التكييف القانوني لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية

بحث مستل من مشروع أطروحة الدكتوراه بعنوان (النظام القانوني لعقد التاجر في إطار البطاقة الائتمانية –دراسة تحليلية مقارنة)

د. طالب برايم سليمان [1] عبدالرحيم عثمان بابير [2]
[1] قسم القانون، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والادارة، جامعة سوران ، كردستان، العراق
[2] قسم القانون، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والادارة، جامعة سوران ، كردستان، العراق

المستخلص

تعد بطاقة الإئتمان(Credit card) نوع من انواع البطاقات البلاستكية المغنطة الصادرة من المصارف، تشترك مع البطاقات الاخرى كـ (Cash card، Debit car) على انها تمكن لحاملها وظيفة سحب النقود من حساباته وأرصدته المودعة لدى المصرف او المصارف الاخرى من ناحية، من ثم انها خاضعة كسائر البطاقات لابرام العقود المصرفية كعقد الانضمام والتحويل الالكتروني والحسابات الجارية، الا انها تتميز عن جميع البطاقات بخواص الشراء والإئتمان، ففي هذا الاخير تمنح القروض لحاملها في حالة وجود السحب دون رصيد، اما الشراء فانها البطاقة الوحيدة التي تترتب عليها ابرام عقد التاجر، حيث يخول حامله استخدام البطاقة في المحلات التجارية لغرض شراء ما يلزمه من السلع والخدمات، وينشأ عقد التاجر بين الجهة المصدرة للبطاقة (المصرف) والتاجر، ويعد العقد من العقود المستحدثة داخل اروقة الانظمة المصرفية في العهد الجديد، واصبح يتغلل في الواقع العملي بشكل واسع في العراق واقليم كوردستان ولكن الملفت للنظر ان المشرع العراقي رغم محاولته مواكبة التطورات الحاصلة في نظام التكنولوجيا الرقمية، لم ينظم هذا العقد بالتالي ترك توصيفه القانوني للمتاهات الفقهية، وعليه فان هذا البحث يحاول اعطاء الوصف القانوني السليم لهذا العقد من خلال عرض وتحليل وتقييم اراء الفقهاء ونظريات التي طرحت في هذا الصدد، ووصل في النهاية الى عدة نتائج اهمها ان هذا العقد لايخرج من كونه عقد غير مسمى وله طبيعة خاصة به يختلف عن كل نظم مقاربة له ولو يشترك معهم ببعض الاحكام، من ثم ابدى عدة توصيات اهمها دعوة المشرع العراقي لتنظيم هذا العقد كعملية من عمليات المصرفية لكثرة الاقبال عليه في الواقع العملي وغلق ابواب كل هذه المتاهات الفقهيه التي طرحت .

مفاتيح الكلمات: بطاقة الإئتمان، التكييف، عقد التاجر، الاختلافات الفقهية، العمليات المصرفية.

المقدمة

تعد البطاقة الإئتمانية من وسائل الدفع المستحدثة، باعتبارها أداة مصرفية تقوم مقام النقود في التعاملات التجارية، وتخول حاملها وظائف الشراء والسحب والإئتمان في آن واحد، كما وان العقود التي تبرم عليها متميزة، وفي العادة تقدر باربع عقود متداخلة ومترابطة فيما بينها، وهي: عقد الانضمام، وعقد التاجر، وعقد التحويل المصرفي، وعقد الحساب الجاري، ولكن الأهم منهم عقد التاجر نظراً لاهميته الجّمة بالنسبة للتاجر والمصرف وحامل البطاقة على حد سواء، وهو عبارة عن عقد تجاري يبرم بين التاجر وإحدى البنوك التي تصدر البطاقات الإئتمانية، وبموجبه يستطيع التاجر الاعلان عن نفسه كمقدم خدمة الى الزبائن عن طريق دفع مقابل للشراء بهذه البطاقات، وعادة يتم اجراء كافة العمليات المصرفية المتعلقة بهذه البطاقات عن طريق الأجهزة المصرفية الالكترونية، ولتقديم هذه الخدمة المصرفية فقد تلجأ المصرف المصدر للبطاقة بابرام عقد مسبق مع تاجر معين نسمي بعقد التاجر، ويترتب على العقد ان يتحمل المصرف بسداد قيمة الفواتير المسحوبة على العميل الحامل للبطاقة الإئتمانية نتيجة تسويقة مما يلازمه من مشترياته من السلع أوتقديم الخدمات، في مقابل التزام التاجر بقبول الوفاء بقيمة هذه الفواتير قِبل العميل عن طريق السحب الآلي على البطاقة بدلاً من النقود، ويستوفي في العقد ان يكون التاجر شخصاً طبيعياً او معنوياً متمثلاً بالشركة او محل تجاري، او مطعم، او فندق ..الخ، ويفضل للتاجر الذي يقبل الوفاء بهذا

مجلّة پۆليتكنيك للعلوم الإنسانية والإجتماعية
المجلد 3، العدد 2 (2022)
أُستلم البحث في 20 مايو 2022؛ قُبل في 25يوليو 2022
ورقة بحث منتظمة: نُشرت في 26 أغسطس 2022
البريد الإلكتروني للمؤلف :talib.sulaiman@soran.edu.iq
حقوق الطبع والنشر © 2022 طالب، عبدالرحيم. هذه مقالة الوصول اليها مفتوح موزعة تحت رخصة المشاع الإبداعي النسبية - CC BY-NC-ND 4.0

النمط من التسويق ان يلصق اعلاناً على واجهة اومكان ظاهر في محله التجاري، لتمكن حاملي البطاقات الإئتمانية الاستفادة من تقديم هذه الخدمة.

اولاً: مشكلة البحث

يعد التكييف القانوني عملية قانونية تكون في أغلب أحيان صعبة ومعقدة، إذ يتم الاعتماد عليه لتطبيق حكم القاعدة القانونية على الواقعة الحاصلة التي تدخل ضمن التكييف وفي إطار الفرضية التي وضعها المشرع، ويعد التكييف القانوني لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية مشكلة لهذا البحث نظراً لكون العقد من عقود المستحدثة داخل اروقة الانظمة المصرفية في العهد الجديد، حيث وجدنا في الآونة الاخيرة ان البنوك والمؤسسات المصرفية في اقليم كوردستان والعراق تعتمد في معاملاتها المالية على احدث التقنيات العالمية في المجال العمل المصرفي وتصدر بطاقات بلاستيكية للعملاء سيما الإئتمانية التي تمكن لحاملها ميزة شراء ما يحتاجه من السلع والخدمات السوقية مقترناً بميزة الإئتمان سواء اكان لديه الرصيد من عدمه، ولتقديم هذه الخدمة المصرفية فقد تلجأ لابرام عقد التاجر، وفي غياب التنظيم التشريعي في النظام القانوني العراقي وعدم وجود الوصف القانوني السليم لهذا العقد، ظهرت متاهات فقهية واتجاهات متباينة حول تكييفه، نظراً لكونه من عقود غير المسماة، واحتوائه لاحكام مشتركة مع نظم قانونية مشابه له كحوالة الدين، والوكالة والكفالة، والانابة في الوفاء، والوفاء مع الحلول، كما وإن تعدد اطراف العلاقات القانونية وتعقد آثاره، وحداثة ظهوره داخل العمليات المصرفية تمثل جانب الاخر لظهور هذه المشكلة، وعليه تحاول هذا الجهد جاهداً للوصول الى الوصف القانوني الاقرب الى الواقع لهذا العقد من خلال عرض وتحليل وتقييم مجموعة من ألاراء الفقهية المختلفة والمتباينة حول الموضوع.

ثانياً: الهدف من البحث

يهدف البحث الى التعرف بماهية عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية من حيث تعريف المصطلح، وبيان خصائصه، وبذل الجهود من أجل الوصول الى الوصف القانوني السليم لهذا العقد المكتنف للغموض داخل الاروقة المصرفية وذلك من خلال عرض وتحليل وتفسير مجموعة من لاراء الفقهية والنظريات المتباينة التي طرحت حول الموضوع وذلك نسبة لغياب التنظيم التشريعي الخاص بالعقد في العراق واقليم كوردستان.

ثالثاً: منهجية البحث

بغية الاحاطة بموضوع البحث من كل جوانبه، يعتمد هذا الجهد على المنهج التحليلي الذي يقوم على أساس عرض وتحليل الآراء الفقهية والنظريات المنصبة حول موضوع البحث، بغية مناقشتها واستخراج الأحكام المناسبة منها بالإضافة إلى بيان رأينا فيها.

رابعاً: هيكلية البحث

بناءاً على ما تقدم فقد ارتأينا تقسيم البحث على مبحثين، في المبحث الاول نتناول ماهية عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية من خلال مطلبين لبيان كل من مفهوم عقد التاجر وخصائصه، من ثم نخصص المبحث الثاني لتوضيح الوصف القانوني السليم لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية، ومن خلال طرح النظريات الفقهية في عدة مطالب، وتنتهي الدراسة بخاتمة البحث التي تتضمن الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية

هناك عدة عقود تنشأ في إطار البطاقة الإئتمانية وهذه العقود اما يبرم بين الجهة المصدرة للبطاقة الإئتمانية وحامل البطاقة يسمى بعقد الحامل، أو العقد الذي يربط بين الحامل والتاجر او مقدم الخدمة تحكمها عقد بيع أو عقد تقديم الخدمات، أو العقد بين الجهة المصدرة للبطاقة الإئتمانية والتاجر ويسمى بعقد التاجر، وإنّ لهذا العقد الاخير مفهوماً محدداً يختلف عن باقي العقود، التي تشكل بمجموعها نظام بطاقة الإئتمان، وعليه نكرس الجهد في هذا المبحث لدراسة ماهية هذا العقد، حيث نخصص المطلب الاول فيه للولوج الى مفهوم هذا العقد، بينما نكرس الجهد في المطلب الثاني لدراسه خصائصه وكالاتي:-

المطلب الاول

مفهوم عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية

يبرم عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية بين التاجر والجهة المصدرة للبطاقة لذلك يسمّى بعقد التاجر ويطلق عليه في الفقه الفرنسي على أنه عقد المورد (Contrat fournisseur)، (محمد أبوبكر، 2017، ص59)، وهو عقد غير مسمى ظهر في الآونة الاخيرة كأحدى عمليات مصرفية معاصرة، وإنّ الإحاطة بمفهوم عقد التاجر في إطار

بطاقة الإئتمان لابد وأن يسبقه تعريف العقد، والتاجر على حد سواء لان المصطلح يتكون من مقطعين، وعليه نقسم المطلب الى فرعين، في الفرع الاول نتناول تعريف العقد والتاجر، من ثم نعرج في الفرع الثاني الى تعريف عقد التاجر ضمن بطاقات الإئتمان وكالآتي:-

الفرع الأول: تعريف العقد والتاجر

نكرس الجهد في هذا الفرع لتعريف العقد والتاجر لغةً واصطلاحاً في الفقرتين وذلك تمهيداً للوصول الى تعريف شامل ومرضي لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية.

