انما يكون بتفويض من قبل العميل، وهو يقوم بها كوكيل عنه . لذلك فإن البنك بالنسبة لفاتح الاعتماد هو كالوكيل بالنسبة لموكله فيما يقوم به ويرجع عنه، وإن كانت هذه الوكالة نظرا لتعلقها بحق الغير (وهو المستفيد) تصبح غير قابلة للنقض إلا بموافقة المستفيد من الاعتماد، وهو ما لا يتعارض من الأسس والقواعد الشرعية حيث تذكر كتب الفقه أنه لا يصح عزل الوكيل إذا تعلق بالوكالة حق الغير، ويعلل الكاساني ذلك بأن العزل في هذه الحالة فيه إبطال حق الغير " من غير رضاه ولا سبيل إليه " .

وهنا يجمع البنك بين صفتي الوكيل والكفيل، ولا يحق له أخذ أجر مقابل الكفالة ذاتها لأن الاجماع منعقد على عدم جواز الأجر على الضمان، ولكن يطيب له أخذ الأجر مقابل الخدمات التى يقدمها بما في ذلك التكلفة التى يتحملها عند اصدار خطاب الاعتماد وما يسبق ذلك من جهد مبذول لدراسة وتقييم أوضاع العميل المالية للتثبت من ملائته وقدرته على الوفاء بالتزاماته.
وعليه يجوز للبنك أخذ الأجر في اعتماد الوكالة سواء كان محددا بمبلغ مقطوع أو بنسبة من مبلغ الاعتماد، أما التزامه تجاه المستفيد فهو من قبيل الضمان لكنه يحصل تبعا ولا يخصص له مقابل بصورة مستقلة مباشرة.
والخطوات العملية لتنفيذ اعتماد الوكالة من قبل البنوك الاسلامية لا يختلف عن الخطوات المعتادة المطبقة بشكل عام والتي تم الاشارة إليه سابقا .

ثانيا : اعتماد المرابحة

كثيرا ما تطبق البنوك الاسلامية اعتماد المرابحة في حالة طلب العميل فتح الاعتماد المستندي دون قدرته على تغطية المبلغ كليا، فيحتاج حينئذ الحصول على تمويل كامل من البنك لشراء ما يحتاجه من السلع والأصول المتوافرة في السوق الخارجي . ويستند اعتماد المرابحة على عقد المرابحة للواعد بالشراء المعروف بالمرابحة المصرفية .

ويشترط في اعتماد المرابحة عدة ضوابط يجب مراعاتها لكي تكون المعاملة مشروعة، منها :

أ- يجب أن يطلب العميل التمويل من البنك بأسلوب اعتماد المرابحة قبل فتح الاعتماد باسمه، وقبل أن يبرم عقد البيع الأصلي مع البائع المصدر.

ب- يصدر العميل وعدا بالشراء للبنك في بداية التعامل، يقوم البنك على أساسه بالاتصال بالبائع لاجراء عملية استيراد السلعة وتملكها.

ت- يجب أن يكون التعاقد لشراء السلعة من البائع مع البنك نفسه، كما يشترط أن يتم فتح الاعتماد باسم البنك لأنه هو المشتري من البائع وليس العميل .

ث- يجب أن تم ابرام عقد بيع المرابحة بين البنك والعميل الواعد بالشراء بعد وصول السلعة وتسلم المستندات من قبل البنك .

ج- يجوز قيام البنك بتظهير مستندات الشحن للعميل المشتري بالمرابحة لكي يتمكن من تسلم السلعة .

ح- لا يجوز للبنك أن يطالب العميل الواعد بالشراء بدفع عمولة عن فتح الاعتماد في حالة اعتماد المرابحة القائم على الأمانة، لأن البنك يفتح الاعتماد لصالحه بصفته المشتري للسلعة . ولكن يمكن للبنك إضافة التكاليف الفعلية المتعلقة بفتح الاعتماد إلى جملة المصروفات، كما يمكنه تحميل المشتري عمولة فتح الاعتماد من خلال ادراجها في التكلفة إذا تم فتح الاعتماد لدى بنك آخر .

ثالثا: الضوابط الشرعية للتعامل بالاعتمادات المستندية

1- جوز للبنك أن يأخذ أجرة على قيامه بالخدمات المطلوبة في اعتمادات الوكالة سواء أكانت مبلغا مقطوعا أم بنسبة من مبلغ الاعتماد.

2- لا يجوز أن يتقاضى البنك عمولة عن فتح الاعتماد في اعتماد المرابحة لأنه يفتح الاعتماد لنفسه، ولكن عندما يجري البنك المرابحة مع العميل يحق له إضافة نفقات الاعتماد إلى تكلفة السلعة محل المرابحة.

3- يجوز أن يتقاضى البنك عمولة عن فتح الاعتماد في اعتماد المضاربة والمشاركة، وتخصم من مصروفات المضاربة أو المشاركة بإعتبارها أعمال خارجة عن العقد المبرم بين الطرفين.

4- يجوز وضع جدول عمولات لفتح الاعتماد متفاوتة المقدار تبعا لتفاوت مبلغ الاعتماد إذا كانت عمليات الاعتماد تتضمن مهام تختلف تبعا لاختلاف قيمة الاعتماد.

5- لا يجوز تقاضي عمولة لفتح الاعتماد على أساس مدة الاعتماد.

6- يجوز تقاضي عمولة عن تمديد صلاحية الاعتماد، ولكنها لا تحسب على أساس المدة أسوة بما هو وارد على عمولة فتح الاعتماد، ويمكن تحصيلها بمبلغ محدد مقطوع عن كل تعديل.

المطلب الثاني : آثار الاعتماد المستندى

إذا أُبرم عقد فتح الاعتماد في اطار تنفيذ المشتري لالتزامه بالوفاء بالثمن ،فإن هذه العلاقة القانونية "عقد الاعتماد المستندي" رغم أنها أتت لتنفيذ عقود بيع دولية فهي كأي تصرف قانوني يجمع بين طرفين يرتب التزامات في ذمة المشتري وأخرى مقابلة في ذمة البنك فاتح الاعتماد و البنك المعزز

الاعتماد المستندى عملية من عمليات البنوك يترتب عليها آثار متعددة بالنسبة لأطرافها، إذا اقتضى تنفيذ الاعتماد تدخل هذا البنك، والآثار التي تترتب على الاعتماد هي مجموعة من الحقوق والالتزامات، بحيث تعتبر حقوق أحد الأطراف التزامات على الطرف لآخر.

الفرع الاول: آثار الاعتماد المستندى على اطراف العلاقة

ونظرا لاختلاف أسس الروابط القانونية التي تربط بين أطراف عملية الاعتماد المستندى، حيث ينظم العلاقة بين العميل الآمر «المشترى» والمستفيد «البائع» عقد البيع، وينظم العلاقة بين العميل الآمر والبنك فاتح الاعتماد عقد فتح الاعتماد، وينظم العلاقة بين البنك فاتح الاعتماد والمستفيد خطاب فتح الاعتماد، أما علاقة البنك فاتح الاعتماد بالبنك المعزز أو المراسل فيحكمها عقد وكالة بينهما، فإن ذلك يؤدى إلى اختلاف آثارها.

الفقرة الاولى: أثار العلاقة العقدية بين العميل الآمر والمستفيد

يرتبط العميل الآمر والمستفيد بموجب عقد بيع يأخذ الأول مركز المشترى والثاني مركز البائع، ولذلك يخضع الطرفين لما يرتبه عقد البيع من آثارطبقا للقانون وما تم الاتفاق عليه بينهما، وطبقا لمبدا رضائية العقود، طالما لم يكن ما تم الاتفاق عليه مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب.

ومن البديهي أن يتم الاتفاق فيعقد البيع على دفع الثمن عن طريق فتح اعتماد مستندى، يحصل البائع «المستفيد» على قيمته من البنك فاتح الاعتماد بمجرد تقديم مستندات معينة أو بعد تقديمها بمدة محددة. وبموجب هذا الشرط الوارد في عقد البيع يلتزم المشترى بالتوجه إلى أحد البنوك ذات السمعة الطيبة ليبرم معه عقد فتح اعتماد مستندى لمصلحة البائع، هذا ما لم يشترط البائع على المشترى فتح الاعتماد لدى بنك معين، حيث يجب في هذه الحالة فتح الاعتماد لدى البنك المعين في العقد دون غيره ولو كان أحسن منه سمعة.

كما يلتزم المشتري بفتح الاعتماد في الميعاد المحدد في عقد البيع، والتزام المشترى بفتح الاعتماد يكون واجب التنفيذ قبل قيام البائع بتنفيذ التزامه، وهو إرسال البضاعة محل البيع وتقديم المستندات المحددة في العقد، ومن هنا يجوز للبائع المطالبة بفسخ عقد البيع إذا لم يقم المشترى بتنفيذ التزامه على النحو الوارد في العقد، وذلك إذا تأخرعنفتح الاعتماد وإبلاغه للبائع في الميعاد المحدد، أو قيام المشترى بفتح لاعتماد لدى بنك غير المتفق عليه، وكذلك يستطيع البائع طلب الفسخ إذا تم فتح الاعتماد في الميعاد ولدى نفس البنك ولكن بشروط تختلف عما هومتفق عليه في عقد البيع فيرفض الاعتماد ويطلب الفسخ على أساس تخلف المشترى عن تنفيذ التزام جوهري في عقد البيع، كأن يكون قد اتفق على تعزيز الاعتماد لدى بنك في بلده ولم يقم البنك فاتح الاعتماد بذلك،إما بخطأ منه أو بناء على أمر العميل »المشترى».

وفي إطار ما يرتبه عقد البيع من آثار يلتزم البائع بنقل ملكية البضاعة المباعة إلى المشترى وكذلك بالتأمين عليها وشحنها، إذا كان البيع - وفق شروط او قواعد الانكوتيرم « INCOTERMS »[479]شرط سيف مثلا - وإرسال المستندات الدالة على ذلك طبقا لما هو محدد في العقد، من حيث وصف المستندات وميعاد تقديمها لأن هذه المستندات تدل على ملكية المشترى للبضاعة، وبالتالي يجوز له التصرف فيها بموجب التصرف في هذه المستندات قبل وصول البضاعة، فإذ ا أخل البائع بهذه الالتزامات يجوز للمشترى طلب فسخ عقد البيع مع إلزام البائع بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ويعتبر من قبيل الخسائر التي تلحق المشترى نفقات فتح الاعتماد المستندى.

وبرغم أن عقد البيع يعتبر هوعقد الأساس بالنسبة العملية الاعتماد المستندى، حيث يتم فتح الاعتماد

[479] هي الشكل المختصر للمصطلحات التجارية الدولية في الشحن والنقل . عقد بيع يتم استخدامها في جميع أنحاء العالم. تم تقديم انكوتيرمز INCOTERMS لأول مرة في عام 1936 من قبل غرفة التجارة الدولية (ICC) تعتبر هذه القواعد مدخل رئيسي في علم النقل واللوجستك.

بواسطة المشترى تنفيذ ا لالتزام وارد في هذ ا العقد،إلا أن علاقة المستفيد «البائع» بالبنك فاتح الاعتماد مستقلة عما يصيب هذا العقد من أحداث قد تؤثر على وجوده، وهذا ما قررته الأصول والأعراف الموحدة في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المنشور 600، حيث أفادت أن الاعتمادات بطبيعتها مستقلة عن عقد البيع أو غيره من العقود، التي تستند إليها عملية الاعتماد المستندى ، والمصارف بأي حال غير معنية أو ملزمة بمثل ذلك العقد حتى لو تضمن الاعتماد أي إشارة بأي شكل إلى ذلك لعقد.

الفقرة الثانية: آثار العلاقة العقدية بين العميل الآمر والبنك فاتح الاعتماد

اولا : مرحلة عقد فتح الاعتماد:

وعقد فتح الاعتماد شأنه في ذلك شأن باقي العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها، فيتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول بين طرفية حيث يعتبر تقدم المشترى «العميل» إلى البنك يطلب فتح الاعتماد وتعتبر موافقة البنك قبولا يتم به إبرام العقد، وطبقا لمبد أ رضائية المعقود فللطرفين أن يضمنا العقد كافة الشروط التي يرونها محققة لأغراضهما،ما لم يكن ذلك مخالفا للنظام العام والآداب العامة ،

قبل تقدم العميل بطلب فتح الاعتماد يتفق مع البائع المصدر على نوعية البضائع وقيمتها وشروط الدفع والتسليم ونفقات الشحن والتأمين عليها وغيرها ،ويحصل المشتري المستورد للبضاعة على فاتورة نموذجية غير نهائية كمستند مبدئي يقوم على أساسه طاب فتح الاعتماد ،[480] أو يقدم عقود البيع والشراء . يتقدم المشتري بهذه المستندات إلى موظف البنك المختص في قسم الاعتمادات المستندية ،وترفق الفاتورة الاولية بطلب التوطين الذ ي يعني تحديد مكان تحقيق وانجاز العقد والاتفاق وبالنسبة للبنك وضع علامة أو رمز أو رقم على فاتورة نموذجية أو على عقد ما، أما التوطين بالنسبة للمستورد فهو عبارة عن اختياره بنك محدد لاتمام عمليات التبادل التجاري الدولي ويعطي البنك العميل رقما محددا لملفه يتضمن نموذجا لطلب التوطين، مرفقا بعقود البيع ووثائق تجارية وجمركية ومالية ...ألخ ويتضمن نموذج التوطين المعلومات التالية- :

- اسم المستورد ونشاطه الممارس وعنوانه ،
- تعيين البضاعة المستورد،
- البنك أو الوكالة البنكية فاتحة الاعتماد،
- رقم التعريفة الجمركية. ،
- الصفقة بالعملة المحلية أو بالعملة الأجنبية. ،
- مصدر البضاعة،
- توقيع المستورد.

يقوم الموظف المختص بوضع كل المعلومات المتعلقة بالمستورد والبضاعة بصيغة موجزة في خانة مخصصة لها في طلب فتح الاعتماد(النموذج ،) تدون المعلومات بكل عناية ودون أي خطأ في نقلها و اذا اقتضى الأمر وأراد المستورد (طالب فتح الاعتماد)ذلك قد يلحق طلب فتح الاعتماد بصفحات أخرى لبيان مواصفات البضاعة كاملة التفاصيل ،والنموذج الذي يملأ تحرر منه ثلاثة نسخ واحدة توجه إلى مديرية عمليات التجارة الخارجية على مستوى المديرية المركزية للبنك ذاته ، ونسخة تبقى لدى الوكالة البنكية والنسخة الثالثة للمستورد .

وقد جرى العرف المصرفي على تحرير عقد فتح الاعتماد وفقا للنموذج الموجود لدى البنك مع إضافة

[480] خالد أمين عبد الله.العمليات المصرفية,دار الوائل للنشر,عمان ,2000 ص, 178214.

البيانات التي تستخلص من اعتماد إلى آخر.

تجمع المستندات في ملف خاص بالعميل ويرسل طلب الاعتماد إلى البنك المراسل أو البنك المبلّغ وتشمل جميع تفاصيل الاعتماد وكيفية صرفه وذلك بالبريد العادي أو بالتلكس أو فول تلكس ،ويتحمل البنك فاتح الاعتماد مسؤولية توافق شروط الاعتماد مع الشروط والأعراف الدولية وتحديد المصرف المبلّغ وذلك للاعتماد هو من اختصاصه أيضا بالإضافة إلى أنه هو الذي يعين المصرف المغطي للاعتماد حسب نص 13و14من النشرة 500.[481]

ومن الضروري أيضا أن يوضح في العقد مدى خضوعه للقواعد الاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، لأن ذلك يساعد على سرعة الفصل في المنازعات التي تثور بين الطرفين بشأن هذ ا الاعتماد. وقد يتضمن عقد فتح الاعتماد شرطا يقتضي تدخل بنك آخرفي بلد المستفيد يقوم بتعزيزالاعتماد ، وهذا البنك قد يحدده العميل "المشترى" أو يترك تحديده لاختيار البنك.

و بعد فحص البنوك للمستندات والأوراق بدقة تمنح لها مدة معقولة للبنك المراسل أو المؤيد وتحديد مهامه ومدى مسؤوليته عن مجرد التبليغ أو تولي تنفيذ الاعتماد المستندي بالدفع والقبول.

وعندما يقبل البنك طلب الآمر ويفتح الاعتماد فإنه ينفذ التزاما عليه تنفيذا للشرط الوارد في عقد البيع المبرم بينه وبين البائع،

ثانيا : أثار فتح الاعتماد على العميل الآمر «المشترى»

إذا كانت الآثار التي يرتبها عقد البيع الدولي لا تختلف كثيرا عن أي عقد أخر في المعاملات التجارية، فإن خصوصية هذا العقد تكمن أساسا في أن تنفيذ من يرتبه من أثار بالنسبة للمشتري ينتج عنه ابرام عقد الاعتماد المستندي، ليفي هذا الأخير بما عليه من ثمن للبضاعة التي اشتراها من البائع المصدِّر لها ،وبإبرام هذا العقد يتدخل الطرف الأساسي في عمليات الاعتماد المستندي وهو البنك فاتح الاعتماد وباقي البنوك الوسيطة في تنفيذ هذا الاعتماد ،وبموجب الاتفاق التعاقدي بين البنك والعميل الأمر تقع على عاتق هذا الأخير جملة من الالتزامات تعتبر حجر الأساس في تنفيذ الصفقة التجارية ككل ،ورغم أن هذه الالتزامات خاضعة بالاساس للاتفاق التعاقدي إلا أن الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية أقرت البعض منها بصفة وجوبية ،خاصة إذا ما تضمن عقد الاعتماد المستندي بند يقر صراحة بالعمل بنصوص المدونة ،لتبقى هذه الالتزامات مبدئيا مكملة لإرادة الأطراف المعاقدة

1- الالتزام بدفع العمولة والمصاريف:

يلتزم العميل الأمر بدفع مبلغ العمولة المحددة في نص الاتفاق وكافة المصاريف التي سيتحملها البنك في إطار هذه العملية، ولولم يتم تنفيذ الاعتماد المستندى لسبب لا يرجع إليه، كعدم تقديم المستفيد للمستندات في الميعاد المحدد.

وأكدت ذلك المادة 18/ج من النشرة 500فنصت على:"الطرف الذي يطلب إلى طرف آخر أن يؤدي له خدمة يكون ملزما بسداد المصاريف) 1)والعمولات والأتعاب والتكاليف التي يتحملها الطرف

[481] أوعتروس عبد الحق , مرجع سابق, ص110.

الأخر بسبب تأدية هذه الخدمة. "

2- الالتزام برد المبالغ التي دفعها البنك:

يلتزم العميل بأن يرد للبنك جميع المبالغ إلى تكبدها في سبيل تنفيذ الاعتماد ، ويأتي في مقدمة هذه المبالغ ما تم دفعة إلى المستفيد» ويدخل ويدخل ضمن المصاريف أجور البرقيات والمراسلات البريدية مع المستفيد أو البنك الوسيط ،وتستحق العمولة والمصاريف قبل تنفيذ الاعتماد بإصدار خطاب الاعتماد إلى المستفيد ، وعمولة البنك المعززإنوجد.وتعتبر العمولة مقابلا عن احتجاز البنك مبلغا في خزينته لصالح المستفيد لتنفيذ العملية إذا تقدم المستفيد بالمستندات المطلوبة [482].

ويلحق بالالتزام السابق التزام آخر مفترض وهوالتزام العميل باستلام المستندات الخاصة بالبضاعة من البنك في أقرب وقت فور تسلم الأخير لها من المستفيد ودفع أو قبول أو خصم) 1)الكمبيالة التي يسحبها المستفيد عليه ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بعد إخطاره بوجودها في حيازة البنك لأن استلام المستندات يرتبط برد المبالغ إلى البنك 2» التي كانت تحت تصرف العميل الأمر ما يمثل ثمن البضاعة المستوردة. .

، الجدير بالذكر في هذا الصدد أن تلقي المستندات ليس التزاما بمعنى الكلمة فليس له جزاء مدني في ذاته إلا من حيث إلزام الأمر بدفع قيمة) 2)المستندات إلى البنك ونقل تبعة الهلاك إليه [483].

أ- ضمانات البنك لاسترداد المبالغ التي دفعها تنفيذا للاعتماد:

قد يحصل البنك على ضمانات اتفاقية، كرهن أو كفالة يقدمها العميل عند إبرام عقد فتح الاعتماد، بغرض التنفيذ عليها واسترداد المبالغ التي دفعها تنفيذا للاعتماد في حالة عدم قيام العميل برد هذه المبالغ اختيارا.

وينفذ العميل التزامه هذا بحسب الاتفاق المبرم في الميعاد المتفق عليه في عقد الاعتماد واذا تقاعس أو تردد العميل الأمر في تنفيذ التزامه بالدفع فهنا جاز للبنك أن يطلب الإذن ببيعها، واستيفاء مستحقاته من ثمنها، لأن يده عليها تعتبر في حكم يد الدائن المرتهن رهنا حيازيا.[484]

كما يجوز للبنك حبس المستندات الممثلة لهذه البضاعة حتى يقوم العميل بدفع قيمتها إلى البنك طبقا لشروط عقد فتح الاعتماد ، وإلا ومن الجدير بالذكر أنه إذ ا هلكت البضاعة أثناء نقلها فإن حق البنك ينتقل إلى مبلغ التأمين المستحق، وبالتالي يستطيع البنك مطالبة المؤمن بدفعه بموجب وثيقة التأمين على البضاعة الموجودة ضمن المستندات التي تحت يد البنك.

ثالثا ، التزامات البنك فاتح الاعتماد:

الأمر بموجب عقد الاعتماد يلتزم البنك في مواجهة العميل باتخاذ كامل إجراءات فتح الاعتماد التي يتم تحديدها ، وفقا لتعليمات العميل الأمر حتى وان كانت هذه الشروط مخالفة للشروط الواردة في عقد البيع ، المبرم بين العميل والمستفيد ، والذي لا يمثل أهمية بالنسبة للبنك ـ لأنه لم يكن طرفا فيه طبقا لقاعدة الاستقلالية، حيث يتم تفريغ شروط عقد الاعتماد في مستند بنكي أخر

---

[482] عزيز العليكي ,مرجع سابق , ص432.
[483] محي الدين إسماعيل علم الدين ,مرجع السابق, ص 801
[484] أحمد محمد أبو الروس, مرجع سابق , ص364.

يسمى خطاب الاعتماد، يتم توجيهه إلى المستفيد في محل إقامته سواء مباشرة أو من خلال بنك وسيط في بلد هذا المستفيد ـ يسمى البنك المراسل ، فيتعين على العميل أن يحدد بدقة اسم المستفيد ومحل إقامته حتى يتم تبليغه شخصيا من طرف البنك ،وتحدد في الخطاب أيضا كامل التعليمات المتعلقة بفتح الاعتماد، من حيث القيمة أي مبلغ الاعتماد ومدته وشروطه ومدى تعزيزه والبنك الوسيط المكلف وجميع المستندات المثبتة للبضاعة[485] .

وهنا ينبغي على البنك أن لا يتعسف عند رفضه فتح الاعتماد رغم سلامة المركز المالي للعميل وتقديمه لكامل الضمانات التي تغطي مبلغ الاعتماد ،ويمكن مساءلة المصرف على أساس المسؤولية التقصيرية ، إذا ما تعسف المصرف في عدم فتح الاعتماد وتضرر العميل الآمر من ذلك ، خاصة إذا ما فوت تعسف المصرف الفرصة على العميل في إبرام الصفقة وتفويت الربح عليه، نتيجة عدم تمكن الأخير من فتح الاعتماد لدى مصرف أخر.

واذا ما تمت اجراءات فتح الاعتماد ، وجب علي البنك أن يبلغ المستفيد بخطاب يفيد فتح الاعتماد، بأن البنك المصدر قد فتح لصالحه وبأمر العميل اعتمادًا في حدود مبلغ معين له أن يقبضه أو يسحب عليه كمبيالات مستندية في المدة المتفق عليها.

و خطاب الضمان يجب ان يصدر مكتوبا ، بحسب ما نصت عليه المادة 5/104 بقولها " يجب ان يكون الاعتماد مكتوبا و موقعا من المصدر ..." في حين أن النشرة 500 لم تنص صراحة بوجوب صدور الاعتماد مكتوبا و ان كان يستفاد من نصوص النشرة ضرورة أن يكون العقد مكتوبا .

بعد إبرام عقد فتح الاعتماد أول التزام يقع على عاتق العميل الآمر هو الإبقاء على أوامره التي طلب بموجبها فتح الاعتماد من البنك بمجرد وصول خطاب فتح الاعتماد إلى المستفيد لا يجوز إلغاؤه أو تعديله سواء بناء على طلب العميل أو بمحض إرادة البنك، إلا موافقة جميع ذوى الشأن فيه، ومنهم المستفيد بطبيعة الحال ، و هذا طبعا إلا في حالة الاعتماد القابل للالغاء الذي أشترط أن يعدل في شروطه قبل انتهاء المدة المحددة للاعتماد فيه أن يأتي سابقا لبدء تنفيذ البنك فاتح الاعتماد أو الوسيط لالتزاماته تجاه المستفيد.

1- الالتزام بفحص المستندات:

بعد تسلم البائع لخطاب الاعتماد يسلم المستندات المختلفة للبنك المراسل والموكل بتسليم المستندات إلى البنك فاتح الاعتماد الذي يسلمها بدوره للمشتري في مقابل الدفع أو قبول الكمبيالة المستندية[486] . وهذه المستندات يحددها المشترى في عقد فتح الاعتماد ويذكرها البنك في خطاب فتح الاعتماد الذي أرسله إلى المستفيد.[487]

والتزام البنك بفحص هذه المستندات ، حظي باهتمام كبير من جانب القواعد الناظمة للاعتمادات المستندية، لأنها أساسية في توفير الثقة والاطمئنان في التعامل بالاعتماد المستندي حيث أوجدت النشرة 500في المادة 13و اتفاقية ISP 98 واتفاقية Uncitral نظاما وقائيا على المصارف اتباعه عند فحص المستندات والتدقيق فيها حتى تتحلل من مسؤوليتها عن

---

[485] عباس محمود المصري ,مرجع سابق, ص 50.

[486] Jean-Louis River-Lange Moniaque.Contamine-Raynand-Droit Bancaire.Dallos Delta.Liban.1995..p 703. -

[487] محي الدين اسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك ج 2،شر كة مطابع الطناتي ، مصر،1989، ص 777 .

عـدم مطابقــة المســتندات لشــروط عقــد الاعتمــاد المستندي [488].

ويمكن إجمال القواعد العامة لفحص المستندات في ا لآتي :

أ- **يجب على البنك التقيد بآجال تقديم المستندات**

وقد أوجبت الفقرة «د» من المادة السادسة من القواعد الموحدة «المنشور 0 0 6» أن تنص جميع الاعتمادات على تاريخ انتهاء صلاحيتها ومكان تقديم المستندات للدفع أو القبول، ويعتبر هذا التاريخ هو تاريخ انتهاء مدة تقديم المستندات، أي أنه يجب تقديم المستندات قبل هذا التاريخ و وطبقا للمادة الثالثة من المنشور 600 المتعلقة بالتفسير، فإنه إذا لم يحدد البنك ميعاد بداية صلاحية الاعتماد وتقديم المستندات، كأن ينص على صلاحية الاعتماد لمدة شهر أو شهرين مثلا، اعتبر تاريخ إصدار خطاب الاعتماد هو اليوم الأول لبدء سريان المدة المذكورة، ومن المستحسن ألا تشجع البنوك تحديد الميعاد بهذه الطريقة ولكن ينبغي تحديد يوم معين لبداية الاعتماد ونهايته، وذلك منعا لما يثار من مشكلات في هذا الشأن.

ويجب كذلك أن يحدد الاعتماد أقصى فترة يمكن أن تمر بين شحن البضاعة وتقديم المستندات إلى البنك، فاذا لم ينص الاعتماد على مثل هذه الفترة، لا يقبل البنك المستندات المقدمة إليه بعد مضى 21 يوما من تاريخ الشحن، مالم تكن مدة صلاحية الاعتماد مازالت قائمة «المادة 14 فقرة "ج" من نفس المنشور ، وإذا كان آخر يوم في مدة صلاحية الاعتماد، أو آخر الفترة المحددة لتقديم المستندات على النحو السابق، يوم عطلة، امتد الميعاد إلى يوم عمل بعد هذا اليوم، وفي هذه الحالة يجب على البنك الذي قدمت إليه المستندات أن يؤشر عليها بما يفيد تقديمها خلال الميعاد الممتد « المادة 29 من المنشور 600».

لا يكون البنك ملزما بقبول المستندات المقدمة خارج ساعات العمل طبقا للمادة 33من نفس المنشور.

وكذلك لا تتحمل البنوك أي التزام أو مسئولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو فقدان الرسائل أو المستندات المرسلة بالبريد أو بوسائل الاتصال الحديثة «المادة 3من المذشور600»

ب- **مطابقة المستندات المقدمة لما جاء في خطاب فتح الاعتماد.**

يتعـين علــى البنــك التأكــد مــن أن المســتفيد قــدم كــل المســتندات والوثائق المبينة في خطـاب فتح الاعتمـاد وذلـك قبـل الوفـاء بالـدفع أو القبـول .

وقبــل البــدء فــي فحــص المســتندات يتعــين علــى البنــك التأكــد مــن أن المســتفيد قــدم كــل المســتندات والوثائق المبينة في خطـاب الاعتمـاد وذلـك قبـل الوفـاء بالـدفع أو القبـول[489] . كون البنك غير ملزم بالوفاء وكذلك يجب التأكد من عدد النسخ المطلوبة.

تحـدد هـذه المسـتندات عـادة فـي خطـاب الاعتمـاد وفقـا لتعليمـات العميـل الأمـر، أمـا إذا لـم تحـدد فإن الأمـر يقتصـر علـى تقديم البـائع لسند الشـحن والفـاتورة التجاريـة ووثيقـة التـأمين ، ويؤكـد الفقـه والقضـاء مـع موافقة التنظيمات القانونية لهما فـي إطـار الاعتمـادات المسـتندية علـى أن فحـص المصـرف

---

[488] عباس محمود المصري , مرجع سابق , ص132.

[489] وهـذا مـا أقـره القضـاء البريطـاني فـي قضيةJ.H.Rayner and Co.ltd & Hambros Bank ": بقولـه يجـب علـى البـائع تقـديم المسـتندات المحـددة تمامـا في عقد الاعتمـاد واذا لـم يفعـل ذلـك فإنـه يجـب علـى المصـرف عـدم الوفـاء بقيمـة الاعتمـاد والسـبب فـي ذلـك يعـود إلـى أن كـل مسـتند يخـدم غايـة معينـة لـدى العميـل الأمـر وليس للمصـرف الاجتهـاد علـى تعليماتـه كأن يقبل مسـتندات مشـابهة للمسـتندات التـي نـص عليهـا الاعتمـاد بـل يجـب أن تكـون المسـتندات نفسـها التـي ,ذلك لأن كل مستند يخدم غاية محددة في الاعتماد واذا لم يقدم المستفيد المستند المطلـوب (4 (نص عليها "ي

للمستندات يكون بالعناية المعقولة لمدى مطابقتها الظاهرية لشروط الاعتماد حيث نصت المادة 13من النشرة 500 "يجب على البنوك أن تفحص جميع المستندات المطلوبة بالاعتماد بعناية كافية للتأكد من أنها في ظاهرها تطابق شروط الاعتماد ونصوصه مع ملاحظة أن المطابقة الظاهرية للمستندات على شروط ونصوص الاعتماد سوف تتم وفقا للمعايير والقواعد المصرفية الدولية كما تعكسها هذه المواد[490]"

و يستنتج من ذلك أن البنك غير ملزم بالبحث في عناصر خارج عبارات المستندات والاستناد إليها لرفض المستندات كالبحث في معلوماته المستمدة من العرف المصرفي أو من عقد البيع ،وليس من حق البنك كذلك التأكد من صدق الأوراق المقدمة في حين أنه ملزم بالتأكد من صحة المستندات بمطابقتها مع الشروط الواردة في خطاب الاعتماد . والبنك فاتح الاعتماد في هذا الإطار قد يستعين ببنوك أخرى وسيطة لفحص المستندات مثل البنك المعزز للاعتماد في بلد المستفيد .

وفي هذا الصدد تقاس طريقة الفحص للمستندات بمعيار المستوى الدولي للممارسة المصرفية ،وهذا المعيار ينطوي على بعض التشدد بالنسبة للبنوك في العالم الثالث إذ أن الفرق شاسع بين تقنيات البنوك في هذه الدول ومثيلاتها في دول العالم المتقدمة ، في حين أن التعديل الذي أجري سنة 1983بموجب النشرة 400 كان يعتمد معيار بذل العناية المعقولة من البنك العادي أثناء فحص المستندات ،ويعتبر هذا المعيار أكثر ملائمة مع القواعد العامة للتنظيم الداخلي لأي دولة لأنه يتوافق مع معيار الرجل العادي في تنفيذ العقود .

وقد نصت المادة 13من النشرة 500 على أنه :" سوف تتاح للبنك فاتح الاعتماد والبنك المعزز للاعتماد أو لأي بنك يعين للعمل نيابة عنهما ، فترة زمنية معقولة لا تتعدى سبعة أيام عمل لدى البنوك ،تبدأ من اليوم التالي لاستلام المستندات ،وذلك لفحص هذه المستندات وتقرير ما إذا كان سيقبل تلك المستندات أو سيرفضها وأن يبلغ النتيجة للطرف الذي تسلم منه المستندات . " وتعتبر هذه المدة وجو بيه لاتخاذ القرار .

منحت المادة» 14/ب من المنشور. 600» للبنك مدة أقصاها خمسة أيام عمل مصرفي تلي يوم تقديم المستندات لتحديد ما اذا كانت المستندات مطابقة أو غير مطابقة، وفي الحالة الأخيرة يجوز للبنك أن يتصل بالعميل للاستطلاع رأيه بشأن سبب عدم المطابقة، ويجوز له رفض تنفيذ الاعتماد، وفي هذه الحالة يجب عليه إخطار مقدم المستندات بالرفض طبقا للمادة السادسةعشرةمن الأصول والأعراف الموحد « المنشور.600».

. إن التزام البنك بقبول مستندات مطابقة يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة وليس مجرد بذل عناية فقط، والتزام البنك بالقبول يستوجب عليه الدفع والوفاء بما تعهد به في مواجهة البائع، أما إذا ثبت له تزوير أو تزييف المستندات وبدا عدم مطابقتها لخطاب الاعتماد فإنه يلتزم برفض القبول أو الخصم أو أداء قيمة الكمبيالة يتبين بأن الرفض قد يقام لعدة أسباب نذكر منها - :

---

490 صدر قرر القضاء البريطاني تأييد موقف المصرف الذي تمسك بمبدأ المطابقة الظاهرية التامة ذلك أن عقد الاعتماد تطلب صدور شهادة نوعية من قبل خبراءExperts ولكن قام المستفيد بتقديم شهادة نوعية صادرة من خبير Expertوهذا ما يخالف أهم مبدأ من مبادئ عقد الاعتماد),وفي نفس الإطار عن القضاء الأمريكي عام1995 أن معيار فحص المستندات هو معيار المطابق الظاهرية التامة وهذا ما يمنع المصرف من الاجتهاد على تعليمات العميل الأمر بفتح الاعتماد في قضيةCitiBank & Corp Wade). لمزيد من التفاصيل والقرارات في الموضوع أنظر:أكرم ابراهيم حمدان الزعبي , مرجع سابق , ص66وما بعدها.

- تقديم المستندات بعد انتهاء فترة صلاحية الاعتماد - تقديم فاتورة تزيد عن قيمة الاعتماد - .تقديم المستندات بعد فترة طويلة من شحن البضاعة - . عدم تطابق المستندات فيما بينها مثل اختلاف أرقام البضاعة أو أوصافها في المستندات - .التأمين على البضاعة بمبلغ يقل عن القيمة التي حددها الاعتماد أو يقل عن القيمة التي نصت عليها الفاتورة التجارية - . إذا كان تاريخ بوليصة التأم ين متأخر ً ا عن تاريخ سند الشحن - . عدم شمول التأمين لجميع الاخطار التي نص عليها خطاب الاعتماد أو الأخطار التي تقضي بها العادات والأعراف التجارية في حالة عدم وجود نص صريح يحدد هذه الأخطار في عقد الاعتماد - .وجود كشط أو تحشير غير موقع عليه في المستندات

يمكن للبنك لمثل هذه الأسباب أن يرفض أداء أو قبول الوفاء بالكمبيالة المستندية للبائع ولا يتحمل في سبيل ذلك أية مسؤولية تجاه البائع او العميل.

ت- التزام البنك بتسليم المستندات للعميل الأمر

بعد فحص البنك للمستندات المقدمة إليه من البائع أو من البنك المراسل وتأكده من مطابقتها لشروط عقد الاعتماد يلتزم البنك في مواجهة عميله بتسليمه هذه المستندات في مقابل تنفيذ هذا الأخير التزامه تجاه البنك دفع قيمة الاعتماد وفقا للشروط المنظمة لذلك في عقد الاعتماد الأصلي سواء بتغطية المبلغ نقديا بالكامل أو من خلال أقساط أو بأي وسيلة أخرى يتفق عليها الطرفإن هذا بالإضافة لمصروفات العقد والعمولة المقررة للبنك والفائدة المقررة إن وجدت [491]،

. وبتسليم العميل الأمر المستندات عليه الاطلاع عليها وفحصها والتدقيق في مدى مطابقتها لشروط عقد البيع المبرم مع البائع ،وذلك زيادة في التأكيد من تنفيذ البائع لالتزامه بموجب عقد البيع ،وبعد فحصها على العميل أن يتخذ قراره بقبولها أو رفضها خلال الأجل المعقول الممنوح له للفحص ،على أنها إذا كانت غير مطابقة لشروط الاعتماد ولم يعترض العميل على ذلك فإن سكوته يعتبر قبولا للأخطاء التي ارتكبها البنك في تنفيذ التزامه بفحص المستندات ، مما يفوت الفرصة للعميل الآمر الرجوع على البنك بعد ذلك. [492]

أو بعبارة اخرى بعد التأكد من مطابقة المستندات وقبولها يتسلمها المشتري من البنك ،وذلك ليتمكن من تسلم البضاعة الممثلة لها ،وهنا تنتقل المسؤولية على المستندات من البنك إلى العميل الآمر الذي يتحمل مسؤولية ضياعها أو تلفها في الطريق ، وهذا ما يتفق مع نص المادة 12من النشرة 500 .وتقع مسؤولية فقدان المستندات على المشتري أيضا إذا تم ذلك أثناء مرحلة انتقالها من البائع إلى البنك الوسيط أو المصدر للاعتماد إذا كان البائع قد فوض طبقا للاتفاق بإرسالها بواسطة البريد ،ويمكن للمشتري أثناء إبرام عقد الاعتماد أن يشترط عدم مسؤوليته عن ضياع المستندات ولكن نادرا ما تقبل البنوك مثل هذا الشرط

رابعا: انتفاء مسؤولية البنك فاتح الاعتماد

1- عن ظروف الإرسال أو سوء في الترجمة

بناءً على المادة 35 من الأصول و الأعراف الموحدة لا يتحمل البنك أي التزام أو مسئولية عن النتائج الناجمة عن التأخير أو الفقدان خلال الإرسال أو التشويه أو أي أخطاء أخرى ناجمة عن إرسال أو

---

[491] عباس مصطفى المصري, مرجع سابق , ص57

[492] عزيز العليكي ,مرجع سابق , ص 136.

تسليم أية رسائل أو مستندات، وذلك إذا كان البنك قد إرسالها أو نقلها طبقا لمتطلبات الاعتماد، أوإذا كان البنك قد اختار طريقة الإرسال المناسبة في حالة عدم وجود تعليمات خاصة من العميل بهذا الشأن.

وإذا كان البنك فاتح الاعتماد قد فوض بنكا آخر« البنك المسمى» لاستلام مستندات الاعتماد، فقام هذا البنك بالاستلام واعتبر تقديم المستندات مطابقا، ثم قام بإرسالها إلى البنك فاتح الاعتماد أو البنك المعزز، فإن أي من هذين البنكين يلتزم بما قام به البنك المسمى تجاه المستفيد من الاعتماد « سواء بالوفاء أو بالتداول أو بالتغطية» حتى لو ضاعت هذه المستندات التي استلمها البنك المسمى وهي في طريقها منه إلى البنك فاتح الاعتماد أو البنك المعزز، أوهي في طريقها بين البنكين الأخيرين.

كما لا يلتزم البنك بأي التزام أو مسئولية عن أخطاء الترجمة أو التفسير للمصطلحات الفنية، ويجوز للبنك أن يمرر مصطلحات الاعتماد دون ترجمتها. ويبدو الحكم منطقيا لأن المسئولية عن هذه الأعمال تقع على طرفي الاعتماد.

2- عدم المسئولية عن نتائج القوة القاهرة

طبقا للمادة 36 من الأصول والأعراف الموحدة ، لا يتحمل البنك أي التزام أو مسئولية عن النتائج الناجمة عن انقطاع أعماله بسبب القضاء والقدر أو أعمال الشغب أو الاضطرابات المدنية أو التمرد أو الحروب أو أعمال الإرهاب أو أي إضرابات أو غلق تعجيزي أو أي أسباب أخرى خارجة عن سيطرته.

وتطبيقا لذلك لا يجوز إلزام البنك- بعد زوال القوة القاهرة واستئناف أعماله- بتنفيذ أي اعتماد انتهت مدته خلال فترة انقطاع أعماله بسبب تلك الأحداث. وذلك ما لم يتلق تعليمات جديدة من العميل بتنفيذه مثلا.

3- عدم مسئولية البنك عن نتائج تنفيذ التعليمات الصادرة إليه

قررت المادة السابعة والثلاثين من الأصول والأعراف الموحدة عدم مسؤولية البنك عن الأفعال التي يقوم بها أحد الأطراف بناء على تعليمات تلقاها هذا البنك المنفذ. فالبنك الذي يلجأ إلى خدمات بنك آخر بغرض تنفيذ تعليمات طالب إصدار الاعتماد، يقوم بذلك لحساب وعلى مسئولية هذا الطالب. كما لا يتحمل البنك فاتح الاعتماد أو البنك المبلغ للاعتماد أي التزام أو مسئولية إذا لم يتم تنفيذ التعليمات التي أرسلها المصرف آخر، حتى لو كان هو الذي قام باختيار ذلك البنك الآخر.

ويكون البنك الذي أصدر تعليمات إلى بنك آخر لتأدية خدمات مسئولا عن أية عمولات أو رسوم أو تكاليف أو مصاريف يتكبدها ذلك البنك نتيجة هذه التعليمات.

الفرع الثالث: العلاقة بين البنك والمستفيد

الفقرة الاولى : الأساس القانوني للعلاقة بين البنك والمستفيد:

تنشأ العلاقة بين البنك والمستفيد بمجرد وصول خطاب فتح الاعتماد إلى المستفيد. ويتضمن تعهد الأول بأن يدفع للثاني قيمة الاعتماد «ثمن البضاعة» أو قبول كمبيالة أو خصمها، بشرط أن يقوم بتقديم مستندات معينة خلال مدة محددة. ، و اذا تم ابرام هذا العقد يرتب أثره الجوهري وهو ثبوت حق مباشر للبائع يلتزم به البنك بموجب تعهد الذي يلتزم به في عقد الاعتماد المستندي المبرم مع المشتري، والذي يتخذ صورة خطاب اعتماد إذا ما قام صحيحا وفق شروط محددة سلفا يرتب أثاره الملزمة بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه ودون تعديل أو إلغاء من البنك

ويعتبر التزام البنك تجاه المستفيد التزام إرادته المنفردة التي عبر عنها في خطاب فتح الاعتماد. وبذلك تزداد

ثقة المستفيد في الحصول على حقوقه الناشئة عن عملية البيع الدولي للبضائع، حيث يكون لديه مدينين أصليين:

- الأول هو المشترى وأساس التزامه هو عقد البيع؛
- والثاني هو البنك فاتح الاعتماد وأساس التزامه هو خطاب الاعتماد.

وكلا الالتزامين مستقل عن الآخر، ومن ثم فما يلحق بأحدهما من عيوب تؤدى إلى بطلانه أو عدم تنفيذه لايؤثر على صحة وتنفيذ الالتزام الآخر طالما كان خاليا من العيوب الخاصة به.

وهذا التصرف القانوني رغم أنه أتى لتنفيذ عقد الاعتماد المستندي كأثر مباشر له، إلا أنه كان أهم مسألة أثارت الجدل الواسع وما تزال حول الطبيعة القانونية أو الأساس القانوني لالتزام البنك تجاه المستفيد البائع و حدود هذا الالتزام

1- طبيعة حق المستفيد في مواجهة البنك:

يكون التزام البنك في حالة الاعتماد المستندى البات قطعيا ومباشرا قبل المستفيد ،وكل حامل حسن إلنية للصك الذي سحب تنفيذا للعقد الذي فتح الاعتماد بسببه.

أ- **هو حق مباشر للمصدر له،** ويعرف خطاب الاعتماد بأنه " الصك الذي يُصدره البنك استجابة لطلب العميل بإنشاء الاعتماد محددًا فيه (نقلا عن طلب العميل، حق المستفيد ، والشروط التي يمكنه بمقتضاها) ،فهذا الخطاب يوجهه البنك إلى المستفيد وينشئ حقا لهذا الأخير في قبض و الحصول على هذا الحق مبلغ معين إذا ما قدم المستندات المحددة في الخطاب [493]وله أهمية كبيرة لأنه هو الذي يحدد مضمون التزام البنك وحقوق المستفيد،وهو ليس ورقة تجارية لأنه يصدر شخصيا فلا يمكن استحقاقه وهو يسمح فقط لحامله أن يسحب كمبيالة مستندية على البنك فاتح الاعتماد ، خطاب الاعتماد الصادر من البنك، مما يجعل البنك مدينا أصليا تجاه المستفيد بتنفيذ الاعتماد. و بهذا لا يعتبر البنك كفيلا أو ضامنا أو وكيلا عن العميل في الوفاء بالثمن، ولكنه يقوم بتنفيذ الاعتماد، سواء بالدفع أو القبول أو الخصم، باعتباره مدينا أصليا، ولهذا لا يكون لالتزام البنك صفة الوفاء بثمن المبيع.

ب- **هو حق نهائي و بات** »إذا كان الاعتماد غير قابل للإلغاء وهذا هو الوضع الغالب» بما يعنى أنه لا يجوز للبنك أن يلغيه أو يعدل من شروطه إلا بموافقة جميع ذو الشأن فيه ومنهم المستفيد، سواء كان ذلك التعديل أو الإلغاء من تلقاء ذات البنك أو بناء على أوامر العميل فاتح الاعتماد «المشترى».

ت- **يعتبر حقا مستقلا**:يعتبر المصدر هو المرجع الوحيد لحق المستفيد في قبض الثمن وأساس التزام البنك تجاهه مباشرة يقوم بهائيا وباتا بمجرد وصوله إلى علم الوجه إليه (المستفيد) ويصبح لهذا الحق حياة قانونية خاصة ومستقلة تماما عن أي علاقة تعاقدية أو رابطة أخرى.

طبقاً للمادة الرابعة من لمنشور..600» عن عقد البيع أو غيره من العقود التي قد يستند إليها الاعتماد، رغم أنه العقد الذي يحكم علاقة المستفيد «البائع بالعميل المشترى»،وعن علاقة البنك (فاتح الاعتماد)

[493] George Ripert &Reme Roblot.Traite Droit Commercial.Librairgenerale de Jurisprudence.Paris.1996.p 449 .

بالعميل (المشترى) التي يحكمها عقد فتح الاعتماد المستندى، ويترتب على ذلك نتائج هامة وتثيركثيرمن اشكالات وهى:

2- لا يجوز للبنك الامتناع عن تنفيذ الاعتماد إلى المستفيد لأسباب تتعلق بعقد البيع، وبذلك يظهر بأن التزام البنك مستقل تماما عن الترتيبات التعاقدية الأخرى وهذا ما يمثل أكبر ضمانة للبائع ، فحق المستفيد بجملته مستقل عن العلاقة التي تبرم بين البنك والعميل الأمر بموجب عقد الاعتماد ،ويستقل ،ومن ثم لا يمكن للبنك الامتناع عن حق المستفيد عن العلاقة القائمة بينه وبين المشتري العميل الأمر التنفيذ

3- ولا للبنك التعديل بحجة أن عقد الاعتماد فسخ أو أبطل لأن التزامه تجاه البائع مستقل في مصدره ومصيره عن التزامه تجاه العميل

ان درجة استقلال علاقة المستفيد والبنك عن عقد البيع تصل إلى حد استمرار التزام البنك بتنفيذ الاعتماد إلى المستفيد حتى ولو كان العقد باطلا أو لم تنفذ شروطه.

لأن البائع بطلبه دفع المبلغ من البنك ليس بوصفه ثمنا يدين به المشتري، في مقابل تنفيذ التزامه بتسليم المبيع كبائع له حق في الثمن وانما بوصفه صاحب حق بموجب تعهد البنك الصادر في خطاب الاعتماد وليس بموجب عقد البيع لأن البنك لم يكن طرفا فيه.

ويلاحظ مما تقدم أن استقلال خطاب الاعتماد أدى إلى ظهور ما يمكن أن نسميه بقاعدة حظر الدفوع .

حتى و ان إذا قدم المستفيد المستندات المطلوبة وكان تطابقها مع الاعتماد نتيجة غش ارتكبه المستفيد، مثل تزوير المستندات بطريقة لم يستطيع البنك اكتشافه، أو كانت المستندات لا تتفق مع الحقيقة .

و في هذه الحالة استقر الفقه والقضاء على حق العميل الآمر «المشترى» في تعطيل تنفيذ الاعتماد المستندى، متى استطاع العميل إثبات ذلك، لأن الغش يفسد كل شيء .

ومع ذلك لا يجب الخلط بين عدم التنفيذ بسبب الغش وبين عدم تنفيذ المستفيد لعقد البيع الذي يحكم الذي يشوبه عيب عقدي مهما كانت صفته ، حيث لا يخوله ذلك حق طلب وقف تنفيذ الاعتماد المستندى، لأنه مستقل عن عقد البيع، وإنما عليه أن يرجع على المستفيد طبقا لشروط عقد البيع الاصلي .

4- لا يجوز للبنك رفض المستندات التي قدمها إليه المستفيد بسبب عدم مطابقتها لعقد فتح الاعتماد، و خصوصا بعد صدور خطاب فتح الاعتماد لأن حق المستفيد تجاه البنك ينشأ من وقت أصدره من البنك وإرساله إليه وليس من عقد فتح الاعتماد الذي لم يكن المستفيد طرفا فيه. ومن هنا يلتزم البنك بقبول المستندات طالما كانت مطابقة لما جاء في خطاب فتح الاعتماد»1».

الفرع الرابع: آثار الاعتماد بالنسبة للبنك المعزز

إذا كان حق المستفيد المباشر والمستقل تجاه البنك قد يبدو واضحا بموجب خطاب الاعتماد المبين لمدى هذا الحق وحدوده ، فإن دخول بنوك أخرى وسيطة في تنفيذ العملية قد يزيد من تشعب العلاقات وتشابكها خاصة إذا كانت تعليمات العميل الأمر تقضي بتعزيز و تبليغ الاعتماد من قبل بنك في بلد المستفيد ،وهذا ما يزيد من ضمانات البائع في العملية التجارية ،فيظهر في التعامل إلى جانب البنك الأصلي فاتح الاعتماد البنك المعزز للاعتماد واذا

كان للبنك المصدر فرع أو أحد الوكلاء في بد المستفيد فإن الفرع أو الوكيل يمثل في الغالب البنك المبلغ للاعتماد.

وقد يكون تدخل البنك بقصد تأييد أو تعزيز الاعتماد، وفي هذه الحالة يسمى "البنك المؤيد أو المعزز" ؛ وقد أضاف المنشور 600 وصف ثالث هو" البنك المسمى". وقد جرى عمل البنوك على تسمية البنك الثاني بالبنك المراسلفي الحالتين رغم أن مركز البنك يختلف من الناحية القانونية في كل حالة على حدى.

الفقرة الاولى : البنك المراسل،

أثناء تنفيذ الاعتماد المستندي بإرسال خطاب الاعتماد إلى المستفيد غالبا ما يتم تبليغه بواسطة بنك وسيط هو البنك المُبلغ، وفي هذه الحالة يسمى "البنك المراسل" الذي ينحصر دوره في تبليغ الاعتماد فقط دون أن يتحمل عبء دفع قيمة الاعتماد،والبنك المبلغ يلتزم في تبليغه بذل العناية المعقولة أثناء فحصه لظاهر خطاب الاعتماد الذي سيبلغه للمستفيد وذلك طبقا لنص المادة 7 /أ من النشرة 500 ":قد يبلغ الاعتماد المستندي للمستفيد من خلال بنك آخر (البنك المبلغ)من دون مسؤولية عليه ،ولكن إذا إختار هذا البنك إبلاغ الاعتماد فإنه يكون مسؤولا عن بذل عناية معقولة في التحقق من صحة التوقيعات أو نماذج الشفرة البرقية في الاعتماد الذي يقوم بإبلاغه وإذا إختار هذا البنك عدم الإبلاغ عليه أن يخطر البنك فاتح الاعتماد بدون إبطاء. "

وهذه المهام التي يضطلع بها البنك المبلغ يتم تحديدها بالاستناد إلى تقارير ومراسلات من البنك فاتح ويؤيد الاعتماد وتنظم العلاقة بينهما بموجب عقد الوكالة التي تضع وتحدد فيها القانون الو اجب التطبيق جانب كبير من رجال الفقه والقضاء هذا التكييف للعلاقة على أساس أنها تصلح لتفسير عدد كبير من الالتزامات والحقوق التي تنشأ بين البنكين والمستفيد[494]

وعلى ذلك يتحمل البنك المراسل مسئولية الأخطاء التي تقع منه في تبليغ الاعتماد أوتعليمات البنك فاتح الاعتماد إلى المستفيد ، كالتأخير أو الفقد أو التحريف

ويسأل البنك المراسل في مواجهة البنك فاتح الاعتماد على أساس قواعد الوكالة، حيث يعتبر المراسل وكيلاً عن البنك فاتح الاعتماد في التبليغ. وعلى ذلك تظل مسئولية فاتح الاعتماد قائمة في مواجهة العميل على أساس عقد فتح الاعتماد، وفي مواجهة المستفيد على أساس خطاب الاعتماد المرسل إليه.

الفقرة الثانية: البنك المؤيد أو المعزز،

ان البنك فاتح الاعتماد في سبيل تنفيذه لعقد الاعتماد المستندي وبموجب تعليمات العميل الأمر فإنه يتفق مع بنك وسيط لتبليغ المستفيد أما إذا كانت التعليمات واضحة بتعزيز الاعتماد فإنه يبلغ البنك الوسيط في بلد المستفيد بإضافة تعزيزه لهذا الاعتماد واذا ما وافق البنك يصبح بنكًا معززًا .

وبذلك يصبح البنك ملتزما بالدفع للمستفيد عند تقديم المستندات المطلوبة بعد مراجعتها والتأكد من ،وذلك طبقا لنص المادة 9/ب من النشرة 500التي تقضي بأن :" تعزيز استيفائها لشروط الاعتماد الاعتماد القطعي من قبل بنك أخر هو البنك المعزز بناءا على تفويض أو طلب من البنك فاتح الاعتماد يشكل تعهدا قاطعا من المصرف المعزز بالاضافة إلى تعهد البنك فاتح الاعتماد شريطة تقديم المستندات المطلوبة إلى البنك المعزز أو إلى البنوك المسماة في الاعتمادات مطابقة لشروط الاعتماد"

[494]) Gr- égoire Bakandeja Wa Mpungin . Le droit du commerce International .De Boeck Universite.1eredition.paris.2001.p 156.

و المستقر عليه أن البنك المراسل باعتبار، متخصصا في الأعمال المصرفية ويهتم بالمحافظة على حقوق ومصالح عملائه والمتعاملين معه، ومنهم المستفيد من الاعتماد، فإنه يلتزم ببذل العناية المعقولة العدية والمعروفة بالنسبة لإتمام عمليات التبليغفي الوقت المفاسب، فإذا خالف البنك ذلك ترتبت مسئوليته المدنية .

.وعلى ذلك يلتزم البنك المعزز تجاه المستفيد التزاما مباشرا ونهائيا ومستقلا، وذلك إلى جوار البنك فاتح الاعتماد، والتزام كل من البنكين تجاه المستفيد «البائع» مستقل عن التزام الآخر. حيث أن آساس التزام كل منهما تعهد بإرادته المنفردة للمستفيد بتنفيذ الاعتماد؛ وبذلك يكون لدى المستفيد بنكين ملتزمين بتنفيذ الاعتماد. ومع ذلك فإن نطاق وكيفية تنفيذ الاعتماد واحدة بالنسبة للبنكين ما لم يتم التأييد بشروط أو بكيفية مختلفة. وعلى ذلك يلتزم البنك المعزز بتنفيذ الاعتماد سواء كان بالوفاء أو القبول أو بالخصم. وتبدأ إلتزام البنك المعزز بشكل غير قابل للنقض من تاريخ إضافة تعزيزه للاعتماد»م8 فقرة ب من المنشور 600».

وتجدر الاشارة أن مجرد قيام البنك المعزز بإخطار المستفيد بفتح الاعتماد لصالحه من طرف البنك الأصلي لا يكفي في حد ذاته لنشوء التزام في ذمة هذا البنك المعزز لصالح المستفيد وإنما يجب أن يتضمن هذا الإخطار التزاما صريحا من هذا البنك بدفع قيمة الاعتماد وفقا لشروط الاعتماد ، ومن ثم يعتبر مجرد الإخطار بفتح الاعتماد المستندى البات المرسل إلى المستفيد عن طريق بنك آخر تأييدا من هذا البنك للاعتماد. ويعتبر البنك المعزز في علاقة بالبنك فاتح الاعتماد بمثابة وكيل في تنفيذ الاعتماد، ومن ثم يسأل في مواجهة العميل عن الأخطاء التي تقع من هذا البنك في تنفيذ الاعتماد، أما إذا لم يقبل البنك المعزز تأييد الاعتماد فهنا عليه إخطار البنك فاتح الاعتماد بذلك تحت مسئوليته التقصيرية إذا لم يخطر البنك بقراره وتسبب ذلك بإلحاق الضرر به من خلال سريان مدة الاعتماد دون تعزيز بما يمثل مخالفة لتعليمات العميل الآمر

الفقرة الثالثة: البنك المسمى

أجازت المادة»12» من الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية «منشور. 600» للبنك فاتح الاعتماد ان يفوض بنكا اخر- غير البنك المعزز او البنك المراسل- أي يسميه للمستفيد، لكي ينفذ معه الاعتماد سواء كان الاعتماد بالدفع أو بالتداول. وهو بذلك يختلف عن البنك المراسل الذي يقتصر دوره على تبليغ الاعتماد إلى المستفيد، اما البنك المسمى فيفوضه البنك فاتح الاعتماد في تنفيذه مع المستفيد؛ ومع ذلك لا يتساوى المركز القانوني لهذا البنك مع البنك المعزز للاعتماد الذي يلتزم التزاما شخصيا في مواجهة المستفيد، ومصدر هذا الالتزام هو إرادته المنفردة التي عبر عنها في تعزيز الاعتماد؛ اما البنك المسمى فهو يعمل باعتباره وكيلا مفوضا عن البنك فاتح الاعتماد، وبذلك قررت المادة»12/أ» أن تفويض البنك المراسل بالوفاء أو بالتداول لا يشكل التزاما شخصيا عليه، إلا عندما يوافق هذا البنك المسمى على الالتزام صراحة تجاه المستفيد، ويبلغه بذلك.

وقد أكدت الفقرة»ج» من المادة»12» من نفس المصدر ، أن استلام أو فحص أو تمرير المستندات من قبل مصرف مسمى لا يعتبر تعزيز للاعتماد،ولا يجعل من البنك المسمى ملتزما شخصيا بالوفاء أو بالتداول، ولا يعتبر ما قام به وفاء أو تداولا بالمعني المقصود في الأصول والأعراف الموحدة، لأنه يعمل كوكيل مفوض عن البنك فاتح الاعتماد، وهو الملتزم الأصلي تجاه المستفيد من الاعتماد.

[495], سعيد عبد العزيز عثمان ، الاعتمادات المستندية،الدار الجامعية،الاسكندرية،2005., ص 22 .

خلاصة الفصل

استخلاصا لما سبق تبين من خلال الدراسة ، درجة التعقيد و التنوع الذي يميز غالب العقود المصرفية و خصوصيتها التي تميزها عن باقي العقود المعروفة ، فهذه العقود و التي ترتبط مع الطابع الذي يميز العمل المصرفي و تشابكه ، ما يجعل من هذه العقود و ضبطها قانونا و عرفا ، بما تقتضيه الحاجة التجارية و الاستهلاكية ، سواءً على المستوى المحلي او الدولي .

و نظرا لهذه الحاجة الملحة لتطوير العمل المصرفي و ما تتضمنه من علاقات بمختلف انواعها، تستلزم التماشي و التغير الطارئ .

و ما يستشف من الدراسة الحاجة الى مسايرة التطور الحاصل على المستوى الولي ، لمجاراة كبرى البنوك و المؤسسا ت المصرفية و المالية العالمية و ما تحققه من ارباح و فوائد بخلق مصادر متعددة لجلب اكبر قدر ممكن من رؤوس الاموال ، و لا يكون ذلك الا باعتمادا العمل المصرفي الحديث و المتمثل في الاستفادة مما تقدمه التكنولوجيا الحديثة و الاستفاذة من البحوث و الدراسات المالية و الاقتصادية و القانونية .

خلاصة الباب الأول

مهما بلغ التطور التكنولوجي الحاصل في قطاع الإعلام والاتصالات الالكترونية، ومهما كان الأثر الكبير والواسع للعمليات المصرفية الالكترونية من خلال البنوك التي لها تواجد مادي، أو من خلال البنوك الالكترونية الافتراضية ، فإن تطوير الإطار القانوني والتنظيمي لممارسة هذا النوع الجديد والمبتكر من النشاط المصرفي، يبقى حتميةً لابد من خوضها ، فمسايرة التطور والتغير المستمر ضرورة تقتضيها البيئة الاجتماعية ، ويبقى لتوفير بيئة قانونية آمنة لنشاط مصرفي الكتروني هو الضامن الوحيد لتحقيق الاستقرار في المعاملات المصرفية الالكترونية .

إن وضع إطار قانوني واضح بسيط ومرن يحرص على مصالح الأطراف المتدخلة في القطاع المصرفي بوجه اعم ، من خلال تكييف القواعد القانونية التقليدية لممارسة العمليات المصرفية والأعراف المستقرة لممارسة النشاط المصرفي السليم ،يتماشى مع التطور التكنولوجي الهائل الحاصل في القطاع المصرفي والمالي، وكذا صياغة قواعد قانونية جديدة تستجيب لخصوصيات هذ النشاط المصرفي الالكتروني المستجد، وحرص البنوك والمؤسسات المالية التقليدية لمسايرة التطور الحاصل على توفير خطط دقيقة لحسن إدارة المخاطرة المختلفة والمحتملة الناتجة عن النشاط المصرفي الالكتروني، كل هذا من شأنه أن يساهم في توفير جو من الثقة لدى الزبائن المتعاملين مع القطاع المصرفي في العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم يزداد الإقبال عليها والاستفادة القصوى من التطور الهائل في القطاع التكنولوجي.

لا يمكن أن تبقى كل أنواع العمليات والخدمات المصرفية مغلقة وحكرا على البنوك والمؤسسات المالية فقط، بل يجب فتح هذا النشاط على مؤسسات غير مصرفية للقيام ببعض أنواع العمليات المصرفية الالكترونية ذات الطلب الواسع ، مع الموازاة بين مقتضيات السماح لهيئات جديدة بالقيام ببعض هذه العمليات

المصرفية الالكترونية المبتكرة، وضرورة الحفاظ على خصوصية النشاط المصرفي وحماية أموال المودعين والمستثمرين، ووضع نصوص تشريعية أمرة و مكملة في تأطير العقود الالكترونية ما يتماشى مع النطام العام و الآداب العامة ، من جهة ، مع مراعاة مبدأ دولية العقود المصرفية الالكترونية الدولية و المحلية وتوحيد الاعراف التجارية بمختلف انواعها من جهة اخرى .

الباب الثاني

العمليات المصرفية الالكترونية

تشهدت البشرية تقدما علميا وتكنولوجيا هائلا في العصر الحديث ، الذي ألقى بظلاله على مختلف أنشطة الإنسان في جوانب حياته الاجتماعية والثقافية و الاقتصادية وكذا السياسية والقانونية منها.

و يظهر جليا من معالم تغير أنماط حياة البشر، مع ظهور ثورة الاتصالات والفضائيات ، التي أصبحت وسيلة لا غنى عنها في إدارة حياة الخاصة و العامة، فأضحت الوسيلة المثلى في نقل المعلومات بمختلف أنواعها ،وهذا راجع إلى التقدم العلمي الذي ساهم في تسهيل و تطويع هذه الوسائل لتدنوا إلى المتعامل البسيط و العادي من اجل احتوائه و جعله مساهما في تعزيز النشاط المعلوماتي .

و كان لدور ميزة سرعة وسهولة استعمال وسائل التواصل في شبكات الاتصالات الرقمية، ميلاد وازدهار المعاملات والتجارة الإلكترونية، التي استحوذت على وجدان المتعامل و عواطفه الى درجة الإدمان ، لاسيما لما تبين للمتعامل في المجال التجاري مدى المزايا المتعددة و الفوائد التي مكنت المتعامل الشعور بالقفزة النوعية في حياته ، و التي تجلت له في تغير نمط نشاطه و فعاليته و سرعة ادائه ، و غيرها من المزايا الاخرى التي تعد و لا تحصى.

هذه الوسائل الالكترونية ، مكنت الإنسان دون أن يبرح مكانه بالاتصال والتجوال عبر العالم الافتراضي .

مما لا شك فيه أن الثورة المعلوماتية ، استحدثت لغة جديدة مشتركة صارت هي وسيلة التفاهم الرئيسية بين أفراد المجتمع المعلوماتي، و مكنت الشخص بقدر مستواه أو مجال نشاطه و متى كان ملما بقواعد ومصطلحات هذه اللغة ، أن يقيم علاقات أو يبرم تصرفات مع أقرانه في شتى اسقاع العالم، بغض النظر عن جنسياتهم أو لغاتهم ، ولم يكن هنالك حاجزا الا و إزاحته ، و لا ختلافا الا و وحدته ، فتجاوزت بذلك كل متغير نمطي ثقافي أوعرقي او جغرافي .

لقد كان لهذه الثورة المعلوماتية صدا هائلا مجال النشاط المصرفي ، ودورا حيويا في تزويد الاقتصاد بالسيولة المالية اللازمة لمختلف القطاعات الحيوية في الدولة الواحدة او العالم ككل ، لهذا كان من الضروري مواكبة التطورات الحاصلة في مجال المعلوماتية .

وبالموازاة مع التطور الكبير الذي عرفته الحياة الاقتصادية في عصرنا الحاضر ، أصبح المستثمرون ، عاجزون عن الاعتماد على إمكانياتهم المالية الذاتية لتجسيد مشاريعهم، لذا باتوا يفضلون اللجوء إلى المؤسسات البنكية للاستفادة من خدماتها، للحصول على تمويل لمشاريعهم، او تحويل أموالهم ، كما أن التعامل مع البنك بشكل بالنسبة إليهم وسيلة أمنة وفعالة ، من اجل تحقيق فعالية في معاملاتهم سواء كانت محلية او دولية .

هذه المعاملات بين البنوك والمستثمرين صاحبها بروز صور وأنواع متعددة للعقود التي تربط مؤسسات البنكية مع عملائها، واتسمت بحرية المتعاقدين في تحديد بنودها كأصل عام ، إلا ما استثناه الشرع بنص او عرف خاص او عام .

ورغم ذلك قد نشأ عن هذه العقود نزاعات قانونية كثيرة قد يمتد أثرها على اقتصاد الدولة الواحدة ، بل قد يمتد إلى دول أخرى ، و خير دليل على ذلك ما حدث في نهاية سنة 2007، و ما ترتب عنه من أزمة مالية عالمية بدأت بوادرها ببنك " « LEHMAN BROTHERS » و شركات التأمين الأميركية « CIA » " من جراء أزمة الرهون العقارية حينذاك.

إذن ، ليس بالهين الاستهانة بالعقود المصرفية ، و ما تخفيه من مخاطر خفية و التي قد تتفاقم حيث لا يمكن صدها ، الامر الذي يستوجب خلق ترسانة قانونية أو تنظيمية دولية كانت أو محلية ، فلابد أن تتضافر

الجهود من اجل توحيد الأعراف المصرفية بوجه الخصوص بتنظيم خاص لتنسجم مع متطلبات التجار و المستثمرين ، و هذا الذي وقع فعلا ، إذ تم تحديث العديد من الهيئات الدولية في هذا المجال التي لعبت دورا هاما في توحيد الأعراف الدولية المصرفية حول العالم .

ولما كانت البنوك تحظى بهذه الأهمية انصرف الاهتمام الدولي نحو تقنين القواعد الخاصة بتنظيم العمليات المصرفية منذ فترة طويلة، خاصة على المستوى الدولي لما تتميز به هذه المعاملات من طبيعة دولية تسهم في إزهار التجارة الدولية، مما دفع بأغلب التشريعات إلي تنظيم أحكام المعاملات المصرفية، رغم أنها تكاد تكون موحدة بالنظر إلى عملية التوحيد التي عرفتها هذه المعاملات على الصعيد الدولي. ومع ذلك فإن حركة التشريع في العمليات المصرفية ليست واسعة إذ لا تزل الغلبة فيها للأعرف المصرفية و الاجتهادات القضائية .

فمذ زمن ليس ببعيد ، و بالضبط سنة 1987 ، أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، دليلا قانونيا بشأن التحويلات الالكترونية للأموال، حيث لاحظت اللجنة أن المشكلات الناشئة عن المصطلحات المتضاربة في تحويلات الأموال أصبحت خطيرة في تلك الفترة ، من التحول السريع إلى الوسائل الالكترونية لنقل البيانات بين المصارف ، ما اقتضي توحيد محتوى الرسائل الالكترونية وأشكالها، وكذا ضرورة توحيد التعابير والمصطلحات المستعملة لوصف عناصر البيانات في رسائل تحويل الأموال ، وفي سنة 1996 أصدرت ذات الجنة ، قانون نموذجي للتجارة الالكترونية. حيث لاحظت اللجنة المعدة للقانون النموذجي أن هناك تزايدا مستمرا من معاملات التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات ، نتاج عمليات تجارية افتراضية سميت التجارة الالكترونية ، التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال والتخزين، ومن ثم دعت لجنة الأمم المتحدة الدول إلى إصدار تشريعات تعترف بالكتابة الالكترونية أو رسالة البيانات الالكترونية، في الميدان التجاري بما فيه القطاع المالي والمصرفي، وإعطائها طابعا قانونيا يعطي نفس حجية الكتابة العادية

بالإضافة إلى الاعترافات المتواترة من جانب القضاء، نذكر من بينها ما جاء في نقرر مجلس الدولة الفرنسي سنة 1998 حول الانترنت والوسائط الرقمية: "... يتضح من خلال السائل القانونية المثار بمناسبة نطور الانترنت والوسائط الرقمية أنها لا تضع محل نقاش كل الأسس القانونية، بالعكس أنها تؤكد ملاءمة أغلب المبادئ العامة لان تطبق على هذا المحيط الجديد، بالرغم من أن بعض التعديلات والتكييفات مطلوبة..."[496].

وفي سنة 2001 أصدرت نفس اللجنة القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية للتوثيق الالكتروني الحديثة، و إعطائه نفس حجية التوقيع الخطي العادي.

كما أصدر الاتحاد الأوروبي العديد من التوجيهات والأنظمة والتوصيات إلى الدول الأعضاء بإصدار قوانين وتنظيمات من اجل تنظيم التجارة الالكترونية، والقيام بالخدمات المصرفية و المالية الالكترونية، وكذا تنظيم إصدار وإدارة النقود الالكترونية وتنظيم خدمات الدفع الالكتروني..

كم أصدر المجلس الأوروبي التوجيه رقم 2000 /31 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ثم تلاه بالتوجيه الأوروبي رقم 2000 / 65 المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية للمستهلكين، و الذي كان حجر الزاوية

[496] Conseil d'Etat Français, Internet et Roseau numériques, collection Etudes du conseil d'Etat, année 1998.

كمنظم للعقود الالكترونية المصرفية و المالية ، لتليه فيما بعد توجيهات أخرى متعلقة بنشاط مؤسسات النقود الالكترونية ، و بعده توجيه متعلق بخدمات الدفع الالكتروني تحت رقم 23/2015

أما في الجانب العربي فقد أصدر مجلس وزراء العدل للعرب سنة 2009، القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجار الالكترونية، الذي يهدف إلى تعزيز التطور القانوني والتجاري لتطبيق التجارة الالكترونية، ومنها الخدمات المصرفية الالكترونية، بصفة مضمونة. كما يهدف ذات القانون إلى تدعيم الثقة في صحة وسلامة المعاملات والعقود والمراسلات والسجلات الالكترونية، ومنها العقود والمعاملات المالية الالكترونية. وكذا تشجيع وتسهيل إجراء المعاملات والتجار بالوسائل الالكترونية، وذلك بهدف حماية حقوق المتعاملين الكترونيا وتحديد التزاماتهم.

و بطبيعة الحال ، و الذي هو مسلم له ، ان جل العلاقات الاجتماعية رابطها العقد الاجتماعي العام ، و الذي تنبثق منه علاقات خاصة و التي بدورها لا تكون الا بموجب عقود .

و بهذا الصدد و بالاخص في مجال المعاملات المالية و التجارية ، لا يغدوا القطاع المصرفي الا ان يكون طرفا اساسيا في تنظيم هذه العلاقات و تأمينها و المساهمة في تطويرها و تزكيتها ، هذا طبعا لا يكون بالمجان ، و انما كل دور يكون فيه المصرف الا وله فائدة فيه .

و من هذا المنوال تطرقت الدراسة في هذا الباب موضوع للنظام القانوني للعمل المصرفي الالكتروني و البنوك الالكترونية القائمة على هذه الاعمال بمختلف انواعما لاسيما العقد الالكتروني المصرفي ، و الدي يثير عدة إشكالات قانونية، تتعلق أساسا بطبيعة وخصوصية العقد المصرفي الالكتروني المبرم عن بعد، من غير الحضور الفعلي للعميل لمقر البنك، ومن ثم طرق التعبير عن الإرادة عن بعد والإشكالات المتعلقة بإثبات هذا العقد في غياب الدعامة المادية التي تتم عليها كتابة مختلف بنود العقد، وكذا طرق إثبات العملية المصرفية في حد ذاتها والتأكد من صفة وهوية القائم بها، أو ما يسمى بالتصديق ، و كذا المركز القانوني للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد المصرفي الالكتروني، و التطرق الى الإشكالات التي تتعلق بعدم توازن المراكز القانونية لطرفي العقد، والحماية القانونية ، التي أقرتها مختلف التشريعات الحديثة للمستهلك الالكتروني.

و بناءً لما سبق ، تطرقت الدراسة في هذا الباب الى تحديد المفهوم القانوني لكل من العمل المصرفي الالكتروني كمسرح يلعب فيه القطاع المصرفي الالكتروني دوره كمنشط له ، في تحقيق التوازن المالي و الاقتصادي و الائتماني في توزيع التبادلات المالية و النقدية بين متعامليه ، سواء كان ذلك على المستوى المحلي او الدولي ، وبطبيعة الحال تبيان الطبيهة القانونية للعلاقات التي يعقدها بين متعامليه او كوسيط بين آخرين .

و لقد قسم هذا الباب الذي يحمل عنوان العمل المصرفي الالكتروني و العقود الالكترونية المبرمة في اطاره ، و الذي قسم الى فصلين

في الفصل الاول تحت عنوان : الاطار القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية

الفصل الاول

الاطار القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية

في هذه الدراسة في هذا الفصل و المتعلقة الاطار القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية، الذي نحن بصدد البحث عنه، باعتباره مجموعة قواعد قانونية تنظم وتضبط علاقات التعاقدية و غير التعاقدية بين مختلف أطراف العلاقة ،

بدايةً ، تطرقت الدراسة موضوع العمليات المصرفية الالكترونية ، باعتبارها منبثقة من العمل المصرفي التقليدي و بكل ما اشتمله هذا العمل من علاقات عقدية بين الافراد او المؤسسات ، سواءً كانت على المستوى المحلي او الدولي .

ان البنوك و المؤسسات المالية ، كان لها نصيب لا يستهان به ، في هذا التغير الهائل

و الذي مرت المجتمعات البشرية ، أين وصلت إلي عصر جديد تصاحبه تطورات تقنية المتسارعة لتكنولوجيا المعلومات و الاتصال .

تمخض عن ذلك ميلاد مولود جديد في عصر المعلوماتية ، الا و هو المصرف الالكتروني في عالم أصبحت فيه المعلومة هي المحرك الرئيسي لدفع عجلة التطور في هذا المجتمع الجديد، فلقد ساهم تطور تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات و الالكترونيات في سهولة تبادل و نقل و تخزين المعلومات و المعارف عبر العالم ،مما جعلت العالم قرية صغيرة ،حيث إن هذه التكنولوجيا لم تترك مجالا أو قطاعا إلا و غزته ،فلم يسلم منها القطاع المصرفي الذي تأثر بها وتفاعل مع التقنيات الحديثة الالكترونية التي أصبحت ميزة من مميزات هذا العصر ، و الركيزة التي من خلالها يقدم هذا القطاع خدمات مصرفية عبر اسلاكه او أثيره.

هذا الظرف الجديد، اجبر البنوك انتقال من بنوك تقليدية إلي بنوك تقدم خدماتها عبر شبكة الانترنت و بوسائل الكترونية ، أو ما يعرف بالبنوك الالكترونية والتي تعد اتجاها حديثا و مختلفا عن سابقاتها بالنظر إلي ما ينطوي عليه هذا العمل من نظم وتقنيات متطورة .

وتعد البنوك الالكترونية نظام متكامل يتيح للزبون الوصول إلي حساباته والحصول علي المعلومات وعلي مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية ، من خلال شبكة معلومات يرتبط بها الحاسوب الخاص به وأية وسيلة أخر ى، وهي بذلك تختلف عن البنوك التقليدية في طريقة تقديمها لخدماتها و منتجاتها وبهذا ارجع لطبيعتها الالكترونية الحساسة.

في خلال هذا الفصل تم التركيز على واحدة من أهم معطيات الثورة التكنولوجية بروز نظام مصرفي جديد مواز مع النظام المصرفي التقليدي يقدم خدمات الكترونية لنفس النوع من عملائه ، سواءً كانوا تجارا ام مدنيون .و لكن في عالم افتراضي تحكمه شبكات معقدة سلكية و غير سلكية تنظمها بنوك الكترونية .

وو اقتضت الدراسة التعرف على الدور الفعال الذي تلعبه في تحسين المعاملات المصرفية، بإعتبارها العصب المحرك للسياسة الاقتصادية من خلال سياستها المالية الممنهجة، كذلك تتبع أهميتها في معرفة واقع وتطور خدمات البنوك الالكترونية،ومميزاتها عن غيرها من البنوك التقليدية.

. المبحث الأول: الإطار القانوني العمليات المصرفية الالكترونية

تثير دراسة العمليات المصرفية الالكترونية عدة إشكالات تتعلق أساسا بتحديد مفهوم العمليات

المصرفية الالكترونية وما يميزها عن العمليات المصرفية التقليدية، وطبيعة الوسائل الالكترونية الافتراضية التي يتم بموجبها تنفيذ هذه العمليات من خلال مختلف الأجهزة والوسائل الحديثة للإعلام والاتصال.

يعتبر النشاط المصرفي أحد أهم الركائز التي يقوم عليها اقتصاد الدول، حيث يساهم في تمويل مختلف الأنشطة، الأمر الذي جعله يتأثر ويستجيب لمختلف التغييرات الداخلية والخارجية، حيث أدت التطورات الحاصلة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال إلى ظهور الكثير من التغيرات الجوهرية في طبيعة عمل البنوك. ولم يعد النشاط المصرفي بمنأى عن التطورات الهائلة الحاصلة في هذا الميدان التقني، فكانت البنوك والمؤسسات المالية أولى المجالات التي استجابت لهذه التطورات التقنية، وذلك بسبب طبيعتها التجارية القائمة على المنافسة، و شساعة نشاطها المحلي و الدولي و تشعبه ، وهذا بغية تحقيق اكبر قدر ممكن من الربحية و تحقيق رغبات المستهلكين بمختلف أصنافهم .

و نتج عن استخدام البنوك والمؤسسات المالية للوسائل والبرامج المتطور لتكنولوجيا الاعلام والاتصال على الشبكات الالكترونية بروز مصطلحات جديدة ، كالعمليات المصرفية الالكترونية ، المصارف الالكترونية ، الصيرفة عن بعد ، و غيرها من المصطلحات المستحدثة .

يعتبر النشاط المصرفي الالكتروني ، سوى امتداد للعمل المصرفي الحديث و هذا باستعمال و سائل تكنولوجية للاتصال عن بعد ، و هذا بغية تقريب المصارف قد المستطاع إلى المستهلك ، فلم يعد المستهلك او المتعامل اللجوء إلى مقر البنوك حتى يتحصل على مبتغاة ، و إنما أصبح و بمجرد الاطلاع على حاسوبه أو هاتفه المحمول ليقوم بفتح حساب مصرفي أو تحويل أموال أو تداولها ، كل هذا بفضل هذا التحول الرهيب في مجال المعلوماتية

المطلب الأول : ماهية العمليات المصرفية الالكترونية و خصائصها

نتج عن استخدام البنوك والمؤسسات المالية للوسائل المتطورة لتكنولوجيا الإعلام والاتصال على الشبكات الالكترونية، ظهور مصطلحات كثير منها ، العمليات المصرفية الالكترونية، البنوك الالكترونية، البنوك على الانترنت، العمليات المصرفية على الانترنت، الصيرفة الالكترونية، وغيرها من المصطلحات التي تشير كلها إلى تقديم البنوك للعمليات والخدمات المصرفية القديمة والمبتكرة بطريقة إلكترونية، باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية وعن طريق شبكة الانترنت.

فخصوصية العمليات المصرفية الالكترونية، تقتضي التطرق، الدراسة بدايةً إلى نشأة العمل المصرفي الالكتروني ، ثم الى تحديد مفهومها وتمييزها عن العمليات المصرفية العادية أو التقليدية، ودراسة البيئة الافتراضية التي تتم فيها هذه العمليات وما يميزها من مخاطر أمنية أو تشغيلية أو قانونية، وضرورة قيام مختلف البنوك والمؤسسات المالية ومختلف الهيئات غير البنكية التي تقدم هذه العمليات للمستهلكين،

الفرع الأول : نشأة العمل المصرفي الالكتروني

نعرض من خلال هذا الفرع ظهور وتطور العمل المصرفي الالكتروني في أوروبا وأمريكا باعتبارهما مهد نشأة العمل المصرفي الالكتروني،

الفقرة الاولى : ظهور وتطور العمل المصرفي الالكتروني في أوروبا وأمريكا

أدى تبني البنوك للتطور التقني الكبير للإعلام الآلي ووسائل الاعلام والاتصال إلى تقديم البنوك لكثير من خدماتها المالية عن بعد أو بطريقة الكترونية، وظهرت وانتشرت العمليات المصرفية الالكترونية، ومن ثم

برزت ضرورة مواكبة القانون المصرفي لهذا الوافد الجديد.

ظهرت الصيرفة الالكترونية بظهور النقد الالكتروني مع بداية الثمانينات ، غير أن استخدام البطاقات بدل النقد يرجع إلى القرن الماضي حيث كانت فرنسا تستخدم بطاقات الالكترونية في الهاتف العمومي، والولايات المتحدة الأمريكية كانت تستخدم البطاقات المعدنية في تعريف الزبون على مستوى البريد، و في الخمسينيات ،شهد العالم تحولا في هذه البطاقات، حيث أصدر بتكAmerican express سنة 1958 بطاقات بلاستيكية والتي انتشرت على نطاق دولي في الستينيات، وفي ستة 1968أصدرت مجموعة من ثمانية بنوك بطاقة Americard Bankوالتي دولت لتتحول إلى شبكة فيزا Visa العالمية. كما تم في نفس العام إصدار البطاقة الزرقاءCarte bleu من قبل ستة بنوك فرنسية[497] ،ثم ظهر كمبيوتر المقاصة في البنك المركزي الفرنسي ستة 1969 ، كبداية لبروز ملامح العمل المصرفي الالكتروني، وتلاها إنشاء للجنة خاصة ستة 1977تعذى بدراسة مدى إمكانية إجراء تحويلات إلكترونية للنقود تستخدم فيها تكنولوجيا الاتصال والمعلومات من طرف الكونغرس الأمريكي ، انتهت إلى ضرورة تطبيقها في أنظمة التحويل المصرفي. [498]

، حيث أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري أصدرت ستة 1978 توصية تتعلق بالمظاهر القانونية لنقل النقود دوليا عن طريق وسائل) الكترونية، وتوالت التطورات والانتشار لهذا المفهوم الجديد ليمس القوانين على الصعيد الدولي ، وفي نفس العام كلفت غرفة التجارة الدولية مجموعة عمل لمعالجة المعلوماتية لنقل النقود بين البنوك في الدول المختلفة بدراسة المشاكل القانونية الناتجة عنها

و بدعوة من الجمعية الأوروبية للتسوق المالي بموناكو من اجل عقد اتفاقية أوروبية في ستة 1979 ، حيث وحنث الاتفاقية الدول الأعضاء على استخدام التكنولوجيا الحديثة في قطاع البنوك،

وبفضل ثورة الصناعة الإلكترونية في آنذاك تلاحقت التطورات في مجال الالكترونيات، تم تزويد البطاقات بمسارات مغناطيسية في عدد من البلدان الصناعية، وبذلك أصبحت البطاقة تحوي ذاكرة تسمح بتجزئة القيمة المخزنة فيها لإجراء عمليات الدفع، ومنذ ستة 1986 شرعت اتصالات فرنسا في تزويد غرف الهاتف العمومي بأجهزة قارئة لبطاقات الذاكرة.

و أصبحت كل البطاقات المصرفية سواء بطاقات سحب أو دفع في فرنسا ستة 1992 بطاقات برغوثيه كوسيلة أمان وإذ تمكن من معرفة سلامة البطاقة والتعرف على هوية صاحبها وهذا ما يمثل دعما كبيرا لأمن العمليات التي تجرى بها.

ونتيجة الانفجار الذي حصل في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، أدى ذلك إلى تحولات عميقة في مجال الصيرفة فقد ظهر في منتصف التسعينيات أول بنك افتراضي في الولايات المتحدة الأمريكية، ليلاحق بروز مصارف مماثلة وبصورة متسارعة في مناطق أخرى من العالم خاصة وأن تسيير الزبون الافتراضي أقل) تكلفة من تسيير الزبون التقليدي.

وهكذا توالى العمل بوسائل الالكترونية في العمل المصرفي ، حيث ارتفع عدد المصارف واتحادات الائتمان التي تقدم خدماتها على الخط وخاصة عبر الإنترنت من 1200 ستة 1998 إلى 12000 سنة 2000أي

---

[498] رحيم، حسين؛ هواري، معراج، (الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004، ص 316.

بمعدل زيادة 10 مرات، وإلى 15845 سنة 2003، وفي المقابل ارتفع عدد المتعاملين مع الانترنت المصرفي من 18بالمائة ستة 1999 إلى 51،3 بالمائة سنة 2.2004

وقد بلغت نسبة العائلات التي تقوم بعمليات مصرفية على الخط في الولايات الملتحدة الأمريكية 50بالمائة في ستة 2003 و57 بالمائة ستة 2004 وتوقع ارتفاع النسبة إلى 85 بالمائة.[3]

وما لاحظه الباحثون الاقتصاديون بأن بطاقات الذاكرة هي المهيمنة على السوق، إلا أن البطاقات ذات المعالج تتجه نحو التزايد المستمر وهذا نظرا لثقة التعامل بهذا النوع من البطاقات حيث أن المعالج المتضمن البطاقة يتحكم في المعطيات المخزنة فيها ويجعلها أكتر أمنا،

الفرع الثاني : مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية

عرفت لجنة بازل، العمليات المصرفية الإلكترونية، في تقرير لها سنة 1998، بأنها عبارة عن الخدمات المصرفية صغيرة القيمة التي نقدم من خلال القنوات الالكترونية. كما تم تعريفها من قبل المجلس الامريكي للرقابة على المؤسسات المالية الفدرلية بأنها، عبار عن تقديم الخدمات المصرفية الجدية والتقليدية بصورة مباشرة للعملاء من خلال قنوات التسليم الالكترونية التفاعلية، وذلك على نحو يمكن العملاء من الدخول للحساب والحصول على معلومات خاصة بالخدمات التي يقدمها البنك عبر مختلف الشبكات .

الفقرة الأولى :تعريف العمليات المصرفية الالكترونية وخصائصها

هناك العديد من التعريفات وردت في القوانين والتنظيمات المقارنة و الفقه، و التي تشابهت إلى حد كبير، لذلك نذكر أهم ما جاء فيها :

.أولا- تعريف العمل المصرفي الالكتروني

1- التعريف القانوني :

أ- **مصرف لبنان العمل المصرفي الالكتروني:**

عرف في المادة الأولى من القرار الأساسي رقم 7548 المتعلق بالعمليات المالية حيث نصت على أنه: "لغاية تطبيق أحكام هذا القرار تعتبر" عمليات والمصرفية بالوسائل الالكترونية مالية ومصرفية بالوسائل الالكترونية "العمليات أو النشاطات كافة التي يتم عقدها أو تنفيذها أو الترويج لها بواسطة الوسائل الالكترونية أو الضوئية (هاتف، حاسوب، انترنيت، صراف آلي (... من قبل المصارف أو المؤسسات المالية أو أي مؤسسة أخرى".[499]

ب- **بنك التسوية الدولية للصيرفة الالكترونية**:

عرفه على أنه: "تقديم الخدمات الإنتاجية المصرفية عن بعد، أو عبر الخط، أو من خلال قنوات إلكترونية، سواء للمقيمين، أو غير المقيمين داخل البلد أو خارجه[500]."

ت- **بازل للبنوك الالكترونية لسنة 1998:** جاء في تقرير الجنة و التي عرفت العمل المصرفي

---

[499]-المادة' الأولى من القرار رقم 7548 بتاريخ 29/03/2000، الصادر عن المجلس المركزي لبنك لبنان، نقلا عن حسام عبد الرحمن ص23.

[500] رابح، عرابة، "دور تكنولوجيا الخدمات المصرفية الالكترونية في عصرنة الجهاز المصرفي الجزائري"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 8 ،الشلف، 2012 ، ص 15

الالكتروني على أنه: "عبارة عن الخدمات المصرفية صغيرة القيمة التي تقدم من خلال القنوات الالكترونية" .

ث- **المجلس الأمريكي للرقابة على المؤسسات المالية الفيدرالية :**

عرف العمل المصرفي الالكتروني على أنه: "عبارة عن تقديم الخدمات المصرفية الجديدة والتقليدية بصورة مباشرة للعملاء من خلال قنوات التسليم الالكترونية التفاعلية، وذلك على نحو يمكن العملاء سواء كانوا أفرادا أم شركات من الدخول للحساب والحصول على معلومات خاصة بالخدمات التي يقدمها 2البنك عبر الشبكات الخاصة أو العامة بما في ذلك شبكة الانترنت"

ويتضح من خلال عرض التعريف القانوني للعمل المصرفي الالكتروني، أنها اجتمعت حول مفهوم واحد، حيث ذهبت في تعريفه بإسناده للوسيلة التي يتم من خلالها إبرام أو تنفيذ العمل المصرفي الالكتروني، وتتمثل هذه الوسيلة في الشكل الالكتروني الذي تتخذه القنوات التي يتم من خلالها العمل المصرفي في شكله الحديث.

ج- **عرفت مؤسسة النقد العربي السعودي، العمليات المصرفية الالكترونية:**

من جهة أخرى، ، من خلال الدليل الذي أصدرته تحت عنوان: 'قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية[501] سنة 2010، بأنها: "الخدمات المصرفية التي تقدمها عن بعد مصارف مصرحة، أو ممثلوها عبر أجهزة تعمل تحت رقابة و إدارة مباشرة من المصرف أو بموجب اتفاقية إسناد هذه المهمة لجهة أخرى" ، وأضافت أن العمليات المصرفية الالكترونية هي: "مصطلح عام لعملية يمكن بواسطتها للعميل القيام بعمليات مصرفية الكترونية بدون زيارة الفرع. ويشمل هذا المصطلح الأنظمة التي تمكن عملاء المصارف، سواء أفراد أو شركات، من الوصول إلى، عملياتهم أو الحصول على معلومات تتعلق بمنتجات وخدمات مالية عبر شبكة عامة أو خاصة، بما في ذلك شبكة الانترنت".

ح- **البنك المركزي المصري:**

عرف ، العمليات الصرفية الالكترونية بأنها: "تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات اتصال الكترونية، تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها، وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك، وذلك من خلال أحد منافذ الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء بها بهدف:

- إتاحة معلومات عن الخدمات التي يؤديها البنك دون تقديم خدمات مصرفية على الشبكة،
- حصول العملاء على خدمات محدودة كالتعرف على معاملاتهم وأرصدة حساباهم وتحديث بياناتهم وطلب الحصول على قرض.
- طلب العملاء تنفيذ عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال".

وبهذا التعريف فإن البنك المركزي المصري يكون قد عرف العمليات المصرفية الالكترونية بأنها الخدمات التي تقدم من خلال شبكات الاتصال الحديثة كالانترنت، ثم رتب هذه العمليات حسب درجة وأهمية العمليات المصرفية التي تقوم بها، من مجرد خدمات استعلاميه إلى عمليات مصرفية حقيقية مثل تحويل الأموال بطريقة الكترونية.

[501]- يمكن تحميل القواعد من موقع مؤسة النقد العربى السعودي على الانترنت: www.sama.gov.sa

2- **التعريف الفقهي للعمل المصرفي الالكتروني**

اختلف الفقهاء في تعريفهم للعمل المصرفي الالكتروني كل حسب مفهومه كما يلي :

أ- عرف بعض الفقهاء العمل المصرفي الإلكتروني على أنه: "إجراء المعاملات والخدمات المالية والمصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال وسائط إلكترونية تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك، وذلك من خلال أحد المنافذ على الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء بها بهدف

- إتاحة معلومات عن الخدمات التي يؤديها البنك دون تقديم خدمات مصرفية على الشبكة؛

- حصول العملاء على خدمات محدودة كالتعرف على معاملاتهم وأرصدة حساباتهم وتحديث بياناتهم وطلب الحصول على قروض؛

- طلب العملاء تنفيذ عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال[502] ."

حسب هذا التعريف أن العمل المصرفي الالكتروني هو عبارة عن عمليات مصرفية تجرى بطريقة إلكترونية لأشخاص محددين وصفهم التعريف بالمشاركين في الوسائط الالكترونية.

ب- وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: اتقديم المصارف لخدماتها عبر الوسائل الالكترونية في المنزل والمكتب وبواسطة الهاتف والهاتف الجوال والانترنت وغيرها من الركائز الإلكترونية المتطورة المعروفة في عالم تكنولوجيا المعلومات والاتصال".[503]

هذا التعريف هو الآخر, جاء قاصرا على تعداد الوسائل الالكترونية التي تتم من خلالها العمليات المصرفية الالكترونية.

ت- تعريف آخر للعمل المصرفي الالكتروني جاء فيه بأنه: "يضم كافة العمليات أو النشاطات التي يتم عقدها أو تنفيذها أو الترويج لها بواسطة الوسائل الالكترونية أو الضوئية مثل: الهاتف والحاسب والصراف الآلي والانترنت والتليفزيون الرقمي وغيرها، وذلك من قبل المصارف والمؤسسات المالية، وكذلك العمليات التي يجريها مصدرو البطاقات الالكترونية، وأيضا المؤسسات التي تتعاطى تحويل التقدية إلكترونيا".[504]

جاء هذا التعريف كسابقه من التعاريف في تعداد الوسائل التي يتم بها إجراء العمليات المصرفية الالكترونية، إلا أنه كان أكثر وضوحا وتفصيلا حيث حدد المراحل التي يكون فيها العمل المصرفي إلكترونيا وهي مرحلة الانعقاد أو التنفيذ أو الترويج، حسب هذا التعريف فإنه يكفي أن يتم العمل في أحد مراحله بوسائل الكترونية حتى يأخذ مفهوم العمل المصرفي الالكتروني.

---

[502] أشرف السيد حامد قبال ، المعاملات المصرفية والمدفوعات الالكترونية وأثرهما في ضوء السياسات النقدية والائتمانية للبنك المركزي، ط1 ،الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2013.ص 20 ،21

[503] أحمد سفر، العمل المصرفي الالكتر وني في البلدان العربية، د، ط، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، ص 63.

[504] سروع جو، "العمل الالكتروني في المصارف بين الضروريات والمحاذير"، اتحاد المصارف العربية، المجلد 20، العدد 238، جمعية اتحاد المصارف العربية، بيروت، أكتوبر 2000، ص109.

أنظر كذلك: أحمد بوراس؛ السعيد بريكة، أعمال الصيرفة الالكترونية و الأدوات و المخاطر ، ط 1، القاهرة، مصر، دار الكتاب الحديث، 2014، ص 99.

ث- كما وردت تعريفات أخرى له: نذكر منها:

" التطام الذي يتيح للعميل الوصول إلى حساباته أو الحصول على الخدمة المصرفية من خلال الوسائل الالكترونية المختلفة."[505]

ج- كما .عرفه البعض على أته: "إجراء العمليات المصرفية بطرق إلكترونية، أي باستخدام تكنولوجيات الإعلام والاتصال الجديدة، سواء تعلق الأمر بالسحب أو بالدفع أو بالائتمان أو بالتحويل أو بالتعامل في الأوراق المالية أو غير ذلك من أعمال المصارف" هذا التعريف جاء بمحدد جديد للمفهوم وهو التعريف بالنظر إلى أنواع الخدمات التي يقدمها البنك في إطار العمل) المصرفي الالكتروني.[506]

ح- وقد ذهب البعض إلى تعريف العمل المصرفي الالكتروني بالتظر إلى الصورة التي يتم بها تنفيذ العملية بقوله أن:" العمليات المصرفية الالكترونية تتم بدون تواجد الفرقاء وبدون أن يكون هتاك وجود لمستند أصلي موقح يدويا".[507]

كما عرف على أنه: "الخدمات المصرفية التي تتعامل معها المصارف والتي تعتمد على المعالجة الالكترونية للبيانات (النص والصورة والصوت) بما يشمل التبادل الالكتروني للمعلومات". وأضاف إلى أن "هذه العمليات تعتمد على نوعي التكنولوجيا: المعلومات والاتصالات، من خلال ما أفرزتاه من بنية تحتية "الانترنت".[508]

خ- وذهب اتجاه آخر, إلى تعريف العمل المصرفي الالكتروني على أنه: "قيام الزبائن بإدارة حساباتهم وانجاز أعمالهم المتصلة بالبنك عن طريق المنزل أو المكتب أو أي مكان آخر وفي الوقت الذي يريد الزبون، ويعبر عته بعبارة الخدمة المالية في كل وقت ومن أي مكان".[509]

د- و ذهب آخر إلى القول أن العمل المصرفي الالكتروني هو تلك العمليات التي تتيح للزبون الاستفادة من مجموعة من الخدمات، انطلاقا من حاسوبه الشخصي المربوط بحواسيب البنك عبر الخطوط الهاتفية.[510]

وعبر عنه كذلك على أته العمليات التي تؤدى بطريقة الكترونية، حيث يقوم الزبون بإتمام معاملاته مع البنك من خلال شبكة الانترنت ويدير حساباته من خلال هذه الشبكة، كما لو كان يتعامل مع البنك بصورته التقليدية وجها لوجه.[511]

---

505 يونس عرب، قانون الكمبيوتر، د.ط، بيروت، اتحاد المصارف العربية، 2001، ص ص 414-416.

506 رحيم حسين؛ هواري معراج الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004 ، ص 315.

507حسن شحادة الحسين، (العمليات المصرفية الالكترونية " الصيرفة الالكترونية")، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ج1:الجديد في التقنيات المصرفية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 193.

508حازم نعيم الصعادي، المسؤو لية في العمليات المصر فية الالكتر و نية، ط1، عمان، دار وائل للنشر، 2003، ص 12، 13.

509عبد الله خيابة، الاقتصاد المصر في، د.ط، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص 176.

510 محمد منعسف تطار،النظام المصرفي الجزائري والصيرفة الالكترونية"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 2،جامعة ، محمد خيضر بسكرة، جوان 2002، ص 180.

