وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

عقد الحامل في بطاقة الإئتمان

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطلبة:

- **بلعياضي ريمة**
- **جندل صليحة**

إشراف الأستاذ:

د.رفاف لخضر

لجنة المناقشة

الاسم	الرتبة	الصفة
د.لخضر رفاف	أستاذ محاضر.أ.	مشرفا ومقررا
د.بن داود حسين	أستاذ محاضر.أ.	رئيسـا
أ.عشاش حمزة	أستاذ مساعد.ب.	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر و تقدير

أول الشكر لله سبحانه وتعالى على فضله وتوفيقه لنا ، والقائل في محكم تنزيله ** لَئِنْ شَكَرْتُم لِأَزِيدَنَّكُمْ **

ونتقدم مصداقا لقول النبي عليه السلام ** مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللّٰهُ **

تشكراتنا الخالصة إلى الأستاذ المشرف الدكتور رفاف لخضر ، الذي سهل لنا طريق العمل ولم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته الثرية .

كما لا ننسى بالشكر أعضاء لجنة المناقشة الدكتور بن داود حسين والأستاذ الفاضل عشاش حمزة .

لكم منا جزيل الشكر و التقدير

إهداء

إلى من دعمني وحماني ألهمني ومنحي القوة والثقة إلى روح أبي الزكية الطاهرة أسأل الله أن يرحمه برحمته الواسعة .

إلى أعز الناس وأقربهم إلى قلبي أمي الحبيبة أطال الله في عمرها

إلى من ساندني وخطى معي خطواتي ، ويسر لي الصعاب ، زوجي العزيز والذي بفضل تشجيعه المستمر تمكنت من مواصلة رسالتي رغم التزاماتي الأسرية و المهنية

إلى زهراتي وفلذات كبدي ، أولادي أغلى ما عندي آدم ، لينا ، إيمري .

إلى أخواتي وإخوتي جمعني الله بهم في السراء والضراء .

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل ، سائلة الله عز وجل أن يمدنا بتوفيقه

ريمـــــة

إهداء

الى سندي ومصباح دربي الى والدي حفظه الله

إلى امي قرة عيني أطال الله في عمرهما

إلى اخوتي واخواتي سندي وفخري في الحياة

إلى كل ابناء اخوتي واخواتي بهجة هذه الحياة

إلى كل الاصدقاء اللذين ساعدوني في انجاز هذا العمل

صليحة

مقدمـــة

تتميز البيئة التجارية بالتطور والسرعة في المعاملات، ما جعل الدول تسعى جاهدة لإستحداث نظم قانونية وآليات حديثة لمواكبة هذا التطور، فمنذ العصور القديمة و الانسان يسعى جاهدا لإيجاد وسائل للتبادل بداية بالمقايضة الى المعادن النفيسة كوسيلة للوفاء، ثم المسكوكات إلى أن ظهرت النقود المعدنية و الورقية كوسيلة للتعامل و الوفاء، وبسبب المخاطر التي تتعرض لها، سعت البنوك إلى المحافظة على هذه العملات من مخاطر الضياع و السرقة حيث وجدت الأسناد التجارية المتمثلة في السفتجة، السند لأمر و الشيك.

لكن التطور الاقتصادي والتكنولوجي و الوتيرة السريعة التي تعتمد عليها المعاملات التجارية كشفت عن عيوب ونقائص لهذه الوسائل ولعل أبرزها ارتفاع تكاليف معالجتها، وبطىء في حركة دورانها، إضافة الى كونها هدفا يسهل تحويله إلى أداة غش لكسب اموال غير مشروعة وأداة احتيال كجريمة إصدار شيك بدون رصيد، فأصبحت هذه الوسائل التقليدية تمثل عبئا ثقيلا عل البنوك لاعتمادها بدرجة كبيرة عل الاستخدام الورقي و البشري واستنزافها للوقت، كما ان هذه الوسائل لا تصلح في تسهيل التعامل الذي يتم عن بعد في بيئة غير مادية، كالعقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنيت.

ونتيجة لكل هذه السلبيات التي تصطدم باستعمال وسائل الدفع التقليدية في عصر يتطلب السرعة في معالجة المعاملات و الصفقات، واستنادا للثورة الحاصلة في المجال الالكتروني و الازدهار في النمو الاقتصادي الدولي هذا ما دفع بالبنوك و المؤسسات المالية ال السعي وإيجاد نظام مصرفي متكامل يقوم على تقديم خدمات مالية حديثة لإرضاء وحماية العملاء واستقطاب أعداد أخر منهم، فظهرت البطاقات الالكترونية كوسيلة بديلة لمعالجة سلبيات وعجز وسائل الدفع التقليدية لأول مرة في الولايات المتحدة الامريكية على شكل بطاقات معدنية أصدرتها شركة البترول الأمريكية لعملائها سنة 1914 western union، لتمكينهم من شراء ما يحتاجون إليه من منافذ التوزيع إليها وتسوية هذه المشتريات في نهاية مدة محددة.

تعددت تعريفات بطاقة الائتمان ولعل اكثرها شيوعا من الناحية الشكلية كونها عبارة عن قطعة مستطيلة من البلاستيك تحتوي على بيانات مرئية واخرى غير مرئية يقترن اصدارها برقم سري خاص بحامله، وبموجب هذه البطاقة يستطيع حاملها سحب نقدية من اجهزة الصرف الآلي الخاصة بالبنوك، او الوفاء بثمن السلع والخدمات التي حصل عليها من الجهات المشتركة في شبكة التعامل بها، اما من الناحية الموضوعية فهي وسيالة من وسائل الدفع الالكترونية الحديثة باعتبارها أداة مصرفية تقوم مقام النقود في الوفاء بالالتزامات القانونية الناشئة عنها.

تقوم بطاقة الائتمان على ثلاث علاقات تعاقدية مستقلة عن بعضها البعض وتتمحور تلك العلاقات بين مصدر البطاقة وحاملها والتاجر الذي يقبلها، وتنشأ كل علاقة بموجب عقد مستقل عن الاخر تنبثق عنه التزامات متبادلة في ذمة كل طرف.

يعتبر عقد الحامل او كما يسميه البعض عقد الانظمام من اهم العقود المنبثقة عن التعامل ببطاقة الائتمان، وهو العقد الذي ينظم العلاقة بين الجهة المصدرة للبطاقة البنك والحامل لها فاذا كان الاصل ان المتعاقديان لايبرمان العقد الا بعد مفاوضات ومناقشات في شروطه لتحقيق توازن عقدي إلا ان عقد الحامل لا ينطوي على هذه المناقشات والمفاوضات لاستئثار البنك كطرف قوي في العلاقة العقدية بفرض الشروط التعاقدية بما يحقق مصالحه وحده الامر الذي يسبب لحامل البطاقة اضرارا نهيك ان المشرع الجزائري لم يولي عقد الحامل بتنظيم قانوني خاص إن عدم التوازن العقدي بين مصدر بطاقة الائتمان وحاملها يثير تساؤلات عديدة لعل أبرزها وأهمها هو **إلى أي مدى تعتبر القواعد العامة في التشريع الجزائري كافية لتنظيم عقد الحامل وما يترتب عنه من التزامات ومسؤولية ؟**

تنبثق عن الإشكالية الأساسية إشكاليات فرعية تتعلق **أولا بكيف يتم تكوين عقد الحامل وما هي طبيعته القانونية ؟ فيما تتمثل الالتزامات الناشئة عن عقد الحامل ؟ إلى أي مدى**

يمكن لقواعد المسؤولية المدنية التقليدية والحديثة ان تكفل الحماية الكافية لأطراف عقد الحامل ؟

لقد دفعنا إلى إختيار الموضوع مجموعة من الأسباب والدوافع، أهمها من الناحية الموضوعية هو الإنتشار الكبير والواسع لهدا النوع من وسائل الدفع الإلكترونية خاصة في السنوات الأخيرة علاوة على تزايد التنافس بين البنوك في إصدارها بأنواع مختلفة وبإمتيازات متفاوتة من أجل تلبية متطلبات الأفراد، أما من الناحية الشخصية فهو رغبتنا في التعمق في دراسة الموضوع لحداثة مقياس وسائل الدفع الالكتروني وعدم دراستنا له في النظام الكلاسيكي رغم أهميته العلمية و العملية وكذلك حاجتنا للغوص فيه لما يفرضه علينا المجال المهني كقانونيين ووجود قضايا مطروحة على مستوى القضاء تستدعي الإحاطة وكسب معلومات حول الموضوع.

إن لهذا الموضوع أهمية نظرية وعملية في آن واحد، إذ لم يحظى موضوع عقد الحامل بالقدر الكاف من الدراسة و التحليل من جانب الفقه و القانون لحداثة التعامل ببطاقة الائتمان وسرعة انتشارها على المستوى الوطني و الدولي الأمر الذي دفع بالأعراف المصرفية لتكون المنظم الأساسي للعلاقات الناشئة عن بطاقة الائتمان وخاصة عقد الحامل.

لمعالجة هذا الموضوع و الإحاطة بجوانبه المتعددة و الإجابة عن الإشكالية المطروحة اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الوصفي وذلك خلال التعرض للقوانين المختلفة بالتشريع الجزائري المدنية منها و التجارية المتعلقة بموضوع الدراسة

ومن اجل الإحاطة السليمة بالموضوع من جميع الجوانب قسمنا الدراسة إلى فصلين، حاولنا من خلال الفصل الأول دراسة ماهية عقد الحامل بالتطرق لتكوين عقد الحامل من حيث الأركان وتحديد طبيعته القانونية أهم خصائصه وصولا لأسباب انقضائه.

أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة الآثار المترتبة على عقد الحامل، واهم الالتزامات الناشئة في ذمة طرفيه، والمسؤولية المدنية المترتبة عنه

الفصل الأول

ماهية عقد الحامل في بطاقة الإئتمان

تمهيد:

يعتبر عقد الحامل الأساس الأول الذي يقوم عليه نظام الدفع ببطاقة الائتمان ويكون بين شخصين البنك او المؤسسة المالية والطرف الثاني هو الحامل، فالعلاقة التي تربط الحامل بالبنك أساسها عقد الانضمام le contrat titulaire ويكون عادة في صورة عقد إذعان le contrat d adhesion، فليس للطرف المنظم أحقية مناقشة بنود العقد حيث أن إبرام هذا العقد يتم بإعداد البنك وتوزيعه لنماذج مخصصة لطلب البطاقة وهو ما يكيف على انه دعوة للتعاقد، أما الإيجاب فيكون بتعبئة الطلب وتوقيعه من طرف العميل، ويكون القبول متروك للبنك مصدر البطاقة، بالرغم من خصوصية عقد الحامل كمصدر للالتزام في التعامل ببطاقة الائتمان، إلا انه يخضع للنظرية العامة للعقد وما تنطوي عليه من أسس ومبادىء نظمها المشرع الجزائري بالمواد من 54 إلى 123 من القانون المدني الجزائري، وللتفصيل أكثر في ذلك ارتأينا تقسيم الفصل الأول الى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى تكوين عقد الحامل من حيث أركانه وتحديد طبيعته القانونية، أما المبحث الثاني فسنحاول الإلمام بجميع خصائص عقد الحامل العامة والخاصة وأسباب انقضائه.

المبحث الاول: تكوين عقد الحامل

عقد الحامل هو العقد الذي ينظم العلاقة بين البنك أو الجهة المصدرة للبطاقة و العميل او الحامل، ويسميه البعض عقد الانضمام وهو من العقود الملزمة لجانبين كما انه يعد من عقود الإذعان، حيث أن الحامل لا يملك حق مناقشة بنوده وأحكامه، وبالرغم من هذه الخصوصية إلا انه يشترط لقيامه وانعقاده انعقادا صحيحا توافر الشروط و الأركان العامة لإبرام باقي العقود وهي سلامة الرضا، المحل، السبب إضافة إلى ركن التسليم باعتباره عقد عيني، أما بخصوص طبيعته القانونية فقد ثار جدلا فقهيا واسعا حوله إذ يرى جانب من الفقه انه عقد قرض، ومنه من يرى انه عقد وكاله، فيما يعتبره جانب آخر من الفقه انه عقد حوالة دين، وهو ما يدفعنا لتقسيم المبحث الأول إلى مطلبين : المطلب الأول نتطرق فيه لأركان عقد الحامل وطبيعته القانونية، أما زمان ومكان انعقاد عقد الحامل فيكون بالمطلب الثاني.

المطلب الأول : اركان عقد الحامل وطبيعته القانونية

تصدر البطاقات المصرفية تنفيذا للعقد الذي يبرمه البنك مع العميل طالب البطاقة، والذي يطلق عليه الفقه عقد الحامل أو عقد الانضمام، وذلك إبرازا للطابع التنظيمي له الذي ينكمش معه دور الإرادة في حدود إفصاح العميل طالب البطاقة عن رغبته في الاستفادة من التنظيم اللائحي الذي يحكم إصدار واستعمال البطاقة، والذي تستقل الجهة المصدرة بوضعه وتحديد شروطه، ويتضمن العقد شروطا مختلفة منها ما يتعلق باستعمال البطاقة، ومنها ما يتعلق بتعديل العقد، كما يتم الإشارة أيضا إلى تحديد مدته الزمنية وأسباب انقضائه.[1]

الفرع الأول: أركان عقد الحامل.

يقوم عقد الحامل على الأركان الأساسية لأي عقد، فيجب أن تتوافر الأهلية في المتعاقدين، إذ هي التي تسمح بحصول كل منهم على حقوقه وتلزمه بالواجبات، كما لا بد

[1] محمود مختار أحمد بريرى، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 187.

من توافر الرضا الصادر عن إرادة حرة خالية من العيوب (الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال) لكل منهما، وأن يكون المحل والسبب مشروعين غير مخالفين للنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى ركن خاص في عقد الحامل وهو التسليم (تسليم البطاقة).[1]

أولا: رضا الطرفين المتعاقدين.

يبرم عقد الحامل عادة بإيجاب من العميل وقبول عن الجهة المصدرة للبطاقة، ويتخذ إيجاب العميل صورة التوقيع على نموذج مطبوع لطلب البطاقة، ويتمثل قبول الجهة المصدرة في قيامها بعد فحص طلب العميل بتسليم البطاقة.

1- الإيجاب في عقد الحامل.

الإيجاب بوجه عام تعبير عن الإدارة يصدر من شخص موجها إلى شخص آخر، وهو تعبير نهائي عن الإرادة التي يتم بها العقد إذا ما اتصل معه القبول [2]، وقد يكون الإيجاب الكترونيا، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات، وسواء كان الإيجاب عاديا أو الكترونيا، فيجب أن يتضمن العناصر والمعلومات الأساسية التي لابد من توفرها لإبرام العقد.[3]

أما عن الإيجاب في عقد الحامل فالعادة جرت على أن يقوم البنك بإعداد وتوزيع نماذج مخصصة لطلب البطاقة، وهذا العمل يكيف على أنه دعوة للتعاقد من البنك، بينما يتمثل الإيجاب في تعبئة النماذج السابقة وتوقيعها من طرف العميل.

وبالنسبة للقبول فهو متروك للبنك مصدر البطاقة، حيث يدرس الطلب ليتخذ القرار بمنح أو رفض إصدار البطاقة متى وجد أن مقدم الطلب ليس أهلا لذلك، ولا يجبر على تسبيب رفضه، وهذا استنادا إلى مبدأ حرية التعاقد والاعتبار الشخصي للعقود المصرفية،

---

[1] عبد الحكيم أحمد محمد عثمان، أحكام البطاقات الائتمانية في القانون والآراء الفقهية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، . مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 10.

[2] طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، 2007، ص 3.

[3] إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الالكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة. الأولى 2009، ص 79.

وعلى ذلك لا ينعقد العقد بين مصدر البطاقة وطالبها، إلا بالموافقة النهائية للمصدر، وتسليم البطاقة للطالب [1]

2- القبول في عقد الحامل.

القبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب، ولا يختلف القبول الالكتروني عن القبول بمفهومه التقليدي، وإنما الخلاف يكمن في وسيلة للتعبير عنه، والقاعدة هي أن لا تحتيم في القبول، وذلك استنادا إلى أن الإيجاب يجعل انعقاد العقد متوقفا على إرادة من وجه إليه الإيجاب، فيكون له أن يقبله أو أن يرفضه.[2]

غير أن عقود الحامل بوجه عام تتميز بوضع خاص بحكم أنها تسبقها دعوة إلى التعاقد وأن شخص المتعاقد الآخر محل اعتبار في العقد، وهذا من شأنه أن ينشأ التزاما على الجهة المصدرة للبطاقة بعدم رفض الإيجاب، حيث لا يصح أن ترفض الجهة التي دعت إلى التعاقد الإيجاب الموجه إليها بسبب تعيل أحد بنود العقد وإلا كان ذلك تعسفاً في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الالتزام بعدم رفض الإيجاب من قبل من دعا إلى التعاقد يرجع ما تقرره القواعد العامة في استعمال الحق من حيث الالتزام بعدم التعسف.

3- مدى تطابق الإيجاب والقبول.

قد لا يثير تطابق الإيجاب والقبول جدلا يذكر في عقد الحامل نظرا لما تتميز به من وضوح وتحديد لمضامينها، فالعقد تعده بشكل فني متناهي في الدقة الجهة المصدرة للبطاقة المصرفية، ويدون حامل البطاقة بياناته عليه ويوقعه دون أن يكون له حق مناقشة شروطه.

[1] مرباح صليحة، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 61.

[2] لخضر رفاف، الالتزامات القانونية للبنك في بطاقات الائتمان، اطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017-2018، ص 14.

ويعتبر تطابق القبول للإيجاب من حيث مضمونه أساس وجود العقد، وقد ألزم المشرع المتعاقدان بذلك صراحة وقرر في ذلك وجوب تحديد العناصر الأساسية للعقد بحيث يكون اتفاق المتعاقدان شاملا لهما.

ويقرر الفقه بوجه عام أن الاتفاق على الشيء والثمن كافيا لانعقاد العقد وهذا التحديد مبناه استنتاج القضاء، ويتضمن عقد الحامل تحديدا دقيقا للثمن الذي يظهر في شكل فائدة أو عمولة، وكذا الشيء الذي يظهر في شكل خدمات محددة بدقة من حيث نوعها وحجمها وتوقيعها... الخ، وعلى ذلك يجري التشريع في بعض الدول كإنجلترا وفرنسا في التشريعات الخاصة بالبطاقة الائتمانية من حيث وجوب تحديد رسوم الاشتراك وسعر الفائدة بدقة عند التعاقد وإلا بطل العقد، ويتحرى القضاء غالبا فحوى اتفاق الإرادتين في العقد فيقرر أن غياب موافقة أحد الطرفين على شروط العقد يترتب عليها "أن هذا العقد لم يتكون بعد"، . بحيث أنه لم ينشأ إلا بعد التثبت من وجود اتفاق الطرفين على جميع شروط العقد.[1]

وعلى ذلك فليس من المتصور عمليا أن يكون هناك مجال للشك في تطابق الإيجاب والقبول في عقد الحامل، ولا سيما من جهة القبول، لأنه لا يتصور أن يصدر القبول قانونا بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه، فالعقد ينعقد طبقا للمضمون المحدد فيه.

ثانيا: أهلية المتعاقدين.

يشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية لإبرامه، ولا يعتد به إلا إذا كان صادر عن إرادة مدركة ومميزة من كلا طرفي العقد وعليه فلابد من التعريج على أهلية البنك في البداية، ثم التطرق إلى أهلية الحامل وفقا لما يلي.

[1] موسى رزيق، مقال بعنوان:"رضا حامل البطاقة الائتمانية بالعقد والحماية التي يقرها المشرع له"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003 ص 10

1- أهلية المصدر.

يجب أن يكون مصدر البطاقة مؤسسة مالية مرخص لها بممارسة نشاط البطاقات والتعامل بها، حيث يشترط المشرع الجزائري بنص المادة 83 من الأمر 11/03 [1] على أنه: "يجب أن تؤسس البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للقانون الجزائري في شكل شركات مساهمة..." كما يجب على البنك أيضا الحصول على ترخيص من مجلس النقد والقرض. قبل إنشاء وذلك إعمالا لنص المادة 82 من نفس الأمر[2].

إلا أنه في بعض الدول كالولايات المتحدة الأمريكية يتم منح حق إصدار البطاقات حتى لبعض المنظمات غير المالية مثل:رابطة السيارات الأمريكية التي عقدت اتفاقات مع بنوك تجارية لإصدار بطاقات دفع لأعضائها باسم المنظمة... حيث أصبح الأمر عاديا بالنسبة لهم في إصدار هذا النوع من البطاقات، و وصل الأمر لبعض فرق البيسبول. فأصبحت تقدم هذا النوع من البطاقات.[3]

وتقتضي أهلية المصدر أن لا يكون مفلسا وقت التعاقد وأن يتم التعاقد باسم الشخص المخول له إبرام العقود في المؤسسة[4]، حيث تنطبق عليه جميع أحكام الإفلاس والتسوية القضائية التي نص عليها المشرع، ففي حالة قيام المصدر بالتعاقد لإصدار بطاقة مصرفية في فترة الريبة فإن ثبوت الصفة التجارية للمصدر، كونه بنكا أو مؤسسة بنكية بشكل عام، تجعله خاضعا لأحكام المادتين 247 و 249 من القانون التجاري [5]، والمتعلقتين بعدم نفاذ التصرفات القانونية في فترة الريبة.

---

[1] الأمر رقم 01/03 مؤرخ في 26 أوت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/17 المؤرخ بتاريخ 2017/10/11، الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 52.

[2] عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 1.

[3] أنس العلبي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2005، ص 72.

[4] المرجع نفسه، ص 73

[5] الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005 جريدة رسمية عدد 11 صادر في 09 فيفري 2005.

2- أهلية الحامل.

يجب أن يكون حامل البطاقة متمتع بالأهلية الكاملة، أي الأهلية القانونية والتي حددها المشرع الجزائري ب 19 سنة كاملة، وخاليا من عوارض أو موانع الأهلية[1]، وذلك حسب أحكام المادة 78 من القانون المدني: "كل شخص أهل للتعاقد مالم تطرا على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

أ- أهلية حامل البطاقة الأساسية.

يمكن تعريف حامل البطاقة الأساسية بأنه: "الشخص الذي تعاقد مع البنك لإصدار البطاقة، وله حساب لدى البنك المصدر يقيد فيه جميع المبالغ الناشئة عن استخدام بطاقته الأساسية وبطاقته الإضافية إن وجدت."

ويتعين لتحديد الأهلية اللازمة في حامل البطاقة تحليل العلاقات الناشئة عن قيام البنك بتقديم البطاقة المصرفية لأحد عملائه، فإذا نظرنا للعلاقة بين البنك المصدر والحامل نجد أن حامل البطاقة تحصل على البطاقة نظير دفع مقابل مادي للبنك عبارة عن الاشتراك السنوي والعمولات والفوائد، كما يقوم البنك بالخصم من حساب الحامل بقيمة الفواتير التي وقع عليها جراء اقتنائه لسلعة أو الخدمة التي حصل عليها، وهذا من أجل الوفاء للتاجر بعد خصم العمولة المتفق عليها.

لذا ذهب غالبية الفقه إلى أنه يتعين أن يتوافر في حامل البطاقة أهلية أداء كاملة، فعند تطبيق القواعد العامة في الأهلية [2]، نخلص إلى أن تعاقد حامل البطاقة مع مصدرها يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لذا يجب أن تتوفر فيه أهلية أداء كاملة [3]، وكما تم الإشارة إليه فالحصول على البطاقة بحد ذاته يتطلب بدلا سنويا وفوائد تنقص أو تزيد

[1] المواد 40، 42 و 43 من القانون المدني الجزائري.

[2] عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، مرجع سابق، ص 183.

[3] خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه في الحقوق بعنوان:" نظام بطاقات الدفع الالكتروني من الناحية القانونية"، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2005- 2006، ص 76.

يفرضها البنك المصدر عند منح البطاقة، وعند القيام باستعمالها أو التأخر في الدفع قيمة هذا الاستعمال.[1]

ب- أهلية حامل البطاقة الإضافية أو التابعة.

البطاقة الإضافية هي البطاقة التي يتم إصدارها بناءا على طلب حامل البطاقة الأساسية الذي يكون مسؤولا عن جميع المبالغ المستحقة نتيجة استخدام بطاقته الأساسية و بطاقته الإضافية.

ويجب لإصدار تلك البطاقة أن يكون حامل البطاقة الأساسية كامل الأهلية نظرا لكونه يتحمل المبالغ الناشئة عن استخدامات تلك البطاقة، ولتحديد الأهلية اللازمة لحامل البطاقة الإضافية، يتعين تحليل العلاقة بين حامل تلك البطاقة والبنك المصدر و التمييز بين الحالتين:[2]

- **حامل البطاقة التابعة مسؤول عن استخدام بطاقته.**

حيث قد يتضمن عقد إصدار البطاقة التابعة للنص على مسؤولية حاملها وتسوية المبالغ الناشئة عن استخدام بطاقته بالتضامن مع حامل البطاقة الأساسية، بعد أن يكون البنك المصدر استوفى توقيع حامل البطاقة التابعة على عقد إصدار البطاقة وأن تتوفر لديه الأهلية الكاملة.

وإذا كان حامل البطاقة التابعة قاصرا فإن هذا الاتفاق يكون قابلا للإبطال لمصلحته، إلا أن هذا الإبطال لا يمنع البنك من الرجوع عليه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

- **حامل البطاقة التابعة غير مسؤول عن استخدامات بطاقته .**

في هذه الحالة يكفي أن يكون الحامل مميزا مدرك اً لكيفية استخدام البطاقة في الحصول على النقود أو السلع.

[1] عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، مرجع سابق، ص 184.

[2] خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 80.

ج- أهلية حامل البطاقة الصادرة بإسم شخص معنوي.

تتوقف الأهلية اللازمة في حامل هذه البطاقة على مدى مسؤوليته عن استخدامات البطاقة في مواجهة البنك المصدر، ونحيل في هذا الشأن إلى أهلية حامل البطاقة الإضافية، مع مراعاة أنه يجب أن يتوافر في حامل هذه البطاقة الأهلية اللازمة لإبرام عقد العمل. [1]

ثالثا: محل عقد الحامل.

المحل هو الشيء الذي يلتزم أحد الأطراف بتقديمه أو يلتزم بعمل أو الامتناع عن عمل، ويشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للوجود وأن يكون معيناً أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا.[2]

وينصب محل الالتزام في عقد الحامل على البطاقة نفسها، فيكون محل التزام المصدر هو وضع بطاقة مصرفية بين يدي الحامل ودفع أي مبلغ ناتج عن أي عملية يقوم بها الحامل بواسطة [3]البطاقة، ومحل التزام حامل البطاقة هو إيفاء المصدر للمبلغ الذي أنفقه بواسطة البطاقة وفائدة على قيمة هذه المبالغ مضاف إليه مبالغ اشتراك تدفع بشكل سنوي.[4]

رابعا: السبب في عقد الحامل.

السبب المنشئ للعقد أي الغاية المباشرة التي قصدها الملتزم من التزامه بكامل إرادته، والقانون اشترط أن يكون السبب مشروعا[5]، وهذا ما قضت به المادة 97 من القانون المدني

[1] خالد عبد التواب، المرجع السابق، ص 8.

[2] طاهر شوقي مؤمن، مرجع سابق، ص 46.

[3] أنس العلبي، مرجع سابق، ص 7.

[4] معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية لبطاقة الائتمان الالكترونية والمسؤولية المدنية الناشئة عنها، دار. النهضة العربية، مصر، ص 753.

[5] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 19.

الجزائري "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"، ويعد عقد الحامل من العقود الملزمة للجانبين وانطلاقا من هذا فإن لكل طرف في العقد سبب معين لالتزامه.

1- سبب التزام المصدر.

يكون السبب بالنسبة للمصدر في عقد الحامل سعيه لتحقيق الربح من خلال نشاطه وهذا هو باعثه الرئيسي للتعاقد، إذ أن قيامه بإصدار بطاقة مصرفية إلى أحد عملائه سيتبعه تقاضي عائدات لقاء ذلك يحدد مبلغها العقد وعادة ما تكون تلك العوائد سنوية، ناهيك عن الفائدة أو العمولة التي يتقاضاها على مجمل فواتير الحامل والتي تشكل رقما لا يستهان به، وفي حال كان هناك اتفاق على فائدة تتحقق في حال تأخر الحامل عن الدفع أو غرامة تستحق، فإن حصول المصدر على مبلغ تلك الفائدة أو الغرامة هو جزء من سبب تعاقده على إصدار بطاقة.

كما أن التوسع في إصدار البطاقات يولد للمصدر سواء كان مصرفا أم شركة متخصصة سمعة قد تصل إلى حد عالمي يجعل بطاقته مقبولة في أي مكان في العالم مما يدفع الجمهور للانضمام إلى المتعاملين معه وحمل بطاقته.[1]

2- سبب التزام الحامل.

أما بالنسبة للحامل فإن الباعث عن تعاقده يكمن في حصوله على البطاقة لتسهيل عمليات الشراء التي يقوم بها، وتجنبا لحمل النقود العادية أو حمل مبلغ كبير منها وما سيتبع ذلك من مخاطر كالسرقة والسطو...ألخ.

ولكن ما العمل إذا كان سبب تعاقد الحامل هو تسهيل دفع ديون القمار بواسطتها؟. وهل يستطيع المصدر التنصل من التزامه بالدفع بحجة عدم مشروعية العملية التي قام بها الحامل؟

[1] أنس العلبي، مرجع سابق، ص 77.

إن من المبادئ الثابتة في نظام التعامل ببطاقة الائتمان هو استقلال الحامل عن المصدر تبعا لاستقلال مضمون عقد الحامل عن مضمون كل من العقدين اللاحقين المكملين للثالوث الذي يحتاجه التعامل بالبطاقة لذلك فإنه من غير الممكن أن يحاسب المصدر حاملي بطاقته على مشروعية العمليات المنفذة بواسطة البطاقة، طالما أن عملية التزويد بالخدمات بحد ذاتها صحيحة.[1]

ويبقى موضوع الحصول على أداة ائتمانية لوفاء ديون القمار باعثا غير مشروع للتعاقد طبقا للنظام العام في بلادنا وهذه هي القاعدة العامة، ولكن التعامل قد فرض استثناءا بإخراجه الحصول على البطاقة لذلك الغرض من دائرة عدم الشرعية لذلك لابد من تلاقي هذه الثغرة عند سن تشريع ينظم البطاقة المصرفية في بلادنا.[2]

خامسا: التسليم.