الفقرة الاولى: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً

فالعقد لغةً يفيد عقد الحبل، نقيض حله، وعقده على الشيء عاهده وعقد له الشيء، ضمنه، تعاقد القوم، تعاهدوا (معلوف، ص517).

والعقد بالكسر: يعني القلادة ويقال رجلٌ أعقدُ وعقد، للذي في لسانه عُقدةٌ. (الجوهري، 2008، ص424).

وأوردت كلمة (عقد) ومشتقاته في عدة مواضع من القرآن الكريم، فقال تعالى: (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) (البقرة، الآية 235)، وقال سبحانه أيضا (الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح) (البقرة، الآية (237)، وهناك آيات أخرى بهذا الشأن.

وعلى صعيد الاصطلاح القانوني نجد ان القوانين المدنية اختلفت من حيث ضرورة أو عدمها في إحتوائها لتعريف العقد، فالقانون المدني المصري والسوري وتقنين الألتزامات السويسري لم تورد تعريفاً للعقد في حين اتجهت قوانين مدنية اخرى لتعريفه، كالقانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي، حيث عرفه القانون المدنى

العراقي في المادة (73) منه على أنه: "العقد هو إرتباط الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

اما القانون المدني الفرنسي فقد تضمنت المادة (1101) قبل تعديل 2016 تعريفاً للعقد على انه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو اكثر تجاه شخص آخر أو أكثر باعطاء أو بعمل أو بالامتناع عن عمل". وتعليقاً على هذا المسلك ذهب جانب من الفقه(د. الحكيم وآخرون،١٩٨٠، ص٢٠) الى التمييز بين العقد والاتفاق معتبراً أن الاخير اعم من العقد، بيد ان جانب كبير من الفقه انتقد هذه التفرقة باعتبار ان ليس لها اهمية عملية تذكر، هذا وقد حرص التعديل الجديد 2016 للقانون المدني الفرنسي تفادي هذا النقص في المادة (1101) بصيغتها الجديدة ونص على أنه: (اتفاق ارادات بين شخصين او اكثر يهدف الى انشاء التزامات او تعديلها أو نقلها أو انهائها).

اما في الاصطلاح الفقهي: فقد عرفه جانب من الفقه(د. السنهوري، 2000، ص 163) على انه: (توافق ارادتين او اكثر على انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهائه، او انه (الحجازي وآخرون، ص210): "توافق ارادتين او اكثر بقصد انشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي"، ولدى رأي آخر فإن العقد عبارة عن(د. حسن قاسم، 2018، ص 39 – 40): "اتفاق ارادتين او اكثر على احداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأمر انشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو انهاؤه"، وتعريف العقد على هذا النحو الاخير يميزه عن التصرف القانوني الصادر بالارادة المنفردة وعن الاتفاقات غير ملزمة اخرى .

الفقرة الثانية: تعريف التاجر لغةً واصطلاحاً

فالتاجر لغة يأتي بمعنى : تجر: تَجَرَ يَتْجُرُ وتجارةً، وكذلك إتَّجَرَ يتَجرُ، وهو إفتعال، فهو تاجرٌ، والجمع تجرٌ، مثال صاحبَ وصحبٍ، وتجارٌ وتُجارٌ، والعرب تسمي بائع الخمر تاجراً (الجوهري، ٢٠٠٨).

وفي الاصطلاح القانوني فقد عرفه قانون التجارة العراقي على أنه: "يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفقاً احكام هذا القانون"(المادة (1/7) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984)، وعند قانون التجارة اللبناني التجار هم "الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام باعمال تجارية، والشركات التي يكون موضوعها تجارياً(المادة (9) من قانون التجارة اللبناني رقم (304) لسنة 1942 المعدل في 2019)، أما المادة(1/10) من قانون التجارة المصري جاء بتعريف مماثل بالقول: يكون تاجراً: كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجاريا.

يُستنتج من هذه التعاريف ان الشخص لا يكون تاجراً الا اذا توافر فيه الشروط القانونية لاكتساب صفة التاجر، وهذه الشروط تكمن في تمتع الشخص بالأهلية القانونية، سواء كان شخص طبيعي أو شخص معنوي، وأن يزاول باسمه ولحسابه عملاً تجارياً من الأعمال التي ورد ذكرها في قائمة الأعمال التجارية، اضافة الى قيامه بهذه الأعمال على وجه الأحتراف.

والأهلية التجارية للشخص الطبيعي يختلف من دولة لأخرى، فالقانون التجاري العراقي لم يحدد او يشترط سناً معينة للأهلية التجارية بل ترك الامر للرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني حيث حدده بـ (ثماني عشرة سنة كاملة) ، بالنسبة للعراقي(م 106/ ق.م.ع)، اما اهلية الشخص الطبيعي الأجنبي فتخضع لقانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته(م 1/18ق.م.ع). ومع توافر شروط اخرى للذي يرغب بالتجارة في العراق، كموافقة الجهات الأدارية المختصة في العراق، والا يتعارض نشاطه التجاري مع خطط التنموية في العراق(د. صالح ، 2006، ص 100 -102).

اما التاجر كشخص معنوي فان التشريعات الوطنية هي التي تحدد المؤسسات اوالهيئات التي تدخل ضمن طائلة الاشخاص المعنوية المعترف بها قانوناً، وبالرجوع الى المادة (47) الفقرة (9) من القانون المدني العراقي نجد ان الشركات التجارية تدخل ضمن قوائم الاشخاص المعنوية.

والذي نبغي ذكره المشرع العراقي لم يفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي من حيث شروط اكتسابها لصفة التاجر(د. ياملكي، 2014، ص 103–105)، هذا يعني ان الشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً يكتسب صفة التاجر اذا باشر عملاً تجارية على وجه الاحتراف، وان العمليات المصارف التي نحن بصددها تدخل من صميم هذه الاعمال التجارية بدليل فقرة (12) من المادة (5) من قانون التجارة العراقي.

بناءً على ما تقدم يمكن القول في ان العمليات المتعلقة ببطاقات الإئتمان منها ابرام عقد التاجر تدخل ضمن إطار احكام المادة (12/5) من قانون التجارة حتى لو لم يذكر ذلك صراحة، وبموجبها يستطيع اي شخص طبيعي- معنوي مزاولة هذه العمليات سواء اكان بنفسه او عن طريق الوكلاء، والوكالة بحسب المادة(927) من القانون المدني العراقي عبارة عن: (عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم).

ولا يكتسب هذا الشخص صفة التاجر الآ اذا قام بهذه الاعمال على صيغة احترافية، والاحتراف تعني توجيه النشاط بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمل معيّن في مجال معين لتحقيق غرض معيّن. ويتضمن الاحتراف وجود شرطين او عنصرين هما: الحرفة والاعتياد (د. صالح، ص 87).

بناءً على كل ماتقدم نستطيع أن نعرف التاجر في إطار بطاقات الإئتمان على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه و لحسابه على وجه الاحتراف الاعمال المتعلقة بالبطاقات الإئتمانية، ويربطه عقد مع مصدر البطاقة الإئتمانية" وعادةً تشمل المحلات التجارية والفنادق والشركات التجارية والمستشفيات وشركات السياحة والمطاعم وغيرها والتي تتعاقد مع الجهة المصدرة للبطاقة.

الفرع الثاني/ تعريف عقد التاجر.

إن الاطراف التي تربط بنظام بطاقات الإئتمان تكون عادة ثلاثة أطراف: الطرف الاول هو المركز العالمي للبطاقة وهو منظمة او مؤسسة عالمية تتولى انشاء البطاقة الإئتمانية ورعايتها. ومن أهم هذه المراكز منظمة فيزاكارد، وماستر كارد، وداينرز كلوب، أمريكا اكسبريس، والمقر الرئيسي لها جميعاً الولايات المتحدة الأمريكية، أو بنك الاصدار والذي عبارة عن البنوك العالمية التي تتعاقد مع المركز العالمي من جهة، ومع التجار من جهة اخرى، للتعامل ببطاقات الإئتمان التي تصدر من جانبها، وتتولى مهمة البيع والخدمات الاخرى المتعلقة بدفع قوائم المشترين الى التاجر، او بنك التاجر.

والطرف الثاني هو التاجر الذي تشمل المحلات التجارية والفنادق والشركات التجارية والمستشفيات وشركات السياحة والمطاعم وغيرها والتي تتعاقد مع الجهة المصدرة للبطاقة من أجل تزويدها بالآلات والمعدات اللازمة لقبول البطاقة.

أما الطرف الثالث هو حامل البطاقة او العميل(د. خالد، 2013، ص80- 82)، ومن الناحية القانونية تبرم عقود مختلفة من قبل هذه الأطراف على هذه البطاقة، وهي عقد الانضمام[3]، وعقد التاجر[4]، وعقد التحويل المصرفي[5]، ثم عقد الحساب الجاري.[6]

والذي يهمنا الخوض فيه عقد التاجر، أي العلاقة القانونية الناشئة بين التاجر والبنك مصدر البطاقة، والتاجر في هذه العلاقة عبارة عن "مجموعة من المؤسسات التي تقبل الوفاء ببطاقة الإئتمان والتي تشمل المحلات التجارية والفنادق والشركات التجارية والمستشفيات وشركات السياحة والمطاعم وغيرها والتي تتعاقد مع الجهة المصدرة للبطاقة من أجل تزويدها بالآلات والمعدات اللازمة لقبول البطاقة(رفاف، 2016، ص 52).

وهذه الأجهزة والادوات ضرورية جداً للتعامل مع البطاقة وقراءتها بغية الحصول على المعلومات الكاملة الضرورية لعملية الشراء، وكذلك للتأكد من صحة البطاقة ووجود الرصيد الكافي لعمليات الشراء، وبالقدر الذي يختاره المشتري من السلع والخدمات المعروضة، وكذلك لإرسال الأشعار الى البنك من اجل إتمام عمليات الخصم وبالقدر المتفق عليه مع المشتري مالك البطاقة الإئتمانية .

ومن هنا فقد عرف جانب من الفقه(المضحكي، ٢٠١٢، ص 76) عقد التاجر على انه "عقد يقوم بمقتضاه التاجر بالإعلان للجمهور عن قبول التعامل بهذا النوع من البطاقات والتأكد من سلامة عملية الوفاء من خلالها، كما يلتزم بدفع العمولة المتفق عليها، وفي مقابل ذلك يلتزم البنك بتزويد التاجر بالآلآت والمعدات التي تسهل عملية الوفاء" .