511بلال، عبد المطلب بدوي، (البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها)، بحوث مؤتمر الأعمال

ومن خلال ما سبق يمكن تعريف العمل المصرفي الالكتروني، باعتباره تراكب بين العمل المصرفي وتقنيات تكنولوجيا المعلومات والاتصال، فهو يمثل(الوجه المتطور للعمل) المصرفي، بأنه:

مجموعة الأنظمة التي يتم من خلالها إجراء العمليات المصرفية بطرق إلكترونية غير ملموسة، سواء تعلق الأمر بالسحب أو بالدفع أو بالائتمان أو بالتحويل أو بالتعامل في الأوراق المالية أو غير ذلك من العمليات المصرفية، ويكون ذلك باستخدام الوسائل الالكترونية أو الضوئية المختلفة ومنها على سبيل المثال لا الحصر: الهاتف والحاسب والصراف الآلي والانترنت والتليفزيون الرقمي وغيرها.

ويتم ذلك دون الحاجة إلى التواجد الفعلي لأطراف العملية المصرفية الالكترونية، ودون فاصل زمني بين صدور الأمر وتنفيذه.

ثانيا: المصطلحات المتنوعة للعمليات المصرفية الالكترونية :

نتج عن التطور الكبير اللذي عرفه النشاط المصرفي من خلال تبنيه للتطور التكنولوجي في قطاع الاعلام الآلي والاتصالات، ظهور مصطلحات كثيرة ذات علاقة بالخدمات والعمليات المصرفية، نوضحها في ما يلي:

1- **العمليات المصرفية عن بعد**

استعمل التوجيه الأوروبي رقم 2002/65، المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد للمستهلكين، مصطلح "عن بعد" للدلالة على استعمال واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد، والتي لا تتطلب الالتقاء بين مقدم الخدمة المالية أو المصرفية والزبون[512]. وعرف تقنية الاتصال عن بعد على أنها: "كل وسيلة تمكن من تسويق، عن بعد، لخدمة مالية من غير الحضور الجسماني والمتزامن لمقدم الخدمة والمستهلك".

2- العمليات المصرفية على الخط

يشمل هذا المصطلح من طرف معظم البنوك الالكترونية التي ليست لها وكالات قارة، التي نقدم العمليات المصرفية لزبائنها من غير ضرور الحضور الفعلي لمقر الوكالة، و في كيير من الاحيان لا تكون لهذه البنوك فرع على الأر. وله نفس معنى العمليات المصرفية بعد.

3- **العمليات المصرفية على الانترنت**

يستعمل هذا المصطلح للدلالة على قيام البنوك والمؤسسات المالية بتقديم الخدمات المالية والمصرفية عن طريق موقع الويب الخاص بها على الانترنت، وذا لم يكن لهذا البنك فرع على الأرض يسمى "بنك 100 % انترنت". وكثير ما يستعمل بنفس معنى العمليات المصرفية على الخط أو العمليات المصرفية الالكترونية[513].

المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 5، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة ، دبي،جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003، ص 1946.

[512] Article 2-a», e», du Directive 2002/65/CE, du parlement europeenne et du conseil, du 23 - septembre 2002, concernant la commercialisation a distance des services financiers aupres des : consommateur, sur site
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

513 : Le guide des banques en ligne, *Comparabanque,* sur le site http://www.comparabanques.fr/lexique

وهكذا نلاحظ أن كل من المصطلحات المتعلقة بالعمليات المصرفية عن بعد أو العمليات المصرفية على الخط أو العمليات المصرفية على الانترنت تحمل نفس الدلالة ونفس المعنى.

ومنه يمكن تعريف العمليات المصرفية الالكترونية على أنها، مختلف الخدمات المصرفية ، التقليدية أو المبتكرة، التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية، لزبائنها عن بعد، و المرتبطة بتنفيذ عقود مصرفية أو من دونها ، من خلال أجهزة ووسائل الاتصالات الالكترونية الحديثة. ولا يوجد حصر ولا تحديد للعمليات المصرفية الالكترونية، كما لم يوجد من قبل حصر للعمليات المصرفية التقليدية. وذلك لأنها مرتبطة بتغير الزمان والمكان، وحاجة الزبون للخدمة المضمونة السريعة والآمنة، وكذا حاجة البنك لتحقيق الربح.

توجد حاليا عمليات مصرفية الكترونية كثيرة، متنوعة ومتجددة تقوم بها البنوك أو البنوك الالكترونية عن بعد، سواء منها التي لها تواجد فعلي على الأرض أو تلك التي لها مواقع فقط على الانترنت. ومن هنا يمكن القول أن الخدمات المصرفية الالكترونية، المقدمة أساسا على الانترنت، يمكن تقسيمها إلى قسمين كبيرين:

4- خدمات مصرفية معلوماتية، أو إعلامية، وهي التي يمكن أن تقابل الخدمات المصرفية بالمعنى التقليدي،

5- عمليات مصرفية الكترونية حقيقية مثل فتح حسابات مصرفية بطريقة الكترونية وتحويل الأموال بطريقة الكترونية، بل وأصبحت كثير من البنوك تقدم عمليات تتعلق بالقروض المصرفية بطريقة الكترونية.

في هذا الإطار نشير إلى أنه تعتبر نوعية العمليات المصرفية الالكترونية المقدمة مؤشرا هاما على نوعية العلاقات بين البنك والمؤسسات بصفة خاصة، أو الزبائن بصفة عامة. حيث أن علاقة البنك بالزبائن تحدد بالمجهود التي يبذله البنك الالكتروني، أو البنك المقدم للخدمات المصرفية الالكترونية، من أجل تلبية الرغبات النوعية لهذه المؤسسات، من جهة ومن جهة أخرى بالتقييم المستمر من طرف الزبائن أو المستهلكين لنوعية الخدمات المقدمة، ونوعية العلاقة بصفة عامة.

ثالثا : التمييز بين العمليات المصرفية والخدمات المصرفية

يفرق بعض الفقه بين مصطلحي العمليات المصرفية والخدمات المصرفية، ويعرف الخدمات المصرفية على أنها: "أعمال يقوم بها البنك لا يغرض تحقيق الربح، كما هو الشأن في العمليات المصرفية، وانما لمساعدة عملائه في أعمالهم المالية، ولجذب عملاء جدد، ولا يتعرض البنك عادة عند تقديمه لتلك الخدمات لمخاطر التجارة" .

من خلال هذا التعريف وتعريف العمليات المصرفية، يبدو أن هناك تداخل وتشابك بين المفهومين، مفهوم العمليات المصرفية ومفهوم الخدمات المصرفية. ويمكن اعتبار معيار المخاطرة، معيار يصلح للنقرة بينهما، فالبنك عندما يقوم بالعمليات المصرفية فإنه يتعرض لمخاطرة التجار، مما قد يتسبب في خسار جسيمة لأمواله، أما الخدمات المصرفية فإن البنك لا يتعرض عند القيام بها لمخاطر التجار، لأنه يقوم بتقاضي عمولة عن كل خدمة.

غير أن بعض الفقهاء! يرى أن هذا المعيار غير دقيق، لأن هناك من الخدمات البنكية ما يمكن أن يعرض البنك للخسارة، على غرار تأخر البنك في تحصيل ورقة تجارية، كما أن هناك من العمليات المصرفية التي

Mouna Fourati et Jamil Chaabouni, « Usage de !'internet banking par les entreprises et effets sur la qualite de service », CAIRN INFO, 2018/5 N° 103 , p 18

تنعدم فيها الخطورة، على غرار عمليات القرض المضمونة بودائع تحت الطلب. و لهذا يقترحون معيار إضافيا للتفرقة بين العمليات المعاصرة والخدمات البنكية، وهو معيار قصد تحقيق الربح. فإن كان البنك يقصد من عمله تحقيق الربح، فإن هذا العمل يعتبر عملية مصرفية، وان لم يقصد تحقيق الربح فإن عمله يعتبر خدمة مصرفية. ولا عبرة بالعمولة التي يتقاضاها، لأنها تعتبر نظير الجهد والوقت لمختلف مصاريف البنك وعماله، ولا ترقى أبدا إلى مستوى الربح الذي ينتظر من العمليات المصرفية.[514]

وكما ذكرا سابقا، لا يوجد تعداد لا حصر لعدد العمليات المصرفية، فإنه لا يوجد أيضا حصر لعدد الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية. كما لا يوجد معيار فني دقيق يحدد ماهية الخدمة المصرفية، فعدد العمليات والخدمات المصرفية يتطور ويزداد بتطور المجتمع والحاجة إلى خدمات إضافية من البنوك[515].

و في رأينا ، أن الفرق بين مصطلح العمل المصرفي ومصطلح الخدمة المصرفية ، يكمن فيما يلي :

فالعمل المصرفي اشمل و اعم من مصطلح الخدمة المصرفية ، أي بمعنى ان كل عمل مصرفي يشمل الخدمة المصرفية ، أما العكس فلا ، لان الخدمة المصرفية معيارها اللا عقد ، أي بمعنى أنها مجرد خدمة إضافية يقدمها البنك من اجل تسهيل و تقريب البنك إلى عميله دون الحاجة إلى إبرام عقد ، و على سبيل المثال كأن يقد البنك خدمة معلومات تتعلق بالرصيد في كل عملية سحب أو تحويل ، او تقديم معلومات تتعلق بسوق البورصة أو سلة العملات الأجنبية و سعرها الآني و غيرها من الخدمات [516].

الفرع الثالث : خصائص العمليات المصرفية الالكترونية

الفقرة الاولى : العمليات المصرفية الالكترونية عابرة للحدود.[517]حيث يمكن لأي مواطن بدولة ما الاستفادة من خدمات بنك بدولة أخرى. فالعمليات المصرفية الالكترونية مثل التجار الالكترونية لا تؤمن بالحدود.

وهذا من شأنه إثارة إشكالية تنازع الاختصاص والقانون المطبق عند نشوب أي نزاع متعلق بهذه العمليات المصرفية.

1- الأعمال المصرفية الالكترونية تجارية بامتياز

أغلب دول العالم منحت العمليات المصرفية الصفة التجارية بحكم ماهيتها بغض النظر عن القائم بها ، و ما هي الا امتداد للعمل المصرفي الكلاسيكي فلا يمكن تصور هذا التطور ان يخرج مثل هذه العمليات عن الطابع التجاري، مادام انها في الاصل نشأت في بيئة تجارية محضة .

أما با لنسبة للعميل فإن إضفاء الصفة التجارية على هذه لأعمال يتوقف على صفة العميل، فإذا كان العميل تاجرا فإن العمل يكون تجاريا بالنسبة له أيضا،طالما كان هذا العمل متعلقا بنشاطه التجاري، وتطبيقا لقرينة تجارية جميع أعمال التاجر باعتبارها تتعلق بنشاطه التجاري، فإنه يقع على عاتق التاجر عبء إثبات العكس،

514 مرجع أعلاه، ص 7.

516 عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولى العمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة' الإسكندرية، 2012، ص 6.

517 حسن، شحادة الحسين، (العمليات المصرفية الالكترونية "الصيرفة الالكترونية")، مرجع سابق، ص 193. أحمد، بوراس؛ السعيد، بريكة، مرجع سابق، ص ص 117 ،118.

أي إثبات أن العمل لا يتعلق بنشاطه التجاري؛ فإذا استطاع إثبات ذلك، فإن العمل يكون من الأعمال المدنية بالنسبة له

2- **العمليات المصرفية الالكترونية تفتقد للأوراق**، عمل يقوم على التعاقد بدون مستندات ورقية ؛فكل المراسلات تتم بطريقة الكترونية، فهي تحمل أو تسجل على حامل غير مادي ذي طبيعة الكترونية، ، فهذه الخاصية الالكترونية وفرت الكثير من الجهد و المصاريف المتعلقة بالأوراق و طباعتها و تداولها و تخزينها و كل من يترتب على صيانتها ، وهذا ما يطرح عددا من المسائل القانونية المتعلقة بأدلة الإثبات.

3- **عمليات البنوك ذات طابع نمطي** : أغلب عمليات البنوك عقودا، فإنه ينطبق عليها مبدأ الرضائية، الذي يعتبر الأصل العام في إبرام العقود، وعلى ذلك ينبغي أن تتوافر في عمليات البنوك ما يشترطه القانون في العقود بصفة عامة، من حيث يجب أن يتبادل الطرفان إرادتيهما على نحو صحيح من الناحية القانونية، وأن ينصب هذا الرضا على محل ممكن ومشروع، وأن يكون له سبب مشروع حتى ينعقد العقد صحيحا منتجا لآثاره.، ولكن نظرا لكثرة التعاملات اليومية للبنوك، فلا يوجد متسع من الوقت لإتمام كل المراحل سالفة الذكر على ما تتطلبه من مشاورات ومناقشات . ومن ثمة تطور العمل على أن تعد البنوك نماذج عقود للعمليات التي تقدمها وتكتفي بتوقيع العميل عليها حتى يتم إبرام العقد، وذلك على أساس أن دخل الشخص الى موقع بنك افتراضي طالبا الدخول في المعاملة يعتبر إيجابا، او كما هو الامر كذلك اذا تم بعد عرض البنك لخدماته ، حيث يتم ذلك التعاقد عبر نموذج ، وبقيام الزبون بالإجابة على بعض الاسئلة و في الأخير يوقع على العقد ، و لكن في هذه الحالة بالذات للبنك رأي لاحق بعد تفحص المعطيات المقدمة من العميل، على اساس معيار الاعتبار الشخصي للعميل ، و بعد تطابق شروط عقد في المتعاقد يقوم البنك بقبول ايجاب الزبون .

ب- هل تعتبر من عقود الإذعان؟

- الرأي الاول : فقد ذهب الرأى إلى اعتبار العقود التي تبرم بين البنوك وعملائها من قبيل عقود الإذعان. واستند في ذلك إلى أن البنك هو الذي يحدد شروط العقد ويضعها في النموذج رقمي المعد سلفا، وليس للعميل دور سوى الاجابة و التوقيع، فليس له مناقشة شروط العقد وتعديل بعضها أو إلغاء مالا يناسبه.

ولا شك نمن شأن ذلك-في نظرهم أن يجعل العميل خاضعا ومذعنا لإرادة البنك الذي يفرض شروطه على العميل، وهذا هو أمر عقود الإذعان. ويضيف أنصار هذا الرأي تأييدا لذلك، أن معظم نماذج العمليات تكاد تكون واحدة لدى اغلب البنوك، مما يجعل نوعا من الاحتكار الذي يضعف مركز العميل، في وقت أصبحت تعاملا ته مع البنك من ضرورات الحياة الاقتصادية الحديثة.

وتبدو أهمية اعتبار عمليات البنوك من عقود الإذعان أنه يجوز للطرف المذعن أن يطالب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد أو أن يعفيه منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك؛ هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن.

- الرأى الثاني: [518] يرى أن عمليات البنوك لا تعتبر من عقود الإذعان، لأنه رغم الطابع النمطي لهذه العمليات، بالإعداد المسبق لنماذج العقود بمعرفة البنك وبتشابه معظم الشروط التي تضعها البنوك في عقودها، إلا أن هذه العناصر فقط ليست هي التي تحدد طبيعة عقود الإذعان، التي من خصائصها أنها تتعلق

[518] سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، طبعة 1992 1 رقم 34٠

بسلع أو مرافق تعتبر من الضرورات بالنسبة إلى المستهلك ، ويكون فيها احتكار الموجب «مقدم السلعة أو الخدمة» لهذه السلعة احتكارا قانونيا أو فعليا، وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة محدودة النطاق، وأن يكون ايجابه صادرا إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة ، وأن تكون السلعة من السلع الضرورية التي لا غنى للناس عنها، أي التي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة، كما أن انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما لا يعد احتكارا يترتب عليه اعتبار العقد المبرم بشأنها من عقود الإذعان ما لم تكن تلك السلعة من الضرورات الأولية للجمهور بالمعنى الدقيق.

- اما في التشريع فقد اعتد في العديد من الدول بتصنيف هذه العقود من عقود الذعان ، ومن بينها التشريع الجزائري في قانون 18-05 و التي وردت في نص المادة 06 في الباب الاول تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري و بالاحالة الى قانون آخر ونصت على " العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،و يتم ابرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصراً لتقنية الاتصال الالكتروني "

- حيث ان المشرع الجزائري وباحالته لقانون 04-02 المذكور اعلاه ،في المادة الثالثة منه فقرة 03 منه ، يتبنى التعريف الكلاسيكي ، و من هنا يتبين تبني المشرع الجزائري كباقي التشريعات الاخرى نظرية التعاقد عن بعد و بوسائل تقنية للاتصالات مهما كان نوعها.

4- **العملية المصرفية الالكترونية تتم عن بعد وبدون الحضور المادي** ، أته خدمة تتم عن بعد وبدون اتصال مباشر, بين أطراف العملية، وفي حالة إبرام العقد ،و ما يثيره هذا الوضع من إشكالية التعاقد عن بعد و تكييفها الفقهي و القانوني ، حول مكان ابرام العقد و بالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق و الاختصاص المكاني في حالة نشوب نزاع في هذا الشأن .

5- **العمليات المصرفية الالكترونية قليلة التكاليف** ، توظف أقل عدد ممكن من العمال، و يمكن القيام بها على مدار الساعة من ليل أو نهار، ومن ثم فإن تكلفتها أقل بكثير من تكلفة العمليات المصرفية العادية ، مثل نظيراتها التقليدية التي تحتاج إلى مقر مادي و وموارد بشرية وأوراق و معدات مكاتب وغيرها من التكاليف .

6- العمليات المصرفية الالكترونية تتصف بالتنوع والتجدد والمرونة، بحيث يمكن القيام بمعظم العمليات التقليدية بطريقة الكترونية، إضافة إلى العمليات المصرفية الحديثة التي لا يمكن القيام بها إلا بطريقة الكترونية، مثل سحب الأموال من الموزعات الآلية [519]، او تحويل اموال من حساب الى حساب دون ان يتحرك العميل من مكانه او البنك كذلك و بالتالي تكون لحركة الاموال مرونة اكثر من السابق حيث كانت تحتاج الى شاحنات مصفحة و حراسة مسلحة وعيرها من العراقيل التي تم تجاوزها .

7- **وصول البنوك المصرفية الالكترونية الى المواطن و ليس العكس** ، تمكن البنوك من الوصول إلى أكبر عدد ممكن من العملاء،

نظرا للإشهار الواسع والكبير للخدمات والمنتجات التي نقوم بها البنوك على شبكة الانترنت، ونظر لعدم اضطرارهم إلى التنقل إلى مقر أو فرع البنك، هذا كله يؤدي إلى تضاعف أرباح البنوك الالكترونية، واتجاه

حسام عبد الرحمن فرج أحمد الخولى، مرجع سابق، ص 48.

كثير من المؤسسات غير البنكية للقيام بالخدمات المصرفية الالكترونية رغم عدم تخصصها أو عدم حصولها على الاعتماد اللازم للقيام بالنشاطات البنكية. .[520]

8- **كثرة المخاطر التي تحيط بالعمليات المصرفية الالكترونية** ، وتبقى الميزة الهامة والخاصية الأساسية مقارنة بالعمليات المصرفية العادية، نظرا للبيئة الافتراضية والإلكترونية التي تتم داخلها، ونظر لاعتمادها الكبير على الوسائل والبرامج والتطبيقات الغنية التكنولوجية الحديثة، مما يتوجب على البنوك إعداد المخططات وخطط الطوارئ الدقيقة لإدارة هذه المخاطر.

9- **عمليات البنوك تقوم على الاعتبار الشخصي** يمكن القول بأنه يتكون من مجموعة من العوامل المالية والشخصية والأخلاقية تجعل أحد الطرفين محل ثقة الطرف الآخر فيقبل التعاقد معه، وعوامل الثقة هذه تختلف تبعا لنوع العملية التي يقدم الطرفإن على إبرامها.

ومن هنا فإن استمرار علاقة العميل بالبنك تتوقف على استمرار عوامل الثقة التي كانت متوافرة في العميل عند إبرام العقد، فإذا زالت عنه الثقة أو حدث أي طارئ يؤثرعليها، كإفلاس العميل أو إعساره أو امتناعه عن الوفاء بالتزاماته، جاز للبنك وقف التعامل وإنهاء علاقته بالعميل، وبهذا يكون الاعتبار الشخص يشرط ابتداء وشرط استمرار العلاقة البنك والعميل.

ويعتبر الاعتبار الشخصي من العناصر الأساسية التي يتوقف عليها قبول البنك للتعامل مع أحد الأشخاص أور فض التعامل معه.

ويبدو ذلك أمرا منطقيا لأن ما لدى البنك من نقود يقوم بإقراضها للعملاء، سبق له ن تلقاها كودائع من عملاء آخرين، لآجال محددة أو غير محددة.

فإذا لم يتأكد البنك من توافر عوامل الثقة في العميل طالب الائتمان، فإنه يرتب على ذلك تهديد للبنك بعدم استرداد ما قدمه إلى هذا العميل، وبالتالي عدم استطاعته رد أموال المودعينفي الميعاد المتفق عليه. أما إذا كان العميل محل ثقة البنك فإن كل هذه التهديدات تختفي ويصبح البنك في مأمن وتقل مخاطر الائتمان.

10- **عمليات البنوك وليدة العرف والعادات المصرفية**، و بطبيعن الحال فان العمل المصرفي الالكتروني هو وليد العادات و الاعراف التجارية ، و هو مجرد حلة جديدة يظهر بها ، و هي مجرد امتدا للعمل المصرفي الكلاسيكي مضاف اليه خصائص و صفات يتميز بها عنه ، و لكن الاصل نفسه ، و هذا ما تأكد من طرف الهيئات الدولية المنظمة لهذه العمليات ، لاسيما ما القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية ، بتكريس قواعد العراف التجارية و توحيدها عبر دول العالم و بالأخص في المجال المصرفي الرقمي .

الفرع الرابع : متطلبات العمليات المصرفية الإلكترونية

1- ضرورة الاهتمام باستيعاب أساليب التكنولوجيا بسرعة وكفاءة بتكوين موارد بشرية متخصصة، مع اقتناء الوسائل الحديثة وتطبيقها على نحو سليم ، حتى يمكن للبنوك الصمود أمام المنافسة الشديدة في ظل

---

[520] قدرت إحدى الدراسات الأمريكية أن تكلفة تقديم خدمة مصرفية عبر فرع البنك بطريقة تقليدية تصل إلى 295 وحدة' و تكلفة نفس الخدمة تصل إلى أربع حدات لو قام بها البنك عن طريق الانترنت، و تصل إلى وحدة واحدة' عند القيام يفضن الخدمة عن طريق الصراف الآلى.

[520]يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومى للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص 16

إزالة القيود والحدود أمام المعاملات في إطار العولمة التي تمتد آثارها بسرعة مذهلة لتشمل كل جوانب الحياة.

2- الاهتمام بتنمية الموارد البشرية في البنوك وتهيئة العاملين وتطوير نوعية تدريبهم بما يتواكب مع مستحدثات العصر وذلك عن طريق إيفادهم في بعثات تدريبية لاستيعاب وسائل التكنولوجيا المستخدمة في البنوك والاستعانة بخبراء في تكنولوجيا المعلومات لتدريب كوادر جديدة على استخدام الأدوات المعاصرة.

3- ضرورة سن التشريعات التي تحفظ حقوق كل من البنوك والعملاء في حالة البنوك الإلكترونية وخاصة فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني والذي يعد الشرط الأساسي للمعاملات الدولية والمحلية عبر الإنترنت.

وتجدر الإشارة إلى أن التوقيع الإلكتروني من شانه أن يساعد كل المؤسسات على حماية نفسها من التزييف وتزوير التوقيعات حيث يعتمد التوقيع الإلكتروني على عنصرين أساسين:

- **اولا** التعريف بالشخص الذي له حق التعامل والدخول إلى المؤسسة أو الشركة عبر الإنترنت ،
- **ثانيا** فهو اعتماد رقم سرى أو شفري أو رمزي معين لاستخدامه للتعريف بالشخص.

4- العمل على وضع مبادئ مناسبة إلدارة المخاطر المتعلقة بالعمليات المصرفية الإلكترونية وكذا العمل على قيام السلطات الرقابة بالأشراف المناسب على هذه العمليات التي تجريها الوحدات الخاضعة لرقابتها مع مختلف الدول.

5- يجب أن يكون العملاء على دراية كافية بالتعامل مع الحاسبات الآلية حتى يستطيعوا إنجاز عملياتهم المصرفية بأسرع وقت ممكن وتنمية قدرتهم على استخدام شبكة الإنترنت في معاملاتهم المصرفية، كما يجب أن يكون العملاء ملمين تماما بجميع الخدمات المصرفية

6- ضرورة حصول البنوك على ترخيص بتقديم الخدمات المصرفية عبر شبكة الإنترنت وذلك لحماية البنوك ذاتها من المخاطر التشغيلية المرتبطة بتقديم تلك الخدمات وحماية السوق المصرفي المحلى من مقدمي الخدمات المصرفية الأجانب غير المرخص لهم محليا بتقديم تلك الخدمات ، وكذلك حماية أصحاب المدخرات المقيمين من الانسياق وراء الإعلانات الوهمية عن تقديم خدمات مصرفية متميزة من غير المرخص لهم بذلك ، بالإضافة إلى حماية الأمن القومي من عمليات غسيل أموال محتملة قد تتم عبر الشبكة .

7- لاهتمام بتطوير خدمات التوزيع ، فقد يحتاج بنك الإنترنت إلى إرسال بعض المستندات للعميل كالاعتمادات المستندية أو خطاب الضمان أو دفتر الشيكات وهى المستندات التي يلزم تسليمها باليد ، لذا البد من توافر شركة للتوزيع المأمون التي تستطيع تسليم هذه المستندات إلى العميل في أدق وأسرع وقت.

8- لابد من توافر قاعدة بيانات متكاملة وشاملة بين البنوك مع إيجاد آلية متكاملة للربط الإلكتروني بين البنوك

الفرع الخامس : مزايا العمليات المصرفية الإلكترونية

1- إن استخدام تكنولوجيا الإنترنت في مجال الخدمات البنكية يخفض من التكاليف الكبيرة التي يتحملها البنك لإجراء عملياته المختلفة ، كذلك يقلل من حاجة البنك إلى الاستثمار المكلف في إقامة الفروع المصرفية ،فلا حاجة للبنك لتخصيص أماكن أو موظفين لأداء الخدمات للعملاء ، ومن ثم تحقق سرعة أداء الخدمة للعميل بأقل تكلفة ، وتخلص البنوك من أهم المشاكل التي تواجهها وهى صفوف الانتظار .

2- وتؤكد المعطيات الدولية إن تكلفة إجراء المعاملات المصرفية بواسطة الإنترنت تشكل نحو 2 % من تكلفتها في حالة الاعتماد على فرع البنك التقليدي، و 6,3 %في حالة استخدام خدمة التليفون ، بينما تشكل 7 %من تكلفتها في حالة استخدام جهاز الصراف الآلي ATM

3- تقديم خدمات مصرفية جديدة مثل دفع الفواتير إلكترونيا بدون رسوم في حين إن البنوك التقليدية التي تقدم هذه الخدمة تتقاضى رسوما عالية مقالها

4- زيادة كفاءة أداء البنوك وتحسين مستوى الخدمة.

5- توفير الوقت والجهد للعميل وأيضا لموظفي البنك فضال عن توافر الخدمة على مدار 4 2 ساعة بما فيها أيام العطل الرسمية.

6- إحكام الرقابة على العمليات المصرفية.

7- إرسال واستقبال المستندات بسرعة فائقة مما يسهل عمليات التجارة الخارجية[521].

8- زيادة القدرات التنافسية للبنوك والمؤسسات المالية الوطنية مع نظيرتها العالمية وفتح الباب أما تواجد اكبر للبنوك الوطنية في الأسواق الخارجية.

9- تسهيل الحصول على البيانات المالية الخاصة بالعميل. فالعملاء الذين يتعاملون مع بنوك الإنترنت يستطيعون استخدام تطبيقات برامج الكمبيوتر الخاصة بإدارة الأموال من خلال حساباتهم على الإنترنت في نفل المعلومات المالية الخاصة بهم من حساباتهم الإلكترونية إلى ملفات على الكمبيوتر الخاص بهم.

المطلب الثاني :مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية و أساليب الوقاية منها

تعتبر البنوك الالكترونية صدى المستقبل، إذ أنها توفر فوائد كثيرة جدا و تحقق رغبات العملاء للمتعاملين بعرض عمليات سهلة وأقل تكلفة و بسرعة قصوى ، ولكنها تطرح كذلك مشاكل جديدة للهيئات المشرفة فيما يتعلق بالقوانين والتنظيمات والرقابة على النظام المالي، وكذا بالنسبة لوضع وتطبيق السياسة الاقتصادية ككل.

إذ أن عمليات البنوك الالكترونية و نتيجة انتشارها الواسع أدت إلى زيادة درجة المخاطر مما طرح إشكالات حول إدارة هذه المخاطر، و مدى السيطرة عليها و الحد منها ، مما يطر تساؤلات حول كيفية إمكانية هيئات الرقابة أن تمارس عمليات الرقابة والإشراف على الأعمال المصرفية الالكترونية؟ وما مدى أمنها .

إذ أصبح العمل المصرفي مع تطور الصناعة المصرفية محفوفا بالمخاطر، بتنوع الأنشطة و زيادة الإعتماد على تكنولوجيا الخدمات المالية والتحرر من القيود و عوامل أخرى كثيرة، فأصبحت الأعمال التي تقوم بها البنوك تتسم بالتعقيد ، انعكاساً لما يفرزه الاقتصاد الراهن من زيادة لمعدلات التغيير في الحياة الاقتصادية ، و ارتفاع لمعدلات الترابط بين وحدات القطاع الواحد ، فضلا عن التداخل القائم بين القطاعات الاقتصادية، الراجع الى التحديات المفاجئة و التي تنشأ بجدد احتياجات الأعوان الاقتصاديين فكلما مع تغيرت عاداتهم ، كلما تعاظم التشابك بين مختلف القطاعات على الصعيدين المحلي والدولي، ويعرف عن القطاع المصرفي أنه أكثر من غيره اندماجا و احتكاكا وهذا يجعله كذلك أكثر عرضة من غيره إلى المخاطر. [522]

أكبر عائقا يواجه تقديم البنوك للعمليات المصرفية الالكترونية هو المخاطر الأمنية التي تحيط بها والطرق الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة لها.. هذا إضافة للمخاطر الأخرى التي تصاحب تقديم العلميات المصرفية التقليدية.

---

[521] محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 2003 ، ص 17 - 18

[522] اللجنة العربية للرقابة المصرفية، «العمليات المصرفية الالكترونية و الإطار الإشرافي»، صندوق النقد العربي، أبوظبي، يناير 2002.

الفرع الاول : أسباب تفاقم المخاطر في العمل لمصرفي الالكتروني

كما تجدر الإشارة إلى أن البنوك الالكترونية تتميز بترتيب للمخاطر مختلف عن البنوك التقليدية من حيث الأهمية، بحيث تستأثر المخاطر التشغيلية بحصة الأسد في مقدار المخاطرة الإجمالية للمؤسسة، و هذا راجع للأسباب التالية:[523]

- تزايد الاعتماد على التكنولوجيات في تقديم الخدمات المصرفية، و بالتالي تنامي الرقمنة و الألية ، أي استخدام الآلة مكان الموارد البشرية في الأنظمة الخدماتية، كاستخدام شبكات اتصال إلكترونية لتأدية خدمات مصرفية تقليدية أو مبتكرة لفئة من الزبائن ما يعد أحد المنافذ التي تتعرض إلى خسائر تشغيلية؛

- فشل برامج تغذية و صيانة الأنظمة، لاسيما للرقابة الداخلية أو عدم كفاية النفقات و الموارد إزاء ذلك؛

- ضعف السياسة الأمنية المصاحبة للعمل المصرفي الإلكتروني، بحيث تنشأ المخاطر من جراء أخطاء المرخص لهم (مثل: تجاوزات من الموظفين في البنك أو إساءة الاستخدام من قبل الزبائن لعدم الإحاطة بإجراءات العملية) أو تنشأ عن اختراق الاشخاص غير المرخص لهم؛

- الاستخدام المتزايد لتقنيات تخفيف المخاطر وفق السياسات الوقائية والأمنية، مثل: التشفير، التحقق من المستخدم، جدار ناري، التوقيع الالكتروني، تدريب الموظفين، الضمانات، الاستعانة باتفاقيات التعهد من الباطن و أنظمة المقاصة ، قد يخفف مخاطر معينة لكنه يوسع تعرض البنك إلى مخاطر هامة أخرى.

و فيما يلي عرض موجز للمخاطر التي تتعرض لها البنوك من الأعمال المصرفية الالكترونية:[524]

الفقرة الاولى : مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية ومبادئ إدارتها

ليست التحديات والمخاطر التي تواجهها المصارف وعلى مختلف مستوياتها مرحلة ثابتة وواضحة يمكن للمصرف أن يتعلمها ويكشف أسرارها ويتقنها ومن ثم تنقضي، بل هي عمليات مستمر ومتعددة ودائبة التطور ومختلفة من وقت لآخر، وجدت هذه المخاطر بوجود النشاط المصرفي، واستمرت معه بتطور الوسائل والتقنيات المستعملة[525]. ومن ثم مخاطر العمليات المصرفية تعتبر من أهم التحديات التي يجب على البنك العمل على حسن إدارتها والتحكم فيها، وتزداد هذه المخاطر وتعظم على العمليات المصرفية التي تتم في البيئة الالكترونية المفتوحة.

أصدرت لجنة بازل للرقابة و الاشراف المصرفي، المبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة، كمساهمة منها في تقوية النظام المالي العالمي، بعد سلسلة من التعديلات، جاء آخر تعديل لهل بتسع وعشرين مبدأ[526]. وترى اللجنة أن تطبيق كافة الدول للمبادئ الأساسية سيشكل خطوة مهمة تحو تعزيز الاستقرار المالي على الصعيدين المحلي والدولي، وسيوفر منطلقا جديدا لتعزير تطوير الأنظمة الرقابية الفعالة. وقد أقرت الغالبية

---

[523] Comité de Bâle sur contrôle bancaire, «Saines pratiques pour gestion et la surveillance du risque opérationnel», BRI, Bâle, février 2003.

[524] «الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية»، البنك المركزي المصري.

525 ايياس ناصيف وبول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز العربى للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، 2019، ص 14.

[526] الترجمة العربية للمبادئ الأساسية للرقابة المصرفية الفعالة الصادرة' عن لجنة بازل للرقابة المصرفية سبتمبر 2012، ترجمة اللجنة العربية للرقابة المصرفية التابعة لمجلس محافظى المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، صندوق النقد العربي، سنة 2014.

العظمى من الدول هذه المبادئ الأساسية وطبقتها [527]

تتمثل أهم المخاطر التي تهدد العمليات المصرفية، حسب لجنة بازل في: مخاطر التشغيل، مخاطر السمعة، المخاطر القانونية، ومخاطر أخرى منها مخاطر الائتمان ومخاطر السيولة ومخاطر السوق.

كما أصدر البنك المركزي المصري سنة 2002، وثيقة الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية[528]، حيث نصت هذه الضوابط على بعض من هذه المخاطر، وذكرت المخاطر الإستراتيجية ومخاطر المعاملات ومخاطر الالتزام ومخاطر أمن المعلومات ومخاطر السمعة.

ومن جهته التقرير السنوي للجنة المصرفية الفرنسية[3] لسنة 1999، ذكر لأول مرة في ملحق .خاص، الأخطار التي تتهدد البنوك وشركات الاستثمار عند القيام بالعمليات والخدمات المصرفية عن بعد أي ، وأورد ثلاثة أنواع من المخاطر التي يجب أن تواجهها هذه البنوك وهي، المخاطر القانونية، المخاطر المالية، والمخاطر التشغيلية، في الكتاب الأبيض الذي أصدره البنك الفرنسي سنة 2000. وتم إضافة للمخاطر السابقة، إضافة عنصر المخاطر الواقعة على الزبائن وعلى المؤسسات[529]

أولا- مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية

نوضح في ما يلي أهم المخاطر التي تهدد العمليات المصرفية الالكترونية، والتي تناولتها مختلف الوثائق السابقة:

1- **المخاطر التشغيلية**:

عرفت المخاطر التشغيلية في نظام عمل البنوك العاملة عبر شبكة الانترنت من قبل تقرير لجنة بازل للبنوك الالكترونية، بأنها عبارة عن احتمالية الخسارة بسبب ضعف كبير في الثقة وسلامة النظام.

ومنه فالمخاطر التشغيلية هي التهديدات الناجمة عن سوء إدارة البنك للنظام الالكتروني وتشغيله على شبكة الانترنت.

وتتمثل هذه المخاطر في الاحتيال أو الأخطاء في تنفيذ العمليات أو الخلل في عمل النظام أو قدرته على إدارة مختلف الأجهزة والوسائل التكنولوجية والتطبيقات الالكترونية للبنك، أو مختلف الأحداث غير المتوقعة التي قد تؤدي إلى عدم قدرته على تقديم الخدمات المصرفية عن بعد، أو تعرض البنك أو عملائه لخسارة مالية[3].

يترتب على هذا الخطر تلك الخسائر الناتجة عن عدم التكيف أو عن ضعف في الإجراءات، و الخسائر التي تعزى إلى تقصير العمال أو إلى وهن الأنظمة الداخلية، أو تلك الناجمة عن الأحداث الخارجية. وفي مضمون التوجيه الأوروبي حول كفاية الأموال الخاصة للبنك يشمل تعريف المخاطر التشغيلية أيضا المخاطر القانونية مع استثناء مخاطر الإستراتيجية والشهرة (السمعة)، أما لجنة بازل فاستبعدت في تعريفها من هذا الصنف المخاطر الإستراتيجية دون باقي المخاطر التشغيلية.

---

[527] -الفقرة 29 من المبادئ ألساسّة للرقابة المصرفّة الفعالة الصادرة عن لجنة بازل، مرجع نفسه213.

[528] الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الإلكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية، على موقع البنك المركزي المصري: https://www.cbe.org.eg/ar/Pages/default.aspx

[529] LIVRE BLANC, Internet, quelle conséquences prudentielles ? Banque de France , Commission bancaire, secrétariat générale, décembre 2000

و من اهم المخاطر التشغيلية لدى البنوك وفق لجنة بازل[530]ما يلي :

- تعطل الأنظمة و سير العمليات ،
- الغش الداخلي ،
- الغش الخارجي
- التشغيل و الأمن في موقع العمل
- تلف الأصول الملموسة
- الزبائن و الأعمال التجارية

كما تعد المخاطر التشغيلية من أهم وأخطر القضايا التي تشغل بال وفكر القائمين على البنوك الالكترونية وإدارة العمليات المصرفية الالكترونية على شبكة الانترنت، و ينبق من هذا النوع من المخاطر وذلك لسببين أساسيين[531]

أ- **السبب الأول** يتمثل في الطبيعة الخاصة للنشاط المصرفي على شبكة الانترنت، والذي تتطلب فيه دواعي الأمن درجة عالية من الاحتياط، نظرا للطبيعة المالية التي يقوم عليها النشاط المصرفي، والتي يزيد في ظلها الحرص على اعتبارات السرية والخصوصية. حيث يرتبط عمل البنك وتقديمه للخدمات المصرفية الالكترونية، على الحفاظ عليها وإدارتها باستمرار، وذلك لأنها تهدد سمعة البنك. ولقد اعتبرتها لجنة بازل من أكثر المخاطر التي يجب إدارتها.

و من اهم هذه المخاطر " خطر السمعة " و يترتب عنه احتمالية انخفاض إيرادات البنك أو قاعدة زبائنه (حصة السوق) نتيجة رواج إشاعات سلبية عن البنك و أنشطته، أو نتيجة وقائع تؤيد فشل البنك في إدارة أحد أو كل أعماله بكفاءة.

ب- **السبب الثاني** في هيمنة البرامج والوسائل التقنية والالكترونية على تشغيل البنك وربطه بالانترنت أو مختلف الشبكات، والقيام بمختلف العمليات المصرفية الإلكترونية.

ويرتبط بهذا هيمنة العاملين لدى البنك ومقدمي هذه البرامج ومسيري مختلف الشبكات، على هذا النوع من العمليات المصرفية. ويضاف إلى كل هذا البيئة المفتوحة على العالم بأسرار، التي تدار فيها العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية. ومنه فإن أكبر تهديد في مجال المخاطر الأمنية مصدره بشري.

من جهة أخرى يمكن تقسيم هذه التهديدات البشرية من حيث مصدرها إلى تهديدات داخلية وتهديد خارجية[532].

التهديد الداخلي مصدره العاملين لدى البنك، و الذي يطلق عليه مصطلح "خطر الغش الداخلي" وفق لجنة "بازل 2 " و يشير هذا الخطر الى الذين يشكلون مصدرا كبيرا للمخاطر الأمنية، فالعامل لدى البنك بحكم طبيعة عمله يستطيع الدخول إلى برامج البنك والاطلاع على ما بها من بيانات، والقيام بالتغيير الذي يريد من إضافة وحذف للبيانات. ويأخذ حكم العامل كل من يتعامل مع البنك من مقدمي خدمات الإيواء وخدمات الاتصال وغيرهما. ورغم أن الدخول لمختلف أنظمة البنك الالكترونية يتطلب منح العاملين كلمة المرور التي تمكنهم من ذلك، إلا أن هذه الفئة تبقى مصدر تهديد كبير.

---

530 اتفاقية بازلII الصادرة عام 2004

531 علاء التميمي، مرجع سابق، ص 235

532 المرجع نفعه، ص 237.

أما التهديد الخارجي الذي يهدد العمليات المصرفية الالكترونية ، و هو الخطر الذي اطلقت عليه لجنة بازل 2 مصطلح " خطر الغش الخارجي " و مصدره كل المتعاملين مع شبكة الانترنت من أصحاب النوايا الخبيثة، من قرصنة الانترنت سواء كانوا محترفين أو هواة. ومن هذه التهديدات الدخول غير المشروع للنظام الإلكتروني للبنك وسرية البيانات الخاصة بالزبائن أو تعديلها أو تخريبها والعبث بها، أو تقليد مواقع البنوك مما يتسبب في خداع المتعاملين معه، أو إدخال فيروسات في النظام الالكتروني للبنك، وغيرها من الأعمال الاجرامية التي يمكن أن يكون النظام الالكتروني للبنك الذي يدير العمليات المصرفية ووسائل الدفع مسرحا لها. وتشير بعض الدراسات إلى أن المخاطر الأمنية التي مصدرها التهديد الداخلي تشكل أكبر التهديدات التي تصيب البنوك الالكترونية او البنوك العاملة على الانترنت[2].[533]

ولقد ذكر ملحق التقرير السنوي للجنة المصرفية الفرنسية لسنة 1999، أن الأخطار التشغيلية لها أبعاد كثيرة ومتنوعة منها: تأمين نظام الإعلام الآلي للبنوك، أمن التحويلات المالية الإلكترونية، ومخاطر تبييض الأموال التي تنتج عنها مخاطر السمعة على مؤسسة المالية البنوك .

و لهذه المخاطر خصوصية متعلقة باستعمال الأنترنت كوسيلة لتقديم العمليات المصرفية والمالية، و يترتب عن هذا خطر التشغيل وقوع أزمة ثقة الناتجة عن فقدان المصداقية من طرفا كل الجمهور وليس فقط من طرفا الزبائن. ويكون هذا ناتج أيضا عن اختلال في النظام الإلكتروني أو مشاكل تقنية. [534]

وقد تؤدي هذه المخاطر إلى توقف النظام وعدم قدرته على حفظ البيانات، والمحافظة على الوضع التنافسي، وإدارة المعلومات.

قد تعتمد البنوك على عملية إسناد مهام ذات طابع فني أو تقني لشركات برمجيات خارجية. حيث اعتبر تقرير اللجنة المصرفية السابق الذكر، وهذا من اجل التوقي من المخاطر التشغيلية ، يتطلب وضع تنظيم محكم لمتابعة العلاقات بين البنك ومختلف هذه الشركات[2].

تتطلب المصارف التي تقوم بالعمليات المصرفية بطريقة الكترونية أنظمة ملائمة لإدارة المعلومات والسعة المناسبة لأجهزة التخزين لخدمة عملائها. ويعتبر من الضروري بالنسبة للبنوك تخطيط و إدارة حالة الطوارئ واستئناف العمل لضمان قدرتها على تقديم الخدمات في الأحوال والظروف المناسبة.

2- **المخاطر القانونية**:

تعرف المخاطر القانونية بالنسبة للبنوك العاملة على شبكة الانترنت أو البنوك المقدمة لخدماتها بطريقة الكترونية، على أنها: "عبارة عن حالة من عدم التوافق بين التشريعات والعادات المستقرة والمعايير الأخلاقية، وبين نظام عمل البنك، وذلك على نحو يجعل تعاملات البنك مع عملائه يشوبها الغموض وعدم الاستقرار". [535]

تنشأ هذه المخاطر في حالة عدم الالتزام بالقوانين أو القواعد التنظيمية أو التعليمات المقررة من قبل السلطات الإشرافية، و التي يمكن أن تؤذي حاضرا أو مستقبلا خسائر في أرباح البنك وسمعته بشكل عام، مثل فرض غرامات مالية نتيجة غموض بنود اتفاقيات مبرمة.

---

[533] نقلا عن علاء التميمي، مرجع أعلاه، ص 242.

[534] Rapport de la commission bancaire pour l'année 1999. Sur site : https://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/commission_bancaire/cb_ra.html#cbra2007 4 - Livre blanc 2000, Op cit, p 172

[535] -نقال عن علاء التميمي، مرجع نفسه، ص 249

كما تقع هذه المخاطر في حالة انتهاك القوانين أو القواعد أو الضوابط المقررة خاصة تلك المتعلقة بمكافحة عمليات غسيل الأموال أو انتهاك الخصوصية أو السرية، أو المتعلقة بالضرائب، أو نتيجة عدم التحديد الواضح للحقوق والالتزامات القانونية الناتجة عن العمليات المصرفية الالكترونية. ومن ذلك عدم وضوح مدى توافر القواعد القانونية الموجهة لحماية المستهلكين في بعض الدول، أو عدم المعرفة القانونية لبعض الاتفاقيات المبرمة باستخدام وسائل الوساطة الالكترونية[536].

وتعتبر المخاطر القانونية من أهم الخاطر التي تؤرق المتعاملين في التجار الإلكترونية عموما والخدمات المصرفية والمالية خصوصا. ومصدر هذا القلق هو التطور التكنولوجي ومفرداته وانعكاساته السلبية، في بعض الاحيان، على المتعاملين في الفضاء الالكتروني الافتراضي.

حيت تسببت التكنولوجيا في إحداث طفرات كبيرة وتغييرات جذرية في حياة الناس المدنية والتجارية، ومنها أساليب تقديم الخدمات المصرفية، وانعكاسها المباشر على التنظيم القانوني الخاص بهذه الخدمات أو العمليات. ولقد أصبحت معظم القواعد التقليدية غير قادر على استيعاب هذه المستجدات.

كما أن هذه التكنولوجيا تتميز بالتطور المستمر والسريع والمتلاحق، الذي قد يعجز المشرع على اللحاق به، بسبب بطء إقرار القاعدة القانونية. ومن ثم عدم قدر القوانين على ملاحقة التطورات التقنية والغنية في ميدان البنوك الالكترونية، واستيعاب الغص المختلفة التي تتيحها هذه التطورات.

هذه الاعتبارات تؤدي في النهاية إلى مخاطر قانونية نتيجة عدم وجود نصوص قانونية ترعى وتحمي المتعاملين بالعمليات المصرفية الالكترونية وأدوات الدفع الالكترونية. ومن هنا فلا تكفي الحماية التقنية أو الفنية التي توفرها مختلف البرامج بل يجب توفير الحماية القانونية في شقيها المدني والجزائي. .

3- **المخاطر المالية**

تتشابه المخاطر المالية في العمليات المصرفية الالكترونية مع المخاطر المالية للعمليات المصرفية التقليدية، في معظم الحالات، ومع ذلك فقد تثكل الطريقة الالكترونية التي تقدم بها العمليات مخاطر ائتمانية معينة للمؤسسات البنكية، التي يجب أن توليها عناية فائقة، خاصة في ظل الأسواق المالية المتقلبة.

من هذه المخاطر المالية ما يتعلق بسوق الأوراق المالية وعملية التسوية، فبموجب القانون الفرنسي، مثلا، يمكن لعملاء البنوك الحصول على تمويل لمشترياتهم إذا كان لديهم 20% من المبلغ نقدا، أو 40% على شكل سندات، وفي حالة إفلاس العميل يتحمل البنك أو الوسيط المالي المخاطر.

وعندما تتم هذه العمليات بطريقة الكترونية فإن حجم المخاطر يزداد على البنوك، وذلك سبب السرعة التي يجب أن يتم بها معالجة هذه العمليات عن طريق الانترنت.

ومنه يجب على البنوك الالكترونية تقييم قيمة المخاطر على الزبائن في أصدر وقت ممكن:[537]

ثانيا- إدارة مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية

تشمل إدارة المخاطر، حسب ما جاء في الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية، الصادر عن البنك

536 الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل الدفع الالكترونية المصرية، مرجع سابق، ص 6.

537 Rapport de la commission bancaire année 1999, op cit, p 172.

المركزي المصري سنة 2002، على تحديد المخاطر التي قد يتعرض لها البنك، أو العميل، ومدى تأثيرها عليه. وكذا وضع حدود صدوى لما يمكن للبنك أن يتحمله من خسائر نتيجة التعامل مع هذه المخاطر.

وتشمل الرقابة على التعرض للمخاطر حسب الضوابط السابقة، تنفيذ سياسات وإجراءات التأمين. وتدعيم الاتصال بين مختلف المستويات الإدارية للبنك والعاملين، بشأن سلامة أداء التنظيم. وكذا توفير التدريب المستمر للعاملين، واستمرار تقديم وتطوير الخدمات. وكذا وضع ضوابط للحد من المخاطر في حالة الاعتماد على مصادر خارج البنك لتقديم الدعم الفني. كما تشمل هذه الرقابة أيضا إعداد مخطط الطوارئ، وإحاطة العملاء عن كيفية استعمال الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية [538] :

من جهتها قواعد الخدمات المصرفية الالكترونية الصادر عن مؤسسة النقد العربي السعودي نصت على أربعة طرق ضمن أربعة مراحل لإدارة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها البنوك بمناسبة القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية.

هذه الطرق هي: تحديد المخاطر، تحليل المخاطر وتحديد حجمها، معالجة المخاطر، ومتابعة المخاطر ومراجعتها. [539]

ومن جهته الكتاب الأبيض الصادر عن البنك الفرنسي سنة 2000، أوضح أن البنك الذي يقوم بتقديم العمليات المصرفية على الانترنت يجب عليه أن يحدد إستراتيجيته التجارية للعمل على الانترنت. من خلال وثيقة يتم المصادقة عليها من طرف هيئاته الرقابية والتنفيذية، يتم فيها تفصيل مخطط تطوير العمل، في ما يخص الخدمات المقدمة، الزبائن، حجم النشاطات والمردودية، مع الأخذ بعين الاعتبار عوامل المخاطر التقنية والتجارية، وهذا بناء على قواعد وفرضيات الوقاية. كما يجب أن تحدد مؤسسة المالية المبالغ المالية اللازمة لاستمرارية النشاط في حالة الأزمات تقنية أو تجارية [540] :

كما يجب على مؤسسة المالية التي تقدم العمليات المصرفية الإلكترونية أن تأخذ بعين الاعتبار على الأقل ثلاثة أنواع من المخاطر والأزمات: المخاطر التجارية الناتجة عن السقوط الكبير للمنتجات البنكية الصافية، المخاطر المتعلقة بصورة مؤسسة وسمعتها بسبب المشاكل التقنية، والمخاطر التقنية الناتجة عن عدم تجاوب النظام في مواجهة النشاط المتزيد. ويفضل أن تقوم البنوك ومؤسسات المالية بتحيين هذه الوثيقة المتعلقة بالإستراتيجية التجارية ومناقشتها في كل مرحلة

الفرع الثاني: معايير لجنة بازل و الإدارة الحصيفة لمخاطر العمليات المصرفية لإلكترونية:

الفقرة الأولى : الرقابة المصرفية بالتركيز على المخاطر:

اهتمت لجنة بازل بدور سلطات الرقابة في تنمية وتشجيع الممارسات الهادفة إلى إدارة المخاطر في البنوك، ومعالجة القصور في أدوات التعامل مع المخاطر، في قمتها كفاية الأموال الخاصة و الالتزام بمتطلبات الإفصاح، فضلا عن وسائل الرقابة الداخلية كالضوابط الداخلية، تعزيز السياسات المتعلقة بالمخصصات...الخ. فتركز اللجنة على الإشراف الرقابي-الاحترازي كمحور ثان (على غرار كفاية الأموال الخاصة و انضباطية السوق) نحو التطبيق السليم لاتفاقية بازلII، وتحث السلطات الرقابية المعنية بتنفيذ

538الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكتروني، الصادرة' عن البنك المركزي المصري، مرجع سابق، ص 8.

[539] قواعد الخدمات المصرفية الإلكترونية الصادرة' عن مؤسسة النقد العربى السعودي، مرجع سابق، ص18.

[540] - Livre blanc 2000, Internet quelles conséquences prudentielles, op cit, p 90.217

معايير بازلII على تنظيمها المصرفي لاستخراج الانحرافات و من ثم معالجة النقائص في مجال إدارة المخاطر.[541]

وعندما نتكلم عن الرقابة على البنوك فإننا نتكلم عن الرقابة المصرفية، وهي رقابة تمارس من طرف جهات من خارج البنك تابعة للبنك المركزي أو السلطة النقدية للدولة، بحيث تقوم هذه السلطات الرقابية بمهمة متابعة امتثال البنوك للأوامر والتعليمات الصادرة عن البنك المركزي و الهيئات التابعة له و من ثم معالجة التجاوزات المسجلة بحكم القانون أو بحكم التنظيم، وكذا فتح أبواب الحوار مع البنوك للبحث في القضايا التي تعرقل السير الحسن للمؤسسة المصرفية أو تحد من فعالية لجنة الرقابة أو لمعالجة أي قصور في التنظيم الإحترازي بفعل المحيط المصرفي، ثم اتخاذ إجراءات مناسبة سريعة لتصحيح الوضع.[542] مثلا تعتمد سلطة الرقابة إستراتيجية بعد تقييم الاحتياجات المالية لمواجهة المخاطر، مفادها العناية بالبنوك التي تتميز بشكل (Profil) محدد من المخاطرة الإجمالية أو لاحتلالها موقعا حساسا أو لمزاولتها نشاطا هاما في الاقتصاد الوطني، فمن بين التعليمات التي تطلقها اتجاه بنك أو تنظيم مصرفي في إطار الرقابة المصرفية.

1- **إعداد السياسات وتنفيذ الإجراءات**:

تصدر السلطات الرقابية ترتيبات تحكم السياسات التي تنتهجها إدارة البنك لتغطية مخاطر أنشطته، و تتحقق فيما بعد من إمتثال البنك لهذه المتطلبات، من أهم الممارسات التي تتطلبها السياسة الأمنية إعداد برنامج شامل أو تطوير البرنامج الحالي، بحيث يأخذ بعين الاعتبار العمليات المصرفية الالكترونية الجديدة، و يحدد بالتفصيل المسؤوليات و المهام لجميع الأطراف، بالإضافة إلى التدابير التي سيقوم بها البنك في حال خرق الخطوط الأمنية و هذا يتطلب ضمن ترتيبات المعالجة تقدير تكلفة الاختراق وموافاة مجلس الإدارة دوريا بدرجات المخاطر المترتبة عن هذا النشاط.[543]

2- **كثافة المعلومات وقنوات تدفقها:** تقوم سلطات الرقابة بتقييم أنظمة المعلومات و أنظمة التقارير أو التوثيق لدى المؤسسة المصرفية، بغرض تحديد مواطن الضعف التي تؤدي إلى تشويه أداء المهام الملقاة على عاتق الإدارات العليا والتنفيذية و انحراف القرارات.
3- **النزاعات بين الأطراف ذات العلاقة**: ضمن متطلبات الحوكمة أي الإدارة الرشيدة للبنوك، يتعين على سلطات الرقابة دعم البنك في ضبط العلاقات مع الأطراف ذات الصلة **به**، بتوضيح لكل جهة ما عليها من واجبات لتنال ما لها من حقوق، أو تجنيب المؤسسة تضارب المصالح وتوجيه القرارات خصوصا الإستراتيجية نحو مآرب شخصية، بين: مجلس الإدارة، كبار المساهمين، المقترضين، الجهاز التنفيذي، علاوة على المدققين الداخليين والخارجيين.
4- **دور مجلس الإدارة ومسؤولياته اتجاه سلطة الرقابة**: تقع مسؤولية إدارة البنك بشكل أساسي على مجلس الإدارة، فتتمثل مهمته في رسم السياسات و إقرار النظم و التأكد من سلامة تنفيذها و المحافظة على حقوق المودعين و أملاك البنك، بالتالي هو المسؤول الأول أمام **السلطات** الرقابية عن أداءات البنك ونتائجه، لاسيما متانة المركز المالي وشفافية المعلومات المصرح بها إلى السلطات الرقابية، بما في ذلك إشعارهم بمرشحين لعضوية مجلس الإدارة أو الإدارة التنفيذية و التعيين. لذا، يتعين عليه المصادقة على إستراتيجية البنك في تقديم خدمات مصرفية الكترونية إلى جانب الموافقة على سياسات الإدارات التنفيذية في إدارة المخاطر و تقييم نظام الرقابة الداخلية عن طريق لجان مختصة تابعة له.

---

[541] إبراهيم الكرسانة، «أطر أساسية و معاصرة في الرقابة على البنوك و إدارة المخاطر»، صندوق النقد العربي، أبوظبي، مارس 2006، ص: 47.

[542] نفس المرجع، ص ص: 02-03

[543] نفس المرجع، ص ص: 44-47.

5- **دور الجهاز التنفيذي ومسؤولياته اتجاه سلطة الرقابة**: تعمل السلطات الرقابية على إملاء الشروط الواجب توفرها في الموارد البشرية التي تتولى مسؤوليات الإدارة التنفيذية في البنك، من بين ذلك: الكفاءة العملية، الأهلية العلمية، السمعة الجيدة وخبرة مناسبة، الأمانة، خلوه من سوابق عدلية...الخ، من ناحية أخرى كفرض جملة من المتطلبات على البنوك تحكم أفعال الإدارة التنفيذية نحو **تصريف** شؤون البنك وفق السياسات المرسومة من قبل مجلس إدارته في ظل الإلتزام بجميع القوانين: نحو نوع العلاقة بين هذه الإدارة و المفتشين الذين ترسلهم السلطات الرقابية، نحو التقارير الإحترازية و الإحصائية المطلوبة من قبل مجلس الإدارة أو السلطات الرقابية...وهكذا.

6- **توجيه أعمال المدققين الداخلين والخارجين**: يتعين على السلطات الرقابية تشجيع البنوك من خلال معايير تصدرها حول المدقق الداخلي و أعمال المدقق الخارجي، من شأنها تنظيم تعيين المدققين ومسؤولياتهم (المهنية، المدنية والجزائية) و علاقاتهم بالسلطات الرقابية، بشكل يكفل الحياد والموضوعية في تبعية دائرة التدقيق إلى مجلس الإدارة، ويضمن إضافة إلى ذلكم استقلالية المدقق في **أداء** مهنته عن إدارة البنك وحتى عن ضغوط المساهمين. وبالرغم من أن القوانين تفترض تعيين مدقق خارجي فأكثر على المؤسسات، إلا أنه في قطاع البنوك يتعين الحصول على موافقة السلطة الرقابية المختصة إلى جانب قرار الجمعية العمومية، ويحق للسلطات الرقابية الحصول منه على أي بيانات أو إيضاحات لازمة مع الحق في أن تكلفه بمهام تراها ضرورية على البنك المعني لأغراض رقابية، في حين يخول له الرجوع إلى السلطات الرقابية ضمن متطلبات العمل.

في جميع الأحوال، تدعو لجنة بازل أن توفر قوانين البلاد إلى سلطات الرقابة هامشا ملائما من الاستقلالية وكذا إمكانيات كافية سواء مالية أو بشرية أو تقنية من أجل أداء مهامها على أكمل وجه، والهدف من إسناد الرقابة المصرفية إلى هيئات محددة تابعة للبنك المركزي أو السلطة النقدية في أغلب الدول هو سد مخاطر الوقوع في التضارب بين الرقابة على البنوك و السياسة النقدية التي قد تؤدي إلى آثار وخيمة على الحياة الإقتصادية للوطن، وتوفير هذا الجهاز الرقابي يوفر على البنك المركزي جهدا كبيرا في الإشراف على أعمال البنوك، بحيث يصبح دوره الإطلاع على تقييمات اللجان الرقابية لصياغة التوجيهات الملائمة إلى التنظيم المصرفي .

المبحث الثاني :النظام القانوني للبنوك الالكترونية

تعتمد البيئة المصرفية علي الوسائل الالكترونية لتقديمها لخدماتها العصرية ، بحكم التطور التكنولوجي السريع الذي شهدته الساحة المصرفية ، و بحكم البيئة الجديدة و ما تثيره من الإشكاليات، وبالتالي فهي بحاجة إلي قانون ينظمها ويسهل العمليات المقدمة من طرفها ، والإشكالية التي نحن بصدد دراستها تتمثل في مدى سريان القواعد القانونية الخاصة بالبنوك التقليدية على البنوك الالكترونية.

المطلب الأول : ماهية البنوك الالكترونية ونشأتها

تعد البنوك أهم الركائز التي يقوم عليها اقتصاد أي دولة كانت، نظرًا للدور الأساسي الذي تلعبه في دعم التنمية الاقتصادية ومع التطوارت التكنولوجية التي شهدها العالم، والتي أحدثت تغيارت كبيرة في قطاع النشاط الاقتصادي، من أبرزها تلك المتعلقة بالنظام المصرفي، حيث تبلورت فكرة البنوك من بنوك عادية تقليدية ، إلى بنوك حديثة أو ما يطلق عليها بالبنوك الالكترونية ، مستفيدة بذلك من مختلف التقنيات الحديثة كالإنترنت وتكنولوجيا المعلومات و الاتصال و الحواسيب وغيرها من الآليات ، والتي تبنتها العديد

من الدول بغية في عصرنة و تطوير قطاعها المالي ، وهذا ارجع لما تدخله خدمة البنوك الالكترونية من تسهيلات في الوقت والجهد و المال.

وفي هذا الصدد تم التطر ق في الفصل الأول إلى دراسة مفهوم للبنوك الالكترونية، حيث تم دراسة من خلاله مفهوم البنوك الالكترونية المبحث الأول، وفي المبحث الثاني،درس فيه أنماط البنوك الالكترونية وتميزها عن البنوك التقليدية.

الفرع الأول: النشأة التاريخية

لم تظهر البنوك الإلكترونية في شكلها الحالي مكتملة المعالم بل هي وليدة تطور طويل إمتد من النظم البدائية الأولى وصولا للنظام الحالي، حيث يعتبر الظهور الحقيقي للمصارف بالمفهوم الحديث على يد الصياغة و الصيارفة[544]،فكانت في بدايتها كمحلات يودع فيها التجار ما لديهم من ذهب وفضة ويستلمون مقابل ذلك صكوكا تعبرعن ملكيتهم لتلك المعادن المودعة فأصبحت تلك الصكوك وسيلة للتبادل في أغلب المعاملات المالية و التجارية.

وظلت البنوك لفترة طويلة من الزمن تعتمد على الوسائل التقليدية، فهيُ تستخدم في تناقلا لمعلومات والعمليات المصرفية التي يقوم بها والعملاء، وقد عانت المؤسسات كثيرا من البطء في سيرالعمل،وذلك لاعتمادها على هذه الأنظمة تقليدية.

ويرتبط نشوء البنوك الإلكترونية إرتباطا وثيقا بظهور ما يسمى بالتكنولوجيات الحديثة للإعلام والإتصال " -"NTIC التي تعد شبكة الانترنت أحد أشكالها [545]، ففي القرن العشرين وبالتحديد في بداية الثمانينات بالتزامن مع ظهور النقد الإلكتروني. وقد تم البدأ بإستعمال البطاقات في فرنسا مع بداية القرن العشرين، وكانت هذه البطاقات مصنوعة من الكرتون تستخدم في الهواتف العمومية، كما ظهرت أيضا بطاقات معدنية يتم إستعمالها في مراكز البريد في الولايات المتحدة الامريكية، فأصبح بإمكان الزبون إستخدام الخط الهاتفي للإطلاع على أرصدته، تحويل الأموال و وتسديد الفواتير، وفي نفس الفترة الزمنية أصبحت تلفزة الكابل والحاسوب الشخصي وسائل جديدة يمكن إستخدامها في الصيرفة بالمنزل وحلت بذلك مشكلة محدودية الأنظمة الهاتفية فيما يخص الكتابة و الصورة.

وبعد التطور الكبير الذي عرفته تكنولوجيا الأنترنت في نهاية الثمانينات وبداية التسعينات وجدت فيها البنوك الوسيلة المثلى لعرض العمليات المرتبطة بالحسابات والعمليات المالية دون تحرك للسيولة النقدية.[546]

وفي عام 1981م ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية ما يعرف بالخدمات المصرفية عن بعد أو ببنك الكمبيوتر الشخصي، وهي خدمة تسمح للعميل بالقيام بعملياته المصرفية طيلة أيام الأسبوع وعلى مدار اليوم، إنطلاقا من حاسوبه الشخصي الموصول بالكمبيوتر الرئيسي الموجود بالبنك بواسطة خط هاتفي، فكان الزبون عادة يتصل بحساباته لدى البنك ويتمكن من الولوج إليها وإجراء ما تتيحه له الخدمة عن طريق خط خاص ، و تطور المفهوم هذا مع شيوع الانترنت اذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنت ، لكن بقيت فكرة الخدمة المالية عن بعد تقوم على أساس وجود البرمجيات المناسبة داخل نظام

---

[544] عبد القادر خليل، الإقتصاد البنكي مدخل معاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016، ص 37.

[545] بوفليح نبيل، فرج شعبان، البنوك الإلكترونية كمدخل لزيادة تنافسية البنوك العربية، الملتقى الدولي حول المعرفة في ظل الإقتصاد الرقمي ومساهمتها في تكوين مزايا التنافسية للبلدان العربية جامعة الشلف، 2007، ص:4.

[546] تطار محمد منصف، "الصيرفة الإلكترونية والجهاز المصرفي الجزائري" ، مجلة الباحث ، العدد «02» ، جامعة بسكرة ، 2002 ، ص 07.

كمبيوتر الزبون ، بمعنى أن البنك يزود جهاز العميل»الكمبيوتر الشخصي بحزمة البرمجيات – إما مجانا أو لقاء رسوم مالية – وهذه تمكنه من تنفيذ عمليات معينة عن بعد « البنك المنزلي «[547]

وكان ظهور أول بنك إفتراضي في منتصف التسعينات في الولايات المتحدة الأمريكية، ليتلاحق بعد ذلك ظهور مصارف من نفس النمط، وبصورة متسارعة، في مناطق أخرى من العالم.

الفرع الثاني:مراحل تطور البنوك الإلكترونية

شهد عام 1958 إًصدارAmerican Expressلأول بطاقة بلاستيكية في الولايات المتحدة الأمريكية لتنتشر على نطاق واسع بعد ذلك، ومن ثم قامت بعدها ثمانية بنوك بإصدار Bank Americard عام 1968 لتتحول بعد ذلك إلى شبكة Visa العالمية، كما تم في نفس العام إصدار البطاقة الزرقاء Carte Blueمن طرف ستة بنوك فرنسية، وفي عام 1986 قامت إتصالات فرنسا ' France Telecome' بتزويد الهواتف العمومية بأجهزة قارئة للبطاقات Cartes à mémoire لتصبح عام 1992 كل البطاقات المصرفية بطاقات برغوثية Cartes à puce تحمل بيانات شخصية لحاملها.[548]

وقد تميزت فترة التسعينيات بتأسيس الكثير من الشركات ومن بينها البنوك والتي تقدم خدماتها ومنتجاتها عن طريق الانترنت، سميت حينها هذه الأخيرة بشركات بالـدوت كوم dot-coms ، بالتالي فتحت لتلك الشركات آفاقا جديدة ؛ باعتبار الإنترنت تكنولوجيا المستقبل، والاستثمار فيه هو صفقة رابحة بكل تأكيد[549].

ففي سنة 1995 أنجزت" Netscape[550]" أول برنامج يسمح بالدخول إلى مواقع الواب، وأصبحت الصيرفة عبر الخطوط ممكنة، ويعتبر خط "SFNB" أول بنك أمريكي عبر الخط في العالم، وقد ظهرت بنوك إلكترونية تحت مسميات مختلفة، مثل بنك سوفت»Soft» في عام 1995 ، ثم تلته بنوك أخرى مثل Net Bank«America Online» في عام 1996[551].

ومع مطلع الألفية الثانية حدث ما يعرف بفقاعة الأنترنت، وهو ما أدى إلى ظهور تكهنات بأن فرص الخدمات المقدمة على شبكةالإنترنت بما فيها والبنوك الإلكترونية خاصة قد تلاشت.[552]

وفي الوقت الحالي فإن البنوك الإلكترونية «Internet Banking»ورغم علاقتها بالكمبيوتر الشخصي ، فإنها لا تأخذ كافة سماتها ومحتواها من مفهوم بنك الكمبيوتر الشخص»PC banking» إذ أن البرامج التي تشغل البنك الالكتروني ليست موجودة في نظام كمبيوتر الزبون وبالتالي فإن البنك غير ملزم بإرسال الإصدارات الجديدة والمتطورة من البرمجيات للزبون كلما تم تطويرها، كما أنه يمكن للعميل إلى الدخول إلى حسابه وإلى موقع البنك وخدماته من أي نظام آخر في أي مكان أو في أي وقت وليس فقط من خلال

---

[547] عبد الغني ربوح و نور الدين غردة، تطبيق أنظمة الصيرفة الإلكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع والأفاق، المؤتمر الدولي حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة ورقلة، يومي 11-12 مارس 2008، ص:4.

[548] يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، ط «1»، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2012، ص: 13.

[549] https://abeqtisad.com/abeqtisad/financial-markets/internet-dot-com-bubble، 8 أفريل 2018، 19:19

[550]تتسكيب «بالإنجليزية: Netscape Communications» هي شركة خدمات حاسوب أمريكية اشتهرت على خلفية مستعرض الويب الذي طورته تحت اسم نتسكيب نافيجيتور «Netscape Navigator» .

[551] عامر إبراهيم قنديلجي، التجارة الإلكترونية وتطبقاتها، دارالمسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة، عمان، ص: 174,

[552] Mahmood shah and steve Clarke, E-banking MangementIssues,solutions, and strategies, information science reference, new York, 2009, p: 3.

كمبيوتره الخاص كما هو الحال في فكرة البنك على الخط .بالإضافة إلى كونه لم يعد ملزما تعليم الزبائن كيفية استخدام البرامج البنكية فالموقع يتيح ذلك والعديد من مواقع البرامج الشبيهة تقدم مثل هذا التعريف ، وفوق ذلك كله ، فإن البنك عبر الانترنت أو بنك الموقع يتيح مداخل للزبون باتجاه مواقع اخرى مرتبطة أو شبيهة أو مكملة لخدماته ، كمواقع إدارة وإصدار البطاقات المالية ، أو أمن المعلومات المتبادلة ، أومواقع مؤسسات شهادات التعاقد والتوثيق، أو مواقع تداول الأسهم أو أي مواقع أخرى تقدم أي نمط أو نوع من الخدمات المالية أو الاستشارية عبر البنك المضيف أو شركائه[553]

وقد أثبتت التجارب الدولية، قيام البنوك الكبرى في الدول التي تنتشر فيها خدمات البنوك الإلكترونية ، بإغلاق معظم فروعها بسبب الإعتماد المتزايد لعملائها على الانترنت، وأشهر مثال على ذلك ما قام به بنك باركليز في بريطانيا من إغلاق 171 فرع خلال أبريل 2000 بعد أن أصبح له أكثر من 1،3 مليون عميل يستخدمون الأنترنت للوصول إلى حساباتهم، [554]

ومما لا شك فيه أن الصدمة التكنولوجية التي كانت نتيجة لتنامي دور الوساطة بفعل تزايد حركية التدفقات النقدية و المالية في المجالين التجاري الإستثماري، و الخدمات الإلكترونية التي يقدمها هذا النوع من البنوك للعملاء و إنتشارها وتوسعها بشكل كبير، وهذا بفضل التقدم التقني و التطور المستمر لأنظمة الإتصال مما جعل البنوك الإلكترونية تقدم خدمات مصرفية إلكترونية تتناسب مع العملاء.

ونميز بين نوعين من البنوك كلاهما يستعملنا تقنية الصيرفة الإلكترونية:

أولا: البنوك الإفتراضية «بنوك الأنترنت»[555] : بنوك ليست لها بنايات تأوي هياكلها،وهذا النوع من البنوك يوفر تكاليف العقارات والإطارات المصرفية ذات الكفاءة المالية مما ينعكس إيجابا على تسعيرها.

ثانيا: البنوك الأرضية: وهي بنوك تقدم خدمات الصيرفة الإلكترونية بالتزامن مع بتقديم خدماتها التقليدية.

المطلب الثاني : مفهوم البنوك الالكترونية

لقد كان للتطور الهائل في مجال الاتصال الرقمي ، بزوغ مولود جديد في مجال التجارة الالكترونية ، نظرا لما فرضته ظروف التعامل الجديد في السوق الافتراضي، الامر الذي دفع بالمصرفيين مواكبة هذا التحول بغية تحقيق رغبات المتعاملين في هذا العالم الافتراضي .

إذا كان إعتماد العمل البنكي في بداية نشتأته ،على الرساميل الشخصية ثم تطور في الإقتصاديات الحديثة، ليصبح في يد مؤسسات متخصصة تعتمد على رساميل ضخمة، فإن الواقع الحالي أثبت أن رأس المال لا يشكل وحده العامل الأساسي، الذي يحكم عمل البنوك، فمع تطور وسائل الإتصال، أصبحت إستراتيجيات التوافق مع الواقع ومتطلباته، أحد أهم العوامل المؤثرة في نجاح البنوك.

فالتجارة الإلكترونية أثارت إهتمام منافسين جدد على تقديم هذه الخدمات، وقد تجلى ذلك في إقامة بنوك إفتراضية لها وجود كامل على الأنترنت دون إرتباطات بمقرات وفروع حقيقية، يحتوي موقعها على كافة البرمجيات اللازمة للأعمال المصرفية.

---

[553] بوفليح نبيل، فرج شعبان، البنوك الإلكترونية كمدخل لزيادة تنافسية البنوك العربية، المرجع السابق، ص:5.

[554] محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط»01»، الأردن، 2009، ص: 25

[555] يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 13.

الفرع الأول : ماهية البنوك الإلكترونية:

ساهمت شبكة الأنترنت بإعتبارها شريان الإقتصاد رقمي في إحداث تغيرات وتطورات للقطاع المصرفي ، حيث كان لها الفضل في خلق بيئة مصرفية غير تقليدية، فهذا النوع المستحدث من البنوك يقدم خدماته إعتمادا على شبكة الأنترنت ، تحت اصطلاح البنوك الإلكترونية أو بنوك الأنترنت التي تتسم بخصائص تميزها ، بتقديم خدمات مصرفية إلكترونية ، بوجود شروط محددة بهدف رفع مستوى الخدمة المصرفية وتقديمها في أسرع وقت ، وكذلك الحصول على ثقة ورضا المتعاملين.

الفقرة ألاولى: تعريف البنك

اولا ـ لغة

إن كلمة بنك كلمةغير عربية،يقابلها باللغة الفرنسية كلمة بنك Banque، وبالإنجلزية Bank، ويعود أصل كلمة بنك إلى اللغة الإيطاليةBanco والتي تعني المصطبة Banc التي يجلس عليها الصرافون لتحويل العملة، ومن ثم تحول معناها ليدل على المنضدة Comptoir التي تعد فوقها النقود وتتداول فيها العملات، و أخيرا أصبحت تدل على المكان الذي تتواجد فيه تلك المنضدة ويتم قيه تبادل النقود.

أما كلمة مصرف، فيقال صرف و صارف، أي بدل عملة بعملة أخرى، والصراف والصيرف و الصيرفي «جمعها صيارفة، وهو الشخص المبدل للعملات»، و أما الصرافة او الصيرفة فهي مهنة «حرفة» أو وظيفة، وأما المصرف فهي كلمة تعني المكان ويقابلها مصطلح «بنك».

ثانيا: إصطلاحا

يستخدم مصطلح البنوك الالكترونية، « e - banking » أي Electronic -Banking

للدلالة على المعاملات المالية التي تتصل بالبنك، والتي يقوم بها العملاء عن بعد، من أي مكان، و في أي وقت، باستعمال جهاز الكمبيوتر، أو الهاتئ الذكي، أو أي جهاز الكتروني آخر..

من جهة الفقه، تعددت الأسماء التي أطلقها الفقهاء على هذا النوع من البنوك، بين تسمية البنك الالكتروني[2]، والبنك عن بعد، وبنك الانترنت، والبنك على الخط، والبنك الافترضي، وكلها تسميات مختلفة مسمى واحد، هو البنك الالكتروني. فما هو البنك الالكتروني؟

تتعدد التعاريف المتعلقة بالبنوك تبعا لإختلاف القوانين والأنظمة التي تحكم أعمالها والمتباينة من بلد إلى اخر، فلا يوجد تعريف متفق عليه للمصارف»البنوك» [556]، ويمكن تقديم عدة تعاريف وهي:

البنك هو مؤسسة مالية تنصب عملياتها الرئيسية على تجميع الموارد أو الأموال الفائضة عن حاجات أصحابها»أفراد، مؤسسات،دولة»، و إعادة إقراضها وفق أسس معينة أو إستثمارها في مجالات أخرى.[557]

مؤسسة تقوم بعملية الائتمان بالإقراض و الإقتراض [558]

حيث أن هذا التّعريف يعود بنا إلى وظيفة البنك التقليدي، وهي الوساطة المالية بين المقرض والمقترض.

---

[556]عبد القادر خليل، الإقتصاد البنكي مدخل معاصر، المرجع السابق، ص:35.

[557]إيمان العاني، البنوك التجارية وتحديات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، 2007، ص:4.

[558]المعجم الوسيط لمجمع اللغة العربية، :

وأنشئت البنوك من أجل تسهيل المعاملات[559]،وتتنوع حسب موضوع نشاطها و الغاية منها، رغم التوجهات الحديثة نحو عدم التخصص و الإندماج و البنوك الشاملة.[560]

1- التعريف بمصطلح الإلكتروني

قدمت التشريعات الغربية والعربية تعريفات عديدة لمصطلح إلكتروني، ففي قانون الولايات المتحدة الأمريكية الموحد يعرف هذا المصطلح بأنه:" تقنية كهروبائية، رقمية مغناطيسية، بصرية الكهرومغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا، يضم امكانات مماثلة لتلك التكنولوجيا." وفي التشريعات العربية، فقد عرف المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية رقم 85 لسنة 2001 على أنها: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية ضوئية أوالكهرومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها." يلاحظ من خلال هاذين التعريفين أنهما جاءا شاملين لكل وسيلة تعمل بالتكنولوجيا الحديثة سواء كانت كهربائية أو رقمية مغناطيسية أو غير ذلك من التقنيات المماثلة ، ولم تخرج فرنسا عن هذه القاعدة وأعطت مفهوما واسعا لمصطلح إلكتروني، اذ يشملكل قطاعات الاتصال عن بعد، حيث عرفه جانب من فقه التجارة الالكترونية على أنه:" استخدام لكل قطاع الاتصالات عن بعد"

كما عرفه البعض الآخر على أنه[561]: "القيام بأداء النشاط الاقتصادي التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنت والشبكات والأساليب الإلكترونية وآليات الاتصال عن بعد مثل التلفون والفاكس وشبكات تربط بين أعضائها في مجالات محددة وهي شبكات الاتصال".

ويتبين مما تقدم أن تعريف التجارة الإلكترونية يفترض تضافر عوامل عديدة، بعض منها ذو طابع قانوني وبعضها الآخر ذو طابع تقني وذلك في سبيل تهيئة البيئة اللازمةلإنجاز المعاملات التجارية.

ويفيد مصطلح " الإلكتروني"[562] في مجال البنوك بأنه " تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات اتصال إلكترونية، وتقتصر صلاحية الدخول اليها على المشاركين فيها وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك، ومن خلال أحد المنافد على الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء.

2- :تعريف الاصطلاحي البنك الإلكتروني

هناك العديد من المصطلحات التي تطلق على البنوك المتطورة مثل البنوك الالكترونية "Electronic Banking"أو بنوك الانترنت "Internet Banking" أو البنوك الالكترونية عن بعد "Remote Electronic Banking"أو البنك المنزلي "Home Banking"أو البنك على الخط "Online Banking"أو البنوك الخدمية الذاتية "Self Service Banking"أو بنوك الويب "Web Banking" «1».

---

[559]سنوسي علي، مواضيع مختارة في مقياس ندوة بنكية، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية و علوم التسيير، 2016.

[560]عبد القادر خليل، الإقتصاد البنكي مدخل معاصر، المرجع السابق، ص:36.

[561]عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015، ص: 19.

[562]محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003، ص:17.

وعلى اختلاف المصطلحات فجميعها تشير إلى قيام العميل بإدارة حساباته أو انجاز أعماله المتصلة بالبنك عبر شبكة الانترنت سواء كان في المنزل أو المكتب وفي أي مكان ووقت يرغبه ويعبر عنها "بالخدمة المصرفية عن بعد"[563].

ثالثا:تعريف الموضوعي البنك الإلكتروني :

إختلفت مفاهيم او تعريفات حول البنوك الالكترونية بين العديد من الفقهاء ، الا انها تشترك في مفهوم واحد هو البنوك التي تعتمد على شبكة المعلومات الدولية «الانترنت» لترويج و تقديم خدماتها .

- **رأي عرفه بأنه:** "... بانه العمل المصرفي الذي تكون فيه الانترنت وسيلة الاتصال بين المصرف والعميل،و بمساعدة عدة نظم «système» أخرى يصبح عميل المصرف قادرا على الاستفادة من الخدمات و الحصول على المنتجات المصرفية المختلفة التي يقدمها المصرف من خلال استخدام جهاز كمبيوتر « personnel computer» موجود لديه، و يسمى بالمضيف « «hostأو من خلال استخدام أي مضيف اخر و كل ذلك عن بعد و بدون الحاجة للاتصال المباشر بالمصرف البشري." [564]

- **وعُرف كذلك:** [565]"...على انه بنك له وجود كامل على شبكة الانترنيت ، ويحتوي موقعه على كافة البرمجيات اللازمة للأعمال المصرفية، حيث يتيح هذا البنك للعميل القيام بكافة الاعمال الخاصة بالبنك عن طريق أي مكان موجود به،وذلك بواسطة خط يوفره البنك يسمح له بإنجاز كافة معاملاته دون أن يضطر إلى الذهاب بنفسه إلى مقر البنك"[566]

- **وعرف أيضا:** "البنوك الالكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية فحسب بل موقعا تجاريا وماليا وإداريا واستشاريا شاملا، له وجود مستقل على الخط، فإذا عجز البنك نفسه عن أداء خدمة ما من بين هذه الأطروحات الحل اللجوء إلى المواقع المرتبطة بنفس البنك"[567].

كما يستخدم تعبير أو إصطلاح البنوك الإلكترونية « «ElectronicBankingأو بنوك الأنترنت «Internet Banking» « كتعبير متطور وشامل ، للمفاهيم التي ظهرت في بداية التسعينيات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد، أو البنوك الإلكترونية عن بعد ««RemoteElectronicBanking»،أو البنك المنزلي «Home Banking » ، أو البنك على الخط «Online Banking» أو الخدمات المالية الذاتية «Self-Service Banking»»[568] أو بنوك الويب «Web Banks» ، أو غير ذلك من المصطلحات المعاصرة التي يراها البعض مناسبة، والتي تشير إلى قيام العميل بإدارة حساباته أو إنجاز أعماله المتصلة

---

[563] ويكبيديا

[564] حسينة زايدي، أهمية البنوك الالكترونية في تحسين العمليات المصرفية، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي ،2013م، ص 04.

[565] وسيم محمد الحداد وآخرون، الخدمات المصرفية الالكترونية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان ، م، ص 67.

[566]

[567] عبد الله خبانة، الاقتصاد المصرفي ، البنوك الالكترونية: البنوك التجارية، السياسة النقدية، دون طبعة ،مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ،2008، ص 95.

[568] يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 37.

بالبنك عبر شبكة الأنترنت، إذ يستطيع من خلال هذه الشبكة أن يدير حساباته أو يصدر أوامره للبنك كما لو كان يتعامل مع البنك بصورته التقليدية وجها لوجه.[569]

فالبنوك الإلكترونية ماهي إلا وسيلة إلكترونية لنقل المنتجات والخدمات البنكية التقليدية والحديثة مباشرة إلى العملاء عبر الأنترنت، وهي بذلك تمكنهم من الوصول لحساباتهم وإجراء العمليات والحصول على المعلومات دون الحاجة إلى التنقل بين فروع البنوك[570]

والبنك الإلكتروني يمثل أحد أليات الإقتصاد الرقمي في مجال البنوك، الذي يقوم على أساس التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات و الإتصال[571]، فالبنك الإلكتروني هو مؤسسة مالية شبكية تؤدي خدماتها بإستخدام الأساليب الإلكترونية، ويمثل الأنترنت أهم أشكالها، ويمكن الحصول على خدماته عن طريق الضغط على مجموعة أزرار في الهاتف او الكمبيوتر من أي مكان، وكذلك غير نوعية الخدمات التقليدية التي تقدمها البنوك وطريقة تقديمها، بل إنه غير النقود بمفهومها التقليدي الذي نعرفه، اذ اصبح البنك هو الذي يأتي الى العميل و ليس العكس كما كان سابقا ، و الذي كان صار مجرد موقع الكتروني في منصة رقمية ، لأن عنوان البنك الالكتروني عبارة عن عنوان إلكتروني»موقع» على شبكة الإنترنت، [572]

وتسود مفاهيم خاطئة في تحديد المراد بالبنوك الإلكترونية، فبعض البنوك أنشأت موقعا تعريفيا لخدماتها وفروعها وإكتفت بذلك، وطبعا لا يدخل هذا ضمن مفهوم البنوك الإلكترونية، و الواقع أنه يجب التأكيد هنا على ان مفهوم البنك الإلكتروني لا يجب أن يقتصر على المحتوى الشكلي له، بل يجب أن يضاف إليه المحتوى الموضوعي أيضا.

وبعبارة أخرى إن مجرد ذكر الخدمات التي يمكن أن يقدمها البنك، دون الإستعداد لإجراء معاملات حقيقية في هذا الشأن، لا يمكن أن يعني على الإطلاق أننا بصدد بنك إلكتروني. بمجرد التواجد على شبكة الأنترنت، والإستجابة الشكلية لمقتضيات التطور التكنولوجي، بل المطلوب هو تفعيل هذه الإستجابة، و أداء هذه الخدمات عمليا، فالمفهوم الصحيح للبنك الإلكتروني، أن يقوم بأداء العمل المصرفي من خلال شبكة الأنترنت وليس مجرد الظهور عليها.[573]

إذن البنوك الإلكترونية هي جل النشاطات المصرفية، هي كل نشاط تقوم بها المصارف أو المؤسسات المالية من خلال الأنترنت إبتداء من مرحلة الإعلان عن الخدمات ، وحتى التعاقد بشأنها وتسييرها[574]

إن البنوك الإلكترونية برغم علاقتها بالكمبيوتر الشخصي فإنها لم تأخذ كافة سماتها ومحتواها من مفهوم بنك الكمبيوتر الشخصي، فالبرمجيات التي تشغل البنك الإلكتروني ElectronicBankingليست موجودة في نظام كمبيوتر العميل بل هي موجودة على البنك الإلكتروني فالفائدة من ذلك عظيمة فلم يعد

---

[569]بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10 و 12 ماي، 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص: 1946

[570]محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص: 25.

[571]عبد القادر خليل، الإقتصاد البنكي مدخل معاصر، المرجع السابق، ص:72.

[572] أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دون طبعة، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية مصر ،2013م، ص 85.

[573]بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، المرجع السابق، ص: 1947

[573]

[574]عامر إبراهيم قنديلجي، التجارة الإلكترونية وتطبقاتها، المرجع السابق، ص: 172.

العميل مشغول بتعلم البرمجيات ليتمكن من الدخول على البنك ليقوم بأعماله و إنما تلك البرمجيات أصبحت موجودة على الشبكة في الموقع المخصص للبنك[575]

وتجدر الإشارة أن وجود البنك الإلكتروني لايستلزم بالضرورة وجود بنك بالمفهوم التقليدي، وبحيث يكون البنك الإلكتروني فرعا له يستطيع من خلاله أن يباشر نشاطه بصورة إلكترونية. فالبنك الإلكتروني قد يكون له وجود مستقل على شبكة الأنترنت، يستطيع من خلال موقعه أن يقدم ذات الخدمات المالية التي يقدمها البنك التقليدي، ليس هذا فحسب، بل هناك بعض المؤسسات المالية التي تمتلك قدرات متميزة على إدارة موقع مالي على شبكة الأنترنت 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.[576]

ان البنوك الإلكترونية ليست حكرا على المؤسسات المصرفية بل ربما تكون الريادة في مشروعاتها راجعة إلى تدخل جهات غير مصرفية لتلبية إحتياجات السوق الإلكتروني التي تمارسها عبر مواقعها، والمتتبع لوضع سوق الأنترنت إن جاز التعبير، يجد أن قطاعات غير بنكية قد دخلت بقوة سوق الإستثمار في البنوك الإلكترونية إما عن طريق الإستثمار المباشر مثل شركة سوني حيث أنشئت بنك إفتراضي يقدم خدمات الإقراض و الائتمان بالرغم من انها شركة ليس لها علاقة بالعمل البنكي الفعلي، أو عن طريق توفير منصات خدمات للتعاملات المصرفية مثل" أمريكا أون لاين" التي أقامت بنك إفتراضي إنضم إليه عدة بنوك إلكترونية، أو عن طريق تقديم خدمات بنكية بالنيابة مثل شركة بيع وتأجير السيارات والتي تقدم خدمة التمويل المجاني ومقارنة أسعار الفائدة على القروض.[577]

وبالنظرا لاختلاف تعاريف الفقهاء للبنوك الالكترونية وتعددها يمكن تقسيم الخدمات المصرفية المقدمة عن طريق الانترنت إلى عدة أسام أو اتجاهات، نجملها في ثلاث اتجاهات أساسية.[578]

1- الاتجاه الأول: تقديم بعض الخدمات المصرفية على الانترت

عرف أنصار هذا الاتجاه البنك الالكتروني على شبكة الانترت بأنه: "البنك الذي يقدم الخدمات المصدرية عبر الموقع الالكتروني له على شبكة الانترنت". وعرف أيضا بأنه: "الموقع الذي سمح لعملائه بإجراء التحويل المالي للنقود على الأقل". كما عرف أيضا بأنه: "موقع الكتروني يقدم الخدمات المالية في البيئة الافتراضية".

ما يلاحظ على هذه التعارف أنها قصرت مفهوم البنك الالكتروني على نوافر شرطين أساسيين هما، مجرد التواجد على شبكة الانترت، وتقديم بعض الخدمات المصرفية.

2- الاتجاه الثاني: مجرد التواجد على شبكة الانترنت

عرف أنصار هذا الاتجاه البنك الالكتروني على شبكة الانترنت بأنه: "البنك الذي يتواجد فقط على شبكة الانترنت". وعي أيضا على أنه: "البنك الذي يتواجد فقط على شبكة الانتررت من خلال شبكة

---

[575]منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2005، ص: 11.

[576]بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، المرجع السابق، ص: 1947

[577]يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 60- 61.

[578] علاء الدين التميمي ص 45.

داخلية متصلة بشبكة الانترنت". كما عي أيضا بأنه: "البنك الذي يعمل فقط على شبكة الانتررت".

يعاب على أصحاب هذا الاتجاه أنهم قصروا مفهوم البنك الالكتروني على شرط التواجد الحصري على الانترنت" و بمفهوم المخالفة أن كل البنوك التقليدية المتواجدة حاليا لا يمكن أن تكون بنوكا الكترونية لأن لها تواجد فعلي على أرض الواقع. أي أن أصحاب هذا الاتجاه ضيقوا من مفهوم البنك الالكتروني.

3- **الاتجاه الثالث: عدم الوجود المادي للبنك**

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه حتى نكون أمام بنكا الكترونيا، فإنه يجب أن ينتفي الوجود المادي للبنك، أي أن هذا البنك يجب أن يكون فقط في شكل موقع على شبكة الانتررت. و في هذا الإطار أكدت درسة بريطانية أجريت سنة 2015 أن 33 في المائة من المستهلكين البريطانيين غير مستعدين ليكونوا زبائن لبنوك الكترونية ليس لديها تواجد على الأرض. كما بينت ذات الدرسة أن الكنديين يفضلون البنوك التي لها مقرات على الأرض حتى ولو كانت في المقاهي[579] .ومن هنا ظلهر تخوف المستهلكين في الدول المتطورة من هذا النوع من البنوك الإلكترونية التي ليس لها عقار.

وكخلاصة و من خلال التعريفات السابقة يمكن القول أن البنك الإلكتروني هو نظام يسمح للزبون الإطلاع على حساباته والوصول الى أي معلومة يريدها، والحصول على أي خدمة أو منتجات مصرفية من خلال شبكة ، وبطرق أسرع، دون الحاجة إلى التنقل بين فروع البنك، وهذا مما فيه اختصار للوقت والجهد، والمال، وبتالي تحقيق أرباح أكثر بالنسبة لهذا البنك.[580]

رابعا: أنماط البنوك الالكترونية

وفقا لدراسات جهاز الإشراف و الرقابة الأمريكية و الأوروبية[2]، فإن هناك ثلاث صور أساسية للبنوك الالكترونية على الانترنت:

- الموقع المعلوماتي: و هو المستوى الأساسي للبنوك الالكترونية، أو ما يمكن تسميته بالحد الأدنى من النشاط الالكتروني المصرفي، ومن خلاله فإن البنك يقدم معلومات حول برامجه و منتجاته و خدماته المصرفية.

- الموقع المعلوماتي والاتصالي: بحيث يسمح البنك في هذه الحالة بتبادل المعلومات مع العملاء، كالبررد الالكتروني، و تعبئة طلبات أو نماذج على الخط، والاستعلام عن الرصيد، و ذلك مع احتفاظ البنك بطابعه المادي على الأرض.

و تعرف هذه الصورة بأنها استخدام الانترنت كوسيلة اتصال وتسليم الكترونية لبعض الخدمات المصرفية[3]، و التي تتضمن الخدمات التقليدية، مثل فتح الحساب و إجراء تحويل النقود بين حسابين مختلفين، بالإضافة إلى بعض الخدمات الجديدة، كخدمات الدفع الالكتروني، و تخليص الفواتير عن

579 Marianne Vardier, « Innovation, concurrence et règlementation pour la fourniture des services bancaires en ligne », CAIRN.INFO, 2015/4 N° 120, p 73

-2 خبابة عبد هللا، الاقتصاد المصرفي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص 179.

-3 علاء التميمي، مرجع سابق، ص 54.

580 محمود محمد أبوفروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،

طريق شبكة الانترنت.

- الموقع التبادلي: هذا هو المستوى الذي يمكن عنده القول أن هناك بنكا الكترونيا على شبكة الانترنت، حيث ظلهر البنك هنا كموقع على شبكة الانترنت. ويشترط البض أنه يجب أن لا يكون له كيانا ماديا، هذا الموقع مزود بكافة البرامج والأدوات التي تمكنه من القيام بكل العمليات المصرفية على شبكة الانترنت. و يمكن الاتصال بهذا البنك من جهاز الكمبيوتر أو الهاتف الذكي أو أي جهاز الكتروني آخر.

الفرع الثاني : خصائص البنوك الالكترونية :

يكمن التحدي في ميدان صناعة الصيرفة الإلكترونية في محتوى الخدمة والقدرة على جذب الزبائن وهو ما يمنح للبنوك الإلكترونية خصائص ومميزات تمكنها من الوصل الى قاعدة واسعة من العملاء، و توفر خدمات مصرفية جديدة وبتكاليف منخفظة كما أنها تقدم خدمة البطاقات، وهذا ما سيتم تناوله في هذا الفرع ، باعطاء بعض السمات و التي هي كالآتي:

الفقرة الاولى : هي منتجات غير ملموسة:

معنى ذلك بأن الخدمة البنكية ليس لها تجسيد مـادي وبالتـالي لا يمكـن إدراكها مادياً، وبناءا على ذلك فإنه لا يمكن نقلها أو تخزينها أو تعبئتها أو فحصها قبـل الشـراء فمن الناحية العملية إن إشباع و استهلاك الخدمة تحدث في نفس الوقت لذلك يصعب علينـا معاينتهـا فالخدمة البنكية بطبيعتها ليست شيئا ماديا ملموسا يمكن الحكم على مواصفاته بمعايير مطلقة وثابتـة فالحكم النهائي عليه مرتبط.

الفقرة الثانية: تلازم عمليتي إنتاج الخدمة وتوزيعها:

تتصف الخدمة البنكية بتلازمية إنتاجها وتوزيعهـا أي عـدم إمكانية الفصل بين هاتين العمليتين حيث يتم إنتاج الخدمة وتوزيعها في المصـرف نفسـه أو أحـد فروعه أو عن طريق أي من نظم توصيل الخدمة لديه كالمصرف الآلي . إن خاصية التلازم في إنتاج وتوزيع الخدمات البنكية تفرض وجود علاقة شخصية مباشرة بين المصرف وعملائه من شأنها أن توفر عملية تغذية عكسية تساعد الإدارة على الوقوف على ردود فعل العملاء إزاء ما تتبناه من سياسات واستراتيجيات ومعرفة حاجاتهم و تفضيلاتهم وأخذها بعين الاعتبار عنـد تصـميم وتطوير أية خدمات مصرفية جديد[581]

الفقرة الثالثة : إن الخدمة البنكية غير قابلة للعدول «للاسـترجاع أو السحب» :

[581] ناجي معلا ، الأصول العلمية للتسويق المصرفي ، المؤسسة العالمية للتجليد ، ط3 ،عمان ، 2007 ،ص 42.

مرة أخرى بعد تقديمها فبمجرد أن تصنع الخدمة وتقدم للعميل فإن العقد قد ابرم و انقضى في حينه ، وعادة لا يكون هناك فرصة لإضافة أية تعديلات إليها أو سحب أي أجزاء منها . [582]

الفقرة الرابعة : سرية المعاملات :

والتي تقوم بين البنك والعملاء، مبنية على الثقة التامة، وخاصة تلك التي يمنحها العاملين لديه، فالالتزام بالثقة هي هكذا معاملات ،إنما هو إلتزام عام تقتضيه أصول و اخلاقيات المهنة ،بحكم ان المعاملات التي تحدث تتسم بحساسية فائقة[583] ، و بالتالي شعور الزبون بالمزيد من الأمان، الأمر الذي يساعد على ضمان ولاء الزبون للبنك .البنوك الالكترونية تتسم بالطابع اللامادي و وجودها منحصر في الشبكة العنكبوتية « الانترنت»

الفقرة الخامسة اختفاء الوثائق الورقية للمراسلات:

اختفاء المراسلات المادية التي تتم بين الطرفين المتعاقدين ، و التي تتم عن طريق شبكة الإنترنت ، ودون الحاجة إلى استخدام الأوارق، وبهذا تصبح الرسالة الالكترونية هي السند القانوني الوحيد بين طرفي الخدمة المصرفية.[584]

الفقرة السادسة : كثرة الفروع وانتشارها في مختلف المناطق الجغرافية :

مما يعود بفوائد كثيرة مثل، مما يمكن هذه الفروع من تحمل المخاطر وتوزيعها فيما بينها، فإذا حدث كساد في منطقة معينة لن يؤثر الا على هذا الفرع الموجود بهذه المنطقة وحده، أما بخصوص الأرباح التي تحققها الفروع الأخرى فهي تعوض بها الخسارة الناتجة على ذلك الكساد وبتالي هناك يحدث تعاون فيما بينهم. [585]

الفقرة السابعة : اتاحة شبكة الأنترنت للبنوك الإلكترونية E-banking إمكانية الوصول إلى قاعدة أوسع من العملاء ، بإنتشارها الجغرافي المترامي الأطرف حول العالم ، من ميزة مهمة وهي إمكانية الوصول الى بقاعدة عريضة – عبر العالم أجمع دون التقيد بمكان أو زمن معين لطالبي الخدمات المصرفية السريعة و الذين غالبيتهم ممن يعملون بالتجارة الإلكترونية دون أن ينحصر في العملاء المقيمين بجوار فروعه التقليدية المقامة على الأرض،[586] كما تتيح لهم إمكانية طلب الخدمة في أي وقت وعلى طول أيام الأسبوع وهو ما يوفر الراحة للعميل، إضافة إلى أن سرية المعاملات التي تميز هذه البنوك تزيد من ثقة العملاء فيها.[587]

فالتجارة الإلكترونية E- Commerceألغت الحدود الجغرافية فيما بين الدول و الشعوب، وألغت أيضا عامل الوقت الذي كان يعوق الكثير من المعاملات التجارية الدولية وهنا جاءت ميزة البنك الإلكتروني

---

[582] عوض بدير الحداد، تسويق الخدمات المصرفية، البيان للطباعة و النشر، ط1 ،1999 ،ص 53

[583] خيري مصطفى كتانه، التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان ،2009م ،ص 187.