قد لا يكفي ركن التراضي لانعقاد العقد، أو قد يقضي القانون حماية للمتعاقدين بأن العقد لا ينعقد إلا إذا تم تسليم الشيء المتعاقد عليه، وعندئذ يطلق على العقد على أنه عقد عيني فالتسليم في العقد العيني ركن من أركان العقد، وعقد الحامل محله بطاقة مصرفية حيث لا تسلم هذه البطاقة لطالبها إلا بعد فترة زمنية معينة فالمصدر يستغرق هذه الفترة حتى يقوم بطباعة اسم الحامل ورقم البطاقة وتاريخ انتهاء الصلاحية وتعريف الحاسوب والأجهزة الالكترونية عليها لإدخالها ضمن الوفاء بالبطاقة.[3]

وإزاء وجود فترة زمنية ما بين توقيع الحامل وتسليم البطاقة فهل يعتبر العقد منعقدا من تاريخ التوقيع أم من تاريخ تسليم البطاقة لحاملها؟ بمعنى أن التسليم ركن من أركان عقد الحامل وبالتالي فهو عقد عيني أم أنه التزام ينشأ عن العقد بعد أن يتم؟

---

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 21.

[2] أنس العلبي، المرجع السابق، ص 78.

[3] عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 284.

وفي هذا الشأن ورد في المادة الخامسة من التوصية الصادرة من اللجنة المصرفية للجماعة الأوروبية بتاريخ 1998/11/17 مايلي: " لا يمكن إرسال أية وسيلة للوفاء للمستهلك إلا إذا قام بطبعها ويعد العقد الذي يربط المصدر بالحامل منعقد عند استلام المستهلك الذي قدم الطلب وسيلة الوفاء نسخة من الشروط التعاقدية التي قبلها."

والقواعد المنظمة للبطاقات المصرفية لم ترد في النصوص القانونية، وإنما وردت كعرف تجاري مصرفي والعرف وباعتباره من مصادر القانون فإنه يتمتع بمكانة هامة في القانون التجاري، وبالأخص في مجال الأعمال المصرفية لأن بيئة ذلك القانون متطورة لا يقوى المشرع على ملاحقتها، لذلك نصت المادة 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري على أهمية العرف في حال عدم وجود نص وجعله في المرتبة الثالثة بعد القانون التجاري والقانون المدني.

سادسا : الشكلية في عقد الحامل

تعد الرضائية مبدأ أساسي في إبرام العقود، ذلك انه وبمجرد تطابق الإيجاب والقبول يتم إبرام العقد، ما لم يتطلب القانون شكلا معينا يتوجب إتباعه للإبرام فإن العقد يقوم صحيحا بمجرد تبادل رضا الطرفين.

والمشرع الجزائري وباعتباره لم ينظم عقد الحامل، وبالتالي لم ينص على وجوب إعداده في شكل معين، وعليه فيتم الرجوع إلى الأصل في إبرام العقود أي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين المصدر والبنك، غير انه لا يوجد ما يمنع من إعداده في شكل مكتوب لما توفره الكتابة من مزايا للمتعاقدين، حيث تمكنهم من اتخاذ قرارهم بإبرام العقد بروية وبتفكر في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، وتقيهم من التسرع والوقوع في الغلط، كما تضع بين أيديهم دليلا معدا للإثبات.[1]

[1] لخضر رفاف، المر جع السابق، ص ص 27-28

إلا انه يجب التنويه في هذا الصدد أن عقد الحامل عقد عيني، والعقد العيني في القانون الروماني عقد شكلي لا يكفي الرضا وحده لانعقاده وإنما يجب تسليم المحل، وعليه ففي عقد الحامل لابد من تسليم المصدر البطاقة للحامل لتمام قيام العقد.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد حامل البطاقة

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية حول تكييف العقد الذي يربط بين مصدر بطاقة الائتمان وحاملها، وسأحاول فيما يلي عرض أهم الآراء التي قيلت بشأن ذلك :

أولا : عقد القرض

يرى جانب من الفقه أن العلاقة التي تربط بين حامل البطاقة ومصدرها تقوم على فكرة" القرض"، حيث يتعاقد الطرفين على أساس أن يقدم مصدر بطاقة الائتمان لحاملها قرضا نقديا حسب الشروط التي ينص عليها العقد، ويوافق عليه الطرفين، إذ أن العرض في هذا العقد هو المبلغ الذي يقدمه مصدر البطاقة لحاملها والذي يمكنه من الحصولعلى احتياجاته في شكل قرض مفتوح حتى يبلغ نهايته، فإذا تم تسديده كاملا أومقسطا خلال مدة صلاحية البطاقة، منح حامل البطاقة قرضا جديدا[1]، أما في حالة مخالفة وتجاوز المقترض لغرض العقد، أن من حق المقرض فسخ العقد وطلب القرض فورا[2] .

ويقول الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، أن علاقة القرض القائمة بين مصدر البطاقة كمقرض وحاملها كمقترض تقتضي ألا يكون مصدر البطاقة مسئولا ولا ضامنا للبضاعة المعنية التي يشتريها الحامل من التاجر، ولا يكون مطالبا من قبل المقترض بإعادة القيمة إليه[3] .

---

[1] عبد الحميد اليعلي، بطاقة التعان العراقية، بحث مقدم إلى منع الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، من 10-12 مايو 2003، ص 730.

[2] ثناء احمد محمد المغربي، الوجهة القانونية لبطاقات الإنسان بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والالكترونية بين الشريعة والقانون، من 10-12 مايو 2013، غرفة صناعة وتجارة دبي، المجلد الثالث، ص 51.

[3] الصديق محمد الأمين الضرير، بطاقات الانسان بحث مقتع إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والالكترونية بين الشريعة والقانون، من 10-12 مايو 2013، غرفة صناعة وتجارة دبي، المجلد الثاني، ص 643.

كما أن القانون الإنجليزي للائتمان المستهلك رقم 75 الصادر في سنة 1974، ينظرالى هذا العقد على أنه عقد بين مقرض ومقترض، حيث ورد تحديد معنى اتفاقية صيغة القرض = اتفاقية إصدار البطاقة = في المادة الأولى من الفصل الرابع عشرة من القانون الإنجليزي بأنها اتفاقية عادية بقصد اشتراط قرض، بصيغة من صيغ القرض، في حدود الاتفاقيات العادية ضمن قانون قرض المستهلك رقم 75 الصادر في عام 1974، وبما أن القرض إما أن يكون قرضا جاريا أي يسحب منه المقترض كلما شاء حتى يبلغ المقدار المحدد، وإما أن يكون قرضا ثابتا وهو الذي يتسلمه المقترض دفعة واحدة أو على دفعات، لذلك فإن بطاقة الائتمان وفقا الأحكام القانون الإنجليزي تعد من هذا النوع الجاري من القروض، إذ يتفق الطرفان على الحد الأعلى للقرض يستفيد منه المقترض بواسطة البطاقة للحصول على احتياجاته وكذا السحب في حدود المبلغ المقرر .

ولكن المادة 75 من قانون إقراض المستهلك الأنجليزي، خالفت قاعدة عام ضمان وعلم مسؤولية البنك على البضاعة المعنية التي اشتراها التاجر وأكت عن مسؤولية مصدر البطاقة عن أبي نقص أو مخالفة تحدث من طرف التاجر استنادا على العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر، وأعطت هذه المادة للمقترض الحق في رفع الدعوى على الطرفين أبي البنك والتاجر الارتباطهما ببعض[1] .

إن اختيار العلاقة بين فصار البطاقة والحامل عقد قرض لا يخلو من الانتقادات، من بينها.

-أن عقد القرض ينشئ علاقة ثنائية الأطراف بين المقرض والمقترض، بينما التعامل - ببطاقات الائتمان له ثلاثة إطراف : المصدر - الحامل - التاجر، فيعد هذا قارقا جوهريا بين عقد القرض وعقد بطاقة الائتمان.

[1] عصام حنفي محمود موسي، الطليعة القانونية لبطاقات الإئتمان، بحث متقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية والالكترونية بين الشريعة والقانون، من 10-12 مايو 2003، غرفة صناعة وتجارة البي، المجلد الثاني، ص 915-916.

– يفترض لوجود القرض أن يقبض المقترض المال من المقرض مباشرة، بينما في بطاقة الائتمان يقوم مصدر البطاقة يدفع المال للتاجر عن الحامل، ولا يدفعه للحامل مباشرة، وهذا ما يختلف عن صورة القرض المتعارف عليها.

– أن مختلف الرسوم التي يتحصل عليها مصدر البطاقة مقابل إصداره للبطاقة، تخالف المقصد الشرعي من القرض باعتباره عقد إحسان، وكل قرض رب تفعا فهو ريان

ثانيا : عقد الوكالة

يرى البض أن العقد المبرم بين مصدر البطاقة والحامل ما هو إلا ضرب من ضروب الوكالة"، والوكالة من العقود المسماة، تناولها الشرع الجزائري في القانون المدني من المادة 571 إلى المادة 589، وعرفها كما يلي الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء بحساب الموكل وباسمه، وعليه فقد اعتبر البعض أن الجهة المصدرة تقوم بالوفاء بقيمة المشتريات الناتجة عن استخدام البطاقة كوكيل على الحاملا، وهذا ما يعني أن عملية استخدام البطاقة تمثل عقد وكالة، فيصل البنك الوكيل على أمر من الحامل بدفع مبلغ من النقود إلى التاجر ويلتزم بتنفيذ هذا الأمر، وتكون الجهة المصدرة مسئولة عن تنفيذ الوفاء على الحامل، ويبقى حامل البطاقة هو المدين الأصلي وما البنك إلا وكيل عنه في الوفاء[1] .

ولكن بالرغم من تأييد جانب كبير من الفقهاء لهذه الفكرة إلا أنها وجهت لها مجموعة من الانتقادات نذكرها فيما يلي :

–في عقد الوكالة، تكون العلاقة الأصلية بين الدائن والمدين ولاوجود لعلاقة أخرى بين وكيل المدين والدائن إلا من خلال المدين الموكل، فالدائن له ملين واحد هو المدين الموكل، فلا يستطيع مطالبة الوكيل مباشرة إلا بصفته وكيلا عن المدين، بينما في بطاقة الائتمان

[1] المواد 571–589، من الامر رقم: 75–58 المؤرخ في 26–09–1975، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07–05 المؤرخ في 13–05–2007، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 78.

ينشأ حق التاجر بمطالبة مصدر البطاقة مباشرة وبصفته الأصلية وليس كوكيل، فهنا مصدر البطاقة يلتزم أصالة في مواجهة التاجر وليس وكالة[1].

يشترط في عقد الوكالة أن يكون محل العقد موجودا حين إبرام العقد، بينما في بطاقة الائتمان لا يكون محل الوكالة وهو الدين موجودا عند إبرام العقد.

في الوكالة، ليس من التزامات الوكيل أن ينفع من ماله لأنه مفوض بدفع المال عن موكله من مال موكله، وهذا ما لا ينطيق مع بطاقة الائتمان حيث يطالب الوكيل الموكل بدفع المال بعد فترة زمنية من دفع الوكيل المال للتاجر. إن الوكالة تفرض على الوكيل أن يتمسك بكل الدفوع والعيوب التي يملكها الموكل في مواجهة الدائن، بينما في بطاقة الائتمان لا يجوز لمصدر البطاقة أن يثير في مواجهة التاجر بأي دفوع ناشئة عن أصل الالتزام بين التاجر وحامل البطاقة حيث أن البنك يبقى أجنبيا عن أي خلاف بثور بينهما.

الوكالة هي قابلة للرجوع فيها، فيمكن للموكل مثلا إصدار أمر للوكيل بعدم الوفاء، بينما في نظام بطاقة الائتمان لا نجد ذلك، فالأمر بالدفع الصادر من الحامل المصدر البطاقة غير قابل الرجوع فيه، إلا في حالات استثنائية، ولهذا ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار نظام بطاقة الأثمان وكله ذات طبيعة خاصة أو وكالة غير قابلة للنقض un mandat irrevocable

ثالثا : حوالة الدين

نظم المشرع الجزائري حوالة الدين في الدين من 251 إلى 257 من القانون المدني، وقد نصت المادة 251 على أن : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص أخر يتحمل عنه الدين " كما اشترطت المادة 252 أن يقر الدائن الحوالة حتى تكون نافذة.

كما اشترطت المادة 252 أن يقر الدائن الحوالة حتى تكون نافذة.

[1] فياض القضاة، الالتزامات الناتجة عن إستخدام بطاقة الائتمان دراسات، المجلد 26، علوم الشريعة والقانون، العدد 02، 1999، ص 402.

ويرى أصحاب هذا الرأي أن حامل البطاقة عندما يقوم بشراء سلعة أو تلقي خدمة من التاجر، فلن يدفع له أي مبلغ نقدي، وإنما يقدم له البطاقة ليأخذ التاجر البيانات المدونة عليها، ثم يحيل الحامل التاجر إلى مصدر البطاقة ليستوفي منه الدين[1]، ويمكن القول أن رضا التاجر بالحوالة يتمثل في قبوله للعقد المبرم بينه وبين مصدر البطاقة أو يستفاد ضمنيا بتوقيعه على الفواتير المرسلة إلى البنك[2] .

فيكون المستخدم البطاقة هو المحيل والتاجر و المحال له، ومصر البطاقة المحال عليه. والواقع أنه من الصعب القبول بما ذهب إليه أنصار هذا الرأي، نظرا لاختلاف ماهية الحوالة ما هو معمول به في الواقع العملي في مجال بطاقة الائتمان، وذلك للأسباب التالية :

–في الحوالة لا توجد علاقة مباشرة بين المحال عليه والمحال له، بل يكون رجوع هذا الأخير على السحال عليه بمقتضى عقد الحوالة فقط، بينما في بطاقة الائتمان فإن رجوع التاجر للدائن على مصدر البطاقة يكون على أساس علاقة مباشرة تتمثل في العقد المبرم بينهما، وذلك فالتزام البنك بصدر البطاقة في مواجهة التاجر هو التزام مباشر من الاتفاق بينهما وليس على أساس الحوالة.

– يستطيع المحال عليه التمسك اتجاه الدائن بكافة الدفوع التي كان المدين الأصلي التمسك بها[3]، وهذا الأثر القانوني لحوالة الذين يتناقض مع إحكام بطاقة الائتمان، إن البنك مصدر البطاقة لا يستطيع أن يتمسك بالدفوع المستمدة من علاقة التاجر مع حامل البطاقة.

– إن الحوالة تقتضي وجود اين مسبق في ذمة المحال عليه، أما في بطاقة الائتمان فلا يوجد دين للحامل = المحيل = في قمة المصدر = المحال عليه = فأمة المصدر ليست مشتغلة بدين حامل البطاقة، فلا تعد حوالة.

[1] إياد خطيب، المرجع السابق، ص 47.

[2] المرجع نفسه، ص 48.

[3] انظر المادة 256 من القانون المدني الجزائري.

– في بطاقة الائتمان، يقوم مصدر البطاقة باقتطاع نسبة معينة من الدين قبل سداده للتاجر، تتمثل في العمولة، وهذا ما يتعارض مع أحكام الحوالة حيث يستوجب دفع المبلغ كاملا دون نقص، فنصت المادة 254/1 من القانون المدني يحال الدين بكامل ضماناته.

– في الحوالة تبرأ ذمة المحيل اتجاه المحال له إذا وفي المحال عليه بالدين، بينما في بطاقة الائتمان فان رأي أغلبية الفقهاء أن ذمة الحامل لا تبرأ بمجرد توقيعه على الفواتير أو بالتوقيع الإلكتروني.

ولمدة محدودة أو غير محددة؟، وهذا نفسه ما ذهب إليه الفقه الفرنسي والقانون الفرنسي رقم 22 الصادر في 10 يناير 1978، واشترطت المادة التاسعة منه بان يحاد في عقد فتح الاعتماد قسمة الأموال والخدمات التي يمولها هذا الاعتماد .

كما أن محكمة النقض الفرنسية أيدت هذا الاتجاه في احد احكامها، وقضت بتكييف العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها على أنه عقد اعتماد يتضمن وعدا بالقر.[1]

–من خلال ما سبق يتبين أن عقد فتح الاعتماد يتطابق تماما مع عقد الحامل البطاقة الائتمان، حيث يتعهد مصدر البطاقة بان يضع تحت تصرف الحامل أداة من أدوات الائتمان وهي بطاقة الائتمان في حدود مبلغ معين مسموح به.

المطلب الثاني: زمان ومكان انعقاد عقد الحامل ومضمونه.

لا يكفي لانعقاد عقد الحامل توافر أركانه، بل لابد أيضا من توافر شروط معينة حددها الفقهاء لتمام قيام هذا العقد، كما أنه تثار بعض إشكاليات حول تحديد ومكان إبرامه وكذا الشكلية الواجب توافرها فيه.

[1] عصام حنفي محمود موسى، الطبعة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية والالكترونية بين الشريعة والقانون، 10–12ماي 2003، غرفة صناعة وتجارة دبي، المجلد 02، ص 919.

الفرع الاول: شروط انعقاد العقد.

وضع الفقه والقضاء العديد من الشروط والضوابط التي يستدل بها على انعقاد عقد الحامل والتي تتمثل في[1]:

1- قبول الإيجاب السابق بواسطة المصدر.

القبول هو العمل الذي تعبر به الجهة المصدرة عن إرادتها في إبرام عقد الائتمان المقترح من طالب البطاقة، حيث إذا ما وجد المصدر إيجابا يلائمه فيجب عليه إعلام الطالب بقبوله لإيجابه، وذلك بإرسال نسخة من هذا الإيجاب (المحدد بنماذج) بعد التوقيع عليه بما يفيد القبول، وذلك برسالة موصى عليها.

كما يمكن للمصدر تسليم الإيجاب مباشرة للطالب أو لوكيله الذي يدون على هذا الإيجاب تاريخ التسليم، وتعد الشكلية الخاصة بإرسال الإيجاب لا مفر منها لتحديد التاريخ و الذي تم فيه قبول الإيجاب.[2]

2- موافقة المصدر على شخص الحامل.

إن عدم وجود نصوص قانونية فيما يخص تقديم البطاقات، يجعل البنك لا يلتزم بتقديم بطاقات بنكية لكل زبائنه الذين يقومون بطلب ذلك، لان كل ذلك يرتكز على الأمان، فموافقة المصدر على شخص الحامل تحكمها عدة ضوابط تتعلق بوجود ضمانات كافية شخصية أو عينية والتي تتناسب مع الحد المصرح به لاستعمال البطاقة، و أنه عند قيام المصدر بدراسة ملف طالب البطاقة المصرفية والتحقق من مدى توفر شروط منح البطاقة يقوم بالموافقة على منح الائتمان لشخص الحامل.[3]

---

[1] سيد حسن عبد الله، مقال بعنوان:" المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الالكتروني"، مؤتمر الأعمال المصرفية، الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003، ص 1249.

[2] عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 287.

[3] عقيل مجيد كاظم الحمادي، مقال بعنوان:" التنظيم القانوني لبطاقات الائتمان" منشور بمجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني السنة الثالثة 2011، ص 17.

كما تجدر الإشارة إلى أن ملكية البطاقة تكون للبنك المصدر لها، مما يمكنه من سحبها من حاملها في أي وقت أو رفض تجديدها و هذا حسب ما هو وارد في بنود العقد، ويشترط العقد أو الاتفاقية عادة أن يكون الرفض مسببا.

3- عدم ممارسة طالب البطاقة المصرفية لحقه في العدول.

إن الحق في العدول في التعاقد هو إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدتها. قوانين الاستهلاك، بغية توفير الحماية اللازمة و الفعالة للمستهلك[1]، والمشرع الجزائري لم يقرر حق المستهلك في العدول بمعناه القانوني، لكنه أجاز له أن يمارس حقه في رد المنتوج في حالة وجود عيب فيه دون تحمل أعباء إضافية. [2]

أما على صعيد النظم القانونية الأخرى نجد أن القانون الفرنسي الخاص بحماية المستهلك قد اقر بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي قبلها، و هذا في مهلة 7 أيام، كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه للمنتوج دون أن يكون ملزما بتقديم أي أسباب لهذا الانسحاب[3]، وبدوره فالبرلمان الأوروبي منح المستهلك للخدمات المالية الحق في إنهاء العقد بعد إبرامه دون أن يتم فرض جزاءات من قبل مقدم الخدمة المالية أو يكون ملزما بتقديم أي أسباب قانونية لهذا الإنهاء، على أن يكون هذا الانسحاب خلال 14 يوما من تاريخ إتمام التعاقد (بإخطار البنك عن نيته في الانسحاب من العقد) و انه لم يتم تنفيذ الالتزامات العقدية.

و هنا يثار تساؤل هل أن للمصدر أن يستفيد من هذه الأحكام و يقوم بإنهاء العقد المصرفي بعد انعقاده؟[4]

---

[1] منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلم، مقال بعنوان ":العدول عن التعاقد الالكتروني"، منشور بمجلة المحقق. الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني السنة الرابعة، ص54 .

[2] عبد الصمد حوالف، مقال بعنوان:" الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية"، منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية عدد، 15 /01/ 2016، 15، ص 127.

[3] سيد حسن عبد الله، مرجع سابق، ص 125.

[4] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 25.

الواضح من صياغة التوجيه أنها جاءت لتخاطب العميل أو المستهلك كشكل من أشكال حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي لا يمكن معه القول باستفادة المصدر من هذا النص و إعطاءه الحق في إنهاء العقد المصرفي بعد إبرامه، ويبرر ذلك أن الحاجة لإعطاء البنك مثل هذه المكنة لا تبدو ملحة، فطبيعة العقد تسمح له أن لا يقبل التعاقد إلا بعد أن يستوثق جيدا من شخصية المتعاقد معه، يضاف إلى ذلك أن البنك غالبا ما ينص في العقود التي تحكم علاقته بعملائه على حقه في إنهاء العقد بإرادته المنفردة.[1]

و على ذلك فإذا لم يستعمل طالب البطاقة لإمكانية العدول و صدر عن المصدر موافقته على شخص الحامل انعقد العقد، أما إذا مارس حقه في العدول فان العقد لا يعد باطلا و إنما منعدم و لا يحدث أي اثر.[2]

الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد عقد الحامل.

ينعقد العقد عندما يقترن الإيجاب بالقبول، ويتم هذا التصرف في الزمان والمكان الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، ونظرا لعدم تطرق التشريعات لمسألة انعقاد عقد الحامل وبالخصوص عدم تطرق المشرع الجزائري إليها، نعود فيما يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد إلى القواعد العامة في القانون المدني.

1- زمان انعقاد العقد.

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني [3]، والتي تقتضي أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، أي انعقاد العقد في اللحظة التي يعلم بها الموجب بقبول الموجب إليه، ونفس الأمر نجده في التعاقد الالكتروني بحيث ينعقد العقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على بريده

[1] علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 389.

[2] عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 545.

[3] حيث تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

الالكتروني واطلاعه على مضمون الرسالة المتضمنة للقبول، والأصل أن تمام انعقاد العقد يكون في اللحظة التي تلتقي فيها الإرادتان- إرادة الموجب وإرادة القابل- ومن ثمة لا تظهر صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد عندما يتم بين شخصين حاضرين في مكان واحد، والغالب في عقود الحامل أنها تتم عن طريق ملئ الطالب لنموذج معد سابقا يكيف على أنه إيجاب صادر منه إلى البنك الذي يقوم بدراسة الطلب وبعدها يصدر قراره بخصوص ذلك.

وعليه فالقبول لا يكون حالا في مجلس العقد وإنما يتأجل لمدة معينة [1]، إذا فينعقد عقد الحامل في اللحظة التي يعلم بها طالب البطاقة المصرفية بقبول المصدر التعاقد وإصدار بطاقة خاصة به وتسليمها له.

2- مكان انعقاد العقد.

إن لتحديد مكان انعقاد العقد أهمية كبيرة، فعليه ينبني تعيين المحكمة المختصة بالنظر في النزاع [2]، ولا تثور الصعوبة بالنسبة للتعاقد بين حاضرين، حيث يصدر التعبير الإرادي ويعلم به كل طرف في نفس الوقت، فيتم العقد في مكان الاجتماع.

أما بالنسبة للتعاقد بين غائبين وهو ما ينطبق على عقد الحامل، فتنص المادة 67 من القانون المدني على أنه: "يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

أما إذا تم إبرام عقد الحامل عبر الانترنت، فتثور إشكالية تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني، وذلكراجع إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الالكترونية ومكان استسلامهما، فكلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد، وهو ما تنص المادة 18 المعدلة من القانون المدني على 3 ضوابط أحدها أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين وآخران

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية 2011، ص 101

[2] أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (المصادر الإرادية و غير الإرادية للالتزام)، بدون ناشر، 2008، ص 31.

احتياطيان هما: قانون الوطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون إبرام العقد، واختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين عبر شبكة "الويب" كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الالكتروني.

المبحث الثاني: الخصائص القانونية لعقد الحامل.

يتميز عقد الحامل بعدة خصائص كغيره من العقود منها العامة فهو عقد رضائي، عقد زمني، عقد معاوضة، عقد غير مسمى، عقد اذعان وعقد ملزم لجانبين، كما ينفرد بمجموعة من الخصائص الخاصة تميزه عن غيره من العقود فهو عقد قائم على الاعتبار الشخصي، وهو عقد غير لازم، من العقود الواردة على الخدمات، كما انه عقد نموذجي. [1]

ونظرا لارتباط هذه الخصائص بطرفي العلاقة التعاقدية فإنها تؤثر بصفة مباشرة على أسباب انقضائه فمصير كل عقد هو الزوال وليس الديمومة، سواءا كانت أسباب عامة تتمثل في نهاية مدة العقد، فقدان الأهلية، الإفلاس، موت حامل البطاقة، أو أسباب خاصة كفسخ العقد من جانب المصدر، فسخ العقد من جانب الحامل.

وهو ما يدفعنا لتقسيم المبحث الثاني إلى مطلبين: المطلب الأول نتطرق فيه لخصائص عقد الحامل، أما أسباب انقضائه فتكون بالمطلب الثاني.

المطلب الأول: خصائص عقد الحامل.

الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الحامل.

سنعالج في هذا الفرع الخصائص العامة لعقد الحامل والتي يتقاطع فيها مع العقود الواردة في القانون المدني:

أولا: عقد رضائي.

نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، أي يكفي لانعقاد عقد الحامل تراضي المتعاقدين –البنك والعميل، أي اقتران الإيجاب الصادر من العميل الراغب في الحصول على البطاقة بالقبول من البنك، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، ولا يمنع العقد أن يكون

[1] سعد محمد سعد، مقال بعنوان:" المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر"، مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثاني، 2003، ص 802.

رضائيا أن يشترط في إثباته شكل معين، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فمادام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي [1]، وعليه فيكفي رضا كل من المصدر والحامل لانعقاد عقد الحامل وهو الأصل في انعقاد العقود.

ثانيا: عقد غير مسمى.

عقد الحامل هو عقد غير مسمى، فالعقد الغير مسمى هو الذي لم يتناول القانون تنظيمه ولا وضع اسم خاص له، فالعقد المسمى تطبق عليه الأحكام الخاصة به التي أوردها القانون بشأنه، أما العقد غير المسمى فتطبق عليه القواعد العامة.[2]

ويسمى عقد الحامل بهذا الاسم لأن العقد لا يمكن أن يكون قائم بشكل كامل بين طرفيه، مرتبا لجميع أثاره إذا لم ينتهي بتسليم البطاقة للعميل إي إذا لم يصبح العميل حاملا للبطاقة الصادرة من البنك الذي تعاقد العميل معه، كما أن هناك جانب من الفقه يصطلح عليه تسمية عقد الانضمام لأن الحامل ينضم إلى نظام البطاقة الذي يصدر عن الهيئة الدولية أو عن المصرف أو المؤسسة المالية المصدرة للبطاقة [3]، إلا أن الراجح أن تسمية عقد الحامل هي الأنسب على اعتبار خلو التشريع الجزائري من قواعد قانونية خاصة تنظمه.

ثالثا: عقد ملزم لجانبين.

يتميز عقد الحامل بأنه عقد ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فالأساس في العقد الملزم بجانبين هو ذلك التقابل القائم بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر بحيث يولد آثار تبادلية بحق أطراف العقد من حيث الحقوق والواجبات.[4]

وجاء في المادة 57 من القانون المدني الجزائري "ويكون العقد تبادليا من التزام أحد الطرفين بمنع أو فعل شيء، يعتبر معادلا لما يمنع أو يفعل له."

---

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 150

[2] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 05، 2003، ص 24.

[3] شبيب بن ناصر البوسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، مركز الغندور، مصر، 2009، ص 6.

[4] عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 15.

فعقد الحامل هو من العقود الملزمة لجانبين بحيث أنه يرتب التزامات متبادلة بين المصدر والحامل، فيرتب في ذمة مصدر حامل البطاقة التزامات أساسية تتمثل في ضمان الوفاء للتاجر بقيمة المشتريات الذي نفذها حامل البطاقة وفتح اعتماد لمصلحته، في مقابل التزام حامل البطاقة بالاستخدام الشخصي لها وسداد قيمة الاعتماد الممنوح له من جانب المصدر.[1]

رابعا: عقد زمني.

هو العقد الذي يعتبر الزمن معيارا لتنفيذ التزاماته وعنصرا جوهريا فيه [2]، فعقد الحامل هو عقد زمني لأن الزمن هو عنصر أساسي فيه فلا يتصور أن يكون عقد الحامل فوريا، ولا يستطيع إن يكون كذلك، لأن مناط عقد الحامل هو الاستفادة من البطاقات المصرفية طيلة المدة المتفق عليها في العقد.

خامسا:عقد معاوضة.

هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه [3]، و نصت المادة 58 من القانون المدني على أن" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"، فعقد الحامل وفقا لما سبق هو من عقود المعاوضة إذ أنه يخول للحامل الاستفادة من الخدمات و الامتيازات التي توفرها له البطاقة، في المقابل القيام بدفع الرسوم و الاشتراكات المقررة لاستخدام البطاقة.

سادسا: عقد إذعان.

يمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة عامة ومجردة قبل الفترة التعاقدية، على أن يتكفل بهذا التحديد طرفا واحدا في العقد دون

[1] فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، 8/1998 1999، ص 159.

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 18.

[3] عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 162.

الطرف الثاني الذي لا يكون له سوى القبول أو الرفض [1]، هذا وغيرت المبادئ القانونية المعاصرة من مفهوم عقود الإذعان، فالمبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد عقد إذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، وأن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك وأن تفرض شروط العقد على المستهلك دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها.