او انه عبارة عن "عقد اذعان تجاري، غير مسمّى، محدود الأجل، ملزم للجانبين، يشترط بموجبه المصدر قبول المورد لاستدانة حامل بطاقته مقابل التزامه بخصم كافة تلك الديون وتحصيل نسبة عليها"(د. عبدالصمد، 2016، ص 250)، أو هو "عقد يلتزم بموجبه أحد الأطراف، وهو بنك في الغالب، بتسديد قيمة المشتريات والخدمات التي يقدمها الطرف الآخر وهو التاجر، لمستخدم البطاقة الصادرة من الطرف الأول، مقابل أن يلتزم الطرف الآخر بقبول البطاقات الصادرة من الطرف الأول كوسيلة وفاء"(د. سعد، 2003، ص801).

يُستشف مما تقدم ان عقد التاجر لا يخرج عن كونه عقد قائم على الإعتبار الشخصي، حيث نجد في أغلب الأحيان ان البنك المصدر للبطاقة لا يتعاقد إلّا مع التاجر الذي يتمتع بسمعة تجارية طيبة.

ولا نتفق مع الرأي القائل بان هذا العقد تدخل من صميم عقود الاذعان لان للتاجر حرية تامة من ابرام العقد مع البنك المصدر من عدمه، وان العقد لم يتعلق بسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة الحديثة التي لايمكن الإستغناء عنها، وكذلك الحال لا نتفق مع توصيف العقد على أنّه عقد محدد الأجل، لأنّه في الأصل يبرم العقد لمدة غير محددة طالما لم يوجه الاطراف ارادتها لانهاءها، مع ذلك لا يوجد مانع من الإتفاق على تعليق العقد بفترة زمنية محددة. وعليه يمكن لنا ان نعرف عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية على انه "عبارة عن عقد تجاري بين التاجر كشخص طبيعي أو شخص معنوي مع البنوك التي تصدر البطاقات الإئتمانية للتعامل مع هذه البطاقات قانونياً عن طريق عمليات البيع والشراء وتقديم الخدمات بكافة انواعها. وبه يستطيع التاجر الاعلان عن نفسها كمتعامل بهذه البطاقات، ويتم كافة العمليات المصرفية المتعلقة بهذه البطاقات عن طريق أجهزة مصرفية الكترونية.

المطلب الثاني

خصائص عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية

يتميز عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية بعدة خصائص، منها انه قائم على الأعتبار الشخصي، وأنه عقد تجاري، وعقد ملزم للجانبين، وعقد غير مسمّى، وعقد إذعان، وأنّه عقد محدود الأجل إضافة إلى كونه عقد رضائي، وعليه سنتناول هذه الخصائص تباعاً في هذه المطلب.

الفرع الأول/ عقد التاجر قائم على الإعتبار الشخصي

عندما ينظر من زاوية صفة المتعاقدين إلى عقد التاجر نجد انه عقد قائم على الإعتبار الشخصي، ويفيد ذلك أنّ البنك مصدر البطاقة يعمل على إختيار التاجر الذي يثق فيه ويكون حسن السمعة(امنية، 2005، ص 57).

والعقود التي تقوم على الأعتبار الشخصي، تكون شخصية المتعاقد فيها محل اعتبار وأهمية، سواء أكان في مرحلة انعقاد العقد أو في مرحلة التنفيذ، وعادةً لا يبرم عقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، بل يجب ان تقبل الموجب وأن يتعاقد مع الشخص القابل(د. بكر، ص 88)، حيث يبقى للموجب الحق في التحري عن توافر الصفة التي يعتد بها في القابل. وكما انه يترتب على الاعتداد بالاعتبار الشخصي للمتعاقد أن الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفته يعد غلطاً جوهرياً، يجعل العقد موقفا على إرادة من وقع عليه الغلط(د. قاسم، 2018، ص 91-92)، ومن الناحية العملية تظهر هذا الدور الفعّال للتاجر في هذا العقد، لأن الثقة والإئتمان الذي يتعلق بالشخص المتعاقد له دور كبير في إنشاء علاقات قانونية على أسس سليمة وواقعية، وخاصة في وقتنا الحاضر بعد ظهور الشركات الوهمية التي تهدف للحصول على الارباح الطائلة ودون الالتفات إلى مصلحة الشخص المقابل.

ويتطلب البنك المصدر من التاجر إضافة إلى إعتباره الشخصي المتعلق بالسمعة والشهرة الطيبة، أنْ يكون الخدمات والسلع التي يقدمها متنوعة، وتجدر الإشارة أنَّ بعض التشريعات الأوروبية (المادة (7) وما بعدها من قانون رقم (81 – 1243) بشأن حرية الأسعار والمنافسة الأوروبية الصادر بتاريخ (1986/12/1). لا يعطي الأهمية للإعتبار الشخصي للتاجر، ووضعت بعض المبادىء التي لا تقبل رفض البنك المصدر للتعاقد مع مع التاجر الاّ لسبب مشروع وذلك نظراً لاهمية إقتصادية لهذا العقد(د. محمد ابوبكر، ص98)، بناءً على ذلك لايجوز للتاجر محل الإعتبار تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الا بنفسه ولا الإنابة لغيره، ولا يجوز له نقل الإلتزامات والحقوق التي تترتب على العقد إلى الغير عن طريق الحوالة التجارية، كما ان الصفة لا تنتقل الى ورثة المتعاقد ويعتاد بشخصيته أو صفاته وتنقضي حتماً بوفاته(د. قاسم، ص 92).

ومما تجدر الإشارة إليه أنَّ فكرة الإعتبار الشخصي تتسم بطابع نسبي حيث يؤخذ في الإعتبار كل الصفات الفردية كشغل منصب معيّن، أو الحصول على شهادة محددة(د. بكر، ص 89).

ومن فوائد العقود التي تقوم على الإعتبار الشخصي أنَّ العميل او المستهلك مالك لبطاقة يكون مطمئناً نفسياً للتعامل مع التاجر الذي يكون عند حسن ظنه، وكما هو معروف ان القوانين الحديثة المعنية بحماية المستهلك يحمي مالك البطاقة الإئتمانية من الضغوطات التي تواجهه اثناء مرحلة انعقاد العقد أو تنفيذه. وينفسخ مثل هذه العقود بحكم القانون عند موت الشخص محل الإعتبار (انظر المادة (923) من القانون المدني العراقي حيث نصت على انه: "لا ينفسخ عقد العمل بموت ربّ

العمل، مالم تكن شخصيته قد روعيت في العقد، ولكن ينفسخ العقد بموت العامل".)، لان العقد المبرم على أساس الإعتبار الشخصي عقد غير قابل للتحويل(المادة (10) من عقد التاجر الصادر عن البنك الأهلي المصري).

الفرع الثالث/ عقد التاجر عقد تجاري

بحسب المعيار التشريعي يعتبر العقد المبرم بين البنك المصدر للبطاقة والتاجر من العقود التجارية قانوناً وذلك بدليل المادة (13/5) من قانون التجارة العراقي، أمّا فيما يتعلق بالفقه فقد إعتمد على معايير مختلفة لتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فهناك من يعتمد على معيار شخصي يركز على الشخص الذي يقوم بابرام العقد، حيث إذا كان الشخص تاجرا فان العقد يكون تجارياً(د. سليمان الأحمد، ص 166)، وهناك من يعتمد على المعيار الموضوعي فيربط العقد بمحله وموضعه، وبحسب هذا الإتجاه اذا كان محل العقد عملاً من الأعمال التجارية فان العقد يعتبر تجاري، وعقد التاجر في هذا المنظور يعد عقداً تجارياً لأنه موضوعه عمل من اعمال المصارف التي عدّها القانون تجارياً(د. سعد، ص802).

كما وهناك معيار آخر يسمى بمعيار قصدي يتعلق بالباعث الدافع إلى التعاقد، والذي نبغي ذكره نحن لا نميل الى هذا المعيار ولا نؤيده، لأنه يربط العقد بالدافع الباعث وقت ابرامه، حيث اذا كان الباعث تجاري يكون العقد تجاريا والاّ تكون مدنية، ولكون الباعث الدافع الى التعاقد يحتاج إلى تفسير العقد ويتعلق بالارداة الظاهرة والباطنة مما يستوجب الخوض فيه لفترة طويلة وهذا لا يتناسب مطلقاً مع نظام بطاقات الإئتمان التي تتصف بالسرعة في المعاملات(د. الأحمد، ص165-169).[7]

بتاءً مما تقدم من عرض المعايير المختلفة في تحديد طبيعة قانونية لعقد التاجر يتبين لنا ان هذا العقد عقد تجاري محض سواء كان النظر اليه بالمعيار التشريعي أو المعيار الموضوعي أو المعيار الشخصي.

الفرع الثالث/ عقد التاجر من العقود الرضائية

يعرف العقد الرضائي بانه العقد الذي ينعقد بمجرد وجود التراضي بين طرفيه ودون الحاجة إلى إجراء أية شكلية تذكر(د. بكر، ص 78)، ولكن لا يمنع من أنْ يكون العقد رضائياً ويشترط لإثباته أنْ يكون على شكل معين، هنا يجب التمييز بين وجود العقد واثباته(د. السنهوري، ص 163)، كما وفي بعض العقود قد لا يكفي مجرد التراضي بل يجب ان تضيف عليها الاجراءات الشكلية كالتسجيل في الدوائر المتخصصة، كعقد كنقل الملكية في عقود بيع العقار(المادة (٥٠٨) في القانون المدني العراقي) ، والمركبات(المادة (٢) من قانون المرور رقم (٨) لسنة ٢٠١٩) والمكائن (المادة (١) من قانون تسجيل المكائن رقم (٧) لسنة ١٩٩٩)، وعقد الشركة التجارية(المواد (١٣)، (١٨٢)، (١٨٣) من قانون الشركات العراقي المعدل رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧).

وفيما يخص بعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية يرى الباحث في أنَّ الرضائية هي الأصل لإنعقاد العقد واثباته، حيث لا ينعقد العقد الا بوجود التراضي وصحته بين طرفي العقد التاجر والبنك المصدر للبطاقة، واذا اشترط الطرفان على أن يكون للعقد شكلية محددة نظراً لدورها المهم في اثبات، هذا يعني برضاهما اصبح العقد شكلية.

أمّا بالنسبة لعينية العقد الذي مفاده يجعل التسليم ركناً من أركان العقد، فبالنسبة لعقد التاجر شيء واضح سواء كانت اشترط التسليم في العقد ام لم يشترط، لابد لبنك المصدر للبطاقة تسليم الاجهزة والآلآت التي تتعامل مع البطاقة الإئتمانية وقراءتها إلى التاجر، ليستطيع هذا الأخير من الحصول على كافة المعلومات المتعلقة بالنقد والرصيد في البطاقة الإئتمانية، وبدون هذه الأجهزة لا مجال لإستخدام البطاقة الإئتمانية لأغراض عقد التاجر.