[584] حسينة زايدي، المرجع السابق، ص 15.

[585] خيري مصطفى كتانه، المرجع السابق، ص 188.

[586] منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، ص: 15.

[587] يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 15

الذي يمكن اي عميل أي كان محل إقامته أو الوقت أن يصل إليه دون أن يبذل أي مجهود ويمكن البنك من تلبية إحتياجات العملاء مهما كان نوع العمليات المصرفية وفي وقت قصير للغاية مما يتوافق و عمليات التجارة الإلكترونية التي زاد إنتشارها في كافة انحاء العالم[588]

الفقرة الثامنة توفر السهولة والسرعة العاملين الأساسين الذان يعتمد عليهما البنك في اغراء العملاء واستقطابهم، فهنا العمليات والخدمات الالكترونية تسلم بسرعة فائقة دون الحاجة إلى الانتظار ككشف الحساب والرصيد مثلا، مع سعي البنك في نفس الوقت إلى توفير أكبر قدر من السهولة لهؤلاء الزبائن من إعداد أماكن مناسبة لاستقبالهم متوفرة فيها جميع الأجهزة التي يحتاجونها لقضاء وقت انتظارهم.[589]

الفقرة التاسعة المعاملة دون تمييز للزبائن : يعتبر من أهم خصائص الخدمات المصرفية التي تقدمها كافة البنوك الالكترونية ، فنجد تداول العميل على بنك معين دون آخر وهذا ارجع للمعاملة الحسنة التي يتلقاها العميل من بنك معين .[590]

الفقرة العاشرة تقديم خدمة منخفظة التكلفة : من بين اهم مميزات البنوك الإلكترونية أن تكاليف تقديم الخدمة منخفضة مقارنة بالبنوك العادية، ومن ثم فإن تقليل التكلفة وتحسين جودتها هي من عوامل جذب العميل[591]، ففي دراسة تقديرية خاصة بتكلفة الخدمات المقدمة عبر قنوات مختلفة تبين أن تكلفة تقديم خدمة عبر فرع بنك قد تصل إلى 295 وحدة، في حين تقل عنها فيما لو قدمت من خلال شبكة الأنترنت بتكلفة اربع وحدات.[592]

فالبنوك الإلكترونية من وجهة نظر العميل بيئة ملائمة لإنجاز العمليات المصرفية مثل تدقيق وفحص الحسابات الشخصية، دفع الفواتير، وتوفر على العميل مجهود الإنتقال وتعبئة النماذج وتساهم من التخلص من متطلبات و مجهود المقابلة الفزيائية مع الموظف.

وهذه الميزة تكون أيضا لصالح البنك [593]، فأي بنك عندما يريد فتح فرع جديد له في أي مدينة من مدن العالم تقيده مصاريف تشغيل هذا الفرع، كشراء الموقع وتأثيثه ومدى ربحيته الى آخره .

فمصاريف التشغيل تعتبر معدومة نهائيا لإختلاف طبيعتها عن طبيعة البنوك التقليدية العادية نظرا لعدم إحتياجها إلى مقر وتأثيث وعمالة كبيرة وما إلى ذلك[594]، فهي وسيلة لتخفيض التكاليف التشغيلية والتأسيسية للفروع وبالتالي زيادة الأرباح وخفض رسوم خدمة العملاء على العمليات المختلفة، وزيادة فوائد الإيداع وخفض فوائد الإقراض، وإبتكار برامج جديدة وتحفيز الخدمات وجذب الزبائن ودخول أسواق جديدة،[595]

---

[588]منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 16

[589] سارة عشيش، البنوك الالكترونية وظاهرة غسيل الأموال "دراسة حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية"، مذكرة نيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة ام البواقي ،2016م ،ص 19.

[590] خيري مصطفى كتانه، المرجع السابق، ص 188.

[591]يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 16

[592]عامر إبراهيم قنديلجي، التجارة الإلكترونية وتطبقاتها، المرجع السابق، ص: 179.

[593]عبد القادر خليل، الإقتصاد البنكي مدخل معاصر، المرجع السابق، ص:75.

[594]منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 17

[595]يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 16

الفرع الثالث: أهمية البنوك الالكترونية

تعد معاملات البنوك الالكترونية من أهم الدراسات الأساسية في الاقتصاد الرقمي وتتجلى أهميتها من خلال الأثر الفعال والكبير لأعمالها المصرفية الالكترونية، وتتمثل أهميتها فيما يلي:

- **الفقرة الاولى تحقيق ميزة تنافسية للبنك :**
- تتحقق الميزة التنافسية في السوق المصرفي من خلال توفير الخدمات المرتبطة بالتقنيات الحديثة مما يجعل الخدمات أكثر جاذبية للعملاء وهو اللجوء إلى تقديم خدمات شاملة بوقت قصير من عدد محدود من الموظفين ولقاء تكلفة أقل، باعتبار أن البنك الالكتروني يوفر في كلفة موجودات الوجود الفعلي للبنك المقر والموظفين والمصروفات والفروع وغيرها، لكن علينا أن نعلم أن الوفرة في تكلفة تقديم الخدمة لا يتعين أن تعود للبنك نفسه، فهذا لا يقيم فرقا بينها وبين الخدمات غير الالكترونية لهذا تقوم البنوك الالكترونية على قاعدة رئيسية أخرى، وهي أن الوفرة في كلفة الخدمة عائد تشاركي بين البنك والعميل."[596]
- **الفقرة الثانية** إن الصيرفة الالكترونية تؤدي لتيسير التعامل بين المصارف وجعله متواصلا على مدار الوقت وذلك لاختصارها لمسافات الجغرافية وبالتالي رفعهما للحواجز التقليدية، بالإضافة إلى توفير من فروع العمل والاستثمار.[597]
- **الفقرة الثالثة :** إن وجود البنوك الالكترونية يجعلنا نتجه نحو الدفع النقدي الالكتروني المصاحب لمواقع التجارة والأعمال الالكترونية، وهو المبرر الأساسي لبناء هذه البنوك، فمثلا شركات التأمين ،والنفط، الطيران، الفنادق وغيرها من الشركات، تتجه نحو عمليات الدفع الالكتروني، وهي عمليات تستلزم إن لم يكن موقع الشركة يوفر وسائل الدفع النقدي وجود حسابات البنكية أو حسابات تحويل...الخ.[598]
- **الفقرة الرابعة** : يؤدي إنشاء موقع للبنك عبر الانترنت تكاليف مخفضة جدا مقارنة بتكلفة إنشاء فرع جديد للبنك التقليدي، والتي تتطلب مباني وأجهزة، وكفاءة إدارية وذوي الخبرة بالإضافة إلى اليد العاملة.[599] و الخروج من من الروتين و الأعباء الإدارية مما يخفف الضغط على موظفي البنك و يساعدهم على الاهتمام بجودة الخدمة

- تقرير رأس المال الفكري وتطوير تكنولوجيا المعلومات من خلال الاعتماد على مجموعة أنظمة كنظام سوفيت [600]، ونظام خدمة الهاتف المصرفي، ونظام خدمة البطاقة الذكية.[601]

---

[596] يوسف مسعداوي ، البنوك الالكترونية، ملتقى المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية، "واقع – تحديات ،"جامعة البليدة.

[597] محمد بلوافي، مدى استخدام تكنولوجيا المعلومات في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان ،2006م، ص 50.

[598] سارة عشيش، المرجع السابق، ص 32.

[599] حسينة زايدي، المرجع السابق، ص 09.

[600] عبارةعن شبكة اتصالات متطورة ومتقدمة جدا تعمل علي ربط البنوك ببعضها البعض عبر شبكة اتصالات منظمة و محكمة توفر للاتصال السهولة و السرعة و الأمان وهو كبديل لتلكس ويغطي جميع المراسلات المتعلقة بالعاملات المالية و البنكية،المقرالرئيسي لهذه الشبكة يقع في بلجيكا وهو اختصار ل: the society for WorldWide internationel bank financial telecommunications

[601] عبد الغاني ربوح ونور الدين غردة،مداخلة بعنوان "تطبيق أنظمة الصيرفة الالكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع و الافاق"، المؤتمر الدولي العلمي اصلاح النظام المصرفي في الجزائر في ظل التطورات العالمية الراهنة ، قسم علوم التسيير ،جامعة ورقلة ،ص ص 7،8

الفرع الرابع: متطلبات وخدمات البنوك الالكترونية

يتم من خلال هذه الدراسة التطرق إلى مقتضيات البنوك الالكترونية، والخدمات التي تقدمها ، وذلك في فرعين على التوالي:

الفقرة الأولى: مقتضيات و شروط عمل البنوك الالكترونية

يقف في نجاح البنوك الالكترونية مجموعة من المستلزمات التي تعتمد عليها هذه الأخيرة في بناء ذاتها ، والتي تقتضي توفر عدة شروط تمكنها من ممارسة العمل المصرفي عبر شبكة الانترنت. تتمثل في:

اولا : البنية التحتية التقنية:

ويعتبر هذا الشرط من أهم متطلبات عمل البنوك الإلكترونية، والتي تتضمن عنصرين تقع في مقدمتهما، البنى التحتية مرتبطة بالاتصالات المختلفة ، وتقنية المعلومات القاعدية للدولة ومختلف القطاعات و في بيئة التجارة الالكترونية ، اذ تعتبر السوق الافتراضية ، المتطلب الوحيد لضمان أعمال إلكترونية الناجحة ولضمان الدخول لعصر اقتصاد الرقمي و بالتالي الاقتصاد الحقيقي .[602]

فالبنى التحتية للبنوك ليست معزولة عن بنى الإتصالات وتقنية المعلومات التحتية للدولة ومختلف القطاعات، ذلك لأن البنوك الإلكترونية تحيا في بيئة الإعمال الإلكترونية و التجارة الإلكترونية[603]

فأداء البنوك الإلكترونية لخدماتها إنما يتأثر بالأداء التكنولوجي ذاته، وهذا الأخير بدوره إنما يستند على في قيامه على شبكة الإتصالات، وبالتالي فإنه كلما زادت العقبات التي يمكن ان تعوق المتعاملين مع شبكة الإتصالات كلما أثر ذلك في على فاعلية التعامل مع البنوك الإلكترونية سلبا.

ومن بين هذه العقبات مثلا تداخل الخطوط على نحو يتعذر معه توافر السرعة في التعامل بين العميل و الشبكة، أو إرتفاع التكلفة المقررة لربط الشبكة بالإتصالات.[604]

و تقدم و تطور البنوك الالكترونية مرهون بالتقدم الاقتصادي الرقمي وتوجه السياسة الاقتصادية للدولة ، و التشريع و التنظيم الملائمين من اجل تأطير و حماية المعاملات و العقود المنبثقة عنها[605].

ثانيا : التطوير والصيرورة :

من أهم الميزات التي تقتضيها جودة البنوك الالكترونية ، الاستمرارية في التحيين الملائم للبيئة المصرفية العالمية و السوق التجارية الالكترونية ، مع الحفاظ بخصوصية كل بلد ، فالجمود وعدم الحركية وإنتظار الأخرين لا يتفق مع إلتقاط فرص التميز، فلا يكفي تطوير البنى التحتية بدون تطوير ذاتي لها من طرف البنك، وتعتبر هذه المشكلة الأكبر التي تعاني منها البنوك العربية في الوقت الحالي، لأنها لا تهدف إلى اقتحام الجديد، فهي تنتظر ما تقوم به البلدان المتقدمة ، دون الاخذ بعين الاعتبار للخصوصية التي تقتضيها بيئة كل بلد على حدة ، وتعتمد على في تسيير بنوكها على افكار الغير ، رغم الاختلافات الموجودة بين

---

[602] عباس بويش، المرجع السابق، ص 14.

[603] عامر إبراهيم قنديلجي، التجارة الإلكترونية وتطبقاتها، المرجع السابق، ص: 176.

[604] بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، المرجع السابق، ص: 1949 و 1950

[605] منصوري رقية وعبد المالك أسماء، الخدمات المصرفية الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان ،2014م، ص 66.

البيئتين ،وبتالي لها عائق كبير في اجتياز المخاطر التي تواجهها، ومبررها في ذلك هو الخشية على أموال المساهمين، لذلك يجب عليها اعداد الخطة المناسبة لمواكبة كل ما هو جديد وذلك بالسرعة الكبيرة في الإنجاز[606] ، فالنمطية في نشاطّ المصارف تقف كحاجز يمنع تلبية إحتياجات العملاء الملائمة و المتجددة والمتنامية، وأصبح من الضروري تمييز الخدمة المصرفية بالبحث عن أساليب وقواعد جديدة ومبتكرة تُساير التغير في الإحتياجات المالية للعملاء، ما جعل البنوك في هذه المرحلة تقوم بدراسات تسويقية عن سلوك العملاءوحاجاتهم المالية غير المشبعة ثُّمّ تقديم خدمات جديدة مميزة.

ثالثا : الرقابة و الاشراف المصرفي الكفء

ان جودة الخدمات المصرقية الالكترونية منوط باستراتيجية الرقابة و الاشراف ، بنفس المقدار الذي تخضع له البنوك الكلاسيكية و بخصوصية المرفق المصرفي الالكتروني و مقتضيات التوصيات الدولية كلجنة بازل للرقابة و الاشراف المصرفي ، ناهيك عن المكانة التي يحوزها البنك ضمن باقي البنوك في الترتيب و التصنيف المصرفي.

رابعا : الفعالية الوظيفية و التقنية .

تعتمد كفاءة الأداء لنشاط البنك الالكتروني على كفاءة الوظائف الفنية المؤهلة لا من حيث الوسائل التقنية من تجهيزات و برامج و لا من حيث التكوين الملائم للطاقم البشري القائم على الخدمة ، وكذا الملاءة المالية والنجاعة التسويقية و مسايرة سوق الاستثمار، كل هذا مع جود الترسانة القانونية والتنظيمية الملائمة .

خامسا: التفاعل مع متغيارت الوسائل والاستارتيجيات الفنية والإدارية والمالية .

التفاعل لا ينحصر في التعامل مع الجديد فقط او مع البنى التقنية لوحدها ، وإنما يكون بابتكار أفكار و نظريات الحديثة في حقول الأداء الفني والتسويقي و المالي والخدماتي، وهاته الأفكار تكون وليدة تفكير إبداعي متجدد وليس وليد تفكير نمطي.[607]

كما يكون التفاعل من خلال الكفاءة المعتمدة على فهم إحتياجات الأداء و التواصل التأهيلي والتدريبي، والأهم أن تمتد كفاءة الأداء إلى كافة الوظائف الفنية والمالية و التسويقية و القانونية والإستشارية والمعرفة المتصلة بالنشاط البنكي الإلكتروني.[608]

الفقرة الثانية: خدمات البنوك الالكترونية :

تُعرف الخدمات بأنها عبارة عن أنشطة أو مجموعة من الفوائد التي يقدمها احد طرفي العقد الى طرف أخر ، و هي أنشطة في الأساس غير ملموسة و لا يترتب عليها نقل ملكية من أي نوع كما إن تقديم الخدمة قد يكون مرتبطا أو غير مرتبط بمنتج مادي ملموس[609].

كما عرفتها جمعية التسويق الأمريكية بأنها:" منتجات غير ملموسة يتم تبادلها مباشرة من المنتج إلى المستعمل و لا يتم نقلها أو خزنها و هي تقريبا تفنى بسرعة، و الخدمات يصعب في الغالب تحديدها أو

---

[606] عباس بويش، المرجع السابق، ص 15.

[607] فريد النجار، الاستثمار بالنظم الالكترونية والاقتصاد الرقمي، دون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ،2004 م، ص 290.

[608]يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 68 و 69.

[609] عوض بدير الحداد، تسويق الخدمات المصرفية، البيان للطباعة و النشر، ط1 ،1999 ،ص 48.

معرفتها لأنها تظهر للوجود في نفس الوقت الذي يتم شراؤها و استهلاكها فيه ، فهي تتكون من عناصر غير ملموسة متلازمة و غالبا ما تتضمن مشاركة الزبون بطريقة هامة حيث لا يتم نقل ملكيتها و ليس لها لقب أو صفة.

كما عرفها أحد فقهاء الاقتصاد " أي نشاط أو إنجاز أو منفعة يقدمها طرف ما لطرف أخر و تكون أساسا غير ملموسة و لا ينتج عنها أي ملكية و إن إنتاجها أو تقديمها قد يكون مرتبطا بمنتج مادي ملموس أو لا يكون ."

و عرفت ايضاً " مجموعة من العمليات ذات المضمون المنفعي الذي يتصف بتغلب العناصر غير الملموسة على العناصر الملموسة ، والتي تدرك من قبل الأفراد و المؤسسات من خلال دلالاتها و قيمتها المنفعية التي تشكل مصدرا لإشباع حاجاتهم المالية و الائتمانية الحالية و المستقبلية و التي تشكل في الوقت نفسه مصدرا لربحية المصرف و ذلك من خلال علاقة تبادلية بين الطرفين".[610]

و يتجسد المضمون النفعي للخدمة البنكية في بعدين أساسيين هما : البعد النفعي و البعد السماتي . يتمثل البعد الأول في مجموعة المنافع المادية المباشرة التي يسعى العميل «فردا أو مؤسسة» للحصول عليها من خلال شرائه للخدمة البنكية .أما البعد الثاني فإنه يتمثل في مجموعة الخصائص و السمات التي يتصف بها المضمون المنفعي المباشر للخدمة.

و إذا كان البعد الأول يرتبط بالعميل نفسه ، فإن البعد الثاني يرتبط بالخدمة البنكية نفسها و يعبر عن مستوى جودتها و يرقى بها إلى مستوى توقعات العميل و ادراكاته.

ان الحاجة الملحة لخدمات مصرفية عن بعد اقتضتها المتغيرات و المستجدات على اعلى مستوى، فيما يتعلق بالتكنولوجيا و ما تحمله من معنى ، اضحى ضرورة لا مناص من مواكبتها ، و ذاك من أجل تلبية طلبات المتعاملين و ارضائهم تحت غطاء المنافسة الشرسة للمصارف من اجل تحقيق اكبر قدر ممكن من الربحية و اكبر تغطية للخدمات المصرفية عن بعد ، و جلب اكبر قدر ممكن من الرأس المال و الزبائن .

فامتدت هذه الخدمات عبر شبكة الانترنت لتغطي اكبر قدر ممكن من الاجهزة الالكترونية التي تتسم بالاتصال الرقمي.

عند بداية ظهور البنوك الإلكترونية كانت فقط تقدم تعريفا عما تقدمه البنوك التقليدية من عمليات مصرفية متعددة، ولم تكن هناك أي عمليات مصرفية تتم من خلال الأنترنت، ثم تطور الوضع وأصبحت البنوك الإلكترونية تقدم كافة العمليات المصرفية من خلال هذه الشبكة بل و زاد الوضع تعقيدا ، و أصبحت تلك البنوك الإلكترونية تقدم الكثير من العمليات المصرفية التي كانت تعجز عن القيام بها البنوك الكلاسيكية .

فالعملاء يريدون جميع الخدمات المصرفية التقليدية المعروفة، كما أنهم يريدون المزيد من الخدمات المصرفية الجديدة [611]، و التي تتسم بالسرعة و المرونة في آن واحد.[612]

الا ان العمليات المصرفية تنحصر عموما في ثلاث خدمات اساسية و التي تنحصر في قبول الودائع من العموم ، منح القروض ، و تسيير وسائل الدفع . ، الا ان الفرق بين البنوك الالكترونية زيادة على البنوك

---

[610] ناجي معلا ، الأصول العلمية للتسويق المصرفي ، المؤسسة العالمية للتجليد ، ط3 ،عمان ، 2007 ،ص 42.

[611] Mahmood shah and steve Clarke, E-banking MangementIssues,solutions, and strategies, OP.CIT, p:4.

[612] منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، المرجع السابق، ص: 16

الكلاسيكية وهي الخدمة عن بعد او بالأحرى عن طريق الانترنت و ما ينبثق عنها من خدمات جديدة ، و على سبيل المثال فيما يلي :

- إصدار النشرات الإعلانية الإلكترونية للتعريف بالخدمات المصرفية[613].
- تمكين الزبائن التأكد من أرصدتهم.
- تقديم وتوجيه العملاء بطرق ادارة وسائل الدفع المتعلقة بهم إلكترونيا.
- كيفية إدارة الحافظة المالية «من أسهم وسندات» للزبائن.
- القدرة على الحصول على المعلومات المطلوبة والآنية عن طريق الانترنت وتحريرهم من قيود الزمان والمكان.
- الحصول على نصائح مالية من المصرف سواء من خلال البريد الالكتروني أو بشكل مرئي منخلال الكاميرات.
- طريقة تحويل الأموال بين حسابات الزبائن المختلفة عبر الانترنت[614].

وقد قامت البنوك الإلكترونية أيضا بتقديم خدماتها الالكترونية لكبرى الشركات التي تبيع منتجاتها عبر شبكة الأنترنت فيما يعرف بالتجارة الإلكترونية E- COMMERCE وهو ما أدى إلى تزايد حركات البيع والشراء عبر الشبكة، و بهذه الطريقة حجزت المصارف الالكترونية مكانا لا يستهان به عبر شبكة الأنترنت.

[613]طاهر لطفي و جميعي صلاح الدين، العمل المصرفي الإلكتروني ودوره في تعزيز وتطوير نظم الدفع الحديثة للتجارة الإلكترونية، جامعة تبسة، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، 2016، ص: 28

[614]عامر إبراهيم قنديلجي، التجارة الإلكترونية وتطبقاتها، المرجع السابق، ص: 178.

خلاصة الفصل

لقد سايرت البنوك منذ القدم و تابعت التجار في جل معاملاتهم اما كوسيط او كداعم لصفقة تجارية او استثمار ، اذ ان دور البنوك في اساسها تسعى الى توظيف اموال المودعين مقابل عمولات و وفوائد في جل اعقودها مع متعامليها ، و بطبيعة الحال فان هذا الدور لم يتغير ، و بقي الى حد الآن قائما على نفس المبادئ ، و مع ظهور التجارة الالكترونية بظهور الوسائل الالكترونية معها ، فان اعتماد التجار و المستثمرين و حتى غير التجار ، لما اصبحوا يعتمدون على هذه الوسائل للاتصال عن بعد ، فبطبيعة الحال بمجرد استعمال هذه الوسائل جعل المتعاملين يدركةن مدى اهميتها ، فاصبح التعامل التجاري منوط بهذه الوسائل . ولما كانت البيئة التجارية تنزاح الى الرقمنة شيئا فشيئا تحتم كذلك على البنوك و المؤسسات المالية اعتمادها تتبعا و اقتفاء اثر المتعاملين اينما حلوا لتعرض منتوجاتها ، اما عن طريق الاشها او الاعلام .

و تبعا لما عالجته الدراسة فقد تبين ان البنوك و المؤسسات المالية اصبحت جزءا لا يتجزأ من التجارة الالكترونية لكونها المؤطر الرئيسي لصفقاتها لا سيما في مسبدءً من

الفصل الثاني : العقود المصرفية الالكترونية ووسائل اثباتها

المبحث الاول الاطار القانوني للعقد الإلكتروني المصرفي

لقد تطرقا الدراسة في الفصل الاول حول موضوع العمليات المصرفية الالكترونية ، وكما يعتبر العقد الالكتروني هو الوعاء الذي تصب في إطاره جل هذه العمليات ،حيث شهدت البشرية تطورا هائلا في مجال الصناعة الالكترونية ، لاسيما في المعاملات المدنية و التجارية .

ولما كان للعقد الالكتروني من الاهمية بمكان ، نظرا لإمتد التأثير و التطور في شبكة الاتصال والوسائل التكنولوجية الحديثة، حيث أصبحنا نشهد بروز خدمات وعمليات بنكية حديثة أفرزها هذا التطور ، اذ أصبح التعامل المصرفي لا يكاد يستغني عن هذه التطورات ، وبالأخص في مجال تعامل البنوك مع عملائها

بوسائل التكنلوجيا والاتصال.

تعد العقود المصرفية هي الوسيلة التي يمكن له من خلالها تعامل البنك مع عملائه بخصوص هذه الخدمات حيث تتولى هذه العقود مهمة تنظيم علاقة البنك وعميله من خلال تحديد التزامات ومسؤوليات الأطراف بخصوص الخدمة المصرفية محل العقد [615] ، و مع انظمام المصارف الى هذا الصرح المعلوماتي و ما أحدثته من تأثير كبير في جميع نواحي الحياة ، وبالخصوص في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة. حيث شرعت البنوك في الاستفادة من تلك التطورات لاستخدام ها في تقديم الخدمات نظرا للفوائد المترتبة عنها[616] .

و باعتبار ان النظام القانوني ، للعقود الالكترونية ، نظمته العديد من التشريعات بمجملها ، لا من حيث الاتفاقيات الدولية او التشريعات الوطنية ، اذ يكون توحيد القواين و التشريعات ينصب في تنظيم العلاقات العقدية و تشابكها محليا و دوليا ، ما يجعل الحدة في حل المنزعات العقدية مخففة نوعا ما .

و مع اعتبار لكون العمليات المصرفية الالكترونية ، تنحصر في اطار العقد الالكتروني و ما تقتضيه التشريعات و التنظيمات التي تنظمه ، و التي لا تخرج اعن النطاق العام للعقد الالكتروني بوجه عام . فالسؤال المطروح : ما المقصود بالعقود المصرفية الالكترونية ؟ وما هي خصائصها ؟ وكيف يتم ابرامها؟ وهل تختلف عن العقود المصرفية التقليدية والعقود الالكترونية ؟ .

و على هذا الاساس ، تناولت الدراسة معالجة موضوع الاطار القانوني للعقد الالكتروني بوجه عام

و في هذا المبحث ،

سنحاول الاجابة عن هذه التساؤلات في هذا البحث من خلال ابراز مفهوم العقود المصرفية الالكترونية وخصائصها وكيفية ابرام هذا النوع من العقود وأركانه .

[615] علاء التميمي ، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الأنترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ،طبعة سنة 2012، ص 308

المطلب الأول : مفهوم العقود المصرفية الإلكترونية

لا يوجد تعريف تشريعي خاص بالعقود المصرفية الالكترونية ، ويرجع ذلك الى حداثة ممارسة العمليات المصرفية الالكترونية وكذلك لصعوبة حصر هذه الأخيرة باعتبارها محلا لهذه العقود ، باعتبارها تخضع للعرف المصرفي المعقد و المتغير ، زد الى هذا التطور الهائل في مجال الاتصال الرقمي بشتى انواعه .

ما سهلت على البنك أن يطور من الخدمات التقليدية ، بل ويضيف اليها خدمات ذات طابع معلوماتي وتسويقي لم يكن يعرفها العمل المصرفي من قبل[617]

الفرع الأول : ماهية العقود المصرفية الإلكترونية

قبل الخوض في تعريف العقود المصرفية الالكترونية نتطرق حتى يسهل توضيح معنى العقود الالكترونية وكيفية انشائها .

الفقرة الاولى : تعريفها: : تعريف العقد الإلكتروني:

يعتبر العقد الإلكتروني من العلاقات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التطور التكنولوجي نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة، التي أحدثت هزة وضجة كبيرة على المستوى الدولي والداخلي، والتي أثارت مجادلات قانونية و فقهية نظرا لما يتسم به من خصوصية لم تشهد لها مثيل من الناحية العملية وخاصة الطابع المادي والافتراضي الذي تتميز به البيئة الإلكترونية، مما أسفر العديد من التحديات والمسائل القانونية لتحديد الإطار القانوني الذي يتكون به العقد الإلكتروني.

اولا : تعريف بعض التشريعات للعقد الإلكتروني.

لقد عرفت العديد من التشريعات العقد الالكتروني ، بما فيها المشرع الجزائري - و ان جاء متأخرا بعض الشيء بالمقارنة مع بعض الدول العربية - في قانون 18-05 و التي وردت في نص المادة 06 في الباب الاول تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري و بالاحالة الى قانون آخر ونصت على " العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،و يتم ابرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لاطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني "

حيث ان المشرع الجزائري وباحالته لقانون 04-02 المذكور اعلاه ،في المادة الثالثة منه فقرة 03 منه ، يتبنى التعريف الكلاسيكي للعقود المسماة كعقد إذعان تحت عنوان "عقد: كل اتفاق او اتفاقية تهدف الى بيع سلعة او تأدية خدمة ، تحرر مسبقا من احد اطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الاخير احداث تغيير حقيقي فيه ..."

و من هنا يتبين تبني المشرع الجزائري كباقي التشريعات الاخرى نظرية التعاقد عن بعد و بوسائل تقنية للاتصالات مهما كان نوعها .

---

[617] لورنس محمد عبيدات، اثبات المحرر الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، طبعة سنة 2009،ص 25.

اما في التشريع الاردني ، عرفته المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[618] العقد الإلكتروني على أنه: "الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية ، كليا أو جزئيا ، اصالة او نيابة ".

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".[619]،

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، بخلاف المشرع الجزائري حسب نص المادة ، و الذي استند على التعاقد عن بعد و حصرها في وسائل الاتصال الالكتروني ، و اكتفى في نفس القانون بتحديد وسائل الدفع الالكتروني فقط ، و بشكل محدد يضفي صبغة الاذعان على هذا النوع من العقود ، اذ يكفي أن يتم إبرام العقد عن بعد ، ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، و العبرة هنا التعاقد عن بعد مضاف اليها وسيلة اتصال رقمية .

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[620] المبادلات الالكترونية في الفصل رقم 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية "، وعرف التجارة الإلكترونية في نفس الفصل الفقرة الثانية منه بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية ".

كما عرف العقود الالكترونية في الباب الاول من نفس القانون تحت عنوان الاحكام العامة ، في الفقرة الثالثة منه " يجري على العقود الالكترونية ، نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الارادة و مفهومها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذفيما لا يتعارض و احكان هذا القانون "

من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع التونسي لم يميز بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني ، من خلال التعبير عن الارادة و مبدأ سلطانها ، لأن كلاهما اتفاق بين الطرفين أو تلاقي بين إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، وما الفرق الوحيد إلا وسيلة التعاقد، التي تتمثل في التعاقد عبر الشبكة العالمية للمعلومات[621].

ورد في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري[622] تعريف العقد الإلكتروني في المادة الثانية فقرة 09 منه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية ، كليا او جزئيا " .اما المشرع البحريني في قانون التجارة الإلكترونية قام بتعريف مصطلح الإلكتروني بصورة مستقلة في المادة الأولى منه على أنه:" تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل أخر من وسائل التقنية المشابهة " وفي المادة العاشرة منه "تحت عنوان ابرام العقود " في سياق ابرام العقود ، يجوز التعبير جزئيا او كليا ، عن ايجاب او قبول ، ... عن طريق سجلات الكترونية ما لم يتفق الطرفإن على عير ذلك "[623]

---

[618] أنظر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001

[619] أ/ أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة 2002، ص 123.

[620] أنظر قانون عدد 83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 09 أوت 2000، للاشارة فان تونس تعتبر اوائل الدول عربية التي أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

[621] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر ، 2009، ص. 27.

[622] انظر قانون المعاملات الالكترونية المؤقت رقم 75 لسنة 2001 ج ر 4524 الصادر بتاريخ 2001/12/03.

[623] مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2002، ج ر العدد 2548 –المؤرخ في 2002/9/18 .

من خلال هذه التعريفات يتضح أن المعاملات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع مقابل ثمن نقدي أو تقديم خدمة مقابل عمولة نقدية كانت، لابد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الإستلام والفواتير وغيرها،اللهم الا اذا كانت هذه الوثائق منبثقة عن هذه العقود و تكون مادية كوسيلة اثبات اضافية ، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية، حيث يتفاوض المتعاقدان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الإتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

أما في فرنسا، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الإقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة" ، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

ثانيا : التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

1- : التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية.

إكتفي القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية «UNCITRAL أو CNUDCI»[624]، في المادة 2-أ- " يراد بمصطلح رسالة البيانات: المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بوسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

وتضمنت الفقرة «ب» من نفس المادة تعريف تبادل البيانات الإلكترونية بتبادل البيانات الإلكترونية "L'échange de données informatisées" ، حيث نصت بأنه :" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون[625] بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو

---

[624] صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القنون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.
ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية ، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد السواء. ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة،
من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع www.uncitral.org..
عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ص 23، 24، 165، 166 و167.
نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، موسوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص136 وما بعدها.

[625] يقصد باللجنة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2- أ و2- ب وهي:

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الأنترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التوجيه الأوروبي

نصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي1997 ،المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد على أنه:"عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمية الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد"، من خلال هذا النص نستنتج أن التوجيه الأوروبي لم يعرف العقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد، وهو كل عقد يتم بين في مجال البيع أو كل أداء أو توريد للخدمة أياً كانت الوسيلة المستخدمة، بما فيها المورد والمستهلك شبكة الانترنت[626].

ثالثا : التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن " العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنيت" [627]، والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس والمينيتل.

البعض الأخر عرفه بأنه:" كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". إن هذا التعريف حدد الوسيلة الإلكترونية التي يتم بها العقد الإلكتروني وهي وسيلة مسموعة مرئية، بالرغم من أنه يمكن إب ارمه بوسائل أخرى مثل البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإ اردة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونياً[628].

و هناك جانب من الفقه يعرف العقد الالكتروني، حسب معيار التعاقد عن بعد [629]. ركز أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للعقد الإلكتروني على الخصوصية التي ينفرد بها العقد الإلكتروني وتتمثل في انعقاده وكذا الصفة الهامة فيه أنه ينتمي إلى العقود المبرمة عن بعد، وهذا الاتجاه بدوره اختلفت تعاريفه للعقد الإلكتروني

---

[626] شحاتة غريب محمد شلقامي ،التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008، ص 18

[627] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص47.

[628] مناني ف ارح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الج ازئري، المرجع السابق، ص، 22.

[629] حمودي محمد ناصر ، العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2012 ، ص 107

اما الفقه الأمريكي عرفه بأنه:"هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشأ الت ازمات تعاقدية"[630]. و ما يلاحظ بأن هذا التعريف قريب نوعا ما إلى لتعريف الذي اعتمده المشرع الجزائري .

اما الفقه اللاتيني من بين هذه التعاريف أيضا القائل بأن العقد الإلكتروني هو: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" [631]، يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه ، معتبرا أنه: " كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد" [632].

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصال" [633].

ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، من دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

أما بالنسبة لتعريف العقود المصرفية الالكترونية ، فقد ذهب بعض الفقه الى القول بأن هناك صعوبة في وضع تعريف لها ، نظرا لاتساع وتعدد الخدمات المصرفية الالكترونية بصورة مستمرة ، الأمر الذي يصعب معه حصرها في تعريف ، وأيضا لتعدد وتنوع الوسائل التكنلوجية التي تستخدم في تقديم مثل هذه الخدمات . بينما جانب آخر من الفقه يرى بأنه ينبغي وضع تعريف لها ، فقد ذهب فريق منهم الى تعريفها بأنها " عبارة عن اتصال افتراضي بين العميل والبنك من أجل الحصول على خدمات مصرفية أو ادارة الأموال المودعة لدى البنك والتحكم فيها أما الفريق الآخر عرفها بأنها " عبارة عن عقد يبرم من خلال اتصال العميل بالكمبيوتر المركزي للبنك عبر شبكة الأنترنت بغرض الحصول على احدى الخدمات المصرفية من استلام ودفع الفواتير وغيرها من الخدمات المصرفية [634] .

والملاحظ على التعريفين بأنهما انشغلا ببيان أسلوب التعاقد وأغفلا ابراز الجانب القانوني من تعريف

---

[630] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني «د ارسة مقارنة»، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 ،ص. 73.

[631] Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audio-visuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant".
Beaure D'Agère «Guillaume», Breese «prière» et Thuiler «Stéphanie», paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers,Thomson Publishing, 1997, P76.

[632] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص49.

[633] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص46.

[634] علاء التميمي، المرجع السابق، ص 320 و321.

العقود المصرفية الالكترونية ، فالعقود المصرفية الالكترونية على شبكة الأنترنت ، لا تعدو أن تكون احدى صور العقود الالكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت ، وذلك بالنظر الى وسائل ابرامها وطريقة تنفيذها ، ولن تخرج عن اطار هذه العقود الا فيما يتعلق بخصوصيات التعامل المصرفي. [635]

كما أن التعاقد الالكتروني لا يختلف في ذاته عن التعاقد العادي، باستثناء كون التعاقد الالكتروني يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد وبوسائل الكترونية [636]، فخصوصية العقد الالكتروني تكمن في الجانب

الالكتروني لهذا العقد ، وبمعنى آخر تكمن في الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد ، وهي وسيلة الاتصال المرئي المسموع عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد .

اذ يمكن تعريف العقد المصرفي الالكتروني بأنه " عبارة عن تلاقي الايجاب والقبول لكل من البنك والعميل عبر شبكة الأنترنت بهدف انشاء رابطة عقدية أو تعديلها أو الغاؤها فيما يتعلق باجراء احدى العمليات المصرفية الالكترونية مثل الايداع والسحب وعمليات الائتمان واصدار النقود الالكترونية والتحويل المصرفي الالكتروني وغيرها من العمليات المصرفية الالكترونية .

الفرع الثاني : خصائص العقد المصرفي الإلكتروني

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم عن بعد و بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة،

الفقرة الاولى : عن طريق الوسيلة الالكترونية المعتمدة:

. وجود الوسيلة الالكترونية للاتصال عن بعد حيث تتميز العقود المصرفية الالكترونية بهيمنة الوسيط الالكتروني على مجريات انشاء العقد وتنفيذه ، والمقصود بالوسيط الالكتروني في هذا الخصوص البنك الالكتروني ، و البرمجيات التي تسيره عبر شبكة الانترنت عبر كل ما تشتمل عليه من أجهزة وأدوات الكترونية ، و التي من بينها :

اولا : الكمبيوتر

، لكونه له القدرة على تخزين البيانات و استرجاعها و القيام بعمليات معقدة ، و بدوره يمكن المتعامل التعرف خلاله على كل المعلومات المعروضه في الشاشة ، ما يمكن المتعامل من تصفح المتاحات و الخدمات المصرفية المتنوعة .

ثانيا : الهاتف الذكي او الخليوي :

ظهرت منذ فترة قصيرة نسبياً أجهزة المحمولة بإمكانها الدخول على شبكة الأنترنت، وقد استخدمت الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بخاصية تعرف ب WAP ،وقد أدى إلى ظهور نمط جديد من التجارة تسمى بالتجارة الخلوية، يرمز لها باختصار M-COMMERCE»[637]، و بالاضافة الى المعاملات البنكية كاجراء حوالات ، او اصدار شيكات او كمبيالات الكترونية ، او تفحص الحسابات و فتحها ، و الابعد من ذلك يمكن عبرها شراء و بيع اسهم او سندات و التصرف فيها ، و بدون حصر اصبح الهاتف المحمول كوسيلة لا يستهان بها ، تجعل من

---

[635] نفس المرجع ،ص1 32، 322 و 324 .

[636] حازم نعيم الصمادي ، المرجع السابق ، ص 45 .

[637] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.47.

المؤسسات المصرفية تعتمد عليه في جلب العملاء و التعاقد معهم عن بعد بكل سهولة ، و اريحية في كل الاوقاد و في كل مكان .

ثالثا : عن طريق التلفاز الذكي :

بينما في الولايات المتحدة الأمريكية يوجد نظام التسوق عبر شاشة التلفاز حيث تتميز الولايات المتحدة بامتلاكها عبر قنوات تليفزيونية في العالم من حيث العدد، حيث يصل هذا العدد قرابة الألف قناة تليفزيونية.

ولقد أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور تليفزيون قادر على الدخول إلى شبكة الإنترنت ويطلق عليه «نت تي في» وقد أجريت عليه عدة تعديلات بحيث أصبح من مكوناته لوحة مفاتيح شبيهة بالموجودة بجهاز الكمبيوتر وعن طريق التحكم في التلفاز عن طريق جهاز ريموت كنترول ذو إمكانية خاصة.

وقد ظهرت بالفعل بعض الوحدات من أجهزة الكمبيوتر لديها إمكانية إستقبال الإرسال التليفزيوني عن طريق تركيب قطعة في جهاز الكمبيوتر تسمى «بكارت تليفزيون»، كذلك هناك أجهزة تليفزيون لديها إمكانية كتابة الرسائل الإلكترونية عليها، وإن كانت تلك الوحدات لم تلق رواجا كبيراً في الأسواق.

الفقرة الثانية : العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد :

العقد المبرم عن بعد هو ذلك العقد الذي لا يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد، ولا يكون بينهما اتصال مادي في مكان واحد ، أو وجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وصدور القبول وعلم الموجب به، مهما كان الفاصل قصير ، او ما كان يعرف بالتعاقد بين غائبين.

وبفضل ظهور وسائل اتصال أكثر حداثة التي تتمثل في وسائل الاتصال الفوري كالتلكس والفاكس وشبكة الأنترنت أصبح العقد يبرم خلال ثوان معدودة، لأنها تمتاز بالسرعة وبشيوع استخدامها في العقود المبرمة عن بعد، فالفترة الزمن تصل إلى ثوان او دقائق و حسب ، نوعية الشبكة الالكترونية ، و المدة التي تفصل بين صدور الإيجاب والقبول غالبا ما تكون ، قصيرة جدا درجة التفاهة من حيث القيمة المترتبة على حسابها ، لذلك فالعقد الإلكتروني يبرم دون التواجد المادي «52» لأطرافه في مجلس عقد حقيقي، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الأنترنت فيجمعهما بذلك مجلس عقد افتراضي ،

والخلاف يثار حول طبيعة العقد المبرم بواسطة الإنترنت هل هو بين حاضرين أم أنه تعاقد بين غائبين؟ فذهب البعض إلى اعتباره تعاقد بين حاضرين لإمكانية تبادل طرفي العقد الكلام عبر الشبكة، وهذا ما ينطبق على التعاقد عبر الهاتف.

بينما ذهب رأي آخر إلى اعتبار تعاقد بين غائبين لأن صفحة العقد تكون معدة سلفا،[638] وما على المتعاقد سوى القبول أو الرفض، فهو أقرب إلى عقد الإذعان[639].

أما لو كان الإيجاب والقبول في نفس الوقت كالتعاقد عبر الهاتف فلابد من تطبيق التعاقد بين حاضرين زمانا لأنه لا يوجد فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول. بينما التعاقد عبر شبكة المواقع. ففي هذه الحالة

---

[638] الهيجاء، محمد إبراهيم: التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت دراسة مقارنة - عمان: دار الثقافة، 2002م، ص٥٣٠

[639] يرى الباحث بأن عنصر السرعة و الكميات الهائلة في هذا النو من التعاقد ، لا يسمح بالتفاوض الى شروط العقد كل على حدة ، ما يقتضي وجود عقد اذعان نموذجي يتماشى و طبيعة و نوع العقد المبرم .

يدخل الشخص إلى موقع ما على الشبكة، ويمكن له وضع إجابة وينتظر فترة زمنية لتلقي الإجابة فهنا نكون أمام تعاقد بين غائبين، أما إذا تم القبول فورا فنكون أمام حالة تعاقد بين حاضرين زمانا، وكذلك الحال في التعاقد عبر المحادثة المباشرة[640]

الفقرة الرابعة : العقود المصرفية الالكترونية عقود ذات طابع دولي:

ان شبكة الأنترنت و ان كان في البداية ، مقتصرة على تقديم ، خدمات محدودة ، كان يبعد آنذاك التصور ان تصل الى ما وصلت اليه ، الى ان اصبحت في أخر المطاف الى وسيلة تواصل بامتياز ، و بكل ما تحمله الكلمة من معنى ، و جعلت معظم دول العالم في حالة اتصال دائم ، مما مكن من تسهيل على إبرام عقود بين بين الافراد عبر مختلف اسقاع العالم ، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين أطراف التعاقد والتباعد المكاني بينهم، ولاشك أن انتشار ظاهرة الأنترنت في معظم دول العالم وفر للمتعاملين إمكانية إجراء معاملات بوساطة المصارف إلكترونية بين دول مختلفة، او في الدولة الواحدة ، سواءً بين المتعاملين و البنك او بين البنوك ببعضها البعض ، و ما يستشف من التطور الهائل الذي تلعبه المصارف كوسيط ، في المعاملات التجارية الدولية ، بكل أنواعها ، اذ لا يمكن تصور أي معاملة تجارية الا و كان البنك له حصة الاسد في المعاملة ، غير أن هذا لا يمنع أن تكون المعاملة بين دولة واحدة بمفهوم وأحكام العقد الداخلي، وفي هذه الحالة تنتفي خاصية الدولية[641].

حيث مكنت شبكة الأنترنت البنك بفضل اتساع نطاقها وربطها لأطراف العالم المترامية من مخاطبة كل دول العالم بخدماته .

. العقود المصرفية عقود نموذجية حيث درج البنك على الاعتماد على العقود النموذجية في معاملاته المصرفية ، و هذا استوجبته المواثيق الدولية و بعض التشريعات ، بإلزامية البنوك ان تعرض خدماتها للجمهور بموجب عقود مهيئة مسبقا و في نماذج معينة ، يكون فيها المتعاقد مذعنا للشروط المعدة ، و التي تخضع لمواصفات و ضوابط صارمة .

لاعتبارات تتعلق بالسرعة والسهولة التي تقوم عليها المعاملات التجارية بصورة عامة والمصرفية بصورة خاصة.

الفقرة الخامسة : العقد المصرفي الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري

يعد العقد الإلكتروني كاصل عام و العقد المصرفي بصفة خاصة ، يعد أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية «56» يطلق عليه تسمية "عقد التجارة الإلكترونية " وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها:" تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، و ما مكانة المصرف الالكتروني الا منصة التي بواسطتها تنفذ العقود ، بوسائل الدفع الالكترونية المختلفة و التي سنتطرق لها لاحقا، مما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية بما يتحقق معها الائتمان في المعاملات التجارية .

العقد المصرفي الإلكتروني ليس دائماً تجاريا بالنسبة لطرفيه بالضرورة ، كما تم تبيانه في الفصل

---

[640] العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت - دراسة مقارنة -، عمان، مرجع سابق، ص 09 .

[641] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتورة العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012 ،ص.59.

السابق [642] فبالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد ـ تجاري، لأن هدفه تحقيق الأرباح بالتوسط بين فئتين من البشر، أما بالنسبة إلى العميل، الأمر يختلف ّ فيما إذا كان تاجر أو غير تاجر. فإذا كان تاجر يكون العقد بالنسبة إليه تجارياً بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا فهذا العقد مدنيا بالنسبة إليه، كما يمكن لهذا العقد أن يكون مختلط بين التجاري والمدني وذلك في حالة إبرام عقد بين البنك مقدم الخدمة [643] والعميل الذي يقوم بعمل مدني و هذا ما اعتمدته اغلب التشريعات .

.كما أن العقود المصرفية عقود تقوم على الاعتبار الشخصي حيث يرتبط انعقاد العقد المصرفي واستمراره بتوافر مقومات الثقة في شخص البنك وعميلها وخصوصا اذا تعلق الامر بعقود الائتمان .

المطلب الثاني : إبرام العقد المصرفي الإلكتروني:

يتميز العقد الإلكتروني المصرفي ، وطبيعته المحلية و الدولية، وبتنوع وسائل إبرامه، أثار العديد من الإشكالات والتساؤلات الفقهية و القانونية ، و كيفية التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصال الحديثة ، وكيفية تحديد زمان ومكان تطابق الإيجاب و القبول ، لانعقاد العقد، و ما يُشترط في التعاقد الإلكتروني ، ولا يبدو أن الفقه و المشرع قد أورد شيئاً من الخصوصية فيما يتعلق بأركان هذا النوع من العقود من تراضي و محل و سبب مثله مثل باقي العقود التقليدية .

بيد أن الاخذ بعين الاعتبار العمليات المصرفية تخضع في جزء كبير منها للعرف المصرفي ، وتحكمها التنظيمات العقدية التي يعدها التشريع و التنظيم الخاص بالمصارف [644] ، ما يجعلها تحضى بنوع من العناية الخاصة ، فالعقود المصرفية بصفة عامة[645] شأنها شأن باقي العقود لابد أن تتوافر فيها الأركان العامة للعقد المتمثلة في الرضا ، المحل والسبب .

الفرع الاول : انعقاد العقد الإلكتروني:

إن القواعد التي تحكم إبرام العقود المصرفية الالكترونية لا تختلف عن القواعد الخاصة بالعقود المصرفية الكلاسيكية ، التي تبرم في الواقع الملموس ، وان كانت تختلف معها في الوسيلة الرقمية في إبرام العقد ، فالتراضي في التعاقدات المصرفية الالكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت تحمل ذات المضمون في التعاقدات المصرفية التقليدية ، ولكن الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الارادة التعاقدية في المجال الالكتروني هي وسيلة الكترونية عكست بعض أوجه الخصوصية على قواعد الايجاب والقبول في العقد المصرفي عبر شبكة الأنترنت[646] .

الفقرة الاولى : التراضي في العقد الإلكتروني

فحسب المبدأ العام لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الارادة ، فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذي يحلو له ، ولا يستثنى من ذلك الا الحالات التي يستلزم فيها القانون شكلا خاصا لقيام العقد ، فقد يتم التعبير عن الارادة دون تقيد بطريقة معينة أو بشكل خاص ، فيصح أن يحصل التعبير عنها باللفظ كما هو الغالب عملا أو يقع بالكتابة سواء كان مخطوطة أو مطبوعة أو مكتوبة بواسطة الآلة الكاتبة ، وسواء على

---

[642] انظر الفصل السابق ، عنوان ، خصائص العمليات المصرفية ص ... .

[643] انظر المادة : 09 من قانون03-11 المتعلق النقد و القرض المعدل و المتمم .

[644] حازم نعيم الصمادي، المرجع السابق، ص 44 .

[645] راجع الباب الاول الفصل الثاني ص،...و.....و

[646] د. علاء التميمي، المرجع السابق، ص 345

سند أو رسالة ، ولا يوجد ما يمنع أن يتم التعبير عن الإرادة بالإشارة ما دامت متداولة عرفا تداولا لا يثير شكا في حقيقة مدلولها ، كما يتم التعبير عن الارادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ولو لم يصحبها كلام أو باتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود [647] . فالتعبير عن الإرادة يتم باستخدام وسيلة تدل على وجودها[648] .

أما التعاقد عبر الانترنت ، فإن وسيلة التعبير عن الإرادة من خلال الحاسب الآلي تتم عن طريق وسائل شبكات الاتصال الخارجي ، وتتضمن أما عرضا للتعاقد أو ايجابا وقبولا [649] .

إن التعاقد عبر الأنترنت يستلزم اشتراك الأطراف المتعددة التي تنوي التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، فيكون هناك اتصال مباشر بين المشتركين ويكون بمقدورهم ارسال العروض وتلقي القبول عن طريق اعطاء كلمة السر أو طبع اسم موقع الطرف الآخر في التعاقد لتظهر الطلبات والردود بسرعة فائقة على شبكة الحاسب الآلي لكل طرف ، والنقطة الجوهرية هنا أن الأجهزة بحد ذاتها ليست طرفا في العلاقة التعاقدية لأنها لا ارادة لها وبالتالي ليست محلا للمسؤولية ، وهي ليست وكيل أو رسول ، بل هي مجرد وسيلة لايصال مضمون التعبير الارادي الصادر عن كل طرف الى الآخر واعلامه به.

و بتعبير آخر ان الرضا في القواعد التقليدية هو التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا[650] ، على أن يعبر طرفي العقد عن رغبتهما في إبرام العقد سواء باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه،[651] إذ لا يكفي التعبير عن الإرادة بل يجب ، إلى جانب ذلك ، أن يكون التراضي صحيحا ، ويكون كذلك إذا استوفى شرطين اساسيين ، أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب

و اذا كانت خصوصية التعاقد الإلكتروني تكمن في الوسائل الجديدة التي أتاحتها التكنولوجيا للتعبير عن الإرادة ، وأنه لهذا السبب وحده يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص وفريد، فإن استعمال تلك الوسائل قد جعلت رضا ء المتعاقد محل نظر، وذلك أن استخدام الوسيلة الإلكترونية في نقل التعبير عن الإرادة قد يعرض رضا المتعاقد للخطر ويحرمه من الوسائل التقليدية المخصصة لحماية التراضي التقليدي والتي قد تكون قاصرة في حمايته أثناء تكوين العقد الإلكتروني .

.وعليه يشترط لتوفر الرضا وجود ارادة وأن تتجه هذه الارادة الى احداث أثر قانوني ، وأن يعبر عنها وفقا لما قرره القانون ، وكذلك أن يكون القبول الصادر ممن وجه اليه الايجاب مطابقا للعرض الصادر من الموجب[652] .

ومن صور قصور الوسائل التقليدية صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الذي يبرم بالوسائل الإلكترونية، وكذلك صعوبة التحقق من هويته، كما أن إرادته تكون عرضة لعيوب الإرادة ، وهذا ما يثير

---

[647] سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف الاسكندرية ، طبعة سنة 2005 ، ص 23 و 24 .

[648] عبد الباسط جاسم محمد ، ابرام العقد عبر الأنترنت ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى لسنة2010، ص 105.

[649] سمير عبد السميع الأودن ، المرجع السابق ، ص 23 و 24 .

[650] 2د. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة سنة 2011 ،ص 36.

[651] المادة 60 من القانون المدني الجزائري

[652] تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية "

التساؤل حـول كفايـة القواعد العامة في نظرية العقد لتوفير حماية مثلى لمبدأ سلطان الارادة .

اولا : الأهلية في العقد الإلكتروني:

تعد الأهلية لدى المتعاقدين شرطا أساسيا ولازما لقيام العقد صحيحا ، ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون ، فإن انعدمت الأهلية كان العقد باطلا ، وإن كانت ناقصة أصبح العقد قابلا للإبطال [653].

ان توافر الأهلية لدى المتعاقد هو شرط لصحة العقود أو نفاذها حسب الأحوال بموجب القواعد العامة ، وان مسألة التأكد من توافر الأهلية لدى المتعاقدين قد لا يثير اشكالات في العقود بين الحاضرين على عكس العقود التي تتم بين غائبين أو العقود التي تبرم عن بعد ، ومنها العقود المصرفية الالكترونية ، اذ أن المشكلة ترتكز في صعوبة امكانية البنك التأكد من أهلية من يتعاقد معه عبر الشبكة ، فإنه إذا كان صغيرا أو قاصرا بموجب القواعد العامة قد لا ينعقد العقد أو ينعقد موقوفا حسب الأحوال .

بينما هناك من يرى أنه بالإمكان التأكد من الأهلية القانونية من خلال تبادل الرسائل الالكترونية بين طرفي العقد الالكتروني قبل انعقاده ، غير أن هناك صعوبة في ذلك لأن عدد كبير من مستخدمي الانترنت هم من المراهقين وصغار السن ، وقد يستخدم شخص ناقص الأهلية أو فاقدها البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد ، أو أن يتعاقد شخص قاصر على سبيل العبث أو اللهو، نظرا لأن الانترنت تعرض للاختراق والتدخل الأجنبي من الغير عن طريق القرصنة الالكترونية[654] .

و من هنا لجأ العديد من البحثين إيجاد حلول لهذا الإشكال من بينها ما هو آت :

أ- **الحلول الفقهية**:

يرى بعض الفقه بأنه لمعالجة مشكلة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين يجب التوسع في نظرية الوضع الظاهرة، وذلك بخصوصيته العقود الإلكترونية فمتى اتخذ شخص غير أهل المظهر الشخص البالغ الراشد، و كان المتعاقد معه غير عالم بحقيقة حالته، فإنه للثقة والأمن في المعاملات ينبغي حماية هذا الأخير إعمالا لنظرية الوضع الظاهر وتوفير التي عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظا على استقرارها وحتى لا تفاجئ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب كان بجهله لم يكن باستطاعته أن يعلمه وقت التعاقد [655].

ب- **الحلول القانونية** : تحسب لمشكلة صعوبة التأكد من أهلية المتعاقدين نصت القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية في نصوصها القانونية على ضرورة التأكد من أهلية وشخصية المتعاقدة، فعلى المستوى الدولي نص القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي ، [656] على أن رسالة البيانات ينتسب إلى المنشئ إذا كان هو من أرسلها بنفسه كأصل واستثناء لا تعد الرسالة مرسلة من قبله في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى : إذا استلم المرسل إليه إشعارا من المرسل المنشئ يبلغه فيما أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدروها عن المنشئ ويبقى الأخير هذا مسؤولا عن أي نتائج قبل الإشعار .

---

[653] محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة. الجزائر، طبعة 2002 ،ص 12.

[654] د. علاء التميمي ، المرجع السابق، ص 383 .

[655] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص216.

[656] قرار رقم 51/162 المتضمن قانون الأونسيسترال بشأن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

الحالة الثانية: إذا علم المرسل عليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

كما نجد التوجيه الأوربي رقم 2000 -31 الصادر في 01/08 /2000 بشأن التجارة الإلكترونية، قد تتطلب ضرورة تحديد كافة العناصر التي بإمكانها أن تبين الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية، [657]

ت- **الحلول التقنية** :

بدورهم علماء التقنية لم يقفوا مكتوفي الأيدي أما مشكلة التأكد من هوية المتعاقد واسنادها إلى صاحبها، فبالرغم من عدم وجود وسائل تقنية كاملة وحاسمة إلا أنه ثمة جهود معتبر بغية الوصول إلى هذه الوسائل ، وأهم بعض ما استحدث من وسائل:

- **البطاقة البنكية**: تحتوي هذه البطاقة على شريحة ذاكرة تخزن فيها كل المعلومات والبيانات الخاصة بحامل البطاقة كالاسم، السن، محل الإقامة، البنك المتعامل معه، وتتضمن رقم سري مما يمكن من التعرف على شخصية وأهلية حاملها.

- **الموثق الإلكتروني**: هو طرف ثالث تسند إليه مهمة التوسط والتوفيق بين أطراف العقد وتنظيم العلاقة العقدية، ويقوم بالتحقق من شخصية وأهلية كل متعاقد، وضمان صحة سير المعلومات المتبادلة كما يصدر شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد - .الوسائل التحذيرية: عبارة عن تحذيرات وتنبيهات بعدم الدخول على الموقع إلا لكامل الأهلية، فإن كان الشخص كامل الأهلية وجب عليه ملء النموذج المعلوماتي للكشف عن هويته عمره وغيرها من المعلومات الشخصية ، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة لتحقق من أهلية الشخص المتعاقد لأنه ممكن تعبئه النموذج بمعلومات تخالف حقيقة الشخص. [658]

كما أن هناك من يرى أنه ينبغي لعلاج هذه المشكلة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر وترجيح مصلحة المهنيين ،

فيجوز لهذا المهني ، متى كان حسن النية ولم يعلم بنقص اهلية الطرف الثاني ، أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها وبالتالي يكون قد ظهر بمظهر الشخص الراشد، كما يستطيع هذا التاجر العدول أيضا على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.[659]

أما التقنين المدني الفرنسي فوفقا لنص المادة 1307 منه فإن القاصر الذي يدلس على الغير لإخفاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما أداه تنفيذ لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية ، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية رغم بطلانها فإن أفضل صورة ، على الأساس الفقهي القائل ، إبقاء على العقد خير من هدمه.[660]

وقد حرص قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق التأكد من هوية الطرفين عندما نصت المادة 13 منه على أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا كان هوالذي أرسلها بنفسه أوإذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

---

[657] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص216 -217.

[658] إلياس ناصبيف، المرجع السابق، ص127- 128.

[659] محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص 123 ،124.

[660] MAZEAUD»H» leçons de droit civil, édition montechristien ,2éme édition 1959, p 483 .

وهناك رأي آخر يرى بأنه ينبغي وضع تحذيرات على شبكة الانترنت تنبه بعدم الدخول إلى الموقع إلا من شخص تتوافر لديه الأهلية القانونية ، ويلتزم الشخص قبل الدخول للموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عنها وذلك من خلال نماذج العقود على الانترنت والنص في بنودها على ضرورة توافر الأهلية القانونية الكاملة في العميل والا فإنه لن يبرم العقد[661] .

ثانيا : سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني

في العقود الإلكترونية تظل نظرية عيوب الإرادة محتفظة بمكانتها ، غير أن طبيعة العقد الإلكتروني سواء بالنظر إلى وسيلة إبرامه أو أطرافه، حيث يكون أحدهما مهنيا كالبنك والآخر متعامل ، تتزايد أهمية هذه النظرية ويتسع المجال لتطبيقاتها، فإذا كان من الصعب أحيانا الوقوع في غلط في صفة الشيء ببذل عناية عادية، فإنه من اليسير الوقوع في الغلط في العقود الإلكترونية.

1- **الغلط:**

الغلط هووهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته ، ولكي يكون عيبا في الإرادة فإنه يشترط فيه أن بلغ حدا من الجسامة بحيث يكون هوالدافع للتعاقد ، أي أن ي كون جوهريا ، ويعد الغلط جوهريا متى وقع في ذات المتعاقد أ وفي صفة في الشيء يراها المتعاقد ضرورية أويجب اعتبارها كذلك.

ويمكن للقواعد العامة في التقنين المدني أن تستوعب الغلط إذا وقع فيه المتعاقد أثناء إبرامه عقدا بطريقة إلكترونية، غير أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات ولد اهتمام ا فقهيا وتشريعيا متزايدا بحماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أ والفنية، وأدى هذا الاهتم ام إلى أن فرضت التشريعات على الطرف الأكثر خبرة في العقد الإلكتروني أن يوفر للطرف الثاني المعلومات الكافية التي يجب الإدلاء بها والتي تجعل المتعاقد ا لآخر يبر م العقد وهوعلى بينة من أمره ، وإلا جاز له الطعن في العقد بالإبطال للغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أوشروط العقد ، أو بسبب عدم تبصره بالتقنيات الفنية للمنتوج أو الخدمة المتعاقد عليها [662]

كثيرا ما يقع الغلط في العقد الإلكتروني بسبب العرض الناقص أو لغموض مضمون العرض لذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منه بأن يقوم مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل والتدقيق مع إعلامه بذلك باستخدام وسائل فعالة وسهلة الأخذ بها حتى يتمكن من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يجنبه الوقوع في الغلط.

كما نص المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 11 منه : " يجب أن يقد م المورد الالكتروني بطريقة مرئية و مقروؤة و مفهومة ، و يجب أ، يتضمن على الاقل ، لكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية :

- رقم التعريف الجبائي و العناوين المادية الالكترونية ، ورقم الهاتف المورد ..."[663]

و من استقراء المادة يتبين ان المشرع الجزائري ، إلزام على كل مورد الكتروني تقديم البيانات اللازمة للمتعامل ، حتى يتسنى للمتعاقد الآخر المعرفة الكافية و التامة بالمعروض .

---

[661] علاء التميمي ، المرجع السابق، ص 383

[662] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 229.

[663] قانون 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439الموافق 10 مايو 2018 ، يتعلق بالتجارة الالكترونية ، ج ر العدد 28.

2- **عيب التدليس:**

يعرف التدليس بأنه استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفع إلى التعاقد ، ووفقا له ذا التعريف فإن للتدليس عنصران :

أحدهما مادي يتمثل في الطـرق الاحتيالية، والآخر معنوي يتمثل في نية التضليل ، ويشترط في التدليس أن يكو ن هو الدافع إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر ، ويعتبر مجرد السكوت المتعمد عن واقعة معينـة أوظرف ما تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لوعلم بها.[664]

غالبا ما يكون التدليس في العقد الإلكتروني على شكل إعلانات كاذبة أو رسائل إشهارته مضللة ، أو الوعد برسالة إلكترونية بصفات وهميه تتضمن معلومات ومعطيات خاطئة من شأنها أن تضلل الطرف المتعاقد لا سيما أما عدم إمكانية فحص وتعين المنتوج، ولتجنب الوقوع في هذه المشاكل وجب استحداث مواقع متخصصته على شبكة الانترنت يتجلى دورها في الإعلام والتحذير وتقديم النصيحة إن لزم الأمر ولحماته الطرف الضعيف والأقل خبرة[665]

تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء في فرنسا واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان ، ولذلك امتد مفهوم التدليس في العقود الإلكترونيـة ليشمل الإعلانـات الإلكترونية الكاذبة والمضللة نظرا لسهولة تأثيرها في سلوكات المستهلك ودفعـه إلـى التعاقد على خدمات او منتجات يتضح فيما بعد أنه لم يكن بحاجة إليها[666]

وطرق التدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة ومتعـددة ، أهمهـا اسـتعمال العلامـة التجارية لشخص آخر وتعمد نشر معلومات غير صحيحة على المواقع بقـصد ترويجهـا أوإنشاء موقع وهمي لا وجود له في الواقع ، من اجل سرقة بيانات المتعامل ، للاستيلاء على امواله.

قامت كل من غرفة التجارة الدولية و المجلس الأوربي قواعد توجيهية وإرشادية للمشرعين في الدول الأوروبية ومنظمة التعا ون الاقتصادي والتنميـة على توصيات علـى التـشديد في التشريعات الوطنية في مجال الكشف عن حالات الاحتيـال و الجرائم السيبرانية ، ومعاقبـة مرتكبيهـا وإلـزام الأطراف المتعاقدة عبر تلك الوسائل بالتأكد من هوية المتعاقد معه والتحري عن سـمعته التجارية ومركزه المالي ، قبل البدء في عملية إبرام العقد ، وإلزامهم بالدقة عندما يعبـرون عن إرادتهم التعاقدية، تفاديا للوقوع في مخاطر الاحتيال والغش المعلومـاتي ، وتحـرص منظمة الأمم المتحدة على ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة.

3- **: الإكراه :**

يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أوأدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أ وخوفـا يحمله على التعاقد ، والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضاء الشخص غير سليم حيث يفقـده « 1«الحرية والاختيار .والإكراه ليس بذاته ه والذي يفسد الإرادة ويع يب الرضا ،

وإنما يفـسدها مـا يولـده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة .ويختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة لموضوع كل منهمـا، ذلـك أن الغلـط والتدليس يمسان من المتعاقد علمه بما يرتضيه ، بحيث

---

664 محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص40

665 بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 155.

666 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 253140.

يجيء رضاؤه مسوب بعيب في ارادته ولو علم بالعيب لاما تعاقد أما الإكراه فإنه يمس بحرية الارادة في التعاقد.

العقد الإلكتروني لا يتواجد فيه الاطراف ماديا، لذا لا يمكن أن نتصور الإكراه في العقد الإلكتروني، فلا نستطيع إجبار الشخص على الدخول إلى موقع معين أو فتح بريده الإلكتروني لإرسال رسالة معينة [667]، ومع ذلك يمكن تصور الإكراه في العقد الإلكتروني في حالة التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد بالرغم من 1الشروط المجحفة وخوفا من تهديد مصالحة الاقتصادية ، ويرى البعض أن الإكراه المادي مستبعد في التعاقد الإلكتروني أوغير متصور لأن « 3«هذا العقد يتم بين طرفين متباعدين، بينهم فواصل مكانية ويجمعهما مجلس عقد افتراضي. [668]

4- : الاستغلال أو الغبن

يعرف الاستغلال بأنه انتهاز حالة الضعف في نفسية الشخص المتعاقد لطيش فيه او هوى جامح ، تجعله يبرم عقدا فيه عدم تعادل بين التزامات طرفيه تبلغ حدا يُغبن فيه لا يقبله المتعاقد لولا وجود هذا الضعف ، واستغلاله من طرف المتعاقد الآخر [669].

وقد جعل المشرع الجزائري الاستغلال عيبا من عيوب الإرادة ، و قد نص عليه بمقتضى المادة 90 من القانون المدني ويترتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه على أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من يوم إبرام العقد.

أما عن مجال الاستغلال في العقود الإلكترونية، فإن تطبيقات الاستغلال قد تكاثرت نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقود وانعدام الخبرة لدى أغلب المتعاملين بها ، فالأكيد أن من يتعامل عبر تقنيات الاتصال الحديثة لإبرام عقد واحد أوحتى عدة عقود يكون أقل خبرة ممن يحترف إجراء العقود عبر نفس الوسيلة، بل ومنهم من يتخذها مهنة معتاد ة له ، وهذا ما دفع بالتشريعات المنظمة للمعاملا ت الإلكترونية إلى الاهتمام بمسألة حماية المستهلك من خلال تقرير أحكام خاصة بحماية المستهلك في العقد الإلكتروني تكون أكثر فعالية من الحماية المقررة في القواعد العامة.

ويمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية ، فإن هذا لا يعني التقليل من أهميتها في البيئة الإلكترونية، بل تظل محتفظة بتلك الأهمية شأ نها في ذلك شأن باقي القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد ، وإن اختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها .إن م ا يلاحظ حول تطبيقات نظرية عيوب الإ رادة على العقد الإلكتروني ، هوأن البيئة الإلكترونية تجعل من الوقاية في عيوب الإرادة مفضلة على العلاج ، وذلك بالنظر إلى ما تفرضه الوسائل الإلكترونية من خصوصية وما استحدث ه العقد الإلكتروني من ذاتية في إبرامه.

الفرع الثاني : مجلس التعاقد الإلكتروني و اشكالية حضور الاطراف فيه

إن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في أنه يتم من خلال شبكة إتصال إلكترونية مثل الإنترنت، وينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، حيث أن التعاقد يكون ين أشخاص متباعدين مكانيا[670] ومن ثمة

---

[667] شحات غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص 86.

[668] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 148.

[669] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

[670] محاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص34

يمكن إدراج هذا العقد في مصاف العقود بين غائبين ، ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن العقد الإلكتروني يتبع هذه الطائفة من العقود، فهناك بعض الأنظمة والقوانين اعتبرت أن التعاقد بالتليفون مثلا يعد من صور التعاقد بين الحاضرين من حيث الزمان، وذلك لأن الأطراف يكونوا على إتصال مباشر[671]، والبعض الآخر اعتبره وضعا وسطا بين حالتي التعاقد[672]

لذلك سيتم عرض هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

الفرع الأول: ماهية مجلس العقد وفترته الزمنية.

الفرع الثاني: آراء العلماء في تحديد طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني ومناقشتها.

الفقرة الاولى : ماهية مجلس العقد:

يرى بعض الفقهاء أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجا خاصا في الفقه الفرنسي، بينما الفقه الإسلامي قد صاغ لها نظرية بلغت درجة من الاجماع ، فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورا، بل له أن يتدبر بعض الوقت ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على إيجابه ، فوجب إذًا التوسط بين الأمرين ومن هنا نشأت نظرية مجلس العقد» «.[673]

إن بيان عما إذا كان التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين يكون من خلال بيان مفهوم مجلس العقد، ومجلس العقد فكرة إسلامية من صنع الفقه الإسلامي[674]« «. بمعنى أنه إذا صدر الإيجاب في بحلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

وقد تعددت المحاولات التي تتناول تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر، فقد عرفه البعض بأنه «مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الإنشغال بالتعاقد»[675]« «. وهذا التعريف ينطبق على بجلس العقد الإلكتروني أيضا، فالقصد من مجلس العقد منح المتعاقدين مهلة كافية هي فترة إنعقاده للتدبر والتروي في أمر التعاقد، فقد ثبت لهما التفكير والتروي طيلة بحلس العقد وإلى حين إنفضاضه، وهكذا يترتب على فكرة مجلس العقد أن يكون كل من الإيجاب والقبول غير ملزمين طالما لم يتم التلاقي بينهما، فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه، كما يثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينفض لمجلس ، وهو ما يعرف بخيار لمجلس. [676]

كما أن لمجلس العقد أهمية بالنسبة للعقد تتمثل في أنه، بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد، يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة إذا ما ثار نزاع بشأن العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق عليه.

---

[671] أبو السعود، رمضان: مصادر الإلتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2003م، ص55

[672]العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص146

[673] السنهوري، عبد الرازق: الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص231.

[674] الجمال، مصطفى محمد: القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام، «بدون بيانات نشر»، 1996م، ص107.

[675] الشافعي، جابر: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه، الإسكندرية، كلية الحقوق، 2001م، ص128.

[676] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: العقد والإرادة المنفردة، الكويت، مرجع سابق، ص95.

و يتنوع مجلس العقد إلى نوعين: وحكمي[677]« «.

اولا - مجلس العقد حقيقي: يقصد به «مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على إتصال مباشر بجيث يسمع إحداهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل. وهو يبدأ بتقدم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد».

ثانيا - مجلس العقد الحكمي: فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في العقد الإلكتروني، وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي و الافتراضي هما عنصرا الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمن يبقى هو المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب غالبية الفقه، إلى أن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.[678]

مع العلم أن مجلس العقد يقوم على ركنين، الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان. أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب، وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أنه مكان إفتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني ولذلك سارعت لجنة الأونسترال بوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني قامت فيه بتحديد مكان إبرام العقد.

أما بالنسبة للزمان فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني وعما إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني أو من خلال مواقع الويب أو عن طريق المحادثة أو غيرها.

أما شروط تكوين مجلس العقد الإلكتروني فهما شرطان أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا، وثانيهما بدء الانشغال بالصيغة.

وبالنسبة لخيار المجلس، فتكون صورته بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني مثلا، أن لكل واحد من المتعاقدين حق الرجوع طالما كان متواصلاً مع جهاز الكمبيوتر وعبر شبكة الإنترنت، فإن قام عن الجهاز أو أغلقه طواعية واختياراً و إنتقل إلى معاملات أخرى أو مواقعأخرى عبر صفحات الويب سقط الخيار ، لأنه في الحالة الأولى قد إفترق الطرفإن، وفي الحالة الثانية فقد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره. [679]

وخيار الموجب في الرجوع عن إيجابه، وخيار من وجه إليه الإيجاب في القبول أو الرفض وإن كانا لا يمثلان رجوعا في التعاقد بالمعنى الدقيق، نظراً لأن التعاقد معهما لا يكون قد تم عن بعد، إلا أن كليهما يعد عدولاً عن فكرة التعاقد وعن الإستمرار فيه.[680]

ثالثا: تحديد الفترة الزمنية لمجلس التعاقد الإلكتروني:

يتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني على حسب الطريقة التي يتم بهما التعاقد وذلك على النحو التالي:

---

677 رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مرجع سابق، ص8 2.

678 تناغو،سمير: نظرية الالتزام، القاهرة، لدار لجامعية، 1975 م،ص48.

679الناصر، عبد الله بن إبراهيم: العقود الإلكترونية. دراسة فقهية تطبيقية مقارنة - بجث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بالإمارات العربية في المدة من 10 - 12 ماي2003م.

680 أبو الليل،إبراهيم الدسوقي: العقد والإرادة لمنفردة، مرجع سابق،ص96 .

1 - في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين أي يكون الإتصال بينهما لحظيا، فإن بحلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع القال على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

ولكني أرى أنه نظراً لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

2 - وفي التعاقد عبر الموقع الإلكتروني **web**سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود، أو عن طريق التنزيل عن بعد فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج المقابل من الموقع.

3 - أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة.

الفقرة الثانية :آراء فقهية حول طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني :

اولا : اشكالية حظور الأطراف المتعاقدة في مجلس العقد :

قد يتضح من الوهلة الأولى أن التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الإتصال هو تعاقد بين غائبين نظراً لعدم تواجد العاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أن عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان لا يعني بالضرورة أن التعاقد يكون ين غائبين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد فمثلا في التعاقد عبر الهاتف يتم بين طرفيه منفصلين من حيث المكان، ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد ، ما دام التعبير عن الإرادة إيجابا كان أو قبولا يصل إلى علم الموجه إليه فور صدوره كما لو كان المتعاقدان في مجلس واحد، وعندئذ تطبق قواعد التعاقد ما بين الحاضرين.[681]

وقد يكون هناك تعاقد بين حاضرين يوجد فيه فاصل زمني بين صدور القبول والعلم به ومع ذلك تطبق قواعد التعاقد بين غائبين، وذلك في الحالة التي يصدر فيها الإيجاب والمتعاقدان في مجلس واحد، كما لو حدد الموجب ميعاداً للقبول وافترق المتعاقدان ثم أرسل الموجب له القبول بإحدى وسائل الإتصال، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يعد تعاقداً بين غائبين تبادل رسائل تسجل إتفاقا تم بين حاضرين شفويا قبل هذا التبادل، فهذه الرسائل ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معا بحلس العقد.

وقد تعددت الإتجاهات الفقهية بصدد بيان عما إذا كان التعاقد عبر شبكات الإتصال كالإنترنت بين حاضرين أم بين غائبين، وأهم هذه الاتجاهات ما يلي:

1- **الراي الاول** : يرى البعض أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها حيث

[681] الجمال، إبراهيم رفعت: انعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2005م ، ص112.

أصبحت وسيلة التعاقد إلكترونية[682].

ويرى هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني يكون بين غائبين نظراً لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره هذا بالإضافة إلى إختلاف مكان المتعاقدين[683] أي أن بجلس العقد في التعاقد الإلكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه، وهو محلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له، وأن نقل شبكة الإنترنت للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول كل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني[684]

و بالتالي يكون التعاقد الإلكروني في هذه الحالة بين غائبين.

2- **الرأي الثاني** : ويرجع البعض إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين على أساس أنه يجعل المستهلك يستفيد من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد.

3- **الرأي الثالث :** كما أن هناك إتجاه مضاد يرى في التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين حيث يكون العاقدان على إتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن التعاقد، ويكون مجلس العقد حكميا لا حقيقيا فتنطبق عليهم قواعد التعاقد ما بين الحاضرين.[685]

ويرى هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني ليس تعاقدا بين غائبين لأن أطراف التعاقد يكونون على إتصال دائم عبر شبكة الإنترنت، قد يتم بالكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج فري تيل أو برنامج الحوار، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة في وسائل التواصل الاجتماعي كما هو الحال بالنسبة لبرنامج « whaAsapp;»، او فايسبوك « facebook » وذلك إذا كان الكمبيوتر مزوداً بكاميرا وميكرفون كما هو الحال في برنامج « multimedia »، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني، ويكون تبعا لذلك تعاقداً بين حاضرين حتى ولو كان الحضور اعتباريا.

4-**الرأي رابع :** يرى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أساس أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الإنترنت كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي ومن ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين في الزمان، ولكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الإلتزامات إلكترونيا، كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، أو بطريق التسليم المادي، فإن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين من حيث المكان[686].

ويضيف البعض أن التعاقد الإلكتروني يشبه التعاقد بالهاتف من ناحية العلم الفوري. لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها على جهاز

---

[682] مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد والإرادة المتفردة، «بدون بيانات نشر»، ط4، 987 ،ص88.

[683] رمضان، مدحت عبد الحليم: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص0 2..

[684] مؤمني بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، المنصورة، جامعة المنصورة، 2003 م، ص83.

[685] رشدي، محمد السعيد: الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مرجع سابق، ص29

[686] سلامة، أحمدعبد الكريم: لقانون الدولي لخاص لنوعي، لقاهرة، دار لنهضة لعربية،ط 1 ، 2002 م، ص69.

الكمبيوتر الخاص بالطرف الآخر، وعلى هذا الأساس تأخذ حكم التعاقد بالهاتف، أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان.

وطبقا لهذا الرأي فإن التعاقد الإلكتروني، وباعتباره تعاقد بين حاضرين زمانا، يستدعي التوسع في مفهوم مجلس العقد واعتباره محلسا حكميا يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يستطيع به الموجب إليه، المستهلك غالبا، الرد.

ويرى البعض أنه وفقا لهذا الرأي، فإن التعاقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد أو العقود عبر المسافات، ومن ثم يتميز بطابع خاص هو الطابع المكاني، وهو أنه يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، ويرى أن تعبير المسافة يفهم على مسارين مسار المكان، ومسار الزمان، فمن ناحية المسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر، أما المسافة الزمنية فإن عنصر الزمن يتلاشى لأن طرفي التعاقد لا تفصل بينهما فترة زمنية .[687]

ولكن هناك من رفض فكرة إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان وكذلك يتطلب استمرارية زمنية متصلة، وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمنية والمكانية فضلاً عن أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي وبين مجلس العقد الحكمي كما أنه ليس هناك مجلس عقد مختلط " حقيقي افتراضي " فالمجلس إما أن يكون حقيقا أو افتراضيا، وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الافتراضي.

5- **الرأي الخامس:** يرى أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات، التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الإتصال المباشر، فإن غاب الإلتقاء المادي للمتعاقدين، إلا أن هناك نوعا من الإلتقاء الإفتراضي المتزامن، كما لا ينطبق أيضا على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين لأن التعاقد بين غائبين يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معا في حين هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يكون طرفا العقد على إتصال في وقت واحد، وينتهي هذا الرأي إلى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة.[688]

6- **الرأي السادس:** أنه بمجرد إدخال القبول في جهاز الكمبيوتر المرسل فإنه يصل في نفس اللحظة عبر شبكة الإنترنت على الجهاز المستقبل، ففكرة الفروق الزمنية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، غير متوافرة بالنسبة للعقد الإلكتروني، ولكن هذا لا يعني أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها فقد يكون الكمبيوتر المرسل إليه مغلقا في هذا الوقت، وقد لا يكون هو مستلم الرسالة الإلكترونية فقد يستلمها أحد مقدمي خدمات الإنترنت التي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل

---

687 مجاهد أسامة ، خصوصية التعاقدعبر لإنترنت، القاهرة، دار لنهضة لعربية، 2000م،ص23.

688 الأباصيري فاروق، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية2003، ص 61

زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه بمحتواها [689]

ووفق هذا الرأي فيتبين بأننا بصدد تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، فلا يمكن إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين أو تعاقداً بين غائبين في جميع الأحوال، إذ أن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة إلتقاء القبول بالإيجاب، وهل هذا المعيار هو مجرد وصول التعبير عن القبول إلى موقع الموجب على الشبكة؟ أي وصوله لبريده الإلكتروني مثلا، أم أن المعيار هو العلم الفعلي بمحتوى تلك الرسالة؟

حيث أن مسألة طبيعة التعاقد الإلكتروني يجب بحث من خلال القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني يخضع لقانون العقد، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط بل يحكم كذلك الشروط الأساسية لتحديد اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية فإذا لم يتضمن الإتفاق بين طرفي التعاقد تحديداً للقانون الواجب التطبيق عليه فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النزاع .[690]

7- **الرأي السابع** : و من الفقهاء من يرى ، أن هناك فارق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة، هو أن الإتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية، هو اتصال لحظي في جميع الأحوال، بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الإتصال اللحظي نظرا لأن جهاز كمبيوتر الموجب قد يكون مغلقا وقت بث رسالة القابل مثلا، أو أن يكون هناك عطل في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الإتصال الآني.

ومن ثم إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإننا نفرق بين حالتين:

- **الحالة الأولى**: حالة التعاقد اللحظي، بمعنى عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.
- **الحالة الثانية**: إذا كان التعاقد غير لحظي فإنه يكون بين غائبين زمانا ومكانا، أما إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أو عن طريق غرف المحادثة أو الوسائل السمعية والبصرية فهنا التعاقد يكون لحظيا، ويكون التعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا ويكون العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الوسائل السابقة عقداً بين حاضرين زمانا وذلك لتعاصر الإيجاب والقبول لمتعاصر الإيجاب والقبول.

ما يجعلنا نستخلص أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

الفرع الثالث: الإيجاب في العقد الالكتروني :

الايجاب هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر بعد أن يكون قد استقر نهائيا عليه.

---

689 شرف الدين أحمد ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، نادي القضاة ، 2004 م، ص 11.

690 حوته عادل أبو هشيمة، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م، ص177.

والتعبير عن الإرادة حتي يكون إيجابا يجب أن يكون جازما وكاملاً وباتًا، وأن يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد، بهدف إنشاء عقد بين الطرفين ، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو ما يعني أن الشخص إذا لم يكن يقصد إبرام العقد فإن التعبير عن الإرادة لا يعتبر إيجابا، وهو ما يثير مشكلة التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض.

و بعبارة أخرى ، الإيجاب هو التعبير البات عن إرادة موجهة إلى الطرف الآخر معينا كان أم غير معين ، حيث يشترط فيه أن يكون باتا معبرا عن إرادة صريحة ومصممة وعازمة نهائيا على التعاقد، إذا ما صادف هذا الإيجاب قبولا لدى طرف آخر ، وأن يكون محددا كاملا ومتضمنا لكافة العناصر الأساسية واللازمة لإبرام العقد[691] .

أما مفهوم الإيجاب في العقد المصرفي الالكتروني هو عرض بات بإبرام عقد مصرفي باستخدام شبكة الانترنت على أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد بحيث يتم العقد باقتران القبول به ، اذ يمكن القول أن مفهوم الإيجاب في العقود بصفة عامة وفي العقد المصرفي. سواء التقليدي أو الالكتروني. لا يختلفإن عن بعضهما بل الاختلاف يكمن فقط في طبيعة الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه وهي شبكة الانترنت[692].

فالإيجاب الالكتروني يتم التعبير عنه من خلال شبكة عالمية للاتصالات بوسيلة مرئية او مسموعة مرئية ، وتسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستعمال وسائل للإيضاح البياني لتفصيل عرضه ودعوته للتعاقد ، ويتم عادة إرسال رسائل عبر البريد الالكتروني متضمنا العرض أو الخدمات المقدمة وعروضا خاصة ومزايا التعاقد ، وقد يتم إرسال العروض عن طريق المجموعات الإخبارية أو عبر موقع الويب أو الموقع ، قد يكون هذا العرض ملفت للانتباه وربما يقارب العرض الحقيقي على واجهات البنوك [693].

الفقرة الاولى : مشروعية الايجاب عن بعد :

وقد عرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه :" العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[694]

عرفته محكمة النقض الفرنسية " الإيجاب بأنه عرض لا يعتبر إيجابا إلا إذا كانت إرادة مصدره مرتبطة بقبول القابل" [695]، حيث يكون ملزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر .ولم تتضمن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية تعريفا للإيجاب الذي يتم بطريقة إلكترونية وإن كانت القواعد العامة فيها المتعلقة بإبرام العقد قد أجازت استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

.أما التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك فقد عرف الإيجاب في العقود

---

[691] د . لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 41 و 42 .

[692] د علاء التميمي، المرجع السابق، ص 378 و 379

[693] عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص 114 .

[694] أمانج رحيم أحمد، لتراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ، رسالة ماجيستير جامعة السليمانية، العراق، 2005 ، ص142

[695] Voire le site www. Legifrance . gov.fr « une proposition de contracter ne consiste une offre que si elle indique la volenté de son auteur d'etre lié en cas d'acceptation »

عن بعد بأنه :" كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان[696] .

والواضح من هذا النص أنه لم يعرف وسائل الاتصال عن بعد ولم يحددها، كما لم يبرز الصفة الإلكترونية للإيجاب ، لكن يتضح منه اهتمام المشرع بضرورة أن يتضمن الإيجاب العناصر اللازمة لتمكين من وجه إليه الإيجاب من الدخول في العقد وهـ وعلى بينة من أمره .وقد ذكر الملحق المرفق بالتوجيه الأو روبي رقم 07/97 وكذلك التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم 2001/741 ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد، ومنها المطبوعات غير المعنونة، والمطبوعات « 1«المعنونة، الهاتف مع إظهار الصورة، التلفزيون، الانترنت .وإذا كان الإيجاب في العقد الإلكتروني تبعا لهذه التعريفات لا يختلف عن الإيجاب العادي إلا في الوسيلة التي يتم بها ، فإن التساؤل المثار يدور حول تأثير الصفة الإلكترونية في الإيجاب كتعبير عن الإرادة وما يقتضيه ذلك من خروج عن القواعد العامة في بعض الأحيان.

وباستقراء النصوص المنظمة للإيجاب الإلكتروني يتضح أنه توجد قواعد تتعلق بشكل الإيجاب وأخرى بمضمون ه يجب أن تتم مراعاتها حتى يستوفي الإيجاب الإلكتروني وصفه ويكون صالحا من الناحية القانونية .فيجب أن يتضمن الإيجاب تح ديدا دقيقا لهوية الموجب وعنوانه ورقم هاتفه ، وذلك حتى يتمكن من وجه إليه الإيجاب من التحقق من شخصية الموجب بما يحقق الأمان « 1«والثقة في المعاملات الإلكترونية.

وقد نص على ضرورة بيان هوية الموجب قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 18-121التي جاء فيها : **"في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك ، اسم مشروعه وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب. "**

وهناك ملحق للتعريف السابق أقره رئيس الجمهورية الفرنسية بموجب المرسوم رقم 741/2001 قد ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد ومنها المطبوعات غير المعنونة، والمطبوعات المعنونة، والخطابات النموذجية، والمطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، والكتالوجات، والتليفون مع إظهار الصورة والتليفزيون والانترنت[697]

---

[696] المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد .جاءت صياغة النص باللغة الفرنسية كما يلي:

« toute communication a distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel la simple publicité étant exclue »

[697] قاسم، محمد حسن: التعاقد عن بعد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م، ص19 .

الفقرة الثانية: تعريف الإيجاب الإلكتروني عند فقهاء القانون:

عرف الفقه الإيجاب مجردا عن الوسيلة التي يتم بها بأ نه عرض كامل وجازم للتعاقد وفقا لشروط محددة يوجهه شخص إلى شخص معين أوإلى أشخاص معنيين بذواتهم أوللكافة [698].

وفي نفس المعنى عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه تعبير عن إرادة من جانب واحد يدل على انصراف رغبة مصدره إلى التعاقد ، ويتضمن بالضرورة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه .ولذلك فإن الإيجاب ه والإرادة الأولى المتجهة إلى الدخول في رابطة عقدية تحتاج إلى إرادة أخرى موافقة له ولم تتضمن التقنينات المدنية تعريفا للإيجاب تاركة ذلك للفقه والقضاء.

ذهب البعض إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه: «كل إتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان».

بالنظر إلى هذا التعريف وجد أنه لم يعرف أو يحدد وسائل الإتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو العميل عادة، من إصدار قبوله، وهو على بينة.

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني — كما هو الحال في التقليدي — أن يكون جازما ومحدداً وباتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد إقتران القول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعد هذا إيجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد[699].

ويسقط الإيجاب لأسباب معينة وهي إذا كان معلقا على شرط وتخلف الشرط، أو بانقضاء المدة المحددة — بالنسبة للإيجاب الملزم - ولم يقترن به قبول، أو رفضه الشخص الذي وجه إليه، ويعتبر رفضا للإيجاب الإلكتروني أن يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الكمبيوتر طواعية واختيارا، أو بالانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب أو بإرسال رسالة الكترونية تفيد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني.

الفقرة الثالثة : خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته و كونه يتم من خلال شبكة المعلومات العالمية ومن أبرز خصائص الإيجاب الإلكتروني ما يلي[700]:

اولا : الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

نظراً لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة. ، التي تلزم المورد أو مقدم الخدمة بمجموعة من القيود والواجبات اتجاه المستهلك، والتي تتعلق بالسلعة محل العرض، كيفية تنفيذ العقد، ووسائل الدفع.

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود

---

[698] عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص152؛ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص90

[699] علوان رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، بجث منشور في مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد الرابع، ديسمبر، 2002م، ص248.

[700] إبراهيم خالد ممدوح: إبرام العقد الالكتروني درا سة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص22-24.

المبرمة عن بعد. والتي تفرض على المصرف بوجه خاص ، مجموعة من القيود أو الواجبات التي يلتزم بهما تجاه العميل الإلكتروني والتي منها تزويد هذا الاخير بمعلومات حول البنك و عنوانه التجاري ، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها، ووسائل الدفع بمختلف انواعها، وطريقة الاصدار لهذه الوسائل ، كالشيك الالكتروني ، او الكمبيالة و كيفية لاتعامل بواسطتها ، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار العميل.

ثانيا : الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: ، يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت كالمصرف الالكتروني ، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، فالبنك مثلا يكون احيانا كمقدم للخدمة بعرض إيجابه وفق الشروط المقررة في عقد الإذعان الالكتروني ، كعرض لفتح حساب الكتروني بمختلف اصنافه ، او عرض خدمات متنوعة اخرى ، او يكون بصفته وسيطا تجاريا بصفته مسيرا لوسائل الدفع الالكتروني كالاوراق التجارية بمختلف انواعها ، أو يكون المصرف بصفته كوسيط لتمويل مشاريع استثمارية او اقتناء او شراء مقتنيات بواسطته كمنح قروض بمختلف صيغها .

ثالثا : الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا:

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة الاتصالات الدولية، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني للبنك مثلا تبعا لذلك إيجابا دوليا نظراً لما تتسم به شبكة الإنترنت من الإنفتاح دون التقيد بالحدود الاقليمية للدول ، و في هذه الحالة يكون المصرف احيانا كضامن للوفاء في خطابات الضمان الدولية .

ان الايجاب الالكتروني قد يكون ايجابا خاصا موجها الى أشخاص محددين ، وهو الذي يتم في الغالب بواسطة البريد الالكتروني ، وقد يكون ايجابا عاما موجها الى جميع مستخدمي الموقع عبر صفحات الويب **Web**، ونظرا لتمتع شبكة الأنترنت بالصفة الدولية والتي لا تتقيد بحدود الدول فإن الايجاب الموجه عبرها يكون هو الآخر دوليا أي موجها الى جميع مستخدمي الموقع بالأنترنت من مختلف الدول، ومع ذلك يجوز للايجاب أن يكون محددا بنطاق مكاني أي النطاق الذي يشمله الايجاب بالنص على ذلك صراحة[701] .

ورغم ذلك يرى البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة ومحددة بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين.

فقد يجد البنك بعض العقبات في ممارسة نشاطه اتجاه أفراد يقيمون في دولة معينة كما لوكانت القوانين الرقابية داخل هذه الدولة تمنع ممارسة البنك لنشاطه داخل اقليمها أو تمنعه من تقديم أنواع معينة من الخدمات المصرفية لاعتبارات معينة تقدرها ، ففي مثل هذه الحالات يلجأ البنك الى الحد من دولية نشاطه من خلال قصر توجيه العروض خدماته على مناطق معينة ، كما أنه قد يلجأ الى تحديد النطاق المكاني للايجاب لاعتبارات الأمان خاصة المتعلقة بتنفيذ العقد والمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنه [702] .

أما الأثر القانوني لهذا التحديد المكاني للعقود المصرفية الالكترونية، يتمثل في أنه اذا صدر الايجاب من شخص يقع موطنه داخل النطاق المكاني المحدد لعرض البنك، أعتبر ايجابا صحيحا ، يكفي صدور قبول من البنك لانعقاد العقد بموجبه ، أما اذا صدر الايجاب خارج النطاق المكاني المحدد لعرض البنك ،

---

[701] ايمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.106

[702] علاء التميمي ، المرجع السابق ، ص 385.

فلن ينعقد العقد بل يجب أن يكون موطن الموجب داخل النطاق المكاني المحدد لعرض البنك ، ونفس الأمر اذا كان هناك نطاق مكاني لتنفيذ عرض البنك ، فإن العقد ينعقد بقبول الايجاب ويلتزم البنك في هذه الحالة بتقديمها في النطاق المكاني المحدد للتنفيذ ، غير أن اضافة مثل هذا الشرط من شأنه أن يضيق من نطاق عمل البنك من الناحية الاقتصادية، إلا أنه يحقق لها نوعا من الأمان من الناحية القانونية ، اذ لن يلتزم البنك بعقود في نطاق جغرافي وقانوني لن يسيطر عليه، وخاصة أنه قد توجد بعض القوانين التي تتضمن حالات يحظر فيها التعامل، أو قيودا أخرى وفقا لتصورها بشأن حماية المستهلك، بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني من الناحية النظرية ، هو عقد مبرم عن بعد ينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة ، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي .وبالرجوع إلى القواعد العامة ، فإن العقد يكون دوليا طبقا لأحد معيارين ، الأول هو المعيار القانوني ومؤداه أن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي ، سواء أتعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أ وتنفيذه، أو تخلله من حيث أطرافه أو موضوعه أوسببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي ، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دوليا[703] .إن دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه .

ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها ، من حيث كونها عقدا دوليا أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون [704]

و بخصوص تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه ، ويرجع اختلافهم لصعوبة توطين العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصا العقد المبرم عبر شبكة الانترنت[705]

رابعا : صور الإيجاب الإلكتروني

سنتأول الإيجاب الإلكتروني في ثلاثة صور هي

الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، عبر شبكة الموقع، عبر المحادثة والمشاهدة على التوالي:

1- الإيجاب الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني :

يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجه إلى شخص محدد أو عدد من الأشخاص، ففي حالة توجيه الإيجاب الإلكتروني إلى شخص محدد، يصبح كأنه الإيجاب عبر البريد العادي أو الفاكس فتسري عليه قواعد الإيجاب التقليدي، كما يمكن أن يكون موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص وفي هذه الحالة يعتبر العرض مجرد دعوى للتعاقد والتفاوض وليس إيجابا، ويمكن البريد الإلكتروني من الاتصال الفوري المتزامن بين الأطراف المتعاقدة، وذلك عن طريق الكتابة مما يجعله مجلس تعاقد حقيقي..

2- الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الموقع:

---

703 عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص151.

704 محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 11؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص44.

705 زياد خليف شداخ العنزي، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 2008 ،ص 208؛ مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص75.

الإيجاب عبر شبكة الموقع لا يختلف عن الإيجاب من خلال التلفاز الصحف أو أية وسيلة من الوسائل التقليدية إلا أن الاختلاف يكمن من حيث الاستمرارية، فالوسائل التقليدية يتم عرض الإيجاب خلال فترة زمنية محددة، في حين العرض من خلال شبكة الموقع يكون مستمرا وعلى مدار الأربع والعشرين ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد، فكل من يدخل الشبكة يكون الإيجاب موجها إليه ومن حقه إبرام التعاقد، ما لم يكن هناك مانع من التعاقد في الشخص أو تلك الفئة [706].

3- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة

في هذه الحالة تتحول شبكة الأنترنت إلى هاتف أو إلى تلفزيون مرئي، كما تكون أمام مجلس عقد إفتراضي يقترب جدا من مجلس العقد الحقيقي[707] ، خاصة بعد تزويد الكمبيوتر بتجهيزات حديثة مثل الكاميرات وصولها يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين الحاضرين تنطبق على هذا النوع من الإيجاب خاصة من الناحية الزمنية ويبقى الإختلاف حول المكان[708]

الفقرة الرابعة : الإيجاب الإلكتروني وتمييزه عن الدعوى للتفاوض:

المعروف أنه ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة منها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد بمجرد قبوله، أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة.

وتظهر أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في كون الأخيرة تدل على أن الأمر ما زال في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد.

اولا: التمييز بين العرض و الايجاب :

ويقصد بالدعوة إلى التعاقد كأصل عام ، هو العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية[709].

كما يصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الإنترنت بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أم بمجرد دعوة للتفاوض والتعاقد، وذلك أنه إذا اعتبر إيجاباً وصادفه قبول مطابق فإن العقد الإلكتروني يتم، أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد، وهو ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والتفاوض، و نعرض بعض أراء الفقهاء بما ياي :

1- أراء الفقهاء للتمييز بين الايجاب و العرض

أ- **الرأي الاول** : فيذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة في

---

[706] محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة لنشر وتوزيع، الأردن، ص .61.

[707] محمد خالد الوجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن2002 ، ص 47.

[708] حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ، ص 181.

[709] الصدة عبد المنعم فرج: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987م، ص101.

التفاوض ، غير أن هذه الاعلانات في المجال المصارف الالكترونية تكون ،مجرد عرض عام لعموم الناس ، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان ، بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله ، كذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى آخر مجرد دعوة إلى التعاقد ،لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب، فإن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولاً ينعقد به العقد ، وإنما تمثل قبولاً للتفاوض عليه ، و بالاخص اذا كان الطرف المعروض ايه الاعلان ، لا يستوفي الشروط اللازمة المقررة في العقد النهائي و الذي يكون بمثابة عقد اذعان [710].

ب- **الرأي الثاني :** يفرق البعض بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، فهما ليسا مصطلحين متماثلين ، بل إنهما مختلفإن ولكل منهما مفهوم وهدف مستقل عن الآخر ففي الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى عدم التفاوض على العقد نهائيا، ولكنه يهدف إلى دعوة الناس فحسب إلى التعاقد معه في الحال دون تفاوض، بينما الدعوة إلى التفاوض تتجه إرادة صاحبها إلى الدعوة للدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة.

ت- **رأي الفقه الفرنسي** : ويقرر الفقه والقضاء الفرنسي التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، وتعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من إختصاص محكمة الموضوع ، و يستند القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكنفه الغموض، ومنها أنه كلما كان العرض مفصلا وواضحا كلما كان احتمال اعتباره إيجابا أكبر، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا تشير إلى أي إلتزام قبله[711].