فلم يعد هذا العقد اليوم محصور في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا لسلعة أو خدمة ضرورية، وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، وليتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف.

وما يفرق عقد الإذعان عن العقود الأخرى هو عدم وجود مساومة بين طرفي العقد أو من الغير، بل أن تحديد محتوى العقد أو مضمونه كان بإرادة جهة واحدة، وهذه الإرادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام إرادة أخرى كي تعطي فعالية قانونية إلى تلك الإرادة المنفردة [2]، ويقدم العقد المبرم بين مصدر البطاقة المصرفية وحاملها في شكل نموذج لطلب البطاقة ويصطلح عليه بعقد إذعان [3]، حيث لا يكون لطالب البطاقة وهو الطرف الضعيف[4] فرصة لمناقشة البنود التي يتضمنها هذا النموذج المطبوع من طرف البنك وهو الطرف القوي.

---

[1] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 124.

[2] محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 25.

[3] فايز نعيم رضوان، مرجع سابق، ص 158.

[4] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 32.

سابعا: عقد مختلط.

ترى غالبية الفقه أن معيار إسباغ الصفة التجارية على العقد إنما يستمد من نظرية الأعمال التجارية، فالعقد يعتبر تجاريا متى اندرج في عداد الأعمال التجارية، وهذا يعني بعبارة أخرى أن العقد يعد تجاريا متى كان موضوعه عملا من الأعمال التجارية الأصلية، أو كان القائم به تاجرا لحاجات تجا رته، ومن المعروف أن جميع أعمال التجار تعتبر وفقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية تجارية إلى أن يقوم الدليل العكسي.[1]

والمشرع الجزائري بنص المادة 13/2 من القانون التجاري اعتبر أعمال البنوك أعمال تجارية "كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة، وعليه وباعتبارأن أحد أطراف عقد الحامل بنك فيكون العقد تجاريا في كل الأحوال بالنسبة للمصدر، أما الحامل فتحديد مسألة تجارية العقد بالنسبة له تكون بأعمال نظرية الأعمال التجارية، ففي عقد الحامل نكون أمام الطرف الأول – البنك – و يعد تاجرا في كل الأحوال وفقا لما سبق، والطرف الثاني –الحامل– قد يكون شخص طبيعي يخضع للقانون المدني– وهو الغالب– أو يكون تاجرا ويستعمل هذه البطاقة في اقتناء حاجاته اليومية التي ليس لها علاقة بتجارته ويعد العقد في هذه الحالة بالنسبة له مدنيا، وقد يكون هذا الطرف الثاني تاجرا يستعمل البطاقة في مجال تجارته وبالتالي نكون أمام عقدا تجاريا بالنسبة لكلا الطرفين.[2]

الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد الحامل.

وسنحاول في هذا الفرع التعرض إلى خصائص عقد الحامل المتعلقة به باعتباره عقد من العقود المصرفية:

---

[1] محمد حسين الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك، جامعة الملك سعود للنشر العلمي والمطابع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 1997، ص 4.

[2] عبد الراضي محمود كيلاني، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان، مرجع سابق، ص 1.

أولا: عقد قائم على الاعتبار الشخصي.

يعد عقد الحامل من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، بحيث أن هناك اعتبارات متعلقة بشخص العميل والتي تدفع البنك إلى التعاقد معه ومنحه الاعتماد أي الثقة فيه، وهذا ما يبرر قيام الجهة المصدرة بالاستعلام عن حالة العميل قبل أن تضع ثقتها فيه، وللجهة المصدرة أن ترفض التعاقد مع الشخص الذي يتقدم بطلب إصدار البطاقة إذا لم تتوفر فيه عناصر الثقة المطلوبة، ويترتب على مبدأ الاعتبار الشخصي أن للجهة المصدرة حق إلغاء البطاقة بإرادتها المنفردة قبل حلول أجل الاعتماد أو عدم تجديد الاعتماد لفترات لاحقة، إذا حدث ما يخل بثقة بالعميل كفقدانه الأهلية أو إفلاسه أو تدهور مركزه المالي.

ثانيا: عقد الحامل عقد غير لازم.

يعرف العقد اللازم بأنه العقد الذي لا يمكن لأحد طرفيه أن يقوم بفسخه دون رضا الطرف الثاني، وبمفهوم المخالفة يكون العقد غير اللازم هو العقد الذي يمكن لأحد أطرافه أن يفسخه دون الحاجة إلى رضا الطرف الثاني في العقد [1]، وعليه فالسمة الأبرز في عقد الحامل أنه يرخص للمصدر – البنك– بخيار الرجوع في تعاقده وفسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر (حامل البطاقة).[2]

فنجد أن البنك يضع بندا من بنود العقد– في عقد الحامل– يمنحه الحق في إلغاء صلاحية البطاقة في أي وقت وبصفة دائمة، في حالة عدم التزام حاملها بتنفيذ شروط الإصدار وهو ما يعد إنهاء للعلاقة بينهما، وبالتالي فسخ العقد الذي يجمعهما دون الحاجة إلى قبول أو موافقة من الحامل.

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم– دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية–، جامعة الكويت، بدون ناشر، طبعة 1994، ص7.

[2] نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد، دار القلم، سوريا، الطبعة الأولى، 2001، ص 164.

ثالثا: عقد من العقود الواردة على الخدمات.

يعد عقد الحامل من العقود الواردة على تقديم الخدمات، فالبطاقة هي عبارة عن خدمة مصرفية تقدم لقاء دفع الحامل لرسوم اشتراك قد يكون سنويا أو لمدة محددة في العقد، وتكمن الخدمة هنا في تمكين حامل البطاقة من القيام بعمليات السحب أو الدفع، وإذا كانت البطاقة المصرفية عبارة عن بطاقة ائتمان فيمنح البنك المصدر للعميل سقفا ائتمانيا يمكنه من القيام بعمليات مختلفة كشراء منتجات أو دفع قيمة خدمات، وأيضا إمكانية السحب النقدي منه حتى ولو لم يكن رصيده عامرا. [1]

رابعا: عقد الحامل من العقود النموذجية.

يعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن: "مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد وقد اعتبر البعض أن العقود النموذجية من قبل عقود الإذعان، إلا أن هذه العقود تكاد تطيح بحرية الطرف الذي ينضم إليها في التعبير عن إرادته في التفاوض، فالمعروف أن هذه العقود لا تنشر و لا توزع على الطرف الراغب بالانضمام، بل يفاجئ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد بما لا يتيح له فرصة الاطلاع عليها والتعرف على شروطها.

ويعد عقد الحامل من العقود النموذجية لأن العرف المصرفي جرى على قيام البنوك بإعداد عقود الحامل في نسخ معدة مسبقا تحتوي على الشروط العامة لانعقاد العقد واستخدام البطاقة والتزام الحامل وحقوقه، ويلتزم المصدر من وقت تقديمه للعرض على تزويد كل طالب للحصول على البطاقة بصور من هذا العرض والذي يجب أن يتضمن عدة

[1] سعد محمد سعد، المرجع السابق، ص 806.

بيانات إلزامية، منها الإشارة إلى بعض النصوص القانونية التي تمنح الطالب مهلة تروي، ويتم كتابة هذا العرض على نموذج من النماذج التي اعتادت البنوك على إصدارها.[1]

وقد تم توحيد هذا النموذج في فرنسا، في حين تتقارب النماذج المستخدمة في البلاد الأخرى، وهذه العقود تنتقص من حرية العملاء في مناقشة شروطها أو التعديل فيها، إذ أصبحت شروط العقود مفروضة على العميل ولم يعد أمامه سوى قبول هذه الشروط برمتها أو رفضها برمتها دون مناقشته، وينعقد هذا العقد شأنه شأن أي عقد آخر بتراضي طرفيه، طالب البطاقة ومصدرها.[2]

المطلب الثاني: اسباب انقضاء عقد الحامل

إن الالتزام لا ينشأ ليدوم أبدا، فمصيره هو الانقضاء حتميا لسبب من الأسباب [3]وباعتبار أن العقد مصدر من مصادر الالتزام فالطريق الطبيعي له بعد تنفيذ كل طرف الالتزامات التي رتبها العقد عليه وفقا لما تم الإتفاق عليه هو الانقضاء، وهو ما سنحاول عرضه في الآتي:

الفرع الأول: الأسباب العامة لا نقضاء عقد الحامل

نتطرق في هذا الفرع إلى بيان أسباب انقضاء عقد الحامل التي ليس لها علاقة بالوفاء بالتزامات العقد.

أولا: الحالات القانونية لإنهاء العقد.

يمكن القول أن هذه الحالات هي إعمال للقواعد العامة التي تحكم العقد وهي:

[1] نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص 2.

[2] خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 92.

[3] سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام و الإثبات، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009، ص 369.

1- نهاية مدة العقد.

ينتهي عقد الحامل بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد، وعادة ما تكون تلك المدة سنة واحدة غالبا كقاعدة عامة، ويتم التجديد تلقائيا، إلا إذا صرح حامل البطاقة عن رغبته في عدم التجديد، ويكون ذلك من حق الحامل، ولكن يشترط في ذلك أن يصرح عن رغبته هذه قبل موعد انتهاء العقد بمدة معينة، أي قبل الموعد المحدد لانتهاء مدة العقد، أما إذا لم يرغب الحامل بتجديد العقد ولم يقم لإعلام الجهة المصدرة بهذه الرغبة خلال المدة المتفق. عليها في العقد، فالحامل يتحمل كافة مصاريف إصدار البطاقة من جديد[1]

كما تجدر الإشارة أنه يمكن إنهاء العقد قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين طالما أنه محدد المدة [2]، استنادا إلى المبدأ المتبع الذي يحكم العقود الوارد في المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين."

2- فقدان الأهلية.

إن فقدان الحامل لأهليته يعد سبب اً من أسباب انقضاء عقد الحامل، وإذا تبين من فقدان الحامل لأهليته يقوم البنك المصدر بإلغاء البطاقة فور صدور قرار الحجر على الحامل أو حل الشخص الاعتباري المتعاقد على البطاقة [3]، لأنه وكما قلنا سابقا أن هذا العقد قائم على الاعتبار الشخصي لحامل البطاقة، فإذا طرا عليه أي حادث من شأنه أن يفقد ثقة الجهة المصدرة شخصية الحامل وجدارته بالائتمان، فإن من حقها حينئذ بأن تقوم بإنهاء العقد وسحب البطاقة.[4]

[1] انس العلبي، مرجع سابق، ص 9.

[2] صليحة مرباح، مرجع سابق، ص 73.

[3] عبد الصمد حوالف، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، مرجع سابق، ص 200.

[4] عذبة سامي حميد الجادر، العلاقات التعاقدية المنبثقة عن إستخدام بطاقة الائتمان، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، الاردن، 2008، ص 230

كما أن زوال الشخصية المعنوية للبنك (غلق البنك و حله، سحب رخصة ممارسة النشاط منه...) يستتبع بالضرورة فقدانه لأهليته، و بالتالي عدم قدرته لإبرام التصرفات القانونية الأمر الذي يؤدي إلى انقضاء التصرفات والالتزامات التي ابرمها ومن بينها عقد الحامل.

3- الإفلاس.

اذا كان عقد الحامل من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والتي تكون فيه لشخصية المتعاقدين أهمية بالغة في قيامه واستمراره، فإن إفلاس أحد المتعاقدين يؤدي إلى انقضاء العقد الذي يجمع بينهما، و بالمحصلة تعتبر البطاقة ملغاة حكما، وذلك سواء كان الإفلاس من جانب الحامل أو البنك المصدر للبطاقة.[1].

4- موت حامل البطاقة.

إن البطاقة وسيلة دفع شخصية، لا يمكن أن تؤول إلى الخلف العام أو الخاص، أي لا يمكن أن تؤول البطاقة إلى ورثة حاملها، ويؤدي وفاة الحامل إلى انتهاء عقد الحامل بشكل تلقائي لأنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، ويبقى للمصدر حق شخصي في استيفاء ديونه التي أجراها الحامل قبل الوفاة من تركته.[2].

ثانيا: حق الرجوع في العقد الالكتروني.

إذا تم إبرام عقد الحامل عبر الانترنت فإنه يجوز الرجوع فيه وفسخه بتوفر الحالات التالية:

1- خطأ يتعلق بموضوع العقد الالكتروني.

ويكون ذلك عندما يوقع العقد على شيء لم يتفق عليه أو لم يقصد من قبل المتعاقدين، . ولم يطلعا على الخطأ إلا بعد أن أبرما العقد.[3]

---

[1] انس العلبي، مرجع سابق، ص 91.

[2] المرجع نفسه، ص 92.

[3] احمد أمداح، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في الفقه و أصوله بعنوان:" التجارة الالكترونية من منظور الفقه. الإسلامي"، كلية العلوم الاجتماعية و الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 1.

2- خطأ يتعلق بصفات محل العقد.

كأن يتعاقد المصدر والحامل في العقد على إصدار بطاقة ائتمان، إلا أن الجهة المصدرة تقوم بإصدار بطاقة دفع فهنا صفات بطاقة الدفع لا تتطابق مع صفات بطاقة الائتمان، و عليه يمكن للحامل فسخ العقد على أساس وجود خطأ في صفات محل العقد.[1]

3- خطأ يتعلق بالثمن أو القيمة (السقف الائتماني).

تلتزم الجهة المصدرة بوضع مبلغ من المال تحت تصرف الحامل (السقف الائتماني).

يتم الاتفاق عليه ليتمكن من الإيفاء بالتزاماته ودفع قيمة المشتريات، وكما تمت الإشارة إليه فحدود قيمة السقف الائتماني يتم تحديدها مسبقا من طرف البنك، نظرا للقدرات المالية الاعتبارات الشخصية للحامل، وإذا أخل المصدر عن وضع قيمة تساوي السقف الائتماني المتفق عليه فيحق للحامل فسخ العقد.

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لا نقضاء عقد الحامل.

نعالج في هذا الفرع أسباب انقضاء عقد الحامل لكلا المتعاقدين نتيجة الإخلال بالالتزامات العقدية التي يرتبها هذا العقد، حيث الانقضاء يكون جزاءا لتخلف عن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد.

أولا: فسخ العقد من جانب المصدر.

يملك مصدر البطاقة الحق في إنهاء العقد في أي وقت، وحق ملكية البطاقة وإعادتها في أي وقت يريد، وخصوصا بتوفر إحدى الحالات التالية:

1- عدم تسديد مبلغ الفاتورة المدفوعة من الجهة المصدرة.

يمكن للجهة المصدرة للبطاقة فسخ في أي وقت، خاصة إذا طرا حادث أخل بالثقة، وعدم تسديد مبلغ الفاتورة المدفوعة من الجهة المصدرة يعد سببا وجيها لفسخ العقد من طرف المصدر، ويؤدي أيضا إلى سحب البطاقة من الحامل، وما تجدر الإشارة إليه، أنه في حال

[1] احمد أمداح، المرجع نفسه، ص 186.

فسخ العقد فإن ذلك يؤثر على حقوق الغير أي التجار الموردين، لأن المصرف يضمن للتجار مبلغ المشتريات والخدمات التي تحصل عليها الحامل قبل الفسخ حتى إذا استعمل الحامل البطاقة بعد فسخ العقد وقبلها التجار دون علمهم، فيبقى البنك ضامنا لهم بالوفاء.

وإذا حدث واعترض العميل على كشوف الحسابات المرسلة إليه من البنك مصدر البطاقة يتم إخطار الإدارة العامة للبطاقة بصورة من هذه الاعتراضات، لتقوم بعملية الفحص والاستعلام عن تفاصيل العملية محل الاعتراض، ويتحمل العميل مصاريف إعادة الفحص إذا أثبت عدم صحة الاعتراض.[1]

2- تعمد العميل استخدام البطاقة بأكثر من السقف الائتماني المقرر.

عادة ما يضع المصدرون بندا تحسبا لكل حدث يخل بالثقة من قبل الحامل، ومن بين هذه البنود تجاوز الحامل للسقف الائتماني عدة مرات، وهذا يفسح المجال أمام المصدر. لسحب البطاقة ووضع حد للعقد.[2]

3- عدم قبول الحامل للتعديلات الطارئة على العقد.

يمكن للبنك المصدر للبطاقة إجراء تعديلات طارئة على العقد إما بطلب من العميل و إما بناء على رغبته الخاصة، وفي حال رفض الحامل لهذا التعديل فإن البنك المصدر له الحق في إيقاف سحب البطاقة من الحامل وهذا ما يستلزم فسخ العقد.[3]

4- إعطاء العميل لمعلومات خاطئة عن وضعه المالي.

يحق للجهة المصدرة فسخ عقد الحامل إذا تبين لها بعد منحها البطاقة للحامل واستخدامه لها، عدم صحة المعلومات المتعلقة بوضعيته المالية التي صرح بها في نموذج العقد المودع لديها للحصول على البطاقة.[4]

---

[1] سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة، 2005، ص 563.

[2] انس العلبي، مرجع سابق، ص 92.

[3] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 563.

[4] خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، مرجع سابق، ص 139.

ثانيا: فسخ العقد من جانب الحامل.

من حق حامل البطاقة في أي وقت وبدون إخطار أن ينهي هذا الاتفاق فيما يتعلق باستعمال البطاقة، وبغير أن يؤثر ذلك على التزامه بخصوص أية معاملة قبل الانتهاء، ويكون ذلك عن طريق تسليم بطاقته للبنك، ويستطيع حامل البطاقة فسخ عقد الحامل في أي وقت، كما تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد التزام على حامل البطاقة باستخدامها، فإذا اختار عدم الاستخدام يكون العقد منتهيا من الناحية العملية.[1]

[1] خالد عبد التواب عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص 139.

خلاصة الفصل الاول:

من خلال كل ما تقدم يمكن القول بان عقد الحامل هو عقد اذعان تجاري كون احد الطرفين تاجر حتما، غير مسمى، محدود الاجل، ملزم لجانبين، يقوم بموجبه المصدر بوضع وسيلة دفع بين يدي الحامل، ويتعهد بشكل قطعي بدفع كل ما يحيله عليه الحامل من ديون ناتجة عن استخدام هذه الوسيلة مقابل التزام الحامل بإيفائه جميع ما يدفعه مضافا اليه البدل المتفق عليه وفائدة محددة النسبة في نهاية كل مدة متفق عليها.

وقد اثار تحديد الطبيعة القانونية لعقد الحامل جدلا فقهيا واسعا، اذ يرى اتجاه بانه عقد قرض، فيما يرى اتجاه اخر بانه عقد حوالة دين، بينما ينظر اليه البعض الاخر على انه عقد وكالة، وبالرغم من هذا الجدل الا ان عقد حامل لا يخرج عن كونه ذو طبيعة تعاقدية من نوع خاص، نظرا لكونه عقد اذعان من جهة وعقد ملزم لجانبين من جهة اخرى لاعادة خلق التوازن العقدي.

ونظرا لكون العقود في مجملها محددة المدة وغير دائمة فان لعقد الحامل جملة من الاسباب العامة والخاصة لانقضائه.

الفصل الثانـي

الأثـار المترتبـة على عقد الحامـل

تمهيد:

يرتب عقد الحامل على إثر إنعقاده إنعقادا صحيحا كغيره من العقود الأخرى الملزمة لجانبين، كما وسبق الإشارة إليه في الفصل الأول عند التطرق إلى خصائص هذا الأخير جملة من الآثار في ذمة كل من طرفيه – مصدر البطاقة و الحامل لها– حيث يجعل كل طرف منهما في موقع الدائن والمدين في نفس الوقت.

ونظرا لخصوصية عقد الحامل بإعتباره من عقود الإذعان والتي ينعدم فيها التوازن العقدي لظهور البنك بمركز المسيطر والمسير لهذه العلاقة العقدية، إلا أنه ملزم بجملة من الإلتزامات والتي تلقى على عاتقه حتى قبل وضع الحامل لتوقيعه على النموذج المعد من قبل مصدر البطاقة وهذا مايظهر من خلال أهم إلتزام يقع عليه وهو مايعرف بالإلتزام بالإعلام الذي يندرج تحت إلتزامات البنك بإنشاء وتفعيل بطاقة الإئتمان هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن البنك وبإعتبار هذا الأخير الطرف القوي والمسيطر في هذه العلاقة فيقع عليه إلتزام الإثبات والوفاء وعدم إفشاء الصر المصرفي.

ونظرا لخصوصية عقد الحامل بإعتباره من العقود المصرفية فإنه لابد من تطبيق قواعد تتماشى مع ماتتطلبه البطاقات الإئتمانية والتي راجت وإنتشرت بسرعة رهيبة لما توفره من خدمات وسهولة الإستعمال و من أجل توفير حماية أكبر لطرف المضرور ألا وهو الحامل مما يجعل من هذه الحماية تجد غايتها في قيام المسؤولية الموضوعية والتي جسدتها نظرية تحمل المخاطر.

ومن أجل التعمق وتوضيح أكثر للأثار المترتبة على قيام عقد الحامل بين البنك والحامل للبطاقة الإئتمانية والمتمثلة في التزامات طرفيه وقيام المسؤولية المدنية للطرف المخل بالتزاماته، ولهذا قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين من اجل التعمق أكثر إذ يتناول المبحث الأول الالتزامات الناشئة عن عقد الحامل، أما المبحث الثاني فسنتطرق إلى المسؤولية المدنية لطرفي عقد الحامل.

المبحث الأول : الالتزامات الناشئة عن عقد الحامل

بمجرد قيام عقد الحامل أو كما يسميه البعض بعقد الإنضمام يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه- البنك مصدر البطاقة والحامل للبطاقة – إذا تنشأ التزامات على عاتق البنك وفي المقابل يتحمل حامل البطاقة أو طالب الإصدار جملة من الالتزامات.

وقد جرى العرف التجاري في عقود الإنضمام، أن تعد الجهة مصدرة بطاقة الإئتمان العقد بكل شروطه وضوابط نفاذه وتخرجه في شكل " طلب " مطبوع، ويتعين على الشخص الذي يرغب في الحصول على خدمات البطاقة الإنضمام إلى هذه الإتفاقية وأن يطلع على الطلب ليدون البيانات المتعلقة بشخصه والمتعلقة بوضعه المالي، ثم يوقعه بعد أن يكون قد أقر بعلمه وقناعته بالإلتزامات المدونة بالعقد والحقوق التي يتمتع بها، وهذا بطبيعة الحال دون أن يكون له الحق في مناقشة أي منها [1]وبالرغم من التعسف الذي يظهر في إبرام عقد الحامل إلا أن مصدر البطاقة يتحمل هو الأخر جملة من الإلتزامات التي تمليها عليه خصائص هذا العقد كما وقد وسبقت الإشارة إليها في الفصل الأول لاسيما خاصية أنه من العقود الملزمة لجانبين ومن العقود التبادلية ناهيك عن الأعراف المهنية بإعتبار وان البنك حرفي ممتهن للأعمال المصرفية.

هذه الإلتزمات لهذا الأخير تنشأ إبتداءا من إنشاء وتفعيل نظام بطاقة الإئتمان وتستمر حتى بعد إنتهاء العقد بينه وبين الحامل لتشمل إلتزاماته عدم إفشاء السر المصرفي والإثبات مرورا بالإلتزام بالوفاء.

وللوقوف على مجمل الإلتزامات المتبادلة لكل من البنك والحامل في البطاقة الإئتمانية التي ينشؤها عقد الحامل القائم بينهما سوف نقسم مبحثنا إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول : إلتزامات الجهة المصدرة – البنك – أما إلتزامات الحامل نتناولها كمطلب ثاني.

[1] عذبة سامي حميد الجادر، المرجع السابق، ص 2.

المطلب الأول : إلتزامات الجهة المصدرة " البنك "

يعتبر البنك الطرف القوي في عقد الحامل فهو من يقوم بوضع مختلف بنود هذا العقد وهذا بطبيعة الحال يراعي فيه مصالحه بالدرجة الأولى على مصالح العميل الطرف الضعيف في العلاقة، لاسيما و أن البنك يهدف الى تحقيق الربح بإعتباره وحسب قانون النقد والقرض الجزائري يندرج ضمن شركات المساهمة.

ولخصوصية عقد الحامل التبادلية والملزمة لجانبين فإن الجهة مصدرة البطاقة تترتب على عاتقها جملة من الإلتزامات.

1- ومنه سوف نتطرق إلى الإلتزام بتفعيل وإنشاء بطاقة الإئتمان (الفرع الأول) بالإضافة إلى الإلتزام بالوفاء والإثبات وعدم إفشاء السر المصرفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الالتزام بتفعيل وإنشاء بطاقة الائتمان

يعتبر الالتزام بتفعيل وإنشاء بطاقة الإئتمان من أهم و أول الإلتزامات التي تقع على عاتق البنك مصدر البطاقة اذ ينطوي هذا الالتزام على ثلاث التزامات هامة تتمثل في الإعلام والالتزام بإصدار البطاقة و تسليمها للحامل و المعدات للتاجر حتى يتمكن الحامل من الإستعمال الفعلي لبطاقته الإئتمانية إضافة إلى الالتزام باستخدام نظام آلي آمن.

أولا : التزام البنك بإعلام العميل المستعمل للبطاقة – الحامل –

تقتضي القواعد العامة في التعاقد بان كل من يقدم على التعاقد مع الغير أن يبحث بوسائله الشخصية عن المعلومات التي تلزمه لاتخاذ قراره في التعاقد [1] و بناءا على ذلك فان البنك غير ملزم بتقديم أي معلومات لأنه لايجب على الشخص أن يتولى الدفاع عن مصالحه بنفسه، غير أنه ليس من العدل تطبيق هذه القاعدة على العلاقة بين البنك بصفته طرفا محترفا و العميل الذي يوصف بالطرف الضعيف في العقد [2] و بذلك

1 محمد مرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، (العقد الالكتروني الإثبات الالكتروني المستهلك الالكتروني)، دار النعمة العربية 2008 م، ص 170.

2 تجدر الاشارة الى ان التزام البنك باعلام العميل من ابتكار القضاء الفرنسي.

تراجعت هذه الفكرة التقليدية في ظل استخدام الوسائط الالكترونية في التعامل لأنه يصعب في العقد الإلمام بكافة ظروف التعاقد دون تعاون كاف من الطرف المحترف [1]

تعريف الالتزام بالإعلام في عقد البنك مع الحامل :

هو التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام احد المتعاقدين بان يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا حر سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد أو طبيعة محله أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الأخر و الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالإدلاء بالبيانات[2].

كما و انه قد تم تعريفه بأنه التزام احد الطرفين بتقديم البيانات و المعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الأخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره و لفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك[3].

ويشمل الإلتزام بالإعلام مرحلتين أو صورتين هما :

مرحلـــــة قبل التعاقد :

وهو الإلتزام المهني السابق على التعاقد لتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد المستهلك ولا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة نظرا لطبيعة العقد.ونجد المشرع الجزائري نص على الإلتزام العام بالإعلام بموجب نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري التي ألزم فيها إعلام البائع المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بعقد البيع من خلال بيان المبيع وأوصافه الأساسية، وتجدر الإشارة أن هذه المادة تتعلق بالبيع.

مرحلة بعد التعاقد : و هي مرحلة أتناء تنفيذ العقد و التي تعني التزام المهني بالإدلاء بمختلف البيانات و المعلومات للمستهلك مما يتفق مع موجبات حسن النية في التعامل.

---

1 خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفي، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني – دراسة مقارنة رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011 م، ص 339.

[2] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات و التطبيق على بعض انواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

[3] محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص 173.

الأساس القانوني للالتزام بالإعلام

لقد أثار الأساس القانوني للالتزام الإعلام جدلا فقهيا واسع النطاق فظهرت العديد من الاتجاهات الفقهية التي تحاول وضع أساس قانوني له[1].

الاتجاه 1 : إذ أن الحديث عن الالتزام بالإعلام يجعلنا نبحث عن خلفياته و الأساسيات التي يبنى عليها إذ أن فكرة القانون تبلورت من الأخلاق فمنه نجدان القانون هو سلوك اجتماعي أو قاعد اجتماعية و تتجلى فيه المفاهيم الأخلاقية، فالقانون لما يقوم بتنظيم العلاقة بين الأفراد ما هو إلا تجسيدا للاخلاق التي ينصف بها البشر في ذلك المجتمع غير انه تم انتقاد هذا الاتجاه الفقهي عل أساس أن هناك العديد من الالتزامات التي تسند إلى أسس أخلاقية لكنها لا تحظى في الواقع بالحماية القانونية اللازمة لإجبار الأفراد على تنفيذها و احترامها[2].

الاتجاه 2 : تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس اقتصادي و التي توجب على المتعاقد ان يسعي بوسائله الخاصة نحو الاستعلام لما يتعاقد عليه و هناك نوعين من المعلومات احدهما المعلومات المكتسبة بطريق القصد و هي التي يتحصل عليها المتعاقد بتكلفة معينة لا تلزم المهني بالإعلام أما المعلومة المكتسبة بطريق المصادفة و التي حصل عليها دون تكلفة و هي التي يلزم المهني بإعلام المستهلك بها و تم انتقاد هذا التوجه لعدم وجود حدود فاصلة و حاسمة بين نوعي المعلومات المكتسبة بالإضافة إلى تركيزه على الاعتبارات الاقتصادية فقط دون الأخلاقية.

الاتجاه 3: إذ يذهب هذا الاتجاه إلى أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في نظرية صحة و سلامة الرضا حيث يتطلب لانعقاده وجود رضا حر.

[1] بن سالم المختار، الالتزام بالاعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون المنافسة و الاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص 91.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 80.

الاتجاه 4 : يرى انه يجد أساسه في الالتزام بضمان العيوب الخفية إلا أن هذا الأساس غير كاف إذ انه يصعب تأسيس الالتزام بالإعلام على هذا الأساس لاختلاف الالتزام بالإعلام بضمان العيوب الخفية سواء من حيث المصدر أو النطاق أو الطبعة القانونية[1].

الاتجاه 5: وفقا لهذا الاتجاه فانه يستحيل تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس واحد إذ لابد من تضافر مجموعة من الأسس في أساس أخلاقي و اجتماعي و اقتصادي و قانوني على اعتبار أن كل أساس له بصمة في بناء و تدعيم قيام هذا الالتزام.

الاتجاه 6: اتجه فقهاء هذا الأساس إلى إقامة الالتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد مراعاة الصدق و الأمانة بما يحقق الثقة بين الطرفين سواء قبل التعاقد أو بعده و ذلك بان يفصح المهني للمستهلك عند إبرام العقد كافة المواصفات و البيانات الضرورية عن الشيء محل التعاقد و التي تجعل العميل بقدم على التعاقد على بنية من أمره.