الفرع الرابع/ عقد التاجر عقد غير مسمّى

يكون العقد مسمّى اذا ما خصّه القانون باسم معيّن وتولى تنظيمه، وذلك نظراً لشيوعه بين الناس في تعاملهم، ويلاحظ ان العقد المسمّى عقد منظم قانوناً ليس خاضعاً للقواعد العامة، ودون ذلك فيخضع للقواعد العامة في القانون المدني(د. السنهوري، ص 167)، وعادةً لا يكتنف مثل هذه العقود الغموض في كثير من أحكامها سواء التشريعية منها او العرفية، والمفترض فيها ان تكون معروفة لدى عامة الناس، بيد أن هناك إختلاف في إبرامها بحسب الشخص المتعاقد أو بسبب الموضوع التي يتعاقدون عليها كون العرف له دور في هذه العقود سواء كان في مرحلة الانعقاد او التنفيذ، لذلك نرى ان المشرعين يحاولون إضافة العقود المنتشرة التي لم تنظم أحكامها الى القانون المدني بمرور الزمن.[8]

وعقد التاجر من العقود غير المسمّاة ولو أنّه انتشر بعد ما تم التعامل مع البطاقة الإئتمانية ولكن ولحد الآن لم يحظ بتنظيم قانوني رغم اهميته، لذلك يرى الباحث ان هذا العقد بما له من اهمية في الحياة العملية يجب تنظيمها من قبل المشرعين العراقي والكوردستاني بغية توضيح معالمها الأساسية من ابرام وشروط وآثار وإنهاء، ولتسهيل عملية تكييفها وتحكيمها في المحاكم العراقية والكوردستانية عند حدوث نزاع بين اطراف العلاقة القانونية لهذا العقد .

الفرع الخامس/ عقد التاجر عقد محدود الاجل

فيما يتعلق بأجل العقد المبرم بين البنك المصدر والتاجر، اختلف الفقهاء فيه، فبعضهم يصفه بمحدودية الأجل، وبعض الاخر يرى انه في الأصل عقد مستمر من حيث المدة ولكن يجوز لاطراف العلاقة تعليقه بمدة معينة بحسب الاتفاق بينهما(د. عبدالصمد، ص 250 ، ص270). ونحن مع الرأي الثاني الذي يقول بان عقد التاجر عقد غير محدد المدة كون عملية البيع والشراء مستمرة مادام حامل البطاقة يتعامل مع البنك من جهة ومع التاجر من جهة أخرى، لأن الحد من هذا الاستمرار يجعل من العميل التوجه الى بنوك أخرى للحصول على مزايا وامتيازات اكثر، وهذا ما لا يتفق مع ما يتطلبه الاعمال التجارية من منافسات بين البنوك في تعاملها مع زبائنها وخاصة في وقتنا الحاضر، تجدر الاشارة ان في العراق وإقليم كوردستان هناك عدد لا بأس بها من المصارف الأهلية التي تقوم باعمال بطاقات الإئتمان الى جانب المصارف الحكومية، ولو أن سياسة الحكومة ربما لاتشجع تطوير النظام المصرفي الحكومي بقدر اهميتها بالمصارف الاهلية ويعد هذا في نظرنا نقصاً تؤثر على الحركة التنموية لان القطاع المصرفي تنصنف على انه عماد الاقتصاد الوطني، وينبغي ان تحاول بذل جهود مضنية في سبيل استرجاع الثقة المتدهورة بين العملاء من الشركات التجارية والتجار والمقاولين وهذه المصارف، بعد ان فقدتها نتيجة لحجز ومصادرة الاموال المودعة لديها في السابق، حيث خلف آثاراً سلبياً على الحركة التنموية في العراق والاقليم على حد سواء، وان تقوم بتطوير

الحركة المصرفية من حيث اعادة تحديث الهيكلية وتنظيم قواعد قانونية لمواكبة التطورات الحاصلة في القطاع المصرفي الدولي.

كما ونرى ان تقوم حكومة الاقليم بتفعيل عملية التعامل مع بطاقات الإئتمان في المصارف الحكومية، اسوة بالمصارف الاهلية التي هي سبّاقة في هذا الأمر كبنك الجهان الاسلامي وبنك الكوردستان الاسلامي وغيرها من البنوك، التي قطعت شوطاً لا بأس بها في استخدامهم للبطاقات الإئتمانية[9] .

الفرع السادس/ عقد التاجر عقد إذعان

يعد عقد الاذعان (Adhesion Contract) من عقود الذي ينفرد فيه أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد، بحيث يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول تلك الشروط دون مناقشة، اذا ما اراد الدخول في العلاقة التعاقدية مع الطرف الأول، ومن هنا جاء تسمية هذا النوع من العقود، حيث يذعن أحد اطراف العقد للطرف الآخر فيما ينفرد بوضعه من شروط التعاقد.[10]

ويتميز عقود الاذعان بعمومية الايجاب اذ يوجه الايجاب الى الجمهور عامة أو القطاع المعني الذي يتصف بصفات معيّنة، ويصدر الايجاب من عمل الطرف القوي والمهيمن في العقد وهو في المركز يتيح له ان يضع الشروط ولا يشاركه المتعاقد الآخر في المفاوضات. ويفترض في هذا العقد عدم المساواة في المستوى الاقتصادي بين الطرفين، اضافة الى ذلك ان هذا العقد ينصب على سلع أو مرافق ضرورية بالنسبة للمستهلك، على خلاف عقود المساومة او الممارسة التي تجري المناقشة والمساومة على شروطها وتصاغ بحرية بين المتعاقدين كالبيع والاجار والمقايضة، فعقد المساومة عقد تفاوضي لا ينشأ الاّ اذا سبقه تبادل الايجاب والقبول بين الأطراف(د. بكر، ص 87).

وقدر تعلق الامر بعقد التاجر، فان البنك المصدر للبطاقة هو الذي يصدر الأيجاب على شكل أنموذج موحد فيه كافة الشروط المطلوبة للحصول على هذا العقد من قبل التاجر. بما ان في العقود المهمة فقد تسبق ابرام العقد النهائي المفاوضات التمهيدية ويتم فيها مناقشة مستفيضة حول اركان العقد وشروطها، بيد ان في عقد التاجر تدور المناقشة بين هذا الاخير والبنك المصدر للبطاقة حول البطاقة ونسبة الخصومات والعمولات ومقدارها وطريقة دفعها وكيفية الحصول على الأجهزة والمعدات الضرورية التي تزود البنك المصدر للبطاقة للتاجر.

وعلى رأينا المتواضع ان عقد التاجر لا ينطبق عليه احكام عقد الاذعان، لانه يحتسب عقد من عقود المساومه حيث يستطيع طرفي العقد اجراء مناقشات ومفاوضات حول ماهية العقد او شروطه واثاره او نوع البطاقة التي قد تصدر ونسبة الخصومات والعمولات التي تجري عليه سواء أكان هذه المفاوضات في مرحلة تسبق ابرام العقد او عند ابرامه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ان هذا العقد ليس متعلق بمرفق اقتصادي ضروري او محل احتكار قانوني لا يمكن الاستغناء عنه.

المبحث الثاني

الوصف القانوني السليم لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية

هناك آراء مختلفة واتجاهات متباينة فيما يتعلق باعطاء الوصف القانوني السليم لعقد التاجر، والجدلية حول هذا الوصف أخذت ابعاد واسعة بحيث شملت الاجتهاد القضائي، اضافة الى ما ذهب اليه الفقه من الاختلاف. والسبب في ذلك يعود بالأساس الى تعدد اطراف العلاقات القانونية التي تخص بطاقات الإئتمان(الجواهري وآخرون 2004، ص 118). فعند رأي الاغلبية في الفقه ان أطراف هذه العلاقة تتكون من ثلاثة وهي:" البنك المصدر للبطاقة، حامل البطاقة، التاجر مقدم الخدمة او السلعة"، ولكن هناك من يرى ان هذه العلاقات رباعية (الجادر، 2008، ص 56) واضافت عليها الجهة العالمية المصدرة للبطاقة، وعند اتجاه آخر علاقة خماسية(د. خالد، ص83) ويرى على انه فضلاً عن الجهة العالمية المصدرة للبطاقة هناك طرف خامس وهو البنك الوسيط الذي يدخل ضمن نظام بطاقة الإئتمان ويسمى ببنك التاجر[11].

وتجدر الاشارة ان في مسألة تحديد الوصف القانوني الدقيق لعقد ما يتوجب على القاضي التحري لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه، ولذلك عليه أن يعيّن نوع هذا العقد نسبة لتنظيمه القانوني، فاذا تبيّن له انه من العقود المسمّاة فيصفه باسمه ويطبق عليه قواعده التي نص عليها المشرّع (د. بكر، ص 412). واذا تبيّن له انه عقد من العقود غير المسمّاة كعقد التاجر الذي نحن بصدده وموضوع هذا الوصف، فيتعين عليه ان يستخلص قواعده من الاجتهادات الفقهية والقرارات القضائية مع الرجوع الى القواعد العامة في القانون المدني.

من جانب آخر إن مسألة اعطاء وصف قانوني سليم لعقد التاجر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير ارادة المتعاقدين، فغالباً اعطاء هذا الوصف ليس بامر هين دون تفسير هذه الارادات، ولكن لا يجوز إعتبار تفسير الارادات واعطاء الوصف السليم شيئاً واحداً، اذ يستعمل التفسير لمعرفة حقيقة ما اراده الطرفان من خلال الالفاظ التي استعملاها وهذا بحث أساسه الواقع، امّا التكييف (اعطاء الوصف السليم) فيهدف الى معرفة طبيعة ما اراده الطرفان، وهذا بحث أساسه القانون(د. الحجازي، 1982، ص 577). والقاضي قد يعتمد في تكييفه لعقد التاجر على القواعد التفسيرية العامة في القانون المدني .

امّا الفقه فاختلف فيما بينها حول إعطاء الوصف القانوني السليم لعقد التاجر وبدورنا نعتبره نتيجة طبيعية لتعدد اطراف العلاقات القانونية المرتبطة بالبطاقة الإئتمانية المنشئة لهذا العقد، فمنهم من ذهب الى اعتباره عقد وكالة، ومنهم اعتبره عقد كفالة، ومنهم اعتبره حوالة الدين، او الوفاء مع الحلول، عقد البيع، ومن هنا سوف سنكرس الجهد في هذا المبحث لبيان إلى أهم النظريات التي طرحت في هذا المجال بالبحث والتحليل والتقييم للخروج بوصف قانوني يعتقد سليم لهذا العقد عسى ولعل ان يهتدي به المشرع عند تنظيمه باحكام تفصيلية، وعليه سنقسم المبحث الى عدة مطالب عدة مطالب وكالاتي:-

المطلب الاول

نظرية الوكالة

لدى البعض الفقه(حميد الجابر، ص 85) فإن نظرية الوكالة اوفر حظاً في اعطاء الوصف القانوني السليم لتحديد عقد التاجر، وبحسب هذا النظرية ان العلاقة التي تربط بين البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية وبين التاجر عبارة عن عقد الوكالة، حيث عرف القانون المدني العراقي الوكالة بانه" عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"(المادة (927) من القانون المدني العراقي)، ويظهر خلال التعريف انه المشرع كان دقيقاً خلال تضمنه عبارة "عقد يقيم به شخص" ويعني ذلك عقد ينيب به شخص شخصاً مكان غيره(د.العاني، 1975، ص 55) حيث يعتبر ميزة مهمة في تعبيره لعقد التاجر. وعلى ذلك يصبح البنك المصدر للبطاقة وكيلاً عن التاجر في قبض ما يستحقه من قيمة مبيعاته لحامل البطاقة، ومن ثم اضافتها الى حسابه البنكي، كما وانه – البنك المصدر للبطاقة-

وكيلاً عنه في السحب من رصيده فيما هو مستحق عليه عن بضاعة مسترجعة(عبدالرحمن، ص 79).