5- الرأي الشرعي للتمييز بين الايجاب و العرض

ويفرق القانون الإنجليزي بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، والمعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعبر عن مجرد إرتباط أخلاقي فيما بينهم، وقد تعتبر هذه العبارات إيجابا كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة[712].

أ- أما القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية حيث يعتبر أنه إذا استوف العرض المقدم شرط القطعية فإنه يعد إيجابا، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض المقدم قاطعا أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الإعتبارات مثل التفاصيل الواردة في العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيه، والمعاملات السابقة.

ب- وقد أقر القانون المدني الألماني أيضا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد إستناداً إلى مدى تداول العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، حيث يعتبر العرض المقدم إيجابا إذا إحتوى على العناصر الأساسية الخاصة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقر إلى هذه العناصر.

و من منطلق هذه الاراء ، اذا تبين من اي بنك الكتروني و قد تضمن اعلانه أو عرضه لاي عناصر

---

[710] كريم رجب: التفاوض على التعاقد - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000م، ص89، وما بعدها.

[711] العبودي عباس: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، الأردن، دار الثقافة للنشر، 19971997م، ص97 97وما بعدها.

[712] بدوي، بلال عبد المطلب: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقد في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001م، ص110.

أساسية للتعاقد فإنه يعتبر ايجابا ، أما اذا لم يتضمنها فهو دعوة للتعاقد ، ففي اطار الخدمات البنكية الالكترونية يمكن اعتبار العرض أو الاعلان بمثابة دعوة للتعاقد للأسباب التالي:

أ- الأسلوب الاشهاري الذي تستخدمه البنوك في عرضها للخدمات يغري العملاء للتعاقد دون أي تفكير في مخاطر دخولهم للأنترنت ، ومن جهة أخرى فإن هذه الطرق الاعلانية ليست من الدقة والكمال حتى تعتبر ايجابا [713].

ب- بالنظر الى أهمية الاعتبار الشخصي للعميل في العقد المصرفي خاصة في ظل التعاقد عبر شبكة الكترونية للاتصال عن بعد ، فإن ما يصدر عن البنك ليس ايجابا ملزما ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول مطابق من العميل بل هو مجرد دعوة للتعاقد يملك زمامها البنك في الرجوع عنها ، خصوصا اذا تبين له عدم وجود ملاءة ائتمانية للعميل ، أو وجود شبهة فيه.

ث- المركز القوي للبنك يعطيه إمكانية رفض أي طلب يتقدم به العميل للتعاقد على الخدمات الالكترونية وهو ما يحصل في الواقع ، بالإضافة إلى الحرية التي يعطيها البنك لنفسه، لحجب خدماته وقت ما شاء دون اشعار في بعض الأحيان[714].

وعليه نخلص إلى أن العرض الذي يقدمه البنك سواء كان العرض خاص، أو عام فإنه يعد دعوة للتعاقد ، ففي حالة العرض الخاص كما لو قام البنك بإرسال رسالة بريد الكتروني للعميل يعرض عليه التعاقد بشأن أحد الخدمات المصرفية التي يقدمها ، فيتحقق علم العميل عند فتحه صندوق بريده الالكتروني ، فإذا وافق العميل على عرض البنك فإن هذا لا يعد قبولا منه ينعقد به العقد لأن ما صدر عن البنك في هذه الحالة لم يكن إيجابا بل هو دعوة للتعاقد ، وذلك على الرغم من أن البنك قد قام بإرسال العرض إلى عميله الذي يفترض أنه على دراية بشخصيته ، غير أن احتمالات عدم يسار العميل أثناء توجيه الرسالة إليه قائمة كأن يكون العميل معرضا لشهر إفلاسه والبنك لا يعلم بذلك، الأمر الذي يعطي لهذا الأخير الحق في أن يحتفظ بحقه في اعتبار ما يصدر عنه دعوة للتعاقد، الى حين التأكد من ملاءة العميل [715].

أما في حالة العرض العام كما لو وجه البنك عرضه للكافة من خلال الموقع الالكتروني له على شبكة الانترنت ، فإن حرص البنك في اعتبار ما يصدر عنه مجرد دعوة للتعاقد سوف يزداد إلى حد بعيد في هذه الحالة ، حيث يجهل البنك تماما شخصية العميل ، ومن ثم يحتفظ بحقه في اعتبار ما يصدر عنه مجرد دعوة للتعاقد .

وعلى أي حال يجب على البنك في سبيل وصوله لغايته المتمثلة في التعاقد أن يكون على حرص ووعي كافيين بأسلوب عرضه لخدماته المصرفية، سواء عبر موقعه الالكتروني، أو من خلال البريد الالكتروني أو غيرها من الطرق ، وذلك بأن يوضح جليا أن هذا العرض على الرغم من اشتماله على كافة عناصر التعاقد من المواصفات الخاصة بهذه الخدمة ، ونموذج العقد المصرفي الذي سيحكم تقديمها، إلا أن هذا لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتعاقد ،لا ينعقد العقد المصرفي بمجرد صدور قبول ممن يريد الحصول على هذه الخدمة ، بل يحتاج الأمر، الى صدور إيجاب منه لهذا العرض على أن ينظر البنك بعد ذلك في جدوى هذا الايجاب، و بعدها ويقرر ما اذا كان سيقبل ابرام العقد أم لا ، كما يجب على البنك أن يستخدم بعض

---

[713] محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص 44

[714] محمود محمد أبو فروة، المرجع نفسه ، ص 44

[715] علاء التميمي ، المرجع السابق، ص 381 .

العبارات الدالة على ذلك مثل " دون التزام أو بعد التأكيد "[716].

الفرع الرابع : القبول في العقد الالكتروني :

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزاً بلا قيد أو شرط، وبما أن العقد الإلكتروني يكون في الغالب من عقود الاستهلاك فإن القبول الإلكتروني يكون غير نهائي، ومن ثم فإن العقد غير لازم للمستهلك، وهو ما يشير إلى ضرورة بحث مسألة حق العدول في القبول الإلكتروني، ويجب أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم إختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي إختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني.

و التقنين المدني الأردني تضمن نص المادة 91 التي عرفت القبول بأنه : "اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد " [717].

و القبول في العقود المصرفية الالكترونية لا يخرج عن هذا المضمون فهو يخضع لذات الشروط التي تنظم القبول التقليدي خاصة ما تعلق منها بمطابقة القبول للايجاب في اغلب جوانبه، سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فه ويخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد ، إلا ما خُصت بحسب طبيعة العقد كالعقد المصرفي الالكتروني [718] .

الفقرة الاولى : الشروط صحة القبول :

اولا : أن يصدر القبول بنفس الطريقة صدور الايجاب :

ولا يشترط أن يكون القبول في شكل معين ، فيصح أن يصدر كتابة أو شفاهة من خلال أي تصرف أو وسيلة تؤدي الى انعقاد العقد ، وهذا ما ينطبق على القبول الالكتروني والذي يمكن أن ينتج آثاره اذا تطابق مع الايجاب دون اعطاء أهمية للوسيلة أو الوسائل المستخدمة في التعبير سواء كان التعبير عن القبول جاء من خلال التوقيع الالكتروني بأنواعه المختلفة عن طريق البريد الإلكتروني أوالمحادثة المباشرة ، أوكتابة عن طريق الموقع ما لم ينص القانون أو يشترط الموجب طريقة معينة للقبول[719] ، فقد يشترط الموجب أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي تم بها الإيجاب كالموقع مثلا، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول بنفس الطريقة المطلوبة . أو من خلال النقر على المكان الذي يخصصه الموجب على شاشة الحاسب مثلا لإبداء القبول[720] .

وقد اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد أن يقدم القبول بنفس الطريقة التي صدر بها الإيجاب في المادة 206 فقرة 2 حيث جاء فيها أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب فإذا

---

[716] علاء التميمي ، المرجع نفسه، ص 382 .

[717] اما اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع تضمنت القبول بتعريفه المادة 18 منها الذي جاء فيه: "يعتبر قبولا أي بيان أوتصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".

[718] علاء التميمي ، المرجع السابق ، ص 387 .

[719] عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنيت, دار النهضة العربية، القاهرة, مصر, 2008 ، ص110؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبر ام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.، ص267.

[720] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 45 .

أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أوعبر موقع فيجب على من وجه إليه الإيجاب إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة .وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول ، فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول بجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب أ وإرسال القبول بنفس الطريقة التي تلقى بها العرض.

ثانيا: ان يكون القبول مطابقا للايجاب :

كما يجب لكي ينتج القبول أثره في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه وإلا فإن العقد لا ينعقد ، فإذا اختلف قبول عن الإيجاب أعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا[721] ، وهذا ما أكدته المادة **66** من القانون المدني الجزائري .

ثالثا: ان يكون القبول صريحا :

وحسب الأصل العام بالنسبة للقبول الالكتروني فإن سكوت من وجه اليه لا يعد قبولا ، اعمالا للمبدأ الفقهي "لا يَنسب لساكت قولٌ " ولذلك فمن يتسلم رسالة الكترونية تتضمن أن الموجب سيعتبر المتسلم قابلا لما ورد فيها خلال فترة زمنية أو أنه سيعتبره قابلا لما ورد فيها ، اذا لم يرد عليها المتسلم بالرفض ، ان مثل هذا القول ليس له أثر قانوني[722] .

أما إذا أرسل المتسلم إلى الموجب ما يفيد القبول صراحة فإن لهذا القبول أثر فوري على إبرام العقد ، وقد يكون القبول صريحا أو كأن يكتب كلمة قابل أو قبلت في المكان الذي خصصه له الموجب أو أن يؤكد القبول عند سؤاله عن قصده بقوله " متأكد أو قابل أو غيرها "، هذا هو القبول الصريح ، أما السكوت المعبر فيعد قبولا ، وهو السكوت في معرض الحاجة حيث يعد بيان أو السكوت في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين ، واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه .

إن تطبيق مثل هذه الحالة قليل ومحدود في إطار المعاملات الالكترونية نظرا لحداثتها ، وحتى يتصور حدوثها يجب أن تكون بين الموجب والقابل تعاملات كثيرة بينهما إلى حد ما ، ما يشكل قرينة قانونية ، فالمتعاملين يتشددون في التعامل مع القبول لأهميته في إبرام العقد فلا يكتفون بمجرد الضغط على زر القبول بل يشترطون تأكيد ذلك على زر القبول أو بتعبئة أمر الشراء أو القبول أو تأكيد القبول عند سؤال البرنامج له ، هل أنت متأكد من القبول ؟ الملزم بالإجابة حتى تتطابق الإرادتين [723] .

أما فيما يتعلق بالعقد المصرفي الالكتروني فإن البنك هو القابل ، ولن يكتمل البنيان القانوني للعقد المصرفي الالكتروني بمجرد قيام المتعاقد بالضغط على أيقونة الموافقة والتوقيع الالكتروني على العقد بل يحتاج الأمر إلى موافقة البنك على هذا التعاقد ، وذلك بعد أن يتأكد من توافر كافة المعلومات عن العميل لأن شخصية العميل محل الاعتبار بالنسبة للبنك ، وغالبا ما يرد البنك على الايجاب الموجه من قبل المتعاقد عن طريق إرسال رسالة الكترونية يحدد فيها موقفه سواء بالقبول أو بالرفض .

الفقرة الثانية: طريقة التعبير عن الإيجاب والقبول

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع

---

[721] ايمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 135 .

[722] نعيم حازم الصمادي، المرجع السابق، ص 48 .

[723] نعيم حازم الصمادي، المرجع نفسه ، ص 48 و 49.

الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة. وذلك لأن هذا الأسلوب في التعاقد يسمح بالاتصال السمعي والبصري بصورة فورية للمتعاقدين ، وذلك على النحو الذي يمكن فيه لكل منها أن يعبر عن إرادته بالعبارة الصريحة المفهمة .

اولا : القبول عن طريق النقر :

ومن طرق القبول الإلكتروني كذلك النقر مرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك حيث عبارة «موافق»، بواسطة الوسيط الالكتروني الآلي ، والذي هو عبارة عن برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي أو أية وسيلة الكترونية أخرى، تستخدم من أجل تنفيذ اجراء أو الاستجابة لاجراء ، بقصد انشاء أو ارسال أو استلام رسالة معلومات دون تدخل شخص آخر. كما قد يتطلب الايجاب والقبول الالكتروني وجود وسيط الكتروني هو مقدم خدمة الأنترنت ، ويتم من خلال الشبكة باستخدام وسيلة مسموعة و مرئية[724]**3**

ومع ذلك يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين على الايقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، او عن طريق توجيه انذار بأنه بصدد ابرام عقد و ان المتعامل بصدد قبول العقد، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثراً بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام لعقد، او الاصرار رغم التأكيد رغم ،

ثانيا : التعبير عن القبول بواسطة الاجابة عن اسئلة للتأكيد :

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الإئتمانية، وواضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبرا بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول[725]

ثالثا : التعبير عن القبول بالنقر على ايقونة عقد نموذجي :

أما التعبير عن الإرادة في مجال التعاقد الالكتروني مع البنك ، يتمثل في الغالب في العقود النموذجية ، حيث أن الأسلوب الي الذي يتبعه المتعاقد لتعبير عن ارادته مع البنك عن رغبته في التعاقد ، يتمثل في قيام هذا المتعاقد بالضغط على الأيقونة المعدة لهذا الغرض في العقد المصرفي المتاح على الموقع الالكتروني للبنك [726]، ويعد هذا الأسلوب للتعبير عن الإرادة من أفضل الأساليب الملائمة لطبيعة العقود المصرفية على شبكة الانترنت ، ويعود ذلك الى غياب التفاوض بين البنك ومن يتعاقد معه ، الأمر الذي لا يظهر الحاجة الى التعاقد من خلال غرف المحادثة أو البريد الالكتروني ومن ثم لن يكون أمام هذا المتعاقد الا أن يقبل العقد

---

[724] عبد الفتاح محمود كيلاني، المرجع السابق، ص 40 .

[725] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، الكويت، جامعة الكويت، 2003ص 94

[726] , Pierre BREESE , Guide juridique de l'Internet et du Commerce électronique , paris, 2000, p 189 .

كله أو يرفضه كله، او يخول البنك لمن يرغب في التعاقد اختيارات حسب الرغبة ، او الخدمة المتاحة .

الفرع الخامس : النطاق زماني و مكاني لانعقاد العقد الالكتروني

ان الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد ، تجعلـه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد لا يجمعهما مجلس عقد واحد لذا ينبغي تحديد لحظة ومكان ابرامه بالرجوع الى نصوص القواعد العامة مادام لا يوجد نص خاص ينظم العقد المصرفي الالكتروني ، حيث يثور التساؤل حول طبيعته فيمـا إذا كـان تعاقدا بـين حاضرين أم عقدا بين غائبين ، بمعيار بمجلس العقد، فإن التقنيات المدنية قد اهتمت بهذا الموضـوع ، كما اهتمت بتفصيل وقت إبرام العقد ومكانه وما ينتج عن ذلك من آثار.

كمـا تتجلى أهمية تحديد وقت إبرام هذا العقد ومكانه من عدة نواح أهمها تحديد القانون واجب التطبيق سواء من حيث الزمان والمكان، و تحديد القاضي المختص القانون الواجب التطبيق في المنازعات التي تنشأ عنها.

الفقرة الاولى : النطاق الزماني لانعقاد العقد الإلكتروني

إن لتحديد لحظة إبرام العقد بدقة في الواقع هي مسألة لها خصوصيتها في مجال العقود التي تبرم على شبكة الانترنت ، وذلك لصعوبة تحديد الوقت الذي يتم فيه إرسال القبول أو استقباله ، أي صعوبة تحديد لحظة وصول التعبير الإرادي سواء كان الإيجاب أو القبول إلى الطرف الآخر ، ومرد هذه الصعوبة إلى أن التعبير عن الإرادة التعاقدية يتم عن طريق الضغط على مفتاح بجهاز الكمبيوتر بحيث تنتقل تلك الإرادة عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات الكترونية على الدعامة المادية لدى المرسل إليه بحيث يصعب تحديد لحظة وصول تلك الومضات إلى المرسل إليه.[727]

اولا : موقف الفقه من تحديد وقت انعقاد العقد الالكتروني :

وإذا كان البحث في مسألة زمان ومكان إبرام العقد بين طرفين متباعدين قد حظيـت بدراسات مستفيضة ولقيت عناية من فقهاء القانون المدني وتشريعه، فإن تطـور وسـائل الاتصال عن بعد وظهور الحديث منها ، وخصوصا الإنترنت ، قد أضفى علـى المسألة أبعادا جديدة [728].

وإذا كان التعاقد عن بعد عموما ، والعقد الإلكتروني وهو مجال بحثنا، يميـزه بـصفة أساسية التباعد المكاني بين أطرافه ، فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها هـذا العقـد ، ومكانه يعد تساؤلا مشروعا بالنظر إلى أهمية الإجابة عنه ومن ناحية تحديد مكان العقد تظهر أهمية ذلك في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث أن مكان العقد ه والذي يحدد الشكل الذي يجب أن يخضع له العقد ، كما يعد المكان الذي أبرم فيه العقد ضابط إسناد لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد .

فعن وقت إبرام العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القـول بأن العقد قد تم، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات إلى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيـه الموجـب بالاطلاع عليها .في بحث هذه المسألة ، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام

---

[727] إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 141 .

[728] يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007 ، ص58

العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقديـة الإلكترونية .

1- **: نظرية إعلان القبول** :

حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان القابل لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به ووقف لهذا الإتجاه فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله دون تصديرها[729]

ينعقد العقد بين غائبين في اللحظة التي يعلن فيها الطرف الآخر قبوله للإيجاب حيث تتوافق الإرادتان ويتم العقد.

وبتطبيق ذلك في مجال التعاقد الالكتروني ، فإن وقت إبرام العقد الالكتروني يكون في اللحظة التي يعلن فيها القابل إرادته من خلال تحريره القبول وإرساله بوسائل الكترونية تتضمن القبول المطابق سواء كانت رسالة الكترونية وبالضغط على المكان المحدد للقبول ، وتعتبر هذه هي اللحظة هي وقت القبول. [730]

وقد انتقدت هذه النظرية عل أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثاره القانونية إلا إذا علم به من وجه إليه فإرادة الفردية لا تنتج أي أثر قانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها[731] .

كما أن السرعة التـي تـسير بهـا المعـاملات الإلكترونية وطبيعة الرسائل الحديثة المستخدمة فيها فإنها لا تتفق مع الواقع ، فقـد ينكـر القابل أنه أعلن قبوله دون أي يتمكن الموجب من إثبات إعلان القبول.

2- **: نظرية تصديرا لقبول** :

هذه النظرية تؤخر وقت إنعقاد العقد على وقت الذي يقوم به الموجب بإرسال قبوله فإعلان القبول لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب تصديره فيترتب على هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني ، وهي لحظة خروج الرسالة الإلكترونية ودخولها الوسيط الإلكتروني ولا يشترط وصول الرسالة الى صندوق البريد الإلكتروني الخاصة بالموجب .

يشترط أنصار هذه النظرية أن يكون الإعلان نهائيا لا رجوع فيه ، ويتحقق ذلك بأن يتم إرسال القبول فعلا إلى الموجب بحيث لا يملك القابل أن يسترده ، وذلك بخروجه من حوزة القابل[732].

وفي العقد الالكتروني ، فينعقد العقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل على الإيجاب الذي قدمه الموجب ويضغط على زر الإرسال ، وبذلك ترسل الرسالة عبر الانترنت بسرعة فيفقد القابل السيطرة على رسالته والتحكم فيها ، وتظهر رسالة للقابل تعلمه فيها أن رسالته قد بعثت فلا يعود في امكانه منذ هذه اللحظة تحديدا أن يسترد قبوله، ولا يهم ان كانت الرسالة قد وصلت الى الموجب أم لا[733].

غير أن هذا القول أنتقد على أساس أنه قد يحدث خلل أثناء إرسال رسالة البيانات التي تتضمن القبول النهائي للإيجاب مما يؤدي الى عدم وصول الرسالة

---

[729] إلياس ناصيف، المرجع السابق ص 104 ; د. ايمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 139 .

[730] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 49 .

[731] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص 297.

[732] ايمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 139 .

[733] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 59 و 60.

والملاحظ على هذه النظرية أيضا أنه يمكن التلاعب فيها بتاريخ الإرسال المشار إليه على البريد الالكتروني لارتباط ذلك بالتاريخ الذي يضبط عليه الحاسب الآلي نفسه،أما في حالة ما اذا كانت رسالة القبول يتم نقلها عن طريق طرف ثالث يقدم هذه الخدمة فإن هذه المشكلة تنتفي .

كما ينتقد البعض هذه النظرية على أنه في تعاقد الإلكتروني لا يوجد لحظة تصدير للقبول وا 5لحظة إعلان القبول ولحظة تسليمه [734].

ويلاحظ أن تصور إبرام العقد طبقا لهذه النظرية يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه ، وهذا ما لا يتحقق في كل الأحوال ، فلا يتصور تصدير القبول دون تسلمه إلا في حالة البريد الإلكتروني ، إذ يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من جانب القابل وعدم تسلمها من طرف الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع فيتلاشى كل فارق زمني بين التصدير والتسليم[735]

3- نظرية تسلم القبول

اعتبر هذا الاتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي تسليم القبول إلى المرسل إليه سواء علم الموجب أو لم يعلم بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على علم طبق لهذه النظرية لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تحدد في الزمن الذي تتصل فيه الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى و إن لم يطلع الموجب على مضمونها.[736]

أما العقد الالكتروني فإنه ينعقد من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر في المكان المخصص على شاشة الحاسوب ، ولا فرق أن يكون الموجب قد علم به أم لم يعلم، ويكون قرينة على علم الموجب القبول الذي وصله من خلال التقرير الذي يتم تسليمه الى القابل ، غير أنه يؤخذ على هذا القول بأن اعتبار الوصول قرينة على العلم بما تتضمنه رسالة البيانات الالكترونية أمر مردود بحجة أنه اذا تم إرسال رسالة الكترونية إلى الموجب وتم إعطاء تقرير بأنه تسلم رسالة البيانات وتسلمها الموجب فعلا ، وقام هذا الأخير بفتحها وتبين أنها تحتوي على رموز غير مفهومة .

كما أن الرسالة قد لا تتضمن قبولا بل إيجابا جد يدا أ ورفضا، فضلا عن الغش والتحايل الذي قد يرتكبه الموجب للقول بأنه استلم الرسالة لكنه لم يعلم بمحتواها.

4- نظرية العلم بالقبول :

حسب هذه النظرية فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له كذلك القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب [737].

وفي مجال التعاقد الالكتروني يعد العقد مبرما في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول الموجه إليه الإيجاب أي لحظة دخول رسالة البيانات في النظام المعلوماتي للموجب [738] ، في الزمن والمكان الذي يقوم فيهما

---

[734] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 92-95.

[735] سامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 94؛ رامي علوان، المقال السابق، ص 258

[736] أسامة عبد الحليم الشيخ، المرجع السابق، ص .46

[737] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298 -299.

[738] ايمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 139 و 140 .

الموجب بفتح الصندوق خطبته الإلكترونية والإطلاع على الرسالة الإلكترونية التي تعبر عن القبول. [739]

نستخلص مما سبق أن تحديد وقت ابرام العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي ،[740] فكلاهما لا يخرجان عن القواعد العامة لنظرية العقد ،[741] وكذلك نفس الأمر يقال بالنسبة للعقد المصرفي الالكتروني حيث أن تحديد وقت الابرام لا يختلف عن العقد التقليدي والعقد الالكتروني ، فهو يعد صورة من صور العقد الالكتروني .[742]

ثانيا : موقف التشريعات من وقت انعقاد العقد

سنعرض موقف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وكذا موقف قانون التوجيه الأوروبي وأخيرا موقف التشريعات الداخلية

1- موقف قانون الانسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لأمم المتحدة

أخذ هذا القانون بنظرية إستلام القبول من حيث نص في المادة 15 -1 على " ، ...عندما تدخل الرسالة نظام المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة على المنشئ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك "[743]

أما المادة الثانية التي تنص على وقت استلام الرسالة وهي المادة 15 -2 وحددت " : ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي

- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغير استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:
  - وقت دخول رسالة البيانات نظام معلومات المعين."
  - وقت استرجاع المرسل إليه أي لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام المعلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تم تعيينه
  - إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه[744] .

ويستفاد من ذلك ، أن قانون الأونيسترال النموذجي اتجه إلى بحث مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات بغرض تبديد انعدام اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود المبرمة بوسيلة إلكترونية فقد نظم هذا القانون مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات في نفس المادة مشيرا في فقرتها الأولى إلى أن لحظة إر سال رسالة البيانـات هي اللحظة التي تخرج فيها هذه الرسالة عن سيطرة المنشئ وتدخل

---

[739] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 143.

[740] اعتمد المشرع الجزائري لتحديد لخطة انعقاد العقد نفس النظرية في مادة 7 6 من قانون المدني الجزائري التي تنص على " يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في زمان ومكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك ويفترض أن موجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول "

[741] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 51

[742] المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول حسب ما ورد في المادة 61 من القانون المدني واعتبر الوصول قرينة على العلم ما لم يثبت عكس ذلك .

[743] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 335.

[744] قرار رقم 51/162 المتضمن الأنسيترال القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

نظـام المعلومـات الخاص بالمرسل إليه والذي لا يخضع لسيطرة المنشئ أوما ينوب عنه.

قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فلم يـدرج أيـة قاعـدة تتضمن تحديد زمان تكوين العقود في الحالات التي يجري في ها التعبير عن الإرادة سـواء في الإيجاب أ والقبول بواسطة رسالة بيانات ، وتبريرا لهذا الموقـف جـاء فـي الـدليل التشريعي في تعليقه على المادة 11 الخاصة بتكوين العقود ، أنه بالنسبة إلى زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يجري التعبير فيها عن عرض أو عن قبول العرض بواسطة رسالة بيانات ، فلم تدرج في القانون النموذجي أية قاعدة محددة بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقود ، فقد رؤى أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر على النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية ، وإدماج القواعد القائمة حاليا بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة 15 يهدف إلى تبديد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أوالقبول إلكتروني

2- موقف التوجيه الأوروبي:

أما قانون التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 نص في المادة 5 على أنه " : يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترو نيا مؤكدا من القابل قبوله".

من خلال نص هذه المادة يتبين أن التوجيه الاوربي اخذ بنظرية الاستلام مضاف اليها عنصر جديد و هو اقرار من القابل يؤكد فيه قبوله صراحة ، اعتبر زمان إبرام العقد الذي يتم بوسيلة الكترونية هي لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وذلك بعد تمكينه من مراجعة عرضه وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسائل الالكترونية. [745]

3- موقف التشريعات الداخلية :

أخذ المشرع التونسي بنظرية العلم بالقبول في الفصل 28 "ينشئ العقد الالكتروني وبعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة موجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفإن على خلاف ذلك." مع اشتراط التوقيع على الرد الذي يؤكد على النية الجازمة على إبرام العقد.

أما المشرع الأردني تبنى في المادة 17 بما نفس المبدأ الذي أخذ به القانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية [746].

أما المشرع الجزائري ، طبق مبدأ العلم بالقبول على التعاقد بين غائبين فقرر في المادة 67 منه مـايلي" : يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهمـا الموجـب بالقبول ما لم

---

[745] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 383 -384.

[746] تنص المادة 17 من القانون المتضمن التجارة الالكترونية " تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.:

- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسالة المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها أول مرة. - إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابعة للمرسل إليه..."

يوجد اتفاق أونص قانوني يقضي بغير ذلك[747] ، و قد عبر في نص المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية " يجب أن تكون كل معاملة تجارية مسبوقة بعرض تجاري الكتروني ، و أن توثق بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني". [748]

أما المشرع المدني الفرنسي فلم يكن قبل سنة 2004 يتضمن أي نص يفيد اعتناق أية نظرية من النظريات الأربع ، وهذا ما جعل الفقه يتخبط في ظل هذا الفراغ التشريعي، حيث كان يرى أن تحديد لحظة إبرام العقد هي مسألة واقعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وهذا ما جعل أحكام المحاكم تختلف باخ تلاف وجهات نظر القضاة ، فمنهم من يأخذ بنظرية استلام القبول ومنهم من أخذ بنظرية تصدير القبول إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير المؤرخ في 1981/01/07 والذي يعتبره الكثير من الفقه الفرنسي بمثابة مبدأ عام حيث جاء في "...في حالة عدم وجود اتفاق مخالف ، يصبح العرض تاما ، ليس بتسلم من صدر عنه القبول من وجه إليه، وإنما بتصدير الأخير لهذا القبول . "غير أنه بصدور القانون رقم 575/2004 الصادر في 2004/06/21 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي ، تصدى المشرع لتنظيم مسألة تحديد زمان ومكان القبول في العقد الإلكتروني بشكل صريح ، [749]حيث تم إضافة المادة 1369-5 إلى التقنين المدني الفرنسي التي تقضي بأن العقد الإلكتروني يكون قد انعقد صحيحا بعد تأكيد القبول والإقرار باستلامه من طرف الموجب فقد نصت في فقرتها الثالثة على أن الطلب وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبرون قد وصلوا عندما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليهم .وهذا النص مقتبس من المادة 11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي كان يهدف إلى توحيد الحلول التشريعية الخاصة بالتجارة الإلكترونية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

الفقرة الثانية :النطاق المكاني لانعقاد العقد الالكتروني

تبرز أهمية تحديد مكان ابرام العقد في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تنتج عن العقد سواء كانت تتعلق بابرام الاتفاق أو آثاره ، ووفقا للقواعد العامة لنظرية لعقد فإن الأصل في تحديد الاختصاص القضائي يكون لمحكمة الدولة التي تم إبرام العقد فيها أو اتفاق الأطراف حسب ، ان الصعوبة التي تثور في العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت حيث يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الالكترونية ومكان استلامها ، فكلاهما عبارة عن إشارة رقمية عبر الشبكة يتم ارسالها من خلال الأقمار الصناعية عبر الفضاء الخارجي .وبالرجوع إلى التشريعات التي صدرت بشأن التجارة الالكترونية فقد حددت مكان ابرام العقد بمقر عمل منشيء الرسالة ومستلمها الموجب ، فاعتبرت مكان إرسال الرسالة الالكترونية هو المكان الي يقع فيه مقر عمل منشيء الرسالة ومكان استلامها هو مكان أو مقر عمل المرسل اليه ، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد النطاق المكاني من قبل طرفي العلاقة العقدية باعتبار أن لهما الحرية التامة في تحديده ، وهناك من اعتبر العقد الالكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الاقليمي لمقر عمل الموجب دون اعطاء أية أهمية لمكان نظام المعلومات الذي تم تلقي الرسالة من خلاله كون هذا النظام عالميا لا يمكن حصره ضمن مكان محدد . أما اذا كان للموجب أكثر من مقر عمل فإن بعض التشريعات في هذه

---

[747] وهي المادة المطابقة لنص المادة 97 من التقنين المدني المصري، والمادة98 من التقنين المدني السوري، بينما أخذ المشرع الأردني بنظرية إعلان القبول في نص المادة 101منه التي جاء فيها:" إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أونص قانوني بغير ذلك" وهذا في حين اعتنقت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تصدير القبول في المادة 2/18 منها.

[748] قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 15مايو سنة 2018 ،

[749] - أضيفت هذه المادة إلى التقنين المدني الفرنسي بموجب المادة 2/25 من القانون 575/2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الذي صدر في فرنسا استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 31/200 .

الحالة يأخذ بمقر العمل الرئيسي في حالة عدم وجود مقر عمل مختص بموضوع العقد ، أما في حالة عدم وجود مقر عمل للموجب فإن هذه التشريعات تأخذ بمكان الاقامة المعتاد كون الموجب لا يملك مقر عمل.

بينما نجد المشرع الجزائري بناء على نص المادة **67** من القانون المدني اعتبر العقد منعقدا في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول وهو المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما القبول .

إن هذا النص وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفإن على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك.

اولا : المنظور الفقهي حول النطاق المكاني لانعقاد العقد الالكتروني :

1- : فرق أصحاب الاتجاه الأول بين نوعي ن من العقود ، فالعقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الانترنت مثلا مقيما في دولة ويقيم مورد خدمات الاشتراك في الشبكة في دولة أخرى ، في حين أن المركز الرئيس لشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة في دولة ثالثة ، فهذه العقود في نظرهم عقود دولية بلا نقاش لاحتوائها على المعيارين فاتصالها بأكثر من دولة جعلها تتعلق بالمعيار القانوني واتصالها بصالح التجارة الدولية جعلها تستوفي المعيار الاقتصادي[750] .

ثانيا: أما النوع الثاني في نظر أصحاب هذا الاتجاه فهي العقود التي تتركز فيها جميع العناصر المكونة لها في دولة واحدة ، فلا يمكن القول بأي حال من الأحوال بدولية هذه العقود التي تبقى خاضعة للقانون الداخلي[751] .

2- يذهب أنصار الاتجاه الثاني[752] إلى أن البعد الدوليه والغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها ، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في إبرامها تأسيسا على تق نيات الاتصال والشبكة الإلكترونية التي تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة ، فأهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية تكمن في أنها لا تعترف بالحدود السياسية بين الدول ، وأنها بددت فرقة العالم ومن ثم يصعب توطينها أ وتوطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها [753]

والواقع أن التفرقة بين العقد الدولي والعقد الداخلي المبرم بوسائل وتقنيات الاتصال الحديثة أصبحت أمرا صعبا في كثير من الأحيان ، فمن الممكن أن يستعمل شخص ما هاتفه النقال أ وحاسوبه الشخصي وينتقل من دولة لأخرى وهويتفاوض على العقود ويبرمها فكيف يمكن القول أن هذا العقد د اخلي، كما أن هذا الشخص قد يكون على ظهر باخرة في المياه الدولية أوفي أعالي البحار.

يضاف إلى ذلك أن العناوين الإلكترونية في الشبكة العالمية لا تنتمي إلى دولة معينة، حيث يمكن لأي شخص دخول الشبكة، والانتفاع بخدماتها من أي مكان.

---

[750] أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي , «الإلكتروني ,السياحي , البيئي»، دار النهضة العربية, القاهرة، مصر، الطبعة الأولى, 2002 ، ص33؛ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006.ص35.

[751] عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008 ، ص 152.

[752] فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية, دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2006. ، ص177

[753] سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006.، ص34.

ويجزم بعض الفقه بأن دولية العقد أصبحت مسألة واقعية تؤكدها عقود التجارة الإلكترونية التي تسمح للمتعاقدين وتتيح لهم اختيار القانون واجب التطبيق على معاملاتهم، وبهذا الشكل فإن العقد الإلكتروني يتطلب ضرورة تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لوضع القواعد القانونية التي تنظم أحكامه بصورة تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية بين مختلف الأنظمة التشريعية والاجتماعية والاقتصادية وقد كان هذا من بين أهداف ، بل الهدف الرئيس لوضع قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية المسمى الأونسترال[754].

الفرع السادس : محل و سبب العقد الالكتروني

اشترطت القوانين ثلاث أركان لقيام العقد يجب أن تستوفي الشروط المتعلقة هبا هذه الأركان هي رضا محل و السبب، فالرضا هو إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد و الالتزم بآثارها و الإرادة هي ركن العقد و المحل هو ما ثبت عليه، أما السبب ظهر الغرض المباشر المقصود من العقد و لا نرى أي فرق من حيث توافر هذه الأركان بالنسبة للعقد المبرم عبر الانترنت عن العقد المبرم بالصورة التقليدية بالطبع مع مراعاة الصفة الإلكترونية له كلما كان ذلك ضروريا.[755]

الفقرة الأولى : المحل في العقد الالكتروني

يقصد بمحل العقد في العقد الكلاسيكي ، العملية القانونية التي يقصد الطرفإن تحقيقها بمقتضى العقد، ومحل الالتزام في العقد يتمثل بإعطاء شيء ، بنقل حق عيني، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، عليه فإن محل وبناء التزام البائع في عقد البيع هو نقل ملكية شيء ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن.

أما محل العقد الالكتروني او العقد عن بعد في شبكة الانترنت في مجال التجارة الالكترونية يتعلق بتبادل السلع و الخدمات عبر حدود الدول دون التقيد بإقليم معين أو بجنسية معينة.

اذ يمكن تصوره في العقود الالكترونية بنفس الصورة ، و بنفس الشروط و لكن فقط الوسيلة المستعملة في التعاقد تكون بالوسائل الاتصال عن بعد كما ذكرنا سابقا [756].

اما في العلاقة التعاقدية بين البنك و العميل ، يبقى نفسه المحل كركن في العقد التقليدي ، لكون أن المحل هنا ينحصر في رغبة العميل في التعاقد مع البنك ، إما كمقدم خدمة مصرفية أو طرفا اصيلا في العقد المبرم ، فعلى سبيل المثال ، يتعاقد عميل مع مصرف من اجل إصدار شيك أو أي ورقة تجارية مقررة قانونا ، و يطلب من البنك صرف هذه الورقة التجارية لطرف ثالث ، وهنا يكون البنك ليس طرفا أصيلا مع العميل و إنما نائبا عن هذا العميل في تحويل المبلغ إلى من أصدرت الورقة لصالحه ، و مثال آخر كما لو يتعاقد عميل مع بنكه من أجل فتح حساب أو تأجير خزانة حديدية أو طلب قرض فهنا يكون البنك طرفا أصيلا في العقد ، و بالتالي يتضح بأن محل العقد هنا لا يتغير ، و مما يجعله يخضع لنفس القواعد الملزمة في المحل التقليدي ، اللهم إلا ما تقتضيه بعض الخصوصيات الواجب احترامها من قواعد ، تقتضيها المعاملات الالكترونية. [757]

أولا: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت موجودا أو ممكنا:

---

[754] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص39

[755] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، طبعة 2006 ، ص21.

[756] خالد ممدوح إبراهيم، الموجع السابق، ص: 147.

[757]- سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 72،73 .

ومثال ذلك أن يقوم شخص ببيع قطعة أرض فيجب أن تكون الأرض موجودة، فإذا لم تكن موجودة وقت ابرام العقد فإن العقد يعتبر باطلاً بسبب عدم وجود المحل، أما إذا كان المحل موجودا وقت إبرام العقد، ثم هلك بعد ذلك فإن العقد يكون قد انعقد صحيحاً ، إلا أنه نظراً لأن تنفيذه أصبح مستحيلا بسبب هلاك المحل فإن العقد ينفسخ ويلتزم المدين بتعويض الدائن إذا كان الهالك ارجعاً إلى خطئه .هذا ويجوز التعامل في الأشياء المستقبلية مؤكدة الوجود، كأن يبيع شخص لآخر منتجات مصنع قبل أن تصنع طالما أنه مؤكد ومحقق الوجود في المستقبل، فإن العقد عندها ينعقد صحيحاً غير أن تنفيذه يتأخر إلى حين تحقق وجود الشيء، وفي حالة عدم تحقق وجود الشيء بسبب هلاكه كأن يتلف المحصول أو يغلق المصنع فإن العقد ينفسخ ويلتزم المدين بتعويض الدائن إذا كان الهلاك ارجعاً إلى تقصيره .

أما إذا وكما سبق ذكره فإن محل الالتزام هو إعطاء شيء فيجب أن يكون موجوداً، إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فإنه يجب أن يكون ممكناً، فإذا كان العمل أو الامتناع عن عمل مستحيل لا ينشأ الالتزام ويعتبر العقد باطلاً ، و هذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور لأنه لا تكليف بمستحيل و يقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام و تستتبع بطلان العقد الاستحالة الموضوعية، [758]

والاستحالة قد تكون استحالة مطلقة أو استحالة نسبية، ويقصد بالاستحالة المطلقة تلك التي تجعل العمل مستحيلا في ذاته بحيث لا يستطيع المدين القيام به ، ولا أي أحد من الناس وقد ترجع الاستحالة المطلقة إلى حكم الطبيعة ، كما قد ترجع الاستحالة المطلقة إلى حكم القانون ، كأن يتعهد أو يلتزم محام بان يرفع استئناف عن حكم فات موعد استئنافه، هذه الاستحالة المطلقة يترتب عليها بطلان العقد .

أما الاستحالة النسبية فيقصد بها تلك التي تقوم بالنسبة للمدين ولا تقوم بالنسبة لغيره من الناس، أي أن المدين لا يستطيع القيام بالعمل بينما يستطيع القيام به شخص آخر غيره، ، وبناء عليه فإن الاستحالة النسبية لا تمنع من نشوء الالتزام ويتوافر في هذه الحالة شرط الإمكان ويقوم المدين بالالتزام بتنفيذه على نفقته .

ثانياً: المحل معيناً أو قابل للتعيين :

يقصد بتعيين المحل أن يكون محددا تحديدا نافياً للجهالة المطبقة، وفي حالة عدم تعيين المحل أو عدم قابليته للتعيين فإن العقد يكون باطلا، ويختلف تعيين المحل بحسب كون الشيء مثلياً أم قيمياً، فإذا كان الشيء مثلياً فإنه يعين من نفس الجنس والنوع والمقدار ، أما إذا كان الشيء قيمياً معيناً بذاته ، فيتم تعيينه عن طريق وصفه وصفاً دقيقاً يمنع الجهالة، ويكون ذلك بذكر أوصافه الجوهرية.

و على الرغم من ذلك يلاحظ بصفة عامة أن العقود المتداولة تحرض على التأكيد على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المنتج في المعاملات العقدية الالكترونية ، و بين ما هو عليه في الواقع، و هذا ما يقع غالبا في البيع أو خدمة لا ترقى إلى الجودة المنتظرة مثل التي عرضت عبر الشبكة الرقمية ، و ذلك كمحاولة منه للتخلص من المسؤولية التي قد تنجم عن الاختلاف بين و صف المنتج و بين الواقع، و لكن يجب أن نؤكد هنا انه إذا كان بوسع المستهلك ، دائما أن يضع هذا الشرط الذي يعفيه من المسؤولية فيه هذه الحالة فإن هذا الشرط لا يسري إذا ارتكب المورد غش أو خطأ جسيما بين الوصف أو الصورة و بين الواقع يتمتع العميل بضمان المطابقة بين المنتج و الصورة و التي تعتبر بمثابة عينة تعبر عن وصف محل العقد.

و يتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخط أي على الشبكة نفسها، و غالبا ما يكون الوصف

[758] المادة و و92 و 39 قانون مدني جزائري

مصحوبا بالصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي، كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيدا لجودة المنتجات المعروضة عليه، و يبدو أن هذه المسالة تتم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزما قانونا يقع على عاتق البائع، و لكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاما من التاجر بالجودة .

ثالثاً: المحل قابل للتعامل فيه ومشروعاً:

يشترط في الشيء لكي يصح أن يكون محالاً للالتزام ألا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون و إلا فلا يصلح أن يكون محلًا و للالتزام، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أن يستأثر بحيازتها أحد ، أما المحال التي تخرج عن التعامل بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محالاً للحقوق المالية أو الالتزامات في نطاق معين ويتحقق ذلك في حالتين- :

- الأولى: خروج الشيء عن التعامل مراعاة للغرض الذي خصص له هذا الشيء، ويكون ذلك عند دخول الشيء تحت مسمى الأموال العامة
- الثانية: خروج الشيء عن التعامل لأنه من الأشياء المجرمة .

و تتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل و في عدم مخالفته للنظام العام و الآداب.

و شرط المشروعية يمثل أهم شروط محل العقد الالكتروني، و ذلك نظر لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة المحظورة بقوة القانون ، زد على هذا فإن المشرع الجزائري منع من ممارسة بعض النشاطات في التجارة الالكترونية لاسيما ما جاءت به المادة الثالثة من قانون 08-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية " ... غير أنه، تمنع كل معـــاملـــة عن طـريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بـما يأتي : –لعب القمار والرهان واليانصيب،

- المشروبات الكحولية والتبغ،
- المنتجات الصيدلانية،
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،..."

و هذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون ، أو لكوها مناقضة للآداب و النظام العام[759].

ثالثا: مشروعية المحل

إضافة إلي خرط الوجود و التعيين يجب أن يكون انحل مطابق للنظام العام و حسن الآداب و يترب علي هذا الشرط الذي تضمنته المادة 96 من القانون المدني الجزائري بطلان العقد.[760]

و ينبغي في محل العقد الالكتروني أن يكون متوافقا مع القوانين القائمة، و لاسيما تلك القوانين المنظمة للمنافسة في مجال التجارة الالكترونية، وكذا قوانين الاستهلاك و القوانين المنظمة للعقود المبرمة عن بعد، و بالتالي فإنه يحضر الاتجار في الأسلحة و الذخائر، وكذا الاتجار في الأدوية من غير المتخصصين

[759] انظر المادة :03 قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المرجع السابق.
[760] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 161 ، 162 .

و الحاصلين على ترخيص بمباشرة مثل هذه الأنشطة، كما يحضر الاتجار بجمم الإنسان و التعامل في تركة انسان على قيد الحياة[761].

و لكن يلاحظ أنه نظر للطابع الدولي للعقود الالكترونية و نظر لما أدت إليه من تقنيات الاتصال من إلغاء الحدود بين الدول فإن هذه العقود و إن اختلفت أطرفها و أماكن إبرامها، إلا أنها تتضمن أحكام معينة متماثلة تلقى على عاتق المتعاقدين التزاما مشتركا بالحفاظ على ضوابط معينة حيث هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة و هي الحفاظ على الشرعية، أو ما يمكن تسميته بالوظيفة التنظيمية، كما أن هذه العقود تفرض على المتعاقدين الالتزام بحماية المعلومات الشخصية.

بيد أن هذا ليس هو الالتزام الوحيد بل هناك العديد من الالتزامات منها، احترم القوانين و الالتزام بآداب السلوك بصورة عامة و الآداب السلوك بخصوص مسائل معينة.

إلا أنه قد توجد قوانين في بعض الدول تحضر ممارسة بعض التصرفات، بينما تبيحها قوانين بعض الدول الأخرى[762]، و هو الأمر الذي يؤدي إلى التعاقد التحايل على القوانين لعدم فعالية مثل هذه القيود ذات الطابع الوطني في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لأي نوع من الرقابة و الدليل على ذلك هو حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات التي قد ترد بطبيعة الحال في المستقبل، و هذا يتطلب ضرورة تضافر الجهود للتنسيق و التعاون بين الدول، سواء على المستوى الإقليمي، أو الدولي بوضع الحلول القانونية التي تكفل عدم التحايل القوانين الوطنية[763] .

الفقرة الثانية: السبب في العقد الالكتروني.

يقصد بالسبب عند إطلاقه سبب الالتزام أو سبب العقد، وسبب الالتزام هو الغرض أو المتعاقد، فمثالً الغاية المباشرة التي من أجلها التزم سبب التزام البائع بنقل الملكية للمشتري هو حصوله على الثمن من المشتري وسبب التزام المشتري بدفع الثمن للبائع هو حصوله على المبيع، بمعنى أن سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر وعليه فإن سبب الالتزام يعتبر جزء لا يتجزأ من العقد، أما سبب العقد فهو الغرض أو الغاية غير المباشرة أو البعيدة أو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو بذلك يختلف من شخص لآخر فقد يبرم شخص عقد بيع بهدف استعمال الثمن في الإنفاق.

لا يتمتع ركن السبب في العقد المبرم عبر الانترنت بأية خصوصية عن السبب كركن في العقد المبرم بالصورة التقليدية، و على ذلك تستوجب الإشارة إلى أن ما سنذكره عن هذا الركن وفقا لما قررته المبادئ العامة للقانون المدني.

تعتبر نظرية السبب من أكثر النظريات التي ثار بشأنها الجدل الفقهي ، فقد اعتبرها بعض الفقهاء الذين عرفوا باللا سببين بأنها نظرية لا فائدة منها، لكون إن السبب هو نفسه المحل ، فسبب الآخر يعتبر محل المتعاقد الآخر و العكس صحيح ، أما البعض الأخر من الفقهاء فقد تمسكوا بها و اعتبروا السبب ركنا لازما لقيام العقد .

أما موقف المشرع الجزائري يتحدد من خلال الشروط التي يخضع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين 97، 98من القانون المدني الجزائري، فقد أخذ بازدواجية السبب، إذ لم يتخل عن النظرية التقليدية

---

761 علي فيلالي، المرجع السابق، ص: 183.

762 سامر حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص:178.

763 سامر حامد عبد العزيز الجعال، المرجع نفسه، ص: 179، 180.

باشتراطه وجود السبب، و أخذ بالنظرية الحديثة إذ يطالب بمشروعية السبب، و قد أشار المشرع الجزائري في المادتين 97، 98 إلى سبب الالتزام و ليس سبب العقد، و هذا ما يجعلنا نعتقد أن المشرع أخذ بالنظرية التقليدية فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري كان متأثر بالقضاء الفرنسي و الذي اعتبر السبب ركن من أركان العقد.

اولا: مضمون السبب

فالمقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القصدي، أي الغاية المباشرة، و السبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام و ليس سبب العقد .

ثانيا:شروط السبب[764]

و فيما يلي توضيح موجز لهذه الشروط و بحب الأتي.

1- **وجود السبب**

فإذا كان سبب الالتزام يتمثل بالفرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه، فإنه يعد وفقا لذلك عنصر موضوعيا و داخلا في العقد، فهو ركن في العقد، ترتب على تخلفه انعدام العقد فإذا التزم البائع ، بنقل ملكية المبيع و لم يلتزم المشتري بدفع الثمن فلا يتعقد البيع لتخلف سبب التزم البائع و هو محل التزم المشتري.

2- **مشروعية السبب**

فوجود السبب و إن كان لازما لقيام العقد إلا أنه لا يكفي بذاته، فلا يصلح أي سبب كان لكي يكون دعامة للعقد، و عليه يلزم أن يكون السبب مشروعا، فإن قام رضا المتعاقد على سبب غير مشرع بطل العقد، و يعتبر السبب مشروعا وفقا لما قضى به القانون المدني الجزائري هو مطابقة المعاملات للنظام العام أو الآداب العامة المادة 97 ، و تظهر أهمية أن يكون السبب مشروعا من حيث أن الباعث الدافع للتعاقد يعتبر عنصر يدخل في تكوينه فيلاحظ انه في أغلب الحالات التي لا يعتبر فيها السبب مشروعا يكون ذلك رجعا إلى عدم مشروعية أو مخالفة الباعث أو الدافع للنظام العام أو الآداب العامة.

3- **: صحة السبب**

و يكون السبب صحيحا عندما لا يكون مغلوطا أو صورها، و السبب المغلوط أو الموهوم غير موجود أصلا الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد على هذا الأساس.

أما الصورة فإنما لا تصلح لوحدها لان تكون سببا لبطلان العقد، و بالتالي لا تكون سببا للبطلان إلا إذا أخفت أمر غير مشرع، و في هذه الحالة نكون أمام عدم مشروعية السبب و ليس صوريته

الفرع السابع : تنفيذ العقد الإلكتروني.

تنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الانترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الإتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء

[764] نصت عليها المادتين 97 ،98 من القانون المدني الجزائري

غير المادية وتقديم الخدمات، و العقود التي تنصب دراستنا ازاءها ، و اهمها التعاقد مع المصارف او المؤسسات المالية للاستفادة من خدماتها المتنوعة .

وكقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

ويجب أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له [765].

يترتب عن التزام المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، مقابل إلتزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة

ويلاحظ أن هناك عقود نموذجية تحدد كافة المسائل المتعلقة بالوفاء الإلكتروني كالعقد النموذجي الفرنسي، حيث يحدد العملة المستخدمة في الوفاء وهي في هذا العقد الفرنك الفرنسي، مدى جواز الوفاء بعملة أجنبية كالدولار أو اليورو أو الإسترليني كذلك يحدد نفقات التسليم وغير ذلك من الأمور كأن ينص العقد على أن السلعة المباعة تظل مملوكة للبائع لحين الوفاء بكامل ثمنها ومصروفات الشحن والجمارك والرسوم

كما نص المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية في الفصل السادس المادة 27 منه ، على كيفيات الدفع في المعاملات الإلكترونية بما يلي ، " يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به .عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر ، وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات ، السلكية واللاسلكية يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية، يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الإلكترونية[766].

و من استقراء المادة يتبين ان المشرع الجزائري ، جعل من البنوك المعتمدة في الجزائري ، الوسيط الوحيد و الحصري في تسيير وسائل الدفع كوسائل الوفاء في المعاملات الالكترونية المختلفة ، في النطاق الجزائري ، اما فيما يتعلق بالمعاملات التجارية العابرة للحدود أو الدولية منها ، فيكون الدفع عبر الاتصالات الالكترونية الدولية و التي تكون فيها دائما البنوك الالكترونية وسيطا هاما فيها ، و ان يكون الوفاء مقابل بتسليم الشيئ المبيع او الخدمة اما في مكان التسليم ، او عن بعد عن طريق وسائل الدفع المختلفة .

---

[765] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 125؛
انظر المادة 19 من قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 15 مايو سنة 2018 ،يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[766] قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 15 مايو سنة 2018 ،يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي تتم عبر الأنترنيت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الالكتروني[767]، وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال فرعين، يخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الالكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الالكتروني:

المبحث الثاني : الإثبات في العقد المصرفي الالكتروني

إن دخول التكنولوجيات الحديثة في مجال العمل المصرفي ، غير مفهوم الإثبات كقرينة لإنشاء حقوق والتزامات بطرق إلكترونية التي لا تعرف الدعامات الورقية ، مما يجب التساؤل حول حجية هذا المحرر الالكتروني ، وإمكانية اعتماده كوسيلة من وسائل الإثبات لأحد المتعاقدين في مواجهة الآخر؟[768]

يعرف الإثبات على أنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها". فإذا قام نزاع بين البنك الالكتروني و و احد متعامليه بشأن اخلال بالتزام عقدي الكتروني من جراء عملية مصرفية ، كان دور الاثبات في احقاق الحق للمدعي بنفس الطريقة و بنفس الصيغة التي بني عليها التعاقد الالكتروني .

ونظرا لكون العمليات المصرفية الالكترونية تتم عن بعد وبطريقة الكترونية وجب أن تكون وسائل الاثبات هذه أيضا ذات طبيعة الكترونية. لكن الاشكال الذي يجب إثارته هنا هو مدى اعتراف القانون بهذا الدليل أو هذه الوسيلة الالكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات؟

المطلب الاول: المحرر الالكتروني كوسيلة إثبات في العقود المصرفية الالكترونية

تعد الكتابة الإلكترونية وسيلة من وسائل إثبات التعاقد الإلكتروني بصفة عامة وإثبات التعاقد في العمل المصرفي الإلكتروني خاصة، ومن أجل الوقوف على مدى حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات في هذا النوع من العقود، وجب التطرق إلى مفهوم الكتابة الإلكترونية في مطلب اول ، ومن ثم حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات والاستثناءات الواردة على ذلك مطلب ثان .

لقد اهتمت كل التشريعات بوسيلة الإثبات وفصلت فيها، وحددت شروط استعمال كل دليل ووضعت مبدأ لتدرج هذه الأدلة، حيث منحت الكتابة حجية مطلقة في الإثبات وأعطتها الأولوية على سائر الأدلة، بخلاف الأدلة الأخرى التي منحتها حجية نسبية، [769].

واتجهت مختلف النظم القانونية الدولية إلى قبول الإثبات بالمحررات الالكترونية أو رسائل البيانات الالكترونية، في ميدان التجارة الالكترونية خلال نهاية القرن الماضي، بداية من القانون النموذجي

---

767 فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص97 و98.

768 نشير إلى الخلط والتداخل فى المفهوم الذي يمكن أن يكون بين التصرف القانوني (العقد) وأداة' إثباته (الكتابة). حيث استعمل المشرع الفرنسي عند تناوله لأنواع المحررات لفظ « ACTE» للدلالة على أداة' إثبات الكتابية، والتي تستعمل أيضا للدلالة على التصرف القانوني نسه. الشيء الذي أدى إلى الخلط بين التصرف القانوني وأداة' اثباته[1]. ولقد تسرب هذا اللبس إلى لغة القانون العربية فاستعمل لفظ العقد للدلالة على التصرف القانوني، ثم استخدم نفس اللفظ للدلالة على أداة' إثباته. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الإثبات، مرجع سابق، 141

[2]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة'، 1968، ص 14.

[2]- بلقاسم حمدي، مرجع سابق، ص 989.

للتجارة الالكترونية للأونسيتزإل الصادر سنة 1996، إلى التوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونية الصادر سنة 2000، إلى تعديل القواعد المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي بموجب القانون 2000 -- 230الصادر في 13 مارس 2000، بما فيهم التشريع الجزائري في القانون 05-10 المعدل للقانون [770]المدني الجزائري الصادر في 20 جوان 2005.

الفرع الأول: مفهوم المحرر الالكتروني

يتحدد مفهوم الكتابة الالكترونية من خلال تعريفها، والشروط الواجب توافرها حتى يعتد بها كوسيلة لإثبات عقد تقديم الخدمات المصرفية الالكترونية.

الفقرة الاولى : تعريف المحرر الالكتروني

لقد تناولت العديد من التشريعات و النظم الدولية ، تعريف المحرر الالكتروني و مدى حجيته و شروط قبوله كقرينة اثبات .

فعرف المشرع المصري الكتابة الالكترونية بموجب قانون التوقيع الإلكتروني بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك [771].

وعرفها أيضا المشرع الأردني على أنها: "رسالة المعلومات الالكترونية: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بأي وسيلة إلكترونية ومنها البريد الإلكتروني أو الرسائل القصيرة أو أي تبادل للمعلومات الكترونيا".

أما المشرع الجزائري فقد أضاف الكتابة الالكترونية كوسيلة للإثبات بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005 ،في المادة 323 مكرر منه جاء فيها تعريف الكتابة الإلكترونية كما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها." الصياغة التي جاءت بها هذه المادة تقترب تماما من الصيفة الواردة بالمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي..

والملاحظ أن جل القوانين والتشريعات المقارنة لم تقم بتعريف الكتابة إلا عندما أدخلت معها المفهوم الالكتروني[772] فعبارة "مهما كانت الوسيلة التي تضمئتها، وكذا طرق ارسالها " الواردة في المادة السابقة، تشير إلى كل الوسائل التي يمكن أن تطورها التكنولوجية الحديثة ومنها الوسائل الالكترونية الحالية، كأداة حاملة للكتابة "المستند"، أو كوسيلة مرسلة لها.

من جهته القانون النموذجي للتجار الالكترونية للأونسيترل لسنة 1996، عرف رسالة البيانات من خلال المادة 02 فقرة أ، على أنها: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ

770 القانون رقم 05-10 المؤرخ فى 20 جوان 2005، المعدل للقانون المدنى، مرجع سابق.

1 المادة 1/أ من قانون رقم 15 لسنة 2004 ،المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج.ر.ج. المصرية، العدد 17 تابع (د)، المؤرخة في 22/ 04 /2004 .متاح على الموقع الالكتروني : https://tra.gov.eg/ar/regulation/doc

772 Art L 1316 « La preuve litterale, ou preuve par ecrit, resulte d'une suite de lettres, de caracteres, de chiffres, ou de toutes autres signes ou symboles dotes d'une signification « intelligible, quels que soient leur support ou leurs modalites de transmission

البرقي".

الفقرة الثانية : أنواع المحررات الالكترونية

اولا : المحرر الرسمي الالكتروني

قبل ان نعرج الى تبيان هذه الانواعر فلابأس أ، نتطرق الى تعريف المحرر الرسمي التقليدي .

عرف المحرر الرسمي في العديد من التشريعات و من بينها المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني الجزائري على انه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه".

و عليه فشروط المحرر الرسمي هو أن يعده موظف عام أو ضابط عمومي مختص ووفقا للإجراءات التي يحددها القانون.

اما المشرع الاردني اقر بجواز اعتماد المحرر الالكتروني كمحرر رسمي بتوافر شروط معينة و هذا ما جاء في المادة 17 من قانون المعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015، ذكرت في فقرتها الأخيرة "يجوز إصدار أي سند رسمي بالوسائل الإلكترونية شريطة ارتباط السجل الالكتروني الخاص به بتوقيع الكتروني موثق".

فهذه المادة أكدت الصلة بين المحرر الرسمي والمحرر الرسمي الالكتروني عن طريق التوقيع الالكتروني الموثق، أو بعبارة أخرى يمكن القول أن المحرر الرسمي الالكتروني هو المحرر الرسمي الموقع الكترونيا.

ولقد ذكر المشرع الفرنسي الإجراءات التي من خلال يتم إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني من خلال المرسوم 2005/1973.

ثانيا: المحرر العرفي الالكتروني

ولقد تم تعريف المحرر العرفي الالكتروني على أنه[773]: "كل كتابة الكترونية متفق عليها محرر بين طرفين أو أكثر بوسيلة الكترونية وموقع عليها بين أطرافها، دون تدخل موظف عام في تدوينها". و بهذا فالاختلاف الوحيد بين المحرر العرفي الورقي أو التقليدي والمحرر العرفي الالكتروني هو فقط في الحامل، ففي المحرر العرفي التقليدي تتكون الكتابة على وسيط مادي، هو الورق عموما، أما في الكتابة الالكترونية فتكون على دعامة الكترونية.[774]

الفقرة الثالثة : ـ حجية المحرر الالكتروني

اولا : الاعتراف القانوني بالكتابة الالكترونية

773 Decret N° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le decret N° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes etablis par les notaires. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

774 خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكترونى في ضوء الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية و القانون دار ، لسنة 2004،

نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون 05-10 المعدل للقانون المدني على: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ثانيا : مبدأ التعادل الوظيفي أو مبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا

المقصود بمبدأ الحياد إزاء التكنولوجيا، أو مبدأ الحياد اتجاه الوسائط، الوارد بموجب المادة 5من قانون الأونسيترل النموذجي للتجار الالكترونية لسنة 1996.وبموجب المادة 03 من قانوني الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية لسنة 2001 تحت عنوان المعاملة المتكافئة لتكنولوجيا التوقيع. وبموجب الفقرة الاولى من المادة 07 من اتفاقية الخطابات الالكترونية، وبالفقرة الاولى من المادة 7 من قانون الأونسيترل النموذجي بشأن السجلات الالكترونية القابلة للتحويل لسنة 2017، ويتضمن النص من حيث المبدأ على استيعاب جميع الأحوال الواقعية التي تنشأ فيها المعلومات أو تخزن أو تبلغ، بصرف النظر عن الوسيلة التي قد تثبت عليها تلك المعلومات، ويعكس هذا المبدأ عدم التمييز بين المعلومات التي تحملها الأوراق والمعلومات التي تبلغ أو تخزن الكترونيا.

الفقرة الرابعة : عناصر المحرر الالكتروني

اولا : الكتابة الالكترونية

تعتبر الكتابة أولى عناصر المحرر الالكتروني إذ لا يتصور وجوده بدونها، وقد سبق تعريفها أنها تسلسل حروف أو أشكال أو أرقام أو علامات أو رموز ذات معنى[775]. غير أن الكتبة المقصودة هنا ليست الكتابة التقليدية وليست كتابة القلم العادي، إنما المقصود بالكتابة الالكترونية التي يتم إنشاؤها بواسطة جهاز الكتروني كالحاسوب أو الهاتف الذكي أو غيرهما و أن تكون هذه الكتابة ظاهرة للعين المجردة في شاشة الكترونية مرئية أو ملموسة أو مسموعة ، مع الأخذ بعين الاعتبار القدرة الجسدية للطرف المتعاقد في التعبير السليم عن إرادته ، و أن تكون هذه الكتابة الالكترونية تكون محمولة على دعامة الكترونية.

ثانيا : الدعامة الالكترونية

الدعامة هي الحامل، في الكتابة العادية الدعامة هي الورق، أو الجلد أو الحجر أو المادة التي تحوي الكتابة، في الكتابة الالكترونية تكون الدعامة الكترونية، حيث لا يمكننا التعامل مع هذه الكتابة إلا بواسطة الأجهزة الالكترونية، عند إنشاء الكتابة أو تخزينها أو إرسالها أو نسخها ، كما أنه يمكن تحويل الكتابة العادية على الورق إلى دعامة الكترونية، بعد تصويرها بالماسح الضوئي، من ثم التعامل معها كأي دعامة الكترونية، بتخزينها أو إرسالها.

ثالثا : التوقيع الالكترونى

لا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، و هذا التوقيع يعتبر عنصرا أساسيا ، في انساب المحرر لمحرره أو من يعتد به كإثبات ضد موقعه ، والذي يعتبر العنصر الأساسي في المحرر المعد للإثبات حتى ينسب لصاحبه ، فوجب أن يحمل توقيعا له، حتى لو كانت الكتابة بخط يد غيره ، و يؤشر على العقد بتوقيع الأطراف، سواء كان هذا العقد رسميا أو عرفيا. [776]

---

775 المادة' 323 مكرر من القانون المدنى.

[776] قانون 15-04، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيح و التصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

فعلى سبيل الاستدلال قد نصت الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر2 من القانون المدني الجزائري على: "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد". من جهتها المادة 326 مكرر2 من نفس القانون ، بينت أن المحرر الرسمي يتحول إلى محرر عرفي إذا كان الضابط العمومي الذي حرر العقد غير مؤهل، أو إذا انعدم الشكل المطلوب قانونا، بشرط أن يكون هذا المحرر موقعا من الأطراف. حيث جاء في نص المادة: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"**الفقرة الخامسة : شروط المحرر الالكتروني**

يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر1 من ق.م.ج ، أي أنه ليكون للكتابة الإلكترونية الحجية في الإثبات يجب أن تتوافر على شروط معينة و هي:**اولا : إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر الكتابة الالكترونية** و المقصود من هذا الشرط أن المتعاقد يتمكن من معرفة هوية المتعاقد معه، أي تأكده من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا نفس الشخص الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الالكتروني، وتبعا لتحقق ذلك يمكن معرفة مدى حجية الوثيقة التي تثبت التعاقد كدليل لإثباته. ولمعالجة إشكالية التحقق من هوية المتعاقد، ابتكر التطور التقني العديد من الوسائل التي تلاءم خصوصية التعاقد الالكتروني كالتوقيع الإلكتروني المحمي وجهات التصديق الإلكتروني، حيث تضمن سلامة المعاملة الإلكترونية أثناء التعامل عن طريق شبكة الإنترنت، من أي تعديل في الموضوع، وإظهارها للأطراف المتعاملة وهويتهم لتكون دليلا مهيئا في حالة قيام نزاع بين الأطراف[777] .

ثانيا : أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها: يقصد بهذا الشرط هو حفظ المستند الكتابي دون أي تعديل أو تغيير من حذف أو محو أو حشو، وهذا ليحافظ على قوته الثبوتية، ويمكن الاعتداد به، حيث أن حجية الكتابة الالكترونية مقترنة بمدى سلامة المستند من أي عيب قد يؤثر في شكله.

ثالثا : أن تكون الكتابة مقروءة

حتى يتمتع المحرر الالكتروني بالحجية القانونية في الإثبات، يجب أن تكون الكتابة التي يحتويها المحرر مقروءة ومفهومة، ويستوي في ذلك أن تكون القراءة مفهومة مباشرة من طرف الانسان، بعد عرضها على شاشة الجهاز الالكتروني كالكتابة المصورة، أو أن تكون الكتابة مشفرة و مكتوبة بلغة الآلة، او بالكتابة الملموسة كالبرايل مثلا .

حيث لا يمكن للإنسان قراءتها إلا بعد فك التشفير بواسطة الجهاز الالكتروني المختص، بحيث تصبح هذه البيانات واضحة ومفهومة للإنسان

رابعا : عدم القابلية للتعديل

يقصد بأن يكون المحرر قادرا على مقاومة أي محاولة لإجراء تعديل او تغيير أو تزوير لمضمونه، فلا يمكن أن يتم هذا التعديل أو التغيير دون إتلاف المحرر، أو ترك أنر واضح عليه ، ويهدف هذا الشرط إلى إضفاء الثقة والأمان على المحرر الالكتروني حتى يمكن الاعتماد عليه ومنحه الحجية القانونية.

---

[777] وتطبيقا لذلك أحدث المشرع الجزائري جهة تصديق بموجب القانون رقم 15 -04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، هذه الجهة تقوم بإصدار شهادة التصديق الالكتروني التي تسمح بالتأكد من هوية مصدر الكتابة الالكترونية

وهذا ما أشارت اليه المادة 10 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، تحت عنوان الاحتفاظ برسائل البيانات، حيث بينت أن الاحتفاظ برسائل البيانات الالكترونية يتحقق عندما يتيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقا. كما أن الاحتفاظ برسالة البيانات، حسب الفقرة "ب" من نفس المادة "يجب أن يكون بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي انشئت أو أرسلت أو استلمت".

وإضافة إلى حفظ رسالة البيانات الالكترونية نفسها، من غير تعديل ولا تغيير، فضلت ذات المادة من خلال الفقرة "ج" منها الاحتفاظ بالمعلومات التكميلية المتعلقة برسالة البيانات الالكترونية، والتي تبين منشأ الرسالة ووجهة إرسالها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

ما تجدر الاشارة إليه هنا، أن التكنولوجيا الحديثة وصلت إلى إيجاد أنواع من بطاقات الذاكرة بحيث أن المعلومات والبيانات التي سجلت عليها لا يمكن تعديلها أو تغييرها أو محوها إلا بإعدام الحامل أو المحرر الالكتروني نفسه تماما[778].

الفرع الثاني : اساليب التوثيق الالكتروني للعقد الالكتروني المصرفي :

اعتمدت اساليب التوثيق الالكتروني كوسيلة بديلة تتماشى مع المفهوم الالكتروني ، من اجل اعطاء مصداقية و موثوقية للمحرر الالكتروني ، فكان لزاما مع تطور طبيعة المعاملات الالكترونية بشتى انواعها اختراع آليات جديدة لتوثيق و تصديق المحرر الالكتروني ، و اعطائه مقياسا يتناسب و درجة موثوقيته ، سواءً كان عرفيا ام رسميا .

الفقرة الاولى : دور التوقيع الالكتروني كوسيلة اثبات للمحرر الالكتروني

يؤدي التوقيع الخطي عموما عدة وظائف أهمها، تحديد هوية الشخص الموقع، وتوفير ما يؤكد

يقينا قيام هذا الشخص بعينه بهذا التوقيع، والربط بين الشخص الموقع والمستند.

كما أن التوقيع يمكن أن يؤدي مجموعة أخرى من الوظائف، حسب طبيعة المستند، منها أن يكون شاهدا على نية الطرف على الالتزم بمضمون العقد الموقع عليه، أو على نية الشخص بالاقرار بتحريره للمحرر، أو على نية شخص تأييد مضمون سند كتبه .[779]

يلعب التوقيع الالكتروني دورا كبيرا في مجال تحديد هوية عملاء البنك في الخدمات المصرفية الالكترونية على شبكة الانترنت، واثبات صحة تصرفاتهم في مواجهة البنك، أو في مواجهة بعضهم البعض، والتأكد من أن البيانات التي ارسلوها أو استقبلوها هي بالفعل البيانات الصحيحة ولم يتم العبث بها على الشبكة العنكبوتية، من طرف شخص أو جهة أخردى. [780]

كما أن التوقيع الالكتروني بمختلف أشكاله، يسمح للبنك بالتعرف على الشخص المسموح له بالدخول للحساب ومن ثم القيام بمختلف العمليات البنكية عن بعد، من سحب أو دفع أو تحويل للأموال، أو غيرها من العمليات والخدمات التي يتم الكترونيا، وأن عدم التحقق من شخصية العميل في هذه الحالة يمكن أن تكون

---

778 لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص148.

779 الفقرة' 29، دليل اشتراع قانون الآونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001. ص 23.

[780] علاء التميمي، مرجع سابق، ص646.

نتائجها وخيمة ليس على البنك فحسب بل على الاقتصاد العام للدولة. ومنه نتناول في هذا الفرع درسة التوقيع الالكتروني أو رسالة البيانات الالكترونية، المعدة لإثبات العقود المصرفية الالكترونية، ونفصل ذلك من خلال التطرق لمفهومه أولا، ومدى حجيته ثانيا.

اولا : مفهوم التوقيع الالكتروني

تعرضت مختلف التشريعات الوطنية والدولية للتوقيع الإلكتروني بالدراسة والتنظيم وتحديد المفهوم من خلال إعطاء تعاريف مختلفة له وكذا تعداد صوره حسب آلية إنشائه ودرجة أمنه.

كمنظور العام يقصد بمفهوم "توقيع الكتروني" ، أن يشمل جميع الاستعمالات التقليدية للتوقيع الخطي لإحداث أثر قانوني، حيث أن تعيين هوية الموقع وربطه بمحتوى المستند، هما الحد الأدنى المشترك لمختلف المناهج بشأن التوقيع الالكتروني الموجودة في مختلف النظم القانونية المقارنة.

1- : تعريف التوقيع الالكتروني

رغم أهمية التوقيع كوسيلة إثبات ونسبة الوثيقة الموقعة إلى صاحبها، إلا أن مختلف التشريعات لم تضع تعريفا لهذا التوقيع التقليدي، إلا عند ظهور التوقيع الالكتروني وارتباط القانون بالتقنية ووسائل الاتصال الحديثة، ما دفع بمختلف التشريعات الوطنية والدولية والإقليمية إلى وضع تعريفات محددة للتوقيع الالكتروني.

فالتعريف الذي جاء به قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة 1/2 منه على أن التوقيع الإلكتروني عبارة "عن بيانات تكون في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات."

في حين أن القانون المدني الفرنسي في المادة 4/1316 عرفه بقوله: "التوقيع الإلكتروني هو التوقيع الضروري لاكتمال العمل القانوني، يعرف الموقع ويظهر رضا الطرف الموقع عن الالتزامات المتولدة عنه، وعندما يوضع من طرف موظف عام فهو يضفي مصداقية لهذا التصرف، وعندما يكون إلكترونيا يكون مع استخدام طريقة التعرف الضامنة لاتصاله بالعمل، ومصداقية هذا العمل تظل سارية حتى وجود الدليل العكسي، متى كان التوقيع الإلكتروني منشأ وهوية الموقع مؤكدة واكتمال العمل مضمونة بتحقق الشروط التي حددها القرار الصادر من مجلس الدولة."

باستقراء مختلف القوانين الجزائرية نجد أن المشرع أورد أول تعريف للتوقيع الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-162 في مادته 3مكرر/1 ،حيث أنه جاء في مفهومه أن التوقيع الإلكتروني «معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في القانون المدني، وأحالنا في ذلك لنص المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج، لكن المشرع أعاد إعطاء تعريف للتوقيع الإلكتروني بموجب القانون رقم 15 -04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، وكان أكثر وضوحا في تعريفه، حيث جاء نص المادة 1/2 منه على أن: «التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق.

والحقيقة أن تعريف التوقيع الالكتروني الذي جاء به المشرع الجزائري هو نفسه التعريف [781] الذي

[781]-عند مطابقة، تعريف الاتحاد الاوروبي بالنسخة الفرنسية لتعريف المشرع الجزائري بالقانون 15-04، نجده نفس التعريف

جاء به التوجه الأوروبي1999/93 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 والذي ينص على:

« La Signature électronique : une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et servant de méthode d'authentification »

والملاحظ أن جميع التعريفات السابقة ركزت على إظهار أهم وظائف التوقيع الالكتروني وهي التعرف على هوية الموقع وتمييزه عن غيره انساب التصرف القانوني أو المستند الالكتروني الذي يحمل توقيعه اليه، كما أنها لم تشر بالتحديد لمجال استعمال التوقيع الالكتروني ومنها الخدمات المصرفية الالكترونية، لان مجال البنوك الالكترونية لا نختلف عن مجال التجارة الالكترونية عموما.[782]

2- : صور التوقيع الالكتروني

عند اعداد لجنة الأونسيترل للقانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، درست اللجنة مختلف التقنيات، المستخدمة أو التي هي في قيد التطوير، التي يمكن أن تستعمل في التوقيع الالكتروني، حيث أكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أن الغرض المشترك لكل هذه التوقيعات هو إيجاد نظائر أو بدائل وظيفية لكل من التوقيعات الخطية ومختلف آليات التوثيق المستخدمة في البيئة الورقية، مثل وضع الأختام أو الطوابع أو البصمة، وأكدت اللجنة على أن نفس التقنيات يمكن أن تؤدي وظائف إضافية في التجارة الإلكترونية.

كما أكدت اللجنة أيضا على "أنه لا ينبغي تفسير القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية ان يكون عائقا في استخدام أية طريقة من طرائق التوقيع الإلكتروني، سواء كانت موجودة بالفعل أم ستنفذ في المستقبل"[2]. هذا رغم أن القانون النموذجي للأونسيترل فضل تنظيم وتفصيل التوقيع الالكتروني الرقمي، المعتمد على مفتاح التشفير الخاص ومفتاح التسفير العام، الذي سنوضحه لاحقا، ثم تبعته قوانين مختلف الدول، ومنها الجزائر، فيما بعد.

وبالنظر إلى مختلف صور وتقنيات التوقيع الالكتروني الموجودة حاليا، يمكن حصرها في الصور التالية، التي تختلف من حيث طريقة الإنشاء، آلية العمل، وقوة حمايتها للخصوصية والبيانات الموقع عليها.

بنفس الكلمات.

[782] حفيظة كراع، "حجية التوقيع الالكترونى في اثبات المعاملات المصرفية الالكترونية"، مجلة الباحث للدر اسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية 2018، ص707.

أ- : التوقيع الخطي الرقمي

هو عبارة عن أرقام مطبوعة تسمى" HASH" لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي استخدام الأرقام .

وعلى العكس من صور التوقيع الإلكتروني الأخرى فإن التوقيع الرقمي هو توقيع محفوظ في شكل رقمي يعتمد على أمن نظام المعلومات، يتم إنشاء هذا التوقيع بالاعتماد على معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات التي تحول التوقيع والكتابة من كتابة بالأحرف العادية إلى معادلة رياضية، لا يمكن لأي كان أن يعيدها إلى صيغتها الأولى المقروءة إلا من لديه المعادلة الخاصة بذلك، ويطلق عليه "المفتاح[783]

ب- : التوقيع البيومتري

التوقيع البيومئري أو التوقيع بالخواص الذاتية، ، يتم إنشاء هذا التوقيع بالاعتماد على أحد الخواص البيولوجية للموقع، هذا النوع من التوقيعات قائم على فكرة أن لكل شخص خواص ذاتية تميزه عن غيره أهمها: بصمة الأصبع، الصوت، شبكية العين...إلى غير ذلك.

ت- : والرقم السري للبطاقة البنكية:

وهو توقيع سري نجد تطبيقه من خلال البطاقات الذكية المتمثلة في بطاقة الفيزا وبطاقة الصراف الآلي وغيرها، حيث يتم إصدار بطاقة الصراف الآلي من قبل البنك أو إحدى المؤسسات المالية، تمنح للزبون مع رقم سري محفوظ جيدا لا يمكن الاطلاع عليه إلا هو فقط، ويقوم الزبون بإدخال البطاقة في الصراف الآلي ومن ثم إدخال الرقم السري الذي يمثل توقيع المستند الإلكتروني على إجراء العملية، وهذا الرقم السري يسمح للعميل بإجراء تصرفات على الرصيد الموجود في البطاقة[784].

تخزن البطاقات البنكية من خلال الشريحة الالكترونية المثبتة عليها، المعلومات المتعلقة بالبنك، بالحساب البنكي للزبون والرقم العام للبنك والرقم الخاص بالزبون. البطاقة البنكية محمية بموجب رقم سري يسلم لحاملها عند استلام البطاقة، يتكون من 04 أعداد يرمز له اختصار ب « PIN».[785]

ولقد تم الاعتراف القانوني بالإمضاء الالكتروني من طرف الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، مؤكدة أن الإمضاء يتكون من عنصرين، الرقم السري وتقديم البطاقة [786]

ويعتبر الرقم السري للبطاقات البنكية من أهم طرق الإمضاء الالكتروني المستعملة في عمليات الدفع الالكتروني، وعند الدفع عن طريق المنصات يتم تزويد صاحب البطاقة برم آخر للدفع عن طريق الانترنت (كلمة السر الخاصة بالدفع)، إضافة إلى الرقم السري المستعمل في الحالات العادية.

---

[783] حسن، عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2000 ،ص42.

[784] آمال، حابت، "حجية الوثيقة الإلكترونية في القانون الجزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، تيزي وزو، 2012 ،ص 152.

CA Montpellier, 1ère ch., 9 avril 1987, confirmé par la Cass. civ., 1ère ch., 8 nov. 1989, Sté Crédicas, Bull.civ, I, n° 342, Cité par FATIMA Zohra Boualich Bayssa, op cit, p 184.

ولقد نصت الفقرة الأخير من المادة 3 من العقد النموذجي المبرم بين البنك وحامل بطاقة الدفع البنكية "CIB" أن تشكيل الرقم السري على مستوى الموزعات الآلية للأوراق البنكية والشبابيك الأوتوماتيكية للبنوك ونهائيات الدفع الالكترونية، يعادل الإمضاء، ويتضمن الاعتراف بالعملية التي قام بها حامل البطاقة البنكية بواسطة هذه الأخيرة".

والملاحظ أن هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني تتميز بالبساطة وفي الوقت نفسه بكثير من الأمان والثقة لدى العميل الذي تمت لحسابه، فضلا عن وجود ضمانة أخرى في حالة فقدان البطاقة أو سرقتها،
بقي أن نشير إلى أن هذا النوع من التوقيع الالكتروني يمكن من خلاله إثبات بعض العمليات المصرفية وخاصة عمليات الدفع والسحب و تحويل الأموال، ولا يمكن إلحاقه بأي مستند أو محرر أو رسالة الكترونية، أي لا يمكن من خلاله إثبات العقود البنكية الالكترونية، أي أنه لا يصلح كدليل كتابي مطلق مهيأ للإثبات على المحررررت

ث- : التوقيع الرقمي

هو عبارة عن أرقام مطبوعة تسمى" HASH" لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي استخدام الأرقام .وعلى العكس من صور التوقيع الإلكتروني الأخرى فإن التوقيع الرقمي هو توقيع محفوظ في شكل رقمي يعتمد على أمن نظام المعلومات، يتم إنشاء هذا التوقيع بالاعتماد على معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات التي تحول التوقيع والكتابة من كتابة بالأحرف العادية إلى معادلة رياضية، لا يمكن لأي كان أن يعيدها إلى صيغتها الأولى المقروءة إلا من لديه المعادلة الخاصة بذلك، ويطلق عليه "المفتاح[787]."

يعد التوقيع الرقمي الالكتروني من أهم أنواع التوقيع الالكتروني والأكثر انتشار في مجال التجار الالكترونية، وبقية المعاملات الالكترونية الإدارية. وهو توقيع يعتمد على استعمال أرقام و رموز سرية قبل المستخدم من خلال الحاسب الآلي باستعمال علم التشفير القائم أساسا على المفتاح العام والمفتاح الخاص، قصد تضمين سرية البيانات والمعطيات وسلامتها وتحديد مصدر مرسلها. ولقد كان علم التشفير خاصا بالمجال العسكري والأمني، ثم تطورت ضرورة استعماله في المعاملات الالكترونية،
من خلال تعريف مجمل صور التوقيع الالكتروني التي يمكن استعمالها من طرف البنوك في الخدمات المصرفية الالكترونية، يمكن التأكيد على أن هذا التنوع من شأنه أن يجعل القائمين على تسيير البنك أمام خيارت متنوعة لحماية وتأمين مختلف المعلومات والمعطيات والملفات الخاصة بالبنك والزبائن العاملين على شبكة الانترنت. كما أن هذا التنوع من شأنه أن يعزز الثقة بين البنوك و زبائنهم[788].

الفقرة الثانية: حجية التوقيع الالكتروني كوسيلة إثبات في العمليات المصرفية الالكترونية

لإعطاء التوقيع الالكتروني نفس حجية التوقيع العادي، وجب أن تتوفر في التوقيع الالكتروني بعض الشروط التي حددها القانون، وكذا أن يؤدي الوظائف المعتادة له، ومن ثم نحاول تطبيق قواعد الإثبات بالتوقيع الإلكتروني على عقد المصرفي الإلكتروني

[787].حسن، عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2000 ،ص42
788 علاء الدين التميمى، مرجع سابق، ص 662.

اولا : حجية التوقيع الالكتروني في العقد المصرفي الالكتروني

نظرا لعدم ورود اي تعريف خاص للتوقيع الالكتروني ومكانية استعماله في القطاع المصرفي، من ضمن التعاريف التي جاعت في التوقيع الالكتروني و اقتصار جل التعريفات على التجارة الالكترونية، في جل التشريعات المقارنة ، يطرح التساؤل عن مدى انطباق التوقيع الالكتروني على العلميات المصرفية، أو ما مدى قانونية إدراج النصوص الخاصة بالتوقيع الالكتروني على القطاع المصرفي؟

نصت المادة الأولى من قانون الأونسيترل للتوقيعات النموذجية لسنة 2001، وتحت عنوان نطاق الانطباق على: "يطبق هذا القانون حيث ما تستخدم توقيعات الكترونية في سياق انشطة تجارة، وهو لا يلغي أية قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين".[789].

مبدئيا، لا يوجد ما يمنع استعمال التوقيع الالكتروني في أي مجال يمكن أن يستخدم فيه، ما دام توافر الشروط اللازمة لمطابقتها لاوصاف التوقيع الالكتروني المنصوص عليها فيي المواثيق الدولية ، إلا ما يتم استثناؤه الا ما تعارض مع النظام العام و التشريع المعمول به .

و بالتالي و بناء على ما جاءت به المادة في القانون النموذجي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، و من هذا المنطلق يمكن القول بأن ، القاعدة تفسر على جميع العلاقات العقدية أو غير العقدية في جميع المجالات ، شريطة أن تكون في نفس القالب ، حيث جاء في هذا التفسير أنه: "يجب تفسير مصطلح تجاري تفسيرا واسعا بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية ، وتظم هذه القائمة أي معاملة تجارية مهما كان نوعها بما في ذلك العمل المصرفي.[790]

ثانيا : مبدأ المساواة في تكنولوجيا التوقيع

جاء قانون الأونسيترل النموذجي للتوقيعات الالكترونية لسنة 2001، بهذا المبدأ في المادة 03 من والذي في فحواه أنه لا ينبغي التمييز ضد أية طريقة أو تثنية للتوقيع الالكتروني. أي أن تنال جميع الطبرق التكنولوجية، الموجودة حاليا أو التي يمكن أن توجد، نفسن الفرصة لاستيفاء شروط إنشاء التوقيع

---

[789]- هامش رقم 2، للقانون النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية للجنة الامم المتحدة' للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، سنة 2001، ص 1

[790]- يطبق القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية على جميع أنواع رسائل البيانات التي تمهر بتوقيع الكترونى ذي دلالة قانونية، ولا يوجد في القانون النموذجي ما يمنع أية دولة من توسيع نطاق انطباق القانون النموذجي ليشمل استخدام التوقيعات الالكترونية خارج المجال النجاري. فمثلا في حين أن تركيز القانون النموذجي لا ينصب على العلاقات بين مستعملي التوقيعات الالكترونية والسلطات العمومية، فإن القانون النموذجي ليس مقصودا به أن يكون غير قابل التطبيق على تلك العلاقات. دليل الاشتراع للقانون النموذجي، فقرة' 79، ص49. مرجع سابق.

ولقد نصت المادة' 04-أ من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 954 لسنة 2015، علي: ".بجوز لأية وزارة' أو مؤسعة رسمية عامة أو مؤسعة عامة أو بلدية إجراء معاملاتها باستخدام الوسائل الإلكترونية شريطة توافر متطلبات التعامل الالكتروني الواردة' في هذا القانون والأنظمة و التعليمات الصادرة' بموجبه".

من جهته القانون 95-03 المتعلق بعصرنة العدالة، و الذي صدر في نفس تزريخ صدور قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، الجزائري في 09 فيفري 2015، أدرج استعمال التوقيع و التصديق الالكترونين في الوثائق القضائية، وفي هذا الاطار نصت المادة' 04 منه علي: "يمكن أن تمهر الوثائق والحررات القضائية التي تسلمها مصالح وادارة' العدل والمؤسسات التابعة لها والجهات القضائية، بتوقيع الكتروني تكون صلته بالحرر الاصلي مغمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة".

الالكتروني[791].بمعنى أن أية طريقة تكنولوجية يتم انشاء التوقيع الالكتروني بها وتستجيب لشروط إنشائه تكون مقبولة.

وهذا المبدأ يشبه تماما مبدأ الحياد تجاه التكنولوجيا المعتمدة في انشاء التوقيع، الذي بيناه عند الحديث عن حجية المحرر الالكتروني في الإثبات. والفكرة العامة من المبدأين اللذين جاءت بهما لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أن العبر بمحتوى المستند وليس بحامله، أو أن العبرة بالإمضاء وليس بطريقة إنشائه.

رغم الاعتراف بمبدأ الحياد تجاه التكنولوجيا، الذي جاء به قانون التوقيعات الالكترونية للأونسيتزإل لسنة 2001، والذي ينص على الاعتراف القانوني بالتوقيعات الالكترونية دون اعتبار للتكنولوجية المستخدمة فيها، وذلك بالنظر إلى سرعة الابتكار والتطور التكنولوجي ، إلا أن المشرع الجزائري من خلال القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين سار على نفس الخيار الذي تبنته كل التشريعات المقارنة، بتنظيم التوقيع الورقي القائم على المفتاح الخاص والمفتاح العام.

وباستقراء مختلف المواد التي فصلت شروط التوقيع الالكتروني الموصوف أو الآمن من خلال قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين أو القانون المدني، أو حتى المرسوم التنفيذي 07-162، يمكن اجمال شروطه في ما يلي:

شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف:

أن ينشأ التوقيع على أساس شهادة تصديق الكتروني

ويقصد بشهادة التصديق الإلكتروني هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع.يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون سواه ويمكن من تحديد هويته و تكون على النحو الآتي :

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع
- أن يصمم التوقيع الإلكتروني بواسطة آلية مؤمنة
- يكون التوقيع الإلكتروني منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا بالبيانات الخاصة به أي المحرر الإلكتروني:

791 دليل الاشتراع لقانون التوقيعات الإلكترونية لسنة 2009، مرجع سابق، فقرة' 107، ص 58.

1- وظائف التوقيع الإلكتروني ونطاق حجيته في الإثبات:

- **وظائف التوقيع الإلكتروني** :تتمثل الوظائف المنوطة بالتوقيع الإلكتروني فيما يلي :**تحديد هوية الموقع**: الموقع هو كل شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله . **إثبات قبول الموقع للمحرر**: يعد التوقيع على المحرر تعبيرا صريحا على قبول مضمون المحرر واتجاه إرادة الموقع إلى الالتزام به، وهو نفس الشيء بالنسبة للتوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني، وهذا يعني أنه من ينكر قبول المحرر الذي يحمل توقيعه وجب عليه إثبات ذلك[792].

2- إثبات سلامة العقد: وهي الوظيفة الثالثة للتوقيع الإلكتروني باعتبارها شرطا من شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف ، وقد رأى البعض أن قيام التوقيع الإلكتروني بوظيفة إثبات سلامة العقد تتوقف على كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر الإلكتروني وتأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال على التوقيع، وهذا ما من شأنه أن يوفر الثقة في سلامة المحرر وعدم إدخال أي تعديلات عليه

3- نطاق حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات العقد المصرفي الإلكتروني:إذا استوفى التوقيع الإلكتروني الشروط الواجب توافرها لصحته وأدى الوظائف المنوطة به، فإنه يتمتع بقيمة قانونية تعادل القيمة القانونية للتوقيع التقليدي. نجد أن العمليات المصرفية التي يتضمنها العقد هي عمل تجاري بحسب الموضوع بغض النظر عن صفات أطراف العقد ، كما وأن البنوك تعد عملا تجاريا بحسب الشكل ، وبالتالي فإن العمليات التي تقوم بها هي عمل تجاري، [793]وعليه فإن إثبات العقد الذي تستند إليه هذه العمليات يخضع لقاعدة حرية الإثبات، التي تقضي بأن كل عقد تجاري يثبت إما بسندات رسمية أو سندات عرفية أو بفاتورة مقبولة أو بالرسائل أو بدفاتر الطرفين أو بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها، وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني التي تتضمنه المحررات والعقود المصرفية الإلكترونية يكتسب حجية في إثبات كل المعاملات والعقود المرتبط بها بما أنها عمل تجاري يثبت بكل وسائل الإثبات مهما كان شكلها أو قيمتها القانونية، وهذا ما قضت به المادة 327 ق.م.ج. التي تتعلق بالعقد العرفي وإدراجها للتوقيع الإلكتروني في الفقرة 2 منها، وهذا يعد تعبيرا صريحا على أن التوقيع الإلكتروني دليل يثبت به التصرف إلا إذا أنكره من نسب إليه[794].

الفرع الثاني : التصديق الالكتروني لتوثيق عقود العمليات المصرفية الالكترونية

اصبحت شبكة الانترنت ، وسيلة لا يمكن الاستغناء عن خدملتها ، لكونها اصبحت عالما بديلا افتراضيا موازيا للعالم المادي بمعنى الكلمة .

اذ اضحت المخاطر الافتراضية فيه لا تقل درجة و حدة كنظيرتها في العالم المادي .

فلا يخفى على احد ما اصبحت فيه القرصنة و الجرائم السيبيرانية ، اين اصبح القراصنة و غيرهم يصولون و يجولون عبر المواقع و الحسابات كيفما شاؤوا فيعترضون و يسترقون المعلومات و البيانات و يستعملونها

---

[792] بلقاسم، حامدي، مرجع سابق، ص 2

[793] المادة 13/2 ق.ت.ج

[794] يعد موقف المشرع المصري الأكثر وضوحا فى الاعتراف بحجية التوقيع الالكترونى فى الاثبات، حيت نصت المادة' 94 من القانون رقم 15 لسنة 2004، على: "للتوقيع الالكترونى فى نطاق المعاملات المدنية و التجارية والإدارية ذات الحجية المقررة' للتوقيعات فى أحكام قانون الاثبات فى المواد المدنية و التجارية، إذا رعى فى إنشائه واتمامه الثروط المنصوص عليها فى هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

لنهب الافراد و غيرها من هذا النوع من الجرائم .

اما فيما يتعلق بالمعاملات المصرفية الالكترونية ، فانها لا تقل عن نظيراتها بل أكثر ، لان جل المعاملات المصرفية مجالها الأموال و النقود ، و هذا ما يعد هدفا اساسيا لكل المنحرفين .

فالعالم الافتراضي يعرضنا للكثير من المخاطر مثل انتحال الشخصية أو سرقة الهوية أواعترض الغير على الرسائل والبيانات الإلكترونية، أو سرقتها أو تحويلها، أو عدم الاعتراف بالتعاقد أو البيع أو التبادل الذي تم عن بعد، وغيرها من طرق الغش والاحتيال التي يمكن أن تحدث عبر شبكة الانترنت، فان ظاهرة الاحتيال تزيد وطأتها ، كلما كانت العملية موضوع التعاقد على علاقة مباشرة بدفع الأموال أو تحويلها أو سحبها بين البنوك أو الأفراد باستعمال مختلف الخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية.

لذا كان من الضروري التفكير في وضع أجهزة وآليات ضبط وأمن تضمن وصول رسالة البيانات الالكترونية من المرسل إلى المستقبل كما هي، من غير تحريف ولا تزييف. فكما كان من اللازم التفكير في إيجاد طرف ثالث محل ثقة بين المرسل والمستقبل أو بين المتعاقدين، يعول كل منهما عليه في ضمان وسلامة وصول الرسالة الالكترونية كما هي.

الفقرة الاولى - مفهوم التصديق الالكتروني

أولا : تعريف التصديق الالكتروني

لقد تم تعريف مصطلح التصديق او التوثيق الالكترونيين من طرف العديد من التشريعات و كذا المنظمات العالمية ، الا ان هذه التعاريف اختلفت في التعريف و لكن المضمون بقي نفسه .

فقانون الأونسيترل النموذجي لم يعرف التصديق الإلكتروني واكتفى بتعريف مقدم خدمات التصديق، بعد تعريف شهادة التصديق على أنه: "...شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية، وهو نفس التوجه الذي سلكه التوجيه الأوروبي 1999/93 المتعلق بالتوقيع الالكتروني [795]

اما المشرع الجزائري لم يعرف بدوره التصديق الالكتروني واكتفى قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين بتعريف شهادة التصديق على أنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"[1] .

ولقد ظهر مصطلح "التصديق" أول مرة ، في العمليات المصرفية الالكترونية من طرف البنوك ومؤسسات المالية في البطاقات البنكية ، و هذا من اجل التحقق من هوية العميل و وحسابه و نوع العملية البنكية التي قام بها .

فتم الإنفاق بين البنوك ومختلف الأطراف ذات العلاقة على استعمال أرقام التعريف الشخصي، ومنها الرقم السري (PIN) للتأكد من هوية العميل.

ولقد تطورت البطاقات البنكية الالكترونية، و شاع استعمالها في عمليات الدفع في عمليات التجارة الالكترونية عن بعد، فظهرت الحاجة إلى المزيد من التصديق أو التوثيق من اجل المزيد من المصداقية ، التأكد بتقنية أخرى من هوية صاحب البطاقة، فظهر رمز آخر يسمى رمز التحقق من قيمة البطاقة (C2W)

[795] Article 2-9 et 11 du directive 2009/93/CE, portant un cadre communautaire pour les signatures electroniques, OP.ct.

ويتمثل في "الأرقام الثلاثة الأخيرة من الكتابة المشفرة الظاهرة على الجهة الخلفية للبطاقة، وهو الرمز المستعمل للتأكد من هوية صاحب البطاقة .

ونظرا لتفشي الجرائم الالكترونية الناتجة عن الاحتيال والغش باستعمال وسائل الدفع الالكترونية، سعت الشركات الكبرى المصدرة للبطاقات البنكية الالكترونية، إلى البحث إلى أحسن حماية وتأمين لمختلف العمليات والخدمات المصرفية المقدمة بطرقة الكترونية بها فيها وسائل الدفع الالكترونية.

وعلى اعتبار أن المخاطر الأمنية من أهم المخاطر التي تتهدد النشاط المصرفي الالكتروني ، توجب على البنوك والمؤسسات المالية توفير مختلف مخططات الحماية و للوقاية من مختلف هذه الجرائم.

ب- التصديق الالكتروني لدى البنوك والمؤسسات المالية

لا يتوقف دور البنوك والمؤسسات المالية في عملية التصديق الالكتروني، على الاستفادة من خدمات مختلف الهيئات والسلطات التي تقوم بهذه العملية من أجل التأكد من هوية مختلف العملاء المتعاملين مع البنك، بل تقوم البنوك هي نفسها في بعض الدول بعملية التصديق لزبائنها أو حتى لأشخاص آخررن.

كانت بداية عملية التصديق بالمفهوم القانوني من نصيب هيئات مستقلة، كالطرف الثالث في العلاقة ، ثم جاء بعدها نصيب البنوك و المؤسسات المالية باستعمال مصالح التصديق من أجل تدعيم ثقة متعامليها، وابتداءً من سنة 1997 وافق القانون الكندي للبنوك وغرف المقاصة بالقيام بهذه التقنيات الجديدة.

غير أن غرف المقاصة تكون لها الأفضلية بالنسبة للبنوك وذلك بسبب الاستقلال التام عن الطرفين، أي الاستقلال عن البنك والعميل، أو عن مرسل الرسالة وعن مستقبلها.

وفي فرنسا كان البنك الفرنسي أول بنك مركزي تم الاعتراف به كمقدم لخدمات التصديق الالكتروني وفقا للمعيار الأوروبي « ETSI TS456» وفقا للقرار المؤرخ في 26 جويلية 2004، المحدد لشروط قبول الإمضاء الالكتروني. وبعده أصبحت كثير من البنوك الفرنسية تقترح لزبائنها منحهم شهادة التصديق الالكتروني المعتمدة من طرف وزارة الاقتصاد والمالية والصناعة .

ثانيا- سلطات الصديق الالكتروني

جهات التوثيق أو الصديق الالكتروني[4]، قد تكون شخصا طبيعيا أو معنويا عاما أو خاصا تصدر الشهادات ذات الصلة بالتوقيع الالكتروني، ويجوز أن تقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية[5].

وقد تختلف التسميات على الهيئات المكلفة بالتصديق ، وذلك باختلاف النظم القانونية الخاضعة لها ، فمنه من سماها "بمقدم او مكاف بخدمة تصديق " على غرار فقد سماها قانون الأوتسيترررل لسنة 2001 و كذا التوجيه الأوروبي 1999/93 "و المشرع الفرنسي و الجزائري والتونسي ، بينما سماها آخرون بمكلف بخدمة التوثيق الالكتروني او الطرف الثالث الموثق، الا ان مضهون المعنى يصب في قالب واحد.