و أمام عجز و عدم قدرة الآراء الفقهية على تفسير الالتزام بالإعلام، لابد من التفرقة بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، و الالتزام بالإعلام التعاقدي، ففي الالتزام الأول وحسب رأي الدكتور رفاف لخضر أن أساسه يستند إلى نصوص القانون حيث قامت التشريعات بوضع نصوص قانونية واضحة وصريحة تقرر هذا الالتزام على عاتق المهني الملتزم به و تحمي المستهلك باعتباره الطرف الضيف في العقد و من جهة أخرى نجد ان هذه التشريعات اكتفت بالنص على هذا الالتزام في المرحلة السابقة على إبرامه رغم أن الإعلام في مرحلة التنفيذ لا يقل أهمية عن الإعلام في المرحلة السابقة على إبرامه.

لذلك وقع الإجماع على الاعتماد على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد كأساس لهذا الالتزام إذ تعتبر المادة 107 فقرة 1 و2 من القانون المدني الجزائري أساسا للالتزام بالإعلام حيث ينص مضمونها على أن "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و تحسن

[1] لخضر رفاف، المرجع نفسه، ص 83.

نيته " [1]و لا يقصر العقد على إلزام المتعاقد لما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة حسب طبيعة الالتزام.

محل الالتزام بالإعلام

إن محل الالتزام بالإعلام سواءا قبل التعاقد أو بعده يشتمل جميع المعلومات و البيانات الضرورية و الجوهرية التي تهدف إلى تنوير إرادة العميل و تساعده على استخدام بطاقة الائتمان الاستخدام الأمثل، و قد حرصت التشريعات على بيان المعلومات التي يجب على البنك الالتزام بالإدلاء بها لصالح العميل منها ما يتعلق بالشروط القانونية و التعاقدية و منها ما يتعلق بالبطاقة[2].

المعلومات التي تتعلق بالشروط القانونية للعقد :

يجب على البنك قبل قيامه بالتعاقد مع احد عملائه أن يقوم بالإدلاء بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بكافة الشروط التعاقدية التي تحكم التعامل بطاقات الائتمان من خلال إحاطة المستخدم بكافة شروط العقد و ذلك من حيث مراحل التنفيذ و ما يرد بالعقد من ضمانات وما إذا كانت هناك خدمة ما بعد التعاقد ستقدم للمستهلك و كذلك مدة العقد.

و هذا ما نصت عليه المادة (L-113-3) من قانون الاستهلاك الفرنسي و قد حدد المشرع الفرنسي في المادة (L -314-12) من قانون النقد و المالية البيانات التي يلتزم البنك أن يعلم العميل بها قبل إبرام عقد تقديم خدمات الدفع و هذا ما يسمى بالمعلومات الإجبارية.

[1] المادة 107 فقرة 1 من الامر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 78.

[2] بن عديدة نبيل، الالتزام بالاعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2018/2017، ص 11.

المعلومات المتعلقة باستعمال البطاقة :

يلتزم البنك بالإدلاء للعميل بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالخصائص الذاتية و الأوصاف الفنية و المادية المتعلقة بالبطاقة و نوعها و المعدات المستعملة في استخدامها عملا على تصحيح صورتها في ذهن العميل، و بالشكل الذي يمكنه من الوقوف على المزايا التي يكمن إن تحقق له من التعاقد عليها، و مدى جدواها و ملاءمتها في أشياع حاجته التي يرمي إليها لما لذلك من أهمية بالغة في التأثير في قراره بالإقبال على التعاقد من عدمه و من بين هذه المعلومات على سبيل المثال كيفية استعمال البطاقة و جميع الاحتياطات الواجب مراعاتها عند تشغيلها و حفظها و السقف المحدد للعمليات المسموح إجرائها بالبطاقة، المصاريف و العمولات.....الخ.[1]

ثانيا: التزام البنك بإصدار البطاقة وتسليمها للحامل و توفير الأجهزة لقبولها

يلتزم البنك بتوزيع و تسليم بطاقات الائتمان على العملاء و لا بد عليه من توفير الأجهزة الخاصة لإستعمال هذه الأخيرة حتى يتسنى للحامل الاستفادة منها.

1- التزام البنك بتوزيع بطاقات الائتمان على العملاء – طالب البطاقة –

إن الهدف من إبرام عقد الحامل بين البنك و العميل هو حصول هذا الأخير على بطاقة

الائتمان و استعمالها و عليه فيترتب على البنك بان يصدر له بطاقة خاصة به و تسليمها له.

إصدار البطاقة :

يلتزم البنك تسليم البطاقة للحامل بعد التعاقد معه، و يجب ان تتضمن البطاقة مجموعة من البيانات الالزامية من اسم الحامل و لقبه و تاريخ انتهاء الصلاحية، و اسم البنك الذي أصدرها و نوع البطاقة و رقمها كما تشتمل البطاقة على بعض المعلومات السرية التي لا يعرفها إلا الحامل و البنك مثل الرقم السري و الحد الأقصى المسموح

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 100.

للاستعمال اليومي و الشهري فيما يتعلق بالسحب و الدفع، كما يلتزم البنك مصدر البطاقة التنسيق مع الهيئة الراعية للبطاقة بشان تعميم رقم البطاقة للاستخدام الدولي إذ يتم إدراج البطاقة عن طريق النظام البرمجي للبنك ضمن البطاقات المقبولة دوليا، و لا بد مراعاة الجودة و الإتقان في صنع البطاقة هذا إضافة إلى ضرورة توضيح اسم البنك المصدر والهيئة الراعية للبطاقة لتكون بارزة و سهلة التعرف عليها.[1]

و يتم إصدار البطاقة وفقا لما يتم الاتفاق عليه في العقد من حيث خصائصها و خصم الخدمات التي تمنحها لحاملها و نطاقها، من اجل تمكينه من استعمالها في شراء السلع والحصول على الخدمات من الجهات التي قبلت التعامل بها .

طرق تسليم البطاقة للحامل :

يتم تسليم البطاقة للحامل بطريقتين إما يدا بيد، أو من داخل البنك أو احد فروعه عن طريق إرسال البطاقة لعنوان الحامل بواسطة البريد.

1- تسليم البطاقة للحامل من داخل البنك: يقوم العميل باستلام بطاقته من قبل فرع البنك المبرم معه العقد، و ذلك بعد استلام العميل لنموذج مكون من ورقتين: الأولى تتضمن الرقم السري للحامل و الثانية تستخدم كإخطار يوقع عليه الحامل داخل البنك مثبتا استلامه للبطاقة، و هذه البطاقة تبقى في حيازة البنك في حين يحتفظ العميل بالورقة الأولى النطوية على الرقم السري في حيازته.

2- إرسال البطاقة للحامل بالبريد : و يكون هذا بالاتفاق بين الحامل و البنك على أن يقوم هذا الأخير بتسليم البطاقة و الرقم السري عن طريق الإرسال بالبريد و في هذه الحالة و لاعتبارات الحيطة و الحذر يتوجب على البنك إرسالهما برسالتين موصى عليهما، و ذلك تجنبا للاستعمال غير المشروع للبطاقة إذا وقع احد الظرفين في يد

[1] عبد الحكيم احمد محمد عثمان، المرجع السابق، ص 94.

الغير[1]، أما إذا تم الإرسال لخطاب عادي فان ذلك يؤذي إلى تحمل البنك لمخاطر سرقة أو فقد البطاقة.

التزام البنك بتوفير الأجهزة الخاصة باستعمال بطاقة الائتمان :

يعتبر التزام تزويد التجار بالآلات و الأدوات اللازمة لإتمام عملية الوفاء الالكتروني من الأمور الضرورية التي يكون البنك ملتزما بتوفيرها، و هذا باعتبار إن هذه الأجهزة هي حكرا على البنوك و غير متوفرة في الأسواق، إذ تشمل هذه الأجهزة آلات البيع الالكتروني و كذا الشرائط الورقية الخاصة بها وآلات البيع اليدوية و شعارات البيع الخاصة بها و كذا مواد للدعاية و الإعلام.[2]

ثالثا: التزامات البنك المرتبطة باستخدام النظام الالكتروني

و يخضع البنك من خلال هذا الالتزام بوجوب النظام الالكتروني و كذلك بما التزامه بتامين استعمال البطاقة يتوجب على البنك من خلال خضوعه لهذا الالتزام من توفيره السلامة.

1-التزامات البنك بتامين استعمال البطاقة :

يمكن تلخيص ما يقوم به البنك في مجال تأمينه لاستعمال الحامل للبطاقة و كذا لقبول التاجر هذا الاستعمال فيما يلي :

1- الالتزام بتمكين الحامل من المعارضة

تلتزم الجهة المصدرة بتمكين العميل من إخطارها و إبلاغها في حالة سرقة البطاقة أو فقدها تفاديا لأي استعمال غير مشروع من قبل الغير[3]، و هذا حتى يتسنى لها اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة و كذا الاستعانة بالوسائل المصرفية الكفيلة بدرء الأخطار الناتجة عن ذلك من المشاكل التي تواجه حامل بطاقة الائتمان، سرقتها او فقدها، و يزيد من صعوبة المشكلة ما لوحظ في العمل من أن العملاء يخشون نسيان الرقم السري

[1] عبد الراضي محمود كيلاني، االمرجع السابق، ص 576.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص ص 113-114.

[3] شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 139.

(pin) فيكتبونه على البطاقة أو في المفكرة الشخصية و من ثم عندما تسرق البطاقة أو المفكرة يسهل على السارق معرفة الرقم السري، و للتقليل من مخاطر ضياع البطاقة أو سرقتها فانه ينص في عقد الحامل لبطاقة الائتمان على التزامه بالمحافظة عليها و إخبار البنك أو الجهة المصدرة بفقدها أو سرقتها و ذلك لتجنب استعمال الغير لها.[1]

و قد تشترط بعض الجهات المصدرة للبطاقة أن يتم الإعلان بشكل كتابي عن الضياع و السرقة و إثبات ذلك بمحضر رسمي و إلا عد الحامل مخلا بالتزامه.

و عندما لا تحدد الجهة المصدرة للبطاقة طريقة معينة للإخبار، يكون للحامل الحق في اختيار الأسلوب المناسب للإخبار حتى و إن كان عن طريق الهاتف، و لكن يجب إثبات الإخبار عندئذ، لان المسؤولية بعد الأخطار تنتقل من عاتق الحامل إلى عاتق

الجهة المصدرة للبطاقة و تشترط البنوك على العميل الذي يريد الاعتراض على كشف النفقات أن يعلمها بذلك خلال أجل معين عادة ما يكون شهر و إلا سقط صفه في الاعتراض، تمنح على اثر الأخطار وسيلة تثبت تقديم الحامل لهذا الأخطار في الوقت المحدد، هذه الوسيلة تكون على شكل رقم يمنحه البنك للحامل، و يقوم البنك بإدخال بيانات البطاقة في الحاسب الآلي فور تلقيه لهذا الأخطار من اجل إيقاف عملية سحب النفوذ بواسطة تلك البطاقة بعدها يتم إدراجها في قائمة تحتوي على مجموعة البطاقات التي تم الاعتراض عليها ليتم إرسالها إلى جميع التجار القابلين للبطاقات الصادرة من هذا البنك.[2]

2-الالتزام بنشر الإخطار بواقعة فقد أو سرقة البطاقة

كأصل عام يتحمل الحامل كافة المسؤولية في حالة فقدان أو ضياع البطاقة، حيث يترتب على عاتقه كل الأموال التي تم سحبها من طرف الغير الذي عثر أو سرق البطاقة

[1] راشد بن صالح بن سفيان الراشدي، الحماية الجزائية لبطاقات الائتمان في التسريع العماني، رسالة ماجيستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط، 2020، ص 106.

[2] بلعرج محمد، ماستر كارد تستكمل خطة توسعها العالمية السريعة في الشرق الاوسط وشمال افريقيا، مجلة اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002، ص 64.

و يعود ذلك لتقصيره و إهماله تجاه هذه البطاقة كأثر يرتبه العقد المبرم بين الجهة المصدرة و الحامل.

لكن قد تنقل المسؤولية إلى الجهة المصدرة بتعميم و نشر المعارضة أو الأخطار على كافة التجار المتعاملين بالبطاقة حماية لحامل البطاقة و الغير.[1]

الفرع الثاني : التزام البنك بالوفاء و الإثبات و عدم إفشاء السر المصرفي

يعتبر الإلتزام بالوفاء، والإلتزام بالإثبات، والإلتزام بالسر المصرفي مبادئ أساسية تعتمدها البنوك في معاملاتها المصرفية، إذ أن الحامل غرضه من طلب إستصدار البطاقة الإئتمانية هو تسهيل معاملاته المالية وحفظ أمواله وذلك بالتزام البنك بالوفاء بما يتحصل عليه من خدمات ومشتريات.

وبما أن البنك له القدرة على إمتلاك البرامج والدعمات الإلكترونية والمؤهلات البشرية فتصب لديه جميع الفواتير والوثائق مما يحمله إلتزام الإثبات في حالة نشوب نزاع حول فاتورة ما.كما وأن القائمين على البنك ومنذ مزاولة النشاط البنكي إلتزموا بالكتمان لإكتساب ثقة العملاء وهو الإلتزام المعروف بالسر المصرفي.

أولا: التزامات البنك المتعلقة بالوفاء :

تلتزم الجهة المصدرة بالوفاء بثمن المشتريات التي يحصل عليها الحامل من التاجر، كما يلتزم أيضا بقبول سحبه النقدي إذا كان ذلك ضمن العمليات المدرجة بالبطاقة، بحيث تكون الجهة المصدرة بمثابة الضامن للعميل (أمام التجار الدائنين) بسداد المبالغ المستحقة عليه في حدود السقف المتفق عليه سابقا أي بمثابة وكيل عنه في هذا الوفاء وهذا الالتزام يكون مقيد بشروط العقد، خاصة تلك الشروط التي تلزم حامل البطاقة بضرورة عدم تجاوز السقف المسموح به و عليه فان وفاء البنك للتجار يكون مرتبطا

[1] العربي دواجي عمر، طبيعة العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان، مجلة حقوق الانسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، مجلة دولية محكمة نصف سنوية، العدد الخامس جانفي 2018، ص 230.

بأداء التاجر الالتزامات المفروضة عليه بموجب عقد التاجر إلا انه في بعض الحالات قد يتخلف تاجر عن قيامه بالتزامه مما يعفي البنك من التزامه بالوفاء.[1]

1-الوفاء بثمن المشتريات التي يجريها الحامل بإستخدام البطاقة :

يلتزم المصدر بتأمين تغطية نفقات حامل البطاقة فيدفع المصاريف التي أجراها ويكتسب حقا شخصيا في إسترداد مادفعه من الحامل [2]

وعلى البنك قبل الوفاء إلى المستفيد التحقق من وجود توقيع عميله على فواتير الشراء المرسلة من التاجر، ومضاهاة هذا التوقيع على النماذج التي يحتفظ بها لديه، وإلا تحمل كامل المسؤولية عن الوفاء غير الصحيح كما يلتزم بإرسال كشف لعميله من وقت لأخر يفيد كيفية وبيان حركة تعاملاته مع الحساب.[3]

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 الإنضمام، يتحرر البنك من إلتزامه الشخصي غير القابل للرجوع بضمان الدفع، أما إذا لم يتم الإتفاق عليه فيمكن إستخلاصه من الشرط الخاص بفتح إعتماد لمصلحة حامل البطاقة، أما إذا تجاوزالعميل هذه المبالغ وقام البنك بالسداد، فقد ذهب راي في الفقه [4] إلى القول بان البنك قام بالوفاء بصفته وكيلا عن العميل، وبذلك يجوز للعميل عدم الوفاء بما زاد عن المبالغ المستحقة مالم يتم الإتفاق على خلاف ذلك، ومن الفقه من خلاف هذا الرأي وأسس مطالبة البنك على أساس فكرة الإثراء بلاسببكون الجهة المصدرة تقوم بالوفاء بإرادتها دون الرجوع على العميل.[5]

ورغم الخلاف الفقهي حول هذه النقطة فإنه من الناحية العملية عادة ماتتخذ البنوك أو الجهات المصدرة للبطاقة حذرها، بحيث أنها في أغلب العقود التي تبرمها مع حملة

---

[1] فايز رضوان نعيم، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء بالمنصورة، 1999، ص 162.

[2] أنس العلبي المرجع السابق، ص85.

[3] سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص 563.

[4] فداء يحي أحمد الحمود، المرجع السابق ص 35

[5] المرجع نفسه، ص 36.

البطاقات، تدرج شروط لإلتزام العميل بالوفاء عن المبلغ الذي تجاوزفيه الحد المسموح له التعامل به.

2 – حالات عدم الوفاء للتاجر :

الأصل أن البنك لا يملك الحق في رفض الوفاء للتاجر إذ إصدار الأمر بالدفع من الحامل إذ يعتبر الأمر بالوفاء أمر غير قابل للرجوع فيه بسبب الصفة الفورية التي تتم فيها العملية، و نجد أن القانون الأوربي للتعامل السليم ينص على :" إن الإيفاء الالكتروني لا رجوع عنه و الأمر بالدفع المعطى بواسطة بطاقة الإيفاء غير قابل للرجوع، و يمنع كل اعتراض على الدفع "[1]

إلا أن هناك حالات يمكن فيها للبنك أن لا يلتزم بذلك و أهم هذه الحالات :

إذا كانت الفواتير المقدمة للبنك غير صحيحة.

إذا فاقت قيمة الفواتيرالحد الأقصى المضمون دون حصول التاجر على الإذن من البنك.

– في حالة عدم احتياط التاجر، و تكون عند عدم فحص التاجر لتوقيع الحامل أو عدم التأكد من شخصيته أو عدم صلاحية البطاقة و هذا في حالة استعمال الآلات القديمة على اعتبار أن عمل الآلات الحديثة التحقق من البطاقة و من توقيع حامل البطاقة.

– في حالة الضياع أو سرقة المبلغ عنها، و إذا لم يقم التاجر برفض التعامل بها فانه يتحمل قيمة استعمالها وحده من تاريخ التبليغ و ليس من تاريخ الضياع أو السرقة.

– حالة إفلاس التاجر المتعاقد مع مصدر البطاقة عل اعتبار انه سيقوم بالوفاء إلى الوكيل المتصرف القضائي من اجل توزيعها على الدائنين.

[1] العربي دواجي عمر، المرجع نفسه، ص 228.

– حالة استعمال البطاقة فيما يخالف القانون و يرجع سبب عدم الوفاء للعقد المبرم بين التاجر و الحامل عقد باطل (مخالفة قواعد النظام العام)[1].

ثانيا : التزامات البنك المتعلقة بالإثبات :

يقع هذا الالتزام على البنك بالنظر إلى مركز هذا الأخير و استئثاره على هذه الوسائل من الفواتير و دعامات فهو يلتزم يقيد كافة العمليات المنفذة بواسطة البطاقة و إعطاء حاملها كافة البيانات و المستندات التي تثبت صحة العمليات المقيدة على حسابه و هذا ما يؤدي إلى التزامه بالإثبات (حفظ الفواتير، و الدعايات.....).

1– التزام البنك بحفظ الفواتير الدالة على استعمال البطاقة و تقديمها عند الضرورة

تصب جميع الفواتير التي تدل على استعمال البطاقة بشكل دوري و مباشر لدى البنك وحده كعنصر أمان، الأمر الذي يلزمه بحفظها لديه مدة عام في اغلب الأحيان من تاريخ وصولها إليه، و تستعمل كوسيلة إثبات العمليات التي قام بها الحامل عند تقديم هذا الأخير اعتراضه على الدفع أو في حالة قيام نزاع بينه و بين التاجر و رغم أن البنك في هذه الحالة يعد من الغير الخارج عن الخصومة القائمة بين التاجر و الحامل الا انه يقوم بتقديم هذه المستندات إلى طالبها من اجل فض الخصومة و تسوية الوضعية و يلتزم بان تكون تلك الايصالات مطابقة تماما للتسجيلات الالكترونية المحزنة في نظامه الالكتروني.

ب– التزام البنك بارسال الفواتير بشكل دوري للحامل

يلتزم البنك أو الجهة المصدرة للبطاقة أن ترسل لحامل البطاقة و بشكل دوري كشف بمشتريات التي تم اجرائها من قبله و ذلك حتى يتمكن هذا الاخير من سداد المبالغ المتراكمة عليه، و لا بد من إعلامه بهذه المبالغ و بوصفه المستفيد الحقيقي من الائتمان

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 26.

و يعلم ما تبقى من المبالغ و ما تم سحبه، هذا من خلال إرسال كشف تفصيلي للحامل في نهاية كل مدة يحددها العقد قد تكون شهرية مثل[1].

و يتضمن الكشف جميع العمليات المتعلقة بالصفقات و المشتريات إضافة للمبلغ غير المسدد و اجل الدفع و ما هو متراكم من الديون إضافة إلى الرسوم و الفوائد و طبقا للبند 1- 16 من الشروط العامة سوف يرسل البنك كشف الحساب إلى عنوان العميل المذكور في طلب فتح الحساب أو عنوان البريد الالكتروني حسب عدد مرات (تكرار الإرسال المتفق عليه). يحق للبنك إرسال كشف الحساب إلى العميل بالبريد العادي، و مع ذلك سيوقف البنك إصدار الكشوف من نظام الحاسب الألي و يتوقف على إرسالها إذا أعيدت الكشوف المرسلة إلى عنوان العميل المدون بسجلات البنك دون أن يستلمها العميل مرتين أو أكثر حتى ذلك الوقت بزود فيه العميل البنك بعنوان بريدي بديل لارسالها و يمكن استلام الكشوف التي لم ترسل إليه بالبريد من مقر البنك بعد توجيه إخطار بمهلة كافية لاستعادتها من النظام.[2]

ثالثا : التزمات البنك بعدم إفشاء السر المصرفي

إن الالتزام بالسر المصرفي مبدأ أساسي تعتمده البنوك في معاملاتها المصرفية، فمنذ مزاولة النشاط البنكي أو المصرفي اتضح أن القائمين عليه التزموا بالكتمان لاكتساب ثقة العملاء دون وجود ما يفرض عليهم ذلك اذا سر كتمان خصوصيات المتعاملين مع البنك و تحركاتهم المالية عادة منبعثة و سلوك تلقائي.[3]

1- نطاق التزام البنك بالسر المصرفي :

يتسع نطاق السر المصرفي ليشمل كافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالذمة المالية و الشخصية للعميل، و كافة المعاملات و العمليات التي يقوم باجرائها و من ذلك

[1] القاضي فداء يحي احمد الحمود، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 36.

[2] بنك الامارات دبي الوطني، الشروط و الاحكام العامة للحسابات و الخدمات المصرفية لبنك الامارات دبي الوطني، ص 5.

[3] مروة مريم، السر المصرفي عامل اساسي لحسن سير العمل البنكي، مجلة الدراسات الحقوقية العدد 9، ص 285

بطاقات الائتمان حيث تغطي السرية نوعها و قيمتها و كيفية استعمالها و الغرض منه بالنسبة للحامل، و تشمل السرية كافة المعلومات و البيانات سواء كان العميل قدمها بنفسه إلى البنك أو حصل عليها البنك من الغير أو قام بإعدادها بنفسه، كما و أن الحظر يظل قائما حتى و لو إنتهت العلاقة بين العميل و البنك لأي سبب كان [1]

و يعتبر هذا الالتزام نسبي وليس مطلق، فلقد اتفقت معظم التشريعات الحديثة على تحقيق سرية العمل البنك و عدم تقديم المعلومات الخاصة بالعملاء إلا الأشخاص المحددين قانونا بحكم طبيعة عملهم و في هذا الصدد فضل المشرع تغليب المصلحة العامة المتعلق على المصلحة الخاصة و هو ماتضمنته المادة 117 فقرتها الرابعة من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض[2]. لأنه يجوز إفشاء السر المصرفي لمصلحة الأشخاص في حالات معينة على سبيل الحصر و هي وجود حكم قضائي أو حكم تحكيمي، طلب المستفيد من الشيك و حالة رضا العميل و في حالة دفاع البنك عن نفسه أمام القضاء.

ب- الطبيعة القانونية لالتزام البنك بالسر المصرفي :

إن فكرة السر البنكي واسعة سواء من حيث موضوعها أو قوتها الإلزامية و ذلك حسب الأساس الذي تسند إليه، و قد تردد الفقه في محاولته البحث عن الطبيعة القانونية لالتزام المصرف بالمحافظة على الأسرار المهنية بين نظرية السر المصرفي المطلق و نظرية السر المصرفي النسبي، لكن التساؤل الذي يطرح حول طبيعة ذلك الالتزام هو : هل يعد التزاما بتحقيق نتجه أم بذل عناية ؟[3]

يرى بعض الفقه انه التزام ببذل عناية نظرا لكون تنفيذ هذا الالتزام يرتبط بالعديد من العوامل الفنية و الإجرائية التي لا يكون جزء منها خاضعا للسيطرة الفعلية للبنك، لهذا يكون على العميل إثبات أن الضرر الذي لحقه بسبب إفشاء بياناته ناتجا عن تقصير من

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص29.

[2] المادة 117 من الامر رقم 11/03 المتضمن قانون النقد والقرض.

[3] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 139

قبل البنك. بينما يرى جانب آخر من الفقه أن التزام البنك في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة و بالتالي يسال عن أي ضرر يحدث للعميل نتيجة إنتهاك سرية البيانات بسبب وجود تقصير في النظم الأمنية.[1]

المطلب الثاني : التزامات حامل البطاقة

إن الالتزامات التي تقع على عاتق حامل البطاقة يتم النص عليها صراحة في العقد الموقع بينه و بين المصدر و هي متعددة فبعضها يتعلق بالاعتبار الشخصي و البعض الأخر متعلق بالاعتبار المالي، إذ أن البنك يصدر موافقته على طلب الحامل للحصول على البطاقة وإصدارها له بناءا على هاذين الإعتبارين معا، على أساس وأن البنك مؤسسة تجارية تسعى لتحقيق الربح ولا يتأتى ذلك إلا بعد التأكد من قيام الإعتبارين معا الشخصي والمالي للحامل.

و سوف يتم التطرق لهذه الالتزامات من خلال تناولها في فرعين : الالتزامات المتعلقة بالاعتبار الشخصي للحامل (كفرع أول) أما الفرع الثاني نتطرق من خلاله إلى الالتزامات المالية الخاصة بالحامل

الفرع الاول : الالتزامات المتعلقة بالاعتبار الشخصي للحامل

يمكن تقسيم هذه الالتزامات إلى قسمين : التزامات تقع على عاتق الحامل تكون سابقة على التعاقد و أخرى لاحقة للتعاقد أي تنشأ بعد التوقيع على عقد الانضمام، بالإضافة إلى بعض الالتزامات العامة في العقود.

1- التزامات الحامل السابقة على التعاقد :

إن أول ما يقوم به الحامل هو ملأ طلب الانتساب أو الاشتراك إلى نظام الوفاء بالبطاقة لذلك يلتزم الحامل بإعلام مصدر البطاقة بجميع الأمور المتعلقة بشخصيته (

[1] تركي مصلح مصالحة، تأثير قانون الامتثال الضريبي الامريكي على حماية السرية المصرفية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد 1، يونيو 2020، ص 42.

اسمه، مهنته، عنوانه، دخله، تاريخ ميلاده، وضعه العائلي، التزاماته المالية إن وجدت....الخ). كما يلتزم العميل بتحين هذه البيانات في حالة طرأ عليها تعديل.

و تتجلى أهمية هذه الشروط بصورة أساسية في تمكين الجهة المصدرة من اتخاذ قرار التعاقد مع الحامل إما بالقبول أو الرفض، بالإضافة إلى أن تحديد عنوان الحامل يفيد في معرفة مكانه لإرسال الكشوف الشهرية للمطالبة بالتسديدات[1].

2- التزامات الحامل بعد التعاقد :

بعد انضمام العميل الحامل إلى العقد و حصوله على البطاقة، تنشا في ذمته عدة التزامات يمكن إجمالها في الآتي :

أ- الالتزام بالاستعمال الشخصي للبطاقة و المحافظة عليها و ردها :

يجب على حامل البطاقة أن يستعملها شخصيا و هذا من الشروط الأساسية في العقد و لا يجوز له أن يتنازل عنها لغيره، و هذا ما يفسر فكرة العقود القائمة على الاعتبار الشخصي أي أنها بطاقة شخصية[2]

و باعتبار بطاقة الدفع تقوم على الاعتبار الشخصي، لأنها تصدر لشخص معين بالذات فله وحده كقاعدة عامة استخدامها، فلا يجوز للعميل التنازل عنها للغير.

كما يلتزم العميل في حالة ضياع أو سرقة بطاقة الدفع بالإبلاغ فورا عن ذلك و تثار مسؤوليته في حال استعمالها باعتبار انها مودعة لديه [3]، و بتعين على مصدر البطاقة تامين الوسائل اللازمة و تسجيل الاعتراضات التي يقدمها العميل للحيلولة دون الاستعمال غير شرعي لها و تكون طريقة إعلام الحامل للعميل بإحدى الطريقتين الأولى : بالكتابة في حالة ما اشترطت الجهات المصدرة ذلك في عقد الانضمام الذي يجمعها بالحامل.

---

[1] عبد الصمد حوالف، العلاقة بين مصدر بطاقة الدفع الالكتروني بحاملها –عقد الانظمام– مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عمار ثلجي الاغواط، العدد 4، جوان 2016، ص 137.

[2] العربي دواجي عمر المرجع السابق، ص 231.

[3] تنص المادة 3 فقرة 2 من اتفاقية عقد الحامل لبطاقة cpa المعنونة بتسليم البطاقة : البطاقة شخصية صرفة ولا يجوز استعمالها الا من صاحبها الذي يجب أن يوقع عليها فور استلامها وأمام مسؤول البنك الذي سلمها له.

الثانية : إذا لم تحدد الجهة المصدرة أي طريقة للإعلام، فيكون من حق الحامل أن يختار أي طريقة للإعلام يراها مناسبة للإبلاغ، و لو باستعمال الهاتف[1] إلا أن هذا الإجراء جد خطير من الناحية العلمية لعدم إمكانية إثباته من قبل الحامل خصوصا إذا علمنا أن المسؤولية تنقل إلى الجهة المصدرة بمجرد الإعلام، و من هنا تبرز أهمية التبليغ الكتابي عن التبليغ الشفوي.