وتجدر الاشارة ان محكمة النقض الفرنسية بقرار لها في 1982/5/17 [12]ايدت هذه الفكرة، واقرت بان العلاقة التي تربط بين الجهة المصدرة للبطاقة بالتاجر هي وكالة، سواء بالنسبة الى التزام الجهة المصدرة بالوفاء للتاجر في حدود المبلغ المسموح به لحامل البطاقة، او فيما تجاوز هذا المبلغ، حيث تعمل الجهة المصدرة للبطاقة بصفة وكيل عن التاجر في تحصيل الفواتير التي تزيد قيمتها عن المبلغ المسموح به لحامل البطاقة، الاّ اذا وجد شرط يلزم الجهة المصدرة بضمان تنفيذ المدين الأصلي وهو حامل البطاقة الإئتمانية.

وعلى وفق رأينا فان هذا الأتجاه لا تصلح كاساس قانوني لهذا العقد للاسباب التالية:

ان التزام البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية هو التزام شخصي، لان هذا البنك محل الإعتبار في العقد المبرم بينه وبين التاجر، حيث ان هذا العقد عقد مستقل غير مرتبط بغيره من العقود الاخرى المتعلقة بالبطاقة الإئتمانية كالذي يبرم بين حامل البطاقة الإئتمانية مع البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية(حميد الجادر، ص 86) ، وعلى هذا الأساس فانه في الوكالة يسطيع الوكيل التمسك بكافة الدفوع التي تكون لموكل قبل الغير أو الدائن، بيد ان في عقد التاجر فان البنك المصدر للبطاقة لا يستطيع التمسك بهذه الدفوع التي تكون للتاجر قِبل حامل البطاقة(عبدالرحمن، ص 80).

عقد الوكالة عقد لازم، حيث يجوز كقاعدة عامة للموكل ان يعزل الوكيل، وللوكيل ان يعزل نفسه وذلك قبل اتمام التصرف القانوني، ولكن في عقد التاجر لا يستطيع البنك عزل نفسه ولا التاجر يستطيع ان يعزل البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية(حسين، 2010، ص 24).

ان آثار عقد الوكالة ينصرف الى ذمة الموكل مباشرة كما لو كان الموكل هو الذي قام بالتصرف(امينة، ص 44)، هذا يعني عندما يكون البنك وكيلاً عن التاجر يستلزم ان تنصرف آثار ما يقوم به الى التاجر وهذا غير وارد من الناحية العملية في العلاقة الذي يجمع البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية وبين التاجر الذي تمخض بالعقد المبرم بينهما.

في عقد الوكالة المال الذي يقبضه الوكيل لحساب موكله يكون في حكم الوديعة، فاذا هلك في يده فلا يضمن الا اذا كان متعدياً(المادة 930 من القانون المدني العراقي)، ولكن في عقد التاجر فيلتزم البنك المصدر بسداد المال مهما كانت الظروف(حميد الجادر، ص 86).

وذهب جانب آخر من الفقه(عبدالرحمن، ص80 ؛ حميد الجادر، ص 87) إلى تكييف عقد التاجر على انه الوكالة بالعمولة على اساس ما يقوم به البنك المصدر للبطاقة اساسه علاقة الوكيل بموكله ولكن مقابل أجر او ما يسمّى الوكالة بالعمولة، والتي هي أنها "عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بالعمولة بان يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل مقابل أجر يطلق عليه العمولة"(د. صالح، ص 81). ولكن في نظرنا هذا الرأي ايضاً لم تفلح من النقد، لان في الوكالة بالعمولة يستلزم اخفاء اسم التاجر باسم الوكيل بالعمولة وهذا لا يتفق مع نظام البطاقة الإئتمانية الذي يلزم البنك مصدر البطاقة باعلان اسم التاجر للحامل وهذا الأعلان ضروري وجوهري لبيان نشاط التجار الذين يتعاملون بهذه البطاقات(عبد نور وآخرون، المجلد (10)، العدد (6) 2005، ص 1214) ، كما وان الوكيل بالعمولة في هذه الوكالة لايلتزم بان يؤدي دين الدائن في ذمته المالية، بيد ان في عقد التاجر يلتزم البنك المصدر للبطاقة بان يدفع من امواله للتاجر دين حامل البطاقة من رصيد هذا الاخير في البنك(غنيمي، 2012، ص 108).

ويرى اتجاه آخر من الفقه(حميد الجادر، ص 88)أن عقد التاجر يقترب من الوكالة بالتحصيل، ومردها ان وكالة بالتحصيل صادرة من التاجر الى الجهة المصدرة للبطاقة لاجل تحصيل ديونه ومستحقاته التي في ذمة حاملي البطاقات، مقابل عمولة يدفعها التاجر للبنك المصدر للبطاقة. وتجري هذه العملية بارسال فواتير البيع عن طريق البطاقة الإئتمانية الى الجهة المصدرة التي تقوم بسداد هذه المستحقات فوراً.

وعلى وفق رأينا المتواضع ان هذا الرأي الاخير يقترب الى حد ما من الواقع لأن العلاقة بين الجهة المصدرة والتاجر ينحصر في قيام الجهة المصدرة بتحصيل مستحقات التاجر من الحامل ونقله الى حسابات التاجر مقابل نسبة محددة من العمولة المتفق عليها سابقاً.

المطلب الثاني

نظرية حوالة الدين

يرى اتجاه من الفقه(المنيع وآخرون، العدد (11)، 1998، ص 103) ان حوالة الدين هي الأساس الامثل لتحديد التكييف القانوني لعقد التاجر، لان العلاقة بين البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية والتاجر تتمثل في حوالة الدين بين البنك وحامل البطاقة الذي يمتد ليشمل التاجر، بحيث ان حامل البطاقة هو (المحيل)، والتاجر هو (المحال له)، والبنك المصدر هو (المحال عليه) وينطبق على الوصف حوالة الدين كما ورد في المادة (1/339) من القانون المدني العراقي بالقول (حوالة الدين هي نقل الدين و المطالبة في ذمة المحيل إلى المحال عليه).

وفيما يخص احكام هذه الحوالة يرى انصار هذا الاتجاه ان حامل البطاقة يحيل دينه قِبل التاجر الى البنك المصدر للبطاقة الذي هو بمثابة المحال عليه، ويعد التاجر مُقِراً لهذه الحوالة صراحة بمقتضى العقد المبرم بينه وبين البنك أو ضمناً بمقتضى ارساله الفواتير الى البنك لسدادها (يحيى، 1957، ص 58؛ امينة، ص 41) . بحيث يكون التاجر هو الدائن (المحال له) قد اتفق مع مصدر البطاقة الإئتمانية الذي هو بمثابة (المدين الجديد) على أن يتحمل الذي في ذمة حامل البطاقة الإئتمانية الذي هو بمثابة (المدين الاصلي) قبله(توفيق سعودي، 2001، ص 86).

بعد التمعن مما تقدم يمكن لنا القول في أن عقد التاجر لبطاقات الإئتمان تختلف تماماً عن قواعد حوالة الدّين في النقاط الجوهرية وعلى ذلك لاتصلح بان تكون اساس قانوني لهذا العقد، وفيما يلي نورد اهم نقاط الخلاف بينهما:

في حوالة الدين يلزم المحال عليه بدفع كامل المبلغ المحال به الى المحال له، بينما في عقد التاجر في إطار بطاقة الإئتمان لا يقوم الجهة المصدرة (البنك او المؤسسة المالية) بدفع كامل المبلغ الى التاجر، لأن هذا الرصيد الكلي للحامل فليس له الحق بالتصرف في امواله الاّ بقدر ثمن ما اشتراه الحامل من السلع والخدمات وما تضمنه الفاتورة التي ارسلها التاجر الى البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية(عقيلة، 2017، ص 149).

في حوالة الدين يحق للمحال عليه (البنك) التمسك تجاه الحامل بكافة الدفوع المتعلقة بذات الدين، والتي تكون للمحيل (حامل البطاقة) تجاه التاجر (المحال له)، بينما في عقد التاجر لا يمكن للبنك المصدر التمسك تجاه التاجر بالدفوع التي تكون لحامل البطاقة تجاه التاجر، كأن يدعي مثلاً بان رصيد حامل البطاقة غير كافي (عبدالرحمن، ص 70)، أو غير ذلك من الأمور المتعلقة بالرصيد، وهذا ما نصت عليه المادة (349) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه "للمحال عليه ان يتمسك قبل المحال له بما كان للمحيل من دفوع متعلقة بذات الدين، وليس له ان يتمسك بما كان من الدفوع خاصاً بشخص المحيل، وانما يجوز له ان يتمسك بما كان خاصا بشخصه هو).

المطلب الثالث
نظرية الكفالة

اتجه جانب من الفقه(أبو غدة، 2000، ص 482) على انه يمكن تحديد الاساس القانوني لارتباط التاجر بالبنك في استيفاء حقوقه لما قدمه من السلع والخدمات للحامل على اساس عقد الكفالة، وهذا الاخير يعرف على انه "ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام"(المادة (1008) من القانون المدني العراقي(، وبحسب هذا الاتجاه فان العلاقة التي تربط حامل البطاقة بالبنك المصدر للبطاقة يمتد أثره الى التاجر بشكل ان البنك المصدر للبطاقة يصبح كفيلاً عن الحامل للبطاقة الإئتمانية ويتعهد للتاجر الالتزام بالوفاء بقيمة المشتريات التي حصل عليها اذا لم يقم حامل البطاقة الوفاء بها(عبدالرحمن، ص81؛ عيسى، ٢٠١٥، ص 538). وحجة هذا الإتجاه في الأخذ بهذه النظرية على أساس أن المشرع قد اقرّ بأن تكون الكفالة مضافة إلى زمن مستقبل، بدليل المادة (2/1009/ ق.م.ع) التي تنص على انه "ويجوز ان تكون الكفالة منجزة او معلقة على شرط او مضافة الى زمن المستقبل"، اي عند شراء حامل البطاقة للسلع والخدمات من التاجر عن طريق البطاقة الإئتمانية يكون ديناً مستقبلياً في ذمته. كما وبحسب هذا الاتجاه ايضاً يكون للدائن مدينان وهذا يعني ان التاجر الدائن يستطيع أن يطالب كل من البنك المصدر للبطاقة ككفيل عن الحامل، والحامل باعتبار مدين اصلي للوفاء بالتزامهم بدفع الفاتورة.