وعلى هذا يمكن تعريف سلطات التصديق الالكتروني على أنها أشخاص معنوية أو منظمات تقوم بالمهام المتعلقة بالتصديق على الوثائق والرسائل الالكترونية، وكذا التأكد من محتوى هذه الرسائل عندما تكون مرسلة من أطراف أخرى!. كما تقوم بتحديد زمان ومكان ارسال هذه الرسائل، وتقوم أبضا بضمان أمنها وسلامتها، والمحافظة على أصالتها من غير تغيير ولا تعديل. هذا بالإضافة إلي تقديم شهادات التصديق كمهمة أساسية لها.

ثالثا: النماذج التنظيمية لسئطات التصديق الالكترونية

هناك أربعة نماذج تنظيمية يمكن ان تنتظم فيها السلطات المكلفة بالتصديق الالكتروني وهي النموذج الهرمي، نموذج قائمة الثقة، النموذج الشبكي و نموذج الجسر.

1- النموذج الهرمي (سلطة الجذر)

في هذا النموذج، تقوم سلطة التصديق الجذر بالتصديق على السلطات التابعة لها مباشرة، وتعد هذه الأخيرة بدورها سلطات تصديق، وتشرف على التابعين لها. هذه العملية تضمن العمل والتنسيق ما بين جميع سلطات التصديق الأخرى.

يعتبر هذا النموذج متطورا و آمنا حيث يوفر سيطرة كاملة على جميع سلطات التصديق..

2- نموذج قائمة الثقة

يقوم هذا النموذج على وجود قائمة للهيئات أو السلطات المرخص لها من طرف الدولة بالقيام بعملية التصديق الالكتروني ومن ثم اصدار شهادة التصديق الالكتروني، حيث تضم هذه القائمة الهيئات المعترفة بها في هذا المجال، مع مفاتيح التشفير العام لكل هيئة، ويقوم هذا النموذج على توضيح حدود وصلاحيات سلطات التصديق[796]، وهو لا ينضم هذه الهيئات مثل النموذج الهرمي، مما قد يؤدي إلى عدم وجود تنسيق بين هذه الهيئات، ما ينجه عنه تضارب في شهادات التصديق.

3- النموذج الشبكي

يكون في هذا النموذج لجميع سلطات التصديق الإلكتروني نفس المستوى من التأمين، حيث تصادق كل سلطة على المفتاح العمومي للسلطة الأخرى، وهكذا فإن المستخدم الذي تصادق عليه سلطة تصديق، يمكنه بدوره التحقق من الشهادة الالكترونية لمستخدم آخر مصادق عليها من قبل سلطة تصديق أخرى بكل ثقة وأمان. يقدم هذا النموذج الاستقلالية الكاملة لسلطات التصديق الالكتروني، غير أنه يتطلب عمليات نشر وتسيير مرهقة ومكلفة.[797]

كما أنه في هذا النظام من المتوقع أن يعتري النطاق (أ) بالنطاق (ب) ولكن النطاق (ب) ربما يتحفظ على بعض أجزاء النطاق (أ) أو لا يثق في بعض النطاقات المربوطة بهذا النطاق، مما يولد أزمة ثقة ويصعب إدارة المفاتيح. وأثناء التثبت من نطاق لآخر تتم مراجعة السياسات التأمينية، وعلى ضوئها يتم السماح بالمرور أو رفضه، وحيث أن هذه السياسات قد تكون مختلفة في بعض الآحيان مما يؤدي إلى فشل الحصول على المصادقة الالكترونية، ومن ثم انقطاع الثقة وفشل استخدام شهادة التوقيع الالكترونية أو عدم صلاحيتها.[798]

4- نموذج الجسر

يهدف هذا النموذج إلى تعويض أوجه القصور في النموذج الشبكي، حيث أنه يرمي إلى تكملة

---

[796] سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، مرجع سابق.

[797] حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 567.

[798] -2 حواف عبد الصمد، مرجع سابق، ص566.

النموذج الشبكي عن طررق إيجاد سلطة جسر أو ربط، تلعب دور "سلطة التصديق-التقاطع المركزي" التي تددف إلى إصدار الشهادات المتقاطعة.[4]

ومهما يكن من أمر فإن كل هذه النماذج المعروضة للقيام بعملية التصديق الالكتروني تبين التعقيدات والصعوبات الكثيرة التي تمر بها عملية التوثيق الالكتروني، حتى تكون لشهادة التصديق الالكترونية مصداقية ويمكن استعمالها بأمان في القطاع المصرفي الالكتروني أو في التجار الالكترونية عموما. ولتجاوز الاشكاليات المطروحة بين مختلف سلطات التصديق الالكترونية، خاصة عدم اعترف بعضها بالبعض، نظر لاختلاف سياسات التصديق.

رابعا: سلطات التصديق الالكتروني في القاتون الجزائري

انشأ قانون التوقيع والتصديق الالكتروني ثلاث سلطات عمومية ذات طابع إداري أو اقتصادي، على شكل هرمي، مكلفة بالسهر على تنظيم عملية التصديق الالكتروني، إضافة لمؤدي خدمات التصديق، الذين يمكن أن تكون أشخاصا عامة أو أشخاصا خاصة.

عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الالكتروني من خلال القانون 15-04 على أنه: "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني". كما جاء نفس القانون بهيئة أخرى سماها "الطرف الثالث"، يمكن أن تقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، لكن اشترط أن تكون شخصا معنويا، كما أعطاها إمكانية تقديم خدمات أخرى لكن لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، أي المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات بين البنوك.

إذن فالطف الثالث يقوم بتقديم خدمات التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في المبادلات ما بين البنوك، كهيئات ذات طابع إداري، بينما يقوم مؤدو خدمات التصديق الالكتروني الآخرين بتقديم خدمات التصديق الالكتروني للبنوك، كمؤسات ذات طابع تجاري وصناعي، أو لبقية المؤسسات التجارية العامة أو الخاصة أو للأشخاص الطبيعيين.

1- السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني

هي عبارة عن سلطة ادارية مستقلة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لتسييرها ضمن ميزانية الدولة، وتنشأ لدى الوزير الأول تتشكل هذه السلطة من مجلس يتكون من 05 أعضاء، ومصالح تقنية وإدارية يسيرها مدير عام.[799] .

المهمة الأساسية لهذه السلطة هي العمل على ترقية استعمال التوقيع والتصديق الالكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما، وذلك من خلال إعداد سياستها للتصديق الالكتروني، واقتراح المشاريع التمهيدية للنصوص التنظيمية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين. كما تقوم السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني بالموافقة على سياسات التصديق للسلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني، وتقوم أيضا بإبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل بشهادة التصديق الالكتروني على المستوى الدولي. في الجانب التقني تقوم السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية

[799] المادة' 16 فقرة' 09 من القانون 15-04، المرجع نفسه.

والاقتصادية للتصديق الالكتروني.[800]

2- السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني

هي عبار عن هيئة حكومية تحت إشراف الوزير المكلف بتكنولوجيا الاعلام والانصال، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.[801]

وقد أحالت المادة 27 من القانون 15-04 على التنظيم مهمة تحديد الطبيعة القانونية لهذه السلطة وتشكيلها وتنظيمها وسيرها، غير أن التنظيم الموعود لم يصدر لحد الآن رغم مرور خمس سنوات على صدور القانون.

المهمة الأساسية للسلطة الحكومية للتصديق الالكتروني هي متابعة ومراقبة نشاط التصديق الالكتروني للطرف الثالث المونق، الذي يقوم بمنح شهادة التصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، وكذا توفير خدمات التصديق الأخرى لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي، التي تشمل المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية المستقلة وسلطات الضبط والمتدخلون في المبادلات بين البنوك[802].

كما نقوم السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني أيضا بتنظيم ومراقبة عمل الطري الثالث الموثق من خلال الموافقة على سياسته للتصديق الالكتروني، والقيام بعمليات التدقيق لأعماله عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق، والاحتفاظ بشهادات التصديق الالكتروني المنتهية صلاحياتها والبيانات المرتبطة بها، التي منحها الطري الثالث الموثق.

3- السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني

- متابعة ومراقبة نشاط مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور لضمان استمرار الخدمات
- المحكم في النزاعات المحتملة التي يمكن أن تنشأ بين مؤدي خدمات التصديق أنفسهم أو بينهم وبين الجمهور.[803]
- بإعداد دفتر الشروط الذي يحدد شروط وكبغيات تأدية خدمات التصديق الالكتروني
- بمنح ترخيص النشاط لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور والموافقة على سياسة التصديق
- بالاحتفاظ بشهادة التصديق الالكتروني المنتهية صلاحيتها والبيانات المرتبطة بها.[804]
- بإصدار التقارير الدورية والسنوية والإحصائيات المتعلقة بنشاطها[805]

---

[800] المادة' 98 من القانون 95-04، مرجع سابق.

[801] المادة' 26 من القانون 95-04، المرجع نفسه.

[802] المادة' 28 من القانون 15-04، المرجع نفسه.

[803] المادة' 30 فقرة' 10 من القانون 15-04.

[804] المادة' 30 من القانون 15-04

[805] المادة' 30 فقرة' 6 و 14 "أ" من القانون 15-04.

- سلطة تبليغ النيابة العامة بكل فعل ذي طابع جزائي

وتتخذ السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني أيضا كل التدابير في حالة عجز مؤدي الخدمات عن أداء مهامه، و ترسل كل المعلومات الضرورية إلى السلطة الوطنية دوريا، كما تفوم.

ولقد أعطى قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين السلطة الاقتصادية، ، معاقب عليه بموجب هذا القانون، تكتشفه بمناسبة تأدية مهامهاج.

ورغم هذا التفصيل الكبير والتنظيم الدقيق لنشاط التصديق الالكتروني الذي جاء به القانون 04-15

4- التزامات سلطات التصديق الإلكتروني

➢ **شروط الشكلية الواجب توافرها في هيئات اصدار شهادات التصديق الالكتروني :**

بعد استيفاء مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية نصت عليها كل التشريعات التي نظمت التوثيق الإلكتروني. ولقد خصص القانون 15-04 الفصل الثالث من الباب الثاني لتفصيل هذه الشروط، تحت عنوان النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الالكتروني:

- ضرورة الحصول على ترخيص مزاولة النشاط، تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني
- الحصول شهادة تأهيل لمدة سنة قابلة للتجديد.
- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري بالنسبة للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية بالنسبة للشخص الطبيعي

من أهم الالتزامات القانونية التي يجب على مقدم خدمات التصديق الالكتروني جاء بها وفق القانون الجزائري و هي كالآتي :

- وأن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الالكتروني[806].

غير أن التوجيه الأوروبي 1999/93 لم يشترط أي ترخيص لمزولة النشاط على مستوى دول الاتحاد الأوروبي[3].إلا أنه دعا دول الاتحاد إلى إنشاء نظام مناسب لمراقبة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور.

كما سمح للدول الأعضاء بإمكانية إنشاء نظام تطوعي لاعتماد هذه الهيئات، يهدف إلى تطوير مستوى الخدمات في مجال التصديق الالكتروني. وأكد التوجيه على أن تكون معايير هذا النظام موضوعية، شفافة، متناسبة ومحايدة وحماية المعلومات الشخصية، ومن ثم مصداقية شهادة التوقيع الالكتروني .

أ- الالتزام بالسلامة وكفاية الإمكانيات لتقديم الخدمة

ونظرا لأهمية الالتزامات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في ضمان سلامة وصحة التوقيع الالكتروني

- الالتزام بتوفير الإمكانيات المادية .

- أن يقدم من يرغب في تقديم الخدمة ضمانات كافية على توفير على الإمكانيات المادية و البشرية. [807]
- وأن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال و التسيير [808].
- كما يلتزم بالقيام بعمله وفقا لدفتر الشروط المرفق بالترخيص الممنوح له
- أن يولي قدر معقولا من العناية لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة مدة صلاحيتهاج.[809]
- يلتزم بتوفير نظما وأجهزة ووسائل، يكون الوصول إليها متيسرا من اطراف العلاقة
- يجب أن تضمن هذه الوسائل والنظم للطرف الثاني تحديد هوية مقدم خدمات التصديق،
- أن يتأكد أن الموقع المبينة هويته في الشهادة كان يتحكم في بيانات إنشاء التوقيع وقت إصدار الشهادة، وأن هذه البيانات كانت صحيحة وقت إصدار الشهادة أو قبلها.[810]
- الالتزام بتقديم ضمانات كافية المرتبطة بممارسة نشاطه، الالتزامات التي تهدف إلى حماية المعلومات الشخصية

- الالتزام بالإعلام، الالتزام بصحة المعلومات والتحقق من هوية الشخص الموقع

ب- الالتزام بالإعلام

- اعلام طالب شهادة التصديق الالكترونية، قبل التعاقد معه، بكيفيات وطرق استعمال الشهادة والحدود الموضوعة لها، وطرق الاحتجاج وحل النزاعات المحتملة، هذه المعلومات يمكن ارسالها بطريقة الالكترونية، ويجب أن تكون مكتوبة بلغة مفهومة من طرف المتعاقد أو المستهلك، كما يلتزم مؤدي خدمات التصديق أيضا بوضع المعلومات الأساسية عن الشهادة تحت تصرف الغير أو الطرف الثاني في العقد عند طلبها[2].

ت- الالتزام بصحة المعلومات والتحقق من هوية الشخص الموقع

أن يلتزم بتقديم شهادات التصديق الالكترونية بعد التحقق من هوية الشخص، وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الشخصية، كما يلتزم بالتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع[3]. كما يلتزم أيضا بالتحقق من هوية الممثل القانوني للشخص المعنوي، ويجدب

- أن يحتفظ بسجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للإمضاء الالكتروني.

ث- الالتزام بالسرية وحماية المعلومات ذات ا لطابع الشخصي

- الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني الممنوحة. إلا بعد موافقة

---

[807] المادة' 34، فقرة' 2 و 3 من القانون 15-04، السابق ذكره.

[808] المادة' 9 -1 فقرة' "ب" من قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 2001

[809] درار سيمة، "التوثيق الرقمي وسلطات المصادقة الالكترونية في القانون الجزائري 15-04"، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني، مارس 2018، ص 858.

[810] المادة 9- 1فقرة "ج" من قانون ألونسُترال النموذجً لسنة 2001.

صريحة منه[1]، [811]

- جمع المعلومات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ الشهادة،

- يمنع عليه حفظ أو نسخ بيانات الشخص الذي انشأ له توقيعا الكترونيا، أو منح له شهادة تصديق الالكتروني موصوفة [812].

- أن يلتزم مؤدي خدمة التصديق بتوفير أنظمة آمنة،

والتي من شأنها أن تضمن الحماية التقنية والتشفير لكل العمليات التي يقوم بها،

- ويلتزم أيضا بتوفير نظام قادر على حفظ الشهادات الالكترونية

- ا يمنع من توضع الشهادات للعموم بمجرد البحث عنها، إلا بعد موافقة صاحب الشهادة على ذلك[813].

المطلب الثاني : لمسؤولية العقدية في العمليات المصرفية الالكترونية

تحديد مفهوم المسؤولية العقدية عموما يعد الهدف الاساسي الذي يسعى اله اغلب رجال القانون باعتباره حجر الزاوية الذي تنطلق منه جل الحلول التي تفض المنازعات التي ترتبها العلاقات التعاقدية بمختلف انواعها ، لهذا فإن جميع التشريعات أولت أهمية قصوى في وضع قواعد تضبط السلوك من خلال نصوص تقرر الجزاء لكل شخص سبب بفعله ضررا للغير، ولعل أهم ضمانة لحقوق الفرد والتي يرجو منها التعويض عما أصابه من ضرر هي المسؤولية المدنية[814].

وتزداد أهمية قواعد المسؤولية العقدية في المعاملات المصرفية الالكترونية نظرا لتعقدها ، مما يجعل تحديد المسؤولية عن الأضرار التي تقع من أحد الأطراف أمرا غاية في الصعوبة.

فكثير ما يخل مختلف الأطراف ذات العلاقة العقدية المصرفية بالتزاماتهم التعاقدية أو القانونية، وما ينتج عن ذلك من أخطاء.

حيث تتميز هذه المنازعات بكونها ذات أبعاد مختلفة، فهى ذات طبيعة تجارية بالنسبة للمصرف ومدنية بالنسبة للمستهلك، كما أنها ذات طبيعة دولية. ولأن عقود هذه العمليات تبرم بطريقة الكترونية، فهذا يثير إشكالية المسؤولية المترتبة عن العمليات المصرفية الالكترونية، وكذا التطرق لحل المنازعات المترتبة عن قيام هذه المسؤولية.

إن القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية بمناسبة ارتباط علاقات تعاقدية للبنك مع الزبائن أجل الحصول على خدماته، او مجموعة من الالتزامات العامة التي تنشأ قبل وأثناء وحتى بعد إبرام عقد تقديم الخدمات المصرفية الإلكترونية، تتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بالإعلام، والالتزام بواجب حفظ السر المصرفي الذي يطلع عليه البنك أثناء تعامله مع زبائنه . او اجراء تحويل نقدي او مالي او خصم لسند تجاري و غيرها من العمليات ، قد بصاحبه تعسفا غير مشروع اثنا تأدية لهذه العمليات من خلال شبكة

---

[811]- المادة' 43 من القانون 15-04.

[812]- المادة' 48 من القانون 95-04.

[813] selon !'exigence « I », exigences concernant les prestataires de service de certification - .delivrant des certificats qualifiees , de !'annexe II du decret 9999/93, op.cit

[814] محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007 ،ص 6.

الانترنت ومختلف الأجهزة الالكترونية، بهدف الحصول على الأموال بدون وجه حق، أو محاولة التحرر من مختلف الالتزامات العقدية أو القانونية، أدى إلى ظهور اشكالات قانونية تتعلق أساسا بطبيعة البيئة الإلكترونية التى تتم فيها هذه العمليات و ما يترتب عنه من وصعوبة في اتبات أركان المسؤولية .

إن البحث عن المسؤولية المدنية بوجه عام في العمليات المصرفية الإلكترونية غير المشروعة فى القانون المدنى والقوانين ذات الصلة، قد يترك للمجرم سيء النية أو الذي يقوم بهذه العمليات بطررقة احتيالية، المجال للإفلات من العقاب، الشيء الذي يتطلب بحث الموضوع أيضا من خلال قواعد المسؤولية فى القانون الجزائى. غير أن إعمال قواعد القانون الجنائى -التقليدية- وفى غياب النصوص القانونية التى تجرم هذه الأعمال، يصطدم بمبدأ المشروعة، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

كما لا يمكن إنكار أن قواعد مسؤولية البنوك ومؤسسات المالية تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، أو المسؤولية الجنائية على حد سواء، فإننا تحاول تطبيق هذه القواعد لدرة المسؤولية عن العمليات المصرفية الإلكترونية.

الفرع الأول: طبيعة مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية

من آثار الالتزام قيام المسؤولية المدنية ، يقصد بها بوجه عام، تعويض الضرر الناتج عن الإخلال بالتزام مقرر بذمة المسؤول. سواءً كان مصدره العقد او مصدرها القانون ، وعندئذ تقوم المسؤولية العقدية في الاولى ،او المسؤولية التقصيرية تقوم آثارها باخلال بالتزام قانوني ..[815]

. وعلى هذا الأساس فالمسؤولية التقصيرية هى الأصل العام، يجب تطبيقها كلما ارتكب شخص خطأ وشبب عنه ضرر للغير. أما المسؤولية العقدية فهي استثناء لا تسري إلا إذا كان بين الدائن والمدين عقد أخل المدين بأحد التزاماته العقدية . وعلى ذلك يشترط لقيام هذه المسؤولية الاستثنائية شروط معينة، إذا انتفى شرط منها وجب الرجوع إلى الأصل العام وهو المسؤولية التقصيرية.[816]

ورغم أن بعض الفقه يرى أنه لا توجد فائدة للفصل بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية في العمل المصرفي ، وذلك لأن خطأ فيه يكون دائما بعدم بذل العناية، غير أن تحديد مجال تطبيق أيا من المسؤوليتين، العقدية أو التقصيرية فى المجال المصرفي ليس بالسهل وتزداد صعوبته عندما يتعلق الأمر بالعمليات المصرفية الالكترونية ، والناتجة عن التزامات ناتجة عن عقود الكترونية.

ونظر لكون القيام بالعمليات والخدمات المصرفية الالكترونية، يكون كأصل عام كما ذكرنا ذلك سابقا، بناء على عقد إلكتروني بين البنك أو مؤسسة المالية والعميل، وعلى هذا الأساس نتناول مسؤولية البنك المدنية عن الاخلال بالتزاماته العقدية تجاه العميل فى الفرع الأول، على أن نتناول مسؤولية البنك التقصيرية تجاه العميل فى الفرع الثانى.

اولا : المسؤولية العقدية عن العمليات المصرفية الالكترونية

نتناول المسؤولية العقدية للبنوك والمؤسسات المالية عن الإخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية

---

815 جاسم على سالم الشامسي، تطبيقات مسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبى، بحث منشور ضمن مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء ارابع، مرجع سابق، ص 1783.

816 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في ثرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء الراث العربى، بيروت، سنة 1968، ص 748.

من خلال الحديث عن شروط قيام هذه المسؤولية ثم نتناول أساس هذه المسؤولية.

الفقرة الاولى - شروط قيام المسؤولية العقدية للبنك

نقوم المسؤولية العقدية للبنك أو المؤسسة المالية عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية في العمليات المصرفية الالكترونية بتوفر شرطان، وجود عقد الالكتروني صحيح بين البنك والعميل، وأن يكون الضرر الذي أصاب العميل نتيجة الإخلال المباشر ببند من بنود هذا العقد ، و هذا الذي سنبينه تبعا,

1- وجود العقد المصرفي الالكتروني

ان مسؤولية المصرفة العقدية لا تقوم إلا بوجود عقد بين العميل و البنك ، وذلك على أساس أن كل العمليات المصرفية سواء كانت تقليدية، أو الكترونية هى عبارة عن عقود بين المصرفة والعميل، الذي قد يكون مستهلكا أو مهنيا. فكل عمليات فتح الحساب و الإيداع والائتمان و تحويل النقود و الاموال و تسيير وسائل الدفع لا تكون الا بموجب عقد مصرفي، ولا تتحقق المسؤولية العقدية على المدة التى سبقت ابرام العقد، كما لا تقوم خلال المدة التي أعقبت انقضاء العقد بين البنك والعميل.

غير أن العمليات والخدمات المصرفية عموما تقوم على مجموعة من العقود المتتالية و مُركّبة يصعب الفصل بينها ومعرفة حدود العلاقة فى كل عقد، متى بدأت او متى انتهت . ومثال على ذلك عقد اولي يتمخض عنه عقود ثانوية اخرى فحامل البطاقة الالكترونية مثلا يبرم هذا العقد، في معظم الأحيان، بناء على عقد سابق وهو عقد فتح الحساب المصرفى، ثم يبرم عقد حامل البطاقة، وقد يصل إلى إبرم عقد آخر هو عقد فتح خط ائتمان مصرفى، بحيث تتحول بطاقة الدفع والسحب إلى بطاقة ائتمان. فالبنك فى معظم الأحيان لا يتأكد من الأهلية في العقد الثانى والثالث، لأنه تأكد منها فى العقد الأول. وبالتالي فإن الآثار القانونية للعقد الثاني والعقد الثالث تكون مرتبطة بالعقد الأول.

ويكمن الاشكال هنا فى حالة قيام نزاع بين البنك وحامل البطاقة الالكترونية، فى هل يمكن النظر إلى كل عقد على حدة لتحديد حدود العلاقة بين البنك وحامل البطاقة الالكترونية، أم أن هناك عقدا أصليا وبقية العقود تابعة له ومتفرعة عنه، بحيث نرجع إلى أحكامه أولا وفى حالة عدم تنظيمه لمسألة معينة نعود للعقود الأخرى؟

أ- : رأي الفقه في مسألة العقد المركب :

الرأي الأول : يرى أنه لا يمكن النظر إلى كل عقد من هذه العقود بشكل مستقل، وإنما ينظر إليها على أساس وحدة العلاقة وقيامها داخل إطار واحد وهو الحساب المصرفي، الذي يمثل العلاقة الرئيسية التي تجمع البنك بالعميل، فهذا العقد له من الخصائص ما يجعله يستجيب لجميع العمليات التي يتضمنها.[817]

الرأي الثاني : يرى أن الارتباط الظاهري بين مختلف العقود لا ينفى استقلاليتها عن بعضها البعض. فقيام البنك بفتح حساب ودائع لعميلا فهذا لا يمكن ان يعطيه الحق في القيام بعمليات الحساب الجاري. كما أن فتح الحساب لا يعطى العميل الحق فى خدمات البطاقات الالكترونية، بل يجب إبرام عقد مستقل يضبط العلاقات الناشئة بمناسبة العمل بالبطاقة البنكية الالكترونية .[818]

الفقرة الثانية : - وجود إخلال بالتزام عقدي المصرفي الالكتروني :

[817] محمد فريد العويني، القانون اكباري والعقود التجارية وعميات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2003 ص 304.

[818] محمد حسين صالح طليان، مرجع سابق، ص 427

و حتى نبين القد بالاخلال بالالتزام العقدي الالكتروني ، لا بد أن نرجع الى بعض المفاهيم الكلاسيكية لنظرية التزام العقدي في هذا الصدد .

يقصد بالمسئولية العقدية جزاء العقد في حالة إخلال المتعاقد بالتزامه، ويتحدد نطاق المسئولية العقدية بشرطين أساسيين أولهما وجود عقد صحيح بين المسئول والمضرور، فإذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً يعود المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويزول العقد بأثر رجعي متى حكم ببطلانه، وبالتالي لا يمكن استعمال قواعد المسئولية العقدية، وثانيهما أن يصيب أحد طرفي العقد ضرر ناتج عن اخلال الطرف الاخر بالتزامه الناشئ عن العقد، ولكي تقوم المسئولية العقدية للمتعاقد البد من توافر أركانها المتمثلة بالخطأ والضرر وعالقة السببية بينهما.[819]

ومن هنا وجب تحديد الالتزامات التي تتولد عن العقد تحديدا دقيقا، حتى تقوم عن عدم تنفيذها المسؤولية العقدية.[820] غير أن هناك بعضا من العقود يصعب فيها تحديد كل الالتزامات، وهى كثيرة فى العقود المصرفية الالكترونية، وهنا يرجع فى تحديدها إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، وعلى القاضي أن يكشف عنها عن طريق تفسير بنود العقد[821].

وبتعبير آخر أن الضرر لا يؤثر فى طبيعة المسؤولية، فعند وقوع الضرر نبحث عن مصدر الضرر لمعرفة ما إذا كان يدخل فى العقد أم لا، فإذا كان الضرر رجع إلى مخالفة العقد، تأسست المسؤولية العقدية، أما إذا كان الضرر بعيدا عن العقد، تأسست المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان عميل البنك المضرور طرفا في العقد ، و بالتالي ، ليست كل الأضرار التي تصيب العميل المتعاقد تقيم المسؤولية العقدية على البنك، فالعبرة بتحديد مصدر الضرر لا بالشخص المضرور[822].

لكن التساؤل الذي يجب أن يطرح هنا بمناسبة الحديث عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي توجب قيام المسؤولية العقدية، هل الترام البنك في مواجهة العميل بموجب عقود العمليات المصرفية الالكترونية، هو التزم ببذل عناية أم التزم بتحقيق نتيجة؟

و حتى نقف على حقيقة الالتزام العقدي الالكتروني المصرفي ، هو التزام بتحقيق نتيجة ام التزام ببذل العناية ، و من هنا لابأس أن نعرض معنى الالتزام ببذل العناية و التزام بتحقيق النتيجة .

2- **الالتزام بتحقيق نتيجة وبذل عناية:** فتحديد وجود خطأ عقدي يتوقف على تحديد أن المدين لم ينفذ التزامه وهذا يتوقف على تحديد نوع الالتزام، هل هو التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية، حيث أنه توجد التزامات يلتزم فيها المدين بتحقيق نتيجة معينة تعتبر محلا للالتزام ، ولا يتم تنفيذ الالتزام إذا لم تتحقق النتيجة ويعتبر المدين في هذه الحالة مخلاً بتنفيذ التزامه، ، ففي هذه الحالة إذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة يكون المدين بالالتزام مخلا بالتزامه العقدي ، وما على الدائن الا أن يثبت ذلك بعدم تحقق النتيجة.

كما توجد التزامات يلتزم فيها المدين ببذل عناية، وليس بتحقيق نتيجة، وعليه يستوي في هذه الالتزامات أن تتحقق النتيجة أو لا تتحقق ، فحتى يعتبر المدين منفذا لالتزاماته يكفي أن يبذل العناية المطلوبة منه، بغض النظر عن تحقيق النتيجة من عدمه، فإذا لم يبذل المدين العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام يعتبر

---

[819] على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 122.
[820] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، امرجع نفسه، ص 756.

مخطئاً خطأ عقدياً ، وعلى الدائن أن يثبت عدم بذل المدين للعناية المطلوبة منه، والأصل في الالتزام ببذل عناية أن العناية المطلوبة من المدين هي عناية الرجل العادي، فمثالً المودع لديه وديعة غير مأجورة عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المودع العناية التي يبذلها في حفظ ماله[823].

ومن بين أمثلة عدم بذل العناية اللازمة من قبل البنك أن تكون المعلومات المستعلم عنها خاطئة، وهذا ما قد يرتب مسؤولية البنك الشخصية عن المعلومات الخاطئة نتيجة اعتماده على تلك المعلومات دون بذل العناية اللازمة للتحقق منها، [824]

ويمكن للبنك الأصلي نفي مسؤوليته بأن يثبت أنه تحرى العناية اللازمة في اختيار البنك المراسل، وهو ما قضت به محكمة استئناف كولمار" colmar" التي قررت عدم مسؤولية البنك الشعبي الذي نقل إلى زبونه معلومات مغلوطة قدمها له البنك الفرنسي للتجارة الخارجية، على أساس أن البنك الشعبي لم يكن مكلفا بعمل تحقيق حول ملاءمة المشروع المستعلم عنه، وأنه لم يختر بنكا مراسلا سيئا، بل اختار البنك الفرنسي للتجارة الخارجية، وأن المعلومات المقدمة في مثل هذه الحالات هي معلومات ذات طابع عام تعكس الرأي المشترك للتجار والبنوك . [825]

أما إذا وجد اتفاق مسبق وشرط صريح في بنود العقد بين البنك الأصلي والزبون بأن يقوم البنك بتنفيذ التزاماته بالاستعلام، فيقوم البنك الأصلي بتنفيذ التزامه عن طريق الاستعانة ببنك مراسل، وقد تكون المعلومات التي تلقاها البنك الأصلي من البنك المراسل خاطئة وهذا الخطأ سبب ضررا للزبون المتعاقد معه، هنا ما على الزبون المتضرر إلا إثبات الشرط المتفق عليه لكي تقوم المسؤولية العقدية غير الشخصية للبنك الأصلي عن خطأ البنك المراسل .وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي من خلال قرارات محكمة النقض الفرنسية، والتي قررت في إحدى القضايا المعروضة أمامها إلغاء حكم محكمة الاستئناف الذي قرر مسؤولية البنك الأصلي على أساس إخلاله بتعهده تجاه زبونه بالالتزام بإثبات أمانة ودقة المعلومات المسلمة له من المصرف المراسل، وفي حالة عدم تقديم أدلة هذا الإثبات فإنه يضمن صحة تلك المعلومات، ولكن هذا الحكم لم يكن مبررا- حسب رأي محكمة النقض الفرنسية- لأنه لم يوضح ما إذا كان هذا الالتزام مفروضا على البنك الأصلي بموجب العقد بين البنك وزبونه أم لا، ولهذا تعرض الحكم للإلغاء من طرف محكمة النقض الفرنسية.

3- **: التنفيذ المعيب (جزئيا أومتأخرا)** هذا ويتوافر الخطأ العقدي في حالة تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وفي حالة التنفيذ الجزئي للالتزام، وفي حالة التنفيذ المعيب للالتزام، وعليه إذا تأخر المدين في تنفيذ التزاماته، يعتبر ، أو نفذ التزامه تنفيذا جزئياً أو تنفيذا معيبا يعتبر مرتكباً لخطأ عقدي

---

[823] شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2010، ص 29.

[824] وهذا ما حدث في أحد القضايا المرفوعة أمام محكمة ليون الفرنسية، التي تتلخص وقائعها في أن أحد البنوك استعلم من أحد مكاتب المعلومات عن زبونه، فقام هذا المكتب قبل دراسة موقف المشروع المستعلم عنه، أجاب كتابة أن المصادر التي تم الرجوع إليها لا تدل على وجود أية مشكلة بشأن منح الائتمان محل الاستفسار، فقام البنك بمنح الائتمان بناء على المعلومات الخاطئة التي وصلته من مكتب المعلومات، فكان حكم المحكمة أن قررت مسؤولية البنك على أساس أن المعلومات المستند إليها قدمت بناء على مستندات باطلة لانتهاء مدتها، لأنها تعود إلى ستة أشهر مضت، ولأنها من ناحية أخرى، قدمت في أعقاب أزمة مالية كان من المحتمل أن تعرض المشروع المستعلم عنه لصعوبات مالية، وبالتالي فإن اعتماد البنك على هاته المعلومات الخاطئة دون التحقق من صحتها يرتب مسؤولية البنك الشخصية .وفي الحالة التي يثبت فيها عدم بذل العناية اللازمة من البنك الأصلي في اختيار البنك المراسل، فهنا نكون أمام المسؤولية العقدية للبنك عن فعله الشخصي لا عن فعل الغير

[825] - C.A. Colmar, 21 Octobre 1981. D. 1982, , I.R

يوجب قيام مسئوليته العقدية إذا توافرت الأركان الأخرى لها من ضرر وعلاقة سببية، وينشأ بذلك للدائن الحق في التعويض عما أصابه من ضرر.

و في العقود الالكترونية المصرفية ، فان تحقق التنفيذ السليم للالتزام منوط بطبيعة الالتزام العقدي ، و كما تم ذكره آنفا ، سواء تعلق الامر في هذا التنفيذ ببذل العناية او بتحقيق النتيجة .

حيث أنه في هذه الحالة يقوم البنك بقبول التعاقد مع الشخص الطالب، ومنحه الخدمات المطلوبة من طرفه بعد المفاوضات التي جرت بين الطرفين، فيصبح زبونا للبنك .وفي هذه الحالة لا يمكن للزبون إثارة مسؤولية البنك على أساس إخلاله بالالتزام بالاستعلام إلا بالمقدار الذي يؤدي هذا الإخلال بباقي عناصر الحيطة والحذر المطلوبين من البنك مراعاتهما، فإذا تبين أن البنك لم ينفذ التزامه بالاستعلام المصرفي في المرحلة السابقة للتعاقد، مما أثر سلبا على تنفيذ باقي الالتزامات أثناء المرحلة التعاقدية، و في هذه الحالة يكون التزام البنك معيبا أو ناقصا ، لان البنك لم يوف بالتزامه كاملا بتحقيق النتيجة المرجوة ، بصفته مسؤولا باحاطة الزبون بكل المستجدات و المتغيرات و المعلومات الكاملة بخصوص العمليات المصرفية التي تمر تحت رقابة البنك نفسه او تحت ادارته ، حتى و ان كانت مسألة الحيطة و الحذر لم يتم ادراجها في بنود العقد و لكن تعد من مقتضياته و بدونها قد يختل العقد و يعيب . [826]

و من جهة اخرى فإن تحديد طبيعة الالتزام الناشئ بين البنك والعميل في إطار العلاقة التعاقدية يكتسي أهمية بالغة لتحديد معيار الخطأ البنكي. ذلك لأن هذا الالتزام تشوبه العديد من التعقيدات التي تصاحب القيام بالخدمات والعمليات المصرفية الالكترونية، وتدخل الكثير من الأطراف والوسطاء في العملية، كشبكة الانترنت ومزود خدمات الاتصال، ومختلف أجهز ونقنيات الربط بين البنوك،[827]

كما يرى البعض ممن الفقهاء أن البنك لا يملك السيطرة الكاملة على التحكم في الشبكة التي تتم عبرها كل العمليات المصرفية الإلكترونية. كما أن المعدات التقنية للبنك تقوم جهات أخرى تتوفير الأجهزة لها ووضع البرامج الخاصة بها من غير البنك مثل الهيئات المكلفة بتسيير البطاقات البنكية، ولهذا فمن الطبيعي أن يكون التزم البنك في هذا المجال هو التزام ببذل عناية.

الفرع الثاني: أساس مسؤولية البنك العقدية عن العلميات المصرفية الالكترونية

الفقرة الاولى : العلاقة السببية بين خطأ البنك و ضرر العميل :

تؤسس البنوك عموما و في غالب التشريعات في شكل شركات مساهمة[828] ، الخطأ الصادر عن الممثل القانوني يعتبر صادر عن أصيل لا عن تابع. على أساس مبدأ "مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه "وعليه إذا كان الممثل القانوني للبنك هو الرئيس أو الرئيس المدير العام أو غيرهما، فأن خطأ الرئيس المدير العام للبنك يعتبر خطأ المرفق ذاته ، اللهم إلا إذا كان الخطأ من الجسامة ما يجعل من الجزاء شخصيا ، إذا ارتبط الخطأ المرتكب مما هو معاقب عليه قانونا ، إلا أن مسؤولية البنك تبقى قائمة تجاه الطرف الآخر في العقد .

كما أنه يمكن للممثل القانوني للبنك أن يعطى تفويضا ببعض الاختصاصات إلى بعض موظفي

---

826 لبنى، عمر مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الاعتماد المالي، ط1 ،بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 183.

827 محمد محمود أبو فروة"، مرجع سابق، ص 169.

828 و من بين التشريعات قانون النقد و القرض الجزائري المادة" 83 من القانون 11-03،..

البنك، وعندئذ فإن أي خطأ لأي من هؤلاء الموظفين يعتبر أيضا خطأ شخصيا للبنك.

ونظر لخصوصيات العمل بالبنوك الالكترونية على الأنترنت، حيث أن العاملين يمكن أن يقوموا بالعمل عن بعد ومن أماكن مختلفة ومتفرقة دون أن يجمعهم مكان عمل واحد، وقد يشتركون فى القيام بالعمل من أماكن بعيدة ودول مختلفة، حيث صعب عملية مراقبتهم وتحديد مسؤولياتهم، ومتى كانت المسؤولية تعاقدية بين البنك والعميل، وأخل هذا البنك بالتزاماته بمناسبة القيام العمليات المصرفية الالكترونية، فإن مسؤولية البنك تنعقد دون الحاجة إلى معرفة الشخص الذي وقع منه الإخلال بالالتزام. ففي هذه الحالة عادة أن القاضي يكتفي بنسب الخطأ للبنك من جراء سوء التسيير أو خلل في نظام عمل البنك من دون الدخول في التفاصيل باعتبار أن الخلل ناجم عن خطأ مرفقي واضح، ويكفى أن يثبته العميل، بمجرد اثبات وجود العلاقة التعاقدية، أن هذا الخطأ نتج عند عدم تنفيذ العقد المصرفي الالكتروني أو أن تنفيذه غير تام أو متأخر، و رتب هذا الخطأ ضررا بالعميل ،ليحكم القاضي بمسؤولية البنك عن الضرر الذي أصاب العميل.

وتبعا للمسؤولية الشخصية للبنك اتجاه العميل عن تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية، يكون البنك مسئولا بقوة القانون عن حسن تنفيذ الخدمات المطلوبة منه من طرف العميل بموجب العقد، سواء تم تنفيذها من قبله هو أو من قبل بنوك أو وسطاء ماليين آخرين، الذين تصرفو بإذنه . وهذا مع حق البنك في الرجوع عليهم فى حالة إثباته لخطئهم[829]

الفقرة الثانية : اثبات تبعية الخطأ العقدي :

تقتضى القواعد العامة للقانون المدنى بإلزام المدعى بتحمل عبء إثبات ما يدعيه. وعلى هذا نصت المادة 323 من القانون المدنى على: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ". على أن العمليات المصرفية الالكترونية تتم في واقع افتراضي قوامه أجهزة الإعلام والاتصال وساحته مختلف الشبكات الالكترونية وأهمها شبكة الانترنت. كما أن البنك أو مقدم الخدمات المصرفية الالكترونية هو الذي يدير النظام الالكتروني الذي تتم عبر مختلف هذه العمليات والخدمات المالية. ومن ثم فإن مختلف عناصر الإثبات الالكترونية بيد البنك، الذي لا يمكنه أن يقيم دليلا ضد نفسه. وعليه يمكن القول أن إعمال قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية يجعل عميل البنك كمدعى هو المطالب بإثبات ما يدعيه، ومنها إثبات الخطأ بعد تحقق الضرر الذي أصابه نتيجة عدم تنفيذ أو التنفيذ المعيب لعملية من العمليات المصرفية الالكترونية.

لكن هذه العملية صعبة و لكن ليست مستحيلة ، باعتبار ان الاثبات الالكتروني في المسائل البنكية مرتبط بالتوثيق و التصديف الالكتروني ، و الذي يجعل من العميل في حماية قانونية في مسألة إثبات العلاقة العقدية ، ناهيك عن طبيعة العقد المبرم لكونه من العقود الإذعان و دور القاضي في تفسير بنود العقد يفسر لمصلحة الطرف الضعيف .

و من جهة أخرى ، وبمقتضى مبادئ العدالة، ولمحاولة للخروج من هذه الإشكالية، فأنه من الضروري العمل على نقل عبء الآتيات من العميل إلى البنك. حيث يحاول بعض الفقه إقامة المسؤولية العقدية للبنك على أساس الالتزام بالسلامة أو على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء. هذين الأساسين هما في الأصل من الأسس التي تؤسس عليهما المسؤولية العقدية ، حيث أن الخطأ يكون مفترضا من جانب البنك. كما يحاول بعض الفقه أبضا، الذهاب مباشرة لإقامة المسؤولية التقصيرية للبنك رغم وجود العقد، للسبب نفسه.

[829] المادة' 18 من القانون 18-05 المتعلق بالتجاوة' الالكترونية، مرجع سابق.

وعلى هذا نتناول فيما يلى دراسة مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك في مواجهة العميل على أساس الالتزام بالسلامة أو على أساس المسؤولية عن الأشياء.

ثالثا: تأسيس مسؤولية البنك على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة

الالتزام بضمان السلامة هو من الالتزامات التي ابتدعها القضاء لمواجهة مخاطر التطور العلمي والتكنولوجي وكفالة حق المضرور المتعاقد فى تعويض جابر للضرر. فالهدف من هذا الالتزام الذي نشأ في كنف العقود هو حماية المضرورين بعدم إلزامهم بإثبات خطأ المسئول، الذي كثيرا ما يصعب إثباته نظرا للتطور التكنولوجى الكبير واستعمال الوسائل التقنية فى العمل، وذلك بعدم السماح للمسؤول بأن يدفع عن نفسه المسؤولية، إلا بإثبات السبب الأجنبى.

وادرج القضاء الالتزام بضمان السلامة فى النطاق العقدي كان يقصد. منه تكملة العقد، بإضافة الترام قانوني إلى الالتزامات الرئيسية بين المتعاقدين، على الرغم من أن مكانه الحقيقي هو المسؤولية التقصيرية.، فهو يعبر عن الواجب العام بعدم الإضرار بالغير.

وعليه فالالتزام بالسلامة أصبح من الالتزامات التعاقدية التي يترتب على عدم تنفيذها مسؤولية أحد المتعاقدين.[830] وبحكم أن جل العمليات المصرفية الالكترونية تتم بموجب عقود بين البنك والعميل، كما ذكرنا ذلك سابقا، فإن التساؤل الذي يجب أن يطرح هنا هو مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك عن إخلاله بإحدى العمليات المصرفية الإلكترونية بموجب العقد، على أساس المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالسلامة فى مواجهة العميل؟

يتحدد مضمون العقد بما أرده المتعاقدان، فهو المرجع الأعلى فى تحديد ما يمكن أن يتضمنه العقد من حقوق وواجبات للطرفين، إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين م لكن بالإضافة إلى ما صرحت به إرادة الطرفين، أجاز المشرع للقاضي في سبيل تحديد مضمون العقد، أن يلجأ إلى بعض المؤشرات التي تعينه على ذلك، ومنها نص القانون المدني الجزائري المادة 106.على " أن لا يتنصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرض والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

فهذا النص يمنح سلطة كبيرة للقاضى فى تعيين حدود العقد ويكمل النص الذي قد يكون فيه، وله أن يستعين في ذلك بالعرض وقواعد العدالة. وإعمالا لهذا النص وسع القضاء من الالتزمات العقدية وأدخل فى نطاقه التزامات لم تكن فى الأصل فيه، ومنها الالتزام بالسلامة، التى نرى إمكانية تأسيس المسؤولية العقدية للبنك على أساها، نتيجة الاخلال بالعمليات المصرفية الالكترونية، متى توفرت شروط تطبيقها.

فلو رجعنا إلى الالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية من طرف البنك و الذي يعد من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين طرفي العقد، ولأجل سلامة إرادتيهما فقد فرض القانون على المدين بالالتزام بالإعلام تقديم المعلومات بداية تطبيقا لمبدأ حسن النية التعاقدي .

والأساس القانوني لهذا الالتزام من خلال عرض الآراء الفقهية التي بحثت في الموضوع، يرى

---

[830] نشآ الالتزام بالسلامة لأول مرة' بمناسبة عقد النقل، إذ يترتب على الناقل التزامه بالمحافظة على سلامة الركاب أو الأشياء التي يقوم بنقلها، فأي ضرر يلحقهم يستوجب التعويض من المسؤول، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي. وكان في البداية التزام ببذل عناية، ثم تطور ليصبح التزام بتحقيق نتيجة. غير أن هذا الالتزام بدأ الاعتراف به في العقود الأخرى متى توافرت شروط معينة في العقد. حيت طبق في عقد العلاج الطبي وعقد البيع ضمان سلامة المبيع من الاضرار التي يسببها للمشتري أو الغير، وفي عقد التدريب الرياضي، وفي عقود وكالات السفر. محمد حسن صالح طليان، مرجع سابق، ص 445.

جانب من الفقه ، فإن الالتزام بالإعلام هو ذو طبيعة عقدية، وأن الإخلال به يرتب المسؤولية العقدية التي تشمل الأخطاء السابقة على إبرام العقد باعتبار أن الخطأ حدث قبل إبرام العقد، لكن أثره ارتد على العقد نفسه، حيث أن هذا الخطأ ناتج عن 4عدم تقديم الملتزم لبيانات صحيحة أو عدم تقديمها أساسا مما يسبب حدوث الضرر عند إبرام العقد .لكن يوجه لهذا الرأي انتقاد أنه يشترط لقيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بأحد الالتزامات وجود عقد صحيح، وبالتالي فإن القول بأن الالتزام بالإعلام هو التزام عقدي ويرتب المسؤولية العقدية حتى ولو كان العقد لم يبرم بعد هو مخالف للقواعد العامة الأساسية للمسؤولية العقدية.[831]

و رأي آخر من الفقه ، أن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام هو التزام ذو طبيعة غير عقدية، حيث أنه التزام مستقل عن العقد يجب الوفاء به قبل إبرام العقد -أي المرحلة السابقة للتعاقد- وأن المسؤولية الناتجة عن الإخلال به هي مسؤولية تقصيرية، على أساس أن هذا الالتزام ينشأ دون وجود عقد فلا يمكن القول بالمسؤولية العقدية طالما لا يوجد عقد هذا من جهة، إضافة إلى أن هذا الالتزام يتمثل في التزام المدين بإمداد الدائن بالمعلومات المتعلقة بالتعاقد 1والتي على أساسها يقدم هذا الأخير على التعاقد أو يقرر عدم التعاقد[832]..

هذا الرأي هو الآخر فيه من النقص ما يعرضه للنقد، حيث أنه أغفل الالتزام بالإعلام الذي يكون أثناء مرحلة تنفيذ العقد، أي أنه هناك عقد صحيح وبالتالي هنا لا نعمل المسؤولية التقصيرية باعتبار أن الالتزام ناشئ عن عقد صحيح، وبالتالي فالإخلال به يعد إخلالا بالتزام عقدي يرتب المسؤولية العقدية للمدين.

و بالرجوع الى مبدأ الالتزام بالسلامة ، يوجب الفقه والقضاء لإقامة المسؤولية العقدية على أساس الاخلال بالالتزام بالسلامة شرطين هما:

- وجود خطر يهدد أحد المتعاقدين فى جسمه أو ماله،
- وأن يكون المدين بالتزام بالسلامة محترفا[5].

اولا : الشرط الأول: وجود خطر يهدد أحد طرفي العقد

كأصل عام لا يكفي لقيام المسئولية العقدية إخلال المدين بالتزامه التعاقدي، بل يجب أن يصيب الدائن ضرر نتيجة هذا الإخلال، ويرجع ذلك إلى أن قيام المسئولية يرتب حقاً للدائن بالتعويض، وهذا التعويض هو لجبر الضرر الذي أصابه، وعليه إذا لم يصب الدائن أي ضرر رغم اخلال المدين بالتزامه التعاقدي، فإنه لا يستحق تعويضاً لآن المسئولية لا تقوم في هذه الحالة.

فالالتزام بالسلامة يقوم على فكرة التزام أحد المتعاقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذ العقد، وعليه فإن نطاق تطبيق هذا الالتزام هو العقود التى من شأنها أن تتضمن خطرا قد يتعرض له أحد المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد. ويحدد بعض الفقه ان الضرر اللازم لإعمال الالتزام بالسلامة بأنه الضرر المادي الذي يصب الإنسان في جسده. غير أن غالبية الفقه ترى أن إصابة أحد المتعاقدين بضرر فى جسده أو ماله من جراء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزمه، يعتبر سببا موجبها لقيام مسؤولية المتعاقد اللذي كان سببا في الضرر، على أساس الالتزام بالسلامة.

ومن هنا يجب التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق هذه المسؤولية على العمليات المصرفية الالكترونية؟ وهل يمكن تكييف هذا الشرط لكي يتلاءم مع طبيعة العلاقة بين البنك الالكتروني والعميل؟ وهذا على أساس

---

[831]كوثر، سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 274.

[832] كوثر، سعيد عدنان خالد، مرجع نفسه ، ص 275.

أن الحفاظ على المال لا يقل أهمية عن الحفاظ على السلامة الجسدية، [833]خاصة عندما تكون المبالغ المالية موضوع المسؤولية كبير. ثم إن النشاط المصرفي بطبيعته يتضمن مخاطر كثير للعميل و للبنك معا. فإذا كان هذا النشاط يتم الكترونيا عن طررق الانترنت فإن هذا الخطر يزداد ويتسع. ومن ثم فالبنك مسؤول عن وضع نظام الكتروني جيد يضمن مستوى كبير من السلامة، يقابل المخاطر الكبيرة المنتشرة على شبكة الانترنت. وعليه فإنه إذا أصيب العميل بضرر في ماله جراء تنفيذ عملية مصرفية الكترونية، فإن البنك يكون لا محالة قد أخل بالترمه بسلامة العميل.

ثانيا : الشرط الثاني: أن يكون المدين بالا لتزام مهنيا

باستقراء مختلف العقود التي طبق فيها القضاء الفرنسي خاصة، الالتزام بضمان السلامة، نجد أن شرطا مهما يتكرر في كل هذه الأطراف، وهو أن يكون المدين بهذا الالتزام محترفا. فالناقل والطبيب وصاحب الفندق ومقاول الألعاب الرياضية كلهم مهنيون ومحترفون. والمتعاقد مع المدين المحترف ينتظر منه أكثر مما ينتظر من غير من الحرص والعناية في تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد. وهو بهذه الصفة يجب أن يجتنب الأخطاء التي تسبب الضرر للمتعاقد.

ولقد ذكرنا سابقا، عند الحديث عن طرفي العقد المصرفي الالكتروني، أن كل البنوك سواء كانت تقوم بعملياتها بطريقة تقليدية أو الكترونية، تعتبر كلها مهنية تحترف مهنة الصرافة،

هذا الالتزام من أجل ضمان سلامة المستهلك الدائن وحمايته في مواجهة المهني المدين، وهذا نظرا للقوة الاقتصادية والفنية للمهني، مما تجعله الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فإنه يكفي لقيام المسؤولية على المهني أن يثبت المستهلك ما لحقه من ضرر، وفي المقابل فإنه على المهني المدين من أجل التخلص من المسؤولية إثبات أنه قام بتنفيذ التزامه تنفيذا صحيحا، أو إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي لحدوث الضرر اللاحق بالمستهلك الدائن[834]

ومادام البنك محترفا للأعمال المصرفية الالكترونية فهو أدرى من غير بطبيعة هذه المهنة وما يتربص بها من مخاطر على أموال الزبائن. وهذ ما يجعل مسؤوليته عن القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية، كما قلنا سابقا، على أساس تحقيق نتيجة و ليس مجرد لبذل عناية. وأنه كمهني مسؤول عن الضرر الذي يصيب العميل في ماله، بناء على المسؤولية العقدية المبنية على أساس الالتزام بالسلامة.

و هناك راي فقهي آخر يرى الالتزام بضمان السلامة السابق ذكرها، وحسب هذا الرأي فإن الالتزام بالإعلام لمصلحة العميل ، لا يمكن الجزم بأنه التزام ببذل عناية أو أنه التزام بتحقيق نتيجة، [835]وإنما يمكن القول أنه التزام يتراوح بين التزامي تحقيق نتيجة مخفف وبذل عناية مشدد ، حيث أن المهني في تنفيذ التزامه بالإعلام يقوم بأعمال تختلف طبيعتها بين بذل العناية وتحقيق نتيجة، فالمهني المدين بالالتزام ينقل بيانات معينة للدائن فيما يخص محل التعاقد ومكوناته، فيتعين عليه تقديمها وهذا ما يدخل ضمن الالتزام بتحقيق نتيجة، ومن جهة يكون عليه إعلام المستهلك بالاحتياطات اللازم اتخاذها في استعمال المنتجات

---

[833]نشأ الالتزام بالسلامة لأول مرة بمناسبة عقد النقل، إذ ُترتب على الناقل التزامه بالمحافظة على سالمة الركاب أو الاشياء التي يقوم بنقلها، فأي ضرر يلحقهم ُستوجب التعويض من المسئول، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي. وكان فيً البدأية التزام ببذل عنأية، ثم تطور ل ُيصبح التزام بتحقُّق النتيجة. و بدأ الاعتراف به فيً العقود الأخرى متى توافرت نفس الشروط ، و قد طبق هذا المبدا في عقد العلاج الطبيً وعقد البَّيع بضمان سلامة المبيع من الاضرار التَّي ُسببها للمشتري أو الغير .

[834] ممدوح، مبروك، مرجع سابق، ص 203 .

[835] أحمد، خديجي، "حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 11 ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014 ،ص 27

المتعاقد عليها، وهنا يكون التزامه ببذل عناية، إذ يعمل على إيصال التحذيرات والاحتياطات ولكنه ليس مسؤولا عن مدى أخذ المستهلك بها .ومن خلال ما سبق عرضه من آراء فقهية حول طبيعة الالتزام بالإعلام، التي كان كل منها يسنده إلى نظام قانوني معين، سواء التزام عقدي أو غير عقدي، أو التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

ويحدد بعض الفقه ، من خلال دراسة بعض الأحكام القضائية الفرنسية، يمكن تحديد المؤشرات التي من خلالها يمكن تقدير ما إذا كان البنك قد احترم الالتزام بالأمان في النظام الالكتروني الذي يدير العمليات المصرفية الالكترونية أم لا. ومن أهم هذه المؤشرات، نذكر مؤشرين اثنين[836]، قدرة النظام على تأمين خدمة مصرفية الكترونية منتظمة، وتطبيق البنك لنظام الكتروني قادر على إبطال الغش المحتمل.

1- المؤشر الأول: قدره نظام البنك على تأمين خدمة مصرفية الكترونية منتظمة

يقتضي هذا المؤشر على البنك أن يضع تحت تصري العميل نظاما الكترونيا قادر على معالجة أوامر وتعليمات العميل بموجب العمليات المصرفية الالكترونية بشكل صحيح ومنتظم ومن. ويقصد بذلك أن يحشد البنك من الأجهزة والوسائل التقنية والبرامج وأنظمة الإعلام الآلي، ومن السائل البشرية الكفاءة ما يمكنه من تنفيذ العمليات في ظروف الأمان والسلامة. وهذا يتطلب من البنك محترف عناية وحر شديدين من أجل خدمة الكترونية دائمة ومستمرة للعميل. وأن أي خلل أو عطل في النظام الالكتروني يؤدي إلى ضرر مالي للعميل ما من شك يتحمل مسؤوليته البنك على أساس الالتزام بالسلامة المالية للعميل

وعلى هذا الأساس نص التوجيه الأوروبي 2366/2015، المتعلق بوسائل الدفع فى السوق الأوروبية الداخلية، على أن من الالتزامات التى نقع على عاتق مقدم خدمات الدفع، السهر على التوفر الدائم وسائل المناسبة التى تمكن العميل من القيام بالإخطارات اللازمة، ومنها التبليغ عن ضياع أو سرقة البطاقة الالكترونية، أو طلب توقيفها أو إعادة تشفياها.[837]

والأمان اللازمين[1]. فالعميل لم يرتكب خطأ عندما لم يتمكن من إخطار البنك بكرقة البطاقة، ولا أحد يتحمل عدم عمل أجهزة البنك فى الليل أو العطل إلا البنك نفسه[838] [839].

2- المؤشر الثاني قدرة نظام البنك على إبطال أي غش الكتروني

يفرض هذا المؤشر أن تكون لدى النظام الالكترونى للبنك كل القدرة على كشف كل العمليات المصرفية الالكترونية الاحتيالية أو غير المشروعة، و ذلك باستخدام نظام التعرف على هوية المستخدم أو غلق المنفذ، أو أي نظام آخر لتأمين العمليات المصرفية وإبطال أي غش محتمل. وفى حالة عدم قدم قدرة نظام البنك القيام بذلك، فأنه لا أحد غيره يتحمل مسؤولية الضرر المالي الذي صيب العميل. كما يجب على البنك التأكد من أن المعطيات السرية الخاصة بوسيلة الدفع الالكترونية للعميل لا يمكن لأحد غيره الدخول إليها[840].

---

[836] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص38، 40

[837] Article 70-1-c) du Directive 2015/2366: Veille à la disponibilité, à tout moment, de moyens appropriés permettant à l'utilisateur de services de paiement de procéder à la notification prévue à l'article 69, paragraphe 9, point b), ou de demander le déblocage de l'instrument de paiement conformément à l'article 68, paragraphe 4

[838].Ne presente pas une securite suffisante -

[839]- نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 44.

[840].Article 70-1-c) du Directive 2015/2366, op.cit-

ومن التطبيقات القضائية لهذا المؤشر، ما قضت به محكم استئناف باريس سنة 1980، فى قضية بنك DAB. وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن أحد العملاء رفع دعوى ضد البنك مطالبا إياه برد المبالغ المالية التي تمت سرقتها من حسابه البنكي، بعد سرقة بطاقته البنكية. وقد رفضت المحكمة الحجة المقدمة من طف البنك والمتمثلة في أن العميل قد أهمل في الحفاظ على بطاقته البنكية، مما مكن السارق من سحب المبلغ المالي من الصراف الآلي للنقود. [841] وشددت على واجب البنك لوضع نظام قادر على كشف الغش وإبطاله بقولها "ليس مستبعدا أن يكون تشغيل الموزع الآلى بسبب وجود نقص أو عيب فى نظام الأمان ونظام السلامة الذي خصصه البنك للعميل. حيث يمكن للموزع أن تعمل عن طريق إدخال البطاقة البنكية فقط دون إدخال الرقم السري. ولولا هذا النقص فى تنفيذ الالتزام بالسلامة[842]

لما تمكن السارق من تشغيل الآلة والوصول إلى حساب العميل وسرقة أمواله"[843].

غير أن تشديد المسؤولية من طف القضاء الفرنسي على البنوك بموجب الالتزام بالسلامة واجه انتقادات شديدة. لأنه من الصعب على البنك إثبات إهمال العميل وعدم قيامه بمختلف العمليات المصرفية بطريقة صحيحة، على غرار عدم المحافظة على البطاقة البنكية. ولهذا كرست بعض المحاكم قرينة وأمان النظام الإلكتروني للبنوك ملزمة على البنك اثباتها.[844]

رابعا: تأسيس مسؤولية البنك العقدية على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء

المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء مكانها الطبيعى هو المسؤولية التقصيرية، وليس المسؤولية العقدية، ولهذا لا توجد نظرية تحكم أو تنظم المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، لعدم نص القانون على القواعد المنظمة لها صراحة. غير أن بعض الفقه يرى أنه نظرا لعجنز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية فى توفير الحماية للعميل أثناء القيام بمختلف العمليات المصرفية الالكترونية، فإنه يمكن اعتماد المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء، التى تقوم كما هو الحال فى المسؤولية التقصيرية، على حراسة الأشياء. وباعتبار البنك حارسا للنظام الالكترونى فإنه حال وقوع الضرر فإنه يفترض الخطأ من جانبه دون تكليف العميل عبء إثباته.

ومثال ذلك في العمل المصرفي الإلكتروني الأنظمة الإلكترونية وأجهزة الكمبيوتر التي يستخدمها البنك في تنفيذ العمليات المصرفية الإلكترونية، ويشترط لتحقق مسؤولية البنك هنا توفر شروط هي

- ضرر يصيب الغير أو الزبون بسبب الكمبيوتر أو النظام الإلكتروني للبنك، أي أن يكون الضرر

---

[842]- وفى القضية الثانية أقامت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية البنك على سحب أموال من حساب أحد العملاء بشكل غير مشروع. وقالت ان لبنك لم يستخدم الوسائل التى فى إمكانه حتى يبطل هذا السحب غير المشروع. ولا يكفى فى هذا الصدد أن يتخذ البنك وسائل الأمان والسلامة المناسبة، فالتزامه بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية. ويستشف من مجرد حدوث سحب غير مشروع إصابة العميل بضرر وعدم تحقيق النتيجة المرجوة' أن نظام البنك غير آمن و غير سليم. ذكر الحكمين، نقلا عن شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 48.

[843].Cour d'appel de Paris, ldecembre 1980. Dalloz, 1981. P 369 -

[844] تحمل فيه البنك مسؤولية حماية النظام ،Camuel و [5] Hemadou- أصدرت محكمة النقض الفرنسية فى 08 أكوبر 1991 حكمين فى قضيتي وسلامة العميل للبنك. في الحكم الأول قضت المحكمة بان سرقة بطاقة البطاقة البنكية واستخدامها من قبل الغير يعطي إمكانية لوجود نقص في ذظام الأمان الذي يتبعه البنك، أو عدم كفاءة' هذا النظام. ويقع على عاتق البنك أن يثبت وجود خطآ من جانب العميل فى النفاط على البطاقة البنكية الخاصة به".

وقع بواسطة الشيء لا بفعل الإنسان مباشرة؛

- أن يكون الشيء الذي حصل الضرر بسببه تحت حراسة البنك وقت وقوع الضرر، ويقصد بالسيطرة الفعلية هي التي تمكن البنك من استعمال الشيء وتوجيهه ورقابته وصيانته والمحافظة عليه[845] .

ومثال ذلك الخطأ في استخدام النظام الإلكتروني عند الاستعلام، مما يسبب ضررا للزبائن أو الغير وتقوم مسؤولية البنك التقصيرية وغير المباشرة عن ذلك الاستخدام، وكذلك في حالة اقتحام أنظمة المعلومات للبنك والتسلل إلى مراكز البيانات لتزوير الوثائق المخزنة وإدخال بيانات خاطئة، وكذا إصابة تلك الأنظمة بفيروسات تؤدي إلى ضياع المعلومات المخزونة والمتعلقة بالزبائن المستعلم عنهم، [846]كلها حالات لقيام مسؤولية البنك التقصيرية غير الشخصية على أساس فكرة تحمل مخاطر المهنة .والخطأ الناتج عن استخدام النظام الإلكتروني وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، وما على المتضرر إلا إثبات الضرر والعلاقة السببية، ولا يمكن للبنك نفي المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، سواء بفعل المضرور أو فعل الغير أو نتيجة القوة القاهرة.

و رأى هذا الرأي من الفقه أن البنك باعتبار حارسا للنظام الالكتروني الذي يقوم بواسطته بمختلف العمليات المصرفية، تكون له السيطرة الفعلية عليه من خلال توجيهه و مراقبته. ومن ثم فإن الخطأ من جانب البنك يعتبر مفترضا.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن هذا النظام الالكتروني، أو الشيء لا يخرج عن إطار العقد نفسه.

وبالتالي فإن المسؤولية تكون عقدية ، فالبنك ملزم بالحفاظ على ودائع الزبون، من ثم فالتزام البنك هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، ومادام الخطأ مفترضا في جانبه فلا يمكن دفعه إلى بالسبب الأجنبي. والقول بخلاف ذلك معناه إعطاء البنك الفرصة في كل وقدت للتذرع بتعطل الأجهزة والبرامج، رغم أنها جميعا تحت سيطرته.

غير أن البعض الآخر يرى أنه لا يمكن التسليم بإقامة مسؤولية البنك العقدية على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء، لأن الرأي السابق قد أقحم قواعد المسؤولية العقدية فى غير مكانها [847]، أي حراسة الأشياء. وأن أصحاب الري الأول هم من الذين يدعون إلى وحدة المسؤولية العقدية التقصيرية[848]. كما أن هذه الفكر غير ممكنة واقعيا لأن البنك قد ينص فى العقد على أن مسؤوليته إنما تقتصر على بذل العناية للقيام بمختلف العمليات. وقد بنص العقد على الإعفاء من المسؤولية أصلا فى بند من بنوده.

إذن رينا أنه من الصعوبة إقامة المسؤولية العقدية للبنك على العمليات المصرفية الالكترونية، وأن الزبون سيجد صعوبات كثير فى إثبات خطأ البنك، أو في إثبات الضرر. كما قد يجد صعوبات كبير فى إثبات العلاقة السببية، خاصة إذا علمنا أن البنك هو من يسير النظام الالكتروني الذي تتم عبر مختلف العمليات المصرفية الإلكترونية، ومن ثم فإن مختلف عناصر الإثبات تكون تحت يده، كما يمكنه التحرر من أي خطأ

---

845 إدريس، فاضلي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006 ،ص 97 وما يليها.

846 محمد، هيثم الدباغ، المسؤولية المدنية للمصارف الالكترونية، ط1 ،الموصل، الجيل العربي، 2012 ،ص 33 وما يليها.

847- محمد حسين صالح طليان مرجع سابق، ص 441.

848- نوي حمد خاطر، "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الالكتروني في العمليات المصرفية"، بحوث مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، ، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 1804.

بأن يثبت أنه بذل كل العناية التي يجب أن يبذلها الرجل العادي. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن البنك قد يعفى نفسه من هذه الالتزامات بمجرد النص على هذا الإعفاء في بنود العقد. كما أنه في حالة ثبوت الخطأ والضرر والعلاقة السببية فإنه قد يدفع بالسبب الأجنبي حتى يدفع المسؤولية العقدية عنه. ومنه كان لزاما علينا البحث عن مدى إمكانية إقامة مسؤولية البنك التقصيرية، رغم وجود العقد، لنرى مدى إمكانية تحقيق الحماية المدنية للعميل بمناسبة قيام البنك بمختلف العمليات والخدمات المصرفية الالكترونية.

خلاصة الفصل

تعتبر عملية تكييف القواعد الكلاسيكية لنظرية العقد مع مقتضيات العقود الالكترونية المبرمة عن بعد ومن غير الحضور الفعلي لمجلس العقد بواسطة مختلف وسائل الاتصال الحديثة وباستعمال مختلف الشبكات الالكترونية، مع تكملة النقص المسجل في هذه القواعد الكلاسيكية و يكون ذلك بوضع قواعد قانونية جديدة واضحة، مفصلة ومستجيبة لخصوصية هذا النوع المستجد من العقود الالكترونية، من شأنها أن يساهم في بلورة وتشكيل نظرية عقد مصرفي الكتروني، وتمكن من حفظ الحقوق وتحديد الترامات مختلف الأطراف بمناسبة ابرام وتنفيذ عقود العمليات المصرفية الالكترونية.

من خلال هذا الفصل نستطيع ان نقول بأن العقد المصرفي الالكتروني لا يختلف عن العقود التقليدية بما فيها العقد المصرفي التقليدي سوى أنه يتم الكترونيا عبر شبكة رقمية التي جعلته يتسم ببعض الخصوصية فيما يتعلق بمبدأ سلطان الارادة و ما تترجمه سلامة الارادة العقدية بالتعبير عن صحتها كركن الرضا وبالتحديد في عنصريه الايجاب والقبول ، ويرجع ذلك الى خصوصية الوسيلة المستعملة في ابرام العقد المصرفي الالكتروني ألا وهي شبكة الأنترنت حيث أن طريقة التعبير عن الارادة تتم بواسطتها ولا يمكن الوصول اليها والاستفادة منها دون استخدام الوسائل الالكترونية للاتصال .

كما أن هذه الوسيلة جعلته يتصف ببعض الخصائص التي بيناها سابقا من جهة ، ومن جهة أخرى أحاطته ببعض الصعوبات والمخاطر سواء عند الابرام حيث أن مجلس العقد يتم بين غائبين ، فلا وجود مادي لطرف العقد البنك والعميل مما يرجح فرضية انعدام أو نقص الأهلية من جانب العميل ، ومن جهة أخرى تبرز هذه المخاطر عند تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية التي قد يتعرض حينها موقع البنك على شبكة الأنترنت الى هجمات القرصنة والتجسس ، وبصفة عامة ارتكاب جرائم الكترونية والتي قد يتمكن من خلالها المعتدي من خلق مواقع وهمية للبنك بغرض اجراء تحويلات مالية الكترونية غير مشروعة تؤدي الى الاستيلاء على أموال الغير وهو ما يضر بالبنك والعميل . لذا فإنه ينبغي احاطة مواقع البنك وكافة أشكال التعامل الالكتروني بما فيها ابرام العقد المصرفي الالكتروني بوسائل الحماية الفنية والتقنية وكذا القانونية لضمان حماية حقوق أطراف التعاقد وخاصة الطرف الضعيف في العقد الذي يتمثل في العميل .

و لهذا يستوجب الامر في تحقيق حماية اكبر للمتعاقدين عبر مختلف وسائل الاتصال عن بعد مراعاة مجموعة من المعايير التي يجب احترامها و هي :

- توثيق و تصديق المحررات اللكترونية، تكريسا لمبدأ الحجية في المحرر الالكتروني .
- توحيد نمط العقود الالكترونية ، مع مراعاة مبدأ سلطان الارادة في التعاقد بلغة رقمية موحدة

الفصل الثالث

وسائل الدفع الالكترونية كعملية مصرفية الكترونية

لقد عالجت الدراسة في بدايتها الاطار القانوني العمل المصرفي التقليدي ، و بينت مجمل العمليات المصرفية فيه ، و كما هو معلوم أن العمل المصرفي باعتراف فقهي و قانوني يكاد يجمع بمجمله ، في تمحور في ثلاث أنواع من العمل المصرفي ، و هي :

- تلقي النقود و الأموال من الجمهور ؛
- منح الاعتماد بشتى أنواعه ؛
- وضع للجمهور وسائل للدفع وإدارتها.

إذ تعد وسائل الدفع الالكتروني صيغة جديدة ، تعد امتدادا لوسائل الدفع التقليدية إلا أنها أتت بحلة جديدة تميزها عن سابقتها ببعض الخصوصية ، فرضتها ظروف التغير الحال في مجال التجارة الدولية و المحلية ، فأصبح هؤلاء التجار و المستهلكين لا يفتؤون ينهمر ون على العالم الافتراضي الذي سهل لهم نمط الحياة ، ما جعل من هذه الوسائل الجديدة سوى تعبيرا ، عن الحاجة إلى التكيف من أجل التوافق مع هذا النوع من التجارة .

ففي هذا الفصل تعالج الدراسة موضوع وسائل الدفع الالكتروني بمفهومها الواسع ، و ما تقتضيه الدراسة لتبيان فحوى هذه الوسائل و أنواعها وصيغها و كذا خصائصها و أثارها على أطراف العلاقة ، باعتبارها وسيلة تجسد مختلف العلاقات العقدية و صياغتها من حيث اثباتها و تنفيذها بواسطة هذه الوسائل .

المبحث الأول :مفهوم الدفع الالكتروني كوسيلة عمل مصرفي

شهد القطاع المصرفي، في ظل الثورة التكنولوجية طفرة نوعية، بالموازاة مع الثورة التكنولوجيا الحديثة وظهور هذا النمط التجاري الجديد ، استلزم إحداث تطوير مماثل في مجال الخدمات المصرفية لإيجاد وسائل دفع إلكترونية تتماشى مع الطبيعة اللامادية ،التي اتخذت نتائجها وإفرازاتها تشق الطريق لتحتل مكانة ليست بالهينة في واقع العمل المصرفي، واستحداثها لوسائل جديدة للدفع والأداء فاقت في أهميتها التقليدية المعروفة، ومن أجل تطوير السوق النقدية والمصرفية، قامت الكثير من البنوك والمصارف بمجهودات ضخمة ودراسات معمقة لتنظيم تطوير أعمالها ، بوسائل تقنية أكثر حداثة والتي من شأنها تغطية متطلبات السوق الرقمية.

ولتحقيق هذه الأهداف ، اقتضى الامر إصدار ترسانة من القوانين والتنظيمات دقيقة تتماشى والمستجدات المستحدثة ، سواء كان ذلك على المستوى الداخلي أو الدولي قصد تسهيل القيام بعمليات الدفع مباشرة عبر شبكة الإنترنت.

وقد ثار النقاش حول هذا الموضوع ، بدءا من تعريف وسائل الدفع الالكتروني مرورا بالآثار المترتبة على التعامل بها، وصولا الى تحديث الآليات التي يجب اعتمادها وضع مسار محدد لهذا النوع من وسائل التسوية، لتجنبها المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها.

المطلب الأول:ماهية وسائل الدفع الالكتروني

تعد وسائل الدفع الالكتروني من بين الوسائل المستحدثة التي تمخضت عن التغير و التحول التكنولوجي الذي تحولت معه السوق التجارية من المادية الى الافتراضية .

و مع هذا التطور الحاصل ، لم يسع البنوك سوى مواكبة التغير الحاصل ، في السوق التجارية الالكترونية تحقيقا لرغبات التجار و المستهلكين .

الفرع الأول: التعريف بوسائل الدفع الالكترونية

لقد اختلفت التعاريف فيما يخص وسائل الدفع الالكتروني من حيث الفقه و التشريع ، فهناك من اعتمد في تعريفه سواء من حيث المعيار العضوي ، أو من حيث المعيار الموضوعي .

او بمعنى آخر هناك من اعتمد في تعريفه لوسائل الدفع الالكتروني على اساس الوسيلة المستعملة ، بينما آخرون اعتمدوا في تعريفهم على معيار الوظيفة المحققة .

الفقرة الاولى : التعريف الفهي :

حسب هذا التعريف ، فإن عبارة وسائل الدفع تنطق على المجاميع النقدية، التي تحتوي على الأصول النقدية القابلة التحويل الى سيولة كالقطع النقدية المعدنية، الأوراق البنكية، الحسابات الجارية البريدية والبنكية[849].

وعرفها الفقيه الاقتصادي Bonneau Thirry على أنها:" كل الأدوات مهما كانت الدعائم والأساليب التقنية المستعملة، تسمح لكل الأشخاص بتحويل الأموال". [850]

كما عرفها البعض الآخر على أنها:" جملة الوسائل التي مهما كانت الدعامة المنتهجة والتقنية المستعملة، تسمح لكل شخص بتحويل الأموال".

عرفت أيضا على أنها:" وسائل تسمح بتحويل الأموال لكل شخص، مهما كان السند المستعمل «سند بنكي كالشيكات الخاصة ،بطاقات الدفع، سند لأمر، تحويلات بنكية"[851].

فدور البنك هنا هو دور المشرف و القائم على تسيير هذه الوسائل و ادارتها ، باصدار الشيكات وأيضا بإصدار و خصم الأوراق التجارية الأخرى باسم ولحساب العميل، على هذا الأساس فإن وسيلة الدفع هي تلك الأداة المقبولة و الموثوقة اجتماعيا من أجل تسهيل المعاملات الخاصة يتبادل السلع والخدمات وتسديد الديون. وتدخل في زمرة وسائل الدفع، الى جانب النقود القانونية، تلك الاوراق التجارية وسندات القرض القابلة للتداول .

الفقرة الثانية: التعريف التشريعي بمصطلح إلكتروني

---

[849] - Yves Crozet, Bernard Belletante, Pierre-Yves, Bernard Laurent : Dictionnaire de Banque et BourszArmand Colin- Paris- Avril 1993- p 210

[850] -- -Duclos Thierry, Dictionnaire de la banque , 2ème édition , SEFI, bibliothèque national du canada, 1999, p308..

[851] -D'hoir Lauprêtre Catherine, Droit du crédit, édition ellipses, Lyon,1999, p. .11

قدمت التشريعات الغربية والعربية تعريفات عدة لمصطلح إلكتروني، ففي قانون الولايات المتحدة الأمريكية الموحد يعرف هذا المصطلح بأنه:" تقنية كهربائية، رقمية مغناطيسية، بصرية الكهرومغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا، يضم إمكانات مماثلة لتلك التكنولوجيا"[852].

وعرفها المشرع الأردني على أنها: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية ضوئية أو الكهرومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"[853].

يستخلص من خلال هاذين التعريفين أنهما جاءا شاملين لكل وسيلة تعمل بالتكنولوجيا الحديثة سواء كانت كهربائية أو رقمية مغناطيسية أو غير ذلك من التقنيات المماثلة.

أما في فرنسا، فلم يحد عن هذه القاعدة فأعطى مفهوما اوسع لمصطلح إلكتروني، اذ يشمل كل قطاعات الاتصال عن بعد ،حيث عرفه جانب من فقه التجارة الالكترونية على أنه:" استخدام لكل قطاع الاتصالات عن بعد"[854].

كما عرفه البعض الآخر على أنه:"القيام بأداء النشاط الاقتصادي التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنيت والشبكات والأساليب الإلكترونية وآليات الاتصال عن بعد ، مثل التلفون والفاكس وشبكات تربط بين أعضائها في مجالات محددة وهي شبكات الاتصال.

الفقرة الثالثة: تقنية الدفع الالكتروني.

تختلف تقنيات الدفع الالكتروني من وسيلة لأخرى ، و من تقنية لأخرى ، و هذا راجع الى كيفية الوفاء أو الدفع ، و باعتبار وسائل الدفع الالكترونية امرا مستحدثا و لكن لا يخرج في الأصل عن وسائل الدفع التقليدية من حيث المبدأ .

و باعتبار أن تسيير وسائل الدفع و تمكينها لفائدة عملاء البنك يعد النوع الثالث من العمليات المصرفية بجانب كل من الائتمان المصرفي و تسيير الودائع .

أولا: التعريف الفقهي لتقنية الدفع الالكتروني.

ظهرت عدة تعريفات فقهية للدفع الالكتروني، منها ما عرف هذه العملية كتقنية ومنها ما تحدثت عن الدفع الالكتروني كعملية وفاء، وتتلخص هذه التعريفات في:

---

[852] Hubert de VAUPLANE, le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers, R.J.C, le droit des affaires du xxi siècle , pp.190-191

[853]- المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردنية رقم 85 لسنة 2001؛ منشور على الموقع الالكتروني: www.Adonlow.com

[854] - جمال زكي الجريدلي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر تبكة الإنترنيت، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر ،2008، ص10.

1- "تقديم البنوك الخدمات المصرفية التقليدية أو المبتكرة من خلال شبكات اتصال إلكترونية، وتقتصر صلاحية الدخول اليها على المشاركين فيها وفقا لشروط العضوية التي تحددها البنوك، ومن خلال أحد المنافد على الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء بها بهدف: [855]

- إتاحة معلومات عن الخدمات التي يؤديها البنك دون تقديم خدمات مصرفية على الشبكة.
- حصول العملاء على خدمات مثل التعرف على معاملاتهم وأرصدة حساباتهم وتحديث بياناتهم وطلب الحصول على قروض.
- طلب العملاء عمليات مصرفية مثل تحويل الأموال. وذلك يتطلب أن يتوافر لدى البنوك سياسات وإجراءات لتقييم المخاطر والرقابة عليها ومتابعتها ".

وفريق آخر من الفقه ، عرف الدفع الالكتروني في اطار الوفاء الالكتروني، في تعريفان ، واسع وضيق:

- يقصد بالوفاء الالكتروني بمعناه الواسع كل عملية دفع لمبلغ من النقود تتم بأسلوب غير مادي لا يعتمد على دعامات و رقية بل بالرجوع الى آليات الكترونية.

كما عرفت بأنها:" عقد بين الآمر بالتحويل المصرفي والبنك مصدر الحوالة، يلتزم بموجبه ان يدفع بنفسه أو بواسطة غيره مبلغا من النقود يعادل قيمة الحوالة الى المستفيد مقابل عمولة متفق عليها". [856]

أما الوفاء الالكتروني بالمعنى الضيق ،فيقتصر على عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين.

ورغم أن الوفاء الالكتروني بمعناه الواسع قد أخد مكانه في حياتنا ،خصوصا الدفع بواسطة البطاقات المصرفية، غير أن الوفاء بمعناه الضيق مازال يطل علينا باستحياء لع دة أسباب لعل من أهمها المخاطر الكبيرة التي يمثلها الدفع عبر شبكة مفتوحة عالميا كشبكة الإنترنيت، وان كان ظهوره يؤذن بولادة العديد من آليات الدفع الالكتروني الآمنة التي تعمل المؤسسات المصرفية ليل نهار من أجل الوصول إليها، اذ عليها ستبني ثقة المستهلك ومن وراء ذلك صرح التجارة الالكترونية برمتها.

أما عن تعريف الدفع الإلكتروني، فقد ظهرت عدة تعاريف فقهية لعل أهمها التي عرفته بأنه "المال أو العملة التي تتبادل بصفة إلكترونية، يتضمن ذلك حوالة الأموال الالكترونية والدفع المباشر ويسمى أيضا النقود الالكترونية، وتكمن الحاجة إلى عمليات الدفع الالكتروني في تنفيذ الإجراءات الالكتر ونية، مثل :

- تحويل الأموال بين البنوك والعملاء
- الدفع للشراء عن طريق الانترنت مقابل الحصول على السلع أو الخدمات
- تسديد مستحقات الدولة على المواطن مثل غرامات المخالفات وغيرها

---

[855] محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي 10 و 12 ماي 2006، ص 17 منشور على الموقع http:// slconf.uaeu.au

[856] أيمن قديح الدفع الالكتروني من يحميه؟ ،2006/06/09، منشور على الموقع:

http:// analyseer.net

- تسديد الفواتير الخدمات الأساسية مثل الماء والكهرباء والهاتف وغيرها. "[857]

يلاحظ على هذا التعريف، أنه حصر وسائل الدفع الالكتروني في النقود الالكترونية دون ذكر الوسيلة التي تتم بها، في حين أن وسائل الدفع الالكتروني تتعدد بين الأوراق التجارية الالكترونية «سواء الشيكات الالكترونية أو السفاتج الالكترونية» وبطاقات الدفع الالكتروني وكذا محافظ النقود الالكترونية و غيرها من الوسائل.

أما المجلس الاقتصادي الفرنسي فلقد عرف الدفع الالكتروني أنه:" مجموعة التقنيات الإعلامية ،المغناطيسية أو الالكترونية...الخ. تسمح بتحويل الأموال دون دعامة ورقية والتي ينتج عنها علاقة ثلاثية".

ثانيا: التعريف القانوني الدفع الالكتروني.

الى جانب ذلك صدرت العديد من التعريفات للدفع الالكتروني مسايرة للأوضاع ومتطلبات التجارة الالكترونية فنجد القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر عام 2001 من لجنة الأمم المتحدة «unicitral» يعرف هذا القانون التحويل المصرفي على أنه: "مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفعالصادر عن الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد". ويشمل التعريف أمر الدفع صادرعن بنك الأمر أو أي بنك وسيط تهدف الى تنفيذ أمر الدفع الصادر عن الآمر[858].

كما عرف المشرع الأمريكي تقنية أمر الدفع وبالتحديد في التقنين التجاري الموحد [859]«» بأنه:" مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر من المستفيد بهدف الدفع للمستفيد من الأمر، ويتم ذلك شفويا، الكترونيا أو كتابيا ويشمل ذلك أي أمر صادر من بنك الآمر، أو البنك الوسيط يهدف الى تنفيذ أمر الآمر بالتحويل ،ويتم نقل القبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأمر"[860].

أما عن التشريعات العربية فقد عرفه المشرع التونسي بأنها: "الوسيلة التي تم كن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات"[861].

---

[857] روان عبد الرحمن العبدان، تطبيقات آمنة في عمليات الدفع الالكتروني، مركز التميز لأمن المعلومات، المقالات العلمية؛ منشورة على الموقع الالكتروني:
http://coeia.edu.sa/index.php/ar/asuurance-awarness/articles/58

[858] - أنظر، المادة 06 من القانون النمودجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر عن لجنة الأمم المتحدة 1992 الذي تنص على:
«Crédit de transfert signifie que les servies d'exploitation, en commençant par ordre de paiement du donneur d'ordre, faite dans le but de planifier ami et l'dispersal d'un bénéficiaire, le terme inclut tout ordre de paiement émis par la banque origine ou tout inter media rye banque avait l'intention effectuer le ordre de paiement du donneur d'... ».

[859] UCC Uniform Commercial Code

[860] - Article 4A-103, du code uniforme commerciale «ucc»: ordre de paiement «signifie une instruction d'un expéditeur à une banque recevions, transmettes verbalement, électroniquement ou par écrit à payer, ou de causer une autre banque de payer un fixe ou déterminable somme d'argent à un » bénéficier par l'American Law Institute. en, disponible sur: www.law.cornell.edu

[861] - الفصل الثاني من القانون 82 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية ووسائل الدفع الالكتروني

أما عن المشرع الجزائري، يمكننا الرجوع الى المادة 69 من قانون النقد والقرض 11/03 والتي ورد فيها:"تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"[862]،

الفرع الثاني: التعريف بأطراف العلاقة في وسائل الدفع الالكتروني

وتتداخل في هذه العملية في دورتها المتكاملة مجموعة من الأطراف وهي:

1- المنظمة العالمية.
2- البنك المصدر للبطاقة.
3- البنك التاجر
4- حامل البطاقة.
5- التاجر المورد .

الفقرة الأولى: الهيئات المصدرة للبطاقات المصرفية.

لقد تم تقسيم مصدري البطاقات المصرفية الى ثلاث فئات، وهي:

1. المنظمات العالمية؛
2. المؤسسات المصرفية الكبيرة؛
3. المؤسسات التجارية الكبيرة.

1- الفئة الأولى: المنظمات العالمية.

تعتبر هذه المنظمة هيئة مالية، الأعضاء فيها هم البنوك والمؤسسات المالية التي تصدر البطاقة ، ولا تستطيع هذه البنوك اصدار البطاقة إلا بإذن من هذه المنظمة صاحبة الامتياز. و من مهامها :

- تزويد الأعضاء بالخبرة الفنية والإدارية في إدارة نشاط إصدار البطاقات؛
- وتقديم الخدمات المختلفة لهم بسعر التكلفة لتسهيل معاملاتهم؛
- عمليات المقاصة والتسويات، وعمليات التفويض؛
- تسعى الى ايجاد الحلول المناسبة لتسوية المشكلات التي قد تحدث بين الأعضاء.

تصدر البطاقات البنكية من طرف مجوعة من المنظمات العالمية منها :

أ- بطاقة فيزا الدولية

وتعد أكبر شركة دولية في إصدار البطاقات الائتمانية، مقرها لوس أنجلس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، يعود تاريخ إنشائها إلى عام 1958، ومع بداية 1981 قامت هذه الشبكة بإعادة هيكلة نفسها، حيث أصبحت تسمى فيزا العالمية ، كما تعد صاحبة الامتياز للبطاقات المصرفية التي تحمل اسم" فيزا "للمصارف التي تريد حمل شعارها التجاري[4]، وهي لا تقوم بإصدار هذه البطاقات وليست مؤسسة مصرفية، بل هي عبارة عن ناد يضم جميع البنوك والمؤسسات المالية الأعضاء التي تلتزم بالأنظمة واللوائح

[862] - من امر 03-11 المؤرخ في 26أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم «ج،ر عدد 16».

المعمول بها في المنظمة، وتقوم منظمة Visa بمساعدة أعضائها على ادارة خدماتهم ،أما ادارتها فتتشكل من ممثلي البنوك الأعضاء[863].

ترخص للبنوك الراغبة في اصدار البطاقة «فيزا» حسب الاتفاق المبرم بينها وبينهم، وتتميز بمرونة كافية بحيث تخضع البطاقات الصادرة من أعضاء منظمة «فيزا» للأنظمة التي يضعها البنك المصدر لها ،وفقا لما يتناسب مع تطلبات عملائه وأنظمته الداخلية دون تدخل من هذه المنظمة، وفي ضوء هذه المرونة يمكن أن تكون البطاقة المصدرة بطاقة خصم فوري من الرصيد «الحساب الجاري»، أو بطاقة خصم شهري، أو بطاقة ائتمان «اقراض»، كل ذلك اعتماداً ا على سياسة البنك المصدر، حيث تتعاقد هذه الهيئات مع أحد الفروع الكبرى التابعة لهذه الشبكة والتابعة لمنطقة نشاطها وهي:

- فيزا الولايات المتحدة الأمريكية
- - فيزا أروبا
- الشرق الأوسط
- فيزا آسيا والباسيفيك
- - فيزا كندا
- فيزا أمريكا اللاتينية.

- **بطاقة الفيزا الفضية**: وهي ذات حدود ائتمانية «إقراض» منخفضة نسبيا، تمنح لأغلب العملاء الحد الأدنى من المتطلبات.

توفر هذه البطاقة جميع أنواع الخدمات المتوافرة من قبل منظمة الفيزا كالسحب النقدي من البنوك، أو أجهزة الصراف الآلي، أو الشراء من التجار.

- **بطاقة الفيزا الذهبية**: وهي ذات حدود ائتمانية «اقراض» عالية وتمنح العملاء اضافة الى الخدمات المتوافرة للبطاقة السابقة تأمينا على الحياة، وخدمات أخرى دولية فريدة كأولوية الحجز في مكاتب السفر، والفنادق، والتأمين الصحي، والخدمات القانونية.

- **بطاقة فيزا إلكترون**: وتستخدم في أجهزة الصرف الآلي الدولية أو في الأجهزة القارئة للشريط المغناطيسي[3]. وهذا النوع هو الذي يميز شركة الفيزا عن بقية الشركات المانحة، اذ تمكن المستهلكين

[863] - عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية تحليلية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة في دورته العاشرة، المنعقدة بجدة في 23 صفر عام 1418 هجرية، ومجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دورته السابعة والأربعين، المنعقدة بمدينة الطائف في 22 ربيع الأول عام 1418 هجرية، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية ،2003، ص 34.

باستخدام الدفع من حساباتهم دون الحاجة إلى حمل مبالغ مالية نقدية، إضافة إلي سحب المبالغ النقدية من أجهزة الصراف الآلي في جميع أنحاء العالم بشكل آمن ومريح وبعيدً ا عن أي إجراءات معقدة[864].

ب- ماستر كارد

مركزها في سانت لويس بنيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية[865]، وهي ثاني أكبر شركة دولية في إصدار البطاقات الائتمانية من حيث الانتشار بعد فيزا،

وتعتمد في عملها خارج الولايات المتحدة الأمريكية على الشبكات الوطنية للبنوك أو الشبكات المحلية لمجموعة من الدول أو حتى على بنك واحد يتمتع بالتوفيق النسبي داخل سوقه المحلي .

بل تمنح عضويتها لبنوك تتولى اصدار البطاقات والتعاقد مع التجار.

تمنح بطاقة ماستر كارد تراخيص اصدار ثلاثة أنواع من بطاقاتها وهي:

- **بطاقة ماستر كارد الكترون المحلية**: وهي ذات حدود ائتمانية «اقراض» منخفضة.
- **بطاقة ماستر كارد الفضية**: وهي ذات حد ود ائتمانية «اقراض» منخفضة نسبيا تمنح لأغلب العملاء، عند انطباق الحد الأدنى من المتطلبات عليهم، توفر هذه البطاقة جميع أنواع الخدمات المتوافرة من قبل منظمة الفيزا كالسحب النقدي من البنوك، أو أجهزة الص راف الآلي، أو الشراء من التجار.
- **بطاقة ماستر كارد الذهبية**: وهي ذات حدود ائتمانية «اقراض» عالية وتمنح العملاء اضافة الى الخدمات المتوافرة للبطاقة السابقة تأمينا على الحياة، وخدمات أخرى دولية فريدة كأولوية الحجز في مكاتب السفر، والفنادق، والتأمين الصحي، والخدمات القانونية.

2- الفئة الثانية: المؤسسات المصرفية الكبيرة.

ترجع فكرة استعمال بطاقة الدفع لتعويض استعمال النقود الورقية لبدايات القرن الماضي وكمثال عن تلك الأنواع الأولى، فقد منحت شركة "واسترن يونيون للبريد سنة 1914 لزبائنها ذوي السمعة الجيدة بطاقة جديدة مسجل عليها معلومات عن صاحبها بغرض تسهيل عملية استلام الرسائل.

وقامت أيضا سنة 1920بعض الشركات الأمريكية بطرح بطاقة مشابهة و لنفس الغرض[866].

وتصدر هذه البطاقات الائتمانية مباشرة عن المؤسسات المصرفية العالمية التي تشرف مباشرة على عملية الإصدار، دون منح رخص الاصدار لأي مصرف أو مؤسسة مالية أخرى، كما أنها تتولى بنفسها التعامل مع حملة بطاقاتها، أهم بطاقة ائتمانية صادرة عن مؤسسة مالية عالمية مثل :

مؤسسة اميركان اكسبرس نصدر بطاقاتها مثل :

---

[864] حسين محمد الشبلي ومهند فايز الدويكات، التزوير والاحتيال بالبطاقات الائتمانية، سلسلة الجرائم المالية والمستحدثة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2009، الطبعة الأولى، ص16.

[865] محمد الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن ،2004، ص513.

[866] إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية مفاهيم إستراتيجيات التطبيق في المؤسسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005 ص28.

بطاقة اميكس او اميركان اكسبرس؛

بطاقة أمريكان إكسرس الماسية ؛

اميركان اكسبرس الذهبية

البطاقة الخضراء

مؤسسة داينرز كلوب :

هي شركة تنافس في سوق السفر، فهي موجهة في الأساس للمسافرين المتميزين، حيث تمنحهم بعض المزايا والعروض الخاصة بالسفر ، تصدر بطاقات متنوعة مثل:

- بطاقات الصرف المصرفي لكافة العملاء .
- بطاقات الأعمال التجارية لرجال الأعمال .
- بطاقات التعاون مع الشركات الكبرى مثل شركات الطيران .

كما توجد العديد من المؤسسات في العالم تصدر مختلف البطاقات الائتمانية وغيرها

3- الفئة الثالثة: المؤسسات التجارية الكبرى.

من أجل المحافظة على العملاء وتسهيل تعاملاتهم، قامت العديد من المؤسسات التجارية مثل الفنادق، المطاعم، محطات البنزين،... باصدار بطاقات خاصة يستخدمها عملائهم المتميزين في تسوية مشترياتهم من هذه المؤسسات وفروعها المنتشرة .

حتى أصبحت تصدر بصيغ متشابهة للبطاقات الائتمانية، وتحت مسميات مختلفة مثل:

- بطاقة الشراء من محل تجاري .

تمكنهم هذه البطاقة من الشراء من أي محل أو أي قسم في حدود مبلغ معين خلال الشهر على أن يتم سداد قيمة هذه المشتريات في نهاية كل شهر، ويتم تحميل العميل بفوائد بنسب متفق عليها مسبقا في حالة عدم السداد في الموعد المتفق عليه. [867]

الفقرة الثانية: الجهة المصدرة لوسيلة الدفع،[868]

وهو البنك الذي له الحق في اصدار بطاقات الائتمان لعملائه ، مث المؤسسات السابق ذكرهم ، ولا يكون ذلك إلا بعد الحصول على ترخيص معتمد وموافقة الهيئة أو المنظمة العالمية الخاصة بإصدار هذه البطاقات، اذ تقوم هذه الأخيرة بدراسة طلبات تلك المصارف والمؤسسات التي ترغب بإصدار بطاقة خاصة بها، وتقرر قبولها أو رفضها بعد تقويم مركزها المالي[869].

---

[867] سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة)البطاقات البلاستيكية(، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2007، ص 65.

[868] حسين محمد الشبلي و مهند فايز الدويكات، المرجع السابق، ص25.

[869] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص36.

وبعد الحصول على الموافقة، تقوم المصارف والمؤسسات بإصدار بطاقات وتسويقها على من يرغب في استخدامها من العملاء وفقا لما يتناسب مع متطلبات هؤلاء العملاء والأنظمة الداخلية للمصرف،

ويلتزم المصرف المصدر أمام المنظمة العالمية فقط باحترام الأنظمة والقواعد العامة الاجرائية لنظام البطاقات التي تصدرها المنظمة.

ومن المعروف أن اصدار هذه البطاقات للعملاء تتم بناء على طلبهم ومقابل رسم اشتراك سنوي يدفعه العميل. وتجدد تلقائيا بناء على رغبة العميل

الفقرة الثالثة:البنك التاجر.

هو المصرف أو المؤسسة المالية التي تقوم بالترويج لاستخدام البطاقة من قبل أصحاب المتاجر والخدمات، وهي الجهة التي تتولى التعاقد معهم لتخويلهم بقبول البطاقة أينما كان مصدرها ومن أي بلد في العالم، كما تقدم لهم الأجهزة اللازمة وكل مايحتاجونه من بيانات ومعلومات.

وبناء على هذا التعاقد يقوم المصرف التاجر بدفع فواتير البيع للتجار ومتابعة تحصيلها من المصارف المصدرة للبطاقة مقابل عمولة مقررة متفق عليها بين الطرفين «المصرف التاجر والتاجر الذي يقبل باستخدام البطاقة»، وبطبيعة الحال يقوم المصرف التاجر بهذه المهمة بعد اعتماده رسميا من قبل المنظمة العالمية كمصرف تاجر، وقد يكون المصرف التاجر مصرفا مصدرا في الوقت نفسه[870].

ويتم الحصول على هذه البطاقة عن طريق التعاقد مع البنك المصدر لها وفق شروط مبرمة في العقد، ولا يقوم البنك بإصدارها إلا بعد دراسة طلب العميل أو بعد التأكد من وجود الضمانات الكافية التي تتناسب مع السقف الائتماني المصرح للبطاقة[871].

الفقرة الرابعة: حامل البطاقة.

وهو الشخص الذي يحصل على البطاقة من البنك المصدر لاستخدامه الشخصي لها كوسيلة دفع، مقابل الحصول على السلع والخدمات أو اتمام الصفقات التجارية والحصول على احتياجاته النقدية من البنوك المصرح لها بالتعامل

ويتم الحصول على هذه البطاقة عن طريق التعاقد مع البنك المصدر لها وفق شروط مبرمة في العقد، ولا يقوم البنك بإصدارها إلا بعد دراسة طلب العميل أو بعد التأكد من وجود الضمانات الكافية التي تتناسب مع السقف الائتماني المصرح للبطاقة[872].

الفقرة الخامسة: التاجر المعتمد أو المورد

---

870 عمر سليمان الأشقر ،المرجع السابق، ص52.

871 حسين محمد الشبلي ومهند فايز الدويكات، المرجع السابق، ص25.

872 حسين محمد الشبلي ومهند فايز الدويكات، المرجع نفسه، ص25.

التاجر هو الشخص طبيعي او اعتباري ، الذي اعتمد قبول البطاقة في عمليات البيع أو تقديم الخدمة المطلوبة، وذلك بمقتضى اتفاقية مبرمة بين التاجر والمصرف التاجر، وتتضمن هذه الاتفاقية الأسس والإجراءات الفعلية لتأدية هذه المهمة[873].

ويلزم نظام هذه البطاقات بوجود علاقة مسبقة بين هؤلاء التجار وأحد المصارف الأعضاء في المنظمة والذي يسمى في هذه الحالة المصرف التاجر، بحيث يتم التعاقد بينهما ويخول التاجر بموجبه قبول التعامل بالبطاقة أينما كان مصدرها ومن أي بلد في العالم، ويلتزم البنك بدوره بسداد المبالغ المستحقة جراء استخدام تلك البطاقة خلال فترة يتفق عليها

وتتحدد آلية العمل في هذه المرحلة في كون التاجر عند قبوله استخدام البطاقة بدل النقد من أي عميل حامل للبطاقة، وكذلك بعد اصداره ما يسمى بقسيمة البيع التي يظهر فيها نوع الخدمة وتاريخها والمبلغ المطلوب، ويقوم التاجر بتسليم نسخة للعميل، ويحتفظ بدوره بنسخة له، ثم يرسل أصل القسيمة الى المصرف الذي يتعامل معه «المصرف التاجر» طالبا تحصيل قيمتها في حسابه.