ب- **الالتزام بالمحافظة على الرقم السري** : يلتزم الحامل بالمحافظة على الرقم السري و ذلك عن طريق الالتزام الشخصي و التستر عند إدخاله من أجل عدم تسريبه و السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو : ما مدى مسؤولية حامل البطاقة في تسريب الرقم السري عن طريق الانترنت ؟ و الإجابة عن هذا السؤال أن البنك هو من يتحمل المسؤولية لأنه مسؤول عن تأمين نظام حماية آمن و سليم.

ج- كما انه يتعين عن العميل في حالة عدم رغبته في تجديد البطاقة إخبار البنك بذلك قبل موعد استحقاقها بمدة متفق عليها في العقد بينه و بين البنك مصدر البطاقة، و إلا تحمل مصاريف إصدار بطاقة جديدة، ذلك أن العقد يتضمن عادة التجديد التلقائي.

الفرع الثاني: الالتزامات المتعلقة بالاعتبار المالي للعميل

بالاضافة إلى التزامات العميل الشخصية، هناك التزامات مالية يؤديها للبنك مصدر البطاقة كمقابل لاستعمال البطاقة تتمثل في :

- **الالتزام بالوفاء (التسديد)** : يلتزم العميل بسداد جميع المبالغ المستحقة في ذمته نتيجة استخدام البطاقة، إذا توافرت الشروط المطلوبة في الإصلات المرسلة من التجار للتحصيل، و ذلك من خلال القيد في الحساب الجاري المفتوح للعميل في البنك مصدر البطاقة [2]، ذلك لان العقد القائم بين البنك المصدر و حامل البطاقة أساسه قيام المصدر بسداد المبالغ التي نفذها الحامل ثمنا لمشترياته إلى التاجر على أن يقوم الحامل بسداد هذا المبالغ لمصدر البطاقة بنظام معين بحسب الاتفاق في العقد، و غالبا ما يكون على

[1] عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 138.

[2] عبد الصمد حوالف، المرجع نفسه، ص 139.

شكل أقساط بنسب معينة من الرصيد إلى حين موعد الدفع و العقد هو الذي يحدد مدة السداد و عادة تحدد المدة مابين أسبوعين أو ثلاثة أسابيع من تاريخ استلام الحامل للكشف المرسل إليه من المصدر، و قد يشترط المصدر في بعض الأنظمة أن يكون السداد فورا، مثل : بطاقة فيزا visa (diner's-clube) تشترط 10 أيام و أمريكان اكسبريس تشترط شهرين، كما أن العقد الذي يجمع الحامل بالمصدر لا يخلو من تبيان طريقة السداد و مدته و كذا الجزاءات المترتبة على عدم الدفع و الوفاء[1]و معيار طريقة تسوية العمليات المنجزة بالبطاقة و تميز وفقا لهذا المعياربين :

– بطاقة الخصم الفوري: و هي بطاقات مرتبطة بحسابات جارية مبينة مفتوحة لدى البنك المصدر لها، حيث تخصم المبالغ المستحقة مباشرة من الرصيد في لحظة استخدام البطاقة و تحول إلى حساب التاجر.

– بطاقات الدفع الآجل (الخصم الشهري) : الأصل في بطاقات الائتمان تقوم على أساس الدفع الشهري وهو أن يقوم البنك المصدر بجمع الفواتير الموقعة من قبل حامل البطاقة و مطالبته بها دوريا مرة كل شهر في تاريخ معين، و يقوم العميل بدفع ما عليه من مستحقات نتجت على استخدام البطاقة كما لا يتجاوز تاريخ الاستحقاق الذي يحدده البنك المصدر، و يمتد هذا التاريخ عادة من الشهر إلى حوالي شهرين في أقصى الحالات.

– **بطاقة الائتمان** : بالنسبة لبطاقات الائتمان فهي تمنح حامل البطاقة ميزة تسديد المبلغ الإجمالي للكشف الشهري على عدد من الأقساط حسب قدرته المالية، و عادة يتجدد التسهيل الائتماني الممنوح تلقائيا، و لا يشترط عليه سداد مبلغ الدين المستحق كاملا دفعة واحدة، فاه مطلق الحرية في السداد الفوري أو على أقساط شهرية.[2]

[1] بن عمبور امينة، البطاقات الالكترونية للدفع و القرض و السحب، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2005/2004، ص 53.

[2] جميل احمد، رشام كهينة، بطاقات الائتمان كوسيلة من وسائل الدفع في الجزائر، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 00 ديسمبر 2009 ص ص 113-114.

- **الالتزام بدفع مجموعة من الرسوم** : و تتمثل في رسوم الإصدار (البطاقة الجديدة) رسوم التجديد (البطاقة منتهية الصلاحية)، رسوم البطاقات الإضافية في حال طلبها رسوم البطاقة بدل الضائعة أو التالفة، رسوم تجاوز الحد الأقصى المضمون عن كل تجاوز، رسوم أو عمولات السحب عن كل عملية وهي تختلف إذا كان هذا السحب تابع للبنك أو تابع لبنك آخرو تختلف حسب قيمة العملية. كما يلتزم بدفع كافة المصاريف الناشئة عن استخدام البطاقة بما في ذلك كلفة البرقيات و التلكسات، أو أية عمولات تخصمها البنوك أو المؤسسات المالية الأخرى على حامل البطاقة نتيجة استخدامه لها.[1]

- **الالتزام بعدم تجاوز السقف الائتماني المسموح به:** يلتزم حامل البطاقة بعدم تجاوز مبلغ السحب و كذا مبلغ الشهري المحدد بالعقد.

لا يجوز للحامل أن يقوم بعمليات تفوق السقف الذي يحدده المصدر له، إذ عادة ما ينص المصدر في العقد على ألا تزيد حجم مشتريات الحامل في اليوم الواحد عن مبلغ السقف اليومي للبطاقة و إلا فان الحاسب المركزي للمصدر، يرفض إجازة تلك العملية إذا كان الدفع بواسطة أسلوب نقاط البيع، كما يمكن أن يكون عرضة لفرض غرامات نتيجة لذلك و من ثم سحب البطاقة من قبل المصدر أو إيقافها، كما هو منصوص عليه في عقد إصدارها إذا تكرر ذلك.[2]

علما أن الحامل يجب عليه أن يلتزم بعدم تجاوزه للمبلغ المسموح به في عقد الائتمان، و إلا وقع الفسخ تلقائيا أو السداد الفوري للمبلغ المتجاوز كما يمكن إعفاء حامل البطاقة من السداد في حالة إخطاره الجهة المصدرة بضياع أو سرقة البطاقة أو حالة إفلاسه ليستفيد من التسوية القضائية أو إذا كانت البطاقة مخصصة للوفاء بخدمات محددة حتى في حالة ضياعها أو سرقتها لان من ابسط واجبات مصدر البطاقة أن يتاكد من السحوبات[3]

[1] عذبة سامي حميد الجادر، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 140.

[3] العربي دواجي عمر، المرجع السابق، ص 232.

- **الالتزام بالضمان** : في حالة الحساب المشترك و في حالة البطاقة الاضافية

- في حالة البطاقة الإضافية : لحساب الشخص غير الحامل هنا الحامل و الشخص الذي يستعمل البطاقة الإضافية فهو مسؤول مسؤولية تضامنية مع الحامل في حدود البطاقة الإضافية و هذا في حالة كان حامل البطاقة الإضافية كامل الأهلية، و إذا كان حامل البطاقة التابعة قاصرا فان هذا الاتفاق يكون قابلا للإبطال لمصلحته و للبنك الرجوع عليه وفقا لقواعد الإثراء بلا سبب.

و بثور الإشكال في حالة حامل البطاقة لصالح الشخص المعنوي لم يتطرق إليه المشرع و إنما ينظمها العرف فيكون مسؤول مسؤولية إضافية، و في حال إفلاس الشخص المعنوي هل يستطيع الرجوع إلى حامل بطاقة الشخص المعنوي ؟

و قد ظهرت اتجاهات منها من تنادي بالرجوع على حامل بطاقة الشخص المعنوي و اعتبرته مسؤول مسؤولية تضامنية و هناك اتجاه ثاني يرى أن حامل بطاقة الشخص المعنوي لا تكون مسؤوليته مسؤولية تضامنية و لا يمكن الرجوع عليه إلا إذا استعمالها استعمال شخصي فيكون هذا استعمال غير مشروع، بالإضافة إلى أن سقف الاستعمال للشخص المعنوي يكون كبير بالمقارنة مع الاستعمال لها من طرف الشخص الطبيعي.

- في حالة الحساب المشترك: تكون مسؤولية الحامل مسؤولية تضامنية و يستطيع البنك الرجوع على أي منهم و في هذه الحالة للبنك حلين :

الحل 1: و هو مستبعد و يكون بخلق برنامج لهذه البطاقة، نسب، حصص و بالتالي يصبح حساب غير مشترك و هو حل مستبعد لصعوبته.

الحل 2 : تلجا إليه البنوك أثناء إصدار بطاقة لكل شخص تلزمه بالتعهد بعدم استعمال البطاقة بما يتجاوز نسبتة في هذا الحساب و إذا تجاوز ذلك تصبح مسؤولية فردية.[1]

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 221.

المبحث الثاني : المسؤولية المدنية للأطراف عقد الحامل

تعاظمت أهمية المسؤولية المدنية وإزدادت في وقتنا الحالي بعد أن تطور الوضع وأصبحت الآلة والتقنية تشغل حيزا هاما في حياة الإنسان، ولاشك أن بطاقات البنكية قد مسها هذا التطور مما جعل إستعمالها أكثر عرضة للخطر الذي يرتب مسؤولية قانونية مدنية.

فإذا كانت المسؤولية المدنية القائمة على فكرة الخطأ لابد وأن يقوم المضرور فيها طبقا لقواعدها العامة بإقامة الدليل في حق المتسبب في الضرر، فكان تطبيق هذه الأخيرة فيه مشقة لاسيما للحامل الطرف الضعيف في العلاقة عندما يكون البنك هو المسؤول لما لهذا الأخير من إمكانيات مادية وبشرية يستطيع من خلالها نفي الخطأ عنه أو إثباته بكل سهولة إذا كان هو المدعي المضرور.

و عليه ولمعرفة المسؤولية المدنية لطرفي عقد الحامل – البنك و الحامل – وفقا لهذه التوجهات كان لابد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول : الإتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية أما الإتجاه الحديث للمسؤولية المدنية فكان كمطلب ثاني.

المطلب الأول : الاتجاه التقليدي للمسؤلية المدنية لطرفيي عقد الحامل

تقوم قواعد المسؤولية بصفة عامة بنوعيها سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية على جبر الضرر، و ذلك بإلزام من احدث الضرر بالغير على تعويض المتضرر، و هذا التعويض الذي يتحمله المسؤول هو نتيجة الإخلال بإلتزام سابق رتبه العقد أو القانون، و منه فالمسؤولية المدنية في شقيها تنشا عند امتناع المسؤول من تنفيذ ما تعهد به من إلتزامات عقدية أو القيام بالتزام قانوني مقتضاه أن لا يضر الإنسان غيره، و الغرض من الإلتزام محل المسؤولية المدنية هو تعويض المضرور عن الضر الذي أصابه بسبب

إمتناع أو تخلف المسؤول عن تنفيذ ما تحمله من التزامات بموجب العقد أو بموجب القانون[1].

و يجب أن تتوفر ثلاثة شروط لقيام المسؤولية المدنية و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

و عليه فان إخلال أي طرف بالوفاء بالإلتزام الملقى على عاتقه يرتب المسؤولية العقدية، كما يصيب الطرف الآخر من أضرار.

أما المسؤولية التقصيرية فتنشا في حالة عدم وجود عقد أصلا مع الغير، أو وجود عقد باطل أو في حالة عقد اقترن تنفيذه بغش أو خطأ جسيم.[2].

وفقا للإتجاه التقليدي للمسؤولية المدنية فانه يمكن تقسيم الدراسة إلى فرعين و هما المسؤولية المدنية العقدية لطرفي عقد الحامل أما الفرع الثاني فنخص به الدراسة حول المسؤولية التقصرية لطرفي عقد الحامل.

الفرع الاول: المسؤولية المدنية العقدية لطرفي عقد الحامل

لقيام مسؤولية العقدية لطرفي عقد الحامل، البنك و الحامل، لابد من توفر الشروط العامة لقيام المسؤولية العقدية و المتمثلة في الخطأ العقدي، الضرر و العلاقة السببية

أولا: شروط قيام المسؤولية العقدية

يشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين طرفي عقد الحامل البنك و الحامل إذ لا يمكن التحجج بالمسؤولية العقدية دون وجود عقد صحيح بين الطرفين ينتج عن قيام هذا الأخير في حالة عدم تنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه ما يسمى بالخطأ العقدي، و عليه يمكن تلخيص شروط المسؤولية العقدية في مايلي:

[1] علي فيلالي، الالتزامات –العمل المستحق للتعويض – مرقم للنشر و التوزيع، 2002، ص 12.

[2] إياد خطيب، المرجع السابق، ص ص 90-91.

1- وجود عقد يربط بين البنك و الحامل:

يشترط لقيام مسؤولية البنك في مواجهة عميله في بطاقات الإئتمان، أن يكون هناك عقد صحيح ينضم العلاقة بينهما، فاذا لم يكن هناك عقد فلا يمكن الحديث عن قيام مسؤولية البنك العقدية.[1]

يعتبر العقد من أهم مصادر الإلتزامات التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره، إذ أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في كثير من الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة نشا عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين.[2]

و المشرع الجزائري رغم انه لم يصرح صراحة على شرط وجود عقد لقيام المسؤولية المدنية العقدية إلا انه يمكننا أن نستنتج هذا الشرط من خلال إستقرائنا للمادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين....."

أي أن المشرع الجزائري اشترط ضمنيا وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية بصفة عامة وقيام مسؤولية البنك بصفة خاصة و هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري يكرس بصورة جلية مبدأ عدم المساس بالعقد في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.[3]

إن مسؤولية حامل البطاقة إتجاه الجهة المصدرة لها هي مسؤولية تعاقدية ناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي أطلقنا عليه عقد الإنضمام، حيث يلتزم الحامل بموجب هذا العقد بعدة إلتزامات أهما الإلتزام بعدم تجاوز حدود مبلغ السقف الإئتماني الممنوح له من الجهة أعلاه، فإذا أخل الحامل بهذا الإلتزام إنعقدت مسؤوليته مدنيا تجاه الجهة المصدرة بالمبلغ المتجاوز فيه، كما يقع على الحامل إلتزام رد البطاقة إلى الجهة المصدرة لها في حال فسخ العقد أو إنتهاء مدة صلاحية إستخدام البطاقة أو إلغائها لإساءة الإستخدام أو لأي سبب آخر، فإذا

---

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 146.

[2] حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجيستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 ص 1.

[3] علاوة عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنك عن الاخطاء المصرفية اتجاه العميل، اطروحة دكتوراه، تخصص منازعات مالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2020-2021، ص 120.

تخلف عن تنفيذ هذا الإلتزام وإستمر في إستعمالها بعد ذلك التاريخ أو بعد الإلغاء أو الفسخ رغم إخطاره فإنه يحق للجهة المصدرة مساءلته مدنيا، ومطالبته بالمبالغ المصروفة في تلك الفترة.

ولما كانت البنوك توظف التكنولوجيا في تقديم خدماتها و من ذلك استخدامها في عمليات نقل و تحريك الأموال المودعة لديها مما يجعلها تتعرض لمخاطر كبيرة هذا ما يدفع البنك إلى إبرام عقود مستقلة تنظم العمل بالوسائل التكنولوجية مما أدى إلى ظهور عقد جديد يضاف إلى مجموع العقود السابقة التي تنظم العلاقة بين البنك و العميل، مما يثير إشكال يتمثل في كيفية النظر إلى تلك العقود عند حدوث نزاع بين العميل و البنك، فهل ينظر إلى كل عقد بشكل منفرد أم أن هناك عقد أصلي و بقية العقود متفرعة عنه بحيث نرجع إلى أحكامه أولا و في حالة غياب تنظيم مسألة ما نستعين بأحكام العقود الأخرى التابعة له اذ يرى الفقه انه ينظر لكل العقود.

على أساس وحدة العلاقة و قيامها داخل إطار واحد و هو الحساب المصرفي، و وفقا لهذا الرأي فان العقد المبرم بين البنك و العميل بخصوص بطاقات الإئتمان لا يمكن فصله عن العقود السابقة أو التعامل معه بشكل مستقل عن عقد الحساب المصرفي الذي يتم الوفاء منه إلا أن هناك اتجاه آخر وهو الراجح حسب الدكتور رفاف لخضر يرى أن الارتباط الظاهري بين مختلف العقود لا ينفي إستقلالها عن بعضهما البعض. فوجود إطار تعاقدي ينظم العلاقة بين البنك و العميل بخصوص بطاقات الإئتمان يصغ حدود المسؤولية المدنية الناتجة عن العمل به و تتمثل هذه الحدود في الإخلال بمقتضيات العقد نفسه، فإذا كانت الأضرار التي لحقت العميل ناتجة عن الإخلال بالتزامات عقد الاستفادة من خدمة بطاقات الإئتمان فان مسؤولية البنك التي تقوم على أساس هذا العقد، أما إذا كانت ناتجة عن مسائل أخرى فان المسؤولية تسند إلى العقود الأخرى كعقد فتح الحساب[1].

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص ص 146 – 147-148.

2 – الإخلال بأحد الالتزامات التي يرتبها العقد :

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المضرور ناتج مباشرة عن الإخلال بإلتزاماته التي رتبها العقد، و نذكر في هذا الشأن أن هذه الالتزامات من وضع و تحديد المتعاقدين، غير انه و بمقتضي المادة 107 /02 من القانون المدني و التي نصت على انه :..." لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد كما هو ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته و فقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعته الالتزام ".

فالخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ في العقد، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كان هذا هو الخطأ العقدي، و يستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه المتمثل في امتناعه أو إهماله أو فعله أي دون عمد و إهمال، و يتحقق الخطأ

العقدي حتى و لو كان عدم تنفيذ المدين التزامه ناشئ عن سبب أجنبي للمدين فيه كالقوة القاهرة و لكن يلاحظ انه إذا لم يتحقق الخطأ فإن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر تنعدم ومنه يتخلف ركن من أركان المسؤولية و الذي ينتج عنه عدم قيامها.[1]

الخطأ العقدي معناه عدم تنفيذ الإلتزام أو الإخلال بتنفيذه أما الالتزام فهو يتخذ صورتين فإما أن يكون التزاما بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية.

الالتزام بتحقيق نتيجة : إن تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة في محل الالتزام كالالتزام بنقل الملكية أو الالتزام بإقامة بناء، أو الالتزام بتسليم بضاعة و يكفي عدم تحقيق الغاية لوقوع الخطأ العقدي من جانب المدين و يتعين عليه إن أراد نفي المسؤولية العقدية عنه، أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام و هذا هو مدلول نص المادة 176 من قانون المدني الجزائري، و قد تكون هذه النتيجة القيام بعمل كالتزام البنك بتمويل احد مشروعات العميل أو إمتناع عن عمل كالتزام احد كفلاء مديني البنك بعدم شطب الرهن المقيد على عقار مملوك للمدين إلا بعد سداد كامل مديونيته البنك،

[1] بلخام منصف صلاح الدين، المسؤولية المدنية للبنك عن التحويل المصرفي، مذكرة ماستر، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد البشير الابراهيمي برج بوعريريج 2019–2020 ص 06.

و في هذا النوع من الالتزام يعتبر البنك مخطأ إذا لم تتحقق النتيجة التي يرمي عميله إلى تحقيقها من جراء تعاقده معه دون الحاجة لاثبات هذا الخطا أو تقديره من قبل العميل الذي يكفيه إثبات عدم تنفيذ العقد ليقوم الخطأ المصرفي.[1]

الالتزام ببذل عناية : هو الذي يلتزم المدين بمقتضاه بالعناية الواجبة عليه قانونا أو اتفاقا، و أن يبذل ما في وسعه لأجل تنفيذ التزامه دون تعهد بتحقيق غاية فهو ملزم بإستخدام جميع الوسائل الممكنة للوصل إلى هذه النتيجة سواء تحققة بالفعل أم لا، ويقاس مسلك المدين في مدى قيامه بالعناية المطلوبة منه في تنفيذ التزامه، مسلك الرجل العادي الذي يوجد في نفس الشروط، و عنايته معيار للوفاء بهذا الالتزام و يقع على الدائن إثبات وجود إهمال أو تقصير المدين في القيام بواجبه في بذل العناية المطلوبة لتنفيذ التزامه، و بذلك فان المسؤولية العقدية في هذه الحالة تقوم على الخطأ الواجب الاثبات.[2]

ومن إلتزامات الحامل التي تنعقد عند مخالفتها والإخلال بها مسؤوليته المدنية، هو المحافظة على البطاقة والحرص عليها من الضياع والسرقة، إذ يقع عليه بذل عناية الرجل العادي للمحافظة على البطاقة. فإذا فقدت أو سرقت فإن ذلك يعد قرينة على إهماله في تنفيذ هذا الإلتزام، ويترتب عليه مسؤولية دفع المبالغ المترتبة على إستخدام البطاقة من قبل من وقعت في حوزته وحتى الفترة التي يقوم الحامل بإخطار الجهة المصدرة بواقعة الضياع أو السرقة.

ثانيا : أساس المسؤولية العقدية للبنك والحامل في بطاقات الإئتمان

إن اعتماد البنوك على وسائل تكنولوجية متطورة و أنظمة تقنية معقدة، و نظرا لطبيعة العقد الذي يربط بين البنك و الحامل، فهذا العقد هو من عقود الإذعان، والمشرع الجزائري اعتبر عقود الإذعان عقودا حقيقية رغم مخاطرها حيث أنها تنقص من حرية المتعاقد

[1] علاوة عبد الحق، المرجع السابق، ص 131.

[2] لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 149.

(الحامل) في التفاوض و المناقشة، لان البنوك تضع شروطا تعفيها من المسؤولية في عقود مطبوعة مسبقا ولا يملك العميل حيالها أية إرادة لتعديل بنودها.[1]

و نتيجة ذلك القصور فقد لجأ جانب من الفقه إلى التوسع في مفهوم الالتزام العقدي في العلاقة التي تربط المهني "البنك" بالطرف الضعيف "العميل" و فهمه على أن البنك مسؤول عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذ العقد، بينما البعض الآخر حاول البحث عن أساس آخر بافتراض أن هناك التزاما عقديا على البنك يوجب عليه الالتزام بسلامة عملائه من الاضرار التي قد تحدثه لهم الالات و الاجهزة التي يستخدمها في تنفيذ التزاماته العقدية.

أولا – المسؤولية العقدية على فعل الشيء كأساس لمسؤولية البنك والحامل :

يسعى البنك إلى تحقيق الربح باعتباره مؤسسة تجارية، و لتحقيق ذلك حاولت البنوك قدرا الإمكان استغلال كل الوسائل و الأجهزة الحديثة لتقديم أفضل الخدمات لعملائها و هذا عن طريق المنافسة فيما بينهما لتقديم افضل التسهيلات و التحفيزات من اجل جذب اكبر عدد من العملاء.

و نظرا لإدخالها العديد من الوسائل التقنية في الصعيد المصرفي، فالبنك يعتبر مسؤولا عن الأضرار التي تسببها هذه الوسائل حالة ارتكابها أخطاء أدت إلى الضرر بالنسبة للعميل[2]، و لمعرفة مدى امكانية تطبيق هذه الفكرة كأساس لمسؤولية البنك بمقتضى بيان شروطها و موقف الفقه منهما.

- **شروط المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك والحامل في بطاقات الإئتمان :**

يرى غالبية الفقه انه ولتطبيق المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء وجب توفر عدة شروط و التي تتمثل فيما يلي :

[1] علاوة عبد الحق، المرجع السابق، ص 133

[2] بلخام منصف صلاح الدين، مرجع سابق، ص 21.

-أن يكون الضر ناجم عن إخلال بالتزام عقدي

-وجود عقد صحيح بين المدين و المضرور

-أن يكون الشيئ الذي أحدث الضرر تحت حراسة المدين وقت حدوث الضرر وأن تكون له السيطرة الفعلية على الشيئ

-أن يكون الشيء الذي احدث الضرر راجع إلى الفعل الشخصي للمدين و وإنما نتيجة ندخل ايجابي من فعل الشيء و ذلك في حالتين [1] :

الحالة الاولى : أن بكون الشيء محل للعقد و يتحقق في فرضين:

-التزام المدين بتسليم الشيء محل العقد إلى الدائن

-ان يكون المدين ملزما يرد الشيء محل العقد إلى الدائن

الحالة الثانية : تنفيذ العقد بواسطة الشيء ففي حالة العقد بين البنك و العميل فالبنك يستخدم الكميوتر و مختلف الأجهزة في تنفيذ عمليات التحويل المصرفي، و بما أن علاقة البنك و العميل توصف بأنها علاقة تعاقدية، فالبنك يسأل عن الضرر الذي يلحق بالعميل المتعاقدين معه بفعل هذه الوسائل بإعتبارها من الأشياء[2].

- **موقف الفقه من فكرة المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء كأساس لمسؤولية البنك:**

اتجه جانب كبير من الفقه بعد عجز القواعد التقليدية للمسؤولية العقدية في الموازنة بين العميل و البنك في المراكز، و ما قد يؤدي له عدم التوازن في العلاقة التعاقدية من أضرار للعميل من جراء استخدامه للنظام الالكتروني و الوسائل التي يوفرها للعميل، فانه يمكن الاعتماد على قواعد المسؤولية العقدية في فعل الاشياء، و حسب رأيهم فان هذه الأنظمة التكنولوجية المتطورة في عمليات التحويل المصرفي، واستند هذا الاتجاه إلى أن الأشياء

[1] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع نفسه، ص 21.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص154.

المستخدمة من قبل البنك في عملية التحويل المصرفي لا تخرج من إطار العقد الذي يربطه بالعميل بما أنها تحت حراسة و له حق رقابتها و توجيهها.

و يتجه جانب آخر من الفقه أن أساس المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي فرضه العقد على طرفيه، فإذا كان للضرر سبب آخر باستثناء الإخلال بالالتزامات التعاقدية فلا نكون أمام مسؤولية عقدية و هو ما يجعل الوسائل و الأجهزة مثل بطاقة الإئتمان وغيرها من الأدوات التي يستخدمها البنك في تنفيذ التزاماته هي المتسبب في الضرر للعميل، فتكون المسؤولية تقصيرية عن فعل الأشياء و ليست مسؤولية عقدية.

و استندوا إلى حجة أخرى حيث اعتبروا مركز المضرور لا يؤثر على طبيعة المسؤولية بحيث انه حالة وقوع ضرر وجب البحث عن مصدر الضرر لمعرفة إذا ما كان يدخل ضمن العقد أو لا ينتمي إليه، حيث إذا كان ينتمي هذا الضرر للعقد أي يرجع لمخالفة العقد تأسست المسؤولية على الخطأ التقصيري حتى لو كان المضرور هو الطرف الآخر في العقد.[1]

بيد أن الرأي الراجح في الفقه يرى أن قيام مسؤولية البنك عن فعل الشيء هي على أساس المسؤولية العقدية و ليست على أساس المسؤولية غير العقدية، باعتبار أن الأشياء التي تنفذ بها العمليات المصرفية مثل الكمبيوتر و أجهزة الحاسوب هي مجرد وسيلة يستخدمها البنك لتنفيذ التزامه العقدي، فرضتها التكنولوجيا الحديثة و أدخلتها البنوك في جميع عملياتها، و منه فلا يمكن اعتبارها مستقلة عنها.[2]

و رغم محاولة الفقه و القضاء تأسيس مسؤولية البنك على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الأشياء بهدف حماية الحقوق المالية للعميل في مواجهة البنك المسيطر، إلا أنهم عجزوا عن ذلك بما أنهم لم يأتوا بجديد بخصوص أساس المسؤولية و طبيعتها و هو ما

[1] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 29.

[2] سليمان ضيف الله مطلق الزين، العمليات المصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية أمام المستهلك الالكتروني، دارالنهضة العربية، مصر، 2016، ص 297.

استوجب البحث على أساس آخر لمسؤولية البنك بغية توفير حماية اكبر للعميل المتعاقد مع البنك.

ثانيا: تأسيس مسؤولية طرفي عقد الحامل على أساس الالتزام بضمان السلامة :

الالتزام بالسلامة هو التزام يقع على عاتق احد الطرفين يحثه على تنفيذ التزاماته العقدية بطريقة تتفق مع حسن النية دون أن يصيب المتعاقد الآخر بضرر، فان لم يسلك المتعاقد هذا السلوك و أصيب المتعاقد الآخر بضرر من جراء ذلك، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية حتى و لو لم يتوفر عنصر الخطأ في حقه، و قد تم تقرير هذا الالتزام في مواجهة التطور و كفالة حق المتضرر لتعويض الضرر الذي لحقه حتى و لو كان ناشئا عند إبرام العقد.

و يتضح من هذا التعريف أن الالتزام بالسلامة احد الالتزامات العقدية التي يترتب على عدم تنفيذها مسؤولية احد المتعاقدين، و ما دامت العمليات المصرفية عقدا فانه من الممكن اعتبار إخلال البنك بالتزامه بالسلامة أساس للمسؤولية عن الأضرار الناتجة عن استخدام الكمبيوتر.[1]

فالهدف من هذا الالتزام الذي ينشأ في كنف بعض العقود، حماية المضرورين بعدم الزامهم باثبات خطأ المسؤول للحصول على التعويض، و عدم السماح للمسؤول بان يدفع عن نفسه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى حدوث الضرر.

-الأساس القانوني للإلتزام بالسلامة :

تقوم فكرة الالتزام بضمان السلامة على افتراض وجود شرط في نوع معين من العقود مفاده التزام المدين بتنفيذ العقد المبرم بينه و بين الدائن دون إيقاع أضرار به أي انه يضمن سلامة الدائن أثناء تنفيد العقد، لذلك أوجد القضاء فكرة الالتزام بضمان السلامة، و ادخله ضمن نطاق العقدي بقصد تكملة العقد و ذلك بإدراج التزام قانوني، برغم من أن

[1] قدة حبيبة، تقنيات النقل المصرفي و آلياته في ظل التحولات الاقتصادية، رسالة دكتوراه، تخصصس قانون اعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2016-2017، ص 241.