ووفقاً لاحكام الكفالة فان تقديم الحامل البطاقة للتاجر يكون كسند مضمون بموجب عقد بين المصدر والحامل، الأمر الذي يفسر الضمان الذي يتمتع به التاجر وتجنبه خطر عدم السداد (امنية، ص42).

نلاحظ ان هذه النظرية منتقدة من النواحي التالية:

في الكفالة يكون التزام الكفيل التزام تبعي لالتزام الاصيل الذي هو حامل البطاقة الإئتمانية، وعليه فان الكفيل يلتزم بان يقوم بالسداد للتاجر عندما يتعاون الأصيل (الحامل) بالوفاء للتاجر، ولكن الوضع في البطاقة الإئتمانية عكس ذلك حيث ان التزام البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية التزام أصلي بموجب العقد الذي بينه وبين التاجر، حيث يلتزم البنك المصدر للبطاقة بموجب هذا العقد الاخير السداد للتاجر في كل الاموال.

في الكفالة لايستطيع الدائن الرجوع على الكفيل الا بعد الرجوع على المدين الأصلي وتعذر الحصول على الدين، بيد ان في عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمان فان البنك مصدر البطاقة يقوم تلقائياً بالوفاء بمجرد وصول الفواتير إليه من التاجر، كما وأنّ التاجر لا يطالب الحامل بالوفاء (المادة (772) من القانون المدني العراقي) .

ان عقد الكفالة من عقود التبرع، واذا اشترط الأجر فسدت الكفالة (امنية، ص43 ؛ د. الزحيلي، ص56)، ولكن في عقد التاجر في إطار بطاقات الإئتمان فان التزام البنك المصدر للبطاقة يكون مقابل عمولات يتقاضاها من التاجر نتيجة لإستخدام البطاقة(الخضرمي، ص159)، ولهذه الأسباب مجتمعةً لايمكن الأخذ بنظرية الكفالة في تحديد الوصف القانوني لعقد التاجر.

المطلب الرابع
الانابة في الوفاء

ذهب جانب من الفقه(محمد الصادق المهدي، 2006، ص48) إلى أنّ نظرية الإنابة في الوفاء تمثل التكييف القانوني الأقرب لتفسير العلاقات الناشئة عن بطاقات الإئتمان، وانها تضع حلولاً وتفسيراً قانونياً للعلاقات القانونية المختلفة الناشئة عن بطاقة الإئتمان من ضمنها عقد التاجر، ففي علاقة البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية بالتاجر يعتبر البنك بموجب الأنابة مديناً جديداً للتاجر بحيث يستطيع هذا الاخير الرجوع عليه بقيمة ما حصل عليه من الحامل، اضافة الى امكانية الرجوع على المدين الاصلي (الحامل) بنفس قيمة الدين، فاذا تم الوفاء للتاجر من أحدهما برئت ذمة الاثنين معاً(نعيم رضوان، 1990، ص252)، والانابة في الوفاء تتم اذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي في الإنابة أن

يكون هناك مديونية سابقة مابين المدين والأجنبي"(المادة (405) من القانون المدني العراقي).

يُستشف مما تقدم ان الوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام لأنه تنفيذ لما التزم به المدين تنفيذاً عينياً، والانابة عمل قانوني يفترض وجود ثلاثة اشخاص بحسب المادة (405) من القانون المدني العراقي، فالمدين هو (المنيب) الذي أناب الأجنبي في وفاء الدائن (المناب لديه) والأجنبي هو (المناب).

وفي حالة تطبيق احكام الأنابة على نظام بطاقة الإئتمان، نجد أن (المنيب) يصبح حامل البطاقة ويكون مديناً اصلياً للتاجر او لمقدم الخدمة الذي هو (المناب لديه)، والبنك المصدر البطاقة الإئتمانية يكون (المناب) هو المدين الجديد.

وعلى الرغم من ان الأنابة في الوفاء يفسر عدة جوانب من العلاقات الناشئة عن بطاقات الإئتمان، الا انها تكون موضعاً لابداء عدة ملاحظات كالآتي:

لايشترط بالضرورة أن يكون البنك المصدر البطاقة (المناب) مديناً للحامل (المنيب) فهو قد يلتزم بهذه الانابة في الوفاء الى المناب لديه على ان يرجع على الحامل المنيب بعد ذلك بما سدده.

ان نظام الإنابة في الوفاء لا يحصل فيه المناب على أية عمولة من الطرف المناب لديه، ولكن في عقد التاجر يحصل البنك على عمولة متقطعة من حامل البطاقة(عبد الرحمن، ص87؛ د. صوالحة، ص140).

بموجب نظام الإنابة في الوفاء يحق للمناب (البنك المصدر- المدين الجديد) أنْ يطالب بكافة المبالغ المستحقة على المنيب (الحامل - المدين الاصلي)، وهذا يتعارض مع نظام البطاقة حيث لا يجوز للتاجر مطالبة البنك المصدر بطاقة الا في حدود المبالغ المسموح بها ولا التزام بدفع المبلغ المتجاوز عن حد الإئتمان (صوالحة، ص 140) .

في عقد التاجر لايستطيع التاجر الرجوع على كل من المصدر والحامل بقيمة الفواتير، بل له أن يرجع على البنك المصدر للبطاقة، بيد أنْ في نظام الإنابة في الوفاء للتاجر حق الرجوع على كل من البنك المصدر والحامل(لطيفة، 2014، ص23) .

بناءً على ما تقدم من الملاحظات نستطيع أن نقول بان نظام الإنابة في الوفاء إذا تم تحديده لتفسير علاقة التاجر بالبنك المصدر يلاقي جانب من الصواب، لان المدين

(حامل البطاقة) اصلاً راضٍ وابدى رغبته في هذه الإنابة عندما حصل على البطاقة الإئتمانية بموجب العقد المبرم بينه وبين البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية، هذا يعني انه ليس له علاقة مباشرة مع التاجر بالنسبة لهذة الإنابة سوى رضاه، وحتى إذا لم يعبر عنه صريحاً فان رضاه يعتبر ضمنياً لان هدفه بالأساس هو الحصول على السلع والخدمات عن طريق البطاقة الإئتمانية.

المطلب الخامس

نظرية الوفاء مع الحلول

بحسب هذه النظرية يستطيع الدائن ان يقبل الوفاء من غير المدين ويتفق مع الموفي على ان يحل محله في حقوقه وذلك دون حاجة الى الحصول على رضاء المدين وتدخله(د. الحكيم وآخرون، 2015، ص56)، والوفاء مع الحلول تعني أنه " للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين ان يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك ويكون الاتفاق بورقة رسمية لايجوز أن يتأخر تأريخها عن وقت الوفاء"(المادة (1/380) من القانون المدني العراقي) ولاتمام الحلول بارادة الدائن ينبغي أن يكون الاتفاق بورقة رسمية أولاً، وان يتأخر تاريخ هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ثانياً . هذا يعني ان الوفاء طريقة من طرق انقضاء الدين، فاذا كان الوفاء من جانب المدين فان الدين ينقضي تماما واذا كان الوفاء من غير المدين فان الموفي يحل حلولاً- قانونياً أو اتفاقياً- محل الدائن ويكون له الرجوع على المدين الذي استفاد من هذا الوفاء بالشروط التي حددها المادة (379) من القانون المدني العراقي والتي هي: أ- اذا كان ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه، ب-اذا كان دائناً ووفى دائناً اخر مقدما عليه بما له من تأمين عيني ولو لم يكن للدافع اي تأمين، ج- اذا كان قد اشترى عقاراً و دفع ثمنه تسديداً لأحد الدائنين الذين خصص العقار لضمان حقوقهم، د- اذا كان هناك نص يقرر للدافع حق الحلول.

وعلى هذا النحو رأى إتجاه من الفقه (د. أبادير، 1984 العدد 4، ص8)ان نظرية الوفاء مع الحلول وخاصة الحلول الاتفاقي تقترب جداً من تفسير التكييف القانوني لعقد التاجر ضمن بطاقة الإئتمان، إذ أن العقد ماهو الا نوع من الوفاء مع الحلول الاتفاقي الذي يتمثل في قيام البنك المصدر بالاتفاق مع التاجر على سداد ديون الحامل، على ان يحل البنك محل التاجر كدائن جديد في مواجهة هذا الحامل وهي نفس النتيجة التي سترتب في حالة ما اذا كان الاتفاق قد تم بين الحامل (المدين) والبنك المصدر (الغير) على ان يقوم الأخير بالسداد الى التاجر ويحل محله في مواجهة الحامل.(14)

يلاحظ بان هذا الرأي لم يفلح من الانتقاد ونستطيع القول في شأنه:

ان فكرة الحلول لا تفسر قيام التاجر بدفع العمولة للجهة المصدرة عن كل عملية تتم بواسطة البطاقة، كما وان الاتفاق على الحلول بين الجهة المصدرة للبطاقة والتاجر لايفسر لنا عدم جواز تمسك الحامل في مواجهة الجهة المصدرة للبطاقة بالدفوع التي تستطيع التمسك بها قِبل التاجر، فالجهة المصدرة للبطاقة تعد اجنبية عن اي نزاع ينشأ بين الحامل والتاجر، لأن المدين في الحلول الاتفاقي يستطيع أن يدفع قبل الموفي بكافة الدفوع التي تكون له قِبل الدائن فيما الحامل لا يكون له أن يدفع في مواجهة التاجر(طارش، 2018، ص 11).

في نظام الوفاء مع الحلول عادةً الاتفاق الذي يتم على الحلول ينبغي أن يكون صريحاً(15)، أما في بطاقة الإئتمان فان العقود التي تربط المصدر بالحامل أو المصدر بالتاجر تكون خالية من نص صريح على حلول البنك المصدر محل التاجر في علاقته بالحامل عند الوفاء(محمد صادق المهدي، ص53) .

إن فكرة الحلول لاتفسر قيام التاجر بدفع العمولة للجهة المصدرة للبطاقة عن كل عملية تتم بواسطة استخدام بطاقة الائتمان.

ان الوفاء مع الحلول يكون بعد العلاقة المديونية بين الدائن الأصلي والمدين، اما في عقد التاجر يلتزم البنك المصدر تجاه التاجر بدفع ديون حامل البطاقة قبل نشوء تلك الديون، أي قبل استخدام البطاقة في عملية الشراء(د. الجهني، 2010، ص70)، ولهذه الأسباب في نظرنا لايمكن الأخذ بهذه النظرية كاساس للتكييف القانوني لعقد التاجر ضمن بطاقة الإئتمان.