وعند دفع قيمة القسيمة المستحقة للتاجر، يقوم المصرف التاجر بدوره بتحصيل تلك المبالغ من مصدري البطاقة عن طريق نظام المقاصة والتسويات لدى المنظمة العالمية التي تتبع لها البطاقة.

المطلب الثاني: مزايا وسائل الدفع الالكتروني.

وتتميز وسائل الدفع الالكترونية بمجموعة من المميزات التي جعلتها أكثر استخداما وخاصة في المجتمعات المتقدمة اقتصاديا وثقافيا، من أهم مميزاتها « المميزات العامة»[874]:

أ. أداة وفاء مقبولة كوسيلة دفع دولية في شتى أرجاء العالم بدلا من مخاطر حمل النقود.

ب. أداة وفاء شخصية مما يوفر لها عنصر الأمان

ج. وسيلة مرنة لسداد تكاليف

د. وسيلة سهلة وعلى درجة عالية من الدقة في تسوية المعاملات وإجراء المقاصة بين البنوك المختلفة

الفرع الأول:مزايا وسائل الدفع الالكتروني بالنسبة لأطراف العلاقة.

يتمثل أطراف العلاقة التعاقدية بالنسبة لوسائل الدفع الالكترونية كما سلف ذكرهم: المستهلك ،التجار وهم المصدرون

الفقرة الأولى: بالنسبة للمستهلك حامل البطاقة

1. الاستفادة من الفارق بين قسمتها المعروضة والقيمة المختزنة:

873 سليمان الاشقر، المرجع السابق، ص62.

874 محمد فخري مكي، نظم التشغيل الإلكتروني في البنوك ، منشورات معهد الدراسات المصرفية، القاهرة 1990، ص 17.

قد يقوم المصدر ببيع هذه الوسائل بقيمة تقل عن القيمة المختزنة، وذلك من شأنه أن يشجع المستهلك على التعامل بهذه الوسائل.[875]

2. السهولة في الاستعمال : فيقوم بتسديد ما يترتب عليه عبر ابراز بطاقته المسبقة الدفع وتمريرها في الجهاز الخاص الموجود لدى التاجر لاستقبال البطاقة.

فإن وسائل الدفع الالكترونية تغني عن التعاملات المصرفية حيث لا وجود لعمليات ملء الاستمارات أو اجراء استعلامات مصرفية عن المستهلك. [876]

3. الشعور بالأمان والخصوصية: تعتبر وسيلة توفر على المستهلك حمل النقود وما يترتب على ذلك من مخاطر ضياعها أو سرقتها[877].

4. الاستغناء عن حمل دفتر الشيكات: اذ تجنبه حمل دفتر شيكات قد يعرضه ضياعه أو سرقته لمخاطر جسيمة

5. تكلفة تداولها زهيدة: يعد ذا تكلفة زهيدة وأقل بالنسبة الى استخدام الأنظمة المصرفية التقليدية حيث تستوفي نسب ونفقات على كل صفقة تجري عبرها. [878]،

الفقرة الثانية: بالنسبة للتاجر المعتمد .

يقوم باستقبال المستهلكين الذين يرغبون بالدفع بوسائل الدفع الإلكترونية، وذلك بعد قيامهم بإتمام التجهيزات الخاصة للدفع بهذه الوسائل، وأهم الأسباب التي تغري التجار بقبول هذه الوسائل و هي :

1- ضمان الدفع: حيث يعلم التجار أن القيمة الالكترونية التي قام المستهلك بدفعها لهم قابلة للتحويل الى نقود عادية بدون أدنى شك، وذلك بضمان المؤسسة التي قامت بإصدارها[879]، و هي مختزنة ومسبقة الدفع في أغلبها.

---

[875] أما المنفعة التي يجنيها المصدر في هذه الحالة فتكون من خلال استثمار القيمة التي تم دفعها مسبقا، حيث يعلم المصدر أن المستهلك لن يستخدم القيمة التي اشتراها في مدة قصيرة جداً، أو على الأقل لن يقوم كافة المستهلكين باستخدامها خلال هذه المدة، وبالتالي تكون لديه الفرصة للاستفادة من عامل الوقت بين تاريخ شراء هذه الوسيلة وتاريخ إنفاقها لاستثمار المبلغ المدفوع مسبقاً.

[876] - وسائل الدفع الالكترونية تمنح للمستهلك أو حامل هذه الوسيلة إمكانية سحب الأموال من الموزعات الأوتوماتيكية للمصارف أي الصرافات الآلية لمزيد من المعلومات أنظر: بيار ايميل طوبيا، بطاقة الاعتماد والعلاقات التعاقدية المنشئة عنها، دراسة تحليلية مقارنة على ضوء أحدث قرارات النقض الصادرة عن محكمة التمييز الفرنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،2000، ص19.

[877] نواف عبد الله أحمد باتوباره، منافع والتزامات ومخاطر بطاقة الائتمان، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السنة 13، المجلد 13 العدد 25، أفريل، 1998، ص193.

[878] مثلا رسم الاشتراك السنوي لمجموعة الـ Cart Blue يبلغ 145 فرنكا للبطاقة المحلية الداخلية و 185 فرنكا للبطاقة الدولية الخارجية، في حين الفوائد التي تترتب على للمؤسسة عن فتح الاعتماد مرتفعة في أمريكا وكندا مجموع الفوائد يبلغ 1,5 بالمائة في الشهر أي ما يوازي 18 % سنويا. أنظر؛ بيار ايميل طوبيا، المرجع السابق، ص19.

[879] رغم أن بعض الموردين قد تشتكي من الأعباء المالية التي تترتب علىهم بموجب التعامل بوسائل الدفع الالكتروني، كون أن المؤسسات المصدرة تستوفي من المورد نسبة مئوية ضئيلة على مجموع الفواتير.
لكن يستفيد التجار بالمقابل من ضمانات الدفع التي تؤمنها مؤسسة الاصدار ويتجنبون بالتالي مخاطر ومساوئ الشيكات بدون رصيد. لمزيد من المعلومات. أنظر؛ بيار ايميل طوبيا، المرجع السابق، ص60.

2- ترويج وزيادة مبيعات التجار: حيث تؤدي وسائل الدفع الالكتروني الى خلق حافز الانفاق.

1. استقطاب عملاء جدد:[880]

وذلك من خلال الاستفادة من الحملات الدعائية التي يوظفها مصدرو النقود، لاسيما بالنسبة للمؤسسات التي تقدم الخدمات.

3- الحماية الاضافية للمال: من خلال انقاص حجم النقود السائلة لدى التجار[881]،، وأيضا تقليل مخاطر سرقة النقود[882].
4- تتلاءم وسائل الدفع الالكترونية مع التقنية الحديثة في مجال التسويق.
5- انقاص مدة مرور المستهلك أمام خزينة الدفع.

الفقرة الثالثة: بالنسبة للمصارف المستخدمة لوسائل الدفع الالكتروني. [883]

تظهر أهمية وسائل الدفع الالكترونية من خلال العوامل التالية:
1- الاستغلال المتوازن: ويقصد به التوازن في نفقات الاصدار والإيرادات المحصلة من استعمال وسائل الدفع الالكترونية. فهي تختصر تكاليف الأعمال الورقية المصاحبة لاستصدار الشيكات التقليدية من جهة ،وتتجنب نفقات العد والحفظ الملازمة للنقود السائلة من جهة ثانية،
2- الحصول على دخل[884]: وذلك من خلال استيفاء رسوم اصدار البطاقة وتجديدها،
3- النسبة المقتطعة من قيمة مشتريات حامل البطاقة: ويمثل هذا الاقتطاع المصدر الرئيسي للدخل بالنسبة للمصدر،
4- تستفيد المؤسسات المصدرة من التوفير الناتج عن تقليص حجمالتداولات اليدوية بالنقود.

الفرع الثاني: المزايا الاقتصادية لوسائل الدفع الالكتروني[885].

ما يميز العمل المصرفي، هو تعاظم دور التكنولوجيا المصرفية، والعمل على تحقيق الاستفادة القصوى من منافعها ، بغية تطوير نظم ووسائل تقديم الخدمات المصرفية وابتكار منتجات مصرفية جديدة تتسم بالكفاءة والسرعة في الأداء، بما يتواءم مع الإيقاع المتسارع للصناعة المصرفية.

---

880 إن التاجر الذي يقبل في التعامل ببطاقات الائتمان يكسب ميزة تنافسية عن بقية التجار وخاصة الذين لا يتعاملون مع هذا النوع من البطاقات ،كما تزيد من تهرة التاجر نتيجة إدراج اسمه في الدليل الذي يوزعه البنك على حملة هذه البطاقات. أنظر؛ عطية سالم عطية، بطاقات الدفع الإلكترونية وأهميتها في عصرنا الحديث، منشورات معهد الدراسات المصرفية، القاهرة ،1998، ص 121.

881 طارق محمد حمزة، النقود الالكترونية كإحدى وسائل الدفع، تنظيمها القانوني والمسائل الناتئة عن استعمالها، منشورات زين الحقوقية ،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ،2001، ص 94. .

882 عبد الباسط أبو الوفاء، سوق النقود الالكترونية «الفرص- المخاطر-الآفاق»، مجلة مصر المعاصرة، العدد 471، 472، 2003، ص 243.

883 نواف عبد الله أحمد باتوباره، المرجع نفسه ،ص 196، 197.

884 تعتبر الفوائد والرسوم والغرامات من الأرباح التي تحققها المصارف والمؤسسات المالية، فقد حقق "سيتي بانك" أرباح من حملة البطاقات الائتمانية عام 1991 بلغت 1 بليون دولار. أنظر؛ حسن تحاذة الحسين، العمليات المصرفية الالكترونية"، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، مداخلة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية ،2002، ص:195.

885 - A-Jauffret – Manuel de droit commercial- 22 ème édition par jacques Mestre- LGDJ-Delta- 1995

لابد من أن يؤثر ظهور وسائل الدفع على الاقتصاد بشكل عام[886]، والتجارة الالكترونية بشكل خاص، خصوصا وأن هذه الوسائل يتم تداولها إلكترونيا، وبتالي فإن من شأن ذلك أن يؤدي الى تغييرات في الواقع التجاري لاسيما بالنسبة للأمور التالية:

1- عدم خضوع وسائل الدفع الالكتروني للحدود:
2- تسهيل تسويق المنتجات عبر الإنترنت:
3- تعزيز التجارة الالكترونية عن طريق البطاقة الذكية
4- تسويق المنتجات ذات القيمة الزهيدة
5- تفادي مخاطر التحصيل النقدي أو الدفع بالشيكات بدون رصيد
6- تأمين أهمية اقتصادية عامة : وسائل الدفع الالكترونية ، يفيد في التوفير في تكاليف طباعة وصك فئات العملة الصغيرة والمعدنية، ومن تقليل نفقات التداول اليدوي.

المبحث الثاني: أنواع وسائل الدفع الالـكتروني

توجد علاقة وطيدة بين الأشكال المختلفة للتجارة وتنوع طرق تسوية المعاملات الناتجة عن هذه التجارة[887]، ولهذا خلق هذا الواقع السريع وسيلة جديدة لتسوية الديون تتماشى مع التطور السريع للمعاملات التجارية ألا وهي نقود الودائع أو ما تعرف بالنقود المكتوبة أو الافتراضية .

لجأت الشركات والمؤسسات الدولية المهتمة بالتجارة الالكترونية الى وسيلة جديدة لتسوية المعاملات التي تنشأ عن هذه التجارة ألا وهي النقود الالكترونية Electronic Money، التي نشأت خصيصا لتسوية معاملات التجارة الالكترونية عبر الانترنت .

لذلك يمكن التمييز بين نوعين من وسائل الدفع وهي ، «الأوراق التجارية الالكترونية، التحويلات البنكية والبطاقات البنكية .

المطلب الأول: وسائل الدفع الالكترونية.

تتلخص وسائل الدفع الالكترونية التقليدية والمطورة، في الأوراق التجارية الالكترونية والتحويلات المصرفية الالكترونية والبطاقات البنكية.

---

886 أنظر؛ فيزا: وسائل الدفع الإلكترونية أكثر كفاءة من النقد وفوائدها تعم على الاقتصاد 2005 ©تقرير مينا www.menareport.com منشور على الموقع الالكتروني:
http://www.albawaba.com/ar/

887 وكل تكل من أتكال التجارة يتماتى معه تكل معين من أتكال التسوية أو الدفع. أنظر في هذا التطور؛
BERNIER «J.-P», Les moyens de paiement des espèces a la monnaie électronique. Banque éditeur, 1997, p.24.

الفرع الأول: الأوراق التجارية الالكترونية والتحويلات المصرفية الالكترونية.

، يظهر جليا أن الدراسة سوف تنحصر حول وسائل كانت موجودة من قبل ، ولم يتغير فيها سوى طريقة معالجتها وتداولها، وأصبحت الأوراق التجارية الالكترونية تسمح للدائنين بإدارة حساباتهم وحسابات عملائهم بكلفة قليلة[888].

لذلك أول شيء يمكن الحديث عليه هو هل تختلف هذه الأوراق عن الأوراق التقليدية؟ وما هو النظام القانونية الذي تخضع له؟

الفقرة الأولى: الاوراق التجارية الالكترونية

اولا : السفتجة الالكترونية.

يرجع تاريخ بدء العمل بالسفتجة الالكترونية الى 2 جويلية 1973 ، من طرف لجنة «Gillet» المتعلقة بتخفيض الائتمان قصير الأجل.

وهذا ما جعل الفقهاء يجددون الأبحاث فيما يخص الأوراق التجارية الالكترونية ، و جعلوها باعتبارها كعملية مصرفية محضة ، أسوةً بالتجربة الفرنسية[889]، اذ أن السفتجة هي نتاج العمل المصرفي صرف ، وليد العرف المصرفي و المالي و ليس انشاءً التشريعي[890].

والواقع أنه ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية أن توجد سفاتج الكترونية بين الأفراد والشركات مع بعضها البعض من خلال الشبكات الخاصة، بل ومن خلال شبكة الانترنت وان كان هذا التصور يحتاج الى قدر أكبر من التنظيم الفني والقانوني، خاصة في ضوء الاعتراف بحجة المستندات الالكترونية ووجود طرف ثالث مثل هيئات التصديق الالكترونية التي تضمن الموثوقية والمصداقية لدى الأطراف المتعاملة بسند السحب الالكتروني[891].

1- : تعريف السفتجة الالكترونية.

يمكن تعريف السفتجة الالكترونية على أنها:" محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بصفة كلية أو جزئية، يتضمن أمر من شخص يسمى الساحب الى شخص آخر يسمى المسحوب عليها بأن يدفع مبلغا من النقود الى شخص ثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين"·

888 لقد تم تطبيق نظام السفتجة الالكترونية واستخدامها كوسيلة لتحصيل الديون وجرى تداولها عام 1970، وكان ذلك نتيجة لجهود الباحثة جيلي «Gilet .Gl». أنظر؛ محمود الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، ط1، دار وائل للنشر، ع همان، الأردن، 2004، ص 478 ،479.

889 محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، دار النهظة، مصر ،2001، ص7.

890 محمد بهجت عبد الله قايد ،المرجع نفسه ، ص 22.

891 ناهد فتحي الحموي، الأوراق التجارية الالكترونية، دراسة تحليلية مقارن، دار الثقافة، عمان ، الأردن، ط4، الاصدار الأول ،2009، ص 245 ؛ مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي ،2009، ص 245.

ما يمكن ملاحظته من خلال تعريف السفتجة الإلكترونية أنها لا تختلف على نظيراتها الورقية إلا من حيث البيئة التي يتم الوفاء بها[892]. لذلك فهي لا تختلف من حيث الشكل عن السفتجة التقليدية[893]، بل تعد تقليدية مع ضرورة استيفاء بعض البيانات التي تفرضها طبيعة السفتجة الإلكترونية وهي:

- اسم بنك المسحوب عليه .
- رقم حساب المسحوب عليه في هذا البنك .
- إسم الفرع الذي يوجد لديه حساب المسحوب عليه.
- وجود بند للقبول .
- وجود بند للضمان الاحتياطي.

وفي وقتنا الحالي، في الدول المتقدمة أغلبية السفاتج المحررة يتم معالجتها إلكترونيا، وهذاباستعمال الدعائم الالكترونية عوض الدعائم الورقية[894]. وهذا مالا نلمسه في الدول العربية[895].

2- أنواع السفاتج الالكترونية.

تتخذ السفتجة الالكترونية احدى الصورتين:

- السفتجة الالكترونية الورقية أو المقترنة بكشف؛
- السفتجة الالكترونية الممغنطة .

أ- السفتجة الالكترونية الورقية أو المقترنة بكشف « La Lettre de change relevé»

ويرمزلها اختصارا «L.C.R. paper» هذا النوع شبيه بالسفتجة التقليدية ،وهي تمر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: إنشاء سفتجة تقليدية قائمة على دعامة ورقية من قبل الساحب.

المرحلة الثانية: قيام المصرف الساحب بمعالجة السفتجة التقليدية إلكترونياً عند تقديمها اليه أو حتى بمناسبة تداولها ،عن طريق إدخال البيانات على دعامة ممغنطة ترسل إلى بنك المسحوب عليه.

ويشترط أن تتم الطباعة بطريقة تسمح بمعاملة السفتجة الالكترونية والإطلاع عليها باستخدام وسائل الاطلاع الآلية و البصرية وبوسائل المعلومات الحسية «الحاسب الآلي».

---

892 محمد عمر ذوابة، أكرم مالكي، عقد التحويل المصرفي الالكتروني «دراسة قانونية مقارنة»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد نشر ،2006، ص9.

893 تعتبر السفتجة في تكلها العادي على دعامة ورقية، عملا تجاريا حسب الشكل ووسيلة دفع، وتتضمن لصحتها الشروط الواردة في نص المادة الثالثة من القانون التجاري «الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر ستة 1975 يتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،2003».

894 Aujourd'hui la quasi-totalité des lettres de charge sont émises sous la forme informatique de lettre de change Relevé «L.C.R» dans le cas de l'utilisation sous forme électronique. Voir : TOERING Jean Pierre et BRION François, Les moyen de payements. Op. cit, p.73.

895 مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص347.

ب- **السفتجة الالكترونية الممغنطة**[896] **« »:**

ويرمز لها باختصار بـ » L.C.R«، هذا النوع من السفتجة هو المعنى الدقيق للسفتجة الإلكترونية، ذلك لأن الصكوك الورقية التي تحرر عليها السفاتج غير واردة هنا، وتصدر منذ البداية على دعامة ممغنطة مستوفية لكافة البيانات اللازمة لصحتها الخاصة بالمستفيد، المسحوب وتوقيع الكتروني. والواقع أن هذا النوع هو الذي يمثل قمة الاستفادة من التقنيات الالكترونية الحديثة، فتحرر وتتداول في كل مراحلها بالطرق الالكترونية[897]. لا نجد هذا النوع إلا عند الشركات العملاقة التي تملك شبكة من الحاسب الآلي تكون متصلة بأحد المصارف[898]

- **الفرق بين السفتجة الالكترونية الورقية المقترنة بكشف والسفتجة الالكترونية الممغنطة:**

قد لا يبدو الفارق جلياً فيما يتعلق بكل المراحل التي تلي مرحلة إيداع كل من السفتجتين لدى بنك الساحب، إلا أن الفارق الجوهري يتضح في مرحلة الانشاء: فالسفتجة الورقية المقترنة بكشف تنشأ كسفتجة عادية على دعامة ورقية ومتضمنة كل البيانات الإلزامية المطلوبة قانوناً، ثم بعد ذلك يتم إيداعها لدى بنك الساحب الذي يقوم بنقل بياناتها على دعامة ممغنطة. أما النوع الثاني من السفاتج الالكترونية فهي تنشأ منذ البداية على دعامة ممغنطة، فهي لا تعتبر كسفتجة حقيقية ومنذ نشأتها يض منها الساحب جميع البيانات الإلزامية ثم يقوم بإرسالها إلى كمبيوتر المقاصة.

وقد ثار التساؤل حول مدى صحة تسمية سفتجة ممغنطة؟

هل تعتبر السفتجة الإلكترونية سفتجة بكل معنى الكلمة وبالتالي تخضع لقانون الصرف أم أن تسميتها هذه لا تؤدي إلى تطبيق قانون الصرف عليها ؟

فإلى أي نظام تخضع هذه الكمبيالة ؟

ومن هنا يمكننا استنتاج البعد الذي يفرق بين السفتجة الالكترونية " L.C.R "والأعمال التجارية. اذا كانت ضمانات دفع هذا الأخير نتيجة قطعية لالتزامات الموقعين، بالتالي فإن ضمانات دفع السفتجة الالكترونية تعتمد أساسا على العلاقة التعاقدية والائتمان بين البنك وزبونه.

وعلى ذلك لا مناص للجوء الى القواعد العامة التي وضعها المشرع للأوراق التجارية التقليدية التي أدرج الفقه تسميتها بقانون الصرف[899] ، وفي رحاب هذه القواعد يثور التساؤل عن مدى خضوع السفتجة الالكترونية بنوعيها لقانون الصرف؟

اجابة الفقه[900] عن هذا السؤال

---

[896] La Lettre de change relevé magnétique

[897] مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع نفسه، ص347.

[898] محمد بن قينازي بن عبد الرحمن النيفات، المرجع السابق، ص34.

[899] هاني محمد دويدار، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2006، ص95؛ نادية فضيل الأوراق التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية ،2005، ص43.

[900] وأول ما يلاحظ في هذا الصدد هو غياب تنظيم قانوني متكامل لفكرة الأوراق التجارية الالكترونية، سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي ،صحيح أنه صدرت العديد من القوانين المتعلقة بالتجارة الالكترونية، والتوقيع الالكتروني، الا أنها ليست كافية لتنظيم لهذه الأوراق. مذكور عند مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص212؛ وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص62

أن السفتجة الالكترونية الورقية تخضع لأحكام قانون الصرف، أما الممغنطة فلا يمكن أن تخضع لأحكام هذا القانون.

وهذا ما ذهبت اليه اتفاقية جنيف[901] والتي ركزت على ضرورة وجود الورقة لاحاق وصف السفتجة عليها، وبالتالي لا يمكن تطبيق قواعد الصرف عليها لانعدام وجود الورقة منذ البداية.

وكنتيجة لعدم خضوعها لقانون الصرف فهي ليس عملا تجاريا من حيث الشكل. لذلك تنطبق قواعد القانون التجاري، [902].

فما هو الأساس القانوني لها ؟

ثالثا: الطبيعة القانونية للسفتجة الالكترونية الممغنطة.

ذهب معظم الفقهاء وقال بأن السفتجة الالكترونية تخضع لنظام يقترب من النظام الذي يخضع له أمر الدفع، فالبنك الذي يدفع بمناسبة سفتجة إلكترونية، يقوم بخصم المبلغ من رصيد زبونه «صاحب الرصيد»، بعدما يقوم هذا الأخير بالسماح بهذا الخصم عن طريق أمر الدفع لصالح المستفيد[903].

فإن تقنية الحوالة تشترك في السفتجة الالكترونية فعندما يقوم المودع لديه بإجراءات تحصيل ديونه من عميله وفقاً لطرق تعتمد فيها المعلوماتية يعتبر كأنه وكيلاً للعميل ، وتتم الوكالة من خلال تسليمه الأقراص الممغنطة مرفقة بورقة لائحة بالسفتجة، و يقوم المصرف بتنفيذ هذه الوكالة من خلال تمرير هذه الأقراص عبر كمبيوتر المقاصة. أما الدفع فيتم عن طريق أقراص ممغنطة أخرى وذلك من خلال بنك المدين ،الذي يتصرف في مواجهة مصرف الدائن بصفته وكيلاً عن المدين في دفع قيمة الكمبيالة. وفي النهاية يتم اختتام العملية عن طريق التحويلات من حساب إلى آخر أو نقل القيودمن حساب المدين إلى حساب الدائن[904].

وتجدر الإشارة إلى أن تسليم القرص إلى البنك لا يؤدي في ذاته إلى نقل ملكية الوفاء للبنك، وبالتالي لا يمكن أن تلعب هذه السفتجة دوراً كأداء ائتمان، لأن قواعد النظام الحالي للأوراق التجارية يشترط وجود محرر ورقي يثبت مثل هذه العمليات، والدور الوحيد الذي تلعبه هو في كونها أداة وفاء وذلك على عكس السفتجة الورقية المقترنة بكشف التي تلعب الدورين معاً[905].

ونفس الملاحظة يمكن ابدائها على القبول والتظهير في هذه السفاتج، لأنها تحتاج إلى وجود نظام تأوي إليه أحكام مثل هذه العمليات من القبول والتظهير وغيرها[906].

---

901 اتفاقية جنيف لسنة 1930 تتضمن نصوص القانون الموحد لقواعد السفتجة والسند لأمر.

902 - -JEANTIN MICHAEL, Droit Cmmercial : instrument de paiement et de crédit, entreprise en difficulté, 4 ieme édition. 2005.p264.

903 محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص54.

904 محمد كيلارجي، المرجع السابق، ص 49.

905 ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص 117،118.

906 محمد بن قينان بن عبد الرحمن النتيفات، الكمبيالة الإلكترونية بحث حول الكمبيالة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية- شعبة الأنظمة، المملكة العربية السعودية، ص 45.

ورغم المزايا التي تقدمها هذه السفتجة ، الا أنها لا تخلو من عيوب تعيق القيام بالعمليات المتعلقة بها، ويمكن اجمال هذه العيوب في عجزها عن القيام بأداء دور السفتجة التقليدية في ضل النظام الحالي لعدم وجود محرر ورقي، كما أنه من الصعب التوقيع عليها في ظل عدم وجود نظام يضبط مسار نظام التوقيع الإلكتروني.

يمكن القول أن العملية القانونية ، للسفتجة الممغنطة ليس إلا عملية وكالة أو نقل مصرفي تطبق عليه القواعد العامة، هذا النقل المصرفي يتم بين بنك الساحب وبنك المسحوب عليه و تكون العلاقة بين الساحب و المسحوب عليه هي علاقة الدائن بالمدين[907].

رابعا: حجية السفتجة الالكترونية.

يرى الفقه أنه يجب قبول الدعائم الممغنطة كوسيلة اثبات على حصول الوفاء تماما كالوسائل الورقية التي تثبت العلاقات القائمة بين أطرافها، فإن التشريع المنظم للمعاملات الالكترونية قد ساوى بين المحررين الالكتروني والكتابة الالكترونية بالمحرر والكتابة التقليدية[908].

وبالنظر الى طبيعة التعامل بالسفتجة الالكترونية الممغنطة، فتعد الدعامة الممغنطة وسيلة اثبات مهمة كدليل على حصول الوفاء للسفتجة الالكترونية الممغنطة[909].

ومن بين أهم المبادئ التي تحكم الأوراق التجارية التقليدية مبدأ الكفاية الذاتية[910]، وهذا ما نجده حتى بالنسبة للسفاتج الالكترونية القائمة على دعامة ممغنطة، فهذه الأخيرة عندما يسلمها الساحب الى مصرفه يجب أن تكون متضمنة كافة البيانات الالزامية التي يشترطها القانون في السفتجة مضافا اليها كافة البيانات المتعلقة بالشخصية المصرفية للمسحوب عليه اضافة الى محل الوفاء[911].

فما هو الأثر المترتب على فقدها؟

أـ : فقد الدعامة الممغنطة وأثره على السفتجة الالكترونية.

في حالة فقد البنك الدعامة الممغنطة المسجل عليها السفتجة الالكترونية فإنه لا يتوقع امكانية استبدالها، وعلى البنك اتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري في المادة 911[912]

خامسا : مميزات السفتجة الالكترونية

---

907 محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص55.

908 محمد بهجت عبد اللّ قايد، المرجع السابق، ص19.

909 تنص المادة 262 مكرر4 من الأمر الأمر رقم 40/02 المؤ هرخ في 42 جمادى الأولى 4162 الموافق لـ60 جوان 2006 المعدل والمتمم للقانون المدني،ج.ر. عدد 26.:" الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

910 راتد راتد ،المرجع السابق، ص 461.

911 محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص55.

912 تنص المادة 144 من القانون التجاري الجزائري:" اذا لم يتمكن من ضاعت منه السفتجة سواء أكانت أو لم تكن متضمنة لصيغة القبول من أن يحضر نسختها الثانية أو الثالثة أو الرابعة الخ ... جاز له أن يطلب وفاء السفتجة الضائعة والحصول على ذلك بمقتضى أمر من القاضي بعد أن يتبث ملكيته لها بدفاتره وبشرط تقديم كفيل".

أ- في حالة السفتجة الالكترونية الورقية جرت العادة على أن تصدر هذه السفتجة على نموذج مطبوع يسمح بالإطلاع عليه بواسطة الحاسب، وهو ما يثير فكرة الشكلية المادية التي توجد في هذا النوع من السفاتج بالإضافة للشكلية القانونية[913].

ب- لكي تنشأ السفتجة الالكترونية لا بد من توافر البيانات الإلزامية، ولكن جرت العادة في هذا النوع من السفاتج على وجود بيانات أخرى مثل اسم بذلك المسحوب عليه ورقم حسابه واسم الفرع الذي يوجد لديه الحساب.

ج- يكتب بعض البيانات الاختيارية أهمية خاصة في مجال السفاتج الالكترونية مثل شرط الرجوع بلا مصاريف، وشرط محل الدفع المختار، وشرط عدم الاخطار.

د- تدق الصعوبة في تصور قيام بعض العمليات التي ترد على السفتجة الالكترونية مثل التظهير والقبول والضمان الاحتياطي. والواقع أن صعوبة ذلك لا تنفي تطبيق أحكام قانون الصرف طالما وجدت امكانية لقيام مثل هذه العمليات[914].

الفقرة الثانية: الشيك الالكتروني.

أولا: مفهوم الشيك الالكتروني.

يعد الشيك الالكتروني ورقة الكترونية تجارية مثلها مثل الشيك العادي المعتمد في العمليات التجارية ، و اخذ مكانه في المعاملات الالكترونية التجارية كوسيلة دفع الكترونية ضمن العمليات المصرفية الحديثة ، هو التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، ويتم تحريره بواسطة أداة الكترونية مثل الحاسوب أو المساعد الرقمي الشخصي PDA أو الهاتف المحمول، ويتم تذييله بتوقيع إلكتروني، ويتمتع بقوة الشيك الورقي في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الالكتروني. [915]

و سنتطرق الى التعريف بهذا النوع من وسائل الدفع الالكتروني بصفته يدخل ضمن المحور الثالث من محاور النشاط المصرفي الثلاث .

1- تعريف الشيك الالكتروني.

سكتت اغلب التشريعات عن تعريف الشيك الالكتروني من بينهم المشرع الجزائري إلا أنه اعترف به صراحة في نص المادة 03 من النظام 97 -03 المتعلق بغرفة المقاصة، [916]حيث جاء فيها ذكر صريح للتعامل بوسائل الدفع الكتابية أو الالكترونية وجعلت من الشيكات كمثال لهذه الوسائل، وكذا بموجب المادة 2/502 من القانون التجاري الجزائري .

---

913 فوزي محمد سامي، ترح القانون التجاري، الجزء الرابع، المجلد الرابع، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،1997،ص95.

914 مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص348.

915 محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 2009، ص 234،235

916 النظام رقم 97-03 المؤرخ في: 11/17 /1997 يتعلق بغرفة المقاصة.

ذهب البعض من الفقه إلى القول بأن الشيك الالكتروني" :هو محرر من طرف ثلاث أطراف ومعالج الكترونيا بشكل كلي أو جزئي، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد."

استخلاصا من هذا التعريف اعتمد التعريف الموسع ، حيث وحسب ما جاء به فإن الشيك سواء كان معالجا كليا أي تم تحريره وتوقيعه وإرساله أي جميع مراحله تمت بشكل إلكتروني، أو كانت إحدى مراحل معالجته إلكترونية فهو يصنف من ضمن الشيكات الالكترونية.

رأي آخر عرفه على أنه: "يعد بديلا رقميا للشيك الورقي"، موضحا ذلك بأن الشيك الالكتروني يحتوي على نفس المعلومات التي يحملها الشيك التقليدي الا أنه يكتب يحرر الكترونيا على دعامة مثل الحاسوب أو الهاتف المحمول أو غيرها، ويتم توقيعه الكترونيا.

2- التمييز بين الشيك الإلكتروني والشيك التقليدي.

ومن أجل تحديد مفهوم الشيك الالكتروني بتوضيح أكثر وجب تمييزه عن الشيك التقليدي لمعرفة مواطن التشابه والاختلاف بينهما.

إلا أن الشيك الالكتروني رغم انه الا امتداد للشيك الورقي ، فانه لا يختلف عنه في جوهره ، والاختلاف الوحيد بين هاتين الصورتين للشيك هي أن الشيك الالكتروني يكون معالجا الكترونيا ليس له وجود مادي، أما الشيك التقليدي فيكون عبارة عن دعامة ورقية أي له وجود مادي، وكلاهما يقوم مقام النقود في الوفاء.

إن أهم ما يميز الشيك الإلكتروني هو أن إجراءاته تتم بشكل إلكتروني عن طريق وسائل إلكترونية، وهذا ما لا نجده في الشيك التقليدي الذي يشترط أن يكون مكتوباً وموقعاً بالحبر عليه . وبناء على ذلك يمكننا القول بأن الشيك الإلكتروني يتضمن نفس شروط وإجراءات الشيك التقليدي إلا أنه يتم بوسيلة إلكترونية، وكما أن الشيك التقليدي هو سند يطلب فيه شخص «هو الساحب» إلى مصرف «هو المسحوب عليه» دفع مبلغ معين إلى شخص آخر هو «المستفيد» لدى الاطلاع[917]، فكذلك بالنسبة للشيك الإلكتروني الذي يكون له نفس الأطراف، هذا ويتضمن التزاما قانونيا من قبل الساحب يؤديه إلى المستفيد عن طريق المصرف المسحوب عليه.

وأوجه المقارنة بينه وبين الشيك الورقي، فإنه يمكن تعريفه على أنه: "محرر معالج الكترونيا كليا أو جزئيا باستخدام إحدى الوسائل الالكترونية، يستوفي البيانات اللازمة قانونا، يتضمن أمرا من الساحب - باستخدام توقيعه الالكتروني- إلى بنكه المسحوب عليه، أن يدفع لأمر المستفيد مبلغا معينا من النقود عن طريق إجراء قيد على الحساب"

أما من الناحية العملية، فإن التعامل بالشيك الالكتروني يفضل على التعامل بالشيك التقليدي، إذ أنه يضمن حقوق أطراف العلاقة ويتفادى المشكلات التي قد تنجم في ضمان الوفاء، ويحد من أساليب النصب والاحتيال، وكذا ضياع الشيك أو سرقته، إذ أن هذه المشكلات تكاد تكون منعدمة ولا تثار إذا كان التعامل بالشيك الالكتروني.

يتجلى التشابه بين الشيك التقليدي والشيك الإلكتروني من حيث الشكل ، فالشيك التقليدي لا بد أن يكون له شكل معين، حيث يقوم المصرف عادة بتحرير هذه الشيكات لتأخذ شكلاً يصعب تقليده ويتم ترقيم

[917] جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق ،1996، ص 257 .

الشيكات بأرقام متسلسلة، وقد يشترط المصرف على عميله بعدم التزامه بدفع الشيكات التي لا تحرر على النموذج المعتمد من قبله. فإذا سحب العميل شيكاً فلا بد أن يتضمن هذا الشيك رقماً مسلسلاً من قبل المصرف بالإضافة إلى اسم الساحب ورقم حسابه لدى المصرف المسحوب عليه وتوقيعه وكذلك اسم المستفيد ومبلغ الشيك وتاريخ السحب[918].

أما بالنسبة للشيك الإلكتروني فيكون له شكل معين يعتمده المصرف المسحوب عليه، على أنه مهما اختلف هذا الشكل، سيتضمن اسم المصرف المسحوب عليه وعنوانه واسم الساحب وتوقيعه والرقم التسلسلي للشيك واسم المستفيد وتاريخ السحب على نحو يشبه شكل الشيك التقليد.

ثانيا: إجراءات عمل الشيك الالكتروني.

1- الإجراء الأول : إصدار البنك للشيك الالكتروني

هو إجراء أولي يقوم فيه البنك تمكين دفتر الشيكات لصالح زبونه يحمل أرقاما تسلسلية، وعلى المتعامل بالشيك الالكتروني أن يكون له موقع على الشبكة مزود بنموذج الدفع أو الفاتورة ويتضمن نموذجا للشيكات الالكترونية، وهذا بناء على عقد مسبق بين البنك والزبون يتضمن فتح حساب جاري[919]

غالبا ما يعتمد في تداول الشيك الالكتروني وسيط يقوم بإجراء عملية المقاصة، وغالبا ما يكون أحد البنوك ويكون على النحو التالي:

2- الإجراء الثاني تداول الشيك الالكتروني.

في هذه المرحلة يقوم المشتري أو المدين أو الساحب بملء نموذج الفاتورة على الدعامة الالكترونية كالشيك العادي ، ويتم توقيعه الكترونيا «Chiffré» أي توقيع مرقم، وإرساله على الخط أو عن طريق نظام خاص بالمتعاملين.

حيث أن موقع الويب يقوم بتحويله أوتوماتيكيا إلى مزود خدمة الشيكات الالكترونية، فيرسل نموذج الفاتورة إلى البريد الالكتروني للبائع، وفي نفس الوقت يقوم المشتري بتحرير شيك إلكتروني وتذييله بتوقيع الكتروني لصالح البائع ، ثم يقوم بإرساله إلى المستفيد (البائع) وهذا الأخير يرسل الشيك الالكتروني إلى البنك لمراجعته[920].

3- الإجراء الثالث: التحقق من صحة الشيك الالكتروني

بعد أن يرسل البائع أو المستفيد الشيك الالكتروني إلى البنك يقوم هذا الأخير باستخدام شبكة ACH[921] لتوثيق الشيك، أي التأكد من سلامة موقف الزبون وذمته المالية.[922]

---

[918] جاك يوسف الحكيم، المرجع نفسه، ص 258 .

[919] أشرف، السيد حامد قبال، مرجع سابق، ص 34153.

[920] عبد الصمد، حوالف، "النظام القانوني للشيك الالكتروني في ظل تطور شبكات الاتصال الحديثة"، مرجع سابق، ص231

[921] غرف المقاصة الآلية = HOUSE CLEARING 3AUTOMATIC =

[922] نبيل، صلاح محمود العربي، (الشيك الالكتروني والنقود الرقمية: دراسة مقارنة)، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003 ،ص 68

ويقوم هذا الأخيرة بدفع مبلغ الشيك كما لو أنه شيك على دعامة ورقية ،ثم يقوم بإخطار كل من البائع والمشتري بإتمام إجراء المعاملة المالية المستهلك[923]، والجدير بالذكر أنه إذا كان الشخص مالكا لحساب جاري بخصوص شيكات عادية، فإنه لا يستلزم فتح حساب جديد لاستعمال الشيكات الالكترونية، فيستفيد من خدمة الشيكات الالكترونية اعتماد على استعمال البنك الوسيط لشبكة الانترنت دون فتح حساب آخر بالضرورة. [924]

إذا كان الساحب والمستفيد زبونان لدى بنك واحد، فإن هذا الأخير يقوم بالتأكد من الذمة المالية ومدى توفر رصيد كاف وقابل للصرف في حسابه، ويرسل بذلك تأكيدا للطرفين بصلاحية العملية.

اما اذا كان فيها الساحب زبونا لبنك والمستفيد زبونا لدى بنك آخر، وفي هذه الحالة يقوم بنك المستفيد بالاتصال ببنك الساحب ليتأكد من سلامة موقفه وأنه يوجد رصيد متوفر لسداد قيمة الشيك.

إذا تلقى ردا إيجابيا حول وضعية الساحب، أو يرسل للمستفيد رسالة تتضمن عدم صلاحية العملية لعدم توفر رصيد كافي .[925]

4- الإجراء الرابع : تحويل الرصيد إلكترونيا:

بعد التأكد من توفر رصيد قائم وقابل للصرف، فإن البنك المسحوب عليه يقوم بتحويل قيمة الشيك الكترونيا من حساب الساحب إلى حساب المستفيد، ويقوم بإخطار كلا من الساحب والمستفيد بإتمام العملية، كما يقوم البنك الوسيط –الذي قد يكون هو البنك المسحوب عليه كما سبق ذكره- بإرسال كشف بقيمة العمولات المستحقة إلى البائع المستفيد كل نهاية شهر، ولا تحسب هذه العمولات كنسب من قيمة العملية مهما كان حجمها، بل هي 1قيمة ثابتة يتم الاتفاق عليها مسبقا قبل التعاقد بين البنك والزبون.[926]

ثالثا : آلية عمل الشيك الالكتروني :

وهناك نظاميين مهيمنين تم استخدامهما عبر شبكة الانترنت وهما:

أ- نظام اتحاد تكنولوجيا الخدمات المالية[927]FSTC

، تم إنشاء هذا النظام بالتعاون مع بنك الاحتياط الفدرالي الأمريكي. قام هذا النظام بنقل الشيك من صورته الورقية إلى الحالة الالكترونية ، حيث يستطيع العميل الحصول على دفتر للشيكات الالكترونية

---

[923] محمد أمين الرومي، المستند الالكتروني دار الكتب القانونية، دار الشتات للنشر والبرمجيات، مصر،6005 ص 21 . محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 625.

[924] Checkfree fondé en 1981 par Peter Kight, offrait un Système Automatisé de paiement mensuel et de … Checkfree chervhe a devenir un fournisseur de srvices touchant tout type de transactions electronique pour les consomateurs et les et les entreprises. Voir : Ibid, p 509..

[925] أحمد، بوراس؛ السعيد، بريكة، مرجع سابق، ص 224.

[926] ذكرى، عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الالكترونية: المزايا- التحديات- الآفاق، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010 ،ص 53

[927] - Financial Services Technology Consortium

،وتسلم الشيكات وفق هذا النظام عبر موقع على «الويب» أو ملحقة برسالة بالبريد الالكتروني[928]. وكل ما استجد بموجب هذا النظام هو استبدال التوقيع الخطي بالتوقيع الرقمي، الذي وفر لهذا النظام قدرا مهما من الأمان.

والجديد الذي أتى به هذا النظام هو إحلال التوقيع الالكتروني محل التوقيع الخطي، وقد استعان 5 هذا النظام بالتشفير لضمان عملية تسوية الدين بالوفاء.

هذا وقد ساعد في اعتماد نظام «FSTC» كأسلوب للوفاء عبر شبكة الإنترنت، العدد المتزايد من المستفيدين منه، و اعتراف الحكومة الأمريكية به وانخراط مجلس الخزانة الأمريكي في هذا النظام واستعماله للشيك الالكتروني أول مرة في 30 من جوان1998. [929]

ب- نظام:NETCHEX

- لجأت شركة Netchex في طرحها لنظام الوفاء بالشيك الالكتروني عبر شبكة الانترنت الى الوسطاء، حيث يقضي هذا النظام وجود تسجيل مسبق لمستخدم النظام والتاجر لدى هذا الوسيط. ويسمح هذا النظام للعميل بالتعامل مع شيكاته وإدارتها بواسطة حاسوبه الشخصي.

اما فيما يخص إجراءات المتابعة و التحقق ، هي نفسها اجراءات المعتمدة في النظام السابق

ثانيا : الشيك الذكي[930] :

1- **تعريفه**

هو عبارة عن شيك ورقي مزود بشريط ممغنط عليه بيانات مشفرة[2]. و/أو خلية تخزين مدمجة على الجزء السميك من الشيك ، وجه أمامي وخلفي يحمل بيانات مرئية مخزنة مشفرة تقرأ بواسطة جهاز قارئ لها يسمح في التأكد من مطابقة البيانات المرئية على الشيك والبيانات ، وهذا النوع من الشيكات يشتمل على حد 1أقصى أو ثابت مودع ومجمد في حساب الساحب مقدما. [931]

فعند إدخال الشيك في جهاز خاص يقوم بقراءة هذه البيانات وتأتي النتيجة بقبول الشيك من عدمه وذلك بالاتصال بالمصرف المسحوب عليه الشيك للتأكد من صحة بيانات والرصيد القائم ومدى قابليته للسحب.

---

[928] عدنان ابراهيم سرحان، الوفاء «الدفع» الالكتروني، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد1 9-11 ربيع الأول هجرية الموافق لـ 10-12 ماي 2003، ص270.

[929] للمزيد من المعلومات راجع؛
www.Echeck.org

[930] هو أحدث صور الشيك الالكتروني، حيث ينسب هذا الاختراع إلى الأستاذ (موسى عيسى العامري) من دولة الإمارات العربية المتحدة، الذي حصل على براءة اختراع تحت مسمى "نظام شيك بنكي مع شيكات بها شرائط ممغنطة و/أو 3 شرائح تخزين" في نوفمبر 2000؛ ذكر عند لال، عبد المطلب بدوي، مرجع سابق، هامش ص 1962

[931] موسى، عيسى العامري، (الشيك الذكي)، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003 .ص 86

1- الشيكات السياحية الالكترونية .

الشيكات السياحية أو شيكات المسافرين[932]، هي شيكات تسحبها البنوك على الفروع التابعة لها أو مراسليها في الخارج لمصلحة المسافرين الذي يزود بخطاب من البنك الساحب يحمل توقيع هذا المسافر لمضاهاة هذا التوقيع على التوقيع الذي يوضع على الشيك عند دفع قيمته، بحيث اذا تطابق التوقيعان تصرف له قيمة الشيك[933].

أ- الرأي الفقهي حول الطبيعة القانونية للشيك السياحي الالكتروني

ب- **ويرى بعض الفقه**[934] أن النقود الالكترونية تعد من قبيل هذا النوع من الشيكات، نظراً لما تحمله في طياتها من تشابه معها والذي يتمثل في نقاط عدة منها:

- عدم الارتباط بأي حساب مصرفي[935]؛ ويتم الدفع مباشرة دون وساطة المصدر.
- اصدار كل منهما في فئات محددة نظير مبلغ نقدي يدفع مقدماً الى المصدر.
- تتضمن الشيكات السياحية شرط الأمر Article Ordre، بما يعني قابليتها للتداول عن طريق التظهير، ومن تم تتشابه مع النقود الالكترونية في سهولة التداول.
- تحمل الشيكات، كما هو الحال في النقود الالكترونية، تاريخاً للانقضاء، ومن تم تظل في دائرة التعامل مدة طويلة[936].

ت- **ويرى البعضالآخر** ، أن هذا الشيك الالكتروني لا يعد مستندا الكترونيا على أساس أن الطبيعة الورقية هي الطبيعة الغالبة عليه، لكن يرى البعض الأخر عكس ذلك على أساس أنه يكفي في المستند لكي يكون الكترونيا أن يتضمن معلومات تنشأ أو تخزن و ترسل أو تستقبل «جزئيا» وهذا هو حال الشيك الذكي.

والجدير بالذكر، أن هناك من الفقه[937]من يدخل الشيكات الالكترونية تحت مسمى الوسائط الالكترونية الجديدة، ويدخل تحتها نظام القابض الافتراضي الأول. والقابض عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة ويتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة والتسليم والوفاء نظير عمولة معينة.

الفقرة الثالثة : نظام غرف المقاصة لتخليص الشيكات الالكترونية:

---

[932] تسمى بالفرنسية TRAVELLER CHEQUEأو LE CHEQUE DE VOYAGE، وبالانجليزية TRAVELER'S CHECK، وقد ظهرت هذه الشيكات أول مرة في عام 5911 وانتشر استعمالها بعد ذلك في فرنسا وأوروبا بعد سنة.

[933] مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف ،الإسكندرية ،2006، ص375؛ نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة ،2006، ص601.

[934] . WHITE «L.H.», The Technology revolution and monetary evolution, 1996, p,2. http//www.cato.org/moneyconf/14mc-7.html .

[935] -جمال الدين موسى، النظريات والنظم النقدية والمصرفية، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، سنة 6000م، ص 22.

[936] - سميحة القليوبي، الوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،1999، ص 151.

[937] - مذكور عند؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 55.

تستلزم عمليات انتقال ودفع الشيكات الالكترونية وضع نظام مركزي لمعالجتها وهذا ما يسمى بغرف أو مراكز المقاصة وهذا النظام يقوم بتحويل مبلغ الشيك من حساب المستهلك أو الزبون المدين الى حساب التاجر الدائن.[938]

ان نظام حاسوب المقاصة ، تم اختراعه وتسييره من طرف بنك فرنسا منذ [939]1972. والغرض من هذا النظام هو تسهيل العمليات التي تستعمل فيها الأشرطة المغناطيسية التي تمثل دعامة الشيكات الالكترونية ولأوامر الدفع، وكذلك السفاتج الكلاسيكية والإلكترونية، ومنذ 1993 اعتمد على نظام آخر وهو نظام مابين البنوك للمقاصة الالكترونية ، والذي امتد نشاطه حتى معالجة الدفع بالبطاقات البنكية[940].

1. نظام مابين البنوك للمقاصة الالكترونية :

هو عبارة عن نظام يقوم بتسيير العمليات البنكية غير المادية الخاصة بكافة وسائل الدفع باستثناء الشيك الكلاسيكي، وتقوم مجموعة من البنوك بتسييره الى جانب بنك فرنسا.

لقد تم اعتماد هذا النظام في بداية التسعينات من القرن الماضي، ليحل محل حاسوب المقاصة ،ليقوم بدوره بالمقاصة بين المتعاملين، والدفع الذي يتم بالوسائل الالكترونية[1]..

2. نظام الدفع في الجزائر :

نظام الدفع لدولة ما ، يتكون من الهيئات المالية الوسيطة، عمليات التسوية «المقاصة» ووسائل الدفع سواء الكتابية أو الالكترونية، والهيئات في الجزائر التي تتدخل مباشرة في خلق و/أو تسيير وسائل الدفع هي:- بنك الجزائر، - البنوك التجارية، - الهيئات و المؤسسات المالية، - الخزينة العمومية،- مراكز الصكوك البريدية.

ونظام الدفع لدولة ما يعتبر مؤشر اً لمدى فعالية ونشاط اقتصاد تلك الدولة، خاصة بمفهوم اقتصاد السوق، ويجب أن يتضمن هذه النظام نظام معلوماتي واتصالات بين الهيئات المكونة له.

فتطور المؤسسات وتقدمها فيما يخص الوساطة البنكية متعلق بتطور وسائل الدفع، حيث أن التكنولوجيات الجديدة لتحويل البيانات والتطور في المعلوماتية تعتبر القواعد الأساسية للتحسين الفعال في مجالات الدفع.

يجب أن يضمن تطوير نظام دفع أي دولة تحقيق الأهداف الآتي[941]:

---

[938] - نص المشرع على نظام المقاصة فيما بين البنو في المادة 18من النظام 97-03 السالف ذكره :" كافة العمليات التحويلية اليومية بين بنك الجزائري والأعضاء من جهة وبين الأعضاء فيما بينهم من جهة أخرى، لصالح صاحب الحساب لدى المشتركين فيها بكافة وسائل الدفع التقليدية والالكترونية. ويتم ذلك في مقر الغرفة وبحضور ممثل لكل عضو معني بالعملية التحويلية". 3- James T.Perry et GARY P. Schneider, E-Commerce, op.cit., p.509.

[939] -CH.Gavalda E.Michel, Travaux dirigés de droit des affaires-effets de commerce, Cheques carte de credit, Editions Litec, Paris, 1994, p.199.

[940] - منير الجنبهي، المرجع السابق، ص21.

[941] -"Les Existence D'une Economie Moderne Et Perforante", Media Banque, Le Journal Interne De La Banque D'Algérie, N° 76, Février/Mars 2005, p 13.

- تبني نظام دفع وقوانين تناسب حاجيات المستخدمين «خواص، مؤسسات وإدارات» و إلزامية تحقيق اقتصاد متطور تتطلب التكفل بنشر استخدام وسائل دفع الكترونية،
- تخفيض فترات المقاصة خاصة المتعلقة بعمليات التبادل خارج مكان و زمان الدفع والتي تستخدم وسائل الدفع الورقية «شيك، سند لأمر، سفتجة»
- تعميم وتحسين ميكانيزمات تغطية الشيكات ووسائل الدفع الأخرى التي تعتمد على الدعامة الورقية، وكذلك نظام التحويلات.

وفي هذا الإطار تم وضع مشاريع وطنية في الفترة 2001-2002 لتطوير وتحديث النظام المالي وتبنى هذا المشروع وزارة المالية والوزير المنتدب المكلف بالإصلاح المالي، بنك الجزائر، وزارة البريد والمواصلات، الجمعية المهنية للمؤسسات المصرفية والمالية وهذا بالتعاون التقني والمالي للبنك العالمي، حيث تتعلق هذه المشاريع بتطوير وتحديث طرق معالجة وسائل الدفع الكلاسيكية «الشيك، التحويل، السفتجة، السند لأمر» من خلال المقاصة الالكترونية، وتبني إجراءات تحد من حالات الغش والتزوير لهذه الوسائل، كما تشمل هذه المشاريع إدخال وسائل دفع الكترونية «بطاقة السحب والدفع»، هذا بالإضافة إلى مشروع يخص التحويلات ذات المبالغ التي تفوق مليون دج حيث سيتم معالجتها في الوقت الحقيقي «RTGS»، وشملت هذه المشاريع أيضا تطوير الاتصالات عن بعد، وهذا بالاستناد إلى تحديث نظام الدفع وتطوير نظام المعلوماتية لبنك الجزائر،

ثالثا- حجية الشيكات الإلكترونية:

لقد أكد القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1996 والذي سعى إلى تنمية التجارية الإلكترونية من خلال الاعتراف القانوني بحجية الوسائل الإلكترونية المستخدمة في هذه التجارة، حيث نصت المادة السادسة منه على: "عندمايشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً" ، أي أن الشيك الإلكتروني باعتباره رسالة بيانات موثقة إلكترونياً يمكننا الاعتماد عليها والاعتراف بها قانوناً بموجب قانون الأونسيترال[942]، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على:

«عندما يشترط القانون وجود توقيع شخص يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ. إستخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب. كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو بلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر».

وعليه فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتضمنه الشيك الإلكتروني والذي من شأنه التدليل على هوية الموقع وعلى التزامه بما وق ع عليه، يكسب الشيك الإلكتروني قوة ثبوتية قانونية . وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأونسيترال حيث نصت على: "يعطى للمعل ومات التي

[942] - القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1996 .

تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولى الاعتبار لدرجة التعويل على الطريقة التي استخدمت في إنتاج أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات ولدرجة التعويل على الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ولأي عامل يتصل بالأمر". وعلى اعتبار أن الشيك الإلكتروني هو عبارة عن رسالة بيانات موثقة بتوقيع إلكتر وني فإن نص هذه المادة ينطبق عليه.

الفقرة الرابعة : الاعتماد المستندي الالكتروني

بقي الاعتماد المستندى خاضعا للانظمة التي تم تفعيلها بموجب الاصول و الاعراف الموحدة للاعتمادات المستندية المتعلقة بالنشرة 600 و ملحقاتها ، و ما تم اعتماده في التشريعات ، من بينها التشريع الجزائري بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 في المادة 69فقرة 1 منه .

أولا: مفهوم الاعتماد المستندي الالكتروني

1- اسباب ظهوره :

ترجع اسباب ظهوره الى الاسباب الآتي ذكرها [943]:

- التطور التكنولوجي في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال .
- اهتمام المؤسسات في مجال التجارة الدولية الالكترونية للحصول على التمويل وسرعة إبرام العمليات التجارية وتنفيذها،
- متطلبات السلامة والأمن للصفقات التجارية الدولية،
- تحسين نوعية الخدمات التي تقدمها لزبائنها في مجال الاعتمادات المستندية الرقمية .

وفي سبيل تنظيم هذا النوع المتطور للاعتماد المستندي أصدرت غرفة التجارة الدولية ملحقا لنشرة الأصول والأعراف الموحدة الاعتمادات المستندية 600 بتاريخ 25 نوفمبر 2002 ملحق 3الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية للتقديم الالكتروني (الإصدار 1.1)لتنظيم العمل بالاعتماد المستندي الالكتروني.

2- التعريف بالاعتماد المستندي الالكتروني:

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الاعتماد المستندي الالكتروني ، اعتمادا الى مفهوم الاعتماد المستندي التقليدي لكونه ، لا يختلف عنه إلا بخاصية تبادل المستندات بطريقة الكترونية، من خلال البريد

[943] ليندة، عبد الله، (تبييض الأموال عن طريق الاعتماد المستندي الالكتروني)، بحث منشور في كتاب أعمال المؤتمر الدولي الرابع عشر: الجرائم الالكترونية، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس 24-25 مارس 2017 ،ص 175 http://jilrc.com/

الالكتروني ،أي أن المستند الالكتروني ، ويعرف" السجل الالكتروني" والذي يحقق للمتعاملين بالتجارة الدولية وللبنوك مصداقية المعلومات ومصداقية منشئ المعلومات[944]

و بالتالي يمكن تعريف الاعتماد المستندي الالكتروني على أنه ، ذلك التعهد الذي يتضمن التزاما مستقلا، يصدره البنك (المصدر) بطلب من زبونه الآمر بفتح اعتماد، بموجب "خطاب الاعتماد"، يتضمن هذا الأخير التزاما بأن يدفع البنك المصدر للمستفيد مقابلا للمستندات المحددة بموجب خطاب الاعتماد، يتم تقديمها بوسائل الكترونية.

3- مميزات الاعتماد المستندي الالكتروني:

يتميز الاعتماد المستندي الالكتروني بمجموعة من الميزات و هي:

- يعد التزاما تجاريا يخضع لأصول وأعراف الغرفة التجارية الموحدة، والمتمثلة في كل من النشرة 500 والنشرة 600 وملحق النشرة 600 ،
- يتضمن التزاما محددا بمدة معينة ينقضي بانقضائها حتى ولو لم يتم الوفاء 2للمستفيد ولم تسحب قيمة الاعتماد؛
- التزام البنك فاتح الاعتماد التزاما مستقلا تجاه المستفيد عن عقد الذي يبرم بين طالب الاعتماد والمستفيد.
- يعد المستند الالكتروني الذي هو أساس الاعتماد المستندي الالكتروني أكثر أمانا من المستند الورقي لصعوبة تزويره، و هذه ميزة مهمة لوجود التوثيق الالكتروني ، و يتم التعامل في الاعتماد المستندي الالكتروني عن طريق server موجود على مستوى العالم مهمته التصديق على المستندا. [945]

و يتبين من هذه الخصائص ، بانها نفس خصائص الاعتماد المستندى التقليدي ، بإستثناء

ارسال المستندات و فتح الاعتماد و خطاب الضمان يكون على اساس دعامة الكترونية .

4- أطراف الاعتماد المستندي الالكتروني:

ليس هناك فرق بين الاعتماد المستندي الالكتروني و الاعتماد المستندي التقليدي في أطراف العلاقة ، حيث أجمع الرأي على وجود ثلاثة أطراف في العلاقة التعاقدية وهم :أ/ **العميل الآمر بفتح الاعتماد:** ويقصد به الآمر بفتح الاعتماد هو المشتري أو المستورد أو طالب الاعتماد، حيث يتقدم بهذا الطلب بعد إبرامه لعقد البيع وذلك من أجل تنفيذ التزامه والوفاء بثمن البضاعة، ويمثل هذا الطلب تسهيلا ائتمانيا للوفاء بهذا الالتزام. [946]

---

[944] حمود، أحمد إبراهيم الشرقاوي، (مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها)، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003 ،ص 22

[945] تتضمن وثيقة الاعتماد المستندي الالكتروني أحد العبارات الدالة على أنه مستند إلكتروني مثل documents : issued electronic records

أو acceptable electronic records acceptable

[946] فهيمة، قسوري، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في الحقوق قانون خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 ،ص 33.

يلتزم المستفيد من الجهة المقابلة ، بجميع التعليمات الصادرة من المشتري المتضمنة في طلب فتح الاعتماد، بتقديم المستندات اللازمة ، ويحتفظ المشتري الآمر بحقه في استرداد كل مستحقات قيمة الصفقة في حالة إخلال البائع بالتزامه بالتسليم[947] .

ب/**البنك فاتح الاعتماد:** يتخذ البنك صفة الوسيط بين الزبون والمستفيد ونائبا عن المشتري الآمر بفتح الاعتماد في دفع ثمن البضاعة، ويتمثل التزامه في فحص المستندات الالكترونية التي يرسلها إليه المستفيد (البائع) عبر البريد الالكتروني، ويتأكد من مدى مطابقتها للشروط المطلوبة، وفي حالة ثبوت مطابقتها ، يصدر خطاب الاعتماد و يصبح في هذه الحالة ملتزما اصيلا لا نائبا . و في هذه الحالة فإنه يلتزم بتحويل قيمة الصفقة التي تمثل قيمة الاعتماد إلى حساب البائع المستفيد .

ت- **البائع المستفيد من الاعتماد:** هو بائع أو مصدر البضاعة الذي يربطه بالمشتري الآمر بمنح الاعتماد عقد بيع دولي، وهو الطرف المستفيد من الاعتماد المستندي بموجب خطاب الاعتماد، الذي يوجه له من البنك فاتح الاعتماد إخطارا بفتح الاعتماد لمصلحته ويمنح له مدة محددة من أجل إبداء رأيه حول الشروط الواردة في خطاب الاعتماد، وبعد أن يحوز الخطاب على موافقة البائع يصبح بإمكانه قبض مبلغ الاعتماد.

وعليه فإن أطراف العلاقة الاعتماد المستندي الالكتروني، لا تختلف عن طبيعة العلاقة في الاعتماد المستندى الكلاسيكي ، [948] تربطهم علاقات تعاقدية مستقلة لا تؤثر أي منها على الأخرى.

ثانيا : الإجراءات المعتمدة في الاعتماد المستندى الالكتروني :

باعتبار ان هذا الاعتماد يربط اطراف العلاقة العقدية الثلاثية بصفة مستقلة ، فانه لا يخلوا لاعتباره يشكل علاقات عقدية ، تقتضي الارادة السليمة و التوجه اطرافها الى ابرام عقد الكتروني ، وإحلاله محل الاعتماد المستندي التقليدي، إذ أن عدم تعامل إحدى الأطراف ورفضه للطريقة الالكترونية يؤدي إلى انعدام أثره. [949]

فبمجرد اعتماد البنك فاتح الاعتماد او البنك المراسل أو المعزز إن وجد او الناقل بسند شحن ورقي او بأي سند او وثيقة ورقية ، تنعدم فيه مباسرة صفة الالكترونية في هذا الاعتماد .

1- **تقديم المستندات في الاعتماد المستندي الالكتروني:** بالرجوع إلى قواعد الأصول الأعراف الموحدة الاعتمادات المستندية نجد أنه لم يحدد نموذجا معينا لتقديم المستند الالكتروني، حيث تنص المادة 04 منه على أنه يجب أن يحدد التصميم الذي سيقدم به السجل الالكتروني، وفي حالة عدم التحديد فإنه يمكن تقديمه في أي تصميم.

---

[947] أحمد، سحنون، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية بالجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000 ،ص 36

[948] راجع في نفس الرسالة أطراف العلاقة في الاعتماد المستندى التقليدي .

[949] آمال بن عزة، "الاعتماد المستندي الالكتروني"، مجلة دراسات قانونية، العدد 10 ،جامعة تلمسان، لسنة 2013، ص248

لقد حدد الملحق[950] بعض المصطلحات التي يجب مراعاتها عند صياغة الاعتماد المستندي الالكتروني، وذلك تفاديا لمشكلات اختلاف المصطلحات بين الأطراف وهي :

أ- **"مستند"** يعني أنه مستند الكتروني؛
ب- **" مكان للتقديم"** للسجل الالكتروني يعني العنوان الالكتروني؛

ت- **" وقّع"** أو ما شابه ذلك يعني أنه التوقيع الالكتروني؛

ت- إذا حددت بعض الشروط كإلزام الختم أو ما شابه فهذا الشرط يكفي أن يكون ظاهرا أعلى المستند الالكتروني.

و قد ظهر نظام للتبادل الالكتروني الرسائل يعرف بنظام EDI[951] ، في إيصال تلك الرسائل بين أطراف العلاقة ، ويضمن هذا النظام بعث رسائل موحدة مثل أوامر الشراء أو الفواتير بين الشركات وبرنامج للتحاور مع الزبائن المختلفين والموردين، غير أن تطبيق هذا النظام يتطلب اتفاق مسبق للأطراف على اعتماده، ويعمل هذا النظام بمساعدة أنظمة أخرى لإرسال البيانات الالكترونية أهمها شبكة الانترنت والتي تعتبر الأسرع والأيسر في الاستخدام [952].

2- **الصيغ الالكترونية بتقديم المستندات الالكترونية** :

ظهرت العديد من الأنظمة لإيجاد صيغة الكترونية لتبادل المستندات منها

أ- الاتحاد الدولي لجمعيات القانون البحري الدولية (CMI)[953]:

ظهر هذا المشروع سنة 1990 بهدف الى إيجاد قواعد لسندات الشحن الالكترونية تمثل أسلوبا لإثبات ملكية البضائع بالوسائط الالكترونية، والعمل بهذا النظام متاح لأي شخص يمتلك التكنولوجيا الضرورية للاتصال عن بعد مع الناقل ، إلا أن هذا النظام لا يتوفر على الحماية لمنع المحتالين من التسلل إليه والعبث بسندات الشحن الموجودة في قاعدة بياناته[954].

ب- نظام البوليرو:

وهي منظمة الكترونية تعاونية تعمل في نطاق آليات الدفع الالكتروني، وتضم منظمة "سويفت" وما يتجاوز الفين مؤسسة مالية ومصرفية تنتمي و قرابة مائتين دولة، وبين **"منظمة نادي النقل الطولي** - THROUGH TRANSPORT CLUB" التي تختص في تأمين مخاطر النقل الدولي وخاصة النقل البحري وتضم أكثر من 500 شركة دولية .

---

[950] Art e3 , eUCP, , op.cit

[951] ELECTRONIC DATA INTERCHANGE.

[952] حسن، شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، مصر، 2001/2000 ،ص 33

[953] COMITE MARITINE INTERNATIONAL.

[954] حسن، شحادة الحسين، (العمليات المصرفية الالكترونية "الصيرفة الالكترونية")، مرجع سابق، ص 202

يعد أكثر أمنا، أطراف هذا النظام هم البنوك بصفة عامة وشركات النقل البحري والجوي، ويهدف هذا النظام إلى إنشاء سند شحن الكتروني ونماذج الكترونية للمستندات التجارية الأخرى مقبولة لدى المجتمع التجاري الدولي كافة.[955]

ت- مبادرة الاونكتاد المتعلقة بوصلة التوثيق المأمونة:

تعد أحد الجهود الهامة التي تهدف إلى تهيئة آمنة للعمل على شبكة الانترنت في مجال التجارة الدولية، يكفل إجراء اتصالات إلكترونية آمنة وموثقة فيما بين الدول من أجل الإسراع في تنفيذ صفقات التصدير والاستيراد[956] .

ث- خدمة البطاقات التجارية:

ترمي هذه الخدمة إلى تيسير التبادل الالكتروني للمستندات التجارية الصحيحة وتوفير خدمات التمويل التجاري، تعمل عن طريق نظام معلومات خاص بشركة جنرال إلكتريك GEIS بدلا من الانترنت، تكلف بإعداد المستندات ذات الصلة بالشحن وإرسالها والتحقق منها على الخط المباشر في ظل بيئة آمنة، واتخاذ التدابير اللازمة لفتح خط ائتمان للاستيراد يتم السحب عليه فورا عندما يتسلم مدير المرفق المجموعة الكاملة من المستندات، هذه الخدمة تعتمد على اتفاقيات تعاقدية بشأن صحة المستندات الالكترونية[957].

الفقرة الرابعة : التحويل البنكي الالكتروني[958].

يُعد التحويل البنكي للنقود من أهم وأخطر الموضوعات المؤثرة في حركة التجارة على الصعيدين الوطني والدولي ،وذلك لما تتمتع به هذه العملية من قدرة فائقة على تسوية المدفوعات فيما بين الأفراد عن طريق البنوك بشكل آمن وميسر ودون انتقال فعلي للنقود.

وبعد أن كانت البنوك تقوم بعملية التحويل بناءً على أمر مكتوب وموقع من العميل، أصبح بالإمكان إعطاء الأمر بشكل الكتروني نظراً لظهور أنظمة آمنة لاستخدامه[959].

أولا: مفهوم التحويل البنكي الالكتروني

كتاب قواعد بوليرو" يمثل الآلية التعاقدية التي تستهدف معالجة الاختلافات بين اللوائح التنظيمية التجارية الوطنية .أنظر: محمود، أحمد إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 26 [955]

[956] محمود، أحمد إبراهيم الشرقاوي، مرجع سابق، ص 26.

[957] لمرجع نفسه، ص 26. .

[958] - يجب التمييز في هذا الاطار بين التحويل البنكي بين الحسابات والحوالة التي يقوم فيها البنك بدور الوساطة بين طرفين لانجاز عملية توصيل مبلغ معين من المال يسلمه أحد الأتخاص له في بلد أو فرع معين على أن يستلمه الطرف الآخر في بلد أو فرع آخر. جعفر الجزار ،العمليات البنكية، دار النفائس، بيروت ،1897، ص25 ؛ أنظر كذلك محمود محمد أبو فروة،المرجع السابق، ص 55.
كذلك هنا فرق بين تحويل الأموال الكترونيا «EFT» وتبادل البيانت الكترونياً «F/EDI»؛ فبينما نعني بالأول اسداد خدمة لطرف واحد من أطراف الصفقة تتمثل في الدفعة المح هولة والتي تعتبر بحد ذاتها خدمة محدودة. في حين أن الثانية، نعني بها "الأتمة" الكاملة للصفقة بما فيه تفاصيل وتروحات التحويل الأمر الذي يعد خدمة تاملة. أحمد سفر، المرجع السابق، ص 66.

[959] - محمد حسين الجبر، العقود التجارية والبنو في السعودية، مطابع حاجة، الدمام ،1984، ص 233.

1- تعريف التحويل البنكي الالكتروني:

يعرف التحويل البنكي للنقود بصورة عامة: " بأنه مجموعة من العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد"[1].[960] كما يعرف على بأنه:" عبارة عن نقل مبلغ معين من حساب شخص يسمى الآمر بناء على طلبه المكتوب، وقيد هذا الجانب الدائن لحساب شخص آخر يسمى المستفيد «قد يكون الآمر أو شخصاً آخر»، وذلك في ذات البنك أو بنك آخر"[2]. [961]

ويعكس هاذين التعريفين شروط التحويل المصرفي وهي:

أ. وجود حسابين.

ب. ورود التحويل على مبلغ نقدي محدد.

ج. صدور أمر بالتحويل.

أما بالنسبة للتحويل البنكي الالكتروني فإنه لا يختلف عما سبق ذكره الا في كون الأمر الذي يصدره العميل أو فيما يتعلق تنفيذ عملية النقل يكون بوسيلة الكترونية، فيتم اصدار الأمر من قبل العميل الى بنكه بصورة الكترونية، سواءً عن طريق الهواتف أو أجهزة الكومبيوتر «المتصلة بشبكة الانترنت» أو من أجهزة ال «Modems» بصفة عام، وذلك بدلا من استخدام الأوراق في اصدار هذا الأمر، كما أن البنك يقوم بتنفيذ العملية أيضاً في صورة الكترونية، بقيد المبلغ في جانب الخصوم من الحساب المنقول عنه وفي جانب الأصول من الحساب المنقول اليه، وذلك بمجرد تلقيه أمر النقل .

وبعد قيامه بالتحقق من وجود الرصيد الكافي في حساب الآمر، أما اذا كان رصيد الامر غير كاف فللبنك أن يرفض تنفيذ الأمر مع ضرورة الإخطار الفوري بهذا الرفض.

2- صور التحويل البنكي الالكتروني.

ويمكن أن نحدد صور التحويل البنكي الالكتروني بصورتين :

أ- التحويل البنكي الالكتروني بواسطة بنك واحد.

---

[960] Article 2 de la loi type de la CNUDCI sur les transferts internationaux de crédit 1992 : « Aux fins de la présente loi:»A» «transfert de crédit» désigne la série d'opérations, à commencer par ordre de paiement du donneur d'ordre… ».

[961] علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ،2012، ص175.

تعد هذه الصورة ابسط صور التحويل البنكي الالكتروني، و هي تفترض أن يكون حساب العميل الآمر بالتحويل وحساب المستفيد موجودين لدى بنك واحد. فيقوم هذا الأخير بنقل مبلغ معين من حساب العميل الآمر بالتحويل إلى حساب المستفيد.

وقد يكون المستفيد هو العميل الآمر بالتحويل نفسه وذلك بأن يكون لهذا العميل حسابين لدى المصرف ذاته [962].وكان يخصص كل حساب لغرض معين.

ويدخل ضمن هذه الصورة أيضاً ، حالة يكون الحسابين موجودين لدى فرعين من البنك نفسه.

أو أحد الحسابين موجود في المركز الرئيسي للبنك والآخر مفتوح اً لدى فرع من الفروع، ففي هذه الحالة يتم التحويل البنكي الالكتروني بتدخل بنك واحد.

ب- التحويل البنكي الالكتروني بواسطة بنكين.

في هذه الصورة يكون حساب الآمر بالتحويل وحساب المستفيد في بنكين مختلفين، لذلك لابد لتنفيذ عملية التحويل البنكي الالكتروني من تدخل بنك المستفيد؛ ويتم الإجراء بالصيغة الآتية[963]:

يقوم بنك العميل الآمر بالتحويل بقيد المبلغ المراد تحويله في الجانب المدين من حساب عميله، على أن يضع بنك الآمر ائتمانا بهذا المبلغ تحت تصرف بنك المستفيد، لأنه قيد مبلغا في حساب المستفيد ولا يعقل أن يقوم بنك المستفيد بأداء هذا المبلغ من ذمته المالية، ومن تم تتم عملية التسوية بين البنكين[964].
ويدخل ضمن هذه الصورة أيض اً الحالة التي يكون فيها للعميل الآمر بالتحويل أكثر من حساب لدى بنكين مختلفين[965].

ثانيًا: أنظمة التحويل الالكتروني للنقود.

---

[962] - واشد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، ماجستير في القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011/2010، ص 100.

[963] - محمد عمر ذوابة، المرجع السابق، ص 26.

[964] - ويترتب على ذلك أن يصبح بنك الآمر مدينا لبنك المستفيد بقيمة المبلغ الذي تم نقله ،ولابد من تسوية هذا الدين بينهما؛ فإذا كان لأحدهما حساب لدى الأخر فإن التسوية تكون عن طريق هذا الحساب، كأن يضيف بنك الآمر هذا المبلغ إلى حساب بنك المستفيد الدائن.
أما إذا لم يكن لأحدهما حساب لدى الأخر، وكان لكل منهما حساب في مصرف ثالث فيمكن أن تتم التسوية بعملية تحويل بنكي الكتروني جديدة لدى هذا المصرف، أو يمكن أن تتم التسوية من خلال غرف المقاصة الآلية « «ACH Automated Cleaning House التي يمكن من خلالها للبنوك والمؤسسات المالية تحصيل تحويلاتها المالية الكترونياً بطريقة تسمح بمعالجة مختلف خدمات التحويلات المالية الالكترونية.

[965] واتد يوسف، المرجع السابق، ص 101.

يستخدم نظام غرف المقاصة الآلية «ACH»[966] بصورة واسعة كأكثر نظام شائع، ولكن الأنظمة الباقية تبقى مستخدمة وبشكل كبير أيضاً وبالامكان استخدام أي من الأنظمة الثلاثة من خلال نظام «F-EDI» [967]، بحيث يمكن البنك أن يستلم أوامر الدفع من خلال الملفات الالكترونية ويرسل الحوالة التلغرافية أو الشيك الالكتروني ويرسل مع الدفعة تعليمات الدفع الى الشريك المستفيد ، ويكون البنك بالتالي قادراً على استلام المعلومات الالكترونية وعلى اجراء الحوالات اما بطريقة » SWIFT « أو » CHIPS « من والى الشريك التجاري الموجود في دولة أو قارة أخرة.

الحوالات التلغرافية «Wire Transfer»:

يسمح هذا النظام بتسوية المدفوعات وتسديد التحويلات النقدية ذات المبالغ الكبيرة خلال نفس اليوم وبطريقة فورية بين الشركات والمستهلكين[1]، دون أي معلومات أخرى أو شروحات، اذ يحتوي فقط على وجهة الدفعة، ويدير هذا النظام بنك الاحتياطي الأمريكي

1- نظام مقاصة المدفوعات بين البنوك«CHIPS» :

تعود ملكيته وادارته لمجموعة من البنوك وبيوت المقاصة[3] التابعة لجمعية بيت نيويوك للمقاصة New [968] York Cleaning House، وهو نظام الكتروني؛ ويستخدم هذا النظام أساساً لاجراء الحوالات كبيرة الحجم، وعلى وجه التحديد يستخدم في تسوية صفقات شراء وبيع النقود الاتحادية فيما بين البنوك، وتسوية صفقات تبادل النقد الأجنبي، وأيضاً في تسوية صفقات تبادل السندات المالية « Securities Transaction»، وذلك بواسطة كومبيوتر مركزي يرتبط بنهايات طرفية Terminals لدى البنوك الأعضاء والمشاركين في هذا النظام.

2- نظام جمعية الاتصالات المالية العالمية ما بين البنوك «SWIFT»:

تأسست الجمعية عام 1973 من قبل 239 بنكاً من كبرى البنوك في أروبا وأمريكا الشمالية، ويقع مركزها الرئيس في بروكسيل ببلجيكا .[969]

يستخدم هذا النظام في تسوية المدفوعات الخارجية والدولية

عن طريق ارسال تعليمات الدفع بشكل قياسي موحد ومتعارف عليه بين البنوك الأعضاء في الجمعية.

ويتميز هذا النظام عن غيره من نظم التحويل الالكتروني بالسرعة وقلة التكلفة، فضلاً عن معايير الأمان العالية المتبعة في اجراء التحويل ، يضاف إلى ذلك أن المدفوعات التي تتم من خلال هذا النظام لا تحتاج الى تسوية لاحقة، حيث ان إرسال تعليمات الدفع يمثل في ذاته تنفيذا لأوامر الدفع التي يتلقاها البنك من عملائه. وقد أصبح لهذا النظام العديد من المراكز الفرعية – منها ما يوجد، في هولندا، ومنها مايو جد في

---

[966] غرف المقاصة الآلية

[967] «F/EDI» «Financial Electronic Intercharge». تبادل البياانت الكترونياً-

[968] Automated Cleaning House. غرف المقاصة الآلية .

[969] ويبلغ عدد أعضائه حالياً مايزيد على خمسة آلاف عضو، ويخدم هذا النظام أكثر من ثمانية آلاف مؤسسة مالية موزعة على أكثر من 207 دولة حول العالم، وعضويتها مفتوحة لجميع البنو والمؤسسات المالية في العالم. أحمد السيد لبيب ابراهيم، المرجع السابق، ص6، 7.

الولايات المتحدة الأمريكية- التي تقوم على إدارة عمليات التحويل الالكتروني للنقود التي تتم داخل هذا النظام.

3- نظام غرفة المقاصة المؤقت ACH[970]:

هو عبارة عن شبكة الكترونية لتحويل الأموال، تقوم على ادارة عدد كبير من المدفوعات من خلال التسوية بين الجانب الدائن والمدين لأطراف التعامل، ويحكم عمل هذه الشبكة القواعد والتعليمات الصادرة عن مؤسسة «NACHA»[4]. [971]وتختص هذه الشبكة باجراء عمليات التحوبل المالي الدورية صغيرة الحجم الخاصة بالمستهلكين الى جانب اجراء المدفوعات المتوسطة وكبيرة القيمة، لذلك فهي تختص على وجه التحديد في تسوية المدفوعات المتكررة بين الشركات والمستهلكين كدفع الرواتب والمعاشات ودفع الفواتير الخاصة ببعض العمليات، دفع الشيكات الالكترونية[6] وغيرها من الاستحقاقات.

ونتيجة لتزايد استخدام البنوك للوسائل التكنولوجية الحديثة، فقد أدخلت ع دة خدمات مصرفية جديدة منها: ما يعرف بالهاتف المصرفي[972] بهدف التيسير على العملاء وبذلك تمكنهم من دفع بعض الالتزامات الدورية الخاصة بهم – كدفع فاتورة التلفون- والاستفسار عن كافة لمعلومات المتعلقة به وغير ذلك من الخدمات المصرفية دون الحاجة الى التوجه الى البنك.

ثالثا: آثار التحويل الالكتروني للنقود.

تتمثل أهم الآثار الناتجة عن تنفيذ أمر التحويل في اخراج النقود من الذمة المالية للآمر والتسجيل في الجانب المدين في حسابه بمجرد تنفيذ أمر التحويل.

يرى البعض[973] أن أمر التحويل بحد ذاته لا يؤدي الى اخراج النقود من ذمة الآمر وبالتالي فإن الوقت الذي يتم فيه التسجيل في حساب المدين هو الوقت المعتد به

للقول بتخلي الآمر عن النقود موضوع النقل بشكل حاسم، ووفقا لهذا الرأي فإن مجرد ارسال رسالة المعلومات لا تؤدي بحذ ذاتها الى اخراج النقود من الذمة المالية للآمر بالرغم من دخولها تحت سيطرة البنك، وفي هذا الصدد جاء في المادة 9/ج من تعليمات البنك المركزي الأردني لعمليات التحويل الالكتروني للأموال أن رسالة المعلومات التي تتضمن أمر التحويل تعتبر قد أرسلت من وقت دخولها الى نظام معالجة معلومات لا يدخل في سيطرت المنشئ أو الشخص المرسل للرسالة[974].

---

[970] «ACH» : Automated Clearing House

[971] وهي جمعية أنشأت عام 1984 لتقوم على تنسيق عمل تبكة دار المقاصة الآلية وتقدم الخدمات التعليمية لعملائها والمشاركين فيها، ويحكم عمل هذه الجمعية عقد انشائها وقانون الصفقات الالكترونية والقانون التجاري الموحد. أنظر:
ACH transations involving the internet, Guide and examination procedures, Op. Cit, p.6, disponible sur:
www.occ.treas.gov/ftp/bulletin/2004-58.txt ; Request for public comment on a proposa to revise the official staff commentary to regultion- E «Electronic Fund Transfers».

[972]- ظهرت هذه الخدمة في المملكة المتحدة عام 1985. أحمد السيد لبيب ابراهيم، المرجع السابق، ص 8.

[973] - مذكور عند؛ سليمان بوذياب، النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، الدار الجامعية، بيروت ،1985، ص 189.

[974] - أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 543 مكرر 20 من القانون التجاري، على أنه :"...يعتبر التحويل نهائيا ابتداءً من تاريخ دخولالمبلغ المحول الى حساب المستفيد".

الا أنه يمكن أن يتم الرجوع عن أمر التحويل حتى ولو أرسلت الرسالة طالما أن البنك لم يقم بالعملية، هذا ما ورد في المادة الثامنة من نفس تعليمات البنك المركزي الأردني:" العميل لا يكون مسؤولاً عن أي قيد على حسابه بواسطة تحويل الكتروني للأموال ثم بعد أن قام باعلام البنك عن احتمال دخول الغير الى حسابه أو فقدانه لرمزه السري".ومن كل ذلك يستنتج أنه يمكن دائماً الرجوع عن أمر التحويل طالما لم يتم بعد التقييد في الحساب[975].

الفرع الثاني: بطاقات الدفع الالكتروني.

هي احدى أهم وسائل الدفع الالكترونية التي انتشرت على مستوى العالم انتشارا واسعا، حيث أصبحت من أنشطة الخدمات المصرفية التي تقدمها مئات الألوف من البنوك وتجني من و راء ذلك أرباحا طائلة،

الفقرة الاولى : تعريف بطاقة الدفع الالكتروني.

أحاط ببطاقات الدفع الالكتروني ، الكثير من التساؤلات التي تتعلق بتعريفها وتحديد مفهومها، ومما يزيد من أهمية هذا الشأن تعدد التعريفات الخاصة بها وتباينها فيما بينها، ضيقا واتساعا، طبقا للجانب الذي يتم تعريفها. وهناك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه البطاقات، أكثرها شيوعا بطاقات الائتمان[976].

يختلف تعريف بطاقات الدفع الالكتروني طبقا للجانب الذي يتم تعريفها منه، وفيما يلي سأستعرض تعريفات البطاقات طبقا لمنظور تناولها:

اولا: التعريف المصرفي.

تعددت تعريفات بطاقة الدفع الالكتروني من وجهة النظر المصرفية، كالآتي: " هي أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات، مقبولة على نطاق واسع محليا ودوليا لدى الأفراد والتجار والبنوك، كبديل للنقود ،لدفع قيمة السلع والخدمات المقدمة لحامل البطاقة مقابل توقيعه للتاجر على ايصال بقيمة التزامه الناشئ عن شرائه للسلعة أو الحصول على الخدمة، على أن يقوم التاجر بتحصيل قيمته من البنك المصدر للبطاقة عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة للدفع، ويطلق على عملية التسوية بين البنوك الأطراف فيها اسم :" نظام الدفع الالكتروني" والذي تقوم بتنفيذه الهييئات الدولية الراعية للبطاقات"[977].

وفي تعريف آخر :" بطاقة الدفع تستخدم كأداة وفاء وائتمان، فهي تتيح لحاملها الحصول على السلع والخدمات فور تقديمها، والدفع الآجل لقيمة تلك السلع والخدمات للبنك مصدر البطاقة ،ولحامل البطاقة أن

---

[975] - تنص المادة 543 مكرر 20 فقرة أولى من ق. التجاري الجزائري على أنه:" يكون الأمر بالتحويل غير قابل للرجوع فيه ابتداء من تاريخ الاقتطاع من حساب الآمر بالتحويل". وتضيف المادة 212 مكرر 66 من نفس القانون:" تنتقل ملكية الأموال أو القيم أو السندات موضوع أمر الاقتطاع بقوة القانون بمجرد الخصم من الحساب، لفائدة الدائن المرسل للاشعار بالاقتطاع".

[976] ايهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر ،2007، الإسكندرية، مصر، ص10.

[977] عطية سالم عطية، البنك الأهلي المصري، محاضرات الدفع الالكتروني وأهميتها في عصرنا الحديث، والاحتياطات اللازمة لتجنب تزويركل من بطاقات وفواتير الشراء، محاضرة رقم 21، معهد الدراسات المصرفية، القاهرة ،1998/97، ص21.

يدفع كامل الرصيد الظاهر بكشف استخدامات البطاقة الشهري أو جزء منه في نهايةفترة السماح، وذلك يتوقف على الاتفاق المبرم بين البنك وحامل البطاقة".

وذكر البعض أنها:" وسيلة أو أداة بلاستيكية تشهد بأن المستهلك يتمتع بالشروط اللازمة للحصول على الائتمان كما يحددها مصدر الكارت".

وفي تعريف أخير هي:" الوسيلة التي تمكن البنك، من تقديم خدماته لعملائه خارج النطاق الزماني والمكاني للبنك".

ثانيا : التعريف الفقهي:

ومن وجهة النظر الفقهية، فإن لبطاقات الدفع الالكتروني تعريفات عديدة نذكر منها:

فمن الفقهاء[978] من ع رفها على أنها: "بطاقات تصدر بواسطة مؤسسات مالية باسم أحد الأشخاص، وتقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية تتابع سداد المبالغ التي استخدمها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة".

كذلك[979] هي: " بطاقة بلاستيكية أو ورقية مصنوعة من مادة يصعب العبث بها، تصدرها جهة ما «بنك أو شركة استثمار» يذكر فيها اسم العميل الصادر لمصلحته ورقم حسابه، حيث يملك الحامل تقديم تلك البطاقة للتاجر لتسديد ثمن مشترياته، ويقوم التاجر بتحصيل تلك القيمة من الجهة المصدرة ،والتي تقوم بدورها باستيفاء تلك المبالغ من الحامل".

كما يعرفها البعض الآخر[980] بأنها "عقد تتعهد بمقتضاه الجهة المصدرة للبطاقة، وهي في الغالب أحد البنوك بفتح اعتماد في حدود مبلغ معين لمصلحة شخص يسمى حامل البطاقة «العميل» الأمر الذي يمكنه من الوفاء وسداد قيمة مشترياته لدى المحال التجارية التي ترتبط في ذات الوقت بالجهة المصدرة للبطاقة بعقد يلزمها بقبول الوفاء بمقتضى هذه البطاقات لمبيعاتها أو خدماتها".

أما الفقه الفرنسي[981]، فقد عرفها على أنها أداة تسمح لحاملها باتخاذ الإجراءات اللازمة والمباشرةلخصم المبلغ الذي يريده لمصلحة شخص آخر من حسابه لدى البنك الذي أصدر هذه البطاقة ، وهناك من أطلق على هذه البطاقة تسمية بطاقة الاعتماد لارتباطها باعتماد يتم فتحه لمصلحة حامل البطاقة.[982]

---

978 الحمود فداء يحيى أحمد، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن ،1999، ص14.

979 علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مكتبة رجال القضاء، مصر ،1989، ص633.

980 سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة «البطاقات البلاستيكية»، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ،2002، ص 62.

981 في الكتابات الشرعية ورد تعريف بطاقة الائتمان في جميع البحوث التي قدمت في المؤتمرات التي عقدها مجمع الفقه الإسلامي بالبحرين عام 1991، وبجدة عام 1993، وسلطنة بروناي 1992م، وبالرياض عام 2000، وكذا ندوة فقه بطاقات الائتمان التي عقدها البنك الأهلي التجاري السعودي بالبحرين عام 1998م

982 2 - Cavalda, Le droit penal des cartes de paiement et de credits, Dalloz, 1991, p.1. .

لكن أقرب تعريف لتوضيح حقيقة بطاقات الدفع الالكتروني ، هو التعريف الذي أورده المجمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي الدولي بأنها ":مستند يعطيه مصدره لشخص طبيعي أو اعتباري بناءا على عقد بينهما يمكنه من شراء السلع أو خدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع ومنها ما يمكن من سحب النقود من المصارف[983] ".

ثالثا: التعريف التشريعي لبطاقة الدفع الالكتروني.

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد أن المشرع خلافا لبعض التشريعات العربية، ومحاولة منه لمجارات التطور السريع الحاصل في مجال وسائل الدفع، انتهج نهج التشريعات الغربية التي أرست معالم النظام القانوني لبطاقة الدفع[984]، حيث تبني وسائل دفع أكثر حداثة وتطورا من وسائل الدفع التجارية التقليدية، في للقانون التجاري[985]، في الفصل الثالث من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون التجاري، تحت عنوان "في بطاقات الدفع والسحب"، بأن أورد تعريفا خاصا ببطاقة الدفع بقوله[986]: "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال....".

كما، عرفها التشريع الفرنسي في المادة 57/01[987]: "تعتبر بطاقة وفاء كل بطاقة تسمح لحاملها بسحب أو نقل أموال ،وهذه البطاقات لا يمكن أن تصدرها إلا مؤسسات القرض...وكذا الخزينة العامة، بنك فرنسا، مصالح البريد وصندوق

الودائع والأمانات..." كما جاء تعريفها كذلك في القانون النقدي والمالي الفرنسي في المادة 32/201بنفس الصياغة[988].

وقد أدرك المشرع الجزائري، أن استخدام هذه البطاقة هو الآخر محفوف بالمخاطر، فبادر إلى وضع نصوص تشريعية جزائية لمواجهة الأنشطة الإجرامية المتعلقة ببطاقات الدفع، بمختلف الجزاءات والعقوبات الرادعة، حيث أصدر تعريفا صريحا لبطاقة الدفع في قانون أمن الشيكات وبطاقة الوفاء على أنها: "أداة تصدر عن إحدى مؤسسات الائتمان أو إحدى الجهات المنصوص عليها في قانون رقم:

46/84 الصادر في 24جانفي1984 والخاص بنشاط ورقابة مؤسسات الائتمان «القرض» وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل نقود لحسابه"[989].

---

[983] القرارات والتوصيات الصدارة عن المجتمع الفقهي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السابعة بجدة «قرار رقم 7/1/65 فقرة رابعا».

[984] الخليل عماد علي، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن ،2000 ص 07

[985] القانون رقم 02-06 المعدل والمتمم من ق. التجاري.

[986] نص المادة 513 مكرر23 من نفس القانون.

[987] من المرسوم المؤرخ في 30أكتوبر1985 المعدل بالقانون الصادر في 30 ديسمبر 1991.

[988] - Art. L132-1 du code Code monétaire et financier, Modifié par Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009

- art. 1 La lettre de change est régie par les articles L. 511-1 à L. 511-81 du code de commerce.

[989] الخليل عماد علي، المرجع السابق، ص 07.

الفقرة الثانية : أنواع بطاقات الدفع الالكتروني.

أدى انتشار معاملات التجارة الالكترونية وازدهارها الى تطور كبير في العمليات المصرفية. وتعتبر بطاقات الدفع الالكتروني من أهم وسائل الدفع الالكترونية التي تطورت بشكل كبير في السنوات القليلة الماضية، وتعددت التقسيمات التي ميزت بين أشكالها المختلفة. وقام البعض بتقسيمها استنادا الى الوظيفة التي تؤديها كوسيلة للائتمان أو الوفاء أو الخصم أو غيرها، واستند البعض الآخر في تقسيمها الى المؤسسة التي تصدرها مثل البطاقات المصرفية والبطاقات الغير مصرفية، فيما ميز آخرون بين البطاقات وفقا الى الطرق الفنية المستخدمة في صناعتها مثل البطاقات البلاستيكية أو البطاقات ذات الشريط المغناطيسي أو البطاقات ذات الرقائق الالكترونية[990].

الفقرة الثالثة : الأحكام الشرعية العامة للبطاقات.

لأنواع البطاقات أحكام شرعية عامة وهي[991]:

اولا : الانضمام للمنظمات الراعية للبطاقات: لا مانع شرعاً من انضمام البنوك الإسلامية إلى عضوية المنظمات العالمية الراعية للبطاقات، بشرط اجتناب المخالفات الشرعية إن وجدت أو اشترطتها تلك المنظمات. وحينئذ يجوز لهذه المؤسسة دفع رسوم اشتراك وإصدار وتجديد خدمات بمنح الترخيص وإجراء عمليات المقاصة وغيرها لتلك المنظمات، على أن تجتنب أي فائدة ربوية، مباشرة أو غير مباشرة، كأن تتضمن الأجرة مقابل الائتمان «الإقراض». وأن يكون تعامل المصارف الإسلامية مقصوراً على بطاقة الحسم الفوري، وبطاقة الائتمان والحسم الآجل الخالية من اشتراط الفائدة، لا بطاقة الائتمان المتجدد. وتكييف هذه العملية فقه اً: أن هذه الرسوم هي مجرد أجرة يأخذها المصرف مقابل منفعة الخدمة والتسهيلات التي يقدمها، والإجارة التي هي تمليك منفعة بعوض مشروعة.

ثانيا: العمولة والرسوم:

للمصرف الإسلامي مُصْدِر البطاقة أخذ العمولة من قابل البطاقة بنسبة من أثمان السلع والخدمات، لأنها من قبيل أجر السمسرة والتسويق وأجر خدمة تحصيل الدين. وللمصرف المذكور أيضاً خضم رسم عضوية ورسم تجديد، و رسم استبدال من حامل البطاقة، لأن هذه الرسوم هي مقابل السماح للعميل بجملها والاستفادة من خدماتها.

ثالثا: رسم على السحب النقدي بالبطاقة:

- لحامل البطاقة أن يسحب بالصراف الآلي وغيره مبلغاً نقدياً من رصيده وفي حدود رصيده أو أكثر منه بموافقة المصرف الإسلامي المصدر للبطاقة من غير فوائد ربوية.

- وللمصرف الإسلامي المصدر للبطاقة أن يفرض رسماً مقطوعاً متناسباً مع خدمة السحب النقدي، من غير ارتباط بمقدار المبلغ السحوب أو بنسبة منه ثابتة.

990 محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص ،229. -230.

991 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص12.

- وهذه الرسوم مشروعة؛ لأن الأجرة مقطوعة، لا ترتبط بنسبة المبلغ المسحوب، التي ينطبق عليها حكم الفائدة البنكية المحظورة شرع اً.

- إذا اشترط المصرف إيداع حامل البطاقة رصيداً للسماح له باستخدامها، فليس للمصرف منع صاحب البطاقة من استثمار المبالغ المودعة في حسابه، لأنه أودعه على أساس ««المضاربة»« الشرعية.

رابعا: المميزات الممنوحة من الجهة مصدرة البطاقة:

- يجوز منح حامل البطاقة مميزات مسموحاً بها شرعاً، كالأولوية في الحصول على الخدمات، أو تخفيض الأسعار لدى الفنادق والمطاعم وشركات الطيران ونحو ذلك.

- ولا يجوز إعطاء امتيازات لحامل البطاقة تحرمها الشريعة الإسلامية، كالتأمين التجاري على الحياة، أو دخول الأماكن المحظورة شرعاً، كالخمارات والمراقص ودور اللهو الماجنة، وبلاجات البحر المختلطة، أو تقديم الهدايا المحرمة ونحو ذلك من روافد القمار واليانصيب.

خامسا: شراء الذهب أو الفضة أو النقود الورقية بالبطاقات: يجوز شرعاً شراء الذهب أو الفضة أو النقود «تبادل العملات المختلفة الجنس والنوع» ببطاقة الحسم الفوري، لأن الشراء بها فيه تقابض حكمي معتبر شرعاً، بالتوقيع على قسيمة الدفع لحساب الجهة القابلة للبطاقة، ويجوز أيضاً ببطاقة الائتمان والحسم الآجل إذا دفع المصرف الإسلامي المبلغ إلى قابل البطاقة من دون أجل، على أنه وكيل للمشتري.

الفقرة الخامسة : الطبيعة القانونية لبطاقة الدفع الالكتروني.

ونعني بالطبيعة القانونية للبطاقة المصرفية[992] تعيين القواعد القانونية التي يمكن أن تطبق عليها،حيث تعد تلك البطاقة نظامًا جديدًا في البيئة التجارية، أنشأته الأعراف المصرفية وساعد في تطوره وإنتشاره ظهور الوسائل التكنولوجية الحديثة.

أولا: عرض مختلف الاتجاهات الفقهية والقضائية.

الاتجاه الأول: نظرية الوكالة.

، في هذه الحالة يقوم مصدر البطاقة بالوفاء للتاجر بمجرد تقديم الفواتير الموقعة من حامل بطاقة الدفع الالكتروني. ويقوم بعد ذلك بالرجوع على حامل البطاقة مطالباً اياه بسداد المبلغ الذي قام بالوفاء به للتاجر، فاذا حصل عليه انتهى الأمر، واذا كان للعميل حساب جار لدى المصدر وقام هذا الأخير بخصم هذه المبالغ منه انتهى الأمر أيضاً، أما اذا لم يكن للعميل حساب جار وامتنع عن السداد فيكون لمصدر البطاقة حق الرجوع على التاجر لاسترداد ما وفاه. وفي هذه الحالة يعتبر هذا الأمر وكالة صادرة من المدين «حامل البطاقة» الى شخص آخر «مصدر البطاقة» بالوفاء باسمه للدائن «التاجر». أو وكالة صادرة من

[992] - أبادير رفعت، المرجع السابق، ص45.

الدائن «التاجر» لدائنه الشخصي «المصدر»في تحصيل حقوقه لدى مدينه»حامل البطاقة»[993]، وهذا هو رأي القضاء الإنكليزي في طبيعة الوفاء ببطاقة الدفع الالكتروني [2].

لكن هذا الاتجاه لا يمكن التسليم به[994]:

أ- :لأن هذا غير متحقق عملياً، لأن ضمان مصدر البطاقة الوفاء للتاجر في حدود المبلغ المسموح به ، يعتبر بالنسبة لبطاقة الدفع الالكتروني من القواعد العامة والقاسم المشترك بين جميع عقود بطاقة الدفع الالكتروني ، و لو لم يكن كذلك ، ما أقبل عليه أحد.

ب- الوكالة كقاعدة عامة يمكن الرجوع فيها، وحتى لو أدرج شرط عدم الرجوع في الوكالة، لأن مصدر البطاقة يلتزم بالوفاء للتاجر حتى لو رجع الحامل عن الوكالة ، لأن المصدر ملتزم بالوفاء للتاجر بعقد مستقل، كما يتضح في ان المدين لا يتم تعبيته الا في لحظة قيام الحامل بتوقيع فاتورة الشراء.

الاتجاه الثاني: نظرية الانابة في الوفاء .

أما اذا كان مصدر البطاقة يضمن الوفاء للتاجر فهذه هي القاعدة العامة والقاسم المشترك لجميع عقود وبطاقات الوفاء، فإن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا الى تكييف بطاقة الوفاء على أنها تقوم على الانابة في الوفاء[995]، مثل ما هو مقرر في العديد من التشريعات لاسيما منها التشريع الجزائري فعلى سبيل المثال نصت المادة المادة 294 من القانون المدني الجزائري[996] التي تنص على أنه:" تتم الانابة اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين. و لاتقتضي الانابة أن تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والغير".

يتضح من نص هذه المادة، أن الانابة في الوفاء هو الاتفاق الذي يعطي المدين « المنيب» للدائن «المناب لديه» مدين أخر او شخص من الغير «المناب» الذي يلتزم بالوفاء بدين للدائن[997]. فحامل البطاقة «المنيب» يطلب من مصدر البطاقة «المناب» بالوفاء للتاجر «المناب لديه».