هذا الالتزام يندرج ضمن قواعد المسؤولية التقصيرية الذي يقضي بعدم الإضرار بالغير و قد إفترض القضاء أن العقد يتضمن الواجب العام و ذلك من اجل تمكين المتضرر من الجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية التي لا تلزمه باثبات وجود العقد الرابط بينه و بين الطرف الأخر لجبر الضرر لان هذا الضرر لم يكن نتيجة إخلال المتعاقد الآخر بأحد الالتزامات الواردة في العقد، و هوما أدى إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية التقصرية.[1]

و إستنادا إلى ما سبق ذكره يستوجب التطرق إلى الشروط العامة للإلتزام بضمان السلامة و محاولة اسقاطها على البنك بإعتباره شخص معنوي لمعرفة مدى ملائمة هذه الشروط في العلاقة العقدية بينه و بين العميل.

- **شروط تطبيق الالتزام بضمان السلامة :**

يربط الفقه و القضاء وجود الإلتزام بالسلامة في أي عقد بتوفر شروط معينة تتمثل في:

1-وجود خطر يتهدد أو يتعرض له احد طرفي العقد في جسده :

يقوم الالتزام بضمان السلامة على فكرة التزام المتعاقدين بعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر أثناء تنفيذ الالتزام، ومنه فيتم تحديد نطاق هذا الالتزام بالعقود التي تتضمن خطرا قد يتعرض له الأطراف أثناء تنفيذ العقد، و يحدد الفقه الضرر لإعمال الالتزام بضمان السلامة بأنه الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في جسده حتى تكمن مساءلة الطرف الآخر من العقد على أساس مخالفة الالتزام بالسلامة.

إلا أن غالبية الفقه يري بان إضافة إلى الضرر الجسدي فان الضرر المالي للمتعاقد يكفي أيضا لإثارة مسؤولية المتعاقد الآخر، على أساس الإخلال بالتزام ضمان السلامة.[2]

---

[1] بلعلمي فطوم، خنيش مباركة، المسؤولية المدنية للبنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، مذكرة ماستر، تخصص قانون شركات، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017-2018، ص 9.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 31.

وحول مدى إمكانية تطبيق هذا الشرط على الخطر الذي يهدد العميل في العمليات المصرفية و خاصة التحويلات المصرفية للنقود، انقسم الفقه إلى اتجاهين، الأول يري انه يجب النظر إلى الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق احد الطرفين و سلامة الطرف الأخر، فإذا كانت هناك صلة بين الاثنين فانه يمكن القول بان العقد يضع على عاتق الطرف المتحمل للإلتزام الرئيسي التزاما جديدا بضمان سلامة الطرف الآخر. أما الرأي الثاني فينظر إلى هذا الالتزام من زاوية نصوص القانون و العرف و العدالة، فإذا كان القانون يفرض هذا الالتزام على عاتق احد الطرفين في العقد لصالح الطرف الآخر أو يقضي به العرف أو يتماشى مع قواعد العدالة، كان هذا العقد يتضمن هذا الالتزام و العكس صحيح.

2-أن يكون المدين بالإلتزام محترفا :

يستخلص جانب من الفقه عن استقراء العقود التي طبق فيها القضاء الالتزام بضمان السلامة شرطا مهما مفاده أن يكون المدين بهذا الالتزام محترفا، فالمتعاقد مع المدين المحترف ينتظر منه أكثر مما ينتظر من الآخرين عناية و حرص في تنفيذه للالتزامات الناشئة عن العقد، فيجب أن يرتفع بما له من علم و خبرة إلى مستوى عال يجعله يتجنب الأخطاء التي تسبب ضرر للمتعاقد معه و يكون تحمل المدين المحترف ذي الخبرة العالية بضمان سلامة المتعاقد معه و ذلك لكونه محترف.[1]

ولا شك أن البنوك تنتمي إلى طائفة المحترفين، فهي تحترف أساسا كل العمليات المصرفية مثل قبول الودائع، و عمليات الإقراض و التعامل في القروض البنكية على اختلاف أنواعها، فالبنوك متخصصة دون غيرها في كل ما يتعلق بالعمليات المصرفي[2].

[1] محمد حسين عبد الظاهر، المسؤولية القانونية في مجال شيكات الانترنيت، دار النهضة العربية، الاسكندرية، 2002، ص 118.

[2] محمد شريف غنام، المرجع السابق، ص 42.

3-أن يكون الحفاظ على السلامة الجسدية لاحد المتعاقدين موكولا إلى المتعاقد الآخر:

و مقتضى هذا الشرط أن يكون احد طرفي العقد خاضعا للآخر من الناحية الجسدية إلا انه لا يعني أن يكون في حالة خضوع كلي، بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته الجسدية، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المريض بالطبيب الذي تجري له عملية جراحية، و يستوي ذلك أن يكون من الناحية الحركية أو الفنية، و مثال الفرض الأول عقد التعليم الرياضي، إذ أن الشخص الذي يكون خاضعا في الحركات التي يؤديها لرقابة المدرب أو المعلم و مثال الفرض الثاني خضوع المسافر للناقل، حيث يوكل إليه أمر سلامته حتى وصوله إلى غايته سليما معافى[1].

و بالرجوع إلى العقود المصرفية التي تجمع بين البنك و العميل، فالبنك مطالب بتنفيذ كل الأوامر التي يصدرها العميل سواءا عملية سحب أو تحويل للنقود مستعملا الصراف الآلي للبنك فإذا لم يلتزم بذلك تقوم المسؤولية العقدية، و حاول الفقه البحث في هذا النوع من العقود على المخاطر التي قد تلحق بالعميل، و التي تجب حمايته منها على أساس المسؤولية العقدية لإخلال البنك بإلتزام ضمان السلامة الناتج عن إستعماله للآدوات و الوسائل التكنولوجية في تنفيذ التزامه[2].

الفرع الثاني: المسؤولية التقصرية في بطاقات الإئتمان لأطراف عقد الحامل

المسؤولية التقصرية هي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون، و ذلك بتعويض الضرر الذي ينشأ دون وجود علاقة عقدية بين المسؤول عن هذا الضرر و بين المضرور، و مثال ذلك مسؤولية سائق السيارة التي يقودها بإهمال أو بدون حذر فيصيب إنسانا أو يتلف مالا للغير.

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 162.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 161

و لقد جرت النظرية التقليدية على انه يشترط لقيام المسؤوليتين توافر عناصر ثلاثة خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما[1].

و نظرا للصعوبات التي يواجهها المضرور في إثبات خطأ المسؤول في المسؤولية العقدية، بحيث انتقل للمتضرر عبئ إثبات الخطأ في عصر انتشر فيه استعمال الكمبيوتر و شاعت البرمجيات فزادت المخاطر، مما أدى هذا الانتشار إلى صعوبة التعرف على سبب الضرر و اختفت أسباب الأضرار و هدد المدعين بفشل دعواهم لعجزهم عن إثبات الخطأ[2].

كما أن الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه لتوفير الحماية الكافية لعملاء البنوك من الأضرار التي وقعت له نتيجة إجراء العمليات البنكية، و نظرا لعدم كفاية قواعد المسؤولية العقدية لتوفير هذه الحماية توجهت الأنظار إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لتحقيق حماية للمتضررين، ففي المسؤولية التقصيرية قد يسأل المصرف عن الضرر على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي أو على أساس المسؤولية عن فعل غير شخصي أي المسؤولية عن فعل الأشياء و تابعيه أي المستخدمين في مواجهة المتضرر سواء كان العميل او المصرف المرسل الذي يرتبط معه في شبكة نظام المعلومات، و قد ترفع دعوى تعويض عن المتضرر على مستخدم المصرف الذي

صدر منه غش أو إهمال استنادا إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي، كما تقوم المسؤولية عن فعل الاشياء التي تقوم على الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس و لكن المشكلة التي تثيرها قواعد المسؤولية التقصيرية هي مدى إمكانية تطبيقها على أطراف تربطهم علاقات تعاقدية تحدد حقوق و واجبات كل منهما ؟ لهذا فإننا سنتناول قواعد هذه المسؤولية و الإشكاليات التي تثيرها وفقا ما يلي :

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 138.

[2] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 64.

أولا :المسؤولية التقصرية عن الفعل الشخصي لاطراف عقد الحامل :

الأصل أن لكل من المسؤولية العقدية و التقصرية حدودها و مجالها الذي تختص به، فلا يجوز الخروج عن نطاق احد المسؤوليتين لتطبيق نطاق الأخرى، إلا انه في بعض الحالات فقد يعتمد تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في المجال العقدي، و ذلك حالة كان الضرر ناتج عن اخلال عقدي و قانوني في نفس الوقت.[1]

و يقصد بالمسؤلية عن الفعل الشخصي التي ترجع إلى الفعل الشخصي أو بعبارة أخرى، فعل يصدر عمن احدث الضرر، متضمنا تدخله مباشرة لأحداثه دون وساطة شخص آخر أو تدخل شيء مستقل عنه، حيث ينشا الضرر عن فعل ينسب للمسؤول شخصيا.

و لما كان الأصل هو مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تضر بالآخرين فان مسؤوليته عن فعل غيره أو عن فعل الأشياء التي في حراسته كإستثناء و في حالات محددة لذلك أورد المشرع الجزائري كنظيره المشرع الأردني و المصري أحكاما تفصيلية لهذه المسؤولية حيث نظمها المشرع الجزائري في المواد من 124 إلى غاية المادة 133 من القانون المدني الجزائري.[2]

و يكاد الفقه يجمع على أن المسؤولية عن الفعل الشخصي تتكون من ثلاثة أركان و هي: الفعل الضار و هو الخطأ، و الضرر الذي ينتج عن الخطأ و علاقة سببية بين الفعل المرتكب و الضرر الذي يحدث و هي ما يطلق عليها برابطة السببية.

غير أن المشرع الفرنسي كيف الفعل المنشئ للمسؤولية على انه خطأ و هو ما استلزم الرجوع إلى سلوك الفاعل و إدراكه لتقدير ما إذا كان الفعل الضار يعد خطأ أم لا، و حتى نستطيع الوصول إلى تحديد الحالات التي يمكن أن تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للبنك

[1] لخضر رفاف، مرجع سابق، ص 167.

[2] بلعلمي فطوم، خنيش مباركة، المرجع السابق، ص 19.

المتعاقد فلابد من تحديد أمكانية المدعى العميل ذي الخيرة بين رفع دعواه على أساس مسؤولية عقدية أو تقصيرية عند حدوث نزاع بينه و بين البنك عند استعمال البطاقة.[1]

الخبرة بين المسؤولية العقدية و التقصرية :

ثار نقاش فقهي، شرعي و قضائي كبير بخصوص مسألة الجمع أو الخيار بين كل من المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في حال ما إذا توفرت في العمل الواحد شروط المسؤوليتين معا ؟ و قد انقسم الفقه في هذه المسألة إلى اتجاهين :

أ – الاتجاه المعارض لمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين :

فالرأي الأول، هو رأي الأغلبية يفرق بين نوعي المسؤولية من عدة نواحي.[2]

يرى أنصار هذا الاتجاه انه ليس من حق المضرور الاختيار بين إحدى المسؤوليتين لان دعوى المسؤولية العقدية تسقط دعوى المسؤولية التقصرية و قد اعتمد هذا الاتجاه على العديد من الحجج من بينهما أن لكل من نوعي المسؤولية المدنية نطاق خاص به و بالتالي لا يجوز تطبيق قواعد احدهما في النطاق المخصص للأخرى.

و هناك اختلاف بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ترجع إلى طبيعة كل من المسؤوليتين، فالمسؤولية العقدية جزاء الإخلال بالتزام عقدي، و الطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العملية التي تلائمها و التي تخالف الحلول العملية الأولى فلابد إذن من التميز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، لان التميز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما و يترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما[3].

كما انه إذا أجيز للدائن الاختيار بين المسؤوليتين لترتب عليه ظلم في بعض العقود مثال ذلك عقد الوديعة فطبقا لنص المادة 1/592 من القانون المدني الجزائري "إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع لديه أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 43.

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 144.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 754.

ماله، فلو اجزنا للمودع لديه الخيرة لترتب عليها أن يسأل المودع لديه المتبرع ببذل عناية الرجل المعتاد طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية، مع أن هذا المودع لديه لا يستطيع أن يبذل هذه العناية إذ الغرض هو انه لا يبذل في حفظ ماله إلا عناية تقل عن عناية الرجل المعتاد فكأننا ظلمناه بتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية[1].

-الاتجاه المؤيد لمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين :

إن العلاقة التي تربط البنك و العميل في اطار تنفيذ العمليات البنكية يتم تنظيمها بموجب عقد يربط بين الطرفين، لذلك فكل إخلال بالتزام عقدي تنشا عنه مسؤولية عقدية إلا أن الإخلال بالتزام عقدي لا يمنع من تحقق المسؤولية التقصيرية لان العلاقة التي تجمع المصرف و العميل تقتضي ألا يخالف أحكام القانون، مما يعني تدخل المشرع في العلاقة بينهما، الأمر الذي يجعل قيام المسؤولية التقصيرية ممكن الحدوث حتى في اطار العلاقة التعاقدية.

و بناء عليه يمكن للعميل التمسك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بدلا من العقدية نظرا لما تحققه من مزايا كالزيادة في مبلغ التعويض الذي يمكن أن يستحقه و بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية مقارنة بالمسؤولية العقدية[2].

و بما أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الإتفاق على استبعادها بما أنها من الأصل العام عكس المسؤولية العقدية التي يجوز للمتعاقدين التنازل عنها، بالإضافة إلى أن المسؤولية التقصرية موجودة قبل العقد و تسري أحكامها على المتعاقدين قبل التعاقد فإذا يتم التعاقد فذلك يعتبر اضافة و هذه الإضافة لا تقصى المسؤولية التقصيرية و أكد هذا الاتجاه أن المسؤولية تنشطر إلى شطرين الأول ذو مصدر عقدي و الثاني ذو مصدر تقصري، ولإضفاء التكامل بين المسؤوليتين فلا يوجد مانع من الخيار بين المسؤوليتين إذا كان ذلك بمثابة حماية للطرف المضرور و الذي قد يمنحه فرص أكثر لاستحقاق التعويض

[1] علاوة عبد الحق، مرجع سابق، ص ص 182-183

[2] علاوة عبد الحق، مرجع سابق، ص 183.

حالة إذا كان حجم التعويض في المسؤولية العقدية ضئيل يضر بهذا الطرف، و من وجهة نظرهم أن الخيرة تؤدي إلى تحقيق التوازن في العلاقات الاجتماعية، بالاضافة إلى نقل عبث الاثبات من الدائن إلى المدين و هو ما يسهل الحصول على التعويض عكس المسؤولية العقدية التي يكون فيها الدائن هو المطالب بالإثبات[1].

و قد توسع البعض من أنصار هذا الاتجاه في مفهوم الخيرة، بحيث لم يقتصر على المعنى الضيق لها أي انه اختيار المضرور إحدى المسؤوليتين و خسرها لم يجز له دفع الأخرى، بل أجاز للمضرور أن يدفع إحدى الدعويين بصفة أصلية و الدعوى الأخرى بصفة احتياطية شريطة ان يحتفظ لكل نوع بشروطه و نطاقه لتعزيز إحدى الدعويين للأخرى، بل أجازوا للمضرور إذا خسر دعواه المستندة إلى إحدى المسؤوليتين أن يرفعهما مرة أخرى، مستندا على المسؤولية الأخرى، على اعتبار أن محل الدعوى الثانية تختلف عن المحل في الدعوى الأولى، و يتحقق ذلك إذا طلب المضرور في الدعوى الثانية، بتعويض غير التعويض الذي طالب به في الدعوى الأولى، فلا تصدم الخيرة مع مبدأ قوة الشيء المحكوم به.

لذلك فان تأسيس مسؤولية البنك على قواعد المسؤولية التقصرية تحقق للعميل كما سبقت الإشارة العديد من المزايا التي لا تتحقق في ظل قواعد المسؤولية العقدية، لكن المفاضلة بين المسؤوليتين يعد من أهم المسائل الخلافية بين الفقهاء في اطار المسؤولية المدنية بين مؤيد و معارض [2].

[1] بلخام منصف صلاح الدين، مرجع سابق، ص 40.

[2] العمري ربيع وآخرون، مدى جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2001-2002، ص42.

و بالرغم من غلبة مبدأ الخيرة في الوقت الراهن فان هذا المبدأ ترد عليه استثناءات الذي اتفق عليه غالبية الفقه و هي جواز منح المتعاقد إمكانية الاختيار بين نظامي المسؤولية و كذلك الحالات التي تقوم فيها المسؤولية التقصرية للمتعاقد [1].

- **حالات قيام المسؤولية التقصرية للبنك اتجاه عملائه :**

لقد رأينا فيما سبق أن هناك بعض الفقه من يرفض فكرة الخيرة للزبون بين نظامي المسؤولية، فلا يحق للزبون الذي تربطه علاقة تعاقدية بالبنك أن يقيم دعواه على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية فوجود الرابطة العقدية تحتم عليه عند وقوع الضرر له نتيجة تنفيذ العقد أن يلجأ لقواعد المسؤولية العقدية لإقامة دعوى تعويض إلا انه يستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يكون فيها الخطأ العقدي الصادر عن البنك يشكل في نفس الوقت مخالفة جزائية، ثم نتطرق إلى الحالة التي ينتج فيها الخطأ عن غش من طرف البنك أو إخلال جسيم بالالتزامات الملقاة على عاتقه.

1-الخيرة في المسؤولية حالة الجريمة

و نكون أمام هذه الحالة في حالة وجود عقد يربط بين طرفين و صاحبه إخلال بالتزام عقدي إلى جانب قيام المسؤول بعمل يشكل عمل إجرامي و بالتالي فالفاعل هنا اخل بالالتزام العقدي التي يحدد احكامه إرادة الأطراف بالإضافة إلى الإخلال بالالتزام القانوني الذي لا يخضع لارادتهم و عموما يؤدي إلى إشكال في نوع المسؤولية، فهل يتم تطبيق قواعد المسؤولية العقدية و قواعد المسؤولية التقصيرية معا ؟ ام يتم تجاهل العقد و اللجوء إلى القواعد التقصيرية ؟ أم أن الحرية تعود للمضرور و هو من له حرية الاختيار كما يراه في صالحه ؟ فيرى في هذه الحالة غالبية الفقه انه يجوز الاختيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية كإستثناء في حالة صاحب تنفيذ العقد عمل إجرامي مستندين

[1] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، مرجع سابق، ص 22.

في ذلك أن شروط الدعويين قد توافرت و منطق القانون انه متى توفرت شروط الدعوى جاز لها أن ترفع، و في هذه الحالة يجوز للدائن الخيرة بين المسؤوليتين[1].

و يرى جانب معارض لفكرة الخيرة أن الدعوى تكون للمسؤولية العقدية لتوفر الشروط التي تسمح للمضرور أن يتسمك بها، و بما أن الإخلال الواقع يمثل إخلال بالتزام عقدي فالمسؤولية العقدية هي الأولى و إلا اختلطت الفروق فيما بينهما و بين المسؤولية الجنائية، و أضافوا أيضا أن ماوقع من إخلال بالعقد و من فعل إجرامي فالأولوية لتطبيق المسؤولية العقدية التي تعبر عن إرادة المتعاقدين[2].

أما بالنسبة لحالة البنك و باعتباره شخص معنوي فمن المنطقي لا يتصور أن إخلاله بالتزامه العقدي يؤدي إلى ارتكاب جريمة، و بما انه يتم تمثيله من قبل موظفين أي أشخاص طبعين في تعامله مع عملاءه فان حالة ارتكاب احد هؤلاء لجريمة جنائية

خلال ممارستهم لوظيفتهم في البنك فلا يسأل البنك عن هذه الجريمة أي لا يسال على أساس فعله الشخصي و ذلك لامتلاكه الشخصية المعنوية، إلا في حالة كانت هذه الجريمة المرتكبة من قبل الموظف صادرة من البنك نفسه و دون الخروج عن حدود ما تتطلبه وظفية الموظف[3].

2-الخيرة حالة ارتكاب البنك غشا أو خطا جسيم :

إن ارتكاب البنك التدليس و الخطأ الجسيم عند تنفيذ العقد يشكل خرقا لهذا الأخير، لذلك يمكن للدائن اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ليستفيد من تعويض اكبر مما يحصل عليه عند لجوءه إلى قواعد المسؤولية العقدية على سبيل المثال، لذلك يرى غالب الفقه أن حالات التدليس و الخطأ الجسيم تعد إستثناءا على مبدأ الخيرة.

[1] عبد الرزاق تحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 758.

[2] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، المرجع سابق، ص 42.

[3] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 177.

و يترتب على كل من التدليس و الخطأ الجسيم خطورة على المراكز القانونية لدرجة تقترب من الخطأ العقدي، فالغش أو التدليس هو الحالة التي يستخدم فيها احد المتعاقدين وسائل احتيالية يقصد الإضرار بالطرف الآخر و ذلك لدفع الدائن على قبول التنفيذ المعيب دون ان يكشف المخالفة، أما الخطأ الجسيم فهو يقوم على نوع من عدم الاكتراث والإستهتار دون النظر إلى الضرر المحتمل جراء ذلك [1].

و في اطار علاقة البنك بالزبون فانه لا يمكن تصور استخدام البنك لوسائل احتيالية أثناء تنفيذ العقد، إلا في حالات التي تتم من طرف متبوعي البنك عند ممارستهم لأعمالهم دون الخروج عن نطاق وظيفتهم، لكن يمكن تصور ارتكاب البنك خطا جسيم و هو حدوث إخلال البنك باحد الالتزامات الناشئة عن العقد كعدم وضع وسائل الحماية الكافية أو عدم حفاظه على البيانات و المعلومات المتعقلة بأدوات التحويل الالكتروني مما يؤدي إلى كشفها للغير و لقد أكدت التطبيقات القضائية انه في حالة

ارتكاب احد المتعاقدين لغش او خطأ جسيم أثناء تنفيذ العقد فانه يتم تطبيق قواعد المسؤولية التقصرية بدلا من قواعد المسؤولية العقدية و هذا ما اقره كل من القضاء الأردني و المغربي [2].

أما الخطأ الجسيم فيعرفه البعض على انه : "ترك الاحتياط عن دفع ضرر متوقع و يكون الخطأ جسيما عندما يكون الإخلال بالواجبات القانونية على جانب من الأهمية أو الإهمال الذي يكون على قدر من الجسامة و الخطورة "، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف الغش و الخطأ الجسيم إلا انه قد ساوى بين أحكام كل منهما و ذلك في المادة 185 و المادة 372 من القانون المدني، حيث اقر بان الغش و التدليس و الخطأ الجسيم يتطلبون دوما وجود نية في الغش و الخداع لدى الفاعل،

[1] بلعلمي فطوم، خينش مباركة، المرجع السابق، ص24.

[2] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص 44.

لكن المساواة بين الغش و الخطأ الجسيم تؤدي إلى نفس الآثار القانونية في حالة تحققا إلا أن الخطأ الجسيم مهما كان لا يعني بالضرورة أن مرتكبه يرغب في تحقق الضرر مثل الخطأ الغير عمدي كالإهمال و عدم الحيطة عكس الغش الذي تتوفر فيه القصد والنية للإضرار بالغير.[1]

كما أن المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري و باستقرائها يستنتج أن المشرع الجزائري منح حرية الخيرة بين المسؤوليتين في حالة ارتكاب المدين للغش أو خطا جسيم أثناء تنفيذ التزامه و ذلك لجبر الضرر الغير متوقع حالة تأسيس الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية كما أن المسؤولية العقدية لا تضمن للمتضرر سوى التعويض عن الضرر المتوقع وقت إبرام العقد.

بالإضافة إلى حالة الغش و الخطأ الجسيم يمكن مساءلة البنك والحامل على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية في حالات أخرى، كما لو انه أدلى بمعلومات خاطئة أثناء

مرحلة التفاوض لان الخطأ في هذه الحالة يكون صادر من البنك قبل التعاقد فلا يمكن لهذا الأخير التحجج ببنود العقد بما ان العقد لم يبرم بعد و العميل في هذه الحالة يعتبر من الغير و أي إضرار به يتحمل البنك المسؤولية على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية و نفس الأمر بالنسبة لحالة بطلان العقد.

و رغم أن المسؤولية التقصيرية الشخصية تحقق نوع من الفائدة لعملاء البنك حالة تعرضوا لأضرار من جراء فيما معهم بعمليات التحويل المصرفي إلا أنها تحميهم من جميع الأضرار الذي قد يسببها استعمال النظام الرقمي أو الوسائل و الأدوات المستعملة و سبب ذلك أن هذا النوع من المسؤولية يستوجب إثبات الخطأ و إثبات العميل لخطا البنك يعتبر أمرا صعب التحقق لامتلاك البنك السيطرة و التحكم على النظام الالكتروني و الأدوات المستعملة من قبله و هو ما يدفعه لاستعمال هذه الخاصية لصالحه بالإضافة إلى أن

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 75.

المخاطر التي تلحق بالعميل في عمليات التحويل المصرفي غير محصورة في الاستثناءات التي تمكن الفقه من خلالها المدين من الخيرة بين المسؤوليتين[1].

- **خطأ حامل البطاقة الإئتمانية عن فعله الشخصي**

يخضع للمساءلة القانونية وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية كل حامل شرعي لبطاقة الدفع الإلكتروني عن كل إستعمال سيء من شأنه أن يلحق ضرارا بالغير بما ىفي ذلك البنك، ومن صور إساءة إساءة إستعمال بطاقة الدفع نذكر قيام الحامل بعدم إرجاع البطاقة للبنك رغم إنقضاء عقد الحامل وإستمراره في التعامل بها وسحب الأموال لأن مثل هذه العقود تكون محددة بمدة زمنية محددة تنتهي إلتزامات الأطراف بإنتهائها، وبالتالي فإن كل خطأيرتكب بعد تاريخ إنتهاء الصلاحية يعتبر خارج الدائرة العقدية ويكيف كخطأ تقصيري تقوم معه المسؤولية التقصيرية لا العقدية.

وعليه فإن البنك إذا تضرر من الإستعمال غير المشروع للبطاقة من طرف عميله الذي إنتهت مدة صلاحيته بطاقته الإلكترونية فإنه هو المطالب بإثبات هذا الخطأ بركنيه المادي والمعنوي، لأن المسؤولية هنا شخصية أساسها الخطأ واجب الإثبات علما وأن الإثبات في الميثال الذي قدمناه أمر بسيط بالنسبة للمدعي (البنك) لأن العقد المبرم بينه وبين العميل مكتوب وبالتالي يسهل إثبات إنتهاء مدته كما أن إستعمال البطاقة للقيام بعملية مالية (سحب، تحويل، إقتطاع) مسألة محفوظة في ذاكرة الآلة أو الصراف الأمر الذي يزيد من سهولة البنك في إثبات الركن المادي للخطأ (التعدي)، أما إثبات الركن المعنوي فلا يشكل صعوبه بالنسبة للمدعي لأن إبرام عقد الحامل يستلزم تقديم العميل (الحامل) لعدة وثائق ثبوتية من بينها بطاقة الهوية التي يتأكد بموجبها البنك من إكتمال أهلية المتعامل

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 181.

معه، الأمر في منأي عن المخاطر المتعلقة بالتعامل مع القصر نتيجة التحايل والتدليس الإلكتروني [1]

ثانيا :المسؤولية التقصرية غير الشخصية كاساس لمسؤولية اطراف عقد الحامل

إذا كان في المسؤولية التقصيرية يسأل الشخص على أساس الأعمال المخالفة للقانون التي قام بها بنفسه، فقد يسأل مدينا أيضا عن الأفعال الصادرة من شخص آخر حالة أدت هذه الأفعال إلى حدوث ضرر بالغير.

و تقوم المسؤولية التقصيرية الغير شخصية على أساس الخطأ المفترض عكس المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية التي تقوم بها على وجوب إثبات الخطأ حيث تسهل هذه القواعد عن المضرور في تعويض الضرر الحاصل له و ذلك بإزالة عبئ إثبات الخطأ عليه و لقد تناول المشرع الجزائري في القانون المدني المسؤولية عن الفعل غير الشخصي في المواد من 134 إلى غاية 140مكرر.

لذا سنتعرض لكل من المسؤولية عن فعل الغير و المسؤولية عن فعل الأشياء :

1-مسؤولية طرف عقدي الحامل بإعتبارهما متبوعان :

يعد البنك شخص معنوي لا يمكنه ممارسة العمليات البنكية بنفسه، فيظطر إلى الاستعانة ببنوك أخرى لإتمام تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد خاصة في الحوالات الخارجية، كما أن البنك قد يحتاج إلى خدمات أشخاص متخصصين في مجالات أخرى بهدف تسهيل إبرام عقود الخدمات المصرفية أو تسهيل اتصال العميل بالبنك كمزودي خدمات الأنترنيت أو مزودي خطوط الاتصال السلكي و اللاسلكي الناقل للأوامر فهؤلاء يتعاملون مع الوثائق و العملاء، لذلك فان الأخطاء التي قد تقع أثناء تنفيذ العقد المبرم بين

[1] فارس بوبكر، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الالكتروني واحكام المسؤولية عن الفعل الشخصي، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سطيف، العدد 13، جانفي 2020، ص296.

البنك و العميل تكون مرتكبة من طرفهم و ليس من طرف البنك لكن البنك الذي تعاقد مع العملاء يمتلك شخصية حقيقية و مستقلة عن شخصية التابعين له[1].

و بما أن البنك شخصية معنوية مستقلة عن شخصية موظفيه فان التساؤل الذي نطرحه من قبل من يعملون لحسابه، فهل يتم مسائلة البنك على أساس انه متعاقد أم يسأل باعتباره متبوع؟.[2]

و للإجابة على هذا التساؤل نتطرق أولا لمضمون نظرته التبعية ثم من بعدها نتطرق إلى المركز القانوني لموظفي البنك و أخيرا الحالات التي تقوم فيها مسؤولية البنك باعتباره متبوعا.

تعتبر مسؤولية المتبوع عن عمل التابع هي الحالة الوحيدة التي يسال فيها الشخص عن عمل الغير بالمفهوم القانوني الحقيقي، و ذلك نظرا لأهميتها البارزة في الحياة العملية.

و نجد أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عالجتها المادتين 136و 137 من القانون المدني الجزائري و يتمثل أطراف هذه المسؤولية في :

1-**المتبوع** : و هو الشخص الذي يمارس على الخادمين أو التابعين سلطة التوجيه و الرقابة، أو هو الشخص الذي يعمل لمصلحته شخص آخر (التابع) الذي تخضع لسلطته الفعلية، و يتلقى منه الأوامر و التوجيهات للقيام بالعمل.

2-**التابع** : هو كل شخص وضع نفسه تحت إمرة شخص آخر لتنفيذ أعمال يكلفه بها لمصلحته فهو الشخص الذي يخضع لسلطة المتبوع و يتلقى منه الأوامر و يطيعه في توجيهه فعلا أو يفترض أن يطيعه.[3]

و طبقا للمادة 136 من التقنين المدني لتقوم هذه المسؤولية يشترط فيها مايلي :

---

[1] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، المرجع السابق، ص 25.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 183.