بناءاً على كل ما سبق من عرض النظريات والاراء الفقهية والجدلية التي طرحت لاعطاء الوصف القانوني السليم لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية وبيان رأينا في التفسير والتقييم كل نظرية، يُستشف لنا انه لا جدوى للدخول في المناقشات او المتاهات التي لم توصل في النهاية الى نتيجه صائبة، وأسوة بسائر الاختلافات القانونية أن كل فريق يرى نفسه انه محقا في تكييفه لعقد التاجر، ولكن كما رأينا انه ليس هناك اتفاق على رأي واحد بهذا الشأن، وعليه يمكننا القول ان عقد التاجر هو عقد غير مسمى، له طبيعة خاصة به، وأن كان بطريقة او باخرى يحتوي على صفات عدة انواع من العقود، وهذا هو السبب الرئيسي لنشوء هذه المتاهات، ولتفادي التفسيرات المختلفه والتفسيرات المتباينة والنظر اليه من زوايا مختلفه نرى أنه: من الضروري أن يتدخل المشرع لتنظيم احكامه على نحو تفصيلي، ويدخله ضمن طائلة العقود المسماة تحت تسمية عقد التاجر أو عقد المورد كما هو الحال في القانون الفرنسي، وبذلك نتخلص من كل هذه المتاهات وعلى اثره ينسد ابواب الاجتهادات بشأن تسميته او تنظيم احكامه تطبيقا للمبدأ لا إجتهاد في مورد النص.

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة التي بحثنا فيها التكييف القانوني لعقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية تمكنا من وصول الى عدد من الاستنتاجات، كما تبلورت لدينا عدد من التوصيات وفيما يلي نعرض اهمها:

اولاً: الاستنتاجات

إن التاجر في إطار بطاقات الإئتمان يمكن ان نعرفه على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف الاعمال المتعلقة بالبطاقات الإئتمانية، ويربطه عقد مع مصدر البطاقة الإئتمانية"، تشمل المحلات التجارية والفنادق والشركات التجارية والمستشفيات وشركات السياحة والمطاعم وغيرها والتي تتعاقد مع الجهة المصدرة للبطاقة من أجل تزويدها بالألات والمعدات اللازمة لقبول البطاقة.

إن الاطراف التي تربط بنظام بطاقات الإئتمان عادة ثلاثة: الطرف الاول هو (المركز العالمي للبطاقة، اوبنك الاصدار، اوبنك التاجر)، والطرف الثاني يتمثل بالتاجر، أما الطرف الثالث فهو حامل البطاقة او العميل، ومن الناحية القانونية تبرم اربع عقود بين هذه الأطراف على البطاقة، وهي: عقد الانضمام، وعقد التاجر، وعقد التحويل المصرفي، وعقد الحساب الجاري.

إن عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية لا يخرج عن كونه عقد قائم على الاعتبار الشخصي، حيث وجدنا في اغلب الاحيان ان البنك المصدر للبطاقة لا يتعاقد الا مع التاجر الذي يتمتع بسمعة تجارية طيبة.

إن عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية لا تدخل ضمن طائلة عقود الاذعان لان للتاجر حرية تامة من ابرام العقد مع البنك المصدر من عدمه، وإن العقد لم يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري من ضرورات الحياة الحديثة التي لايمكن الاستغناء عنها، وكذلك الحال لايمكن وصف عقد التاجر على انه عقد محدد من حيث المدة، لانه في الاصل انه غير محدد باجل معين، طالما الاطراف العلاقة القانونية ملتزمين بآثار العقد، ولكن استثناءً لامانع من تعليقه الى اجل معين بشرط فاسخ وعند حلوله ينقضي العقد ويعاد الطرفان الى حالة قبل ابرامه.

إن مسألة اعطاء وصف قانوني سليم لعقد التاجر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير ارادة المتعاقدين، فغالباً اعطاء هذا الوصف ليس بامر هين دون تفسير هذه الارادات، ولكن لا يجوز إعتبار تفسير الارادات واعطاء الوصف السليم بانهما شيئاً واحداً، اذ يستعمل التفسير لمعرفة حقيقة ما اراده الطرفان من خلال الالفاظ التي استعملاها وهذا بحث أساسه الواقع، امّا التكييف فيهدف الى معرفة طبيعة ما اراده الطرفان، وهذا البحث أساسه القانون.

إن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول اعطاء الوصف القانوني السليم لعقد التاجر ويعتبر ذلك نتيجة طبيعية لتعدد اطراف العلاقات القانونية المرتبطة بالبطاقة الإئتمانية المنشئة لهذا العقد، فمنهم من ذهب الى اعتباره عقد وكالة، ومنهم اعتبره عقد كفالة، ومنهم اعتبره حوالة الدين، ومنهم قيل على انه الوفاء مع الحلول، وأخرون يقولون على انه يدخل في نظام الانابة في الوفاء، وفي نهاية عرض وتحليل وتقييم كل هذه المتاهات الفقهية استنتجنا بان عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية عقد غير مسمى وله طبيعة خاصة به وان كان له احكام مشتركة مع جميع نظم قانونية المطروحة من قبل الفقهاء كما بينا وبصورة تفصيلية في ثنايا هذا الجهد المتواضع.

ثانياً: التوصيات

يعد التعامل مع البطاقات الإئتمان ظاهرة جديدة داخل اروقة الاعمال المصرفية سيما في اقليم كوردستان، وخصوصاً عقد التاجر في إطار بطاقات الإئتمان، حيث وجدنا في الآونة الاخيرة ان البنوك والمؤسسات المصرفية في الاقليم تعتمد في معاملاتها المالية على احدث التقنيات العالمية في المجال العمل المصرفي وتصدر بطاقات بلاستيكية للعملاء سيما الإئتمانية التي تمكن لحاملها ميزة شراء ما يحتاجه من السلع والخدمات السوقية، ولتقديم هذه الخدمة المصرفية فقد تلجأ ابرام عقد التاجر حيث بموجبه تتحمل المصرف بتسديد قيمة الفواتير المسحوبة على العميل الحامل للبطاقة الإئتمانية نتيجة تسويقة مما يلازمه من مشترياته من السلع والخدمات في مقابل التزام التاجر بقبول الوفاء بقيمة هذه الفواتير من قبل العميل طريق السحب الآلي على البطاقة بدلاً من النقود، ويستوفي في العقد ان يكون التاجر شخصا طبيعياً او معنوياً متمثلاً بالشركة او محل تجاري او مطعم او فندق ..الخ، ونظراً لافتقار التنظيم القانوني لهذا العقد في العراق واقليم كوردستان، يكون الفقه مطالباً بتوضيح الجوانب القانونية لهذا العقد المكتنف للغموض، سيما بعد الانتشار المطرد لاستخدام البطاقة الإئتمانية في المعاملات المدنية والتجارية، وعليه نوصي باجراء الابحاث المعمقة حول ابرام عقد التاجر في إطار البطاقة الإئتمانية بدءً بالولوج في اركان العقد ومروراً باثاره من ثم طرق انقضاءه، ليتسنى للمشرع درايا كاملة حول التفاصيل العقد، قبل الشروع في احضار مشروع قانون في هذا المجال مستقبلاً.

نظراً لورود عدة التعاريف لعقد التاجر وهذا الامر طبيعي لان كل من ينظر العقد في زاويته الخاصة ومن جانبنا نقترح التعريف التالي لهذا العقد "انه عبارة عن عقد تجاري بين التاجر كشخص طبيعي أو شخص معنوي مع البنوك التي تصدر البطاقات الإئتمانية للتعامل مع هذه البطاقات قانونياً عن طريق عمليات البيع والشراء وتقديم الخدمات بكافة انواعها. وبه يستطيع التاجر الاعلان عن نفسها كمتعامل بهذه البطاقات. ويتم كافة العمليات المصرفية المتعلقة بهذه البطاقات عن طريق أجهزة مصرفية الكترونية.

من خلال التعرض للمتاهات الفقية حول اعطاء الوصف القانوني السليم لعقد التاجر، تبين لنا انه لا جدوى لدخول كل هذه المناقشات لاخفاق الوصول الى نتيجه صائبة، اذ ان ليس هناك اتفاق على اساس واحد بهذا الشأن، لذا في نظرنا ان عقد التاجر هو عقد غير مسمى، له طبيعة خاصة، ونقترح ان يتدخل المشرع لتنظيم احكامه على نحو تفصيلي ويدخله ضمن طائلة العقود المسماة الواردة في العمليات المصرفية اسوة بالقانون الفرنسي والقوانين العربية الاخرى، وبذلك نتخلص من كل هذه المتاهات وينسد بموجبه ابواب الاجتهادات التي طرحت بشأن تسميته وتنظيم احكامه تطبيقا للمبدأ لا اجتهاد في مورد النص.

الهوامش

(1) قال الله عز من قائل أيضا (والذين عقَدَت أيمانكم فاتوهم نصيبهم)- (سورة النساء الآية ٣٣)، (يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود)، (سورة المائدة الآية 89)، (لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان)- (سورة المائدة الآية 89)، (واحلل عُقدةً من لساني)- (سورة طه الآية 27)، (ومِن شر النفاثات في العقد)- (سورة الفلق الآية 4).

(2) حددت المادة (106) القانون المدني العراقي المعدل رقم (40) لسنة 1951 أهلية القانونية للشخص الطبيعي ب(ثماني عشرة) سنة كاملة، أما الأهلية القضائية فتكون على حالتين: الأولى بلوغ الشخص الخامسة عشرة من عمره عند زواجه، بحسب المادة (3) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1978، ، أو عندما يؤذن له بالتجارة في هذا العمر، سواء كان الأذن مطلق أو مقيد و بذلك نصت المادة (98) من القانون المدني العراقي على أنه: " للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقدارا من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له، و يكون الأذن مطلقاً أو مقيدا".

(3) عقد الانضمام: عبارة عن العقد الذي يبرم بين البنك المصدر لبطاقة الإئتمان وحامل البطاقة، ويسمى بعقد الانضمام كون حامل البطاقة ينضم بمقتضاه الى نظام البطاقة التي تصدرها الجهة المصدرة. للتفصيل ينظر: : بيخال هادي عبدالرحمن، نظام بطاقة الإئتمان، اطروحة دكتورا مقدمة الى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، 2019، ص 96.

(4) عقد التاجر أو عقد التوريد: عبارة عن العقد المبرم بين التاجر وبين البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية.

(5) عقد التحويل المصرفي: هو ذلك العقد الذي يكون بين البنك المصدر لبطاقة الإئتمان وبنك التاجر، وبحسب المادة (258/ اولاً) من قانون التجارة العراقي عبارة عن "عملية يقيد المصرف بمقتضاها مبلغاً معيّناً في جانب المدين من حساب الآمر بالنقل بناءً على أمر كاتبي منه و في جانب الدائن من حساب أخر".

(6) عقد الحساب الجاري: هو عقد بين التاجر وبنك التاجر وعرفه قانون التجارة العراقي في المادة (217) على انه "عقد يتفق بمقتضاه شخصان على ان يقيدا في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما، من تسليم نقود او اموال او اوراق تجارية قابلة للتمليك وغيرها، وان يستعيضا عن تسوية هذه الديون عن كل دفعة على حدة بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند غلقه"، وخصص قانون التجارة لتنظيم هذه العملية المواد (217- 238).