ويرى أصحاب هذا الرأي أن نظرية الانابة في الوفاء تصلح لتفسير طبيعة التزام مصدر البطاقة قبل التاجر، فالسمة التي تتميز بها الانابة أنها تنشئ علاقة دائنية بين المناب "مصدر البطاقة" والمناب اليه "حامل

---

[993] - فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، عام 1990، ص 284،249. لمزيد من التفاصيل بخصوص أحكام الوكالة ،راجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في ترح القانون المدني، الجزء السابع ،المجلد الأول، بند208، دار إحياء الثراث العربي، بيروت 1968، ص 463.

[994] - عصام حنفي محمد مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المنعقد في الفترة الممتدة مابين 9-11 ربيع الأول 1424 الموافق لـ 10-12 ماي 2003 م، المجلدالأول، ص 848.

[995] - محي الدين إسماعيل علي الدين، موسوعة أعمال البنو من الناحيتين القانونية والعلمية، الجزء الثاني ،1994، ص 757.

[996] - وتقابلها في القانون المصري المادة 359 قانون مدني.

البطاقة " مستقلة عن علاقة المناب بالمنيب، وعن علاقة المنيب" التاجر"[998]، وهذا ينطبق على بطاقة الائتمان. بالاضافة أن نظام الانابة يصلح لتفسير التزام التاجر بالرجوع على مصدر البطاقة قبل الرجوع على الحامل[999].

لقد أغفل هذا الرأي العقد المبرم بينه وبين التاجر ومصدر البطاقة والذي هو الأساسي أيضا في بطاقة الائتمان بصرف النظر عن علاقة الحامل بمصدر البطاقة، كما أن الانابة تقتضي أن يكون المناب لديه «الدائن- التاجر» الحق في أن يطالب المناب «مصدر البطاقة- المدين» بكافة المبالغ المستحقة على المنيب «الحامل المدين الأصلي»، وهذا يتعارض مع نظام بطاقات الائتمان لأنه لا يجوز للتاجر مطالبة مصدر البطاقة الا في حدود المبلغ المسموح به.

الاتجاه الثالث: الاشتراط لمصلحة الغير.

يذهب رأي آخر الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان ،على أساس العلاقة الأصلية بين التاجر وبنك مصدر البطاقة[1000].

وتقرر نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مختلف التشريعات و هذا ما اقره المشرع الجزائري في المادتين 116، 118 من القانون المدني الجزائري[1001]، حيث تنص المادة 116 على أنه:" يجوز للشخص ان يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير .

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ العلاقة العقدية .

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وأضافت المادة 118 أنه يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته في الاستفادة منها[1002]، مالم يكن مخالفاً لما يقتضيه العقد.

وأضافت المادة من نفس القانون 117 أنه:" يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصياً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصياً أو جهة لأم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة".

تفيذ هذه النظرية في أن حامل البطاقة «الغير» يكتسب حقاً مباشراً قبل التاجر «المتعهد» حيث يستطيع حامل البطاقة مطالبة التاجر بقبول الوفاء بالبطاقة التي أصدرها البنك، كما تفيذ في أن البنك «المشترط» يجوز له أن يطالب «التاجر المتعهد» بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة «المنتفع حامل البطاقة ،

---

998 - عبد الرواق السنهوري، الوسيط ...، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 766.

999 - عبد الرواق السنهوري، المرجع نفسه، ص 767.

1000 - سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر ،1977، ص481.

1001 - و نفسها اقر بها المشرع المصري في المادتين 154، 156 قانون مدني مصري.

1002 - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة للكتاب ،1983،ص101.

و أيضاً في أن يكون المنتفع «حامل البطاقة» شخصاً مستقلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت التنفي، متى كان تعيينها مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره عندما يتقدم حامل البطاقة بالشراء من التاجر، وهذا كما هو واضح يتطابق مع نظام بطاقات الائتمان.

ولكن ما يؤخذ على هذه النظرية، أنها تجيز للمتعهد «التاجر» أن يتمسك قبل المنتفع «الحامل» بالدفوع التي تنشأ عن العقد.

ورغم ذلك الا أنه يمكن القول أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير هي اقرب النظريات توافقاً مع نظام بطاقات الائتمان،

ومن الناحية الشرعية يرى البعض أن بطاقات الائتمان تتضمن عقداً مركباً يحتوي على الوكالة والكفالة والقرض الحسن[1]. ففي الوكالة حيث يوكل حامل البطاقة العميل مصدر البطاقة في دفع المستحقات المترتيبة على استخدام البطاقة مقابل أجر على ذلك[1003]، وهي كفالة حيث يكفل المصدرالعميل حامل البطاقة عند التاجر الذي يقبل التعامل بالبطاقة، وهي قرض حسن عندما يقرض المصدر العميل حامل البطاقة قرضاً حسناً في حالة عدم كفاية رصيد للمستحقات التي عليه أو يضمنه الى نهاية المدة المقررة له للوفاء بالمستحقات للبنك والتي عادة ما تكون نهاية الشهر.

المطلب الثاني: وسائل الدفع الالكترونية الحديثة.

الفرع الأول: مفهوم النقود الالكترونية.

تعتبر النقود االكترونية ، من بين الوسائل الحديثة في التعامل التجاري عبر شبكة الانترنت ، كبديل عن النقود الورقية و المعدنية .

و هي عبارة عن وحدات الكترونية تخزن على قرص صلب على مستوى حاسوب ، و يعطى لهذه النقود تسمية المحفظة الالكترونية ، و تستعمل هذه النقود مثلها مثل باقي النقود العادية .عبر شبكة الانترنت [1004]

الفرة الاولى : طبيعة القانونية النقود الالكترونية عند فقهاء القانون :

كما كان اختلاف فقهاء حول اصطلاح النقود الالكترونية، فقد اختلفوا أيضاً حول وضع تعريف محدد للنقود الإلكترونية في اتجاهين:

اولا : الاتجاه الموسع: ويرى أنصار هذا الاتجاه بأن النقود الالكترونية تشمل كل أنظمة الدفع الالكترونية. ويعرفها البعض[1005]:" بأنها تلك النقود التي يتم تداولها عبر الوسائل الالكترونية".

[1003] ـ عبد الستار أبو غدة، بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة السابعة، العدد السابع ،1992 م، ص 567.

[1004] محمد احمد ابراهيم الشرقاوي ، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون ، كلية الشريعة و القانون و غرفة تجارة وصناعة دبي المرجع السابق ، ص 29

[1005] ـ محمد سعدو الجرف، أثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع والخدمات، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونيةبين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي 2003م في جامعة الامارات العربية المتحدة بدبي، ص189

وعرفت اللجنة المختصة بحقوق المواطنين والشؤون القانونية التابعة للمفوضية الأوروبية 2000/46/EC، وحدات النقود الالكترونية كقيمة للعملة، بأ نها:"قيمة نقدية مخزونة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، ويتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية، وذلك بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة.

أ- تكون مقبولة على أداة أو وسيلة الكترونية، مثل الرقائق الالكترونية أو نقود الحاسب.

ب- تكون مقبولة كوسائل للدفع بواسطة شخص عادي أو شخص اعتباري يتمتع بسلطة قانونية من غير المؤسسة المصدرة للنقود الالكترونية أو من يتبعها.

ت- تكون قابلة للانتقال والتحويل، وتعتبر كبديل الكتروني عن العملات الورقية المعدنية والأوراق التجارية".

إلا أن هذا التعريف ليس مانعاً وتعوزه الدقة، حيث أنه لا يستبعد دخول وسائل الدفع الإلكترونية في نفس المضمون.

ثانيا : الاتجاه الضيق: ويرى الفقه المؤيد لهذا الاتجاه بأ ن النقود لالكترونية :"قيمة مخزنة على وسيلة الكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي، وتحظى بقبول واسع من غير من قام باصدارها، وتستعمل كأداة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة"[1006]. ويتضمن هذا التعريف تحديدا لبعض خصائص النقود الالك ترونية، ولم يبين ماهية النقود الالكترونية.

فمن الناحية الفنية، عبارة عن بيانات الكترونية محفوظة على دعامة الكترونية «القرص الصلب في جهاز الكومبيوتر "Hard disk" أو الكارت الذكي "Smart card"»، يتم تبادلها بين الأطراف المتعاملة، وذلك عن طريق تواصل الأجهزة الالكترونية.

ومن الناحية القانونية، فهي عبارة عن وحدات الكترونية ذات قيمة مالية «بحيث تمثل كل وحدة

قيمة مالية معينة»، مقبولة كوسيلة دفع في المعاملات لما لها من قوة ابراء، مصدرها اتفاق الأطراف المتعاملة «وليس القانون كالنقود التقليدية».

وبناء عليه يمكن تعريف النقود الالكترونية بأنها[1007] :" عملة نقدية الكترونية تتمثل في الوحدات الرقمية الموث قة والخاصة بالقيمة المحددة من قبل الجهة المصدرة لها، والمخزنة على أداة أو وسيلة الكترونية تحفظ وتتداول بين المتعاملين بها الكترونيا، وتتمتع بقوة ابرائية نهائية[1008] مصدرها اتفاق المتعاملين بها".

[1006] - محمد إبراهيم محمود الشافعي، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي 2003 في جامعة الإمارات العربية المتحدة بدبي، ص . 133 ،134.

[1007] - علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة،2012، ص 406.

[1008] - وهي في هذا تتشابه مع النقود التقليدية، وتختلف مع الأوراق التجارية «كالشيك، والسفتجة» والتي على الرغم من أنها تقوم بوظيفة النقود فيالوفاء الا أنها لا تمتع بقوة ابراء نهائية «مطلقة»، ولكنها قوة ابراء نسبية، حيث لا تتحقق عملية الوفاء بالفعل الا بحصول الحامل للورقةالتجارية على قيمتها من المسحوب عليه.

الفقرة الثانية : خصائص النقود الالكترونية

اولا : تعوض القيمة النقدية المادية : أي أنها تشمل وحدات نقدية لها قيمة مالية مثل مائة دينار أو خمسون دينارا.

فهي لا تعد نقوداً إلكترونية لأن القيمة المسجلة عليها ليست قيمة نقدية بل هي قيمة عينية تعطى حاملها الحق في شراء وجبة غذائية أو أكثر وفقاً للقيمة المخزونة على البطاقة[1009].

مخزنة على وسيلة إلكترونية، حيث يتم شحن القيمة النقدية بطريقة إلكترونية على بطاقة بلاستيكية أو على القرص الصلب للكمبيوتر الشخصي للمستهلك[1010]. وهذا العنصر يميز النقود الإلكترونية عن النقود القانونية والائتمانية التي تعد وحدات نقدية مصكوك غير مرتبطة بحساب بنكي: وتتضح أهمية هذا العنصر في تمييزه للنقود الإلكترونية عن وسائل الدفع الإلكترونية ة أو مطبوعة.

ثانيا : تحظى بقبول واسع: بعد أن كسبت ثقة المتعاملين ، و اقتناعهم باعتمادها كوسيلة أمنة و فعالة ، لما تحققه من مزايا مختلفة ، بما فيها من عمليات متنوعة كالمخالصة و التحويل و الخصم وغيرها من العمليات .

ثالثا : وسيلة للدفع لتحقيق أغراض مختلفة: هذه النقود صالحة للوفاء بالتزامات كشراء السلع والخدمات، أو كدفع الضرائب...إلخ. ا بالاحرى استخلاف العملة المادية التقليدية في مزاياها .

رابعا : متلائمة مع متطلبات التجارة الالكترونية:

سهلة في التداول ، كاعتمادها وحدة سعرية مقبولة ، تسهل على التجار و المستهلكين تحويلها بكل سهولة و مرونة .

يمكن للنقد الالكتروني أن يتأقلم مع النمو المستمر لاستخدامات تجارة الانترنت وقبول مستخدمين وتجار جدد[1011]،النقود الالكترونية لكونها تعزز الثقة للمتعاملين .

خامسا : القابلية للانقسام: ومعناه امكانية تحويلها وبسهولة الى وحدات أصغر تكون ملاءمة للقيام بعدد كبير من الصفقات المحدودة، كما يمكن التعامل بها في مسألة ملاءمتها مع عملات متغيرة .

الوجود الدائم للنقود الالكترونية ، مثلها مثل النقود السائلة لا تنقض عكس البطاقات البنكية التي تنقضي بانتهاء تاريخ صلاحيتها فضلا عن امكانية تخزينها لمدة طويلة[1012]،

سادسا : مع إمكانية نقلها إلى بطاقة أو محفظة جديدة أو المطالبة بسداد قيمتها من الجهة المصدرة.

الفقرة الثالثة : تقسيم النقود الالكترونية إلى شبكية وغير شبكية

1009 - محمد إبراهيم محمود الشافعي، المرجع السابق ،ص4

1010 - لمزيد من التفصيل حول كيفية عمل النقود الإلكترونية؛ رضوان رأفت «1999»، "عالم التجارة الإلكترونية"، المنظمة العربية للتنميةالإدارية، مكتبة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص97،93.

1011 - أحمد سيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص72.

1012 - قد تصل هذه المدة لعدة سنوات مع إمكانية إعادة استخدامها تريطة ألا تقوم الجهة المصدرة عن فعل يؤدي الى انعدام قيمتها أو إخراجها من دائرة التعامل؛ أحمد سيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص70.

تعد النقود الالكترونية أداة وفاء ابتدعت للوفاء بالديون الناشئة عن العمليات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت، فيما أصبح يعرف بالصيرفة الالكترونية[1013]، ويتم الوفاء الالكتروني بهذه النقود ،باستخدام إحدى وسيلتين تخزن فيها هذه النقود ويتم استخدامها عن طريق أي منهما[1014]:

أولا: النقود الالكترونية كمعيار للقيمة .

فهي معيار لتحديد قيم السلع والخدمات، وقيمتها ربما تختلف من دولة الى أخرى. وتمثل النقود وسيلة التعبير عن كمية العملة المحددة التي لابد من دفعها للحصول على مقدار أو كمية تم تحديدها مسبقاً والخاصة بالبضائع أو الخدمات، لذلك فإنها وببساطة وسيلة دفع. وان شرعية حقوق السحب الخاصة مشتقة من الإقرار الممنوح لها بواسطة المجتمع الدولي. [1015]

وتقوم هذه الطريقة على وحدة نقود أو عملة تم اتحادها مع الهيئات أو المؤسسات المالية الخاصة لتقوم بدور الوسيط الذي يتدخل للحصول على السلع أو الخدمات وربما يتم بيعها أيضاً، فهي تعتبر في هذه الحالة كنقود يتم تداولها وتحويلها من جهة الى أخرى. وتعتبر الآن كوحدة عملة وبالرغم من ذلك فإنها ليست عملة ملموسة وحقيقية، فهي وحدة استثنائية للعملة.

وعلاوة على ذلك، فإن النقود تحمي خصوصية الأفراد لأن القيمة تنتقل بدون أي معلومات عن الدافع مما توفر نوعا من الأمان[3]، كذلك فالنقود تتيح التعامل بين الأفراد مباشرة دون الحاجة الى وسيط في كل صفقة مما يسرع من عمليات التبادل بين الناس[4].

ثانيا: تعريف النقود السائلة الرقمية.

وتمتاز النقود الرقمية بأنها تستخدم الوحدات التقليدية لتوفير العملة بدون الحاجة الى جهاز الصراف الآلي، وهي لا تستلزم أي تحويل مادي لها بين الأطراف التي تتعامل بالنقود الرقمية. وتمتع هذه النقود بقبول لدى التجار والمستهلكين في التعاملات التجارية الالكترونية، وكذلك فإنها تلقى تشجيعا كبيرا ومحفزاً من المؤسسات المالية الكبرى والمجتمع الدولي باعتبارها تمثل طريقة للتعامل التجاري الآمن في شكل وحدات لعملة رقمية ولا تتطلب توثيقا حكومياً . ويبدو أن المجتمع الدولي مبدئيا قد قبل التعامل بهذه النقود الرقمية كجزء من الممارسات التجارية والثقافية للمجتمع.

من أبرز الأمثلة على نظم النقود الرقمية شركة[1016] PayPal[3] والتي تعد من أكبر الشركات العاملة في هذا المجال. الخدمة الأساسية التي تقدمها هذه الشركة هي تمكين المستهلكين والمنشأت من استخدام البريد الالكتروني لتبادل النقود الرقمية بسرعة وأمان وتكلفة زهيدة، وتعتمد في عملها على البنية التحتية

[1013] - ذكرى عبد الرزاق محمد، المرجع السابق، ص68.

[1014] شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، المرجع السابق، ص 5 وما يليها؛ عبد الهادي النجار، بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الالكترونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ،2007، ص 24.

[1015] NEWMAN «S.», Electroniclegale issue platform, op., cit. p.38.

[1016] http://www.aitnews.com/latest_it_news/internet_news/2329.html

للمؤسسات الماليةالتي تدير الحسابات المصرفية وبطاقات الائتمان. وتعتبر الخدمة التي تقدمها PayPal ملائمة جدا للشركات الصغيرة والمستهلكين الذين قد لا يتاح لهم التعامل بالبطاقات الائتمان لقيود تنظيمية أو ارتفاع التكلفة[4]، وخدمات هذه الشركة متواجدة حتى في الجزائر من خلال بعض المتاجر الالكترونية[5].
[1017]

ثالثا: محفظة النقود الالكترونية:

1- تعريف محفظة النقود الالكترونية:

يمكن تعريف محفظة النقود الالكترونية بأنها:" وسيلة دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ القليلة القمية بشكل مباشر أو غير مباشر"[3]. وتستخدم المحفظة من حيث الأصل للوفاء الذي يتم بعيدا عن شبكة الانترنت Hors ligne، الا أنها من الممكن أن تستخدم أيضا في الوفاء عبر شبكة الانترنت OnLigne.

ولم تأت محفظة النقود الالكترونية كوسيلة للوفاء لتحل محل البطاقات المصرفية، وانما جاءت مكملة لها، ذلك أنها تستعمل للوفاء بالسلع والخدمات ذات القيمة المنخفضة[4] .

ومحفظة النقود الالكترونية عبارة عن بطاقة بلاستيكية تحتوي على معالج صغير جداً "برغوث"، وتستخدم في تخزين النقود لتستخدم في عمليات الشراء والخدمات عبر الانترنت، أو نقاط البيع التقليدية بشرط وجود قارئ الكتروني مناسب للبطاقة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية

أن النقود الالكترونية تشكل وسيلة دفع حديثة وتتميز عن غيرها من الوسائل الأخرى، سواء من حيث الخصائص التي تنفرد بها، أو من حيث تكوينها وطريقة استخدامها في اجراء الدفعات. لذلك برزت أهمية تحديد طبيعتها القانونية وبيان ما اذا كانت تعد شكلا جديدا من أشكال النقود التقليدية، أم أنها لا تعد الا نوعا ما أنواعها التقليدية.

الفقرة الأولى: مدى اعتبار النقود الالكترونية شكًلًا من أشكال النقود.

تضاربت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية، وما اذا كان يمكن اعتبارها نقوداً حقيقية أم لا؟ ويرى بعضهم أن النقود الالكترونية هي نقود حقيقية لأنها تقوم بكل الوظائف التي تقوم بها النقود التقليدية، ويعرفونها بأنها عبارة عن وسيط للتبادل كما أنها مقياس ومستودع للقيمة. والبعض الآخر لا يعدها من

النقود، وبالتالي لا تعد أداة نقدية بالمعنى الحقيقي للنقود، ويقول أنها ى تخضع للرقابة من قبل البنوك المركزية[1018].

[1017] تأسست تركة PayPal لتمكن أي فرد أو تاجر يملك عنوان بريد إلكتروني من إرسال واستقبال الأموال علي تبكة الانترنت بأمان ويسر وسرعة، خدمات باي بال بنيت علي أساس البنية التحتية للنظم المالية الموجودة لحسابات البنوك والبطاقات الائتمانية وأتقنت استخدام أكثر خصائص نظم إيقاف الاحتيال تطوراً في العالم لتخلق بذلك نظام دفع مباتر عالمي وآمن في نفس الوقت .

[1018] - حسن علي القفعي، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور البنوك المركزية في إدارة السياسة النقدية، مؤتمر القانون والحاسوب لكلية القانون ، بجامعة اليرموك ، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة 12-14 جويلية ، 2004

لقد أوجد هذا الرأيان عدة أراء متباينة لكنها أقل حدة منها وفي سبيل ذلك، سوف أحاول استعراض مختلف النظريات الفقيهة التي حاولت البحث في الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية من خلال ما يلي:

أولا: النقود الالكترونية وسيلة إئتمان.

جانب من الفقه[1019] أن النقود الالكترونية وعلى غرار العملة العادية تعتبران شكلا من أشكال الائتمان، ويمكن استخدامها كوسائل للتبادل، فالنقود العادية تعد أداة ائتمان كونها تمثل دينا على عاتق الجهة المصدرة والتي عادت ما تكون البنك المركزي.

ونفس الشيء يمكن قوله عن النقود الالكترونية اذ هي عبارة عن قيمة نقدية مختزنة الكترونيا وهذا يعد ائتمانا ، والمصدر يستخدم الأموال التي دفعها حامل النقود الالكترونية في سبيل اكتسابه للأصول، ويتمثل الالتزام القانوني لمصدر البطاقة حيال حاملها، في الوحدات النقدية والرقمية الالكترونية المسجلة عليها.

ثانيا: مدى اعتبار النقود الالكترونية شكلا جديدا من أشكال النقود.

ثار خلاف بين الفقهاء[1020] حول ما اذا كانت النقود الالكترونية لا تعد الا شكلا من أشكال النقود التقليدية، أو هي شكل جديد من أشكال النقود، وكل اتجاه اعتمد على مجموعة من الحجج والأسانيد.

وسأتعرض لهذا الاتجاهين من خلال التالي:

1- الاتجاه الأول: النقود الالكترونية أحد أشكال النقود التقليدية.

يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بعدم استقلالية النقود الالكترونية عن أشكال النقود الأخرى، وتأييداً لوجهة نظرهم فقد حاولوا ردها الى أحد النظم التقليدية الموجودة بالفعل، ويمكن أن نميز في هذا الصدد بين فريقين وهما:

أ- **النقود الالكترونية أحد أشكال النقود المصرفية التقليدية.**

لا شيئ مميز للنقود الالكترونية وهي لا تنفرد بأي طبيعة خاصة، ولا تعدو عن كونها إلا شكلاً من أشكال النقود التقلدية المخزنة على دعامة الكترونية ولا تتطلب معالجة منفصلة ، وهذا ما أكده التقرير الصادر عن البنك المركزي الأوروبي[1021] حين أشار الى التشابه بين الودائع تحت الطلب[1022] Dépôts à Vue والقيم المحملة على البطاقات المدفوعة مقدماً، بجامع أنه في كلتا الحالتين يودع العميل جزءاً من ممتلكاته لدى مؤسسة الإصدار. ولهذا تدخل النقود الالكترونية في معظم الحالات في منافسة مع النقود المصرفية التقليدية Monnaie de Banque.

[1019] - Bert Ely, Electeonic Money and Monetary Policy : Separating Fact from Fiction, The Future of money in the Information Age, Cato, Institutes 14 th Annual Monetary Conference, May 23, 1996,p.l, disponible sur: www.cato.org/moneyconf/14mc2html.

[1020] -سيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص105.

[1021] - Nadia Piffaretti, Monnaie Electronique, Monnaie Intermédiation Bancaire, Thèse Université de Fribourg «Suisse», Juillet 2000. disponible sur: http// ethisis.unif.ch/thèses/ downloads.php,file= PeffarettiN.pdf.

[1022] - الودائع تحت الطلب Dépôts à vue : يعرف هذا النوع من الودائع أيضا بمصطلح " الودائع الجارية " ، و هي تلك الودائع النقدية التي يمكن للعميل السحب منها في أي وقت يشاء وبمجرد إبداء رغبته في ذلك دون إشعار مسبق و دون انتظار حلول أجل معين. ويكون القصد منها، تمكين الزبون من الاستفادة من خدمات الخزينة ".Services de caisse "

2- الاتجاه الثاني: النقود الالكترونية شكل جديد من أشكال النقود.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن النقود الالكترونية تعد نقودا فعلية تستقل بطبيعة خاصة، ولا يمكن ردها إلى أي من الأشكال التقليدية للنقود، فإن النقود الالكترونية تعد شكلا جديدا من النقود لا يرتكز أساسا على المعدن والورق، الا أنه يعيبها المبالغة والاسترسال وعدم تأسيس ما انتهت اليه على ضوابط ومعايير موضوعية محددة.

ومن هذا ذهب فريق من الفقه الى القول، أن النقود الالكترونية لا تمثل شكلا جديداً من أشكال النقود إلا إذا توافرت فيها ضوابط خاصة تتمثل فيمايلي:

- أن تعمل كوحدة حساب مثل كل اشكال النقود، وعلى مستخدميها ان تكون لديهم الثقة للتعامل بها ما دامت قيمتها موازية لقيمة النقود العادية.
- فهي تحتاج لكي يكون لديها شكل جديد، وأن تكون لديها القابلية للانتقال من حساب مصرفي الى آخر دون أن ترتبط بحساب مصرفي[1023]، وأن تستخدم كوسيلة نقدية، وهنا يكون حساب المصدر بمثابة مخزن لهذه القيم[1024]

3- ثالثا: الرأي الثالث

و هو الراي الراجع يرى بأن النقود الالكترونية تمثل شكلاً جديد اً من أشكال النقود، وذلك لعدة أسباب نذكر منها:

أ- أنه يتفق مع التعريف التقليدي للنقود بأنها:" تلك التي تنتقل بحرية من يد الى يد داخل الجماعة، بما يشكل تسديداً نهائيا للديون، ووفاء كاملاً لأثمان السلع والخدمات، وتكون مقبولة في الدفع دون الرجوع الى شخصية أو ائتمان من يعرضها .

ب- أن الأمر ذاته قد واجهه الفقهاء للاعتراف بك ون النقود المصرفية شكلاً جديداً

نوع جديد من النقود يختلف عن العملات المعدنية والورقية ،تتمثل في مبلغ من النقود بدون في الحساب المصرفي، ويتداول من حساب لآخر بدلاً من التداول من يد الى يد، وذلك بواسطة وسائل الدفع غير النقدية مثل الشيكات وأوامر النقل المصرفي والبطاقات المصرفية.

الفقرة الثانية: مدى اعتبار النقود الالكترونية نقودا قانونية.

[1023] طارق محمد حمزة، المرجع السابق ،ص122.

[1024]- وبناءً على ذلك، ذهب جانب من الفقه إلى أن النقود الالكترونية لا تمثل وسيلة من وسائل الدفع، بل هي مجرد وسيط للتبادل، مدللين على أن الدفع بالنقود الالكترونية لا يتضمن تحويلاً فعلياً للأرصدة النقدية من المدين إلى الدائن، ولذلك يحتاج الأخير إلى الرجوع للمصدر لإنهاء عملية الدفع، وذلك بمطالبته بتحويل ما تلقاه من نقود الكترونية إلى نقود تقليدية. ومن تم لا يخرج هذا التداول من كونه تحريكاً للخصوم المصرفية ؛ أي خصوم النقود الالكترونية مقابل خصوم الودائع تحت الطلب. فالأمر على هذا النحو لا يعدو أن يكون إحلالا لمدين وهو المصدر، محل مدين آخر وهو المستهلك في الوفاء بالدين.

تعرف النقود[1025] على أنها:" أنها تلك النقود الصالحة قانوناً للوفاء بالدين ويجب على الأفراد قبولها"[1026]، أو هي:" أي شكل من أشكال النقود يقرر القانون وجوب قبوله في الوفاء بالدين"[1027]، أو هي "الشيء المستخدم كوسيط رسمي للوفاء، يجب قبولة كمخالصة للديون"[1028]، بيمكن تعريفها أيضا على أنها:"هي عبارة عن النقود الورقية والنقود المعدنية المساعدة وهي تعبر عن الشكل الأعلى للسيولة التامة والنهائية تتمتع بقيمة قانونية حددها البنك المركزي تحظى بالقبول العام وهي ثمتل التزام البنك المركزي في الاقتصاد ككل وتسمى بالنقود المركزية وتسمي نقود قانونية لان القانون يصبغ عليها صفة شرعية و القدرة على تسوية الديون و الإبراء منها"[1029]. .

من خلال هذه التعاريف، يتبين لنا أن النقود الالكترونية تقوم على عنصرين رئيسيين:

- : الصلاحية القانونية للوفاء بالدين، وتنشأ هذه الصلاحية من اعتراف القانون بهذه النقود كوسيلة من وسائل الدفع، سواء كان الاعتراف صريحا أم ضمنيامن خلال عدم النص على حضرها.
- : التزام الأفراد لقبولها في الوفاء، هذا بتوافق ارادتي الأفراد على قبولها لعدم وجود نص قانوني يلزمهم بذلك.

واذا كان مفهوم النقود يكاد يكون واحدا في مختلف التشريعات، الا أن تطبيقه يختلف اختلافا جوهريا من نظام قانوني لآخر[1030]، وللوقوف على مدى اعتبار النقود الالكترونية نقوداً قانونية، كان لزاماً علينا تبيان مدى مشروعية إصدارها وتداولها في النظم القانونية المختلفة، ومدى وجود موانع قانونية تحول دون استخدامها في الوفاء بالدين من عدمه، فضلاً عن تبيان مدى أهمية تبني النقود الالكترونية كنقود قانونية؛ وهذا ما سأتناوله من خلال التالي:

[1025] - هنا مصطلح آخر يطلق على النقود وهو العملة، لكن هنا اختلاف بين الأخيرة والنقود، فالأولى: هي كل ما تعتبره السلطة نقوداً تمنحه صفة الإبراء من الديون؛ أما الثانية: وهي أكثر تمولا من ذلك فهي تشمل العملة، كما تشمل كل ما يتراضى عليه الناس باختيارهم وسيطا ويتخذونه وسيطاً للتبادل ومقياساً للقيم، وتقسم النقود الى نقود قانونية ونقود مصرفية. موسى آدم عيسى، آثار التغييرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الاقتصاد الاسلامي، مجموعة أدلة البركة، ادارة التطوير والبحوث، ج هدة، المملكة العربية السعودية، 1993، ص 20.

[1026] - Legal Tender : « Legally valid currency that may be offered in payment of a debt and that a creditor must accept. The American Heritage Dictionary of the English Language : Fourth Edition. 2000. disponible sur:
http.bartleby.com/61/53/L0105300.html.

[1027] - Legal Tender : « Any form of money that a government decrees must be accepted in payment of debts.
The New Dictionary of Cultural Literacy, Third Edition. 2002. disponible sur:
http.bartleby.com/59/18/Legaltender.html.

[1028] - Legal Tender : « something used as an official medium of payment and can not be refused in settlement of a debt ». disponible sur: http:// worldnet.princeton.edu/perl/webwn.

[1029] - الطاهر لطرش، تقنيات البنو ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001، ص 29.

[1030] - حيث بعض النظم استخدام النقود التي يصدرها البنك المركزي في تسوية جميع أنواع المعاملات، في حين تفسح نظم أخرى المجال للأفراد للمفاضلة بين تلك النقود وغيرها من وسائل الدفع.
Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, les paiements Relait dans certains pays: une étude comparative, la Banque des Règlements Internationaux, Bâle, Suisse, Septembre 1999. disponible sur:
http//:www.bis.org/publ/cpss33.pdf.

أولا: المركز القانوني للنقود الالكترونية في القانون الأمريكي.

الحكومة الفيدرالية الأمريكية هي المختصة في اصدار النقود القانونية التي تستخدم في تسوية جميع أنواع الديون، فقد نص المشرع في قانون التمغة الأمريكي لسنة 1862 على أن:" كل من صنع أو أصدر أو تداول أو أنفق أية سندات أو شيكات أو عملات رمزية أو غيرها من السندات المالية التي تقل قيمتها عن دولار أمريكي واحد بقصد تداولها كنقود أو استلامها أو استخدامها بدلاً من النقود القانونية للولايات المتحدة الأمريكية، سيعاقب بالحبس الذي لا تزيد مدته عن ستة أشهر أو الغرامة أو بهما معا. "[1031]

فالمتفق عليه في الفقه الأمريكي هو مشروعية إصدار وتداول النقود الالكترونية، لكن الاختلاف كان يدور حول ما اذا كان التعامل بهذه النقود يدخل في نطاق الحظر الوارد في هذا النص أم لا؟

فقد ذهب جانب من الفقه[1032] القول بأن التعامل بالنقود الالكترونية لا يدخل في نطاق الحظر الوارد في قانون التمغة الأمريكي لأنها تفتقد الى الخصائص المادية للعملة الأمريكية.

في حين ذهب فريق آخر من الفقه، إلى القول بضرورة توافر شرطين حتى لا تمثل النقود الالكترونية انتهاكاً للنص السالف ذكره، أولهما: أن تكون قيمة الوحدة المصدرة من وحدات النقود الالكترونية أقل من دولار أمريكي واحد. وثانيهما: أن يكون الغرض من اصدار النقود الالكترونية طرحها للتداول بدلاً من النقود الرسمية «الدولار الأمريكي».

وبذلك حتى لا تكون النقود الالكترونية ضمن الحضر الوارد في المادة السالف ذكرها، يجب أن تكون صادرة من فئة الدولار او أكثر، وكذلك يجب أن يكون الغرض من إصدارها هو تقديم وسيلة دفع جديدة تكون أكثر ملائمة وفعالية في تسوية المدفوعات الالكترونية التي عجزت وسائل الدفع التقليدية عن تلبية متطلباتها، وهذا من شأنه أن يقوض فكرة استبدالها كلياً بالدولار الأمريكي[1033].

من خلال كل ما قلناه نخلص الى أن إصدار النقود الالكترونية في القانون الأمريكي يعد أمراً مشروعاً، لكن لا يصل الى حد اعتباره عملة رسمية.

ثانيا: المركز القانوني للنقود الالكترونية في القانون الفرنسي.

[1031] - « Whoever makes, issues, circulate, or pay out any note. Check. Token. Or other obligation for a less than 1 $, intend to circulate as money of the United States, shall be fined under this title or imprisoned not more than six months, or both. » Stamp payment act, 18 U.S.C. § 336 Voir à: VARTANIAN «T.P.» , LEDIG «R.H.», and Electronic Commerce. disponible sur: http//www.ffhsj.com/bancmail/bmarts/stampact.htm.

[1032] - SMITH «B.W.» and WILSON «R.J.» How best to guide the evolution of electronic currency law, The American University Law Review, Vol.46, April, 1997, P.1130

.- مشار اليه في هامش أحمد سيد لبيب إبراهيم، المرجع السابق، ص 130.

[1033] - حيث أكد على أن النقود الالكترونية أو أي وسيلة أخرى من وسائل الدفع الالكترونية متى ثبت نجاحها، ستقودنا على نحو تدريجي الى الانتقال بين مختلف أتكال النقود التي يقتنيها المستهلكون.

KELLEY «E.W.» Develepments à la monnaie électronique et la banque, à la Cyber-'96 paiements de Conférence, Dallas, Texas, Juin, 18, 1996. disponible sur:

تنص المادة الخامسة من القانون الصادر 4 أوت 1993 [1034]على أن:" يُختص البنك الفرنسي وحده بإصدار عملات ورقية تكون مقبولة كنقود قانونية ذات قوة إبراء مطلقة"[1035].

كما قرر المشرع الفرنسي حماية خاصة لتلك النقود، فنص في المادة «442-4» من قانون العقوبات على أن : "...يعاقب كل من طرح أي روز من الرموز النقدية في دائرة التداول بغرض استبدالها بالعملات الورقية أو المعدنية التي تمثل النقود الرسمية في فرنسا، بالسجن خمس سنوات، وغرامة 75 ألف يورو". [1036]

وتأسيسا على هذا التعريف يمكن القول بأن النقود الالكترونية لا تدخل في نطاق الحظر الوارد في هذه المادة، لأنها ليست من قبيل أوراق البنكنوت «الأوراق المالية، النقد الورقي» التي يقتصر إصدارها على البنك المركزي دون غيره. وحتى ولو اعتبرنا أن النقود الالكترونية من قبيل الرموز النقدية، فإنه لا يمكن اعتبار أنها تحل محل النقود الرسمية «وبذلك تدخل ضمن الحظر» إذ أنها لا تتمتع بقوة ابراء قانونية يمكن من خلالها أن تزاحم العملات الرسمية التي تستمد قوتها من القانون، وإنما تتمتع بقوة إبراء اتفاقية تستمد قوتها من إرادة الأطراف المتعاملين بها، وتعتمد أساساً على الثقة الممنوحة لمؤسسات الاصدار.

المبحث الثالث: اطراف العلاقة في وسائل الدفع الالكترونية.

تقوم بطاقات الدفع الالكتروني على الفكرة التعاقدية، والتي تظهر من خلال الأساس التعاقدي لعلاقات قانونية تقوم على ثالوث يضم في ثناياه ثلاث روابط قانونية أساسية مستقلة عن بعضها البعض في الحكم[1037]، مستقل عن الآخر، ويحمل كل من تلك العقود واجبات والتزامات بين طرفيه.

وعلى هذا ،كل ما ينشأ عن التعامل بالبطاقة الالكترونية من علاقات يحكمها العقد، وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين

وتكون هذه العلاقات القانونية بين ثلاث أطراف، وكل طرف يكون العامل المشترك بين عقدين اثنين، فمؤسسة الإصدار أو البنك مصدر البطاقة يكون عامل مشترك بين عقدين، الأول مع الحامل يصطلح عليه بعقد الانضمام، أما الثاني فيكون مع التاجر ويسمى بعقد التوريد، أما العقد الثالث فيكون فيما بين التاجر والحامل ويسمى بعقد التزويد.

[1034] Art. 5 : « La Banque de France est seule habilitée à émettre les billets reçus comme monnaie légale sur le
territoire de la France métropolitaine… ».

[1035] - LOI n° 93-980 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. «Décision no 93-324 DC du 3 août 1993 publiée au Journal officiel du 5 août 1993.»

[1036] Art. 442-4 Version en vigueur au 25 décembre 2012, depuis le 1 janvier 2002Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 «V» JORF

[1037] - يطلق مصطلح الثالوث التعاقدي عن العلاقات الناشئة عن بطاقات الدفع الالكتروني التي تتكون من ثلاث علاقات تعاقدية، الأولى بين المصدر والحامل «عقد الانضمام «، ثم العلاقة بين المصدر والتاجر «عقد التوريد» والعقد الثالثة بين الحامل والتاجر «عقد التزويد».

المطلب الأول: العلاقة بين المصدر بالحامل «عقد الانضمام».

العقد الأول في منظومة البطاقة هو العقد الذي يبرمه حامل البطاقة مع مصدرها وعادة ما يكون بنك ويطلق الفقه على هذا "عقد الانضمام " [1038]، أو عقد حامل البطاقة أو عقد الضمان[1039]. ويكون عادة في صورة عقد إذعان، لأن طالب البطاقة ليس له الحق في مناقشة بنوده إما أن يقبلها كما هي أو يرفضها وعادة ما يكون نموذج مطبوع يقوم البنك بإعداده، وهذا يكون في صورة طلب مخصص لذلك يقوم البنك بتوزيعه، فمن يرغب يقوم بالتوقيع على هذا الطلب ويقدمه إلى البنك.

ويرى البعض[1040] أن توزيع مصدر البطاقة لهذه النماذج أو الطلبات يعتبر إيجابا غير ملزم للبنك، إلا أن جانب آخر[1041]، يرى أنها مجرد دعوة للتفاوض.

الفرع الأول: إبرام العقد.

يعتبر عقد الانضمام الأساس الأول الذي يقوم عليه نظام الدفع بالبطاقة ،ويكون بين شخصين الأول عادة ما يكون البنك، أما الشخص الثاني فهو ما أصطلح عليه الفقه بحامل البطاقة في حالة إبرامه للعقد.

وقد يتميز هذا العقد عن باقي العقدين المكونين المتعلقين ببطاقة الدفع الالكتروني، الأمر الذي دفع بعض التشريعات[1042] الى البحث في الطبيعة القانونية لكل عقد على حدة.

الفقرة الأولى: أركان العقد

من الثابت قانوناً أن الأصل في العقود الرضائية، أي أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، ويتم ذلك عند تبادل الطرفين للتعبير عن الإرادة بالشكل القانوني

وقد جرى العرف التجاري في عقود الانضمام، ما اتصل منها بالتعامل المصرفي بشأن خدمات بطاقة الدفع، وهو ما يطلق عليه تسمية "اتفاقية حامل البطاقة"، ويتعين على الشخص الذي يرغب في الحصول على خدمات البطاقة عن طريق الانضمام إلى هذه الاتفاقية، أن يطلع على " الطلب" ليدون عليه البيانات المتعلقة بشخصه كما تحددها الجهة التي أعدت العقد، ثم يوقعه.

[1038] - فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، المطبعة العربية، القاهرة ،1990، ص158.
راجع أيضاً؛ ثناء أحمد محمد مغربي، بحث بعنوان " الوجهة القانونية لبطاقات الائتمان، المقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، دبي، المجلد الثالث، ص 954.

[1039] - محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص628. .

[1040] - GAVALDA et stoufflet « La Convention » implique une demande signée client d'adhésion a un texte standard dont les clauses ne sont pas en pratique discutable, p.440.
مشار إليه في هامش فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص159.

[1041] فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص291.

[1042] - وقد أخذ بهذا الاتجاه كل من القانونين الانجليزي لائتمان المستهلك، والفرنسي فيما يتعلق بالنظام القانوني لبطاقات الائتمان.
أنظر؛ عصام حنفي محمود موسى، "الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المجلد الأول، المنعقد في الفترة الممتدة مابين 9-11 ربيع الأول 1424 الموافق لـ 10-12 ماي 2003 م، ص 910-911.

ويصنف عقد الانضمام، استناداً إلى الطريقة التي يتم التعاقد بها، أنه من العقود الرضائية التي تتم بطريقة الإذعان[1043].

اولا : أهلية الأطراف:

1. أهلية الحامل:

إن الأهلية المطلوبة بالنسبة لحامل البطاقة هي أهلية الأداء المنصوص عليها طبقا للقواعد العامة في المواد 40 وما بعدها من القانون المدني. لذلك فإن صحة قيامهم بالتعاقد للحصول على البطاقة يتوقف على التكييف القانوني الذي ينطبق على التعامل بالبطاقة، فيما إذا كان من التصرفات الضارة أو النافعة أو الدائرة بين النفع والضرر.

ويعتقد أن التعامل بالبطاقة من التصرفات المالية الضارة ضرراً محضاً، لأن الحصول عليها بح د ذاته يتطلب بدلات سنوية وفوائد تزيد أو تنقص يفرضها المصدر على المشتريات أو التأخر بالدفع من جهة، ومن جهة أخرى فإن نظام البطاقة بحد ذاته هو أداة دفع وتصرف بالمال وعادة ما تكون تلك التصرفات استهلاكية، وأحيانا تكون ذات طبيعة تجارية، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب أن يكون الحامل متمتعا بالأهلية التجارية للقيام بالتصرفات القانونية[1044].

2. أهلية مصدر البطاقة:

وتقتضي أهلية المصدر ألا يكون مفلساً وقت التعاقد وأن يتم التعاقد باسم الشخص المخول له إبرام العقود في المؤسسة، وتنطبق عليه جميع أحكام الإفلاس والتسوية القضائية التي نص عليها المشرع[1045].

ثانيا : رضا الطرفين المتعاقدين:

كما ذكرت آنفاً أن عقد الانضمام هو من العقود الرضائية التي تتم بطريق الإذعان، وهو ينشأ مبدئياً بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول

غير أن الواقع في هذا العقد تجري على غير ما تقرره النصوص، من حيث بيان الجهة التي يصدر عنها الإيجاب والقبول. ذلك أن ما تقوم به الجهة المصدرة لبطاقة الدفع الالكتروني من إعداد للعقد ووضعه في متناول الجمهور لا يمكن اعتباره إيجابا، وإنما هو في حقيقته دعوة إلى التعاقد. في حين أن ما يقوم به

[1043] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، هامش 14، المرجع السابق، ص 229.

[1044] - إذ تنطبق عليه أحكام المادة 05 من ق.تجاري والتي اشترطت 19 سنة كاملة أو القاصر البالغ من العمر 18 سنة كاملة مع الحصول على الإذن المسبق من ولده أو أمه أو مجلس العائلة. لمزيد من التفصيل؛ أنظر، أحمد محرز، القانون التجاري، الديوان الوطني للأشغال التربوية ،1992، ص72

[1045] - ففي حالة قيام المصدر بالتعاقد لإصدار بطاقة دفع في فترة الريبة، فان لثبوت الصفة التجارية للمصدر- كونه بنكاً أو مؤسسة بنكية بشكل عام- تجعله خاضعا لأحكام المادتين 245 و249 من ق. ت والمتعاقدين بعدم نفاذ التصرفات القانونية خلال فترة الريبة.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1987/07/26، إلى أن عقود فتح الاعتماد الممنوحة للمدين تخضع لعدم النفاذ الجوازي، وتبقى للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد تروط عدم النفاذ الجوازي والمتملة في وقوع التصرف خلال فترة الريبة، سوء نية المتصرف إليه بعلمه بتوقف التاجر عن الدفع أي بوجوده في فترة الريبة، و أن يكون التصرف مضراً بمصلحة المدين. لمزيد من التفصيل؛ أنظر مع توافر تروط عدم النفاذ، وجيه خاطر، فترة الريبة في الإفلاس، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق ،1973، ص 189.

حامل البطاقة من إقبال على التعاقد يعد في حقيقته إيجابا، لأن ما يقابله من موافقة من قبل الجهة المصدرة للبطاقة يعد قبولاً ينعقد به العقد.

وتظهر بوضوح هذه الفكرة عند الرجوع إلى نموذج "اتفاقية حامل البطاقة"، فنلاحظ أن الجهة المصدرة التي تعد هذه الاتفاقية بدقة متناهية تحتفظ لنفسها بخيار القبول، وهذا معناه أنها تقدم عرضاً أو دعوة للتعاقد لا التزام فيها، فهي بموجب هذا العرض تظل غير جازمة في إرادتها في التعاقد، باعتبار أن عزمها النهائي في ذلك لا يتحدد إلا بعد النظر في الجانب الشخصي للمتعاقد الآخر «حامل البطاقة»، إذا قدرت في ضوء ذلك قبول الطلب أو رفضه[1046].

وعلى ذلك فإذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار في العقد، فإن ما تعده الجهة المصدرة من شروط للتعاقد تضعها في متناول الحامل لا يمكن اعتبارها ايجاباً[1047]،

1- مدى تطابق الإيجاب والقبول:

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

ويعتبر تطابق الإيجاب والقبول من حيث مضمونه أساس وجود العقد، وقد ألزم المشرع المتعاقدان بذلك صراحة، وقرر في ذلك وجوب تحديد العناصر الأساسية للعقد، بحيث يكون اتفاق المتعاقدان شاملاً لها[1048].

ثالثا: محل العقد.

فيكون محل التزام المصدر هو وضع بطاقة الدفع بين يدي الحامل ودفع أي مبلغ ناتج عن أي عملية شراء يقوم بها الحامل بواسطة تلك البطاقة ،ومحل التزام حامل البطاقة هو إيفاء المصدر مبلغ المال الذي أنفقه بواسطة البطاقة مضافاً اليه مبلغ آخر يدفع بشكل سنوي هو عبارة عن بدل الاشتراك بالبطاقة وقد تلحق بذلك فائدة أو عمولة تتحدد قيمتها وكيفية ترتبها بالإنفاق.

رابعا: : سبب العقد.

لابد لاكتمال عناصر العقد من أن يكون لكلا الطرفين سبب أو باعث مشروع.

فبحكم الصفة التجارية للمصدر، فا ن التزامه يتمثل في السعي إلى تحقيق الربح من خلال نشاطه وهذا هو باعثه الرئيسي للتعاقد.

[1046] - اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش 13، الفصل: 4-1، والبند: أ،ب،ج،هـ من الفصل: 2-4/ الفصل 6-2، 2-7، البند: ج، د من الفصل:2.

[1047] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، هامش 15، المرجع السابق، ص 206.

[1048] - المادة 64وما بعدها من ق. مدني الجزائري .

أما سبب التزام الحامل؛ فإن الباعث على تعاقده يكمن في حصوله على البطاقة لتسهيل عمليات الشراء التي يقوم بها تجنبا لحمل النقود العادية أو حمل عدد كبير منها وما يستتبع ذلك من مخاطر كالسرقة...الخ.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية لعقد الانضمام.

اولا: عقد الانضمام والوكالة:

هناك عدة نقاط يتشابه فيها عقد الانضمام مع الوكالة، وذلك من خلال أن كليهما يعتبر عملا تجاريا إذا كان الوكيل تاجرا وكانت الوكالة تدخل في أعمال تجارية وان كانت مدنية بالنسبة للموكل، وفي هذا تنطبق الوكالة على عقد الانضمام حيث يكون الحامل على الغالب شخصا مدنيا ويكون موضوع استخدامه لبطاقته لأغراض شخصية، بينما يكون المصدر ذو صفة تجارية دوما. ومن شروط التصرف في محل الوكالة أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين لا بد أن يكون التصرف مشروعا.

ولكن يمكننا أن نقف عند الشرط الأخير[1049] أي شرعية التصرف لنقول بعدم انطباق هذا الشرط على البطاقة؛ فإذا عدنا إلى موضوع استعمال البطاقة في دفع الديون الناشئة عن لعب القمار لوجدنا عدم إمكانية تطويع الوكالة لأمر مماثل.

وبشكل عام فإن القول بأن المصدر يقوم بتسديد ديون الحامل الناشئة عن البطاقة للموردين بموجب وكالة عن الحامل بهذا الخصوص لا يجعلنا فعلاً أمام وكالة بل أمام حلول للمصدر محل الحامل في الوفاء وهو ما يعرف بحوالة الدين.

ثانيا: عقد الانضمام وحوالة الدين:

نجد أن الحوالة تم بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين[1050]، وهذه الحوالة لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها ولسنا في صدد بحث نفاذ الحوالة هنا، إذ أن مكانها في العقد الذي يجمع الحامل مع المورد. [1051]

وللحوالة أركان بصفتها عقدا لا بد أن يصدر التراضي حول إحالة الدين عن ذي أهلية،

والأهلية الواجبة في المدين الأصلي هي أهلية التعاقد بوجه عام، أما أهلية المحال عليه فهي أهلية التزام معاوضة أو تبرعاً تبعاً للعلاقة التي تقوم بينه وبين المدين الأصلي.

والحوالة كونها اتفاق بين المدين الأصلي المحيل «الحامل» والمحال عليه « المُصدر» للدين المترتب في ذمته للدائن «المورد» يرتب في ذمة المحال عليه التزامات شخصية نحو الدائن، فهي في نفس الوقت تنقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه[1052].

[1049] - أنس العلبي، المرجع نفسه، ص 96.
[1050] - المادة 251 من ق. مدني.
[1051] - المادة 252 من نفس القانون.
[1052] - المادة 254 وما بعدها ق. مدني الجزائري

ومتى تم الاتفاق بين المحيل والمحال عليه فقد انعقدت الحوالة ويصبح المحال عليه ملتزماً بهذا الاتفاق فلا يجوز له الرجوع عنه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلي[1053].

وفي كل ذلك تتطابق الح والة مع مضمون عقد الانضمام؛ فالحامل الذي يضحى مدينا للمورد يدخل في اتفاق مع المصدر ليحول له تلك الديون فيدفعها عنه، فعقد الانضمام كالحوالة يترتب بموجب التزام شخصي في ذمة المصدر لدفع ديون الحامل.

ولا فرق فيما إذا كانت البطاقة دائنة أو مدينة فالمصدر سواء كان دائنا للحامل أم مدينا له فهو محال عليه لديون الحامل وملتزم بدفعها.

لذا يمكن القول أن العلاقة التي ينشئها عقد الانضمام بين الحامل والمصدر ما هي إلا حوالة دين بينهما.

ولأن عقد الانضمام عقد ملزم لجانبين، فهو يرتب على طرفي العقد التزامات وواجبات متبادلة بحيث تجعل كل طرف في موقع الدائن والمدين في نفس الوقت، فإننا سنتعرض أولا لالتزامات حامل البطاقة ثم التزامات الجهة المصدرة.

الفرع الثاني: الالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد الانضمام.

الفقرة الاولى : الالتزامات المتعلقة بالاعتبار الشخصي للحامل.

ويمكن تقسيمها هي الأخرى إلى قسمين:

اولا : التزامات الحامل قبل التعاقد.

بإعلام مصدر البطاقة بجميع الأمور المتعلقة، بشخصه»اسمه، مهنته، عنوانه، دخله، تاريخ ميلاده، وضعه العائلي، التزاماته المالية و غيرها من المعلومات ، وتتجلى أهمية هذه الشروط بصورة أساسية في تمكين الجهة المصدرة من اتخاذ قرار التعاقد مع الحامل إما بالقبول أو الرفض.

ثانيا : التزامات الحامل بعد التعاقد.

- رد البطاقة إلى مصدرها بعدة انتهاء مدة صلاحياتها،
- كما يلتزم الحامل بإبلاغ مصدر البطاقة بجميع المستجدات المتعلقة ،
- والتزام الحامل باستعمال البطاقة استعمالا شخصيا.

ونظرا للاعتبار الشخصي للبطاقة، لا يعني بالضرورة ، بأن علاقة الدائنية بين حامل البطاقة مع دائنين خارج العلاقة أحقيتهم في مزاحمة الدائن الاصلي ، و بالتالي إفلاس الحامل التاجر لا يؤدي إلى انتقال الحق فيها إلى جماعة الدائنين، بل يجب على الوكيل المتصرف القضائي إرجاع البطاقة إلى مصدرها، ويترتب على إفلاس الحامل التاجر الفسخ التلقائي للعقد.

[1053] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط...، ج3، المرجع السابق، ص 564.

كما يلتزم الحامل باتخاذ كافة الاحتياطات، للحفاظ على أمن وسلامة البطاقة ورقمها السري فيمنع عليه البوح به لأحد.[1054] .

- يتعين عن العميل في حالة عدم رغبته في تجديد البطاقة، إخطار البنك بذلك قبل موعد استحقاقها، بمدة متفق عليها في العقد. [1055].

ثالثا: الالتزامات المتعلقة بالاعتبار المالي للعميل.

- يلتزم العميل بسداد جميع المبالغ المستحقة في ذمته نتيجة استخدام البطاقة.[1056]

استثناءً استبعد التشريع الفرنسي الوفاء بطريق تحرير سفتجة لصالح البنك مصدر البطاقة خشية الاحتجاج بالدفوع في مواجهة الحامل حسن النية كما في حالة نقص الأهلية[1057].

a. كما يقع على عاتق الحامل وضع الضمانات التي قد يطلبها المصدر كشرط لمنح البطاقة، وعادة ما يكتفي المصدر بديمومة عمل الحامل واستقراره واستقرار دخله كضمان لمنح البطاقة،
b. أن يتم إيداع مبلغ من المال لديه يمكنه من الخصم منه في حال عدم تمكنه من الدفع[1058].

في الحالة التي يقوم فيها حامل البطاقة بانجاز مشتريات تجاوز الغطاء المسموح به ولكن هذه الزيادة تدخل في حدود ما يضمنه البنك المصدر بناء على الاعتماد الممنوح للعميل بموجب العقد المستقل عن عقد الانضمام.

الفقرة الثانية: التزامات مصدر البطاقة اتجاه الحامل.

اولا : إصدار بطاقة لعميله وتسليمها له :

أن يقوم المصرف بالتحريات للتأكد وتفحص مدى ملاءته وفق معايير لامعتمدة في هذا الشأن ، بعد وفاء البنك بإيجابه بإبرام العقد.[1059]

ثانيا : الوفاء بثمن المشتريات التي يجريها الحامل باستخدام البطاقة:

[1054] - عبد الله ليندة، المرجع السابق ،ص 76.
[1055] - سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص 565.
[1056] - النجار عبد الهادي، المرجع السابق، ص 41، 42.
[1057] - المادة 17 من قانون 1978 الفرنسي؛ سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة، البطاقة البلاستيكية، المرجع السابق، ص 73.
[1058] - أنس العلبي المرجع السابق ، ص 80.
[1059] - وهذا أخذا بمعيار الشخصية والتي يقصد منها كل ما يتعلق بالمدين، أي الطرف الذي يقع عليه الالتزام، وهنا يجب على المصدر أن يتحقق من تاريخ «ماضي» الحامل ومدى حرصه على سداد ديونه ، وكذا الأخذ بمعيار المقدرة والمتمثلة في المقدرة المحتملة على السداد وهذان معياران اقتصاديين .
ومن الناحية القانونية يعتبر العنصر الشخصي لا بديل عنه، فلا يمكن للتأمينات أن تعوضه لأنها تعتبر الوجه الآخر للحق الشخصي. والعنصر الشخصي ضروري لمنح الائتمان إذ يعتبر العنصر المكون للجزء الأكبر للثقة كون الائتمان يرتكز على الثقة . نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان ،1991 ،منشأة المعارف إلاسكندرية، ص 30 ،32.

على البنك قبل الوفاء إلى المستفيد بالتحقق من وجود توقيع عميله على فواتير الشراء المرسلة من التاجر، ومضاهاة هذا التوقيع على النماذج التي يحتفظ بها لديه،.

كما يجب على البنك الوفاء في حدود المبلغ المتفق عليه وهو المسموح به للحامل التعامل به ،فإذا تجاوز العميل المبلغ المسموح والمتفق عليه في عقد الانضمام، يتحرر البنك من التزامه الشخصي غير القابل للرجوع بضمان الدفع، أما إذا لم يتم الإتفاق عليه فيكمن استخلاصه من الشرط الخاص بفتح اعتماد لمصلحة حامل البطاقة[1060].

الفرع الثالث: انتهاء العقد. [1061].

1- ينتهي العقد بانقضاء المدة المتفق عليها في العقد،
2- وفاة حامل البطاقة
3- بالبطلان النسبي او المطلق فقدان العقد لأحد اركانه :
   أ- فقدان الحامل لأهليته،
   ب- فقدان المصدر لأهليته
4- إفلاس أحد الطرفين أو إعسار.
5- الانفساخ كإخلال احد الطرفين او كليهما بشروط العقد المتفق عليها .
6- الفسخ او الابطال بموجب نزاع قضائي او تحكيمي .

المطلب الثاني: العلاقة بين المصدر بالتاجر «عقد التوريد».

الفرع الأول: تكوين العقد.

كما يمكن تعريفها: "عقد يلتزم بموجبه أحد الأطراف، وهو البنك في الغالب، بتسديد قيمة المشتريات والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر وهو التاجر، لمستخدم البطاقة الصادرة من الطرف الأول، مقابل أن يلتزم الطرف الآخر بقبول البطاقات الصادرة من الطرف الأول كوسيلة وفاء"[1062].

الفقرة الأولى:أطراف العقد.

اولا : البنك:

الطرف الأول في عقد التوريد هو البنك المخول له تسيير وإدارة نظام الدفع بالبطاقة، والذي يعتبر إحدى مؤسسات الائتمان.

[1060] - عبد الله ليندة ، المرجع السابق ، ص 77.

[1061] - - أنس العلبي، المرجع السابق، ص 37991.

[1062] - سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناتئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، دبي، المجلد الثالث، ص 801.

يقوم البنك كمؤسسة ائتمانية بتلقي الأموال من الجمهور، وبعمليات الائتمان، وكذا تسيير وسائل الدفع الذي تعتبر بطاقة الدفع الالكتروني جزء منها، وهي تقوم بهذه العمليات بصفة احتكارية، بحيث لا يجوز لغير المؤسسات الائتمانية القيام بهذه العمليات[1063].

ثانيا : التاجر:

بخلاف النقود والشيكات التي يمكن استعمالها للوفاء لأي دائن، فإن حامل بطاقة الدفع الالكتروني لا يستطيع استعمالها إلا أمام التجار، والمعتمدين من طرف البنك مصدر البطاقة، لأن هذا الأخير لا يلتزم بدفع الفواتير المنظمة .

يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عم لاً تجارياً، و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك[4]. [1064]فالشخص حتى يكتسب صفة التاجر، ومن تم يخضع لأحكام القانون التجاري لا بد من أن يحترف عملا تجاريا وبصفة مستقلة.

ثالثا: النيابة في التعاقد.

النيابة هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل[1065]،

وتتمثل النيابة الاتفاقية في الوكالة ومصدرها عقد الوكالة، ويمكن تصور الوكالة في عقد التوريد كالآتي:

1- النيابة عن التاجر:

يمكن أن يبرم عقد التوريد نيابة عن التاجر البنك الذي يملك حسابا فيه ويسمى ببنك التاجر، وذلك بموجب عقد وكالة يبرم بينهما.

2- النيابة عن البنك المصدر:

يمكن أن نتصور النيابة التعاقدية للبنك المصدر في إبرام العقد مع التاجر، إذا ما كان منضما إلى جهة يمكن أن تمثله في هذا العقد، وأحسن مثال على ذلك التجمع ذو المنفعة الاقتصادية « GIE[1066] » المختص بإصدار البطاقة الزرقاء، إذ على كل بنك يريد التعامل بهذه البطاقة الانضمام إلى هذا التجمع.

[1063] - تنص المادة 70 من قانون 11/03 من قانون النقد والقرض المعدل والمتمم على الآتي:" البنوك مخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 أعلاه، بصفة مهنتها العادية" وبالرجوع إلى المادة 69 من نفس الأمر نجد من بين هذه العمليات وسائل الدفع الالكتروني.

[1064] -1 المادة الأولى من القانون التجاري المعدلة والمتممة بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 11-12-1996 «ج.ر.عدد 27».

[1065] - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983ص 35.

[1066] - Le Groupement d’intérêt économique

ومن باب أولى[1067]، على التجار الذين يريدون التعامل في هذا النوع من البطاقات طلبها من هذا التجمع.

3- النيابة عن الطرفين:

لعل أحسن صورة في هذه الحالة هو أن كلا من بنك التاجر النائب عن التاجر،والبنك المصدر يكونا منضمين لنفس التجمع، في هذه الحالة تعاقد الشخص مع نفسه تنطبق على هذه الفرضية ، ولا يوجد قواعد خاصة في تعاقد الشخص مع نفسه في إطار التجمع ، اللهم إلا اذا انصرفت إرادة هذا التجمع أن تحل محل إرادة الأشخاص المكونين لها بصفة تلقائية و بصفة مستقلة ، مع احتفاظ هؤلاء الأشخاص بشخصيتهم المعنوية.

الفقرة الثانية: أركان العقد.

اولا : الرضا:

ينطبق ما جاء عن التراضي في عقد الانضمام على عقد التوريد فالتاجر يقدم على التعاقد بملء حريته ويذعن في ذلك العقد لشروط المصدر التي عادة ما يضمن فيها المصدر لنفسه حقوقاً مطلقة[1068].

1- **الأهلية**:

ويجب على من يقوم بالتعامل ببطاقة الدفع الالكتروني أن يكون أهلا لذلك وفقاً لما يحدده العقد، وبغض النظر عن الأهلية الشخصية الواجب توفرها افتراضا وبداهة، و المقررة بمبادئ نظرية العقد ، فإذا كان العقد يقتضي صفة معينة كأن يكون المورد تاجراً أو حرفياً، فلا بد أن يكون كذلك وفقاً للأنظمة والقوانين المنظمة للمهنة في بلده، أي أن يكون لديه سجل تجاري أو مهني أو حرفي. فإن كان المتعاقد كذلك، فلا بد أن يكون لديه ترخيص بذلك.

2- الإيجاب والقبول:

ما يمكن ملاحظته في عقد التوريد، هو من عقود الإذعان التي لا تقبل المساومة ولا المناقشة، لذلك فالعرض الصادر من البنك لا يعدو إلا لأن يكون دعوة إلى التفاوض لأنه غير مقترن بقبول مباشر من البنك وليس لهذا الأخير نية قاطعة في إحداث الأثر القانوني[1069].

والمبدأ العام في القبول هو الحرية في القبول، إذ يمكن للبنك – كما في عقد الانضمام- حق رفض التعاقد إذا لم ير في طالب التعاقد ما يوحي بالثقة أو بالاستقرار في الأعمال[1070].

[1067] - وسبب طلب التاجر ذلك من التجمع هو السيطرة والتبعية التي يفرضها التجمع على المنظمين إليه وبالتالي التحكم فيها والحلول مكانها في التعبير عن إرادتها، إذ يقول Dominique Légeais أنه "يوجد تجمع الشركات عندما تراقب وتتحكم شركة في أخرى، إذن، يوجد سيطرة شركة على أخرى".

Dominique LEGEAIS, droit commercial et des affaires, 14 eme éd, Armand colin, Paris, 2001, P.156."il y a group de sociétés lorsqu'une société en contrôle une autre, il y a donc domination d'une société par une autres".

[1068] - أنس العلبي ،المرجع السابق، ص100.

[1069] - محمد حسنين ،المرجع السابق، ص 29.

[1070] - أنس العلبي، السابق، ص101.

ثانيا : المحل:

الواقع هو أن محل العقد هو الالتزام الذي يترتب عليه، فالعقد لا يرتب إلا التزامات إما بإعطاء وإما بفعل أو الامتناع[1071]، ويقصد به نقل أو إنشاء حق عيني[1072]، وإذن فالمراد بالمحل هو محل الالتزام ،فالكلام عن محل العقد فيه تجاوز، والصحيح هو محل الالتزام،[1073] ولكن جرت العادة على التكلم عن محل العقد وليس محل الالتزام.

والمحل في عقد الإذعان، هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب «التاجر أو المورد في عقد التوريد»، ويلتزم بها المدين « البنك المصدر» وتكون غير قابلة للمناقشة[1074].

على اعتبار أن عقد التوريد من العقود الملزمة للجانبين، فإنه يقوم على محلين. فالبنسبة للمورد، هو تعهده بقبول بطاقة المصدر مع التخلي على نسبة من قيم مبيعاته منه. أما بالنسبة للمصدر، تعهده للمورد بدفع أي مبلغ يرده منه نتائج عن أي عملية تتم بواسطة[1075].

ثالثا: السبب:

والسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد ولا بد في هذا الباعث أن يكون مشروعا وإلا كان العقد باطلا. [1076]،

والواقع أن قيام التاجر أو المورد بالتعاقد مع المصدر بقبول بطاقته، هو زيادة إقبال الزبائن على متجره وزيادة دائرة زبائنه ودائرة تجارته بشكل عام.

وسبب العقد بالنسبة للمصدر – كون عمله عمل تجاري-، هو تحقيق الأرباح من خصم نسبة العمولة على إجمالي الفواتير الواردة إليه، وازدياد نطاق العمل ببطاقته إن لم يكن عالمياً فمحلي أً[1077].

الفقرة الثالثة: خصائص اتفاقية التاجر «عقد التوريد».

تتميز هذه الاتفاقية بعدة خصائص كغيرها من العقود، وان كانت تعد من العقود غير المسماة لعدم وجود تنظيم تشريعي لها.

اولا : عقد رضائي:

تعد اتفاقية التاجر من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها تراضي المتعاقدين، أي توافق الايجاب والقبول على احداث الأثر القانوني،

[1071] - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2007، ص69.

[1072] - محمد حسنين ،المرجع السابق، ص 63.

[1073] - علي علي سليمان، نفس المرجع، ص69.

[1074] - محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ،1990، ص93.

[1075] - أنس العلبي، المرجع السابق، ص101.

[1076] - محمد حسنين، السابق ، ص 63.

[1077] - أنس العلبي ، نفسه، ص101.

1- عقد ملزم للجانبين:

يعد عقد التوريد من العقود الملزمة للجاتنبين، فيلتزم البنك بتسديد فواتير الشراء أو الحصول على الخدمات التي يحصل عليها مستخدم البطاقة.

ومن جهة أخرى، يلتزم التاجر بقبول البطاقة الصادرة عن البنك كوسيلة وفاء لحاملها، وتنفيذ تعليمات البنك، من بينها التأكد من السقف الائتماني للبطاقة يغطي قيمة ما تحصل عليه مستخدم البطاقة من سلع أو خدمات[1078].

2- عقد معاوضة:

تتجلى خاصية المعاوضة في اتفاقية التاجر في المقابل المالي التاجر[1079]، مقابل الخدمات المصرفية التي يقدمها للتاجر والمتمثلة في خدمات دفع فواتير المشتريات، وكذا عملية تحويل المبالغ المالية الى حساب التاجر، مقابل حصول هذا الأخير على الخدمات العديدة التي يقدمها له البنك.

3- عقد مستقل:

ان التزام الجهة مصدرة البطاقة بسداد قيمة فواتير السلع أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة، التي تصدرها من التاجر لا يقوم استنادًا الى التزام سابق، بل هو التزام مستقل قائم بذاته

4- من العقود الواردة على تقديم الخدمات[1080]:

تعد اتفاقية التاجر من العقود الواردة على تقديم الخدمات، فهي عبارة عن تقديم خدمة مصرفية لقاء أجر معلوم.

الفقرة الرابعة: الطبيعة القانونية لعقد التوريد.

لما كانت اتفاقية التاجر من العقود غير المسماة، فإنه من الأهمية بما كان التعرف على طبيعتها القانونية

وهذا الأمر ترتب عليه اختلاف في وجهات النظر حول الطبيعة القانونية لهذه الاتفاقية، وانقسم الفقه إلى ثلاث آراء، وهي: [1081]

اولا : عقد الكفالة واتفاقية التاجر:

من الآراء التي تناولت الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر رأي يقول أن العلاقة بين مصدر البطاقة ومن يقبلها - التاجر- هي علاقة كفالة أو ضمان، بمعنى أن الْمُصدر يضمن لهذا التاجر أن يدفع له قيمة ما يبيعه أو ما يقدمه من خدمات. وقد برر أنصار هذا الرأي ما ذهبوا إليه:

[1078] - سعد محمد سعد، المرجع نفسه، ص 803.
[1079] - ويمثل هذا المقابل المالي نسبة الخصم من كل فاتورة يقدمها التاجر.
[1080] - سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص 804.
[1081] - سعد محمد سعد ،المرجع نفسه، ص 807.

1 التزام مُصدر البطاقة بموجب عقد التوريد نحو التاجر بدفع المبالغ الذي اشترى به حامل بطاقة الائتمان والتي تمثل دينا للتاجر على الحامل من محله التجاري، يجعلها في مركز كفيل لهذا الدين[1082].

2 أن أخذ الجهة المُصدرة لبطاقة الائتمان نسبة من قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها حامل البطاقة من التاجر، لا ينفي عن اتفاقية التاجر كونها كفالة

إلا أن فقهاء آخرون يرون إن خاصية التبعية لعقد الكفالة تجعل التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين المكفول، وبهذا ترتبط الكفالة بالالتزام الأصلي للمكفول وجوداً وعدماً، فلا تقوم الكفالة إلا إذا وجد التزام قانوني سابق عليها أو معاصر لها. ومن جانب آخر، فلا يكون الكفيل ملزماً بالوفاء بالدين الأصلي إلا إذا لم يقم المدين بالوفاء به.

وهذا الأمر يختلف تماماً على جرى عليه التعامل بموجب اتفاقية التاجر، ويتضح مما جاء في نماذج هذه الاتفاقية أن خاصيتها الأساسية تكمن في أنها عقد اصلي .

ثانيا : عقد الوكالة واتفاقية التاجر:

يرى أنصار هذا الاتجاه[1083]، أن العلاقة بين البنك مصدر البطاقة والتاجر والناشئة عن اتفاقية التاجر، أنها عقد وكالة. ويستند أنصار هذا الاتجاه على ع دة حجج تتمثل في الآتي:

1- الالتزام الأساسي لجهة البنك ، يتمثل في دفع قيمة فاتورة المشتريات أو الخدمات التي تحصل عليها مستخدم البطاقة، فالبنك في رأيهم عندما يقوم بتحصيل مستحقات التاجر من مستخدم البطاقة ووضعها في حساب التاجر بعد خصم عمولته، فإنه يكون بذلك وكيلاً عن التاجر في استيفاء قيمة المشتريات أو الخدمات التي قدمها لمستخدم البطاقة.

2- حق البنك المصدر، بالخصم من حساب التاجر قيمة السندات غير الصحيحة، وقيمةالبضاعة المعادة إليه من مستخدم البطاقة[1084].

و يرى البعض في الأصل في الوكالة، أنه إذا باشر الموكل التصرف فلا يمكن للوكيل الاعتراض عليه، وذلك نظرا لوجود علاقة عقدية مستقلة بين الاطراف الثلاثة .

أ- أنصار الاتجاه القائل بأن الطبيعة القانونية لاتفاقية التاجر هي وكالة، استنادا الى أن البنك يقوم بالخصم من حساب التاجر مباشرة قيمة السندات غير الصحيحة، وقيمة البضاعة المعادة اليه من دون الرجوع اليه ، لو كان البنك وكيلاً للتاجر فإن وكالته هذه لا تعطيه الحق في التنفيذ على أموال موكله لصالح الغير[1085].

ب- و في راينا بأن العلاقة الثلاثية بين الاطراف تنصب على عقد وكالة قائمة على شروط عقدية ترسم حدود الوكالة و صلاحية البنك المصدر بين كلا الطرفين الحامل و التاجر المنظم .

[1082] ـ مناقشات المجمع الإسلامي لموضوع بطاقة الائتمان، المنشورة في مجلة الفقه الإسلامي، جدة، العدد «7»، الجزء «1» 1992، ص 664 وما بعدها.

[1083] عبد الستار أبو عزة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد «7» الجزء «1»، ص657 وما بعدها. وهبة الزحيلي، في مناقشته لموضوع التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان في دورة مجمع الفقه الإسلامي، العدد «7» الجزء «1»، ص 268 و269. وكذا مصطفى الزرقا ،أنظر رأيه عند المناقشة سالفة الذكر، في المرجع نفسه، ص 216.

[1084] ـ عبد الستار أبو عزة، المرجع السابق ،229.

[1085] ـ سعد محمد سعد، المرجع نفسه، ص 816.

ثالثا : الاشتراط لمصلحة الغير:

يرى أنصار هذا الاتجاه[1086] أن العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر، الناشئة عن اتفاقية التاجر بأنها اشتراط لمصلحة الغير، فالبنك هو المشترط عليه ومستخدم البطاقة المشترط له، فاذا رفض التاجر التعامل مع زبون بالبطاقة ، فوفقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير، بإمكان مستخدم البطاقة التمسك بأن العقد المبرم بين البنك مصدر البطاقة والتاجر، يحتوي على شرط بتحقيق منفعة له، تتمثل في موافقة التاجر مع البنك المصدر للبطاقة على قبولها كوسيلة وفاء لثمن المشتريات أو الخدمات التي حصل عليها.

الفرع الثاني: تنفيذ العقد.

تنشأ علاقة قانونية بين مصدر البطاقة والتاجر بموجب عقد يسمى " عقد التاجر أو عقد المورد " ، وهو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، وذلك بمعنى أن المصدر للبطاقة يعمل على اختيار التاجر الذي يثق فيه ويكون حسن السمعة حتى يتعاقد معه ويصبح معتمدا لديه.

وكباقي العقود يخضع بصفة عامة للقواعد المتعلقة بالعقد في القانون المدني، كما يخضع بصفة خاصة وكباقي العقود المصرفية لعقود الاذعان، ومن ثم فإن الشروط التي يتضمنها معدة مسبقا وعلى التاجر أن يقبلها كما هي أو يرفض التعاقد نهائيا، وذلك لأنه ليس له حق مناقشة وتعديل بنوده.

ويبرم عقد التاجر أو المورد لمدة غير محددة، إلا أنه يمكن أن يكون محدد المدة بالاتفاق بين الطرفين، والتزامات التاجر المعتمد عديدة تقابلها التزامات، مصدر البطاقة.

الفقرة الأولى: التزامات التاجر المعتمد.

يلتزم التاجر المعتمد والذي تعاقد مع مصدر البطاقة بالتزامات عدة، غير أنه وقبل أن تترتب عليه هذه الالتزامات، عليه أولا أن يقبل التسوية بالبطاقة وذلك من خلال الانضمام إلى نظام معين من البطاقات، وبهذا الصدد، يمكن الاشارة إلى أن التاجر المنضم أو المعتمد لا يستفيد من ضمانات البنك المتعاقد معه فحسب، وإنما يستفيد من ضمانات كل البنوك المنظمة لنظام البطاقة موضوع التعامل[1087].

اولا : التزام المورد أو التاجر نحو الحامل:

يفرض تعاقد المصدر مع المورد التاجر التزاماً، بأن يقبل بالتعامل مع حامل البطاقة ، وهو الالتزام الرئيس في هذا العقد لا بل هو الالتزام الذي لا يقوم نظام البطاقة من دونه.

والواقع أن هذا الالتزام ينطوي في الحقيقة على الاشتراط لمصلحة الغير، والى جانب هذا الالتزام، هناك التزامات هامشية كثيرة يمكن أن نذكر منها:

1- الالتزام بقبول البطاقة في الوفاء ، وهو اساس التزام الذي يقع على عاتق التاجر المعتمد.
2- يلتزم التاجر المعتمد، بأن يتأكد، من صلاحية البطاقة ، كأن لا تكون ضمن قائمة الاعتراضات والتي يصدرها البنك.

[1086] - مذكور عند؛ سعد محمد سعد، المرجع نفسه، ص 817.

[1087] - كما أن العقد المبرم بين التاجر ومصدر البطاقة لا يتضمن شرطا يقضي بمنع التاجر من الانضمام إلى عدة أنظمة أخرى.

3- يلتزم التاجر أيضا باعداد قسائم الشراء «الفواتير» التي زوده بها المصدر، والمتضمنة بنود مفصلة ، كأسعار ومواصفات المشتريات، رقم التفويض، وكذا التاريخ « طبقا لشروط العقد، ثم يقدمها لحامل البطاقة من أجل توقيعها.
4- التزام التاجر بوضع اعلانات داخل متجره ، حول تبنيه العامة بنظام الوفاء بالبطاقة وطريقة استخدامها،

ثانيا : التزام المورد أو التاجر نحو المصدر.

1- يلتزم التاجر المعتمد بقبول اقتطاع عمولة لصالح البنك المصدر من قيمة الفواتير التي يسددها له، بحسب ما هو منصوص عليه في العقد .
2- كما يلتزم التاجر بالتأكد من المبلغ المسموح به في العقد بين المصدر وحامل البطاقة.
3- ويلتزم التاجر المعتمد بخصوص الفواتير التي أعدها بتقديمها إلى مصدر البطاقة من أجل سداد قيمتها.

الفقرة الثانية: التزامات البنك مصدر البطاقة.

- الالتزام بتزويد التجار بالآلات والخدمات اللازمة لعملية الوفاء .
- كما يتوجب على المصدر تزويد المورد أو التجار بنشره لأرقام البطاقات المسروقة أو الموقوفة أو المنتهية الصلاحية.
- الالتزام المصدر بالسداد إلى التاجر المعتمد، فإنه عليه أن يتحمل التزامات أخرى تتعلق بنظام البطاقة في حد ذاتها.
- الالتزام بالتعهد للتاجر المعتمد بسداد قيمة الفواتير المقدمة إليه بمناسبة استعمال الحامل للبطاقة لدى التاجر المعتمد.

الفرع الثالث: انتهاء عقد التوريد.

ينتهي عقد التوريد كما هو الحال في عقد الانضمام، بالإرادة المنفردة للمصدر الذي عادة ما يعطي لنفسه في عقد التوريد الذي يصبغه هذا الحق، ويقتضي فسخ العقد إعادة المورد للمصدر ما زوده عند التعاقد من أجهزة وفواتير.

كما ينتهي عقد التاجر بالفسخ، إذا ما أخل التاجر المعتمد بأحد التزاماته العقدية مع مصدر البطاقة وفقا لشروط العقد المبرم بينهما.

وعادة ما ينص العقد، على حق المورد على إنهاء العقد أو عدم الرغبة في تجديده بعد انتهاء مدته على أن يقوم بإبلاغ المصدر بذلك قبل مدة معينة.

المطلب الثالث: العلاقة بين الحامل والمورد في عقد التزويد

العلاقة التي تربط بين حامل البطاقة والتاجر مستقلة تماما عن العلاقة بين حامل البطاقة والبنك المصدر لها، ويعتبر التزام المشتري بدفع الثمن وأدائه بموجب البطاقة ، عنصرا أساسيا في عقد البيع [1088].

أما عن عقد التزويد، فإن التاجر المعتمد يلتزم بنقل ملكية المشتريات التي يرغب فيها حامل البطاقة، مقابل التزام هذا الأخير بتقديم بطاقة الدفع الالكتروني للتاجر وكذا توقيع الفاتورة.

الفرع الأول: التزامات التاجر المعتمد.

قبل تعامل التاجر المعتمد لحامل البطاقة ، اي سلعة او خدمة فعليه التاكد أولا كالتزام تجاه مصدر البطاقة حتى يضمن لنفسه استرداد ثمن المبيع او الخدمة أن يقوم بالاجراءات التالية:

1- قبوله البطاقة في حال عرضها عليه من أي عميل يتقدم إليه للحصول على السلع والخدمات التي يؤديها،
2- ألا يقوم التاجر بتقاضي أي عمولة إضافية على العمليات التي تتم بموجب هذه البطاقة،
3- الالتزام بفحص البطاقة مسبقا و التأكد من مدى صحة العملية.

و الملاحظ هنا في الواقع العملي ، و تسهيلا للتاجر المعتمد ، فإن هذه الاجراءات متجاوز عنها لكون و بمجرد ادخال البطاقة في ألة مستقبل البطاقة و بمجرد ادخال كود المتعامل و توقيعه ، يتأكد للتاجر اذا كانت البطاقة مستوفية كل الشروط اللازمة .

الفقرة الأولى: التزامات التاجر اللاحقة على التعاقد.

بعد توقيع الحامل على فواتير الشراء، تتحد على عاتق التاجر التزامات جديدة ينبغي القيام بها.:

1- الالتزام بتسليم البضائع للحامل
2- الالتزام بالمحافظة على أسرار العميل.
3- التأكد من مطابقة تواقيع الحامل.

الفرع الثاني: التزامات حامل البطاقة

تتمحور التزامات حامل البطاقة في مواجهة التاجر بالتوقيع على الفواتير المقدمة له كثمن لمشترياته أو مقابل لخدماته، وبمجرد تقديم الزبون البطاقة للتاجر، يقوم هذا الأخير بإعداد الفواتير بعد التأكد من

[1088] - حيث تعرف المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع بأنه " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

شرعية البطاقة عن طريق الآلة المعدة خصيصا لذلك، اختلفت الآراء الفقهية باعتبار التوقيع الالكتروني ، بمثابة دفع للثمن ، و هناك من اعتبره وفاءً معلقا على شرط مرتبط بموافقة مصدر البطاقة .

الفقرة الأولى: اعتبار توقيع الحامل على الفاتورة وفاء مطلقا.

أصحاب هذا الرأي إلى أن التوقيع الذي يجريه الحامل على الفاتورة يعتبر وفاء من قبله، و تنتهي بذلك مسؤولية الحامل، و لكن إذا تعرض البنك للإفلاس قبل قيام التاجر بالتحصيل من حامل البطاقة ، فإن هذاالأخير هو الذي يتحمل عبئ الإفلاس، ويعد دائبا عاديا لمصدر البطاقة يدخل في التفليسية كبقية الدائنين[1089]،

الفقرة الثانية: اعتبار التوقيع على الفاتورة وفاء معلق على شرط.

ونكون بصدد هذه الحالة عندما تؤدي بطاقة الوفاء دور السحب والوفاء والائتمان معا ، لأنه يصبح من التزامات المصدر في هذه الحالة فتح اعتماد لمصلحة الحامل بموجب اتفاق مستقل تماما عن العقد المبرم بين الحامل والمصدر دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير طبيعتها من بطاقة وفاء إلى بطاقة ائتمان.

ويترتب على القول بأنه الوفاء للتاجر معلق على شرط التحصيل من مصدر البطاقة نتيجة، وهي أن لحامل البطاقة الحق في الرجوع على مصدرها في حالة قيامه بخصم ما لتاجر من أموال على الحامل ولم يدفعه للتاجر، وهنا يدخل حامل البطاقة بالتفليس[1090]، فيصبح بذلك الحامل دائما للبنك ومدينا للتاجر.

إلا أن هناك آراء فقهية مختلفة ترى بأن عبء الرجوع يعود على التاجر المعتمد، و أخرى ترى خلاف ذلك.

و لكن الأمر برمته منوط بدرجة أساسية بالعقد المبرم بين كل الأطراف المتعاقدة في العقود الثلاث ، باعتبار أن أساس التعامل مبني على بنود العقد و في شكل عقد اذعان الذي يستوجب الإحاطة بكل ظروف المتغيرات لبناء هذا العقد ، و في حالة نشوب نزاع فإن القضاء هو الفيصل في تفسير بنود العقد مع الاخذ بعين الاعتبار الطرف الاضعف في العلاقة العقدية .

المبحث الرابع: آليات الدفع الخاصة للنقود الالكترونية.

بات استخدام النقود الالكترونية كوسيلة للدفع عبر شبكة الانترنت وخارجها وسيلة عملية، و هناك نماذج ذات برمجيات تعمل من خلال شبكة الانترنت بعد إنزال القيمة المختزنة على القرص الصلب في كومبيوتر المستهلك، ونماذج ذات بطاقة تحتوي على قيمة مختزنة تعمل خارج إطار شبكة الانترنت وخارجها في أن واحد.

[1089] - النجار عبد الهادي، المرجع السابق، ص 45.

[1090] - جلال عايدة الشورة ،المرجع السابق، ص52.

المطلب الأول: العلاقات الناشئة عن استخدام للنقود الالكترونية

كانت النقود الالكترونية تختلف من حيث طبيعتها وأنواعها عن غيرها من وسائل الدفع الأخرى، إلا أن القواعد المتعلقة بإصدارها إلى المستهلك تتشابه وتتطابق مع تلك الخاصة بالبطاقات البنكية الأخرى.[1091]

وتجدر الإشارة إلى أن العلاقات الناشئة عن استخدام النقود الالكترونية تعتمد أساساً على المبادئ العامة المتعلقة بوسائل الدفع الالكترونية، كون العقود التي تنظمها تشكل نموذجاً بالنسبة لعقود النقود الالكترونية. كما أن الكثير من التشريعات تورد النقود الالكترونية في قائمة وسائل الدفع الالكترونية، حيث تضع بشأنها نموذجاً موحداً للعقود يطبق عليها جميعها[1092].

الفرع الأول: العلاقة بين مصدر النقود الالكترونية والحامل «المستهلك».

تقوم بين مصدر النقود الالكترونية والحامل علاقة تعاقدية[1093]، قوامها العقد المبرم بينهما لإصدار نقود الكترونية، ويحدد العقد كيفية استخدام النقود الالكترونية المصدرة و مدة السماح باستخدامها، الحد الأقصى للقيمة المختزنة ومقدار العمولة التي تحصل عليها المؤسسة المصدرة.

ومن جهة أخرى، فإن العقد الذي يجمع بين الطرفين يجب أن يحدد البنود والشروط التي تحكم إصدار النقود الالكترونية للحامل والقانون الواجب التطبيق على العقد في حال استخدامها في أكثر من بلد، إلى غير ذلك من حقوق والتزامات الطرفين[1094].

ولا يوجد شكل خاص لعقود إصدار النقود الالكترونية، فهي عقود ذات نماذج متشابهة مع تلك الخاصة بالبطاقات المصرفية الأخرى، كبطاقات الائتمان. وينعقد العقد بناءً على عرض يصدر عن المؤسسة المصدرة، في صورة نماذج معدة سلفاً تقوم الأخيرة بإعدادها.وإذا قام العميل بالتوقيع على هذا النموذج فهو يعد قبولاً من قبله، وبالتالي فإن ذلك يستوجب ضرورة أن يكون العقد مكتوباً[1095].

[1091] - يمكن التمييز في هذا الصدد بين عدة أنواع من النقود الالكترونية، فهنا البطاقات ذات الاستعمالات المحددة لغرض واحد وهي خاصة بتاجر محدد أو مجموعة تجار متشابهين من حيث الخدمة أو السلعة التي يقدمونها، حيث لا يستوفي هؤلاء التجار ثمن النقود الالكترونية من خلال ربط البطاقة بحساب لدى مؤسسة ائتمانية، بل من خلال بيع هذه البطاقات؛ وهذا النوع من النقود الالكترونية يخرج عن نطاق هذه الدراسة. ومن ناحية أخرى، هنا البطاقات ذات الاستعمالات المتعددة ، بالإضافة إلى النقود الالكترونية ذات البرمجيات التي يجوز ربطها بحساب لدى مؤسسة ائتمانية بهدف استيفاء ثمن الوحدات المختزنة.

[1092] CE/489/97: Recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire «Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE», «J.O L 208 du 2.8.1997, p. 5258-

[1093] .طوني ميشال عيسى، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المنشورات الحقوقية صادر، دون سنة نشر، ص 94.

[1094] - نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، مجلة الحقوق، بجامعة الكويت، العدد 2، جوان 2008، ص 243.

[1095] - بحسب التوجيه الأوروبي EC/489/79 المادة 1/3 منه، يتوجب على المصدر اطلاع العميل على كافة البنود والشروط الخاصة بالعقد وكيفية استعمال وسيلة الدفع، حيث يجب أن تكون هذه المعلومات مكتوبة جميعها. غير أن البعض يرى أن العقد لا يكون صحيحاً إلا إذا استلم العميل نسخة عن هذا العقد، فإذا ادعى بأنه لم يستلم النسخة أو إذا ادعى أن العقد قد جرى عبر الانترنت وكانت البنود غير مقروءة أو غير مفهومة، فان العقد يفقد فعاليته. منشور على الموقع:
http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2013/0013/boc_20130013_0000_0010.pdf

ويترتب على توقيع هذا العقد إعطاء حقوق وفرض التزامات على عاتق كل من الطرفين[1096].

الفقرة الأولى: حقوق والتزامات مصدر النقود الالكترونية اتجاه الحامل «المستهلك».

أولا:تحديد مصدر النقود الالكترونية.

لا ريب في أن الجهة المنوط بها إصدار النقود الالكترونية له أهمية بالغة، تتمثل في تعرف المتعاملين معه على النظام القانوني الذي يحكمه

يلاحظ أن إسناد أمر إصدار النقود الالكترونية إلى البنك المركزي، من شأنه أن يقلل من المشاكل القانونية التي يمكن أن يثيرها وجود هذه النقود[1097]، فضلا عن ذلك تولي البنك المركزي لهذه المسؤولية.

صك العملة والتي كان من المتصور أن تفقدها في حالة ما إذا قامت جهة أخرى بإصدار النقود الالكترونية[1098].

كذلك تستطيع الدولة من خلال البنك المركزي أن تسيطر على حجم النقود الالكترونية، وبالتالي يمكن تجنب أي اضطراب في السياسات النقدية والاقتصادية، يمكن أن تنشأ نتيجة انتشار هذه الأدوات الجديدة، وكذلك يمكن من خلاله السيطرة قدر الإمكان على جرائم التهرب الضريبي وغسيل الأموال واتخاذ الإجراءات التي تكفل حماية المستهلك

لذلك هناك رأي[1099] يقول بضرورة قصر إصدار النقود الالكترونية على البنوك ومؤسسات الائتمان، وذلك رغبة في تدعيم الثقة في مؤسسات النقد الالكتروني،

هناك رأي آخر يرى[1100]، أن المؤسسات المصرفية تتمتع بثقة المستهلكين نظراً لما تتصف به من سمعة حسنة ومركز مالي مستقر.

. لذلك فإن إصدار النقود الالكترونية من قبل هذه المؤسسات، يؤدي إلى ضمان استقرار سوق النقود الالكترونية من جانب، ويدعم الثقة في تلك المصارف التي تصدر النقود الالكترونية من جانب آخر ،خاصة إذا كانت مدعومة من البنك المركزي من خلال التأكيد على أن إخفاق أي منها يؤثر تأثيراً فعلياً في تطور هذه الوسيلة الجديدة من وسائل الدفع.

[1096] - علي جمال الدين عوض، عمليات البنو من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 545.

[1097] - وذلك لوجود أنظمة قانونية ثابتة تستطيع البنوك المركزية الاهتداء من خلالها؛ لأكثر تفصيل راجع، وليد خالد عطية، الوفاء بواسطة النقود الالكترونية، المشاكل والحلول، مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 39 سنة 2009، منشور على الموقع الالكتروني:

www.Boosla.com /showArticle.php?

[1098] - محمد إبراهيم الشافعي، المرجع السابق ،169.

[1099] يبدو من خلال الضوابط الرقابية التي أصدرها البنك المركزي المصري بشان تنظيم التعامل بوسائل الدفع الالكترونية، حيث قصر التعامل في هذه المجالات على البنوك المرخص لها بذلك دون غيرها. أنظر؛ المجلة الاقتصادية للبنك المركزي، المجلد 42، العدد الرابع، سنة 2002/2001، ص 125،124. وينص:" يشترط لحصول أي بنك ترخيص للتعامل في هذه المجالات أن يكون مستوفياً الضوابط الرقابية الخاصة بمعدل كفاية رأس المال وتصنيف القروض وتكوين المخصصات والتوازن في مركز العملات وتركز التوظيفات لدى المراسلين في الخارج والتركيز الائتماني". وكذلك ما جاء في الضابط السابع:" تلتزم البنوك المرخص لها بالعمل في هذه المجالات بإتباع سياسات وإجراءات تحقق تأمين الاتصالات من والى النظم لمنع الاختراق وإساءة الاستخدام".

[1100] - مذكور عند؛ أحمد السيد لبيب، المرجع السابق، ص 239، 240.

إلا أن اللجنة الأوروبية حين نشرت مقترحاً بتوجيه أوروبي خاص بالنقود الالكترونية أعلنت عن عزمها على تعديل التعريف الخاص بمؤسسات الائتمان حتى تسمح للمؤسسات غير المصرفية بإصدار النقود الالكترونية[1101].

وعند صدور التوجيه الأوروبي رقم 2000/46/EC، كان من أهم ملامحه أنه استبدل مصطلح مؤسسة النقد الالكتروني بمصطلح مؤسسات الائتمان ، ليشمل إلى جانب الأخيرة.

"كل شركة أو أي شخص قانوني آخر يقوم بإصدار وسائل دفع في شكل نقود الكترونية"[1102].

، قد حصر إصدار النقود الالكترونية للبنوك المرخص لها من البنك المركزي، وأناط به حصراً مسؤولية الرقابة والإشراف على البنوك التي تصدر تلك النقود.

ثانيًا: حقوق البنك المصدر للنقود الالكترونية.

1- الحق في تعديل العقد: يحق للمصدر أن يعدل العقد بإرادته المنفردة، ولكن على شرط أن يطلع الحامل بشكل كاف على مضمون هذه التعديلات، وذلك للسماح له بالانسحاب من العقد[1103].
2- الحق في عدم إصدار بطاقات إضافية: يحق للمصرف المصدر للبطاقات البنكية قبول أو رفض أي طلب مقدم من قبل صاحب الحساب.

[1101] - كانت بداية هذا التحول في وجهة نظر المؤسسات الأوروبية ما جاء في التقرير السنوي لمؤسسة النقد الأوروبية «EMI» الصادر في عام 1997، والمتعلق بنظم النقد الالكتروني القائمة على برامج العقل الالكتروني systèmes de monnaie électronique basés sur des logiciels، حيث قررت انه سحب أن يتوافر في مصدري النقود الالكترونية الحد الأدنى من المتطلبات الضرورية لممارسة هذا النشاط بغض النظر عن وضعهم القانوني كمؤسسات ائتمان indépendamment de leur statut instituts de crédit راجع في ذلك:

David Bounie , Sébastien Soriano, La monnaie électronique, Principes, fonctionnement et organisation, LCN, volume 4, n° 1-2003, pages 71 à 92. Disponible sur: http://ses.telecom-paristech.fr/bounie/documents/Recherche/04%20Bounie%20VF.pdf

[1102] - DIRECTIVE 2000/46/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 18 septembre 2000, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, «J.O.c.e. L 275/39 du 27.10.2000», Art. «1-3-a», P.2. il a déclaré que : « a» «établissement de monnaie électronique»: une entreprise ou toute autre personne morale, autre qu'un établissement de crédit au sens de l'article 1 er, point 1, premier alinéa, point, de la directive 2000/12/CE, qui émet des moyens de paiement sous la forme de monnaie électronique; » . Disponible sur: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.FR:PDF [2]- Art. 3 de la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière «JORF n°0024 du 29 janvier 2013».

[1103] - Directive 97/489/EC, Art7 «1». Obligations de l'émetteur : 1. L'émetteur peut modifier les conditions, pourvu qu'il en informe le titulaire individuellement dès que possible pour lui permettre, le cas échéant, de dénoncer le contrat. Le titulaire se voit accorder un délai d'au moins un mois, à l'issue duquel, sauf dénonciation de sa part, il est réputé accepter les conditions notifiées. Cependant, toute modification significative du taux d'intérêt effectif n'est pas soumise aux dispositions du premier alinéa et prend effet à la date indiquée lors de sa publication. Dans ce cas, et sans préjudice du droit du titulaire de résilier le contrat, l'émetteur en informera individuellement le titulaire dans les meilleurs délais.

3- ملكية النقود الالكترونية: يعتبر الرقم الشخصي أو الكلمة السرية الخاصة بصاحب الحساب ملكاً للبنك، وبالتالي يحق له، و أن يستعيد الحق الذي منحه لحامل البطاقة.

ثالثًا: التزامات البنك مصدر النقود الالكترونية.

يمكن إجمال التزامات البنك المصدر للنقود الالكترونية اتجاه الحامل في ضوء الضوابط الرقابية للبنوك المركزية التي تتعامل في هذا المجال، فيما يلي:

إن أول التزام يقع على عاتق البنك المصدر، هي تسليم المحفظة الالكترونية بما تحتويه من بطاقة ذكية ووحدات مشحونة بشكل سليم وجاهزة من الناحية الفنية للاستخدام، ويتضمن هذا الالتزام العناصر الآتية:

1- تمكين العميل «المستهلك» من التعامل بالنقود الالكترونية

أ- يتعلق بتسليم المحفظة جاهزة للاستخدام

ب- التزام مؤسسة الإصدار الإفصاح عن جميع البيانات والمعلومات المرتبطة باستعمال أداة الدفع الالكترونية

ت- تلتزم مؤسسة الاصدار بالإضافة الى ما تقدم، بتمكين العميل من غلق أداة الدفع اذا طرأت ظروف تستدعي ذلك؛ كما في حالة التهديد أو الفشل في استخدام أداة الدفع أو استخدامها من قبل الغير بناء على غش أو تحايل..

2- الالتزام بالمحافظة على السرية المصرفية:

يعد الحفاظ على سرية المصرفية من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق مؤسسة الإصدار[1104] ، يجب أن يكون لدى العملاء يقين بأن جميع البيانات الخاصة بهم ، سواء كانت شخصية أم بيانات تتعلق بمعاملاتهم المالية، لن يساء استخدامها من قبل مؤسسة النقد الالكتروني ذاتها، وبالتالي فإن الالتزام بالمحافظة على السرية المصرفية ركن مهم من أركان العمل المصرفي، فلا يجوز للبنك المصدر الكشف عن السر المصرفي إلا في الحدود التي ينص عليها القانون.

3- التزام البنك المصدر للنقود الالكترونية باستردادها:

إن التزام المصدر بالاسترداد له أهميته، لأن انتفاء ذلك الالتزام يفقد النقود فاعليتها كوسيلة للوفاء بالالتزامات أو على الأقل كوسيلة تبادل. هذه من جهة ومن جهة أخرى المنطق أن التاجر لا يقبل التعامل بالنقود الالكترونية كوسيلة من وسائل الدفع ما لم تكن تلك النقود ستحول إلى نقود تقليدية،

الفقرة الثانية: حقوق والتزامات الحامل»المستهلك» تجاه المصدر

أولا: حقوق المستهلك تجاه المصدر:

[1104] وهذا الالتزام ملقى حتى على المصارف التقليدية بوجه عام، وهو لا يعد التزاما قانونيا فحسب بل هو التزام أخلاقي كذلك. والسرية المصرفية من تأنها تدعم ثقة الجمهور بالمصرف وتعطي ضمانات جدية للتكتم ولعدم كشف الأسرار تحت طائلة المسؤولية. مما يؤدي إلى تأمين المصلحة الاقتصادية للمجتمع أحمد حمدان الجهني، غسيل الأموال وأثره على السرية المصرفية، مركز قضائي تخصصي، بحث منشور على تبكة الانترنت على الموقع الالكتروني:
www.cojss.com/replay.php?p=180

1- تزويد الحامل بالكشوفات،
2- التمكين من شراء السلع والخدمات،
3- حق الحامل في فسخ العقد،
4- الحق باستبدال القيمة الالكترونية الى قيمة نقدية مادية

ثانيا: التزامات المستهلك تجاه المصدر.

1- التزام العميل بتزويد البنك المصدر بكافة المعلومات الضرورية واللازمة لتحديد هوية الحامل.
2- استعمال النقود الالكترونية بشكل صحيح: يتوجب على حامل النقود لالكترونية التقيد بما نص عليه العقد لجهة كيفية استخدامها. وعلى ذلك، فإن الحامل يتعهد باتخاذ كافة الخطوات التي تكفل حفظ وسيلة الدفع الالكترونية وصونها[1105].