[3] صوالح محمد عمارة، الخطأ المفترض كاساس للمسؤولية التقصيرية في التشريع الجزائري، يوم دراسي حول مستقبل عناصر المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 28 جانفي 2020، ص 84.

– **أن تكون علاقة تبعية** : أي توجد علاقة بين شخصين، بحيث يكون احدهما خاضع للآخر، و المقصود بهذه التبعية هي ولاية الرقابة و التوجيه، اي يكون للمتبوع سلطة فعلية، وهي السلطة التي يمارسها المتبوع على التابع.

– **خطأ يتسبب فيه التابع** : بحيث يكون خطأ التابع قد صدر منه أثناء تأديته لوظيفته أو بسببها أو بمناسبتها فهذه المسؤولية مؤسسة على الخطأ المفترض في جانب الطرف المستفيد من هذه العلاقة و هو المتبوع، و يتمثل الخطأ المنسوب إليه في كون انه لم يحسن اختيار تابعيه، الأمر الذي حال بينه و بين إحكام الرقابة على تصرفات هذا التابع فإذا تحققت شروطها كان للضحية إما مقاضاة المتبوع أو الرجوع على التابع أو الرجوع عليهما باعتبارهما متضامنين [1].

- **المركز القانوني لموظفي البنك :**

إن استعمال البنوك لوسائل تقنية تعتمد على الأنظمة الالكترونية و معالجة المعلومات ينتج عنه أضرار للعملاء نتيجة استخدام هذه الأنظمة الالكترونية التي هي في الأصل معقدة. [2]

و بما أن البنك يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، و يتولى الإشراف و الرقابة و التوجيه على هؤلاء التابعين بواسطة ممثليه، فان التساؤل الذي يطرح هنا هو : هل يسأل البنك عن أخطائهم باعتباره متعاقد أو باعتباره تابعا ؟

للإيجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : و يرى أن البنك يكون مسؤولا عن الأضرار التي تصيب عملاءه مسؤولية عقدية شخصية، و ذلك لان مستخدمي البنك لا يتعاملون مع العميل بصفة شخصية و إنما بصفتهم نائبين عن البنك الذي تربطه بعملائه علاقة تعاقدية.

[1] المرجع نفسه، ص 84

[2] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص 48.

إلا أن هناك اتجاه آخر يفرق بين مسؤولية البنك عن الأفعال الصادرة عن ممثله القانوني صاحب المركز السلطوي، و بين الأفعال الصادرة عن المستخدم صاحب المركز التنفيذي ففي الحالة الأولى يسأل البنك مسؤولية عقدية شخصية باعتبار ان الفعل الصادر من ممثله كانه صادر من الشخص المعنوي نفسه، اما الحالة الثانية فيرون أن البنك مسؤولا باعتباره تابعا.

و قد انتقد البعض الرأيين السابقين على اعتبار أنهم لا يستندان إلى أساس قانوني، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذه التوجيهات في حالة وجود عقد يربط بين الشخص المعنوي و المضرور يؤدي إلى احكام قواعد المسؤولية التقصيرية داخل الإطار العقدي[1].

يقصد بالشيء عموما الأشياء المادية غير الحية إذا كانت بطبيعتها أو بسبب ظروف محيطة بها بحاجة إلى عناية خاصة للوقاية من ضررها، مع ملاحظة أن الآلات الميكانيكية تعتبر دائما في حاجة إلى هذه العناية الخاصة بحكم القانون، و يعد جهاز الكمبوتر أو الحاسوب من الأشياء الميكانيكية، لذلك تقوم المسؤولية عن فعل الأشياء على فكرة مؤداها أن كل من يتولى حراسة الأشياء تتطلب عناية خاصة أو حراسة الآلات الميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه الأشياء، و تظل مسؤولية هذا الحارس قائمة ما لم يثبت وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لايد له فيه [2]، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 138 من القانون المدني الجزائري حيث تنص كل من تولى حراسة شيء و كانت له قدرة الاستعمال والتسير و الرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

و يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو الغير، أو الحالة الطارئة او القوة القاهرة.

و باستقراء المادة 138 من ق.م.ج يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل مسؤولية الحارس شاملة لجميع الأشياء، بل قصرها على الآلات الميكانيكية التي تتطلب عناية

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 184.

[2] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، المرجع السابق، ص 30.

خاصة بالتحديد، و لعل جهاز الحاسب الآلي من أبرزها و سوف نوضح شروط تحقق المسؤولية و كذلك الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية.

- **شروط تحقق مسؤولية الحارس عن الأشياء**

و بناء على ما جاء في المادة 138 سابقة الذكر فانه لابد من توافر شرطين لتحقق المسؤولية و هما تولى شخص حراسة الأشياء و شرط ثاني يتمثل في وقوع الضرر بفعل الشيء.

1-تولى شخص حراسة الأشياء : أن يكون هذا الشيء في حراسة شخص يسمى الحارس و هو من كانت له قدرة الاستعمال والتسير أي من له السيطرة الفعلية المستقلة على الشيء و التصرف في أمره و تقتضي هذه السلطة أن يكون للشخص السلطة المعنوية عليه أما السلطة المادية غير كافية [1].

2-وقوع الضرر بفعل الشيء : أن يكون الضرر قد نجم عن فعل الشيء الذي كان في حراسة جهة معينة أي أن يكون لهذا الشيء دور في إحداثه، فالشيء يتسبب بشكل أو بآخر في إحداث الضرر، بصورة يمكن معها القول بان لولا فعله لما حدث الضرر، فأساس مسؤوليته عن الأشياء غير الحية في نص المادة 138 من ق.م.ج.هو الخطأ في الحراسة، و الخطأ هنا مفترض من طرف المشرع افتراضا لا يقبل إثبات العكس لأن هناك التزام محدد يقع على عاتق حارس الشيء و هو منعه من أحداث الضرر، و هذه المسؤولية هنا تعتبر مفترضةو بالتالي فالمتضرر ليس ملزما بإثبات الخطأ الذي ارتكبه الحارس، فيكفي قيام الصلة السببية بين فعل الشيء و الضرر [2].

و نظرا لان أساس مسؤولية حارس الأشياء هو الخطأ في الحراسة، و هذا الخطأ مفترض اقتراضا لا يقبل إثبات العكس، و منه الوسيلة الوحيدة التي تعفيه من المسؤولية هي إثبات السبب الأجنبي.

---

[1] صوالح محمد عمارة، المرجع السابق، ص 85.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 118.

المطلب الثاني : الإتجاه الحديث للمسؤولية المدنية

بدت المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ و لمدة طويلة كافية لجبر ضرر المضرورين و منحهم تعويضا كافيا و عادلا، على أن يقوم المضرور وفقا للقواعد العامة للأثبات بإقامة الدليل في حق المتسبب في الضرر.

غير انه كانت هذه النظرة للمسؤولية مع بداية القرن التاسع عشر، و في خضم التطور الصناعي و التكنولوجي و حتى السياسي و الاجتماعي، تغيرت بالنسبة للفقه و القضاء إلى نظرة عدم كفاية و عجز في نظام المسؤولية القانونية القائمة على الخطا، بسبب قصورها في حل مشاكل التعويض التي يعتبر فيها الضرر ثابتا و المسؤول مجهولا، سواءا بإنعدامه أو بعدم أمكانية الدليل على خطئه[1].

و كنتيجة لتطور نشاط الدولة و ازدياد تدخلها في كافة المجالات، و كذا التحولات الاقتصادية و تطور القضايا المعروضة على القضاء ظهرت اتجهات فقهية و قضائية جديدة بحثا عن العدالة للمضرورين في حال إنتفاء الخطأ أو صعوبة إثباته، و ذلك بالتوجه إلى مسؤولية أوسع نطاقا من المسؤولية القائمة على الخطأ.

هذا التوجه جسدته نظرية المخاطر أو مايسمى بتحمل التبعة كمسؤولية موضوعية قائمة على فكرة الضرر و ليس الخطأ حيث تم اقتراحها كفكرة جديدة قادرة أن تحل محل الخطأ في تأسيس المسؤولية أو كفكرة مكملة له أمام عجز أو قصور القواعد التقليدية عن تعويض المضرورين.

و للوقوف على مدى نجاعة هذه النظرية في توفير الحماية للعميل سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين حيث تتناول في الفرع الول مسؤولية البنك باعتباره مهنيا أما النوع الثاني نتناول نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية أطراف عقد الحامل عن استعمال بطاقات الإئتمان.

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 633

الفرع الأول : مسؤولية البنك باعتباره مهنيا

تعتبر البنوك احد الدعمات الأساسية للإقتصاد القومي، حيث تلعب دورا هاما في تسهيل المعاملات الاقتصادية و التعاملات المالية، و ذلك عن طريق مختلف الخدمات التي تقدمها حيث تلعب دور محوري في تطوير الاقتصاد و دفع عجلة التنمية، و نظرا لدورها البارز و الهام على المستوى الاقتصادي جعل من العمليات المصرفية المختلفة تحتوي على مخاطر كبيرة و مختلفة و التي قد تلحق الضرر بلأشخاص العادين المتعاملين مع البنك لاسيما في استعمال بطاقات الإئتمان [1].

و اكتساب البنوك عند ممارستها لأنشطتها المصرفية لصفة المهني المحترف، أدت إلى إدراك الفقه للدور الذي تلعبه الصفة المهنية في تحديد الالتزامات التي تثقل كاهلها في مواجهة عملائها الغير المهين، بالإضافة إلى دور هذه الصفة في تشديد مسؤولية هذه البنوك عن أي أخطاء ترتكبها في مواجهة عملائها مقارنة مع مسؤولية الغير المهين، حيث أن اكتساب هذه البنوك لصفة المهني المحترف توسع من مجال مسؤوليتها مما تجعلها مطالبة بتنفيذ التزاماتها بصفة تعكس احترافها محققة ما ينتظر منها بصفتها مهني محترف[2].

و نظرا لأهمية الصفة المهنية للبنك و خطورة دور هذه الأخيرة و اتساع نطاق خدماتها ادخلها ذلك في دائرة المسؤولية المتشددة لإمكانياتها الواسعة و المتطورة و لمعرفة مدى تأثير الصفة المهنية على التزامات البنك في مواجهة الحامل نتناولها أولا أما ثانيا نقوم بدراسة الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك اتجاه الحامل.

اولا: اثر الصفة المهنية على التزامات البنك في مواجهة الحامل:

يمكن للمهني بفضل حنكته و خبرته التهرب حتى من النصوص القانونية و ذلك من خلال تحرير عقود بشروط عقدية تتماشى و النصوص القانونية، إلا أنها تحمل في تحمل

[1] بلخام صلاح الدين منصف، المرجع السابق، ص 50.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 193.

في طياتها طابعا تعسفيا يصعب اكتشافه حتى من طرف القاضي و ذلك من خلال التقنيات المستعملة في صياغة العقود النموذجية التي تكون في الغالب من طرف فرق عمل متخصصة من الخبراء الذين يملكون تقنيات و مهارات هذا الميدان [1].

إن العقود التي تبرمها البنوك مع عملائها في العمليات المصرفية عموما لا تتضمن جميع الالتزامات التي تقع على أطرافها، فقليلا ما يهتم أطراف العقد بتحديد محتوى أو مضمون التزاماتهم بشكل محدد و صريح فهم يقومون بتحقيق عملية معينة نتائجها الاقتصادية معلومة لهم و مرغوبة منهم و لكن دون تحديد تفصيلي لإلتزاماتهم الرئيسية التي تحقق لهم هذه النتائج و عموما أدى إلى اللجوء و الرجوع إلى الأعراف و العادات المهنية البنكية لتحديد مضمون و موضوع هذا الالتزام بوجه عام [2].

و بما أن الالتزامات المهنية فرضتها أصول المهنية على البنك الذي يمارس النشاطات المصرفية، و أن هذه الالتزامات لا يتضمنها العقد المبرم بينه و بين العميل فهل تأثير الصفة المهنية على الخطأ ناتج عن إخلال هذه الإلتزامات يجعل منه ذو طبيعة عقدية أم تقصيرية ؟ أم أن طبيعته خاصة مستمدة من الأعراف المصرفية ؟

يري بعض الفقه أنه يجب التميز بين نوعين من الالتزامات التي تقع على الشخص المهني "البنك" الأول تلك التي يتضمنها العقد المبرم بين المهني و العميل(الحامل)، فهذه الالتزامات ذات طبيعة عقدية و أي إخلال بها يشكل خطأ عقديا يترتب عليه قيام المسؤولية العقدية في مواجهة المهني المسؤول.

أما النوع الثاني : فهو الالتزامات التي تجد مصدرها في العادات و الأعراف فهذه الالتزامات ذات طبيعة مهنية خاصة، يشكل الخطأ الناتج عن الإخلال بها نوعا جديد من الخطأ يسمى "الخطأ المهني " و الذي يقوم في كل حالة يخرج فيها الشخص المهني عن قواعد و أصول مهنته وتعد مسؤولية البنك وفقا لهذا الاتجاه مسؤولية مشددة عن أخطائه

[1] علاوة عبد الحق، المرجع السابق، ص 233.

[2] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص 85.

المهنية، و هو يختلف عن الخطأ العادي الذي يقع دون أن يكون الشخص المهني قد أخل بالأصول الفنية المهنية، ووفقا لهذا التوجه يترتب على عاتق الشخص المهني مسؤولية مطلقة، بينما الخطأ العادي لا يرتب مسؤولية إلا إذا كان الخطأ على قدر من الجسامة[1].

و لكن بما أن العقد شريعة المتعاقدين و منه تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالعقد الجامع بين المهني و زبونه عقدية، حيث أن كل منهما يجمعه مع الآخر عقد منتج لآثاره، و بالعودة للمادة 2/107 من ق.م.ج. و التي نصت على انه "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام " و منه بات الأخذ بالرأي السابق يعني التخلي عن العقد بصفة نهائية كمصدر للالتزامات، و كما جاء في المادة السابقة الذكر فان الالتزامات التي تنتج عن العادات و الأعراف تعد مكملة للعقد و منه فمن غير المنطقي اعتبار أن جميع الالتزامات هي التزامات مهنية و أن أي إخلال بتلك الالتزامات يشكل خطأ مهني ذو طبيعة خاصة، فالتخلي عن العقد يؤدي إلى الإخلال بمجال تنظيم العلاقات بين الأفراد، و عموما من شانه أن يؤدي إلى انعكاسات خطيرة على المجتمع، و خلق الفوضى في مجال حقوق الأفراد التي تعتبر العقود هي المصدر الوحيد للالتزامات العقدية.

و منه فان الإخلال بهذه الالتزامات لا يغير من طبيعة الخطأ الذي ينتج عنه، أي انه يبقى خطأ عقدي يسأل عليه المسؤول على أساس المسؤولية العقدية، بالإضافة إلى أن طبيعة الخطأ المهني تتأثر بطبيعة الالتزام الذي وقع الإخلال به، و منه فتحجب بالمسؤولية التقصيرية إلا إذا اقترن الإخلال بالإلتزام العقدي بجريمة جنائية أو ارتكاب المدين غش جسيما فما عدا الحالتين السابقتين لا يمكن مساءلة البنك تقصيريا.

و بالتالي فان الإخلال بهذه الالتزامات لا يغير من طبيعة الخطأ إذ يشكل خطأ عقدي يسأل عليه المسؤول على أساس قواعد المسؤولية العقدية، فالتزامات البنك المهني إما أن

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص194.

تكون التزامات ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة و تحدد مسؤوليته وفقا لمضمون الالتزام الذي أخل به فإذا كان التزامه يبذل عناية تضفي على الخطأ الناجم عن هذا الالتزام طابعا خاصا فيما يتعلق بمعيار تقديره حيث لا يتم على أساس معيار الرجل المعتاد و إنما على أساس معيار المهني المعتاد، فدرجة العناية المطلوبة من البنك المهني تختلف عن درجة العناية المطلوبة من عميله غير المهني، فالبنك شخص متخصص لديه خبرة كافية في مجال الأنشطة المصرفية التي يزاولها[1].

و إذا كان الاحتراف يشدد من مضمون التزامات البنك في مواجهة عميله فان هذه الالتزامات لا تصل إلى درجة قلب الالتزام من بذل عناية لتصبح التزامات بتحقيق نتيجة، و بالتالي فانه يمكن القول أن الجهد الذي يجب أن يبذله الشخص المهني أكثر مما يجب أن يبذله الشخص العادي، لا ينقلب التزامه من بذل عناية لتحقيق.[2]

-اثر الصفة المهنية على طبيعة مسؤولية البنك في مواجهة الحامل :

إن الخصائص و المميزات التي تتميز بها مسؤولية الشخص المهني عن الشخص العادي دفعت اتجاه من الفقه للمزج بين قواعد المسؤولية العقدية و التقصيرية أو بعض قواعدها وهو مانتج عنه نوع ثالث من السؤولية أطلقوا عليها المسؤولية المهنية و التي لا تطبق إلا على فئة معينة، ممن لهم المؤهلات الضرورية و إكتسبوا المعلومات الفنية والأدوات اللازمة لحسن تنفيذ التزاماتهم، إضافة لامتلاكهم الخبرة و الدراية الكافية المتعلقة بأصول مهنتهم و قواعدها، و هوما فرض على المهني تنفيذ التزامه بدرجة أعلى من أي شخص عادي آخر بل يتم تنفيذ الالتزام بنفس مستوى الشخص الفني[3].

---

[1] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص ص 88-89.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 197.

[3] سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة شهادة ماجيستير، تخصص مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011-2012، ص64.

و هو ما فرض على الشخص المهني إتباع مجموعة من القواعد التي لا تجد مصدرها في العقد المبرم مع الأشخاص الذي يتعامل معهم و إنما تجد مصرها كذلك في الأعراف و العادات المهنية و القوانين التي تنظم العمليات المصرفية و التي تكون من خارج العلاقة التعاقدية و ليس لإرادة الأطراف دور في إنشائها، و هو ما جعل من الصعب إقامة مسؤولية الشخص المهني على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية في هذه الحالات مما دفع الفقه إلى تبني نوع خاص من المسؤولية يعتمد في الغالب على الجمع بين أحكام المسؤوليتين السابقتي الذكر.

و رغم أن التوجه الجديد للمسؤولية لا ينكر دور العقد كأساس للعلاقة بين الشخص المهني و العميل، إلا أنه تم اعتباره وفقا لهذه النظرية هو مجرد إشارة للمهني للبدء في تنفيذ التزاماته الذي يفرضها القانون أو العادات و الأصول المهنية.

إلا أن هناك اتجاه آخر يعارض هذا الاتجاه و بشدة لعدم استناده على أي أساس قانوني و واقعي، فالقضاء لا يزال ينظر إلى العلاقة بين العميل و الشخص المهني على أنها علاقة عقدية كما أن المشرع لم ينظم إلا نوعين من المسؤولية و هما العقدية و التقصيرية و يرى الدكتور لحضر رفاف أن هذا الرأي الأخير هو الأحرى بالإتباع فإخلال الشخص المهني بالتزاماته المهنية لا يمكن إلا أن تقيم مسؤوليته العقدية كما أن اثر الصفة المهنية لا يؤدي إلى تغير طبيعة المسؤولية المدنية و إنما إلى تشديد في مضمون التزامات الشخص المهني.

و بما أن التشديد في مضمون التزامات المهني لا يؤدي إلى تغير من طبيعة المسؤولية و لا يغير من طبيعة الأساس الذي تقوم عليه فان الاعتماد على الصفة المهنية لإقامة مسؤولية البنك لا تحقق الحماية اللازمة للعميل من الأضرار المحتملة، لهذا كان لابد من

البحث عن أساس آخر يكفل تحقيق الحماية الكافية للعميل المضرور في بطاقات الإئتمان[1].

الفرع الثاني : نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية أطراف عقد الحامل :

تعتمد نجاعة و استقرار أي نظام قانوني على عدة عوامل أهمها مدى إستجابته لمتطلبات و احتياجات المجتمع الفردية منها و الجماعية من خلال ما تحمله عناصره من مرونة و قدرة على التكيف مع المعطيات الجديدة و الغاية من تقريره، و لعل هذا ما يتمتع به نظام المسؤولية المدنية الذي عرف استقرار ملحوظا منذ نشأته مع بداية ظهور القانون المدني الفرنسي عام 1804 إلى غاية نهاية القرن 19 و بداية القرن العشرين أين شوهد تحول جذريا و منعطفا في النظام القانوني للمسؤولية المدنية سواء في التناغم بين عناصره (الخطأ – الضرر– العلاقة السببية) أو في عجزه عن تأدية وظيفته التعويضية و الجبرية، فبعد أن كان يشترط ارتكاب خطا من طرف الشخص

المسؤول، قام القضاء و الفقه من تحرير المسؤولية المدنية من هذا الشرط و هذا استجابة لتذليل الصعوبة التي تواجه الضحية في كثير من الأحيان لإثبات الخطأ و هذا أمام تضاعف الأضرار و زيادة خطورتها، و بذلك تم دمج مفهوم المخاطر في نظام المسؤولية المدنية و أخذه بعين الاعتبار.[2]

و لقد شاعت تسمية هذا النوع من المسؤولية على أساس المخاطر أو نظرية المخاطر ولذلك بعد أن نتطرق لمضمونها الفقهي و عوامل نشأتها نتساءل عن مدى تغطية هذه النظرية للقصور المشهود في نظام المسؤولية المدنية أو بالأحرى: ما مدى تأثير فكرة المخاطرعلى النظام القانوني للمسؤولية المدنية في عقد الحامل؟

و للإيجابة عن هذا التساؤل نتطرق إلى مايلي:

---

[1] بلخام صلاح الدين منصف، المرجع السابق، ص 91.

[2] خميس سناء، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة –دراسة مقارنة – مذكرة ماجيستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 39.

أولا: مضمون نظرية تحمل المخاطر :

إن مؤدي نظرية المخاطر أو ما يسمى بنظرية تحمل التبعة أن كل نشاط يمكن أن ينتج ضررا يكون صاحبه مسؤولا عنه إذا ما تسبب هذا النشاط في إيقاع ضرر بالغير و لو كان سلوكه غير مشوب بخطأ [1]، فالمسؤولية في هذه الحالة لا تتصل بفكرة الخطأ، و يترتب التعويض بمجرد تحقق عنصري الضرر و العلاقة السببية، وهذا هو المبتغى الذي ناضل أنصار هذه النظرية للوصول إليه، بإزاحة عقبة إثبات الخطأ و تقرير مسؤولية لا خطيئة تمكن الضحية من الحصول على تعويض و جبر للضرر بعيدا عن "عنصر الخطأ"، فالعبرة بالضرر الذي يصيب الضحية و الذي يجب جبره ما لم يرجع ذلك الخطأ للمضرور نفسه، و تكون المسؤولية في ظل هذه النظرية مسؤولية تتجاهل تماما سلوك الشخص الذي يتحمل تعويض الضرر الذي لحق الضحية

تؤسس على أساس موضوعي و ليس شخصي، كما تقيم علاقة مادية بين ذمتين ماليتين غايتها إعادة التوازن بين الذمة المفتقرة للمضرور و الذمة المالية للمسؤول التي أثريت على حساب ذمة الضحية .[2]

لقد حاول أنصار هذه النظرية الخروج عن القواعد التقليدية التي كان الفقهاء عامة يتمسكون بها و يدافعون عنها، و ذلك في ظل ترسيخ فلسفة المساءلة في القانون المدني على مفاهيم فردية و أخلاقية بالدرجة الأولى، تؤدي إلى إناطة عبء إثبات التقصير والانحراف في السلوك على الطرف الضعيف في الدعوى و هو المضرور، كما تحصر دين التعويض بذمة المسؤول وحده.

بدأت نظرية تحمل المخاطر بالظهور في الثلث الأخير من القرن التاسع عشر على يد الفقهاء الفرنسين نتيجة للتطور الهائل الذي شهدته فرنسا خلال تلك الفترة في انتشار الآلات

[1] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، مرجع سابق، ص 22.

[2] جبار نورة، نظرية المخاطر وتاثيرها على المسؤولية المدنية، مداخلة في ملتقى دراسي بعنوان مستقبل المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2020/01/28، ص 12.

الميكانيكية في ميادين الصناعة و الإنتاج، و ما رافق ذلك التطور من مخاطر جسيمة كان يذهب ضحيتها العمال من الرجال و النساء و الأطفال، و في المقابل زادت أرباح أصحاب الأعمال وإزدادت ثرواتهم، فكانت زيادة المخاطر من نصيب العامل وزيادة الأرباح من نصيب أصحاب الأعمال[1].

فهذه النظرية لايشترط فيها الخطأ لإلزام محدث الضرر بالتعويض بل يكفي أن يكون الضرر قد حدث نتيجة نشاطه سواء باشر النشاط بنفسه أو باشره من قام به لمصلحته أو منفعته، أي أن هذه النظرية تقوم على ركن واحد وهو ركن الضرر.

ويسوق أصحاب هذه النظرية العديد من المبررات التي تدعم وجودها وإستمرارها في مايلي:

1-صعوبة نسبة الخطأ إلى شخص معين في كثير من الحالات، نتيجة إنتشار الآلات الميكانيكية والتكنولوجيا المتقدمة، التي أصبح من المتعذر على المضرور إكتشاف الأخطاء التي يبني عليها دعواه لعدم فهمه في بعض الأحيان كيفية عمل الشيء الذي كان السبب في إلحاق الضرر به، مما يجعل نسبة هذه الأخطاء إلى أشخاص محددين وذلك على فرض إكتشافها.

1-فكرة العدالة والتضامن الإجتماعي والتي تقتضي أن من ينتفع بشيء أن يتحمل الأضرار التي تحدث للآخرين نتيجة لذلك، و بالتالي يثقل التعويض ذمتهم تجاههم لأنه المستفيد من وراء هذا الشيء، وهذا مايمليه التضامن الإجتماعي و لا إرهاق فيه على صاحب الشيء الخطر لأنه دائما يكون في مركز إقتصادي أقوى خاصة أنه قد يلجأ إلى نظام التأمين لمواجهة مثل هذه المسؤوليات لما لتأمين من دور كبير في تسديد قيمة التعويضات التي قد يتحملها المهني نتيجة الأضرار التي ألحقها فعله.

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص ص 200-201.

وقد ظهرت نظرية تحمل المخاطر في صورتين : الأولى عامة أو مطلقة مفادها أن من ينشىء بفعله مخاطر في المجتمع يتعين أن يتحمل تبعية هذه المخاطر، بغض النظر عما إذا كان مخطىء أم لا وبغض النظر عما إذا كان يستفيد من هذه المخاطر أم لا، فكل نشاط يقوم به شخص يسبب ضرر للغير يقيم مسؤولية تحمل مخاطر.[1]

أما الصورة الثانية للنظرية و هي الصورة الخاصة فهي تقوم على فكرة تخصيص الضرر بالاستفادة من النشاط فكل شخص ينتفع من الشيئ، يتحمل محاضر هذا الانتفاع إعمالا لقاعدة الغنم بالغرم فالمخاطر يتحملها من يعود عليه ربح النشاط، و يستخلص من ذلك أن هذه الصورة الخاصة تخاطب كل من يستخدم آلات حديثة متطورة في زيادة نشاطه أو تحقيق ربح أكبر أو فائدة أعم[2].

إلا أن البعض انتقد هذه الصورة التي تقوم على المنفعة بأنها لم تستطيع في الواقع أن تغير الحالات المختلفة للمسؤولية الموضوعية في الأنشطة التي لا يحقق فيها الربح، فهذه الفكرة قاصرة فقط على الانشطة المربحة، أو على الأقل تلك التي يكون أمل الربح فيها غير مستبعد تماما، و أما القصور في هذه الفكرة ظهرت في الفقه نظرية أخرى هي نظرية المخاطر المستحدثة و هي عامة و مطلقة و ليست صورة خاصة.

و مفاد هذه الصورة العامة أن من ينشىء بفعله مخاطر في المجتمع يتعين عليه أن يتحمل تبعية هذه المخاطر، بغض النظر عما إذا كان مخطأ أم لا، و بغض النظر عما إذا كان يستفيد من هذه المخاطر أم لا، فكل نشاط يقوم به شخص يسبب ضرر للغير يقيم مسؤولية من يمارس النشاط.[3]

و لقصور هذه الوسيلة المذكورة أعلاه حاول أنصار نظرية تحمل التبعية إيجاد أساس آخر لضمان هاته الطبقة العاملة فعمدوا إلى نقل هذه الصورة من صور المسؤولية المدنية،

---

[1] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، المرجع السابق، ص 39.

[2] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 204.

[3] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 205.

من نطاق المسؤولية التقصيرية الى نطاق المسؤولية العقدية، أي أن نطاق المادة 1382 المدني الفرنسي و ما بعد إلى نطاق المادة 1147 مدني فرنسي من هذا القانون و على هذا الأساس ذهب الفقيهان سانت ستوليه و سوزيت الى ان رب العمل ملزم (بمقتضي عقد العمل نفسه) بضمان سلامة العامل، و إلتزامه هذا إلتزام بنتيجة، يترتب عليه انه إذا ما أصيب العامل سواء افترض القانون تقصير رب العمل أو اخلال بهذا الالتزام، و لايمكنه التنصل من التزامه بتعويض العامل إلا إذا أثبت أن الإصابة إنما كانت نتيجة سبب أجنبي لا يد له فيه و إنتقل بذلك عبئ الإثبات بهذا التصور عن عاتق العامل إلى عاتق رب العمل[1].

و على الرغم مما لا قته نظرية تحمل المخاطر المبنية على قواعد المسؤولية الموضوعية المبنية على عمل المخاطر قد ظهرت لتعوض الأضرار التي تلحق العملين و تطبق عليها المسؤولية التقصيرية فان بعض الفقه يري انه لا يشترط أن ينحصر تطبيقها داخل النطاق التقصيري و إنما يمتد إلى النطاق العقدي لان المشرع لم يتطلب لانعقد المسؤولية في المجال العقدي سوى عدم تنفيذ الالتزام.

ثانيا: نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك والحامل :

يتعرض العميل أثناء قيامه بعمليات التحويل المصرفي للعديد من المخاطر، سواءا المخاطر التي تتعلق بالعمليات نفسها، أو تلك المتعلقة بالوسائل التي تنفذ من خلالها، إلا أن اعتماد البنوك المتزايد على الأنظمة الالكترونية و مواكبتها للتطور في تسير أعمالها زاد من احتمال وقوع هذه المخاطر في مجال أوسع من سابقه لكون العميل يفقد الخبرة و الدراية لطريقة عمل تلك الأنظمة و خصائصها مما من شانه أن يعرضه إلى أضرار ضمن حقوقه المالية و المعنوية، فهو ما دفع الفقه و القضاء إلى محاولة تأسيس مسؤولية البنك على

[1] جبار نورة، المرجع السابق، ص 14.