(7) هناك معيار تمَّ تسميتها من قبل الفقهاء بالمعيار الواقعي الذي يربط العقد بواقع الحياة التجارية وغايتها، والحاجات العملية للتعامل التجاري المتمثلة بالسرعة و الإئتمان، وقسم صاحب المعيار العقود التجارية الى نوعين: أولاً: ما نص عليه التشريعات كعقود تجارية، وما استقر عليه العرف التجاري. ينظر: د. محمد سليمان الأحمد، المصدر السابق، ص165- 169.

(8) على سبيل المثال هناك مشروع للقانون المدني العراقي الجديد المجهز منذ علم 1986 ولكن لم ير النور لحد الأن بسبب الظروف السياسية التي حلت بالعراق، نظم احكام العقود المنتشرة بين الناس والتي ما كان نظمها المشرع العراقي من قبل، كعقد التوريد وعقد النشر وعقد الفندقة، وذلك نظراً لان القانون المدني العراقي الحالي النافذ قد صدر عام 1951 وتطور الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية في العراق في جميع النواحي منذ هذه الفترة الطويلة، للتفصيل ينظر : د. مصطفى الزلمي، الالتزامات، ط1، مطبعة شهاب، اربيل، 2011، ص 196.

(9) حصلنا على هذه المعلومات من خلال زيارتنا الى بنك جيهان الأسلامي في 2020/8/5 وقمت بزيارة بنك كوردستان الاسلامي في 2021/4/13، ومقابلتنا مع المعنيين هناك.

(10) نظم القانون المدني العراقي عقد الاذعان في المادة (١٦٧) بفقراتها الثلاثة- بيد ان لم يقم بتعريف هذا العقد بل تركه للفقه والقضاء وهذا المسلك طبيعي لان وضع التعاريف ليس مهام المشرعين بل عاده الفقه والقضاء يضلطعون بهذا الدور، ولكن لاهمية الموضوع ذكر بعض المشرعين تعريفا لماهية هذا العقد، حيث عرف القانون المدني الفرنسي في المادة (١١١٠) هذا العقد على انه العقد الذى لا تكون شروط العامه محلا للمناقشة ويتم تحديدها سلفا بمعرفه احد الاطراف.

(11)بنك التاجر: عبارة عن البنك الذي يتعامل معه التاجر في حساباته المصرفية المتعلقة باعماله التجارية أو المدنية، ويمكن انو يكون تعامل التاجر مع هذا البنك سابقاً على إبرام عقد المورد (التاجر) المتعقد بين التاجر بين البنك المصدر للبطاقة الإئتمانية.

(12) Cour de cassation, chambre civile 1, en date du 17 Mai 1982, 81-12.312, Available on the following website: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007009998> last visited (30-5-2022).

(13) ففي هذا المجال تنص القانون المدني العراقي في المادة (1016) على انه "كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية حتى لو كان الكفيل تاجراً".

(13)خصص القانون المدني العراقي المواد (155- 166) كقواعد قانونية لتفسير العقود، والتي مأخوذة بدرجة اولى من الشريعة الأسلامية وجزء منه من القانون المدني الفرنسي، من هنا يتبين ان الشريعة الاسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في تنظيم احكام تفسير العقود، والتي تسهل كثيراً عمل القضاة.

(14) CHABRIER (P_G): les cartes de credit، these، P.96 Poisson (M_G): les cartes de paiement emises sous legide dun fournisseur these precitee P.150.

(15)ففي هذا المجال تنص المادة (١/١٢٥٠) من القانون المدني الفرنسي على انه "عندما يتلقى الدائن إيفاءه من شخص ثالث فيحل محله في الحقوق والدعاوي والامتيازات والرهونات العقارية ضد المدين: ويجب أن يكون هذا الحلول صريحاً ومتزامناً مع الايفاء".

قائمة المصادر

بعد القرأن الكريم

المعاجم

لويس معلوف، المنجد في اللغة الاداب والعلوم، بدون طبعة، مطبعة الكاثولوكية، بيروت، بدون سنة الطبع.

الأمام إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، 2008.

الكتب:

د. امجد حمدان الجهني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الألكتروني، الطبعة الاولى، دار المسيرة، عمان، 2010.

د.أكرم ياملكي، الوجيز في القانون التجاري، الطبعة الاولى، مطبعة هفال الفنية، منشورات جامعة جيهان، اربيل، 2014

د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، 2006.

د. بكير علي محمد أبوبكر، الطبيعة القانونية لبطاقة الإئتمان، الطبعة الاولى، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2017.

حنان ريحان مبارك المضحكي، الحماية الجنائية لبطاقات الإئتمان الممغنطة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2012.

د. حوالف عبدالصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني في الجزائر، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016..

د .شيرزاد عزيز سليمان، عقد الاعلان في القانون، الطبعة الاولى، دار دجلة، عمان، 2007.

رعد عداي حسين، الوكالة المدنية الغير قابله للعكس، الطبعة الاولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2010.

د. رضوان غنيمي، بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2012.

د.عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، القانون المدني، احكام الالتزام، دار السنهوري، الجزء 2، بغداد، بيروت، 2015.
د. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه بشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، الجزء الاول، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980.
د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، المجلد الأول، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
د. عصمت عبدالمجيد، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الاولى، الجزء الاول، منشورات جامعة حمان الخاصة، اربيل، 2011
د.فايز نعيم رضوان، بطاقات الوفاء، مكتبة الجلاء المنصورة ، 1990.
لخضر رفاف، بطاقة الأئتمان والالتزامات الناشئة عنه، الإسكندرية، 2016.
د. محمد حسن قاسم، القانون المدني (الالتزامات)، العقد، المجلد الأول، الطبعة الثانية منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.
د . محمد سليمان الأحمد، عقود تنظيم المسابقات الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة
د. محمد توفيق سعودي، بطاقات الإئتمان والاسس القانونية الناشئة عن استخدامها، دار الأمين، 2001.
د. محمد عبدالجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، مطبعة العاني، بغداد، 1975.
د.مصطفى الزلمي، الالتزامات، الطبعة الاولى، مطبعة شهاب، اربيل، 2011.
د. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، الطبيعة القانونية للبطاقات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
CHABRIER (P_G): les cartes de credit، these، P.96 Poisson (M_G): les cartes de paiement emises sous legide dun fournisseur these precitee P.150.

البحوث والمقالات:

حسن الجواهري، بطاقات الإئتمان- الاقراض، بحث منشور في مجلة (مجمع الفقه الاسلامي) الصادرة عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة، العدد (15)، الجزء (3)، 2004.
د. سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الإئتمان بين الجهة مصدرة البطاقة والتاجر، بحث منشور ضمن كتاب "بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد (2)، 2003.
صفا تقي عبد نور، التكييف القانوني لبطاقة الإئتمان، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الصرفة والتطبيقية الصادرة عن كلية العلوم بجامعة بابل، المجلد (10)، العدد (6) 2005.
د.عبدالستار أبو غدة، بطاقات الإئتمان، تصورها والحكم الشرعي عليها، بحث منشور ضمن مجلة (مجمع الفقه الإسلامي) الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي، الجدة، العدد (12)، الجزء (3)، 2000.
عبدالله بن سليمان المنيع، بطاقة الإئتمان، بحث منشور في مجلة (المجمع الفقهي الأسلامي) الصادرة عن رابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة، السنة (9)، العدد (11)، 1998.
مريم عبد طارش، المسؤلية العقدية الناشئة عن بطاقات الإئتمان، بحث منشور في مجلة جيل الابحاث القانونية التي تصدرها مركز جيل للبحث العلمي، العدد(21)، 2018.
نزية محمد صادق المهدي نحو نظرية عامة لنظام بطاقات الإئتمان من الوجهة القانونية، بحث منشور في مجلة مؤثر الاعمال المصرفته والالكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، 2003.
د. نواف حازم خالد، الحماية المدنية لبطاقات الإئتمان، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعولم القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 4، 2013.
نهى خالد عيسى، ماهية البطاقات الإئتمانية الاكترونية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015.

ج- الرسائل والإطاريح:

بيخال هادي عبدالرحمن، نظام بطاقة الإئتمان، اطروحة دكتورا مقدمة الى كلية القانون، جامعة صلاح الدين، 2019.
بن عميور امنية، البطاقات الالكترونية للدفع والقرض والسحب، رسالة ماجستير مقدمة كلية الحقوق، جامعة قسنطينة منتوري، الجزائر، 2005.
عبدالودود يحيى، حوالة الدين، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون الالماني والمصري، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، 1957.
عذبة سامي حميد الجادر، العلاقات التعاقدية المنثبقة عن بطاقة الإئتمان، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، الاردن، 2008.
مقشوش لطيفة، النظام القانوني لبطاقة الإئتمان، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2014.
مرشيشي عقيلة، بطاقات الإئتمان في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة الى كلية الحقوق والسياسة بجامعة مولود معمري، الجزائر، 2017.

د- القوانين:

القانون المدني العراقي المعدل رقم (40) لسنة 1951.
قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (78) لسنة 1978،
قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
قانون الشركات العراقي المعدل رقم (21) لسنة 1997.
قانون تسجيل المكائن العراقي رقم (7) لسنة 1999.
قانون المرور العراقي رقم (8) لسنة 2019.
القانون المدني الفرنسي 1884 المعدل في 2016.
قانون التجارة اللبناني رقم (304) لسنة 1942 المعدل في 2019.
قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999.
قانون رقم (81 – 1243) بشأن حرية الاسعار والمنافسة الاوربي الصادر بتاريخ (1986/12/1).

legislator, despite his attempt to keep pace with developments in the digital technology system, did not organize this contract and therefore left its legal description of the labyrinths Jurisprudence, and accordingly, this research dealt with trying to give a proper legal description of this contract by presenting, analyzing and evaluating the opinions of the jurisprudents and the theories that were put forward in this regard. In the end, the researcher reached several results, the most important of which is that this contract does not come out of being an indefinite contract and has its own nature that differs from all systems approaching it, even if it shares some provisions with them. Also, there should a strong legal base to close the doors of all these doctrinal labyrinths that have been put forward to such contracts.

Keywords: credit card, legal description, merchant contract, jurisprudential differences, banking operations.

Abstract

A credit card is a type of magnetic plastic card issued by banks, it shares with other cards such as (Cash card, Debit car) as it enables its holder the function of withdrawing money from his accounts and balances deposited with the bank or other banks on the one hand, and then Like other cards, it is subject to the conclusion of banking contracts such as the joining contract, electronic transfer and current accounts, but it is distinguished from all cards by the characteristics of purchase and credit. The card holder is authorized to use the card in shops for the purpose of purchasing the goods and services he needs, and the merchant contract is established between the card issuer (the bank) and the merchant. The contract is one of the contracts developed within the corridors of banking systems in this era, and has become permeated in practical reality in a striking way in Iraq and the Kurdistan Region, but it is striking that the Iraqi