3- الاستخدام الشخصي للنقود الالكترونية: يترتب على الاعتبار الشخصي للنقود الالكترونية عدم جواز استعمالها من جانب الغير، أو التنازل عنها، إلا بموافقة المؤسسة المصدرة.

4- الإبلاغ عن فقدان النقود الالكترونية أو تعرضها للسرقة تسديد الديون الناشئة عن استخدام النقود الإلكترونية.

الفرع الثاني: العلاقة بين مصدر النقود الالكترونية والتاجر.

يقوم بين الجهة المصدرة للنقود الالكترونية والتاجر المورد للسلع والخدمات، علاقة تعاقدية قوامها العقد الذي يلعب فيه المورد قبوله التعامل بالنقود الالكترونية وفاءً لمبيعاته، ويطلق على هذا العقد تسمية " عقد المورد" أو "عقد التوريد".

وعموماً فإن أحكام العلاقة بين مصدر النقود الالكترونية والتاجر، هي نفسها التي تم التطرق لها في بطاقات الدفع، إلا أنها تتميز ببعض الخصوصية طبقا للوسيلة التي تخزن فيها.

الفقرة الأولى: حقوق والتزامات المصدر تجاه التاجر.

أولا: حقوق المصدر تجاه المورد.

1- الحق بتعديل العقد
1- تحديد البدلات والعملات
2- التعويض مقابل الخسائر
3- حق المصدر في فسخ العقد

ثانيا: التزامات المصدر تجاه المورد أو التاجر.

[1105] - DIRECTIVE «97/489/CE», Art.» 5, a» : Obligations du titulaire, Le titulaire: a» utilise l'instrument de paiement électronique conformément aux conditions qui en régissent l'émission et l'utilisation; il prend notamment toutes les précautions élémentaires pour assurer la sécurité de cet instrument et des moyens «numéro d'identification personnel ou autre code» qui en permettent l'utilisation.

1- تزويد المورد «التاجر» بالآلات واللوازم: يلتزم مصدر النقود الالكترونية بتزويد التاجر بالأجهزة الضرورية اللازمة لاستخدام هذه النقود، مثال الآلات والمعدات والبرامج.
2- تبديل القيمة الالكترونية بالنقدية
3- الإعلان و الاعلام عن النقود الالكترونية التي يصدرها، لتعريف الجمهور بمزاياها.

الفقرة الثانية: حقوق والتزامات التاجر تجاه المصدر.

أولا: حقوق التاجر تجاه المصدر.

1- تزويد المورد بكل جديد يطرأ بشكل دائم على صعيد التعامل بالنقود الالكترونية والبطاقات البنكية،
2- الحق في استراد النقود الالكترونية

ثانيًا: التزامات التاجر تجاه المصدر.

1- الالتزام بقبول الدفع بالنقود الإلكترونية،
2- الالتزام بالتأكد من صحة النقود الالكترونية المستخدمة في عمليات الدفع.

الفرع الثالث: العلاقة بين حامل النقود الالكترونية التاجر المعتمد .

يرتبط حامل النقود الالكترونية بعلاقة تعاقدية كعقد بيع أو عقد تأدية خدمات أو غيره من العقود. وبمقتضى هذه العقود يحصل الحامل على السلعة التي يقوم التاجر ببيعها أو الخدمات التي يقوم بتقديمها ،وهو بذلك يخضعان للالتزامات الواردة في العقود بالإضافة الى العقدين السالفي الذكر.

ولقد ثار خلاف فقهي حول طبيعة العقد المبرم بين المستهلك والتاجر، وطرح سؤال مفاده: هل تعد النقود الالكترونية وسيلة دفع نهائية تبرئ ذمة العميل كلية من دينه تجاه التاجر؟ بمعى آخر هل انتقال الوحدات الالكترونية من العميل الى التاجر يعني سداد العميل للثمن بشكل نهائي دون أن يتوقف هذا السداد على أي عمل آخر يلي هذا الانتقال؟

وانقسم الفقه الى اتجاهين للإجابة عن هذا التساؤل، فهناك من يرى النقود الالكترونية لا تشكل وسيلة دفع نهائية بالمعنى الدقيق، وحجتهم في ذلك أن انتقال الوحدات من العميل الى التاجر لا يكون بغرض الدفع النهائي، وإنما بغرض تحويلها بعد ذلك الى نقود حقيقية مباشرة بعد كل عملية أو بعد فترة تخزن فيها هذه الأموال لدى التاجر أو في حسابه لدى البنك. ولا تتمتع هذه النقود بأية قوة ابرائية قبل تحويلها الى نقود حقيقية. لذلك حسب أنصار هذا الاتجاه، يحتاج الوفاء باستخدام النقود الالكترونية الى اجراء آخر مكمل لانتقال الوحدات وهو التحويل أو الرد .

وعلى خلاف الرأي السابق، يرى جانب كبير من الفقه الى أن انتقال الوحدات الالكترونية من العميل الى التاجر يعد دفعاً نهائياً وحالاً لدين العميل [1106].

[1106] - GERALD «S.», The electronic purse, An overview of recent development and policy Issues, January 1996, note 2, Welcome to smart cards,1998, p.26.
المصدر : تريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 123.

فكما أن النقود وسيلة دفع نهائية في حال انتقالها من المدين الى الدائن، فيجب الوحدات الالكترونية بنفس الكيفية، ويستند أنصار هذا الاتجاه الى أكثر من حجة تؤيد قولهم:

ان بإبرام التاجر للعقد يكون قد وافق ضمنيا على ابرام ذمة المدين الذي يستعملها وإلا فاتت الفائدة التي صدرت من أجلها الوحدات[1107]

- ان انتقال الوحدات يبرئ العميل كلية من الدين استناداً الى صفة النقود التي تتمتع بها هذه الوحدات. فالفقه يتفق أن هذه الوحدات لها قوة شرائية مخزنة على البطاقة الذكية وتتمتع بقوة النقود الحقيقية عند الشراء، فلا بد من الاعتراف لها بقوة ابراء نهائية من الدين وبشكل نهائي. [1108]

خلاصة الفصل

استخلاصا لما سبق نستطيع القول بأن العمل المصرفي الالكتروني لا يختلف عن الأعمال المصرفية التقليدية بما فيها العقد المصرفي الالكتروني سوى أنه يتم الكترونيا عبر شبكة الأنترنت التي جعلته يتسم ببعض الخصوصية فيما يتعلق بركن الرضا وبالتحديد في عنصري الإيجاب والقبول ، ويرجع ذلك الى خصوصية الوسيلة المستعملة في ابرام العقد المصرفي الالكتروني ألا وهي شبكة الانترنت حيث أن طريقة التعبير عن الإرادة تتم بواسطتها ولا يمكن الوصول اليها والاستفادة منها دون استخدام جهاز الكمبيوتر أو الهواتف الذكية ، فهو يعد مجرد صورة من صور العقد الالكتروني.

كما أن هذه الوسيلة جعلته يتصف ببعض الخصائص التي بيناها سابقا من جهة ، ومن جهة أخرى أحاطته ببعض الصعوبات والمخاطر سواء عند الابرام حيث أن مجلس العقد يتم بين غائبين ، فلا وجود مادي لطرف العقد البنك والعميل مما يرجح فرضية انعدام أو نقص الأهلية من جانب العميل ، ومن جهة أخرى تبرز هذه المخاطر عند تنفيذ العمليات المصرفية الالكترونية التي قد يتعرض حينها موقع البنك على شبكة الأنترنت الى هجمات القرصنة والتجسس ، وبصفة عامة ارتكاب جرائم الكترونية والتي قد يتمكن من خلالها المعتدي من خلق مواقع وهمية للبنك بغرض اجراء تحويلات مالية الكترونية غير مشروعة تؤدي الى الاستيلاء على أموال الغير وهو ما يضر بالبنك والعميل . لذا فإنه ينبغي إحاطة مواقع البنك وكافة أشكال التعامل الالكتروني بما فيها ابرام العقد المصرفي الالكتروني بوسائل الحماية الفنية والتقنية وكذا القانونية لضمان حماية حقوق أطراف التعاقد وخاصة الطرف الضعيف في العقد الذي يتمثل في العميل .

خلاصة الباب الثاني

ان استحدات نمط جديد من البنوك بما فيها المؤسسات المالية بما يتماشى و النظام العالمي الافتراضي ، ، ترتب عنه انشاء مجموعة انظمة مرتبطة مع بعضها البعض في شكل شبكة الكترونية متداخلة و مترابطة ببعضها البعض ، بما يحاكي العالم المادي في نمط هذا الترابط .، الا ما استثني منه لضرورة الخصوصية .

[1107] La Nature juridique de la monnaie électronique, op., cit.,p. 54

[1108] - -La Carte prépayé multiprestataire, syntése réalisée par les membres d'un groupe de réflexion. interne a la banque de France sur les cartes prépayées, Bulletin de la banque de la France, Juin 1991, n°78 ,p.99.

فان التنافس الشرس في السوق التجاري المادي ، دفع العديد من المصارف و المؤسسات المالية ، لتكون في مقدمة الاستحواذ على اكبر قدر من العملاء و بالتالي جذب اكبر قدر ممكن من رؤوس الاموال ، لكن ان هذه الاخيرة ، هذي المحرك الاساسي لهذه المؤسسات .

الا ان هذا السوق الافتراضي لا يخلوا بدوره من المخاطر بل زادت حدتها ، نظرا لكونها جديدة و تختلف هذه الحداثة بحسب كل ولة او نطاق .

وبالتالي فان درجة المخاطر قد تختلف حدتها من بنك لآخر و هذا راجع الى الخبرة و التمرس في مجال الصيؤفة الالكترونية ، وبقدر درجه الحيطة و الحذر و اعتماد التوصيات من قبل الهيئات الدولية لاسيما لجنة بازل اثنان للرقابة الحصيفة و الوقاية من المخاطر المصرفية قد يجعل من العمليات المصرفية الالكترونية اكثر امانا ، واكثر موثوقية .

و نقصد في هذا الصدد العقود المصرفية التي تبرم في ظلها ، فانها لا تختلف كثيرا عن العقود التقليدية الا ما يميزها عن نظيرتها بما تستثنى به و تختص به بحسب طبيعتها .

و اهم ما يثار في هذا الشق ، وسائل الاثبات الالكتروني و هنا اثيرت مسألة التوثيق و التصديق باعتبارها العصب الحساس لتوثيق العلاقات العقدية لتحقق آثارها القانوية ، و تسهيل و التقليل من المنازعات العقدية .

و بالتالي و بالرغم التقدم الحاصل في مجال التأطير القانوني للاعراف التجارية الالكترونية و توحيدها ، الى ان المشوار لا زال طويلا و في بدايته ، نظرا لعدم تكافوا الفرص بين الشعوب ، و نظرا لضرورة فسح المجال بقدر اكبر واوسع للمتعاملين الاقتصاديين و التجاريين و المدنيين عبر ربوع العالم ليكون اكثر اندماجا و اكثر اثارة و تأثيرا .

اذ يجب ان تتاح التكنولوجيا لكافة المجتمعات باعتبارها البنية التحتية الاساسية لانجاح التجارة الالكترونية ، لا سيما شبكة الانترنت و غيرها من الشبكات ، و مختلف وسائل الدفع الالكترونية بمختلف انواعها و التعريف بها و التحسيس بأهميتها و هذا طبعا منوط بجودة الخدمات المصرفية الالكترونية و عملياتها المختلفة.

خاتمة

لقد واجهت البنوك و المؤسسات المالية عبر مسارها العملي ، للكثير من التحديات و التي دفعت بها إلى التأقلم و التكيف قدر الإمكان مع الوضع الراهن , و هذا الأمر جعلها في تحد مستمر من أجل مواكبة العصرنة و التكيف معها من جهة ، و مجابهة مثيلاتها في إطار المنافسة الشرسة فيما بينها .

و فحوى هذه التحديات وضعها في مواجهة العديد من الإشكاليات و التي كان لزاما عليها حلها من أجل المضي قدما في تحقيق تطور مستمر و ثابت .

و من هذا المنطلق كان لموضوع العقود الالكترونية المصرفية في إطار العمل المصرفي في مجمله ، و باعتبار ان العلا قات التي تتم بين البنوك و باقي المتعاملين معها ، ناتج عن علاقة عقدية في معظمها، و هنا كان مربط الفرس في موضوع الدراسة و هو البحث في مسألة الإشكالات القانونية التي تتمخض عنها .

و من أجل هذا فقد قامت الدراسة بمعالجة و حل هذه الإشكالات ، و كانت المحاولة في معالجة هذه الإشكالات و تحليلها و دراسة مظاهرها و متغيراتها ، مما اقتضاه الموضوع من منهج الذي تم إتباعه في دراسة موضوع الدراسة .

و قد تمت الإجابة عن الإشكالات التي انطلق البحث في الإجابة عنها ، و كذا الأسئلة و الفرضيات التي انبثقت منها .

و من هذا المنطلق ، فقد تناولت الدراسة تبيان مفهوم العمل المصرفي التقليدي ، كمنطلق للدراسة الاولية و كظاهرة متغيرة تحتاج الى دراستها، كخطوة اولى ، و بعد دراسته تبين أنه يتمحور في ثلاث محاور اساسية و التي بنى عليها الفقه و القانون بالاجماع حول مفهومها و هي :

جمع الاموال و النقود من الجمهور ؛

منح الاعتمادات او القروض بوجه خاص ؛

وضع وسائل الدفع في متناول المتعاملين و ادارتها .

حيث تبين من خلال الدراسة بأن العمل الصرفي الالكتروني لا يمكنه أن يأتي بجديد الا اذا كان منطلقه من مبادئ اساسية اعتمدت من العمل المصرفي التقليدي ، و انطلاقا منها نحو الخروج بثوب جديد يتماشى مع العصر الحديث و التأقلم مع كل متغير تقتضيه ضرورة التكيف ,

اذ أن كل عمل مصرفي الكتروني إلا و له قاعدة تصدر عن عرف مصرفي متجذر ، و التي لزم الامر تطويرها مع الضرورة الملحة .

فقد تبين من هذا المنطلق الجهود التي بذلت من أجل تحقيق عمل مصرفي الكتروني متكامل و متراص وأمن ، فكان للمنظمات العالمية جهدا لايستهان به في المساهمة الجبارة الى تحقيق الهدف المبتغى من صناعة مصرفية الكترونية عالمية موحدة تأبى الحدود و الاختلاف .

و هذا ما هو الا تحصيل حاصل العولمة ، لذا قامت منظمة اونسيترال للقانون النموذجي و لجنة بازل و العديد من المنظمات العالمية السعي الى في توحيد الاعراف تجارية و المصرفية و كات نتاج ذلك تقديم العديد من التوصيات ، لدول العالم و الموؤسسسات العالمية بتطبيقها ، و الذي تم التوصل اليه من خلال الدراسة ، صدور العديد من النصوص القانونية في هذا الصدد ، تجلت ف تبني العديد من الدول لهذه التوةصيات و تطبيقها .

و الذي تبين من خلال الدراسة أن هذا التجاوب يختلف من دولة الى اخرى ، و هذا يرجع الى الجرأة و الردود السريعة من طرف مؤسسات كل دولة على حدة و من خلال مدى تأثير و تأثرها بالعولمة الاقتصادية .

او بالاحرى مدى قدرتها في مجابهة متطلبات السوق العالمية للتجارة الالكترونية ، فهذا المجال فتح آفاقا واعدة للتطور المصرفي و المالي للتماشي و متطلبات و حاجيات السوق .

من خلال الدراسة تبين أن للعمليات المصرفية الالكترونية دور كاسح في تفعيل و تنشيط التجارة الدولية ، لاسيما فيما يتعلق بتحويل رؤوس الاموال و السلع من و الى الخارج و ذا الخدمات الصرفية الالكترونية ، اعتمادا الى الوسائل الالكترونية و مدى نجاعتها .

و لكن اتضح من خلال الدراسة ان هذه الوسائل الالكترونية لا تخلوا من المشاكل و المخاطر التي يمكن أن تختلق من جرائها و لطبيعتها الرقمية ، و ذا طلعا يعود الى كون المسألة تتعلق برؤوس الاموال التي تعد المقصد الغالب في المعاملات المصرفية و التجارية .

كما اجابت الدراسة عن التساؤل حول الدور الذي تلعبه البنوك الالكترونية في تعزيز الخدمات المصرفية و حمايتها ، فكان الأمر بالإجابة عنها التطرق الى دراسة مسالة التكيف مع المستجدات و التطورات المرتبطة بالتجارة الالكترونية لا سيما اعتما العقود الالكترونية كبديل عن العقود العادية ، من اجل تحقيق المزيد من السرعة و الامان في المعاملات الالكترزنية مما ساعد على جلب المزيد من رؤوس الاموال و خفض قيمة التكلفة بخلاف عما كان في اعتماد البنوك العادية من معدات و عقارات وغيرها ، كما كان الدور الاساسي

الذي به تتحقق الامن و المزيد من الثقة للمتعاملين في الاعتماد على المحررات و الرسائل الالكترونية منبثقة عن التجارة الالكترونية ، و التي لا تكون لها قيمة فعلية ما لم توثق، و هنا تجلى دور التوثيق و التصديق في هذه المحررات الالكترونية لاعطائها المزيد من الحجية و المصداقية .

و هذا للتخفيف من عبء الاثبات في العقود و خفض قدر المستطاع من المنازعات العقدية .

اما الفائدة المحققة في الانتقال من العقود التقليدية الى العقود الالكترونية ، فان الدراسة و بعد أن عالجت موضوع عقد الالكتروني المصرفي معالجة قانونية صرفة ، فتطرقت الى كيفيات ابرام العقود الالكترونية عبر مختلف الوسائل الالكترونية باعتبارها تعاقد عن بعد و بوسائل رقمية محضة ، تم التطرق الى وسائل الإثبات فيها ، و الآثار القانونية المترتبة عنها , ثم عالجت الدراسة خصائص العق'د الالكتروني و مزاياه و أثاره على اطراف العلاقة ، و المتمثلة في السرعة و الائتمان لا سيما ما تعلق بتداول الاوراق التجارية و تم التطرق الى تعريف بماهية الشيك الالكتروني و انواعه ، ثم الى السفتجة الالكترونية و ايضا الاعتماد المستندى الالكتروني ، ناهيك عن دور التحويل المصرفي الالكتروني، و اكتشاف النقود الالكترونية ، كنهضة واعدة في التعامل المصرفي و التجاري في الافق القريب ، وكذا الدور الذي تلعبه غرف المقاصة سواء كانت بصفتها مؤسست محايدة او في البنوك نفسها .

و لكن لكل ابداع او تغير من نمط الى آخر فان الامر لا يغدوا ان يكون محفوفا بالمخاطر و التي تنجم عن مواجهة اللامألوف . و هذا طبعا ينطبق على العقد الالكتروني لكونه شيئا جديدا لم يمضي عن اعتماده الا في خمسينيات القرن الماضي ، و هذا لا ينطبق على دول العالم الثالث ، فانها دائما تقلد تجارب الآخرين ، ما يجعلها في ذيل قائمة الدول المتقدمة في خوض معترك التغير و التطور المتسارع ، و لكن هذا يعتبر امرا طبيعيا لكون ان الامرلا يغدوا محفوفا بالمخاطر ، ناهيك عن عدم القدرة على جبر الضرر المتمخض من خوض تجربة جديدة لا تجربة له فيها ، و هذا ما ينطبق بطبيعة الحال عن اعتماد العقود الالكترونية و تعميمها في شتى المجالات دون ، وضع بعين الاعتبار المخاطر التي قد تنجر عنها .

كما توصلت الدراسة الى معرفة مدى تحقيق البنوك الالكترونية من فوائد و جودة في مسألة تقديم الخدمات المصرفية الالكترونية ، في عدة مسائل اهمها معالجة مسألة وسائل الدفع الالكتروني من بطاقات الائتمان و انواعها و مزاياها المتعددة ، و كذا مسالة ابداع البنك الالكتروني للتقرب الى المتعامل في بيته اوفي أي مكان عبر اسقاع العالم اينما وجدت الوسيلة الالكترونية كدعامة يستطيع المتعامل وبدون ان يتبد عبء التنقر و مضيعة للوقت و الجهد و الصاريف .

اما فيما يتعلق بواقع الحال بالنسبة للعمل المصرفي الجزائري ، فقد تبين من خلال الدراسة أن البنوك الجزائرية بدأت تخطوا خطوات متباينة و متسارعة في السنوات الأخيرة من اجل اعتماد الرقمنة في

العديد من المجالات ، و التي بدأت معالمها تظهر في تبني توصيات دولية فيما يتعلق بالتعاقد الالكتروني و هذا ما استشف في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية ، ناهيك عن قوانين تعلقت بعصرنة العدالة و المرفق العام .

اما فيما يتعلق بالبنوك الالكترونية ، فيبدوا و من خلال الدراسة و من خلال الترسانة القانونية المعتمدة في القطاع المصرفي فان المشرع الجزائري اخذ الاور بعموميها ، أي لو يتطرق الى تنظيم القطاع المصرفي بدقة ووضوح و هذا طبعا تعكسه ظروف السوق المصرفية الجزائرية و عزوف الاستثمار الاجنبي في الجزائر .

و من مجمل ما تم دراسته في مسألة العقود المصرفية ضمن العمليات المصرفية ، فلا يسع الدارس الا ان يقدم مجموعة توصيا قد تساعد في المساهمة و لو بالقليل في تطوير القطاع المصرفي في الجزائر .

1- السعي نحو تبني المزيد من التوصيات المقترحة من طرف المنظمات العالمية ، لا سيما التي اقترحها قانون اوسيترال النموذجي ،

2- دراسة البيئة المصرفية في الجزائر و الوقوف على المعوقات التي تمنع تحقيق البعد الالكتروني الافتراضي . بتأسيس لجان متخصصة في معالجة المسائل العالقة ، ثم وضع نصوص قانونية و تنظيمية تتعلق باعتماد نظام مصرفي الكتروني و تكريس مبادئ الرقابة الحصيفة للجنة بازل الدولية .

3- ضرورة اعتماد إستثمارات جادة في المجال التقنيو على المصارف الجزائرية السعي الى اعتماد الصيرفة الإلكترونية وأن تدرك أهمية وضرورة الإستثمارات الضخمة في الأنظمة المعلوماتية وإعتماد التقنية الحديثة في مجال الإتصالات وتطوير الشبكات الداخلية والخارجية وكذا وسائل الحماية والأمان.

4- على البنوك الجزائرية التوفيق بين التحديات الناجمة عن إدخال التطورات التكنولوجيا مع الاخذ بعين المنافسة مع المصارف الأجنبية العاملة في الخارج و مواجهة الأخطار التي تترتب بتبنيه هذه التكنولوجيا.

5- على البنوك السعي على تطوير الثقافة المعلوماتية و هذا من خلال العمل على تحسيس المواطنين على ضرورة الاعتماد على هذه الوسائل الالكترونية و اهميتها .

قائمة المراجع :

: المراجع باللغة العربية :

المصادر الدينية :

1) القرآن الكريم
2) صحيح البخاري كتاب البيوع

مصادر رسمية

قوانين

1) قانون 15-03 المؤرخ 01 فيفري 2015 ، و المتعلق بعصرنةالعدالة
2) القانون 15-04،المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق ل 01 فيفري 2015 و المتعلق بالتصديق و التوقيع الالكترونيين
3) قانون 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439الموافق 15 مايو 2018 ، يتعلق بالتجارة الالكترونية ، ج ر العدد 28
4) القانون 79-07 المؤرخ في 21 يوليو سنة 1979 ولمتضمن قانون الجمارك، المعدل ولمتمم بالقانون رقم 98-10 مؤرخ في 22 أوت 1998، «ج ر عدد 61 بتاريخ 23 أوت 1998»، ثم بالقانون 17-04 المؤرخ في 16 فبزير 2017، ج.ر عدد 11 بتاريخ 19 فبرير 2017.
5) القانون 90-10 المؤرخ في 14 ابريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض المعدل بموجب امر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض
6) قانون الأسرة رقم 84-11، المعدل ولمتمم بالأمر 05-02 في 27 فيفري 2005، ح.ر عدد15.

مراسيم :

1) المرسوم الرئاسي 02- 250 المتعل قبتنظ م الصفقات العموم ة، المؤرخ في 42 يوليو2002، ج ر عدد 52،
2) المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظم الصفقات العمومة وتفويضات المرفق العام، ، ج ر عدد 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015
3) المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 هجري الموافق 16 سبتمبر. 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50 بتاريخ 20 سبتمبر. 2015.

مراسيم تنفيذية :

1) المرسوم التنفيذي 06 - 306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الوافق ل 10 ديسمبر 2006 و المتعلق بتحديد العناصر الاساسية العقود المبرمة بين الاعوان الالقتصاديين و المستهلكين

2) المرسوم رقم 71- 192 - المؤرخ في 06 جويلية 1971 المتعلق بتشكيل وتسيير مجلس القرض

اوامر

1) الأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05 -

2) المادة 07 قانون 05-01 حيث جاء فيها :"يجب على البنوك و المؤسسات المالية و المؤسسات المالية المشابهة الأخرى، أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية عالقة عمل 2 أخرى".

3) أمر رقم 03 -11 المؤرخ في 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج رج ج، عدد 52¡2003، المعدل والمتمم.

4) أمر رقم75 -58المؤرخ في 26سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 44¡1975، المعدل والمتمم.

5) أمر 03-11 المؤرخ في 26 غشت 2003 ، المتعلق بالنقد والقرض ، ج ر عدد 52 ، المؤرخ في 27 غشت 2003.

6) امر 05-01 المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الاموال و تمويل الارهاب و مكافحتهما

7) امر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 ، الموافق ل 08 يونيو 1966 ، قانون العقوبات المعدل والمتمم.

8) الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9-12-1996 المعدل و المتمم لامر 75-59 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري ، ج.ر.عدد 27».

9) الامر75-59 المؤرخ في 26سبتمبر1975 المتضمن القانون .التجاري .الجزائري ، المعدل والمتمم بالقانون05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005 ،والقانون 15-20 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015،ج.ر عدد 71 ,

10) أمر رقم09 -01المؤرخ في 22جويلية 2009المتضمن قانون المالية التكميلي، ج ر ج ج عدد44¡2009

11) النظام رقم 97-03 المؤرخ في: 11/17 /1997 يتعلق بعمليات البورصة و القيم المنقولة المؤرخ في 17 رجب 1418 الموافق ل18 نوفمبر 1997

قوانين اجنبية :

1) قانون المعاملات الالكترونية التونسي المؤقت رقم 75 لسنة 2001 ج ر 4524 الصادر بتاريخ 2001/12/03
2) قانون عدد 83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 09 أوت 2000

3) قانون المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم 15 لسنة 2004 ، ، ج.ر. ، العدد 17 تابع (د)، المؤرخة في 22/ 04 /2004 . على الموقع الالكتروني : https://tra.gov.eg/ar/regulation/doc
4) قانون التجارة العرقي رقم «30» لستة 1984
5) قانون المعاملات التجارية «18/1993» الاتحادي لدولة الإمارت العربية المتحدة.
6) قانون اونسيترال النموذجي الصادر في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
7) القانون 575/2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الذي صدر في فرنسا استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 31/200
8) قانون التجارة المصري رقم 17 بتاريخ 17 ماي 1999، ج.ر عدد 9[«مكرر» فى01 أكتوبر 1999.

قرارات

1) قرار رقم 51/162 المتضمن الأنسيترال القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996
2) والقرار رقم1413/237هجري المنازعات المصرفية السعودي
3) **القرار** رقم1413/157هجري المتعلق بالمتزعات المصرفلية السعودي

كتب

1. الأباصيري، فاروق: عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، القاهرة، دار النهضة العربية2003،
إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية مفاهيم إستراتيجيات التطبيق في المؤسسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة
2. إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الالكتروني درا سة مقارنة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006،
3. أبو السعود، رمضان: مصادر الإلتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2003م،
4. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، الكويت، جامعة الكويت، 2003
5. اتفاقية ماستر كارد، فيزا، هامش 13، الفصل: 4-1، والبند: أ،ب،ج،هـ من الفصل: 2-4/ الفصل 2-6، 2-7، البند: ج، د من الفصل:
6. أحمد سفر، **العمل المصرفي الالكتر ونى فى البلدان العر مية**، د٠ط، طرابلس، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006
7. أحمد السيد لبيب، الدفع بالنقود الالكترونية الماهية والتنظيم القانوني دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية
8. أحمد بلودنين الوجيز في القانون البنكي الجزائري ، دار بلقيس ، الجزائر ، بدون سنة نشر
,

9. أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة 2002،
10. أحمد صبحي العبادي، أدوات الاستثمار الإسلامية، دار الفكر، عمان، 2010
11. أحمد عبد العليم العجمي، نظم الدفع الالكترونية وانعكاساتها على سلطات البنك المركزي، دون طبعة، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية مصر ،2013م،
12. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي , «الإلكتروني ,السياحي , البيئي»، دار النهضة العربية, القاهرة، مصر، الطبعة الأولى, 2002
13. أحمد محمد أبو الروس, الموسوعة التجارية الحديثة,دار الجامعية ,الإسكندرية. دون تاريخ,،
14. أحمد، أماني: التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية. بحث منشور على موقع إلكتروني.. تاريخ 2008/10/8 http://www.f-law.net/.law/forumdisplay.php?f=40
15. أحمد، أماني: تعريف التجارة الإلكترونية وأهم أنواعها. بحث منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.f-law.net/.law/forumdisplay.php?f=40
16.
17. أحمد، أماني: معوقات التجارة الإلكترونية. بحث منشور على موقع انترنت. تاريخ2008/10/8..: http://www.f-law.net/.law/forumdisplay.php?f=40
18. أحمد، بوراس؛ السعيد، بريكة، **أعمال الصبر فة الالكتر ولية الأدو ات و المخاطر ،** ط 1، القاهرة، مصر، دار الكتاب الحديث، 2014
19. إدريس، فاضلي، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.ط، الجزائر، ديوان المطبوعات 2 الجامعية، 2006
20. أشرف السيد حامد قبال، ، المعاملات المصرفية والمدفوعات الالكترونية وأثرهما في ضوء السياسات النقدية والائتمانية للبنك المركزي، ط1 ،الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2013
21. أكرم ياملكى، القانون التجاري «دراسة مقارنة فى الأعمال التجارية ولتاجر ولعقود التجارية ولعمليات المصرفية وللبيوع الدولية»، إثرء للنشر ولتورع، الأردن، مكتبة الجامعة، الشارة، ط1، 2012
22. أكرم ياملكي ،الأوراق التجارية والعمليات المصرفية ،الطبعة الأولى ،الإصدار الرابع ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2009،
23. إلياس أبو عيد, المعتمد. منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت,2003
24. إلياس ناصيف وبول مرقص، المصارف العربية في مواجهة التحديات القانونية الدولية، الطبعة الأولى، المركز العربى للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، بيروت، 2019
25. إلياس ناصيف، العقود المصرفية «التحويل المصرفي-الحساب المشترك-الكفالة المصرفية»، ج2 ،منشورات الحبلى الحقوقية، بيروت، ط 1 ،2014

26.إلياس ناصيف،الكامل في قانون التجارة ،عمليات المصارف ،الجزء الثالث ،الطبعة الأولى ،منشورات بحر المتوسط ومنشورات عويدات، بيروت باريس،1983

27.أنطوان الناشف -خليل الهندي ،العمليات المصرفية والسوق المالية ،الجزء الأول ،المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ،1998،

28.ايهاب فوزي السقا، الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر ،2007،

29.بحسب التوجيه الأوروبي EC/489/79 المادة 1/3 منشور على الموقع:http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2013/0013/boc_20130013_0000_0010.pdf

30.بدوي، بلال عبد المطلب: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقد في عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001م،

31.بوزيد رضوان ود.رضا السيد، الأوراق التجارية ، طبعة..2

32.بوعتروس عبد الحق، الوجيز في البنوك الجزائرية، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2000

33.تناغو،سمير: نظرية الالتزام، القاهرة، الدار الجامعية، 1975 م

34.جاك يوسف الحكيم، الحقوق التجارية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق ،1996

35.جعفر الجزار ،العمليات البنكية، دار النفائس، بيروت ،1897

36.جمال الدين موسى، النظريات والنظم النقدية والمصرفية، المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، سنة

37.جمال زكي الجريدلي، البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر تبكة الإنترنيت، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر ،2008.

38.جمال يوسف عبد النبي، الاعتمادات المستندية،مركز الفكر الاكاديمي، الطبعة الأولى، الأردن ، 2001،

39.الجمال، إبراهيم رفعت: انعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة، القاهرة، دار الفكر الجامعي، 2005م،

40.الجمال، مصطفى محمد: القانون المدني في ثوبه الإسلامي - مصادر الالتزام، «بدون بيانات نشر»، 1996م،

41.الجنبيهي منير وممدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر.

42.الجنبيهي، منير وممدوح محمد: الشركات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005.

43.الجنبيهي، منير وممدوح محمد: بروتوكولات وقوانين الإنترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.2005.

44.جورج ريبيرر.روبمو، المطول في القانون التجاري، الطبعة الأولى، الجزء الثاني،ترجمة علي مقلد،مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان،2008.

45.حازم، نعيم الصعادي، **المسؤو لية في العمليات المصر فية الالكتر و نية**، ط1، عمان، دار وائل للنشر، 2003،

46.حسن دياب، الإعتمادات المستندية التجارية،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر،الأردن، 1999

47.حسن، عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، د.ط، القاهرة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 2000

48.حسني المصري،عمليات البنوك في القانون الكويتي، مؤسسة دارا لكتاب، رقم2، الكويت1993،
49.حسين محمد الشبلي ومهند فايز الدويكات، التزوير والاحتيال بالبطاقات الائتمانية، سلسلة الجرائم المالية والمستحدثة، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن،2009،
50.حمزة علي مدني ، القانون التجاري السعودي، دار المدني للطباعة والنشر، جدة 1995.
51.الحمود فداء يحيى أحمد، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن ،1999
52.حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ،
53.الحميد عبد الشواربي، الجرائم المالية والتجارية، منشأة المعارف، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، 1996
54.حوته، عادل أبو هشيمة: عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 2004م،
55.حيدر ناصر، تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصادات المغاربة ، العلوم الاقتصاد ة وعلوم التسيير، سطيف ،52 ما2003 I
56.خالد إبراهيم التلاحمة، التشريعات المالية والمصرفية من الوجهتين النظرية والعملية،ادار الإسراء للنشر و التوزيع ،عمان،ط1 ،2004
57.خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الالكترونى في ضوء الاتفاقيات الدولية و التشريعات العربية و القانون 15 لسنة 2004،بدون دار نشر
58.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006
59.خالد وهيب الراوي، العمليات المصرفية الخارجية، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2009م
60.خبابة عبد هلا، الاقتصاد المصرفي، دار الجامعة الجديدة'، الاسكندرية، 2013،
61.خبانة عبد الله ، الاقتصاد المصرفي ، البنوك الالكترونية: البنوك التجارية، السياسة النقدية، دون طبعة ،مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ،2008
62.خبانة عبد الله، ، الاقتصاد المصرفي، ط د، الإسكندرية، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2013
63.الخليل عماد علي، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن ،2000
64.خيري مصطفى كتانه، التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان ،2009م
65.رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية فى البنوك الإسلامية، دراسة مقارنة في القانون والفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013
66.ريبيرور. روبلو ترجمة علي مقلد ، المطول في القانون التجاري ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2008.
67.سعد ربيع عبد الجبار، التمويل بواسطة القرض العادل، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،العراق، العدد الاول والثاني، المجلد الثالث ،
68.سعيد يحي، الوجيز في النظام التجاري السعودي، الطبعة السادسة ، 1995

69.سلامة، أحمد عبد الكريم: لقانون الدولي لخاص لنوعي، لقاهرة، دار النهضة العربية،ط 1 ،2002 م
70.سلامة، صابر عبد العزيز: العقد الإلكتروني ، الطبعة الأولى. دون دار نشر،.2005.
71.سليمان بوذياب، النقل المصرفي، عمليات التحويل الداخلي والخارجي، الدار الجامعية، بيروت ،1985
72.سليمان رمضان محمد عمر، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية «دارسة مقارنة بالفقه»، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،
73.سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك ، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر ،1977
74.سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك. الطبعة 1992 ،
75.سميحة القليوبي، الوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،1999
76.سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006.
77.سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف الاسكندرية ، طبعة سنة 2005 ،
78.سنوسي علي، مواضيع مختارة في مقياس ندوة بنكية، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية و علوم التسيير، 2016.
79.السيد أحمد عبد الخالق، مدخل الى دراسة النظرية النقدية، بدون دار نشر ،1999
80.شاكر القزويني ، محاضرات في اقتصاد البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989
81.شحاتة غريب محمد شلقامي ،التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية – دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008.
82.شريف محمد غنام، مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الالكتروني للنقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2010،
83.صالح الدين حسن السيسي، الموسوعة المصرفية العلمية والعملية،ج1،مجموعة النيل العربية ،القاهرة ،ط1، 2011
84.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006
85.صبرى مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011
86.الصدة عبد المنعم فرج: مصادر الإلتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987م،
87.صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الائتمان المصرفى من منظور قانونى ومصرفى، دار النهضة العررية، القاهر، ط1، 2009،
88.طارق محمد حمزة، النقود الالكترونية كإحدى وسائل الدفع، تنظيمها القانوني والمسائل الناتئة عن استعمالها، منشورات زين الحقوقية ،بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ،2001،
89.طالب حسن موسى، الأوراق التجارية والعمليات المصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1 ،2011
90. طالب حسين موسى، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، عمان،2011

91.طالب حسين موسى، الأوراق التجارية و العمليات المصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة لمنشر و التوزيع، عمان،2011،

92.الطاهر لطرش ،تقنيات البنوك ،الطبعة السابعة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2010،

93.الطاهر لطرش، تقنيات البنوك، ط4، ديوان المطبوعات الجامع ة، الجزائر، 2005

94.طاهر لطفي و جميعي صلاح الدين، **العمل المصرفي الإلكتروني ودوره في تعزيز وتطوير نظم الدفع الحديثة للتجارة الإلكترونية**، جامعة تبسة، كلية العلوم الإقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، 2016

95. طوني ميشال عيسى: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى. لبنان، دار صادر. الطبعة الأولى، 2001.

96.طوني ميشال عيسى، خصوصيات التعاقد في المعلوماتية، المنشورات الحقوقية صادر، دون سنة نشر،

97.عادل علي المقدادي ، عمليات البنوك وفقا لقانون التجاري العماني ،المكتب الجامعي الحديث، مصر،2006

98.عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنيت, دار النهضة العربية، القاهرة, مصر, 2008 .

99.عبد الباسط جاسم محمد ، ابرام العقد عبر الأنترنت ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى لسنة ،2010.

100. عبد الحميد الشواربي عمليات البنوك في ضوء الفقه القضاء والتشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 ، منشأة المعارف مصر، 2006

101. عبد الحميد الغزالي، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، مطابع المختار الإسلامي، مركز الاقتصاد الإسلامي

102. عبد الرازق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط3، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان ،1998

103. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني ،العقود الواردة على عمل، المجلد الأول، الطبعة الثالثة ة،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،1998

104. عبد الرحمن السيد قرمان ،عمليات البنوك ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2000

105. عبد الرحمن السيد قرمان"نطاق الالتزام بالسر المصرفي دراسة مقارنة"دار النهضة العربية بالقاهرة، 1998

106. عبد الرحمن السيد قرمان، مساهمة البنوك في مكافحة غل الأموال. دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005،

107. عبد الرحمن بن عبد الله: الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات «الإنترنت»". الطبعة الأولى. بيروت، دار الوراق،. 2004.

108. عبد الرحمن يسري أحمد، النقود الفوائد والبنوك، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،

109. عبد الرزاق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 07 المجلد 01 العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، 2000

110. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في ثرح القانون المدنى، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربى، بيروت، سنة 1968،

111. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة'، 1968،

112. عبد الرزاق محمد، النظام القانوني للبنوك الالكترونية: المزايا- التحديات- الآفاق، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2010.

113. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002

114. عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة سنة 2011

115. العبودي عباس: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، الأردن، دار الثقافة للنشر، 19971997م،

116. عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، الجزء 2» الأوراق التجارية و عمليات البنوك»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1 ، 2007 م

117. عكاشة محمد عبد العال، القانون التجاري الدولى العمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة' الإسكندرية، 2012

118. علاء التميمي ، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الأنترنت ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية ،طبعة سنة 2012

119. علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ،2012

120. على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008

121. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، بد ون بمد النشر، 1994

122. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكبرة، المكتبة القانونية، بد ون بمد النشر، 1994.

123. علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2004

124. علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2004

125. علي جمال الدين عوض عمليات البنوك من الوجهة القانونية الطبعة الرابعة دار النهضة العربية مصر، 2008.

126. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 1989
127. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، مكتبة رجال القضاء، مصر ،1989
128. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007
129. عوض بدير الحداد، تسويق الخدمات المصرفية، البيان للطباعة و النشر، ط1 ،1999
130. عيساوي محمد الطاير،الوجيز في شرح الاوراق التجارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2010
131. عيسى، طوني ميشال: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، لبنان، الصادر ناشرون،.2001
132. فريد النجار، الاستثمار بالنظم الالكترونية والاقتصاد الرقمي، دون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية مصر ،2004
133. فوزي محمد سامي، ترح القانون التجاري، الجزء الرابع، المجلد الرابع، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ،1997،
134. فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحمايـة القانونيـة لعقـود التجـارة الإلكترونية, دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2006
135. فيصل، محمود مصطفى النعيمات، مسؤولية البنك في قبول المستندات في نظام الاعتماد المستندي، ط 1 ،الأردن، دار وائل للنشر، 2005
136. قاسم، محمد حسن: التعاقد عن بعد، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005م،
137. قانون الأونسيترال النموذجي بشان التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي»الأونسيترال» في دورتها التاسعة والعشرين والصادر في 16 كانون الأول 1996
138. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم «85». نشر هذا القانون في العدد «4524» من الجريدة الرسمية تاريخ 31 كانون أول لسنة 2001
139. كاثرين ل، ، مان سو إ . ايكيرت ، و سارة كليلاند نايت؛ «ترجمة الشحات منصور» التجارة الإلكترونية العالمية: أوليات السياسة. الطبعة الأولى. ، مؤسسة الأهرام للترجمة والنشر، القاهرة، 2003.
140. كامل الوادي، الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان والقوانين المنظمة لها، دار الكتب القطرية، الدوحة، ط1 ،2001م،
141. كـرم ابـراهيم حمـدان الزعبـي،مسـؤولية المصـرف المصـدر فـي الاعتمـاد المسـتندي،دار الوائـل للنشـر،الأردن،2000
142. اللجنة العربية للرقابة المصرفية، «العمليات المصرفية الالكترونية و الإطار الإشرافي»، صندوق النقد العربي، أبوظبي، يناير 2002.
143. لطرش الطاهر ، تقنيات البنوك، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،
144. لورنس محمد عبيدات، اثبات المحرر الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، طبعة سنة 2009

145. مجاهد، أسامة أبو الحسن: التعاقد عبر الإنترنت. الطبعة الأولى. مصر: دار الكتب القانونية. 2002
146. مجاهد، أسامة: خصوصية التعاقد عبر لإنترنت، لقاهرة، دار لنهضة لعربية، 2000م،
147. محمد إبراهيم الموسى، نظرية الضمان الشخصي «الكفالة»، إدارة الثقافة والنشر الجامعية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ج 1 ،1411 هـ - 1991م
148. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010
149. محمد الطاهر بلعيساوي، الوجيز في شرح الأوراق التجارية، دار هومة، الجزائر، ط04، 2012
150. محمد الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، الأردن ،2004،
151. محمد أمين الرومي، المستند الالكتروني دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر،1997.
152. محمد بهجت عبد الله قايد، الأوراق التجارية الالكترونية، دار النهظة، مصر ،2001،
153. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العلمي والمطابع، جامعة الملك ط1. 1997،
154. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة للكتاب ،1983،
155. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983
156. محمد حسين الجبر، العقود التجارية والبنو في السعودية، مطابع حاجة، الدمام ،1984،
157. محمد حسين صالح طليان، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية في المناقصات والمزايدات، **مركز الدراسات** العربية للنشر والتوزيع، مصر، ط1 ،2017م
158. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع،
159. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر، طبعة 2006 ،
160. محمد خالد الوجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دار العلمية الدولية ودار الثقافة، الأردن2002 ،
161. محمد دويدار، الاقتصاد النقدي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،1991،
162. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 2009،
163. محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة. الجزائر، طبعة 2002
164. محمد عبد الظاهر حسين، عقد الضمان المضاد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003

165. محمد عبد الودود عبد الحفيظ ابو عمر ، المسؤولية الجزائية عن افشاء السر المصرفي ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1999

166. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان،2007

167. محمد عمر ذوابة، أكرم مالكي، عقد التحويل المصرفي الالكتروني «دراسة قانونية مقارنة»، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون بلد نشر ،2006

168. محمد فخري مكي، نظم التشغيل الإلكتروني في البنوك ، منشورات معهد الدراسات المصرفية، القاهرة 1990،

169. محمد فريد العويني، القانون اكباري والعقود التجارية وعميات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2003

170. محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة لنشر وتوزيع، الأردن،

171. محمد، حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007 ،

172. محمد، هيثم الدباغ، المسؤولية المدنية للمصارف الالكترونية، ط1 ،الموصل، الجيل العربي، 2012

173. محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط1، 2007

174. محمود عبد الكريم أحمد إرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان،ط2، 2007م

175. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط»01»، الأردن، 2009

176. محمود محمد أبوفروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان

177. محي الدين إسماعيل علم الدين، **موسوعة أعمال البنوك**، ج2 ،النسر الذهبي للطباعة، يسرى حسن إسماعيل، دار السلام

178. محي الدين إسماعيل علي الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية، الجزء الثاني ،1994،

179. مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد والإرادة المتفردة، بدون بيانات نشر.

180. مصطفى كمال طه ، علي البارودي ، القانون التجاري، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2001،

181. مصطفى كمال طه وعلي البارودي القانون التجاري الأوراق التجارية الإفلاس العقود التجارية عمليات البنوك منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2001 .

182. مصطفى كمال طه وعلي البارودي, القانون التجاري الأوراق التجارية الإفلاس العقود التجارية عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2001

183. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2000
184. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف ،الإسكندرية
185. مصطفى كمال طه، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005
186. مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي ،2009
187. مصطفي طه، القانون التجاري، ج 1 ،1980 ،رقم 562 ؛ سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك. 1992 1 رقم 8 ؛
188. معتز نزيه صادق المهدي ، الالتزام بالسرية والمسؤولية المدنية ، دار الهضة العربية ، القاهرة ، 2007،
189. معوض عبد التواب الموسوعة التجارية الشاملة، الجزء الثاني ، دار الفكر والقانون ،الطبعة الأولى ، مصر 2000
190. معين أمين السيد، واقع الجهاز المصرفي في ظل التحولات الاقتصادية العالمية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد 03؛2001
191. ممدوح محمد الجنبيهي ، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000،
192. ممدوح محمد الجنبيهي ، الحنبيهي محمد منير ، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2000
193. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر ، 2009،
194. منير الجنيهي و ممدوح الجنيهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2005،
195. منير محمد الجنيبهي وممدوح محمد الجنيبهي، أعمال البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية
196. المومني، عمر حسن: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2003
197. ناجي معلا ، الأصول العلمية للتسويق المصرفي ، المؤسسة العالمية للتجليد ، ط3 ،عمان ، 2007
198. ناجي معلا ، الأصول العلمية للتسويق المصرفي ، المؤسسة العالمية للتجليد ، ط3 ،عمان ، 2007
199. نادر، جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. الأردن: دار الإسراء للنشر والتوزيع. 2005
200. نادية فضيل الأوراق التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية ،2005،
201. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، دار هومة
202. ناهد فتحي الحموي، الأوراق التجارية الالكترونية، دراسة تحليلية مقارن، دار الثقافة، عمان ، الأردن، ط4، الاصدار الأول ،2009
203. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان ،،منشأة المعارف إلاسكندرية1991

204. هانى محمد دويدار، العقود التجارية ولعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994م
205. هانى محمد دويدار، النظام القانونى للتجار، المؤسسة الجامعية للدرسات ولنشر ولتوزيع، بيروت
206. هاني محمد دويدار،النظام القانوني للتجارة ،الطبعة الأولى ،المؤسسة الجامعية لمنشر والتوزيع، لبنان، 1997
207. هاني محمد دويدار، الأوراق التجارية، الإفلاس والتسوية القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ،2006
208. الهيجاء، محمد إبراهيم: التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت دراسة مقارنة - عمان: دار الثقافة، 2002م،
209. وسيم محمد الحداد وآخرون، الخدمات المصرفية الالكترونية، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان
210. وهبة الزحيلي، في مناقشته لموضوع التكييف الشرعي لبطاقة الائتمان في دورة مجمع الفقه الإسلامي، العدد «7» الجزء «1»،

ملتقيات و مقالات :

1) أحمد حمدان الجهني، غسيل الأموال وأثره على السرية المصرفية، مركز قضائي تخصصي، بحث منشور على تبكة الانترنت على الموقع الالكتروني: www.cojss.com/replay.php?p=180
2) أحمد، خديجي، "حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي"، **مجلة** دفاتر السياسة والقانون، العدد 11 ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014
3) آمال، بن عزة، "الاعتماد المستندي الالكتروني"، **مجلة دراسات** قانونية، العدد 10 ،جامعة تلمسان، لسنة 2013
4) آمال، حابت، "حجية الوثيقة الإلكترونية في القانون الجزائري"، **المجلة** النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، تيزي وزو، 2012
5) بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، **مؤتمر** الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10 و 12 ماي، 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة
6) بلال، عبد المطلب بدوي، (**البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها**)، بحوث **مؤتمر الأعمال المصرفية** الالكترونية بينالشريعة والقانون، المجلد 5، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة ، دبي،جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003،
7) بوفليح نبيل، فرج شعبان، البنوك الإلكترونية كمدخل لزيادة تنافسية البنوك العربية، **الملتقى الدولي** حول المعرفة في ظل الإقتصاد الرقمي ومساهمتها في تكوين مزايا التنافسية للبلدان العربية جامعة الشلف، 2007

8) تطار محمد منصف، "الصيرفة الإلكترونية والجهاز المصرفي الجزائري" ، **مجلة الباحث** ، العدد «02» ، جامعة بسكرة ، 2002

9) جاسم على سالم الشامسي، تطبيقات مسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبى، بحث منشور ضمن **مؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء الرابع،

10) جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، **أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية** الحقوق بجامعة بيروت العربية، ج2 ،الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2007 م

11) حاسنة، نسرين: انعقاد العقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996. **مجلة** دراسات علوم الشريعة والقانون. 2004/31:2،

12) حسن علي القفعي، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور البنوك المركزية في إدارة السياسة النقدية، **مؤتمر** القانون والحاسوب لكلية القانون ، بجامعة اليرموك ، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة 12-14 جويلية ، 2004 جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003 .

13) حسن، شحادة الحسين، (**العمليات المصرفية الالكترونية " الصيرفة الالكترونية")**، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ج1:الجديد في التقنيات المصرفية، أعمال **المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق** بجامعة بيروت العربية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007،

14) حفيظة كراع، "حجية التوقيع الالكترونى في ائبات المعاملات المصرفية الالكترونية"، **مجلة الباحث** للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية

15) حمود، أحمد إبراهيم الشرقاوي، (مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003

16) درار سيمة، "التوثيق الرقمي وسلطات المصادقة الالكترونية في القانون الجزائري 15-04"، **مجلة** الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني، مارس 2018

17) رابح، عرابة، "دور تكنولوجيا الخدمات المصرفية الالكترونية في عصرنة الجهاز المصرفي الجزائري"، **الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية**، العدد 8 ،الشلف، 2012

18) رحيم، حسين؛ هواري، معراج الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، **ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية** والتحولات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004 .

19) رحيم، حسين؛ هواري، معراج، **(الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية** واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004

20) روان عبد الرحمن العبدان، تطبيقات آمنة في عمليات الدفع الالكتروني، مركز التميز لأمن المعلومات، **المقالات** العلمية؛ منشورة على الموقع الالكتروني: http://coeia.edu.sa/index.php/ar/asuurance

21) سروع، جو، **"العمل الالكتروني في المصارف بين الضروريات والمحاذير"**، اتحاد المصارف العربية، المجلد 20، العدد 238، **جمعية اتحاد المصارف** العربية، بيروت، أكتوبر 2000

22) سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناتئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، بحث مقدم **لمؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، دبي، المجلد الثالث

23) سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة)البطاقات البلاستيكية(، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال **المؤتمر** العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2007،

24) سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة «البطاقات البلاستيكية»، اعمال **المؤتمر** العلمي السنوي لكلية الحقوق ، ج 1، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ،2002

25) السيد احمد عبد الخالق : " البنوك الشاملة ، **بحث** مقدم في برنامج التدريبي للمحامين و المصرفيين حول اعمال البنوك ،المنامة ، البحرين ، 2002

26) شرف الدين، أحمد: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، نادي القضاة ، 2004 م،

27) عبد الباسط أبو الوفاء، سوق النقود الالكترونية «الفرص- المخاطر-الآفاق»، **مجلة** مصر المعاصرة، العدد 471، 472، 2003،

28) عبد الستار أبو غدة، بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، **مجلة** مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة السابعة، العدد السابع ، الجزء «1»،،1992 م،

29) عبد الغني ربوح و نور الدين غردة، تطبيق أنظمة الصيرفة الإلكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع والأفاق، **المؤتمر الدولي** حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة ورقلة، يومي 11-12 مارس 2008

30) عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السر يه المصرفيه ضد قوانين غسيل الأموال ، **مقالة** منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربيه،العدد 78 ، حزيران 2007م

31) عبد الهادي النجار، بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الالكترونية، الجديد في **أعمال** المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، **أعمال** المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ،2007

32) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية تحليلية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة **المؤتمر** الإسلامي بجدة في دورته العاشرة، المنعقدة بجدة في 23 صفر عام 1418 هجرية، ومجلس هيئة

كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دورته السابعة والأربعين، المنعقدة بمدينة الطائف في 22 ربيع الأول عام 1418 هجرية، درا القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية ،2003،

33) عدنان ابراهيم سرحان، الوفاء «الدفع» الالكتروني، بحوث **مؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد1 9-11 ربيع الأول هجرية الموافق لـ 10-12 ماي 2003،

34) عصام حنفي محمد مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المنعقد في الفترة الممتدة مابين 9-11 ربيع الأول 1424 الموافق لـ 10-12 ماي 2003 م، المجلدالأول

35) علوان، رامي محمد: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. **مجلة** الحقوق. 2002/26:4

36) علوان، رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، بجث منشور في **مجلة** الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد الرابع، ديسمبر، 2002م،

37) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، **منشاة المصارف** الإسكندرية ، 1990

38) فيزا: وسائل الدفع الإلكترونية أكثر كفاءة من النقد وفوائدها تعم على الاقتصاد 2005 ©**تقرير** مينا www.menareport.com منشور على الموقع الالكتروني: http://www.albawaba.com/ar/

39) ليندة، عبد الله، (تبييض الأموال عن طريق الاعتماد المستندي الالكتروني)، بحث **منشور** في كتاب أعمال **المؤتمر** الدولي الرابع عشر: الجرائم الالكترونية، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس 24-25 مارس 2017

40) محمد إبراميم خليل. قانون التجارة وأعماله التحضيرية؛ **نادي القضاة** : 1999-2000.

41) محمد إبراهيم محمود الشافعي، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الالكترونية، بحث مقدم الى **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي 2003 في جامعة الإمارات العربية المتحدة بدبي،

42) محمد أحمد زيدان، الوقاية من مخاطر. الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، **بحث منشور** في مركز الدول العربية للبحوث والدراسات ولمركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، الرياض، البريد **الالكترونى**

43) محمد سعدو الجرف، أثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع والخدمات، بحث مقدم الى **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي في جامعة الامارات العربية المتحدة بدبي، 2003م

44) محمد، منعسف تطار،**النظام المصرفي الجزائري والصيرفة الالكترونية"،مجلة** العلوم الإنسانية، العدد 2،جامعة ، محمد خيضر بسكرة، جوان 2002

45) محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم **لمؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003 .

46) محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم **لمؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي 10 و 12 ماي 2006،

47) موسى، عيسى العامري، (الشيك الذكي)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003

48) الناصر، عبد الله بن إبراهيم: العقود الإلكترونية. دراسة فقهية تطبيقية مقارنة - بجث مقدم إلى **مؤتمر الأعمال المصرفية** الالكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بالإمارات العربية في المدة من 10 - 12 ماي2003م.

49) نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، **مجلة** الحقوق، بجامعة الكويت، العدد 2، جوان 2008،

50) نبيل، صلاح محمود العربي، (الشيك الالكتروني والنقود الرقمية: دراسة مقارنة)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003

51) نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، **موسوعة** دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية

52) نواف عبد الله أحمد باتوباره، منافع والتزامات ومخاطر بطاقة الائتمان، **المجلة العربية** للدراسات الأمنية والتدريب، السنة 13، المجلد 13 العدد 25، أفريل، 1998،

53) نوي حمد خاطر، "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الالكتروني في العمليات المصرفية"، بحوث **مؤتمر الاعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، ، الجزء الرابع

54) وليد خالد عطية، الوفاء بواسطة النقود الالكترونية، المشاكل والحلول، **مجلة** القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 39 سنة 2009، منشور على الموقع الالكتروني: www.Boosla.com /showArticle.php

55) يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومى **للإصدارات القانونية**، القاهرة، 2012

56) يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، ط «1»، المركز القومي **للإصدارات** القانونية، القاهرة، 2012

57) يوسف مسعداوي ، البنوك الالكترونية، **ملتقى** المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية، "واقع – تحديات ،"جامعة البليدة.

58) يونس، عرب، **قانون الكمبيوتر**، د.ط، بيروت، **اتحاد المصارف** العربية، 2001

مذكرات و أطروحات جامعية

1) أحمد، سحنون، دور الاعتماد المستندي في تمويل التجارة الخارجية بالجزائر، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة منتوري، قسنطينة، 2000

2) أمانج رحيم أحمد، لتراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ، رسالة ماجيستير جامعة السليمانية، العراق، 2005
3) آيت وازو زاينة، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في ظل القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012
4) إيمان العاني، البنوك التجارية وتحديات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة قسنطينة، كلية كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، 2007
5) بوكراع إبراهيم، إدارة القروض البنكية وتسيير مخاطرها، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004
6) تدريست كريمة، النظام القانوني للبنوك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة مولود معمري، 2003
7) حسن، شحادة الحسين، موقف البنك من المستندات المخالفة في الاعتماد المستندي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، مصر، 2001/2000
8) حسينة زايدي، أهمية البنوك الالكترونية في تحسين العمليات المصرفية، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي ،2013م،
9) حمارشة، رياض وليد ، عقد البيع الدولي في ظل التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، ، رسالة لنيل شهادة ماجستير ،2008،
10) الزلمي بسام احمد ، غسيل الأموال والسرية المصرفية ، بحث اعد لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق ، كلية الحقوق ،كلية الحقوق ، دمشق ، جامعة دمشق2010
11) زياد خليف شداخ العنزي، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، سنة 2008
12) سارة عشيش، البنوك الالكترونية وظاهرة غسيل الأموال "دراسة حالة بنك الفلاحة والتنمية الريفية"، مذكرة نيل شهادة ماستر أكاديمي في العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة ام البواقي ،2016م
13) الشافعي، جابر: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - رسالة دكتوراه، الإسكندرية، كلية الحقوق، 2001م،
14) شرفة سامية، التوظيف الحديث لعقد القرض المصرفي في الخدمات البنكية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة باتنة، الجزائر، 2007
15) عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015،
16) عبد الكريم موكة، الثمن في عقود التجارة الدولية، ماجستير قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزيوزو ،2011
17) عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2008 ،

18) فهيمة، قسوري، المسؤولية المدنية في الاعتماد المستندي، أطروحة دكتوراه في الحقوق قانون خاص، جامعة محمد خيضر بسكرة،
19) كريم رجب: التفاوض على التعاقد - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2000م،
20) محدادي محمد نور الدين، الجهاز المصرفي في الجزائر وإصلاحات نظام التمويل، رسالة تدخل من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 2003،ص21.
21) محمد بلوافي، مدى استخدام تكنولوجيا المعلومات في النظام المصرفي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان ،2006م،
22) محمد بن قينان بن عبد الرحمن النتيفات، الكمبيالة الإلكترونية بحث حول الكمبيالة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم السياسة الشرعية- شعبة الأنظمة، المملكة العربية السعودية
23) مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتورة العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتـنة، 2011-2012
24) منصوري رقية وعبد المالك أسماء، الخدمات المصرفية الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، جامعة تلمسان ،2014م
25) مؤمني، بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، المنصورة، جامعة المنصورة، 2003 م
26) ميهوب سماح ،الاتجاهات الحديثة للخدمات المصرف ة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في البنوك والتأمينات، . العلوم الاقتصاد ة وعلوم التسيير، جامعة منتوري، قسنطينة ،2004- 2008
27) واشد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، ماجستير في القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2011/2010
28) وجيه خاطر، فترة الريبة في الإفلاس، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق ،1973،
29) يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007

ملتقيات و مقالات :

1) أحمد حمدان الجهني، غسيل الأموال وأثره على السرية المصرفية، مركز قضائي تخصصي، بحث منشور على تبكة الانترنت على الموقع الالكتروني: www.cojss.com/replay.php?p=180
2) أحمد، خديجي، "حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي"، **مجلة** دفاتر السياسة والقانون، العدد 11 ،جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2014

3) آمال، بن عزة، "الاعتماد المستندي الالكتروني"، **مجلة دراسات** قانونية، العدد 10 ،جامعة تلمسان، لسنة 2013
4) آمال، حابت، "حجية الوثيقة الإلكترونية في القانون الجزائري"، **المجلة** النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، تيزي وزو، 2012
5) بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الإلكترونية «ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها»، **مؤتمر** الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10 و 12 ماي، 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة
6) بلال، عبد المطلب بدوي، (**البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، والمشاكل التي تثيرها**)، بحوث **مؤتمر الأعمال المصرفية** الالكترونية بينالشريعة والقانون، المجلد 5، كلية الشريعة والقانون وغرفةتجارة وصناعة ، دبي،جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003،
7) بوفليح نبيل، فرج شعبان، البنوك الإلكترونية كمدخل لزيادة تنافسية البنوك العربية، **الملتقى الدولي** حول المعرفة في ظل الإقتصاد الرقمي ومساهمتها في تكوين مزايا التنافسية للبلدان العربية جامعة الشلف، 2007
8) تطار محمد منصف، **"**الصيرفة الإلكترونية والجهاز المصرفي الجزائري" ، **مجلة الباحث** ، العدد «02» ، جامعة بسكرة ، 2002
9) جاسم على سالم الشامسي، تطبيقات مسؤولية المدنية المصرفية في قضاء المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبى، بحث منشور ضمن **مؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، الجزء الرابع،
10) جاسم علي سالم الشامسي وآخرون، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، **أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية** الحقوق بجامعة بيروت العربية، ج2 ،الجديد في التمويل المصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 2007 م
11) حاسنة، نسرين: انعقاد العقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996. **مجلة** دراسات علوم الشريعة والقانون. 2004/31:2،
12) حسن علي القفعي، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور البنوك المركزية في إدارة السياسة النقدية، **مؤتمر** القانون والحاسوب لكلية القانون ، بجامعة اليرموك ، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية، في الفترة 12-14 جويلية ، 2004 جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003 .
13) حسن، شحادة الحسين، (**العمليات المصرفية الالكترونية " الصيرفة الالكترونية"**)، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، ج1:الجديد في التقنيات المصرفية، أعمال **المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق** بجامعة بيروت العربية، ط1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007،
14) حفيظة كراع، "حجية التوقيع الالكترونى في ائبات المعاملات المصرفية الالكترونية"، **مجلة الباحث** للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث عشر، جويلية
15) حمود، أحمد إبراهيم الشرقاوي، (مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة

والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبـي، جامعـة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003

16) درار سيمة، "التوثيق الرقمي وسلطات المصادقة الالكترونية في القانون الجزائري 15-04"، **مجلة** الاستاذ الباحث للدراسات القانونيةوالسياسية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني، مارس 2018

17) رابح، عرابة، "دور تكنولوجيا الخدمات المصرفية الالكترونية في عصرنة الجهاز المصرفي الجزائري"، **الأكاديميـة للدراسات الاجتماعية والإنسانية**، العدد 8 ،الشلف، 2012

18) رحيم، حسين؛ هواري، معراج الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، **ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية** والتحولات الاقتصادية واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004 .

19) رحيم، حسين؛ هواري، معراج، **(الصيرفة الالكترونية كمدخل لعصرنة المصارف الجزائرية)، ملتقى حول: المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية** واقع وتحديات، جامعة بوعلي الشلف، 14-15 ديسمبر 2004

20) روان عبد الرحمن العبدان، تطبيقات آمنة في عمليات الدفع الالكتروني، مركز التميز لأمن المعلومات، **المقالات** العلمية؛ منشورة على الموقع الالكتروني: http://coeia.edu.sa/index.php/ar/asuurance

21) سروع، جو، **"العمل الالكتروني في المصارف بين الضروريات والمحاذير"**، اتحاد المصارف العربية، المجلد 20، العدد 238، **جمعية اتحاد المصارف** العربية، بيروت، أكتوبر 2000

22) سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناتئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، بحث مقدم **لمؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، دبي، المجلد الثالث

23) سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة)البطاقات البلاستيكية(، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال **المؤتمر** العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرقية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،2007،

24) سميحة القليوبي، وسائل الدفع الحديثة «البطاقات البلاستيكية»، اعمال **المؤتمر** العلمي السنوي لكلية الحقوق ، ج 1، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان ،2002

25) السيد احمد عبد الخالق : " البنوك الشاملة ، **بحث** مقدم في برنامج التدريبي للمحامين و المصرفيين حول اعمال البنوك ،المنامة ، البحرين ، 2002

26) شرف الدين، أحمد: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، نادي القضاة ، 2004 م،

27) عبد الباسط أبو الوفاء، سوق النقود الالكترونية «الفرص- المخاطر-الآفاق»، **مجلة** مصر المعاصرة، العدد 471، 472، 2003،

28) عبد الستار أبو غدة، بطاقة الائتمان وتكييفها الشرعي، **مجلة** مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة السابعة، العدد السابع ، الجزء «1»،،1992 م،

29) عبد الغني ربوح و نور الدين غردة، تطبيق أنظمة الصيرفة الإلكترونية في البنوك الجزائرية بين الواقع والأفاق، **المؤتمر الدولي** حول إصلاح النظام المصرفي الجزائري في ظل التطورات العالمية الراهنة، جامعة ورقلة، يومي 11-12 مارس 2008

30) عبد القادر ورسمه غالب، قوانين السر يه المصرفيه ضد قوانين غسيل الأموال ، **مقالة** منشورة في مجلة اتحاد المصارف العربيه،العدد 78 ، حزيران 2007م

31) عبد الهادي النجار، بطاقات الائتمان والعمليات المصرفية الالكترونية، الجديد في **أعمال** المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، **أعمال** المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ،2007

32) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، البطاقات البنكية الاقراضية والسحب المباشر من الرصيد، دراسة فقهية قانونية اقتصادية تحليلية، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة **المؤتمر** الإسلامي بجدة في دورته العاشرة، المنعقدة بجدة في 23 صفر عام 1418 هجرية، ومجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية في دورته السابعة والأربعين، المنعقدة بمدينة الطائف في 22 ربيع الأول عام 1418 هجرية، درا القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الثانية ،2003،

33) عدنان ابراهيم سرحان، الوفاء «الدفع» الالكتروني، بحوث **مؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد1 9-11 ربيع الأول هجرية الموافق لـ 10-12 ماي 2003،

34) عصام حنفي محمد مرسي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد في جامعة الإمارات العربية المتحدة، دبي، المنعقد في الفترة الممتدة مابين 9-11 ربيع الأول 1424 الموافق لــ 10-12 ماي 2003 م، المجلدالأول

35) علوان، رامي محمد: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. **مجلة** الحقوق. 2002/26:4

36) علوان، رامي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الالكتروني، بجث منشور في **مجلة** الحقوق - جامعة الكويت، السنة 26، العدد الرابع، ديسمبر، 2002م،

37) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، **منشاة المصارف** الإسكندرية ، 1990

38) فيزا: وسائل الدفع الإلكترونية أكثر كفاءة من النقد وفوائدها تعم على الاقتصاد 2005 ©**تقرير** مينا www.menareport.com منشور على الموقع الالكتروني: http://www.albawaba.com/ar/

39) ليندة، عبد الله، (تبييض الأموال عن طريق الاعتماد المستندي الالكتروني)، بحث **منشور** في كتاب أعمال **المـؤتمر** الدولي الرابع عشر: الجرائم الالكترونية، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس 24-25 مارس 2017

40) محمد إبراميم خليل. قانون التجارة وأعماله التحضيرية؛ **نادي القضاة** : 1999-2000.

41) محمد إبراهيم محمود الشافعي، الآثار النقدية والاقتصادية والمالية للنقود الالكترونية، بحث مقدم الى **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي 2003 في جامعة الإمارات العربية المتحدة بدبي،

42) محمد أحمد زيدان، الوقاية من مخاطر. الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية، **بحث منشور** في مركز الدول العربية للبحوث والدراسات ولمركز العربي للبحوث والدراسات الجنائية، الرياض، البريد **الالكترونى**

43) محمد سعدو الجرف، أثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع والخدمات، بحث مقدم الى **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في الفترة «9-11» ربيع الأول 1424 هـ/ الموافق ماي في جامعة الامارات العربية المتحدة بدبي، 2003م

44) محمد، منعسف تطار،**النظام المصرفي الجزائري والصيرفة الالكترونية"،مجلة** العلوم الإنسانية، العدد 2،جامعة ، محمد خيضر بسكرة، جوان 2002

45) محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم **لمؤتمر الأعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، جامعة، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003 .

46) محمود أحمد ابراهيم الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم **لمؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي 10 و 12 ماي 2006،

47) موسى، عيسى العامري، (الشيك الذكي)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ: 10-12 ماي 2003

48) الناصر، عبد الله بن إبراهيم: العقود الإلكترونية. دراسة فقهية تطبيقية مقارنة - بجث مقدم إلى **مؤتمر الأعمال المصرفية** الالكترونية بين الشريعة والقانون والمنعقد بالإمارات العربية في المدة من 10 - 12 ماي2003م.

49) نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية، **مجلة** الحقوق، بجامعة الكويت، العدد 2، جوان 2008،

50) نبيل، صلاح محمود العربي، (الشيك الالكتروني والنقود الرقمية: دراسة مقارنة)، بحوث **مؤتمر** الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1 ،كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003

51) نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، **موسوعة** دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية

52) نواف عبد الله أحمد باتوباره، منافع والتزامات ومخاطر بطاقة الائتمان، **المجلة العربية** للدراسات الأمنية والتدريب، السنة 13، المجلد 13 العدد 25، أفريل، 1998،

53) نوي حمد خاطر، "مسؤولية المصرف عن الأضرار الناشئة عن استخدام النظام الالكتروني في العمليات المصرفية"، بحوث **مؤتمر الاعمال** المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون، ، الجزء الرابع

54) وليد خالد عطية، الوفاء بواسطة النقود الالكترونية، المشاكل والحلول، **مجلة** القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، العدد 39 سنة 2009، منشور على الموقع الالكتروني: www.Boosla.com /showArticle.php

55) يوسف حسن يوسف، البنوك الالكترونية، المركز القومى **للإصدارات القانونية**، القاهرة، 2012

56) يوسف حسن يوسف، البنوك الإلكترونية، ط «1»، المركز القومي **للإصدارات** القانونية، القاهرة، 2012

57) يوسف مسعداوي ، البنوك الالكترونية، **ملتقى** المنظومة المصرفية الجزائرية والتحولات الاقتصادية، "واقع – تحديات ،"جامعة البليدة.

58) يونس، عرب، **قانون الكمبيوتر**، د.ط، بيروت، **اتحاد المصارف** العربية، 2001

مراجع باللغة الاجنبية :

Ouvrages

1. A-Jauffret – Manuel de droit commercial- 22 ème édition par jacques Mestre-LGDJ-Delta- 1995
2. Beaure D'Agère «Guillaume», Breese «prière» et Thuiler «Stéphanie», paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers,Thomson Publishing, 1997
3. BERNIER «J.-P», Les moyens de paiement des espèces a la monnaie électronique. Banque éditeur, 1997
4. Bouyakoub farouk, l'entreprise ET financement bancaire, CASBAH, ALGER, 2000
5. BOUYAKOUB FAROUK, l'entreprise ET financement bancaire, CASBAH, ALGER, 2000,
6. C. D'HOR-LAUPRETRE, Droit du crédit, Ellipses, France, 1992
7. Ch. LARROUMET, Droit civil, les obligations, le contrat, 3éme édition, Delta, 1996 T. 3, Liban, n° 181,
8. Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire, Lexis Nexis, 9eme éd, Paris, 2015.

9. Christian Gavalda, Le droit penal des cartes de paiement et de credits, Dalloz, 1991
10. Christian Gavalda, Jean Stoufflet, Droit bancaire «Institutions-Comptes-Operatons-Services»,8°ed., paris , Litec, 2010.
11. Christian.Gavalda E.Michel, Travaux dirigés de droit des affaires-effets de commerce, Cheques carte de credit, Editions Litec, Paris, 1994
12. D'hoir Lauprêtre Catherine, Droit du crédit, édition ellipses, Lyon,1999
13. Dominique LEGEAIS, droit commercial et des affaires, 14 eme éd, Armand colin, Paris, 2001
14. DREYRE Emmanuel ,Droit penal special ,Ellipses, Paris ,2008
15. Duclos Thierry, Dictionnaire de la banque , 2ème édition , SEFI, bibliothèque national du canada, 1999
16. Gael PIETTE, Droit des suretes «suretes personnelles et suretes reelles», Gualino lextenso editions,4°ed,2010
17. George Ripert &Reme Roblot.Traite Droit Commercial .Librairie generale de Jurisprudence.Paris.1996
18. Gr- égoire Bakandeja Wa Mpungin . Le droit du commerce International .De Boeck Universite.1eredition.paris.2001
19. J. L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, 4ieme édition, Dalloz, France, 1986
20. J. P. DESCHAMEL, Droit bancaire, l'institution bancaire, Dalloz, France, 1995.
21. J. P. DESCHAMEL, Droit bancaire, l'institution bancaire, Dalloz, France, 1995,
22. Jacques Mestre ,Manuel de droit commercial- 22 ème édition par - LGDJ-Delta- 1995
23. James T.Perry et GARY P. Schneider, E– commerce , Reynold goulet , 2002.

24. Jean-Louis River-Lange Moniaque.Contamine-Raynand-Droit Bancaire.Dallos Delta.Liban.1995..
25. JEANTIN MICHAEL, Droit Cmmercial : instrument de paiement et de crédit, entreprise en difficulté, 4 ieme édition. 2005
26. Kamel Saidi ,Universite Paris VIII Vincennes Saint-Denis ,ecole doctorale sciences sociales,2011-2012,
27. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO. Droit commercial, 4ème volume, 2ème édition, banque et bourses, édition Montchrestien
28. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO. Droit commercial, 4ème volume, 2ème édition, banque et bourses, édition Montchrestien
29. Mahmood shah and steve Clarke, E-banking MangementIssues,solutions, and strategies, information, science reference, new York, 2009
30. Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noel JOBARDBACHELLIER, Droit des suretes, DALLOZ, Paris, 3°ed, 2012,
31. Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND et Marie-Noel JOBARDBACHELLIER, Droit des suretes, DALLOZ, Paris, 3°ed, 2012,
32. Marianne Vardier, « Innovation, concurrence et règlementation pour la fourniture des services bancaires en ligne », CAIRN.INFO, 2015/4 N° 120
33. MAZEAUD»H» leçons de droit civil, édition montechristien ,2émeédition 1959
34. MERCADAL Barthélmy, Droit commercial «Mémento pratique», éd Francis Lefebvre, Paris, éd 19, 2011,
35. Michel Germain Philippe DelebecqueTraité de droit commercia Tome l, 17e edition,.L.G.D.J paris ، 2004
36. Mouna Fourati et Jamil Chaabouni, « Usage de !'internet banking par les entreprises et effets sur la qualite de service », CAIRN INFO, 2018/5 N° 103
37. Patrice Bouteiller et autresLexploitant de banque et le droit,,RB, REVUE BANQUE ed, Paris, 4°ed,2OO8,

38. Philippe Delebecque ،Michel Germain ،Traité de droit commercial ،Tame 2 ، 17e éditio.L.G.D.J ،paris،2004
39. Philippe Simler, Philippe Delebecque, Droit civil «Les suretés La publicité foncière», DALLOZ, Paris, 6° éd, 2012
40. Pierre BREESE , Guide juridique de l'Internet et du Commerce électronique , paris, 2000
41. R. Roblot et G. Ripert: " Droit Commercial" Tome 2- L.G.D.J., 1986,
42. ROSSI TUTO, La garantie bancaire a premiere demande : pratique des affaires, droit compare, droit international prive, Meta-edition, le montsur-Lausanne .
43. ROSSI TUTO, La garantie bancaire a premiere demande : pratique des affaires, droit compare, droit international prive, Meta-edition, le montsur-Lausanne,
44. ROSSI TUTO, La garantie bancaire a premiere demande : pratique des affaires, droit compare, droit international prive, Meta-edition, le montsur-Lausanne,
45. ROSSI TUTO, La garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé, Méta-édition, le montsur-Lausanne,
46. SMITH «B.W.» and WILSON «R.J.» How best to guide the evolution of electronic currency law, The American **University Law Review,** Vol.46, April, 1997
47. -Sophie Moreil, Francoise Dekeuwer-Défossez, Droit bancaire, DALLOZ, Paris, 10°éd, 2010
48. Stephane Pieddelievre, Emmanuel Putman, Droit Bancaire, ECONOMICA, Paris, ed 2011,
49. Stephane Pieddelievre, Emmanuel Putman, Droit Bancaire, ECONOMICA, Paris, ed 2011.

50. TOERING Jean Pierre et BRION François, Les moyen de payements. PUF, 1ère édition1999.
51. Yves Crozet, Bernard Belletante, Pierre-Yves, Bernard Laurent :" Dictionnaire de Banque et Bours" Armand Colin- Paris- Avril 1993

Revues

1. Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 2°éd, 1996
2. -Jean-Pierre Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque, Paris, 4°éd, 2009,
3. Hubert de VAUPLANE, le droit bancaire et la mondialisation des marchés financiers, R.J.C, le droit des affaires du xxi siècle
4. Les Existence D'une Economie Moderne Et Perforante", Media Banque, Le Journal Interne De La Banque D'Algérie, N° 76, Février/Mars 2005

LOIS ET REGLEMENTATIONS

3 2002 Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 «V» JORF
4 Article 70-1-c) du Directive 2015/2366
5 CE/489/97, : Recommandation de la Commission du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire «Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE», «J.O L 208 du 2.8.1997 J.O L 208 du 2.8.1997
1. DIRECTIVE 2000/46/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 18 septembre 2000, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, «J.O.c.e. L 275/39 du 27.10.2000Disponible sur: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.FR:PDF
6 DIRECTIVE 2000/46/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 18 septembre 2000, concernant l'accès à l'activité des établissements de

monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, «J.O.c.e. L 275/39 du 27.10.2000

2. Directive 97/489/EC

7 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.FR:PDF [2]- Art. 3 de la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière «JORF n°0024 du 29 janvier 2013

8 la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière «JORF n°0024 du 29 janvier 2013

9 la loi type de la CNUDCI sur les transferts internationaux de crédit 1992

10 Loi n° 93-980 du 4 août 1993 relative au statut de la Banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. «Décision no 93-324 DC du 3 août 1993 publiée au Journal officiel du 5 août 1993

11 Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009

arrêts et jurisprudences M

1. Conseil d'Etat Français, Internet et Roseau numériques, collection Etudes du conseil d'Etat, année 1998.
2. Cour d'appel de Paris, l decembre 1980. Dalloz, 1981
3. -C.A. Colmar, 21 Octobre 1981. D. 1982, , I.R
4. CA Montpellier, 1ère ch., 9 avril 1987, confirmé par la Cass. civ., 1ère ch., 8 nov. 1989, Sté Crédicas, Bull.civ, I, n° 342, Cité par FATIMA Zohra Boualich Bayssa

DIVERS DOCUMENTS

1. . The New Dictionary of Cultural Literacy, Third Edition. 2002. disponible sur: http//WWW.bartleby.com/59/18/Legaltender.html.
2. Bulletin de la banque de la France, n°78., Juin 1991,

3. Comité de Bâle sur contrôle bancaire, «Saines pratiques pour gestion et la surveillance du risque opérationnel», BRI, Bâle, février 2003.
4. GERALD «S.», The electronic purse, An overview of recent development and policy Issues, January 1996, note 2, Welcome to smart cards,1998.
5. LIVRE BLANC, Internet, quelle conséquences prudentielles ? Banque de France , Commission bancaire, secrétariat générale, décembre 2000.

Site internet

1. , la Banque des Règlements Internationaux, Bâle, Suisse, Septembre 1999. disponible sur: http//:www.bis.org/publ/cpss33.pdf

2. Bert Ely, Electeonic Money and Monetary Policy : Separating Fact from Fiction, The Future of money in the Information Age, Cato, Institutes 14 th Annual Monetary Conference, May 23, 1996,p.l, disponible sur: www.cato.org/moneyconf/14mc2html. Accédé 9-9-2006

3. Legal Tender : « Legally valid currency that may be offered in payment of a debt and that a creditor must accept. The American Heritage Dictionary of the English Language : Fourth Edition. 2000. disponible sur: http.bartleby.com/61/53/L0105300.html.

4. www.occ.treas.gov/ftp/bulletin/2004-58.txt ; Request for public comment on a proposa to revise the official staff commentary to regultion- E «Electronic Fund Transfers »

Conferencs et articles

1. KELLEY «E.W.» Develepments à la monnaie électronique et la banque, à la Cyber-'96 paiements de Conférence, Dallas, Texas, Juin, 18, 1996.

2. Legal Tender : « something used as an official medium of payment and can not be refused in settlement of a debt ». disponible sur: worldnet.princeton.edu/perl/webwn

:Notes et syntheses

1. GERALD «S.», The electronic purse, An overview of recent development and policy Issues, January 1996, note 2, Welcome to smart cards,1998
2. La Carte prépayé multiprestataire, syntése réalisée par les membres d'un groupe de réflexion. interne a la banque de France sur les cartes prépayées, Bulletin de la banque de la France, Juin 1991

Thèses et doctorats

Nadia Piffaretti, Monnaie Electronique, Monnaie Intermédiation Bancaire, Thèse doctorat Université de Fribourg «Suisse», Juillet 2000. disponible sur: http// ethisis.unif.ch/thèses/ downloads.php,file= PeffarettiN.pdf.

1) Article 2-a», e», du Directive 2002/65/CE, du parlement europeenne et du conseil, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation a distance des services financiers aupres des consommateur, sur site: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR

2) Bert Ely, Electeonic Money and Monetary Policy : Separating Fact from Fiction, The Future of money in the Information Age, Cato, Institutes 14 th Annual Monetary Conference, May 23, 1996, disponible sur: www.cato.org/moneyconf/14mc2html. Accédé 9-9-2006

3) Code uniforme commerciale «ucc»: , disponible sur: ww.law.cornell.edu

4) David Bounie , Sébastien Soriano, La monnaie électronique, Principes, fonctionnement et organisation, LCN, volume 4, n° 1-2003. Disponible sur: :

5) Decret N° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le decret N° 71-941 du 26 novembre 1971, relatif aux actes etablis par les notaires. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/
http://ses.telecomparistech.fr/bounie/documents/Recherche/04%20Bounie%20VF.pdf

6) la Banque des Règlements Internationaux, Bâle, Suisse, Septembre 1999. disponible sur: http//:www.bis.org/publ/cpss33.pdf.

7) la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière «JORF n°0024 du 29 janvier 2013, Disponible sur:, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.FR:PDF

8) Le guide des banques en ligne, Comparabanque, sur le site : http://www.comparabanques.fr/lexique

9) **Legal Tender** :The American Heritage Dictionary of the English Language : Fourth Edition. 2000. disponible sur: http.bartleby.com/61/53/L0105300.html.

- **Legal Tender:** The New Dictionary of Cultural Literacy, Third Edition. 2002. disponible sur: http.bartleby.com/59/18/Legaltender.html

10) **Nadia Piffaretti**, Monnaie Electronique, Monnaie Intermédiation Bancaire, Thèse Université de Fribourg «Suisse», Juillet 2000. disponible sur: http// ethisis.unif.ch/thèses/ downloads.php,file= PeffarettiN.pdf.

11) ordonnance n°2000-916 du 19/09/2000 www.legifrance.gouv.fr

12) Rapport de la commission bancaire pour l'année 1999. Sur site : https://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/commission_bancaire/cb_ra.html#cbra2007 4 - Livre blanc 2000,

فهرس

قائمة المختصرات 1
مقدمة..... 1
منهج البحث 6
أهمية البحث..... 7
خطة البحث 7

الفصل التمهيدي..... 1

الإنترنت و التجارة الإلكترونية 1
المبحث : الأول الإنترنت..... 2
المطلب الأول: مفهوم الإنترنت..... 2
الفرع الأول:تاريخ الإنترنت: 3
الفرع الثاني: خصائص أجزاء الإنترنت:..... 4
المطلب الثاني:تقنيات وخدمات ووظائف الشبكة العالمية "الإنترنت" 5
الفرع الأول: تقنيات المعتمدة عبر الانترنت 5
الفرع الثاني الخدمات المقدمة عبر الانترنت..... 6
المبحث الثاني: التجارةالإلكترونية 7
المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية وأنماطها..... 7
الفرع الأول: ما بين مؤسسات أعمال 8
الفرع الثاني:ما بين مؤسسة أعمال و مستهلك 8
الفرع الثالث: بين إدارة حكومية و مؤسسة عامة او خاصة 9
الفرع الرابع: بين إدارة حكومية و اشخاص طبيعيون او اعتباريون..... 9
الفرع الخامس: بين مستهلك و مستهلك 9
الفرع السادس: بين مؤسسة خدمات عامة و مستهلك..... 9
المطلب الثاني: مميزات التجارة الإلكترونية 9
الفرع الأول: الغياب المادي بين المتعاقدين في مجلس العقد 9
الفرع الثاني: وجود وسيط الكتروني 10
الفرع الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال 10
الفرع الرابع: عابرة للحدود 11
المطلب الثالث: فوائد التجارة الإلكترونية ومعوقاتها..... 11
الفرع الأول: فوائد التجارة الإلكترونية للشركات والمؤسسات..... 11
الفرع الثاني: فوائد التجارة الإلكترونية للمستهلكين..... 12
الفرع الثالث: معوقات التجارة الإلكترونية 12

خلاصة الفصل 14

الباب الاول: النظام القانوني للعمليات المصرفية التقليدية..... 15

الفصل الاول العمليات المصرفية التقليدية و مضمونها..... 37

المبحث الاول: الاطار القانوني للعمليات المصرفية التقليدية 38
المطلب الاول مفهوم العمليات المصرفية التقليدية : 38
الفرع الاول : تعريف العمليات المصرفية : 38
الفرع الثاني : العمليات المصرفية الشاملة: 40
الفرع الثالث : العمليات المصرفية الإسلامية: 42
المطلب الثاني: :خصائص ومميزات العمليات المصرفية: 46
الفرع الأول: خصائص العمليات المصرفية : 46
المبحث الثاني: العقود المصرفية التقليدية 59
المطلب الأول الوديعة المصرفية 59
الفرع الاول : ماهية عقد الوديعة المصرفية النقدية 61
الفرع الثاني : أنواع الوديعة النقدية المصرفية 76
الفرع الثالث : تقسيم الوديعة المصرفية النقدية حسب إمكانية تداولها 78
الفرع الرابع : آثار عقد الوديعة النقدية المصرفية 81
الفرع الرابع : ايداع الصكوك 85
الفرع الخامس : تحديد طبيعة عقد وديعة الصكوك في النزاع 91
المطلب الثاني : تأجير الخزائن 91
الفرع الاول - طبيعة عقد إيجار الخزائن الحديدية 92
الفرع الثاني - تكوين عقد إيجار الخزائن وإثباته 93
الفرع الثالث – التزامات الطرفين في عقد إيجار الخزانة الحديدية 93
المطلب الثالث: الحسابات المصرفية 96
الفرع الأول- حساب الوديعة النقدية المصرفية 96
الفرع الثاني: تشغيل الحساب 100
الفرع الثالث: قفل حساب الوديعة النقدية المصرفية 103

الفصل الثاني : الائتمان كعملية مصرفية تقليدية 105
المبحث الاول : عقد القرض المصرفي 106
المطلب الاول: مفهوم القرض المصرفي و مميزاته 107
الفرع الاول : ماهية القروض المصرفية 107
الفرع الثاني : :تمييز عقد القرض المصرفي عن بعض العقود المشابهة لها. 109
الفرع الثالث: خصائص القرض البنكي 111
الفرع الرابع : أنواع القروض البنكية 114
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية خطاب الضمان 122
الفرع الاول : شروط التعاقد في خطاب الضمان بالنسبة للعميل 123
الفرع الثاني : تعريف بخطاب الضمان 126
الفرع الثالث :أهمية خطاب الضمان 131
الفرع الرابع: خصائص خطاب الضمان وتمييزه عن العمليات المشابهة له 133
الفرع الخامس :أنواع خطابات الضمان: 137
المطلب الثالث : آثار خطابات الضمان المصرفية 141
الفرع:الاول : أثار خطاب الضمان بالنسبة لاطراف العلاقة 141
الفرع الثاني : انقضاء خطاب الضمان 148
الفرع الثالث: حالات انقضاء خطاب الضمان بما يعادل الوفاء 154

الفرع الرابع: انتهاء خطاب الضمان بإلغائه وانتهاء الضمان المقابل 155
المبحث الثاني: الاطار القانوني للاعتماد المستندى 156
المطلب الاول: مفهوم الاعتماد المستندي 156
الفرع الاول: تعريف الاعتماد المستندى وأهميته 157
الفرع الثاني: أطراف الاعتماد المستندي 159
الفرع الثالث: خطوات تنفيذ الاعتماد المستندى: 163
الفرع الرابع: التنظيم القانوني للاعتماد المستندى، 167
المطلب الثاني : آثار الاعتماد المستندى 176
الفرع الاول: آثار الاعتماد المستندى على اطراف العلاقة 177
اولا : مرحلة عقد فتح الاعتماد: 178
الفرع الثالث: العلاقة بين البنك والمستفيد 185
الفرع الرابع: آثار الاعتماد بالنسبة للبنك المعزز 187

خلاصة الفصل 190

الباب الثاني 192

العمليات المصرفية الالكترونية 192

الفصل الاول 196

الاطار القانوني للعمليات المصرفية الالكترونية 196
. المبحث الأول: الإطار القانوني العمليات المصرفية الالكترونية 197
المطلب الأول : ماهية العمليات المصرفية الالكترونية و خصائصها 198
الفرع الأول : نشأة العمل المصرفي الالكتروني 198
الفرع الثاني : مفهوم العمليات المصرفية الالكترونية 200
الفرع الثالث : خصائص العمليات المصرفية الالكترونية 206
الفرع الخامس : مزايا العمليات المصرفية الإلكترونية 210
المطلب الثاني :مخاطر العمليات المصرفية الالكترونية و أساليب الوقاية منها 211
الفرع الاول : أسباب تفاقم المخاطر في العمل المصرفي الالكتروني 212
الفرع الثاني: معايير لجنة بازل و الإدارة الحصيفة لمخاطر العمليات المصرفية لإلكترونية: 217
المبحث الثاني :النظام القانوني للبنوك الالكترونية 219
المطلب الأول : ماهية البنوك الالكترونية ونشأتها 219
الفرع الأول: النشأة التاريخية 220
الفرع الثاني:مراحل تطور البنوك الإلكترونية 221
المطلب الثاني : مفهوم البنوك الالكترونية 222
الفرع الأول : ماهية البنوك الإلكترونية: 223
الفرع الثاني : خصائص البنوك الالكترونية : 229
الفرع الثالث: أهمية البنوك الالكترونية 232
الفرع الرابع: متطلبات وخدمات البنوك الالكترونية 233

الفصل الثاني : العقود المصرفية الالكترونية ووسائل اثباتها 238
المبحث الاول الاطار القانوني للعقد الإلكتروني المصرفي..... 239
المطلب الأول : مفهوم العقود المصرفية الإلكترونية 240
الفرع الأول : ماهية العقود المصرفية الإلكترونية..... 240
الفرع الثاني : خصائص العقد المصرفي الإلكتروني..... 245
المطلب الثاني : إبرام العقد المصرفي الإلكتروني: 248
الفرع الاول : انعقـاد العقد الإلكتروني: 248
الفرع الثاني : مجلس التعاقد الإلكتروني و اشكالية حضور الاطراف فيه 254
الفرع الثالث: الإيجاب في العقد الالكتروني :..... 260
الفرع الرابع : القبول في العقد الالكتروني : 269
الفرع الخامس : النطاق زماني و مكاني لانعقاد العقد الالكتروني..... 272
الفرع السادس : محل و سبب العقد الالكتروني..... 279
الفرع السابع : تنفيذ العقد الإلكتروني..... 283
المبحث الثاني : الإثبات في العقد المصرفي الالكتروني 285
المطلب الاول: المحرر الالكتروني كوسيلة إثبات في العقود المصرفية الالكترونية..... 285
الفرع الأول: مفهوم المحرر الالكتروني..... 286
الفرع الثاني : اساليب التوثيق الالكتروني للعقد الالكتروني المصرفي :..... 290
الفرع الثاني : التصديق الالكتروني لتوثيق عقود العمليات المصرفية الالكترونية 297
المطلب الثاني : لمسؤولية العقدية في العمليات المصرفية الالكترونية 305
الفرع الأول: طبيعة مسؤولية البنك عن العمليات المصرفية الالكترونية 306
الفرع الثاني: أساس مسؤولية البنك العقدية عن العلميات المصرفية الالكترونية 310
خلاصة الفصل 318

الفصل الثالث..... 319

وسائل الدفع الالكترونية كعملية مصرفية الكترونية 319
المبحث الأول :مفهوم الدفع الالكتروني كوسيلة عمل مصرفي 320
المطلب الأول:ماهية وسائل الدفع الالكتروني..... 320
الفرع الأول: التعريف بوسائل الدفع الالكترونية 321
الفرع الثاني: التعريف بأطراف العلاقة في وسائل الدفع الالكتروني 325
المطلب الثاني: مزايا وسائل الدفع الالكتروني. 330
الفرع الأول:مزايا وسائل الدفع الالكتروني بالنسبة لأطراف العلاقة. 330
المبحث الثاني: أنواع وسائل الدفع الالـكتروني 333
المطلب الأول: وسائل الدفع الالكترونية. 333
الفرع الأول: الأوراق التجارية الالكترونية والتحويلات المصرفية الالكترونية. 334
الفرع الثاني: بطاقات الدفع الالكتروني. 356
المطلب الثاني: وسائل الدفع الالكترونية الحديثة..... 363
الفرع الأول: مفهوم النقود الالكترونية. 363
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية 367
المبحث الثالث: اطراف العلاقة في وسائل الدفع الالكترونية. 372
المطلب الأول: العلاقة بين المصدر بالحامل «عقد الانضمام». 373

الفرع الأول: إبرام العقد. 373
الفرع الثاني: الالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد الانضمام. 377
الفرع الثالث: انتهاء العقد..... 379
المطلب الثاني: العلاقة بين المصدر بالتاجر «عقد التوريد». 379
الفرع الأول: تكوين العقد..... 379
الفرع الثاني: تنفيذ العقد..... 385
الفرع الثالث: انتهاء عقد التوريد. 386
المطلب الثالث: العلاقة بين الحامل والمورد في عقد التزويد..... 387
الفرع الأول: التزامات التاجر المعتمد..... 387
الفرع الثاني: التزامات حامل البطاقة..... 387
المبحث الرابع: آليات الدفع الخاصة للنقود الالكترونية. 388
المطلب الأول: العلاقات الناشئة عن استخدام للنقود الالكترونية..... 389
الفرع الأول: العلاقة بين مصدر النقود الالكترونية والحامل «المستهلك»..... 389
الفرع الثاني: العلاقة بين مصدر النقود الالكترونية والتاجر. 393
الفرع الثالث: العلاقة بين حامل النقود الالكترونية التاجر المعتمد 394
خاتمة..... 397
قائمة المراجع :..... 401
فهرس 434

ملخص :

لقد احتلت العقود في مختلف المعاملات مكانة خاصة بين المتعاقدين منذ القدم، وأُثيرت حولها العديد من الدراسات والتحاليل حتى في أدق التفاصيل.

ومع مرور الأزمنة، ومع اختلاف المعاملات وتطورها، لاسيما في مجال العمليات المصرفية وما تكتسيه من تعقيد في معالجة بعض التفاصيل لا سيما في التعامل الدولي عن بعد، وما اثرته ظاهرة العولمة من جدل في تغيير العديد من المفاهيم، ومن بينها العقود الإلكترونية – وبالتحديد – مع التطور التكنولوجي والمعلوماتي وانتشار الحواسيب وامتلاكها لدى العديد من الناس، مما جعل الكثير منهم يألفون برامجها حتى أصبح الاستغناء عنها أمرًا مستعصيًا نظرًا للخدمات التي تقدمها لمستعمليها.

حتى وصل المطاف بأغلب من شعوب العالم بإبرام العديد من العقود عن طريق شبكات مختلفة لاسيما الإنترنت باستعمال وسائل الكترونية متنوعة كالهواتف الذكية ووسائل دفع الكترونية متنوعة، متاحة من طرف البنوك او المؤسسات المالية، ما سهّل التعاقد في اسواق افتراضية او غيرها، من دون حضور المتعاقدين في مجلس واحد، ولا حتى في بلد واحد وفي زمن واحد.

وهذا الأمر أثار تساؤلات عدة حول معرفة طبيعة هذه العقود، لا سيما من حيث القانون المنشئ للعقد، والقانون الواجب التطبيق، مع تكريس حماية حقوق اطرافها، بتعزيز الأمن في استعمال الوسائل الالكترونية كالتوثيق والتصديق والتوقيع وكافة وسائل الاثبات الالكتروني، وكيفية فض هذا النوع من المنازعات وحل الإشكالات المرتبطة بالعقد سواء بالشكل المباشر أو غير المباشر بتكريس كافة الوسائل الحمائية باعتماد نصوص قانونية وتنظيمية ذات معايير عالمية.

كلمات مفتاحية:

انترنت ، شبكات رقمية، عمليات مصرفية ، عقد الكتروني، القانون واجب التطبيق ،وساءل الدفع الالكتروني، قانون أنسترال النموذجي ، اتفاقيات دولية .

Abstract :

Contracts have occupied a particular position in legal transactions since ancient times, having consistently constituted the primary legal framework governing relations between contracting parties. They have therefore been the subject of numerous studies and analyses, extending even to their most intricate details.

With the passage of time, and alongside the diversity and development of transactions—particularly in the field of banking operations, which are characterized by a high degree of complexity in the handling of certain aspects, especially in the context of cross-border and remote transactions—the phenomenon of globalization has generated extensive debate by reshaping many established legal concepts. Among these developments, electronic contracts have emerged as a distinct contractual model, particularly in light of technological and informational progress, the widespread dissemination of computers, and their ownership by a large segment of society. This evolution has led many individuals to become familiar with digital applications and systems, to the extent that dispensing with them has become increasingly difficult, given the services they provide to users.

This evolution has culminated in the conclusion of numerous contracts by the majority of the world's populations through various networks, notably the Internet, using diverse electronic means such as smart devices and electronic payment instruments made available by banks or financial institutions. This has facilitated contracting within virtual markets and other digital environments, without requiring the presence of the contracting parties in a single contractual meeting, nor their presence within the same country or at the same time.

This situation has raised several legal questions concerning the nature of such contracts, particularly with regard to the law governing the formation of the contract, the law applicable thereto, and the need to ensure effective protection of the rights of the contracting parties. This protection is achieved through the enhancement of security in the use of electronic means, such as authentication, certification, electronic signatures, and all forms of electronic evidence, as well as through determining the mechanisms for resolving disputes arising from this type of contract and addressing the issues related

thereto, whether directly or indirectly, by establishing comprehensive protective measures through the adoption of legal and regulatory texts based on internationally recognized standards.

Keywords:
Internet; Digital Networks; Banking Operations; Electronic Contract; Applicable Law; Electronic Payment Instruments; UNCITRAL Model Law; International Conventions.