أساس نظرية تحمل المخاطر بهدف توفير حماية أكبر للعميل التي عجزت قواعد المسؤولية التقليدية توفيرها.[1]

و لمعرفة مدى إمكانية اعتماد تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية البنك والحامل لابد من عرض تأيد الفقه و القضاء لهذه النظرية و كذلك لابد من تقيم هذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك.

1- تأيد الفقه و القضاء لهذه النظرية كأساس لمسؤولية البنك والحامل:

يري جانب من الفقه أن تطبيق نظرية تحمل المخاطر على المسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في تنفيذ عملياته المصرفية تقوم على أساس العدل و المنطق.

لأننا في عصر انتشرت فيه التكنولوجيا المتقدمة، و أصبح العميل مع البنك يواجه صعوبة في تحديد خطأ البنك، و قال بعض مناصري هذا الراي عند تبني الخطأ كأساس لقيام مسؤولية البنك فهذا تقدير على أن هذا الخطأ قام به إنسان أما في مجال تنفيذ البنك للعمليات المصرفية الالكترونية فهذا الأمر خرج عن هذا التقدير، فتعلق الأمر بنظام معلوماتي تقوم به آلة الكمبيوتر أو الحاسوب فإنه من الأنسب تبني فكرة تحمل المخاطر لقيام مسؤولية البنك على أساسها.[2]

و ذهب الفقه الفرنسي إلى مسألة البنك على أساس المسؤولية عن تحمل المخاطر يترأسه الفقيه سالى حيث كان أوائل الذين دعوا إلى التحلل من الخطأ كأساس للمسؤولية الحديثة من خلال نظرية مقابل الربح أو الغرم بالغنم و التي كان مفادها ان رب العمل يجب يعوض العمال عن الأضرار التي تقع لهم دون أن يتطلب صدور الخطأ لان المكان الذي يعمل فيه العامل لصالح رب العمل إنما يعود بالربح و الفائدة على هذا الاخير، فيجب أن يتحمل رب العمل الإصابات التي تحدث أثناء القيام بالعمل لان الغرم بالغنم[3]

---

[1] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص ص 70-71.

[2] سليمان ضيف الله الزين، المرجع السابق، ص ص 183-184.

[3] بلعلمي فطوم، خينيش مباركة، المرجع السابق، ص 40.

ويؤكد البعض من أصحاب هذا التوجه بان البنك يتحمل المسؤولية حتى ولو كان الضرر ناتجا عن البطاقة التي يحوزها و يسيطر عليها العميل و يستعملها، لان العميل ليس منشىء الخطر بإصداره أوامر الدفع بواسطة البطاقة، لأنه لم يفعل أكثر من استخدام الوسيلة التي وضعها البنك تحت يده للتصرف باموله المودعة لديه، ولا يؤثر في ذلك أن البطاقة لا تسلم بناءا على طلب العميل[1].

ولا يعفي البنك من المسؤولية و فقا لهذا الرأي إلا إذا تثبت أن هناك غشا أو خطأ جسيما من العميل عند استخدام تلك الأدوات، لان القانون لا يسمح ولا يشجع على الإهمال من قبل العميل، إلا أن البعض الآخر، من أصحاب هذا التوجه يؤكد أن البنك يسأل عن جميع الأضرار التي يسببها النظام الالكتروني دون أن يحتج بأي خطأ من العميل أو البنوك الأخرى الوسيطة أو الغير في إحداث الضرر، لان مخاطر استخدام تلك الأنظمة ينفي دائما على البنك المستفيد منها في نشاطه، ولم يستثنى من مسؤولية البنك إلا حالة واحدة و هي حالة القوة القاهرة، و بالتالي فلم يستثني حالة الغش.[2]

أما بالنظر للاجتهادات القضائية المختلفة يلاحظ أنها اختلفت في الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية البنك حتى و لو أن أغلبها أخذت بنظرية تحمل المخاطر حتى و لو كان ذلك ضمنيا، فمنهم من تمسك بالخطأ كأساس للمسؤولية و منهم من هجر الخطأ ضمنيا عما جاء في أغلب الأحكام و القرارات القضائية، فقد تبني القضاء الفرنسي نظرية تحمل المخاطر في العديد من أحكامه، و من بين تطبيقات التي قضت بها محكمة الإستئناف باريس في حكمها الصادر عام 1980 بما يلي : " يجب على البنك أن يتحمل المخاطر التي افترض أنه قلبها عندما استخدم نظام الشيكات الإلكترونية الصادرة من البنك آخر بخلاف البنك المسحوب عليه ".[3]

---

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 208.

[2] لخضر رفاف، المرجع نفسه، ص 209.

[3] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص 75.

و يعتبر التشريع الأردني من بين التشريعات التي أخذت بنظرية المخاطر في مسؤولية البنك عن والوفاء بشيك مزور و ذلك في المادة 270 من القانون التجاري حيث أن البنك يكون مسؤولا في الأصل متى وقع للعميل ضرر نتيجة الوفاء بشيك مزورة دون حاجة إلى إثبات خطأ البنك من طرف العميل الذي أدى إلى حدوث ذلك الضرر له، و قد اكدت محكمة التميز هذا الأمر في العديد من القرارات الصادرة عنها.

ونجد أيضا أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بنظرية تحمل المخاطر و حكمت بالتعويض للعميل جراء نشاط البنك حتى ولو لم يكن مخطأ حيث ذهب في حكم لها في 11 يناير 1966 و ذلك بصدد الوفاء بشيك زور فيه توقيع العميل دون أن يثبت تواطؤ العميل مع المزور أو خطأه وأيضا دون أن تثبت خطأ البنك، ورغم ذلك ألقت المحكمة المسؤولية على البنك على أساس تحمل تبعة مخاطر المهنية، و كذلك أخذت محكمة النقض المصرية بهذا النهج بسبب توجيه المشرع المصري إلى ضرورة التدخل لإصدار تشريع خاص بالبنوك ينص على قيام مسؤولية البنك على أساس تحمل المخاطر عند قيامه بنشاطاته المصرفية[1].

حيث أن تأسيس مسؤولية البنك على أساس نظرية تحمل المخاطر تهدف إلى حماية المضرور في عصر انتشرت فيه التكنولوجيا و الذي من شانه صار العميل يجد صعوبة كبيرة في تحديد خطأ البنك عند وقوعه في عمليات التحويل المصرفي[2].

تقييم نظرية تحمل المخاطر كأساس للمسؤولية في بطاقات الائتمان :

على الرغم مما تحمله نظرية تحمل المخاطر من أفكار يمكن أن تحقق أكبر قدر من الحماية للمضرورين من أضرار الأشياء الخطرة، كذلك ماتتسم به هذه النظرية من البساطة، حيث تقوم على عنصرين فقط هما : الضرر و العلاقة السببية، فيكفي لمساءلة البنك عن الأضرار التي يسببها النظام الإلكتروني للعميل، أن يثبت هذا الأخير وجود هذه

[1] سليمان ضيف الله الزين، المرجع السابق، ص ص 188-189.

[2] بلخام منصف صلاح الدين، المرجع السابق، ص 77.

الأضرار و نسبتها إلى نشاط البنك بصفة عامة أو عمل النظام الإلكتروني فهي تستبعد ركن الخطأ، سواء في صورة خطأ واجب الإثبات أو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس.

إلا أنها لم تسلم من النقد و أهم ما وجه إليها الفقه المعارض من انتقادات :

- صعوبة حصر نطاق المسؤولية الموضوعية الشيئ الذي سيؤدي إلى اضطراب في العمل القضائي، وصور أحكام متناقضة قي قضايا متشابهة.

- تجاهلهما العامل الأدبي في المسؤولية، و الذي على انه لا ينبغي أن يسأل الشخص إلا حينما يخطئ، أما ان تحمل الشخص المسؤولية لمجرد وجود علاقة مادية بين فعله و نشاطه و بين الضرر الذي وقع لغيره فهذا ليس من العدل.

- أن الأخذ بهذه النظرية سيؤدي إلى تقاعس الفرد عن كل نشاط و إلى امتناع الناس عن العمل و النشاط عندما يكون سببا في التعرض للمسؤولية مما يكون أيضا سببا في الدعوى إلى السلبية و الخمول.

و أمام الانتقادات الشديدة التي وجهت لهذه النظرية إتجه أنصار نظرية تحمل المخاطر إلى تقديم دليل يبين نجاعة نظريتهم، خاصة أن نقد هذه النظرية كان موضوعي و هادف و مبني على دلائل و براهين.

فالبنسبة للأول هي نظرية المخاطر الشاذة أو الغير المألوفة التي إقترحها الفقه سالي بعد إدراكه لنقائص و ضعف منطق نظرية تحمل المخاطر، و فقا لهذه النظرية الجديدة فان المسؤولية لا تقوم لمجرد السبب في أية مخاطر كانت، و إنما ترتبط فقط بإحداث مخاطر شاذة خارجة عن المألوف، إلا أن فكرة الشذوذ هذه تقترب كثيرا من فكرة الخطأ و هو ما يجعل النظرية تهدم نفسها بنفسه[1].

أما الحالة الثانية هي فكرة السببية الجزائية و تقوم على فكرة رئيسية و هي أن كل من الفاعل و المضرور قد ساهم في حدوث الضرر و منه فيحب توزيع عبئ المسؤولية بينهما

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص 211.

دون أن يتحملها المضرور وحده، ما من شأنه أن يثقل كاهله و يعرضه إلى أضرار مادية عكس صاحب النشاط الذي لن يتعرض للضرر مقابل التعويض، و ذلك لما له من ذمة مالية قوية مقارنة بالشخص المضرور، و هو ما يؤدي في النهاية إلى حصول هذا الأخير على تعويض جزئي.

وحسب ما ذهب إليه الدكتور رفاف لخضر فإنه يري بأن ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة خاصة المشرع الفرنسي هو الأجدر بالتأيد حيث راعى العدالة بين أطراف بطاقات الإئتمان دون التضحية بمصالح احدهما على الآخر، حيث أخذ بنظرية تحمل المخاطر في الحالات التي تعجز فكرة الخطأ من تحديد مصدر الضرر أو عندما تكون هناك صعوبة بالغة في تحديده [1].

[1] لخضر رفاف، المرجع السابق، ص ص 218 219.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال دراستنا للفصل الثاني أن عقد الحامل بالرغم من انه يندرج ضمن عقود الإذعان و العقود النموذجية و التي تعتبر مرتعا خصبا للشروط التعسفية و ذلك بحكم المركز الذي يمثله البنك اتجاه العميل الحامل لبطاقة الإئتمان، إلا أن الرابطة العقدية التي تقوم عليها هذه البطاقة و التي تظهر من خلال الأساس التعاقدي للعلاقة القانونية بين كل من مصدر البطاقة و الحامل.

حيث تقوم المسؤولية المدنية لطرفي عقد الحامل في حالة إخلال احدهما بواجباته والتزاماته، فإذا كان الإخلال بالتزام مصدره العقد ترتب المسؤولية العقدية، أما في حالة مخالفته لواجب فرضه عليه القانون ترتب عليه المسؤولية التقصيرية و هذا ما يعرف بالتوجهات التقليدية للمسؤولية المدنية و التي يشترط لقيامها توافر ثلاث عناصر ألا وهي الخطأ و العلاقة السبب بينهما.

إلا أن القواعد العامة للمسؤولية المدنية المبنية على عبء إثبات الخطأ لم تحقق الحماية القانونية المدنية الكافية للعميل المتضرر إذ لم تتمكن من مواكبة التطور التقني والعلمي للأنظمة الإلكترونية خاصة في نهاية القرن 19، مما أدى إلى تخوف الأفراد من استعمال بطاقات الإئتمانية فظهرت ما يسمى بالتوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية في بطاقات الإئتمان حتى تتلائم مع المستجدات و المتغيرات التي تكفل الحماية الكافية لبطاقة الإئتمان أثناء التعامل بها و التي قامت بتبسيط وتسهيل الشروط التي تقوم عليها و ذلك من خلال نظرية المخاطر التي تقوم على عنصر الضرر.

غير أن المشرع الجزائري لم يتنكر للتوجه الموضوعي للمسؤولية حيث أخذ به في نطاق ضيق في بعض التطبيقات الخاصة سواء ضمن قانون المسؤولية المدنية في القانون المدني فالأصل هو قيام المسؤولية المدنية بصورتيها العقدية والتقصيرية وكلاهما يستوجب على المضرور إثبات الخطأ بينما يكون الأخذ بما جاءت به التوجهات الحديثة أو مايعرف بالمسؤولية الموضوعية في حالات أو بصفة إستثنائية وتكميلية في حالات محددة.

خاتـــمة

ونخلص في ختام دراستنا وعلى ماتم عرضه من خلال تسليط الضوء على عقد الحامل في بطاقة الإئتمان إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن إجمالها في النقاط التالية :

يتم إبرام عقد الحامل بين الجهة مصدرة البطاقة – البنك – والحامل لها بواسطة عقد يخضع في تكوينه للشروط و القواعد العامة المعروفة في إبرام باقي العقود، الرضا، والمحل، والسبب إضافة إلى ركن تسليم البطاقة للحامل بإعتباره عقد عيني.

إن الرأي الراجح حول الطبيعة القانونية لعقد الحامل بالرغم من الجدل الذي ثار من طرف الفقه حول الطبيعة القانونية لهذا الأخير بأنه علاقة تعاقدية محضة قائمة بين مصدر البطاقة والحامل، يحكمها في الأساس القواعد العامة بإعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين رغم عدم التكافؤ الظاهر بين أطرافها، وهذا راجع للمركز القوي لهذا الأخير وإنفراده بوضع بنود العقد وسيطرته على العلاقة.

تعتبر نماذج الطلبات المطروحة من قبل البنك دعوة للعميل، إذ أن الحامل وبتعبئة الطلب ووضع توقيعه علىه يعتبر إيجابا، و للبنك حرية القبول بناءا على معطيات الحامل الشخصية والمالية التي يقدمها ككفالة عينية وشخصية للجهة المصدرة و التي تسعى لتحقيق الربح بإعتبارأن عملية إصدار البطاقات يعد من الأعمال التجارية.

كما نجد وأن خاصية الإذعان التي يتميز بها البنك بإعتباره الطرف المسيطر على تحديد ووضع بنود العقد تقابلها خاصية المعاوضة التي تضع الحامل والبنك في مركز الدائن والمدين في نفس الوقت، أما وأن عقد الحامل ملزم لجانبين فهذه الخاصية تفرض حقوق وواجبات متقابلة على كل منهما، الأمر الذي يعيد توازن العلاقة العقدية بين طرفي عقد الحامل.

إن منح العميل الحامل لبطاقة الإئتمان حق إنهاء العقد عن طريق الفسخ وهذا في حالة تجديد الجهة المصدرة للبطاقة للعقد بوضع بنود جديدة يؤكد الطبيعة العقدية لهذا العقد.

أما فيما يخص مايرتبه عقد الحامل من إلتزامات متبادلة بين طرفيه – الجهة المصدرة للبطاقة والحامل له – هذه الإلتزامات قد ينشأ البعض منها قبل إبرام القد ولعل أهمها الإلتزام

بالإعلام الذي يقع على عاتق البنك وكذا إلتزام العميل بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بشخصه وبوضعه المالي إذ يمثلان الكفالة العينية والشخصية التي على أساسهما يمنح البنك موافقته في إصدار البطاقة للحامل.

إن الإخلال بهذه الإلتزامات التي رتبها عقد الحامل على عاتق طرفيه ترتب على الطرف المخل مسؤولية مدنية إتجاه الطرف الآخر من العقد والتي تتمثل في تعويضه وجبرر الضرر الذي أصابه من جراء الإخلال بهذا الإلتزام.

فظهر إتجاهين أحدهما قديم يقوم على أساس المسؤولية المدنية في صورتيها العقدية والتقصيرية القائمة على أساس القواعد العامة للمسؤولية والتي تتمثل أركانها في ثلاث : الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية، إذ تنعقد المسؤولية العقدية عند الإخلال بإلتزام عقدي، أما المسؤولية التقصيرية فتنعقد عند الإخلال بإلتزام قانوني.

إذ يعد الخطأ الأساس الأول لهذه المسؤولية متى أثبت المضرور سواءا الحامل أو البنك أن الضرر مرتبط بخطأ المسؤول، لكن هذا الإثبات قد يكون صعب خاصة بالنسبة للحامل مقارنة مع البنك ومايمتلكه من قدرات فنية وبشرية لاسيما في ظل التطورالحاصل سواءا من الناحية التكنولوجية أو تطور تقنيات البرمجة.

ونظرا لعجز القواعد العامة للمسؤولية المدنية القائمة على وجوب إثبات الخطأ وصعوبة هذا الأمر وعجزها عن جبرر ضرر المضرور، ظهرت إتجاهات حديثة للمسؤولية المدنية تمثلت في المسؤولية الموضوعية والتي يكفي لقيامها إثبات وجود الضرر وفقط لقيام المسؤولية الموضوعية وقد تمثلت في نظرية المخاطر والضمان.

وبالرغم من رواج المسؤولية الموضوعية وبساطة وسهولة إثبات الضرر فيها إلا أنها لم تحضي بإهتمام المشرع على عكس المسؤولية العقدية والتقصيرية التي أولى لها إفراد نصوص قانونية خاصة بها وإعتبرها هي الأصل في قيام المسؤولية المدنية.

ويتضح جليا من خلال تصفح القانون المدني الجزائري أن المشرع الجزائري قد تبني نظام المسؤولية الموضوعية لكن بإحتشام وكإستثناء في مجالات محددة كما هو الحال في

حالة كان الخطأ جسيم أو كان من الصعب إثباته وقد حذى حذو المشرع الفرنسي، ونرى بأنه قد وفق في هذا الأمر.

ولعل أهم التوصيات التي يمكن تقديمها في هذا الصدد مايلي :

ضرورة تضمين قواعد قانون التجارة احكاما، تنظم العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان لا سيما عقد الحامل، بما يحقق حسم الخلاف القائم بين الباحثين في تحديد طبيعة هذه العلاقات ويشكل ارضية صلبة تستند اليها تلك العلاقات ولاجل ذلك يمكننا الاستعانة بما اسقر من مبادئ في الفترة الماضية من عمر البطاقة الائتمانية.

فحبذا لو أن المشرع الجزائري يقوم بخطوة جريئة وذلك بإصدار قانون مستقل يتعلق ببطاقات الإئتمان وينظم فيه كل مايتعلق بها من أحكام في مختلف الجوانب ومن بينها تنظيم عقد الحامل فيحقق بذلك قفزة نوعية خاصة وأن إصدار البطاقات الإئتمانية هي عملية مصرفية تجارية فينظمها بصفة مستقلة كما فعل ذلك بالنسبة للإعتماد الإيجاري.

كذلك لابد للمشرع من الأخذ بفكرة إزدواجية أو كما يسمى بالمزاوجة بين الخطأ والضرر في تأسيس المسؤولية المدنية تحقيقا للتعويض العادل للمضرور.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا : الـكتــب

أ/ الكتب العامة :

1-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **العقد غير اللازم –دراسة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** –، جامعة الكويت، بدون ناشر وبدون طبعة، 1994.

2-إلياس نصيف، **العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2009.

3-سميحة القليوبي، **الأوراق التجارية**، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الرابعة، 2005.

4-سمير عبد السيد تناغو، **أحكام الإلتزامات والإثبات**، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2009.

5-شريف محمد غنام، **محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية**، دار الجامعة الجديدة، 2007.

6-طاهر شوقي مؤمن، **عقد البيع الإلكتروني**، دار النهضة العربية، 2007.

7-عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الثالث، نظرية بوجه عام، نسخة منقحة، دار الشروق القاهرة، 2010.

8-علاء التميمي، **التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الأنترنيت**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.

9-علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 1993.

10- على فيلالي، **الإلتزامات – العمل المستحق للتعويض** – ، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

11- فايز نعيم رضوان، **بطاقات الوفاء**، مكتبة دار النهضة، مصر 1999/1998.

12- مصطفى العوجي، **القانون المدني، المسؤولية المدنية**، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة، لبنان، 2009.

13- محمد مرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني المستهلك الإلكتروني)**، دار النهضة العربية، 2008.

14- نبيل إبراهيم سعد، **ملامح حماية المستهلك في مجال الإئتمان في القانون الفرنسي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

15- نزيه حماد، **قضايا فقهية معاصرة في المال والإقتصاد**، دار القلم، سوريا الطبعة الأولى، 2001.

ب/ الكتب الخاصة :

1-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، **المسؤولية العقدية للمدين المحترف**، بدون ناشر، 2003.

2-أنس العلبي، **النظام القانوني لبطاقات الإعتماد**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 20005.

3-القاضي فداء يحي أحمد الحمود، **النظام القانوني لبطاقة الإئتمان**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

4-جميل عبد الباقي الصغير، **الحماية الجنائية والمدنية لبطاقة الإئتمان الممغنطة**، نادي القضاة، الطبعة الثانية، 2011.

5-سليمان ضيف الله مطلق الزين، **العمليات المصرفية المنفذة بالبطاقات البنكية الرقمية أمام المستهلك الإلكتروني**، دار النهضة العربية، مصر، 2016.

6-شبيب بن ناصر البوسعيدي، **وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية**، مركز الغندور، مصر، 2009.

7-شريف محمد غنام، **مسؤولية البنك عن أخطاء الكمبيوتر في النقل الإلكتروني للأموال**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

8-عبد الراضي محمود كيلاني، **المسؤولية عن الإستعمال غير المشروع لبطاقات الوفاء والضمان**، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

9-فياض القضاة، **الإلتزامات الناتجة عن إستخدام بطاقة الإئتمان**، دراسات، المجلد 26، علوم الشريعة والقانون، العدد 02، 1999.

10- محمد إبراهيم أبو الهجاء، **عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2011.

11- محمد حسين عبد الظاهر، **المسؤولية القانونية في مجال شيكات الأنترنيت**، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2002.

12- معتز نزيه محمد الصادق المهدي، **الطبيعة القانونية لبطاقات الإئتمان الإلكتروني والمسؤولية المدنية الناشئة عنها**، دار النهضة العربية، مصر.

13- نزيه محمد الصادق المهدي، **الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات وتطبيقه على بعض أنواع العقود**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

المذكـرات والأطـروحات :

أ/ المذكرات

1-أحمد أمداح، **التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي**، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

2-العمري ربيع وآخرون، **مدى جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية**، مذكرة ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2002/2010.

3-إياد خطيب، **النظام القانوني لبطاقة الإئتمان**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015.

4-بلخام منصف صلاح الدين، **المسؤولية المدنية للبنك عن التحويل المصرفي**، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، 2020/2019.

5-بلعلمي فطوم، خينش مباركة، **المسؤولية المدنية الناتجة عن إستخدام الكمبيوتر**، مذكرة ماستر، تخصص قانون شركات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/2017.

6-حمو حسينة، **إنحلال العقد عن طريق الفسخ**، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.

7-خميس سناء، **المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة)**، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

8-راشد بن صالح بن سفيان الراشدي، **الحماية الجزائية لبطاقات الإئتمان الجزائية في التشريع العماني**، رسالة ماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، حيزران 2020.

9-صفاء يوسف القواسمي، **المسؤوليات القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الإلكترونية في قانون الأردن**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا الأردن، 2009.

10- -سعاد بختاوي، **المسؤولية المدنية للمهني المدين**، مذكرة ماجستير، تخصص مسؤولية المهنين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011.

11- عذبة سامي حميد الجادر، **العلاقات التعاقدية المنبثقة عن إستخدام بطاقة الإئتمان**، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن، 2008.

12- مرباح صليحة، **النظام القانوني لبطاقة الإئتمان**، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2006/2005.

ب/ الأطـــروحات

13- بوالكور رفيقة، **حماية المستهلك من خلآل الإلتزام بالإعلام**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019.

14- بن سالم المختار، **الإلتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون المنافسة والإستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامهة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

15- خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011.

16- خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، **نظام بطاقات الدفع الإلكتروني من الناحية القانونية**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2006/20005.

17- علاوة عبد الحق، **المسؤولية المدنية للبنك عن الأخطاء المصرفية إتجاه العميل**، اطروحة دكتوراه، تخصص منازعات مالية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2021/2020.

18- قدة حبيبة، **تقنيات النقل المصرفي في ظل التحولات الإقتصادية**، رسالة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2017/2016.

19- لخضر رفاف، **الإلتزامات القانونية للبنك في بطاقات الإئتمان**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018/2017،

المقـــــالات

1-العربي دواجي عمر، **(طبيعة العلاقة الناشئة عن إستخدام بطاقة الإئتمان)**، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، مجلة دولية محكمة نصف سنوية، العدد الخامس، جانفي 2018.

2-بلعرج محمد، **(ماستر كارد تستكمل خطة توسعها العالمية السريعة في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا)**، مجلة إتحاد المصارف العربية، بيروت، 2002.

3-تركي مصلح مصالحة، **(تأثير قانون الإمتثال الضريبي الأمريكي (ftca) على حماية السرية المصرفية)**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 17، العدد 01، يونيو 2020.

4-جميل أحمد، رشام كهينة، **(بطاقات الإئتمان كوسيلة من وسائل الدفع في الجزائر في)**، مجلة الإقتصاد الجديد، العدد 00، ديسمبر 2009.

5-عبد الصمد حوالف، **(العلاقة بين مصدر بطاقة الدفع الإلكتروني بحاملها)، (عقد الإنضمام)**، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، العدد 04، جوان 2016.

6-عقيل مجيد كاظم، مقال بعنوان، (**التنظيم القانوني لبطاقات الإئتمان**)، منشور بمجلة رسالة الحقوق، الأردن، العدد الثاني، السنة الثالثة، 2011

7-قجالي محي الدين، (المسؤولية العقدية للحامل عن الإستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الإلكتروني) – البطاقة الذهبية لبريد الجزائر نموذجا –، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة –2– ، العدد الرابع عشر، 2018.

8-مسروة مريم، (**السر المصرفي عامل أساسي لحسن سير العمل البنكي**)، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 09.

9-منصور حاتم محسن، إسراء خضير مظلم، مقال بعنوان، (**العدول عن التعاقد الإلكتروني**)، منشور بمجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة.

المداخـلات العلــمية :

1-ثناء أحمد محمد المغربي، مقال بعنوان : (**الوجهة القانونية لبطاقات الإئتمان**)، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

2-جبار نورة، (**نظرية المخاطر و تأثيرها على المسؤولية المدنية**)، مداخلة في ملتقي دراسي بعنوان مستقبل المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس المنعقد يوم 28 جانفي 2020.

3-سيد حسن عبد الله، مقال بعنوان : (**المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني بين الشريعة والقانون**)، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

4-سعد محمد سعد، مقال بعنوان (**المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن إستخدام بطاقة الإئتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر**)، منشور في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون في الفترة 12-10 ماي 2003، دبي المجلد الثاني.

5-صوالح محمد عمارة، (**الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية التقصيرية في التشريع الجزائري**)، مداخلة في يوم دراسي حول مستقبل عناصر المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامحة محمد بوقرة، بومرداس، يوم 28 جانفي 2020.

6-مرسي رزيق، مقال بعنوان (**رضا حامل البطاقة الإتمانية بالعقد والحماية التي يقرها المشرع له**)، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة صناعة دبي، المجلد الثالث، 2003.

النصـوص القانـونيــة :

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 2007/12/12.

2. الأمر 11/03 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 50، الصادرة في 2010/09//01.

نماذج عقود بطاقات إئتمان :

1- بنك الإمارات دبي الوطني، الشروط والأحكام العامة للحسابات والخدمات المصرفية لبنك الإمارات دبي الوطني (س، م، ع).

GENERAL TERMES AND CONDSTIONS-AR.PDF.

2-البطاقة الذهبية لبريد الجزائر نموذجا

3-إتفاقية بطاقة إئتمان، بنك العز الإسلامي – allizz islmic ank -

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ–ب
الفصل الاول: ماهية عقد الحامل	
المبحث الاول: تكوين عقد الحامل	07
المطلب الأول : اركان عقد الحامل وطبيعته القانونية	07
الفرع الأول: أركان عقد الحامل	08
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد حامل البطاقة	18
المطلب الثاني: زمان ومكان انعقاد عقد الحامل	23
الفرع الاول: شروط انعقاد العقد	24
الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد عقد الحامل	26
المبحث الثاني: الخصائص القانونية لعقد الحامل	29
المطلب الأول: خصائص عقد الحامل	29
الفرع الأول: الخصائص العامة لعقد الحامل	29
الفرع الثاني: الخصائص الخاصة لعقد الحامل	33
المطلب الثاني: اسباب انقضاء عقد الحامل	36
الفرع الأول: الأسباب العامة لا نقضاء عقد الحامل	36
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لا نقضاء عقد الحامل	39
خلاصة الفصل الاول	42
الفصل الثانـي: الأثار المترتبة على عقد الحامـل	
المبحث الأول : الالتزامات الناشئة عن عقد الحامل	45
المطلب الأول : إلتزامات الجهة المصدرة " البنك "	46
الفرع الأول : الالتزام بتفعيل وإنشاء بطاقة الائتمان	46
الفرع الثاني : التزام البنك بالوفاء و الإثبات و عدم إفشاء السر المصرفي	55
المطلب الثاني : التزامات حامل البطاقة	61

الفرع الاول : الالتزامات المتعلقة بالاعتبار الشخصي للحامل	61
الفرع الثاني: الالتزامات المتعلقة بالاعتبار المالي للعميل	63
المبحث الثاني : المسؤولية المدنية للأطراف عقد الحامل	67
المطلب الأول : الاتجاه التقليدي للمسؤلية المدنية لطرفيي عقد الحامل	67
الفرع الاول: المسؤولية المدنية العقدية لطرفي عقد الحامل	68
الفرع الثاني: المسؤولية التقصرية في بطاقات الإئتمان لأطراف عقد الحامل	79
المطلب الثاني : الإتجاه الحديث للمسؤولية المدنية	95
الفرع الأول : مسؤولية البنك باعتباره مهنيا	96
الفرع الثاني : نظرية تحمل المخاطر كأساس لمسؤولية أطراف عقد الحامل	101
خلاصة الفصل الثاني	111
خاتمة	113
قائمة المراجع	117